



T. C.
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
MİLLETLERARASI HUKUK BİLİM DALI

ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİLİK

(DOKTORA TEZİ)

Gölsüm KAYA

BURSA - 2020



T. C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
MİLLETLERARASI HUKUK BİLİM DALI**

ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİLİK

(DOKTORA TEZİ)

Gölsüm KAYA

Danışman

Dr. Öğretim Üyesi Sercan REÇBER

BURSA - 2020



BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ / PROJE YAZIM KILAVUZU

Ek. 4: TEZ ONAY SAYFASI ÖRNEĞİ

T. C.
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

..... KAMU HUKUKU Anabilim / Ana sanat Dalı,
MİLLETLERARAASI HUKUK Bilim Dalı'nda 7138.010 numaralı
GÜLSİM KAYA 'nın hazırladığı
"ULUSLARARAASI HUKUKTA KİSİLİK
" konulu DOKTORA (Yüksek Lisans / Doktora / Sanatta Yeterlik Tezi /
Çalışması) ile ilgili tez savunma sınavı, 02/01/2020 günü 14:00-16:00 saatleri arasında
yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının
başarılı (başarılı / başarısız) olduğuna oybirliği (oybirliği / oy
çokluğu) ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu
Başkanı)

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Savaş Reşber

Savaş

Prof. Dr. Kamuran REŞBER

Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Doç. Dr. Üye Elk Uzun
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Anadolu Ü.

Prof. Dr. Mehmet Genç
Üye Değis Üniversitesi
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre Zeynelabidin

Emre Zeynelabidin

02/01/2020



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 03/12/2019

Tez Başlığı / Konusu: Uluslararası Hukukta Kişilik

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 446 sayfalık kısmına ilişkin, 21/11/2019 tarihinde şahsım tarafından *TURNITIN* adlı intihal tespit programından (*Turnitin*)^{*} aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 4 'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar dahil
- 3- 3 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

04./12/2019

Adı Soyadı: **Gülsüm KAYA**

Öğrenci No: 711380010

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Doktora

Statüsü: Y.Lisans Doktora

Danışman

Dr. Öğretim Üyesi Sercan REÇBER

Sercan

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “Uluslararası Hukukta Kişilik” başlıklı çalışmamın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntılarının kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

04/12/2019



Adı Soyadı: Gülsüm KAYA
Öğrenci No: 711380010
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Programı: Doktora
Statüsü: Y.Lisans Doktora

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Gülsüm Kaya
Üniversite : Bursa Uludağ Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Tezin Niteliği : Doktora Tezi
Sayfa Sayısı : xiv+476
Mezuniyet Tarihi : / / 20.....
Tez Danışman(lar)ı : Dr. Öğr. Üyesi Sercan Reçber

ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİLİK

Uluslararası hukukun temel konularından biri olan uluslararası hukuk kişiliği genel bir norm tarafından düzenlenmemiş olması nedeniyle tartışmalı bir niteliğe sahiptir. Ancak diğer hukuk sistemleri gibi uluslararası hukukun da kişileri bulunmaktadır. Bu nedenle uluslararası hukuk kişiliğinin uygulama ve pratiğin ışığında tespit edilmesi gerekir.

Çalışmamızın ilk bölümünde uluslararası hukuk kişiliğinin ne olduğunun tespitinde uluslararası hukukun tarihine özellikle de hukuk kişiliğinin kökenine ve devletin dönüşümüne başvurulmuştur. Uluslararası hukuk uygulanarak gelişmiş ve kurumsallaşmıştır. Buna istinaden çalışmanın ikinci bölümünde uluslararası hukukun kişileri devletler, uluslararası örgütler ve bireyler, bunların hukuk kişiliklerinin kaynağı ve hukuk kişilerine yönelik teorik yaklaşımlar ele alınmıştır.

Son bölümde UAD'nin Giderim Danışma Görüşü hukuk kişiliğinin unsurları ve varılan kararın kapsayıcılığı yönlerinden incelenmiştir. Ek olarak da genel manada hukuk kişiliğine, bir içeriğe sahip olup olmadığına değinilerek uluslararası hukukun bu konudaki tercihinin ortaya konmasına çalışılmıştır. Uluslararası hukuk kişiliği, uluslararası hukukun yapısal özelliklerine bağlı biçimde ortaya çıktığından uluslararası hukukun merkezî olmaması, ilkel bir hukuk alanı olduğuna ilişkin iddialar ve uluslararası hukukun bölümlenmesi hukuk kişiliğine etkilerinin tespiti için değerlendirilmiştir. Son olarak tez iki yaklaşım önerisini getirmektedir, bunların ilki

sınırlı ve kısmî hukuk kişiliğine diğeri ise uluslararası hukukun kişileri kategorilerine ilişkindir.

Anahtar Sözcükler: Uluslararası Hukuk Kişiliği, Devlet, Uluslararası Örgüt, Birey, Hukuk Öznesi

ABSTRACT

Name and Surname : Gülsüm Kaya
University : Uludağ University
Institution : Social Science Institution
Field : Public Law
Degree Awarded : Phd.
Page Number :xiv+476
Degree Date : / / 20.....
Supervisor (s) : Assistant Professor Dr. Sercan Reçber

LEGAL PERSONALITY IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

International legal personality as one of the fundamental topics of public international law has a controversial nature, as it has not been regulated by a general norm. However like the other legal systems international law also has legal persons. That's why international legal personality has to be identified pursuant to the theory and the practice of international law.

While identifying the international legal personality, in the first part of our thesis, the history of international law especially the origins of international legal personality and the transformation of state personality has been referred. International law has been developed and institutionalized by the practice. On this basis in the second part the international legal persons, states, international organizations and individuals, source of their legal personality and the theoretical approaches regarding legal persons considered.

In the last part, Reparations Advisory Opinion of ICJ examined in terms of the elements of legal personality and comprehensiveness of its final ruling. In addition to this, the legal personality in general whether it has a content or it is an empty concept analysed and the choice of international law tried to be unraveled. As the international legal personality depends on the structural characteristics of international law, decentralized nature of international law, primitivity arguments and the fragmentation of international law has been evaluated to discover their influence on the topic. Lastly

the thesis propose two approaches, first one is on the concept of partial and limited personality and the second one is on the categories of international legal persons.

Keywords: International Legal Personality, State, International Organization, Individual, Legal Subject

TEŞEKKÜR

İşbu tezin yazımı esnasında Max Planck Karşılaştırmalı Kamu Hukuku ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nde araştırma yapmak amacıyla kullandığım 2214/A Yurtdıőı Doktora Sırası Araştırma Bursu dolayısıyla TÜBİTAK'a teőekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU.....	iii
YEMİN METNİ.....	iv
ÖZET	v
ABSTRACT.....	vii
TEŞEKKÜR.....	ix
İÇİNDEKİLER.....	x
KISALTMALAR.....	xv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. VESTFALYA ÖNCESİ DÖNEM	10
1. Ius Gentium	10
2. Orta Çağ.....	14
3. İspanyol Devri, Grotius Öncesi Dönem	18
4. Değerlendirme	23
B. GROTIUS, VESTFALYA BARIŞI VE ULUSLARARASI HUKUKTA KLASİK DÖNEMİN BAŞLANGICI	24
1. Vestfalya Barışı	24
2. Grotius	28
3. Hobbes.....	31
4. Pufendorf	34
5. Leibniz.....	35
6. Wolff ve Vattel	37
7. Kant	40
8. Değerlendirme	42
C. 19. YÜZYILDA ULUSLARARASI HUKUK.....	44
1. Viyana Kongresi.....	45

2. Avrupa Dışına Yayılma-Evrenselleşme-Kolonicilik.....	47
3. Pozitivizm.....	57
4. Değerlendirme	62
D. 1. DÜNYA SAVAŞI SONRASI.....	63
1. İki Dünya Savaşı Arası Dönem	65
a. Egemenlik Anlayışında Dönüşüm ve Uygarlık Ölçütünün Terki.....	67
b. Normativite, İşbirliği ve Andlaşmalar Düzeni.....	71
c. Uluslararası Hukuk Kişiliği	74
2. 2. Dünya Savaşı Sonrası Dönem	79
3. Değerlendirme	87

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİLİK KATEGORİLERİ

I. DEVLETLER	90
A. TEORİK OLARAK DEVLET	92
1. Tanımlanma ve Terimleşme	92
2. 19. Yüzyıl Öncesinde Uluslararası Hukukta Devlet.....	100
B. DEVLETİN UNSURLARI	103
1. Devletin Tanımlanmasında Unsurlar: Teori ve Pratik.....	103
2. İnsan Topluluğu.....	106
3. Tanımlı Bir Ülkeye Sahip Olma.....	112
4. Egemenlik, Bağımsızlık, Kamusal Örgütlenme	115
5. Devletin Diğer Unsurları	121
C. TANIMA	127
1. Tanımın Hukukî Niteliği.....	129
2. Güncel Uygulamalarda Tanıma.....	142
D. DEVLET BENZERİ YAPILAR	144
1. BİLEŞİK YAPILI DEVLETLER.....	145
a. Genel Olarak	145
b. Federasyonlar.....	147
2. BAĞIMSIZLIĞI KISINTILI DEVLETLER VE BENZERLERİ.....	151
a. Başka bir devlete tabiiyet.....	153

i. Koloniler	153
ii. Koruma Statüsü Altındaki Devletler ve Bölgeler	156
iii. Ortak Yönetim Altındaki Devletler (Condominium, Co-imperium)	159
b. Uluslararası Hukukça Görevlendirilen Birime Tabiiyet	159
i. Manda ve Vesayet Rejimi Altındaki Devletler ile Kendi Kendini Yönetemeyen Bölgeler	160
ii. Uluslararasılaştırılmış Bölgeler	166
iii. BM İdaresi Altına Alınan Bölgeler	170
c. Devlet Uluslararası Hukuk Kişiliğine Dair Kimi Özel Durumlar	173
i. Vatikan ve Papalık	173
ii. Hong Kong Özel Yönetim Bölgesi	175
3. DE FACTO REJİMLER VE GENEL DEĞERLENDİRME	177
II. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER	181
A. ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ORTAYA ÇIKIŞI	181
B. ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİKLERİ	190
1. Genel Olarak	190
2. İşlevsellik	200
3. Uluslararası Örgütlerin Hukuk Kişisi Olmasına Bağlı Hukukî Sonuçlar ...	205
C. HAKLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLER	208
1. Kurucu Andlaşma	213
2. Üçüncü Devletler Bakımından Uluslararası Örgütün Hukuk Kişiliği	218
D. GENEL DEĞERLENDİRME	222
III. BİREYLER	225
A. GENEL OLARAK ULUSLARARASI HUKUKTA BİREY	227
1. Bireylerin Uluslararası Hukuk Kişiliğine Üç Ana Yaklaşım	233
a. Yalnızca Devletlerin Uluslararası Hukuk Kişisi Kabul Edilmesi	234
b. Hem Devletlerin Hem de Bireylerin Uluslararası Hukuk Kişisi Kabul Edilmesi	240
c. Yalnızca Bireylerin Uluslararası Hukuk Kişisi Kabul Edilmesi	251
2. Yaklaşımların Değerlendirilmesi	254

B. TARİHSEL OLARAK BİREYLERİN ULUSLARARASI HUKUKTAKİ KONUMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	255
1. Dilekçe Hakkı.....	259
2. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku	263
3. Uluslararası Ceza Hukuku.....	271
C. GENEL DEĞERLENDİRME	284

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİĞİ

I. GİDERİM KARARI VE ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİLİK.....	297
A. ULUSLARARASI HUKUKUN ÖZNESİ OLMA	299
1. Genel Olarak.....	299
2. Uluslararası Hukukta Aktör Kavramı.....	303
B. ULUSLARARASI HUKUKTAN KAYNAKLANAN HAKLARA SAHİP VE YÜKÜMLÜLÜKLERE TÂBİ OLABİLME.....	306
C. ULUSLARARASI MERCİLER ÖNÜNDE TALEPLER İLERİ SÜREBİLME-JUS STANDI	308
1. Genel Olarak.....	308
2. Prosedürel Kapasitenin Hukuk Kişiliği Bakımından Etkisine Getirilen Eleştiriler	310
D. KARARIN ÖNEMLİ NOKTALARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ	318
II. GİDERİM KARARIN ETKİLERİ VE ELEŞTİRİLMESİ.....	323
A. FARKLI BİR KARAR OLASILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	327
1. Nonliquet Yasağı	328
2. Hukukun Genel İlkeleri	330
a. İşlevleri.....	331
b. Uygulanmaları	332
3. Esnek Hukuk (Soft Law)	340
B. GİDERİM KARARI'NA ALTERNATİF ÇÖZÜMLER.....	343
III. GENEL OLARAK HUKUK KİŞİLİĞİ.....	347
A. TÜM HUKUK ALANLARI HUKUK KİŞİLİĞİNİ DÜZENLEMekte MİDİR?: ANGLOSAKSON HUKUKU VE ULUSLARARASI HUKUK	348

B. HUKUK KİŞİLİĞİ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER	352
1. İçerikten Yoksun Olma.....	353
2. İçeriğe Sahip Olma	355
3. Uluslararası Hukukun Kişilik Konusundaki Tercihî	361
a. Doktrin tarafından Uluslararası Hukuk Kişiliğinin Tanımlanması ve Yaklaşımlar	369
b. Hukuk Kişiliğinde Yeni Eğilimler ve Öneriler	377
IV. ULUSLARARASI HUKUKUN YAPISAL ÖZELLİKLERİ VE KİŞİLİK ...	379
A. MERKEZÎ OLMAMA	381
1. Kişilik Bakımından Sonuçları	385
2. Uluslararası Hukuk Bir İlkel Hukuk Alanı Mıdır?	387
3. Anayasallaşmanın Etkisi	392
4. Hukukî Kesinlik Eksikliği-Belirsizlik	394
5. Uluslararası Hukuk Normlarının Uluslararası Toplumun İhtiyaçlarına Cevap Vermesi.....	400
B. ULUSLARARASI HUKUKTA BÖLÜMLENME (FRAGMENTATION).....	408
1. Genel Olarak.....	408
2. Bölümlenmenin Sonuçları	412
3. Özel Rejimler, Özellikleri ve Genel Uluslararası Hukuk ile İlişkileri	416
V. SINIRLI VE KISMÎ ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİĞİ	421
A. PROSEDÜREL KAPASİTE.....	425
B. HAKLARIN VE YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAPSAMI	427
C. ÖZEL REJİMDE KİŞİ OLMA	429
SONUÇ	434
KAYNAKÇA.....	441
ÖZGEÇMİŞ	476

KISALTMALAR

AGİT	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü
AJIL	American Journal of International Law
b	baskı
bkz.	bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C	cilt
çev	çevirmen
DSÖ	Dünya Sağlık Örgütü
ed/eds	editör/ editörler
EJIL	European Journal of International Law
GenK	Genel Kurul
GüvK	Güvenlik Konseyi
HFD	Hukuk Fakültesi Dergisi
ICSID	Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi
ibid	aynı yerde
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
op. cit.	adı geçen eser
p	paragraf numarası
s	sayfa numarası
S	sayı
ss	sayfaları arasında
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UCM	Uluslararası Ceza Mahkemesi

UÇÖ	Uluslararası Çalışma Örgütü
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
USAD	Uluslararası Sürekli Adalet Divanı
VAHS	Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

GİRİŞ

Hukuk kişiliği, ilgili hukuk alanında hangi birimlerin haklara ve yükümlülöklere sahip olacağını, hangi birimlerin eylem ve işlemlerinin hukukî sonuç doğuracağını tespit eden bir hukukî terimdir. Hukuk kişiliğinin ve dolayısıyla kişilerinin düzenlenmesi bir hukukî belirliliği de beraberinde getirir. Kıta Avrupası sisteminde bir hukuk düzeninin kişileri genellikle Medenî Hukuk'un içerisinde düzenlenir. Uluslararası hukukta ise bir kişiler hukuku yahut da hukuk kişiliğini düzenleyen genel ve soyut bir hukuk normu bulunmamaktadır. Uluslararası alanda hukuk kişisi olduğu belirlenmiş bulunan birimler olsa da uluslararası hukuk kişiliğinin ne olduğunun kavramsal olarak tespit edilmesi bir gereklilik arz etmektedir.

Uluslararası hukuk kişiliğinin tespit edilebilmesi için uluslararası alanda hukuk kişilerine ilişkin somut norm ve uygulamaların değerlendirilmesi, bu hukuk alanında hukuk kişilerinin ne gibi özelliklere sahip olması gerektiğinin ortaya konulması, bu konuyu esas alarak verilmiş yargı kararlarının incelenmesi gerekir. Bu değerlendirmeler, uluslararası hukukun hem teorisini hem de pratiğini ele alarak yapılabilecektir. Aslında özü itibarıyla bir hukuk terimi olan hukuk kişiliği uluslararası hukukta tanımlanmamış, belirli kategoriler halinde düzenlenmemiş olduğundan uluslararası hukukun yapısal özelliklerinin hukuk kişiliğine etkisinin ele alınması da konunun değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Uluslararası hukukta kişiliğın incelenmesine yönelik tarafımızca hedeflenen aslında teknik bir değerlendirme olmakla birlikte bunun mümkün olmadığı söylenebilir. Nitekim uluslararası hukuk kişiliğinin ele alınması yalnızca teknik girişimlerle sınırlı kaldığında uluslararası hukukun teorisinden tamamen kopabilecektir. Hukuk kişiliği teknik bir kavram olabilirse de uluslararası hukuk kişiliği, uluslararası hukuk tarafından belirli ve sınırlı hale getirilmediğinden, salt teknik bir kavram olarak değerlendirilememektedir.

Çalışmada izlenecek metot öncelikle uluslararası hukukta hukuk kişiliği bakımından önem arz eden tarihsel dönem, olay ve teorisyenlerin ele alınmasına dayanır. Bu çerçevede uluslararası hukukun tarihsel gelişiminin bugünkü hukukî kurumlar üzerindeki etkilerini, özellikle hukuk kişiliği bakımından görmek mümkün

olacaktır. Bunun sonrasında uluslararası hukukta ortaya çıkan kategorik hukuk kişiliklerinin -devletler, uluslararası örgütler ve bireyler- ortaya çıkışları, bu birimlerin hukuk kişiliklerinin dayanakları değerlendirilecektir. Çalışmanın son bölümünde ise Uluslararası Adalet Divanı tarafından 1949 yılında verilen Giderim Kararı ele alınacak ve bu kararda genel olarak uluslararası hukuk kişiliğinin nasıl anlaşıldığı üzerinde durulacaktır. Bunların akabinde uluslararası hukukun yapısal özelliklerinden merkezî olmama ve bölümlenme uluslararası hukuk kişiliği açısından değerlendirilerek sınırlı veya kısmî hukuk kişiliğinin neyi ifade ettiği yahut etmesi gerektiği değerlendirilecektir. Sonuç kısmında ise çalışma boyunca tespit edilen bulguları özetleyerek uluslararası alanda hukuk kişiliğinin mi yoksa kişilerin mi bulunduğu hususunun cevabını vurgulama amacını taşımaktayız.

Çalışmamızın ilk bölümünde uluslararası hukukun tarihsel gelişimi doğrultusunda hukuk kişiliğinin geçirdiği evreler ortaya konacak, uluslararası hukukun varlığı tartışmalarından uluslararası hukukun kurumsallaşmasına giden gelişmelerin aydınlatılmasına gayret edilecektir. Uluslararası hukuk tarihi, çalışmanın esas amacı doğrultusunda periyodlara ayrılarak dört ana dönemde aktarılmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda ilk dönem ‘Vestfalya Öncesi Dönem’ başlığını taşır. Bu kısımda *ius gentium*un yabancılık unsuru barındıran hukukî ilişkilere uygulanarak sonrasında doğal hukukla eşitlenen bir hukuk anlayışına dönüşmesi ve bunun uluslararası hukuk ile ilgisi ele alınacaktır. Yine bu kapsamda Orta Çağ’da baskın hale gelen Tanrısal hukukun *ius gentium* anlayışına etkileri, Kilise’nin etkisini yitirmesiyle yine seküler doğal hukuk anlayışının etkili olması, İspanyol teorisyenler *Vitoria* ve *Suárez*’in görüşleriyle aktarılacaktır. Bu dönemde doğal hukuk ile Tanrısal hukuk etkileri arasında gidip gelen uluslararası hukuk ve bu hukuk alanında hukuk kişisi kavramının bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir.

İkinci tarihsel dönem Vestfalya Barışı ve *Grotius*, uluslararası hukukun klasik teorisinin başlangıcı ile açıklanacaktır. Bu dönemde Vestfalya Andlaşması ile devlet kavramının bir hukukî birim olarak ortaya çıkışı ve özelliklerinin belirginleşmesi konumuz açısından oldukça önemlidir. Bu kısımda ise devletler arasında gelişen ilişkiler *Hobbes*, *Pufendorf*, *Vattel*, *Kant* gibi teorisyenlerin birbirinden farklı hukukî görüşleri çerçevesinde *Grotius*’un temel argümanları ile birlikte açıklanmaya çalışılacaktır.

Üçüncü olarak uluslararası hukuk tarihinde en çok yazılan dönem olan 19. yüzyıl ve bunun üç ayağını oluşturan Viyana Kongresi, Avrupa'nın Avrupa dışına yayılması ve Pozitivizm, uluslararası hukuk kişiliğine etkileri çerçevesinde, değerlendirilecektir. Bu dönemde Avrupa Devletleri'nin kolonicilik yarışları ve ilişkilerinde gücün belirleyiciliği ön plana çıkmıştır. Avrupalı devletlerin Avrupa dışındaki devletlerle kurdukları ilişkiler ve Avrupa dışındaki devletlerin hukuk kişiliği bu başlık altında incelenecektir. Avrupa dışına yayılması suretiyle uluslararası hukukun kapsadığı birimler ve hukukî ilişkiler artmaya başladığından bu dönemdeki yaklaşımlar bugünün klasik anlayışının temellerini oluşturmuştur. Bunun yanı sıra uluslararası hukuk karşı karşıya kaldığı birimlerin hukukî statülerini belirleme amacıyla sistemleşmeye gitmiştir. 19. yüzyıl hukuk kişiliği yaklaşımlarının günümüz uluslararası hukukuna etkileri bu başlıkta ele alınmaya çalışılacaktır.

Son tarihsel dönem ise 1. Dünya Savaşı sonrası kapsar. Kendi içinde alt kısımlara ayrılan bu başlık uluslararası alandaki kurumsallaşma çabalarının somutlaşmasına, Milletler Cemiyeti'nin kurulmasına işaret etmektedir. Uluslararası alanda kurumsallaşma ihtiyacını doğuran gelişmeler, uluslararası hukukun birimlerinde meydana gelen dönüşüm ve kurumsallaşmanın unsurları bu başlıkta değerlendirilecektir. Milletler Cemiyeti ve özellikle Birleşmiş Milletler'in kurulması sonrasında uluslararası hukukun dinamikleri de buna göre şekillenmiştir. Bunların yanı sıra savaşlar insancıl hukukun, insan haklarının ve uluslararası ceza hukukunun ön plana çıkmasına neden olmuştur, bu gelişmelerin bireyin uluslararası hukuktaki konumuna etki edip etmediği bu başlıkta değerlendirilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde devletler, uluslararası örgütler ve bireyler ayrı ayrı kısımlarda ele alınarak devletler ile uluslararası örgütlerin ortaya çıkışları ve tüm birimlerin uluslararası hukuk kişiliğinin değerlendirilmesi ayrı ayrı yapılacaktır. Bu yapılırken, devlet olma ile uluslararası örgüt olmanın şartları, şartların nitelikleri ve tümüne ilişkin teorik değerlendirmeler ele alınacaktır. Nihai olarak bu üç birimin hukuk kişiliklerini ortaya koyan göstergelerin neler olduğu değerlendirilecektir.

Devletler başlığında devletin tanımlanması ve unsurları ele alınacaktır. Tanıma kavramı uluslararası hukuk kişiliği ile bağlantısı olması münasebetiyle değerlendirilecek ve güncel uygulamaları ele alınarak devletin klasik üç unsurunun

ötesinde unsurlarının bulunup bulunmadığı aktarılmaya gayret edilecektir. Uluslararası alanda devlet niteliğine sahip olmasa da devlet benzeri birim olarak kategorize edilebilecek koloniler, uluslararasılaştırılmış bölgeler gibi birimlerin hukuk kişilikleri de yine bu kısımda ele alınacaktır.

Uluslararası Örgütler kısmında, devletlerin dayanışma ihtiyacı çerçevesinde uluslararası örgütlerin ortaya çıkışı ve bunların uluslararası hukuk kişilikleri ele alınacaktır. Uluslararası örgüt hukuk kişiliğinin fonksiyonel niteliği ve bunun yanı sıra hukuk kişiliğine sahip olmalarına bağlanan sonuçlar değerlendirilecektir. Uluslararası örgütlerin 3. devletler bakımından hukuk kişiliklerinin bulunup bulunmadığı, objektif uluslararası hukuk kişilikleri tartışılarak bu kısmın sonuçlandırılması hedeflenmektedir.

Bireyler başlığında öncelikle bireylerin uluslararası hukuktaki konumlarına ilişkin üç yaklaşım -yalnızca devletlerin uluslararası hukuk kişisi kabul edilmesi, yalnızca bireylerin uluslararası hukuk kişisi kabul edilmesi ve hem devletlerin hem de bireylerin uluslararası hukukun kişisi kabul edilmesi- incelenerek bunların geçerliliği ele alınacaktır. Devamında ise bireylerin uluslararası hukuk kişiliğine etki edebilecek üç husus, dilekçe hakkının tanınması, insan haklarının uluslararası alanda korunması ve uluslararası ceza hukuku, aktarılacaktır. Bu üç husus çerçevesinde bireylerin uluslararası alanda haklara ve yükümlülöklere sahip olup olmadığı, bunları ileri sürmede prosedürel kapasitelerinin bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Çalışmanın son bölümünün ise beş ana kısımdan oluşması hedeflenmektedir. Bunların ilki Giderim Kararı'nın incelenmesine ilişkin iken ikincisi kararın eleştirilmesine ve başka bir çözüm imkânına ilişkindir. Giderim Kararı, uluslararası hukuk kişiliği için gerekli şartları ortaya koymakta ve Birleşmiş Milletler'in hukuk kişiliğini bu unsurlar üzerinden tespit etmektedir. Bu unsurlar ve uluslararası hukukta uygulanmaları bu başlıkta açıklanacaktır. Uluslararası hukukun kişisi olmada prosedürel kapasitenin etkisi ve uluslararası hukukun aktörü olma ile farklılıkları değerlendirilecektir. Giderim Kararı'nın eleştirilmesi kısmında ise kararın kapsamı ile *nonliquet* yasağı, hukukun genel ilkeleri ve esnek hukuk çerçevesinde alternatif olasılıkları tartışılacaktır.

Yine son bölümde genel olarak hukuk kişiliği ile neyin ifade edildiği ele alınacaktır. Bu kapsamda hukuk kişiliğinin bir içeriğe sahip olup olmaması, uluslararası

hukukun hangisini tercih ettiği, uluslararası hukuk yazarlarının hukuk kişiliği tanımları ve hukuk kişiliğinde yeni eğilimler değerlendirilecektir. Bu şekilde uluslararası alanda genel ve soyut bir kişilik düzenlemesi olmasa da üzerinde uzlaşmış bir hukuk kişiliği tanımının, anlayışının bulunup bulunmadığı ortaya konmaya çalışılacaktır.

Son bölümün dördüncü ve beşinci kısımlarında ise uluslararası hukukun yapısal özelliklerinden hukuk kişiliğine etkisi olduğu düşünölenler ele alınacak ve bunların hukuk kişiliğine etkilerinin neler olduğu tespit edilmeye çalışılacaktır. Uluslararası hukukun merkezî olmamasının ikellikten kaynaklanıp kaynaklanmadığı, belirsizlik gibi sonuçlar doğurup doğurmadığı ve uluslararası hukuk kişiliğinin uluslararası hukukun anayasallaşmasından ve uluslararası toplumun ihtiyaçları doğrultusunda gelişip gelişmediği ele alınacaktır. Son olarak uluslararası hukukta bölümlenme bölümlenmenin sonuçları ve alt bölümler ile genel uluslararası hukuk arasındaki ilişkiler çerçevesinde ele alınacaktır. Bölümlenme sonucunda oluşan alt bölümlerde hukuk kişilerinin genel uluslararası hukuktaki konumları değerlendirilecektir. Nihayetinde ise sınırlı veya kısmî uluslararası hukuk kişiliği, buna sebep olan yahut olduğu ileri sürölen prosedürel kapasitenin bulunmayışı, tüm haklara ve yükümlölöklere sahip olmama bakımlarından ele alınarak hukuk kişiliğinde sınırlılığın, kısmiliğin kaynağının ne olabileceği açıklanmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Uluslararası hukukun tarihi elbette bu çalışmada yer alanın ötesinde bir içeriğe ve kapsama sahiptir. Biz burada uluslararası hukuk kişiliği bakımından önem taşıyan noktaları aktarmayı hedeflediğimizden uluslararası hukukun tarihine de bu ölçüde ve bu perspektiften yer vereceğiz. Uluslararası hukuk monografilerinde özel olarak eserin konusunun tarihsel gelişimi yer alırken genel uluslararası hukuk eserleri uluslararası hukukun tarihine genel bir bakışı içermektedirler. Nitekim tarihsel aktarım kısmına yer vermemiz bu yöndeki temayülün yanı sıra *Cemil Bilsel* tarafından uluslararası hukukun kaide ve hadiselerin ilmi¹ olarak tarif edilmesine katılmamızdan da kaynaklanmaktadır. Uluslararası hukuk alanında yaşanan gelişmelerin uluslararası hukuk kişiliğine etkilerini tespit etmemiz için de bu tür bir incelemeyi gerekli görmekteyiz.

Modern uluslararası hukukun tarihî aşamaları ile modern devlet sisteminin tarihî aşamalarını birbirinden farksız kabul eden görüşler bulunur² ancak yine de bu konunun değerlendirilmesi uluslararası hukukun kişilerine yönelik uluslararası hukuk tarihi taramasının yararlarından olacaktır. Devletler arası sistemin güçler dengesinin düzenlenmesiyle var olduğu ve çağlar içinde yaşanan siyasî olayların güç dengelerine ve elbette devletler sistemine, bunun sonucunda da uluslararası hukuka etkili olduğu kabul edilir³. Ancak bu etkileşimin iki hususun -devlet ile uluslararası hukuk kişisinin- özü itibarıyla aynı şeyler olduğunu söylemekten farklı bir yanı bulunur. Yine de tarihsel olarak uluslararası hukuk, uluslararası hukuk kişiliği ve devlet kavramları arasında, bunların gelişimleri ve bunlara ilişkin hususlarda yaşanan kırılmaların diğerlerine etkisi birbirine paralellik göstermiştir. Devlet kavramının uluslararası alandaki anlaşılışının,

¹ Cemil Bilsel, *Devletler Hukuku Giriş*, 2. b, İstanbul: Kenan Basımevi ve Kliše Fabrikası, 1940, s. 184-185.

² Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law*, çev. Michael Byers, Berlin: Walter de Gruyter GmbH&Co. KG, 2000, s. 6.

³ *Ibid*, s. 13-29.

uluslararası hukuk kavramının o dönemde neyi ifade ettiği ile ve uluslararası hukuk kişiliğinin o dönemde hangi birimleri kapsadığı ile kaçınılmaz bir bağlantısı bulunur.

Biz çalışmamızın bu kısmında uluslararası hukukun tarihini genel olarak değil uluslararası hukukta kişiliğin gelişimine ilişkin dönüm noktası olay yahut yazarlara değinmek suretiyle ele alacağız. Bu çalışmanın kapsamına alınmamakla birlikte uluslararası hukuk bakımından öneme sahip olaylar ve yazarlar mutlaka bulunmaktadır; ancak çalışmamızın bu kısmını uluslararası hukuk kişiliğinin tarihsel olarak incelenmesi ile sınırlı tutmaktayız. Yani bir yazarın uluslararası hukuka başka bir alanda çok önemli katkıları olsa dahi biz onun görüşlerini uluslararası hukukun kişileri bakımından değerlendireceğiz. Yine tarihsel dönemlerde uluslararası hukuka dair farklı gelişmeler olmuşsa da bizim için önemli olan dönemin olaylarının uluslararası hukuk kişiliğine teorik yahut pratik etkileri olacaktır. Belirtilmelidir ki uluslararası hukuk kişiliği teorisine belirgin bir katkısı bulunmayıp da dönemin teorik karakteri bakımından önem taşıyan yazarlar yahut olaylar da çalışmamız kapsamında yer alabilecektir.

Çalışmamızda dönemleri genel hatlarıyla dört ana başlık altında toplamaktayız. Elbette uluslararası hukuk tarihinin tümünden ele alınması, farklı bir konusunun tarihsel gelişimine eğilinmesi yahut da değerlendirme bakımından farklı bir sistemin benimsenmesi durumlarında başka türlü bir dönemlendirme yöntemine başvurulabilir, daha fazla yahut daha az tarihsel dönem belirlenebilirdi. Bunun nedeni üzerinde çalışılan konunun kendi özelliklerinin dönemsel ayrımların yapılmasında belirleyici olabilmesidir. Uluslararası hukuku dört tarihî evrede incelemek çalışmamızda takip edeceğimiz ve inceleme sistemimize de uygun olan yöntemdir. Daha fazla bölüme ayırmamak uluslararası hukuk kişiliği konusunda yaşanan gelişmelerin bütünlüklü bir biçimde serimlenmesine de katkı sağlayacaktır zira uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin gelişmeler keskin sınırlamalar yapmaya elverişli değildir. *Kennedy* tarafından yapılmış olan, bizim de bir farkla takip edeceğimiz, ana ayrımlar şöyledir: 1648 öncesi pre-modern dönem, 1648-1900 arası geleneksel dönem, ki geleneksel ile ifade edilmek istenen felsefi ve doktrinsel gelişimdir, ve 1. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönem⁴. Biz yazardan farklı olarak 1648 sonrasını ve 19. yüzyılı iki ayrı dönem olarak ele alacağız.

⁴ David Kennedy, "A New Stream of International Law Scholarship", *Wisconsin Law Journal*, C. 7, S. 1, 1988, ss. 1-49, s. 12.

Uluslararası hukukta elbette yukarıda belirttiğimiz gibi daha ayrıntılı ve sayıca çok dönem belirlenebilir. Ancak, uluslararası hukukun tarihi üzerine yazan çoğu yazar az ya da çok buna benzeyen bir periyodik yöntemi uygun görmüşlerdir. Biz belirttiğimiz üzere uluslararası hukuku dört ana dönemde ele almayı uygun bulduk. Bu seçimimizin temel nedeni, uluslararası hukukun tarihi üzerine değil ancak özel bir alanda, uluslararası hukukta kişilik tarihine ilişkin çalışma yapıyor olmamızdır ve uluslararası hukuk kişiliğinin gelişimine ilişkin belirgin öneme sahip gelişmelerin ve teorilerin varlığından her dönem itibarıyla söz etmek güçtür. Bu nedenle biz, geniş belirlenmiş dönemler içerisinde kişiliğe ilişkin yaklaşımları vermeyi yöntemimize ve konumuza daha uygun görmekteyiz.

Tarihe dair çalışmalarda dönemlendirmeler bakımından karşılaşılan görece öznellik hususu dönemlendirmenin kronolojik bir sorun olmaktan çıkarılıp metodolojik bir sorun olarak ele alınmasıyla açıklanmaya çalışılmıştır⁵. Dönemlendirme doğal olarak tarihsel olayların yaşanma sırasına, kronolojisine bağlı olsa da eserin yazarının metodolojik olarak öznel tercihleri de esere yansiyabilecektir. Doğruluğuna katılmakta olduğumuz anlayışa göre dönemlendirme konusu öznel bir konudur ve çalışmayı yapan kişinin kişisel değerleri doğrultusundaki zihinsel ilgisiyle şekillenir⁶. Çalışmamızın ilk kısmında kronolojik sırayı takip ederek ilerlese de uluslararası hukuk kişiliği bakımından yaşanan gelişmelerin dönüştürücü olduğu dönemleri birbirinden ayırdığımızı söyleyebiliriz. Bu konudaki tercihlerimizin çalışmamızın bir tarih çalışması iddiasında olmaması nedeniyle hoş karşılanacağı ümidini taşıyoruz.

Uluslararası hukukta dönemlendirme genellikle tarih aralıkları üzerinden yapıldığından, tarihsel dönemleri toplumsal gelişmişlik düzeyi üzerinden belirleyen *Vinogradoff*'a da burada kısaca değinmek isteriz; yazar kavim/kabile, şehir, kilise, sözleşmesel birlik ve kolektif örgütlenme olarak beşe indirgediği sosyal örgütlenme türleri üzerinden medeniyetin her aşamasında uluslararası hukukun karakteristik

⁵ Ahmet Haluk Atalay, *Uluslararası Hukukun Oluşumu, İlk Küreselleşme Dönemi(1492-1648)*, İstanbul: Göçebe Yayınları, 1997, s. 16.

⁶ Oliver Diggelmann, "The Periodization of the History of International Law", *The Oxford Handbook of The History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 997-1011, s. 1000.

özelliklerine rastlandığını ortaya koymaktadır⁷. Uluslararası hukukun sosyal organizasyonun farklı aşamalarında da ortaya çıktığını ve bu nedenle de kökeninin devletten çok daha eskiye götürülebildiğini, dolayısıyla toplumsal örgütlenme düzey ve biçiminin toplumlar arası ilişkilere olan etkisinin uluslararası hukukun özelliklerinde gelişime sebep olduğunu ortaya koymaktadır⁸.

Aslında *Vinogradoff* tarafından yapılan periyotlama uluslararası hukukun devletin gelişimi ile birlikte periyotlanmasına dayanan diğer yaklaşımlara nazaran uluslararası toplumun oluşumunu göz önünde bulundurması itibarıyla daha kapsayıcı olabilirse de baskın yaklaşım uluslararası hukukun gelişimini devlet kavramında yaşanan gelişmeler ile Avrupa'nın fikrî ve ekonomik altyapısına dayandıran yaklaşım olmuştur. Bunun bir görünümü olan *Grewe*'nin periyotlama yaklaşımı⁹ uluslararası alanda yaşanan siyasî ve ekonomik gelişmelerin uluslararası hukuka etkisinin de tespit edilmesi bakımından kanaatimizce oldukça açıklayıcıdır.

Öncelikle *ius gentium* ve bu hukukun etkileriyle birlikte Orta Çağ'da geçerli hukuk sistemine bakmak ve Vestfalya Barışı'na kadar geçen dönemi bir başlık altında incelemek gerekmektedir. Yargısal tanımlarla ve normatif bir düzen biçiminde sistematize edilmiş yazılı bir uluslararası hukukun gerçekte 1648'den önce var olmadığı, ancak modernite öncesi ve Orta Çağ'da uluslararası hukukun anlamının ve öneminin farkında olduğu belirtilmektedir¹⁰. 1648 öncesinde uluslararası hukukun ortaya çıkmış olup olmadığı tartışılmışsa da uluslararası hukuk literatürü bakımından tüm tartışmalardan bağımsız olarak bu dönemde uluslararası hukuk anlayışına ilişkin ortaya çıkan görüşler ve bunların ileriye dönük etkileri önemlidir. Söz konusu dönemi uluslararası hukukun *ius gentium* olarak ifade edildiği antik dönem ile papalık ve feodalizmin altın çağını oluşturan Orta Çağ dönemi olarak ikiye ayırmakta fayda vardır. Bu ilk dönemi 1648 Vestfalya Barışı itibarıyla bitirmek yerinde olacaktır. İlk başlık

⁷ Paul Vinogradoff, "Historical Types of International Law", *On the History of International Law and International Organization Collected Papers of Sir Paul Vinogradoff*, ed. William E. Butler, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2009, ss. 61-144, s. 65-67.

⁸ William E. Butler, "Periodization and International Law", *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 379-393, s. 384.

⁹ Grewe, op. cit., s. 6.

¹⁰ Martin Kintzinger, "From The Late Middle Ages To The Peace Of Westphalia", *The Oxford Handbook of The History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 607-627, s. 607.

altında *ius gentium* dönemi, Orta Çağ uluslararası hukuk anlayışı ve *Grotius*'un öncülleri *Vitoria* ve *Suárez*'in teorilerine değinilecektir.

İkinci tarihsel dönemimiz uluslararası hukukta klasik dönemin başlangıcını kapsar. Bu dönemin alt başlıkları Vestfalya Barışı ve *Grotius*, *Pufendorf*, *Vattel*, *Kant* gibi dönem yazarları olarak belirlenmiştir. Vestfalya Barışı'nın uluslararası hukukun oluşumuna ve ulus devlet kavramına etkilerinin yanı sıra belirlenen başlıklardaki yazarların uluslararası hukuk görüşlerine değinilecektir. Üçüncü dönemde uluslararası hukukta uzun sıfatı uygun görülen ve yaklaşık olarak Fransız devriminden 1. Dünya Savaşı'nın başlangıcına kadar geçen dönemi içeren 19. yüzyıl ele alınacaktır¹¹. Bu dönemin alt başlıkları Viyana Kongresi, uluslararası hukukun Avrupa dışına yayılması ve uluslararası hukukta pozitivizmdir. Bu bölümün son dönemi olarak 1. Dünya Savaşı sonrası dönem incelenecektir. Uluslararası hukukta örgütlenmenin Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıyla farklı bir boyut kazandığı ve uluslararası hukukta evrenselleşme tartışmalarının ele alındığı iki savaş arasındaki (*interwar*) dönem ilk başlığımızdır. Son başlığımızda ise 2. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası alanda dirilen doğal hukukçu eğilimlerden ve artan uluslararası ilişkiler açısından söz edilecektir.

Çalışmada her ne kadar tüm dönemler bir bütün olarak ele alınmaya gayret edilecekse de başlıklara ayrılması takibi kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu başlıklar görüldüğü üzere kimi zaman bir döneme, kimi zaman bir olaya, kimi zaman da bir teoriyene ilişkin olabilmektedir.

A. VESTFALYA ÖNCESİ DÖNEM

1. *Ius Gentium*

Roma Hukuku Kıta Avrupası hukuk sisteminin temelini teşkil etmektedir, Roma Devleti'nin hukukî gelişmişliği ve uygulanan hukukun Iustinianus tarafından kodifiye ettirilmiş olması onun bu niteliğinin en büyük nedenlerindedir. Romalıların ulaştığı hukukî gelişmişlik, farklı kişilere ve farklı hukukî ilişki türlerine uygulanacak hukukun yaratılması ve *praetorlar* tarafından hukukun esnek bir biçimde uygulanması ve yorumlanması suretiyle gerçekleşmiştir¹². Roma Hukuku'nun kodifiye edilmesi

¹¹ David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", *Quarterly Law Review*, C. 17., S. 99., 1997-8, ss. 99-138., s. 105.

¹² Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması*, 17. b, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 97-102.

kuralların geleceğe aktarılmasını, güncel hukuk sistemlerine kaynaklık etmesini sağlamıştır.

Başlarda Roma hukuku Roma vatandaşları arasındaki ilişkilere uygulanan *ius civile* ve yabancılık unsurunun dahil olduğu ticaret ve evlilik ilişkilerine uygulanan *ius gentium* olarak ikiye ayrılmakta iken daha sonraları *ius gentium* Roma vatandaşlarına ve bunlar arasındaki ilişkilere de uygulanmaya başlamıştır¹³. Böylelikle bu iki hukuk alanı arasında iştiğal alanı yahut işlevi bakımından oluşturulan ayırım ortadan kalkmıştır. *Ius gentium*un Roma vatandaşları arasındaki ilişkilere uygulanmasının nedeni, *ius civile*ye nazaran daha esnek ve modern kurallar getirmesidir¹⁴. *Ius gentium*un Gaius tarafından doğal aklın bütün insanlara uygulanması için oluşturduğu ve tüm insanların da aynı biçimde riayet ettiği hukuk olarak tanımlandığını görmekteyiz¹⁵. Esnek ve modern olarak nitelenen ve bu tanımla da doğal aklın emrettiği kurallar olduğu belirtilen *ius gentium* zamanla daha felsefî bir anlam kazanarak doğal hukuka eşitlenmiş, tüm doğanın tâbi olduğu ve tüm insanlara müştereken uygulanan hukuk olarak kabul edilmiştir¹⁶. Doğal hukukun içinde *ius gentium*un konumunu şöyle ifade etmek mümkündür: Doğal hukuk, doğal dünya bakımından geçerli iken, *ius gentium* bu doğal dünya içindeki insanlar bakımından evrenseldir¹⁷. Bu tanıma göre *ius gentium* doğal hukukun insanlara uygulanacak kurallarını kapsar ve evrenseldir, böylelikle de anlamı itibarıyla doğal hukuka eşitlenmektedir.

Ius gentium ile uluslararası hukuk arasında düzenlenen alan bakımından bir türdeşlik bulunmaz zira *ius gentium* içine yabancılık unsuru giren hukukî ilişkilere uygulanırken uluslararası hukuk devletlerin sınırlarını aşan uluslararası alanın hukukudur¹⁸. Ancak, *ius gentium*u daha kapsamlı ve daha az teknik bir biçimde ele alarak uluslararası hukukî sorumluluk ile ilkel aklın ilişkisine dair oluşturulmuş kullanışlı kurallar olarak kabul etmenin mümkün¹⁹ olduğu belirtilir. Teknik manasıyla

¹³ Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984, s. 206.

¹⁴ Andreas Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, C. 1, çev. Türkân Rado, İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayi A.Ş. Basımevi, 1965, s. 106-107.

¹⁵ Umur, op. cit., s. 208.; Schwarz, op. cit., s. 110.

¹⁶ Schwarz, op. cit., s. 107.

¹⁷ Stephen Neff, "A Short History of International Law", *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, 4. b, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 3-28, s. 5.

¹⁸ Bilsel, op. cit, s. 277.; Schwarz, op. cit, s. 106.

¹⁹ David J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 84-5.

ius gentiumun, günümüzde de yabancılık unsuru dahil olan hukukî ilişkilere uygulanan uluslararası özel hukuk kurallarına benzediğini söyleyebilmek mümkündür.

İus gentiumun uluslararası hukukta kişilik bakımından değerlendirilmesi imkânı bulunmasa da bu döneme çalışmamızda yer verilmesinin temel nedeni *ius gentiumun* felsefî bir anlam kazanarak doğal hukukla aynı anlamda kullanılır hale gelmesidir. Hukuk teorisi bakımından temel bir kavram olmasının yanı sıra kimi yazarlarca doğal hukukun uluslararası hukuk bakımından yaşamsal nitelik taşıdığı belirtilir²⁰. Uluslararası toplumun hangi uluslararası hukuk normlarıyla, dolayısıyla hangi doğal hukuk normlarıyla bağlı olduğu konusu, uluslararası hukukun kaynağına ilişkin görüşlerle yakından ilgilidir. İleride göreceğimiz gibi 19. yüzyıldaki pozitivist ve öncesindeki iradeci anlayışlara kadar uluslararası hukuk klasik doktrinde genellikle doğal hukuk ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Antik dönemin *ius gentiumu* uluslararası hukuk ile aynı anlamı taşımasa, aynı hukukî ilişkileri düzenlemese de bu dönemde uygulanan iki farklı kurallar sistemi uluslararası hukukun sınırları içindedir: Bunlar *ius fetiale* ve *ius bellidur*. *İus belli* ve *ius fetiale*²¹ savaş hukuku, düşmanla ve müttefiklerle ilişkilerde uygulanacak hukuklar olarak dönemin *ius gentiumunun* bugünkü uluslararası hukuk konularını kapsayan kısmını oluşturmuştur²².

İus gentiumun daha sonraki yıllarda yapılmış tanımları, onun ismi ile daha müsemma bir içeriğe kavuştuğunu gösterir. *Digesta*'da *Hermogenianus* tarafından yazılan pasajlarda radikal bir tanımını ve önceki uygulamasına nazaran meydana gelen genişlemeyi görmek mümkündür; bu tanıma göre *ius gentiumun* sonucu olarak savaşlar başlatılmış, halklar (*gentler*) ayırt edilmiş, krallıklar kurulmuş, mülkler bireyselleştirilmiş, arazi sınırları kararlaştırılmış, binalar yapılmış ve alım, satım, kira ve

²⁰ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 8. b, Cornwall: Cambridge University Press, 2017, s. 13.

²¹ “Yabancı düşmana karşı başlatılacak savaşa yahut yapılacak barışa ilişkin dinî kuralları” ifade eden bir hukuk alanı olarak uygulanmıştır. Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klasik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek ve Samuel Rachel’e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme”, *MÜHF-HAD*, C.18, S. 3, 2012, ss. 3-140, s. 102.

²² Kaius Tuori, “The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law”, *The Oxford Handbook of The History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 1012-1033, s. 1014; Bederman, *International Law Antiquity*, s. 236.

ödünç kontratlarını içeren ticaret kurulmuştur²³. Bu tanımda uluslararası hukukun savaş hukukunu içerdiği, krallıkların kurulmasına ve halkların ayırt edilmesine dayanılarak yalnızca bugünkü anlamıyla uluslararası özel hukuk kapsamında değerlendirilen ilişki türlerini değil kamu hukuku kapsamındaki hususları da düzenlediği görülmektedir.

Geç antikitede ise *ius gentiumun* *Isidore de Seville* tarafından yapılan tanımı doktrinde dominant bir nitelik kazanmıştır²⁴. Buna göre, *ius gentiumun* düzenlediği işgal, inşaat, müstahkem kurma, savaş, esir alma, egemenlik altına alma, fidyeye, boyunduruk, barış yapma, müttefik olma, ateşkes, elçilerin dokunulmazlığı, yabancılarla evlenmede kısıtlamalar, bütün halklar tarafından uygulanır ve bu konulara ilişkin hukuk halkların müşterek hukukudur ve buna halkların hukuku denmesinin nedeni de neredeyse tüm halklar tarafından uygulanıyor olmasından kaynaklanmaktadır²⁵. *Isidore de Seville* ile *ius gentiumu* tüm insanlar için ortak olan hukuk olarak tanımlayan *Ulpianus*²⁶ arasında yapılan karşılaştırmanın şu sonucu verdiği belirtilir: *Ulpianus* daha çok Stoacı ideallere dayalı evrensel ve eşitlikten yana bir çizgide iken *Isidore de Seville* dönemin uygar halklarının uygulamasını ortaya koyan gerçekçi ve sınırlı bir *ius gentium* tanımı yapmıştır²⁷. İleride değineceğimiz uygarlaşma eşiği anlayışına giden bir yol olarak değerlendirilebilecek bu husus, kavimler hukukunun tüm halklara değil uygar halklara ortak bir hukuk olmasının, onlar arasında uygulanan bir hukuk alanı olmasının temel fikri olarak ele alınabilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere bu dönem bakımından *ius gentium* ile uluslararası hukuk arasında bir özdeşlik kurulamayacağı gibi bunların birbirinden tamamen farklı şeyler olduğu da söylenemez. 1648 öncesi dönemde uluslararası hukukun var olmadığını ileri süren görüşler bulunmaktaydı, ancak buna rağmen bir uluslararası hukuk anlayışının söz konusu olduğu ileri sürülmüştü. Bu durumda *ius gentiumun* ilgili uluslararası hukuk anlayışının bir göstergesi olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Özellikle, yukarıda değindiğimiz geç dönem tanımlarında *ius gentiumun* bugün uluslararası hukuk kapsamında kabul ettiğimiz hususları da kapsar hale gelmesi o dönemdeki uluslararası hukuk anlayışının ispatını oluşturmaktadır. *İus gentium* ile

²³ Tuori, op. cit., s. 1017, *Digesta* 1.1.5.

²⁴ Tuori, op. cit., s. 1017, dn. 24.

²⁵ Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 22, dn. 56.

²⁶ *Digesta*, 1.1.1.

²⁷ Tuori, op. cit., s. 1018.

bağlantılandırıdığımız uluslararası hukuk anlayışı teknik manada ve uluslararası hukukun o dönemdeki kişilerine yönelik bir değerlendirme yapılacak nitelikte olmadığı gibi şeklen bugünkü uluslararası hukukun ilkel bir versiyonu da değildir. Devletlerin birbirlerine karşı yükümlülük altına girmekten ziyade doğal hukuk tarafından emredilmiş kurallara uyma gereklerinin bir sonucudur. Bu dönemi kapatırken değinilmesi gereken en önemli husus kanaatimizce *ius gentium* ve doğal hukuk arasındaki ilişki olmaktadır ki ileride değinileceği üzere daha sonrasında uluslararası hukuk, 19. yüzyıldaki pozitivizm etkisine dek, esasen doğal hukukun bir parçası olarak ele alınmıştır.

2. Orta Çağ

9. yüzyılda Orta Çağ'ın politik yüzünü temsil edecek iki güç kristalize olmuştur; bunlar imparatorluk ve papalıktır²⁸. Orta Çağ'ın neredeyse sonlarına kadar etkileri sürecektir bu iki kurum arasındaki ilişkiler, çekişmeler ve uzlaşmalar, çağın siyasî düzenini olduğu kadar hukukî düzenini de şekillendirmiştir. Papalığın siyasî gücün ortağı olması ve imparatorluk biçimindeki devlet yapılanması karşısında güçlenmek isteyen prensliklerin mücadeleleri siyasî yapıyı zorlamış, Rönesans ve Reform hareketlerinin etkisiyle yaşanan toplumsal kırılmalar bir sonraki çağın dinamiklerini belirlemiştir²⁹. Reform hareketlerinin ardından ortaya çıkan dinî uyuşmazlıklar kilise hukukunun ve bunun uygulamasının otoritesini kırmış ve *respublica Christiananın* temel özelliklerini yıkmıştır³⁰. Biz bu başlık altında Avrupa tarihinin Orta Çağ'ına damga vuran kilisenin etkisiyle şekillenen uluslararası hukuk anlayışını ele almaya gayret edeceğiz.

Orta Çağ'da Klasik Stoacıların ve Roma Hukuku'nun etkisi ile Katolik Kilisesi semsiyesi altında doğal hukuk kavramları gelişmeye başlamıştır; ancak bu dönemde doğal hukuk ve *ius gentium* kavramları, aralarına belirgin bir çizgi çizilmeksizin, farklı kabul edilmektedir³¹. Bu dönemde kilisenin etkisiyle doğal hukuk, dinî bir nitelik kazanmıştır. Orta Çağ itibarıyla *ius gentiumun* halen tamamıyla bugünkü anlamda

²⁸ Grewe, op. cit., s. 40.

²⁹ Ibid, s. 39-48.

³⁰ Randall Lesaffer, "The Classical Law of Nations (1500-1800)", *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 408-440, s. 412-413.

³¹ Neff, *A Short History*, s. 6.

uluslararası hukuk kurallarından ibaret olmadığını belirtmeliyiz, *ius gentiumu* daha çok tüm halklara ortak olan insan hayatının tüm anlarına ve sosyal ilişkilerine uygulanabilecek sözleşme, mülkiyet, ceza ve benzer konulardaki normlar bütünü olarak anlamalıyız³². Bu tanımıyla *ius gentiumun* tüm halklara ortak oluşu ve yalnızca uluslararası alana ilişkin kuralları kapsamaması nedeniyle uluslararası hukukun kaynakları arasında yer alan hukukun genel ilkelerinin kaynağını oluşturduğu savunulmaktadır³³.

Isidore de Seville'nin önceki başlıkta verilen *ius gentium* tanımı Orta Çağ'da kilise doktrini tarafından kabul görmüş ve *corpus iuris canonice*de yer almıştır; bunun yanında *Aquinolu Thomas* doğal hukukun tüm insanlar için ancak *ius gentiumun* halkların çoğunluğu için geçerli olduğunu gerekçelendirerek *ius gentiumu* doğal hukukun altında bir kategori olarak kabul etmiştir³⁴. Bu durumda doğal hukuk ile *ius gentium* arasında hukukun uygulanabileceği kişiler bakımından bir ayrımın yapıldığı söylenebilir; doğal hukuk tüm insanlara uygulanmaktayken *ius gentium* bu insanlardan oluşan halklara uygulanır, ancak onların da tamamına uygulanmamaktadır. *Aquinolu Thomas*'a göre hukuk ele aldığı konulara göre alt dallara ayrılabilir, ancak bu ayrım da, eşyanın doğasına uygun olarak, hukukun yine kendi içerdiği konulara ayrılması suretiyle mümkün olabilecektir³⁵ olduğundan *ius gentium* doğal hukuktan ayrı sınıflandırılmayacaktır. *Isidore de Seville*'nin tanımı kanonik hukuka dâhil edilmiş demizdir. Ancak, Papalık'ın kendi çalışanlarına ve inananlarına uyguladığı hukuk olarak kanonik hukuk ulusal ya da uluslararası özellik taşımamaktadır; kaldı ki Orta Çağ'da ulus kavramının mevcudiyeti bile ileri sürülemez, bu nedenle kilisenin kavrayışı evrenseldir- *Erkiner*'e göre modern kavramlarla ifade edilmeye çalışılırsa kilisenin kavrayışı ulusüstü nitelik taşımaktadır³⁶. Böylelikle uluslararası hukuka belli ölçüde yaklaşan *ius gentium* tanımları yapıyor olsa da modern anlamda uluslararası hukuk

³² Ibid.

³³ Hermann Mosler, "The International Society as a Legal Community", *The Hague Academy of International Law: Recueil des Cours*, C. 140, 1980, ss. 1-320, s. 137.

³⁴ Tuori, op. cit., s. 1018.

³⁵ Aquinolu Thomas, *Summa Theologica*, 2.1.95., <http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/cache/summa.pdf>, s. 2316-7. (27.07.2017)

³⁶ Hakkı Hakan Erkiner, "Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluşturduğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klasik Dönemdeki Öğreti", *MÜHF-HAD*, C.18, S.1, 2012, ss. 51-146, s. 68.

pratiğinden söz edilmesi için ulus kavramının ortaya çıkması, egemen devletin belirginleşmesi, gerekmiştir.

Orta Çağ'da doğal hukuku din ile açıklayan görüşler, ki bunlara göre Tanrı'nın yaratmış olduğu doğaya insan aklı da dâhildir, doğrultusunda denebilir ki Orta Çağ uluslararası hukuku farklı inanç ve uygulamaların karmaşasından ibarettir: bunlar doğal hukukun seyreltilmiş kavranışlarından çeşitli toplulukların günlük işlerinde kullandıkları elverişli kurallara, savaş hâli ve diplomasiden alım ve satıma kadar birçok konuyu içerebilmektedir³⁷. Bu karmaşa içinde de saf bir uluslararası hukuka değil ancak doğal hukuk ve Tanrısal hukukun uluslararası hukuk konuları çerçevesinde uygulanmasına rastlanmaktadır. Doğal hukuk ile kastedilen hem kilise tarafından Tanrı'nın insanlar arasına koyduğu hem de Tanrı tarafından yaratılan insan aklıyla ortaya çıkarılan kurallar olmaktadır³⁸.

Orta Çağ'da İtalyan teorisyenlerin çalışmalarıyla küçük siyasî örgütlenmeler ortaya çıkmaya başlamıştır, bunlara göre dünya toplumu bir bütün olsa da örgütlenme küçük ve birbirinden bağımsız şehirler biçiminde olmaktadır; bunlar birbirleri bakımından bağımsız olsalar da İmparatorluğa bağlıdırlar³⁹. *Bartolus*'un önderi olduğu bu görüş devletler arasındaki ilişkiler meselesinin ortaya konduğu ilk görüş olarak kabul edilebilmektedir⁴⁰. Tarihî olarak şehir devletleri pratiğinden etkilenen İtalyan teorisyenler şehirlerin birbirinden bağımsızlığını belirterek bir anlamda federatif, ancak şehirlerin kendi aralarında bağımsız olduğu bir siyasî örgütlenme türünü ön plana çıkarmışlardır⁴¹.

Bu döneme ilişkin açıklamalarımız *ius gentium*un yapılmış belki de en kapsayıcı tanımını ile sonlanacaktır. *Baldus de Ubaldis* tarafından 14. yüzyılda yapılmış bu tanıma göre hiçbir güç ya da kişi siyasî çatışmaları ortadan kaldıramayacaktır, bunu ancak genel ve hukukî bir ilkenin kılavuz norm kabul edilmesi gerçekleştirebilir; bu norm da tüm insanların ortak biçimde uyguladığı, her zaman iyi, kullanışlı ve herkese eşit olan

³⁷ Neff, A Short History, s. 8.

³⁸ Ibid, s. 6.

³⁹ Randall Lesaffer, "The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law", *British Yearbook of International Law*, ed. J. Crawford, V. Lowe, 2002, ss. 103-139, s. 121.; Ibid, s. 7.

⁴⁰ Neff, A Short History, s. 7.

⁴¹ Ibid.

*ius gentium*⁴². Böylece eski bir kavram, hâkimiyet kurmaya değil de konsensusa ulaşmaya dönük hukukî araçlar dizisi olarak ortaya çıkan yeni bir tanıma kavuşmuştur⁴³. *İus gentium*un konsensus sağlayıcı bir hukukî araç, norm olarak anlaşılması uluslararası toplumun bir egemene değil, hukukun egemenliğine tâbi olması gerektiğinin erken bir gerekçesi olarak kabul edilebilir, yine de Orta Çağ'daki karmaşık siyasî yapı bu konsensusun sağlanmasının aracı olarak görülen hukuk normlarının belirginleşmesini sağlayamaz. Ancak bu tanımın, imparatorluk, kilise ve prenslikler arasındaki üstünlük kurma ve var olma mücadelesini içeren siyasî ortamda, bunu çözecek olanın bir makamın üstünlüğü değil hukukun üstünlüğü olduğunu tespit etmesi suretiyle sahip olduğu önem kanaatimizce açıktır. Bir diğer önemli yanı ise *ius gentium*un içeriğini oluşturan konuların sayılması suretiyle değil bir konsept olarak tanımlanmasıdır.

Orta Çağ'da hangi uluslararası hukuk kişilerinin mevcut olduğunun değerlendirilmesinde bu dönemdeki siyasî örgütlenmeye bakılması gerekir. Bu dönemdeki siyasi örgütlenmeler *polity* olarak adlandırılmış ve bu ismin kullanılması söz konusu birimlerin modern anlamdaki devletten farklı olmalarından kaynaklanmıştır, *polity* kavramının 16. yüzyıl itibarıyla ortaya çıkan devletin Orta Çağ düşüncesindeki karşılığını teşkil ettiği kabul edilir⁴⁴. *Hintze*'den alınan *polity* tanımına göre; doğal ve genel insan yaşama şartlarındaki görece devamlı karakterde ve aileyi aşan insan topluluğudur, örnekleri ise kabile, bölge, şehir, halk, bazı şartlar altında birden fazla halkın dinsel ve kültürel birliği olabilmektedir⁴⁵. Bu birimlerin bağımsızlıklarına yahut da hukuk kişiliklerinin bulunup bulunmadığına yönelik bir çıkarımda bulunulması güçtür, zira siyasî yönlerinden ziyade toplumsal, dinsel ve kültürel yönleri üzerinden tanımlanmışlardır. Uluslararası hukuku özellikle bağımsız egemen devletlerin arasındaki ilişkilere uygulanan hukuk olarak tanımlarsak Orta Çağ Avrupası'nda modern anlamda bir uluslararası hukuk kavrayışı vardır denemez⁴⁶. Ancak İtalyan teorisyenlerin görüşündeki şehir devletleri örgütlenmesi çerçevesinden bakılacak olursa bunların siyasî örgütlenmeler olarak hukuk kişiliğine sahip olmaları mümkünse de zaten

⁴² Kintzinger, op. cit., s. 623.

⁴³ Ibid, s. 624.

⁴⁴ Grewe, op. cit., s. 61.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Stephen Neff, *Justice Among Nations: History of International Law*, Londra: Harvard University Press, 2014, s. 51-52.

bu dönemde uluslararası hukuk anlayışı uluslararası hukuk kişiliği uygulamasına uygun değildir.

Görürüz ki aslında Orta Çağ'da, tıpkı *ius gentium* dönemi gibi, uluslararası hukukun kişilerinden ziyade genel olarak dönemin uluslararası hukukunun değerlendirilmesi gerekmiştir. Bu dönem bakımından da modern anlamıyla uluslararası hukukun değil ancak uluslararası hukuk anlayışının varlığından söz edilebilirse de dönemin hukuku muhakkak dönemin ihtiyaçlarına cevap verecek ölçüde gelişmiştir. Buradan da kilisenin evrensel, ulusüstü hukuk anlayışını empoze etmesinin genel ve modern anlamda devletler arasında ilişkilerin gelişmesine engel olduğu bu siyasî durumun uluslararası hukukun, siyasî birimler arasındaki karşılıklı ilişkiler olarak belirginleşmesine imkân tanımadığı belirtilebilir.

3. İspanyol Devri, Grotius Öncesi Dönem

Uluslararası hukukun tarihsel gelişimi bakımından uluslararası hukukun klasik öğretisinin öncülünü oluşturan dönemi ele alıp bunun uluslararası hukuk kişiliği bakımından taşıdığı özellikleri bu başlık altında değerlendireceğiz. Özellikle bu dönemde teorik çalışmalarıyla *Vitoria* ve *Suárez*'in bir sonraki dönemin yazarlarına etkileri olmuştur, bu dönem *Erkiner* tarafından erken klasik dönem olarak da adlandırılmıştır⁴⁷. Uluslararası hukukun kurucu babası kabul edilen *Grotius*'u da etkileyen fikirlerin ortaya konduğu bu dönem, siyasî olarak denizlerdeki İspanyol ve Portekiz hâkimiyetinin korunmasının, kırılmasının ve başka devletlerin de deniz ticaretinden pay almasının; dinî otorite ile seküler otoritelerin çarpışmasının dönemi olmuş, 13. yüzyılda İmparatorluk ve 14 ile 15. yüzyıllarda Papalık kudretini kaybederek modern anlamda devletlerin doğuşuna ve yükselişine uygun zemin oluşmaya başlamıştır⁴⁸.

Söz konusu dönemi bu çağın önde gelen düşünürlerinden *Vitoria* ve *Suárez*'in fikirlerini üzerinden değerlendirmeye çalışacağız. Öncelikle belirtmek gerekir ki *Vitoria*'nın uluslararası hukuku ifade etmek amacıyla kullandığı *gentler* hukuku kavramı, ulus-devletleri esas almayan, daha çok dünya insanlarının oluşturduğu

⁴⁷ bkz. *Erkiner, Erken Klasik Dönem*.

⁴⁸ *Erkiner, Erken Klasik Dönem*, s. 73-74.

toplulukları ve bu insan topluluklarının oluşturduğu evrensel bütünü ifade etmekteydi⁴⁹. *Ius gentium*un anlam itibarıyla evrensel özel hukuktan devletler arasındaki hukuka *Vitoria*'nın katkılarıyla evrildiği söylenebilir⁵⁰. *Erkiner*'in kanaatine göre *Vitoria*'da Orta Çağ anlayışının *ius gentiumu* değil, iletişim ve dolaşım haklarını da içeren bir evrensel insanlık toplumu hukuku, *ius humanae societatis*, düşüncesi vardır⁵¹. *Vitoria*'nın insan toplulukları arasındaki hukuku teorik hale getiren ilk düşünür olduğu kabul edilir⁵². Yazar, uluslararası hukuku insanlık üzerinden evrenselleştirmiş olmakta, evrenselliğin kaynağı ulusun yokluğu değil halkların evrensel toplumun parçası olması olmaktadır. Ona göre uluslararası hukuk doğal akıl tarafından halklar arasında yerleştirilmiş olan hukuktur⁵³. Böylelikle onun da uluslararası hukuku doğal hukukun bir parçası olarak ele aldığı söylenebilecektir.

Vitoria'ya göre uluslararası sistemde belli düzeyde uygarlaşmış ve eşit uluslararası hukuk kişiliğine sahip siyasî topluluklar, Hıristiyan olup olmamalarından bağımsız olarak, bir topluluklar üstü ortak yarara tâbi olurlar ve bu ortak yararın varlığı doğru ve üzerinde uzlaşmış bir akıl yarasını da beraberinde getirir⁵⁴. Söz konusu ortak yararın ayırt edilmesini sağlayan, bunun uluslararası toplumu oluşturan her topluluğun münferit yararından üstün oluşudur⁵⁵. Farklı kavimler, topluluklar kendi münferit yararlarının üstünde ortak bir yararı da gözettiklerinden birbirilerinden tamamen kopuk olamayacaklardır; kendinden önceki düşünürlerden *Vitoria*'yı ayıran onun uluslararası toplumu oluşturan siyasî toplulukların bağımsız olduğuna değil birbirlerine bağımlı olduklarına eğilmiş olmasıdır⁵⁶. Uluslararası toplumun ya da onun ifadesiyle evrensel insanlık toplumunun ortak yararı, bu topluluk içindeki birimlerin birbirine bağımlı olmasını sağlamaktadır. Ancak bu bağımlılık siyasî bir bağımlılık olarak değil, hukukî bir bağımlılık olarak anlaşılmalıdır.

Vitoria'ya göre devlet eksiksiz bir topluluktur, bu da kendi içinde tamam olan, başka bir devletin parçasını oluşturmayan, kendi hukuku, bağımsız bir politikası ve

⁴⁹ Ibid, s. 96; Kintzinger, op. cit., s. 622.

⁵⁰ Lesaffer, *The Grotian Tradition*, s. 124.

⁵¹ Erkiner, *Erken Klasik Dönem*, s. 97.

⁵² Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı*, Ankara: Dost Kitabevi, 2013, s. 42, 70.

⁵³ Ibid, s. 79; Kintzinger, s. 622 .

⁵⁴ Erkiner, *Erken Klasik Dönem*, s. 106-107; Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 70.

⁵⁵ Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 70.

⁵⁶ Ibid, s. 71.

hukuk uygulayıcıları olan devleti ifade eder⁵⁷. Eksiksiz topluluklar, devletler *Vitoria* tarafından *communitates perfectae* olarak adlandırılır ve devletler toplumu da insanlık tarafından oluşturulan uluslararası ve evrensel toplumu ifade eden *totus orbis*in bir parçasıdır⁵⁸. Bu halde onun *totus orbis* kavramı halklar, devletler ve bireylerden oluşmaktadır⁵⁹. Ancak akılda tutulmalıdır ki o dönemin politik veya sosyal toplulukları bugünkü anlamıyla devlet gibi bir kavramı ifade etmezler ve dolayısıyla siyasi topluluklarla bireyleri birlikte içeren *totus orbis*teki birimler arasındaki ilişkilere uygulanan hukuk da uluslararası alan-iç alan ayrımı yapmayacaktır. En azından teoride Vestfalya'dan bir asır önce *Vitoria*'nın *totus orbis*i bireyler ile sosyal ve ekonomik toplulukları Avrupa ve Amerika'nın politik birimleri ile eşit şartlar altında ele aldığı görülmektedir⁶⁰.

Vitoria'nın görüşlerinde konumuz bakımından en önemli nokta birbirine eşit ve belirli düzeyde uygarlaşmış toplulukların ve bu topluluklarla birlikte bireylerin oluşturduğu *totus orbis*in varlığıdır. Bu *totus orbis* evrensel bir topluluk olarak bugünkü anlamıyla bireyi ve devleti birlikte içerir, tek tek bunu oluşturan birimlerin yararını değil, genel olarak tüm topluluğun yararını gözetir, doğal aklın emrettiği kurallara tâbidir⁶¹. Doğal aklın emrettiği kurallara tâbi bu evrensel toplumun içindeki birimler tüm topluluğun ortak yararını gözetir kurallara tâbi olmaları nedeniyle birbirine bağımlı olmaktadır.

Vitoria değinildiği üzere devletin bir tanımını da yaparak kendi tanımına uyan eksiksiz devletlerin de *totus orbis*in bir parçası olduğunu ifade etmiştir. *Vitoria*'nın *totus orbis*i dışlayıcı değil ancak kapsayıcı bir (uluslararası) toplumdur, halklar da bireyler de eksiksiz devletler gibi bu *totus orbis*e dâhildirler. Tüm birimlerin ortak yararı doğrultusunda *totus orbis*e uygulanacak hukuk ise doğal aklın emrettiği ve bu toplumu oluşturan topluluk ve bireylerin de ortak yararın varlığı münasebetiyle üzerinde uzlaşmış olduğu hukuk olmaktadır. Bu hukuk elbette doğal hukuktur, bunun içinden

⁵⁷ Francisco de Vitoria, *Relectio de Bello*, http://www.constitution.org/vitoria/vitoria_5.htm, para. 7. (22.12.2016)

⁵⁸ Lesaffer, *The Grotian Tradition*, s. 123.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 124.; Kirstin Bunge, "Francisco de Vitoria: A Redesign of Global Order on the Threshold of the Middle Ages to Modern Times", *System, Order, and International Law The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, ed. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 38-55, s. 43.

⁶⁰ Bunge, *op. cit.*, s. 54.

⁶¹ Kintzinger, *op. cit.*, s. 621-623.

Vitoria dolaşım hakkı, iletişim hakkı gibi hususları ön plana çıkararak *totus orbis* birbirine bağı ve etkileşim halinde kılmış dolayısıyla onun (uluslararası) toplumu birbirinden kopuk ve izole birimlerin değil, iletişim halindeki birimlerin toplumu olmuştur⁶².

Vitoria'ya benzer biçimde *Suárez*, farklı şekillerde örgütlenmiş olsa da insan türünün birbiri ile dayanışma içinde olmaya mecbur olduğunu ve bu dayanışmayı yöneten bir hukukun gerekli olduğunu belirtir⁶³. Bu hukuk evrensel ve doğal *ius gentium* ile devletlerin pozitif iradelerinden oluşmaktadır⁶⁴. *Suárez* devletlerin pozitif iradelerine hukuk kaynağı olarak başvurması nedeniyle uluslararası hukuk literatürüne pozitif hukuku dâhil eden yazar olarak kabul edilmektedir⁶⁵.

Suárez'in hukuka ilişkin ortaya koymuş olduğu ayrımlara bakmak gerekirse öncelikle *ius gentiumu* ikiye ayırma konusunda metodolojik bir çalışma görürüz: Bunların ilki ve gerçekte de kavimler hukuku olanı tüm halk ve ulusların kendi aralarında uymak zorunda oldukları hukuktur(*inter se*), ikincisi ise gerçek kavimler hukuku ile sadece bir isim benzerliğine sahip olan, her halk ve ulusun kendi içinde uymak zorunda olduğu hukuktur(*intra se*)⁶⁶. Bu ayrımıyla *Suárez*, iç hukuklarda ortak olan evrensel hukuk ilkelerini uluslararası hukuktan ayırmaktadır⁶⁷. Yazarın basit ve temel nitelikli bir uluslararası alan ile ulusal alan ayrımı yaptığını da söyleyebilmek mümkündür.

Yaptığı bir başka ayrımla *Suárez ius gentiumu* doğal hukuktan ayırır: devletlerin oluşturduğu toplumun politik bir toplum olması nedeniyle her devletin kendi politik iradesine uyduğu ölçüde bu hukuka uyduğunu ve dolayısıyla bu hukukun doğal hukuk gibi evrensel ve değişmez bir nitelik taşımadığını belirtir⁶⁸. *Suárez* evrensel hukuku *a priori* kabul eder; tüm insanlar tarafından uyulması zorunlu ve tüm insan hukuklarına üstün olarak bu hukuk ya Tanrısal hukuk ya da doğal hukuk olarak adlandırılabilir⁶⁹. Ancak (devletlerin iradelerine dayanan, pozitif) uluslararası

⁶² Erkiner, Erken Klasik Dönem, s. 97, 107.; Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 71.

⁶³ Erkiner, Erken Klasik Dönem, s. 116.

⁶⁴ Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 35-37.; Ibid, s. 117.

⁶⁵ bkz. Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 271-84.

⁶⁶ Erkiner, Erken Klasik Dönem, s. 117.

⁶⁷ Ibid, s. 119.

⁶⁸ Ibid, s. 119.

⁶⁹ Kintzinger, op. cit., s. 623.

hukuk için aynı şeyi söylemez, bu hukuk devletler toplumunun politik niteliği dolayısıyla ne evrensel ne de değişmez olacak, uygulandığı devletler arasındaki politik ilişkilerden etkilenecek taraflarına ve ilişkinin gereklerine göre değişiklik gösterebilecektir⁷⁰.

Suárez'in uluslararası hukuk kişiliğine yönelik tutumunu belirlemek için yapmış olduğu hukukî ayrımların üzerinde durmak gerekir. Uluslararası hukuka devletler arasında gelişen teamül kaynak gösteriyor olması, devlet iradesinin uluslararası hukuktaki belirleyiciliğinin üzerinde durması onun pozitivist uluslararası hukukun erken bir temsilcisi olduğunu gösterdiğine değinmiştik. Bu nedenle de onun evrensel hukuk anlayışı tüm insanlığı kapsamaktayken devletlerin iradelerinden doğan hukuk ise bu hukukla bağlanmak isteyen devletleri bağlamaktadır. Böylelikle devlet dışı birimlerin uluslararası doğal hukukun, evrensel hukukun kapsamında olduğunu söyleyebilmek mümkün olacaktır, zira insanlık bütünü'nün bir parçasını oluşturan birimler evrensel hukukun kapsamındadırlar. Bunun yanı sıra *Suárez* teolojik perspektiften yazdığından yöneticilere yahut da normal bireylere, ancak mutlaka bireylere uygulanacak hukuk kurallarına değinir, devletlerin değil bireylerin haklarına ve diğerlerinin haklarına saygı duyma yükümlülüğüne odaklanır⁷¹. Doğal hukuktan, Tanrısal ve insan eliyle yapılmış pozitif hukuktan oluşan uluslararası hukuku birincil olarak bireylere ve ikincil olarak devletlere uygulanacak hukuk olarak tasarlamaktadır⁷².

Vitoria ve *Suárez* arasında bir kıyaslama yapılacak olursa *Vitoria*'ya nazaran *Suárez*'in, devlet iradelerine yaptığı atıf nedeniyle, bugünkü anlamıyla uluslararası hukuka daha yakın bir uluslararası hukuk anlayışı olduğu söylenebilir. *Vitoria* daha çok evrenselci bir teori ileri sürerken, *Suárez* devlet iradesine atfetmiş olduğu hukuk yaratıcılık ile daha devletçi bir teoriyi benimsemektedir⁷³. İkisi de insanlık toplumunun tüm birimleriyle evrensel doğal hukukun uygulama alanında olduğunu belirtiyor olsalar da, *Suárez*'in devlet iradesine biçtiği hukuk yaratma özelliği devleti insanlık toplumunun birimleri arasında farklı bir pozisyona yerleştirmektedir. Ancak yine de

⁷⁰ Ibid, s. 624.

⁷¹ Tobias Schaffner, "Francisco Suárez S. J. On the End of Peaceful Order among States and Systematic Doctrinal Scholarship", *System, Order, and International Law The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, eds. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 56-77, s. 70.

⁷² Ibid, s. 72.

⁷³ Erkiner, Erken Klasik Dönem, s. 121.; Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu, s. 264-7.

ikisi bakımından geçerli olabilecek husus -bu toplum içerisinde çeşitli ayrımlar oluştursalar da- evrensel insanlık toplumunun hukuku olarak uluslararası hukuku kabul ettikleridir.

4. Değerlendirme

Uluslararası hukuk kişiliğinin, uluslararası hukuk tarihinde ne tür teorik yaklaşımlardan etkilendiğini araştırdığımız bu bölümün ilk başlığında Roma Dönemi'nden 1648'e kadar ortaya çıkan görüş ve uygulamaları ele almaya gayret ettik. İlk olarak Roma Hukuku'nda yabancılık unsuru barındıran hukukî ilişkilere uygulanan hukuk olarak karşımıza çıkan *ius gentium* sonrasında hem uygulamanın hem de teorinin etkisiyle doğal hukuka yaklaşmış hatta onunla eşitlenmiş bir hukuk alanı haline gelmişti. Ancak, bunun günümüz anlamıyla uluslararası hukuka karşılık gelmediğini de sıklıkla belirttik. Geç antikiteye doğru ise yapılan *ius gentium* tanımları klasik uluslararası hukukun konularını da kapsamaya başlamıştı.

Orta Çağ'da siyasî karışıklığın ve dinî hukukun etkisiyle uluslararası hukuk teorisinde teologların görüşleri ön plana çıkmaya ve uluslararası hukuk kavimlerin arasına Tanrının koyduğu hukuk olarak tanımlanmaya başlamıştı. Bu dönemde uluslararası hukukun Tanrısal hukuk alanında kabul edildiğini söyleyebiliriz, Kilise'nin siyasî etkinliğini yitirmesi ile birlikte ise uluslararası hukuk yine seküler doğal hukukun bir görünümü olarak ele alınmaya başlanmıştır. Uluslararası hukuk, *ius gentium* yahut da kavimler hukuku doğal hukukun devletlerin arasında uygulanan bir versiyonu olarak anlaşılmıştır. Bu dönemin sonlarında *Suárez*'in devletlerin iradelerine yapmış olduğu atıfla uluslararası hukuk alanına pozitif hukukî fikirlerin dahil olmaya başladığı belirtilmiştir.

Vestfalya öncesinde uluslararası hukukun bulunmadığı ancak buna ilişkin bir anlayışın bulunduğu ifadesine kanaatimizce ancak kısmen katılınabilecektir, zira ancak modern biçimiyle uluslararası hukukun var olmadığı söylenebilir. Bu dönemde özellikle *Vitoria* ve *Suárez*'in fikirleri ayrı bir yere sahiptir zira klasik uluslararası hukuk teorisi bakımından temel teşkil etmektedirler. Uluslararası hukuk kişiliğine dair bir çıkarıma imkân tanımıyor olsa da bir sonraki başlıkta göreceğimiz evrensel topluluk ve bu topluluğun bireylerden, devletlerden (bununla o dönemdeki egemen birimler kastedilmektedir), halklardan oluştuğu fikirleri bugünkü uluslararası toplum anlayışının

erken bir görünümünü sunmaktadır. Klasik uluslararası hukukun temel birimi kabul edilen devletin tüm unsurlarıyla tam olarak kristalleşmesinden önceki dönemde uluslararası toplumun niteliği yine o dönemin siyasî toplulukları çerçevesinde, *Vitoria* tarafından bunların birbirine karşı bağımlılıkları ve ayrı ayrı sahip oldukları menfaatlerin üstünde bulunan ortak yarara atıf yapılarak, oluşturulmuştur.

B. GROTIUS, VESTFALYA BARIŞI VE ULUSLARARASI HUKUKTA KLASİK DÖNEMİN BAŞLANGICI

Uluslararası hukukun kurucusu, Savaş ve Barış Hukuku adlı eseriyle uluslararası hukuku skolastik teolojiden kurtardığı⁷⁴ kabul edilen *Grotius*'un görüşlerini ve beraberinde Vestfalya dönemini inceleyeceğimiz bu kısımda artık modern anlamda uluslararası hukukun doğmuş olduğu kabul edilmektedir ve dönemin görüşleri uluslararası hukuk literatüründe klasik teorinin başlangıcını teşkil eder. Bunda etkili olan özellikle ulus devletlerin ortaya çıkmış olmasıdır. Ulus devletlerin kurulması uluslararası hukuk bakımından önemli bir dönüm noktası kabul edilir; çünkü hem uluslararası hukukun etkin, tek, orijinal (ve benzeri birçok sıfatla uluslararası hukuk kişiliğine üstünlük atfedilen) kişisi olan devlet modern anlamıyla ortaya çıkmaya hem de politik anlamda uluslararası düzen belirginleşmeye başlamıştır.

1. Vestfalya Barışı

Vestfalya Barışı'nın arka planına bakıldığında özellikle 1540'lardan sonra andlaşmaların sayısında meydana gelen artışla iç egemenliğin aşamalı olarak güçlendiği anlaşılmaktadır, bunun sonucunda da merkezî yöneticinin egemen olarak uluslararası alanda kendi bölgesini temsil tekeline sahip olmaya başladığı görülmektedir⁷⁵. Devletin soyut bir kavram olarak ortaya çıkmasının hemen öncesinde, devlet yöneticileri, egemenin şahsı uluslararası hukukun kişisi olarak kabul edilmiştir⁷⁶. Burada devletin yöneticisi, egemeni bu vasfından dolayı uluslararası hukukun öznesi olduğundan devletten ayrı bir biçimde ifade edilememektedir. Bu dönemden itibaren egemen olmayanların andlaşmalarda taraf olarak yer alması ancak ayaklanma ve iç savaş

⁷⁴ Janne Elisabeth Nijman, *The Concept of International Legal Personality An Inquiry to the History and Theory of International Law*, Lahey: T.M.C. Asser Press, 2004, s. 30.

⁷⁵ Lesaffer, *The Grotian Tradition*, s. 116.

⁷⁶ Ibid.

hallerinde mümkün olmuşsa da bu hallerde de egemenler, kendi tebaası konumunda olan ayaklanan, isyan eden bireylerle karşılıklı, andlaşmaların eşit tarafları olarak yer almamayı amaçlamışlardır; örneğin, bir ayaklanmanın bastırılması amacıyla akdedilen anlaşmalar bir andlaşmadan ziyade bildiri, ferman biçimlerinde düzenlenmiştir ki devleti adına hareket eden egemen ancak başka devlet adına hareket eden başka bir egemenle eşit taraflar olarak andlaşma akdedebileceğinden bu iki ilişki türünün birbirinden ayırt edilmesi planlanmıştır.⁷⁷ 1660'tan sonra ise egemen olmayan birimler andlaşma imzalamamış, iç ve dış hukukî düzen ayrımı gerçekleşmiştir⁷⁸. Böylece devlet ve egemen, kendisine tâbi birimlerin dış hukukî düzendeki, uluslararası alandaki, temsilcisi haline gelmiş, diğer devletlerin egemenleri ile yapılan andlaşmalara taraf olmuştur.

Vestfalya Barışı, Münster ve Osnabrück Andlaşmaları'ndan oluşmaktadır. Vestfalya Barışı'nın andlaşmalarla tesis edilmiş olması ve 1500'lü yıllardan beri artan siyasî örgütlenmeler arasında andlaşma yapma eğilimi, yeni uluslararası düzenin andlaşmalar yoluyla şekilleneceğinin göstergesi olmuştur. Yeni düzende artık devlet belli bir toprak parçasında çığnenemez sınırlar ile çevrili hem hukukî hem de siyasî bir yapı olarak tanımlanmış ve Vestfalya sonrasında devlete eklenen egemenlik unsuru da devletin kuruluşunu, klasik anlamda unsurlarıyla birlikte, tamamlamıştır⁷⁹. Uluslararası hukukun aralarındaki ilişkileri düzenlediği birimin tarihsel olarak ortaya çıkmasıyla uluslararası hukukun doğumunun gerçekleştiği ve devletin 'egemenlik sahibi bir hukukî kişilik' olarak tescillendiği kabul edilmiştir⁸⁰. Vestfalya ile pratik anlamda devletin uluslararası hukuk kişiliği tespit edilmiş olsa da öncesinde de devletin uluslararası hukuk kişiliğine atıflar yapılmış olduğundan ya da devletlerden başka birimlerin uluslararası hukukun kişisi olarak anıldığından söz etmek mümkündür, ki çalışmamızın Vestfalya öncesine yönelik başlığında bundan söz edilmişti. Ancak Vestfalya öncesi dönemde uluslararası hukukun kişilerini belirleme sorunu ile mi yoksa uluslararası hukukun kendi varlık sorunu ile mi karşılaşıldığı hususu tartışmalıdır. Vestfalya öncesi dönem uluslararası hukukun bağımsız bir kimliğe kavuşmadığı dönemdir ve uluslararası hukuk kurallarının kaynağının ve niteliğinin tespiti bu konuda görüşler

⁷⁷ Ibid, s. 117.

⁷⁸ Ibid, s. 130.

⁷⁹ Erkiner, Klasik Öğretinin Kuruluşu, s. 6.

⁸⁰ Ibid, s. 125.

ortaya koyan teorisyenin genel hukuk anlayışına bağlı olmuştur. Uluslararası hukuku bağımsız kimliğe kavuşturanın devletlerin pratiği ve bu pratiğin kurallaşması olduğunu söylemek mümkündür. 17. yüzyılda devlet uygulamalarına bunların doğal hukukun bir örneği oldukları anlayışının yanı sıra hukukun gerçek bir kaynağı olarak yer verme eğilimi de ortaya çıkmıştır⁸¹. Böylelikle uluslararası hukukun kaynakları arasında devletlerin uygulamaları artık teorisyenlerin hukukî eğilimlerinden bağımsız bir varlık kazanmaya başlamışlardır.

Vestfalya Barışı kapsamında ortaya konan temel prensipler devletlerin egemenliği ve eşitliği, uluslararası toplumun dinî tarafsızlığı ve güç dengesi olarak sayılmaktadır; bunlar andlaşma metinlerinde yer almadıkları halde, dinî nedenlerden kaynaklanan Avrupa savaşlarının sona ermesi ve bölgesel dengenin kurulmasından ortaya çıkan, bir dönüşümün ilkeleridir⁸².

Vestfalya Barışı uluslararası alanda devleti birden ortaya çıkaran devrimsel bir zirveyi teşkil etmemektedir. Önceki başlıkta da değindiğimiz üzere uluslararası alanda o döneme kadar yaşanan gelişmeler bunu hazırlamıştır. Papalık ve İmparatorluğun Avrupa üzerindeki hâkimiyetlerini yitirmeleriyle, 1600'lerin başından itibaren, Avrupa'daki egemen prenslikler uluslararası hukukun esas öznesi olarak belirginleşmeye başlamıştır⁸³. Vestfalya yeni öznelerle sahip yeni sistemin tespit edilmesi olarak ele alınabilecektir.

Orta Çağ'ın sonlarında imparatorlardan krala, prenslerden lorda, piskoposların başrahibe kadar, şehir ve kasaba yönetiminde yer alan farklı birimler savaş, diplomasi, uluslararası ticaret gibi konularla ilgilenirken Vestfalya sonrasında bu konular egemenin veya onun temsilcilerinin iştiğal alanındaki konular haline gelmiş ve uluslararası hukuk öncesinde genel hukukun bir parçası iken artık ayrı bir hukuk kategorisi olmuştur⁸⁴.

Bu dönem itibarıyla devlete verilen önem ve yeni yeni kuruldukları bu aşamada ulus devletlerin uluslararası statüsünün oluşturulmasına sarf edilen çaba, İmparatorluk ve gücünü önemli ölçüde kaybetse de Papalık karşısında ulus devletlerin devlet-toplum

⁸¹ Neff, A Short History, s. 9.

⁸² Lesaffer, The Classical Law of Nations, s. 414.

⁸³ Lesaffer, The Grotian Tradition, s. 127.

⁸⁴ Lesaffer, The Classical Law of Nations, s. 416.

özdeşliğini sağlayarak egemenliklerini tesis etmeleri sonucunu doğurmuştur⁸⁵. İmparatorluk ve Papalık'a nazaran ulus devletler biçiminde örgütlenme egemen ile tebaası arasında ulus bağı gibi yakın ve kuvvetli bir bağı öngörmektedir.

Vestfalya Barışı'nın uluslararası hukuka bu etkisi 19. ve 20. yüzyıllardaki Avrupa devletlerini merkeze alan uluslararası hukuk anlayışının ve yorumunun temeli olarak değerlendirilebilmektedir⁸⁶. Egemenliğin dönüşümü ile ulus devletlerin uluslararası alanda kazandığı gücün 19. yüzyılda ne türden sonuçlar doğurduğuna ileride değinilecektir.

1540'larda yapılan andlaşmalarda devletin egemeninin uluslararası hukukun kişisi olarak ele alındığı, devletin kişiliğinin egemenin şahsında somutlaştığını belirtmiştik. 17. yüzyılın ikinci yarısı ve 18. yüzyılın ilk yıllarına gelindiğinde, birey olarak yöneticinin artık uluslararası andlaşma tarafı olmadığını bunun yerini devletin soyut varlığının aldığını ve böylece devletin soyut kişiliğinin uluslararası hukukun öznesi haline geldiğini görürüz⁸⁷. Uluslararası andlaşmaların tarafı olarak artık devletin yöneticisinin ismi değil, devletindeki ünvanı belirtilmeye başlanmıştır, bu durum egemenin bireysel olarak sorumlu olmadığını kurulan ilişkinin yöneticiler, egemenler değil devletler arasında tesis edildiğini göstermektedir⁸⁸. Yönetici, artık bir temsilci, devletin temsilcisi olarak andlaşmaları imzalamaktadır, devletin hukuk kişiliği, egemenininkinden ayrılmaktadır. Uluslararası hukukun kişisi olan devletin yöneticisi değil, devletin kendisi olmaktadır.

Grewe, uluslararası hukukun kişileri arasında bu dönemde ilk olarak sınırları belirli bir ülkeye sahip devletleri göstermektedir⁸⁹, Vestfalya'nın ülke sınırlarını belirleyici hale getirerek devlet niteliğinin önemli bir unsurunu kristalleştirdiğini yukarıda ifade ettik. *Grewe* burada sınırların kapalı niteliğinden ötede bir noktaya da değinir ve devletin artık gelişmekte olan mutlakiyetçiliği aşarak olgun mutlakiyet aşamasına geçtiğini belirtir, buna göre merkezîleşmiş, politik ve askerî gücü artmış bir

⁸⁵ Erkiner, Klasik Öğretinin Kuruluşu, s. 83-4.

⁸⁶ Rüdiger Wolfrum, "International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2006, p. 4. (<https://opil.ouplaw.com/home/mpi>, 09.04.2019)

⁸⁷ Lesaffer, *The Grotian Tradition*, s. 130.

⁸⁸ *Grewe*, op. cit., s. 361.

⁸⁹ *Ibid*, s. 317.

devlet ortaya çıkmıştır⁹⁰. Bu ifade klasik uluslararası hukukun devletin unsuru olarak egemenliğe verdiği önemi ve “egemen eşitler arası” niteliğini öne çıkarmaktadır.

Vestfalya Barışı ile ortaya konan modern uluslararası hukukun temel ilkeleri egemenlik, eşitlik, dinî tarafsızlık ve kuvvetler dengesinin garantiler sistemi ile temin edilmesi olarak sayılır⁹¹. Vestfalya Barışı’nın imzalanması modern uluslararası hukuk ve devletler sistemini doğurmuştur diyemeyiz, zira bunların tam manasıyla gerçekleşmesi için 18. yüzyılın beklenmesi gerekecektir⁹². Bir başka görüş kapsamında ise *Fassbender* Vestfalya’nın gerçekte modern uluslararası hukukun doğuşunu oluşturmadığını, bunun geç Orta Çağ’da olgunluğa eriştiğini belirtmektedir⁹³.

Vestfalya bir dönemin başlangıcı niteliğine sahip olmakla birlikte tek dönüm noktasını oluşturmaz, onunla açılan yolda karşımıza birçok barışı, ittifakı güçlendiren, dolayısıyla uluslararası hukuku geliştiren, andlaşma çıkmaktadır. Ancak bilhassa, 1648 Vestfalya, 1713 Utrecht ve 1815 Viyana andlaşmaları barış enstrümanları serisinin parçaları olarak Avrupa’da güçler dengesine dayalı bir düzenin kurulmasının aracı, Avrupa’nın büyük güçleri arasındaki uyumun göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadırlar⁹⁴. Bu andlaşmalarda, andlaşmaların tarafları arasındaki güç dengesi, eşitlik, ittifak ifadeleri açıkça yer alır ve ilgili andlaşmanın kurduğu düzenin niteliği de böylece ortaya konmuş olur. Avrupalı devletler arasında imzalanmış barış andlaşmaları ve savaşları sona erdiren andlaşmalar bir sistemi tesis eden andlaşmalar olduğundan ilerleyen dönemde kristalleşecek Avrupa Ahengi’nin temelini teşkil etmişlerdir.

2. Grotius

Uluslararası hukukun Tanrısal hukukla bağlantısını ortadan kaldırarak seküler hale getiren, doğal hukuk ile olan ilişkisini ve dolayısıyla da uluslararası hukuku sistematize eden *Grotius*, uluslararası hukuk doktrininde alanın kurucu babası kabul edilmektedir⁹⁵. Açık denizlerin serbestliği, haklı savaş kuramı gibi normatif olarak etkili

⁹⁰ Ibid, s. 317-8.

⁹¹ Lesaffer, *The Grotian Tradition*, s. 129.

⁹² Ibid, s. 130.

⁹³ Bardo Fassbender, “Westphalia, Peace op (1648)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2011, p. 19. (<https://opil.ouplaw.com/home/mpi>, 19.03.2019)

⁹⁴ Grewe, op. cit., s. 282.

⁹⁵ Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 7, 10.; Atalay, op. cit., 65.

olmuş görüşleriyle de öne çıkan yazar, uluslararası toplum hakkında kendi öncüllerinden *Suárez* ve *Vitoria* ile benzer fikirler ileri sürmüştür⁹⁶.

Öncülleri gibi evrensel bir topluluk anlayışı bulunan *Grotius*'a göre bu topluluk ihtiyaçlarına karşılık veren bir hukuk düzeninin varlık nedenini oluşturur ve bu hukuk kendisinden üstün otorite tanımayan varlıklar arasında eşitliğe ve bağımsızlığa dayalıdır; ancak karşılıklı bağların hukuka etkisiyle oluşur⁹⁷. Bu görüşe uluslararası toplumdaki dayanışmayı yöneten bir hukukun gerekliliği konusunda *Suárez*'de de rastlanmaktadır⁹⁸.

Grotius doğal hukuku ikiye ayırır, ilk doğal hukuk türü Tanrının yarattığı hayvanî doğadan kaynaklanır, ikincisi ise yine Tanrının yarattığı, ancak insanî ve toplumsal doğadan kaynaklanan ve akıllı varlıklar için olan doğal hukuktur⁹⁹. Ayrıca yazar uluslararası hukuku “Halkların ortak iradesinden doğan ve bütün halkların müşterek rızasını yansıtan hukuk düzeni” olarak tanımlar¹⁰⁰. *Grotius* uluslararası topluluğun kişilerine ilişkin belirleme yaparken İspanyol uluslararası hukukçularının etkisinde kaldığı için halklar ifadesini kullansa da zaman zaman *civitas* ya da *respublica* sözcükleri aracılığıyla devlete de atıf yapmaktadır¹⁰¹. Halklar kavramının kullanılmasının devletin o dönemde tam olarak kavramsallaşmamış olmasının yanı sıra İspanyol sömürgeciliği dönemine dayanan ve Avrupaî anlamda siyasî örgütlenmeye sahip olmamakla beraber mevcut ve vahşi kabul edilen halklara yönelik bir kullanım olarak anlaşılması da mümkündür¹⁰². Siyasî mütalaalardan ayırırsak *Vitoria*, *Suárez* ve *Grotius*'ta yer alan halk, *gent*, *respublica*, *civitas* ifadelerini belli biçimde örgütlenmiş insan toplulukları olarak anlamamız o dönemde bugünkünden farklı yapıları barındıran bir uluslararası toplumun var olması nedeniyle doğru olacaktır. Erkiner bunu ‘yerel

⁹⁶ Hedley Bull, “The Importance of Grotius in The Study of International Relations”, *Hugo Grotius and International Relations*, ed. Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts, Oxford: Clarendon Press, 1990, ss. 65-94, s. 73.

⁹⁷ Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 64.

⁹⁸ Erkiner, *Erken Klasik Dönem*, s. 116.

⁹⁹ Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 68.

¹⁰⁰ Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace, including the Law of Nature and of Nations*, çev. A. C. Campbell, A. M., New York: M. Walter Dunne, 1901, Kitap 1, Bölüm 1, 14.

¹⁰¹ Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 69, dn 313.

¹⁰² Kintzinger, *op. cit.*, s. 622.

siyasal toplum' olarak ifade eder¹⁰³ ve Grotius'a göre kavimler hukuku tüm halkların iradesini yansıtır, tüm halklara ortaktır¹⁰⁴.

Grotius'a göre devletin ve bireyin tutumlarını düzenleyen hukukî ve ahlakî kurallar benzerdir, ancak bunun nedeni iç hukukla uluslararası hukuk arasında yapılan bir kıyas ile devletlerin bireylere benzetilmesi değil, devletlerin gerçekte bireylerden oluşmasıdır¹⁰⁵. Devletin kişilik dışı, mistik ve bunların sonucu olarak hukuken sorumsuz kişiliğinin arkasında gerçekte hak ve yükümlülüklerin taşıyıcısı olan insan bulunmaktadır¹⁰⁶. Hukuk kişiliğini haklara ve yükümlülüklerle sahip olma ile bağdaştırdığından her türlü hukukun nihaî birimi *Grotius*'a göre bireydir, uluslararası hukuktan kaynaklanan haklar ve yükümlülükler nihaî manada bireyin gelişimini, refahını ve itibarını uluslararası hukukun doğrudan ilgisi içerisine koymaktadır¹⁰⁷.

Bilhassa Amerikalı yazarlar tarafından benimsenen Grotiusçu geleneğin konumuz bakımından en önemli noktası da uluslararası hukuktaki bazı hak ve yükümlülüklerin doğrudan bireye atfedilebilir olması nedeniyle bireye uluslararası hukuk kişiliği atfediyor oluşudur¹⁰⁸. Nitekim çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde *Grotius*'un bireyi uluslararası hukukun nihaî birimi kabul etmesine benzer bir kabule güncel yaklaşımlar bakımından da değinilecektir.

Birey, *Grotius*'a göre, hukuka sahip olabilen birimdir, bu anlayış doğrultusunda hukuk insan-birey merkeze alınarak subjektivize edilmiştir ve hukuk, bireyin ahlakî niteliği olarak anılır¹⁰⁹. Adalet ve adaletsizlik arasındaki farkı bilme kapasitesi ve bunlara göre davranabilme kapasitesi bireye has olduğuna göre birey dünyanın ahlakî ve politik aktörü durumundadır¹¹⁰. Her ne kadar *Grotius*'un açık ifadelerle ortaya konmuş bir uluslararası hukuk kişiliği tanımı vardır diyemsek de, ona göre bireysel kapasitesi itibarıyla egemen ya da tebaa fark etmeksizin *societas humanaya* (*totus orbis*in benzeri

¹⁰³ Erkiner, Erken Klasik Dönem, s. 93,94 dn 120.

¹⁰⁴ Erkiner, Klasik Öğretinin Kuruluşu, s. 44.

¹⁰⁵ Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", *British Yearbook of International Law*, C. 23, S. 1, 1946, ss. 1-53, s. 27.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Lesaffer, The Grotian Tradition, s. 109.

¹⁰⁹ Benedict Kingsbury, Adam Roberts, "Introduction: Grotian Thought in International Relations", *Hugo Grotius and International Relations*, ed. Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts, Oxford: Clarendon Press, 1990, ss. 1-64., s. 31.

¹¹⁰ Nijman, The Concept of, s. 47.

bir insanlık toplumu) mensup olan herkes uluslararası hukukun öznesi olmaktadır¹¹¹. *Grotius*'ta uluslararası hukuk yalnızca devletlerin ya da onları yönetenlerin değil devletler dışındaki grupların ve bireylerin de üyesi bulunduğu bir hukuk alanıdır; böylelikle uluslararası toplum yalnızca devletlerin toplumu değil tüm insanlığın toplumu olmaktadır¹¹². *Vitoria*'nın *totus orbis* gibi *societas humana* da dışlayıcı değil, kapsayıcıdır ve belirtildiği gibi devletleri, egemenleri, devletler dışındaki toplulukları ve bireyleri kapsamaktadır.

Ortak bir iç hukukla bağlı olmayanlar arasındaki uyuşmazlıkların savaş ya da barış zamanında gerçekleşeceğini¹¹³ belirterek bir yandan savaş ve barış hukuku -bir anlamda uluslararası hukuk- alanında yalnızca devletler arasındaki uyuşmazlıkları değil, devlet örgütlenmesine sahip olmayan topluluklar arasındakiler, devleti oluşturan özel kişiler arasındakiler gibi farklı uyuşmazlık türlerini de sayarak uluslararası hukukun kapsamını günümüz uluslararası hukukundan daha geniş bir biçimde belirlediği ifade edilmektedir¹¹⁴. Bu değerlendirme, klasik uluslararası hukuk uyuşmazlıkları anlayışı bakımından doğru kabul edilebilirse de günümüzde uluslararası ilişki ve uyuşmazlıkların tanımının uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden iç karışıklıkları 1977 tarihli Cenevre Protokollerinin ortak 3. maddesi¹¹⁵, Güvenlik Konseyi'nin devletler dışındaki birimlere yükümlülük getiren kararları, devletler ve özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılan ve uluslararası hukuka tâbi andlaşmalar göz önünde bulundurulduğunda oldukça genişlediği düşünülebilecektir.

3. Hobbes

Hukukî realizm akımının öncülerinden kabul edilen *Hobbes*'un çalışmaları doğal hukuk, devlet öncesi doğa durumu, sözleşme teorisi ve devlet egemenliği gibi konularda temel hukukî argümanları içerir.

Hobbes'a göre devletli toplumdan önceki doğa durumunda bireyler kendilerinin olanı korumak adına daimî bir savaş halindedir ve *Hobbes* bu durumu herkesin herkese

¹¹¹ Ibid, s. 50.

¹¹² Bull, The Importance of, s. 83.

¹¹³ Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, çev. Seha L. Meray, İstanbul: Say Yayınları, 2011, s. 31.

¹¹⁴ Bull, The Importance of, s. 84.

¹¹⁵ Maddeler, uluslararası nitelik taşımayan ve sözleşen taraflardan birinin ülkesinde meydana gelen silahlı çatışmalarda uyulması gereken asgari yükümlülükleri düzenlemektedir.

karşı savaşı olarak nitelendirmektedir¹¹⁶. Toplumun ve dolayısıyla bireylerin doğal savaş halinden kurtulabilmeleri bir egemene hukuku belirleme yetkisi vermeleri ile mümkün olur¹¹⁷ ve böylece devletli topluma geçilir. Savaş durumunda bireyler yalnız, sefil, vahşi ve kısa hayatlar sürmektedir¹¹⁸, bu nedenle bireylerin hayatı hukukun yaratılması ve dolayısıyla bir egemen eliyle barışın sağlanması suretiyle yani devletli bir toplum içinde yaşamalarıyla iyileşecektir.

Doğa durumunda bireyler doğal kişilerdir ve egemeni, sunî kişiliği oluşturarak kendilerini temsil ve yönetme otoritesini ona devrederler¹¹⁹. Ancak *Hobbes*'a göre hukuk kişiliği devletin değil; egemenin, temsilcinin olmaktadır¹²⁰. *Hobbes*, *Leviathan*'da *Cicero*'ya atıfta bulunarak Latince *persona* kelimesi ile maske kelimesi arasındaki bağlantıya dayanır; kişileştirmeyi davranmak, temsil etmek olarak tanımlamak suretiyle kendisini yahut başkasını temsil etme ya da kendisi yahut başkası gibi davranma olarak açıklar¹²¹. Devletin ya da *Hobbes*'un tercih ettiği ifadeyle egemenin yaratılma sürecinde bireyin oldukça önemli bir rolü vardır, toplum sözleşmesi nihayetinde bireylerin aynı yöndeki iradelerinin birleşmesinden oluşmaktadır. *Leviathan*'ın 16. bölümüne *Hobbes* kişi tanımı yaparak başlar. Buna göre, sözleri ya da davranışları kendisinin, temsil ettiği bir başka birimin yahut da bunların atfedildiği herhangi bir şeyin kabul edilen kavram ister gerçek ister kurmaca (fiktif) olsun kişidir¹²². Bireyin konumu hem toplum sözleşmesinin yapılması esnasında hem de tüm yetkilerin egemen bireye yahut meclise devredilmesinde önemlidir. Devlet adına hareket ediyor olması *Hobbes*'a göre egemenin hukuk kişiliğini etkilemez, artık egemenle devlet eşitlenmiştir¹²³.

Hobbes uluslararası hukuku doğal hukukla eşitler ve mutlak egemenlik kavramı gereği egemenler ile onların ulusları arasında ve üzerinde farklı hukuk düzenleri olduğunu kabul etmez¹²⁴. Onun mutlak egemenlik anlayışına göre uluslararası alanda

¹¹⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Londra: Penguin Books, 1985, s. 185-186.

¹¹⁷ *Ibid*, s. 187.

¹¹⁸ *Ibid*, s. 186.

¹¹⁹ *Ibid*, s. 223-228.

¹²⁰ *Ibid*, s. 313.

¹²¹ *Ibid*, s. 217.

¹²² *Ibid*, s. 217.

¹²³ *Ibid*, s. 313.

¹²⁴ *Ibid*, s. 394.

bir egemen olmadığından ne uluslararası hukuku yapacak ne de uluslararası hukukun kişilerini belirleyecek otoriteye sahip bir birim vardır¹²⁵.

Hobbes uluslararası alanda da bir doğa durumunun varlığından söz eder, ancak uluslararası alanın hukukîleşmesi iç hukuklardan farklı bir biçimde gerçekleşir¹²⁶. Buna göre; uluslararası alanın bir egemeni olmadığı için, devletlerin her biri kendi isteklerini diğerlerine empoze etmeye çalışır ve devletler kendi çıkarlarıyla uyduğu müddetçe uluslararası hukukun sınırlamalarına uyarlar, bu da uluslararası düzendeki en güçlü devletlerin az ya da çok serbestlik içinde olduğunu ortaya koymaktadır¹²⁷. Uluslararası alanda devletli toplumun hukuk sisteminden farklı olarak bir egemene yetkilerin devri mümkün olamayacağından, ulusal sistemde egemen tarafından getirilen sınırlamaların benzeri uluslararası hukukta olmayacak, bu sınırlamalar ancak böyle davranmak devletlerin çıkarlarına uygun düştüğü sürece kabul edilecektir.

Hobbes'un uluslararası alandaki doğal savaş durumunun iki temel karakteristiği vardır: bunların ilki üstün bir otoritenin olmaması nedeniyle düzenleyici kuralların uygulanmasının mümkün olmaması¹²⁸; ikincisi ise ahlakî kurallara uygunluğun diğer tüm devletlerin bu ahlakî kurallara uyması ile mümkün olabilmesidir¹²⁹. Ancak bu halde devletler doğa durumunda ahlakî kurallardan çok kendi istek ve çıkarlarını takip edecek ve uluslararası alan daha güçlü devletlerin empoze edebildiği kurallar ölçüsünde hukukîleşebilecektir. Bunun sonucu olarak da tıpkı egemensiz ulusal alanda herkesin herkese karşı savaşının yaşanması gibi uluslararası alanda da bir güç tarafından sınırlandırılmadığı müddetçe herkesin herkesle savaşı söz konusu olacaktır.

Hobbes, sonrasında *Pufendorf*'un da katılacağı gibi, ve yukarıda belirttiğimiz nedenlerle, uluslararası hukukun varlığını kabul etmez, ona göre uluslararası hukuk doğal hukukun öz savunma arayışındaki uluslara uygulanabilecek kurallarından başka bir şey değildir¹³⁰. *Hobbes*'ta devlet mutlak bir biçimde egemenliğe sahip olduğundan ve uluslararası alanda egemen olmadığından uluslararası hukuk fikri ve devlet

¹²⁵ Nijman, *The Concept of*, s. 53, dn. 105.; *Ibid*, s. 275.; Grewe, *op. cit.*, s. 350.

¹²⁶ David Dyzenhaus, "Hobbes on the International Rule of Law", *Ethics & International Affairs: The Journal of Carnegie Council*, S. 28/1, 2014, ss. 53-64, s. 54-55.

¹²⁷ *Ibid*, 55.

¹²⁸ Charles Beitz, *Political Theory and International Relations*, New Jersey: Princeton University Press, 1999, s. 35-36.

¹²⁹ *Ibid*, s. 33.

¹³⁰ Nijman, *The Concept of*, s. 58.

egemenliği birbirini dışlamakta, birinin bulunması diğerinin bulunmasını imkânsız hale getirmektedir¹³¹. Bu nedenle *Hobbes* ve *Pufendorf*'un görüşlerine çalışmamızda yer verilmesinin nedeni devletin uluslararası hukuk kişiliğinin oluşmasına yönelik katkılarıdır. Devletin mutlak egemenlik ile donatılması ileride devletin ve onun uluslararası hukuk kişiliğinin yüceltilmesi ile sonuçlanacak bir süreci de başlatmaktadır.

4. Pufendorf

Uluslararası hukuka ilişkin görüşleri bakımından *Hobbes* ile benzerlik gösteren *Pufendorf*'a göre birey doğal olarak toplumsal değildir, onun toplumsal olabilme kapasitesine sahip olması için hukuka ihtiyacı vardır; hem sosyal hem de antisosyal olabilecek olan bireyin toplum halinde yahut hukuk dairesinde yaşamaması halinde sefil ve aşağılanmış bir yaşantısı olur¹³². Bireyi toplumsallaştıracak olan bir hukuk düzeni içinde yaşamasıdır ve bu toplumsal yapı içerisinde birey devlete tâbi olur¹³³. Devletin, egemen yöneticiden ve tabiyetindekilerden farklı bir manevî, ahlakî (*moral*) kişiliği bulunmaktadır ve devletin üstün egemenliği doğal hukukun yaratıcısı olarak Tanrı tarafından verilmiştir¹³⁴. *Pufendorf*, *Hobbes*'tan bir ölçüde farklı olarak devleti egemenden ve tebaasından kişilik bakımından ayırmışsa da, onun uluslararası hukuk kişiliğinden söz etmez, çünkü ona göre de uluslararası hukuk doğal hukukun uluslar arasında uygulanan kurallarından farklı bir şey değildir ve bir üstün kuvvetten gelen kuralları içermediğinden pozitif uluslararası hukuk da yoktur¹³⁵. Egemen devletlerin üstünde bir yönetici olmaması nedeniyle pozitif bir uluslararası hukuk bulunmadığından *Pufendorf* uluslararası hukukun Hobbesçu tanımı olan kendini korumak için savaşılan doğal durumdaki egemenler arasında uygulanabilecek kurallar olduğuna katılmaktadır, zira doğal savaş halindeki uluslararası alanda hukukî yükümlülüklerin varlığından söz edilemeyecektir¹³⁶. Yani andlaşma ya da teamül uluslararası öznelerin üzerinde bulunan ve onlara dayatma kudreti olan bir iradeden kaynaklanmadıklarından hukuk kuralı teşkil

¹³¹ Jonas Heller, "Orders in Disorder The question of an international State of Nature in Hobbes and Rousseau", *System, Order, and International Lawe The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, ed. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 160-182, s. 178.

¹³² Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, çev. Basil Kennett, Londra, 1729, Kitap VII. Bölüm I., p. II.; Nijman, *The Concept of*, s. 55.

¹³³ Nijman, *The Concept of*, s. 56.

¹³⁴ *Ibid*, Kitap VII., Bölüm 3., p. II.

¹³⁵ *Ibid*, Kitap II., Bölüm 3., p. XXIII.; Nijman, *The Concept of*, s. 58.

¹³⁶ Nijman, *The Concept of*, s. 58.

etmezler¹³⁷. Hukuk kuralı niteliğinde olan Tanrıdan gelen doğal hukuktur ve uluslararası hukuk da bunun bir alt alanı olarak devletler arasındaki ilişkilere uygulanır.

Hobbes ve Pufendorf'un görüşlerini birlikte değerlendirirsek uluslararası hukuku doğal hukukun devletler arasında uygulanacak bir dalı kabul ettiklerini ve pozitif manada, andlaşmalar ve teamüllerden oluşan, bir uluslararası hukukun olabilmesi için uluslararası toplumun doğa durumundan çıkmış olması, devletlerin kendilerini uluslararası alanda yönetme yetkilerini bir egemene devretmiş olmaları gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak onlara göre, uluslararası toplum doğa durumundan çıkmamıştır, bu yüzden uluslararası alanda oluşabilecek düzen pozitif hukukî bir düzen olamaz. *Hobbes* ve *Pufendorf*'un görüşleri doğal hukukun, uluslararası hukuk alanındaki, etkinliğinin teorik manada sürdüğünü ortaya koymaktadır, bunun yanı sıra *Hobbes*'tan farklı olarak *Pufendorf* devlet ile egemeni birbirinden ayırmak suretiyle devletin soyut varlığının, ahlakî ve ayrı hukuk kişiliğinin ortaya çıkmasında etkili olmuştur.

5. Leibniz

Uluslararası hukuk kişiliği kavramı (*persona jure gentium*) ilk kez *Leibniz* tarafından, yazarın *Codex Iuris Gentium Diplomaticus* adlı çalışmasında kullanılmıştır¹³⁸. Elbette bunun öncesinde, hatta uluslararası hukukun var olmasından da önce uluslararası hukuk kişiliğinden, uluslararası öznelerden söz edildiği belirtilse de bunun teorik bir biçimde kavramsallaştırılması *Leibniz* ile olmuştur¹³⁹.

Leibniz uluslararası hukuk kişisini şöyle tanımlar¹⁴⁰: herhangi bir güç yahut himayenin tebaası olmayan, bir kamu özgürlüğünü temsil eden ve kendisinde savaş ve ittifak gücü bulunan, ancak kendisinden üstün bir birime karşı yükümlülükler ile bağlanabilecek ve ona biat, sadakat ve itaat borçlanabilecek bir birimdir. Otoritesi yeterince genişleyince ona hükümdar denebilir, egemen ya da egemen güç olarak da ifade etmek mümkündür; uluslararası hukukun kişileri egemen güçler arasında sayılırlar

¹³⁷ Grewe, op. cit., s. 354.

¹³⁸ J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective, Part II: International Persons*, Leiden: a. W. Sitjhoff, 1969, s. 2.

¹³⁹ Ibid, s. 2-3.

¹⁴⁰ G. W. Leibniz, *Political Writings*, ed. Patrick Riley, 2. b., Cambridge: Cambridge University Press, 1988, s. 175.

ve uluslararası hukukta ordularıyla yahut yaptıkları andlaşmalarla etkili olabilecek özgürlüğe ve güce sahip olurlar¹⁴¹.

Tanıma göre uluslararası hukuk kişiliği uluslararası alanda güç ve egemenlik ile doğru orantılı olarak, bir tür etkililiktir. Bu da farklı yapılar ve farklı egemenlik-güç düzeylerindeki birimlerin uluslararası hukuk kişisi olabilmesine imkan vermektedir, çünkü tanımda belli bir etkililik düzeyinden söz edilmemekle birlikte bir uluslararası hukuk kişinin kendisinden üstün bir birime yükümlenmesi, borçlanması da mümkündür. Onun uluslararası hukuk kişisi kendisinden daha üstün bir yapıya bir şekilde bağlı, borçlu olabilir, ancak yine de savaşıma ve ittifak kurabilme kudretini elinde tutmaktadır. Yani uluslararası alanda kendisi üzerinde bir güç bulunabilirse de belli ölçüde etkililiği elinde bulundurmaya devam etmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra uluslararası hukuk kişinin iç hukukta ya da siyasette nasıl adlandırıldığına yahut şekillendirildiğinin bir önemi yoktur.

Bu tanım *Leibniz*'in, içinde bulunduğu dönem itibarıyla Avrupa genelinde, özellikle Almanya'da, mevcut prensliklerin uluslararası hukuk kişiliklerinin tanınmasına çalıştığına bir göstergesidir¹⁴². Ancak siyasî çabası bir kenara bırakılır ise, hukukî manada *Leibniz*, egemenlik düzeyleri arasında bir oran aranmaksızın, göreceli bir biçimde uluslararası hukukta etkinlik sahibi olanların, egemen olanların¹⁴³, uluslararası hukukun kişisi olduğunu ifade etmiştir.

Leibniz'e göre de, tıpkı *Hobbes* gibi, uluslararası hukuk kişiliği atfedilen devlet değil, onun yöneticisidir; uluslararası hukuk kişiliği egemen hükümdara yapılmış bir atıftır¹⁴⁴. Bu durumda *Leibniz* devletin soyut kişiliğinden söz etmemekte, egemenliği ve bu egemenlikten kaynaklanan hukukî etkililiği devletin yöneticisinin bünyesinde somutlaştırmaktadır. Uluslararası hukuk kişiliğini çeşitli biçimlerde ortaya konan egemenlik ve kamu özgürlüğü ile açıklayan *Leibniz*'in demokrasiye sempatisi olmadığından bireylerin uluslararası hukukun kişisi olduğunu düşünmediği kabul edilmektedir¹⁴⁵. Dönemi itibarıyla uluslararası hukuk kişiliğini göreceli bir egemenlik ile tanımlayan yazarın bireyleri uluslararası hukukun kişisi olarak kabul etmemesi

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid, s. 227.

¹⁴³ Ibid.; Nijman, The Concept of, s. 77.

¹⁴⁴ Nijman, The Concept of, s. 77-78.

¹⁴⁵ Ibid, s. 78.

makuldür, ancak bu kanaatimizce demokrasiye sempatisi bulunmamasından farklı bir durumdur.

Söz konusu dönemde bireylerin uluslararası alandaki etkililiği, devletlerine karşı sahip oldukları isyan hakkı çerçevesinde uygulanabilir niteliktedir; *Grotius*, *Leibniz* ve *Pufendorf* tiranlığa karşı çok nadir hallerde bireylerin isyan hakkına başvurabileceğini kabul etmişlerdir¹⁴⁶. Söz konusu yazarların bireyin uluslararası hukuk kişiliği konusunda farklı görüşte olduklarını düşünürsek isyan hakkının belli ölçüde demokrasi ile ve uluslararası alanda etkililikle ilişkili olsa da uluslararası hukuk kişiliği bakımından tek belirleyici olduğu söylenemez. Sonuç olarak, *Leibniz* uluslararası hukuk kişiliğini düzeyi farklılaşabilir olmakla birlikte egemenlik ve uluslararası alanda etkililik üzerinden tanımladığından ona göre isyan hakkına sahip olsalar dahi bireylerin uluslararası hukuk kişiliği söz konusu olamayacaktır.

6. Wolff ve Vattel

18. yüzyılın öne çıkan yazarları olarak *Vattel*, *Kant* ve *Wolff*, *Leibniz*'den önemli ölçüde etkilenmişlerdir, ancak uluslararası hukuk kişiliği kavramı *Leibniz* tarafından kullanıldıktan sonra derhal uluslararası hukukta yerleşik bir kavram haline gelmemiş, *Nijman*'a göre modern anlamda devletin oluşması ve güçlenmesi, buna engel olmuştur¹⁴⁷. Modern anlamıyla devlet, ülke, insan topluluğu ve egemenlik-bağımsızlık unsurlarından oluşan bir birimdir ve bunun ortaya çıkması suretiyle uluslararası hukukun esas kişisi olarak kabul edilmiştir, zira uluslararası hukuk hem onun kendi eşitleriyle arasındaki ilişkileri düzenlemiş hem de onun iradesi uluslararası hukuka kaynaklık etmiştir. Çalışmamızda bir sonraki dönem olarak ele alacağımız 19. yüzyılda devlet, egemenlik ve uluslararası hukuk kişiliğinin birbirine neredeyse eşitlenmek suretiyle, devletler dışındaki birimler bir yana tüm devletlerin dahi uluslararası hukukun kişisi kabul edilmemesi yani devlet niteliklerinin, egemenliklerinin reddedilmesi söz konusu olmuştur.

¹⁴⁶ Ibid, dn.197.

¹⁴⁷ Ibid, s. 81.

Vattel'e geçmeden önce *Wolff*'un görüşlerine bakmayı onun uluslararası hukuku kapsayıcı bir biçimde tanımlaması nedeniyle gerekli görmekteyiz. *Wolff*'un uluslararası hukukun özellikle temeline ve kaynaklarına yaklaşımı ve bu hukuk alanını doğal hukukla açıklamaktan ziyade rasyonel bir inşa çalışması yapması uluslararası hukukun uluslar arasındaki ilişkilere uygulanan doğal hukuktan, iradî hukuktan, andlaşmalar hukukundan ve teamülden oluştuğunu -*Vattel*'in yaklaşımına benzer bir biçimde belirtmesi oldukça önemlidir¹⁴⁸. *Wolff*, devletlerin iradelerine yapmış olduğu atıfla devlet merkezli uluslararası hukuka geçişe önemli bir katkıda bulunur ve uluslararası hukukun öznesi olarak devleti kabul eder¹⁴⁹. Bunun yanı sıra *Wolff* ve *Vattel* tarafından iradî hukuka (pozitif hukuka) yapılan atıflar doğal hukuk argümanlarını devre dışı bırakmamakta, pozitif hukukun dayanağını oluşturan ulusların iradesinin doğanın değişmez kanununu oluşturduğu ileri sürülmektedir¹⁵⁰. *Wolff*'un *civitas maximası* evrensel bir süper-devlet, bir uluslar topluluğu olarak evrensel insan toplumundan farklıdır ve doğal (gerekli) uluslararası hukuk ve iradî uluslararası hukukla 'topluluğun kurgusal yöneticisi' tarafından yönetilir, ki bu kurgusal yönetici aslında uluslararası alanda doğru (haklı) muhakemenin kişiselleştirilmesi, yani topluluk üyelerinin iradesidir¹⁵¹. Dolayısıyla *ius gentium* bireylere değil ahlakî kişiler olarak devletlere uygulanır, *Grotius* ve öncesinden farklı bir biçimde bu hukuk alanı artık bireyler arasında uygulanmayan bir hukuk alanı olmuştur¹⁵². Bunun göstergesi olarak *Wolff*'un iradi uluslararası hukuka ve uluslararası toplumun üyelerinin iradesine verdiği önem gösterilebilir.

Vattel'in *Ulusların Hukuku* adlı kitabının başlangıç kısmında ulus ya da devlet tanımı bulunmaktadır, buna göre uluslar ya da devletler politik yapılar olarak müşterek güvenliklerini düzenlemek ve birleştirdikleri güçlerin ortak emeğiyle kazanım sağlamak amacıyla bir araya gelen kişi topluluklarıdır, yazar tanımın devamında bu topluluğa bir

¹⁴⁸ Grewe, op. cit., s. 359.

¹⁴⁹ Christian Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, C. 2, çev. Joseph H. Drake, Oxford: The Clarendon Press, 1934, Prolegomena, p. 23, 24, 25, s. 18-19; p. 43, s. 40.

¹⁵⁰ Alexander Orakhelashvili, "The Origins of Consensual Positivism – Pufendorf, Wolff and Vattel", *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, 2011, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, ss. 93-110, s. 95.

¹⁵¹ Wolff, op. cit., Prolegomena, p. 26, s. 19.; Nijman, *The Concept of*, s. 81.

¹⁵² Thomas Kleinlein, "Christian Wolff System as an Episode?", *System, Order, and International Law: The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, eds. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 216-239, s. 232.

de ‘ahlakî (*moral*)’ nitelik atfeder¹⁵³. Bu topluluk kendi ilişkileri ve ilgileri olan bir topluluk olarak ölçüp biçer, ortak kararlar alır böylelikle de kendine özgü bir anlayış ve iradeye sahip olmakta, yükümlülük ve haklara sahip olmaya elverişli hale gelmektedir¹⁵⁴. Uluslararası hukuku ise devletler hukuku uluslar ya da devletler arasında mevcut haklar ve bu haklara karşılık gelen yükümlülükleri öğreten bilim olarak tanımlar, bu tanımın yer aldığı paragrafın devamında uluslararası hukukun halkın kendi arasındaki ya da diğer uluslarla arasındaki yükümlülüklerini ve bundan kaynaklanan haklarını da inceleyeceğini belirtmiştir¹⁵⁵. Uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olmayı devletin iradesine bağlamakta ve uluslararası hukukun bu türden uluslar yahut devletler arasındaki haklara ve yükümlülüklerle ilişkin bir hukuk alanı olduğunu ortaya koymaktadır.

Çalışmasının bir bölümünde *Vattel* de *Hobbes*’unkine benzeyen birey-ulus paralelliğine dayanmıştır; uluslar doğal olarak bağımsız ve özgür, sivil topluluğun bir araya gelmesinden önce doğa halinde yaşayan bireylerden oluşur, uluslar ve egemen devletler de doğa halinde bir arada yaşayan birçok özgür birey olarak değerlendirilecektir, demektir¹⁵⁶. Devletlerin bağımsızlığı *Vattel*’de ayrıca uluslararası hukukun bir kuralıdır, bu bağımsızlık ve özgürlük doğadan miras kalan genel bir kuraldır¹⁵⁷. *Vattel* doğal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki bağlantıya da değinir ve özünde uluslararası hukukun doğal hukuktan başka bir şey olmadığını ifade eder¹⁵⁸. Ancak ona göre uluslararası hukukun konusu farklı olduğundan doğal hukuku bu alanda uygularken farklı bir tutumun benimsenmesi ve doğru mantık yürütülmesi gerektiğinden uluslararası hukuk ayrı bir disiplin haline gelmektedir¹⁵⁹. Devletler ya da uluslar her ne kadar bireylerin bir araya gelmesiyle oluşmuş olsa da bireyler ile aynı şeyi teşkil etmezler, bu da farklı konular için farklı hukukun uygulanmasını ya da mevcut hukukun farklı bir biçimde uygulanmasını, yorumlanmasını gerektirecektir. Bireylerin ulusal alandaki durumu ile ulusların uluslararası alandaki durumu arasında

¹⁵³ Emmerich De Vattel, *The Law of Nations*, ed. Knud Haakonssen, Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2008, s. 67.

¹⁵⁴ *Ibid*, s. 67.

¹⁵⁵ *Ibid*, s. 67.

¹⁵⁶ *Ibid*, s. 68.

¹⁵⁷ *Ibid*, s. 74.

¹⁵⁸ *Ibid*, s. 68.

¹⁵⁹ *Ibid*, s. 69.

bir paralellik kurulsa da iki farklı durumda uygulanacak hukuk nihaî anlamda farklı olacaktır.

Vattel, ilgisini bilhassa uluslar arasında uygulanacak hukukun belirlenmesine ve sistematize edilmesine yönelttiğinden uluslararası hukuk kişiliğine ayrıca değinmemiştir. Ancak, yazarların yapmış oldukları uluslararası hukuk tanımlarından uluslararası hukuk kişiliğine yönelik yaklaşımlarını ortaya çıkarmak mümkün olabilmektedir. Faydalandığımız çalışmamın önsöz kısmında yazarın uluslararası hukuk kişilerini çıkarsamamızı sağlayacak bir ifadesine rastlamak mümkündür. Buna göre, bir kuralın farklı konulara uygulanabilmesi için her konunun doğasıyla bağdaşır bir üslubun benimsenmesi gerekir, bu nedenle doğal uluslararası hukuk özel bir alandır çünkü doğal hukukun uluslar ve egemenler arasındaki ilişki ve tutumlara adil ve makul bir biçimde uygulanmasını ifade eder¹⁶⁰. Fakat *Vattel*'e göre uluslararası hukuk yalnızca doğal uluslararası hukuktan oluşmaz, pozitif uluslararası hukuk da mevcuttur¹⁶¹ ve pozitif uluslararası hukukun da münhasıran bağımsız egemenler arasında uygulanacağını belirtir¹⁶². Bu durumda *Vattel*'e göre, uluslararası hukukun uygulanabilir olduğu birimlerin, uluslararası hukukun kişilerinin, uluslar ve egemenler olduğu anlaşılmaktadır.

7. Kant

Kant'ın uluslararası hukuk teorisi özellikle evrensel barışın korunmasını amaçlayan teorik yönleriyle önem arz etmekte ve günümüzde de etkinliğini küresel barışın sağlanmasına yönelik alanlarda korumaktadır. Ancak diğer yazarlar için yaptığımız gibi biz burada yine *Kant*'ın çalışmaları bakımından uluslararası hukukun kişileri teorisine yaptığı katkıyı deşifre etme amacını gütmekteyiz.

Kant'a göre hem iç hukukun hem de uluslararası hukukun temel birimi ve nihaî amacı bireydir, bireyin bu özelliği hem yatay hem de dikey ilişkiler sistemi bakımından geçerlidir¹⁶³. Yatay sözleşme bireyler arasında yapılan, devleti kuran sosyal

¹⁶⁰ Ibid, s. 5.

¹⁶¹ Ibid, s. 70-79.

¹⁶² Nijman, The Concept of, s. 83.

¹⁶³ Fernando R. Tesón, "The Kantian Theory of International Law", *Columbia Law Review*, C. 92, S. 1, 1992, ss. 53-102, s. 71.

sözleşmedir, dikey sözleşme ise yatay sözleşme ile bir araya gelip devleti oluşturan bireylerle onların yönetimi arasındaki temsil anlaşmasıdır¹⁶⁴. Bu iki anlaşmanın birbirinden tamamen farklı nitelikte olmadığı, birinin sağlığının ve devamlılığının diğerininkine bağlı olduğu belirtilmektedir¹⁶⁵.

Kant'ın teorisinin temelde bireye atıfta bulunması onu şimdiye kadar ele aldığımız, dönemin egemenliğe ve devlete dayalı yazarlarından ayırmaktadır. İnsan haklarının kurumsal biçimde korunmaya başlandığı 2. Dünya Savaşı sonrasında *Kant*'ın küreselleşmeyi de kapsayan evrensel barış fikirleri önem kazanmış, zira 2. Dünya Savaşı sonrasında dönemin ahlakî ve politik gerçekliğinin yeniden inşa edilmesi gerekmiş, ancak bu gereklilik bireyden çok devleti, halktan çok yönetimi, haklardan çok düzeni ve adaletten çok itaati öne çıkaran devletçi yaklaşımlarla yakalanamamıştır¹⁶⁶. Otoriter, mutlak devlet anlayışının insan haklarına ve evrensel ideallere yer bırakmamasının sonucu olarak görülen 2. Dünya Savaşı sonrasında benzer sonuçların önüne geçebilmek için *Kant*'ın bireye devlet içinde atfettiği temel konuma başvurulmuştur. Devlet içindeki temel konumunun ötesinde *Kant*'ın uluslararası hukuk anlayışı, ki uluslararası olarak da nitelendirilebilmektedir, yalnızca devletler arasındaki ilişkileri konu almamakta, bireyi uluslararası hukukun öznesi olarak ele aldığı gibi bazı hallerde onu uluslararası hukuk özneleri arasında merkezî bir konumda kabul etmektedir¹⁶⁷.

Kant'ın tasavvurundaki *cosmopolis* adlı evrensel cumhuriyette hem bireyler hem de devletler vatandaş olarak bulunurlar¹⁶⁸. *Cosmopoliste* uygulanacak olan hukuk ise *jus cosmopoliticum*dur ve *Kant*'a göre evrensel cumhuriyetin hukuku olarak kendi vatandaşları olan bireylerin ve devletlerin hukukudur¹⁶⁹. Çokuluslu hukuk anlayışı devletin ötesinde bireyin hukukî pozisyonunu doğrulamaktadır; zira bu hukuk alanındaki kurumsal şartlar hakların uygulanabilmesi için ortaya konmuştur ve bireyin

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid, s. 101.

¹⁶⁷ Benedict Vischer, “Systematicity to Excess Kant’s Conception of the International Legal Order”, *System, Order, and International Law The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, eds. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 303-328, s. 306.

¹⁶⁸ Immanuel Kant, *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics Peace and History*, ed. Pauline Kleingeld, çev. David L. Colclasure, New York: Yale University Press, 2006, sf. 73, dn.; Nijman, *The Concept of*, s. 84.

¹⁶⁹ Kant, op. cit., s. 73, dn.

evrensel hukukî statüsünün devletlerin sınırlarının ötesinde ve onlardan bağımsız olarak korunması için gereklidir¹⁷⁰.

Kant, uluslararası hukukun nasıl terimleşmesi gerektiği konusunda uluslararası hukukun kişileri konusundaki fikirlerini saptamamızı sağlayan bir yaklaşım içindedir; ona göre uluslararası hukuka Alman yazarların tercih ettiği gibi *Völkerrecht* demek yerine, *Staatenrecht* demek yerinde olacaktır, çünkü bu hukuk alanında halklar değil devletler hukukun öznesidir¹⁷¹. Sözlük anlamı ile *völkerrecht* ifadesi halkların hukuku anlamını taşımaktayken *Staatenrecht* ise devletlerin hukuku anlamına gelmektedir. Uluslararası hukuku “uluslararası hak” olarak kullanmayı seçen *Kant*’ın bu yolla uluslararası hukuku devletlerin, cumhuriyetlerin, haklarına dayalı bir alan olarak gördüğünü söyleyebiliriz¹⁷². Böylelikle ulusal alan dışında hem uluslararası hukuktan hem de evrensel (kozmpolit) hukuktan söz edilerek ilkinin öznesi olarak devletler ikincisinin öznesi olarak ise hem devletler hem de bireyler sayılmıştır.

8. Değerlendirme

1648 sonrası dönemin uluslararası hukuk teorisinde öncelikle unsurları itibarıyla oluşumunu tamamladığı kabul edilen devletin, ulus devletin, uluslararası alanda etkinlik kazandığını görüyoruz. Bununla birlikte devletin uluslararası hukuk kişiliğinden anlaşılanın devletin soyut kişiliği mi yoksa onu yönetenin, egemenin kişiliği mi olduğu konusu tartışılmıştır. 18. yüzyıla gelindiğinde artık uluslararası hukuk kişiliği Kral ya da Prense yapılan bireysel bir atıftan devlete yapılan bir atfa dönüşmüş¹⁷³, yani devletin soyut kişiliği ortaya çıkmıştır. Bu durumda uluslararası andlaşmalarda devletin andlaşma ile bağlanma iradesi yöneticisi tarafından ortaya konsa da bunun bir temsil

¹⁷⁰ Vischer, op. cit., s. 325-326.

¹⁷¹ Miloš Vec, “From the Congress of Vienna to the Paris Peace Treaties 1919”, *The Oxford Handbook of The History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 654-678., s. 656.; Kant op. cit., s. 139.

¹⁷² Kant, op. cit., s. 139.; Bu konuda Uluslararası Hukuku “Devletler Arası Hak” olarak Türkçeleştiren ve kavramlaştıran Mahmut Esat Bozkurt’u da anmak isteriz. Yazar Devletler Arası Hak olarak adlandırdığı hukuk alanını “devletler kamununa dahil devletlerin birbirine karşı olan hak ve ödevlerini tayin ve tanzim eden prensipler” olarak tanımlayarak Kant’ın terimleştirmesine katıldığını belirtmiştir. Mahmut Esat Bozkurt, *Devletler Arası Hak*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1940, s. 4, 6-7.

¹⁷³ Nijman, *The Concept of*, s. 110.

ilişkisi çerçevesinde yapıldığı, ilgili anlaşmadan doğan haklar ve yükümlülüklerin yönetici üzerinde değil devlet üzerinde doğduğu kabul edilmektedir.

Devlet hukuk kişiliğinin gerçek kişilikten farklılığının ortaya konmasında onun ahlakî (*moral*) kişi olduğu belirtilerek¹⁷⁴ soyut kişiliği ortaya konmaya çalışılmışsa da bu durum ahlakî kişiliğe gereğinden fazla anlam yüklenmesi neticesinde ulus devlete kutsal bir yaklaşımın gelişmesine, ulus devletlerin yüceltilmesine sebep olmuştur¹⁷⁵.

İncelenen çalışmalarda genel olarak bireyin tümünden dışlanmadığını ancak devlet karşısında sahip olduğu etkililiğin, ki onu da uluslararası kabul edersek, oldukça sınırlı bir isyan hakkı olduğunu görürüz. Fakat bu dönem başlığında incelediğimiz çoğu yazar bireyi hukukun nihaî hedefi olarak, evrensel topluluğun birimi olarak kabul etmiştir. Bunun hukukî bir anlamından ziyade felsefî, ahlakî bir anlamı bulunduğu düşünülmektedir, zira yazarların bu değerlendirmelerinde kastedilen bireyin genel olarak hukuk tarafından refahı hedeflenen ve korunan birim olduğudur¹⁷⁶.

Uluslararası hukukta pozitif kurallardan ve iradeden söz eden *Suárez*'in görüşleri bu dönemde ileri götürülerek uluslararası hukukun yalnızca doğal hukuktan değil ona bağlı olarak ortaya çıkan iradî hukuktan da doğacağı belirtilmiş ve uluslararası hukuk ile doğal hukuk arasındaki ayrım belirginleşmeye başlamıştır. Egemen devletlerin ortaya çıkmasıyla skolastik dönem yazarlarınca takip edilen din temelli *ius gentium*, uluslar hukuku, uluslararası hukuk yerini önce erken klasik dönem yazarlarına bırakmıştı, 17. ve 18. yüzyıllarda ise klasik yazarlar tarafından teoloji ve ahlaktan bağımsız bir disiplin olarak geliştirilmeye başlandığı¹⁷⁷ ileri sürülmektedir.

Devlet bu dönem itibarıyla siyasî olarak güçlenmiş merkezî yapılanması ve sürekli ordularıyla feodal dönemden daha farklı bir görünümde; buna ek olarak devletlerin hukuk kişiliği kendini yönetenlerinkinden ayrılarak devletler yöneticilerinden farklı, uzun dönem hedefleri ve politik ajandaları olan birimler haline gelmişlerdir¹⁷⁸. Yine bu dönemde uluslararası anlaşmalar yoluyla bilhassa Avrupalı devletler arasında bir güç dengesi kurulmuş ve devletler arasında yapılan dostluk, ticaret

¹⁷⁴ Ibid, s. 82.

¹⁷⁵ Ibid, s. 152.

¹⁷⁶ Lauterpacht, *The Grotian Tradition*, s. 27-28.

¹⁷⁷ Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 124-6.

¹⁷⁸ Neff, *A Short History*, s. 11.

ve denizcilik andlaşmaları yoluyla işbirliği güçlenmiştir¹⁷⁹. Söz konusu andlaşmalar ağı ve diplomatik, ekonomik nitelikli işbirlikleri uluslararası iradî hukuku güçlendirerek 19. yüzyılın siyasî ve hukukî yapısına zemin hazırlamıştır.

C. 19. YÜZYILDA ULUSLARARASI HUKUK

Çalışmamızın bu kısmında genel hatlarıyla 19. yüzyılda uluslararası hukuk anlayışını belirleyen gelişmeler ve bu gelişmelerin uluslararası hukuk kişiliğine nasıl yön verdikleri incelenecektir. Bu dönem itibarıyla Avrupa dışına taşan uluslararası hukuk evrensel bir hukuk düzeni olarak anlaşılmaya başlanmış ve uluslararası hukuk teorisinde doğal hukukun etkisi pozitivism ile azalmaya başlamıştır¹⁸⁰. 19. yüzyılın ticarete, askeriye, taşımaya ve iletişime ilişkin teknik gelişmeleri dünyayı birbirine bağlamış, bunun sonucunda uluslararası alan uluslararası andlaşmaların ve kuralların artışına sahne olmuştur¹⁸¹.

Uluslararası hukukun Orta Çağ'dan 19. yüzyıla kadarki anlaşılışı en başlarda pratikten ziyade teorik, doktrinel bir yapıdaydı; bunda da dönemin uluslararası hukukunun doğal hukuk anlayışı ile iç içe olması, hatta doğal hukuk kürsüleri ile uluslararası hukuk kürsülerinin dahi birlikte olması etkiliydi¹⁸². 19. yüzyıl öncesinde uluslararası hukukun varlığına ilişkin tartışmaların kaynağında, çalışmamızın önceki kısımlarında yer alan açıklamalarda da görüleceği üzere, bu dönemlerdeki uluslararası hukuk anlayışının uygulamaya yönelik değil daha çok felsefi bir içeriğe sahip olması bulunur. Bu teorik yapının pozitivismin etkisiyle pratiğe dönüştüğü, uygulanabilir hale geldiği¹⁸³ kabul edilmektedir. Zira devletlerin kendi aralarında, iradeleri ile ortaya koydukları hukuk kuralları, uluslararası alanın mevcut sorun ve işleyişine, devletlerin somut ihtiyaçlarına yönelik olduklarından, doğal hukuka yahut da Tanrısal hukuka nazaran daha fazla uygulanabilir nitelikteydi.

19. yüzyılın uluslararası hukuk kişiliğine yönelik tartışmaları devletlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaları üzerinden yürütülmüştür. Avrupalı, Hıristiyan devletler ailesinden olmayan devletlerin uluslararası hukuk kişiliği

¹⁷⁹ Ibid, s. 12.

¹⁸⁰ Arnulf Becker Lorca, "Universal International Law: Nineteenth Century Histories of Imposition and Appropriation", *Harvard International Law Journal*, C. 51., S. 2., 2010, ss. 475-552, s. 475.

¹⁸¹ Ibid, s. 548.

¹⁸² Robert Kolb, "Politis and Sociological Jurisprudence of Inter-War International Law", *European Journal of International Law*, C. 23., S. 1., 2012, ss. 233-241., s. 234.

¹⁸³ Ibid.

bakımından getirilen ‘uygarlaşma eşiği’ ölçütü, bu eşiği aşan devletlerin uluslararası topluluğun bir üyesi olmasına imkan tanıyan bir ölçüt olarak yine bu yüzyılda uluslararası hukukun kişilerinin belirlenmesini sağlamıştır¹⁸⁴. Tabii ki ‘uygarlaşma eşiği’ devletlere uygulanabilecek bir ölçüttü ve 19. yüzyıl itibarıyla uluslararası hukukun kişileri tartışmasının hangi devletlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğu üzerine yoğunlaşmaktaydı. Bu tartışmanın uluslararası hukukun Avrupalı ve Hıristiyan kimliğinden sıyrılmasına ilişkin ve etkinlik alanının genişlemesine neden olan yaygınlaşmasının bir uzantısı olduğunu da söylemek mümkündür. Geç 18. yüzyıl ve 19. yüzyıl uluslararası hukuk doktrininde yalnızca devletler uluslararası hukukun öznesi olarak ele alınıyorlardı; bu durum 17. ve 18. yüzyıllarda Avrupalı hukukçuların oluşturduğu klasik uluslararası hukuk doktrinin bir parçası¹⁸⁵ olarak 19. yüzyılı etkilemiştir.

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle 1815 Viyana Kongresi’nin sonuçlarını, ardından koloniciliği, uluslararası hukuk düzenine Avrupa dışındaki devletlerin katılmasını ve hukukî pozitivizmin alana girişini ele alarak bu dönemi incelemeyi tamamlayacağız. 19. yüzyılın genellikle Amerikan ve Fransız siyasî devrimleriyle başladığı ve 1914 itibarıyla bitiyor olduğu kabulüne¹⁸⁶ bizim de katıldığımızı 19. yüzyıldan kastımızın uzun 19. yüzyıl olduğunu belirtelim. Uluslararası hukukçular için uzun 19. yüzyıl bir zaman diliminin ötesinde bir modeli, örneği, paterni teşkil etmektedir¹⁸⁷. Bu durumda çalışmamızda 19. yüzyıl yahut da uzun 19. yüzyıl olarak anılan tarihî dönem yaklaşık olarak 1750-1915 tarih aralığını kapsamakta ve bu dönemde uluslararası alandaki sorunların ele alınışına ilişkin gelişen yaklaşımı ifade etmektedir.

1. Viyana Kongresi

18. yüzyılda Avrupa devletleri arasındaki Hıristiyanlığa dayalı birliğin -*Holy Alliance*-Kutsal İttifak olarak da adlandırılmıştır-, bu dönemde toplanan konferanslar yoluyla kuvvetlendiği söylenebilir, Viyana Kongreleriyle ‘Avrupa Ahengi’ olarak

¹⁸⁴ Lorca, *Universal International Law*, s. 476.

¹⁸⁵ Vec, *op. cit.*, s. 656-8.

¹⁸⁶ Kennedy, *History of an Illusion*, s. 105.

¹⁸⁷ Alexander Orakhelashvili, “The 19th-Century Life of International Law”, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 441-455, s. 441.

anılacak olan bu yapı Avrupa sınırını aşan durumlarda da Avrupalı devletler arasında düzenin sağlanması yoluyla Avrupa uluslararası hukukunun etkinliğinin artırılmasını sağlamıştır¹⁸⁸. Bu durumda 1815 Viyana Kongresi siyasî amacı doğrultusunda taşıdığı önemin yanı sıra uluslararası alanda önemli bir hususun da habercisi olmuştur: devletlerin arasındaki işbirliğinin. Kendi aralarında bir ahenk oluşturan Avrupalı devletler, Avrupa dışındaki devletlerle ilgili konularda yahut da Avrupa dışına taşan ilişkilerinde bu sistemin esasları çerçevesinde uluslararası hukuku uygulamışlardır.

Savaşın önlenmesi ve barışın kalıcı hale getirilmesi amacıyla bir araya gelen Viyana Kongresi bunu yaklaşık 30 yıllık bir süre için başarmıştır ve büyük güçler savaşın önlenmesinin bir tarafın savaştan kaynaklanan edinimlerinden daha önemli olduğunu ifade etmişlerdir¹⁸⁹. Artık devletler münferit çıkarlarının ötesinde bir araya gelebilmekte, siyasî işbirliği yoluna gidebilmektedirler. Denge hâli, düzen diğer kazanımlara kıyasen daha yüksek getiriye sahip kabul edilmiş ve uluslararası hukukun rolü fark edilmeye başlanmıştır; bu türden bir işbirliği anlayışının Milletler Cemiyeti ve sonrasında da Birleşmiş Milletler sisteminin öncülü olduğunu düşünebiliriz¹⁹⁰.

Avrupa Ahengiyle temsil edilen husus devletlerin andlaşmalar yoluyla uluslararası alandaki hareket kabiliyetlerini kısıtlayarak bir ittifaka varmalarındır ve 19. yüzyıl bu tür andlaşmalar ile şekillenen uluslararası hukuk düzeninin başlangıcını oluşturur. 1648'in uluslararası alanda andlaşmaların niteliğine önemli bir vurgu yaptığını belirtmiştik; ancak burada andlaşmalar ile ortaya çıkan durum daha farklıdır. 1540'lardan itibaren uluslararası andlaşmalar akdetmede meydana gelen artışın Vestfalya Barışı ile sonuçlandığını ve devlet iradelerinin uluslararası hukukun kaynağı olarak kabul görmeye başladığını belirtmiştik. Papalık'ın ve İmparatorluk'un etkili olduğu Orta Çağ'da ulus devletlerin andlaşma akdetmeleri, onların uluslararası hukuk kişiliklerinin ve egemenliklerinin bir göstergesi olmuştur. 19. yüzyılda ise uluslararası alanda andlaşma akdedilme sıklığı uluslararası hukukun normatif anlamda gelişmesini ve andlaşmalar yoluyla uluslararası işbirliğinin kurulmasını sağlamıştır¹⁹¹. 1899 ve 1907 tarihli, uluslararası insancıl hukuka ilişkin Lahey sözleşmeleri, bu dönemde imzalanan kimi andlaşmaların uluslararası hukukun temel metinleri olarak halen geçerliliğini

¹⁸⁸ Vec, op. cit., s. 655-6.

¹⁸⁹ Richard Rosecrance, "A New Concert of Powers", *Foreign Affairs*, C. 71, S. 2, 1992, s. 72.

¹⁹⁰ Orakhelashvili, *The 19th-Century*, s. 442, 454-455.

¹⁹¹ Vec, op. cit., 655-656.

koruduğuna, uluslararası andlaşmalar yoluyla uluslararası teamül hukukunun kodifiye edilmeye başlandığına örnek teşkil etmektedirler.

2. Avrupa Dışına Yayılma-Evrenselleşme-Kolonicilik

19. yüzyıl yalnızca ulus devletin ve ulusçuluğun değil, uluslararası hukuk bakımından evrenselleşmenin yüzyılı olarak da kabul edilmektedir¹⁹². Uluslararası hukukun evrenselleşmesi iddiaları, dönemdeki kolonicilik faaliyetleri vasıtasıyla yaşanan coğrafi genişlemenin bir sonucu olmuřtur¹⁹³. Uluslararası hukukun Avrupa sınırlarını aşması kendiliğinden olmamıştır; Avrupa’da önce İspanyolların, ardından Fransızların ve onlardan sonra da İngilizlerin kontrol ettikleri koloni önderliğinin doğal bir getirisi¹⁹⁴. Avrupa dışına açılan Avrupalı devletlerin kendilerinden farklı biçimde örgütlenen, farklı dinlere inanan topluluklarla ilişkisi de yine koloniciliğin kuralları çerçevesinde şekillenmiştir. 19. yüzyıl koloniciliğinin ekonomik, siyasi, kültürel sonuçlarının yanı sıra hukukî bir sonucu olarak Avrupa dışındaki birimlerin Avrupa kaynaklı¹⁹⁵ uluslararası hukukta yerini almasından söz edilebilecektir. Ancak bunun gerçek anlamda evrenselleşme yahut Avrupa dışına yayılma sayılıp sayılmayacağı tartışmaya açıktır.

Öncelikle uluslararası hukukun özü itibarıyla Avrupa’nın hukuku olup olmadığı konusunda tartışmaların bulunduğunu ve bu konuda bir konsensusun bulunmadığını¹⁹⁶ belirtmek isteriz. Ancak, 19. yüzyılda Osmanlı ve ABD istisnaları dışında Avrupa haricindeki toplumların katılımcı olarak kabul edilmediği, sınırlı bir hukuk düzeni olduğu ve bunun yüzyıllardır Avrupalı devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bölgesel bir sistem olarak uygulandığı tespit edilmektedir¹⁹⁷. Hukuken ve politik olarak değerlendirildiğinde ayrımcılığa ve şiddete dayalı olduğu görülebilecek 19. yüzyıl, sistem teorisi bakımından değerlendirildiğinde bir geçiş dönemini teşkil etmektedir ve

¹⁹² Ibid. s. 655.

¹⁹³ Antony Anghie, “Finding The Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, *Harvard International Law Journal*, C. 40., S. 1., 1999, ss. 1-71., s. 1.

¹⁹⁴ Grewe, op. cit., 279, 429.

¹⁹⁵ Uluslararası hukukun Avrupalı yahut Hıristiyan niteliği sıklıkla tartışılmış bir husustur. Bu konu çalışmamızın kapsam ve amacını aşsa da ilerleyen paragraflarda uluslararası hukukun sadece Avrupa birikiminin sonucu olmadığına değinilmiştir.

¹⁹⁶ Paulina Starski, Jörn Axel Kämmerer, “Imperial Colonialism in the Genesis of International Law – Anomaly or Time of Transition?”, *Journal of the History of International Law*, C. 19, S. 1, 2017, ss. 50-69, s. 60.

¹⁹⁷ Ibid, s. 62.

Avrupalı kökenlerinin etkilerine bugün dahi rastlansa da bölgesel bir sistemi evrensel hale getirdiği söylenebilecektir¹⁹⁸.

Onuma'ya göre İslam merkezli uluslararası hukuk, Asya'da uygulanan uluslararası hukuk, antik *ius gentium* aslında bölgesel sistemlerdi ve Avrupa uluslararası hukuku 16. ve 18. yüzyıllar arasında evrensel olarak nitelendirilmişse de sınırlı bir bölgede uygulanmaktaydı; coğrafi anlamda Avrupa uluslararası hukuku 19. yüzyılın sonunda evrensel bir nitelik kazanmıştır¹⁹⁹. *Lorca*'ya göre de 19. yüzyıl ile birlikte uluslararası hukuk konu edindiği ilişkiler itibarıyla küresel bir hukuk sistemi olmaya başlamıştır²⁰⁰. Batılı güçlerin emperyal ve sömürgeci politikalarının kazancının küresel uluslararası toplum olduğu, bunun da Avrupa uluslararası hukukunu küresel uluslararası hukuk haline getirdiği kabul edilmiştir²⁰¹.

Bu noktada uluslararası hukukun Avrupalı veya Hıristiyan niteliğinin tartışılmasının konumuzu aştığını düşünüyör olsak da belirtmek gerekmektedir ki uluslararası hukuk anlayışı yalnızca Avrupalı devletlerin sahip olduğu bir anlayış ve ilişki türü değildi. Bölgesel uluslararası hukuk uygulamaları Avrupa dışında da mevcuttu, ancak teorik hale getirilmesi ve sistemleştirilmesi Avrupalı yazarların çalışmaları ve Avrupa devletlerinin uygulamalarının sonucunda gerçekleşmiştir. Evrensel nitelik kazanan Avrupa kaynaklı uluslararası hukuk, İslam Uluslararası Hukuku²⁰² ve Asya'da uygulanan uluslararası hukuktan etkilenmiştir. Kanaatimize göre her milletin az ya da çok emek verdiği, katkı sağladığı uluslararası hukuk insanlığın ortak malıdır²⁰³.

Uluslararası hukuku evrensel hale getiren araçlar arasında yer alan koloniciliğin 17. ve 18. yüzyıllarda teorik destek bulan ulus devletin egemenliğinin bir sonucu olarak anlaşılması gerektiği, aksine 19. yüzyılda egemenliğe şeklini koloniciliğin verdiği²⁰⁴

¹⁹⁸ Ibid, s. 69.

¹⁹⁹ Yasuaki Onuma, "When Was the Law of International Society Born – An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective", *Journal of the History of International Law*, C. 2, S. 1, 2000, ss. 1-66, s. 7.

²⁰⁰ Lorca, *Universal International Law*, s. 475.

²⁰¹ Onuma, op. cit., s. 64.

²⁰² Bu konuda örnek mahiyetinde bkz. Jean Allain, "Acculturation through the Middle Ages: The Islamic Law of Nations and its Place in the History of International Law", *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 394-407., s. 397-402.

²⁰³ Bozkurt, op. cit., s. III, 22, 438.

²⁰⁴ Anghie, *Finding the Peripheries*, s. 6.

ifade edilir. Buna göre egemen olan devletler bu vasıflarına dayanarak kolonicilik faaliyetlerinde bulunmazlar, ancak koloniciliğin egemenliği dönüştüren bir yanı bulunmaktadır. Uygarlaşma eşiği kurumunun uygulanmasıyla 19. yüzyıl egemenin daha egemen kılındığı bir dönem olmuş ve bu nedenle de kolonicilik ve egemenlik birbirine destek veren iki unsur²⁰⁵ halini almıştır. Bu dönemin egemenlik anlayışı koloniciliği teorize edebilmek bakımından dışlayıcı ve belirli standartların empoze edilmesi suretiyle ortaya konmuştur. İleride belirteceğimiz standartları taşımayan toplumların egemenliğe sahip olmadıkları dolayısıyla devlet niteliklerinin bulunmadığı kabul edilir, böylelikle Avrupalı egemen devletler tarafından kolonileştirilmeleri mümkün olmuştur.

19. yüzyıl uluslararası hukuk sisteminde birbirini besleyen üç nokta bulunmaktadır: egemenlik, kolonicilik ve pozitivizm. Belirttiğimiz gibi, 19. yüzyıl egemenlik anlayışı kolonicilikle şekillenmişti, bunun yanı sıra pozitivizmin egemene yaptığı hukuku belirleme atfı egemenlik kavramının yüceltilmesini sağlamıştır²⁰⁶. Böylelikle bu üç kavram birbirini desteklemiştir.

Kilise hukukunun uygulanması çok daha öncesinde terk edilmiş olsa da 18. yüzyılın sonuna kadar Avrupalı devletlerin arasında imzalanan andlaşmalar özellikle giriş bölümlerinde Avrupa devletler topluluğunun Hıristiyan niteliğine ilişkin unsurlar içermektedir²⁰⁷. 18. yüzyılda başlayan ve özellikle 19. yüzyılda artan bir anlayışla uluslararası hukuk bir Hıristiyan devletler hukuku olmaktan çıkarak seküler hale gelmiştir; ancak Hıristiyan olmaktan çıkan uluslararası hukuk Avrupalı niteliğini korumaya devam etmiştir²⁰⁸. 19. yüzyılda başlayan Avrupa dışına yayılmanın bunu belli ölçüde değiştirdiği söylenebilirse de uluslararası hukukun Avrupa uluslararası hukuku olmaktan tamamen çıkışı 20. yüzyılın gelişmeleriyle sağlanacaktır.

Dönemin uluslararası sistemini kuran Avrupalı Devletler bu hukuk alanının kişisi olmuşlar, ancak Avrupa dışındaki yahut Hıristiyan olmayan devletleri bazı hallerde bu hukuk alanının öznesi olarak kabul etmişlerdir. Yani önemli olan bu dönemde devletler dışındaki birimlerden ziyade tüm devletlerin hukuk kişiliğine sahip

²⁰⁵ Onuma, op. cit., s. 25. Egemen devletler sisteminin gelişmesi ve Avrupa'nın dünyayı kolonileştirmesi bir arada gerçekleşmiştir.

²⁰⁶ Anghie, Finding the Peripheries, s. 11.

²⁰⁷ Grewe, op. cit., s. 289.; Örneğin, köle ticaretinin yasaklanmasına yönelik hükümler de içeren 1814 tarihli Paris Andlaşması'nda da hükümdarın Hıristiyan niteliğine ve Christendom'ın yetkilerine dayanıldığına yönelik ifadeler görmek mümkündür. Orakhelashvili, The 19th-Century, s. 445-446.

²⁰⁸ Grewe, op. cit., s. 290-4.

kabul edilmemesidir. Artık uluslararası hukukun sınırlarının genişlediği ve Avrupa dışına taşıdığı, Rusya ve Osmanlı İmparatorluğu ile birlikte, bazı Asya ve Afrika devletlerinin uluslararası hukukun kapsamına girdiği düşünüldüğünde uluslararası hukukun Avrupalı olma ölçütünün değişerek uygarlık ölçütüne dönüştüğü söylenebilecektir²⁰⁹. Onuma'ya göre de 19. yüzyıldan itibaren Avrupa üstünlüğüne dayanan ayrımcı yaklaşımın temeli Hristiyan olmaktan uygar olmaya kaymış ve varlığını 20. yüzyılın ilk yarısına kadar sürdürmüştür²¹⁰. Evrenselleşme iddiasındaki, kapsayıcılığını artırmak isteyen bu hukuk alanı Avrupa dışındaki yahut Hristiyan olmayan devletler ile ilişkilerini bir belirlemeye ihtiyaç duymuştur. Buna cevap veren uygarlaşma ölçütü Avrupa Ahengini dünyanın geri kalanıyla bağlamış, ancak bu bağlantı Avrupalı devletler ile diğerleri arasındaki düzey farklılığını koruyan bir üstünlük ilişkisini teşkil etmiştir²¹¹.

19. yüzyıl teorisyenlerinin sistemleştirmeye çalıştığı uygarlık ölçütü (uygarlaşma eşiği) Avrupalı devletler tarafından uygulandığından hem uluslararası hukukun Avrupa dışına genişlemesine hem de uluslararası hukukun egemen eşitler arasındaki ilişkiler olarak algılanmasına etki etmiştir. Bugün hâlâ uygarlık ölçütü, farklı biçimlerde ifade edilse ve uygulama bakımından bir önem taşımasa dahi, insan hakları metinleri gibi çeşitli belgelerde karşımıza çıkabilmektedir²¹². Uygarlık ölçütünü sağlayamayan devletler ile ilişkilerin nasıl kurulacağı konusu ise, uluslararası hukukta kişilik konusunun bu dönemde tartışılmasının temelini oluşturur. Zira, Avrupalı olmayan devletlerle karşılıklılık ya da tam eşitlik esasına dayanmayan, farklı görünümde ortaya çıkabilen ilişki türleri bu yüzyılda kurulmuştur²¹³. Uygarlık ölçütü ile uluslararası hukukun yapıcısı ve uygulayıcısı olan Avrupalı devletler bu düzenin hangi birimleri ve ne tür hukukî ilişkileri kapsayacağına, dolayısıyla uluslararası hukukun etkinliğinin ne kadar genişleyeceğine karar veriyorlardı. Bu nedenle uluslararası hukukun Avrupa dışına taşması kontrollü ve hatta sözde denebilecek bir niteliğe sahipti. Uluslararası

²⁰⁹ Vec, op. cit., s. 658.

²¹⁰ Onuma, op. cit., s. 26.

²¹¹ Amnon Lev, "The Transformation of International Law in the 19th Century", *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 111-142, s. 131.

²¹² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 7/2: Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

²¹³ Vec, op. cit., s. 659.

alandaki etkinliğin ölçütü olan uygarlaşma ve egemenlik, Avrupalı devletlerin Avrupa dışındaki devletlere ilişkin değerlendirmeleri doğrultusunda belirlenmekteydi.

İngiliz siyasetinin ve uluslararası hukuk teorisinin sonucunda uluslararası toplumun uygarlaşmış uluslar topluluğuyla eşitlenmesi, uluslararası toplum için *Christendom* yahut Avrupa ifadelerinin kullanılması bu dönem itibarıyla artık terk edilmeye başlanmıştır²¹⁴. *Christendom* ifadesinin kullanılmaması uluslararası hukuktaki sekülerleşmenin bir sonucu olarak da kabul edilebilir. Bunun yanı sıra andlaşma metinlerinden Hıristiyan dinine ait bazı ifadelerin çıkarılması, bu dinden olmayanlara karşı inanç özgürlüğü ve medenî-sivil eşitliğin sağlanması gibi düzenlemeler de uluslararası toplumun Avrupa dışına genişlemesi çerçevesinde yaşanan gelişmelerdir²¹⁵.

Avrupalı devletler tarafından uluslararası topluma dahil edip etmeme kararının belirleyicisi olan uygarlık ölçütünün (uygarlaşma eşiğinin) neyi ifade ettiğinden, bunu sağlamak için taşınması gereken şartlardan söz etmek gerekmektedir. Ancak, uygarlık ölçütü pozitif bir biçimde belirlenmemiş, 1820'lerde uygarlaşmanın asgarî standardı kölelik yasağını kabul etmiş olma olarak belirlemiştir²¹⁶. Uygur devletler topluluğuna üyeliğin kazanılması için uygarlaşma yolunda yeterli bir uğraş verildiğine dair kanıt gösterilmesi gerektiğini belirten *Wheaton* bunun diğer uluslara karşı yükümlülüklerini tanıma ve hakları için garanti talep edebilme olarak anlamaktadır²¹⁷. *Wheaton*'ın burada yapmış olduğu uygarlık ölçütü tanımınının 1949 tarihli BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi kararındaki uluslararası hukuk kişiliği tanımıyla benzerliği, uluslararası alanda hak ve borçlara sahip olabilme ve bunu ileri sürebilme, dikkate değerdir. Uluslararası hukukun Avrupa dışına yayılmasında kontrol Avrupalı olmaya ve Hıristiyan olmaya dair özelliklerle sağlanmış olsa da zamanla uygarlık ölçütüne içkin bu özellikler nötralle olmuş ve yabancıların yaşamının, özgürlüğünün ve mallarının korunmasına dönüşmüştür²¹⁸.

Lorca uygarlaşma eşiği ve uluslararası hukuk kişiliğinin 19. yüzyılda birbiriyle bağdaşan kavramlar olduğunu belirtmiş ve bu konuda *Schwarzenberger*'in kullandığı tanıma yer vermiştir: bağlayıcı uluslararası ilişkiler kurma becerisi ve Batılı

²¹⁴ Grewe, op. cit., s. 446,452.

²¹⁵ Ibid, s. 445.

²¹⁶ Ibid, s. 452.

²¹⁷ Ibid, s. 454.

²¹⁸ Onuma, op. cit., s. 38-39.

yabancıların malvarlıklarını ve canlarını koruyabilme²¹⁹. *Schwarzenberger* tarafından yapılan tanıma göre uygarlaşma eşiği sanki Avrupalı devletlerin diğer devletlerin ülkelerinde ticaret yapabilmelerine imkan sağlamayı ölçmektedir. *Wheaton*'ın tanımının bu nedenle daha hukukî bir görünümü olduğunu belirtebiliriz.

Yer verdiğimiz tanımlardan anlaşılacağı üzere uygarlık ölçütünün kendisi kadar, içeriğinin ve parametrelerinin belirli olmaması da problemlere sebep olmaktaydı; farklı hukukçular tarafından farklı biçimlerde uygulanmakta ve çeşitli politik projelere dayanak olarak kullanılmaktaydı²²⁰. Bunlar arasında *Lorimer* ırkçı olarak nitelendirilebilecek bir yaklaşımla uygar olan ve olmayanlar arasında derecelendirmeye dayalı bir ayrıma gitmiştir. Uygarlaşma eşiği uygulamasının sonuçlarına ilişkin çalışma yürüten *Lorimer* insanlığı uygarlaşmış olanlar, uygarlaşmamış ya da yarı-uygarlaşmış olanlar ve vahşiler kategorilerine ayırarak sadece uygarlaşmış olanların uluslararası hukukta tanınabileceğini; Türkiye -Osmanlı- ya da Uzak Doğu ulusları gibi yarı-uygar durumda bulunanların ise kısmen tanınabileceğini kabul etmektedir²²¹. *Lorimer*, bu sınıflandırmayla yarı uygarlaşmış devletlerle eşitliksiz ilişkiler kurulabileceğini²²² belirtir ancak diğerleriyle kurulan ilişkiler uluslararası hukuk kapsamında olmayacaktır²²³. Böylelikle, uygarlık ölçütü aslında Avrupalı devletler ve diğerleri arasında kurulan ilişkilerin hangilerinin uluslararası hukuk alanında ve bu alanın kurallarına tâbi olacağını ve dönemin baskın siyasî özelliği düşünüldüğünde hangileri üzerinde ekonomik yahut siyasî bir dominasyonun kurulabileceğini ortaya koymaktadır. Uygarlık ölçütünü sağlamayan uygarlaşmamış yahut vahşi sınıftaki toplum doğal olarak *Lorimer*'e göre uluslararası toplum içerisinde değildir²²⁴.

Görüldüğü gibi 19. yüzyıl uluslararası anlayışı iki farklı rejimi içerir: Bunların ilki Batılı devletler arasındaki hukukî ilişkilere dayanan ve eşitlikçi olandır, ikincisi ise Batılı devletler ile Batılı olmayan devletler arasındaki ilişkilere dairdir ve eşitsizliğe

²¹⁹ Arnulf Becker Lorca, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 66-67.

²²⁰ Umut Özsu, "Agency, Universality, and the Politics of International Legal History (Responding to Arnulf Becker Lorca, Universal International Law: Nineteenth Century Histories of Imposition and Appropriation)", *Harvard International Law Journal*, C. 52 (çevrimiçi), 2010, ss. 58-72., s. 61.

²²¹ Grewe, op. cit., s. 454-455.

²²² James Lorimer, *The Institutes of The Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, C.1, Edinburgh: William Blackwood and Sons, 1883, s. 217-218, 239.

²²³ Ibid, s. 101-102.

²²⁴ Ibid. Söz konusu vahşi-uygarlaşmamış birim uluslararası topluma hukukî tanıma suretiyle dahil edilmiş değildir.

dayanır²²⁵. Bunların ilki eşitliğe dayalı bir hukukî rejim iken diğeri değildir ve uygarlaşmamış kabul edilen devletler 19. yüzyıl uluslararası hukuku kapsamında egemen yahut eşit devletler olarak yer almamaktadırlar. Onlarla kurulan ilişkiler, öncelikle onların egemenliklerinin reddedilmesine dayanır, zira uygarlık ölçütünü sağlamayanların eşit muamele görmeleri bir gereklilik olmamaktadır.

Ancak Avrupalı olmayan devletler hukuk kişiliğinden yoksun olmalarına rağmen bazı andlaşmalara taraf oldukları durumlarda uluslararası hukukun üyesi olabilmekteydiler²²⁶. *Oppenheim*'a göre Avrupalı devlet ile Avrupalı olmayan devlet arasında andlaşma yapılması, söz konusu Avrupalı olmayan devletin uluslararası hukukun bir kişisi olarak tanınmaya hazır olduğu anlamını taşımaktadır; ancak bu tanıma uluslararası hukukun her alanı bakımından değil yalnızca andlaşmanın yapıldığı alana özgü bir tanımayı ifade eder²²⁷. Uluslararası hukukun bir üyesi olma ve uluslararası hukukun kişisi olma ifadeleri aslında birbirinden farklı olsa da uygarlık ölçütünü sağlamayan Avrupa dışındaki devletlere tanınan uluslararası andlaşma yapma kapasitesi her zaman ilgili devleti uluslararası alanda etkin hale getirmemekteydi. *Keene*'e göre artan uluslararası andlaşma sayısı uluslararası işbirliğinin bir göstergesi değildi, özellikle Avrupalı devletler ile Afrikalı yöneticiler arasında yapılan koruma andlaşmaları, Afrikalı toplulukların uluslararası hukuk kişiliklerini ortadan kaldırır türden andlaşmalardı²²⁸. Afrikalı topluluk eğer yarı-uygar kabul edilmiyorsa zaten uluslararası hukuk kişiliğinden söz edilemezdi ancak Avrupalı bir devletle yapacağı andlaşma onu uluslararası hukukun ilgili alanında uluslararası hukuk kişisi yapabilirdi. Nitekim Bakassi Yarımadası Uyuşmazlığı olarak bilinen Kamerun ve Nijerya arasındaki Kara ve Deniz Sınır Uyuşmazlığı davasında Yargıç *Ajibola* karşı oy yazısında Batılı devletlerin Afrikalı yöneticiler ile imzaladıkları andlaşmaların uluslararası andlaşma biçiminde yapıldığını vurgulayarak bunun Afrikalı devletlerin uluslararası hukukun kişisi olduğunu gösterdiğini belirtmektedir²²⁹. Fakat andlaşmanın yapılması ile Afrikalı topluluk artık uluslararası sistemde egemen bir devlet, eşit olarak yer almamaktadır.

²²⁵ Lorca, *Mestizo International Law*, s. 43.

²²⁶ Anghie, *Finding the Peripheries*, s. 39.

²²⁷ Lassa Oppenheim, *International Law A Treatise*, Londra: Longmans, Green and Co., 1905, s. 148-9.

²²⁸ Edward Keene, "The Treaty Making Revolution of the Nineteenth Century", *The International History Review*, C. 34., S. 3., 2012, ss. 475-500., s. 483.

²²⁹ UAD, Kamerun ve Nijerya arasındaki Kara ve Deniz Sınır Uyuşmazlığı, Kamerun v. Nijerya (Ekvator Ginesi-Müdahil), 10.10.2002, Yargıç Ajibola, Karşı Oy Yazısı, s. 569, p. 95.

Uygarlaşma eşiğinin uygulanması tanıma sistemine bağlıdır. Uygarlık ölçütünün sağlandığının ve dolayısıyla uluslararası hukuk kişiliğinin kabulü olan tanıma doktrini 19. yüzyılda kurucu bir nitelik taşıyordu ve Avrupalı devletlerin belirlediği uygarlaşma standardını sağlayan yahut eşiğini aşan devletlere eşit muamele imkanının tanınması anlamına geliyordu²³⁰. Tanıma doktrini uluslararası hukukun topluma yaptığı vurguyu sönmümlendirerek toplum kavramının egemenliğin varlığının göstergesi olarak ele alınmasına neden olmuştur²³¹. Ancak tanımanın o dönemdeki işlevi göz önünde bulundurulduğunda bunun Avrupalı devletlerin sahip olduğu bir karar verme gücü olarak egemenliği dağıtmaya, yaratmaya ve bahşetmeye yaradığını²³² söyleyebiliriz. Böylelikle 19. yüzyılda iki yönü olan bir egemenlik anlayışı uygulanmıştır: Bir yönüyle kendi üstünde otorite bulunmayan bir otorite (üstün otorite) olarak ülkesi içindeki faaliyetleri bakımından sınırlandırılmayacağını ifade etmekteydi; ancak Avrupalı olmayan devletler bakımından ise kendi ülkeleri üzerinde uluslararası hukuk tarafından tanınan bir hakka sahip olmalarını engelliyordu²³³.

Nihaî olarak uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmak için Avrupalı olmayan devletlerin elitlerinin kendilerini ulusal modernleşmeyi Avrupa uluslararası hukuk anlayışında uzmanlaşmanın bir gereği olarak görmeye ve ülkelerindeki gelenekçileri de uluslararası hukukun yararlılığına ikna etmeleri gerekmektedir²³⁴. Zira uygarlaşma eşiğini aşan devletlerin uygar devletler ailesinin bir ferdi olmalarının yanı sıra uluslararası hukuk kişilikleri de tanınmış oluyor, böylece egemenlik yetkilerini tam olarak kullanabilmeleri mümkün oluyordu²³⁵. Uluslar ailesinin bir üyesi olarak kabul edilmek ve özünde Batılı, Avrupalı devletlerle eşit uluslararası anlaşmalar yapabilmek için bu gerekliydi. Bir anlamda egemenliklerinin tanınması yoluyla uluslararası hukuktan kaynaklanan bir koruma da kazanmaktaydılar. Bugünkü anlamı göz önünde bulundurulduğunda devlet olmanın unsurları arasında sayılan egemenliğin, 19. yüzyıl bakımından uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmanın bir sonucu olarak ele alındığını söyleyebiliriz.

²³⁰ Lorca, *Universal International Law*, s. 546.

²³¹ Anghie, *Finding the Peripheries*, s. 57.

²³² *Ibid.*, s. 59.

²³³ *Ibid.*, s. 61.

²³⁴ Lorca, *Mestizo International Law*, s. 51.

²³⁵ Özsu, *op. cit.*, s. 60.

Uygarlık ölçütü dönemin tüm Avrupalı yazarları tarafından isabetli bir uygulama olarak kabul edilmese de; uygarlaşma eşiği sistemi kapitülasyonlar, eşit olmayan andlaşmalar yoluyla uygar devletlerin yarı uygar yahut uygar olmayan devletlerden faydalanmasının önünü açıyordu²³⁶. Tarafları eşit kabul edilmeyen andlaşmalardan kaynaklanan edimler arasında da eşitlik bulunmuyordu. Böylelikle koloniciliğin uluslararası hukuk bakımından meşruiyet kazanması sağlanıyordu. Uygarlaşma eşiği aleyhinde yazarlar bulunsa dahi uluslararası hukuk uygulaması teoriden bağımsız olarak bunu hayata geçirmenin araçlarını meşrulaştırmaktaydı.

Yarı uygar yahut tam manasıyla egemen kabul edilmeyen Avrupa dışındaki devletlere ilişkin tutumun onları uluslararası hukuk dışına çıkarmak olduğuna²³⁷ değindik. Bu dışlama pratiği eşit olmayan andlaşmalar yoluyla mümkün olmuştur ki bunlar yalnızca andlaşma yapımındaki güç eşitsizliklerini değil getirdikleri yüklenimler bakımından da Avrupa dışından olan devletlerin alçaltılmasına varacak ölçüde bir eşitsizliği içermişlerdir²³⁸. Kolonici devletler tarafından Avrupa dışındaki devletlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin inkâr edilmesi bu devletlerin ülkelerinin hukukî bir biçimde kazanılmasının mümkün kılınmasına da yaramıştır²³⁹. Zira Avrupalı devletlerin perspektifinden bakıldığında ilgili ülkeler bir egemenin toprak parçasını oluşturmamaktaydılar. Bu yöntemlerle sömürgecilik pozitif hukuk perspektifinden hukukîleştirilmiş olmaktadır, uluslararası hukukun bu yüzyılda Avrupa dışına yayılmasıyla kastedilen budur²⁴⁰. Uluslararası hukuk artık Avrupa dışında da uygulanmaya başlamışsa da evrensel bir nitelik kazanmamıştır. Kanaatimizce Avrupa dışına yayılma coğrafi bir husus iken evrenselleşme uluslararası hukuk kurallarının içerik ve uygulanış bakımlarından kapsayıcılığına ilişkin bir husustur.

Avrupa merkezli uluslararası hukukun koloniciliğe yaklaşımı iki egemen devletin karşılıklı ilişkisi olarak değil; bir egemen devletin, diğer egemen olmayan birime bazı hususları kabul ettirmesi olarak karşımıza çıkar ki bu egemen olmayan birim uluslararası hukuk kişiliğinden yoksun olduğundan kendisine yönelik

²³⁶ Grewe, op. cit., s. 456-7.

²³⁷ Anghie, Finding the Peripheries, s. 35.

²³⁸ Ibid, s. 36.

²³⁹ Lorca, Mestizo International Law, s. 43.

²⁴⁰ Anghie, Finding the Peripheries, s. 3.

müdahaleye hukuken karşı koyma imkânı bulunmayacaktır²⁴¹. Avrupa dışındaki devletin hukukî araçlara kavuşabilmesinin yolu olarak uygarlaşma eşiğinin aşılması zamanla doktrinel bir içerik kazanarak tanımaya dönüşmüş yahut onunla birleşmiştir, diyebiliriz; ancak modern uluslararası hukukun tanımaya ilişkin ilkeleri ve temel kuralları onun uygarlaşma eşiği gibi ayrımcı biçimde kullanılmasına izin vermemektedir. Bu dönemde büyük güçler arasında varılan anlaşmaların amacı genel olarak barışın sağlanması ve yüksek insancıl idealler değil büyük güçlerin ortak menfaatlerinin, bunlar diğer devletlerin menfaatleriyle ve hatta refahıyla çatışsa dahi, korunması olmuştur²⁴². Uluslararası topluma dahil olmak için bu tür andlaşmalara taraf olmayı kabul etme, uygarlaşma eşiğiyle uluslararası düzene dahil olmanın gerekleri olarak bazı unsurların aranması, bunları taşımayanları haklarından, özellikle dönemin ruhuna uygun olarak ülkeleri üzerindeki yetkilerinden, mahrum bırakarak ‘sömürgeciliğe entelektüel ve hukukî bir kılıf’ teşkil etmiştir²⁴³.

Uluslararası hukukun 19. yüzyılda evrensel bir hukuk alanı haline geldiği iddia edilmişse de bunun evrenselleşme değil bir genişleme olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki eğilim ağır basmaktadır. Buna göre Avrupa dışındaki devletler kolonize edilmiş yahut da gayri hukukî bir biçimde emperyalizme konu edilmiş durumdalardı ve bu durumun hukukîleştirilebilmesi için Avrupa dışındaki devletlerin uluslararası hukuk kişiliğinin reddedilmesi gerekiyordu; buna dayanak olarak da kültürel farklılık, uygarlaşma düzey yahut biçimlerindeki farklılık, gösterilmekteydi²⁴⁴. Söz konusu sistem aslında zora dayalı bir sistem olduğundan uluslararası hukukun bu dönemde sınırlarının genişlediğine katılsak da bunun son derece sınırlı bir genişleme olduğu görüşündeyiz. Bununla birlikte evrenselleştiği yönündeki görüşleri tartışmalı bulmaktayız. 19. yüzyıl uluslararası hukuku konu edindiği ilişkiler itibarıyla Avrupa dışına taşmışsa da Avrupa dışındaki devletlerin sistemden dışlanması yahut da etkinlik kazanmalarının önüne geçilmesi suretiyle hukuk kişileri bakımından tam manasıyla Avrupa dışına genişlemenin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Uluslararası hukukun Milletler Cemiyeti’nin kurulmasıyla evrenselleştiği, 1. Dünya Savaşı’na kadar

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Orakhelashvili, *The 19th-Century*, s. 454.

²⁴³ Habip Ünyılmaz, “Avrupa Uygarlık Eşiğinde Bâbîâli: 1856 Paris Andlaşması Temelinde Uluslararası Hukuk ve Osmanlı İmparatorluğu İlişkisine Avrupahların Gözüyle Bir Bakış”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2019, ss. 418-437, s. 421-422.

²⁴⁴ Lorca, *Universal International Law*, s. 477.

Avrupalı olmayan devletlerin sisteme dahil olmasının eşitlikçi olmayan koşullarda gerçekleştiği kabul edilir²⁴⁵.

3. Pozitivizm

Devletlerin iradelerine yaptığı atıf dolayısıyla kökenleri *Suárez*'e kadar götürülen uluslararası hukukta pozitivizm sistemsal ortaya çıkışı itibarıyla 17. yüzyıla dayandırılabilir; *Zouche* ve *Rachel* bu dönemde bilimsel eser vermiş iki pozitif uluslararası hukukçu olarak kabul edilmektedir, ancak bu yazarlar yine de 19. yüzyıl pozitivizminden uzak ve dönemlerinin rasyonalist doğal hukuk anlayışına bağlı kalmışlardır²⁴⁶. *Erkiner*, uluslararası hukukta pozitivist görüşün öncüleri olarak *Zouche* ve *Rachel*'in yanı sıra *Bynkershoek*'i de saymaktadır²⁴⁷; ister olgucu, ister iradeci isterse de pozitivist olarak nitelendirilsin bu üç yazar uluslararası hukukun rasyonel bir biçimde genel hukuktan bağımsız bir hukukî karaktere sahip olmasının yolunu açmış kabul edilirler²⁴⁸.

Fransız devriminin 19. yüzyıl pozitivizmine ve iradî uluslararası hukuk anlayışına etki ettiği kabul edilir, ulusal hukuklarda ulusal egemenliğin ve ulusun kendi kaderini kendisinin özgürce belirlemesinin kabul edilmesi uluslararası alanda da devletin ancak kendi özgür iradesiyle yükümlülük altına girmesi ve herhangi bir üstün otorite kabul etmemesiyle sonuçlanmıştır²⁴⁹.

19. yüzyılda uluslararası hukukçuların uluslararası hukuka ilişkin kavramsal yaklaşımlarının temeline pozitivizmi koymaları konumuz bakımından önem arz eden bazı kavramların ortaya çıkmasına sebep olmuştur: kurucu anlamda tanıma, uluslararası hukuk kişiliği gibi²⁵⁰. Zira artık hukuk metafiziksel yöntemlerle var olmamakta bir birim tarafından oluşturulmaktadır. Bu birimlerin hangileri olduğu, ne gibi yetkilerinin bulunduğu, hukuk yapmak için hangi şartları sağlamalarının gerektiği hususları yine bu hukuk alanının temel konuları olmaktadır. Hukuku yaratan şey irade ise bu iradenin kaynağı hukuken kavramlaştırılmalıdır.

²⁴⁵ Necati Polat, *Ahlak, Siyaset, Şiddet Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk*, İstanbul: Kızılelma Yayınevi, 1999, s. 45.

²⁴⁶ Grewe, op. cit., s. 355-357.

²⁴⁷ Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 100-123.

²⁴⁸ *Ibid*, s. 128-129.

²⁴⁹ Grewe, op. cit., s. 416.

²⁵⁰ Lorca, *Mestizo International Law*, s. 138.

Pozitivizm *Grewe*'nin tanımına göre; yalnızca pratiğe dayalı olarak 19. yüzyıl sonlarını ve 20. yüzyıl başlarını domine etmiş olan, anti-metafizik hukukî yaklaşımdır²⁵¹. Bu yaklaşım uluslararası hukuku devletlerin rızasına, iradenin karşılıklılığına dayandırır ve şeklî anlamda andlaşma ve teamülü uluslararası hukukun kaynağı olarak kabul eder²⁵². Bu yolla pozitivizm uluslararası hukukun nesnel ve bilimsel nitelik kazanmasını sağlarken aynı zamanda onu “bağımsız, kendi içinde tutarlı ve kapalı” bir hukuk sistemi olarak tekrar tanımlamıştır²⁵³.

Pozitivizm elbette sadece uluslararası hukuku yahut da hukuku etkileyen bir akım değildir, 19. yüzyılda deneysel bilgiye üstünlük tanıyarak tüm düşünsel alanı etkilemiştir. Hukukî pozitivizmin kurucusu kabul edilen *Austin*'e göre hukuk kuralı onun emredici karakteri ile belirlenir ve bu nedenle tam manasıyla bir emir niteliği taşımaktadır²⁵⁴. Hukuk kuralını koyan ve buna uyan bulunduğuna göre hukuk kuralının konması ve buna uyulması, bir emir veren ve emir alan ilişkisini, tabiiyet ilişkisini gerektirir²⁵⁵. Uluslararası alanda devletler üzerinde emir veren bir birim bulunmadığından tabiiyet ilişkisi kurulamayacaktır, dolayısıyla uluslararası hukuka hukuk demek doğru değildir, uluslararası hukukta mevcut kurallar ancak pozitif ahlak kuralı olarak nitelendirilebileceklerdir²⁵⁶. *Austin* pozitif ahlak kurallarının ise hukuka benzer bir bilimin konusu olabileceğini söyleyerek²⁵⁷ aslında bunların hukuk biliminin konusu olamayacaklarını ifade eder. Bu durumda hukuk kuralları içermeyen, belki pozitif ahlak kuralı olarak nitelendirilebilecek kurallar içeren uluslararası hukuk, hukuk biliminin bir parçası olamayacaktır. Uluslararası hukuk, ancak hukuka benzer bir bilimin konusu olarak değerlendirilebilir. Uluslararası hukukun varlığına yahut hukukîliğine yönelik tartışmalarda buyurucu bir otoritenin bulunmayışının bir argüman olarak ileri sürülmesinin kökeninde bu yaklaşım bulunur.

Uluslararası hukukun bazı yazarlarca hukukî olarak kabul edilmemesi, bu alanda pozitivist hukuk anlayışının etkili olmaması yahut alanın hukuk âleminden tamamen dışlanması sonucuna sebep olmamıştır. Uluslararası alandaki pozitivist eğilimler

²⁵¹ Grewe, op. cit., s. 503, dn. 4.

²⁵² Ibid, s. 504.

²⁵³ Polat, op. cit., s. 27.

²⁵⁴ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, New York: Cambridge University Press, 2007, s. 21.

²⁵⁵ Grewe, op. cit., s. 506.; Ibid, s. 116-7.

²⁵⁶ Austin, op. cit., s. 124-160.

²⁵⁷ Ibid, s. 112.; Grewe, op. cit., s. 507.

devletin iradesini ve dolayısıyla devlet egemenliğini tüm hukuk sistemine temel olarak almışlar ve uluslararası hukukun tüm çerçevesini bu öncüle dayanarak tesis etmişlerdir²⁵⁸. Hukuk kişiliği, doğal hukukçu yaklaşımlar bakımından çok da önem atfedilmeyen, egemen yahut birey fark etmeksizin insan kaynaklı etkililiğe uygulanan kuralları ifade ederken pozitivist uluslararası hukuk yaklaşımına göre oldukça önemli bir mesele olarak ele alınmıştır²⁵⁹. Pozitivist yazarlar uluslararası hukuk kişiliğinin belirlenmesi açısından devletler arasında uygar ya da uygarlaşmamış ayrımını tercih etmiş, egemenlik konusunu devlet-birey arasındaki tartışmadan ziyade hangi toplulukların bu hukukun kişisi olacakları konusuna, topluluklar arasında bir ayırım aracına dönüştürmüşlerdir. Basit bir biçimde ifade edersek pozitivist teoriye göre uygar devletler egemen, uygar olmayan devletler ise egemen değildir²⁶⁰. Böylelikle de uygar olmayan devletlerin egemenlikleri, dolayısıyla uluslararası hukuk kişilikleri yoktur; ancak bazı yazarlar Avrupalı olmayan devletler arasında bir ayrıma giderek bazılarının; İran, Siyam, Çin gibi tam manasıyla egemen olmasalar da bazı alanlarda uluslar ailesinin bir üyesi olarak kabul edilmesi gerektiğinden yanadırlar²⁶¹.

Uluslararası hukuka pozitivist yaklaşımın karşı karşıya kaldığı en önemli güçlüklerin başında hukuk kurallarını yapma ve icra etme kapasitesine sahip olan üstün otoritenin yokluğu gelmekteydi. Bu nedenle de uluslararası hukuk, tarihçi okulun kurucusu *Savigny* tarafından eksik bir hukuk alanı olarak tanımlanmış ve bu eksikliğin argümanları tanımlayıcı bir esasın eksikliği ve etkili bir kurumdan, özellikle de yargı unsurundan, yoksunluk olarak belirlenmiştir²⁶². *Austin* ile *Savigny* farklı noktalara atıfta bulunuyor olsalar da uluslararası hukukun eksikliği bakımından yakınlaşırlar. *Austin*'e göre bir egemen bulunmadığından tabiiyet ilişkisinden yoksun olan uluslararası hukuk, hukuka benzeyen bir bilimin konusu olabilecek pozitif ahlak kurallarından oluşurken *Savigny*'e göre etkili kurumlarının ve tanımlayıcı bir esasının bulunmaması nedeniyle uluslararası hukuk eksik bir hukuk alanı olmaktadır²⁶³.

²⁵⁸ Anghie, *Finding the Peripheries*, s. 12.

²⁵⁹ *Ibid*, s. 23.

²⁶⁰ *Ibid*, s. 29.

²⁶¹ Benedict Kingsbury, "Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law", *EJIL*, C. 13, S. 2, 2002, ss. 401-436, s. 412.; Oppenheim, *A Treatise*, s. 154-157.

²⁶² Coleman Phillipson, *Wheaton's Elements of International Law*, 5. (İngilizce) b., Londra: Stevens and Sons Limited, 1916, s. 18.

²⁶³ Austin, *op. cit.*, 124, 242-243.; *Ibid*.

19. yüzyıl uluslararası hukukunda hukukî pozitivizmin etkisi sadece teorik anlamda olmamıştır. *Grewe* uluslararası hukuka pozitivizmin etkisinin, spesifik konularda yapılan sözleşmeler ve kodifikasyon çalışmalarındaki artış olduğunu belirtir²⁶⁴. Bu dönemde uluslararası hukukun iradî kaynaklarının teorik olarak sistemli bir hale gelmesinin yanı sıra teamül kurallarının kodifiye edilmesine yönelik hukuk yaratan andlaşmalar artan bir biçimde yapılmıştır. 19. yüzyıl pozitivizminin uluslararası hukuka etkisini yalnızca uluslararası alanın yapısal özelliklerini bugünden bakıldığında tartışmalı hale getiren bir husus olarak ele almamak gerekmektedir.

Uluslararası hukukta doğal hukukun etkin olduğu dönemlerde de devletlerin iradeleri bu hukuk alanının bir parçası olarak görülmekteydi, doğal hukukçu ve pozitif eğilimlerin yanı sıra bu ikisini bağdaştırmaya çalışan üçüncü bir yaklaşımın da Grotius sonrası dönemde ortaya çıktığı belirtilir²⁶⁵. Çalışmamızın önceki kısımlarında 17. ve 18. yüzyıllara yönelik açıklamalarımızı yaparken bu hususa değinilmişti. Ancak 19. yüzyılda etkili olan pozitivizm akımının doğal hukuk ile iradî hukuku karşı karşıya koyarak, 17. ve 18. yüzyıllar geleneğinde, Grotiusçu uluslararası hukuk geleneğinde merkezî bir özellik taşıyan doğal hukuk-iradî hukuk bağımlı kopardığı belirtilmektedir²⁶⁶. Uluslararası hukukta pozitivizmin bu sonucu uluslararası hukuku devletler üzerindeki hukuk olmaktan devletler arasındaki hukuk olmaya evirmiştir, nitekim pozitif uluslararası hukuka kaynaklık eden yalnızca devletlerin açık yahut örtülü rızalarıyla ortaya koydukları kurallardır²⁶⁷. Pozitivizmin doğal aklın gerektirdiği yahut Tanrının buyurduğu hukuku değil devletlerin yaptığı hukuku üstün ve geçerli kılması devletlerin, hukukun yaratıcısı olarak, yüceltilmesine de katkı sağlamıştır.

19. yüzyıl gelişmelerinin ve pozitivizmin uluslararası hukuk kişiliği bakımından oldukça önemli olduğunu belirtmeye gayret ettik, hatta büyük ölçüde uluslararası hukuk kişiliği 19. yüzyıldaki hukukî kurumsallaşma ile birlikte ortaya çıkmıştır diyebiliriz. 19. yüzyıl öncesine bakıldığında uluslararası hukukun daha çok evrensel normlar olarak anlaşıldığını ve bu evrenin de çoğu yazar bakımından hem bireylerin hem de devletlerin içinde bulunduğu topluluğa tekabül ettiğini belirttik. Bunda uluslararası hukuk ile doğal hukukun birlikte ele alınmasının, uluslararası hukukun doğal hukukun bir dalı olarak

²⁶⁴ Grewe, op. cit., s. 512.

²⁶⁵ Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 71, dn. 325.

²⁶⁶ Neff, *A Short History*, s. 14.; Erkiner, *Klasik Öğretinin Kuruluşu*, s. 69.

²⁶⁷ Neff, *A Short History*, s. 15.

4. Değerlendirme

19. yüzyılda meydana gelen uluslararası hukuka ilişkin gelişmelerin uluslararası hukukun sistemli hale gelmesini ve böylelikle de bu hukuk alanında kişiliğin belirlenebilmesini olanaklı hale getirdiğini ortaya koymaya çalıştık. Bu dönemin politik özelliklerinin hukuk anlayışını etkilediğini ve güç politikalarının uluslararası hukuk kişiliği bakımından belirleyici hale geldiğini söylemek mümkündür.

Uygarlık ölçütünün uygulandığı ve egemenliğin hukuk kişiliği bakımından bir ölçüt olarak kabul edildiği 19. yüzyılda devletler arasında bazılarının egemen olduğu bazılarının olmadığı, bazılarının uygar bazılarının yarı uygar bazılarının vahşi olduğu gibi ayrımlar yapılmıştır. Genel eğilime göre bu dönemde uluslararası hukukun kişileri Avrupalı devletler ve uygarlaşma standardını yakaladığı ölçüde Osmanlı ya da Avrupalı devletlerle imzalanan andlaşmalar sonucunda kısmen uluslararası hukuk kişisi haline gelen Çin, Siyam gibi devletler olmuştur. Bu dönemde uluslararası hukuk kişiliğinin unsuru olarak devlet egemenliğinin yüceltildiğini ve güçlendirildiğini söylemek mümkündür. Ancak bundan her devletin egemenliği anlaşılmalıdır, zira yukarıda defalarca belirtildiği gibi devletler arasında yapılan ayrımlarda bilhassa son sırada yer alan, vahşi olarak nitelendirilen ve ülkeleri müdahaleye açık kabul edilen devletler bulunmakta, bunların ne egemen oldukları ne de uluslararası hukuk kişiliklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Zira dönemin uluslararası hukukunca belirlenen gereklilikleri karşılamamaktadırlar.

Uluslararası hukukun 19. yüzyıl pratiğinden alınabilecek en önemli derslerin biri hem pozitivist hem de doğal hukukçu anlayışın uygulamayı destekler biçimde, pragmatist olarak ele alınmaması gerektiği olmuştur, bir hukuk sisteminin esnekliği ve uyarlanabilirliği her zaman arzu edilebilir bir durum olmadığı gibi çözdüğünden daha fazla sorunu ortaya çıkarabilecektir²⁷². Dönemin uluslararası hukuk pratiği, hukukun uygulamaya değil uygulamanın hukuka bağlı olması gereğini ön plana çıkarmıştır.

Bu dönemin uluslararası hukukunun, egemen devletlerin kendi ekonomik, politik ve stratejik amaçlarını yerine getirebilmelerini sağlayan ve politik hedeflerini

²⁷² Orakhelashvili, The 19th-Century, s. 454.

birbirlerinin menfaatleriyle sınırlayan bir yanı bulunmaktadır, 1. Dünya Savaşı'nın başlamasıyla bunun barış ve düzeni sağlamadaki yetersizliği ortaya çıkmıştır²⁷³.

Sonuç itibarıyla 19. yüzyılda, Avrupa yalnızca klasik uluslararası hukukun coğrafi merkezi olmakla kalmamış uluslararası topluma dahil olabilmenin ölçütlerini de belirlemiştir²⁷⁴. Uluslararası siyasetteki Avrupa hakimiyetinin uluslararası hukuka yansımaları olarak Avrupalı devletler uluslararası alanın kontrolünü elinde tutmakta, bu alana dahil olabilecekleri ve bu alandan dışlanacakları, hukukî araçlarla, belirlemektedir. Bu belirleme iki problemi ortaya çıkarmıştır; teknik olarak uluslararası hukuk toplumuna kimlerin ait olduğu ve bu toplumdaki dışlanana nasıl yaklaşılacağı²⁷⁵. 19. yüzyıl uluslararası hukuku bu iki problemin çözümü için uygarlık ölçütü ve kısmî hukuk kişiliği gibi çözümler getirmişse de bunlar tüm ilişkileri kapsamamıştır. Nitekim vahşi yahut uygarlaşmamış toplumlarla kurulan ilişkiler hukukî alanın dışında kabul edilmiştir.

Görüleceği üzere uluslararası hukuk ile uluslararası siyaset arasındaki ayrım konusunda 19. yüzyıl pek bir gelişmişlik göstermez. Hukukî kurumları bulunsada bunlar yeterli olmamakla birlikte uluslararası düzeni de sağlayamamışlardır. Ancak uluslararası hukukun kurumsallaşması bakımından pozitivizm ve 19. yüzyılın teoriye olumlu katkıları olmuş, uluslararası hukuk bağlayıcı kurallar bütünü olarak uygulanmıştır. Bu dönemin hukuk kişiliği bakımından bugünkü doktrine devletin önceliğinin kökeni, devletin uluslararası hukuku ortaya koyan birim olması ve pozitivizm gibi etkileri olmuştur.

D. 1. DÜNYA SAVAŞI SONRASI

19. yüzyıla ilişkin değerlendirmelerimizde uluslararası hukukun kodifiye edilmeye başlandığını, ayrımcı temellere sahip olsa da bir sistemi inşa ettiğini belirtmiştik. 1. Dünya Savaşı'nın çıkması, bu sistemin uluslararası düzeni sağlayamadığını ve Avrupalı devletler arasındaki ahengini bozulduğunu ortaya koymaktadır.

Uluslararası alana Avrupa dışındaki devletlerin dahil olması bakımından kontrol Avrupalı devletlerin elinde görünse de birliğini tamamlayan Almanya ile İtalya'nın ve

²⁷³ Ibid, s. 455.

²⁷⁴ Vec, op. cit., s. 657-8.

²⁷⁵ Ibid, s. 658.

ABD'nin uluslararası politikada etkin hale gelmesi mevcut sistemi sarsmıştır²⁷⁶. Bunun yanında sömürge statüsündeki yahut farklı araçlarla hakimiyete konu edilen ülkelerdeki bağımsızlık hareketleri de etkili olmuştur. 1. Dünya Savaşı büyük kayıpların yaşandığı, Avrupa'daki son imparatorlukların yıkılma aşamasına geldiği bir savaş olmuş, savaşın sonlarında yayınlanan Wilson prensipleri arasında uluslararası barışta büyük ve küçük tüm devletlerin siyasî bağımsızlığına ve toprak bütünlüğüne yapılan vurgu yeni dünya düzeninin alacağı biçimi vurgulamıştır.

1. Dünya Savaşı'nın akabinde kurulan Milletler Cemiyeti ise BM'nin öncülü olarak uluslararası alanda barışın tesis edilmesi amacıyla kurulmuş, ancak bu da 2. Dünya Savaşı'nın yaşanmasını engelleyememiştir. Bu başlık altında uluslararası alanda özellikle hukuk kişiliğine ilişkin gelişmelere değineceğiz, uygarlık ölçütü uygulamasının terk edilmesinin yanı sıra Avrupa dışındaki devletler tarafından uluslararası hukuk kişiliğinin kullanılması ve özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası örgütlerin kurumsallaşmaya başlaması uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin dönemin önemli gelişmelerini oluşturmaktadır. Bunların yanı sıra hem yaşanan savaşlar nedeniyle uluslararası insancıl hukuk güncellik kazanmış hem de Avrupa'da sınırların değişmesiyle ortaya çıkan azınlık meseleleri bireylerin ve kimi birey gruplarının uluslararası alanda korunması gereğini ortaya koymuştur. Bu gelişmeler bireyin uluslararası hukuktaki konumunu ön plana çıkarmıştır.

1. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemin ikinci başlığında 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin yaşanan gelişmelerden kısaca söz edilecektir. Bunun nedeni artık bulunduğumuz aşamaya tarihsel anlamda son derece yakınlaşmış olması, uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin çalışmamızın ikinci bölümünde yapacağımız incelemelerin bu dönemi de kapsayacak olmasıdır. Özellikle Nürnberg Yargılamaları ve insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına yönelik mekanizmaların kurulmasıyla uluslararası hukukta bireyin konumunda önemli değişiklikler 2. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmıştır. Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğine yönelik gelişmelerden Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Giderim Danışma Görüşü de yine bu dönemde verilmiş bir karardır.

²⁷⁶ Grewe, op. cit., s. 576-577.

1. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukuk kişiliğine yönelik gelişmeler bu kısımda genel hatlarıyla verilecektir. Bu dönemlerin uluslararası hukukta kişiliğe ilişkin teorik çalışmalarına özellikle çalışmamızın ikinci bölümünde devlet, uluslararası örgütler ve bireyler başlıklarında değinilecektir. Artık günümüze yaklaşıldığından bu dönemlerin teorisyenlerinin çalışmaları, uluslararası hukukun kişilerinin bugünkü anlaşılışına dayanak oluşturabilmektedir.

1. İki Dünya Savaşı Arası Dönem

19. yüzyılın kolonicilik, Avrupa dışına yayılma gibi öne çıkan siyasî uygulamalarının farklı akımlarla sınılanmış olsalar da baskın niteliklerini yitirmedikleri, 1. Dünya Savaşı'na giden yolda güç yarışlarının sahip olduğu etkiden anlaşılabilir. Yaşanan geniş kapsamlı ve çok kayıplı savaşın hukukî bir dönüşüme sebep olup olmadığının belirlenebilmesi için savaş sonrasında yaşanan gelişmelerin değerlendirilmesi gerekir.

20. yüzyıl iki dünya savaşına sahne olan, bunlardan sonra kurulan iki siyasî işbirliğine yönelik uluslararası örgüt ile birlikte uluslararası hukukun uluslararası siyasetin gündeminde en çok yer kapladığı ve en çok geliştiği dönemlerinden olmuştur. Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler öncesinde de uluslararası örgütler olmakla birlikte bu iki uluslararası örgüt uluslararası ilişkiler ve hukukun şekillenmesi bakımından en önemli olanlardır ve uluslararası hukukun gelişimini sağlamışlardır.

İki savaş arasındaki dönem aslında oldukça kısa bir dönemi oluşturur. Yaklaşık 20-25 yıl süren bu evreye uluslararası hukukun dönemleri arasında ayrıca yer ayrılmasının nedeni bu dönemde yaşanan gelişmelerle uluslararası hukukun normatif hale gelmesinin yanı sıra pozitif uluslararası hukukun uluslararası barışın tehdit edilmesi karşısında yeterli olup olmadığının²⁷⁷ tartışılmasıdır. Bu dönemin ve özellikle 2. Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle uluslararası alanda adalet arayışları pozitif uluslararası hukukun yanı sıra doğal hukuka ilişkin kavramların da uluslararası hukuk alanına dahil edilme eğilimlerini gündeme getirecektir. Büyük güçler arasında, ya da Avrupalı Devletler arasında, uzlaşmanın sona erip savaşın ortaya çıkması uluslararası hukukun yeni bir yön kazanmasında etkili olmuştur. Artık uluslararası alanda Avrupa

²⁷⁷ Alexander Orakhelashvili, "Scelle, Schmitt, Kelsen, Lauterpacht and the Continuing Relevance of their Inter-War Debate on Normativity", *Nordic Journal of International Law*, C. 83, S. 1, 2014, ss. 1-38, s. 1.

dışındaki devletlerin ve özellikle ABD'nin etkili olmaya başlaması da uluslararası hukukun kazandığı bu yeni yöne etki etmiştir. 1. Dünya Savaşı döneminde ABD uluslararası alanda etkinlik kazanmaya başlamış ve Wilson Prensipleri gibi ilham verici fikirler ile yeni kurulan ulus devletler üzerinde etkili olmaya başlamıştı; ancak ABD Milletler Cemiyeti'ne üye olmamış, bizzat esin kaynağı olduğu gelişmelerin dışında kalmıştır²⁷⁸.

20. yüzyıl itibarıyla artık uluslararası hukukta devletler arasındaki meselelerin yanı sıra devlet dışı aktörlere ve bireylere ilişkin meselelerin de öne çıkmaya başladığını belirtmek gerekir²⁷⁹. Böylelikle de uluslararası hukuk kişiliğine doğal hukukçu yaklaşımların tekrar belirmeye başlamaları bir gerekliliğin sonucu olmuştur. Uluslararası hukukta pozitivistin etkisinin uluslararası hukukun yalnızca 19. yüzyıl itibarıyla devletler arasındaki, iradî hukuk olarak anlaşılmasında büyük etkisi olduğunu ifade etmiştik. Bu yüzden de doğal hukuk gibi devletlerin iradeleri üzerinde birtakım normların varlığını kabul eden bir akımın etkinliği azalmıştı, ancak 20. yüzyıl itibarıyla uluslararası hukuk yalnızca devletler arasındaki meselelere ilişkin olmaktan sıyrılarak devletler dışındaki birimlerin ve bireylerin hukuku haline gelmeye başlamıştır²⁸⁰. Uluslararası alanda hukuk yapıcılar ile hukukun kişileri arasında bir örtüşme bulunmaması nedeniyle²⁸¹, doğal hukuka dayanan hukukî eğilimler 20. yüzyıl itibarıyla uluslararası hukukta tekrar etkili olmaya başlamıştır.

Doğal hukuka ilişkin hukukî perspektifin yeniden canlanmasının tek nedeni uluslararası alanda devletler dışındaki birimlerin etkililik kazanmaya, kişilik sahibi olmaya başlamaları değildir. İnsan haklarının uluslararası alanda korunmaya başlanması da 20. yüzyılın önemli gelişmeleri arasındadır. Ayrıca 1. Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da sınırların değişmesiyle yaşanan azınlık meseleleri insan haklarının kolektif olarak korunmasını da uluslararası hukukun gündemine getirerek azınlık grupları gibi 'devlet dışı aktörlerin uluslararası alana dahil edilmesini'²⁸² sağlamıştır. Uluslararası hukuk konusu itibarıyla da genişleme göstermektedir. Savaşa ilişkin uluslararası hukuk

²⁷⁸ Grewe, op. cit., s. 576-577.

²⁷⁹ Ole Spiermann, "Twentieth Century Internationalism in Law", *EJIL*, C.18, S. 5, 2007, ss. 785-814., s. 786.

²⁸⁰ Ibid, s. 786.

²⁸¹ Samantha Besson, "Theorizing the Sources of International Law", *The Philosophy of International Law*, ed. Samantha Besson, John Tasioulas, New York: Oxford University Press, 2010, ss. 163-186., s. 164.

²⁸² Spiermann, Twentieth Century Internationalism, s. 791.

kuralları büyük ölçüde pozitif bir niteliğe kavuşmuşsa da uluslararası insancıl hukukun uygulanması uluslararası alanın yalnızca devletten ve egemenlikten ibaret olmadığını hatırlatan bir gösterge olmuştur²⁸³. Yine de bu dönemde, uluslararası örgütler dışındaki devlet dışı aktörlerle ilişkilerin devlet egemenliği ve ulusal hukuk gelenekleri doğrultusunda ele alındığını, artan uluslararası örgütlenme sonucunda uluslararası örgütler hukukî etkinliğe sahip olmuşlarsa da diğer devlet dışı birimler ve bireylerin halen uluslararası alan ile dolaylı, ikincil bir ilişki içinde bulduklarını²⁸⁴ belirtmek gerekir. Esasen tabiiyet ilişkisi içinde buldukları, vatandaşı oldukları yahut kanunlarına tâbi bir biçimde kuruldukları devletler vasıtasıyla uluslararası hukukun kuralları bunlara uygulanmıştır.

1. Dünya Savaşı'ndan sonra Milletler Cemiyeti'nin kurulması ve cemiyet bünyesinde savaşımlara, kolonilere ilişkin oluşturulan normlar uluslararası hukuktaki dönüşümün önemli göstergelerini oluşturmaktadır. Bu kapsamdaki çabalar artık devletlerin birlikte var olmalarının yeterli olmadığını, devletler arasında işbirliği gereksiniminin arttığını göstermektedir. Yeni uluslararası hukuk düzeni devletlerin işbirliği doğrultusunda ve kendi kendilerini hukuken sınırlamalarıyla kurulmaktadır.

a. Egemenlik Anlayışında Dönüşüm ve Uygarlık Ölçütünün Terki

Avrupa 1. Dünya Savaşı öncesinde toplanan Viyana Kongreleriyle tesis edilen sistemi devam ettirerek 1856 Paris, 1878 Berlin, 1899-1907 Lahey Konferanslarıyla politik düzenini ve küresel ilişkilerini hukukla ve çok taraflı diplomasiyle müzakere etmekteydi²⁸⁵. Sınırları belirlenen devlet, uluslararası alanda uluslararası hukukla bağlı olsa dahi iç hukukunda tamamen bağımsız ve egemendi. Uluslararası alanda kendisini politik ve hukukî sınırlamalara tâbi tutmuşsa da bu iç hukukunda geçerli değildi, ancak devletlerin iç alanlarında meydana gelmekle beraber uluslararası alana etkisi olan konular müdahale kavramını ortaya çıkarmıştı²⁸⁶. Devletin politik özgürlüğü ile uluslararası düzenin korunması arasındaki gerilimin göstergesi olarak uluslararası alanda müdahale etmeme devlet egemenliğinin bir sonucu olarak kabul edilmişse de

²⁸³ Vec, op. cit., 661-662.

²⁸⁴ Spiermann, Twentieth Century Internationalism, s. 786.

²⁸⁵ Vec, op. cit., s. 661.

²⁸⁶ Kingsbury, Legal Positivism, s. 419.; Orakhelashvili, Inter-War Debate, s. 5.

üzerinde norm yaratacak bir uzlaşya varılmamış olan müdahale yasağının istisnaları ortaya çıkmıştır²⁸⁷. 20. yüzyıl ve özellikle iki dünya savaşı arasındaki dönemde devlet egemenliğini sarsan ekonomik, siyasî ve toplumsal gelişmeler modern devleti klasik 19. yüzyıl devletinden egemenliğin gücü bakımından ayırmaktadır, 20. yüzyıl devleti, iç işlerine müdahale araçlarının da artması sonucu egemenliği ihlal edilebilir konumda olan bir devleti ifade etmektedir²⁸⁸. Devlet egemenliği artık ulusal yahut uluslararası etkiye sahip tüm devlet fiillerini meşrulaştıran bir araç olarak anlaşılmamaktadır. Devlet egemenliği müdahale yasağıyla güvence altına alınmış olsa da bunun istisnalarının bulunması, bunlara ilişkin tartışmalar sürüyor olsa bile egemenliğin niteliğinde bir dönüşüme sebep olmuştur²⁸⁹.

Bilhassa iki dünya savaşı arasındaki dönemin uluslararası hukuk anlayışının belirleyicisi *Grewe*'ye göre uygarlaşma eşiğine dayalı ideolojinin sönümlenmesi ve uluslararası hukuk düzeninin ırk, kültür ve coğrafi konum ayrımı yapılmaksızın tüm devletleri içine alacak biçimde genişlemesidir²⁹⁰. *Grewe*'nin post klasik olarak nitelediği bu dönem klasik dönemden bazı noktalarda ayrışır; bunlar egemen devletin uluslararası hukukun tek öznesi olduğu kabulünün terk edilerek modern devletin ulusal egemenliğinin sınırlandırılması, azınlıkların korunması ve insan haklarına önceki dönemlere kıyasla daha fazla önem atfedilmesi suretiyle bireyin uluslararası hukukta daha güçlü bir konum kazanması, hukuken eşit kabul edilen devletlerin Milletler Cemiyeti altında organize olarak barışçıl bir düzeni tesis etmeleri ve silahlı uyuşmazlıkların önlenerek egemenin savaş açma hakkının terk edilmesi olarak belirtilmiştir²⁹¹. Bunlarla birlikte ve Milletler Cemiyeti Misakı'na ve Wilson Prensiplerinin hitap ettiği kesimin büyük ve küçük tüm devletler olmasına da atıfla, uluslararası toplum tüm insanlığı kuşatan ve doğal olarak evrensel bir anlam kazanmış²⁹² kabul edilmektedir.

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ Grewe, op. cit., s. 597-8.

²⁸⁹ Sercan Reçber, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 22-24.

²⁹⁰ Grewe, op. cit., s. 581.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Ibid, s. 583.

1. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukukun emperyal karakteri uluslararası hukukçular ve devlet adamları tarafından eleştirilmekteydi²⁹³, bu nedenle dönemde uluslararası hukukun kurumsallaşmasının hedefleri arasında bu emperyal kültürün kalıntılarıyla baş etme amacı da vardı. Bunu yerine getirmenin en önemli araçlarından biri olarak manda sistemi ortaya konmuştur. Milletler Cemiyeti tarafından belirlenen yeni ölçütlerle devletler arasında uygarlaşmış-uygarlaşmamış ayrımından gelişmiş-gelişmemiş ayrımına kayılmıştır²⁹⁴. Uygarlık ölçütünün terk edilmesiyle uluslararası alanda artık Avrupa kaynaklı uluslararası hukuk sisteminin tüm uluslara uygulanacak tek sistem haline geldiği, böylelikle Avrupa uluslararası hukuku evrenselleştiği²⁹⁵ kabul edilir. Ancak Milletler Cemiyeti ile getirilen gelişmiş-gelişmemiş ayrımına dayalı yeni ölçütler ve uygulamalar kolonicilik sisteminin ortadan kalkmasının değil; bu sistemin evrimleşerek neo-kolonicilik görünümüne bürünmesinin göstergesi kabul edilmektedir, yani üçüncü dünya devletleri ekonomik olarak Batı'ya bağlı olduklarından yeni uluslararası sistemdeki konumları yine ikincil nitelikte kalmıştır²⁹⁶. Bu nedenle uluslararası hukukun kurumsal olarak görünümü Avrupa dışındakilerin domine edilmesinden evrensel bir sisteme kaymış ise de gerçekte uygulananın halen ekonomik bir dominasyon olduğu ileri sürülmüştür. Ancak diğer devletlerin Batılı devletler ile olan ilişkileri giderek daha eşitler arası bir görünüme kavuşmaktaydı ve uluslararası hukuk Avrupa dışındaki devletleri hukukî bir zeminde kapsamaya başlamıştı.

Uluslararası hukukun evrenselleşmesi konusunda 19. yüzyıl gelişmelerinden tamamen zıt bir şey söylenemeyecek olsa da Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıyla Avrupa dışındaki bazı devletlerle kurulan ilişkilere yönelik hususlar Misak'ta düzenlenmiştir²⁹⁷. Bunun yanı sıra uygarlık ölçütü gibi kavramların kullanılmasının terki suretiyle uluslararası hukuk alanından dışlamaya yönelik siyasî kavramların kullanımı azalmıştır. Uluslararası hukukun uygulayıcıları olarak Avrupalı devletlerin etkililiği göz ardı edilemeyecek düzeyde olsa da tüm uluslararası alanda tek etkili hukuk

²⁹³ Antony Anghie, "The Evolution of International Law: Colonial&Postcolonial Realities", *Third World Quarterly*, C. 27, S. 5, 2006, ss. 739-753, s. 746.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Ibid, s. 748-9.

²⁹⁷ Madde 22: Savaştan sonra, daha önce kendilerini yöneten Devletlerin egemenliğine bağlı olmaktan çıkmış ve çağdaş dünyanın özellikle güç koşulları altında kendi kendilerini yönetme yeteneğinden henüz yoksun halkların oturduğu sömürgelere ve ülkelere şu ilkeler uygulanır: Bu hakların gönençleri ve gelişmeleri kutsal bir uygarlık görevidir ve bu görevin yerine getirilmesi için işbu Misak'a güvenceler konulması gerekir.

sistemi olarak (Avrupa) uluslararası hukuk(u) daha fazla türden hukukî ilişkiyi kapsamaya başladığından uluslararası hukukun gerçekte evrenselleşmeye başladığı dönem olarak artık bu dönem kabul edilebilecektir.

Uluslararası hukukta pozitivism, ama özellikle de 19. yüzyıl pozitivisminin, baskınlığının azalması ve ortaya çıkan sosyolojik yaklaşımların da etkisiyle devlet egemenliği sönümlenmeye başlamıştır²⁹⁸. Bunun yanı sıra uygarlık ölçütünün kullanımının sona ermesiyle devlet egemenliği kavramı yalnızca belirli devletlere tanınan bir husus olmaktan da çıkmıştır. Uluslararası hukukta devletlerin iradeleriyle ortaya koydukları dışında, tümünden doğal hukukun benimsenmesi değilse de doğal hukukla temellendirilen, normlar benimsenmeye başlanmıştır. 19. yüzyılda egemenin ve devletin münferit iradesinin kazandığı gücü yukarıda açıklamaya çalıştık. 20. yüzyılda ise kodifikasyon çalışmaları, nihayetinde hukuk yaratan andlaşmalar yoluyla egemen kendi iradesiyle de olsa kendisini sınırlamaya başlamıştı, ve dayanışma eğilimleriyle birlikte yüceltilen egemen, uluslararası hukuk kişisi artık somutlaştırılmaya, demistifize edilmeye çalışılmaktadır²⁹⁹.

Devletlerin iç işlerine müdahale etmeye yarayan hukukî ve siyâsî araçların ortaya çıkmasına ek devletlerin tanınmaması gibi kimi yollar da uluslararası alanda bir araç olarak kullanılmaya başlanmış, tanımama politikası Amerika Birleşik Devletleri'nin iki savaş arasındaki dönemde uluslararası alanda artan etkisinin karakteristik bir örneği olmuştur³⁰⁰. Tanımama politikası, Orta Amerika Devletleri Barış ve Dostluk Andlaşması'nın eklerinden olan Yeni Hükûmetlerin Tanınması Andlaşması'nın ilk maddesinde yer almıştır. Buna göre, andlaşmanın tarafı olan devletler diğer taraf devletlerden herhangi birinde devrim yahut darbe yoluyla, tanınmış hükûmeti yıkmak suretiyle göreve gelenlerin genel seçimler yoluyla anayasal olarak devleti yönetme görevine gelmedikleri durumlarda tanınmamaları gerektiği konusunda anlaşmışlardır³⁰¹. Bunun sonrasında ise Mançurya uyuşmazlığı sırasında ABD tarafından uyuşmazlığın tarafı Çin ve Japonya'ya gönderilen notada Kellogg-Briand Paketi'ne (1928 Paris Andlaşması'na) aykırı biçimde tesis edilen hususların

²⁹⁸ Kolb, op. cit., s. 235.

²⁹⁹ Nijman, The Concept of, s. 85-242.

³⁰⁰ Grewe, op. cit., s. 599.

³⁰¹ 1907 Orta Amerika Barış Konferansı (The American Peace Conference of 1907) https://archive.org/stream/jstor-2186562/2186562_djvu.txt (26.04.2017). Tanımamanın sistemleştirilmesine yönelik bu doktrin Tobar Doktrini olarak bilinmektedir.

tanınmayacağı bildirilmiştir³⁰². Tanımının siyasî bir araç olarak kullanılmasından vazgeçilip sistematik hale getirilmesini amaçlayan ve kuvvet kullanmaya dayanılarak uluslararası hukuka aykırı bir biçimde kurulan devletlerin tanınmayacağını normatif düzeyde ifade eden Stimson doktrini, uluslararası hukukta bugün de etkisini sürdüren bir tanıma ilkesi olmuştur. Sözü edilen gelişmelerle tanımaya ilişkin genel ve soyut bir normun benimsenerek, tanımının her özel durum için siyasî mülahazalarla değil hukukî bir biçimde gerçekleştirilmesi hedeflenmişse de Avrupalı devletlerin pratiğinin bunu yansıtmadığı belirtilir³⁰³.

İki dünya savaşı arasındaki dönemin öne çıkan uluslararası alana etkili olayları arasında Milletler Cemiyeti'nin kurulması, Avrupalı olmayan iki büyük devlet olarak ABD ve SSCB'nin ortaya çıkması, Milletler Cemiyeti altında uluslararası hukukun kodifikasyon çalışmalarının yürütülmesi, uluslararası alanda savaşa başvurmanın sınırlandırılması, azınlıkların korunmasına ilişkin mekanizmaların geliştirilmesi, self determinasyon hakkının güncellik kazanması, Milletler Cemiyeti bünyesinde manda rejiminin düzenlenmesi özellikle hukukî etkilerinin önemi sebebiyle belirtilmelidir³⁰⁴. Ancak yine de Milletler Cemiyeti devlet egemenliğini temelden etkileyecek bir dünya hükümeti kurmadığı gibi devletler üzerinde bir egemen tesis etmemektedir; bunlara ek olarak da yine Milletler Cemiyeti'nin savaşı yasaklamadığı ancak savaşa başvurmadan önce takip edilmesi gereken bazı prosedürel şartlar getirdiği³⁰⁵ belirtilmelidir. Uluslararası alanda egemenlik ve kuvvete başvurmanın sınırlandırılmasına ilişkin hususlarda yaşanan değişim Milletler Cemiyeti'nin etkisiyle olmamıştır. Egemenliğin dönüşümünü sağlayan devletler arasındaki işbirliği gereksinimleri iken kuvvete başvurmanın yasaklanabilmesi için BM'nin kurulması, bir dünya savaşının daha yaşanması gerekecektir.

b. Normativite, İşbirliği ve Andlaşmalar Düzeni

1. Dünya Savaşı'ndan hemen önce 1899 ve 1907 Lahey Barış Konferansları, 1906 Cenevre Sözleşmesi, Beyaz Köle Ticaretine ilişkin Paris Sözleşmeleri toplanmış

³⁰² Grewe, op. cit., s. 600-1.

³⁰³ Ibid, s. 601-602.

³⁰⁴ Carlo Focarelli, "International Law in the 20th Century", *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 478-525., s. 482-92.

³⁰⁵ Neff, A Short History, s. 22.

veya imzalanmış, barışçı çözüm yollarının geliştirilmesi, savaşta hasta, yaralı ve sivil gruplarının korunması bakımından önemli adımlar atılmıştır. Bunlar arasında özellikle 1907 tarihli konferans o dönemin Avrupalı ve Avrupa dışından tüm devletlerinin katılımının sağlandığı ve evrensel uluslararası hukukun oluşturulmasında tüm kültürel altyapılardan devletlerin yer aldığı tarihin ilk gerçek girişimi olarak kabul edilmektedir³⁰⁶. Denebilir ki 20. yüzyıl uluslararası hukukunu şekillendiren önceki dönemlerden miras kalan konferanslar sistemidir, ki bu çok taraflı ittifaklar ve kuvvetler dengesi doktrini olarak da anılmaktadır³⁰⁷.

19. yüzyıl mirasıyla gelinen 20. yüzyılda uluslararası hukukun gelişimi açısından dikkat çeken en önemli gelişmelerin başında hızlanan kodifikasyon çalışmalarının devamını ve uluslararası örgütlenmedeki artışı gösterebiliriz. Ancak uluslararası hukukta keskin etkiler bırakan 1. ve 2. Dünya Savaşları olmuştur. Bu savaşlardan sonra uluslararası hukukta sosyolojik teorinin dayanışma yaklaşımı kendine daha çok alan bularak uluslararası örgütlenmeyi siyasî ve hukukî alana taşımıştır.

İki dünya savaşı arasındaki dönem uluslararası hukukta kurallaşma eğilimlerinin arttığı dönem olarak da ifade edilebilir. Karşılıklılaşmaya dayanmayan, hukuk yaratan uluslararası anlaşmaların artması ve bu anlaşmalara taraf olan devletlerin yalnızca Avrupa ile sınırlı olmaması uluslararası alanda kurallaşmanın ve evrenselleşmenin ortak göstergeleri sayılabilir. Bunun yanı sıra Milletler Cemiyeti'nin kurulması ve kurucu metinde yer alan sistemleştirmeye yönelik düzenlemeler uluslararası hukuk normlarının devletlerce uygulanmasının ötesinde kurumsal bir uygulamaya kavuşmasını da sağlamıştır, denebilir. Bugünkü uluslararası hukuk sistemi ile kıyaslandığında basit bir sistem olarak anlaşılırsa da artık bu dönem itibarıyla Milletler Cemiyeti çerçevesinde kurumsal hale gelen uluslararası alanda hukuk kuralları söz konusu kurumlar aracılığıyla uygulanmak suretiyle nispeten objektif bir görünüme kavuşmuştur.

1. Dünya Savaşı ile birlikte büyük bir yıkım ve geleceğe dair tehdit anlayışı gelişmişti ve bunun sonucunda uluslararası alanda anarşinin ve gücün üstünlüğünün önüne geçmek için dayanışmaya yönelik uluslararası örgütler kurulmuştu³⁰⁸. İki dünya savaşı arasında ve 1945 sonrasında kuvvete başvurmanın kısıtlanması, uyuşmazlıkların

³⁰⁶ Focarelli, op. cit., s. 480.

³⁰⁷ Vec, op. cit., s. 660-2.

³⁰⁸ Kolb, op. cit., s. 234-5.

barışçı çözümünün teşvik edilmesi, insan haklarının uluslararası alanda korunması veya silah kullanımının kontrol altına alınarak bazı silahların kullanımının yasaklanması alanlarındaki hukukî gelişmeler bu dönemle birlikte yalnızca devletlerin iradesine dayanan, keskin uluslararası pozitivist hukukî yaklaşımın terk edilmeye başlandığını göstermiştir³⁰⁹. Aslında 1815 ve 1914 yılları arasını kapsayacak şekilde 19. yüzyıl, uluslararası alanda örgütlenmeye hazırlık dönemi olarak da ifade edilmektedir; uluslararası alan 20. yüzyıl fenomeni olan uluslararası örgütlere bu dönemde hazırlanmıştır³¹⁰.

Uluslararası hukukta insanî anlayışın gelişmesiyle devletleri, kendi rızaları olmadan da bağlayacak normlara duyulan ihtiyaç uluslararası alanda pozitivizmin etkinliğini yitirmesine sebep oldu³¹¹, zira devlet egemenliğine 19. yüzyılda atfedilen sarsılmaz niteliğin uluslararası dayanışmanın gerçekleşmesi ve sürdürülebilmesi için sarsılması gerekmektedir. Bunu sağlayan savaşlar ve sonuçları olmuştur.

İki dünya savaşı arasındaki dönemde etkinlik kazanan sosyolojik yaklaşımlar devletin gereğinden fazla güçlü ve keyfi iradesiyle ön planda olan yapısı karşısında bireyi uluslararası hukukun nihaî, doğru öznesi, kişisi olarak ele almaktadır; onlara göre uluslararası alanda da yalnızca metafizik ve metaforik olarak değil gerçekte de etkileşim halinde olanlar bireylerdir³¹². Sosyolojik yaklaşımların doğal hukuka atıfları, 19. yüzyıl öncesindeki uluslararası hukukta bireyin konumu anlayışını bir biçimde dirilttiği söylenebilecektir.

Bu dönem itibarıyla uluslararası hukukun doğal hukukçu, pozitivist ya da klasik teorisinin dışında karşımıza sosyolojik teori ve realist teori çıkmaktadır. Teorisyenlerin uluslararası toplumun uluslararası hukuktaki konumuna ve güç ilişkilerinin hukukî etkisi üzerine yoğunlaşmalarından ortaya çıkan bu teoriler 20. yüzyıl boyunca etkinliklerini sürdürmüşlerdir. Sosyolojik teori hukukun yapılması konusunda devleti ya da kanun koyucuyu bir yaratıcı olarak değil bir tespit edici olarak kabul eder; buna göre hukuku oluşturan şey toplumun kendisi, toplum içindeki kendiliğinden gelişen sosyal etkileşimlerdir ve etkileşimin temelindeki sosyal davranışın etkililiği hukukun nihaî

³⁰⁹ Ibid, s. 235.

³¹⁰ Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organisations*, 2. b., New York: Cambridge University Press, 2005, s. 5.

³¹¹ Kolb, op. cit., s. 235.

³¹² Ibid, s. 236.

kaynağıdır³¹³. Realist teori ise fonksiyonel bir teori olarak kabul edilir ve genel olarak uluslararası alandaki güç ilişkilerinin ve politik gerçekliklerin uluslararası hukukun karakterine etki ettiğini savunur³¹⁴.

c. Uluslararası Hukuk Kişiliği

19. yüzyılın uluslararası hukuka ilişkin oldukça yoğun ve etkili gelişmelerinden sonra uluslararası hukukun uluslararası hukuk kişiliği yönünden gelişimine ilişkin iki önemli husus karşımıza çıkmıştı: bunların ilki, uluslararası hukukun denildiği gibi 19. yüzyılda evrenselleşerek Avrupa merkezli olmaktan çıkıp çıkmadığı ve devletin iradesine ve egemenliğine atfedilen önemin uluslararası hukuktaki belirleyici rolü.

Lauterpacht ve *Alvarez* gibi uluslararası hukukçular, 1. Dünya Savaşı'na götüren şekilci, sert ve tek parça egemenlik anlayışından sıyrılmayı hedefleyerek iki dünya savaşı arasındaki dönemde 'yeni' uluslararası hukukun inşasını üstlenmişlerdir³¹⁵. Yeni uluslararası hukuk anlayışı yukarıda belirttiğimiz gibi doğal hukukçu anlayışa ait eğilimlerin uluslararası hukukta tekrar teorik etkinlik kazanmasına yol açıyordu; ancak bu durum devletler dışındaki birimlerin özellikle de bireyin uluslararası hukuk özneliğini temin etmeye yetmemekteydi. *Lauterpacht* ve *Alvarez*'den farklı bir hukukî yaklaşımı bulunan *Triepel*'e göre, uluslararası kamu hukuku devletler arasındaki, yalnızca mükemmelen eşit devletler arasındaki ilişkileri düzenlemekteydi; bir özel kişinin bu türden bir hukuk düzeninde kendi hak ve borçları olamazdı³¹⁶.

Bu kısmın başlangıcında, iki dünya savaşı arasındaki dönemde uluslararası hukuk kişiliğine dair önem arz eden bir gelişmenin de azınlık hakları ve insan haklarının korunması için çok taraflı bir konsensusun oluşması olduğunu belirtmiştik. Böylelikle bu dönemde bireylerin ve azınlık grupları gibi birey gruplarının uluslararası hukuk kişiliği konusunda bir uzlaşma ve açıklık bulunmasa da uluslararası hukuk normlarıyla artık bireylerin ve birey gruplarının uluslararası hukuktaki konumları, hakları ve

³¹³ Ibid.

³¹⁴ Hans J. Morgenthau, "Positivism, Functionalism and International Law", *AJIL*, C. 34, S. 2, 1940, ss. 260-284, a. 273-274.; Gregory Schaffer, "Legal Realism in International Law", *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, eds. Jeffrey L. Dunoff, Mark A. Pollack, Cambridge University Press, (henüz yayımlanmamış), s. 1-19, s. 3-4.

³¹⁵ Kennedy, *History of an Illusion*, s. 102.; Anghie, *Finding the Peripheries*, s. 66.

³¹⁶ Charles Leben, "Hans Kelsen and the Advancement of International Law", *EJIL*, C. 9., 1998, ss. 287-305, s. 301.

yükümlülükleri düzenlenmeye başlanmıştır. Bu alanda özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında hızlı bir artış gösterecek uluslararası kurallaşma eğilimi ortaya çıkmıştır.

İki savaş arasındaki dönemde uluslararası hukuk teorisi sosyolojik ve doğal hukuk anlayışlarıyla yeniden yoğrulmuş, *Lauterpacht*, *Brierly* gibi yazarlar uluslararası hukukta doğal hukukçu akımın canlandırılması, *Scelle* gibi yazarlar da sosyolojik teori bakımından öne çıkan yazarlar olmuşlardır. *Scelle*'ye göre Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıyla devlet uluslararası hukuktaki merkezî konumunu yitirmiş ve bu federatif devlet düzenine benzeyen yapıda birey uluslararası hukukun öznesi yapılmıştır³¹⁷. *Scelle*'nin teorisine göre yalnızca birey, irade gösterebilir ve sorumlu tutulabilir olduğu için hukukun öznesi olabilecektir; böylelikle yazar ahlakî kişilik kavramını ve devletin uluslararası hukuk kişiliğini reddeder³¹⁸. Devlet ancak bireyler aracılığıyla irade gösterebilecek ve sorumlu tutulabilecek olduğundan hukuk kişiliğine de ancak bireyler sahip olacaktır.

Scelle, devletin yüceltilmesine, mistisize edilmesine yönelik görüşlere karşı çıkar³¹⁹; öte yandan örneğin realistler uluslararası hukuku ulus devletler ve uluslararası örgütlerin yan yana gelerek oluşturduğu bir hukuk alanı olarak kabul etmektedir³²⁰. *Scelle* nihaî olarak uluslararası hukukun realist teorinin iddia ettiği gibi devletler ve uluslararası örgütlerin değil, bireylerin arasındaki etkileşimin bir sonucu olduğunu ifade eder³²¹. Bu iki görüş aslında birbiri ile temel argümanları bakımından oldukça farklıdır, fakat dönemlerinin en önemli özelliği olan devletin normalleştirilmesi, devlet egemenliğine atfedilen hukuk yaratıcılık ve egemenliğin istisnasızlığı karşısında olmaları nedeniyle benzerlik gösterirler³²².

Grewe, *Scelle* ile *Lauterpacht*'ın ulus-devletin merkezî pozisyonuna ilişkin fikirlerinin dönem ve doğrultu itibarıyla kesiştiğini ancak bazı metodolojik ilkeler

³¹⁷ Grewe, op. cit., s. 604.

³¹⁸ Hubert Thierry, The European Tradition in International Law: Georges Scelle – The Thought Georges Scelle”, *EJIL*, C. 1, 1990, ss. 193-209., s. 202, 204.

³¹⁹ Ibid, s. 204.

³²⁰ Antonio Cassese, “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role-Splitting’(*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, *EJIL*, C. 1, 1990, ss. 210-231, s. 211.; Gökhan Güneysu, “Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve Uluslararası Hukuk Kuramı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014(Basım Yılı: 2015), ss. 4117-4137, s. 4119-4120.

³²¹ Ibid, s. 4124.

³²² Nijman, The Concept of, s. 110-131.

bakımından farklı olduklarını belirtir³²³. Lauterpacht özellikle bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini destekleyici normların varlığının göz ardı edilmemesi gerektiği noktasında çalışmamızın ilerleyen bölümlerine kaynaklık etmektedir. Bu kısımda, uluslararası hukukun yapısal dönüşümüne yönelik noktalardan bahsedilecektir.

Revizyonist olarak kabul edilebilecek fikirleriyle *Scelle*'den yukarıda bahsedildi; devamında bir pozitivist olarak *Kelsen* ve onun kişiliğe ilişkin revizyonist fikirlerinden ve beraberinde *Lauterpacht*'ın öncülü olarak *Brierly*'den kısaca söz edilecektir. Bunların yanı sıra klasik devletçi yaklaşımıyla *Oppenheim* incelenerek bu dönem bitirilmeye çalışılacaktır.

Bu dönemde *Anzilotti*, *Oppenheim* gibi bazı yazarlar klasik uluslararası hukuka dayanan görüşleriyle uluslararası hukuk kişiliğini yalnızca devlete mahsus kabul etmekte, bunun dışındakiler bakımından hukuk kişiliğini reddetmekte yahut türemiş kişilik olarak kabul etmektedirler; bu yazarlarca uluslararası hukuk kişiliği devletleri uygar uluslar ailesine kabul etmenin yahut dışlamanın bir aracı olarak kullanılmaktadır³²⁴. Aynı dönemde *Kelsen*, *Verdross*, *Krabbe* gibi yazarlar ise revizyonist bir perspektifle geleneksel soyut, ulu devlet ve onun egemenliği anlayışını yıkarak bireye de uluslararası hukuk kişiliğini atfetmeyi tercih etmişlerdir; onlara göre uluslararası hukukta ahlak ve adaleti korumak bireyin korunması, özgürleştirilmesi ve demokrasi ile mümkün olabilecektir³²⁵. Bireyin uluslararası alanda korunmasının yolu olarak ona hukuk kişiliği tanınması bir gereklilik olarak görülmektedir.

Brierly, devleti bir kişilik olarak ele almanın genel bir hata olduğunu belirtir³²⁶, bunun sonucu olarak da devlete mistik nitelikler atfedilmemeli, kişi olarak değil kurum olarak ele alınmalı ve yalnızca bireyler irade ortaya koyma kapasitesine sahip olduğundan devletin iradesi var kabul edilmemelidir³²⁷. Revizyonistlerde gördüğümüz devletin demistifize edilmesi, kutsallaştırılmasından vazgeçilmesi gibi hususlara *Brierly*'de de rastlarız³²⁸, o da devletin kendisinde olmayan niteliklerin atfedilmesi suretiyle kişi kılındığını, gerçekte devletin bir kişiliğinin olamayacağını ifade

³²³ Grewe, op. cit., s. 604.

³²⁴ Nijman, *The Concept of*, s. 121-2.

³²⁵ *Ibid*, s. 128-130.

³²⁶ Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations*, 7. b., New York: Oxford University Press, 2014, s. 52.

³²⁷ *Ibid.*; Nijman, *The Concept of*, s. 138.

³²⁸ Nijman, *The Concept of*, s. 122-131.

etmektedir. *Brierly* devleti bireylerin aralarında kurdukları ilişki, kurum olarak nitelendirmek suretiyle onu başlı başına ulaşılması gereken mistik bir hedef olmaktan çıkarıp belirli başka hedeflerin gerçekleştirilmesinin aracı olarak ele almaktadır³²⁹. Böylelikle de devlet ona göre bireylerin nihaî amacı olarak değil elde etmek istedikleri belli hedefler bakımından bir araç olarak kullanılmak üzere meydana getirilmiş bir ilişki türü, kurum olarak ifade edilebilecektir. Esasında *Brierly* irade kapasitesine sadece bireyin sahip olabileceğini belirtmesiyle de devleti bir aracı kurum haline getirmektedir, iradeyi kullananlar ona göre devleti istedikleri hedefe yönelten ve onu kuran bireyler olmalıdır. Hukukun nihaî muhatabı da böylece birey olmaktadır³³⁰. *Brierly* yalnızca uluslararası hukuka ilişkin değil genel olarak hukuka ilişkin bir sonuca varmış ve uluslararası hukukta kişilik meselesini demokrasi ve bireysel özgürlükler konuları üzerinden değerlendirmiştir³³¹, onun vardığı sonuç hukukun geneline ilişkin olması dolayısıyla kapsamlıdır. Buradan hareketle denebilir ki, tartışma noktaları bakımından farklılıkları bulunsa da *Brierly* ve *Scelle* vardıkları sonuç itibarıyla birbirine paraleldir.

Nijman, *Brierly* gibi *Kelsen*'in de demokrasiye dair sosyo-politik gelişmelerden etkilendiği kanısındadır³³². *Kelsen* pozitif bir hukukçu olmakla birlikte klasik pozitif hukukçulardan farklı noktalara vararak uluslararası hukuk kişiliğini ve devleti tanımlamaya çalışmıştır. Ona göre hukuk kişisi haklara sahip olabilen, yükümlülük altına girebilen bir kavram olarak kendi içinde bir normatif düzeni oluşturur³³³, artık bu birim sadece fiziksel kişi olarak insan değildir yükümlendiren ya da yetkilendiren hukuk normlarının kişileşmiş bir bütünü halini almıştır³³⁴. Devlet de politik organizasyon olarak bir hukuk düzenidir, ancak her hukuk düzeni devlet değildir; devlet olmak için, merkezileşmiş biçimde norm yaratıp uygulayan ve işbölümüne dayanan bir yapıya sahip olunması gerekir³³⁵.

Hukuk kişiliği, ilgili birimce sahip olunan hakların ve yükümlülüklerin yöneltildiği hukuk normlarından oluşan bir bütündür. Dolayısıyla hukuk kişisi kategorilerinin önceden belirlenmiş olması gerekmez, norm yöneldiği birimi hukukun

³²⁹ Clapham, op. cit., s. 52.

³³⁰ Nijman, The Concept of, s. 144.

³³¹ Ibid, s. 147.

³³² Ibid, s. 151, 192.

³³³ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight, New Jersey: The Lawbook Exchange LTD., 2005, s. 168-192.

³³⁴ Ibid, s. 174.

³³⁵ Ibid, s. 286-7.

kişisi yapmaktadır. *Portmann* tarafından hukuk kişiliğini hakların ve yükümlülüklerin varlığı doğrultusunda açığa çıkan bir sonuç olması *a posterior* bir statü olarak nitelendirilir³³⁶.

Kelsen tarafından yapılan tanımı takip edersek uluslararası hukukta haklara sahip olabilen ve borç altına girebilen her birimi uluslararası hukukun kişisi, bir uluslararası hukukî düzen olarak kabul etmek gerekir. Ona göre uluslararası hukukta normlar ve bunlarla yaratılan haklar ve yükümlülükler hangi birime yöneliyor ise onun hukuk düzeninin bir parçası olurlar. Uluslararası sistem bireylerin haklarını ve yükümlülüklerini düzenliyor ise bireyleri uluslararası hukukun kişisi yapıyor olmaktadır. Ancak bu iç hukuklardaki gibi gerçekleşmez; *Kelsen* yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi kabul edildiği ve bireyin uluslararası hukukun konusu olduğunu savunan geleneksel teoriyi reddeder ve bireylerin iç hukuklarda olduklarından farklı bir biçimde uluslararası hukukun kişisi olduklarını, ancak yine de uluslararası hukukun kişisi olduklarını³³⁷ belirtir. *Kelsen*'in bireylerin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin yaklaşımına çalışmamızın ilerleyen kısımlarında tekrar değineceğiz, burada dönemi içindeki önemini vurgulayacak açıklamalarla yetineceğiz.

Oppenheim'a gelindiğinde artık revizyonist çalışmaları terk etmiş olmaktadır, o klasik, gelenekçi görüşü sürdüren bir yazar³³⁸ olarak *Scelle* ve *Kelsen*'den farklı bir konumda bulunmaktadır. *Oppenheim*'a göre devletler uluslararası hukukun ilkesel özneleridir ve yalnızca onlar münhasıran uluslararası hukuktan doğan hak ve borçlara sahip olabilirler³³⁹. *Oppenheim*'ın uluslararası hukuk kitabının 1996 baskısına göre devletler uluslararası hukukun birincil kişisi olsalar da yalnızca bunlar uluslararası hukuk kişisi değildirler³⁴⁰; ancak kitabın ilk üç baskısında yalnızca devletlerin uluslararası hukuk kişisi olarak yer aldığı, sonrasında ise *Lauterpacht* gibi modern yazarların editoryal etkisiyle bundan vazgeçildiği de belirtilmektedir³⁴¹.

³³⁶ Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 173.

³³⁷ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, ed. Robert W. Tucker, 2. b., New York: Holt, Rinehart, and Winston, Inc., 1966, s. 180.

³³⁸ Nijman, *The Concept of*, s 116-122.

³³⁹ Lassa Oppenheim, *Oppenheim's International Law Volume 1-Introduction and Part 1*, ed. Robert Jennings, Arthur Watts, Essex: Longman, 1996, s. 16.

³⁴⁰ *Ibid*, s. 16.

³⁴¹ *Ibid*, dn. 1.

Kanımızca *Oppenheim*'ın konuya ilişkin görüşünü kitabının 1905 tarihindeki versiyonu üzerinden ele almak gerekir zira sonrasında kitabın editörlerinin görüşleri doğrultusunda ilgili başlıkta yazılanlar değişmiştir. *Oppenheim*'a göre “Egemen devletler münhasıran uluslararası hukukun kişisidirler; egemenlik tamamen ya da kısmen olabilir. Tamamen egemen olan devletler eksiksiz olarak uluslararası hukuk kişiliğine sahipken, kısmî egemen devletler eksik uluslararası hukuk kişisidirler, (uluslararası hukukun) bazı kısımları bakımından uluslararası hukuk kişisi olmaktadır.”³⁴². Yazara göre devlet olma uluslararası hukukun kişisi olmak için yeterli değildir, uluslararası hukuk kişisi olabilmek için devletin yalnızca ve münhasıran tanınmış olmaya ihtiyacı vardır³⁴³. Yazar 19. yüzyıl yaklaşımını sürdürmekte, uluslararası hukuk kişiliği için uygar ulusların ortak rızasını aramaktadır, böylelikle tanımaya kurucu bir nitelik atfetmektedir. *Oppenheim*, *Triepel* ve *Anzilotti* ile birlikte ve paralellik içeren çalışmalarıyla yalnızca devletleri uluslararası hukuk kişisi kabul eden teorinin savunucusu olmuştur. Yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi kabul edilmelerine yönelik yaklaşım çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ele alınacaktır.

Oppenheim bir pozitivist ve 19. yüzyılın son yazarlarından biri olarak da kabul edilebilir ancak yazdığı dönem itibarıyla 1. Dünya Savaşı öncesine de oldukça yakındır. *Kelsen* ve *Oppenheim* iki pozitivist olarak uluslararası hukukta kişilik konusuna oldukça farklı yaklaşmaktadır; bunun başlıca nedeni olarak *Oppenheim*'ın kendisinden önceki yazarlardan ve döneminden etkilenmiş restoratif anlayışı ve *Kelsen*'in revizyonist yaklaşımı benimsemiş olması gösterilebilir³⁴⁴.

2. 2. Dünya Savaşı Sonrası Dönem

2. Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukukunun ilk gelişmeleri arasında öne çıkanlar Nürnberg Yargılamaları, 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nden sonra sayısı artan, konusu itibarıyla özel nitelikli hukuk yaratan uluslararası andlaşmalar, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, BM'nin kuruluşu ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin ilanı ve BM Kurucu Andlaşması'nda kuvvete başvurma'nın yasaklanmasıdır. Uluslararası hukuk alanında yaşanan hareketlilikte Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) kodifikasyon çalışmalarını hızlandırıp

³⁴² Oppenheim, A Treatise, s. 99.

³⁴³ Ibid, s. 108-9.

³⁴⁴ Nijman, The Concept of, s. , 116-122, 167, 178-179.

uluslararası alanda normatif çatının oluşmasına sunduğu katkılar da etkili olmuştur. BM'nin yapısı düşünüldüğünde artık uluslararası alanda belli konularda bağlayıcı kararlar almaya yetkili organ olarak Güvenlik Konseyi'nin varlığı oldukça önemli bir gelişmeyi teşkil eder.

Uluslararası alanın 1945 sonrası siyaseten şekillenmesinde 2. Dünya Savaşı'nın sebep olduğu yıkımın ve sonrasındaki andlaşmaların etkisi olmuşsa da 1960'lı yıllarda belirginleşen ABD ve Sovyetler Birliği arasındaki gerilim uluslararası siyasetin mevcut şeklini önemli oranda etkilemiş, hem ABD hem de Sovyetler Birliği tarafından güdülen uluslararası alanda etkin olma amacı Sovyetler Birliği'nin yıkılmasına kadar yaklaşık 40-50 yıllık bir sürecin denge politikalarıyla geçmesine sebep olmuştur³⁴⁵. Uluslararası politikanın yönü dolayısıyla uluslararası hukuka da etki etmiştir.

Bu dönemde ve özellikle Soğuk Savaş'ın sona erip SSCB'nin dağılmasıyla başlayan yakın geçmişte artık uluslararası hukukun klasik anlamındaki gibi devletler arasında (*inter state*) değil, devletler dahilinde (*within state*) bir hukuk alanı haline geldiği, insanlığın günlük yaşantısını düzenlediği belirtilmektedir³⁴⁶.

Nijman, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra toplumda meydana gelen modern kaygıya iki farklı tepki verildiğini belirtir, bunlar entelektüel alanda etkinlik kazanan idealizm ve realizm akımlarıdır³⁴⁷. Bu dönem idealizminin temsilcisi olarak *Lauterpacht*, realizminin temsilcisi olarak da *Morgenthau* karşımıza çıkmaktadır³⁴⁸. *Lauterpacht* teorik olarak Grotiusçu, idealist uluslararası hukuk geleneğinin canlandırılmasına³⁴⁹ ve *Morgenthau* ise uluslararası alanın güç dengesi üzerinden açıklanmasına dayanmaktadır³⁵⁰.

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına, uluslararası ceza hukukuna ve insancıl hukuka ilişkin gelişmeler bireyin ve çeşitli birey gruplarının uluslararası hukuk kişiliğine sahip olup olmamaları yönünden tartışılmasına sebep olmuştur. Bu tartışmalar farklı teorik yaklaşımlara sahip yazarlarca farklı biçimlerde değerlendirilmiş olsa da artık bu dönem itibarıyla bir daimî uluslararası yargı mercii vardır ve

³⁴⁵ Ibid, s. 252-258.

³⁴⁶ Focarelli, op. cit., s. 524.

³⁴⁷ Nijman, The Concept of, s. 258-77.

³⁴⁸ Ibid, s. 258-277.

³⁴⁹ Lauterpacht, The Grotian Tradition, s. 51-52.

³⁵⁰ Morgenthau, Positivism, Functionalism, s. 275, 278.

uluslararası hukukta kişilik hakkında bir karar da vermiştir. Ancak bu kararın özel olarak BM'nin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin verilmiş olması farklı hukuk kişileri bakımından ortaya çıkan meseleleri çözmeye yeterli olmamasını doğurmuştur.

Modern uluslararası hukukun önde gelen yazarlarından *Lauterpacht*, pozitivizm ile doğal hukuk arasında bir bağlantı kurulması gerektiğini, olan hukuk ile olması gereken hukukun birbirinden ayrılmaması gerektiğini belirtir, ona göre modern pozitif uluslararası hukuk, hukukun genel ilkelerini kaynakları arasında saymak suretiyle bunu sağlamaktadır³⁵¹. Yazara göre uluslararası hukukun temelinde *Kelsen*'in düşüncesindeki gibi bir *grundnorm* değil ahlakî kabuller doğrultusundaki doğal hukuk bulunmaktadır³⁵². Bu nedenle uluslararası hukukta olması gereken hukuk ile olan hukukun birbirinden ayrılmasına karşı çıkar, olan hukuk zaten olması gereken hukuk ile birleşmelidir zira ideal olarak uygulanması gereken hukuk uygulanan hukuk olarak belirlenmelidir³⁵³.

İdealist *Lauterpacht*, realizme dayanan yaklaşımları mantığın inkâr edilmesi olarak değerlendirir, ona göre uluslararası hukuk ilkelere ve inançlara dayanmak suretiyle insanlığın ilerlemesini karşılayabilecektir³⁵⁴. Yazar bakımından uluslararası hukukun güncel hukukî gereksinimleri karşılıyor olması önemlidir. Grotiusçu geleneği ve doğal olarak *Lauterpacht*'ı salt doğal hukukçu olarak ele almak doğru olmaz, ona göre uluslararası hukuk devlet uygulamalarının ve doğal hukukun işler bir sentezidir ve bu pozitif uluslararası hukuk sentezi içinde doğal hukuk ve adalet de yer almaktadır³⁵⁵. *Lauterpacht* devletlerin iradeleriyle ortaya koymuş oldukları pozitif uluslararası hukuku reddetmemekle birlikte kanaatimizce bunu ele alışında bir farklılık bulunmakta, pozitif uluslararası hukuku, buna doğal hukuk ve adalet kavramlarını dahil ederek, bir sentez olarak ele almaktadır. Yazarın, dönemin gereklerini ve 19. yüzyıl mirasını bağdaştırarak işler bir sistemi hedeflediği düşünülmektedir.

Lauterpacht'a göre devletin soyut, mistik, kişilik-dışı ve bu nedenlerle de sorumsuz kişiliğinin arkasında gerçek kişiler, bireysel olarak insanoğlu vardır, hak ve

³⁵¹ Ibid, s. 298.

³⁵² Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Martti Koskenniemi önsözlü baskı), New York: Oxford University Press, 2011, s. 430-1.; Nijman, *The Concept of*, s. 298-9.

³⁵³ Nijman, *The Concept of*, s. 298.

³⁵⁴ Lauterpacht, *The Grotian Tradition*, s. 51.

³⁵⁵ Nijman, *The Concept of*, s. 306-307.

yükümlülüklerin gerçek sahibi onlardır; ulusal ya da uluslararası her türlü hukukun nihaî birimi ve muhatabı bireydir ve bireyin refahı, iyiliği doğrudan uluslararası hukuku ilgilendirir³⁵⁶. *Lauterpacht* elbette devletin uluslararası hukuk kişiliğini inkâr etmez, devlet ile bireyin birlikte uluslararası hukukun kişisi olduklarından bahseder; ona göre uluslararası hukuk uluslararası toplumun hukukudur³⁵⁷. Uluslararası toplumun içerisinde ise hem devletler hem de bireyler bulunmaktadır.

Uluslararası alanda bireylerin uluslararası hukuk kişiliğinin tartışılması bireylerin uluslararası alanda sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin doğrudan ileri sürülebilmesi ile birlikte ele alınan bir husustur. İlerleyen kısımlarda tartışılacak olan ve halen güncelliğini belli ölçüde koruyan bu husus *Lauterpacht* tarafından da değerlendirilmiştir. Uluslararası hukukta hakkın ileri sürülmesine yahut da yükümlülüğün yöneltmesine ilişkin prosedürün kullanılmamasının hakka veya yükümlülüğe üstün gelmeyeceğini³⁵⁸ belirten yazara göre bireyin uluslararası hukuk prosedürlerini işletebilmesi bakımından yapısal bir engel bulunmamaktadır³⁵⁹. Uluslararası hukuk normları ile haklara ve yükümlülüklerle sahip kılınan bireyin yine uluslararası hukuk normlarıyla bunlara doğrudan erişebilmesi yahut da bunların kendisine doğrudan yönlendirilmesi mümkündür. BM Andlaşması'nın bireye ve haklarına yaptığı atıflar bireyi uluslararası hukukun konusu olmaktan özensi olma konumuna getirmiştir³⁶⁰. *Lauterpacht* Uluslararası İnsan Hakları Manzumesi adlı çalışmasında uluslararası bir andlaşmayla devletin bağlanması suretiyle kabul ettiği insan haklarının bireyin uluslararası hukuk alanında sahip olduğu haklar olacağını³⁶¹ belirtmekte ve her ne kadar andlaşmanın tarafı devlet olsa da eğer hak bireye yönelmiş ise onun kullanımına uygun olduğunu ortaya koymaktadır. Yazarın bu yaklaşımının *Kelsen*'in düşüncesiyle sonuç yönünden bağdaştığını düşünmekteyiz, Ancak *Kelsen* bireylerin uluslararası hukuk kişiliklerinin “farklı” bir niteliğe sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Bunların yanı sıra *Lauterpacht*, Nürnberg Yargılamalarının bireysel cezaî

³⁵⁶ Lauterpacht, *The Grotian Tradition*, s. 27.

³⁵⁷ Nijman, *The Concept of*, s. 311.

³⁵⁸ Hersch Lauterpacht, “The Subjects of the Law of Nations”, *The Law Quarterly Review*, C. 63, 1947, ss. 438-460, s. 455.

³⁵⁹ Hersch Lauterpacht, “The Subjects of the Law of Nations”, *The Law Quarterly Review*, C. 64, 1948, ss. 97-119, s. 97. (Makale, 1947 tarihli aynı isimli makalenin devamı niteliğindedir.)

³⁶⁰ *Ibid*, s. 101-103.

³⁶¹ Hersch Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, New York: Oxford University Press, 2013, s. 78.

sorumluluğun uluslararası hukukta işletilmesi bakımından bireyin uluslararası hukukun öznesi olmaması nedeniyle uluslararası yükümlülüklerin öznesi olamayacağına yönelik doktrinin terk edilmesi olarak ele almaktadır³⁶².

Görüyoruz ki her ne kadar *Lauterpacht*'a göre insan hakları doğal hukuktan doğarsalar da pozitif uluslararası hukuk tarafından tanınmaları ve kurumsallaştırılmaları gerekmektedir; böylelikle yazarın uluslararası hukuk kişiliğini yalnızca devlet dışı birimleri uluslararası hukuk kişiliği alanına dahil etmek için değil adaleti sağlamak ve uluslararası hukukun yetki alanını genişletmek için geliştirdiğini söylemek mümkündür³⁶³. Ona göre uluslararası hukukta bireyin hukuk kişiliğine sahip olmaması bakımından bir engel bulunmamakta, uluslararası alanda haklarının ve yükümlülüklerinin bulunması suretiyle birey zaten uluslararası hukukun kişisi haline gelmektedir³⁶⁴.

Lauterpacht, uluslararası hukuk kişiliği bakımından bireyler üzerinde durmuş, devletlerin uluslararası hukuk kişiliğinin bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini engellemeyeceğini ortaya koymuştur. Devlet dışı birimler bakımından uluslararası örgütleri tartışmamıştır. Kanaatimizce böyle bir tartışmanın gereği de bulunmamaktadır. Uluslararası örgütler kısmında değerlendirilecek olsa da devletlerin açık ya da örtülü iradeleriyle uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini tanımada daha olumlu bir tutum içinde buldukları söylenebilir. 19. yüzyıldan itibaren bugün bildiğimiz biçimiyle uluslararası örgütlerin faaliyet göstermelerinin bunda etkili olduğu söylenebilecektir. Öte yandan uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri bakımından devlet ile aralarında bir gerilim bulunmamakta, bunların hukuk kişilikleri egemenliğin bir görünümü olarak ele alınmaktadır. Çalışmamızın genelinde görüleceği üzere hukuk kişiliği bakımından genel tartışma bireyin uluslararası hukuk kişiliği bakımından yapılmaktadır. Bu nedenle yakın dönem yazarların özellikle bireyin ve birey gruplarının uluslararası hukuk kişiliğine yönelik yaklaşımlarını değerlendirmekteyiz.

Bu dönemin etkili akımlarından realizme ilişkin üzerinde durulması gereken teorisyen *Morgenthau*'dur. Ona göre güç, uluslararası ilişkilerin önemli

³⁶² Lauterpacht, *The Subjects-1948*, s. 109-110.

³⁶³ Nijman, *The Concept of*, s. 323-4.

³⁶⁴ Lauterpacht, *The Grotian Tradition*, s. 27.; Lauterpacht, *The Subjects-1948*, s. 97.

belirleyicisidir³⁶⁵ ve kendi teorisi *a priori* ve soyut değil ampirik ve pragmatik nitelikler taşımaktadır³⁶⁶. *Kelsen*'de yer alan olan-olması gereken (*sein-sollen*) ayırımından farklı olarak *Morgenthau* normatif olanın değerini gerçekte etkili olup olmamasına, gerçeğe uygunluğuna bağlar³⁶⁷. Uluslararası hukukta normatif geçerliliğin pozitivistlerin eğilimi doğrultusunda hukukî enstrümanlarla ortaya konmasıyla değil fonksiyonel olup olmamasıyla yani ihlalinin olumsuz bir tepkiyle karşılaşması, ihlal edenin bir yaptırıma uğramasıyla belirlenebileceğini belirtir³⁶⁸. Ona göre uluslararası norm ancak gerçekte mevcut bir iş ya da ilgiye ilişkin ise var olacaktır³⁶⁹. Uluslararası alanda hukukî enstrümanlarla tesis edilmemiş olmalarına rağmen geçerli olan normlar bulunmaktadır, pozitivistler ve diğer teorik yaklaşımçılar da gerçeğe yaklaşarak teorik yanlışlarından kurtulabilirler; bu nedenle yazar realist hukuk sisteminin aslında fonksiyonel hukuk sistemi olduğunu belirtir³⁷⁰. *Morgenthau* uluslararası hukuk teorilerinin yanlışlarını gerçeğe yaklaşmakla ortadan kaldıracabileceklerini söyleyerek kendi teorisine nispeten yakın pozitivistlerin geçerli hukuk kuralı bakımından bir yanlışlığa düştüğü iddiasındadır. Ona göre normun geçerliliği gerçekte mevcut durumun gerekliliğine uygun ise ve uygulanıyorsa sağlanır, pozitivistlerin gerektirdiği uygun hukukî araçlarla ilgilenmez.

Uluslararası hukuk *Morgenthau*'ya göre devletlerin aynı ya da birbirini tamamlayan ilgileriyle var olur, eğer bu türden ilgiler yok ise mutlak bir güç dengesi içinde devletin uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmesinin önlenmesi sağlanır³⁷¹. Uluslararası alanda buyurgan karar almanın bulunmayışından kaynaklanan boşluk, politik ve askerî güçlerin etkileşimi ile doldurulmaktadır ve bu alanda hukuk düzeninin değişmesi hukukî prosedürlerle değil sosyal güçlerin etkisiyle gerçekleşecektir³⁷². Devletler arasında ya bir menfaat uyuşması ya da bir güç dengesinin bulunması yazara

³⁶⁵ Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, gg. Kenneth W. Thompson, 6.b., Pekin: Peking University Press, 1985, s. 5.

³⁶⁶ *ibid*, s. 3.

³⁶⁷ Portmann, *op. cit.*, s. 224.

³⁶⁸ Morgenthau, *Positivism, Functionalism*, s. 276.

³⁶⁹ *Ibid*, s. 273.; Portmann, *op. cit.*, s. 225.

³⁷⁰ Morgenthau, *Positivism, Functionalism*, s. 273,274,276.

³⁷¹ *Ibid*, s. 275.

³⁷² *Ibid*, s. 275-276.

göre uluslararası hukukun varlık şartıdır, aksi halde devletlerin bireysel olarak uluslararası hukuk kurallarıyla bağlı kalmaları sağlanamayacaktır³⁷³.

Morgenthau uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin bütünlüklü bir planı teorize etmiş olmasa da onun fikirleri uluslararası hukuk kişiliğine aktör yaklaşımı çerçevesinde ele alınıp geliştirilmiştir³⁷⁴. Bu yaklaşım uluslararası hukuk kişisi ya da öznesi kavramlarını reddeder ve uluslararası hukukun aktörü yahut katılımcısı kavramlarını kullanır³⁷⁵. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında değinilecek olmakla birlikte burada kısaca söz etmekte fayda görmekteyiz ki aktör görüşünü savunan yazarlara göre uluslararası hukukun katılımcıları biçimsel ilke ya da kavramlar doğrultusunda değil mevcut karar alma mekanizmalarında etkililiğe, fiili bir güce sahip olup olmadıklarına göre belirlenmelidir³⁷⁶. Realist uluslararası hukuk şemsiyesi altındaki yazarların, uluslararası hukukun kişileri bakımından aktör yaklaşımını benimsemeleri bir tutarlılık arz eder. Aktör yaklaşımının realist temsilcileri normatif olanı fiilî duruma yakınlaştırma çabasında dırlar ve fiilî olanın geçerliliğini savunmaktadırlar³⁷⁷. Bu halde bir birim normatif olarak kişiliğe sahip olsun ya da olmasın uluslararası hukuk düzeninde gerçekte etkinliğe sahip olup olmaması değerlendirilerek uluslararası hukuktaki konumu tespit edilmektedir³⁷⁸.

Bu kısım için son olarak değinmek istediğimiz kişi realist teoriye farklı bir yaklaşım getiren Amerikan Realizminin temsilcilerinden *McDougal*'dır. Hukuku, sistemin ve diğer değerlerin geliştirilmesini sağlayan bilinçli ve yaratıcı bir enstrüman olarak kabul eden *McDougal*, *Morgenthau*'dan kendisini salt güç teorisi bakımından ayırır ve hukuku *Morgenthau*'nun yaptığı gibi tek işlevi gücün dengelenmesi olan bir sistem olarak değil bilinçli bir şekilde sahip olunan değerleri yükselten, zorlamadan ziyade iknaya dayalı bir sistem olarak kabul etmektedir³⁷⁹.

³⁷³ Ibid, s. 275-279.

³⁷⁴ Portmann, op. cit., s. 223-224.

³⁷⁵ Ibid, s. 208.

³⁷⁶ Ibid, s. 227.

³⁷⁷ Ibid, s. 228.

³⁷⁸ Ibid, s. 224-225.

³⁷⁹ Myres S. McDougal, "International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception", *The Hague Academy of International Law: Recueil des cours*, C. 1, Leiden: A. W. Sitjhoff, 1953(Basım Yılı 1954), ss. 137-259, s. 159-160.; Myres S. McDougal, "The Realist Theory in Pyrrhic Victory", *AJIL*, C. 49, S. 3, 1955, ss. 376-378., s. 378.

Uluslararası hukukta artan sayı ve çeşitlilikte katılımcılar yer almaktadır ve *McDougal*'a göre teknik anlamda hukuk özneliği kavramı uluslararası alanda takıntı haline getirildiğinden ulus devlet fazlaca önemsenirken uluslararası hukukun yeni katılımcıları göz ardı edilmekte, hafife alınmaktadır³⁸⁰. *McDougal*'a göre uluslararası hukukun öznesi olmaya ulus devletler gibi uluslararası örgütler, partiler, baskı grupları, özel kuruluşlar ve bireyler de oldukça uygundur, nitekim UAD'nin Giderim Kararı ile birlikte uluslararası alanda hukuk kişiliğinin yalnızca devletin sahip olabileceği bir özellik olmadığı da kabul edilmiştir³⁸¹. Yazar uluslararası hukuku yalnızca güç dengesi üzerinden açıklama gayretindeki teorisyenlerin karşısında realist teoriyi sahip olunan değerleri yükseltmeye dayanan bir sistem olarak kurgulamaktadır. Bu nedenle uluslararası hukukun katılımcılarının uluslararası alanda sahip olunan değerleri yükseltmeye elverişli tüm birimler olabileceği görüşündedir. Bireyin uluslararası alanın esas aktörü olduğunu ileri süren *McDougal*, bunu sadece bireyin kişi olmasından değil uluslararası alanda katılımcı olan tüm grupların, devlet, uluslararası örgüt, ulusaşan baskı grupları vs. gibi, üyesi olmasına da bağlamaktadır; bireyin dünya üzerindeki güç süreçlerinde iki yönlü bir etkisi olmaktadır³⁸². Birey hem kendisi hukukî alanın esas aktörüdür hem de uluslararası alanın diğer aktörlerinin kurucusu, yöneticisi, üyesidir.

McDougal bilinçli olarak seçtiği katılımcı ifadesiyle uluslararası hukuk kişiliği kavramını, bu kavramın teknik-hukukî, dışlayıcı anlamını reddederek uluslararası teorinin takıntılarından kurtarılmasını ve demokrasinin geliştirilmesini amaçlamaktadır³⁸³. Uluslararası alanın katılımcılarını da bu doğrultuda, güce dayalı olarak değil değerlere dayalı olarak belirler³⁸⁴.

Uluslararası hukuk kişiliği teorisinde, çalışmamızda ilerleyen kısımlarda aktarılacağı üzere, aktör yaklaşımının savunucusu konumundaki kimi yazarlar uluslararası hukuk kişisi yahut öznesi yerine uluslararası hukukun aktörü yahut katılımcısı terimlerini tercih etmişlerdir. Bunun nedenleri arasında, *McDougal*'ın argümanları gibi, uluslararası hukuk kişiliğinin uluslararası hukukun eskimiş

³⁸⁰ McDougal, *Contemporary Conception*, s.160-161.

³⁸¹ *Ibid*, s. 161-162, 174.

³⁸² *Ibid*, s. 161-162.

³⁸³ Nijman, *The Concept of*, s. 333.

³⁸⁴ Myres S. McDougal, "Some Basic Theoretical Concepts About International Law: A Policy-Oriented Framework of Inquiry", *Journal of Conflict Resolution*, C. 4, S. 3, 1960, ss. 337-354, s. 346-347.; Myres S. McDougal, "Law and Power", *AJIL*, C. 46, S. 1, 1952, ss. 102-114, s. 108.

kavramlarından olduğu ve güncel uluslararası hukukun gereklerini karşılamadığı yer alır. Uluslararası hukukun eskiyen, kullanılmasının terki gereken hususları bulunduğunu düşünsek de hukuk kişiliği kavramının kullanılmaktan vazgeçilecek bir kavram olmadığı kanaatindeyiz. Terk edilmek yerine yeniden tanımlanmasının daha uygun olacağını düşündüğümüz bu kavram tüm hukuk sistemlerinde bulunan bir kavramdır zira hukuk düzenleri kimin hareketlerine hukukî sonuçlar bağladığını ve kimler arasındaki hukukî ilişkileri düzenlediğini belirler. Bu nedenlerle uluslararası hukuk kişiliği kavramının terk edilmemesi, içeriğinin ise güncel uluslararası hukuk doğrultusunda belirlenmesi kanaatindeyiz. Yerleşik hukukî kurum ve kavramların hukuk alanlarında bulunması kanaatimizce gereklidir. Ancak elbette ilgili kavramın içeriğinin söz konusu hukuk alanının gerekleri ve yapısal özellikleri doğrultusunda belirlenmesi esastır.

3. Değerlendirme

1. Dünya Savaşı'ndan sonrasındaki döneme ayırdığımız bu başlık altında uluslararası hukuk kişiliğine yaklaşıma etkileri olan gelişmelerden söz etmeye çalıştık. Özellikle BM'nin kurulması genel olarak uluslararası hukukun gelişimine yönelik gelişmeler arasında oldukça önemli bir yere sahiptir.

Devletler arasında siyasî işbirliğini tesis eden, uluslararası hukukun geliştirilmesini ve uyuşmazlıkların çözümünü sağlamak suretiyle uluslararası alanı kontrol eden bir uluslararası örgüt ihdas edilmiştir. Bu uluslararası örgütün devletler üzerinde bağlayıcı kararlar alabilecek organları bulunmaktadır. Uluslararası alanda gelinen aşamada artık uluslararası alanın kontrolü bireysel yahut kolektif olarak devletler tarafından değil BM tarafından yerine getirilmektedir.

Bunun yanı sıra artık uluslararası alan ile ulusal alanlar arasında keskin bir ayrım kalmamıştır. Egemenlik kavramının anlaşılmasında yaşanan değişimin yanı sıra uluslararası alanda kurulan ilişki türlerinde meydana gelen değişim de bunda etkili olmuştur. Uluslararası hukuk çerçevesinde kurulan tüm ilişkiler egemen devletler arasında yahut da egemen devletler ile uluslararası örgütler arasında kurulan ilişkiler değildir. Uluslararası alanda insan haklarının korunmaya başlanması suretiyle bireyler uluslararası mercilere başvurabilir hale gelmişlerdir. Bunun yanı sıra uluslaşan şirketler devletler ile uluslararası nitelikli yatırım andlaşmaları yapabilmekte ve bunlar ulusal

yargı mercileri tarafından değil uluslararası yargı tarafından yargılamaya konu edilebilmektedir.

BM kuvvet kullanılmasını yasaklamıştır. Artık çok sınırlı istisnalar dışında devletler kuvvet kullanmaya başvuramamaktadırlar. Ancak toplumsal şiddet ulusal alandaki çatışmalar yoluyla da ortaya çıkmaktadır. Ulusal alanlardaki çatışmalar ve bunların tarafları bunun sonlandırılmasına yönelik uluslararası müzakerelerde muhatap alınmaktadır, zira Güvenlik Konseyi'nin tespiti doğrultusunda ulusal çatışmalar da uluslararası barış ve güvenliği tehdit edebilmektedir.

Uluslararası hukuk kişiliği meselesinde daha çok tartışılanın bireylerin uluslararası hukuk kişiliği olduğu, devletin uluslararası hukuk kişiliğine uluslararası alanda öncelikli bir nitelik atfedilmesi nedeniyle bunun devlet ve birey arasındaki bir gerilim olarak ortaya çıktığı özellikle bir sonraki bölümün bireyler başlıklı üçüncü kısmında ele alınmaya çalışılacaktır. Bu dönemde uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği bakımından ise özellikle 1949 tarihli Giderim Kararı önemli bir gelişmeyi oluşturur.

Uluslararası örgütlerin, tarafı bulunan devletlerce üzerinde açıkça uzlaşmış olmasa da uluslararası alanda ifa etmeleri planlanan fonksiyonları doğrultusunda hukuk kişiliklerinin belirlenebilir olduğu ifade edilmiştir. Bu da karşımıza fonksiyonel kişilik gibi bir kavramı çıkarmıştır ki bu hususlara bir sonraki bölümümüzün ikinci, uluslararası örgütler başlıklı kısmında değinilecektir.

Bireylerin uluslararası hukuk kişiliği çerçevesinde yürütülen tartışmalara ilişkin ise ya klasik görüş taraftarları ya da uluslararası anlaşmalar ile bireylerin hakları yahut yükümlülükleri üzerinde varılan anlaşmaların devletler tarafından üstlenilmiş bulunulan yükümlülükler olduğunu savunanlarca reddedilse de bireylerin uluslararası hukuk kişiliklerinin bulunduğu genel teorik eğilimi yansıttığını söyleyebilmek mümkündür. Bunun nedenleri ve sistemsel özellikleri bakımından yazarlar arasında farklılıklar elbette bulunmaktadır. Bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini demokrasi, bireysel özgürlükler gibi değerler üzerinden açıklayan görüşlerin yanı sıra teknik manada hukuk kişiliğinin hakların ileri sürülebilmesine yönelik prosedürel engellerden etkilenmeyeceğine yahut bireyin prosedürel kapasitesinin bulunduğu yönelik görüşler de bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini kabul etmektedir.

Uluslararası hukukta, bireyin hukuk kişiliği bakımından sistemsal bir engel bulunmasa da bazı durumlarda bunu güçleştiren devletin uluslararası hukuk kişiliğine atfedilen öncelik olabilmektedir. Bu nedenle uluslararası hukuk kişiliği ile devlet olma birbirinden ayrılması gereken hususlardır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında bu hususlardaki tartışmaların verilmesine de gayret edilecektir.

Sonuç olarak, 1. Dünya Savaşı sonrasında bireyin uluslararası hukuk kişiliğine yönelik tartışmalar bulunsa da yaşanan gelişmeler doğrultusunda devletler ve uluslararası örgütler dışında bireyin uluslararası hukukun nihaî kişisi, öznesi kabul edilmesinin ötesine geçilerek pratikte bireyin uluslararası hukuk kişiliğini kullanabilmesinin araçları ortaya çıkmıştır. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması bireysel ve kolektif hakların, uluslararası alanda kurulan cezaî yargılama mercileri de cezaî yükümlülüklerin uluslararası alanda ileri sürülebilmesine imkan tanımıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİLİK KATEGORİLERİ

I. DEVLETLER

Uluslararası hukukun hukuk kişiliğine sahip olup olmadığı konusunda neredeyse hiç tartışma olmayan birimi devlettir. Devlet hukuk kişiliğine ilişkin tartışmalar, belirli bir birimin devlet olma niteliğine sahip olup olmadığı üzerinde gerçekleşmektedir³⁸⁵. Devletin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olup olmadığının tartışılmaması iki nedenden kaynaklanabilir. Bunların ilki devletin özellikle andlaşmalar ve teamül gibi uluslararası hukukun kaynaklarını oluşturmadaki etkinliği, uluslararası hukukun yaratıcısı olmasından kaynaklanan statüsüdür. İkincisi ise uluslararası hukuk kişiliğine sahip olma ölçütleri düşünüldüğünde, her ne kadar hem teorik çalışmalarda hem de uygulamaya ilişkin enstrümanlarda bu konuda kesin bir uzlaşma yok ise de, devlet tüm bunları sağlayan ve hatta bu ölçütlerin kendisinden neşet ettiği birim olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukukta en fazla etkililiğe sahip birim devlettir. Bunlara bir üçüncüsünü de şöyle eklenebilir: günümüz uluslararası hukukunun kurumları 19. yüzyılda oturmuştur ve 19. yüzyıl kavramlarıyla inşa edilen uluslararası hukuk teorisi içinde elbette 19. yüzyılın en önemli uluslararası otoritesi olan egemen ulus devlet tartışmasız bir konuma sahip olmuştur.

Saydığımız nedenlerden yahut başka bir nedenden kaynaklansa da devletin uluslararası hukuk kişiliği konusu belirttiğimiz gibi tartışılmamaktadır. Uluslararası hukuk kişiliği hususunda temel esasların gerekli olduğu düşüncemiz nedeniyle biz de olmayan bir tartışmayı yapmaya niyetli değiliz. Nitekim *Pazarıcı* gibi biz de uluslararası hukukun statüsünü ve ilişkilerini düzenlediği temel birim olarak devleti kabul etmekteyiz³⁸⁶.

³⁸⁵ Devlet olmanın unsurlarının bulunup bulunmamasına ilişkin tartışmalarda yabancı literatürde “statehood” kavramı kullanılmaktadır. Çalışmada *statehood* kavramını devlet olma yahut da devletlik niteliği olarak ifade etmeyi tercih ettik.

³⁸⁶ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 13. b, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 140.

Bu anlayış çerçevesinde uluslararası hukuk kişiliği bakımından devleti tartışmayacak olsak da devletin unsurlarının ve ortaya çıkışının, devlet benzeri ülkesel birimlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin değerlendirmesini bu başlık altında yapmayı amaçlamaktayız. Nitekim devletin uluslararası hukuk kişiliği tartışmalı olmasa da devlet olmanın unsurları, bunların hangi şartlarda sağlandığının kabul edileceği, devlet benzeri birimlerin uluslararası alanda bazı haklara ve yükümlülöklere sahip olup olmadıkları ve bunlara ilişkin yaşanan yakın tarihli gelişmeler tartışmalı hususlar olagelmıştır.

Jellinek'e atıf yaparak *Doehring*, uluslararası hukukta devletin kişiliğinin hiçbir zaman sorun teşkil etmediğini, bilhassa hükümdar ile devletin kişiliklerinin ayrılması sonrasında (devletin soyut kişiliğinin ortaya çıkışıyla) devletin kendine özgü bir hukuk kişiliğine sahip olduğunun 19. yüzyıl ile birlikte yaygınlaşan bir görüş olduğunu ifade etmektedir³⁸⁷. Belirttiğimiz gibi uluslararası hukuk kişiliği genel başlığı altında devletin uluslararası hukuk kişiliği değil, devlet olmanın ölçütleri tartışılmıştır. Bu nedenle bu başlık altında devletin unsurlarını ve bu unsurları tamamlayıcı hususları değerlendireceğiz. Devam eden başlıklarda da devlet olma ölçütleri bakımından eksiklikleri olduğu kabul edilen devlet benzeri yapıları ve bunların uluslararası hukuktaki konumlarını ele alacağız.

Klasik manada devletin unsurları ülke, insan topluluğu ve egemenlikten ibarettir. Bu unsurlar devletlerin hak ve yükümlölüklerine ilişkin Montevideo Konvansiyonu'nda devlet olmanın asgari şartları olarak yer almışlardır. Bu asgari şartlar konvansiyonun 1. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: daimi nüfus, tanımlı bir ülke, hükümet ve diğer devletlerle ilişki kurabilme kapasitesi. Son iki şartı bir bütün olarak egemenlik, bağımsızlık başlığı altında yahut da sadece ilk üç unsuru incelemek mümkündür. Bu üç unsur tanımlayıcı ve tamamlayıcı nitelikte self determinasyon prensibine ve tanımaya ilgili başlıklar altında değinilecektir.

Uluslararası hukukta devlet kavramı, aktarma kolaylığı bakımından kabul edilen husus ve ölçütler bir kenara bırakılacak olursa oldukça etraflı bir konudur. Nitekim bir devletin varlığı esas itibarıyla politik bir tartışmayı da içinde barındırır. Bu politik hususun hukukî bir kavrama dönüşmesi için ise hukukun getirdiği asgari şartların sağlanmış olması, hukukî biçimin oluşması aranır. Bunun yanı sıra söz konusu asgari

³⁸⁷ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı(Genel Kamu Hukuku)*, çev. Ahmet Mumcu, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002, s. 53.

şartların nasıl sağlandığı bazı ek hukukî ilkelerle garanti altına alınmayı gerektirir. Tüm bunlar yukarıda belirttiğimiz asgari unsurların ve bunları tanımlayıcı ve tamamlayıcı ilkelerin varlık sebebidir. Devletin varlığına ilişkin politik sorunun nerede bittiği, hukukî sorunun nerede başladığına cevap verebilmek için bazı ön kabuller yahut demokratik düşüncelerle çeşitli teoriler ortaya atılmıştır, bu teoriler aracılığıyla devlet olma sorusu bazı ölçütlerle sınanarak cevaplanmaya çalışılmıştır.

A. TEORİK OLARAK DEVLET

1. Tanımlanma ve Terimleşme

Devletin genel teorisinin genel kamu hukuku ile anayasa hukukunun araştırma alanında yer aldığı kabul edilmektedir, ancak burada da birkaç anımsatmanın çalışmanın akışı bakımından gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Uluslararası hukukta devlet olma bakımından aranan unsurlar genel kamu hukuku ve anayasa hukuku alanlarında devlet olma için aranan unsurlardır. Her ne kadar ileride değinecek olduğumuz kimi yazarlar devlet olmanın şartlarının iç hukuklar ile uluslararası hukuk arasında farklılık gösterdiğini ileri sürseler de Montevideo Konvansiyonu uluslararası hukuk bakımından devlet olmanın unsurlarını kamu hukuku bakımından genel olarak aranan unsurlar olarak saymaktadır. Bu nedenle öncelikle devletin kökenine, tanımlanmasına ve terimleşmesine ilişkin bazı hususlar açıklanmalıdır.

Devletin kökeninin ne olduğuna, hangi toplumsal ilişkilerden nasıl ortaya çıktığına ilişkin farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bunlar, aile teorisi, biyolojik teori, kuvvet ve mücadele teorisi, Marksist(ekonomik) teori ve sosyal sözleşme teorisi olarak belirginleşmektedir³⁸⁸. Teoriler devletin ortaya çıkışı, uyguladığı kuvvetin dayanağı, egemenliğinin kaynağı bakımlarından farklılaşır. Aile teorisi ilk insanlardan itibaren ortaya çıkan aile kurumunun genişlemesi ve ailelerin birleşerek devletleri oluşturmaya dayanır; devletin oluşmasını aslında ilk insanlardan itibaren dünya üzerindeki nüfusun birbirine bağlı bir biçimde artmasına bağlar ve bu artışla büyüyen ailelerin gelişerek devleti oluşturduğunu savunur³⁸⁹. Devlet toplumsal hale gelmenin bir sonucu olarak ele alınır. Biyolojik teori ise insan organizması ile devlet organizması arasında bir paralellik kurmak suretiyle devleti insana benzetir ve onu doğal bir varlık kabul ederek

³⁸⁸ Recai G. Okandan, *Umumî Âmmî Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968, s. 27.; Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2012, s. 29-40.

³⁸⁹ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, s. 29.

açıklamaya çalışır; devlet ve insan arasında kurulan bu benzeşime göre devlet de tıpkı insanı oluşturan organik birimler gibi kendisine organik bağlarla bağlı olan birimlerden oluşur³⁹⁰. İnsan vücudu bir organizma olarak nasıl doğal ise devlet de doğal bir biçimde ortaya çıkar. Mücadele teorisinin savunucularına göre devlet güçlünün zayıf üzerinde kurduğu bir baskının sonucudur³⁹¹, bunlar arasında yer alan *Oppenheimer* devletin özünü oluşturanın kendi geçimini sağlamak için ekonomik yani çalışmaya dayalı yollara başvuran insanlar ile politik yollara yani soygun yoluna başvuran insanlar arasındaki çatışmanın ürünü olduğunu ifade eder³⁹². Aile teorisi ve biyolojik teoriden farklı olarak mücadele teorisinde devlet doğal yollardan ortaya çıkan bir yapı değildir. Bir tarafın diğerine üstünlük kurması, en azından ekonomik yahut politik üstünlük kurmasına, zora dayanır. Marksist teori bir üst yapı kurumu olan devletin alt yapının ekonomik özelliklerine göre belirlendiğini ortaya koymaktadır³⁹³. Devletin toplumsal özelliklerden etkilendiğini tespit eden Marksist teoriye göre toplumun ekonomik özellikleri devleti belirlemektedir. Bu yolla alt yapı ile üst yapı kurumu olan devlet arasında bir bağ kurulmaktadır. Son olarak devletin kaynağı bakımından yaygın kabul gören sosyal sözleşme teorisinin ne olduğunu belirtelim. Bu teoriye göre devlet, onu oluşturan kişilerin akıl ve iradelerine dayanır; devleti kuran insanlar devletli topluma geçerken bir sözleşme yaparak bu sözleşme doğrultusunda bazı haklarını devlete devretmişlerdir³⁹⁴. Çok sayıda düşünür tarafından geçerli kabul edilen sosyal sözleşme teorisi, devleti kuran, oluşturan insanların iradelerini ön plana çıkarmaktadır ve görmüş olduğu geniş kabulün nedeni de bu iradeci ve liberal niteliğidir. Devletin ortaya çıkması onu oluşturan insanların bir gereklilik olarak bu yola başvurmaları sonucunda olmuştur. Devlet egemenliği, devleti oluşturanın insanların iradelerinin birleşimi olduğunu ileri sürülse de iradelerin ortaya konma biçimleri, nedenleri, bireylerin hangi yetkilerini devlete devrettikleri, devlet iradesinin onu oluşturan insanların iradelerinden farklılığı konusunda ayrılan birçok görüş sözleşme teorisini kabul eden yazarlarca ileri sürülmüştür.

³⁹⁰ Okandan, op. cit. ,s. 51.

³⁹¹ Gözler, *Devletin Genel Teorisi.*, s. 32.

³⁹² Franz Oppenheimer, *Devlet*, çev. Alâeddin Şenel, Yavuz Sabuncu, Ankara: Phoenix Yayınevi, 2005, s. 44-46.

³⁹³ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, s. 34.

³⁹⁴ *Ibid*, s. 37.

Devletin kökenini açıklamaya ilişkin bu teoriler, devletin hukuken varlığının ispatını başlı başına sağlamazlar. Devletlerin Kuruluşu adlı kitabında *Crawford*, devletin bir gerçeklik, olgusal bir durum olduğunu ifade eden yazarlar karşısında yalnızca bir olgu olmadığını açıklamaya ve devletin uluslararası hukuk bakımından teorisini salt olguculuktan ayırtırmaya çalışır³⁹⁵. Ona göre devletin hukukî varlığı, onun olgusal bir durum olarak var olmasından farklı bir husus olmalıdır, bu da etkililiktir³⁹⁶. Devletin etkililiğinden kasıt onun kendi ülkesi üzerindeki etkililiği olmaktadır³⁹⁷; *Kelsen*'in devletin üçüncü unsuru olarak ele aldığı güç, hükûmet olarak çevirebileceğimiz unsur yazar tarafından devletin oluşturduğu hukuk düzeninin insan topluluğu ve ülkesi üzerinde etkin ve geçerli olması olarak tanımlanmakta³⁹⁸ ve ülkesel etkililik ile bağdaşmaktadır. Ancak *Peters*, etkililiğin devlet için gerekli ancak yeterli bir ölçüt olmadığını, devletin yalnızca olgusalığa ya da etkililiğe indirgenemeyeceğini savunur, ona göre hukukîlik, bazen meşruiyet dahi, devletin varlığını teyit eder³⁹⁹. *Peters*'a göre devletin oluşması için sadece belirli şartların oluşmasının ötesinde hukuken bu şartların oluşmasının teyit edilmesi, bu şartların oluşmasına belirli hukukî sonuçların bağlanması gerekir. Zira küreselleşme çağında, karşılıklı bağımlılık ve güçlü ticarî ve finansal aktörlerin etkili olduğu çağda, hiçbir devlet tam olarak etkili kabul edilemeyecektir⁴⁰⁰. Öte yandan sadece etkililiğin devlet olmayı sağlamamasına yönelik hukukîlik görüşünün savunucuları *d'Aspremont* tarafından devletlerin tanınmasını bildirici bir işlem olarak kabul edenler olarak belirtilir, devlet hukuk sistemi içinde işlemler yapabilecek ise hukukun objektif olarak devlet olmayı tespit edebilmesi gerekmektedir⁴⁰¹. Bu nedenle salt olgusal olarak bir araya gelen unsurların varlığı yeterli olmamaktadır. Çünkü devletin bir hukukî sistem içerisinde işlemler yapabilmesi gerektiğinden hukukî bir statüsünün bulunması şarttır ve bu nedenle de devlet olmanın

³⁹⁵ James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. b, Cambridge: Oxford University Press, 2006, s. 6.

³⁹⁶ *Ibid*, s. 46.

³⁹⁷ Jean d'Aspremont, "The International Law of Statehood: Craftmanship for the Elucidation and the Regulation of Births and Deaths in the International Society", *Connecticut Journal of International Law*, C. 29, S. 1, 2014, ss. 201-224, s. 214.

³⁹⁸ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New Jersey: Transaction Publishers, 2006, s. 255-258.

³⁹⁹ Anne Peters, "Statehood after 1989: 'Effectivités' between Legality and Virtuality", *Select Proceedings of the European Society of International Law*, ed. James Crawford, Sarah Nouwen, C. 3., Portland: Hart Publishing, 2012, ss. 171-183, s. 171-172.

⁴⁰⁰ *Ibid*, s. 172.

⁴⁰¹ d'Aspremont, *International Law of Statehood*, s. 217.

hukuken tespit edilebilmesi gerekmektedir. Bu yüzden de devletin, olgusal unsurların sağlanması suretiyle ortaya çıksa da yalnızca kendi kendini ispat eden fiilî bir statü değil erişilmesi gereken hukukî bir statü⁴⁰² olarak tanımlanması tercih edilmektedir.

Eski Yugoslavya'nın dağılması sürecinde çatışmaların önlenmesi ve sorunun tespiti için dönemin Avrupa Topluluğu tarafından kurulan Badinter Tahkim Komisyonu'nun⁴⁰³ 1991 tarihli görüşünde “bir devletin kurulması yahut ortadan kalkmasına ilişkin husus olgusal, gerçekliğe ilişkin bir sorundur” denilerek⁴⁰⁴ devlet olma niteliğinin ortaya çıkışının olgulara ilişkin olduğu, hukuk dışında kalan bir alan olduğu belirtilmiştir⁴⁰⁵. Bu olgusal yaklaşıma göre uluslararası hukukta devletin varlığı onun başarısına ya da başarısızlığına bağlıdır, bu durumda salt olgusal bir yaklaşımı benimsemek nihayetinde güçlü olanın devletin varlığı ya da yokluğu konusunda karar verici olacağı bir uluslararası hukuk boşluğu yaratır⁴⁰⁶. Ancak etkililik prensibinin olgusal şartlara eklenmesiyle salt olgucu yaklaşımlarda bir dönüşüm sağlanır; hukukçuların ilgilendiği ve devletin hukukî yanı olan kısım ortaya çıkarılır; normatif fonksiyonları olan etkililik prensibi hukukîlik ile hukuk dışılık arasında bir bağlantı kurmakta, etkili bir hükümetin göreceli zayıflığı hukukîlik ile yahut da meşruiyet ile telafi edilebilmektedir⁴⁰⁷. Badinter Tahkim Komisyonu kararında devlet olmanın dayandırıldığı salt olguculuk, *Peters* tarafından hukukî bir etkililiğin olgusal duruma eklenmesi suretiyle devlet olmayı hukukî bir biçimde açıklamaktadır. Yalnızca olgusal biçimde devletin mevcudiyeti değil, bu olgulara ek olarak devletin etkililiği uluslararası hukuk bakımından devletin varlığını tespit etmeye yaramaktadır. Bu halde bir devlet, devlet olmanın şartlarını sağlamak ve etkili olmak suretiyle uluslararası hukukta var olacaktır. Ancak etkililiğin literatürde fazla anlam yüklenen bir özellik olduğunu belirten yazar belirli şartlarda bunun vazgeçilebilir yahut ikame edilebilir bir kavram olduğunu ileri sürmektedir, çok zayıf düzeyde dahi olsa etkili olma, Kosova ve Somali örneklerindeki gibi, uluslararası alanda ilgili birimin devlet olarak kabul edilmesine

⁴⁰² Jure Vidmar, “Territorial Integrity and the Law of Statehood”, *The George Washington International Law Review*, C. 44, S. 4, 2012, ss. 697-747, s. 701.

⁴⁰³ Ezeli Azarkan, “Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması”, *İnönü Üniversitesi HFD*, C. 7, S. 1, 2016, ss. 143-184, s. 145.

⁴⁰⁴ Badinter Tahkim Komitesi, Görüş No. 1, 1991, md 1-a.; Alain Pellet, “The Opinions of the Badinter Arbitration Committee the Second Breath for the Self-Determination of Peoples”, *EJIL*, C. 3, S. 1, 1992, ss. 178-185, s. 182.

⁴⁰⁵ Peters, Statehood after 1989, s. 172.

⁴⁰⁶ Ibid, s. 172-3.

⁴⁰⁷ Ibid, s. 173, 183.

yetebilecektir⁴⁰⁸. Etkililiğin sınırsız, kesin bir etkililik olması aranmamaktadır. Zira yukarıda değinildiği üzere devletler arasında karşılıklı bağımlılığın arttığı ve ekonomik nitelikli birçok aktörün faaliyetlerde bulunduğu uluslararası alanda artık tam olarak etkililiğin varlığı söz konusu değildir. Etkililik ve bununla birlikte hukukîlik kavramlarının devlet olmanın ölçütleri olarak değil ölçütlerin değerlendirilmesinde ele alınması gerektiği anlaşılmaktadır.

Devletin uluslararası alanda bir tanımının bulunup bulunmadığı, yapılan tanımların devlet kavramını açıklayan mı yoksa sınırlayarak tanımlayan ifadeler mi olduğu tartışılrsa da genel eğilim yukarıda değindiğimiz üzere salt olguculuk ile etkililik arasındadır. Devlet olmanın unsurlarının sağlanması ile bu sonuçların ifade ettiği etkililiğin uygulanması arasında gidilip gelirse de bu ikisinin de devletin tanımlanmasında ve açıklanmasında önemli bir yeri bulunduğu söylenebilecektir. Bu noktada *Scelle*'nin UHK'nin 52. toplantısındaki ifadelerine değinmekte fayda vardır; yazar uluslararası hukukta 50 yıldan fazla süren aktifliğine rağmen devletin ne olduğunu bilmediğini ve ölmeden önce de bunu bulamayacağını belirtir⁴⁰⁹. Uluslararası hukuktaki merkeziliğine rağmen tartışmalı niteliği süren devletin tanımı hakkında yapılan bu umutsuz açıklamanın devletin hem uluslararası hukuk hem de uluslararası politika ile yakından ilgili, karmaşık bir kavram olmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. Sınırları tamamen belirli yahut üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmasa da devleti genel hatlarıyla açıklamaya kavramın terimleşmesi ile devam edeceğiz.

Çalışmamızın ilk bölümünde devlet kavramının özellikle Orta Çağ ve öncesi dönemde bugünkü anlamıyla ortaya çıkmamış olduğunu belirtmiştik. O dönemde devlet kavramından farklı olarak birbirinden farklı niteliklere sahip ve birbirinden farklı otoritelerce idare edilen siyasî birimler bulunmaktaydı. Ancak günümüzde geçerli hukukî altyapıdaki Avrupa etkisi nedeniyle, devlet kavramının Vestfalya Barışı'na kadar gelişerek bununla birlikte modern anlamına benzer bir görünüme kavuştuğunu söyleyebiliriz. 16. yüzyılda mutlak devlet mevcut olmakla birlikte hükümdardan ayrı (soyut) ve topluluğun üyelerini birleştirici bir hukuk kişiliği olarak düşünülen devlet henüz belirginleşmemiştir, onu ifade eden dilsel kavramlar da gelişmemiş

⁴⁰⁸ Ibid, s. 174.

⁴⁰⁹ BM, UHK, 1950 Yıllığı, C. 1, (A/CN.4/Ser. A/1950), s. 84, p. 22.

durumdaydı⁴¹⁰. Dolayısıyla çağdaş kabulüyle devlet sözcüğü, Orta Çağ siyasetinde yer almamıştır; çünkü o dönemde henüz kesin ve belirli bir anlama sahip değildir⁴¹¹. Devletin, 16. yüzyılda, 14. *Louis* döneminde, soyut egemenlik kavramı ile özdeşleşerek siyasî bir dönüşüm geçirdiği kabul edilir⁴¹². Bu dönüşümde ve devletin kavramsal olarak yerleşmesinde devlete ilişkin dilsel ifadelerin gelişmesinin de etkili olduğu belirtilir, zira devlet kavramının soyutlanabilmesi için onun devlete hükmedenden farklı bir biçimde ifade edilmesi, yani terimsel olarak gelişmesi etkindir⁴¹³.

Devlet sözcüğü *Machiavelli*'den önce kullanılmış olsa da onun Hükümdar adlı eserinde devlet kavramını kullanışı bu terimin günümüzdeki anlamına kavuşmasında etkili olmuştur; ancak elbette devlet sözcüğünün bugünkü anlamını karşılamaşının aşamalı bir geçişle olduğu bilinmelidir⁴¹⁴. Nitekim çalışmamızın ilk bölümünde de uluslararası hukuk kişiliğinin tarihsel kullanımını araştırırken halk, *gent*, *polity* gibi günümüz devletine denk düşmeyen kavramları bu incelemenin kapsamına katmıştık. Devlet sözcüğü, *Pufendorf* ve onun eserlerini çeviren *Barbeyrac* ile kesin manada siyasî dile entegre olmuş kabul edilir⁴¹⁵. Devlet sözcüğünün terimsel olarak günümüzdeki kullanımına yaklaşması ile devlet kavramı, soyut bir kavram haline gelerek ifade ettiği şey üzerinde genel bir uzlaşma oluşmaya başlamıştır.

Uluslararası hukuk bakımından ele aldığımızda devletin kavramsal gelişimi, onun uluslararası hukukun bir birimi, öznesi olmasını da sağlamıştır diyebiliriz. Uluslararası hukuk düzeninin hem yaratıcısı hem de kişileri olarak devletler *Haggenmacher*'e göre bu hukuk alanının merkezîleşmiş kurumlara sahip olmayışı nedeniyle yataylığının ve özerk bir hukuk düzeni olmasının garantisini oluşturmaktadır⁴¹⁶. Yazar, devlet ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkinin bir karşılıklı inşaa ilişkisi olduğunu belirtmektedir, ona göre uluslararası hukuk Papalık ve İmparatorluk'un karşısına "eylem ve karar birliği"ni ifade eden egemen bölgesel

⁴¹⁰ Jean-Pierre Brancourt, "Estat'lardan devlete. Bir sözcüğün evrimi", *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2013, ss. 177-192, s. 189.

⁴¹¹ Alessandro Passerin d'Entréves, "Devlet Kavramı", *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2013, ss. 193-214, s. 194.

⁴¹² Brancourt, op. cit., s. 189-190.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ d'Entréves, op. cit., s. 195-6.

⁴¹⁵ Ibid, s. 197. Burada *statustan* gelen *état*, *state*, *stato* kavramı kastedilmektedir.

⁴¹⁶ Peter Haggenmacher, "Vitoria'dan Vattel'e uluslararası hukuk kişisi olarak egemen devlet", *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2013, ss. 257-268, s. 257.

devletin ortaya çıkmasıyla doğmuştur⁴¹⁷. Bu durumda uluslararası hukuk egemen devletlerin ortaya çıkışı ile kurulurken devlet de bu hukuk alanını hem yapmakta hem de bunun bir öznesi olarak ona tâbi olmaktadır.

Devlet kavramı Orta Çağ ile birdenbire değil *gentler*, *polityler* şeklinde örgütlenen toplumların siyasî örgütlenmesinin kuvvetlenmesiyle ortaya çıkmıştı, yani evrimsel bir sürecin sonucunu ifade etmekteydi. Devlet öncesi siyasî toplulukların sahip olduğu yetkiler arasındaki savaşın, savaşa başvurma yetkisinin, egemenliğin bir görünümü olarak devlet uluslararası hukuk kişiliğinin ortaya çıkmasında kolaylaştırıcı, hızlandırıcı bir rolünün olduğu da iddia edilir⁴¹⁸. Burada ifade edilenden anlaşılana, devletin egemenliğinin, herhangi bir dış güce tabi olmama ile hukuk kişiliği arasındaki doğrudan bağlantıyı oluşturduğudur. Aslında *Vitoria*'ya dayanan bu görüşle devletin egemenliğinden söz edilmeksizin savaş yetkisinden söz edilir⁴¹⁹. *Vitoria*'ya göre devlet kendi içinde bir bütün teşkil eden, başka bir bütünün parçası olmayan kendi hukukuna, meclisine, yargısına sahip olan mükemmel bir topluluktur; ancak ona göre savaşa başvurma yetkisi ya da savaş hakkı olmaksızın, devletler tam ve mükemmel olamazlar⁴²⁰. Tanımın içinde belirtmemiş olsa da savaş yetkisi *Vitoria*'ya göre devlet olmayı belirleyen, ortaya koyan bir yetki olmakta, zira savaş yetkisi devletin bağımsızlığını ortaya çıkaran bir unsur olarak ifade edilmektedir⁴²¹.

Devlet kavramının yalnızca uluslararası hukuka ilişkin bir kavram olmadığını hatta genel kamu hukukunun ve anayasa hukukunun işgal alanına dahil olduğunu belirtmiştik. Ancak uluslararası hukuk alanına ilişkin bir çalışma yürüttüğümüzden devlet olmanın tespitinde değerlendirmelerimiz uluslararası hukuk perspektifinden olacaktır. Nitekim devlet olmanın tespitinde iç hukuka ilişkin değerlendirmeler ile uluslararası hukuka ilişkin değerlendirmeler farklı yapılmalıdır, zira bir birim iç hukukta devletlik niteliğine sahip olup uluslararası hukuk alanında devlet olma ölçütlerini karşılamıyor yahut da uluslararası hukuk alanında devlet olmanın şartlarını sağlıyor olsa

⁴¹⁷ Ibid, s. 257.

⁴¹⁸ Ibid, s. 260-261.

⁴¹⁹ Ibid, s. 260.

⁴²⁰ Francisco de Vitoria, *De Indis Et De Jure Belli Relectiones, Relectiones Theologicae* 7, ed. Ernest Nys, Oceana Publications Inc., 1964, <https://www.constitution.org/vitoria/vitoria.txt> (10.10.2018).

⁴²¹ Haggenmacher, op. cit., 260-261.

da iç hukukunda bunu sağlamıyor olabilecektir⁴²². Diyebiliriz ki iki hukuk alanı bakımından farklı ölçütlerin sağlanması gerekebilecektir; kendi iç hukukuna göre, buna anayasa hukuku da denebilir, teşekkülünü gerçekleştirmiş bir devlet olduğunu iddia eden bir birimin uluslararası hukuk bakımından da devletlik ölçütlerini sağlaması gerekir ki bu hukuk bakımından da devlet olmanın sonuçlarına tâbi olabilsin. Dolayısıyla iç hukuklara uygun olarak yapılan bir devlet tanımı ya da nitelemesi uluslararası hukukta doğrudan bir sonuca sahip olmayabilecektir. Uluslararası hukuk kendi tanımlarını yaparken kendi perspektifini ve normatif düzenini göz önünde bulundurduğundan varılan sonuçlar da iç hukukta varılanlarla örtüşmeyebilir. Devletin iç hukuklardaki konumu, devletin uluslararası hukuktaki konumundan farklıdır. Bu nedenle de aranan ölçütlerin birbiriyle tamamen örtüşmesi, ismen örtüşse dahi içerik olarak örtüşmesi, gerekmemektedir. Dikkat edilmelidir ki, devleti oluşturan unsurların iç hukuklarda ve uluslararası hukukta tamamen farklı olmasından değil bu unsurların içerik yahut da normatif olarak farklılaşmasından söz etmekteyiz.

Devletin tanımı bugün de geçerliliğini koruduğu ifade edilen üç unsur kuramı olarak da anılan kuramla *Jellinek* tarafından yapılmıştır; buna göre belli bir ulusu olan, belli bir ülkede yaşayan ve bir devlet gücü ile donatılmış insan topluluğuna devlet denmektedir⁴²³. Tanım oldukça basit olması nedeniyle eleştirilmiş olmakla birlikte bütün devletler için geçerli olabilecek temel kavramsal özellikleri kapsadığı için her kuram ve açıklamaya uyduğu ve bu nedenle de geçerliliğini koruyabildiği belirtilir⁴²⁴. Devlet hakkında genel kamu hukukuna yahut da anayasa hukukuna dair kabul edebileceğimiz değerlendirmeler ve bu üç unsur kuramının geçerliliğine yönelik eleştiriler doktrinde geniş yer bulmaktadır. Ancak çalışmamız bir uluslararası hukuk çalışması olduğundan biz bu unsurların uluslararası hukuk bakımından sahiplenilip sahiplenilmediğini ve yine bu unsurların uluslararası hukuk bakımından nasıl ele alındığını değerlendirerek ilerleyeceğiz.

Şimdiye kadar devlet kavramına genel bir yaklaşımla konuya giriş yapmaya çalıştık ve devletin kavramsallaşması, terimleşmesi de dahil çeşitli hususlara değindik.

⁴²² Doehring, op. cit., s. 17-8, 59-60. Şaşırtıcı olsa da bunun mümkün olabileceğini belirten yazar, devletin nitelenmesinde kamu hukuku ile devletler hukuku arasında bir ikiliğin dikkate alınması gerektiğini söylemektedir. Doehring, op. cit., s. 17-18.

⁴²³ Rona Aybay, Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 154.; Ibid, s. 24.

⁴²⁴ Doehring, op. cit., s. 24-27..

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında öncelikle uluslararası hukukun erken doktrininde yapılan devlet tanımlarına değinilecek, ardından devletin unsurları, tanıma başlıkları ile devam edilecektir. Bu kısmın son başlığı içerisinde devlet benzeri yapılardan söz edilerek devlet olmanın ölçütlerinden bazılarının eksikliğini uluslararası hukukun kapsayıp kapsamadığına değinerek bu kısmı sonlandıracağız.

2.19. Yüzyıl Öncesinde Uluslararası Hukukta Devlet

Uluslararası hukukun gelişiminde kişilik meselesine ilişkin ne tür yaklaşımların ortaya çıktığını, bunların nasıl gelişim gösterdiğini çalışmamızın ilk kısmında açıklamaya çalıştık. Bu başlık altında ise devletin uluslararası hukuk kişiliği, uluslararası hukukta devlete nasıl yaklaşıldığı ve nasıl bir konum belirlendiği hususları üzerinde duracağız.

Bazı yazarlarca uluslararası hukukun kurucusu kabul edilen, uluslararası hukuk teorisine önemli katkıları bulunan, *Grotius* ve öncülleri olan *Vitoria* ve *Suárez*'in çalışmalarında devletin toplum ön plana çıkarılarak tanımlandığına değinmiştik. Onların döneminde devletin kavramsal olarak teşekkülünü tamamlamadığı kabul edilmektedir, ancak bu yazarlar kendi dönemlerinin bugünün devletine denk düşen siyasî örgütlenmelerini tanımlamışlardır: *Grotius*'a göre devlet kendilerine tanınan haklardan faydalanmak ve ortak menfaatlerini gerçekleştirmek için bir araya gelen özgür bireylerden oluşan eksiksiz birlik, teşkilattır⁴²⁵. *Vitoria* da *Grotius* gibi devletin eksiksiz bir birlik olduğundan söz etmektedir⁴²⁶ ve bu yazarlara göre devlet bazı unsurların bir araya gelmesi, yığılması ile vücut bulacaktır. Bu unsurlardaki eksiklikler devletin mükemmel, tastamam bir siyasî topluluk olmasını engelleyecektir. *Grotius*'un tanımı *Crawford* tarafından hukukî olmaktan ziyade felsefî bulunmuştur⁴²⁷. *Kennedy* ise tanımın felsefî olma nedeninin daha az analitik olan ve meselelere tartışmalı perspektif geliştirmeyen ilkel hukuk teorisi olduğunu ifade eder⁴²⁸. Aslında o dönemde hukukunun felsefeden yahut da teolojiden tamamen bağımsız bir alan olduğunu söylemek güçtür,

⁴²⁵ Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s. 35.

⁴²⁶ Francisco de Vitoria, *Relectio de Bello*, http://www.constitution.org/victoria/victoria_5.htm, para. 7. (22.12.2016)

⁴²⁷ Crawford, *Creation of States*, s. 6.

⁴²⁸ David Kennedy, "Primitive Legal Scholarship", *Harvard International Law Journal*, C. 27, S. 1, 1986, ss. 1-98, s. 5.

Grotius'un uluslararası hukuku dinî yaklaşımlardan uzak, seküler bir biçimde ele aldığı düşünülürse onun yaklaşımının da felsefî olması olağandır.

Pufendorf'un tanımında devlet, bileşik ahlâkî bir kişiliktir (*moral person*), devletin iradesi sözleşen tarafların iradelerinin birleşmesinden ve birbirine bağlanmasından oluşur ve tümünün ortak iradesi olarak kabul edilir⁴²⁹. *Pufendorf*'un tanımı *Grotius*'unki gibi bir araya gelen bireyleri içeriyor olsa da ortak iradeye yaptığı vurgu nedeniyle farklılaşır. Özellikle *Pufendorf* ve diğer bazı yazarların devlet kişiliğinden söz ederken ahlakî kişi kavramını kullandıkları sıklıkla görülmektedir. Ahlakî kişi kavramını bunu kullanan tüm yazarlar bakımından geçerli olacak biçimde tanımlamak mümkün olmasa da genel olarak neyi ifade ettiği belirtilebilir: Aslında doğal yahut da biyolojik kişiden farklı bir kişiliği belirtmek için kullanılmış bir kavramdır ve bileşik yahut da tekil yapıdaki hukuk kişiliğini belirtmektedir⁴³⁰. Devletin yöneticisinden soyutlanması aşamasında ortaya çıkan devletin kişileştirilmesi ihtiyacı sonucunda hukuk, felsefe yahut da siyaseten türetilen bir kişilik olarak ortaya çıkmıştır. *Aufricht*'e göre ilk kez *Pufendorf*'ta devletin kişiliği bir grup kişiliği, kolektif kişilik olarak ele alınmaktadır⁴³¹. Bu nedenle de onun ahlâkî kişisi olarak devlet biyolojik kişiden farklı ve kolektif bir kişilik olmaktadır.

Grotius'tan ve *Pufendorf*'tan neredeyse yüz yıl önce *Vitoria*'nın yaptığı devlet tanımı daha hukukî bir niteliği olduğu kabul edilmektedir⁴³². *Vitoria* bu tanıma devlet nedir ve egemen kime denir sorularını sorarak başlar, cevabını ise bir devletin ya da topluluğun kendi içinde tamam olan, başka bir topluluğun parçası olmayan, kendi hukukuna, meclisine, yargısına sahip olan bir birim olduğunu, ancak böyle bir devlet ya da onun yöneticisinin savaş açma yetkisine sahip olacağını belirterek verir⁴³³. Burada yazarın asıl amacının savaş açma yetkisine sahip olan birimleri ortaya koymak olduğunu söyleyen *Crawford*'a, ve bizim de ilk bölümdeki açıklamalarla gösterdiğimiz ve katıldığımız noktaya göre, doğal teorinin yazarları o dönemde devlet olma ile, yahut

⁴²⁹ Samuel von Pufendorf, *The Political Writings*, ed. Craig L. Carr, çev. Michael J. Seidler, New York: Oxford University Press, 1994, s. 104

⁴³⁰ Hans Aufricht, "Personality in International Law", *The American Political Science Review*, C. 37, S. 2, 1943, ss. 217-243, s. 218-9.

⁴³¹ Ibid, s. 219.

⁴³² Crawford, *Creation of States*, s. 7, dn 21.

⁴³³ Francisco de Vitoria, *De Indis Et De Jure Belli Relectiones, Relectiones Theologicae* 2, ed. Ernest Nys, Oceana Publications Inc., 1964, <https://www.constitution.org/victoria/victoria.txt> (10.10.2018).

da uluslararası hukuk kişiliği ile -bugünkü anlamıyla- ilgilenmiyorlardı⁴³⁴. Onlar daha çok bu birimlerin uluslararası alanda sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesini hedeflemekteydi. Ancak sonuç itibarıyla vardıkları nokta uluslararası alanda etkililiğin, hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesiyle aslında hukuk kişiliğinin ortaya konması olmaktadır.

Vattel'in *Ulusların Hukuku* adlı kitabı da giriş bölümünde yer alan devlet ya da ulus ne anlama gelir sorusu ile başlar. Yazarın bu soruya verdiği cevaba göre, ulus ya da devlet ortak refah ve güvenliklerini sağlamak amacıyla bir araya gelen ve güçlerini birleştiren insan topluluğu, politik yapıdır⁴³⁵. Yaptığı tanım *Pufendorf*'unki gibi barış ve güvenliğin sağlanmasını içerir ve devletin bir ahlakî kişi olduğuna değinmektedir⁴³⁶. Uluslararası hukuk, yazara göre, ahlakî kişiler arasında uygulanan doğal hukuka tekabül eder ve bu ahlakî kişiler kendilerini oluşturan fizikî kişilerden birçok yönden ayrılırlar⁴³⁷. Uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmada bugün bir ölçüt olarak ele alınan haklara ve yükümlülüklerle sahip olmayı da katarak devleti kendi iradesi ve anlayışı olan ve haklar ile yükümlülüklerle sahip birim olarak tanımlar⁴³⁸. Bunun yanı sıra hem devlet hem de ulus ifadesini kullanmaktadır ve bunlar arasında ayırım yapmaz; iki yapıyı da politik topluluklar olarak ele almaktadır⁴³⁹.

19. yüzyıl öncesinin baskın görüşünü oluşturan yazarlarca uluslararası alanda haklarını kullanmak ve yükümlülükleriyle bağlı olmak suretiyle bazı yetkiler kullanabilen, kendi iradesi bulunan ve gerçek kişilerden ayrı bir bileşik kişi olarak tanımlanan devletin siyasî bir topluluk olarak ortaya çıktığı ve özellikle sözleşmecî yazarlarca barış ve güvenliği tesis ettiği kabul edilmektedir. Ancak bunun kökeninde yalnızca bir araya gelmiş bireyler ve onların güvenlik ihtiyaçları bulunmamaktadır. Devletin maddî, hukukî, tarihî, ekonomik, toplumsal açılardan farklı temellere dayanan karmaşık bir olgu olması⁴⁴⁰ tanımı üzerinde esaslı bir uzlaşımın bulunmamasını açıklayabilecektir.

⁴³⁴ Crawford, *Creation of States*, s. 7.

⁴³⁵ Vattel, op. cit., s. 67, p. 1.

⁴³⁶ Ibid, s. 67, p.2.

⁴³⁷ Ibid, s. 12.: Ben Holland, "The Moral Person of the State: Emer de Vattel and the Foundations of International Legal Order", *History of European Ideas*, C. 37, 2011, ss. 438-445., s. 442.

⁴³⁸ Vattel, op. cit., s. 67, p. 2.

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Aybay, Oral, op. cit., s. 150.

Tanımlar üzerinde uzlaşa sağlanamasa da genellikle unsurlar üzerinde uzlaşımın sağlanabilmesi mümkün olmuştur. Çalışmamızın ilerleyen kısmında devletin varlığının bağlı olduğu şartları, devlet olmanın ölçütlerini ve bu ölçütlerin uluslararası hukuk doktrin ve uygulamasında nasıl ele alındığını aktarmaya gayret edeceğiz. Bu yolla devlet olmanın unsurlarını uluslararası hukukta genel olarak kabul gören özellikleriyle değerlendirmeyi hedeflemekteyiz.

B. DEVLETİN UNSURLARI

Çeşitli görüş ayrılıkları nedeniyle devletin üzerinde kesin olarak uzlaşmış bir tanımının yapılamadığı söylenmişti, ancak devletin unsurlarının neler olduğu üzerinde genel bir uzlaşa vardır denebilir. Devletin unsurlarının taşınması gereken özellikler ve bu unsurların neler olduğu konusunda da ayırık görüşler bulunsa da genel olarak devletin insan topluluğu, ülke ve egemenlik unsurlarından oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlardan hareketle devletin unsurları üzerinden tanımı,

“belirli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı yetkiye sahip bir üstün erk tarafından yönetilen insan topluluğunun meydana getirdiği siyasî kuruluş”

olarak yapılabilmektedir⁴⁴¹.

Çelik'e göre bu üç unsur devlette uluslararası hukuk bakımından değil iç hukuk bakımından aranan unsurlardır ve yazar uluslararası hukuk bakımından devleti egemenlik, bağımsızlık ve tanıma başlıkları altında inceler⁴⁴². İleride ele alınacağı gibi egemenlik ve bağımsızlık unsurları tek bir unsurda iç içe geçmiş kabul edilebilmektedir ve bağımsızlık, egemenlik unsurunun içinde incelenecektir. Öte yandan tanımın devlet olma bakımından kurucu olmadığı görüşü uluslararası hukukta baskın olan görüştür, dolayısıyla tanımın devlet olmanın unsurları arasında sayılması genel kabule aykırı olacaktır. Bu nedenlerle çalışmamıza klasikleşen üç unsur üzerinden değerlendirmeye devam etmeyi uygun görmekteyiz.

1. Devletin Tanımlanmasında Unsurlar: Teori ve Pratik

Uluslararası hukukun teorisinde yakın dönem yazarların devleti nasıl tanımladıklarından ve üç unsur teorisine dayanıp dayanmadıklarından söz etmek

⁴⁴¹ Ibid.

⁴⁴² Çelik, op. cit., s. 206-30

gerekir. Bu başlıkta bazı yazarlarca ve çeşitli uluslararası belgelerde yapılan tanımların değerlendirilmesine çalışılacaktır.

Kelsen'e göre devlet, bir hukuk kişisi olarak, kişileştirilmiş bir sosyal düzeni ifade eder ve bu toplum hukuk sistemi ile kurulabilir, yani devlet özü itibarıyla merkezileşmiş bir hukuk düzenini ifade eder⁴⁴³. Hem uluslararası hem de ulusal hukuklarda hukuk kişisi kabul edilen devlet kendisine ilgili hukuk alanında yönelmiş bulunan hukuk normlarının oluşturduğu bir bütündür. Yine *Kelsen*'e göre devletin etkililiği önemli bir ilkedir ve devletin ülkesel, insan topluluğuna ve zamana ilişkin geçerliliği bu ilkeye göre belirlenmektedir⁴⁴⁴. Ona göre, hukuk dışından hukuk alanına transfer olan kavramlar şeklen başka bir görünüme kavuşmakta ve hukuk alanında yeniden tanımlanmakta, söz konusu kavramların yeniden tanımlanması da bunlara ilişkin hukuk kuralları aracılığıyla yapılmaktadır⁴⁴⁵. Bu halde hukukun dışından hukuk alanına dahil olan tüm kavramlar hukuken tekrar tanımlanacaktır Devlet yazara göre, kendi hukuk sistemi tarafından oluşturulan hukukî(*legal*) topluluk, hükmi(*juristic*) birim olmaktadır⁴⁴⁶.

Oppenheim'a göre ise devlet, bir ülkede ve kendi egemen yönetimleri altında yerleşik bir halkın varlığı halinde tam olarak vücuda gelir ve ülke, egemenlik ve insan topluluğu unsurları devletin varlığı için mevcut olmalıdır⁴⁴⁷. Tanım, klasik manada devletin unsurlarını içermektedir ve yazarın uluslararası hukuk teorisine uygun bir biçimde egemenliği vurgulamaktadır.

Devletlerin Kuruluşu adlı, uluslararası hukukta devlet üzerine yapılmış kapsamlı çalışmasında *Crawford* devletin tanımlanmasında, pozitivist doktrinin devletle ilgili hususlarda vurguyu tanımaya çektiğini, modern doktrin ve uygulamanın ise ilgiyi devlet olma ile ilgili unsurlara çekerek tanımayı arka planda bıraktığını ifade eder; ona göre genel olarak kabul görmüş ve yeterli bir devlet tanımı henüz yapılmamıştır⁴⁴⁸. Pozitivist doktrin uluslararası hukuk alanına dahil olmayı, uluslararası alanda bir devletin ortaya çıkmasını diğer devletlerin onayına tâbi tutar. Ancak kendisi de modern doktrinin bir

⁴⁴³ Kelsen, Principles of International Law, s.182-3.

⁴⁴⁴ Ibid, s. 420.

⁴⁴⁵ Ibid, s. 421.

⁴⁴⁶ Ibid, s. 183.

⁴⁴⁷ Oppenheim's International Law, s. 120.

⁴⁴⁸ Crawford, Creation of States, s. 37.

temsilcisi olarak devlet olma ölçütlerini Montevideo Konvansiyonu'nda belirtilen unsurlar üzerinden belirlemektedir⁴⁴⁹. Ancak, Montevideo Konvansiyonu'na yapılan atıfların çokluğunun ve dolayısıyla Konvansiyon'da sayılan unsurların belirleyiciliğinin bunların devletin tanımlanması bakımından tatminkâr olmalarından değil daha iyi bir modelin eksikliğinden kaynaklandığı da kabul etmektedir⁴⁵⁰. Bu iddia doğru olabilirse de, ilgili unsurlar Montevideo Konvansiyonu ile birden ortaya çıkan unsurlar değildir, Montevideo Konvansiyonu'ndaki düzenleme genel eğilimin pozitif uluslararası hukuka yansımaları oluşturmaktadır⁴⁵¹.

Montevideo Konvansiyonu'nda devletin unsurları dört adet sayılmıştı: sürekli bir nüfus, belirli bir ülke, hükûmet ve bunların arasında diğer tanımlarda sıkça rastlanmayan “diğer devletlerle ilişki kurma yeterliliği” yer alır. Çalışmamızda incelemeyi üç unsur üzerinden yapmayı tercih etsek de son unsurun üçüncü unsura içkin yahut da diğer unsurların bir sonucu olup olmadığını ele alacağız.

Başlarda değindiğimiz üzere devlet olmanın salt olgusal bir durum mu olduğu, etkililiğin buna eklenmesinin gerekip gerekmediği tartışılmaktaydı. Ancak doktrinde devletin olgusal unsurları ile asıl ifade edilenin etkililik olduğu söylenmektedir⁴⁵². Yani bir ülke üzerinde bir insan topluluğunun örgütlenerek egemenlik tesis etmiş yahut bir egemene tâbi olmuş olmaları ilgili ülke ve insan topluluğu üzerinde devletin etkili olması sonucunu doğurmaktadır. Belirlenen unsurlar ele alındığında devletin belli bir toprak parçası üzerinde yaşayan insan topluluğuna uygulanan egemenlik, hükûmet, kamu örgütlenmesi olduğu görülebilmektedir. Devletin unsurlarının özünde bir etkililiğe işaret ettiğine biz de katılmaktayız, burada sözü edilen etkililik, devlet içindeki otorite ve diğer devletlerden gerçekten bağımsız değildir⁴⁵³. Kanımızca uluslararası alanda etkililiğin sağlanması bakımından devletin klasik unsurlara sahip olması bir gerekliliktir. Bu unsurların bulunmasıyla devlet etkililiğe sahip hale gelebilecektir.

⁴⁴⁹ Ibid, s. 46.

⁴⁵⁰ Thomas D. Grant, “Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents”, *Columbia Journal of Transnational Law*, C. 37, S. 2, 1999, ss. 403-457, s. 414.

⁴⁵¹ Ibid, s. 414-418.

⁴⁵² Shaw, op. cit., s. 158.; Alina Kaczorowska, *Public International Law*, 5. b, Oxon: Routledge, 2015, s. 174.; Oppenheim's International Law, s. 122.

⁴⁵³ Hersch Lauterpacht, “Recognition of States in International Law”, *The Yale Law Journal*, C. 53, No.3, 1944, ss. 385-458, s. 389.

Devletlerin taşınmaları gereken unsurlar bakımından uluslararası hukuk uygulamasının Jellinek'in tanımı doğrultusunda üç klasik unsuru benimsediğini belirtilmişti⁴⁵⁴. Badinter Tahkim Komisyonu ve Montevideo Konvansiyonu çerçevesinde uluslararası pozitif hukukta kabul gören devlet tanımı⁴⁵⁵, belirli bir toprak parçası ve insanlardan oluşan toplumun organize olmuş politik bir otorite tarafından yönetilmesi olarak ifade edilebilecektir. Biz de bu unsurları sırasıyla insan topluluğu, ülke ve egemenlik/bağımsız yönetim olmak üzere ele alacağız.

2. İnsan Topluluğu

İnsan unsuru, devlet olmanın üç unsurundan biri olarak uluslararası hukukta devlet niteliğine sahip olabilmek için ilgili devletin insan topluluğunun bulunmasını gerektirir, bu durumda üzerinde hiç insan yaşamayan bölgelerden oluşan ülkeler devlet niteliğine sahip olamayacaklardır. Devletin bir insan nüfusu olmalıdır.

Ülke temelli politik ve sosyal bir örgütlenme olarak ifade edilen devletin, bireylerin örgütlenmesi sonucu oluşması aranır⁴⁵⁶. Ancak bu insan topluluğu bazı özellikleri taşınmalıdır. Bunların en başında süreklilik gelir, insan topluluğu geçici olarak bir araya gelmiş olmamalı, toplum düzeyinde bir süreklilik sağlanmış olmalıdır⁴⁵⁷. Bu süreklilikle ifade edilen, insan topluluğunun ilgili toprak parçası üzerinde bir zaman diliminde tesadüfen bulunmamasıdır. Söz konusu ülke üzerinde insan topluluğu orada yaşama amacı çerçevesinde bulunmalıdır.

Bir devlet ile onun ülkesinde yaşayan insan topluluğunu oluşturan bireyler arasındaki bağ, vatandaşlık bağı olarak ifade edilir, vatandaşlık bağı Nottebohm davasında UAD tarafından “devletin ilgili insan topluluğuyla diğer insan topluluklarından daha yakın bir bağa sahip olduğunun hukukî bildiri” olarak tanımlanmıştır⁴⁵⁸. Vatandaşlık konusunda uluslararası hukukta kurallar bulunsa da bu konu esas itibarıyla devletin ulusal yetkisine girer ve onun ulusal düzenine tâbidir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. b, New York: Routledge, 1997, s. 75.; Pazarcı, op. cit., s. 140.; Aybay, Oral, op. cit. s. 153-4.

⁴⁵⁵ Her ne kadar kodifikasyon çalışmaları ve tartışmalar yürütülmüşse de devletin tanımı siyasi anlamlar içeren, uyumsuzlukların olduğu bir konu olagelmıştır. Ezeli Azarkan, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan Bosna-Hersek)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s. 43.

⁴⁵⁶ David Raič, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Lahey: Kluwer Law International, 2002, s. 58.

⁴⁵⁷ Pazarcı, op. cit, s. 140-1.

⁴⁵⁸ UAD, Nottebohm, Liechtenstein v. Guatemala, 06.04.1955, s. 23.

⁴⁵⁹ Ibid, s. 20.

Devlet kime vatandaşlık vereceğini, kimin kendi ülkesi üzerinde yaşayabileceğini belirleyebilecektir. Bu nedenle de vatandaşlık devleti belirleyen bir unsur değildir, aksine devlet vatandaşlığı belirlemektedir⁴⁶⁰. Yani devletin varlığı sağlanmış ise üzerinde yaşayan insan topluluğu vatandaşlık bağıyla ona bağlanabilir. Bu nedenle devletin oluşması aşamasında insan topluluğunun vatandaşlık bağından söz edilemeyecektir. Vatandaşlık, devlet kurulduktan sonra onun ülkesinde yaşayan insan topluluğuna verilebilecek bir statüdür.

Bir devletin insan topluluğunu oluşturan bireylerin sayısına ilişkin bir ölçüt bulunmamaktadır, insan topluluğundaki bireylerin sayısı fazla olabileceği gibi az da olabilir; ancak BM Dekolonizasyon Özel Komitesi kendisine yöneltilen kolonilerin self determinasyon hakkına ilişkin soruya, çok küçük koloni nüfuslarının self determinasyon hakları bulunsa da politik gelecekleri için azalan nüfuslarını ve ülkenin küçüklüğünü göz önünde bulundurmaları gerektiğini hatırlatarak cevap vermiştir⁴⁶¹. Çok kalabalık nüfuslu devletler olabileceği gibi, topraklarında yaşayan insan sayısı oldukça az olan devletler de olabilecektir. Burada önemli olan söz konusu insan topluluğunun kamusal örgütlenmenin gerekliliklerini yerine getirmeye imkân verecek bir sayıda olmasıdır. BM Dekolonizasyon Özel Komitesi'nin dikkat çektiği husus da budur, kamusal örgütlenmenin sürdürülebilir olması için belirli bir insan nüfusunun bulunması gerekmektedir.

İnsan topluluğuna ilişkin ortaya çıkan problemlerden biri insan topluluğunun göçebe olması, dönemsel olarak ülkeyi terk etmesi ancak tekrar dönmesidir; nüfusun belli kısmının göçebe olması Kenya ve Etiyopya arasındaki sınırda yaşayan göçebe toplulukları örneğindeki gibi, insan topluluğu unsuruna, dolayısıyla devletlik niteliğine etki etmeyecektir⁴⁶². Divan, önemli olanın nüfusun önemli kısmının sürekli yerleşiklerden oluşması olduğunu tespit etmiştir⁴⁶³.

İnsan topluluğunu oluşturan bireylerin sayısının yanı sıra aynı ulustan olmaları da şart değildir⁴⁶⁴. *Oppenheim* insan topluluğunun farklı ırk, inanç, kültür ya da renkten

⁴⁶⁰ Crawford, *Creation of States*, s. 52.

⁴⁶¹ *Ibid*, s. 52.; bkz BM GenK, A/9623/Rev.1, 1976.

⁴⁶² Kaczorowska, *op. cit.*, s. 175.

⁴⁶³ UAD, Batı Sahra Danışma Görüşü, 16.10.1975, s. 158, p. 137.

⁴⁶⁴ Pazarıcı, *op. cit.*, s. 141.

olsalar da toplum olarak bir araya gelmiş bireylerden oluşabileceğini ifade eder⁴⁶⁵. İnsan topluluğu genel olarak bir araya gelip örgütlenmelerini sağlayan ırk, din, kültür gibi bir ortak noktaya sahip olabilirse de bunun uluslararası hukuk bakımından bir önemi bulunmaz, önemli olan insan topluluğunun toplumsal olarak örgütlenme amacıyla bir araya gelmesidir.

Özet olarak devletin insan topluluğu unsuru için iki ölçütün uygulandığını söyleyebiliriz: İlki, insan topluluğunun ülkeyi sürekli olarak iskân etmesi, ikincisi de bölgenin iskâna elverişli olmasıdır⁴⁶⁶. İlki sayısı az olsa, aralarında ırk, inanç, kültür bakımından bir ortaklık bulunmasa da belirli bir toplulukça ilgili ülkenin iskân edilmesini ifade eder. İkinci husus için mercan kayalıkları üzerinde kurulmuş olan ve bir devlet olduğu iddiasını ileri süren Minerva örnek verilebilir ki bunun devlet olma statüsü yıl boyunca iskânı mümkün olmayan bir ülke üzerinde olduğu için uluslararası hukukta ciddiye alınmamıştır⁴⁶⁷. Verilen örnek aslında ülke unsuru bakımından gösteriliyor olsa da iskana elverişli olmaması bakımından da insan topluluğuna ilişkin hale gelmektedir. Ülke unsuru ile insan topluluğu unsurları arasındaki bağlantı, iskân edilebilir değildir; bu şekilde ülke üzerinde insan topluluğu örgütlenebilmektedir.

Devletin insan topluluğu unsuruna ilişkin önemli bir uluslararası hukuk ilkesi olarak self determinasyon hakkına değinmekte gereklilik vardır. Self determinasyon hakkı Fransız İhtilali'nin sonuçlarına ve Milliyetler Prensibine dayandırılmakla birlikte⁴⁶⁸ birçok uluslararası metinde de yer almıştır. Zaman içerisinde içeriğine ilişkin kimi değişimlerin yaşandığı görülse de ilke özü itibarıyla ilk bakışta devlet ve insan topluluğu arasındaki hukukî-siyasî ilişkiyi ifade eder⁴⁶⁹. Bu hakkın öznesi, söz konusu ülke üzerindeki tüm insanlar, insna topluluğu olmaktadır⁴⁷⁰.

Amerikan ve Fransız devrimlerinin itici gücünü oluşturan özgürlükçü düşüncenin, devlet ile vatandaşları arasında tabiiyet ilişkisinden ziyade demokratik bir ilişkinin kurulmasını sağladığı ve self determinasyon hakkının böylelikle doğduğu kabul

⁴⁶⁵ Oppenheim's International Law, s. 121.

⁴⁶⁶ Raič, op. cit., s. 58-9.

⁴⁶⁷ Pazarıcı, op. cit., s. 140.; Ibid, s. 59, dn. 39.

⁴⁶⁸ Pazarıcı, op. cit., s. 8.; Fatma Taşdemir, Adem Özer, *Uluslararası Hukuk Perspektifinden Self-Determinasyon ve Ayrılma*, Ankara: Hukuk Yayınları, 2017, s. 10.

⁴⁶⁹ Raič, op. cit., s. 172.

⁴⁷⁰ Cavid Abdullahzade, *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 281-283.

edilir⁴⁷¹. Yine Fransız devriminin sonuçları arasında yer alan milliyetçilik akımı farklı milliyetlere mensup topluluklardan oluşan büyük imparatorlukların bölünmesine sebep olmuştur ve bu süreçte self determinasyon hakkının uygulandığı görülür⁴⁷². Bu halde self determinasyonun uygulama sahası uluslararası alanda devletlerin yapısal olarak imparatorluklardan ulus devletlere geçmesi ve sömürge rejimi altına alınan ülkelerin bağımsızlıklarını kazanmaları olmuştur⁴⁷³.

Self determinasyon hakkı, Avrupa tarihinde önemli bir yere sahip olmuş ve yeni devletlerin kurulmasında buna dayanılmışsa da 19 ve 20. yüzyıllarda bir uluslararası hukuk ilkesi niteliğinde olmadığı ifade edilir⁴⁷⁴. 1918 yılında yayımlanan Wilson Prensipleri arasında da yer alan self determinasyon hakkının bununla başlayıp BM Andlaşması'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında yer almasına varan süreç sonucunda politik bir ilkeden hukukî bir hakka dönüştüğü kabul edilmektedir⁴⁷⁵. Bilhassa koloni rejimi altındaki toplulukların devlet kurması bakımından geçerli olduğu kabul edilen self determinasyon hakkının koloni rejimi altında olmayan topluluklarca ileri sürülebilir sürülemeyeceği konusunda kesinlik bulunmamaktadır. Bu nedenle SSCB ve Yugoslavya'nın dağılması süreçlerinin öncesinde bu devletlere bağlı olup self determinasyon hakkına dayanarak kendi devletlerini kuran toplulukların durumu uluslararası hukukta geniş tartışmalara sebep olmuştur; bu iki devletin dağılması sonucunda ortaya çıkan devletlerin self determinasyon haklarının uluslararası hukuktan ziyade SSCB ve Yugoslavya'nın iç hukuklarına dayandığı⁴⁷⁶ ileri sürülmektedir. Hakkın bugünkü durumu ise oldukça tartışmalı, hakkın kullanılabilmesinin şartları kimi görüşlerce savunulsa da uzlaşmadan uzak bir husustur. Üzerinde uzlaşılmasının temel nedeni yerküre üzerinde herhangi bir devletin ülkesi haricinde bir toprak parçasının bulunmaması, *terra nullius* niteliğinde toprak parçalarının artık bulunmuyor oluşu, ve self determinasyon hakkının BM Andlaşması'nda da kabul edilmiş olan ülkesel bütünlük prensibi ile çelişecek düzeyde ayrılma hakkıyla birlikte ele alınmayı

⁴⁷¹ Taşdemir, Özer, op. cit., s. 8-9.; Ibid, s. 173-5.

⁴⁷² Raič, op. cit., s. 176.

⁴⁷³ Örnek mahiyetinde: UAD, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Danışma Görüşü, 25.02.2019.; Raič, op. cit., 188-199.

⁴⁷⁴ Oliver Diggelmann, "The Aaland Case and Sociological Approach to International Law", *EJIL*, C. 18, S.1, 2007, ss. 135-143, s. 141, dn. 35.

⁴⁷⁵ Raič, op. cit., s. 177-220.

⁴⁷⁶ 1977 tarihli SSCB Anayasası, md. 70.

gerektirmesidir⁴⁷⁷. Bu nedenle harici self determinasyon hakkının, dahili self determinasyona göre ülkesel bütünlük prensibine aykırı olmayacak biçimde dar olarak yorumlanması gereği onun istisnaî hallerde uygulanabilir hale getirmektedir⁴⁷⁸. Self determinasyon hakkı dahili ve harici kullanımı bakımından ikiye ayrılırken ikincisinin, bir insan topluluğunun devlet olarak teşkilatlanması anlamında ayrılma hakkına tekabül ettiği ifade edilir⁴⁷⁹.

Self determinasyona bir hukuk ilkesi olarak ilk kez BM Andlaşması'nda yer verilmiştir ancak ilkenin normatif gelişiminin dekolonizasyon sürecinde yani 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleştiği belirtilir⁴⁸⁰. Sömürgelerden çekilme sürecinde BM tarafından kabul edilen bildirimlerde ve yayımlanan raporlarda self determinasyon ilkesine atıf yapılmış ve bu durum BM'nin amaçları arasında sayılan self determinasyon hakkının sağlanması bakımından önemli bir gösterge olmuştur. BM Genel Kurulu'nun 1960 yılında kabul ettiği 1514(XV) sayılı kararının başlığı Sömürge Devletlere ve İnsanlarına Bağımsızlık Tanınmasına İlişkin Bildiri'dir. Bu bildiri uyarınca self determinasyon hakkına tüm insanların sahip olduğu, bunun doğrultusunda insan topluluklarının kendi politik statülerine özgür biçimde karar verebilecekleri, kendi ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimleri için de özgürce çalışabilecekleri belirtilmiştir⁴⁸¹.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu Quebec'in Ayrılmasına yönelik kararda uluslararası hukuk çerçevesinde self determinasyon hakkının ülkesel bütünlük ve devletin egemenliği ilkelerine bağlı kalınarak uygulanması gerektiğine değinilmiştir⁴⁸². Böylece bir ulusal mahkemede uluslararası hukuka ilişkin yönleriyle self determinasyon hakkı ele alınmış ve ayrılma hakkı içermesi nedeniyle kullanımının uluslararası hukuk tarafından normatif olarak sınırlandırıldığı ortaya konmuştur. Öte yandan uluslararası hukuktaki self determinasyona ilişkin normların,

⁴⁷⁷ Abdullahzade, op. cit., s. 206.

⁴⁷⁸ Cedric Ryngaert, Sven Sobrie, "Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the wake of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia", *Leiden Journal of International Law*, C. 24, S. 2, 2011, ss. 467-490, s. 485.

⁴⁷⁹ Abdullahzade, op. cit., s.177-182.; Ibid.

⁴⁸⁰ Manuela Melandri, "Self-determination and State-building in International Law: The Need for a New Research Approach", *Journal of Conflict & Security Law*, C. 20, S. 1, 2015, ss. 75-100, s. 83.

⁴⁸¹ BM GenK, 1514(XV), Kolonyal Devletlere ve Halklara Bağımsızlık Tanınmasına İlişkin Bildiri, 14.12.1960, md 2.

⁴⁸² Kanada Yüksek Mahkemesi, Reference re Secession of Quebec, 1998, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>, p. 122. (03.06.2019)

sömürgeci devlet ile koloni arasındaki ilişkilerin niteliği bakımından, sömürge ülkelerde kesin bir biçimde geçerliliğinden söz edilebilir.

Self determinasyon hakkının ülkesel bütünlük prensibiyle çeliştiğine değindik. Bu çelişki hem yerel mahkeme kararlarında hem de uluslararası alanda kabul görmekte olan bir çelişkidir. BM Andlaşması'nın ülkesel bütünlüğe yapmış olduğu vurgu ve bunun istisnalarını belirlememiş olması bu duruma sebep olmaktadır. Kimi hallerde ise self determinasyon hakkının ülkesel bütünlük prensibine üstün gelecek biçimde yorumlanabileceği kabul edilmektedir; yabancı boyunduruğu altına girmeye zorlanan, tahakküm veya sömürü rejimi altına alınan toplulukların varlığı durumunda, bu durumlar uluslararası barış ve güvenliği de tehdit edeceğinden, Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine Yönelik Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi'nin Eşit Haklar ve Halkların Self Determinasyonu başlığında yer alan ifadeye göre self determinasyon hakkı ülkesel bütünlüğe üstün gelecektir⁴⁸³. Nitekim yukarıda değinmiş olduğumuz Kanada Yüksek Mahkemesi kararında da self determinasyon hakkının uluslararası hukuk bakımından şu üç durumda kullanılabilir olduğundan söz edilmektedir: Bunlar, eski koloniler, ezilen baskı altındaki halklar -bu duruma örnek olarak yabancı askerî işgal verilmiştir- ve politik, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini sağlamak adına hükûmete ulaşma imkânı tanınmayan belirli özellikleri dolayısıyla ayırt edilebilir gruplardır⁴⁸⁴. Bunların hepsinin ortak yönü self determinasyon hakkını ulusal alanda kullanamayan topluluklar olmalarıdır⁴⁸⁵. Self determinasyon hakkı dahili ve harici olarak ikiye ayrılmış olsa da dahili self determinasyon hakkının daimi olarak reddedilmesi, ağır ve yaygın insan hakları ihlalleri ile birlikte, harici self determinasyon hakkının kullanılabilir kılacağı kabul edilmektedir⁴⁸⁶. İleride egemenlik unsuru altında uluslararası hukukun kamusal örgütlenmenin varlığını değerlendirirken bunun belirli bir biçimde olmasını aramadığına ancak kendi kendini yönetmeyi gerektirdiğine değineceğiz⁴⁸⁷. Bu ikisini birlikte düşündüğümüzde aslında uluslararası toplum devletlerin yönetim bakımından

⁴⁸³ Ved P. Nanda, "Self-Determination Under International Law: Validity of Claims to Secede", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 13, S. 2, 1982, ss. 257-280, s. 269-270.

⁴⁸⁴ Kanada Yüksek Mahkemesi, Reference re Secession of Quebec, 1998, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>, p. 138. (03.06.2019)

⁴⁸⁵ Ibid.

⁴⁸⁶ Raič, op. cit., s. 328.; Ryngaert, Sobrie, op. cit., s. 485.

⁴⁸⁷ Pazarıcı, op. cit., s. 147.

benimseyeceği siyasî programı tümünden benimsemese de insan haklarının yaygın ve ağır bir biçimde ihlal edilmemesini ve insan topluluğunun tümünden yahut kısmen dahili self determinasyon hakkına saygı duyulmasını aradığını söyleyebilmek mümkündür.

Özetle self determinasyon ilkesi koloni rejimi altında bulunan topluluklar, halklar bakımından bir hak olarak sömürgelerden çekilme ve bu bölgelerin kendi kendini yönetebilir hale getirilmesi sürecinde uygulanmıştır. Ancak sonrasında hakkın dekolonizasyon dışındaki uygulamasında uluslararası hukukta bulunan ilkeden ziyade ulusal hukuklarda da tanınmış bir hakkın varlığına dayanılmıştır. Bu nedenlerle ve pozitif uluslararası hukukun da göz önünde bulundurulmasıyla denebilir ki self determinasyon hakkının koloni rejimi altında bulunan halklar dışında kullanılması uluslararası hukukun esaslı ilkeleriyle çeliştiği için oldukça tartışmalı bir konu olarak kalmıştır. Ancak, bu hakkın dekolonizasyon sürecinden önce BM Andlaşması'nda yer almasına dayanılarak devletlerin inşasında dekolonizasyon sonrası uygulanmasına yönelik bir yöntemin geliştirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁴⁸⁸.

3. Tanımlı Bir Ülkeye Sahip Olma

Devletin unsurları arasında yer alan tanımlı bir ülke unsuru devlet egemenliğinin uygulama alanını teşkil eden coğrafi sınırları belirtmektedir⁴⁸⁹. Bu bölgesel alan yukarıda açıklamaya çalıştığımız insan topluluğunun kontrolü altında olmalı⁴⁹⁰, onlar tarafından iskân edilmiş bulunmalıdır.

Toprak parçasına sahip olmayan insan toplulukları devlet kuramazlar⁴⁹¹, öte yandan her ne kadar ülkenin boyutunun önemli olmadığı ifade edilmiş⁴⁹² olsa da *Crawford* küçük yahut da parçalı ülkeye sahip devletler bakımından bu durumun bağımsızlığı kurmayı ve korumayı güçleştirdiğini belirtmektedir⁴⁹³. İleride görüleceği üzere bağımsızlık, egemenlik unsurunun bir uzantısı olarak ele alınmaktadır. Devlet ülkesinin küçük olması yahut da ana ülkeden kopuk küçük ülke parçalarını da bünyesinde barındırmasının üzerinde sağlanacak egemenlik tesisinin zayıflayabileceği

⁴⁸⁸ Melandri, op. cit., s. 98-99.

⁴⁸⁹ Palmas Adası Kararı, Hollanda v. ABD, Hakem Max Huber, 04.04.1928, s. 838.

⁴⁹⁰ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. b, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 128.

⁴⁹¹ Raič, op. cit., s. 60.

⁴⁹² Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 129.

⁴⁹³ Crawford, *Creation of States*, s. 47.

nedeniyle sorunlara yol açabilecek olsa da devletin ülkesini sağlama bakımından engel teşkil etmemektedir.

Devletin ülkesi yalnızca devletin egemenliği altındaki kara parçasını değil, deniz ve hava ülkelerini de kapsar⁴⁹⁴, bunların toplamından oluşur. Devletin ülkesinin sabit bir alanı ifade edip etmemesinin devlet olmaya etkileri, Divan'ın 1975 tarihli Batı Sahra kararında devlet olma bakımından temel unsurun ülkede bulunan insan topluluğu arasındaki sosyal ve politik örgütlenme olduğu ve göçebe toplum yapısının örgütlenmeye etki etmeyeceği ifade edilmiştir⁴⁹⁵. Divanın bu kararı siyasî örgütlenme ölçütünün sağlandığı hallerde ülke unsurunun esnek bir biçimde değerlendirilmesini mümkün kılmıştır⁴⁹⁶. Bu halde, egemenlik, kamusal örgütlenme ölçütünün varlığı halinde ülke unsurunun göz ardı edilmesi değil ancak esnek bir biçimde değerlendirilmesiyle üzerinde sınır uyuşmazlığı bulunan ülkelerde veyahut üzerinde göçebe toplumların yaşadığı ülkelerde uluslararası alanda haklara ve borçlara sahip olabilen bir birim olarak devletin kurulması söz konusu olabilecektir. Bunların yanında ülkenin kesintisiz tek bir kara parçasından oluşması da aranmaz⁴⁹⁷, Amerika Birleşik Devletleri'ne bağlı bir ülke parçası olan Alaska ile ABD'nin geri kalan ülkesi arasında Kanada toprakları bulunmaktadır. Yani ABD'nin ülkesi bölünmüş, kesintili bir yapıdadır, diyebiliriz. Ancak *Crawford*'ın ifade ettiği gibi egemenlik her boyut ve şekilde ortaya çıkabilmektedir⁴⁹⁸. Önemli olan ülkenin boyutuna, şekline ilişkin hususların üzerinde insan topluluğunun yaşamasına ve siyasal örgütlenmenin kurulmasına engel oluşturmamasıdır.

Yukarıda da değinildiği üzere devletin ülke unsurunun tanımlanabilir bir bölgeyi oluşturması gerekmele birlikte dış sınırlarının kesin olarak kararlaştırılmış yahut üzerinde uzlaşmaya varılmış olması gerekmemektedir⁴⁹⁹. Bunun önemli ve daima güncel örneklerinden birini İsrail ve Filistin arasındaki sınır uyuşmazlığı oluşturur. Hatta uluslararası hukuktaki yaklaşım ülkeye yahut sınıra ilişkin uyuşmazlığın çok önemli ve temel nitelikli olsa bile devlet olma niteliğini ortadan kaldırmayacağı

⁴⁹⁴ Pazarıcı, op. cit., s. 143.

⁴⁹⁵ UAD, Batı Sahra, Danışma Görüşü, 16.10.1975, p. 80-81.

⁴⁹⁶ Pazarıcı, op. cit., s. 144.

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ Crawford, Creation of States, s. 47.

⁴⁹⁹ UAD, Batı Sahra, Danışma Görüşü, 16.10.1975, p. 87-98, 145.; Raić, op. cit., s. 60-1.

yönündedir⁵⁰⁰. Burada görülmektedir ki yalnızca sınıra ilişkin uyuşmazlıklar değil ülkeye dair uyuşmazlıklar da devlet niteliğine otomatik olarak etki etmemektedir. Önemli olan ülkenin uygun kısımlarında etkili bir yönetimin sağlanmış olmasıdır, bu nedenle de ülke unsurunun kendi başına ayrı bir ölçüt olmaktan ziyade yönetim ve bağımsızlık ölçütlerinin tamamlayıcısı olarak görülebileceği belirtilir⁵⁰¹. Nitekim Divan'ın önüne çeşitli nedenlerle gelmiş sınır uyuşmazlıklarında başvuruların devlet olma nitelikleri tartışılmamış, aralarındaki sınır uyuşmazlığı uluslararası hukuk normları doğrultusunda çözülmeye çalışılmıştır⁵⁰². Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın (USAD) Almanya-Polonya Karma Hakemlik Mahkemesi'nin 1929 yılında vermiş olduğu Deutsche Continental Gas Gesellschaft kararında da ülke unsuru ile egemenlik unsuru arasındaki ilişkiye değinilmiştir, karara göre uluslararası hukukun uygulaması ve tarihî göstermektedir ki devletin sınırları kesin bir biçimde belirlenmemiş olsa da ülkenin yeterli bir sabitliğe sahip olup olmadığına bakılır, bunun varlığı durumunda devlet de vardır ve tanınabilecektir⁵⁰³.

Yukarıda vermeye çalıştığımız bilgiler doğrultusunda *Crawford* tarafından ifade edilen ülke unsurunun tamamlayıcı bir ölçüt olup olmadığı meselesini biz de değerlendirmek isteriz. Siyasî ve sosyal örgütlenmenin varlığı, egemenlik/bağımsızlık unsurunun tesis edilmiş olması, halinde devletin ülkesine ilişkin uyuşmazlık yahut da belirsizliklerin devlet niteliğini etkilemiyor olması kanımızca ülke unsurunu tamamlayıcı bir unsur yapmamaktadır. Elbette bize göre de devletin unsurları arasında siyasal örgütlenme(egemenlik/bağımsızlık) nasıl adlandırılırsa adlandırılısın başat bir öneme sahiptir. Ancak yine de insan topluluğunun üzerinde yaşadığı, siyasî örgütlenmesini kurduğu ülke de devlet olmanın esas unsurudur. Uluslararası merciler tarafından esnek biçimde ele alınmaları da insan topluluğu ve ülke unsurlarının esaslı unsurlar olup olmadıklarına yönelik soru işaretlerini destekleyebilecektir. Ancak uygulayıcılar yahut teorisyenler tarafından benimsenebilecek bu yaklaşımın nedeni devletin siyasî örgütlenmesinin (egemenlik/bağımsızlığının) devlet bakımından

⁵⁰⁰ Crawford, *Creation of States*, s. 52.

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² Örnek olarak; UAD, Preah Vihear Tapınağı, Kamboçya v. Tayland, 15.06.1962.; UAD, Nijerya ve Kamerun Arasındaki Kara ve Deniz Sınırı Davası Kararının Yorumlanması Talebi, Kamerun v. Nijerya, 25.03.1999.

⁵⁰³ Annual Digest of Public International Law Cases Years 1929 and 1930, C. 5, Londra: Longmans, Green and Co., 1935, s. 15.

belirleyiciliğinin yanı sıra devlet niteliğinin kolayca ortadan kalkmasına izin vermemektir. Devletin insan topluluğu yahut özellikle ülke unsuruna ilişkin uyuşmazlıklar sıklıkla karşılaşılabilen uyuşmazlıklardır ve bu tür uyuşmazlıkların devlet olmayı doğrudan ortadan kaldırmaması, devlet olmaya bağlanan sonuçlar göz önünde tutulduğunda, oldukça isabetlidir. Nitekim uluslararası alanda yaşanan çatışmalar ülke sınırlarında değişimlere, insan topluluklarının yer değiştirmesine sebep olmaktadır. Özellikle geniş kapsamlı savaşların yaşandığı, sömürge rejimi altındaki ülkelerin bağımsızlıklarını ilan ettiği bir dönem olarak 20. yüzyılda uluslararası merciler tarafından ülke unsurunun tüm uyuşmazlıklar ve belirsizliklerde ortadan kalktığı kabul edilmesi en başında söz konusu devletin ilgili davanın tarafı olamaması ile sonuçlanabilecek bir durumdur. Bu nedenlerle ülke unsurunun tamamlayıcı bir unsur olmasından ziyade esnek ölçütlerle değerlendirilen bir unsur olarak kabul edilmesi kanaatimizce de daha isabetlidir. Bunların yanı sıra devlet olmanın unsurları birbirinden kopuk değil birbiri ile iç içe unsurlar olduğundan varlıkları diğer unsurların varlığına bağlı olabilmektedir.

4. Egemenlik, Bağımsızlık, Kamusal Örgütlenme

Devletin unsurlarından son olarak egemenlik unsurunu ele alacağız ki bu unsur zaman zaman değişik başlıklarla ifade edilse de genel bir biçimde devletin kendi kendini yönetebilme kapasitesi, diğer unsurlar üzerinde etkinliğe sahip olabilmesi anlamlarını taşımaktadır. *Pazarıcı* bu unsuru ‘başka bir otoriteye bağımlı olmayan siyasal yönetim’ olarak ifade etmekle⁵⁰⁴ hem bağımsızlık hem de örgütlenme özelliklerini kapsadığını ortaya koyar. Ona göre bu unsurun iki görünümü mevcuttur, bunlar örgütlenmiş bir kamu otoritesinin varlığı ve egemenlik/bağımsızlıktır⁵⁰⁵. *Rama-Montaldo* tarafından yapılan tespit de *Pazarıcı*’nın kabulüne benzer bir kabul bulunur; buna göre insan topluluğu, belirlenmiş bir toprak parçası (ülke), hükümet (iç egemenlik) ve bağımsızlık (dış egemenlik) devlet olmanın hukukî ölçütlerini oluşturmaktadır⁵⁰⁶. Bağımsızlık unsuru kamusal örgütlenmenin açıklayıcısı olmakta ve Montevideo Konvansiyonu’nun dördüncü unsuru olan diğer devletlerle uluslararası ilişkiler

⁵⁰⁴ Pazarıcı, op. cit., s. 147.

⁵⁰⁵ Ibid, s. 147-151.

⁵⁰⁶ Manuel Rama-Montaldo, “International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations”, *British Yearbook of International Law*, C. 44, S. 111, 1970, ss. 111-155, s. 136.

kurabilme unsurunu da kapsamaktadır⁵⁰⁷. Başka bir birime tâbi olmayan, bağımsız bir devletin diğer bağımsız devletlerle ilişkiler kurabilmesi mümkündür.

Batı Sahra danışma görüşünde UAD, belli bir bölge üzerinde yaşayan insan topluluklarının bir arada yaşam gereksinimleri nedeniyle zaten asgari bir örgütlenme düzeyine sahip olduklarını yani bu toprakların *terra nullius* olarak nitelendirilmeyeceğini belirtir; karara göre İspanya Batı Sahra bölgesini *terra nullius* toprakları işgal etmek suretiyle değil, bölgedeki yerel yönetici ile yapılan anlaşma ile kolonileştirmiştir⁵⁰⁸. Yerel yöneticinin idaresinde örgütlenen insan topluluğunun örgütlenme düzeyinin devlet olma için yeterli olup olmadığına kararda değinilmemiş olsa da İspanya'nın bölgedeki kazanımının aslen değil devren kazanma olduğu ve bunun yerel yönetici ile anlaşmak suretiyle yapıldığı düşünüldüğünde söz konusu topluluğun örgütlenme düzeyinin asgari ölçüde egemenliğin tesisini sağladığı anlaşılabilir. Devlet niteliğine sahip olabilmek için bulunulması gereken örgütlenme düzeyi kendi kendini yönetebilmenin sağlanmasıdır⁵⁰⁹. Yine Divan 1950 tarihli Güney Batı Afrika'nın Statüsü Danışma Görüşü'nde manda rejimi altına konan bölgelerin tam olarak kendilerini yönetme becerisinin bulunmadığı, bunların devlet niteliğinde olmamalarının ve dolayısıyla manda yönetimi altına konmalarının, nedeninin de bu kendi kendini yönetme becerisinden yoksunluk olduğunu belirtmiştir⁵¹⁰. Kendi kendini yönetemeyen toplulukların egemenlikleri bulunmadığından başka devletlerin egemenliğine yahut uluslararası örgütlerin denetimi altına alınmaları söz konusudur. Kendi kendini yönetimden anlaşılan yasama, yürütme ve yargı becerilerine sahip bir yönetime sahip olunması olmakla birlikte⁵¹¹, UAD toplulukların yönetsel olarak belli bir nitelikte olmasıyla ilgilenmemektedir⁵¹². Önemli olan yasama, yürütme ve yargı yeteneklerini sergileyecek bir yönetim düzeyine erişilmesidir, uluslararası hukuk bunun siyasî tercih yönünü, totaliter, demokratik yahut da başka bir görünümde olmasını kendi alanında görmemektedir. *Oppenheim*'a göre devletin üçüncü unsuru olan kamu otoritesi, bir veya birden fazla kişinin ilgili insan topluluğu adına hareket ederek ülkenin

⁵⁰⁷ François Finck, "The State between Fact and Law: The Role of Recognition and the Conditions under which it is Granted in the Creation of New States", *Polish Yearbook of International Law*, C. 36, S. 51, 2016, ss. 51-81, s. 54.

⁵⁰⁸ UAD, Batı Sahra, Danışma Görüşü, 16.10.1975, p. 80.

⁵⁰⁹ Pazarıcı, op. cit., s. 147.

⁵¹⁰ bkz. UAD, Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü, Danışma Görüşü, 11.07.1950, özellikle s. 131.

⁵¹¹ Pazarıcı, op. cit., s. 147.

⁵¹² UAD, Batı Sahra, Danışma Görüşü, 16.10.1975, p. 94.

hukukuna göre yönetim faaliyetini gerçekleştirmesidir ve bu türden bir egemenlik bir kez kurulduktan sonra kamu otoritesinin etkililiği iç savaş yahut da ayaklanma gibi olaylar nedeniyle geçici olarak ortadan kalksa dahi devletin varlığı bundan etkilenmez⁵¹³. Devletlerin anarşi, iç savaş, düşman işgali gibi durumlardan sonra devlet niteliklerini sağlamaya devam etmeleri sık karşılaşılabilen bir durumdur⁵¹⁴. Egemenlik, etkili kamusal örgütlenme bakımından yaşanan kesintiler geçici hallerde devlet olma statüsünü ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca *Oppenheim* bizim bu başlıkta birlikte ele aldığımız kamusal örgütlenme, bağımsızlık, egemenlik unsurlarını ayırır ve devletin dördüncü unsuru olarak egemenliği ele alır⁵¹⁵. Ancak başka bir politik sistemin kararları ile bağlı durumda bulunan birimin, yani alt birimin, kendi politik sistemi bulunmadığından bağımsız olmayacağı, bağlı bulunduğu devlet ilgili alt birimin bölgesinde etkin kontrolünü kaybetmiş olsa, bu bölgede etkin kontrol alt birimde olsa da egemenin halen bağlı bulunulan devlet olacağı belirtilir⁵¹⁶. Bu durumda kamu örgütlenmesinin varlığı her zaman egemenliğin göstergesi olmayabilecektir.

Crawford, kamu otoritesi ve bağımsızlık ölçütlerinin birbirleriyle çok ilgili olduklarını belirtir, ona göre devletin bir unsuru olarak kamu otoritesi devletin ülkesi üzerindeki mallar ve insanlar üzerindeki yetkisini, bağımsızlık ise diğer devletlere nazaran sahip olunan yetkiyi ifade etmektedir⁵¹⁷. Bu unsurlar *Wheaton* tarafından, ilgili oldukları hukukî alan göz önünde bulundurularak, iç egemenlik ve dış egemenlik olarak belirlenmiştir⁵¹⁸.

Çelik'e göre devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan unsurlarının egemenlik, bağımsızlık ve tanıma olduğuna değinmiştik. O, uluslararası hukuk bakımından devlet olma niteliğinin sağlanması için gereken unsurları insan topluluğu, ülke ve egemenlik olarak saymaz. Kendisinin belirlediği unsurları açıklayan *Çelik*, egemenlik kavramını "çapraşık, tartışmalı ve kaypak" bir kavram olarak niteler ve bu kavramın kesin egemenlik ve sınırlı egemenlik olmak üzere iki görünümü olduğunu belirtir⁵¹⁹. Kesin egemenlik, hukuk mantığı ile uyuşmamaktadır, zira bir hukuk kişisinden söz ediyorsak

⁵¹³ *Oppenheim's International Law*, s. 122.; *Shaw*, op. cit., s. 159-160.

⁵¹⁴ *Kaczorowska*, op. cit., s. 176.

⁵¹⁵ *Oppenheim's International Law*, s. 122.

⁵¹⁶ *Steven Wheatley*, "The Emergence of New states in International Law: The Insights from Complexity Theory", *Chinese Journal of International Law*, C. 15, S. 3, 2016, ss. 579-606, s. 597.

⁵¹⁷ *Crawford*, *Creation of States*, s. 55, dn. 85.

⁵¹⁸ *Phillipson*, op. cit., s. 35.

⁵¹⁹ *Çelik*, op. cit., s. 207.

ki devlet uluslararası hukukun kişisidir, bu egemenin hukuk ile bağı olduğu anlamına gelir; hukuk ile bağı olan bir egemen ise kesin olarak egemen olamayacaktır⁵²⁰. Sınırlı egemenlik ise egemenlik kavramına hukukî zemin yaratmaya çalışan bir formüldür ve hukukun koyduğu sınırlarla daraltılmış egemenliği ifade eder⁵²¹. Çelik'in kesin egemenlik ile kastettiği *Hobbes*'un *Leviathan*'da tanımladığı egemene benzemektedir, zira onun sınırını sahip olduğu güç oluşturabilecektir. İkincisi ise günümüz uluslararası toplumunda devletlerin sahip oldukları egemenliğe yaklaşmaktadır. Bu tür egemenlik hukuk ile sınırlandırılmıştır. Bu başlık altında bizim egemenlik ile kastımız genel hatlarıyla UAD'nin de benimsediği politik organizasyon, kamu otoritesi ve bağımsızlıktan oluşmaktadır. Egemenlik kavramının özellikle 1990'lı yıllarda yeni devletlerin ortaya çıkışları ile farklı bir içerik kazandığı, egemen devletin üstün otoritesinin sarsılarak kuşatılmış bir kavram haline geldiği savunulmaktadır⁵²². Bu dönemde devletin sınırları insan hakları, uluslararası ticaret, internet iletişimi, uluslararası pazarlar gibi kavramlar ile daha geçirgen hale gelmiştir⁵²³. Yeni dünya düzeninde insan topluluğunun devletle ve ülkeyle olan bağındaki gevşemenin, egemenlik kavramını ve uluslararası hukukta egemenliğin normatif kaynaklarını zayıflattığı ileri sürülmektedir⁵²⁴. Egemenlik kavramı uluslararası alanda düzenlenen ilişki türlerinin artması ve uluslararası alanda devletler dışındaki aktörlerin faaliyet göstermesi sonucunda daha geçirgen bir hale gelmiş ise de halen devlet olmanın bir unsurunu oluşturmaktadır. Sözü edilen değişiklik egemenliğin varlığı bakımından değil ancak anlaşılışı bakımından bir değişikliği ifade etmektedir.

Egemenlik ve bağımsızlığın, ayrı ayrı ifade edilmiş olsalar da, uluslararası hukuk bağlamında artık aynı şeyi ifade etmeye başladığını savunan *Pazarıcı*, insan topluluğunun bir ülke üzerinde kurmuş olduğu kamu otoritesinin diğer örgütlenmelerden bağımsızlık ile ayrılabilmesini ve ancak bu yolla devletin unsurlarının tamamlanabileceğini belirtmiştir⁵²⁵. Kamu otoritesi bağımsız ve egemen olduğu takdirde devletin unsurlarından birini oluşturabilmektedir. *Austin* de egemenin

⁵²⁰ Ibid, s. 208.

⁵²¹ Ibid, s. 209.

⁵²² Joel S. Migdal, "State Building and the Non-Nation State", *Journal of International Affairs*, C. 58, S. 1, 2004, ss. 17-46, s. 20.

⁵²³ Ibid.

⁵²⁴ Ibid, s. 22-23, 39.

⁵²⁵ Pazarıcı, op. cit., s. 148-9.

bağımsız devlet yahut bağımsız politik örgütlenmelerde yöneten olduğundan söz ederek⁵²⁶ egemenlik ve bağımsızlık arasında ilişki kurmaktadır.

Her ne kadar devletler uluslararası alanın kişileri olarak uluslararası hukuk kaynaklarının ortaya koyduğu hukuk kuralları ile bağlı olsalar da egemen niteliklerini korumaya devam ederler⁵²⁷, çünkü uluslararası hukukun varlığı ile mutlak bir egemenlikten söz edilmesi, ki devletin kendisi üzerinde hiçbir otoriteye tâbi olmaması anlamına gelmektedir, mümkün değildir. Devlet uluslararası alanda başka bir egemene tâbi olmasa da hukuk kurallarına tâbidir. Bu ölçüde egemenlik ya da bağımsızlık anlayışının uluslararası hukuka göre yeniden şekillenmesi söz konusu olmaktadır yani devletin kamu örgütlenmesi uluslararası hukuk kurallarıyla getirilen düzenlemeler dışında, kendisi üzerinde hiçbir otoriteye bağlı olmamalıdır. Bununla ifade edilen başka bir devlet otoritesine bağlı olmayan hukukî otoritedir⁵²⁸. Aksinin kabulü halinde devlet olma niteliğinin sağlanmış olduğunu söylemek mümkün olamayacaktır.

USAD'nin S.S. "Wimbledon" kararında devletlerin uluslararası hukuk kapsamında akdettikleri andlaşmalar ile yükümlülük altına girmeleri onların egemenlikten kaynaklanan haklarının kullanılması bakımından bir sınırlama getiriyor olsa yahut haklarını belli biçimde kullanmalarını düzenliyor olsa dahi Divan'a göre uluslararası ilişkiler kurabilme hakkı da devlet egemenliğinin bir sonucudur⁵²⁹. Devletler uluslararası hukuka tâbi olarak egemenliklerini sınırlamış olsalar da egemenlikleri ortadan kalkmaz, zira devletin egemenliği diğer devletler yahut uluslararası hukuk özneleriyle kurduğu uluslararası ilişkilerin dayanağını oluşturur. Öte yandan egemenliğinin bir sonucu olarak devlet, kendi ülkesi üzerinde egemenlik yetkilerini yalnızca kendisi, münhasıran kullanır⁵³⁰. Palmas Adası kararında da hem egemenliğin uluslararası ilişkilerde bağımsızlığı ifade ettiği hem de bağımsızlık ile kastedilenin yerkürenin bir parçası üzerinde diğer devletler hariç olmak üzere bir devletin -o yerküre parçasının devletinin ülke unsurunu oluşturduğu devletin- kendi faaliyetlerini icra edebilmesi olduğu belirtilmiştir⁵³¹. Bu karar ile devletin kamu

⁵²⁶ Austin, op. cit., s. 19.

⁵²⁷ Crawford, Creation of States, s. 66.; Pazarcı, op. cit., s. 148.

⁵²⁸ Oppenheim's International Law, s. 122.

⁵²⁹ USAD, S.S. "Wimbledon" Davası, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya & Japonya v. Almanya, 17.08.1923, s. 25.

⁵³⁰ Pazarcı, op. cit., s. 149-150.

⁵³¹ Palmas Adası Kararı, Hollanda v. ABD, Hakem Max Huber, 04.04.1928, s. 838.

örgütlenmesinin egemenlik ilkesinin uluslararası ilişkilerdeki görünümü olan bağımsızlık doğrultusunda söz konusu egemenliğin ifası için kendi ülkesi üzerinde yetki kullanabilecek tek birim olduğu belirtilmektedir. Bu hususun uluslararası hukukta aksi kararlaştırılabilir, devlet kendisine ait bazı ülkesel yetkilerini başka bir devlet yahut uluslararası hukuk kişisine devredebilir yahut da bu yetkilerini kullanmaktan vazgeçebilir. Ancak, herhangi bir tasarruf söz konusu değilse bu yetkiler münhasıran ilgili devletçe kullanılabilir. Yani bu yetkilerin uluslararası hukuk araçlarıyla devredilmesi yahut kullanılmasından vazgeçilmesi de devlet egemenliğinin bir görünümü olacaktır; çünkü devlet ancak kendisinde bulunan yetkilerden vazgeçebilecek yahut da bunları devredebilecektir. Bunlardan vazgeçmesi yahut da bunları devretmesi bu yetkilerin ona ait olduğunu göstermektedir.

Devletin bu son unsuruna ilişkin genelde yazarların incelemeleri yönetim, egemenlik ve bağımsızlık hususlarının tek bir başlık altında toplanması suretiyle yapılırsa da bazı yazarlar bunları tek bir unsur olarak ele almamakta ve ayrıca incelemektedir⁵³². Bazıları ise devletin unsurlarına eklemeler yaparak bunların arasında süreklilik, uluslararası hukuka uyma isteği, egemenlik, devlet fonksiyonlarını yerine getirebilme, tanıma, hukuk düzeni, belli bir uygarlaşma düzeyi gibi özellikleri de, doktrinde genel kabul görmediklerini belirterek, saymışlardır⁵³³. Genel eğilime göre devletin son unsurunun iki hususu kapsadığını ve bunun kamu örgütlenmesi ve egemenlik (bağımsızlık) özelliklerini ifade ettiğini belirtmiştik. Bunlar dışında son unsur kapsamında sayılan diğer özelliklerin egemenlikten ve devlet olmaktan anlaşılabilir şartları yerine getirebilme olarak kabul edilmeleri mümkündür. Ancak, bölümün başında da zikrettiğimiz ve doktrindeki yazarlarca da atıf yapılan Montevideo Konvansiyonu'nun saydığı dördüncü unsurun, diğer devletlerle ilişki kurabilme unsurunun burada kısaca ele alınması uygun olacaktır. Kimi yazarlarca başka devletlerle ilişki kurma kapasitesi devletin bir ölçütü olmaktan ziyade bir sonucu olarak kabul edilmiştir, ancak Crawford diğer devletlerle ilişki kurabilme kapasitesinin kamu otoritesinin devlet içerisinde sahip olduğu güç ile ilgili olduğunu, bu gücün sağlanmasıyla uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi arasında bir bağlantı bulunduğunu ve başka devletlerle ilişki kurma kapasitesinin kamu

⁵³² Shaw, op. cit., s. 159-161.

⁵³³ Crawford, Brownlie's Principles, s. 134-6.; Crawford, Creation of States, s. 89-95.

otoritesi ve bağımsızlığın bir bileşimi olarak kabul edilmesi halinde devlet olmanın ölçütü olabileceğini belirtir⁵³⁴. Bazı yazarlar diğer devletlerle ilişki kurabilme kapasitenin özünün, esas niteliğinin bağımsızlık olduğuna değinir ve ayrıca bağımsızlığı devletlerin temel haklarından biri olarak saymaktadır⁵³⁵. Devlet olmanın sağladığı çeşitli haklar, devletlerin üye kabul edildiği uluslararası örgüt ya da konferanslara katılabilmek, eşitlik gibi, bulunmakla birlikte bağımsızlığın devlet olmakla elde edilen bir hak mı yoksa devlet olabilmek için sağlanması gereken bir unsur mu olduğu tartışılabilir. Ancak devletlerin bağımsızlığı başlığı altına dahil edilebilecek bazı hususlar devlet olmanın sonuçları arasında sayılabileceğinden aslında bağımsızlık unsuru, devletin kendisinden başka bir devlete bağımlı olmaması anlamıyla devletin unsurları arasında yer almaktadır. Devlet olmanın sonuçları ile unsurlarının birbirinden ayrılması, devletin unsurlarının içerisine devlet olmaya bağlanan sonuçların, devletlerin yetkilerinin dahil edilmemesi kanaatimizce gereklidir. Nitekim devletin unsurları özü itibarıyla uluslararası alanda devlet olma niteliğinin taşınması için gereken özellikleri ifade etmektedir. Uluslararası alanda devletlerin kullanabileceği haklar, yetkiler, sahip oldukları yükümlülükler devlet olmanın sonuçları arasında sayılabilecek hususlardır.

5. Devletin Diğer Unsurları

Montevideo Konvansiyonu'nda getirilen unsurların kimi istisnaî durumlarda esnek bir biçimde uygulanırsa da devletin unsurlarını teşkil ettiğini açıklamaya gayret ettik. Ancak buna rağmen uluslararası alanda bazı örneklerde bu şartları taşımayan birimler devlet olabildiği gibi bazılarında da bu şartları taşımasına rağmen devlet olamamış birimler bulunmaktadır; bu nedenle ilgili şartların devleti tarif ettiğini, tanımlamadığını söyleyebilmek mümkündür⁵³⁶. Klasik unsurlar teorisi güncel uluslararası hukukta eleştirilmekte ve devlet olmanın şartlarını açıklamada yetersiz kaldığı güncel meselelerden de anlaşılabilir. Devlet olmanın klasik şartları olgusal unsurların sağlanmasını ifade ediyor ise de yukarıda bunun sadece olgusal unsurların varlığı ile açıklanmayacağını, etkililik ve bazı hallerde hukukiliğin de buna eklenmesinin gerektiğini belirttik⁵³⁷. Gerçekten de devletin sahip olduğu olgusal

⁵³⁴ Crawford, *Creation of States*, s. 61, 62, dn. 113.

⁵³⁵ Shaw, *op. cit.*, s. 160, 166.

⁵³⁶ Ryal Wun, "Beyond Traditional Statehood Criteria: The Law and Contemporary Politics of State Creation", *Hague Yearbook of International Law*, C. 26, S. 316, 2013, ss. 316-358, s. 321-322.

⁵³⁷ Crawford, *Creation of States*, s. 46.; Peters, *Statehood after 1989*, s. 171-172.

etkililiğın uluslararası anlaşmaya yahut rızaya dayanmadığı hallerde hukukî statü yaratmadığı belirtilmiştir⁵³⁸. Devletin unsurlarının hukukî alana aktarılmasına yönelik gereklilik sonucunda ortaya çıkan tanıma kavramı ise, devletin diğeri unsurlarından olup olmaması bakımından bu başlıkta anılacak ancak genel olarak da bir sonraki başlıkta inceleneceği üzere, uluslararası hukukun en çok tartışılan konularından biridir.

Güncel uluslararası hukukta devletlerin nasıl ortaya çıktığına yönelik bir teori olarak karışıklık teorisinden (*complexity theory*) bu noktada söz etmek gerekir: buna göre bir devletin ortaya çıkması bir tek alanı değil birden fazla alanı ilgilendirir ve dolayısıyla tek bir alana özgü yöntemler ile belirlenemez⁵³⁹. Devletin varlığının ortaya konması için öncelikle gerekli şartların olgusal gerçekliği aranır, gerekli şartlar gözlemlenir ve gerekli şartlar uluslararası hukukun kavramsal çerçevesinde değerlendirilir⁵⁴⁰. Bu nedenlerle güncel yazarlar politik devlet kavramını hukuk alanına aktarabilmek için mevcut unsurlara başka unsurlar eklemeyi uygun görmüşlerdir. Böylelikle yeni kurulan bir birimin devlet olması politik olarak söz konusu olabilese de hukuken olmayabilecektir. Ek unsurların temelinde hukuka aykırı bir biçimde kurulan devletin devlet niteliği taşıması gereği yer almaktadır⁵⁴¹. Bir birimin devlet olup olmaması klasik unsurlar teorisine bakılarak belirlendiğinde bunları taşımasına rağmen devlet olmayan birimler var ise bu bize devlet olma için ek unsurların arandığını göstermektedir⁵⁴². Bu unsurlar yazardan yazara farklılaşmaktadır.

Devlet olma iddiasındaki toplulukların taşımaları gereken bir özellik olarak ahlakî ölçütlerin varlığını ileri süren yazarlar, demokratik kurumların varlığını etkililiğe ekleyerek yeni devletin uluslararası alandaki statüsünü tanıma bakımından güçlendirirler⁵⁴³. Böylece ahlâkî ölçüt vasıtasıyla devlet olma değer merkezli bir anlayışa, içeriğe kavuşmuş olur⁵⁴⁴. Ancak ahlâkî ölçütlerin keyfi uygulanmasından kaçınılması için bunların tanımlanması gerekmektedir⁵⁴⁵. Mevcut devletler tarafından keyfi bir biçimde ele alınabilecek olan ahlâkî ölçütler tanımlanarak sınırlandırılmış

⁵³⁸ Alexander Orakhelashvili, "Statehood, Recognition and the United Nations System: a Unilateral Declaration of Independence in Kosovo", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, C. 12, 2008, ss. 1-44, s. 9.

⁵³⁹ Wheatley, op. cit., s. 604.

⁵⁴⁰ Ibid, s. 599.

⁵⁴¹ Crawford, *Creation of States*, s. 107.; Vidmar, *Territorial Integrity*, s. 704.

⁵⁴² Vidmar, *Territorial Integrity*, s. 705.

⁵⁴³ Ryngaert, Sobrie, op. cit., s. 488.

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ Ibid, s. 488-489.

olacak, yorumlanmalarına daha az yer bırakmak onların uygulanmaları bakımından belli ölçüde tek tipliği sağlayacaktır. Bu noktada *Lauterpacht*'ın uygarlaşma ölçütüne yönelik eleştirilerine değinmekte fayda vardır. Yazar, bu türden ölçütlerin hukukun belirli yolunun terk edilmesi suretiyle keyfiyete ve devlet olmanın müdahale edilebilir, gasp edilebilir bir husus haline gelmesine sebep olacağını belirtmiştir⁵⁴⁶. Ahlâkî ölçütlerin bu şekilde tanımlanmaksızın uygulanmaları durumunda da bunlara bağlanan konularda mevcut devletlerin keyfi, hak gaspına varan uygulamaları söz konusu olabilecektir.

Ek unsurların esasen karşımıza çıktığı haller, devletin uluslararası hukuk normlarına aykırı biçimde kurulmuş olduğu hallerdir. Bu durum bilhassa self determinasyon hakkının bulunmadığı yahut da tartışmalı olduğu hallerde buna dayanılarak kurulan yeni devletin önceden bağlı bulunulan devletin bölgesel bütünlüğünü ihlal etmesine rağmen yeni bir devlet oluşturup oluşturmadığı durumunda karşımıza çıkmışsa da sadece self determinasyon yahut ülkesel bütünlük kurallarına aykırılık değil, uluslararası hukukun diğer kurallarına aykırılık da devletin olmanın önünde bir engel oluşturabilecektir⁵⁴⁷.

Yeryüzündeki tüm alanlar bir devletin ülkesi olduğundan, devlet olmanın ek unsurlarının sağlanıp sağlanmadığı yani yeni devletin uluslararası hukuka uygun olarak kurulup kurulmadığı devlet ülkesinin, önceden yahut da halen, bağlı bulunduğu devletin karşı iddiaları doğrultusunda belirlenecektir⁵⁴⁸. Yani self determinasyon hakkına dayanılarak kurulan devletin önceden bağlı bulunduğu devlet ülkesel bütünlük iddiasında bulunmaz ise artık birinci devletin kurulması uluslararası hukuka uygun hale gelmektedir. Önceden bağlı bulunulan devletin (*parent state*) kabulünün yahut ortadan kalkmasının görünümünü *Vidmar*, ülkesel bütünlük iddiasının terk edilmesi -bu anayasal düzenlemeyle ve bağımsızlık iddialarının öncesinde yahut sonrasında benimsenen bir tutumla olabilir- önceden bağlı bulunulan devletin çekişmesiz biçimde ortadan kalkması, çok taraflı uluslararası müdahalenin varlığı -çekişmeli dağılma ve BM müdahalesi⁵⁴⁹- ve kurucu tanıma halleri olarak saymaktadır⁵⁵⁰. Önceden bağlı

⁵⁴⁶ Lauterpacht, *Recognition of States*, s. 413.

⁵⁴⁷ Ryngaert, *Sobrie*, op. cit., s. 473, dn. 38.

⁵⁴⁸ Vidmar, *Territorial Integrity*, s. 709.

⁵⁴⁹ BM'nin uluslararası toplumu temsil ederek yaptığı müdahalenin kolektif tanımayı, dahili konsensüsü ve devletin kuruluşunu hızlandırdığı/kolaylaştırdığı örnekler mevcuttur. Wun, op. cit., s. 355.

bulunulan devletin bölgesel bütünlük iddiasını öne sürmesine göre değerlendirilen bu durumların ilkinde önceden bağlı bulunulan devlet kendi bölgesel bütünlük iddialarını terk eder. İkincisinde ise önceden bağlı bulunulan devlet zaten ortadan kalkmıştır ve bölgesel bütünlük iddiası söz konusu değildir. Kurucu tanıma durumu ise Kosova'nın tanınması özelinde değerlendirilmiştir. Diğer hallerden farklı olarak bu durumda bölgesel bütünlük iddiası ortadan kalkmamıştır, dolayısıyla devlet olmanın klasik unsurlarını sağlayıp uluslararası toplumda büyük ölçüde tanınmış olsa dahi Kosova'nın hukukî statüsü belirsizliğini korumaktadır, yazarlar bunun temelinde devlet kavramının uluslararası alandaki karmaşıklığının bulunduğunu belirtirler⁵⁵¹. Kosova'ya ilişkin danışma görüşünde UAD ülkesel bütünlüğe sadece devletler tarafından ihlal edilebilecek bir yükümlülük olarak yaklaşmıştır⁵⁵², bununla Kosova'nın devlet olmasının karşısına çıkan ülkesel bütünlük iddialarının reddedilmesi amaçlansa da teoride bu yaklaşım devlet dışı aktörlerin ülkesel bütünlük ilkesine saygı göstermesi gibi bir yükümlülüklerinin bulunmadığı sonucunu ortaya çıkardığı için eleştirilmektedir⁵⁵³. BM üyesi devletlerin yarısından fazlası tarafından tanınmış olsa da önceden bağlı bulunduğu devlet olan Sırbistan tarafından tanınmaması Kosova'nın devletlik statüsünün halen tartışılmasının nedenidir⁵⁵⁴. Yeni kurulan devletin ülkesel bütünlük ilkesini ihlalinden kaynaklanan tartışmalı statüsü önceden bağlı bulunulan devletin tanınması ile ortadan kalkabilecektir.

Uluslararası örgütlere, esasında ve özel olarak da BM'ye üye kabul edilen devletlerin durumunun kolektif tanıma anlamına gelerek ilgili birimin uluslararası hukuktaki statüsünü çözüp çözmediği de tartışılan bir husustur. Bu durumun en azından BM üyesi devletlerin 3'te 2'si bakımından yeni kurulan birimin devlet olarak kabul edilmesi anlamına geleceğinden bir hukuk ilkesi yaratmıyor olsa da uygulamaya yönelik bir tutumla problemi çözdüğü ileri sürülmektedir⁵⁵⁵. Nitekim UAD Giderim Kararı'nda Divan, BM'nin uluslararası hukuk kişiliği bakımından uluslararası toplumun büyük çoğunluğunun kabulüyle objektif nitelikte bir hukuk kişiliğinin ortaya

⁵⁵⁰ Vidmar, *Territorial Integrity*, s. 710-741.

⁵⁵¹ Finck, op. cit., s. 70.; Vidmar, *Territorial Integrity*, s. 741-742.

⁵⁵² UAD, Kosova'nın Tek Taraflı Bağımsızlık İlanının Uluslararası Hukuka Uygunluğu, Danışma Görüşü, 22.07.2010, s. 437, p. 80.

⁵⁵³ John Dugard, "Abdul Koroma, Territorial Integrity and the Kosova Opinion", *Shielding Humanity*, eds. Charles C. Jalloh, Olufemi Elias, Leiden: Brill-Nijhoff, 2015, ss. 50-60, s. 57-59.

⁵⁵⁴ Finck, op. cit., s. 53.

⁵⁵⁵ Wheatley, op. cit., s. 602.

konabileceğini belirtmiştir. Ancak bu devletler bakımından uygulanamayacak bir husus olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁶. Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği bakımından tanıma kurucu iken devletler bakımından değildir, devletlerin uluslararası hukuk kişiliği olgusal ölçütlerin sağlanmasından kaynaklanmaktadır⁵⁵⁷. Devletin hukuk kişiliğini sağlayan şey onun tanınması olsa idi BM'ye üye olarak kabul edilmenin yahut devletlerin büyük bir çoğunluğunca tanınmanın devlet olmayı sağladığı kabul edilebilecektir.

Eğer devletlerin ortaya çıkmasında tanımanın bildirici nitelikte olduğu kabul ediliyor ise devlet olmanın olgusal şartlarının sağlanması durumunda devlet olmanın ek unsurları sağlanmasa dahi devletin varlığı söz konusu olacaktır. Zira uluslararası hukukun ihlal edilmesi suretiyle kurulan devletlerin hükümsüz olacağı teamül hukukunun bir kuralı olmadığı gibi Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi tarafından bağımsızlık bildirisinin geçersiz ilan edilmesi de devleti hükümsüz hale getirmez⁵⁵⁸. Bu durumda olgusal olarak mevcut olan durum tanınmadan bağımsız bir biçimde devletin varlığını teyit eder.

Devletlerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerde yer alan 41/2'deki tanımama yükümlülüğünün uluslararası hukukun emredici kurallarına aykırı biçimde kurulan devletin varlığı durumunda ne tür bir etkiye sahip olduğu sorulabilecektir. Tanımamanın bildirici kabul edildiği hallerde uluslararası hukuka aykırı biçimde kurulmuş olan devletlerin tanınmaması, bunların tanınmaması yönünde uluslararası örgütler yahut önceden bağlı bulunulan devlet tarafından çağrı yapılmasının ne gibi bir etkisi bulunduğu tartışılmaktadır. Ancak, eğer kolektif yahut da evrensel tanımanın herhangi bir kurucu niteliği bulunmuyor ise tanımama yükümlülüğünün de olgusal durumun ortadan kaldırılması bakımından pek bir anlamı olmayacaktır⁵⁵⁹. Zira olgusal şartların sağlanmasını devlet olma için tek gereklilik olarak kabul edersek bunların sağlanması durumunda devlet kurulmuş olacağından tanımama yoluyla herhangi bir etkinin ortaya çıkmaması gerekir. Ancak *Talmon*, bunun reddedici bir etkisinin bulunduğunu belirtir, tanımama yoluyla mevcut devletler devlet olmanın tüm olgusal şartlarını sağlasa dahi yeni kurulan devletin uluslararası hukukta

⁵⁵⁶ Stefan Talmon, "The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: *Tertium Non Datur?*", *British Yearbook of International Law*, C. 75, S. 1, 2004, ss. 101-181, s. 141.

⁵⁵⁷ Ibid, s. 142.

⁵⁵⁸ Ibid, s. 143.

⁵⁵⁹ Wun, op. cit., s. 342.

devlet olmaktan kaynaklanan statüsünü reddederler ve onunla bir devlet olarak ilişki kurmazlar⁵⁶⁰. Bu durum politik nedenlerle bir devletin tanınmamasından farklıdır. Söz konusu birimin devlet olma statüsünü kazanırken uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal etmesinden kaynaklanan bu durumda uluslararası hukukun emredici normlarına uyulmasını sağlama bakımından mevcut devletlerin bir tercihte bulunması söz konusudur. Bir devletin politik gerekliliklerle tanınmaması ise çoğunlukla karşılıklı ilişkilerden kaynaklanan, bireysel yahut dar kolektif çerçeveye sahip uygulamalardan oluşmaktadır. Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerin 40 ve 41. maddelerinde uluslararası hukukun emredici yükümlülüklerine aykırılık ve bu yolla oluşturulan durumun meşru olarak tanınmaması gereği düzenlenmiştir. 41/2'ye göre hiçbir devlet uluslararası hukukun emredici normlarını ağır bir biçimde ihlal eden diğer devletin tutumunu meşru olarak kabul etmemeli, bu durumu koruması için yardım etmemeli ve destek vermemelidir. *Talmon* uluslararası hukukun emredici kurallarına aykırı biçimde kurulan bir devlete karşı kolektif tanımamanın 41/2 çerçevesinde bir karşı önlem olarak ele alınabileceğini belirtir⁵⁶¹, böylece diğer devletler zarar gören taraf olmalarına gerek olmaksızın uluslararası toplumun üyeleri olarak bu durumu hukuken reddedebileceklerdir.

Uluslararası hukukta devletin ortaya çıkışının salt olgusallıkla açıklandığı ve tanımamanın kurucu değil bildirici niteliğe sahip olduğu durumlarda devlet olan tüm birimlerin uluslararası hukukun kişisi olması gerekir. Ancak kolektif tanımamanın bir karşı önlem olarak kullanılmasıyla uluslararası hukukun emredici kurallarının ihlal edilmesine dayanılarak kurulan devletlerin hukuk kişiliklerinin reddedilebileceği, tanımamanın reddedici etkisinin olabileceği ileri sürülmektedir. Uluslararası alanda bildirici teorinin etkinliğinin ve uluslararası hukuk kurallarının ihlal edilmesi suretiyle kurulan devletlerin artmasının sonucu olarak teoride bu tür bir tanımama etkisi ortaya konmuştur. Ancak kimi yazarlara göre tanımamayı reddedici etkiye sahip bir araç olarak ele almak tanıma kavramına kurucu nitelikte unsurları tekrar dâhil etme anlamına gelmektedir⁵⁶². Elbette kolektif tanımamanın reddedici bir etkisinin bulunduğunu kabul etmek doğrudan tanımamanın kurucu olduğunu kabul etmek anlamına gelmemektedir.

⁵⁶⁰ Talmon, op. cit., s. 144.

⁵⁶¹ Ibid, s. 177.

⁵⁶² Jure Vidmar, "Explaining the Legal Effects of Recognition", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 61, S. 2, 2012, ss. 361-387, s. 387.

Nitekim *Talmon*, tanımayı bildirici olarak kabul ettiğinden bu türden bir reddedici etkinin varlığını, devletin varlığını ortadan kaldırmayan ancak uluslararası hukuka aykırı biçimde kurulan devlete karşı başvurulabilecek bir yöntem, karşı önlem olarak ileri sürmektedir⁵⁶³. *Vidmar* ise *Talmon*'dan farklı olarak tanımanın her durumda bildirici olmadığını, kurucu teorinin mantıksız çözümlerine başvurmadan da uluslararası alanda yeni kurulan devletlerin statüsünün belirlenebileceğini ifade etmektedir⁵⁶⁴. Ancak tanımanın her durumda bildirici olmamasından anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Tanımanın her durumda bildirici olmaması bazı hallerde kurucu olması anlamına gelecek ise bu durumda kurucu teorinin mantıksız olduğu öne sürülen çözümlerine başvurmayı ifade etmektedir. *Talmon*'ın öne sürdüğü teorinin ise -tanımamanın reddedici etkisi- devlet olmanın unsurlarına yahut tanımaya ilişkin değil uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğa ilişkin bir görünümü bulunmaktadır.

Devletin *jus cogens* normların ihlal edilmesi suretiyle kurulması yahut bunları ihlal etmesi devlet olmanın unsurlarında bir eksiklik oluşturmamaktadır, çünkü bu normlar kurulan devleti hukuksuz hale getirirse de devlet olmanın bir ölçütü değildir⁵⁶⁵. Bunlar devlet olmanın unsurlarını, şartlarını oluşturmadıklarından aykırılık durumunda devletin tanınmaması söz konusu olabilecektir⁵⁶⁶. Devletin ek unsurlarına ilişkin yaptığımız açıklamalar aslında söz konusu unsurların devlet olmanın aslî unsurları olarak ele alınamayacağını göstermektedir. Devletin hukuksuz bir biçimde de olsa mevcut olmasıyla sonuçlanan aykırılık durumunda uluslararası toplumun başvurabileceği tanımama yöntemi devletin unsurlarını ortadan kaldırmadığından devlet olma statüsüne de etki etmemelidir.

C. TANIMA

Tanım kavramı uluslararası hukukun önemli tartışmalarından biri olarak özellikle devletlerin tanınması bağlamında birbirinden farklı görüşleri bünyesinde barındırır. Tanımının 19. yüzyıldaki uygulamasının uluslararası hukuk kişiliği ile yakın

⁵⁶³ Talmon, op. cit., s. 181.

⁵⁶⁴ Vidmar, Legal Effects, s. 384-5.

⁵⁶⁵ Wun, op. cit., s. 341.

⁵⁶⁶ Finck, op. cit., s. 58-59.

irtibatlı oluşu ve etkilerinin kurucu yahut bildirici olduğu yönündeki teorik ayrım nedeniyle devlete ilişkin açıklamalarımızın devamını teşkil ettiğinden çalışmamızın bir alt başlığı buna ayrılmıştır.

Lorimer'e göre tanınacak olan devletin iki unsuru birlikte taşınması gerekir: talep ettiği tanımaya karşılık verecek iradeye ve güce sahip olma⁵⁶⁷. Devletler hukukunu⁵⁶⁸ veya devleti⁵⁶⁹ tanımlarken *Lorimer* ve *Wheaton* gücü odak noktasına almışlardır. *Lorimer* tanıma konusunda da güce verdiği öncelikle kendi teorisi bakımından bir bütünlük sağlamaktadır. İlk bölümde değinildiği üzere yazar devletlerin uygarlık düzeylerine göre üç katmana ayrıldığını bunların uygarlaşmış, uygarlaşmamış yahut da barbar ve vahşi katmanlar olduğunu belirttikten sonra tanımayı da tam politik tanıma, kısmî politik tanıma ve salt insanî tanıma olarak üçe ayırmıştır⁵⁷⁰. Onun tanımaya ilişkin yapmış olduğu tanımı kendi döneminin uluslararası toplumunu uygarlaşma düzeyleri bakımından ayırdığı görüşleriyle birlikte okumak tanıma kavramını anlamayı kolaylaştırmaktadır. Hangi toplumların hangi şekilde tanınabileceklerine ve ne tür tanımaya hem iradeleriyle hem de güçleriyle nesne olabileceklerine ilişkin bir sistem kurmuştur. Elbette bugün uluslararası hukukta tanıma ile kastettiğimiz kavramı açıklamasa da uluslararası sisteme dahil olma/etme bakımından sonuçlarının kıyaslanabilir olduğu kanaatindeyiz.

Tanımanın biçimi, niteliğinin kurucu mu yoksa bildirici mi olduğu, hukukî işlem mi yoksa politik bir araç mı olduğu uluslararası hukuk doktrininde uzun süreler tartışılmıştır. Devletlerin ortaya çıkışının merkezî otoritesi bulunmayan uluslararası hukukun bir meselesi olarak kabul edilmesiyle tanımanın devlet olmanın hukukî şartı olduğunun da kabul edildiği belirtilmektedir⁵⁷¹. Bu tartışmaların bir sonuca bağlandığını söylemek mümkün olmasa da diğerlerine üstün gelen bazı noktalar olmuştur. Günümüz uluslararası hukuk uygulamasında tanıma kavramına yaklaşımı etkileyen bu tartışmaları genel olarak aktarmayı gerekli görmekteyiz.

⁵⁶⁷ *Lorimer*, op. cit., s. 109.

⁵⁶⁸ *Ibid*, s. 3.

⁵⁶⁹ *Phillipson*, op. cit., s. 32.

⁵⁷⁰ *Lorimer*, op. cit., s. 101.

⁵⁷¹ *Finck*, op. cit., s. 79.

Uluslararası hukukta devlet olmanın nasıl ortaya konduğu, bunun mutlak etkiye mi yoksa göreceli etkilere mi sahip olduğu önemlidir⁵⁷². Devletin yalnızca hukukîlik ve olgusalılık ile açıklanmasının ötesinde tanımının işlevleri doğrultusunda kurucu ve bildirici doktrinlerin savunucuları devlet olmanın etki alanını belirlerler. Objektivist yaklaşım yanlıları devletin tanınma ile mutlak etkili, yani sadece onu tanıyanlar bakımından değil tüm devletler bakımından devlet olduğunu ileri sürerken sübjektivist yaklaşımın savunucuları tanımının sadece tanıyan ve tanınan arasındaki bir işlem olduğunu dolayısıyla göreceli bir etkisinin bulunduğunu ileri sürmektedirler⁵⁷³. Bu durumda objektivistler tanımının bildirici olduğunu ileri sürerken sübjektivistler kurucu olduğunu kabul etmiş olmaktadır.

1. Tanımının Hukukî Niteliği

Uluslararası hukukta tanımaya ilişkin yaklaşımlardan kurucu doktrine göre bir devletin varlığı, uluslararası alanda mevcut devletlerin kabulüne bağlanmış olmaktadır, yeni kurulan devlet ancak mevcut devletlerce tanınmak suretiyle uluslararası hukukun bir kişisi olabilmektedir⁵⁷⁴. Rakip doktrin olarak bildirici doktrine göre ise yeni kurulan devlet olgusal gereklilikleri sağladığı durumda uluslararası hukuk kişisi olur, bunun için diğer devletlerin kabulüne ya da onayına ihtiyacı bulunmamaktadır⁵⁷⁵. Ancak bu iki doktrin de yetersiz kaldığı durumlar ve cevap veremedikleri sorular bulunur.

Lauterpacht, bir topluluğu devlet olarak tanımının onun uluslararası hukukun devlet olmak için gerektirdiği şartları taşıdığını kabul etmek olduğunu ifade eder, ona göre uluslararası hukukta devlet olma niteliklerinin tespitini sağlayan bir organ bulunmaması münasebetiyle mevcut devletler uluslararası hukukun organları olarak bu tespiti yapmaktadırlar ve eğer bir topluluk devlet olma şartlarını taşımakta ise mevcut devletler tanıma yükümlülüğü altında bulunmaktadırlar⁵⁷⁶. *Lauterpacht*'ın tanımaya ilişkin görüşlerini genel olarak özetleyen bu ifadeye göre yazar tanımayı bir yükümlülük olarak ele almaktadır ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için tanıma işlemi yapan yahut da bu işlemi yapmayan devlet tarafından tanımaya konu devletin unsurları değerlendirilip uluslararası hukuk nezdinde bu unsurların sağlanıp sağlanmadığı tespit

⁵⁷² d'Aspremont, *International Law of Statehood*, s. 206-207.

⁵⁷³ *Ibid.*, s. 207-208.

⁵⁷⁴ Shaw, *op. cit.*, s. 330.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ *Lauterpacht, Recognition*, s. 385.

edilmektedir. Bunu yaparken de uluslararası hukukun kendisine yüklediği bir görevi, onun bir organı olarak yerine getirir. *Lauterpacht*'a göre yeni devletlerin ortaya çıkması olgusal bir meseledir⁵⁷⁷, bu nedenle de tanıma aslında bir olgunun varlığını tespit etmekte, onu kendi hukuksal çerçevesine kabul etmektedir. *Lauterpacht*'ın tanıma yaklaşımı devletin olgusal olarak tespit edilmesini sağladığından bildirici olsa da hukukî alana aktarma bakımından kurucu niteliktedir. Tanımanın mevcut devletlerin bir yükümlülüğü olduğunu ileri sürdüğünden bu yükümlülüğün gerçekte mevcut olmaması durumunda sistemi çalışmayacaktır çünkü tanımaya hukuken kurucu bir nitelik atfeder⁵⁷⁸.

Oppenheim kurucu teorisinin savunucularından biri olarak bir devletin ancak ve sadece tanıma yoluyla uluslararası hukukun kişisi olacağını belirtmiştir⁵⁷⁹. Kurucu teoride bir devletin devlet olma niteliği, onun devlet olduğu iddiasında bulunduğu zaman devlet niteliği kazanmış bulunan birimlerin eylemlerine bağlıdır, yukarıda belirttiğimiz gibi *Lauterpacht* da kurucu teoriyi bu yönüyle, yani devleti oluşturan diğer unsurların, tanıma olmaksızın bir anlam ifade etmemeleri nedeniyle eleştirir⁵⁸⁰. Ona göre kurucu teori çeşitli ölçütler yahut ispat araçları sunsa da hukuk kurallarının bağlayıcılığından kopuk, kontrolsüz politik iradenin ürünüdür⁵⁸¹. Bir devletin varlığı ve dolayısıyla uluslararası hukuk kişiliği kurucu teoriye göre o anda devlet statüsünde bulunan birimlerin iradesine bağlanmıştır. Kurucu teori karşısındaki en zorlayıcı argüman devletin hukuk kişiliğini, tüm devletler tarafından ayrıca tanınmayı gerektirdiğinden, göreceli hale getirmesidir, bu durumun hem devletlerin doğuştan uluslararası hukukun kişisi olmaları nedeniyle uluslararası örgütlerden farklı oldukları hem de devletlerin egemen eşitliği ile çeliştiği belirtilir⁵⁸². Pozitif uluslararası hukuk anlayışının sonuçlarından kurucu teori bu durumda kendi içinde yine pozitif hukuk anlayışının bir sonucu olan devletlerin uluslararası hukukun orijinal ve tek öznesi olmaları ile çelişmekte, bir başka devletin iradesi ile devlet olarak kabul edilen birimin hukuk kişiliği orijinal olmamaktadır. Bunun ötesinde devletlerin birbiri ile eşit

⁵⁷⁷ Ibid, s. 406.

⁵⁷⁸ Vidmar, Territorial Integrity, s. 703.

⁵⁷⁹ Oppenheim's International Law, s.130-131.

⁵⁸⁰ Thomas D. Grant, *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, Westport: Praeger Publishers, 1999, s. 2.

⁵⁸¹ Lauterpacht, Recognition, s. 423.

⁵⁸² Talmon, op. cit., s. 102-103.

olmalarına ve egemenliklerine dayanan birçok uluslararası hukuk kuralı bulunur. Devletler egemen ve eşit olduklarından birbirlerini yargılayamazlar, birbirlerinin ülkesel bütünlüklerine saygı duymaları gerekir vb. Ancak burada devletin kuruluşunda kendisi ile eşit olması gereken diğer devletlerin rızası aranmaktadır. Bunun ötesinde kurucu teori uluslararası hukukun devletlerin iradelerinden doğan kurallardan oluşmasından kaynaklanan pozitivist anlayışına oldukça uygundur. Kurucu teoriye ilişkin bir diğer eleştiriyi de tanıma öncesinde devletlerin hakları ve yükümlülükleri konusu oluşturur. Devletlerin tanınma öncesinde hakları yoksa yükümlülükleri de olmayacaktır ve bu durumda uluslararası toplum tarafından saldırganlık gibi fiillerden men edilmeleri mümkün değildir, ancak eğer tanınmayan devlet uluslararası hukuku ihlal edebiliyor ise bu durumda en azından sınırlı, kısmî bir uluslararası hukuk kişiliği bulunmalıdır⁵⁸³. Bu nedenlerle kurucu teorinin devlet uluslararası hukuk kişiliği bakımından sunduğu çözüm hem devletin olgusallığına ilişkin görüşlerle bağdaşmamakta, hem görecelilik nedeniyle uluslararası toplumun üyeleri bakımından bir belirsizlik oluşturmakta hem de tanınmayan devletin uluslararası hukuk kişiliğini sorumluluğa ilişkin kimi haller bakımından sınırlı ve kısmî de olsa var kabul ederek tutarsız hale gelmektedir.

Lauterpacht, kurucu teorinin sorunlarını çözmek ve politik yönlerini azaltmak için belirli önlemleri gündeme getirir⁵⁸⁴. Ona göre tanıma bildirici olsa da hukukî bir yükümlülüğün ifası amacıyla uluslararası hukuka kabul eylemi olarak yapıldıysa kesin ve zorunlu bir biçimde devlet olma niteliği için gereken unsurların sağlandığının teyit edilmesi ve açıklanması işlevi görür; böylelikle de uluslararası hak ve yükümlülüklerin başlangıcı bakımından kurucu etkiye sahiptir⁵⁸⁵. *Lauterpacht* tarafından tanınanın, tanınanın devlet olma niteliği bakımından kurucu olmadığı ortaya konmuş olsa da tanınanın sonuçları bakımından kurucu bir etkisi bulunmaktadır. Şüphesiz ve istikrarlı bir biçimde var olan yeni devlet diğer devletler tarafından tanınma ve uluslararası toplumla ilişkiler kurma hakkına sahiptir, bu hak uluslararası hukukun dünya devletlerini ortak bir hukuk sisteminde birleştiriyor olması nedeniyle mevcuttur, keyfi biçimde kullanılamayacaktır⁵⁸⁶. Yeni kurulan bir devletin uluslararası hukukta

⁵⁸³ Ibid, s. 103.

⁵⁸⁴ Shaw, op. cit., s. 333.

⁵⁸⁵ Lauterpacht, Recognition, s. 433.

⁵⁸⁶ Johann Caspar Bluntschli, *Das Moderne Völkerrecht Der Zivilisierten Staaten als Rechtsbuch Dargestellt*, Nördlingen: C. H. Beck'sche Buchhandlung, 1868, s. 71'den nakleden Lauterpacht, Recognition, s. 445.

tanınması onun bir hakkı olarak anlaşılmaktadır, zira devlet uluslararası hukuk kişiliğini bu yolla kullanabilecektir. Tanımayı gerçekleştirecek olan, mevcut devletlerin tanımaya ilişkin yetkilerini keyfî biçimde kullanmamaları gerekmektedir, devletin varlığı bakımından olgusal durumun tespit edilmesi şarttır. Olgusal unsurların tespiti için mevcut devletlerin objektif bir değerlendirmede bulunmaları gerekir. Yeni kurulan devletin tanımaya ilişkin hakkı uluslararası alanda ileri sürülemeyen, eksik bir hak olarak ifade edilmiştir⁵⁸⁷. Yani yeni kurulan devlet uluslararası toplumla ilişki kurma hakkına sahip olmaktadır, fakat mevcut devletlerin kendisini tanımmasını talep edemeyecektir.

Yine *Lauterpacht*'a göre tanıma mevcut bir gerçekliğin bildirilmesi niteliğinde olsa dahi aslında tanıyan devlet ile tanınan topluluk arasında tam devlet olmaya bağlanan hak ve yükümlülükler dayalı bir ilişki kurulabilmesi açısından kurucu bir nitelik taşır⁵⁸⁸. Yani tanıma olgular bakımından bildirici haklar bakımından kurucudur ve dolayısıyla uluslararası hukuk kişiliği bakımından da kurucu nitelik taşımaktadır⁵⁸⁹. Tanıma mevcut devletlerin sahip olduğu yetki günümüzde uluslararası hukukunun temel ilkelerinden devletlerin egemen eşitliğiyle tam örtüşmez. Bu halde tanınan devlet ancak tanıma işleminden sonra egemen eşitliği ilkesinden yararlanır hale gelmektedir. Devlet olma bakımından kurucu kabul edilmese de tanıma sonuçları, yani hukuk kişiliğine sahip olma bakımından, kurucu bir niteliğe sahip kabul edilmektedir. Oysa hukuk kişiliğine sahip olma devletin otomatik bir sonucu olarak⁵⁹⁰ kabul edilirse tanımanın bu anlamda kurucu olduğu söylenemez. Nitekim bildirici teori, kurucu teorisinin tek taraflı ve takdire dayalı devlet olma niteliği ihdas etme yönünü reddederek tanımanın belli ölçütlerin yerine getirilmesine bağlı ve otomatik olduğunu kabul eder⁵⁹¹. Böylelikle bildirici teori bir devleti kurmaz, onun devlet olmak için gereken unsurları taşıdığını varsayar⁵⁹². *Lauterpacht*'ın teorisi her ne kadar bildirici teoriye yaklaşıyor ise de tanımanın devlet uluslararası hukuk kişiliği bakımından sahip olduğu etki dolayısıyla kurucu teorisinin sınırları içerisinde kalmaktadır.

⁵⁸⁷ Ibid, s. 454.

⁵⁸⁸ Ibid, s. 385.

⁵⁸⁹ Ibid, s. 455.

⁵⁹⁰ Raič, op. cit., s. 39.

⁵⁹¹ Grant, Recognition of States, s. 5.

⁵⁹² Jochen A. Frowein, "Recognition", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2010, p. 5. (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 09.04.2019)

Kurucu teorinin devlet olmayı bireysel ve politik tercihlerle belirliyor olmasının karşısına bildirici teori otomatik ve devlet niteliğini sağlayan unsurların olgusal varlığının objektif belirleyiciliğini kabul ederek çıkmış ve uluslararası hukuk yazarlarınca daha fazla kabul görmüştür. Ancak bildirici teorinin de kendine özgü sorunları bulunur. Öncelikle devletin tanımlanması gerekmektedir⁵⁹³, devletin tanımlanması devlet niteliği kazanmak için sağlanması gereken ölçütlerin içinin doldurulması ve bunların tanımlarının kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Zira bildirici teoride olgusal şartlar ile hukukî sonuç, durum arasında bir doğrudanlık bulunur. Montevideo Konvansiyonu'nun aldığı atıfların en büyük nedeni devletin unsurları bakımından belirlilik sağlaması olsa da Konvansiyondaki ölçütlerin devleti tanımlamadaki yeterliliği tartışılmıştır⁵⁹⁴. Bu kısmın başlarında değinmeye gayret ettiğimiz gibi devletin uluslararası hukuk bakımından tanımı, unsurlarının içeriği bazı somut olaylarda tartışmaya açılabilir.

Kurucu teori uluslararası hukukta bir birimin mevcut bir devlet tarafından tanınmak suretiyle devlet olarak göreceli bir varlık kazanacağını belirtir, bu durum uluslararası hukukun merkezileşmemiş yapısının sonuçlarından biridir; zira tanınması öncesinde tanınan birimin tanıyan birim karşısında hukukî bir varlığı söz konusu değildir⁵⁹⁵. Ancak bu göreceli varlığın uluslararası hukuktaki konumu tartışmalıdır. Eğer bir topluluk A devleti tarafından tanındığı halde B devleti tarafından tanınmamış ise uluslararası hukukta hem kişiliğe sahip olacak hem de olmayacaktır⁵⁹⁶. Bu durumda göreceli olan tanıyan ve tanımayan devletler karşısında uluslararası hukuktaki konumu itibarıyla söz konusu devlet yahut birimdir. Bir devletin tanınmış olması onunla onu tanıyan devlet arasında ikili ilişkiler kurmaktadır, ancak onu tüm uluslararası toplumun üyesi kılmaz yahut da tüm uluslararası toplumun üyesi olduğunu açıklamaz, bu da onu kurmuş olduğu belli uluslararası ilişkiler bakımından uluslararası hukukun kişisi yapar⁵⁹⁷. Yani belirli devletler tarafından tanınan devlet o devletlerle ilişkilerinde uluslararası hukukun bir kişisi olacaktır. Onu tanımayanlar bakımından uluslararası hukukun bir kişisi olmayacaktır. Bu elbette uluslararası hukukta bir çift kimlik

⁵⁹³ Grant, *Recognition of States*, s. 5.

⁵⁹⁴ *Ibid*, s. 6.

⁵⁹⁵ Hans Kelsen, "Recognition in International Law: Theoretical Observations", *AJIL*, C. 35, S. 4, 1941, ss. 605-617, s. 608.

⁵⁹⁶ Clapham, *op. cit.*, s. 151.

⁵⁹⁷ Oppenheim's *International Law*, s. 130.

yaratmaktadır. Söz konusu devlet belli devletlerle ilişkilerinde uluslararası hukukun bir kişisi olacak ve buna bağlanan sonuçlardan faydalanacaktır. Öte yandan kendisini tanımayan devletler karşısında ise böyle bir imkânı yoktur. Uluslararası hukukun hem kişisi olacak hem de kişisi olmayacaktır. Bu ikilik, uluslararası hukukun bütünlüğüne etki edebilecektir.

Lauterpacht'a göre değerlendirmelerin sonunda devlet olma niteliğinin sağlandığı sonucuna varılırsa tanıma diğer devletler bakımından hukukî bir yükümlülük olmaktadır⁵⁹⁸. Yani bu durumda mevcut devletlerin iki farklı yükümlülüğü bulunur; bunların ilki olguların değerlendirilmesi yani topluluğun devlet niteliği kazanıp kazanmadığına karar verilmesi, ikincisi ise devlet niteliğinin kazanıldığı durumda tanımadır. Bu durumda değerlendirmeyi yapan devlet, tanımanın gerçekleşmesi konusunda çekimser ise yahut da politik olarak tanımanın yapılmasından yana değilse ilk değerlendirmeyi yani devlet olma niteliklerinin sağlanmasına ilişkin değerlendirmeyi olumsuz sonuçlandırarak ikinci yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Nitekim değerlendirmeyi yapacak olan devlet, devlet olma koşullarının sağlandığına ilişkin kararı takdir yetkisini kullanarak alacaktır, ancak bunun keyfi bir takdir yetkisi olmadığı ilgili olgularının varlığının meydana çıkarılmasına yönelik olduğu kabul edilmektedir⁵⁹⁹. Eğer buradaki iki farklı yükümlülüğü ayrı ayrı ele alırsak birinci yükümlülükte takdir yetkisinin yalnızca olgulara bağlı kalınarak, politik tercihlerden bağımsız biçimde kullanılması gerekecektir. Devletler dışındaki bir organ tarafından yapılmayan yahut devletlerin bireysel yargısına bırakılsa da denetimi yapılmayan böyle bir takdir yetkisi kullanımında yalnızca olgusal durumun değerlendirileceği, bu takdirin keyfi biçimde yapılmayacağı kesinlik taşımaz. Devletlerin uluslararası alandaki eylemlerinde uluslararası siyasî tutumları etkilidir. Ancak *Lauterpacht* devletlerin daha üst bir otoriteye bağlı olmaksızın takdir edecekleri bu durumda hukukla bağlı olmadıklarının anlaşılmasını gerektiğini savunur, her ne kadar olguların değerlendirilmesinde takdir yetkileri bulunsa da olguları göz ardı etme yahut da onları hiçe sayma gibi bir özgürlükleri bulunmamaktadır⁶⁰⁰. Olgusal durumla bağdaşmayan bir karar sonucunda yapılan tanıma yahut da tanımama işlemiyle ihlal edilen birinci yükümlülük mü yoksa ikinci yükümlülük mü olacaktır? Burada birinci kısım gerçekten

⁵⁹⁸ Lauterpacht, Recognition, s. 407.

⁵⁹⁹ Ibid, s. 407.

⁶⁰⁰ Ibid, s. 415.

yükümlülük müdür? Yoksa ikinci kısmın gerçekleştirilmesi için yapılan bir hareket midir? Yükümlülük olması için başlı başına bu belirlemeye bir hukukî sonucun bağlanması gerekmekte midir? Zannederiz ki bu yükümlülüklerin tanımının devlet olma bakımından kurucu bir unsur olarak kabul edilmemesi nedeniyle dolaylı olarak işlevsiz kalması isabetlidir. Nitekim bildirici teoriye göre tanımının göreceliliği karar verici devletin konumundan ve vardığı sonuçtan kaynaklanır, tanınan yahut tanınmayan birimin statüsüne ilişkin olmamaktadır⁶⁰¹.

Öte yandan kurucu teorinin bir diğer eleştirilen tarafı tanımayı bir uluslararası hukuk kuralının uygulanması, hukukî bir görevin ifası ya da yetkinin kullanımı, uluslararası hukukun devletlere yüklediği bir yükümlülük olarak ele almamasıdır⁶⁰². Kurucu teorinin yeni kurulan bir devletin tanınmasını mevcut devletler bakımından bir yükümlülük olarak ele almaması *Lauterpacht*'ın kurucu teoriye ilişkin eleştirilerinin merkezinde yer alır. Tanıma yükümlülüğünün bulunmaması ona göre tanımının politik ve keyfî hale gelmesinin de göstergesi olarak görülmektedir. Ancak uluslararası alanda devletlerin uygulamaları tanıma yükümlülüğünün bulunmadığını ortaya koymuştur⁶⁰³.

Kelsen'in yaklaşımına göre uluslararası hukukta hangi devletlerin özne olduğu belirlenmelidir; devlet tanımına göre bir topluluğa ait bireyler belli bir bölge üzerinde yaşıyor, bağımsız ve etkin bir yönetim altında örgütlenmiş durumda iseler söz konusu topluluk, kendisine uluslararası hukukta çeşitli sonuçlar bağlanan devlet niteliğine sahiptir⁶⁰⁴. Ancak bu olguların tespit edilmesi, bu tespitin hukuk tarafından belirlenen bir prosedür dahilinde yetkili organlarca yapılması gerekir ve uluslararası hukukta bu türden organlar kurulmamış olduğundan bu tespitin yapılmasında her bir devlet yetkilidir⁶⁰⁵. İşte tanıma devletlerin ifa ettiği bu yetkiyi ifade eder. Buraya kadar *Lauterpacht* ile paralel fikirler ortaya koyan *Kelsen*'e göre de bir devletin gerçekte var olup olmadığı salt olgusal bir meseledir ancak olgusal meseleler kendi kendilerine hukukî etki kazanmazlar⁶⁰⁶. Hukukî etki bunların saptanmasıyla olur ki böylelikle saptama fiili hukuken kurucu etkiye sahip hâle gelir⁶⁰⁷. *Kelsen* de, benzer biçimde,

⁶⁰¹ Wheatley, op. cit., s. 603-604.

⁶⁰² Lauterpacht, Recognition, s. 436-7.

⁶⁰³ Talmon, op. cit., s. 103.

⁶⁰⁴ Kelsen, Principles of International Law, s. 387-8.

⁶⁰⁵ Ibid, s. 388.

⁶⁰⁶ Ibid, s. 394.

⁶⁰⁷ Ibid.

uluslararası hukukun devlet niteliğinin tespiti için bir mekanizmaya sahip olmaması nedeniyle mevcut devletlerin bu soruya kendilerinin cevap vereceğini söyler⁶⁰⁸. Bu durum uluslararası hukukun merkezîleşmemiş yapısının bir sonucudur⁶⁰⁹. Öte yandan tanıma yetkisinin bir başka devlete yahut da bir uluslararası örgüte devredilmesi mümkün olabilecektir. Örneğin, BM Andlaşması'nın 4. maddesine göre BM'ye üyelik barışsever, andlaşmanın getirdiği yükümlülükleri yerine getirmeye istekli ve yeterli tüm devletlere açıktır. Yazarın tanımaya ilişkin görüşlerine göre eğer bir devlet BM'ye üye kabul edilirse, onun katılımı konusunda ne yönde oy kullandığına bakılmaksızın, kendisini tanımayan üye devletlerce de tanınmış olur⁶¹⁰. Çünkü ona göre burada tanıma yetkisi BM'ye üye olan devletler tarafından örgüte devredilmiştir. Ancak BM Genel Sekreterliği tarafından 1950 yılında yayımlanmış bildiriye BM'ye üyeliğin tüm üye devletler tarafından örtülü tanıma manasına gelmeyeceği belirtilmiştir⁶¹¹ ve doktrinde örtülü tanımanın yalnızca devletlerin üye olarak kabul edildiği uluslararası örgütlere kabul edilme konusunda olumlu oy verme durumunda varsayıldığı savunulmaktadır⁶¹². Tüm bunların yanı sıra devletlerin BM'ye üye olurken tanımaya ilişkin yetkilerini örgüte devrettiklerinin, artık örgütün tanımayı üye devletler adına gerçekleştirebileceğinin bir dayanağı bulunmamaktadır.

Tanımanın iki farklı işlevi olduğunu belirten *Kelsen*'e göre, ki bunların ilki hukukî tanımadır ve tanınan birimin uluslararası hukuk açısından devlet olduğunu ifade eder, diğeri ise tanıyan devletin tanınan birimle, milletler ailesindeki devletler arasındaki gibi politik ve benzeri ilişkiler kurmak istemesine yönelik işlevidir, bunlar tek bir işlemle gerçekleştirilirler ve klasik uluslararası hukuk teorisinde açık olarak ayrılmazlar⁶¹³. Yazar tarafından tanımanın kurucu mu yoksa bildirici mi olduğu yönündeki doktrinel tartışmanın hukukî tanıma ile siyasî tanımanın birbirinden ayrılmasıyla ortadan kalkacağı savunulmaktadır⁶¹⁴. *Çelik*, bu ayrım vasıtasıyla kurucu ve bildirici doktrin arasındaki gerilimin çözülmediğini, zaten problemin kurucu doktrinin tanımayı, tanınan devletin uluslararası hukuk kişiliğinin de kurucusu olarak

⁶⁰⁸ Clapham, op. cit., s. 149-50.

⁶⁰⁹ Kelsen, Principles of International Law, s. 391.

⁶¹⁰ Ibid, s. 398-9.

⁶¹¹ BM GüvK, S/1466, "On the Legal Aspects of the Problem of Representation in the United Nations", 1950, s. 5.

⁶¹² Crawford, Brownlie's Principles, s. 149; Çelik, op. cit., s. 227-8; Pazarcı, op. cit., s. 346.

⁶¹³ Kelsen, Recognition in International Law, s. 605-606.

⁶¹⁴ Kelsen, Principles of International Law, s. 289-290.

kabul etmesinden kaynaklandığını belirtir⁶¹⁵. Ona göre zaten hukukî tanımının uluslararası hukukta devlet niteliğini saptadığı, kurduğu kabul edilerek eleştirilere hedef olunmaktadır⁶¹⁶.

Ancak yine *Kelsen* tarafından kıyaslama yapılarak tanımının politik bir yönünün bulunmasının onu hukukî önemden yoksun hâle getirmediği belirtilir, tanıma ile misillemeyi karşılaştıran yazara göre, misilleme önlemi bir devletin kendisine başka bir devlet tarafından verilen zararlar karşılığında politik kaygılarla başvuru olan bir yöntemdir ancak bu durum tanımada olduğu gibi misillemenin hukukî önemden yoksun olduğunu göstermemektedir⁶¹⁷. Politik ve hukukî tanımının birbirinden ayrılması için başka bir örnek daha sunulmakta ve bunun uluslararası hukuk ihlallerinden kaynaklanan taleplerde ortaya çıktığı belirtilmektedir. Buna göre uluslararası hukukun tanımamış olduğu devlet tarafından ihlal edildiğini ve bunun için onarım istediğini öne süren devlet, hukukî tanımayı bu talebiyle gerçekleştirmiş olmakta ancak politik tanımada bulunmamaktadır⁶¹⁸. Yaptığı ayırım sonucunda *Kelsen* aslında tanımının politik yönünün varlığını ve hukukî sonuçları olduğunu ortaya koymakta, kavramın karmaşık yapısını vurgulamış olmaktadır.

Kelsen ile *Lauterpacht*'ın tanıma ile ilgili görüşleri bakımından aralarındaki bir başka farklılık da *Kelsen*'in tanımayı bir yükümlülük olarak ele almıyor olmasıdır; ona göre ne tanıma ne de tanımaktan vazgeçme bir yükümlülüktür⁶¹⁹. *Lauterpacht*'ın devlet olmanın şartlarının sağlanması halinde tanımının ilgili birim için bir hak ve mevcut devletler için bir yükümlülük haline geldiği görüşünün karşısında *Kelsen* devlet olma şartlarını taşıyan bir birimin tanınmayabileceği gibi devlet olmanın şartlarını bir zaman taşımış olmasına ve tanınmış olmasına rağmen artık taşımayan birimin de tanınmasından vazgeçilmeyebileceği görüşündedir. Bu durumda teorik olarak *Kelsen* mevcut devletlere *Lauterpacht*'tan daha fazla takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak, uluslararası hukukun tanıma ile yahut tanımaktan vazgeçme ile ihlal edilebileceği de yine *Kelsen* tarafından kabul edilmektedir⁶²⁰.

⁶¹⁵ Çelik, op. cit., s. 226.

⁶¹⁶ Ibid, s. 227.

⁶¹⁷ Kelsen, Principles of International Law, s. 392.

⁶¹⁸ Ibid, s. 395.

⁶¹⁹ Kelsen, Recognition in International Law, s. 611.

⁶²⁰ Ibid.

Lauterpacht, tanımının politik önem arz eden bir eylem olduğundan şüphe duymamakla birlikte genel olarak uluslararası alandaki hukukî ilişkilerin politik öneme sahip ya da politik sonuçlar doğurabilecek nitelikte olduklarını ve bu türden bir öneme yahut da sonuçlara sahip olmalarının devletlerin tanınmasının politik bir işlevi bulunduğu anlamına gelmediğini ifade eder⁶²¹. Bu noktada *Lauterpacht*'a katılmakla birlikte aslında bir meselenin hukukî olup olmadığına ilişkin belirlemenin nasıl yapacağına ilişkin oldukça teorik temelde bir sorun ile karşı karşıya kalındığı belirtilmelidir. Tanıma konusu özelinde kişisel değerlendirmemiz tanımının uluslararası hukukta usûle bağlanmış girift bir konu olduğu yönündedir. Devletlerin tanıma eylemini gerçekleştirirken sahip oldukları irade politik bir irade olsa da sonucunda iki taraf arasında hukukî ilişkilerin yürütülmesine, hak ve borçların ileri sürülmesine yönelik bir zemin yaratmaktadır, bu da tanımının sonuçları itibarıyla hukukî bir mesele olduğunun kabulünü sağlar. *Kelsen*'in hukukî ve politik işlevleri bulunmak üzere ikiye ayırdığı tanımının aslında politik bir kavram olduğu, bunun hukukî bir biçimde ifade edilmesinin onu politik olmaktan kurtarmadığı ifade edilse de özünde tanımının hukukî bir eylem olarak kabul edilmesi mahkeme kararlarına, devletlerin uygulamalarına ve uluslararası ilişkilere, uluslararası pratiğe uygundur⁶²².

Geçmiş uygulamalara bakıldığında özellikle devletlerin tanınmasının çoğunlukla politik ve tanıma işleminde bulunan yahut da bundan kaçınan devletin kendi politik amaçlarına hizmet eden bir prosedür olduğu görülebilmektedir⁶²³. Ancak *Lauterpacht*'a göre tanımayı gerçekleştiren devlet uluslararası hukukun bir organı olarak hareket ettiği için burada kendi ulusal politikalarından ziyade uluslararası hukukun ilkelerine göre hareket etmelidir⁶²⁴. Tanımının politik bir karar olduğu yönündeki görüşlere karşılık olarak yazara göre, tanıma hukukî sonuçlarının varlığı hatta bazı biçimlerinin hukukî ayrımlarla sonuçlanıyor olması sebebiyle ama en çok da devletlerin hukuk kişiliklerinin başlangıçlarının ve var olma yönündeki haklarının uluslararası hukukun yörüngesi dışında kabul edilemeyecek olması nedeniyle hukukî bir mesele olmaktadır⁶²⁵. Ona göre

⁶²¹ Lauterpacht, Recognition, s. 443-4.

⁶²² Ibid, s. 444.

⁶²³ Halim Moris, "Self-Determination: An Affirmative Right or Mere Rhetoric?", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, C.4, S. 1, 1997, ss. 201-220, s. 216.

⁶²⁴ Lauterpacht, Recognition, s. 385.

⁶²⁵ Ibid, s. 386.

tanımaya sebep olan neden politik bir neden olsa dahi tanımının hukuken doğurmuş olduğu etkiler nedeniyle onu hukuk düzlemi dışında düşünmek mümkün olmayacaktır.

Tanımaya konusu içerisinde yazarlar erken tanımayı da (*premature recognition*) ele almaktadırlar. Tanımının kurucu yahut bildirici olsa da belirli olgusal unsurların varlığına dayanması, erken tanımının yanlışlığını ortaya koymaktadır. Bir topluluk devlet olmanın niteliklerini tam olarak sağlamadan yahut da mevcut bir devlette meydana gelen ayaklanmanın yahut iç savaşın sonuçlanması beklenmeden yapılan tanıma fiilleri elbette sosyal ve olgusal durum, gerçeklikle örtüşmeyecektir. Bu nedenle erken tanıma hem bağlı bulunulan devlete hukuksuz bir müdahale hem de tanıma yetkisinin suistimal edilmesi olarak kabul edilmektedir⁶²⁶. Bunun yanı sıra erken tanımayla müdahale yasağının da ihlal edildiği belirtilir⁶²⁷. Zira devletlerin tanıma işlemini yaparken öncelikle gerçekleştirmeleri gereken tespit aşaması atlanmakta yahut da olgusal durumla bağdaşmayan tespitler yapılmaktadır. *Oppenheim* da tanımının bir hukuk kuralına bağlı olduğunu, gereken şartların varlığı halinde yapılan tanımının izin verilebilir ve uluslararası hukuka uygun olduğunu belirtmektedir; aksi halde tanıma müdahale yasağına aykırılık teşkil edecektir⁶²⁸.

Uluslararası hukuk yazarlarının görüşleri dışında diğer uluslararası hukuk enstrümanlarında da tanımaya ilişkin düzenlemeler yahut kararlar bulunur. Yargı kararları arasında devletin unsurlarına ilişkin 1929 tarihli *Deutsche Continental Gas Gesellschaft* kararı gösterilebilir. Bu kararda devlet olmanın asgari şartları olarak bir ülkeye sahip olma, bu ülke üzerinde yaşayan insanların olması ve bu ülke ve insanlar üzerinde bir kamu otoritesine sahip olma sayılmıştır ve yine bu karara göre tanıma devletin varlığının ilan edilmesinden başka bir şey değildir⁶²⁹. Dolayısıyla karar, tanımının kurucu nitelikte olmadığı yönündedir.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1936 yılında vermiş olduğu Yeni Devletlerin ve Yeni Hükümetlerin Tanınmasına İlişkin Kararda da tanımının niteliğinin bildirici olduğu belirtilmiş ve devletlerin tanıyıp tanımama bakımından serbest olmalarına, ilgili

⁶²⁶ Azarkan, *Uluslararası Hukukta*, s. 23-25.; Lauterpacht, *Recognition*, s. 392.

⁶²⁷ Ryngaert, *Sobrie*, op. cit., s. 472.

⁶²⁸ *Oppenheim's International Law*, s. 130.

⁶²⁹ *Annual Digest of Public International Law Cases Years 1929 and 1930*, C. 5, Londra: Longmans, Green and Co., 1935, s. 13.

koşulların sağlanması hususlarına değinilerek olgusallığa atıf yapılmıştır⁶³⁰. 1. maddede yer alan açıklamaya göre, tanıma işleminde bulunan devlet, diğer birimin tanımlanmış bir bölge üzerinde siyasi olarak örgütlenmiş insan topluluğunun, mevcut diğer devletlerden bağımsız ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle uyma kapasitesinin bulunduğunu kabul etmiş olmaktadır. Aynı maddeye göre tanıma ile hedeflenen tanınan devletin uluslararası toplumun bir üyesi olduğunu kabul etme niyetidir. Tanımanın bildirici bir etkiye sahip olduğu, devletin varlığı ve devlet olmaya bağlanan hukukî sonuçların tanıma işleminden yahut da bu işlemin yokluğundan etkilenmeyeceği yine bu madde içerisinde belirtilmiştir.

UHK tarafından 1949 yılında Genel Kurul'a sunulan Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Taslak Maddelerin görüşme tutanaklarında ve Genel Kurul'a sunuş metninde, tanımanın taslakta önerilen maddede genel olarak ifade edilenin çok ötesine geçebileceği ve hassas olmakla birlikte politik meselelerle de ilişkili olması nedeniyle kısa bir paragraf ile düzenlenmesinin uygun olmayacağı belirtilmiştir⁶³¹. Ancak aynı paragrafta kolektif tanımayı gerçekleştirecek uluslararası bir otoritenin yokluğunda 'devletlerin büyük çoğunluğu tarafından tanıma gerçekleşene dek' her bir devletin tanımaya ilişkin takdir yetkisi bulunur denmektedir. UHK'nin rapordaki ifadelerinden anlaşılan tanıma konusunda bireysel olarak devletlerin olgusal durumun takdirine ilişkin yetkisinin, yükümlülüğünün yahut da görevinin devletlerin büyük çoğunluğu ilgili birimi tanıdıktan sonra ortadan kalktığı bunun yerini uluslararası hukuk kişiliği kurmayan, ancak ikili ilişkilerin kurulmasına yönelik bir tercihten ibaret olan bir tanıma hakkının aldığıdır.

Hall, 1890 tarihli eserinde devletlerin tanınması bakımından eğer devlet olmanın ölçütleri sağlanmış ise hiçbir devletin tanımayı esirgeme gibi bir hakkının bulunmadığını bu yüzden de bir devlet olarak muamele görmenin tanımadan bağımsız olduğunu ancak tanımanın devlet olma ölçütlerinin sağlanmasının göstergesi olması bakımından önemli olduğunu belirtmiştir⁶³². Aslında *Hall*'un söyledikleri uluslararası hukukun bugünkü genel eğilimine uygun düşmektedir. Her ne kadar tanıma devlet olma bakımından kurucu olmasa da, devlet olma iddiasında bulunan birimin devlet olmanın

⁶³⁰ Uluslararası Hukuk Enstitüsü, *The American Journal of International Law*, C. 30, S. 4, 1936, md 1.

⁶³¹ BM, UHK, 1949 Yılı: C. 1, (A/CN.4/Ser.A/1949), s. 289, p. 50.

⁶³² William E. Hall, *A Treatise on International Law*, 3. b, Oxford: Clarendon Press, 1890, s. 87.

şartlarına sahip olduğunu göstermektedir, ancak bu her zaman böyle olmayabilecektir. Tanımının politik bir araç olarak kullanılmaması gerektiği ileri sürülmüş olsa da devletlerin siyasî konjonktüre bağlı olarak bir devleti tanıyıp tanımama konusunda karar verdikleri söylenebilir. Ancak UHK'nin yaklaşımı düşünüldüğünde uluslararası toplumun büyük çoğunluğunca devlet olarak tanınan bir birimin devlet olmanın ölçütlerini karşıladığı konusunda genel bir uzlaşma ortaya konmaktadır. Bu uzlaşmaya rağmen tanımayan devletin tutumu kendisi ve ilgili birim ile ikili ilişkileri açısından politik ve hukukî sonuçları bulunan bir tercih olmaktadır.

Hukuk kişiliğinin doğanın değil hukukun yarattığı ve devletin uluslararası hukuk kişiliğinin devlet olma ölçütlerini sağlamasından değil uluslararası hukukun devlet olma fiilî durumuna tam uluslararası hukuk kişiliği atfetmesinden kaynaklandığı ifade edilir⁶³³. Hukuk kişiliği ile devlet olma arasındaki ilişki bir neden sonuç ilişkisi olmaktadır. Devlet olmanın fiilî durumu, hukuk kişiliğine sahip olmanın ise hukukî durumu ifade ettiği yönündeki bir başka görüş ise devletlerin ortaya çıkışıyla ilgili tek hukukî kavramı etkililik olarak belirlemektedir⁶³⁴. Devlet olmaya ilişkin hukukîlik atfedilen hususlar böylelikle uluslararası hukuk kişiliğine sahip olma ve etkililik olmaktadır. Uluslararası hukukun bir birimin, belli şartların sağlanması koşuluyla devlet olacağını ve bunun otomatik sonucu olarak tam uluslararası hukuk kişiliğine sahip olacağını, başka bir formalite, prosedür ya da eylem gerekmeksizin, belirlediğini⁶³⁵ ifade eden görüşün öncülerinden *Verdross*, devletlerin kuruldukları andan itibaren uluslararası hukukun özneli olduğunu ve uluslararası hukukta ne tanıma yükümlülüğünün ne de tanınma hakkının olduğunu savunur⁶³⁶. Yaklaşımlarının genel olarak hukuk alanında tanımayı reddettiği söylenebilecektir. Ancak kanımızca burada reddedilen bir objektif statü yaratma işlemi olarak tanımadır. Bu görüş *Lauterpacht*'tan, ona göre devlet olma olgusal durumunun hukuken saptanması, yani uluslararası hukuk kişiliği, otomatik olarak gerçekleşmediği bunun uluslararası hukukun bir görevlisi olarak hareket eden devletlerce yerine getirilmesi gerektiği için ayrılmaktadır. *Verdross*'un savunduğu görüşe göre ise olgusal olarak unsurların sağlanması nedeniyle

⁶³³ Raič, op. cit., s. 38.

⁶³⁴ Ibid.

⁶³⁵ Ibid, s. 39.

⁶³⁶ Lauterpacht, Recognition, s. 447, dn. 165.

uluslararası hukuk bu duruma uluslararası hukuk kişiliği sonucunu bağladığından uluslararası hukukun kişisi olunacak, bunun için ek bir işlem gerekmecektir.

Bireysel olarak devletlerin tanınmanın yapılmasında karar alıcı, değerlendirici konumda olduğunu belirttik, bunun nedeni uluslararası hukukta tanınmanın gerçekleştirilmesi için ihdas edilmiş bir mekanizmanın bulunmamasıydı ve dolayısıyla devletler uluslararası hukukun organları olarak tanıma konusunda bireysel kararlar alabilirlerdi. *Lauterpacht*'ın teorisinin uluslararası alanda kabullenilmediğini görürüz⁶³⁷, zira devletlerin bireysel olarak aldıkları kararlar birbirine zıt kararlar olabilecektir. Bu husus uluslararası hukukta bir sorun teşkil etmese de tanıma fiilini gerçekleştiren ya da tanımayı reddeden devletleri uluslararası hukukun organları olarak düşünürsek uluslararası hukukun organlarının aynı konuda birbirleriyle çelişmeleri söz konusu olacaktır. Bu nedenle de tanıma meselesini uluslararası hukukun karşılıklılık esasının uygulandığı işlemlerinden biri olarak kabul etmek, yani objektif statü yaratan bir işlem olarak kabul etmemek gerekecektir. Tanınmanın kuruculuğu ancak devletler arasındaki iki taraflı ilişkileri etkilemesi ve dolayısıyla bir birimin devlet olma niteliğine sahip olup olmadığı konusunda objektif bir statüyü yaratmadığı durumda uygulanabilir olacaktır. Ancak bu durumda da her devlet bakımından farklı bir uluslararası toplum söz konusu olacaktır.

2. Güncel Uygulamalarda Tanıma

Uluslararası alanda yaşanan gelişmeler tanıma kavramında değişimlere de sebep olmuştur. Özellikle 1990'lı yıllarda yeni devletlerin ortaya çıkışı bir önceki başlıkta anlatmaya gayret ettiğimiz devletin ek unsurları tartışmasını açmış ve tanımaya yönelik tartışmaların güncel kalmasını sağlamıştır. Nitekim mevcut devletlerin büyük çoğunluğu tarafından tanınma, özellikle koloniler dışındaki birimlerin durumu düşünüldüğünde hukukî statüyü ispatlayan bir araç olarak ele alınabilmektedir⁶³⁸. Ancak özellikle Yugoslavya'nın dağılmasından sonra ortaya çıkan tanımaya ilişkin normların objektif niteliği sorunu ve devlet uygulamalarının birbiri ile bağdaşmaması belirsizliğe sebep olmuş, tanınmanın hukukî mi yoksa politik bir mesele mi olduğu, doğası itibarıyla kurucu mu yoksa bildirici mi olduğu konuları tekrar tartışmaya

⁶³⁷ Shaw, op. cit., s. 334.

⁶³⁸ James Crawford, "Kosovo and the Criteria of Statehood in International Law", *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*, ed. Marko Milanović, Michael Wood, Oxford: Oxford University Press, 2015, ss. 280-290, s. 289.

açılmıştır⁶³⁹. Tanımının bildirici olduğu yönündeki görüşler baskın nitelikte olsa da tanımaya kurucu nitelik atfeden güncel çalışmalar da bulunmaktadır. Tanımının bildirici olduğunu belirten yaklaşıma göre devletin unsurları objektif hukukî unsurlardır, bu nedenle bunların hukuk alanına aktarılması gerekmediğinden devlet olmanın hukukî sonuçlarını doğurabilmektedirler. Ancak kurucu doktrine göre devletin unsurları olgusal ölçütlerdir, bunlara hukukî sonuç bağlanabilmesi için hukuk alanına aktarılmaları gerekecektir. Kurucu teori tanıma ile bunları hukukî alana aktarırken bildirici doktrin başka ek unsurlara ihtiyaç duymuştur. Zira uluslararası alanda devletlerin kurulması alanında özellikle 20. yüzyıl ve sonrasında hukuka aykırı ayrılma bildirimleri, *de facto* rejimlerin sayısında ve bunların türlerinde yaşanan artış nedeniyle devlet olma bakımından ek hukukî unsurların aranması bir gereklilik haline gelmiştir. Bu unsurlar teorik alt yapıya göre değişkenlik gösterse de devletlerin genel itibarıyla uluslararası hukukun temel kurallarına uygun olarak kurulmasını ifade etmişlerdir. Öte yandan devlet olmaya ek unsurların devlet olma bakımından değil tanıma bakımından getirilmiş şartlar olduğunu ileri süren görüşler de bulunur, devletin varlığını salt olgusallıkla açıklayan bu teorisyenlere göre devlet sosyo-politik bir sürecin yaratacısı olduğundan etkililik prensibine göre değerlendirilmelidir⁶⁴⁰. Devletin varlığına ilişkin tespit etkililik prensibine göre yapılacağından ek unsurlar devletin varlığı bakımından bir etkiye sahip olmamaktadır.

Vidmar'a göre uluslararası alanda devletler objektif olarak gerekli unsurların sağlanmasıyla ortaya çıkmamaktadır, yeni bir devletin ortaya çıkması uluslararası hukuk tarafından düzenlenen politik bir süreçtir ve en önemli noktasını önceki devletin ülkesel bütünlük iddialarının ortadan kalkması oluşturur⁶⁴¹. Ülkesel bütünlük iddiaları ise bir önceki başlıkta değinildiği üzere önceki devlet tarafından rızaen, önceki devletin ortadan kalkması durumunda yahut da uluslararası müdahale yöntemleriyle ortadan kalkabilmektedir.

Tanımının kurucu olduğu yönündeki güncel görüşler genellikle devletin kurulma aşamasında uluslararası hukukun temel normlarını ihlal etmesinin tanınmama ile sonuçlanmasını hedeflemektedirler⁶⁴². Buna göre devlet olmaya ve tanımaya ilişkin

⁶³⁹ Ryngaert, Sobrie, op. cit., s. 478, dn. 66.

⁶⁴⁰ Talmon, op. cit., s. 125-126.

⁶⁴¹ Vidmar, Territorial Integrity, s. 729.

⁶⁴² Finck, op. cit., s. 59-60.

devletlerin belirli bir takdir yetkisi bulursa da bunlar otomatik sonuç veren pozitif şartlar değil; bulunmaması halinde tanınmama sonucunu verebilecek olan negatif şartlardır⁶⁴³. Nitekim *Finck* politik tanımayı hukukî tanımadan ayırır ve politik tanımanın bulunmamasının hukukî statüye etki etmediğini bunun çoğunlukla *de facto* tanıma ile birlikte yapılabildiğini belirtir, politik tanımama hukukî tanımama ile değil ancak diplomatik ilişkilerin kurulmaması ile kıyaslanabilecek bir husustur⁶⁴⁴. Uluslararası hukuk normlarına aykırı biçimde kurulan bir devletin tanınmaması ile kastedilen politik değil hukukî tanımama olmaktadır.

Tanımaya meselesi uluslararası hukukun en tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır. Değınmeye gayret ettiğımız gibi bildirici doktrinin de kurucu doktrin kadar problemlı noktaları bulunmaktadır. Politik bir yanının bulunmasının yanı sıra tanımanın hukukî sonucunun kapsamlılığđ, tanıma işleminin tartışmalı niteliğinde etkendir. Tanımaya devletlerin, politik değerdendirmeler içerebilen, bireysel kararları doğrultusunda bir birimin uluslararası hukukun kişisi olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenlerle hukukî alan içerisinde tamamen açıklanması doktrini zorlamaktadır. Devlet olmada karışıklık teorisine ilişkin makalesinde *Wheatley*, devlet kavramının her zaman tartışmalı, olasılıklı ve eksik olacağını, devlet olma statüsüne ne kadar karmaşık formüller geliştirilerek belirlenmeye çalışılsa da bunun karışık ve belirsiz olmaya devam edeceğini belirtir⁶⁴⁵. Nitekim Lauterpacht ve Kelsen'in tanıma yaklaşımları bunun bir örneğini oluştururlar. Bu nedenlerle devletin uluslararası hukuk kişiliğđ bakımından tanıma ek işlemine gerek duyulup duyulmadığının, uluslararası hukukun devletin unsurlarının sağlanmasına bağladığı doğrudan hukukî sonucun uluslararası hukuk kişiliğđ olup olmadığının çözüme kavuşturulacak tartışmalar olduğu düşünölmemektedir.

D. DEVLET BENZERİ YAPILAR

Uluslararası hukukun kişileri *Oppenheim*'a göre kural olarak devletlerdir⁶⁴⁶. *Brownlie*'ye göre ise kimi zaman politik gelişmeler belli bir otonomiye, bölgeye, nüfusa ve uluslararası alanda bazı hukukî yeterliliklere sahip devlete az çok benzeyen birimler

⁶⁴³ Ibid, s. 59.

⁶⁴⁴ Ibid, s. 78-79.

⁶⁴⁵ Wheatley, op. cit., s. 606.

⁶⁴⁶ Oppenheim's International Law, s. 245.

ortaya çıkarırlar⁶⁴⁷. Devlete az çok benzeyen bu yapıların uluslararası alanda bazı şartları taşımaları halinde uluslararası hukuk kişiliğine veya uluslararası hukuk kişiliğine benzer bir yeterliliğe sahip olup olmayacaklarını bu kısımda değerlendireceğiz. Birleşik yapıli devletler ve bağımsızlığı kısıntılı devletler başlıkları altında incelememizi yaparak uluslararası hukukta normların ve uygulamanın bu sorulara cevap verip vermediğini açıklamaya çalışacağız.

1. BİLEŞİK YAPILI DEVLETLER

a. Genel Olarak

Sıkı yahut gevşek bağlarla iki ya da daha fazla devletin birleşmesiyle meydana gelen yapı bileşik devlet olarak adlandırılır⁶⁴⁸. Federasyon, konfederasyon, şahıs birliği, gerçek birlik gibi birimler bileşik yapıli devletleri oluştururlar. Devletin uluslararası hukuk kişiliğinin var olduğunu belirtmiştik. Bu başlık altında bileşik yapıli devletlerin uluslararası hukuk kişiliğini ele alarak özellikle federasyondan söz edeceğiz, zira diğer bileşik devlet türlerine oranla en sık rastlanan ve uluslararası hukuk kişiliği bakımından gündeme gelen modern devlet türü federasyondur.

Şahsî birlik, monarşik yapıli iki ya da daha fazla devletin başına aynı monarkın geçmesiyle kurulmaktadır⁶⁴⁹ ancak bu devletlerin ayrı uluslararası hukuk kişileri olmaya devam ettiği belirtilmektedir⁶⁵⁰. Bu yapıya örnek olarak 1714-1834 arasında İngiltere ve Hannover devletlerinin kurmuş olduğu birlik verilir⁶⁵¹. Gerçek, nesnel birlik ise, özü itibarıyla daha çok entegre olmuş bir şahsî birlik olmakla birlikte, iç işlerinde bağımsızlıklarını koruyor olsalar da devletlerin dış ilişkilerinde tek bir devleti

⁶⁴⁷ Crawford, Brownlie's Principles, s. 117.

⁶⁴⁸ Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku İkinci Kitap-Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet*, 3. b, Ankara: Başnur Matbaası, Tarihsiz, s. 98-99.

⁶⁴⁹ Oppenheim's International Law, s. 245.; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 4. b, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2013, s. 190.

⁶⁵⁰ Seha L. Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler-Elkitabı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1977, s. 56.; Oppenheim's International Law, s. 246.

⁶⁵¹ Kaczorowska, op. cit., s. 180.

oluşturacak şekilde birleşmelerinden meydana gelir⁶⁵². Gerçek birliği oluşturan devletlerin uluslararası hukuk kişilikleri birliği oluşturan düzenlemelerin niteliğine ve üçüncü devletlerin birlik içindeki devletlerle olan ilişkilerine göre belirlenir⁶⁵³. Gerçek birliğe dahil olan devletler ayrı ayrı uluslararası hukukun kişisi kabul edilmemektedirler⁶⁵⁴, ancak 1902 tarihli Avusturya-Macaristan sınırına ilişkin Meerauge tahkim kararında, mahkeme bu iki devleti ayrı hukuk kişileri olarak nitelendirmiştir⁶⁵⁵. Avusturya-Macaristan ikili monarşisi 1723-1849, 1867-1918 yılları arasındaki uygulamasıyla, gerçek birliğe örnek olarak verilmektedir⁶⁵⁶.

Konfederasyon, birden fazla bağımsız devletin ortak amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla ayrı uluslararası hukuk kişiliklerini bırakmaksızın bir araya gelmeleri olarak tanımlanır, belli yetkilere sahip bir merkezi hükûmet kurulur ve çoğunlukla dış ilişkiler bakımından işlev görür⁶⁵⁷. Bunun en eski örneği 1291-1848 yılları arasındaki İsviçre Konfederasyonu'dur⁶⁵⁸. Gevşek bağları nedeniyle, her üye devlet egemen, özgür ve uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir⁶⁵⁹, konfederasyonlar zamanla üniter ya da federatif bir devlete dönüşebilir yahut da ayrılabilirler⁶⁶⁰. Konfederasyonun kendisi egemen üye devletlerin güçlerini birleştirmelerinden doğduğundan bazı amaçlarla uluslararası hukuk kişiliğine sahip kabul edilebilecektir⁶⁶¹. 1931'de kurulan İngiliz Uluslar Topluluğu bir konfederasyon olarak kabul ediliyorsa da⁶⁶² uluslararası hukuk kişiliği yoktur ve üyeleri uluslararası hukukun öznesidir, kendine özgü bir yapı olan İngiliz Uluslar Topluluğu İngiliz Kraliyeti etrafında birleşmektedir⁶⁶³. Birbirinden bağımsız, egemen olan ve ayrı ayrı uluslararası hukukun öznesi olarak kabul edilen üyeleriyle topluluk konfederasyona benzer bir nitelik göstermektedir. Konfederasyonun günümüzdeki örneği olarak SSCB'nin yıkılmasından sonra kurulan Bağımsız Devletler Topluluğu gösterilebilecektir.

⁶⁵² Akipek, op. cit., s. 99.; Meray, Uluslararası Hukuk ve Örgütler, s. 56.

⁶⁵³ Kaczorowska, op. cit., s. 180-181.

⁶⁵⁴ Oppenheim's International Law, s. 246.

⁶⁵⁵ Ibid, s. 246.,dn. 1.: Meerauge gölü çevresinde Avusturya ve Macaristan sınırı uyuşmazlığının çözümüne yönelik kurulan tahkim mahkemesi kararı, 13.12.1902.

⁶⁵⁶ Gözler, Anayasa Hukuku, s. 191.

⁶⁵⁷ Kaczorowska, op. cit., s. 180.

⁶⁵⁸ Meray, Uluslararası Hukuk ve Örgütler, s. 58.; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 192.

⁶⁵⁹ Meray, Uluslararası Hukuk ve Örgütler, s. 57.

⁶⁶⁰ Kaczorowska, op. cit., s. 180.

⁶⁶¹ Oppenheim's International Law, s. 247.

⁶⁶² Gözler, Anayasa Hukuku, s. 192.

⁶⁶³ Kaczorowska, op. cit., s. 181.; Meray, Uluslararası Hukuk ve Örgütler, s. 60.

BDT'nin kuruluş belgesi kabul edebileceğimiz Alma-Ata Bildirisi'nde devlet egemenliği ve egemen eşitliğine saygı çerçevesinde bir araya geldiği açıkça yer almış, topluluğun ne bir devlet ne de bir üst devlet olduğu vurgulanmıştır⁶⁶⁴. Topluluğa üye olan devletlerin andlaşmalar hukukuna tâbi bir uluslararası andlaşma ile bir araya geldikleri ve topluluğun inşasında ne kendi uluslararası hukuk kişiliklerinden feragat ettikleri ne de topluluğa bir üst kişilik atfettikleri görülmektedir.

b. Federasyonlar

Federasyonlarda, ister federe devletlerin bir araya gelerek federasyonu oluşturmasıyla ister de üniter bir devletin federe devletlere ayrılması suretiyle kurulmuş olsunlar, uluslararası hukuk kişiliğine sahip olanın federal devlet olduğuna dair genel bir kural bulunmaktadır⁶⁶⁵. Ancak federasyonlarda yalnızca federal devletin uluslararası hukuk kişisi olabileceğine dair bu ifadenin bir kuraldan ziyade klasik uluslararası hukukçuların yaklaşımı olduğu da ifade edilmektedir ve bunun karşısında federe devletlerin tam hukuk kişiliği olmasa da belli ölçüde hukuk kişiliği olabileceğini savunanlar bulunmaktadır⁶⁶⁶. Bunun için federal devletin anayasası federe devletlere yetki tanımaya uygun olmalıdır. Her federe devletin sahip olduğu haklar ve yetkiler bakımından aynı olması bir gereklilik değildir. Zira federe devletlerin uluslararası hukuktaki konumu, federal devletin anayasal yapısı ve merkezî yönetim ile federe devletlerin arasındaki ilişki, her zaman için standart değildir⁶⁶⁷. Federasyonun iç yönetimine ilişkin kurallar çerçevesinde federe devletlere uluslararası alanda işlem yapma, andlaşma akdetme yetkisi tanınmış olabilir. Andlaşma akdetme yetkisinin federe devletlerin uluslararası hukuktaki statüleri bakımından önemli bir belirleyici olduğu, andlaşmaların uluslararası ilişkilerin merkezinde oldukları ve uluslararası alanın diğer özneleriyle andlaşma yapmanın uluslararası hukuk kişiliğinin önemli bir göstergesi olduğu belirtilir⁶⁶⁸. Bu durumda *Oppenheim*, bunların uluslararası hukukun tam manasıyla kişisi olmayacaklarını, belli amaçlarla uluslararası hukukun kişisi

⁶⁶⁴ Alma-Ata Deklarasyonu, Giriş ve Deklarasyon Hükümleri, 1991.

⁶⁶⁵ Oppenheim's International Law, s. 249.; Kaczorowska, op. cit., s. 192.

⁶⁶⁶ Chris N. Okeke, *Controversial Subjects of Contemporary International Law: An Examination of the New Entities of International Law and their Treaty-making Capacity*, Rotterdam: Rotterdam University Press, 1974, s. 37-38.

⁶⁶⁷ Aybay, Oral, op. cit., s. 156.; Shaw, op. cit., s. 171.

⁶⁶⁸ Okeke, op. cit., s. 38.

kılınmış olabileceklerini belirtir⁶⁶⁹. Uluslararası hukuk bu durumda federal devletin anayasası çerçevesinde federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliğini tanımaktadır, ancak *Crawford* karineten uluslararası hukuk kişiliklerinin olmadığını, bunun için açık düzenlemenin arandığını belirtir⁶⁷⁰. Federe devletleri uluslararası hukuk kişisi yapan şey federal devletlerin görevlendirmeleri olduğundan bunun bir temsil yetkisi mi olduğu yoksa özelleşme gereği kendi bölgelerini ilgilendiren uluslararası ilişkileri yürütmelerinin mümkün hale getirilmesi mi olduğu tartışılabilir. Uluslararası hukuk kişiliği uluslararası hukuktan doğarken, bu tür bir yaklaşımla federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliği federasyon içinde tesis edilen kurallarla ortaya konmaktadır.

Öte yandan *Cyr*, federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin iki iddiayı çürütmeye dönük savlar üretir: Bunların ilki, birleşik yapıdaki egemen devletin tek ve bölünemez hukuk kişiliğine sahip olduğudur ki *Cyr*, uluslararası hukukun federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmasını ve federasyonların birden fazla içtimaî (örtüşen) hukuk kişiliğinden oluşmasını engellemediğini belirtir⁶⁷¹. Böylelikle federe devletlerin de federal devletin de uluslararası hukuk kişiliği olabilecektir. Bunların aynı yapı içinde, birbiriyle örtüşür durumda olması uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak Montevideo Konvansiyonu'nun 2. maddesinde federal devletin uluslararası hukuk nezdinde tek bir kişi oluşturacağı belirtilmiştir. *Cyr*, bunun uluslararası hukukun uygulamasıyla uyuşmadığını, hem ulusüstü hem de ulusaltı alanda çok kişilikli yapıların söz konusu olabildiğini ortaya koyar⁶⁷². İkinci olarak da *Cyr*, yalnızca egemen (federal) devletlerin uluslararası hukukta andlaşma akdetme yetkisi veren hukuk kişiliğine sahip olduğu iddiasının yanlışlığını ortaya atar: Buna göre, federal devletin iç hukuku federe devletlere tanınan yetkiyi belirleyebilir çünkü devletlerin iç yapıları birbirinden oldukça farklıdır ve uluslararası hukuk bu noktada standart kurallara sahip değildir⁶⁷³. Federal devlet federe devletlere uluslararası hukukta andlaşma akdetme yetkisi verebilecektir.

⁶⁶⁹ Oppenheim's International Law, s. 249.

⁶⁷⁰ Crawford, Creation of States, s. 489.

⁶⁷¹ Hugo Cyr, "Treaty Powers of Federated States and International Law", Jus Politicum, S. 17. <http://juspoliticum.com/article/Treaty-Powers-of-Federated-States-and-International-Law-1117.html> (27.10.2019)

⁶⁷² Ibid, dn. 22.

⁶⁷³ Ibid.

Cyr, federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğuna örnek olarak Belarus ve Ukrayna'nın SSCB'ye bağlı federe devletler iken BM'ye üye kabul edilmelerini verir, Shaw da aynı örneğe başvurur ancak ona göre federe devletlerin bir derecede uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaları, BM'ye üye olarak kabul edilmekle bu ölçüde uluslararası hukuk kişiliğini kazanmalarından kaynaklanmaktadır⁶⁷⁴. Ayrıca hukuk kişiliğinin tanımını da hakları ve borçları elinde bulundurabilme yeteneği olarak yapar⁶⁷⁵, dolayısıyla federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmalarını engelleyen bir husus bulunmamaktadır.

Değerlendirilecek olursa federe devletler tam manasıyla uluslararası hukukun kişisi değildirler, çünkü kendilerine yetki tanınmış ise de bu federal devletin iç hukukunda yapılan bir düzenlemeye dayanır ve böyle bir düzenlemenin sonucunda da federe devlet, federasyonu temsil eden bir birim haline gelir. Uluslararası hukuk kişiliği bakımından bunu *Oppenheim* amaçsal bir kişilik tanımı olarak nitelendirdiğinden buradaki kişiliği uluslararası örgütlerin fonksiyonel kişiliklerine benzetmek mümkün olabilecektir. Federal devletler tam bir uluslararası hukuk kişiliğine sahiplerken federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliği, eğer bir yetki verilmiş ise, kısmî bir niteliğe sahip olacaktır. Ancak federe devletlerin federal devletçe yetkilendirilmesinden anlamamız gereken federe devletin iç hukukta kendisine verilen bir görevi ifa eden bir organ olarak ele alınması ise bu durumda federe devlet ilgili uluslararası hukuk işlemi yapsa da bunu kendi hesabına değil federal devlet hesabına yapacak, federal devletin bir organı olarak davranacaktır. Bu halde de kendi hukuk kişiliği ile değil federal devletin hukuk kişiliği ile uluslararası hukuk işlemi yapmış olacaktır.

Doktrinde genel kabul gören görüşten farklı olarak *Cyr*, federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliği konusunda federal devletin düzenlemelerine bağlı olarak federe devletlerin de pekala uluslararası hukuk kişisi olabileceğini, bu kişiliğin doktrindeki yazarların belirttiği gibi “bir derece” yahut da “temsile dayalı” bir kişilik olmayacağını savunur⁶⁷⁶.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 27. maddesi uluslararası hukukun genel eğilimini gösteren bir madde olarak ele alınırsa uluslararası hukuka

⁶⁷⁴ Ibid.; Shaw, op. cit., s. 172.

⁶⁷⁵ Ibid.

⁶⁷⁶ *Cyr*, op. cit.

uyuma bakımından iç hukuk bir mazeret olarak öne sürülemeyecektir. Bu maddenin temsil ettiği genel eğilim doğrultusunda bir devlet kendi iç hukukunu uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleriyle çatışmayacak, uluslararası hukuka uymasını engellemeyecek biçimde düzenlemelidir. Federe ve federal devlet arasındaki yetkilerin paylaşımında esasen dış ilişkiler gibi tek elden yürütülmesi gereken konular federal devletin yetki alanında kabul edilse de günümüzde federal devletlerde federal ve federe devletlerin her türlü faaliyete belirli ölçüde katıldıkları ifade edilebilir⁶⁷⁷. İç ilişkilerinde nasıl bir düzene tâbi olduklarına göre federe devletlerin, kendilerine verilen yetkiler doğrultusunda uluslararası hukuk kişiliğine sahip olabileceği söylenebilecekse de kanaatimize göre bunun federal devletinkinden bağımsız bir kişilik olup olmadığı tartışmalıdır. Bunun dışında federe devlete iç hukukunda andlaşma akdetme yetkisi yahut da uluslararası hukuka ilişkin bir yetkinin verilmediği varsayımında federe devletin uluslararası hukuk kişiliğinin varlığından söz edilebiliyor ise bu durumda federe devletin uluslararası hukukun, devlet benzeri, kişisi olduğunun kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde, iç yetkilendirmeye dayalı olarak uluslararası hukukun kişisi olma amaçsal bir nitelik taşıyor ise yukarıda değindiğimiz gibi temsile dayalı bir hukuk kişiliklerinin bulunması gerekir.

Federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin tam olamama nedeni kendi iç işlerinde otonom olsalar da dış egemenliklerinin federal devlet tarafından mahsup edilmiş olmasına dayandırılır⁶⁷⁸. Ancak, federe devletlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin sınırlı ve kısmî bir niteliğe sahip olmasıyla sonuçlanan bu durum egemenlik kavramı ile uluslararası hukuk kişiliği arasında yanlış bir biçimde kurulan eşitlikten kaynaklandığı belirtilir⁶⁷⁹. UAD'nin Giderim Kararı'nda belirttiği üzere uluslararası hukuk kişileri kişiliklerinin doğası ve haklarının genişliği itibarıyla birbirlerinden farklı olabileceklerdir. Federe devletlerin sınırlı bir kapasitenin bulunması Cyr'e göre uluslararası hukuk kişiliğini engellememektedir, zira uluslararası hukuk yalnızca tam olarak egemen devletlerin hukuk kişiliklerinin bulunduğunu düzenlememektedir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Oktay Uygun, *Federal Devlet*, 3. b, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 2007, s. 153.

⁶⁷⁸ Okeke, op. cit., s. 41.

⁶⁷⁹ Cyr, op. cit.

⁶⁸⁰ Ibid.

2. BAĞIMSIZLIĞI KISINTILI DEVLETLER VE BENZERLERİ⁶⁸¹

Çalışmamızın bu başlığında koloniler, koruma altına alınan devletler, manda ve vesayet rejimine alınan devletler ile uluslararası hukukun uygulanmasında ilerleyen dönemlerde ortaya çıkan diğer bölgesel birimler ele alınacaktır. Bunların ortak özellikleri devlet benzeri birimin bir başka devlet ya da uluslararası örgüte bağlı olarak işlevlerini yürütüyor olmasıdır. Ancak sayılan tüm bu tabiiyet çeşitlerine göre bu devletler uluslararası hukuk kişiliği bakımından farklı statülere sahip olabilmekte zira bağımlılıkları farklı biçimlerde formüle edilmiş olabilmektedir.

USAD'ın önüne gelen ve 1931 yılında görülen Almanya ve Avusturya arasında Gümrük Rejimi Danışma Görüşü'nde yargıç *Anzilotti* belirtmiş olduğu ayrı görüşünde tâbi devletin tanımını yapmaktadır; buna göre, tâbi devletler bir veya daha fazla devletin otoritesi altındadır ve tâbi olunan devlet kendi iradesini hukuken empoze etmekte ve tâbi olan devlet de buna uyma yükümlülüğü altında bulunmaktadır⁶⁸². Bu tanımdan anlaşılacağı üzere tâbi devlet kendi egemenliğinden kaynaklanan hak ve yetkilerini bağımsız bir biçimde kullanamamaktadır.

Çelik tarafından bağlı, tâbi devletler bağımsızlığı kısıntılı devletler olarak terimleştirilmiş ve bunların yetkileri uluslararası hukuk kurallarının sebep olduğundan daha fazla sınırlandırılmış devletler olduğu belirtilmiştir⁶⁸³. Devletler uluslararası hukuk kurallarıyla andlaşmalara taraf olmak, yeni bir teamül kuralına uymak gibi biçimlerle bağlanırlar, uluslararası hukuk kurallarıyla bağlanan devletler uluslararası alanda sınırsız yetkiye ve egemenliğe sahip olmazlar. Bağlı buldukları kurallar onların hareketlerinin sınırlarını belirlemektedir. Ancak, devletlerin uluslararası hukuk kurallarına riayet ediyor olması onların bağımsızlıklarını zedelemez⁶⁸⁴. Çünkü uluslararası hukukla bağlı olan devletler, kendilerine benzer bir yapıya üstün otorite olarak bağlı olmamakta, iradeleriyle oluşumunu sağladıkları bir hukuk düzeni tarafından sınırlandırılmaktadırlar. Bu nedenle *Çelik*, bağımsız devletler ile tâbi devletler arasında bir farklılık ortaya koyarken yetkileri uluslararası hukukun

⁶⁸¹ Başlık olarak Edip Çelik'in egemenlik unsuru bakımından sınırlı devletlerin durumuna ilişkin tercih ettiği kavram tercih edilmiştir.

⁶⁸² Kararı zikreden Kaczorowska, op. cit., s. 194.: USAD, Almanya ve Avusturya Arasında Gümrük Rejimi Danışma Görüşü, No 41, 05.09.1931, Yargıç Anzilotti (ayrı görüş), s. 24.

⁶⁸³ Çelik, op. cit., s. 214.

⁶⁸⁴ Ibid.

öngördüğünden daha fazla kısıtlanmış olmayı ölçüt olarak zikretse de aslında bu durumda yetkiler uluslararası hukukun sınırlandırdığından daha farklı bir biçimde sınırlanmış olmaktadır. Bağımsızlığı kısıntılı olan devletlerin durumu uluslararası hukuk tarafından belirlense yahut da bağımsızlıkları uluslararası hukuk kuralları tarafından kısıtlanırsa da burada bağımsız bir devletin uluslararası hukuk kurallarıyla bağlanmasından daha farklı bir durum bulunmakta ve bu durum tâbi devletin bağımsızlığına ve hukukî egemenliğine etki etmektedir.

Anzilotti'nin anılan tanımına göre bir üstünlük ve tabiiyet ilişkisi kurduğundan tâbi devletin uluslararası hukuk kişiliği olamayacaktır, zira yine aynı görüşünde belirttiği üzere bağımsızlık uluslararası hukuk bakımından devletin taşınması gereken niteliklerden biridir ve egemenlik yahut da dış egemenlik olarak ifade edilebilir, devletin kendi üzerinde uluslararası hukuktan başka bir otorite kabul etmemesini ifade eder⁶⁸⁵. Diyebiliriz ki uluslararası hukukta tâbi devletlerin uluslararası hukuk kişilikleri bağımsız devletlerinkinden farklı bir değerlendirmeyi gerektirir. Çünkü bağımsız/egemen olmadıklarından devlet olmanın unsurlarını sağlamamaktadırlar.

Tâbi devletler yahut başlığımızda tercih ettiğimiz ifadeyle bağımsızlığı kısıntılı devletler tek tip değillerdir. Bir devlete, bir uluslararası örgüte bağlı kılınmış olabilecekleri gibi bağlılığın kurulma biçime göre ayrılacaklardır. *Brownlie*, tâbi devlet kategorisinin birbirinden farklı durumları ifade etmek için kullanıldığını ve bu durumların şunlar olduğunu saptamaktadır⁶⁸⁶:

-Temsil ve aracılık amacıyla kurulmayan, devletin unsurlarının sağlanmamasından kaynaklanan tamamen kontrol altına girme hâli olan tabiiyet,

-Egemenliğin belli oranda azalmasından dolayı başka bir devlete adlî ve idarî konularda imtiyaz sağlanması,

-Başka bir devletin dış ilişkilerde hukukî olarak aracılık ve temsile dayalı geniş yetkiler kullanması,

-Başka bir devletin tamamen ve sürekli kontrolünde olmamakla birlikte ona siyaseten bağımlı konuma gelmesine sebep olacak bir müdahaleye maruz kalınması,

⁶⁸⁵ USAD, Almanya ve Avusturya Arasında Gümrük Rejimi Danışma Görüşü, No 41, 05.09.1931, Yargıç Anzilotti (ayrı görüş), s. 24.

⁶⁸⁶ Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 131.

-Uluslararası alanda belli amaçlarla ortaya çıkan özel nitelikli uluslararası kişilik, manda, vesayet, koruma durumları.

Sayılan bu hallere bakıldığında tabiiyetin farklı nedenlerden kaynaklanabileceği, farklı derecelerde uygulanabileceği ve farklı birimlere tâbi olunabileceği görülmektedir. Bu nedenlerle tâbi devletin uluslararası hukuk kişiliği tabiiyetin nedeni ve derecesi doğrultusunda farklılıklar taşıyabilecektir. İlerleyen kısımda farklı tabiiyet türleri ve bunların uluslararası hukuk kişilikleri değerlendirilmeye çalışılacaktır. Başka bir devlete bağlı bulunma halleri, uluslararası hukuk tarafından görevlendirilmiş bir birime bağlı olma halleri ve devlet uluslararası hukuk kişiliğine dair kimi özel durumlar olarak sınıflandırılmış bu türlerden bazılarının artık uygulamasına rastlanmazken kimilerinin niteliği değişse de halen uygulanabildiği görülebilecektir.

a. Başka bir devlete tabiiyet

Başka bir devlete tabiiyet başlığında örnek olarak verilecek uygulamalar koloniler ve koruma statüsüne alınan bölge ve devletler olacaktır.

i. Koloniler

Çalışmamızın birinci bölümünde uluslararası hukukun gelişiminde 19. yüzyılın etkilerinden söz ederken koloniciliğe de değinmeye gayret ettik. Koloniler, sömürgeci devlet tarafından kendi kendilerini yönetemedikleri ve dolayısıyla egemen olmadıkları iddiasıyla yönetim altına alınan tâbi devletleri ifade etmektedir. O dönemin Avrupa Uluslararası Hukuku bakımından benimsenmiş olan uygarlaşma ölçütünü sağlamayan bu birimlerin uluslararası hukuk kişilikleri de bulunmamaktaydı, zira uygarlaşma eşiğini geçemedikleri için egemenliklerinden söz edilmezdi. Ancak koloni ilişkisinin bölgenin yöneticisi ile imzalanan bir andlaşmaya dayandığı durumlarda bu birimlerin uluslararası hukukun kişisi olarak kabul edilmemeleri hususu tartışmalı hale gelmiştir.

Uluslararası hukukun klasik teorisi ve kurallarına göre koloniler uluslararası hukuk kişiliğine sahip değildirlen, zira onların uluslararası ilişkileri sömürgeci devletin kontrolü altındadır⁶⁸⁷. Uluslararası ilişkilerinin sömürgeci devlet tarafından yürütülüyor olması kolonilerin devlet olmanın unsurlarından bağımsızlık ve egemenliği sağlamadıklarını göstermektedir. İleride değineceğimiz koruma statüsü altına alınmış

⁶⁸⁷ Kaczorowska, op. cit., s. 181.

devletler ile kolonilerin durumunu kıyaslayan *Oppenheim*, ilk gruptakilerin çeşitli derecelerde ayrı bir devlet niteliğine sahip olabildiklerini ancak kolonilerin ne devlet niteliğine ne de egemenliğe sahip olduklarından sömürgeci devletten ayrı uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmadıklarını belirtmiştir⁶⁸⁸. Koloni statüsündeki birimin ülke üzerinde hiçbir yetkisinin bulunmaması gerekmez. Yani kendi iç işlerini yönetebileceği gibi uluslararası ilişkilerinde de bazı yetkiler kullanabilecek olması koloninin uluslararası hukuk kişiliğinin bulunması olarak kabul edilmemektedir. Sömürgeci devletçe koloninin iç işlerinde ya da dış ilişkilerinde bazı yetkiler kullanmasına imkan sağlanması, sömürgeci devletin istediği zaman vazgeçebileceği bir temsil ilişkisi olarak anlaşılır⁶⁸⁹. Koloniye tanınan yetki, hatta temsil ilişkisi ifadesinden anlaşılacağı üzere bir görevlendirme olmaktadır. Buna, şu anda BM'ye üye bağımsız bir devlet olan Singapur'un 19. ve 20. yüzyıllarda gerek Malaya Federasyonu'nun bir parçası gerekse de federasyondan bağımsız olarak İngiltere kolonisi olduğu dönemdeki statüsü örnek verilir: koloni rejimi altındaki Singapur diğer devletlerle ticaret andlaşmaları yapmış, uluslararası örgütlere üye olmuştur, ancak Singapur'a tanınan bu yetki İngiltere'nin vetosuna tabidir⁶⁹⁰. Kolonilerin kendi yetkilerine verilen alanlara ilişkin faaliyetleri uluslararası toplumda doğrudan yer almalarına sebep olsa da koloni, sömürgeci devlet tarafından görevlendirilmiş bir resmî temsilci gibi faaliyet gösterebilecek ve bu da temsil ilişkisi niteliği taşıyacaktır⁶⁹¹. Buna göre koruma altına alınan devletlerden farklı olarak kolonilerin uluslararası hukukun kişisi olabilmelerinin söz konusu olmayacağı söylenebilir.

Ancak, tüm kolonilerin uluslararası hukuk kişiliğinden yoksun oldukları, uluslararası alanda doğrudan faaliyet gösterecekleri de bir temsilci olarak sömürgeci devleti temsil ettikleri sonucuna varılmaması gerekir. Kolonilere ilişkin her durum kendi özelliklerine, amaçlarına göre değerlendirilmeli, koloniler de bu özellikler ve amacın elverdiği biçimde yetkileri ve dolayısıyla uluslararası hukuk kişilikleri bakımından esnek bir sınıflandırmaya tabi tutulmalıdır; hatta iç hukuka göre koloninin statüsünün tayini uluslararası hukuk bakımından bölgenin karakteristiğini yansıtmıyor

⁶⁸⁸ *Oppenheim's International Law*, s. 275-6.

⁶⁸⁹ *Ibid*, s. 276.

⁶⁹⁰ *Kaczorowska*, op. cit., s. 182.

⁶⁹¹ *Oppenheim's International Law*, s. 278.

da olabilir⁶⁹². Sömürgeci devlet ve koloni arasındaki ilişkinin iç hukuktaki düzenlenişi, uluslararası hukukun tanımlarıyla ve terimleriyle bağdaşmıyor olabilir. Federasyondaki gibi burada da artık iç ilişki haline gelen sömürgeci devlet ve koloni arasındaki ilişkiye bakılması gereklidir, sömürgeci devlet koloniye uluslararası ilişkilerini sürdürmesi bakımından yetki tanımış olabilir. Sömürgeci devlet ile koloni arasındaki ilişkinin niteliği tam bir bağımlılık olmasına rağmen sömürge devlet tarafından koloniye tanınan yetki, onun uluslararası hukuk kişisi olmasına sebep olmazken aralarında tam bir bağımlılık ilişkisi olmayan sömürge-koloni rejimleri için bu soruya farklı cevaplar verilebilecektir. Ancak sömürge ile federasyon rejimleri arasındaki amaçtan kaynaklanan bir değerlendirme farklılığı olmaktadır, çünkü sömürge rejiminde kuvvetli bir tabiiyet federasyonlarda ise bir iş bölümü söz konusudur. Federe devletlerin sınırlı uluslararası hukuk kişileri olabileceği ifade edilirken tam tabiiyet altındaki kolonilerin sömürge devletin kendisine tanıdığı yetkileri ifa etmeye dayanan uluslararası ilişkiler kurabileceği, uluslararası hukukun kişisi olamayacağı ancak sömürge devletin bir organı ya da temsilcisi olarak hareket edebilecekleri söylenebilir. Fakat yine de koloni ile sömürgeci devlet arasında yapılan andlaşmanın hükümlerine, koloninin uluslararası hukuk kişiliğinin belirlenmesi bakımından, dikkat çekilmektedir⁶⁹³.

20. yüzyılda başlayan dekolonizasyon çalışmaları ile birlikte uluslararası toplum eski kolonilerin kendilerini yönetebilir hale getirilip bağımsız devletler olmaları, yeryüzünde tâbi devletlerin kalmaması programını benimsemiş görünmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1960 yılında yayımladığı Sömürge İdaresi Altındaki Ükelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine Dair Bildiri'yle koloni rejimi altındaki halkların self determinasyon hakkı tanınmış ve sömürgeciliğin hızlı ve koşulsuz biçimde sona erdirilmesi kararlaştırılmıştır⁶⁹⁴. Bağımsızlık öncesi aşamada bulunan koloni devlet ya da bunların ulusal bağımsızlık hareketlerine sınırlı uluslararası hukuk kişiliği atfedilmiştir⁶⁹⁵, böylelikle uluslararası alanda self determinasyon haklarını kullanabilecek ve uluslararası ilişkilerinde etkili olabileceklerdir. Bu bildiriden on yıl sonra yayımlanan BM Andlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkilere ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi'nde ise kolonilerle

⁶⁹² Ibid, s. 277.

⁶⁹³ Ibid.

⁶⁹⁴ BM GenK, 1514(XV), Kolonyal Devletlere ve İnsanlara Bağımsızlık Tanınmasına İlişkin Bildiri, 14.12.1960.

⁶⁹⁵ Kaczorowska, op. cit., s. 182.

özerk olmayan ülkelerin kendilerini yöneten devletlerden ayrı ve bağımsız bir statüye sahip oldukları, bu statünün koloni ya da özerk olmayan ülke halkının self determinasyon hakkını kullanmasına kadar süreceği belirtilmiştir⁶⁹⁶. Böylelikle sömürgeci devlet ile koloni arasındaki ilişkinin, koloninin self determinasyon hakkını kullanmasıyla sonuçlanması gerektiği eğer sonuçlanmamış ise de koloninin sömürgeci devletten ayrı ve bağımsız bir statüsünün bulunduğu ortaya konmuş olmaktadır. Uluslararası hukuk kişiliği bakımından tam olarak açık bir ifade olmasa da sömürgeci devlet ile kolonici devletin statülerinin birbirinden ayrılması sınırlı uluslararası hukuk kişiliğini ifade edebilecektir.

Yukarıda verilenler doğrultusunda kolonilerin uluslararası hukuk kişiliğini 1960 öncesi ve sonrası bakımından ayrıca değerlendirmek gerekir. 1960 yılı öncesinde kolonilerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olup olmadıkları sömürgeci devlet ile koloni arasındaki ilişkinin nasıl düzenlendiğine göre belirlenmekteydi. Eğer bu düzenlemeye göre kolonilerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaları, uluslararası alanda hak ve borçlara sahip olmaları söz konusu olacak ise kolonilerin uluslararası hukuk kişiliklerinden söz edilebilecektir. Ancak hem o zamanın uluslararası hukuk anlayışı düşünüldüğünde, koloniler uluslararası ilişkilerinin yürütülmesi bakımından sömürgeci devletin etkin kontrolü altındadır⁶⁹⁷, hem de sonrasında BM tarafından yayımlanan bildirgelere bakıldığında kolonilerin uluslararası hukuk kişiliklerinin vardysa da bunun sınırlı nitelikte olabileceği anlaşılmaktadır. 1960 sonrasında ise BM tarafından kolonilerin bağımsızlaştırılması, ülkesel sınırlarına riayet edilmesi ve self determinasyon haklarının işletilmesi araçlarıyla bağımsızlık anında tam bir uluslararası hukuk kişiliğine dönüşecek yine sınırlı bir uluslararası hukuk kişiliklerinin kabul edildiği ifade edilmektedir⁶⁹⁸.

ii. Koruma Statüsü Altındaki Devletler ve Bölgeler

Koruma statüsü altına alınan birimler hem ülkeler hem de devletler olarak ele alınır. Bunların ilkinin koruma statüsünün düzenlenmesinden önce devlet niteliğinin bulunmadığını ancak diğerinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Koruma altındaki ülkeler,

⁶⁹⁶ BM GenK, 2625(XXV), Birleşmiş Milletler Andlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirge, 24.10.1970.

⁶⁹⁷ Kaczorowska, op. cit., s. 182.

⁶⁹⁸ BM GenK, 1514(XV), Kolonyal Devletlere ve İnsanlara Bağımsızlık Tanınmasına İlişkin Bildiri, 14.12.1960.; Ibid.

19. yüzyılda bazı Avrupa Devletleri'nin Afrika ve Asya'nın ilkel olarak nitelendirdikleri kimi bölgelerinde yerel yönetici ile andlaşma ilişkisi kurarak oluşturulmuştur, bunlarda ülkenin iç işleri hâlâ yerel yönetici tarafından yürütülürken uluslararası ilişkileri münhasıran hami devletin yetkisine geçmiştir⁶⁹⁹. Böylelikle ilgili birim uluslararası ilişkilerini yönetmesi bakımından koruma statüsü altına girmiş olmaktadır. Ancak koruma statüsünün kurulmasına yönelik andlaşmanın bir tarafında hukuk kişiliği bulunmadığı kabul edilen ülke bulunduğundan eşitlik esasına dayalı bir uluslararası andlaşma hükmünde olmayabilecektir.

Koruma statüsü altındaki ülke bu statü kurulmadan önce hukuk kişiliği bulunmadığından statüsünün kurulmasıyla sınırlı bir hukuk kişiliğinin oluştuğu, koruma statüsünün kaldırılmasıyla da uluslararası alanda bağımsız hareket edebilmesini sağlayan tam hukuk kişiliğinin oluştuğu belirtilmektedir⁷⁰⁰. Buna göre koruma statüsünün amacı, ilgili ülkenin devlet olmanın unsurlarını sağlayarak bağımsız bir devlet haline gelmesi olarak anlaşılabilir. Ancak, her koruma andlaşmasının bu amaç doğrultusunda, sorunsuz biçimde uygulandığını söylemek mümkün olmasa da kuruluşlarına ilişkin bu husus onları kolonilerden ayırmaktadır, koruma statüsündeki ülkelerden farklı olarak ise devletlerin koruma andlaşması ile hukuk kişiliklerinin ortadan kalkmadığı bazı yetkilerini kullanamaz hale geldikleri belirtilir⁷⁰¹.

Koruma altındaki devlet ise hem bu statünün kurulmasından önce uluslararası hukukun kişisidir hem de statünün kurulmasından sonra uluslararası hukuk kişiliğini korur; ancak uluslararası yetkilerini koruyucu devlete teslim etmektedir⁷⁰². Koruma statüsü altına alınan devletlerin korunmasının kapsamı ve sonuçları iki devlet arasındaki koruma andlaşmasının hükümlerine göre değişiklik gösterebilmektedir⁷⁰³. Genel olarak koruma altındaki bölgede belli bir yönetim yapılanması mevcuttur ve rutin yönetim faaliyetleri yerine getirilmektedir, hami devlet dış ilişkileri tamamen kendi yetkisinde tutarak korunan bölgede yerel yönetime az ya da çok iç işlerini yürütme yetkisi tanımış olabilir⁷⁰⁴. Koruma altındaki devlet ya da ülkelerle ilgili önemli hususlardan biri özel

⁶⁹⁹ Çelik, op. cit., s. 214.

⁷⁰⁰ Kaczorowska, op. cit., s. 182.

⁷⁰¹ Çelik, op. cit., s. 214.

⁷⁰² Oppenheim's International Law, s. 267.

⁷⁰³ Ibid.

⁷⁰⁴ T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, Boston: D. C. Heath and Co. Publishers, 1895, s. 162.

durumun niteliklerine göre değişkenlik göstermesi ve bu statünün hukukî kesinlikten uzak olmasıdır⁷⁰⁵, bu nedenle koruma altındaki devletlerin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin standart bir belirleme yapmak güçleşmektedir. Fakat elbette ki koruma altındaki bir devletin uluslararası hukuk kişiliği tam olarak mevcut olmayacaktır, zira koruma statüsü tam da uluslararası ilişkilere ilişkin bir statüdür ve koruma altına alınan devletin hukuk kişiliğine az ya da çok etki edecektir. Ancak koruma altına alınan devletin insan topluluğu koruma altına alan devletin insan topluluğu olarak kabul edilmediğinden⁷⁰⁶ koruma statüsünün tam bir tabiiyet anlamına geldiği söylenemeyecek, koruma altına alınan devlet ile hami devlet ayrı statüye sahip olacaktır.

Her koruma ilişkisine göre değişkenlik gösterebilecek bu durum elbette koruma andlaşmasına bakılarak belirlenebilir. Koruma andlaşmasıyla koruma altına alınan devlet ve hami devletin sahip oldukları hak ve yükümlülükler karşılaştırılır, koruma statüsünün niteliği gereği korunan devlet her zaman bazı amaçlarını yerine getirebilmek için uluslararası hukuk kişiliğini korur⁷⁰⁷. ABD Vatandaşlarının Fas'taki Hakları davasında UAD, Fransa'nın koruması altında olsa da Fas'ın bir devlet olarak uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğunu belirtmekte, kurulan koruma statüsüne rağmen Fas'ın egemen bir devlet olarak kaldığı ancak bazı egemen faaliyetlerin ifası için sözleşmesel bir ilişki içerisine girdiğini belirtmektedir⁷⁰⁸. Çelik'e göre de bağımsızlığı kısıtlanan devletlerin uluslararası hukuk kişilikleri ortadan kalkmaz, bunlar yalnızca bağımsız bir devlet olmaları halinde sahip olacakları yetkilerin bir kısmını kullanamaz hale gelirler⁷⁰⁹. Böylelikle koruma altındaki devletler uluslararası hukuk kişiliğinden tamamen yoksun durumda değildir, hami devlet ile aralarındaki andlaşma hükümlerine göre uluslararası hak ve yükümlülüklerini elde tutabileceklerdir. Koruma statüsünün sona ermesiyle koruma altına alınan devlet bu statü süresince askıda olan tam bağımsız egemenliğini sürdürmeye, dolayısıyla uluslararası hukukta bağımsız bir devlet olmaya, devam edecektir⁷¹⁰. Bu durumda koruma statüsü altına alınan devletin uluslararası hukuk kişiliği ortadan kalkmamış olduğundan bu statünün kalkmasıyla

⁷⁰⁵ Oppenheim's International Law, s. 268-9.

⁷⁰⁶ Lawrence, op. cit., s. 164.

⁷⁰⁷ Oppenheim's International Law, s. 269.; Meray, Uluslararası Hukuk ve Örgütler, s. 63.

⁷⁰⁸ UAD, ABD Vatandaşlarının Fas'taki Hakları, Fransa v. ABD, 27.09.1952, s. 185,188.

⁷⁰⁹ Çelik, op. cit., s. 214.

⁷¹⁰ Oppenheim's" International Law, s. 271.

uluslararası hukuk kişiliği değil, devlet olmanın unsurlarından bağımsızlığı, egemenliği tamamlanmış olacaktır.

iii. Ortak Yönetim Altındaki Devletler (Condominium, Co-imperium)

Condominium ve *coimperium*, koloni ve koruma rejiminden kuruluşları ve amaçları doğrultusunda ayrılan ortak yönetim halleridir. Bunların ilki olan *condominium*da ilgili bölge ve onun vatandaşları iki ya da daha fazla devlet tarafından egemenlik altına alınmaktadır, *co-imperium*da ise yine ikiden fazla devlet ilgili bölgeyi ne kendi egemenlik alanlarına eklerler ne de ayrı bir uluslararası bölge kurarlar; burayı bir uluslararası birim olarak birlikte yönetirler⁷¹¹. *Co-imperium*un yakın tarihli bir örneği olarak 2. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'nın durumu verilmektedir; bu süreçte Alman Devleti'nin hiçbir zaman ortadan kalkmadığı, mevcut durumun ise hukukî temsil yahut gereklilik hali benzeri bir durum olduğu ifade edilmektedir⁷¹². Yani *condominium* uluslararası hukuk kişiliği ortadan kalkarak birden fazla devletin egemenliği altına alınan bir birimin durumunu ifade ederken *co-imperium*da uluslararası hukuk kişiliğinden kaynaklanan kapasitenin kullanılması birden fazla devletin yetkisine, geçici olarak⁷¹³, alınmış olmaktadır.

Koloni ve koruma rejiminden tek farkları tabiiyetin birden fazla devlete karşı olması değildir. Koruma ve koloni rejimlerinde zora dayansa da bir anlaşma söz konusudur ve egemenlik ilkinde devam edebilirken ikincisinde, bazı istisnai haller haricinde, bağımsız bir biçimde devam etmeyecek biçimde aradaki ilişkiye göre belirlenir⁷¹⁴, ortak yönetimde ise anlaşmanın varlığından değil egemenliğin iki veya daha fazla devlet tarafından kullanılmasından söz edilmektedir⁷¹⁵. Egemenliğin yahut da devlet niteliğinin ortadan kalkması bakımından farklı sonuçlar doğacağından bu durum uluslararası hukuk kişiliğine de yansıtacaktır.

b. Uluslararası Hukukça Görevlendirilen Birime Tabiiyet

Bir ülkesel birimin uluslararası hukukun görevlendirdiği birime tabiiyet halleri manda ve vesayet halleri, uluslararasılaştırılmış bölge statüsü ve BM idaresine konmuş

⁷¹¹ Kaczorowska, op. cit., s. 183.

⁷¹² Ibid.

⁷¹³ Ibid, s. 168.

⁷¹⁴ Oppenheim's International Law, s. 267, 274-275, 278.; Çelik, op. cit., 214.

⁷¹⁵ Kaczorowska, op. cit., s. 183.

birimler olabilecektir. Çeşitli gerekliliklerden doğan bu statüleri bir önceki başlıktan ayıran görünürde bir devlete tâbi olursa da devletin uluslararası hukukun bir görevlisi olarak kabul edilmesidir. Bu nedenle de tabiiyet aslında uluslararası hukuktan kaynaklanmakta, onun gereklilikleri dolayısıyla ortaya çıkmaktadır.

i. Manda ve Vesayet Rejimi Altındaki Devletler ile Kendi Kendini Yönetemeyen Bölgeler

Biri 1. Dünya Savaşı'ndan diğeri de 2. Dünya Savaşı'ndan sonra hukukî kurumlar olarak uluslararası hukuk literatürüne giren manda ve vesayet kavramları ile bu rejimler altındaki birimlerin uluslararası hukuk kişiliğinden bu başlıkta söz edilecektir. Manda rejimi 1. Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan barış andlaşmalarının bir parçasını oluşturan Milletler Cemiyeti Misakı'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre 1. Dünya Savaşı sonrasında parçası oldukları devletlerden ayrılan ülkeler, herhangi bir devletin hakimiyetine girmelerine müsaade edilmeksizin bazı devletlerin mandaterliğine, yani cemiyet adına yönetilmek üzere söz konusu devletlerin idarelerine bırakılmışlardır.

22. maddede üç farklı manda uygulaması yapılacağı yer almaktadır, bu uygulamalar 3. fıkradaki esaslara göre değişkenlik göstermektedir. İlgili bölge halkının gelişmişlik derecesine, bölgenin coğrafi konumuna, ekonomik şartlarına ve diğer benzer nedenlere göre hangi tür manda rejiminin uygulanacağı kararlaştırılacaktır⁷¹⁶. Manda rejiminin uluslararası gözetim ve kontrol fonksiyonlarını yerli halkın refahını ve gelişimini sağlamaya yönelik olarak, uluslararası bir kurum aracılığıyla ve uluslararası bir amaç doğrultusunda, uygarlığın kutsal sorumluluğu gereği yerine getirmesi gerektiği UAD tarafından Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü danışma görüşünde tespit edilmiştir⁷¹⁷. Dönemin uluslararası hukuku tarafından manda rejiminin uygulanması, yerli halkın gelişiminin sağlanmasını hedefleyen bir görev olarak kabul edilmektedir.

22. maddenin 4. fıkrasında ilk manda türü olarak Türk (Osmanlı) İmparatorluğu'ndan ayrılan belirli topluluklara uygulanacak olan manda ele alınır⁷¹⁸: Bunlar *belli bir ilerleme aşamasına erişmişlerdir*, tek başlarına ayakta durabilecekleri zamana dek bir mandater devletin *yönetim bakımından tavsiyelerine ve yardımlarına*

⁷¹⁶ Milletler Cemiyeti Misakı, 22/3.

⁷¹⁷ UAD, Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü, Danışma Görüşü, 11.07.1950, s. 132.

⁷¹⁸ Milletler Cemiyeti Misakı, 22/4.

ihtiyaçları vardır ve mandaterin seçiminde bu toplulukların istekleri ilkesel olarak ele alınacaktır. 5. fıkrada diğer halklara, özellikle Orta Afrika halklarına uygulanacak manda türü düzenlenir⁷¹⁹: Mandater devlet “bölgenin yönetiminden, kamu düzenine ve ahlak kurallarına uygun olarak din ve inanç özgürlüğünün sağlanmasından, köle, alkol ve silah ticareti gibi kötüye kullanımların yasaklanmasından, tahkimat, ordu ve deniz üsleri kurulmasının ve yerli halkın kolluk ve bölgenin savunması amacını aşan askeri eğitim almasının engellenmesinden ve Milletler Cemiyeti'nin her üyesinin ticaret ve alım satım konularında bu bölgede eşit imkanlara sahip olmasından sorumlu” kabul edilmektedir. Son manda türünün uygulanacağı bölgeler 6. fıkrada belirtildiği üzere Güney Batı Afrika ve Güney Pasifik Adaları'dır⁷²⁰: Bu bölgeler “nüfus yoğunluklarının az olması, yüzölçümlerinin küçük olması, uygarlık merkezlerine uzaklık, mandater devletin ülke topraklarına bitişik olması ya da başka durumlar nedeniyle yerli halkın yararına olarak yukarıda bahsedilen güvenceler saklı kalmak kaydıyla en iyi biçimde mandater devletin yasalarıyla ve onun ülkesinin bir parçası gibi yönetilirler”.

Misakta yer alan bu ayrıntılı manda düzenlemesinde ilk gruptakiler diğerlerine nazaran daha fazla gelişmiş birimlerdir, bunların mandater devletin belirlenmesi bakımından hakları bulunur. Oppenheim manda rejimi altına konacak devletlerin politik gelişmişlik yönünden sınıflandırıldığını, ilk gruba İngiltere mandasına verilen Irak'ı, ikinci gruba Belçika mandasına verilen Ruanda Urundi'yi, son gruba da Yeni Zelanda mandasına verilen Samoa'yı örnek göstererek belirtir⁷²¹.

Manda rejimi altına konan bölgeler mandater devlete katılmış sayılmazlar, UAD tarafından Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü kararında manda rejimi kurmanın bir bölgeden feragat ya da bir bölgenin başka bir devlete transferi anlamına gelmediği vurgulanmaktadır⁷²². Nitekim 6. fıkrada yer alan mandater devletin yasalarıyla ve onun ülkesinin bir parçası gibi yönetilmekten kasıt da budur, manda rejiminde mandater devlet yönetim faaliyetini kendi adına değil Milletler Cemiyeti adına gerçekleştirir ve yine 22. maddenin 7. fıkrasına göre Milletler Cemiyetine yıllık rapor gönderme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Yani burada mandater devlet, Milletler Cemiyeti tarafından görevlendirildiğinden onun bir organı, temsilcisi gibi hareket etmektedir.

⁷¹⁹ Ibid, 22/5.

⁷²⁰ Ibid, 22/6.

⁷²¹ Oppenheim's International Law, s. 296, dn. 5.

⁷²² UAD, Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü, Danışma Görüşü, 11.07.1950, s. 132.

Milletler Cemiyeti döneminde Güney Batı Afrika'nın mandater devleti olan Güney Afrika söz konusu bölgeyi 2. Dünya Savaşı'ndan sonra vesayet rejimine bırakmayı reddetmiş⁷²³, UAD vermiş olduğu danışma görüşünde Güney Afrika'nın bölgenin uluslararası statüsünü tek başına düzenleme yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir⁷²⁴. Mandater devlet olma uluslararası toplumun bir temsilcisi olarak üstlenilmiş bir görevin ifasını içerir, manda rejimi altına alınan ülkenin mandater devlet ülkesi sayılmasına imkân vermediğinden ilgili bölgeye ilişkin kararların uluslararası mekanizmalarla alınması gereği olağandır, zira manda rejimi bir ülkenin başka bir devlete tabiiyetini değil uluslararası korunma altına alınmasını düzenler.

4. fıkra kapsamında manda rejimi altına alınanların, ki bunlara A grubu denmektedir, mandater devletten ayrı, bağımsız statüleri nedeniyle sınırlı da olsa uluslararası andlaşma yapma kapasiteleri vardır⁷²⁵. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1931 yılında yayımladığı uluslararası mandalara ilişkin raporda manda rejimi altındaki toplumların uluslararası hukukun öznesi oldukları, mandater devletten ayrı bir statüye, kendi hak ve yükümlülüklerine sahip olabilecekleri ve mandaya ilişkin kurallarla manda rejimi altındaki bölgenin ne zaman ve ne ölçüde hangi uluslararası kapasiteye sahip olduğunun belirleneceği ortaya konmuştur⁷²⁶. Aslında uluslararası kurumlarla sistemleştirilmiş bir koruma rejimi olarak düşünülebilecek manda ile nihaî olarak bu rejim altındaki ülkelerin bağımsız devletler olmalarını hedeflediği ve bağımsızlığa en yakın ülkeler olarak A grubundakilerinki en geniş olmak üzere uluslararası alanda hakları ve yükümlülükleri doğrultusunda hukuk kişilikleri bulunabilecektir.

2. Dünya Savaşı'nın ardından Birleşmiş Milletler'in kurulmasıyla uluslararası alanda yeni bir kurumsal sistem ve yeni bir denge ortaya çıktı. BM Andlaşması'nın kabulüyle Milletler Cemiyeti sistemine göre manda rejimi altına alınmış bölgelerin bazıları bağımsızlıklarının tanınması yerine bu andlaşmayla oluşturulan yeni bir statüye dâhil edilerek vesayet altına konmuş⁷²⁷, Pasifik Okyanusu'ndaki bazı adalar ise

⁷²³ Shaw, op. cit., s. 177.

⁷²⁴ UAD, Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü, Danışma Görüşü, 11.07.1950, s. 143.

⁷²⁵ Oppenheim's International Law, s. 297.

⁷²⁶ Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Les mandats internationaux, 31.07.1931, Madde 6. http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/1931_camb_01_fr.pdf, (20.10.2017); Crawford, Creation of States, s. 574.

⁷²⁷ Oppenheim's International Law, s. 300.

güvenlik gerekçesiyle Vesayet Konseyi'nin değil Güvenlik Konseyi'nin denetimine bırakılmıştır⁷²⁸.

Vesayet rejimi yeni bir sistem getirmesi ve farklı bir ad taşımasına rağmen esasında manda rejimi ile aynı amaçlar doğrultusunda kurulmuştur⁷²⁹. BM Andlaşması'nın 12. bölümü vesayet sistemini, 13. bölümü ise Vesayet Konseyi'ni düzenlemektedir. 75. maddede BM'nin otoritesi altında ve bundan sonra yapılacak bireysel andlaşmalarla belli bölgelerin yönetim ve gözetimine ilişkin bir vesayet rejimi kurulacağı, 76. maddede ise BM'nin 1. maddesindeki amaçlara uygun olarak bu sistemin amaçlarının neler olduğu ortaya konur.

77. maddede hangi bölgelerde vesayet rejimi kurulacağı belirtilmiştir, bunlar; manda rejimi altında bulunan bölgeler, 2. Dünya Savaşı sonrasında yenilen devletlerden ayrılan bölgeler, bölgenin yönetiminden sorumlu devlet tarafından gönüllü biçimde vesayet rejimi altına sokulan bölgelerdir. 78. maddeye göre vesayet rejimi, aralarındaki ilişki egemen eşitliğine dayanan BM üyesi devletler için uygulanmayacaktır. 79. maddeye göre ise vesayet rejiminin şartları ilgili devletler tarafından kararlaştırılacaktır, eğer bölge öncesinde manda rejimi altında ise mandater devlet de ilgili devletlerden kabul edilir. Andlaşma'nın 82. maddesi bir vesayet andlaşması ile stratejik bölgelerin belirlenebileceğini, stratejik vesayeti düzenler. 83. maddeye göre stratejik bölgeler için Güvenlik Konseyi⁷³⁰ ve 85. maddeye göre diğer bölgeler için Genel Kurul tarafından vesayet rejimini kuran andlaşmanın onaylanması gerekmektedir.

Vesayet rejiminin amaçlarından konumuz bakımından önem arz edeni 76. maddenin b bendinde belirtildiği gibi vesayet rejimi altındaki bölge halklarının kendi kendilerini yönetmelerine ve bağımsızlıklarını sağlamalarına doğru bir gelişim göstermelerini kolaylaştırmak amaçlanmaktadır. Vesayet rejimi ile BM çerçevesinde somutlaşan uluslararası irade, bu bölgelerin devlet statüsüne ve tam bir uluslararası hukuk kişiliğine ulaşmasını hedefler. Vesayet altındaki bölgenin yerlileri vasi devletin vatandaşı olmazlar, vesayet rejimi altındaki bölgelerde vasi devlet, vesayet altındaki bölge ve BM bayrağı birlikte kullanılır; nitekim çeşitli vesayet andlaşmalarında

⁷²⁸ Shaw, op. cit., s. 176.

⁷²⁹ Oppenheim's International Law, s. 308.

⁷³⁰ BM GüvK, S/RES/21, 02.04.1947.

egemenliğin vasi devlete devredilmesine ilişkin bir niyetin olmadığı, vurgunun bağımsızlık ve kendi kendini yönetebilmeye yapıldığı söylenmektedir⁷³¹.

Manda ve vesayet rejimi altındaki bölgelerin uluslararası hukuk kişilikleri hakkında genel kabul tam uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmadıkları, buna sahip olsalar dahi bunu kullanamadıklarıdır. Bu iki rejim türü de çeşitli uluslararası andlaşmalar ile kurulmakta, ancak bu andlaşmalarla mandater yahut vasi devletlerin yükümlülükleri bölge halkına karşı değil andlaşmanın diğer taraflarına karşı üstlenilmiş olmaktadır⁷³². Manda rejiminin Milletler Cemiyeti Misakı'nın 22. maddesine aykırı şekilde sürdürülmesi durumunda 4. fıkra kapsamında rejim altına alınan bölge halkının dilekçeleri bunların barış andlaşmalarına taraf olmadıkları gerekçesiyle göz önünde bulundurulmamıştır⁷³³. Özellikle 4. fıkra kapsamındaki bölgelerin haklarının bazı manda andlaşmalarında yer aldığı ve Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler'in uygulamalarında da bazı hakların kabul gördüğü ifade edilmekle birlikte⁷³⁴ bunun tam uluslararası hukuk kişiliği sağlamadığı kanaatindeyiz. Ancak, uluslararası hukuk uygulamasından hukuk kişiliklerinin çıkarılabileceği ve uygulamanın bunların uluslararası ve ayrı statüsüne atıf yaptığı da göz önünde bulundurulmalıdır⁷³⁵.

Uluslararası hukuk kişilikleri bakımından en belirleyici özelliklerinden biri hem manda hem de vesayet rejimi altındaki bölgelerin self determinasyon bölgeleri olduğudur⁷³⁶. Özellikle dekolonizasyon sürecinde self determinasyon hakkının bölgelerin bağımsız yönetime kavuşması, devlet niteliğine ve uluslararası hukuk kişiliğine sahip hale gelmesi bakımından oynadığı rol oldukça belirleyicidir. Manda rejimi de vesayet rejimi de sosyopolitik yeterlilikler, ülkenin özellikleri nedeniyle dereceli sistemler olarak dizayn edilmişlerdir. Her iki sistemde de en üst derecede olan bölgeler uluslararası hukukta daha geniş haklara ve borçlara sahip olacak ve ilerleyen derecelere göre bu haklar ve borçlar azalacak, dolayısıyla da uluslararası hukuk kişiliğinin sınırlılığı artacaktır.

⁷³¹ Ibid, s. 317-8.

⁷³² Crawford, *Creation of States*, s. 574.

⁷³³ Quincy Wright, *Mandates Under The League of Nations*, Chicago: University of Chicago Press, 1930, s. 119, 458'den aktaran Crawford, *Creation of States*, s. 574.

⁷³⁴ Ibid.

⁷³⁵ Ibid.

⁷³⁶ Ibid.

Kendi kendini yönetemeyen bölgeler, vesayet rejimi altına konanlardan farklı olarak BM Andlaşması 73 ve 74. maddelerde, Kendi Kendini Yönetemeyen Bölgelere İlişkin Bildirge başlığını taşıyan 11. bölümde ele alınmıştır. Buna göre, kendini yönetemeyen bölgelerin yönetiminden sorumlu bulunan ya da bunu yüklenen BM üyelerinin söz konusu bölgeyi kendini yönetecek noktaya getirmeyi, bölgenin kendi bağımsız siyasi kurumlarını geliştirmesini sağlamayı ve ilerlemeye ilişkin konularda Genel Sekreterliği düzenli olarak bilgilendirmeyi kabul etmişlerdir. Statünün bu bölümü kolonilere, koruma altındaki bölgelere ve diğer tüm koloni yönetimlerine uygulanabilir kabul edilir; bu nedenle de 11. bölüm yalnızca egemenlik meselesine değil bölge ve insanların gelişimine yöneliktir⁷³⁷. Bunun vesayet rejiminden farkı BM'nin sürece dahil oluşu bakımındandır, vesayet rejiminde Genel Kurul ve vesayet altındaki stratejik bölgeler bakımından Güvenlik Konseyi yetkilendirilmişti, ancak burada yalnızca Genel Sekretere bilgi verilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Öte yandan bu bölümün lafzı itibarıyla bildiri olması nedeniyle bağlayıcı bir hukukî yükümlülüğün ziyade koloni politikalarına yönelik bir açıklama olduğu ifade edilmiş olsa da BM Andlaşması'nın bir bölümünü oluşturması nedeniyle lafzına bakılmaksızın ifade edilenin hukukî bir yükümlülük olduğu genel kabul görmüştür⁷³⁸.

BM Andlaşması'nın 73/b maddesi, yani bölge halklarının kendi kendilerini yönetecek duruma gelmelerinin sağlanması gereği ve self determinasyon ilkesinin varlığı kendi kendini yönetemeyen bölgelerin yöneticisi konumundaki devletin söz konusu bölge üzerindeki egemenliğini sınırlandırmaktadır⁷³⁹. Bu nedenle kendi kendini yönetemeyen bölge üzerindeki egemenliğin parçalara ayrılmış bulunduğunu ve her ne kadar büyük kısmı yöneten devlette bulunsa da bunun tam bir egemenlik teşkil etmeyeceği ortadadır. Kendi kendini yönetemeyen bölgelerin hukuk kişilikleri hakkında koloni başlığında yaptığımız açıklamayı kısaca hatırlayacak olursak öncelikle kendilerini yöneten devletlerden farklı bir statüye sahiplerdi ve dekolonizasyon sürecinin sonunda kendi kendilerini yönetebilir hale, devlet haline, tam bir hukuk kişisi haline gelmeleri hedefleniyordu. Bu durumda kendi kendini yönetemeyen-özerk olmayan devlet statüsünde iken de uluslararası hukuk kişiliği tam bir niteliğe sahip olmayacak, koloniler gibi belli bir düzeyde olabilecektir.

⁷³⁷ Ibid, s. 613.

⁷³⁸ Oppenheim's International Law, s. 291.

⁷³⁹ Crawford, Creation of States, s. 615.

Günümüz uluslararası hukukunda manda ve vesayet rejimleri uygulanmamakta, devlet benzeri birimler daha çok *de facto* yönetimler ve BM tarafından yönetimin organize edildiği birimler söz konusu olmaktadır. Uluslararası alanda kolonilerin, koruma altına alınan devletler ve bölgelerin, manda ve vesayet rejimi altına konan ülkelerin, genel ifadeleriyle kendi kendini yönetemeyen bölgelerin hukuk kişiliklerine etki eden ilgili ülkenin bağımsızlık düzeyi, kamu örgütlenmesi, egemenliği ve bunun yanı sıra da mandater, vasi devletten ayrı statüsü olmuştur. Unsurlarındaki eksiklikler dolayısıyla devlet niteliğinde kabul edilmeyen bu birimler uluslararası alanda ya kendileri andlaşmalar imzalamak yoluyla yahut da uluslararası örgütlerin kararlarıyla rejim altına alınmışlardır. Uluslararası alanda dekolonizasyon sürecinin başlamasıyla bu birimlerin self determinasyon hakları var kabul edilmiştir. Böylelikle özellikle self determinasyon haklarının tanınması çerçevesinde halen rejim altında bulunan ülkelerin sınırlı uluslararası hukuk kişiliği tanınmış olmaktadır. Öncesinde ise aradaki andlaşma, ülkenin gelişmişlik düzeyi ve uluslararası ticaret bakımından önemi gibi göstergeler rejim altındaki birimin uluslararası hukuk kişiliği hakkında bilgi verebilmektedir. Hukuk kişisi olamayacakları gibi bir kural bulunmadığından haklarının ve yükümlülüklerinin ölçüsünde sınırlı hukuk kişilikleri bulunabilecektir.

ii. Uluslararasılaştırılmış Bölgeler

Uluslararasılaştırılmış bölge uygulamalarına sınır uyuşmazlıkları yahut da bölgenin çeşitli özellikleri dolayısıyla ayrı bir statünün uluslararası toplumca gerekli görülme hallerinde başvurulmuştur. Her zaman nedeni spesifik bir biçimde ifade edilmese de uluslararası toplumun menfaatlerinin uzlaştırılması için uygulanan bir yöntem olduğu söylenebilecektir.

Uluslararası hukukun geçmiş uygulamalarında özellikle barış andlaşmalarıyla bazı bölgelerin uluslararasılaştırılmasında kimi gereklilikler görüldüğü ve böylece ilgili bölgelere sınırlı uluslararası hukuk kişiliği tanındığı görülmektedir⁷⁴⁰. Birden fazla devletin üzerinde egemenlik iddia ettiği ve bu konuda siyasî bir uzlaşımın sağlanamadığı, nüfusu itibarıyla önceden egemenliği altında bulunduğu devletten ayrılan yahut da ekonomik etkinliği bakımından uluslararası bir statüye sahip olmasında

⁷⁴⁰ Kaczorowska, op. cit., s. 198.

uluslararası toplumun yarar gördüğü bölgeler bu kapsamda düzenlenmiş olabilir⁷⁴¹, bu yüzden de çok çeşitli nedenler bu otonom birimlerin uluslararası koruma, gözetim yahut garanti altına alınmasına sebep olmuştur⁷⁴².

1. Dünya Savaşı'ndan sonra bazı bölgelerin uluslararasılaştırılmasının sıklıkla karşılaşılan bir durum olduğu ve bunun en uç uygulamasının Tanca'nın uluslararasılaştırılmasında ortaya konduğu belirtilir⁷⁴³. Bu tür bölgelere örnek olarak Danzig, Memel, Trieste, Krakov, her ne kadar uygulamaya konmamış olsa da Kudüs gibi bölgeler gösterilmektedir⁷⁴⁴. Uluslararası hukuk teorisinde alışılmışın dışında ve tartışmalı deneyler olarak kabul edilmiş bu rejimlerin temelinde değinildiği üzere farklılaşan amaçların olabileceği özellikle Danzig, Saar ve Yukarı Silezya bölgelerinin self determinasyon ve azınlıkların korunması amaçları doğrultusunda uluslararasılaştırılmış hale getirildiği ifade edilir⁷⁴⁵. Sürekli bir statü olarak planlanmış olsalar da uluslararasılaştırılmış bölgeler bir müddet sonra öyle veya böyle ortadan kalkmışlardır⁷⁴⁶. Bunun nedeni olarak bu deneysel yönetim birimlerinin, self determinasyon prensibi ile yükselen ulusalcılık hareketleri arasında bir ahenk oluşturma hedefini yakalamakta başarısız olmaları, daimi bir politik ve diplomatik gerilim konusu teşkil etmeleri belirtilir⁷⁴⁷. Ancak bunlar arasında Tanca uluslararasılaştırılmış bölgesi, bir manevî prensibe dayanmadığından, yaklaşık 20 yıl süren uluslararasılaştırılmış bölge furyası içinde uzun süren bir örneği teşkil eder⁷⁴⁸. Tanca bakımından self determinasyon, insan haklarının korunması gibi ahlakî yönü bulunan uluslararası hukuk kuralları değil devletlerin geçmişten gelen çatışan menfaatlerinin uyumlaştırıldığı söylenebilecektir.

⁷⁴¹ Crawford, *Creation of States*, s. 236-237.; Nathaniel Berman, "But the Alternative is Despair": European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law", *Harvard Law Review*, C. 106, S. 8, 1993, ss. 1792-1903, s. 1878.

⁷⁴² Crawford, *Creation of States*, s. 233.

⁷⁴³ David J. Bederman, "The Souls of International Organizations: Legal Personality and the Lighthouse at Cape Spartel", *Virginia Journal of International Law*, C. 36, S. 2, 1996, ss. 275-377, s. 293. Fas'ta yer alan Cape Spartel, Akdeniz'deki deniz ticaretinin önemli noktalarından biridir ve seyrüsefer için burada bir deniz fenerinin inşa edilmesinde birçok devletlerin menfaati bulunmaktadır.

⁷⁴⁴ Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 118.; *Ibid.*, s. 293.; Crawford, *Creation of States*, s. 234-6.

⁷⁴⁵ Berman, *op. cit.*, s. 1874.

⁷⁴⁶ Crawford, *Creation of States*, s. 244.

⁷⁴⁷ Bederman, *The Souls of*, s. 330.

⁷⁴⁸ *Ibid.* Tanca bölgesinin uluslararasılaştırılmasının temelinde diğer uluslararasılaştırılmış bölgeler gibi self determinasyon ilkesi benzeri bir ahlakî ilkenin bulunmadığı, bölge üzerindeki egemenlik ve etkin kontrol iddiaları nedeniyle uluslararasılaştırılmış bir rejim altına konulduğu belirtilir. Akdeniz'de seyrüsefer halindeki gemilerin güvenliğini temin etme amacıyla kurulmuştur.

Örnek olarak Danzig'i aktaracak olduğumuz uluslararasılaştırılmış bölgeler meselesinin önemli noktalarından biri kapsam ve nitelikleri bakımından çeşitlilik arz edebilecek olmalarıdır⁷⁴⁹. Daha önce ifade ettiğimiz gibi farklı nedenlerle kurulduklarından hem kuruluşlarına ilişkin varılan uzlaşma farklı ilkelere dayanabilecek hem de bunun uygulanması farklı sonuçlar doğurabilecektir bu yüzden de tek tip bir uluslararasılaştırılmış bölge tanımı yahut uygulaması mevcut değildir. Bunların en başarılısı olarak USAD'ın kararlarına da konu olan Danzig Serbest kenti gösterilmektedir⁷⁵⁰.

1. Dünya Savaşı'nın sonunda imzalanan 1919 Versailles Andlaşması ile bazı bölgelerin durumu özel olarak düzenlenmiştir. Bunlardan biri olan Memel'e ilişkin 1924'te imzalanan Memel Bölgesi ve Bu Bölgenin Statüsü Andlaşması'nın 2. maddesine göre Litvanya'nın egemenliği altında olmak kaydıyla Memel'in, andlaşmanın 1. ekinin 5. maddesinde yer alan yetkileri yerel otoritelerinin kullanabileceği otonom bir birim olması kararlaştırılmıştır⁷⁵¹. Yine Versailles Andlaşması ile oluşturulan Danzig Serbest Kenti'nin durumu ise bundan farklıdır. Versailles Andlaşması'nın 100. maddesinde belirlenen sınırlar çerçevesinde Almanya'nın bölge üzerindeki tüm yetki ve haklarından feragat ettiği, 102. maddesiyle de ilgili sınırlar dairesinde belirlenen bölgenin serbest kent olarak yapılandırılacağı ve Milletler Cemiyeti'nin koruması altına alınacağı düzenlenmiştir⁷⁵². Yine bu andlaşmanın 104/6. maddesine göre Danzig'in uluslararası ilişkilerinin Polonya tarafından yürütülmesi kararlaştırılmıştır⁷⁵³.

Uluslararasılaştırılmış bölge uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesi için USAD önünde Danzig Serbest Kenti'ne ilişkin danışma görüşü başvuruları yapılmıştır. Bunlardan "Danzig Serbest Kenti ve Uluslararası Çalışma Örgütü" adlı 1930 tarihli danışma görüşünde Polonya ve Danzig arasındaki ilişkiye dair, Polonya'nın Danzig'e herhangi bir politikayı dayatamayacağı ve Danzig'in iradesi dışında onun uluslararası ilişkilerine ilişkin adımlar atamayacağı; Danzig'in de Polonya'nın politikasına uymayan uluslararası ilişkilere girmesini Polonya'dan talep

⁷⁴⁹ Crawford, *Creation of States*, s. 233-4.

⁷⁵⁰ *Ibid*, s. 236.

⁷⁵¹ Versailles Andlaşması, 1919, md. 99.; İngiltere, Fransa, İtalya, Japonya ve Litvanya Arasında Memel Bölgesine İlişkin Andlaşma, 1924, md. 2., Ek 1., md. 5.

⁷⁵² Versailles Andlaşması, 1919, md. 100.,md. 102.

⁷⁵³ *Ibid*, md. 104/6.

edemeyeceği belirtilmiştir⁷⁵⁴. *Crawford* bu durumu, veto hakkı içeren bir acentalık düzenlemesi olarak ifade etmektedir⁷⁵⁵. Danzig'in iç işleri ile uluslararası ilişkileri birbirinden tamamen ayrılmıştır, bunların ilkinde Polonya'nın hiçbir etkisi olamayacakken ikincisi bakımından Polonya'nın Danzig'in denetiminde olduğu düzenlenmektedir. Denetim hususu açıkça belirtilmemiş olsa da Polonya'nın Danzig'in iradesi doğrultusunda hareket edeceği bunun sınırının ise Polonya'nın politikalarına uygunluk olduğu belirtilir. "Danzig Topraklarındaki Polonya Vatandaşları ve Köken yahut Dil Olarak Polonyalı Olanlara Muamele" danışma görüşünde de USAD, Danzig Anayasası'nın Polonya'ya göre yabancı bir devletin anayasası olduğunu belirtmektedir⁷⁵⁶, bunun yanı sıra yine Versailles Andlaşması'nda Danzig vatandaşlığı düzenlenmiştir⁷⁵⁷. Bunlar doğrultusunda Danzig'in kendi anayasasına sahip olabilecek ve vatandaşlığını düzenleyebilecek otonom bir birim olduğu aşikardır, uluslararası işlemleri ise Polonya tarafından Danzig'in talepleri doğrultusunda yürütülür.

Uluslararası statünün mutlaka uluslararası hukuk kişiliği tanınması suretiyle yapılması gerekmez⁷⁵⁸, nitekim Memel bölgesine bir hukuk kişiliği tanınmış olmamakla beraber, Litvanya'nın egemenliği altında olduğu ancak kendi yerel idaresini yönetmek bakımından serbest olduğu düzenlenmiştir, fakat Danzig için aynı şey söylenemeyecektir. Danzig herhangi bir devletin egemenliğinde kabul edilmemiş Versailles Andlaşması'na göre Milletler Cemiyeti'nin koruması altına alınmıştır. Dış ilişkilerinin yürütülmesi konusunda Polonya yetkilendirilmiş, ancak bu yetkilendirilme acentelik olarak anlaşılabilir düzeyde kalmıştır, çünkü Polonya'nın yetkileri mutlak nitelikte yetkiler değildir ve Polonya uluslararası toplumun bir görevlisi olarak Danzig'in dış ilişkilerini yürütür. Ayrıca Danzig ve Polonya arasında imzalanan andlaşma uluslararası bir andlaşma kabul edilmektedir⁷⁵⁹. Milletler Cemiyeti tarafından serbest kent olarak düzenlenmiş olsa da uluslararası andlaşma yapan, kendi anayasası olan ve uluslararası ilişkilerini yürütmekle görevli devletin bu konuya ilişkin kararlarını veto edebilen Danzig'in koruma altına alınmış bölgeler kategorisinde olduğu da

⁷⁵⁴ USAD, Danzig Serbest Kenti ve Uluslararası Çalışma Örgütü, Danışma Görüşü, 26.08.1930, p. 36-7.

⁷⁵⁵ Crawford, *Creation of States*, s. 239.

⁷⁵⁶ USAD, Danzig Topraklarındaki Polonya Vatandaşları ve Köken yahut Dil Olarak Polonyalı Olanlara Muamele, Danışma Görüşü, 04.02.1932, p. 61.

⁷⁵⁷ Versailles Andlaşması, 1919, md. 105.

⁷⁵⁸ Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 118.

⁷⁵⁹ USAD, Danzig Mahkemelerinin Yargı Yetkisi, Danışma Görüşü, 03.03.1928, p. 17.

belirtilmektedir⁷⁶⁰. Danzig'in yasal statüsü USAD tarafından verilmiş birçok kararda tartışılmış olsa da hem kendi uluslararası ilişkilerindeki etkinliği hem de Polonya ile arasında imzalanan andlaşmanın uluslararası bir andlaşma olarak kabul edilmesi sınırlı niteliğine rağmen bir uluslararası hukuk kişiliğinin varlığını teyit eder görünmektedir.

iii. BM İdaresi Altına Alınan Bölgeler

Bu başlık altında ele alınacak bölgeler vesayet rejimi altına konanlardan farklı olarak BM'nin kendi andlaşmasından aldığı yetkilendirme ile geçici olarak yönettiği bölgeleri ifade etmektedir. Bu konuda BM yetkiyi vesayet rejiminde olduğu gibi 12 ve 13. bölümlerden yahut da kendi kendini yönetemeyen bölgeleri düzenleyen 11. bölümden değil, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliği koruma görevinden yani BM Andlaşması'nın 7. bölümü altında sayılan yetkilerden almaktadır. Bu nedenle farklı bir başlık altında işlenen BM idaresi altındaki bölgeler geçici bir rejim altındadır, zira bu rejimin de hedefi ilgili bölgelerin kendi kendini yönetmelerinin sağlanmasıdır. Bu amaç bakımından vesayet rejimindeki yahut da kendi kendini yönetemeyen bölgelerle aynı olsa da bu statüyü gerektiren nedenler farklıdır. Vesayet rejimine konulan ve kendi kendini yönetemeyen bölgelerin durumları da kalıcı değildi, bu rejimlerin de nihayetinde bölgelerin kendi kendilerini yönetmesi sağlanarak ortadan kalkmaları hedefleniyordu ancak burada BM tarafından uluslararası barış ve güvenliğin korunması, insancıl krizin çözülmesikapsamında alınmış bir önlem uygulandığından statü geçici olmaktadır⁷⁶¹.

1999 yılında BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan 1244 ve 1272 sayılı iki kararla Kosova ve Doğu Timor BM'nin geçici yönetimi altına alınmıştır. İki kararda da BM yönetimi altına alınma gerekçesi olarak uluslararası barış ve güvenliğin korunması gösterilmiş ve bu konuda yetkili organ BM Güvenlik Konseyi tarafından bu kararlar alınmıştır⁷⁶². Kosova'ya ilişkin kararda geçici bir sivil mevcudiyetin oluşturulması, bunun Kosova sakinleri için huzurlu ve normal bir yaşantı sağlanması ve kurulan bu geçici yönetimle demokratik bir kendi kendini yönetme sürecinin başlatılması hedeflenmiştir⁷⁶³. Ayrıca bu maddede ilgili uluslararası örgütlerin de yardımıyla

⁷⁶⁰ Crawford, Creation of States, s. 239.

⁷⁶¹ Ibid, s. 559-561.

⁷⁶² BM GüvK, S/RES/1244, 10.06.1999.; BM GüvK, S/RES/1272, 25.10.1999.

⁷⁶³ BM GüvK, S/RES/1244, 10.06.1999, md. 10.

denilmiş ve kararın 2 numaralı ekinin 4. maddesinde bu örgütün NATO olduğu zikredilmiştir⁷⁶⁴.

BM Kosova Geçici Misyonu, Kosova'nın yasama, yürütme ve yargı yetkilerini elinde bulundurmaktadır ve bunlar BM Genel Sekreteri'nin Özel Temsilcisiyle yürütülür⁷⁶⁵. 2001 yılında Kosova'nın kendini yönetmesine yönelik hazırlanan Anayasal Çerçeve'de Kosova Meclisi'nin yetkilerinin yanı sıra Geçici Misyon'un uluslararası ilişkilere dair yetkilerinin sürdüğünü görürüz; buna göre madde 5/6 çerçevesinde uluslararası anlaşmalar Geçici Misyon ile koordineli biçimde yapılacak ya da sonlandırılacaktır, ayrıca Geçici Misyon'un mahfuz yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 8. bölüme göre devletler ya da uluslararası örgütler ile olan ilişkilerinde Özel Temsilci yerel yönetimle danışma ve işbirliği içerisinde olacaktır⁷⁶⁶.

Kosova'ya ilişkin aktardıklarımız çerçevesinde Geçici Misyon'un görevi süresince, Kosova'nın tam bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğunu söylemek güçtür. Zira BM'nin Kosova'ya ilişkin yetkileri düşünüldüğünde bunun da bağımsızlığı kısıtlayan bir ilişki, örneğin koruma ilişkisi teşkil ettiği söylenebilecektir.

Kosova'nın statüsü ile Danzig'i kıyaslayan *Crawford* 2006 tarihinde bu iki bölge için öngörülmuş süreçler farklı olsa da benzer biçimde bir uluslararası yönetim altında olduklarını fakat tek taraflı bağımsızlık bildirisinden sonra UAD'nin kararıyla birlikte Kosova'nın Danzig'inkinin hiç olmadığı kadar güçlü bir devlet iddiasının bulunduğunu belirtir⁷⁶⁷. O'na göre bölge özel karakteri nedeniyle BM idaresi altında olsa da Kosova bir devlettir⁷⁶⁸. Kosova'nın devlet olma iddiasına yönelik doktrinin yaklaşımı hakkında yukarıda yer alan Devletin Ek Unsurları ve Tanıma başlıklarındaki açıklamaları hatırlatmak isteriz.

Doğu Timor'da da Kosova'dakine benzer biçimde BM tarafından Geçici Yönetim kurulmuş ve benzer yetkileri kullanmıştır⁷⁶⁹. Kosova ile aralarındaki fark sonuç itibarıyla Doğu Timor'un bağımsız bir devlet olarak BM'ye üye kabul edilmesidir, Kosova bakımından ise Geçici Misyon tarafsız bir surette halen

⁷⁶⁴ BM GüvK, S/RES/1244, 10.06.1999, Ek 2, md. 4.

⁷⁶⁵ BM GüvK, S/1999/779, 12.07.1999, IV. Misyonun Otorite ve Yetkileri, p. 35.

⁷⁶⁶ BM Kosova Geçici Misyonu, UNMIK/REG/2001/9, 15.05.2001, md. 5.6, 8.1.

⁷⁶⁷ Crawford, *Kosovo the Criteria*, s. 287-288.

⁷⁶⁸ *Ibid*, s. 289.

⁷⁶⁹ Crawford, *Creation of States*, s. 561.

görevdedir⁷⁷⁰. Güvenlik Konseyi'nin Doğu Timor'daki faaliyetleri çerçevesinde 7. bölüm altındaki yetkilerinin bir bölgenin egemenliğinin tesis edilmesini, bağlı bulunduğu devletten ayrı bir devlet kurmasının sağlanmasını içerip içermediği tartışılmıştır⁷⁷¹. Ancak Kosova BM dışında uluslararası örgütlere üye olarak kabul edilmiş ve 100'den fazla devlet tarafından tanınmıştır. Bu iki devletin de geçici yönetim altındayken uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmadığı, zira devlet olma ölçütlerini sağlamadıkları⁷⁷² belirtilmişse de özellikle bağımsızlığı kısıntılı devletlere ayırdığımız bu kısımda genellikle devlet olma niteliklerinde eksiklikler bulunması nedeniyle uluslararası hukuk kişiliğini tam olarak kullanamayan ancak sınırlı düzeyde uluslararası hukuk kişiliği bulunan yapılardan söz etmeye çalıştık. Kanaatimizce devlet olmanın şartlarını sağlamasalar da belirli uluslararası hak ve yükümlülüklerinin varlığı, bunların uluslararası hukuktaki statüsünün devlet olmadan ayrı bir biçimde değerlendirilmesini gerektirmektedir. BM'nin bu bölgeler üzerindeki geçici yönetimi *condominium*a yahut koruma rejimine benzetilmiş aradaki farkın BM'nin bu bölgeler üzerinde sürekli egemenlik iddiasının bulunmaması olduğu belirtilmiştir⁷⁷³. *Condominium* bir kenara bırakılacak olursa koruma altına alınan devletlere ilişkin standart bir koruma rejimi olmadığını yukarıda belirtmiştik, bu nedenle de koruma rejimi ile BM'nin Kosova ve Doğu Timor'daki işlevi arasında ancak statünün kurulması bakımından bir benzerlik kurabilmek mümkündür. Yani koruma altına alınan devlet ile hami devlet arasındaki ilişki ile BM'nin Kosova ve Doğu Timor'daki işlevi arasındaki ilişki birbirinden farklıdır. Öte yandan koruma andlaşmasının da geçici bir koruma rejimini öngörmesi, daimi bir egemenlik iddiası içermemesi gerekir. Aralarındaki bir diğer farklılık koruma rejiminde koruyucu birimin de bir devlet olmasıydı, Kosova ve Doğu Timor özelinde ise koruyucu statüsünde bir uluslararası örgüt bulunmaktadır. Kanaatimiz koruma statüsüyle tam olarak bağdaşan bir durum olmasa da devlet olma niteliğinde eksikliklerin bulunması, insancıl gereklilikler yahut devlet iddiasının kaynağındaki uluslararası hukuka aykırılıklar nedeniyle uluslararası ilişkilerinin yürütülmesinin

⁷⁷⁰ BM Kosova Geçici Misyonu, <https://unmik.unmissions.org/mandate>. (28.10.2019)

⁷⁷¹ Bartram S. Brown, "Human Rights, Sovereignty, and the Final Status of Kosovo", *Chicago-Kent Law Review*, C. 80, S. 1 (Symposium: Final Status for Kosovo: Untying the Gordian Knot), 2004, ss. 235-272, s. 256-8.; Crawford, *Creation of States*, s. 559-560.

⁷⁷² Kaczorowska, *op. cit.*, s. 203.

⁷⁷³ *Ibid*, s. 204.

BM'ye bırakılması bölgede geçişi kolaylaştıran, politik gerilimi azaltan bir yöntem olarak tercih edilmiş olabilecektir.

c. Devlet Uluslararası Hukuk Kişiliğine Dair Kimi Özel Durumlar

Uluslararası alanda ülkesel nitelik taşıyıcılar da bazı birimlerin statüleri farklı bir devlete yahut da uluslararası hukukça görevlendirilmiş bir birime tabiiyetten farklıdır. Bunların örnekleri arasında sayılabilecek Papalık ve onun Vatikan'dan ayrı sahip olduğu uluslararası hukuk kişiliği önemlidir. Bunun dışında Hong Kong gibi özel yönetim bölgeleri de ilgili ülkenin sahip olduğu özellikler ve geçmiş uygulamaların etkisiyle özel bir durumu teşkil etmektedir.

i. Vatikan ve Papalık

Ortaçağ'dan itibaren uluslararası hukuk kişiliği bulunan Papalık'ın uluslararası hukuk kişiliğinin tartışmalı hale gelmesi 1870 itibarıyla ülkesini yitirmesi ile gündeme gelmiştir⁷⁷⁴. Ancak 1929'da İtalya ile imzalanan Laterano Andlaşmaları ile Papalık'ın hukukî statüsü düzenlenerek, andlaşmanın giriş kısmında “görevini yerine getirmesi bakımından Papalık'ın daimi ve mutlak bağımsızlığı ile Vatikan Şehri üzerinde Papalık'ın mutlak egemenliğinin tanındığı belirtilmiştir⁷⁷⁵. Ancak Vatikan ve Papalık arasındaki ilişkinin belirlenmesi gereklidir, zira ikisi de ayrı ayrı uluslararası hukuk kişiliğine sahip kabul edilir ve bunlardan Vatikan bir devlet iken Papalık devlet değildir⁷⁷⁶.

Papalık birçok devlette diplomatik temsilcilikler bulundurur, BM, Avrupa Konseyi, Afrika Birliği Örgütü gibi örgütlerde de gözlemci statüsüne sahiptir; bunların yanı sıra dinî yahut diğer güncel konulara ilişkin uluslararası andlaşmalara taraf olabilmektedir⁷⁷⁷.

Laterano Andlaşması'ndan önce, üzerinde egemen olduğu bir ülkeye sahip değilken dahi, uluslararası andlaşmalara taraf olan Papalık uluslararası hukukta her zaman kişiliğe sahip kabul edilmiştir⁷⁷⁸. 1929'da Vatikan ülkesi egemenliğine

⁷⁷⁴ Cedric Ryngaert, “The Legal Status of the Holy See”, *Goettingen Journal of International Law*, C. 3, S. 3, 2011, ss. 829-859, s. 830.

⁷⁷⁵ Laterano Andlaşması, Papalık ve İtalya arasında, 1929, Giriş p. 1-2.

⁷⁷⁶ Ryngaert, op. cit., s. 830.

⁷⁷⁷ Aybay, Oral, op. cit., s. 164.; Pazarcı, op. cit., s. 180.

⁷⁷⁸ Kaczorowska, op. cit., s. 184.

verilmeden önce Papalık Vatikan saraylarını *de facto* olarak elinde tutmaktaydı⁷⁷⁹, ancak bu andlaşma ile üzerinde egemenlik icra edebileceği kendi ülkesine sahip hale geldi. Vatikan'ın Papalık'a verilmesi onun ülke unsurunu tamamlayarak uluslararası hukukun kişisi olmasını sağlamak olarak anlaşılabilir da Vatikan ve Papalık'ın farklı uluslararası hukuk kişileri olmaları Papalık'ın ülkesel egemenliğe dayalı bir uluslararası hukuk kişiliği olmadığını ortaya koymaktadır. Bunu *Ryngaert* manevî egemenlik olarak ifade etmektedir⁷⁸⁰. Aslında Papalık bir devlet olmadığından uluslararası hukuk kişiliğine sahip olabilmek için ülkesinin bulunması da gerekmez, onun uluslararası hukuk kişiliğini tüm dünyadaki Katolik Hıristiyanların manevî önderliği olarak düşünürsek⁷⁸¹ fonksiyonel bir niteliğe sahiptir. Nitekim uluslararası toplum tarafından değer verilen kendine mahsus birimlerin uluslararası hukuk kişiliğinin olabileceği uluslararası hukuk doktrininde kabul edilmektedir⁷⁸². Uluslararası toplum nezdinde ilgili birimin sahip olduğu özelliklere göre değişebilecek uluslararası hukuk kişiliği dolayısıyla çeşitli yetki ve kapasiteleri, hakları içerebilir⁷⁸³. Aslında yazarın Macau'nun uluslararası hukuk kişiliği hakkındaki çalışmasında ifade ettiği, uluslararası hukuk kişiliğinin yalnızca ülkesel olarak söz konusu olmayacağı, hatta ilgili birim ülkesel nitelikli bir birim olsa dahi buna atfedilen uluslararası hukuk kişiliğinin kaynağında başka bir özelliğinin bulunabileceği kanaatimizce önemli bir ifadedir. Böylelikle uluslararası alanda belirli yetkiler yahut özellikler atfedilen birimlerin uluslararası hukukun kişisi olmaları için mutlaka bir ülkeye sahip olmaları gerekmeyecektir. Bu anlayışın Vatikan'ın Papalık'a bir ülke olarak tahsis edildiği zamanda yerleşmiş olması durumunda Vatikan'ın Papalık'a tahsisinin gerekli görülmebileceği kanaatindeyiz.

Oppenheim, Laterano Andlaşması'na göre devlet niteliğinin Papalık'a mı yoksa Vatikan'a mı verildiğinin her zaman belirgin olmadığını belirtmiştir⁷⁸⁴. Kabul edilmesi gereken çözüm ona göre Vatikan'ın bir devlet olduğu ve Papalık'ın da onun başı konumunda bulunduğu, zira ona göre uygulamada her zaman böyle bir ayırım yapılamasa da diğer devletler tarafından kabul edilen, devlet olmanın biçimsel şartlarını

⁷⁷⁹ Ibid.

⁷⁸⁰ Ryngaert, op. cit., s. 838.

⁷⁸¹ Ibid, s. 858.

⁷⁸² Roda Mushkat, "The International Legal Personality of Macau", *Hong Kong Law Journal*, C. 24, P. 3, 1994, ss. 328-341, s. 339.

⁷⁸³ Ibid, s. 339-340.

⁷⁸⁴ Oppenheim's International Law, s. 328.

taşıyan bir devletin ve bunun uluslararası kişiliğinin varlığıdır⁷⁸⁵. Zannederiz ki buradaki problem bir uluslararası hukuk kişiliğinin varlığından ziyade bu kişiliğin kime ait olduğu şeklinde anlaşılabilir. Uluslararası hukukta politik yapılar olarak karşımıza çıkan devletler Papalık-Vatikan örneğinde karşımıza dinî bir yapı olarak çıkmaktadır. Tanınan devletlik niteliğinin amacı dinî etkileri nedeniyle Papalık-Vatikan'a uluslararası hukukta etkinlik sağlamak, bunun uluslararası hukuk kişiliğini tespit etmektir.

Uygulamada Papalık ve Vatikan'ın ayrı uluslararası kişiliğe sahip oldukları, dolayısıyla ikisinin de kendi pasaportlarını çıkarmakta ve uluslararası ilişkilerini kendi kapasiteleri doğrultusunda yürütmekte oldukları belirtilir⁷⁸⁶. *Brownlie*'ye göre kendisine bağlı bir nüfusa sahip olmasa da bölgesel ve idari yapılanması göz önüne alındığında Vatikan devlete yakın bir niteliktedir, bu konuda hukukçular arasında fikir ayrılıkları bulunsa da Vatikan'ın andlaşmalara taraf olma kapasitesi bulunan bir hukuk kişisi olduğu geniş kabul görmektedir⁷⁸⁷. Ona göre de asıl zorlu olan Papalık'ın hukuk kişiliğini açıklamaktır, Papalık gibi politik ve dinî kurumlar söz konusu olduğunda uluslararası hukuk kişiliği onlarla uluslararası ilişkiler kurmak isteyen devletler bakımından, göreceli bir nitelikte olabilir⁷⁸⁸. Vatikan ve Papalık arasındaki ikili durumun asıl öneminin, ulus devletlerden oluşan devletler toplumunda bunun kabul görmesi ve böylelikle devletlerin politik ilgileri dışındaki ilgileri için doğrudan bir uluslararası temsil imkânını ortaya koymasından kaynaklanmaktadır⁷⁸⁹. Her ne kadar uluslararası toplum artık sadece devletlerden oluşmuyorsa bu ifadenin dinî, kültürel nitelikli ülkesel birimlerin uluslararası hukuk kişiliğinin olabileceği anlamına geldiğini düşünmekteyiz. Nitekim Papalık'ın uluslararası hukuk kişiliğinin devlet olması ile değil dinî bir makam olarak uluslararası hukukta etkinlik tanınması ile açıklandığı görülmektedir.

ii. Hong Kong Özel Yönetim Bölgesi

Hong Kong'un uluslararası statüsüne yönelik ilk uluslararası düzenleme İngiltere'nin 1841'den itibaren ekonomik ve bölgesel haklar elde etmesiyle ve Nanking

⁷⁸⁵ Ibid, s. 328.

⁷⁸⁶ Kaczorowska, op. cit., s. 184.

⁷⁸⁷ Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 124.

⁷⁸⁸ Ibid, s. 124-5.

⁷⁸⁹ Oppenheim's *International Law*, s. 329.

Andlaşması'nın sonucu olarak Çin'in bölgeden çekilmesiyle ortaya çıkmıştır⁷⁹⁰. Uluslararası alanda yaşanan gelişmelerden etkilenen bölgede değişen şartlar doğrultusunda çeşitli düzeylerde hak talepleri ileri sürülmüş olsa da 1984 itibarıyla Hong Kong ve çevresini kapsayan bölgenin Çin'e tekrar devri için süreç başlatılmıştır⁷⁹¹. Buna göre 1 Temmuz 1997'den itibaren geçerli olmak üzere Hong Kong bölgesi Çin'e devredilecek, Çin de bu bölgeyi özerk bir bölge olarak kabul edip yönetecektir⁷⁹². Çin ve İngiltere arasında hazırlanan ortak bildirin 3. maddesine göre dış ilişkiler ve savunma konularında Hong Kong Çin'e tâbi olacaktır⁷⁹³. Bunun nasıl işletileceği konusunda söz konusu bildirin 1. ekinin 11. maddesinde 'Hong Kong, Çin' adını kullanarak bölgenin devlet, bölge ve ilgili uluslararası örgütlerle ekonomi, finans, ticaret, turizm, spor, iletişim, deniz taşımacılığı ve mali konulara ilişkin andlaşmalara varıp bunları uygulayabileceği düzenlenmiştir⁷⁹⁴. Aynı maddeye göre Hong Kong yalnızca devletlere açık uluslararası örgüt yahut konferanslara kendisini ilgilendiren konularda Çin Devleti delegasyonunun bir parçası olarak katılma ya da Çin'in izin vermesi kaydıyla kendi adına fikir belirtme hakkına sahiptir. Aynı zamanda da yalnızca devletlerle sınırlı olmayan uluslararası örgüt ve konferanslara 'Hong Kong, Çin' adını kullanarak katılma yetkisine sahiptir.

Hong Kong'un durumunu değerlendirecek olursak bir devlet niteliğinde olmadığı açıktır. Öte yandan her ne kadar yalnızca devletlere açık olan uluslararası örgüt yahut konferanslara katılma yönündeki yetkisi Çin'i temsil olarak ele alınabilir olsa da devletlerin katılımıyla sınırlı olmayan uluslararası örgüt ve konferanslar bakımından sahip olduğu yetkisi ile devlet, bölge ve uluslararası örgütlerle belirli konulara ilişkin uluslararası andlaşma akdetme yetkisi Hong Kong'un belli ölçüde, sınırlı uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğunu göstermektedir. *Crawford* da 1997'den itibaren Hong Kong'un taraf olduğu andlaşmaların uluslararası hukuk

⁷⁹⁰ Crawford, *Creation of States*, s. 245.

⁷⁹¹ Çin ve İngiltere Arasında Hong Kong Meselesine İlişkin Ortak Bildiri, 1984: "Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of People's Republic of China on the Question of Hong Kong with Annexes", *International Tax and Business Lawyer*, C. 5, S. 2, 1987, ss. 424-441.

⁷⁹² Ibid, md. 1, 2, 3/1.

⁷⁹³ Ibid, md. 3/2.

⁷⁹⁴ Ibid, 1. Ek, md. 11.

bakımından Hong Kong'un yükümlülüklerini oluşturduğunu ve bu ölçüde de uluslararası hukuk kişiliğine sahip olabileceğini belirtmiştir⁷⁹⁵.

3. DE FACTO REJİMLER VE GENEL DEĞERLENDİRME

Uluslararası hukukta devlet benzeri yapıların ve hatta devletlerin yüz yıl gibi kısa bir süre içerisinde dahi hızlı değişimler geçirebildiği görülecektir. Ancak yine de uluslararası hukukun en hızlı geliştiği dönem olan 1. ve 2. Dünya Savaşları döneminde bu türden hızlı dönüşüm ve gelişmelerin yaşanması oldukça normal ve klasikleşen tabirle dönemin ruhuna uygundur.

Devletlerin tanımlandığı ve devlet benzeri yapıların kategorize edilmeye çalışıldığı bu dönemde uluslararası alanda çeşitli gerekçelerle çeşitli birimler ortaya çıkmıştır. Bunlar arasında devlete tam olarak atfedilen uluslararası hukuk kişiliğinin, ilgili birimin devlete olan benzerliğine göre yapılan bir derecelendirme ile bu birimlere de atfedildiğini göstermeye gayret ettik. Devlet olmanın koşullarını sağlamayan birimlerin uluslararası hukuk kişilikleri sınırlı, kısmî, tam olmayan olarak nitelendirildi. Bazı durumlarda ilgili birimin uluslararası hukuk kişiliği hiç olmamaktaydı. Bunun nedeni tabiiyetin kuvveti ya da ilgili birimin uluslararası hukuk işlemlerinin bağlı bulunulan birime ait yetkilerin kullanılması suretiyle yapılması, yani devlet benzeri yapı yahut birimin başkası nam ve hesabına işlem yapan bir vekil olması olabilmekteydi.

Uluslararası hukuk kişiliğini sayılabilir bir kavram olarak kabul etmiyorsak da hukuk kişiliğine yönelik sınırlı ve kısmî ifadelerini genel eğilime uygun biçimde bu başlık altında kullandık. Çalışmamızın son kısmında yapacağımız açıklamalarla aslında sınırlı veya kısmî uluslararası hukuk kişiliğinin kullanılmasının başka bir nedene bağlı olması gerektiğini belirteceğimizden bu bölümde sınırlı veya kısmî ifadelerini ilgili uluslararası hukuk kişiliği için genelde kullanılan sıfatlar olmaları nedeniyle tercih ettiğimizi belirtmek isteriz. Nitekim, uluslararası hukuk kişiliğinin mutlak bir kavram olduğunu ve yarım bir ölçüsünün bulunmadığını ileri süren görüşler mevcuttur⁷⁹⁶. Bu nedenle de hukuk kişiliği bakımından yapılan ölçülebilirliği -birimin sahip olduğu hakların ya da yükümlülüklerin diğer uluslararası hukuk kişileriyle sayılabilirlik üzerinden kıyaslanmasını- temel alan değerlendirmeler Soğuk Savaş dönemi ve

⁷⁹⁵ Crawford, *Creation of States*, s. 250.

⁷⁹⁶ Nigel White, *The Law of International Organizations*, 3. b, Manchester: Manchester University Press, 2017, s. 117.

öncesinin devlet baskın teorisinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir⁷⁹⁷. Kanaatimizce de uluslararası hukukun kişisi olup olmadığı bakımından değerlendirmeye tâbi tutulan birimin devlet ile kıyaslanması sonucunda bu tür bir anlayışın gelişmiş olması makul görünmektedir. Uluslararası hukuk kişiliğinin *a priori*⁷⁹⁸ kategoriler halinde olarak ortaya çıkıp çıkmadığı tartışılırken ülkesel birimlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin olabileceğine dair kabulümüzle birlikte devlet niteliği taşımayan birimlerin hukuk kişiliklerinin aslında sınırlı veya kısmî değil devlet olmayan ülkesel birim uluslararası hukuk kişiliği olarak ele alınmasının daha doğru olacağını da ortaya koymak isteriz.

Yukarıda hukuk kişiliklerini tartışmaya gayret ettiğimiz devlet benzeri yapıların büyük çoğunluğu uluslararası hukukta artık uygulama alanı bulmamaktadır. Bunun en büyük nedeni olarak dekolonizasyon sürecinin sonlanması gösterilebilir. Uygulamada Kıbrıs, Abhazya, Tayvan gibi uzun zaman etkin kontrolünde bulunan bölge üzerinde devlet iddiasında bulunulan -devlet iddiasında bulunulmaması hâli de bu kapsamda ele alınabilmektedir- ancak mevcut durumun uluslararası hukukta önemli ölçüde tanınmadığı *de facto* rejimler söz konusudur⁷⁹⁹. *Frowein*'ın tanımına göre *de facto* rejimler bağlı bulunduğu devletten ayrılma yönünde girişimde bulunup olgusal olarak devlet olmanın şartlarını sağlasa dahi genel olarak tanınmayan -ve dolayısıyla hukuken kabul edilmeyen- birimleri ifade eder⁸⁰⁰. Ancak bunlara ilişkin açıklamalarımız tanıma kısmındakilerle bağdaşacağından ayrı bir değerlendirmeye gerek görülmemiştir. *De facto* rejimlerin aslında devlet olmanın unsurlarını sağlıyor olsalar da tanıma, egemenlik/bağımsızlık ve ek unsurlar başlıklarında değindiğimiz gibi hem uluslararası hukuka aykırılık teşkil ederek kurulmaları hem de tanınmamaları nedeniyle uluslararası hukuk kişiliklerini uygulayamadıkları ve bu nedenle uluslararası hukukun kişisi olup olmadıkları konusunda belirsizlik bulunur. Ancak, tanımamanın reddedici bir etkisinin olduğunun kabul edilmesiyle, uluslararası hukuka aykırı yollarla kurulduğu için devlet olması ve uluslararası hukuk kişiliği reddedilen birimlerin uluslararası hukukta sorumlu

⁷⁹⁷ James D. Fry, “Rights, Functions, and International Legal Personality of International Organizations”, *Boston University International Law Journal*, C. 36, S. 2, 2018, ss. 221-248, s. 234.

⁷⁹⁸ Burada *a priori* hukuk öncesi anlamında değil, hukuk kişisine ya da kişiliğine ilişkin spesifik normun varlığından öncesini yani *a posterior* olmayana ifade etmek için kullanılmaktadır. Çalışmamız bakımından *a priori* kavramını bu şekilde anlamak gerekmektedir.

⁷⁹⁹ Kaczorowska, op. cit., s. 200.

⁸⁰⁰ J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1968, s. 6-7'den aktaran Orakhelashvili, *Statehood Recognition*, s. 20.

tutulabilmeleri bakımından bu alanda kısmî özne kabul edilmektedirler⁸⁰¹. Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti örneğindeki gibi kimi hallerde ise ilgili birimin sorumluluğu kendisine yöneltmez. Uluslararası alanda Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nden ayrı ve *de facto* bir birim, olduğuna yönelik ifadeler kullanılsa da, etkin kontrole sahip olan devletin bir parçası olarak ele alınıp sorumluluk bakımından etkin kontrole sahip olan devlete başvurulması gerektiği kabul edilebilmektedir⁸⁰². Bu da uluslararası alanda sınırlı da olsa uluslararası hukuk kişiliğine dayanılmasının önüne geçmektedir.

Devletin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin tartışmaların merkezinde yer alan devletin tanınmasının gerekip gerekmediğine, yani devlet uluslararası hukuk kişiliğinin hangi aşamada ortaya çıktığı ve devlet benzeri yapıların hukuk kişiliğine sahip olup olmadığı konularını açıklamaya gayret ettik. Devlet uluslararası hukuk kişiliği konusunun, uluslararası alanda yeni bölgesel gelişmeler bakımından oldukça tartışmalı olduğuna değindik. Bu durum devletin uluslararası hukuk kişiliğine atfedilen önemin derecesi, devletin uluslararası hukuk sistemindeki merkezîliğinden kaynaklanabilmektedir. Klasik uluslararası hukuk anlayışı, egemenlik ve buna bağlanan sonuçlar doğrultusunda devleti ve onun özellikleri olan uluslararası alanda etkililik ve hukuk kişiliğini birbirine bağlı olarak anlamakta⁸⁰³ ve uluslararası hukuk kişiliğini egemenlik kavramından ve devletin uluslararası hukuktaki statüsünden ayrı bir biçimde ele almamaktadır. Oysa hukuk kişiliği bir üst kavram ise daha geniş tanımlanabilir olmalıdır. Devlet ve birey arasındaki uluslararası hukuk kişiliği gerilimine çalışmamızın “Bireyler” başlığı altında değinilecek olsa da uluslararası hukukta bireyin hukuk kişisi olamayacağı yönünde bir kural yahut sistemden ziyade bir anlayışın bulunduğunu belirtmek isteriz. Zira uluslararası hukuk kişiliği ile uluslararası hukukun kaynaklarına kendi iradesi ile vücut verme birbirini tanımlamadığına göre devletin uluslararası hukuk kişiliği ile uluslararası hukukun yapılmasındaki etkinliği birbirinden ayrılarak ele alınmalıdır. Aksi halde uluslararası hukuk kişiliği, içine devletten başka son derece sınırlı ölçüde birkaç birimi alan bir hukuk yaratma statüsü olarak anlaşılacaktır⁸⁰⁴. Bu halde ise, uluslararası alandaki hiçbir birimin devlet ile kıyaslanabilmesi mümkün

⁸⁰¹ Talmon, op. cit., s. 181.

⁸⁰² Ibid, s. 113-116, 139, 147.

⁸⁰³ Bardo Fassbender, “The State’s Unabandoned Claim to Be the Center of the Legal Universe”, *International Journal of the Constitutional Law*, C. 16, S. 4, 2018, ss. 1207-1214, s. 1209-1212.

⁸⁰⁴ Ibid, s. 1214.

olamayacaktır. Hukuk kişiliği devlete nazaran daha üst bir kavram olduğundan devlet hukuk kişiliği kategorisi için kanaatimize göre uluslararası hukuk kişiliği bulunan diğer ülkesel birimleri de kapsayacak bir kavramın kullanılması gerekir. Böylece hem uluslararası hukuk kişiliği sayılabilirlik atıflarından kurtarılacak hem de devlet ile kıyaslamak yerine uluslararası alanda sahip olunan haklar ve yükümlölükler gibi hukuk kişiliği emarelerine dayanılması uluslararası hukuk kişiliğine kapsayıcılık ve nispeten *a priori* bir özellik kazandıracaktır.

II. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini inceleyeceğimiz bu kısımda, öncelikle uluslararası örgütlerin ortaya çıkışını tarihsel manada değerlendirip bunların uluslararası hukuk teorisine etkilerini ve özelliklerini ele alacağız. Ardından uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliklerini icra ettikleri işlevler ve kullandıkları yetkiler bakımından önemine ilişkin bir düzende aktarmaya çalışacağız. Bu çerçevede uluslararası örgütlerin haklarına ve yükümlülüklerine, kurucu andlaşmalarının niteliğine ve üye olmayan devletler bakımından uluslararası hukuk kişiliklerinin bulunup bulunmadığına değineceğiz.

Yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi oldukları yönündeki eğilimin yoğun olduğu dönemde uluslararası örgütlerin varlığı, bunların uluslararası alandaki işlevleri ile hak ve yükümlülükleri hem devlet dışındaki birimlerin uluslararası alandaki hukuk kişiliklerini hem de devlet egemenliği ile uluslararası hukuk kişiliği arasındaki ilişkiyi tartışmaya açmıştır.

A. ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ORTAYA ÇIKIŞI

Modern anlamda uluslararası örgütlerin, çalışmanın ilk bölümünde değinildiği üzere, uluslararası ilişkilerdeki ve dolayısıyla uluslararası hukuktaki gelişmelere paralel olarak özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren⁸⁰⁵ ortaya çıkmaya başladıkları görülmektedir. Uluslararası örgütlerin varlığı ve temsil ettikleri düşünsel arka plan uluslararası hukuk anlayışındaki dönüşümün bir göstergesi olagelmıştır. *Friedmann*'ın ifade ettiği üzere klasik uluslararası hukuk daha çok birlikte var olmanın hukukunu (*law of co-existence*) temsil etmiş⁸⁰⁶, nitekim uluslararası alanda devletlerin 19. yüzyıl öncesinde birbirleriyle ilişkileri daha çok savaş, ticaret ve diplomasi alanlarında olmuştur⁸⁰⁷. Ancak, 19. yüzyılla birlikte uluslararası ilişkiler Avrupa içindekilerden başlayarak, işbirliğini teşvik edecek ölçüde istikrar kazanmıştır⁸⁰⁸. Devletler arasında artan işbirliği devletler arasında kurulan ilişkilerin görünüm ve türlerine de etki etmiştir. Bunu sadece devletler düzeyinde bir gelişme olarak ele almayan *Amerasinghe*

⁸⁰⁵ Amerasinghe, *Institutional Law*, s. 1.

⁸⁰⁶ Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londra: Stevens&Sons, 1964, s. 60.

⁸⁰⁷ Clive Archer, *International Organisations*, 3. b, Londra: Routledge, 2001, s. 5.

⁸⁰⁸ Jan Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law*, New York: Cambridge University Press, 2002, s. 17.

uluslararası alanda örgütlenmenin yoğunlaşmasını evrensel bir insan ihtiyacının sonucu olarak değerlendirir⁸⁰⁹. Devletlerin uluslararası alanda 19. yüzyıl ve öncesinde yaptıkları andlaşmalar ve bunların konuları düşünüldüğünde birlikte var olmanın yollarını aradıkları, ittifaklar kurmak suretiyle sınırlı bir ağ içerisinde olsa da işbirliğine yöneldikleri görülür. 19. yüzyıldan sonra ise hem devletler arasındaki bu işbirliğinin coğrafi sınırları genişlemiş hem de birlikte var olmaktan ziyade mevcut sorunları birlikte çözmenin yollarının aranması söz konusu olmuştur. Artık devletler için önemli olan birlikte var olmak değil, işbirlikleri kurmak olmaktadır, Friedmann'a göre bu durum birlikte var olmanın hukukunu (*law of co-operation*) ortaya çıkarır⁸¹⁰.

Devletler arasında kurulan işbirliklerinde zaman içinde gelişmeler görülmüştür, bunlar hem konuları hem de işbirliğinin boyutları bakımından yaşanan değişimlerdir. İlk uluslararası örgütler iletişim, ulaşım gibi teknik, politik olmayan konularda ortaya çıkmışlardır⁸¹¹. Devletlerin politik olmayan konularda işbirliğine eğilim kazanmasının politik konulara nazaran daha hızlı gerçekleşmesi olağandır, çünkü politik olmayan konular devlet egemenliği bakımından ilk bakışta bir etkiye sahip değildirler. Bu nedenle devletler egemenliklerine etki etmeyecek işbirliklerine daha fazla eğilim göstermişlerdir. 19. yüzyıl süresince Avrupalı Devletlerin dengeyi sağlamak ve ortak kararlar almak için yaptıkları toplantılar haricinde politik örgütlenme görülmediği belirtilir⁸¹². Bunun hareket noktasını oluşturacak politik dayanışma bakımından dünya savaşı gibi bir olgunun gerçekleşmesi itici güç olmuştur ki bunların ardından Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler gibi, politik meselelere ilişkin görev ifa eden iki uluslararası örgüt kurulmuştur⁸¹³. Nitekim politik anlamda evrensel işbirliğine duyulan ihtiyaç, bireysel yahut kolektif kutuplaşmaların savaşlarla sonuçlanmasıyla belirginleşmiştir. Elbette sadece 1. ve 2. Dünya Savaşları'nın yaşanmış olması uluslararası alanda politik işbirliği gereksinimini açığa çıkarmamıştır. Zira 1648 ve 1815 yıllarında toplanan konferanslarla da uluslararası politik işbirliği pratiğe dökülmeye başlanmış olduğundan⁸¹⁴ savaşlar bu politik işbirliği gereğinin en büyük

⁸⁰⁹ Amerasinghe, *Institutional Law*, s. 3.

⁸¹⁰ Friedmann, *Changing Structure*, s. 57-58.

⁸¹¹ Dapo Akande, "International Organizations", ed. Malcolm D. Evans, *International Law*, 4. b, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 248-275, s. 249.; Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, s. 263.

⁸¹² Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, s. 263-264.

⁸¹³ *Ibid*, s. 264.

⁸¹⁴ Philippe Sands, Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, 6. b, Londra: Sweet&Maxwell, 2009, s. 2.

göstergesi olmuş, hükûmetler arasında çok taraflı işbirliği bir gereksinim haline böylelikle gelmiştir. Bu işbirliğinin ilkel görünümünü ve temelini uluslararası kamusal birlikler oluşturmuştur, bu kamusal birliklerin kaynağı olarak da uluslararası özel birlikler gösterilmektedir⁸¹⁵. Böylelikle denebilir ki uluslararası özel birliklerden uluslararası kamusal birliklere ve nihayetinde de uluslararası örgütlere tedrici bir gelişim söz konusudur. Ancak yine de esasen 1. Dünya Savaşı'nın devletler arasındaki işbirliğinin idarî ve teknik alanla sınırlı kalmaması, politik alana da genişlemesi gerektiğini ispatladığı söylenebilir⁸¹⁶. Bunların sonucunda da 2. Dünya Savaşı'nın bitimiyle birlikte uluslararası işbirliği arayışının çerçevesi, evrensel nitelikli, uluslararası örgütler olagelmıştır⁸¹⁷. Uluslararası örgütlere duyulan ihtiyacın geçici işbirliğinden öte kalıcı bir yanı bulunmaktadır.

Uluslararası örgütlerin ilk olarak ulaşım ve iletişim gibi konularda ortaya çıktığını belirtmiştik. Bu türden teknik ve pratik amaçlara yönelik uluslararası örgütlerin politik nitelikli örgütlere nazaran devletlerce üzerinde uzlaşılması daha kolay hususlar olmasının yanı sıra politik amaçlarla kurulan örgütlerdekinden daha kuvvetli bir işbirliği seviyesi teknik amaçlara yönelik uluslararası örgütlerde söz konusu olmaktadır⁸¹⁸. Kuvvetli işbirliğini mümkün kılan da temelde devletlerin bu konularda uzlaşmasının daha kolay olmasıdır. Politik uluslararası örgütlenmenin bir itici güce ihtiyaç duyduğu, bunun da genellikle kutuplaşan yahut savaştan bir uluslararası toplumca sağlandığı yukarıda aktarılanlar ışığında söylenebilir. *Friedmann* tarafından ifade edildiği gibi birlikte var olmadan işbirlikleri geliştirmeye evrilen uluslararası anlayışın sonucu olarak uluslararası örgütlerin ortaya çıkışı uluslararası hukuk teorisinde yaşanan değişimle kol kola gerçekleşmiştir⁸¹⁹. Birlikte var olmayı ve egemenliğin baskın paradigmalarının terk edilmesini gerekli gören yeni uluslararası hukuk anlayışı, merkezine uluslararası toplum fikrini almaktadır⁸²⁰. Uluslararası toplum anlayışı devletler arasındaki işbirliğinin, uluslararası alandaki toplumsal dayanışmanın somutlaşması olarak anlaşılmasını sağlamaktadır.

⁸¹⁵ Ibid, s. 5.

⁸¹⁶ Ibid, s. 9.

⁸¹⁷ Henry G. Schermers, Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 5. b, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 3.

⁸¹⁸ Klabbers, op. cit., s. 26.

⁸¹⁹ Vec, op. cit., s. 665.; Friedmann, *Changing Structure*, s. 60-63.

⁸²⁰ Ibid.

Uluslararası alanda işbirliğinin benimsenmesinin ve sağlanmasının bir aracı olarak kabul gören uluslararası örgütlerin temsil ettiği işbirliği ve karşılıklı bağımlılık genel olarak şu tür kategorilerde ve görünümde ortaya çıkar⁸²¹: uluslararası güvenlik ve barış alanları için modern silahlar, uluslararası terör ve güvenlik tehditleri; ortak ihtiyaç teşkil eden iletişim alanında posta ve internet gibi servis ve dolaşımların sağlanması ve sınır aşan suların kullanım ve ulaşım için düzenlenmesi; insanî gereklerle de insan haklarının geliştirilmesi, korunması ve denetim mekanizmalarıyla güvence altına alınması. Bu kategori ve alanların sırasıyla uluslararası güvenlik, iletişim ve insan hakları alanlarına denk düştüğünü söyleyebiliriz. Özellikle insan hakları alanında uluslararası hukukta 2. Dünya Savaşı'ndan sonra çok hızlı bir düzenleme eğilimi ortaya çıkmıştır.

Teknik ve ekonomik nitelikli, barış ve adaletin yaygınlaştırılmasını amaç edinenler olarak farklı farklı nitelendirilebilseler de 1890'lardan itibaren ortaya çıkmaya başlayan uluslararası örgütlerin⁸²² ortak noktaları amaçlarının birliğinden ziyade yöntemlerinin birliği olmuştur, ki bu da uluslararası işbirliğidir. Devletlerin uluslararası işbirliği gerektiren konularda bir araya gelerek ve egemenliklerinin bir kısmından el çekerek bunu uluslararası örgütlere devrettikleri belirtilmiştir⁸²³. Nitekim devletler arasında varılan her uluslararası anlaşma bu anlamda bir egemenlik feragati olarak anlaşılacaktır, zira Devletler başlığında ifade edildiği gibi uluslararası hukukun varlığı başlı başına devlet egemenliğini sınırlamaktadır ve artık devletlerin kesin ve mutlak egemenliğinden değil sınırlı egemenliğinden söz edilebilir. Uluslararası örgütlere üye olarak bunlara birtakım egemenlik yetkilerini devreden devletlerin durumunda sadece egemenliğin sınırlanması değil egemenliğin bir kısmından ortak bir amaç için feragat edilmesi ve bunun tek elden kullanılması söz konusu olabilecektir. Devletlerin bir paradoks olarak egemenliğin karşısında karşılıklı bağımlılık ilişkisi geliştirdikleri, uluslararası hukukun kaçınılmaz gerçekleri doğrultusunda kendi bağımsızlıklarını korumak için işbirliğine ihtiyaç duydukları⁸²⁴ belirtilir. Bu durum teorik olarak bir paradoks olsa da uygulamada devletlerin vardıkları uluslararası anlaşmalarla uluslararası düzeni, devletlerin egemen ve eşit olduğu uluslararası düzeni,

⁸²¹ Schermers, Blokker, op. cit., s. 1-2.

⁸²² Bederman, The Souls of, s. 337-8.

⁸²³ Ibid, s. 338.

⁸²⁴ Schermers, Blokker, op. cit., s. 2.

ayakta tutmaya çalıştıklarını göstermektedir. Böylece egemenliklerini, yine egemenliklerini korumak için sınırladıklarını söyleyebiliriz. Bu durum uluslararası alanda ilişkiler kurabilmenin de devletin uluslararası hukuk kişiliğinin ve dolayısıyla egemenliğinin bir sonucu olarak ele alınmasıyla uyumludur.

Elbette uluslararası örgütlerin artması ve etkinlik alanlarının genişlemesiyle devletlerin uluslararası alandaki konumunda bir değişiklik meydana gelip gelmediği düşünülebilecektir. BM eski Genel Sekreterlerinden *Annan*'ın belirttiği gibi uluslararası örgütlerin ortaya çıkışıyla artık devletler uluslararası alanın tek oyuncusu değildirler, ancak hâlâ en önemli oyuncusu olmaya devam etmektedirler⁸²⁵. Yine *Annan*'a göre devletler, uluslararası alanda tek başlarına başa çıkamayacakları ortaklık gerektiren zorlu görevlerle karşı karşıya kalmaktadırlar⁸²⁶. Devletlerin kolektif çalışmalar yapmasının, işbirlikleri oluşturmasının altı çizilerek dolaylı manada uluslararası örgütlerin devletlerin modern uluslararası hukukta karşı karşıya kaldıkları güçlükleri çözmeye önemli bir araç olduğuna atıfta bulunmaktadır. *Max Huber*'e göre devletlerin anlaşma yapmasındaki iki esas neden şahsî menfaat ve müşterek menfaattir⁸²⁷; buradaki müşterek menfaat uluslararası alanda giderek artan işbirliğine denk düşmektedir. Devletler mutlaka uluslararası anlaşmalar yoluyla değil, uluslararası alanda herhangi bir yöntemle uzlaşmak suretiyle de işbirliğine yönelik iradelerini gösterebileceklerdir.

Uluslararası örgütlerin sınıflandırılmasına sıklıkla başvurulur ve uluslararası örgütler amaçlarına, iştiğal alanlarına yahut yapısal özelliklerine göre sınıflandırılmaktadır. Ancak bu aktarım kolaylığının yanı sıra konunun aydınlatılması bakımından faydalı bir girişim olsa da böyle bir sınıflandırmanın ancak son derece genel bir sınıflandırma olabileceği, uluslararası örgütlerin iştiğal alanlarının, amaçlarının, bunları yerine getirebilmek için kendilerine tanınan görev ve yetkilerin çok çeşitli olduğu belirtilir⁸²⁸. Zira, tüm uluslararası örgütlerin kendilerini kuran anlaşma metni ve onun arkasındaki kendine özgü politik yapı dolayısıyla özgün oldukları kabul edilir⁸²⁹.

⁸²⁵ BM GenK, A/61/1, 16.08.2006, s. 2, p. 6.

⁸²⁶ Ibid.

⁸²⁷ Klabbers, op. cit., s. 19.

⁸²⁸ Ibid, 23-24 vd.

⁸²⁹ Ibid, s. 24.

Uluslararası hukukta uluslararası örgüt tanımı konusunda devletin tanımı bakımından söylenenlerden farklı bir şey söylenemeyecektir. Uluslararası örgütle neyin ifade edildiğine, uluslararası örgütü neyin oluşturduğuna ve bunun sonuçlarına dair üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmamakla birlikte hükümetler dışı uluslararası örgütlerin bu kapsama dahil edilmediği konusunda uzlaşmıştır⁸³⁰. Uluslararası örgütlerin hükümetler dışı uluslararası örgütler, uluslararası kamu ortaklıkları, başka bir adlandırmayla devletlerarası müşterek girişim, gibi birimlerden ayrılması gerekir, zira bunların ilki özel birimlerce, ikincisi ise bir uluslararası andlaşmayla temeli hazırlanmış olsa da üye devletlerden birinin ticaret hukukuna tâbi olarak kurulmaktadır⁸³¹. Bizim konumuz kapsamında bulunan uluslararası örgütler ise genellikle devletler yahut da kendileri gibi uluslararası örgütler tarafından uluslararası hukuka tâbi olarak kurulanlardır. Öte yandan, uluslararası örgütlerin üzerinde uzlaşmış bir tanımları bulunmasa da, devletin unsurları üzerinde olduğu gibi, kurucu unsurları üzerinde geniş bir uyuşma söz konusudur⁸³². Bunun nedenini uluslararası örgütlerin yapısal ve yönetsel farklılıkları olarak anlayabilmek mümkündür.

UHK raportörü *Fitzmaurice* tarafından VAHS'nin hazırlık çalışmaları çerçevesinde uluslararası örgütler son derece genel biçimde, anayasası ve genel organları, kendisini kuran devletlerden ayrı kişiliği bulunan ve andlaşma yapma kapasitesine sahip uluslararası hukuk özneleri olarak anlaşmayla kurulmuş devlet birlikleri biçiminde tanımlanmışlardır⁸³³. Bu tanımda uluslararası örgütlerin hem ayrı bir kişiliğe sahip olduğu hem de uluslararası hukukun öznesi olduğu ifade edilmiştir. Kanaatimize göre ayrı bir kişilikle ifade edilen uluslararası örgütün kendisini kuran devletlerden ayrı bir statüsünün bulunmasıdır, hukuk kişiliği ise uluslararası hukukun öznesi olduklarının belirtilmesiyle ortaya konmuş olmaktadır. Uluslararası örgütler alanında meydana gelen kimi gelişmeler olmuşsa da oldukça genel ifadesi dolayısıyla tanım halen dayanak alınabilir durumdadır. Doktrinde yapılan yakın tarihli uluslararası örgüt tanımları ile de belli ölçüde uyumaktadır.

⁸³⁰ Schermers, Blokker, op. cit., s. 36.

⁸³¹ Akande, op. cit., s. 250.

⁸³² August Reinisch, *International Organizations Before National Courts: Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 5.

⁸³³ BM, UHK, 1956 Yılı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1956/Add.1), s. 108.

Schermers ve *Blokker* uluslararası örgütlerin üç unsurları bulunduğunu belirtmiştir. Bunlar uluslararası bir andlaşmayla kurulmuş olma, kendi iradesini kullanabilen en az bir organa sahip olma ve uluslararası hukuka tâbi olmadır⁸³⁴.

Birçok durumda uluslararası örgütler andlaşmayla kurulmuş, böylelikle varılan uluslararası uzlaşının somut belirleyicisi yapılan andlaşma olmuştur⁸³⁵. Ancak uluslararası örgütleri ortaya çıkaran uluslararası uzlaşdır ve bu her zaman bir andlaşmayla somutlaşmamış olabilecektir. Bu durumlarda uluslararası örgütün yokluğundan söz edilmeden önce uluslararası uzlaşının andlaşma dışı başka yollarla sağlanıp sağlanmadığı tespit edilmelidir. Örneğin Kuzey Konseyi üye devletlerin meclislerinde aldıkları paralel kararlarla kurulmuştur⁸³⁶. Uluslararası andlaşma yapılmaksızın kurulan uluslararası örgütlerin durumunda devletlerin iradeleri ve bunlardaki uyuşma Kuzey Konseyi örneğindeki paralel meclis kararları gibi uluslararası andlaşma dışı diğer araçlarla tespit edilebilecektir.

Uluslararası örgütlerin sahip olmaları gereken bir diğer unsur kendi iradesine sahip olan ve buna dayanarak işlem yapan organın varlığıdır. Uluslararası örgütün kendisine üye olan devletlerden ayrı hukuk kişiliğini, onun bağımsız iradesi ortaya koymaktaydı. Uygulamada bağımsız irade uluslararası örgütün ayrı bir hukuk kişiliğine sahip olmasına ve çoğunluk temelinde hareket edebilmesine olanak sağlamaktadır⁸³⁷. Zira uluslararası örgütün bağımsız iradeye sahip olmaması işlem ve eylemlerinin görünürde örgüte ait olması sonucunu doğurmaktadır⁸³⁸. Uluslararası örgütün bağımsız iradesini kullanabilmesi için de bunu kullanacak en az bir organının bulunması gerekecektir, böylelikle de uluslararası örgütün iradesi üye devletlerin iradesinden ayrılabilir ve ayrı bir organ vasıtasıyla kullanıldığı için belirli bir devlete bağlı olmayacaktır⁸³⁹. Uluslararası örgütün kendi organlarının bulunmaması durumunda iradesinin kullanılması üye devletlerden biri yahut üye devletin organları vasıtasıyla mümkün olacak ve dolayısıyla bu durum uluslararası örgütün iradesinin yansıtılıp

⁸³⁴ Schermers, Blokker, op. cit., s. 37.

⁸³⁵ Ibid, s. 37-40.

⁸³⁶ Ibid, s. 38.

⁸³⁷ Akande, op. cit., s. 250.

⁸³⁸ Süleyman Sırrı Terzioğlu, Bahadır Bumin Özarslan, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 61.

⁸³⁹ Schermers, Blokker, op. cit., s. 44-6.

yansıtılmadığı ve ayrı uluslararası hukuk kişiliğinin varlığı bakımından kuşkulara sebep olabilecektir.

Çalışmamızın bir önceki bölümünde bağımsızlığı kısıntılı devletler kısmında bağlı statüdeki devlet yahut bölgenin bağlı bulunulan devletten ayrı ve bağımsız statüye sahip olması bunların uluslararası hukuk kişiliğini araştırırken sıklıkla başvurduğumuz bir unsur olmuştu. Bu başlıkta da uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini ortaya koyarken bunların üye devletlerden bağımsız ve ayrı statüsünü sağlamaya yönelik bir organlarının ve dolayısıyla uluslararası hukuk kişiliklerinin olup olmadığını araştırmak gerekecektir. Uluslararası örgütler aslında uluslararası alanda bir süredir varlık gösteriyor olsalar da bu durum uluslararası örgüt hukuk kişiliğinin her zaman güncel bir mesele olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim 1. Dünya Savaşı öncesinde uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği alanının oldukça çorak bir alan olduğu kabul edilir, bu dönemde yazarlarca esas alınan soru genel olarak uluslararası örgütlerin kendilerini kuran devletlerden ayrı ve farklı bir hukukî varlıklarının bulunup bulunmadığına yönelmiştir⁸⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki zaten ayrı ve farklı statü uluslararası örgütün unsuru olduğundan uluslararası hukuk kişiliğine yönelik tartışmaların zamanla terimleşmiş bir soru haline geldiği söylenebilecektir.

Son olarak kurulan örgüt uluslararası hukuka tâbi olmalıdır. Üye devletlerden birinin iç hukukuna tâbi olarak kurulan örgüt bir uluslararası örgüt olmayacağı gibi uluslararası bir andlaşmayla kurulmasına rağmen açıkça uluslararası hukuka tâbi olmadığı belirtilen örgütün de bir uluslararası örgüt olmayacağı⁸⁴¹ söylenebilir. Bu durumda uluslararası faaliyetler gösteren kimi kuruluşlar bir devletin iç hukukuna bağlı olarak kuruldukları durumda uluslararası örgüt olmamaktadırlar.

Schermers ve Blokker'den farklı olarak *Seyersted*, uluslararası örgütün gerekli ve yeterli ölçütünün uluslararası organlara sahip olma olduğunu ifade eder; ona göre uluslararası organların iki veya daha fazla egemen devlet tarafından kurulmuş olmaları, bir devletin yahut da başka bir topluluğun yetkisi altında değil, üye devletlerin bu organlardaki temsilcileri aracılığıyla birlikte hareket etmeleri, uluslararası ve/veya

⁸⁴⁰ Bederman, *The Souls of*, s. 343.

⁸⁴¹ Schermers, *Blokker*, op. cit., s. 46-7.

egemen fiillerde⁸⁴² bulunmaları ve bu fiilleriyle yalnızca birkaç üye devlete yükümlülük getirmemeleri gerekmektedir⁸⁴³. Bu tanımda uluslararası organların varlığına ayrı ve bağımsız iradenin göstergesi olarak yoğunlaşmaktadır, ancak uluslararası bir organa sahip olunmasına bağladığı sonuçlarla da kısmî olarak yukarıdaki unsurlara yaklaşmaktadır. Zira ayrı ve bağımsız organ hem üye devletlerden ayrı bir hukuk kişiliğini hem de bu kişiliğin uluslararası alandaki eylemlerinin bağımsızlığını sağlamaktadır. Uluslararası örgütlerin aslında hükümetler arası niteliğe sahip olmaları dolayısıyla üyeleri arasındaki ilişkinin eşitliğe dayalı olmasının bir sonucu olarak ayrı bir organa sahip olmalarının gerektiği de söylenebilecektir.

Uluslararası örgütler hukukunun, uluslararası hukuka dikey bir karakter katarak onu iç hukuklara yaklaştırdığı, zira bu hukuk alanının iç hukuklardaki anayasa ve idare hukuku alanlarıyla benzeştiği⁸⁴⁴ söylenir. Uluslararası hukukun yatay biçimde örgütlenmiş olduğunu düşünürsek bu önemli bir noktadır. İç hukukların dikey biçimde örgütlenmesi, devlet egemenliğinin bir sonucu olarak iç hukuklar ile uluslararası hukuku karakterleri bakımından ayırmaktadır. Ancak devlet egemenliğinin hem iç hukukların anayasa ve idare hukuklarıyla şekillenmiş bütünlüğünü, hem de uluslararası hukukun her biri kendi hukuk düzenine ve kurumsal hukukuna sahip yüksek sayıda uluslararası örgütlerle şekillenen bölünmüşlüğüne açıkladığı kabul edilir⁸⁴⁵. Bu durumda devlet egemenliğinin iç hukuktaki ve uluslararası hukuktaki görünimleri farklılaşmakta, egemenlik bu iki alanda farklı sonuçlar doğurmaktadır. İç hukukun bütünlük içinde ve dikey olarak örgütlenmesini sağlayan devlet egemenliği uluslararası hukukun ise bölünmüş biçimde ve yatay örgütlenerek gelişmesine yol açmıştır. Bunun temelinde iç hukuklarda tek bir egemen devletin iradesi geçerli iken uluslararası hukukta egemen ve eşit birçok devletin iradelerinin bağdaşması gereği yer almaktadır.

Uluslararası hukukta tek egemen bulunmadığı gibi uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğine karar vermeye yetkili merkezî bir yasama otoritesi de bulunmaz, uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin devletler tarafından

⁸⁴² Egemen fiiller Seyersted tarafından hukuken bağımsız anlamında kullanılmaktadır. Finn Seyersted, "Objective International Personality of Intergovernmental Organizations - Do Their Capacities Really Depend upon the Conventions Establishing Them", *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret*, C. 34, S. 3, 1964, ss. 3-112, s. 48, dn. 112.

⁸⁴³ Finn Seyersted, *Common Law of International Organizations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 64.

⁸⁴⁴ Schermers, Blokker, op. cit., s. 7.

⁸⁴⁵ Ibid.

kabul edilmesinin bu nedenle uzun sürdüğü belirtilmiştir⁸⁴⁶. İç hukuklarda hangi birimlerin hukuk kişisi olacakları, bunun şartları ve prosedürü belirlenmiş durumdayken uluslararası hukuk yatay örgütlenmiş yapısı nedeniyle bu türden bir belirliliğe sahip değildir⁸⁴⁷. Çalışmamızın üçüncü bölümünde uluslararası hukuktaki merkezî otorite yokluğun uluslararası hukuk kişiliğine etki eden nedenler arasında değinilecektir. Belki de bu durum genel olarak hukukun iç hukuklardaki gibi dikey örgütlenmesini bir gereklilik olarak anlamamızdan kaynaklanmaktadır. Elbette uluslararası hukuk ve iç hukuklar arasında benzetim yapma yoluna gitmemiz de, başka bir benzetim imkânı bulunmadığından, merkezî örgütlenmemenin hukuk kişiliğini tespit ettiği sonucuna varmamızı sağlayabilmektedir.

B. ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİKLERİ

1. Genel Olarak

Yaşanan iki dünya savaşının etkisiyle uluslararası hukukta uluslararası örgütler önem kazanmış olsalar da bu durumun uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğinin kabul edilmesini de sağladığı söylenemez, uluslararası hukuk kişiliklerinin varlığının kabul edilmesi, uluslararası örgütlerin kurulmasından daha yeni bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁴⁸. Bir uluslararası örgütün varlığı ile onun uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması birbirinden farklı şeylerdir ve dolayısıyla bu ikisinin birlikte ortaya çıkmış olması gerekmez. 1960'ların sonlarına dek uluslararası hukuk kişiliğinin aslında egemenliğin ayırt edici bir özelliğini oluşturduğuna ilişkin görüşlerin etkilerini devam ettirdiği görülür⁸⁴⁹. Uluslararası hukuk kişiliği ve egemenlik hakkında uzun süreler devam eden tartışmaların sonucunda ise egemenlik ile uluslararası hukuk kişiliği arasında bir bağlantı kurulmasının gerekmediği ve uluslararası alanda hükümetler arası örgütlerin giderek artan rolü nedeniyle uluslararası örgütlerin devletlerden ayrı bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip olabileceği genel olarak kabul görmüştür⁸⁵⁰. Uluslararası hukuk kişiliği alanından egemenliğin teorik manada

⁸⁴⁶ Ibid, s. 987.

⁸⁴⁷ Crawford, Brownlie's Principles, op. cit., s. 170.; Ibid.

⁸⁴⁸ Crawford, Brownlie's Principles, op. cit., s. 167.; Mehmet Emin Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 4. b, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s. 222.

⁸⁴⁹ Sands, Klein, op. cit., s. 473.

⁸⁵⁰ Ibid.

çekilmesi, uluslararası hukuk kişiliğini kanaatimizce etkinleştirmiştir. Bu sayede devletler dışındaki birimlere uluslararası hukuk kişiliği atfedilerek bunların uluslararası hukuktan kaynaklanan normlarla haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilmesi, belki de daha doğrusu haklara ve yükümlülüklerle sahip olduklarının kabul edilmesi, mümkün hale gelmiştir. Bir önceki bölümde aktardığımız egemen kabul edilmeyen ülkesel birimlerin uluslararası hukukta kısmî, sınırlı hukuk kişisi kabul edilmeleri aslında egemenlik ile hukuk kişiliği arasındaki bir nedensellik ilişkisi olmadığını ortaya koyan bir göstergedir. Zira bu durumdaki birimlerin hukuk kişiliğini sınırlandıran onların egemen olmamaları değil devlet olmanın gereklerini tam olarak sağlamamaları olmaktadır.

Uluslararası hukukun kişileri olarak devletler ve uluslararası örgütler arasında yapılan karşılaştırmanın sonuçları arasında uluslararası örgütlerin egemen yahut eşit olmadıkları, yetkilerinin üye devletlerin sağladığı kadar olduğu, varlıklarının ve etkinliklerinin kanıtı ve sınırının onların işlevleri olduğu sayılmaktadır⁸⁵¹. İkisi de uluslararası hukukun kişileri olan birimler arasındaki söz konusu farklar uluslararası hukuk kişiliğini devletlerden ayrı düşünmek gerekliliğini vurgulamaktadır. Nitekim uluslararası hukuk kişiliğine yönelik eleştirilerin ve bu konudaki gelişimin yavaşlığının kaynağında devlet ile hukuk kişiliğinin iç içe geçmiş bir biçimde düşünülmesi yer alır. Halbuki uygulamanın ortaya koyduğu üzere devlet bir hukuk kişisi olarak uluslararası hukuk kişiliğinin yalnızca bir görünümünü oluşturur.

Uluslararası hukuk kişiliğine sahip olma ölçütleri devletler bakımından önceki kısımda anlatıldığı gibi olgusal durumun tespit edilmesiyle sağlanmaktaydı. Ancak uluslararası örgütler için salt olgusal durumun tespiti değil, kurucu üyelerin açık ya da örtülü iradelerinin araştırılması gerekir. Bu nedenle uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri olgusal bir yaklaşımdan ziyade açık ya da örtülü olarak uluslararası örgüte atfedilen yetkilerin saptanması ile tespit edilebilecektir. Uluslararası örgütü kuran devletlerin buna ne gibi amaçlar verdikleri, yetkiler tanıdıkları belirleyicidir.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü'nün (AGİT), uluslararası hukuk kişiliği açıkça belirlenmiş olmasa da bu ekseninde dönen, AGİT'in uluslararası hukuk kişiliğine

⁸⁵¹ BM, UHK, 1977 Yılı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1977/Add.1(Part1)), s. 120-1.

sahip olmasının gerekip gerekmediği yönündeki tartışmalar oldukça yoğundur⁸⁵². Öte yandan AGİT'in uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmasının çözeceği sorunların dışında, hukukî gerçekliğe dayanılarak örgütün hali hazırda uluslararası hukuk kişiliğinin olduğu söylenebilmektedir⁸⁵³. Yani, bir uluslararası örgütün uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmasının gerekmesi ile sahip olması birbirinden farklıdır. Elbette uluslararası hukuk kişiliği açıkça belirtilmiş olmayabilir, bu durumda örgütün faaliyetleri ve uluslararası hukuktaki konumu gereği, uluslararası hukuk kişiliği başka yollarla belirlenmemiş ise, amaçları ve görevleri çerçevesinde belirlenebilecektir. Ancak bu halde de belirleme faaliyeti bir hukuk kişiliği atfetme faaliyeti değil, mevcut kişiliği ortaya çıkarma faaliyeti olmaktadır.

UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi Danışma Görüşü⁸⁵⁴, BM'nin uluslararası hukuk kişiliğini tespit eden ve uluslararası örgütler hukuku bakımlarından oldukça önemli bir karardır. Doğrudan uluslararası hukuk kişiliği konusunda verilmiş tek Divan kararı olması nedeniyle çalışmamızın son bölümünde ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Bu karar *Brölmann*'a göre, uluslararası hukuk kişiliğinin devletlerin tam hukuk kişiliği üzerine kurulu klasik anlaşılışı ile yeni ve uygulamacı bir hukuk kişiliği anlaşılışı arasında orta yol bulmuş görünmektedir⁸⁵⁵. Doktrinde de çeşitli biçimlerde ifade edilen ve kanaatimize uygun olan görüş doğrultusunda, Divan'ın bu kararıyla uluslararası hukuk kişiliğinin tanımını yapmaktan ziyade BM'nin uluslararası hukuk kişiliğini ortaya koyduğu söylenebilecektir⁸⁵⁶. Ancak uluslararası hukuk kişiliği konusunda genel nitelikli pozitif bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle bu konunun tartışılması bakımından kararın dayanak teşkil ettiği de bir gerçektir. *Brölmann*'ın yorumu doğrultusunda Divan'ın uluslararası hukuk kişiliğini uluslararası alanda etkinlik çerçevesinde açıkladığını söyleyebiliriz. Divan'a

⁸⁵² Strengthening the Legal Framework of the OSCE Symposium, <https://voelkerrechtsblog.org/category/symposium/strengthening-the-legal-framework-of-the-osce/> (07.11.2018)

⁸⁵³ Isabelle Ley, "Legal personality for the OSCE? Some observations at the occasion of the recent conference on the legal status of the OSCE ", *Völkerrechtsblog*, 08.08.2016, <https://voelkerrechtsblog.org/category/symposium/strengthening-the-legal-framework-of-the-osce/> (07.11.2018)

⁸⁵⁴ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949.

⁸⁵⁵ Catherine Brölmann, *The Institutional Veil in Public International Law: International Organisations and the Law of Treaties*, Portland: Hart Publishing, 2007, s. 78.

⁸⁵⁶ Portmann, op. cit., s. 23.

göre BM uluslararası alanın önemli aktörlerindedir ve hareket alanını oluşturan amaçları ve yetkileri aracılığıyla hukuk kişiliği açıklanmış olmaktadır.

Uluslararası örgütler bakımından hukuk kişiliğinin tespit edilmesi bir gerekliliktir zira genellikle uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri açıkça düzenlenmemiş olmaktadır⁸⁵⁷. *Rama-Montaldo*, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinden kaynaklanan hakların uluslararası alanda faaliyet gösterme kapasitesini oluşturduklarını ve bunların genel olarak uluslararası alanda hukukî etki doğurabilmek için iradelerini belirtebilmeleri ve ayrı bir birim olarak diğer uluslararası hukuk kişileriyle ilişkiler kurabilmeleri çerçevesinde geliştiğini belirtir⁸⁵⁸. BM'nin uluslararası hukuk kişiliğinin tespit edilebilmesi için UAD tarafından yapılan muhakeme de buna dayanmış, Divan BM'ye verilen görev ve yetkilerin ancak kapsamlı bir hukuk kişiliğine sahip olunması durumunda uygulanabileceğini belirtmiştir⁸⁵⁹. Dolayısıyla bu muhakemenin benzetim yoluyla diğer uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin belirlenmesi için de kullanılabilmesi mümkündür⁸⁶⁰.

Uluslararası örgüt hukuk kişiliğinin belirtilmesi, *Klabbers*'e göre uluslararası hukuk kişiliğinin varlığı bakımından belirleyici değildir ancak kurucuların niyetinin bir göstergesidir⁸⁶¹. Bu halde kişilik bakımından belirleyici ve esas olan bir uluslararası örgütün hukuk kişiliği ile açıklanabilecek işlemlerde bulunması, kendisine tanınan bir amacının bulunmasıdır. Yani kurucular uluslararası hukuk kişiliğinin bulunmasını irade etseler de hukuk kişiliğini veren, örgüte tanınan işlevler ve amaçlar olmaktadır.

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini tespit edebilmek için kimi yaklaşımlar benimsenmiştir. Uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmanın göstergeleri ile bunun sonuçlarını yöntemsel olarak birbirinden ayıran *Rama-Montaldo* hukuk kişiliğinin uluslararası örgütler bakımından tümevarımsal ve objektif olarak belirlenebileceğini ifade eder⁸⁶². Tümevarımsal metot uluslararası örgütün hukuk kişiliğini devletlerin kurucu andlaşmada yer alan açık yahut örtülü iradelerinden çıkarmaktadır ve böylelikle

⁸⁵⁷ Kirsten Schmalenbach, "International Organizations or Institutions, General Aspects", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2014, p. 20. (<https://opil.ouplaw.com/home/mpi>, 09.04.2019)

⁸⁵⁸ Rama-Montaldo, op. cit., s. 139-40.

⁸⁵⁹ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 178.

⁸⁶⁰ Schermers, Blokker, op. cit., s. 990.

⁸⁶¹ Klabbers, op. cit., s. 57.

⁸⁶² Rama-Montaldo, op. cit., s. 112.

uluslararası hukuk kişiliği kalkış noktası değil bir varış noktası olmaktadır⁸⁶³. Yani, uluslararası hukuk kişiliği, aslında devletlerin iradelerinin bir sonucunu teşkil etmektedir. Objektif yaklaşıma göre uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin bulgular uluslararası örgütün yapısında bulunan unsurlardan çıkmaktadır, bu unsurların varlığına göre uluslararası örgüt uluslararası hukuk kişisi yapan şey devletlerin iradesi değil uluslararası hukuk düzenidir⁸⁶⁴. Uluslararası hukuk kişiliğine dair koşulların sağlanmasıyla uluslararası örgüt uluslararası hukuk kişisi olmaktadır. Objektif teori bu noktada uluslararası hukuk kişiliğine sahip olma için aranan, sağlanması gereken koşulların, unsurların tespit edilmesini gerektirir. Tümevarımsal metot kurucu devletlerin iradelerine atıf yaparken objektif metotta hukuk kişiliğini belirleyen uluslararası hukukun yaptığı tanımın karşılanması, belirlediği unsurların sağlanması olmaktadır. Yazara göre uluslararası örgütün hukuk kişiliğini belirleyen uluslararası hukuk düzenidir ve hukuk kişiliği tarafların iradesine göre değil objektif ölçütlere göre belirlenir⁸⁶⁵.

Uluslararası örgütlerin hukuk kişisi olabilmeleri için sahip olmaları gereken unsurlar konusunda aşağı yukarı bir uzlaşma bulunur. Biz bu noktada *Rama-Montaldo*, *Brownlie* ve *Amerasinghe* ile *Klabbers*'in görüşlerine örnek olarak başvuruyoruz. *Rama-Montaldo*, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin ön koşulları olarak devletler arasında bir birlik oluşturmak üzere uzlaşmaya varılmış olmasını, üye devletlerin iradesinden ayrı irade ortaya koyabilecek en az bir organın varlığını, fonksiyon ve yetkilerinin icrasıyla ulaşılabilecekleri belirli hedef ve amaçlara sahip olmalarını saymıştır⁸⁶⁶. Bunların somutlaştırılması gerektiğini düşünmekteyiz, öte yandan yazar uluslararası örgütün varlığı için aranan uzlaşımın da hukuk kişiliği için gerekli bir unsur olduğunu belirtmiştir. *Brownlie* ve *Amerasinghe* ise uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişisi olabilmelerine yönelik ölçütleri somutlaştırmışlardır. Bunlara göre uluslararası örgütün hukuk kişiliğinin ölçütleri devletlerin yahut da diğer örgütlerin hukukî amaçlar doğrultusunda organlar aracılığıyla kurmuş oldukları daimî birliğin, örgüt ile üyeleri arasında hukukî yetki ve amaçlar bakımından ayrılığın ve yalnızca bir veya birden fazla devletin ulusal sistemi içinde değil uluslararası alanda icra edilen

⁸⁶³ Ibid.

⁸⁶⁴ Seyersted, *Objective International Personality*, s. 46-7, 99-100.

⁸⁶⁵ Rama-Montaldo, *op. cit.*, s. 122, 124.

⁸⁶⁶ Ibid, s. 144.

hukukî yetkilerin varlığıdır⁸⁶⁷. Ancak bu unsurların katı bir biçimde ortaya konması her zaman mümkün olmayabilir. Doktrinin UAD'den farklı biçimde belirlediği bu genel ölçütler arasında *Alvarez*'e göre hukuk ve olguların hassas konularına ilişkin bazı belirsiz hususlar anlaşmazlık doğurabilecektir⁸⁶⁸. Örneğin örgütün üyeleri ile arasında yetki ve amaçlar bakımından bir farklılığın bulunması gereği ölçütler arasında sayılmıştır. Ancak bir devletin üye olduğu bir uluslararası örgüt ile aynı amaçları taşıması, aynı yetkilere sahip olması mümkündür. Nitekim genel yetki kuramına göre bir birim kendisinde olmayan yetkiyi devredemeyeceğinden, bu unsurun varlığı yetkilendiren birimin münhasıran bir yetkilendirme yapmasını, kendisinin yetkisini artık kullanamamasını gerektirecektir.

Uluslararası örgütlerin unsurları arasında sayılan fonksiyon ve yetkilerin icrası suretiyle varılacak bir amaca sahip olma işlevsellik başlığında değineceğimiz hususa, uluslararası örgütün hukuk kişiliği ile örgüte tanımlanan amaç ve işlevler arasındaki bağlantıya değinmektedir. Bu bağlantıya göre uluslararası örgütün hukuk kişiliği amaçları ve fonksiyonlarıyla ortaya konur. Hukuk kişiliğinin ortaya çıkardığı yetkiler de yine bu amaç ve fonksiyonlarla belirlenmektedir.

Lawrence 1910 tarihli *Uluslararası Hukukun İlkeleri* kitabında uluslararası hukukta örgütlenmeden devletler arasında gelişen dayanışmanın kanıtı ve ortak eylem amacıyla organlar geliştirme arzusu olarak söz etmiştir⁸⁶⁹. Uluslararası örgütlere dair doktrinin en başından beri bu birimleri sahip oldukları amaçları merkeze almak suretiyle tanımladığı, açıkladığı söylenebilecektir. Ortak eylemden ortak amaca, bu ortak amacın da varılan uluslararası anlaşmanın fonksiyonuna dönüştüğünü söyleyebiliriz. Cape Spartel Lighthouse örneğinde üye devletlerin komisyona yalnızca yetki ve güç değil aynı zamanda tüm dünya toplumu için yaşamsal öneme sahip bir görev verdikleri ifade edilmiştir⁸⁷⁰. Elbette bu diğer uluslararası örgütler için de geçerli olmaktadır. Uluslararası örgüte yüklenen, kanaatimizce uluslararası örgütlerin karakterini oluşturan,

⁸⁶⁷ Amerasinghe, *Institutional Law*, s. 82-3.; Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 169.

⁸⁶⁸ José E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, New York: Oxford University Press, 2005, s. 136, dn. 87.

⁸⁶⁹ Thomas J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 4. b, Boston: D. C. Heath & Co., Publishers, 1910, s. 274-275.

⁸⁷⁰ Tarafların ortak amacının dünyanın en önemli ticaret rotalarından birinin etkinliğini en yüksekte tutma olduğu belirtilir. Graham H. Stuart, "The International Lighthouse at Cape Spartel", *The American Journal of International Law*, C. 24, S. 4, 1930, ss. 770-776, s. 773.; Bederman, *The Souls of*, s. 342-3.

fonksiyonları gereği tamamen otonom ve kendisini oluşturan devletlerin iradesinden bağımsız bir iradelerinin olmasıdır⁸⁷¹. Bu yolla örgüt kendisine ait amaçları yerine getirebilir, uluslararası hukukun kişisi olur. Uluslararası örgütler bakımından yetkiyi ve otoriteyi doğuran görevlendirilme olmaktadır. Nitekim uluslararası hukukta, uluslararası örgütlerin oluşmasına ilişkin değerlendirmelerde karşımıza çıkan esas noktaların biri kurucu devletlerin bir araya gelmesini sağlayan ortak bir amacın varlığıdır. Bu ortak amaç, uluslararası toplumun menfaatinin gözetilmesi ve bunlar için ortak bir eylemde bulunulması biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla üye devletlerin ortak amaçlarının yerine getirilmesini sağlayan örgüte verilen görevlerdir.

UAD'nin Giderim Kararı'ndaki değerlendirmesi uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin tespiti bakımından örnektir. Buna göre uluslararası örgütün görevlerini yerine getirebilmesi için gereklilik var ise, üyelerin niyeti bu yönde ve örgütün uygulamasından kişilik gerektirdiği kabul edilen işlemleri yaptığı/yapabileceği anlaşılıyorsa bu halde uluslararası hukuk kişiliği olacaktır⁸⁷². *Alvarez*, bu nedenlerle Divan'ın göreceli ve esnek bir uluslararası hukuk kişiliği yaklaşımını benimsediğini, uluslararası örgütlerin devletlerden farklı olarak kendilerine tanınan derecede uluslararası hukuk kişilikleri olabileceğini belirtir⁸⁷³. Burada yazarın kastı uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin kapsamını onlara tanınan amaç ve fonksiyonların belirleyecek olmasıdır. Bunun uluslararası örgütlerin devletlere nazaran daha dar haklara ve yükümlülöklere sahip olmasından farklı olduğu akılda tutulmalıdır. Bu iki birimin uluslararası alandaki varlık nedeni birbirinden farklıdır ve bu nedenle uluslararası hukuk kişilikleri de farklı biçimlerde ortaya konabilmektedir. Uluslararası örgütlerin bazı görüşlere göre kurucu andlaşmalarıyla uluslararası hukuk kişisi olacakları belirtilirse de kurucu andlaşmaları her zaman bunların uluslararası hukuk kişisi olduklarını düzenlemediğinden yahut düzenlese de bunun kapsamını belirlemede yetersiz kaldığından devletler gibi kişiliklerinin genel teamül hukukundan kaynaklandığı da kabul edilmektedir⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ Bederman, *The Souls of*, s. 343.

⁸⁷² UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 178-179.; *Alvarez*, op. cit., s. 131.

⁸⁷³ *Alvarez*, op. cit., s. 131.

⁸⁷⁴ *Ibid*, s. 138.

Bu ön koşullar değerlendirildiğinde devletlerin sahip olmaları gereken fiilî ön koşullardan farklı olarak uluslararası örgütlerin sahip olmaları gerekenlerin hukukî bir temele sahip olduğu görülmektedir⁸⁷⁵. Nitekim devletlerin uluslararası hukuk kişiliği olgusal niteliklere bağlanan hukukî sonuç olarak kabul ediliyordu. Ancak uluslararası örgütler bakımından kurucu andlaşmanın yahut kendisine tanınan hak ve yükümlülüklerin, ya da işlevin, böyle bir belirginliği sağlaması gereklidir. Bu durumda ilgili belirlilik hukukî araçlarla sağlanmaktadır.

Klabbers'e göre uluslararası hukuk kişiliği açıkça belirtilmemiş olan uluslararası örgütleri, hukuk kişiliklerinin olup olmadığını ortaya çıkarabilmek için değerlendirmeye tâbi tutarken gösterge niteliğinde üç unsur bulunur; uluslararası andlaşma yapabilme, temsilci gönderip kabul edebilme ve bir uluslararası davaya/talebe taraf olabilme⁸⁷⁶. Bu üç unsur uluslararası örgütler bakımından yahut da bireyler dışındaki uluslararası hukuk birimleri bakımından, gösterge hükmünde değerlendirilmektedir. Ancak yine de bunların hukukî gereklilikler olmadığına akılda tutulması gerekir⁸⁷⁷, bunların, sonuncu gereklilik hariç, hukuk kişiliğinin bulunması için ön koşul değil hukuk kişiliğinin açıkça belirlenmediği hallerde ortaya çıkarılabilecek göstergeler olduğunu söyleyebiliriz. Sayılanlar hukuk kişiliğinin temel göstergeleri olarak düşünülebilir, ancak bunlarla sınırlı olduğu yönünde bir kural bulunmamaktadır. Nitekim *Klabbers* tarafından sayılanlar unsurdan ziyade hukuk kişiliğine sahip olmanın sonuçları olmaya daha uygundur.

Çağırın, Giderim Kararı ile uluslararası alandaki teorik ve pratik birikimi değerlendirerek hukuk kişiliğini uluslararası örgütlere içkin, bunların doğalarından kaynaklanan bir özellik olarak kabul eder; yazara göre devletinkinden farklı olarak sübjektif nitelik gösteren uluslararası örgüt hukuk kişiliği ilerleyen başlıkta değerlendirilecek olan amaç ve yetkilerin örgütün işlevlerine göre değişkenlik göstermesi, hatta bunu belirlemesi, hususunu da ortaya koymaktadır⁸⁷⁸.

UHK'nin 2011 yılında hazırladığı "Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler" madde 2'de uluslararası örgüt kavramı tanımlanmaktadır. Buna göre, uluslararası hukuka tâbi bir andlaşma yahut başka bir enstrüman ile

⁸⁷⁵ Rama-Montaldo, op. cit., s. 144.

⁸⁷⁶ Klabbers, op. cit., s. 44.

⁸⁷⁷ Ibid.

⁸⁷⁸ Çağırın, op. cit., s. 232-233.

kurulmuş, kendi uluslararası hukuk kişiliğine sahip ve devletler dışındaki birimleri de üye olarak içerebilen örgütler uluslararası örgütlerdir⁸⁷⁹. *Brownlie*'ye göre bu düzenleme uluslararası örgütlerin halihazırda uluslararası hukuk kişiliklerinin olduğunu öngörmektedir, ki uluslararası sorumluluğu düzenleyen bir belge olması nedeniyle uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği konusundaki ön kabul ihtiyacını karşılamayı amaçlar⁸⁸⁰. Bu nedenle doktrinde amacı itibarıyla uluslararası örgütlerin sorumluluğunu ortaya koyan bir belgenin örgütleri uluslararası hukukun bir kişisi kabul etmesi gerekmektedir. Nitekim *Klabbers*'in saydığı göstergelerden biri de uluslararası alanda davalara taraf olma, talep ileri sürme ya da talebin kendisine karşı ileri sürülmesidir. Yani bu halde sorumluluğuna gidilebilme için uluslararası örgütün hukuk kişiliğine sahip kabul edilmesi gerekmektedir. UHK'nin uluslararası örgütlerin tanımında başvurduğu kişilik ölçütü tüm uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması gereğini düzenlemez, aslında uluslararası örgütlerin sorumlu tutulabilmesini sağlayacak bir araçtır.

Uluslararası örgütlerin uluslararası alandaki konumuna ilişkin tartışmalar doktrinde üç farklı teorinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Genellikle sosyalist yazarlarca savunulmuş ancak günümüzde oldukça nadir destek bulan ilk görüşün savunucularına göre, örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği ancak açıkça belirtildiyse mevcuttur⁸⁸¹, aksi halde uluslararası örgüt işlevlerine bakılmaksızın uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmayacaktır.

İkinci görüşün savunucuları, uluslararası örgütlerin objektif bir hukuk kişilikleri bulunduğunu öne sürerler, buna göre eğer uluslararası örgütün üye devletlerden bağımsız ve ayrı bir biçimde iradesini kullanabilecek organı varsa örgüt objektif uluslararası hukuk kişiliğine sahip olacaktır⁸⁸². Burada örgütün hukuk kişiliğini objektif hale getiren kendisine üye olan devletlerden ayrı iradesinin oluşmasıdır. Öte yandan bu okula göre uluslararası hukuk kişiliği, örgütü kuran devletlerin belirlemesinden

⁸⁷⁹ BM UHK, 2011 Yıllığı: Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/2011/Add.1(Part2)).; Akande, s. 249.

⁸⁸⁰ Crawford, *Brownlie's Principles*, s. 167.

⁸⁸¹ Schermers, Blokker, op. cit., s. 988-9.: Feldman Sovyet doktrinde bu görüşün genel kabul gördüğünü belirtir. David Feldman, "International Personality", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, S. 2, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, ss. 351-413, s. 359.

⁸⁸² Schermers, Blokker, op. cit., s. 989.

bağımsız olarak, uluslararası hukuk tarafından ortaya konur⁸⁸³. Kurucuların yapmaları gereken örgütün iradesinin ayrılmasını sağlayacak organın kurulmasıdır.

Son okul ise zımnî yetkiler (*implied powers*) doktrinini kullanmaktadır ve buna göre uluslararası hukuk kişiliği açıkça belirtilmeksizin ortaya konabilecektir. Bu görüşün savunucularına göre, eğer bir uluslararası örgüte kurucu andlaşma ile açık veya kapalı biçimde andlaşma yapma, temsilci gönderme gibi yetkiler veriliyor ise bunları uluslararası örgütün uluslararası hukuk kişiliği olmaksızın yapabilmesi mümkün değildir⁸⁸⁴. Bu okul, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin fonksiyonel bir hukuk kişiliği olduğu görüşünü desteklemektedir, zira yerine getirebilecekleri fonksiyonlar hukuk kişiliklerinin belirlenmesinin bir aracı olmaktadır.

Schermers ve Blokker'a göre son iki okul arasında önemli bir fark bulunur; ikinci okul uluslararası örgütlerin, devletler gibi, orijinal bir hukuk kişiliği olduğunu; üçüncü okul ise uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin türemiş nitelikte olduğunu belirtmektedir⁸⁸⁵. Ancak kanaatimizce ikinci görüşün objektif kişilik ile orijinalliği bağdaştırması pek kabul edilebilir görünmemektedir. Sonuçta orijinal kişiliğin bağlandığı ayrı ve bağımsız iradeyi açıklayabilen organ da yine üye devletlerce kurulup bu yetkiyle donatılmıştır. Belki de bu durum orijinal-türemiş kişilik arasında yapılacak belirgin bir ayrımı uluslararası hukukun yapısına uygun görmememizden kaynaklanmaktadır.

Çağırın, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği bakımından objektif görüşün savunucularının çıkış noktası itibarıyla, yani belirli unsurların sağlanmasının gerekmesi itibarıyla saptayıcılığını kabul etse de devletle uluslararası örgüt arasındaki farkın hukukî değil olgusal olduğunu kabul etmeleri ve kişiliği yalnızca hukuk düzenine bağlamalarını uygulamayı yansıtmaması nedeniyle eleştirmektedir⁸⁸⁶. Ancak ona göre önemli olan, örgüte kurucu andlaşmasıyla atfedilen özellikler aracılığıyla kazanılan objektif kişiliğin temelindeki, yani kurucu andlaşmadaki, iradîliğin kabul edilmiş olmasıdır⁸⁸⁷.

⁸⁸³ Ibid.

⁸⁸⁴ Ibid.

⁸⁸⁵ Ibid.

⁸⁸⁶ Çağırın, op. cit., s. 230.

⁸⁸⁷ Ibid, s. 230-231.

Fry'a göre, *Schermers* ve *Blokker* tarafından savunulan zımnî yetkilere dayalı son teori uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin objektif nitelikte olup olmadığını ucu açık bırakmaktadır, çünkü üye olmayan devletler bakımından uluslararası örgütün hukuk kişiliğinin bulunup bulunmadığı sorusuna cevap vermez⁸⁸⁸. Ona göre uluslararası örgütlerin kendilerini kuran devletlerden ayrı bir iradeye sahip olmaları hukuk kişiliklerinin göstergesidir, her ne kadar hukuk kişiliği ayrı bir iradenin varlığı için bir ön koşul olmasa da uluslararası örgütlerin varlık nedenleri düşünüldüğünde kendilerini kuran devletlerden ayrı bir iradelerinin bulunmasının mantıksal sonucu uluslararası örgütün objektif hukuk kişiliği olmaktadır⁸⁸⁹. Nitekim kurucu devletlerin uluslararası örgüte hukuk kişiliği tanınmasından bağımsız olarak örgütün haklara ve sorumluluklara sahip olması durumu onu uluslararası hukukun kişisi yapmaktadır; hakların ve sorumlulukların reddedilmesi ise uluslararası örgüt olmanın gereklerinin karşılanmadığı anlamına gelmektedir⁸⁹⁰. Bu durumda *Fry*'a göre, uluslararası alanda haklara sahip olma ve sorumluluk altına girme uluslararası hukuk kişiliğini ortaya koyar, uluslararası hukukta haklar ve sorumluluk reddediliyor ise örgüt uluslararası hukukun kişisi olmayacaktır.

Kanaatimizce, tanımı ve kaynağı hakkındaki tartışmalara rağmen uluslararası hukuk kişiliği uluslararası örgütler bakımından uluslararası alanda kendi iç işleri dışındaki meselelerde hareket edebilmeleri için esaslı bir gereklilik oluşturur⁸⁹¹. Belirli amaçların ifası için kurulan bu birimlerin bunu gerçekleştirmek için ihtiyaç duydukları kapasiteyi uluslararası hukuk kişiliği sağlamaktadır. Bu nedenle uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri devletlerden farklı birimlerin uluslararası alanda yetki kullanabilmesini sağlamanın yanı sıra devletlerin uzlaştıkları amaçları ifa etmede kolektif ve ayrı iradeye uluslararası bir statü de sağlamaktadır.

2. İşlevsellik

Uluslararası örgütlerin genel olarak yerine getirdikleri işlevler ortak çıkarları belirlemeleri, tartışmaları ve bunlara ilişkin kurallar geliştirmek için zemin sağlamaları, uluslararası veya sınır aşan meselelerde harekete geçecek bir araç teşkil etmeleri, devletlerin ve devlet dışı aktörlerin kararlaştırılan kural ve politikalara uygun davranıp

⁸⁸⁸ Fry, op. cit., s. 229.

⁸⁸⁹ Ibid, s. 231.

⁸⁹⁰ Ibid, s. 232-233.

⁸⁹¹ Alvarez, op. cit., s. 139.

davranmadığını izlemeleri, bunlara teşvik etmeleri ve nezaret etmeleri, uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için bir zemin sağlamaları olarak sıralanabilmektedir⁸⁹². Uluslararası örgütlerin sınıflandırılmasının ancak çok genel nitelikte olabileceğini belirtmiştik. İştigal alanlarına ilişkin bir sınıflandırma yapılamayacağı gibi elbette burada sayılanlar da yöntemlerinin bir kısmı olabilecektir. Uluslararası örgütler, uluslararası işbirliğinin kurumsallaşmasının bir sonucu olduklarından uluslararası işbirliğinin ve uzlaşının uygulanmasına ilişkin yeni yöntemler de geliştirebileceklerdir.

Uluslararası kurumsal hukukun iki kutbu var kabul edilir: bunların ilki devlet egemenliği, ikincisi ise işlev kavramıdır⁸⁹³. Uluslararası örgütler kendiliğinden ortaya çıkmazlar, devletlerin kendi başlarına ifa etmede yetersiz kalacaklarını düşündükleri bir işin ifası için işbirliği yapmaları gerektiği fikrinden doğarlar, bu nedenle de devletlerle uluslararası örgütlerin arasında işlevleri bakımından farklılıklar mevcuttur⁸⁹⁴. Devletler kendi bireysel menfaatlerini takip ederlerken, uluslararası örgütlerin kurulmalarına sebep olan bir ortak amaç bulunur ve bunun gerçekleştirilmesi gerekir, bu da onlar çerçevesinde somutlaşan işbirliğinin amaçladığı işlevdir. Devlet ve uluslararası örgüt arasında uluslararası hukuktaki konumlarını etkileyen farklılık bundan kaynaklanır. Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğine sahip olması için tüm yetkilere değil kendilerine bahşedilen yetkilere sahip olmaları yeterlidir; bu da uluslararası örgütlere farklı yetkiler bahşedilmiş olacağından kapsamı itibarıyla uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerine etki etmektedir⁸⁹⁵.

UAD Silahlı Çatışmalarda Devletlerin Nükleer Silah Kullanmasının Hukukîliği Kararı'nda devletlerden farklı olarak uluslararası örgütlerin uzmanlaşma ilkesi gereğince genel yetkilerinin bulunmadığından söz etmiştir⁸⁹⁶. Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini onların iştigal alanına ve amaçlarına bağlamaktadır, bu nedenle de her uluslararası örgütün sahip olduğu genel yetkilerin bulunmadığını belirtir. Ancak ileride değinileceği üzere UAD yaklaşık 25 yıl önce verdiği kararlarda BM'nin genel yetkilere sahip olduğuna değinmiştir.

⁸⁹² Akande, op. cit., s. 249.

⁸⁹³ Schermers, Blokker, op. cit., s. 18.

⁸⁹⁴ Ibid.

⁸⁹⁵ Kamuran Reçber, "Batı Avrupa Birliği'nin Uluslararası Hukuk Kişiliği", *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1, 2003, ss. 285-314, s. 291.

⁸⁹⁶ UAD, Silahlı Çatışmalarda Devletlerin Nükleer Silah Kullanmasının Hukukîliği (DSÖ), Danışma Görüşü, 08.07.1996, s. 78, p. 25.

Uluslararası örgütlerin işlevsel nitelikleri, buna bağlı olarak da uluslararası hukuk kişilikleri, üç özelliğe sahiptir⁸⁹⁷: Öncelikle onları yetkilendirir ve bu yetkilerin kullanılması yoluyla kurulma amaçlarına uygun işlev görebilirler. İkinci olarak onları sınırlandırır, yani bir uluslararası örgütün sahip olduğu yetkiler onun yöneldiği amaç ile sınırlıdır. Son olarak da yükümlendirir, uluslararası örgüt organları söz konusu işlevin yerine getirilmesi için üye devletler tarafından görevlendirilmiştir. Yani uluslararası örgütün üye devletler tarafından belirlenen amacı yetkilendirici, sınırlandırıcı ve yükümlendirici olmaktadır.

Uluslararası alanda faaliyet göstermeleri bakımından devletler ile kıyaslandıklarında ise uluslararası örgütlerin teknik olarak sınırlandırılmış bir uluslararası faaliyet alanına sahip olduğu söylenebilir⁸⁹⁸. Önceki paragrafta belirtildiği üzere amaçlarının belirlenmesi iştiğal alanını sınırlandırmaktaydı. Ancak bu teknik sınırlandırılmışlığın uluslararası örgütün uluslararası hukuk kişiliğine etki etmediği, hukuk kişiliğini sınırlı hale getirmediği kabul edilir⁸⁹⁹. Uluslararası örgütlerin fonksiyonları bakımından teknik olarak sınırlandırılmışlıkları ile bağımsızlığı kısıntılı devletler arasında bir benzetme ilişkisi şu anlamda kurulamaz; bağımsızlığı kısıntılı devletlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin, devlet olma unsurlarında bir eksiklik bulunması nedeniyle, tam bir nitelik taşımadığı ileri sürülmüştü. Ancak uluslararası örgütler için bu sınırlılık örgüte verilen yetkilerin belirli, sınırlı oluşundan kaynaklanır, bilhassa uluslararası hukuk kişiliği uluslararası örgütün iştiğal alanı ile tanımlanmaktadır. Yani uluslararası alanda bir amaca ve bunu yerine getirmeleri için gereken belirli işlevlere sahip olmalarıyla hukuk kişiliği kazanmaktadırlar.

Uluslararası hukukun pratiği göz önünde bulundurulduğunda UAD'nin 1949 tarihli Giderim Kararı'nın BM'nin hukuk kişiliğini örgütün sahip olduğu amaçlar ve görevler üzerinden açıkladığı görülür, karara göre üye devletler örgüte bazı fonksiyonlar ve buna ek olarak haklar ve yükümlülükler tanıyarak ona bu fonksiyonları yerine getirebilme yetkisi vermişlerdir⁹⁰⁰.

Uluslararası örgütler konusunu tartışırken örgütün hukuk kişiliği bakımından sadece açık ifadelerle bağlı bulunulmadığından, zımnî bir biçimde de örgüte hukuk

⁸⁹⁷ Schermers, Blokker, op. cit., s. 19.

⁸⁹⁸ Rama-Montaldo, op. cit, s. 141.; Reçber K., op. cit., 291.

⁸⁹⁹ Rama-Montaldo, op. cit., s. 141-2.

⁹⁰⁰ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 178-9.

kişiliği verilebileceğinden söz ettik. Uluslararası hukuk kişiliğinden zımnî bir biçimde söz edilmesi örgüte tanınan yetkiler ile söz konusu olacaktır. Ancak uluslararası örgütler hukukunda yer alan zımnî yetkilerin ayrıca ele alınması gerekmektedir. Zımnî yetkiler, uluslararası örgütün kurucu andlaşmasından, açıkça yazmamasına rağmen, çıkarılan örgüt yetkilerini ifade etmektedir, elbette bu zımnî yetkilerin fiilen kullanılabilmesi için uluslararası örgüte ilişkin kurallardan mantıklı bir surette çıkarım yapılarak tespit edilebilmeleri gerekir⁹⁰¹. Uluslararası örgütün kişiliğinin zımnî belirlenmesi ile örgütün yetkilerinin zımnî belirlenmesi örgütün işlevlerine ve amacına dayansalar da farklı sonuçları ortaya koymaktadırlar.

BM, uluslararası örgütler bakımından bir model teşkil etmektedir. Uluslararası alanın en kurumsal ve geniş katımlı örgütü olarak uluslararası örgütler hukukunun gelişimine uygulaması ve normatif sistemiyle katkı sağlamıştır. Dolayısıyla BM'nin uluslararası hukuk kişiliğinin değerlendirilmesi de, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin belirlenmesi bakımından önemli bir model teşkil eder. BM'nin uluslararası hukuk kişiliği konusunda BM statüsünde açık bir düzenleme bulunmamaktadır, ancak statünün 104 ve 105. maddeleri bu konuda çıkarım yapabilmek için genellikle uygun kabul edilir. 104. maddesine göre örgüt üye devletlerin toprakları üzerinde kendisine tanımlanan görev ve amaçları yerine getirebilmek için faaliyette bulunma hukukî ehliyetine sahiptir⁹⁰². 105. maddesine göre ise, örgüt yine üye devletlerin ülkesinde amaçlarını ifa edebilmek için ayrıcalık ve bağımsızlıklardan faydalanır, bu ayrıcalık ve bağımsızlıklar diğer üyelerin temsilcilerine ve örgütün çalışanlarına da tanınmaktadır. BM'nin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin çıkarım yapılabilecek bu iki maddede, örgütün amaçları doğrultusunda ve görevini ifa edebilmek için yaptığı işlemlerde ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahip olduğunun düzenlenmesi, örgüte fonksiyonel bir kişiliğin tanınmasıyla açıklanabilir⁹⁰³. Bu maddelere göre eğer BM personeli yahut da

⁹⁰¹ Niels M. Blokker, "International Organizations and Institutions, Implied Powers", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2009, p. 5-6. (<https://opil.ouplaw.com/home/mpi>, 18.07.2019)

⁹⁰² Bu maddenin uluslararası hukuk kişiliğinden ziyade örgütlerin üye devlet iç hukukunda sahip olduğu hukukî yeterlilikle ilgili olduğu da savunulmaktadır. Cengiz Başak, *Uluslararası Örgütler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 66.

⁹⁰³ BM'nin Ayrıcalık ve Bağımsızlıkları Andlaşması, Genel Kurul tarafından 13.02.1946'da kabul edilmiş, 17.09.1946'da yürürlüğe girmiştir. Andlaşma BM Şartı'nın 104 ve 105. maddelerinde öngörülen, üye devletlerin ülkelerinde örgütün kullanabileceği ayrıcalıklara ilişkindir. Bu andlaşmanın 1. maddesine göre BM, hukuk kişiliğine sahip olacak; andlaşmalar yapabilecek, taşınır veya taşınmaz mallara sahip olabilecek, yasal yollara başvurabilecektir. Burada sözü edilen hukuk kişiliği, BM'nin

üye devletlerden birinin temsilcisi örgütün amaçlarını ve görevlerini ifa etmiyor, vatandaşı oldukları devlet adına yahut da kendi adlarına hareket ediyor iseler uluslararası örgütün kişiliği etkili olmayacak, örgüte tanınan ayrıcalık ve bağımsızlıklardan faydalanılamayacaktır.

Devletlerden farklı olarak uluslararası örgütlerin genel yetkilerinin bulunmadığı yönünde teorik bir anlayış bulunsa da UAD, Namibya Kararı'nda BM'nin özel olarak belirlenen yetkileri yanında kimi genel yetkilerinin de bulunduğu hükmetmiştir⁹⁰⁴. Divan, BM Andlaşması'nın 24. maddesinde Güvenlik Konseyi'nin yetkilerinin düzenlendiğini, bu maddenin 2. fıkrasında Konsey'in açıkça yetkilendirildiği bölümler yer almakla birlikte bunun 1. paragrafta belirlenen genel amaca ilişkin kullanılabilir diğer yetkileri dışlayan bir düzenleme olmadığını belirtmiştir⁹⁰⁵. Bu durum her ne kadar BM'nin yetkilerini genişletmesi bakımından bir sorun olarak görülebilirse de Divan bu konuda tek sınırın BM Andlaşması'nın 1. bölümünde yer alan ilke ve amaçlar olduğunu ifade eder⁹⁰⁶. Ancak kanaatimizce UAD'nin Silahlı Çatışmalarda Devletlerin Nükleer Silah Kullanmasının Hukukîliği Danışma Görüşü'ndeki yaklaşımından farklı olan bu durum BM'nin yetkileri bakımından bir genellik-özellik ilişkisini ifade etmekte, uluslararası örgütler ile devletler arasındaki yetki farklılığına ilişkin olmamaktadır. Güvenlik Konseyi'nin yetkilerinin her zaman spesifik bir biçimde ifade edilmiş olmasının gerekmediği, BM Andlaşması'nın 1. maddesinde sayılan genel amaçlara atıfta bulunularak ifade edilmektedir. Öte yandan uygulamada Güvenlik Konseyi'nin yetkilerinin genişletilmesine yönelik eğilimin sakıncalarına katılsak da çalışmamızın kapsamını aştığından sadece şerh düşmekle yetineceğimizi belirtelim.

Zımnî yetkiler ile hukuk kişiliğinin üstü kapalı bir biçimde atfedilmiş olmasının birbirinden farklı hususlar olduğuna değinmiştik. Ancak elbette, uluslararası örgütlerin zımnî yetkilerinden de uluslararası örgütün hukuk kişiliği çıkarılabilecektir. Zira her zaman uluslararası örgütlerin yetkilerinin eksiksiz bir listesinin yapılması söz konusu olamamaktadır, bunun yanı sıra bu türden bir düzenleme ile yetkiler belirlendiğinde

üye devletlerin ülkelerinde sahip olacağı hukuk kişiliği olmaktadır. İlgili andlaşma BM'nin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin değildir.

⁹⁰⁴ Sands, Klein, op. cit, s. 477.

⁹⁰⁵ UAD, Güney Afrika'nın Namibya'da Güvenlik Konseyi'nin 276 (1970) Sayılı Kararına Rağmen Devam Eden Varlığının Devletler Açısından Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, 21.06.1971, s. 52, p. 110.

⁹⁰⁶ Ibid.

uluslararası örgüt kendisine tanınan amaçlar dairesinde hareket edebilmek için oldukça sınırlı bir pozisyona dahil edilmektedir, çünkü sınırlı sayma yoluyla yetkileri belirlendiğinde bu listede bulunmayan ancak kendisine tanımlanan amaçlara uygun bir işlevi ifa etme yetkisi olmayacaktır. Bu nedenle uygulamada zımnî yetkilere genellikle dayanılmaktadır. Ancak bu durumun her uluslararası örgütün her türlü uluslararası andlaşmayı yapabileceği biçiminde yorumlanmaması gerekmektedir, bu konuda açık sınırı yapılan uluslararası andlaşmanın konusunun uluslararası örgütün yetki alanı içinde olması oluşturur⁹⁰⁷. Yani bir uluslararası örgütün uluslararası andlaşma yapabilmesine ilişkin konu bakımından bir yetki sınırı getirilir, uluslararası örgüt hangi alanda faaliyet gösteriyor, hangi alanda fonksiyon sahibi ise o alana ilişkin uluslararası andlaşmalara taraf olabilir. Böylelikle bir uluslararası örgütün uluslararası andlaşma yapma yetkisinin varlığı onun her konuda uluslararası andlaşmalara taraf olabileceği anlamına gelmeyecektir. Kabaca örneklersek, eğitime ilişkin çalışmalar yürüten bir uluslararası örgüt, kendi işgal alanı dışında kalan örneğin nükleer silahların yasaklanması alanında bir uluslararası andlaşmaya, daha önce kendi işlevini yerine getirebilmek için uluslararası andlaşmalara taraf olmuş olsa bile, taraf olamayacaktır. Bu sınırlandırma uluslararası örgütlerin temelindeki uzmanlaşma ilkesiyle de uyumludur. Uluslararası örgütlerin amaçları ve fonksiyonları onlara hukuk kişiliği verdiği gibi bu hukuk kişisinin işgal alanını tanımlamak suretiyle sınırlamaktadır.

3. Uluslararası Örgütlerin Hukuk Kişisi Olmasına Bağlı Hukukî Sonuçlar

Genel olarak uluslararası hukukun kişisi olan örgütlerin taşımaları gereken iki özelliklerinin bulunduğu söz edilir. Bunlar kendilerini kuran devletlerden bağımsız bir uluslararası hukuk kişiliği ve andlaşma yapabilme yeteneğidir; ancak bu iki unsur yaygın biçimde uluslararası örgütlerde bulunsa da bir uluslararası örgüt tanımı yapabilmek için yeterli görülmemiş, bunların uluslararası örgüt olmanın sonuçlarını oluşturduğu belirtilmiştir⁹⁰⁸. Devlete ilişkin açıklamalarımızda da bazı hususların sonuç teşkil etmesine rağmen, devlet kavramını tanımlarken kullanıldığını belirtmiştik. Ancak tanım yapmak ve bu doğrultuda bir kavramın özelliklerini ve buna bağlanan sonuçları ayrıca belirleyebilmek uluslararası örgütler, devletler gibi kavramlar bakımından zorlu

⁹⁰⁷ Sands, Klein, op. cit, s. 484.

⁹⁰⁸ Amerasinghe, Institutional Law, s. 10-11.

bir iştir. Zira zaman zaman bir kavramın sonuçlarıyla tanımlandığına rastlamak mümkün olduğundan bu durum kavramlar bakımından bir karışıklığa sebep olabilmektedir.

Uluslararası örgütlerin hukuk kişisi olmasına bağlanan hukukî sonuçlarının şekli ve maddî (*material*) yaklaşımlarla değerlendirilebileceğini belirten *Rama-Montaldo* hukuk kişiliği ile hukuk kişiliğinin sonuçlarını birbirinden yöntemsel olarak da ayırmaktadır⁹⁰⁹. Şeklî yaklaşım ve maddî yaklaşım uluslararası hukuk kişiliğinin hukukî sonuçlarını açıklamaya çalışırlar. Bunlardan şekli yaklaşıma göre, uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğu belirlenen bir uluslararası örgütün spesifik olarak belirli hak ve yükümlülükler sahip olduğu söylenemeyecektir; *Rama-Montaldo* 'ya göre sorunsuz bir yaklaşım olmasa da şekli yaklaşım uluslararası hukukta birbirinden farklı karakterde uluslararası hukuk kişilerinin olduğunu ve bunların sonuç olarak farklı hak ve yükümlülükler sahip olduğunu kabul etmektedir⁹¹⁰. Uluslararası örgütün hukuk kişiliğinin varlığı bu halde, otomatik olarak onun X hakkına sahip olması ya da Y yükümlülüğünün bulunması ile sonuçlanmamaktadır. Son olarak maddî yaklaşım uluslararası hukuk kişiliğine sahip olan tüm uluslararası örgütlerin, kurucu andlaşmalarından bağımsız olarak, belli kategori hak ve yükümlülükler sahip olacaklarını kabul eder; uluslararası örgütün kurucu belgesi onun kişiliğinin göstergesi olsa da içeriğini büsbütün belirlememektedir⁹¹¹. Bu durumda uluslararası örgütler kategorisinin sahip olduğu haklar, uluslararası örgüt olarak kurulan birime ait olacaktır. Maddî yaklaşım tüm uluslararası örgütlerin tam olarak aynı hak ve yükümlülüklerinin bulunacağını değil belirli hakların ve yükümlülüklerin uluslararası örgüt hukuk kişiliğine bağlı olduğunu, uluslararası hukuk kişisi olan örgütlerin bazı hak ve yükümlülüklerinin onların hukuk kişiliğinden kaynaklanan ortak hak ve yükümlülükler olduğunu belirtir.

Rama-Montaldo maddî yaklaşımın uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin sonuçları bakımından doğru sonuca götürdüğünü kabul eder, ona göre uluslararası örgüt uluslararası alanda kendisine üye devletlerden ayrı bir statüye sahiptir ve bu statü diğer

⁹⁰⁹ Rama-Montaldo, op. cit., s. 112.

⁹¹⁰ Ibid, s. 112-3.

⁹¹¹ Ibid, s. 116-7.

uluslararası hukuk özneleriyle ilişki kurulmasını sağlayan belirli kategori hak ve yükümlülükleri doğurmaktadır⁹¹².

UHK'nin Divan'ın Giderim Kararı'nda vardığına benzer bir sonuca vararak uluslararası andlaşma yapma kapasitesine sahip olan her birim uluslararası hukuk kişiliğine sahip olsa da uluslararası hukuk kişilerinin tümünün uluslararası andlaşma yapma kapasitesine sahip olmayabileceğini kabul ettiğine⁹¹³ değinmiştik. Nitekim uluslararası alanda andlaşmalar yapmak uluslararası hukuk kişiliğinin şartı olarak doktrinde ve uygulamada benimsenmese de uluslararası hukuk kişiliğinin var olup olmadığı konusunda tereddüt yahut tartışma bulunan birimler bakımından uluslararası andlaşmalara taraf olmak hukuk kişiliğini ispat aracı olarak kullanılabilir. Andlaşma yapma kapasitesinin uluslararası hukuk kişiliği ile olan ilişkisi önemlidir, zira uluslararası hukuk kişiliği konusunda açıkça bir düzenleme yapılmamış olan uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin belirlenmesi bakımından önemli bir gösterge olacaktır. Nihayetinde tüm uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğine sahip olmaları gerekmediği gibi bir uluslararası örgütün uluslararası hukuk kişiliğinin açıkça belirtilmesi de şart değildi. Uluslararası örgütler özelinde uluslararası hukuk kişiliğinin sonuçlarının neler olduğunu, uluslararası hukuk kişiliğine sahip olunmasının uluslararası alanda verdiği yetkileri değerlendiren *White* bunların andlaşma yapma kapasitesi, ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahip olabilme, uluslararası merciler önünde *locus standiye* sahip olma, iddialar ileri sürebilme ve hukuka aykırı fiillerin ifasından kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle sorumluluğuna gidilebilme olduğunu belirtir⁹¹⁴. UHK'nin yaklaşımına paralel olarak andlaşma yapma kapasitesi uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmanın bir sonucu olmakta, ancak bu hukuk alanının kişisi olabilmek için bir ön koşul olarak anlaşılmamaktadır.

1986 tarihli Viyana Devletler ve Uluslararası Örgütler ile Uluslararası Örgütlerin Kendi Aralarında Yaptıkları Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi⁹¹⁵ madde 6'ya göre de bir uluslararası örgütün sahip olduğu uluslararası anlaşma yapabilme yetkisi söz konusu uluslararası örgütü düzenleyen, yöneten kurallara göre belirlenecektir. Uluslararası

⁹¹² Ibid, s. 122, 124.

⁹¹³ BM UHK, 1959 Yıllığı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1959/Add.1), s. 96, p. 8-a.

⁹¹⁴ *White*, op. cit., s. 117.

⁹¹⁵ Andlaşma her ne kadar yürürlüğe girmemiş olsa da uluslararası alandaki eğilimi yansıtması bakımından önemlidir.

örgütün sahip olduğu yetkiler bakımından o uluslararası örgütün kurucu andlaşması, uluslararası örgütler hukuku, uluslararası teamül hukuku gibi uluslararası hukukta uluslararası örgütlerin işleyişine uygulanabilecek kurallarla değerlendirilmelidir. Bu durum yalnızca uluslararası örgütün uluslararası andlaşmalar yapabilme yetkisi ile sınırlı bir husus değildir, genel olarak örgütün hak ve yükümlülüklerinin belirlenebilmesi için gereklidir. Tıpkı uluslararası hukuk kişiliğinde olduğu gibi, uluslararası örgüte uluslararası andlaşmalar yapabilme yetkisinin açıkça verilmesi gerekmez, etkili bir biçimde fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için uluslararası andlaşmalar yapabileceği imasının mantıklı bir biçimde çıkarılabilmesi yeterlidir⁹¹⁶. Bunun için başvurulacak kaynak yine üye devletlerin iradeleri olmaktadır.

Uluslararası örgütün hukuk kişiliğine bağlanan sonuçlar bahsinde hem teorinin hem de uygulamanın ortaya koyduğu hususlara değindik. Uluslararası örgütlerin hukuk kişisi olmakla uluslararası alanda genel yetkilere sahip olmayacağını kabul edildiğinden söz ettik. Bu durumda uluslararası örgütün hukuk kişiliğine bağlanan sonuçlar ona verilen amaç ve fonksiyonlar çerçevesinde ortaya çıkacaktır. Bu da her uluslararası örgütün hukuk kişiliğinin farklı sonuçlar ortaya koymasına, farklı hak, yükümlülük ve yetkilere sahip olunmasına neden olur. Uluslararası örgütün hukuk kişiliğinin bir diğer sonucu olabilecek 3. devletler karşısındaki durumu ise ilerleyen başlıklarda ele alınacaktır.

C. HAKLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Uluslararası hukuk kişiliğinin nasıl tanımlandığı konusunda tartışmalar bulunsa da basitçe uluslararası hukuk kişiliği bulunan birimin uluslararası hak ve yükümlülüklerle sahip olma yeteneğini belirttiği ifade edilir⁹¹⁷. Bunların belirli haklar ve yükümlülükler mi yoksa her türlü hakkı ve yükümlülüğü mü ifade ettiği tartışılmıştır ve uluslararası hukuk kişiliğinin tanınmasıyla sahip olunan bu hak ve yetkilerin neler olduğunun önceden belirlenmiş olmadığı kabul edilir⁹¹⁸. Bu nedenle de uluslararası hukuk kişiliği olduğu kabul edilen bir uluslararası örgütün uluslararası hukukta sahip

⁹¹⁶ Sands, Klein, op. cit., s. 483.

⁹¹⁷ Schermers, Blokker, op. cit., s. 993.

⁹¹⁸ Sands, Klein, op. cit., s. 476.; Rama-Montaldo ise maddi yaklaşım doğrultusunda uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinden belli hakların ve yükümlüklerin doğduğunu kabul etmektedir. Rama-Montaldo, op. cit., s. 124. Ancak bunların genel nitelikli, uluslararası hukuk kişiliğinin ortaya konmasını sağlayan haklar olduğu anlaşılmaktadır.

olduğu hak ve yükümlülükler salt hukuk kişiliğine dayanılarak ortaya çıkarılamaz. Bir uluslararası örgüt hem kendi iç işleyişini düzenleyen kurallara hem de uluslararası hukuktan kaynaklanan kurallara tâbi olacağından uluslararası örgütün hak ve yükümlülükleri hem uluslararası hukuktan hem de kurucu andlaşmasından doğabilecektir. UAD Giderim Kararı'nda "tüm hukuk kişileri doğaları itibarıyla tek tip ve haklarının kapsamı bakımından eşit olmak durumunda değildir" demek suretiyle uluslararası hukuk kişiliğinin standart bir içeriğe sahip olmadığını ortaya koymuştur⁹¹⁹. Bu halde uluslararası hukukta doğaları bakımından farklı nitelikte uluslararası hukuk kişilikleri bulunabileceği gibi bunların sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin de birbiri ile aynı ya da benzer bir kapsamının bulunması gerekmez. Uluslararası hukukta kişi olmaları nedeniyle devlet ile kıyaslanan uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin kabul edilmesi de dolayısıyla onların devlet niteliğinde olduklarının ya da devletle aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olduklarının anlaşılmasını gerektirmemektedir⁹²⁰. Uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri devletlerin, yahut da diğer uluslararası hukuk kişilerinin, uluslararası hukuk kişiliklerinden farklılık gösterecek, sahip oldukları haklar ve bağlı oldukları yükümlülükler bakımından benzeşmeleri gerekmeyecektir.

Uluslararası hukuk kişiliğinin pozitif bir biçimde düzenlenmemiş oluşu aslında UAD'nin tespitinin en önemli dayanağını oluşturur. Böylelikle uluslararası hukuk kişiliğinden doğan hak ve yükümlülüklerin önceden belirlenmiş olmaması, uluslararası hukuk kişilerinin sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin uluslararası toplumun gereklerine göre belirlenebilmesini mümkün hale getirmektedir. Peki, uluslararası hukuk kişilerinin kendi sınıfları içerisinde bir standartları var mıdır? Yani, uluslararası hukukta devletlerin uluslararası hukuk kişisi olduklarında sahip olacakları haklar ve yükümlülükler, uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişisi olduklarında sahip olacakları haklar ve yükümlülükler kendi içlerinde standart mıdır?

Divan'ın kararında uluslararası hukukî kapasiteye sahip olması suretiyle uluslararası hukuk kişiliğinin tanımı yapılmış ancak belirli bir hak gösterilmemiştir. Divan, gerçekte uluslararası hukuk kişiliği için bir genel kural bulunmadığı, bir yanda ortak karakteristikleri, hak ve yükümlülükleri bulunan, uluslararası hukukta tanınmış devletlerin bulunduğunu belirtse de öte yanda *Bedevi Paşa* farklı doğa ve derecelerde,

⁹¹⁹ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 178.

⁹²⁰ Ibid, s. 179.; Crawford, Brownlie's Principles, s. 168.

çeşitli isimlere sahip birlikler, komisyonlar, uluslararası gruplar, uzman kuruluşlar gibi birtakım kişiler olduğu görüşündedir⁹²¹. Yargıç Bedevi Paşa'nın karşı oy yazısı uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği bakımından tek tip olmadıklarını, farklı biçimlerde ortaya çıktıklarını ve bunların tümünün uluslararası hukuk kişiliğine sahip olabileceğini de belirtmiştir. Divan, uluslararası hukuk kişiliği bakımından devletlerin kendi içlerinde karakterleri, sahip oldukları haklar ve yükümlülükler bakımından benzeşen bir grup olsalar da uluslararası örgütler bakımından böyle bir benzeşmenin söz konusu olmadığı (*raison d'être* farklılığı nedeniyle), uluslararası alanda BM ve devletler dışında da birtakım hukuk kişileri bulunduğunu⁹²² belirtmiştir. Bu noktada uluslararası hukukun kişileri bakımından ortaya çıkmış olan devlet/uluslararası örgüt/birey ayrımında bu kategoriler arasında olduğu gibi, tek bir birimin farklı örnekleri de farklı hak ve yükümlülükler sahip olabilecektir. Nasıl devletlerin uluslararası örgütlerden farklı hak ve yükümlülükleri varsa, hukuk kişiliği bulunan A uluslararası örgütünün de hukuk kişiliği bulunan B uluslararası örgütünden farklı hak ve yükümlülükleri olabilecektir.

UAD Giderim Kararı'nda uluslararası birimlerin sahip olacağı hak ve yükümlülükleri uluslararası toplumun belirleyeceğini ifade ederek⁹²³ hem bu konuda sayma yoluna gitmemiş hem de sınırlı bir liste oluşturmayarak bunların kapsamındaki farklılıkları da, fazla olma veya eksik olma, dahil etmiş durumdadır. Elbette Giderim kararındaki belirlemenin Divan'ın danışma görüşlerinin bağlayıcı olmaması nedeniyle bir anlama sahip olmadığı düşünülebilir. Yine de uluslararası hukukun yorumlanması ve geliştirilmesi bakımından danışma görüşleri önemli araçlar olduklarından Giderim Kararı uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği konusunda bize temel nitelikte bir şablon sağlamaktadır. Öte yandan uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin bunların işgal alanlarına göre, fonksiyonel bir nitelik taşıdıkları düşünülürse sahip olunan hak ve yükümlülükleri sayacak bir liste faydasız olacaktır. Önemli olan bir uluslararası örgütün uluslararası hukukta haklar ve yükümlülükler edinerek işlev ifa etmesidir.

Uluslararası örgütler varlık nedenleri göz önünde bulundurulduğunda uluslararası toplumun ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkarlar. Uluslararası toplumun ihtiyaçları ölçütü uluslararası örgütlere bireysel olarak uygulandığında hakları ve

⁹²¹ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 179-180, Yargıç Bedevi Paşa (karşıoy yazısı), s. 205.

⁹²² Ibid, s. 178-9.

⁹²³ Ibid, s. 178.

yükümlülükleri fonksiyonlarına göre belirlenebilecektir, her uluslararası örgütün sahip olduğu haklar ve yükümlülükler söz konusu uluslararası örgütün işgal alanına ve amacına göre farklılık gösterir⁹²⁴. Sahip olunan hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi bakımından zımnî yetkiler doktrini önemlidir, bu doktrine göre sınırlı bir sayma mümkün olmayacağından ve uygulamada örgütün hangi yetkileri ifa etmesi gerektiği kurulduğu anda öngörülemeyeceğinden yetkiler geniş bir biçimde ve amaçları doğrultusunda belirlenebilecektir⁹²⁵. Yetkileri zımnî olarak da belirlenebilen uluslararası örgütlerin hakları ve yükümlülükleri de bu yetkilerden çıkarılır. Bu durumda uluslararası hukuk kişiliği kategorileri arasında haklar ve yükümlülükler bakımından bir tek tiplik beklenemeyeceği gibi uluslararası örgütler kategorisi bakımından da kategori içinde bir standardın olmaması olağandır. Çünkü uluslararası örgütler işgal alanlarına, amaçlarına ve fonksiyonlarına göre farklılık göstermektedirler. Sonuç olarak bu farklılık onların hukuk kişiliklerinin kullanabileceği haklar ve üstlenebileceği yükümlülükler bakımından bir standardın gözetilemeyeceğini, bunlar bakımından aralarında mutlaka farklılıklar olacağını ortaya koymaktadır. Bu nedenle uluslararası örgütler bakımından sadece uluslararası hukuk kişiliğinin soyut nosyonu değil, söz konusu uluslararası örgütün fonksiyonları belirleyicidir⁹²⁶. Devletlerin uluslararası hukukta sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin ayniyeti karşısında uluslararası örgütler böyle bir ayniyete sahip değildir, zira farklı işgal alanlarına sahip uzmanlaşma kuruluşlarıdır. Ancak devletlerin bireysel amaçları vardır ve bu nedenle birbirilerine uluslararası örgütlerden daha fazla benzemektedirler.

Tüm uluslararası hukuk kişilerinin sahip olması gereken haklar ve yükümlülükler standart olarak belirlenmediğine ve öznenen özneye göreceli bir kavram olduğuna göre uluslararası hukuk kişiliklerinin içeriği kişiden kişiye hatta aynı kişilik kategorisindeki birimden birime değişiklik gösterebileceğine değindik⁹²⁷. Yani tüm uluslararası örgütler uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmadığı gibi, uluslararası hukuk kişiliğine sahip olan uluslararası örgütlerin de aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması gerekmez. Uluslararası örgütler amaçları, fonksiyonları bakımından çok çeşitlilik gösterebileceğinden, tüm uluslararası örgütlerin sahip olduğu hak ve

⁹²⁴ Sands, Klein, op. cit., s. 477.

⁹²⁵ Blokker, Implied Powers, p. 5-6.

⁹²⁶ Sands, Klein, op. cit., s. 477.

⁹²⁷ Klabbers, op. cit., s. 43.

yükümlülüklerin sayma yöntemiyle belirlenmesi güçtür. Kanaatimizce gerekli de değildir. Uluslararası örgütlerin kişiliği belirlenirken sahip olduğu haklar ve yükümlülüklerin belirleyiciliği bunların kullanılması yahut yerine getirilmesi için uluslararası hukuk kişiliğine dayanılmasının gerekip gerekmeyeceği yönünde olacaktır. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin fonksiyonel oluşunu bu biçimde anlamak gerektiği kanaatindeyiz.

BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin hukukî statüsünü belirleyen 176. madde, uluslararası örgütlerin hukukî statülerinin onların fonksiyonları doğrultusunda belirlendiği hususuna açık bir örnektir. Bu maddeye göre, Otorite uluslararası hukuk kişiliğine ve hukukî kapasiteye fonksiyonlarının yerine getirilmesi ve amaçlarının gerçekleştirilmesi gereğince sahiptir. Buradan da görüleceği üzere Otorite'nin özel olarak hangi amaçlar ve işlemlere sahip olduğu ve dolayısıyla hangi hak ve yükümlülüklerinin bulunduğu düzenlenmemiştir, ancak uluslararası örgütlerin kurucu belgelerinde hukukî statüleri çoğunlukla genel ifadelerle belirtilir, özel olaylar bazında belirginleşir ve uygulama da bunların kapsamını genişletmeye muktedirdir⁹²⁸.

Bazı yazarlar, sahip oldukları haklar bakımından uluslararası örgütlerin de devletler gibi iki farklı kategori hakkı bulunduğunu kabul eder, bunların ilki doğrudan uluslararası hukuk kişisi olma niteliklerinden, ikincisi ise uluslararası hukukun öznesi olmalarından ve özellikle işlevsel doğalarından kaynaklanır⁹²⁹. Bu hakların ilk grubu uluslararası hukuk kişiliğinin sonuçlarını oluşturur. Bunlar, uluslararası alanda ayrı bir birim olma ve diğer öznelerle ilişkiler kurabilmedir⁹³⁰. İkincisi ise söz konusu uluslararası hukuk kişisinin uluslararası alandaki fonksiyonlarını ifa edebilmesi için vardır. Giderim Kararı'nda BM'nin bir hukuk kişisi olduğu belirtilmiş ancak bunun devlet olmak manasına gelmediği, devletlerden farklı hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu ifade edilmişti, böylelikle UAD aynı kararda yer alan "uluslararası alanın tüm öznelerinin doğaları itibarıyla özdeş olmalarının gerekmediği, farklı hak ve yükümlülüklerle sahip olabilecekleri" ifadesini örneklemektedir. Hemen ardından UAD, uluslararası hukuk kişiliğinin tanımı için benimsediği ölçütleri belirtir. Bunlar

⁹²⁸ Sands, Klein, op. cit., s. 477.

⁹²⁹ Rama-Montaldo, op. cit., s. 155.

⁹³⁰ Ibid, s. 153.

uluslararası hukukun öznesi olma, haklara ve yükümlülüklerle sahip olma kapasitesinin bulunması ve uluslararası merciler önünde *jus standiye* sahip olmadır. *Schermers* ve *Blokker* ise uluslararası hukuk kişiliğini sadece uluslararası hak ve yükümlülüklerin taşıyıcısı olma yeteneği olarak kabul ederler⁹³¹. Uluslararası hukuk kişiliği bakımından hangi ölçütlerin arandığı, Divan'ın getirdiği kişilik ölçütlerinin kapsamı çalışmamızın 3. bölümünde değerlendirilecektir. Ancak bu kısımda uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmanın ve bunun sonuçlarının uluslararası haklar ve yükümlülükler doğrultusunda belirleneceğinin altının çizilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Uluslararası örgüt hukuk kişiliğinin hangi hakları ve yükümlülükleri içerdiği kesin olarak belirli olmasa da hukuk kişiliklerinin genel itibarıyla haklar ve yükümlülükler üzerinden tartışıldığı görülmektedir. Bu nedenle de, hukuk kişiliğinden doğan genel nitelikli hak ve yükümlülükler bir kenara bırakılarak hukuk kişiliğinin uluslararası hukukta önceden belirlenmiş bir içeriği yoktur ve uluslararası örgütün varlığı belirli kategori davranışlarda bulunabilme yetkisinin varlığı anlamına gelmediği belirtilmektedir⁹³². UAD Giderim Kararı'ndaki uluslararası hukuk kişilerinin hak ve yükümlülüklerinin ilgili hukuk kişisine göre değişken olabileceği ve UHK'nin uluslararası andlaşma yapmaya yetkili her birimin uluslararası hukuk kişisi olması gerektiği ancak her uluslararası hukuk kişisinin uluslararası andlaşma yapmaya yetkisi olmadığı⁹³³ ifadelerini düşünürsek doktrinin sahip olunan haklar ve yükümlülükler bakımından yaklaşımının uygulama tarafından da desteklendiğini söyleyebiliriz. Kanaatimizce benimsenen husus, hakların ve yükümlülüklerin neler olduğu değil, bunların varlığı olmaktadır.

1. Kurucu Andlaşma

Uluslararası örgütlerin bir uluslararası andlaşma ile kurulmaları şart değildir, ancak kurucu andlaşmaları var ise sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin önemli bir kaynağı bu andlaşma olmaktadır. Uluslararası örgütlerin kendi hukuk düzenlerine sahip olabileceği fikri 1920'lerden itibaren gelişim göstermeye başlamış olsa da 1945 tarihinde kabul edilmiştir denebilir⁹³⁴. Yukarıda değinildiği üzere BM hem işleyişi hem de kurucu andlaşması ile uluslararası örgütler bakımından bir model teşkil eder ve BM

⁹³¹ Schermers, Blokker, op. cit., s. 993.

⁹³² Sands, Klein, op. cit., s. 476.

⁹³³ BM UHK, 1959 Yıllığı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1959/Add.1), s. 96, p. 8-a.

⁹³⁴ Schermers, Blokker, op. cit., s. 724.

andlaşması gibi kapsamlı bir biçimde amaçların, ilkelerin, organların ve bunların görevlerinin düzenlendiği uluslararası andlaşmayla kurulma eğilimi yaygındır. Amaçları ve görevleri düzenlediğinden örgütlerin kurucu andlaşmaları, neredeyse tüm durumlarda uluslararası hukukun yeni kişilerini de yaratmış olurlar⁹³⁵.

Seyersted, salt kurucu andlaşmanın bulunmamasının uluslararası örgütün varlığı ve onun uluslararası hukuk öznesi olmasının önünde bir engel teşkil etmediğini belirtmiştir, ona göre zaten uluslararası örgütün varlığı için gerekli ve yeterli ölçüt sözü konusu uluslararası örgütün belli özelliklere sahip bir organının olmasıdır⁹³⁶. Esas olan bir uluslararası örgütün fiilen varlığı ve işlerliği olarak belirtilmiştir⁹³⁷. Uluslararası örgütlerin mutlaka bir uluslararası andlaşma ile kurulmuş olmaları gerekmesede böyle bir andlaşmanın varlığı onların uluslararası hukuk kişiliğini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini belirlemek bakımından bir teyit aracı olmaktadır. Uluslararası uyuşumun göstergesi olarak kurucu andlaşmalar uluslararası örgütlerin kurulması için uygun bir araç teşkil ederler. Uluslararası örgütleri kuran andlaşmalara kimi yazarlarca anayasa da denebilmektedir, iç hukuklardan yapılan bu terimsel benzetim uluslararası örgütleri kuran andlaşmaların anayasalar gibi uluslararası örgütlerin işlevlerini, yetkilerini, görevlerini belirliyor olmasından kaynaklanır.

USAD, Tuna Nehri Avrupa Komisyonu'nun⁹³⁸ Galatz ve Braila Üzerindeki Yetkileri kararında Komisyon'un bir devlet değil özel amaçlara sahip bir uluslararası kuruluş olması nedeniyle kurucu andlaşması ile ona verilen işlevleri yerine getirebilmesi ve yine kurucu andlaşma ile sınırlanmadığı sürece bu işlevleri azami ölçüde yerine getirebilmesi için gereken yetkilerle donatıldığını belirtmiştir⁹³⁹. Divanın belirttiği gibi uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmaları, diğer bir deyişle anayasaları, hem uluslararası örgütü kurup hem de onu işlevlerle donatıp bu işlevleri de çerçeveleyen bir özelliktedir. Anayasaların da devletin yetkilerini, bu yetkilerin sınırlarını belirlemesi nedeniyle aralarında yapılan benzetme uygun düşmektedir.

⁹³⁵ Niels Blokker, "Constituent Instruments", *The Oxford Handbook of International Organizations*, ed. Jacob Katz Cogan, Ian Hurd, Ian Johnstone, Oxford: Oxford University Press, 2016, ss. 943-961, s. 950.

⁹³⁶ Seyersted, *Objective International Personality*, s. 49-53.

⁹³⁷ *Ibid*, s. 53.

⁹³⁸ Uluslararası alanda gerçek yetkilerle donatılmış ilk örgüt örneği olarak kabul edilir.: Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1973, s. 5.

⁹³⁹ USAD, *The Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*, Danışma Görüşü, 08.12.1927, s. 64, p. 179.

Daha önce değinildiği üzere uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmaları onların uluslararası hukuk kişiliklerine ilişkin veriyi sağlamaktadır. Andlaşma açıkça söz konusu uluslararası hukuk kişiliğinin bulunduğunu düzenliyor olabilir⁹⁴⁰ ya da açıkça kurduğu uluslararası örgütün bir uluslararası hukuk kişiliği bulunmadığını düzenleyebilir. Ancak genellikle kurucu andlaşmalar bu konuda açık bir düzenlemeye sahip olmamaktadır ve söz konusu uluslararası örgütün uluslararası hukuktaki konumunu bu anlamda belirsiz hale getirirler⁹⁴¹. Bu belirsizliğin ortadan kaldırılması, kurucuların iradelerinin ve uluslararası hukukun bu konudaki eğiliminin belirlenmesi gerekir. Bunun en bilinen örneği olarak BM gösterilebilir, örgütün kurucu andlaşmasında uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde örgütün sahip olduğu yetkiler ve görevler düşünüldüğünde -işlevsel olarak- uluslararası hukuk kişiliğinin varlığı kabul edilmiş, nitekim 1949 tarihli Giderim Kararı da BM'nin uluslararası hukuk kişiliğini teyit etmiştir. Karar, bu konuda bir hüküm içermeyen BM Andlaşması'nı yorumlayarak BM Andlaşması'nda yer alan ilke ve amaçların yerine getirilmesi için hukuk kişiliğinin tanınmasının kaçınılmaz olduğunu ortaya koymuştur⁹⁴². Böylelikle BM'nin uluslararası hukuk kişiliği olup olmadığına ilişkin sorun BM'nin tâbi kılındığı ilke ve amaçların uluslararası hukuk kişiliği atfedilmesinin bir göstergesi olarak anlaşılması suretiyle çözülmüştür. Karara göre BM'nin kendisine uluslararası hukuk kişiliği atfedilmemiş olsa idi statüsünde sayılarak verilen görevleri ve amaçları yerine getirmesi beklenemeyecektir.

Öte yandan bu andlaşmalar, yapıları itibarıyla bir andlaşma formunda olduklarından hem VAHS'ye tâbi olmakta hem de uluslararası alanda yaşayan bir varlık olarak ifade edebileceğimiz uluslararası örgütlerin temel kurallarını ve taraf devletlerin, öngörülenin ötesine giderek daha fazla geçen, uygulamalarını içermektedirler⁹⁴³. Dolayısıyla uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri görecelilikleri bakımından tartışmalı olsa da kurucu andlaşmalarının karakteristiği hem sözleşmesel hem de kurumsal nitelik taşımalarıdır; andlaşma hükümlerinin yorumlanması söz konusu olduğunda örgütün doğası, kurucu devletlerin ona biçtiği amaçlar, işlevini etkili biçimde yerine getirmek

⁹⁴⁰ Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Andlaşması md. 6.

⁹⁴¹ Schermers, Blokker, op. cit., s. 988.

⁹⁴² UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 178.

⁹⁴³ Schermers, Blokker, op. cit., s. 728.

için sahip olduğu buyurma gücü ve uygulamaları birlikte ele alınacaktır⁹⁴⁴. Yani hem uluslararası bir andlaşma olduğu için taraf devletlerin iradeleri hem sahip olduğu amaç doğrultusunda kullandığı yetkiler hem de kendi uygulaması onun hukukunu tanımlamaktadır. Nitekim uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarının uluslararası andlaşmalardan daha farklı nitelikte olmaları dolayısıyla amaçları, işlevleri ve yapıları bakımından daha fazla uzlaşıya muhtaç oldukları belirtilir, bunlara çekince ileri sürmek bütünlüğü zedeleyeceğinden istisnalar bulunsa da genellikle yasaklanmaktadır⁹⁴⁵.

Uluslararası örgütler bir uluslararası amaca yönelik işlemektedir, bu amacın yerine getirilmesi göreviyle donatılmışlardır ve ayrıca yaptıkları işlemler söz konusu uluslararası örgüte üye olan devletler ya da diğer uluslararası örgütler bakımından etkilidir. Yani, uluslararası örgütün hukuk düzeni kısmî ve fonksiyonel niteliktedir çünkü örgütün işleyişi ve örgütün üyeleri ile sınırlıdır⁹⁴⁶. Uluslararası örgütlerin bireysel olarak sahip oldukları özellikler ilgili uluslararası örgütün müstakil hukukuna, genel olarak sahip oldukları özellikler ise uluslararası örgütlerin geneline uygulanacak hukuka kaçınılmaz olarak etki etmektedir. Bu nedenlerle, uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmaları iki yöne, çift karaktere sahiptir. Hem uluslararası hukuk bakımından bir uluslararası andlaşma hem de yeni kurulan uluslararası birimin anayasasıdır⁹⁴⁷. Uluslararası örgütler hukukunun karakteristiğini şekillendiren önemli unsurlardan biri kurucu andlaşmanın bu özellikleri olmaktadır.

Uluslararası örgütlerin kendilerinin bir hukuk sistemi teşkil ettiklerinden, bu hukuk sisteminin karma bir niteliği bulunduğundan söz ettik. Her ne kadar uluslararası örgütler onlara uygulanacak hukuk ve kurumsal işlemleri bakımından orijinal ve *sui generis* olsalar da belli amaçlarla ve belli alanlarda bu hukuk alanının ortak ilkeleri uygulanabilecektir⁹⁴⁸. Ancak sadece uluslararası hukukun genel ilkeleri ve ilgili uluslararası örgütün kurucu belgesi uluslararası örgütler hukukuna kaynaklık etmez, uluslararası örgütler hukuku kendine has bazı özelliklere ve kaynaklara sahip kabul edilir⁹⁴⁹:

⁹⁴⁴ UAD, Silahlı Çatışmalarda Devletlerin Nükleer Silah Kullanmasının Hukukiliği (DSÖ), Danışma Görüşü, 08.07.1996, s. 75.

⁹⁴⁵ Blokker, *Constituent Instruments*, s. 952-953.

⁹⁴⁶ Schermers, Blokker, *op. cit.*, s. 13-4.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, s. 724-5, 728.

⁹⁴⁸ Amerasinghe, *Institutional Law*, s. 17.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, s. 20.

-Diğer örgütler üzerinde bağlayıcı olması gerekmeyen belirli bir uluslararası örgütün kurucu belgelerine ve hukuk yaratıcı pratiklerine atıfta bulunulabilecektir.

-Kurucu belgelerin birbirine benzemesi halinde bunların yorumlanması yahut uygulamayla geliştirilmesi diğer uluslararası örgütler için rehber ve emsal olabilecektir.

-Belli alanlarda uluslararası teamül hukuku uygulanabilecektir.

-Hukukun genel ilkelerinin belli konularda uygulanabilmesi mümkündür.

-Bazı karinelerin ve zımnî ilkelerin genel hukukun bir parçası olarak kurucu belgelerin uygulanma ve yorumlanmasında kullanılabilmesi mümkündür.

-Bazı hallerde de genel sözleşmesel hukuk tüm uluslararası örgütlerin ya da belli uluslararası örgütlerin işlemlerine uygulanabilecektir.

Sayılan hukuk kaynakları göstermektedir ki uluslararası örgütler birbirlerinden farklı niteliklere sahip olup farklı hukuk kurallarına tâbi olsalar da hem işleyişleri benzeşmektedir hem de faaliyet gösterdikleri uluslararası alanda birbirlerinden etkilenmektedirler.

Uluslararası kurumsal hukuku uluslararası örgütlerin hem örgütten örgüte değişen hem de birbiri ile benzeşen özellikleri şekillendirir. Temelde tüm uluslararası örgütler olabildiğince bağımsız kalmaları koşuluyla dayanışma ve işbirliğinin gereği olarak üye devletlerin iradelerini bağdaştırmaya çalışırlar, bu anlamda bir birliğin sağlanması gayretindedirler⁹⁵⁰. Öte yandan da her ne kadar uluslararası örgütler birbirlerinin uygulamalarından ve tâbi oldukları kurallardan etkilenseler de her biri kendine özgü bir sisteme sahiptir, ortak noktalarının bulunması onların hukukî ve idarî çeşitliliğine engel oluşturmamaktadır⁹⁵¹.

Uluslararası örgütlerin ortak problem ve kuralları kurumsal hukukî meselelere dair ortaya çıkmaktadır, iki uluslararası örgüt arasında uluslararası kurumsal hukuk belirgin bir değişiklik göstermez; iki uluslararası örgüt arasında belirgin bir değişiklik gösterecek hukukî durum söz konusu uluslararası örgütlerin işgal alanına dair benimsenen kurallar olmaktadır⁹⁵². Çünkü uluslararası örgütler yapısal olarak değil ancak işlev gösterdikleri alanlara, cevap verdikleri dayanışma ve işbirliği ihtiyaçlarına

⁹⁵⁰ Schermers, Blokker, op. cit., s. 23.

⁹⁵¹ Ibid, s. 24-6.

⁹⁵² Ibid, s. 27-8.

göre önemli bir çeşitlilik gösterirler. Zira kuruluşları, hangi yöntemle olursa olsun, birbirine benzerdir, bu yüzden de yapılarına ve işleyişlerine ilişkin genel düzen kuralları benzer usûller vasıtasıyla oluşmaktadır.

2. Üçüncü Devletler Bakımından Uluslararası Örgütün Hukuk Kişiliği

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği konusunda, hatta uluslararası hukuk kişiliği konusunda, başlıca dayanak noktasını Divan'ın Giderim Kararı oluşturmaktaydı, zira bu kararda hem BM'nin statüsünde açıklık bulunmayan uluslararası hukuk kişiliği konusuna hem de bir uluslararası örgütün kendisine üye olmayan devletler bakımından uluslararası hukuk kişiliğinin etkileri konusuna cevaplar aranmıştır. Ki bu iki soru, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği bakımından temel sorulardır.

Bir uluslararası örgütün uluslararası hukuk kişiliğinin, ilgili irade nasıl ortaya konulursa konulsun onu kuranların iradesine dayandığı kabul edilir, bu nedenle de kendisine üye olanlar bakımından uluslararası örgütün hukuk kişiliği itiraz edilebilir bir durumdadır⁹⁵³. Ancak üye devletler örgütün uluslararası hukuk kişiliğine etki edebilirler. Örgüte üye olmayan devletler açısından ise durum böyle değildir, bunlar bakımından uluslararası örgütün hukuk kişiliği tartışmalıdır.

Giderim Kararı'nda Divan BM'nin uluslararası hukuk kişiliğini tespit ederken, İsrail o dönemde BM'ye üye olmasa da uluslararası toplumun büyük çoğunluğunu temsil eden sayıda devletin uluslararası hukuka uygun olarak, objektif bir uluslararası hukuk kişisi yaratabileceklerini belirtmiştir⁹⁵⁴. Üye olmamasına rağmen BM, İsrail bakımından da uluslararası hukukun kişisi sayılmıştır. Buna göre uluslararası hukuk kişiliği kabul edilen uluslararası örgütlerin, kendilerine üye olmayan devletler bakımından da hukuk kişilikleri bulunabilecektir, bunun dayanağı üye devletlerin uluslararası toplumda çoğunluğu sağlamaları halinde yalnızca kendileri bakımından geçerli olmayan, objektif bir uluslararası hukuk kişiliği yaratabilecek olmalarıdır⁹⁵⁵. Kapalı uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri bakımından ise bir farklılık bulunmaktadır. Kapalı uluslararası örgütlerin yalnızca kendilerini açıkça ya da örtülü bir biçimde tanıyan devletler bakımından hukuk kişisi olabilecekleri belirtilir, yine de bu durum uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk alanında işlem yapabilme kapasitelerini

⁹⁵³ Sands, Klein, op. cit., s. 479.

⁹⁵⁴ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 185.

⁹⁵⁵ Ibid.

etkilememektedir, çünkü karşılıklı iradelerin uyuşması halinde kapalı uluslararası örgütlerin de diğer devletlerle ilişki kurabilmeleri mümkündür⁹⁵⁶. Burada uluslararası örgütün konumu evrensel olarak tanınmamış devletlerinkinden farklı görülmemektedir⁹⁵⁷. Giderim Kararı'nda yer alan bu kabulün, bir genel kural ya da hukuk prensibinden ziyade BM'nin politik ve fiilî öneminin bir sonucu olduğu da ifade edilir⁹⁵⁸. Tanıma konusunda, meselenin hukukî ve politik yönünü birbirinden ayırmanın güçlüğüne değerlendirmeye gayret etmiştik. Burada da benzer bir güçlüğü karşısında olduğumuzu söyleyebiliriz.

Klabbers'e göre uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği üzerine iki görüş bulunmaktaydı: irade teorisi ve objektif teori. İrade teorisine göre uluslararası örgütün hukuk kişiliği onu kuran devletlerin tasarrufundadır, eğer hukuk kişiliği verildiyse vardır, aksi halde ise yoktur⁹⁵⁹. Bu görüş, pozitivist eğilimlere uygundur ancak bazı noktalarda problemlidir; bir uluslararası örgütün uluslararası hukuk kişiliği öncelikle nadiren açıkça belirtilir, öte yandan bu görüşün uluslararası hukuk kişiliği kavramının içini boşaltabileceği ifade edilir, zira uluslararası hukuk kişiliği açıkça belirtilmiş bir örgütle herhangi bir uluslararası ilişki kurulmaması mümkün olabilecektir⁹⁶⁰. Bunun çözümü olarak tanımaya başvurulabilecekse de tanıma uluslararası hukuk kişiliğini kurucu devletlerin iradesine mi yoksa tanıyan 3. devletlerin iradesine mi bağladığı belirsiz olduğundan iradeci görüşün tutarlılığını ortadan kaldıracaktır⁹⁶¹.

İkinci görüş ise *Seyersted* tarafından savunulan objektif kişilik görüşüdür ve buna göre eğer bir birim uluslararası hukukun, kendisinin hukuk kişisi olması için gerektirdiği şartları sağlıyor ise uluslararası hukuk kişiliğine sahip olacaktır: devletler için devletlik statüsünün, uluslararası örgütler için ise uluslararası örgüt olma statüsünün kazanılmasıyla uluslararası hukuk kişisi olunur⁹⁶². *Seyersted*'in uluslararası örgüt statüsünün kazanılması için esas ölçütü ayrı, bağımsız bir iradenin varlığıdır, ancak *Klabbers* bunun kullanışlı bir hukukî varsayımdan öte bir boyutu bulunup bulunmadığının tartışmalı olduğunu ifade eder, ayrı ve bağımsız nitelikli bir iradenin

⁹⁵⁶ Schermers, Blokker, op. cit., s. 990-1.

⁹⁵⁷ Ibid, s. 991.

⁹⁵⁸ Sands, Klein, op. cit., s. 479.

⁹⁵⁹ Klabbers, op. cit., s. 53.

⁹⁶⁰ Ibid, s, s. 53-4.

⁹⁶¹ Ibid, s. 54.

⁹⁶² Seyersted, Objective International Personality, s. 46.

varlığı önemli olsa da eğer salt çoğunlukla karar alınmasından söz edilemiyor, oybirliği aranıyor ise ona göre ayrı ve bağımsız bir irade yoktur⁹⁶³. Diğer yandan uluslararası örgütü kuran devletlerin niyetlerinin tamamen aksine bir çıkarımla uluslararası örgütün uluslararası hukuk kişiliğinin varlığına karar vermek hem uluslararası hukuk kuralları bakımından geçerli olmayacak hem de eğer örgütü hukuk kişiliğini kullanmak için zorlama imkânı yoksa bu tür bir kuralın anlamı da olmayacaktır⁹⁶⁴. Bir uluslararası örgüt, kendisini kuran devletlerin kolektif iradesinden tamamen bambaşka bir görünümde olamaz, çünkü örgütler kurumsal olarak kurucu andlaşmaları doğrultusunda faaliyet gösterirler. Kurucu andlaşma da temelde bir uluslararası andlaşmadır ve devletler bunu yapmada, değiştirmede ve ortadan kaldırmada serbesttir. *Klabbers* son olarak uygulamanın ortaya koyduğu daha pragmatik bir yaklaşım olarak karineten kişilikten söz eder, buna göre uluslararası örgüt uluslararası hukuk kişiliğine dayanılmayı gerektiren icraatlerde bulunursa uluslararası hukuk kişiliği var kabul edilecektir⁹⁶⁵.

Sorumluluk hukuku bakımından UHK bir uluslararası örgütün sorumlu tutulabilmesi için mağdur devlet tarafından tanınmış olmasını aramamak suretiyle aslında Divan'ın Giderim Kararı'ndaki objektif hukuk kişiliği yaklaşımını benimsemiş görünmektedir⁹⁶⁶. Ancak Giderim Kararı'nda kullanılan objektif kişiliğin ölçütü tam olarak belirlenebilir değildir, her durumda uluslararası örgüte üye olan devletlerin sayısının belirlenmesi gerekir. Tıpkı uluslararası örgüt tanımında değindiğimiz gibi Komisyon'un burada da sorumluluğu yöneltmek bakımından bir ön kabulde bulunduğu söylenebilecektir.

Nitekim birçok yorumcuya göre uluslararası örgütlerin objektif hukuk kişiliğine sahip olmaları, genellikle bir uluslararası andlaşma ile kurulmaları nedeniyle andlaşmaların nispiyeti ilkesiyle çelişir⁹⁶⁷, uluslararası örgütün kurucu andlaşmasına taraf olmayan, örgüte üye olmayan devletler bu konuda nasıl bir yaklaşım

⁹⁶³ Ibid, s. 55.

⁹⁶⁴ Ibid.

⁹⁶⁵ Ibid, s. 55-6.

⁹⁶⁶ BM GenK, A/66/10, 2011, s. 76.; Crawford, Brownlie's Principles, s. 171.

⁹⁶⁷ Bu konuda Schwarzenberger ve Bindschedler'in görüşleri örnek olarak verilmektedir. Seyersted, Objective International Personality, s. 9-10.

belirleyecekleri konusunda serbest bir iradeye sahip olmalıdırlar, kendi iradeleri olmaksızın yükümlenmemeleri gerekmektedir⁹⁶⁸.

Andlaşmalar hukukunun esas kurallarından birini teşkil eden ve andlaşmaların 3. kişiler bakımından etkilerini düzenleyen VAHS'nin 34. maddesinde yer alan düzenlemeye göre bir andlaşma rızası olmayan üçüncü kişiler bakımından hak ve yükümlülük doğurmaz. Bu kuralın temelinde andlaşmanın yalnızca andlaşmayı imzalayan taraflar için hüküm doğurması (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) ve diğerleri arasında akdedilen andlaşma (*res inter alios acta*) kuralları, bir andlaşmanın hüküm ve sonuçlarının bu andlaşmaya taraf olmayanlar bakımından etki doğurmayacağı, onları bağlamayacağı, yer alır. Ancak uluslararası hukukta bazı objektif durum yaratan andlaşmaların, bu kuralın istisnası niteliğinde olabileceği belirtilmiştir, bunlar bir devletin siyasî statüsüne, bir devletin ülkesinin tümünün ya da bir bölümünün silahsızlandırılması, askerden arındırılması gibi konularda ülkesel statüsüne, uluslararası önemde deniz ya da akarsu yollarının statüsüne, kimi uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkindirler⁹⁶⁹. Bu türden hususları düzenleyen objektif statü yaratan andlaşmaların, andlaşmaya taraf olmayanlarca kabul edilmedikleri halde *erga omnes* etkiler doğurması tartışmalı bir konudur ve yarattıkları objektif statünün dayanağı olarak andlaşmaya taraf devletlerin bunu sağlayacak irade ve yeteneğe sahip olmaları, aslında siyasî güce sahip olmaları, yahut da bu andlaşmaların evrensel veya bölgesel kamu düzeni anlayışının bir parçası olmaları gösterilir⁹⁷⁰. Ancak sonuç itibarıyla ne UHK ne de VAHS objektif statü yaratan bu andlaşmaların 3. tarafları bağlayacağı görüşünü savunmaktadır⁹⁷¹.

Bu görüşün karşısında uluslararası örgütlerin uluslararası hukukta objektif kişi olmalarının üçüncü devletlerin hak ve yükümlülüklerine bir etkisi bulunmadığını savunan görüşler yer alır⁹⁷². Bunlara göre devletlerin tanınması ile uluslararası örgütlerin tanınmasını birbirinden ayrı düşünmek gerekmez ve tanınmanın bildirici etkiye sahip olması nedeniyle taraf olmayan devletlerin uluslararası örgütlerle ilişki kurmamayı

⁹⁶⁸ Sands, Klein, op. cit., s. 479-480.

⁹⁶⁹ Pazarıcı, op. cit., s. 90.

⁹⁷⁰ Ibid, s. 90-1.

⁹⁷¹ Eric David, "Art.34 Convention of 1969", *The Vienna Conventions on the Law of Treaties A Commentary*, C. 1, ed. Olivier Corten, Pierre Klein, New York: Oxford University Press, 2011, ss. 887-896, s. 891.

⁹⁷² Fry, op. cit., s. 234.

tercih etmeleri yeterli olacaktır⁹⁷³. Yukarıda, *Klabbers*'in irade teorisinin uluslararası hukuk kişiliğini içi boş bir kavram haline getirdiği ifadesine değinmiştik. *Fry* ise uluslararası hukuk kişiliğinin zaten içi boş bir kavram olduğunu belirtir, bu nedenle uluslararası örgütle buna üye olmayan devlet arasında ilişki kurulmaması son derece olağan bir durumdur ve örgütün uluslararası hukuk kişiliği bakımından belirleyici değildir⁹⁷⁴. Uluslararası alanda uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri bunların kendilerine taraf olmayan devletlerle ilişki kurabilmelerinden kaynaklanmadığına göre, üye olmayan devletlerin uluslararası örgütle ilişki kurmamayı tasarruf etmesi durumunda örgütün uluslararası hukuk kişiliğinin bundan etkilenmemesi gerekir.

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin taraf olmayan devletlerce kabul edilmesinin gerekmediği konusuna biz de katılmaktayız, ancak bunun taraf devletler bakımından bir yükümlülük oluşturmaması gerekmektedir. İlgili örgütü kuran bir uluslararası andlaşmadır ve devletler bunun dışında kalmayı seçtikleri takdirde bununla bağlanmazlar. Bir uluslararası örgütün hukuk kişiliğinin bulunması taraf olmayan devleti onunla ilişkiler kurması bakımından yükümlendirmemektedir. Eğer uluslararası hukuk kişiliğine sahip uluslararası örgütlerin üye olmayan devletler tarafından konumlarını tanınmayan devletlerin konumları ile benzetirsek uluslararası örgütü tanımayan devletlere doğrudan bir yükümlülüğün getirildiğini söyleyemeyiz. Ancak, bildirici teori çerçevesinde bu durum ilgili uluslararası örgütün hukuk kişiliğine etki de etmez. Taraf olmayan devletler uluslararası hukuk kişiliği olsa bile örgütün uluslararası hukuk kişiliğini kabul etmeyebilir, örgütün iştiğal alanına giren hukukî ilişkilerini münhasıran üye devletlerle kurmaya devam edebilirler⁹⁷⁵. 3. taraflar bakımından uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği kabul edilmek zorunda değildir. Ancak tekraren, bu durumun uluslararası örgütün hukuk kişiliğine etkisi de bulunmamaktadır. Uluslararası örgütlerin salt hukuk kişiliğine sahip olmalarını taraf olmayan devletler bakımından bir yükümlülük olarak ele almamak gerekmektedir. Ancak, uluslararası örgütün varlığı buna üye olmayan devletlerin haklarını ve yükümlülüklerini etkiliyor ise VAHS madde 34'e aykırılık ortaya çıkabilecektir.

D. GENEL DEĞERLENDİRME

⁹⁷³ Ibid, s. 235-236.

⁹⁷⁴ Ibid, s. 236.

⁹⁷⁵ Sands, Klein, op. cit., s. 480.

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği konusunda önemli olduğu düşünölen noktalara yukarıda değinmeye çalıştık. Bunlar arasında özellikle uluslararası örgütlerin işlevlerinin/amaçlarının, hukuk kişiliklerinin ortaya çıkarılmasında ve çerçeveslendirilmesinde başat önemde olduklarına değindik. Öte yandan uluslararası örgütlerin sahip oldukları haklar ve yükümlölükler bakımından hukuk kişiliklerinin bir etkisinin bulunup bulunmadığı hususuna da değinildi. Özetle uluslararası örgütlerin kendilerine tanımlanan amaç doğrultusunda ifa ettikleri/etmeleri gereken işlevler onların hukuk kişiliğini ortaya koymakta ve sahip oldukları yetkiler, dolayısıyla hak ve yükümlölükler, örgütten örgüte farklılık göstermektedir. Uluslararası örgütlerin yapısal olarak devletlerden farkı, hukuk kişilikleri bakımından da farklılık göstermesini kanaatimizce gerektirmektedir. Bu nedenle uluslararası hukukta devletler aynı hak ve yükümlölüklere tâbi iken uluslararası örgütlerin hak ve yükümlölükleri işlevleri ölçüsünde farklılık gösterecektir⁹⁷⁶. Devletler işlevleri bakımından farklılaşmazken uluslararası örgütler uzmanlık kuruluşu olmaları, özel amaç ve işlevleri dolayısıyla farklılaşırlar.

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin objektif niteliği ise andlaşmaların nisbiliği ilkesi doğrultusunda tartışmalı bir halde olsa da kanaatimiz bu konunun devletlerin tanınmasına benzer bir hal aldığıdır. Bu nedenle ya objektif hukuk kişiliğinin ortaya çıkması için tüm devletlerin üye olduğu veya hukuk kişiliğini tanıdığı bir uluslararası örgütün varlığı gerekecek, ki bu halde objektif hukuk kişiliği söz konusu olmamakta ilgili uluslararası örgüt tüm devletler bakımından irade teorisine göre uluslararası hukuk kişisi olmaktadır, yahut da uluslararası alanda her devletin kendi üye olduğu uluslararası örgütlerden ve tanıdığı devletlerden oluşturduğu bir uluslararası toplumu olacaktır. Bu hale çoklu uluslararası toplumlar anlayışı denebilir. Ancak bu fantastik denebilecek ölçüde varsayımsal bir durumdur. Sonuç itibarıyla kanaatimizce bu hususun devletlerin tanınması gibi tartışmalı olduğu kabul edilmelidir. Kendisine üye olmayan devletlerin objektif uluslararası hukuk kişisi olduğu ileri sürölen örgütü tanınması veya onunla hukukî ilişki kurması şart değildir. Bu durumun uluslararası örgütler devletler gibi somut bir varlığa sahip olmadığından, ülkesel anlamda, tanınmayan devletlerin durumu kadar güçlük oluşturmayacağı söylenebilecektir.

⁹⁷⁶ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 179-180, Yargıç Bedevi Paşa (karşioy yazısı), s. 205.

Uluslararası örgütleri kuran andlaşmaların objektif statü yaratan andlaşmalar olduğu kabul edilirse, uluslararası örgüt kurmamakla beraber objektif statü yaratan andlaşmalara taraf olmayan devletlerin bu andlaşma bakımından durumu nasılsa bir uluslararası örgüte taraf olmayan devletin durumunu da öyle kabul etmek gerekmektedir.

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini tartışırken devletler dışındaki birimlerin hukuk kişiliğinin tespitinde uluslararası hukuk kişiliğinin bir içeriğinin bulunup bulunmadığının önemli olduğuna değindik. Hukuk kişiliğinin tespitinde önemli bir aşama olan bu hususta, hukuk kişiliğinin bir içeriğinin bulunduğu kabul edildiği takdirde bunun ne olduğu da tartışılmaktadır. Üçüncü bölümde uluslararası hukuk kişiliğinin ve de hukuk kişiliğinin bir içeriğinin bulunup bulunmadığını değerlendirmeye çalışacağız. Ancak belirtmek gerekir ki bu tartışmada her ne kadar hukuk kişiliğinin uluslararası hukukta içeriğinin bulunmadığını kabul etme eğiliminde bulunulsa da mevcut normatif düzenleme eksikliği bir hareket noktasını gerektirmektedir. Teorik olarak bir içerikte uzlaşılmamış ise de uluslararası hukuk kişiliğinin içeriği bulunmadığını kabul etmek hangi birimlerin uluslararası hukukun kişisi olduğunu tespit etmeyi, hukuk kişiliği konusunda çıkarım yapmayı güçleştirmektedir.

III. BİREYLER

Çalışmamızın bu kısmında bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini, genellikle akademik çalışmalarda tercih edilen bir başlık olarak bireyin uluslararası hukuktaki konumunu değerlendireceğiz. Konuya ilişkin tartışmalardan önce doktrinindeki birçok yazarın haklı olarak yapmış olduğu şu tespite değinmekte fayda görmekteyiz: uluslararası hukukta bireylerin hukuk öznesi olamayacaklarına ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır ve belirli bağlamlarda, bilhassa yatırım ve insan hakları gibi alanlarda, birey kendi kişiliğine bağlı haklara sahiptir⁹⁷⁷. *Lauterpacht*'ın uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin çalışmalarında değindiği üzere bireylerin uluslararası mercilere başvurmasını engelleyen, bir andlaşmadan yahut teamül hukukundan kaynaklanan haklara ve yükümlülüklerle doğrudan sahip olamayacaklarına ilişkin bir kural ya da teorik gereklilik bulunmamaktadır⁹⁷⁸. Çalışmamızın bu kısmında da bireyin uluslararası hukuk kişiliğine dair teorik ya da normatif bir engelin bulunmamasına sıklıkla değinilmiştir.

Şimdiye kadar açıklamaya gayret ettiğimiz devletlerin ve uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri üzerine, bunların hukuk kişiliğini düzenleme amacına hasredilmiş olmasa da, andlaşma maddeleri ya da uluslararası merci kararları bulunmaktaydı. Örnek olarak, Montevideo Konvansiyonu'nun 1. maddesinde devletlerin uluslararası hukuk kişiliğinin düzenlenmesi, UAD'nin Giderim Kararı'nda BM'nin hukuk kişiliğini teyit etmesi yahut da BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 176. maddesinde Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin hukuk kişiliğini düzenlemesi verilebilir. Bireylerin uluslararası hukuktaki konumu hakkındaki dayanaklar ise daha çok bu konuda bir çıkarım yapmayı gerektiren dolaylı metinlerdir, bireylerin hukuk kişiliğini değil uluslararası alandaki haklarını ve yükümlülüklerini düzenlerler. Ancak bireyin uluslararası hukuk kişiliğine dair problem salt düzenleme eksikliği değildir. Uluslararası hukukta bireyin konumunun ve uluslararası hukukun kişilerinin üzerinde uzlaşılmamış ve doğası gereği karmaşık konular olduğu⁹⁷⁹ görüşüne katıldığımızı belirtmek isteriz. Mevcut düzenleme eksikliği

⁹⁷⁷ Crawford, Brownlie's Principles, s. 121.

⁹⁷⁸ Lauterpacht, The Subjects-1947, s. 451.; Lauterpacht, The Subjects-1948, s. 99.; Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Londra: Stevens&Sons Limited, 1950, s. 4.

⁹⁷⁹ Ekaterina Yahyaoui Krivenko, "Exploring the Future of Individuals as Subjects of International Law: The Example of the Canadian Private Sponsorship of Refugees Programme", *Non-State Actors and International Obligations: Creation, Evolution and Enforcement*, ed. James Summers, Alex Gough, Leiden: Brill&Nijhoff, 2018, ss. 140-159, s. 140.

nedeniyle de bireyin uluslararası hukuktaki konumu ve genel olarak da hukuk kişiliği kısmen ulusal hukuklardaki kişilik ve hukuk öznelerine ilişkin tartışmalar ile kıyaslanan bir konu olmuştur⁹⁸⁰. Çalışmamızın ilerleyen bölümünde, uluslararası hukukun özelliklerinin hukuk kişiliğine etkilerine değinerek bu hususları değerlendirmeyi amaçlamaktayız.

Uluslararası hukukta bireyin hukukî kişiliğe sahip olup olmadığı hususu neredeyse her dönemde tartışmalı bir konu olagelmıştır. Zira bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin, devletin uluslararası hukuk kişiliğini de etkileyen, devlet egemenliğini tehdit eden bir boyutu olduğu düşünülür. Bireyin uluslararası hukukun kişisi kabul edilmesi uluslararası alan ile kendi devletinden bağımsız, aracısız ilişkiler kurmasını sağlar. Devlet ve birey arasındaki ikilik, kamu hukuku teorisinin geneline ilişkin bir husus olarak ele alınabilir, bireyin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin tartışmaların bu ikilikten kaynaklanıp kaynaklanmadığının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Biz de bu başlık altında, birey ifadesiyle ile tek tek bireylerin yanı sıra çeşitli birey grup ve birliklerini kastetmekteyiz, bunun nedeni bireyin uluslararası hukuk kişiliğine dair argümanların çıkarım yoluyla diğer bazı devlet dışı birimlere uygulanabilecek olmasıdır⁹⁸¹. Uluslararası hukukun çeşitli davalarda birey grup ya da ortaklıklarına bireyler gibi muamele ettiği görülmektedir; bunun temelinde söz konusu birey gruplarının da vatandaşlık bağı ile bir devlete bağlanabiliyor olmaları bulunmaktadır⁹⁸². Bunlar iç hukuklardaki ticaret şirketleri, dernekler olabilirler ve uluslararası hukukta ulus aşırı şirketler olarak ekonomik faaliyet gösterebilecekleri gibi hükümetler dışı uluslararası örgütler olarak uluslararası hukukun birçok alanında faaliyet gösterebilirler⁹⁸³. Bunların yanı sıra uluslararası hukuktan kaynaklanan

⁹⁸⁰ Ibid, s. 141.

⁹⁸¹ Astrid Kjeldgaard-Pedersen, *The International Legal Personality of the Individual*, Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 7.

⁹⁸² Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations-An Introduction*, New York: The MacMillan Company, 1948, s. 19-20.

⁹⁸³ Rainbow Warrior Tahkim Kararı, Yeni Zelanda v. Fransa, 30.04.1990.: Kararın hükümetler dışı uluslararası örgüt olarak Greenpeace'in uluslararası hukuk kişiliğinin kabulünü ve uluslararası hukuk kişiliği anlayışının gelişimini ispatladığı kabul edilmektedir. Christopher Harding, "Vingt ans Après: *Rainbow Warrior*, Legal Ordering, and Legal Complexity", *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, C. 10, 2006, ss. 99-116, s. 111-112.

haklardan kolektif olarak yararlanan birey gruplarını da bu kapsamda değerlendirebilmek mümkün olabilmektedir.

Uluslararası hukukta bireyin hukuk kişiliğine yönelik çalışmalarda sıklıkla bireyin uluslararası hukuktaki konumu başlığının ya da metin içinde bu anlamda ifadelerin kullanıldığını görürüz. Bu terimsel tercih her zaman için bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin ilgili çalışmada reddedilmesi anlamına gelmemektedir. Bireyler, ya da herhangi bir hukukî birim, bir hukuk alanında özne yahut da konu olabilir, dolayısıyla uluslararası hukukta da özne ya da konu olabilecektir. Bu başlığın hasredildiği husus bireylerin uluslararası hukukun kişisi olmasını sağlayan ya da bireyin uluslararası hukukun kişisi olamayacağını belirten görüşlerin dayanaklarını ve bireylerin uluslararası hukuktaki konumlarına etki eden gelişmeleri ortaya koymaya gayret etmektir. Çalışmamızın özellikle bireylerin hukuk kişiliklerinin tartışılmasına sebep olan meselelere ilişkin kısımlarında bu ifadenin kullanımına bizim de gittiğimizi belirtelim. Hukuk kişiliğine ilişkin çıkarımlara varacağımız kısım bilhassa çalışmamızın son bölümü olacağından bu başlık altında bireyin konumundan söz etmenin bir tutarsızlık olarak görülmeyeceği kanaatindeyiz.

A. GENEL OLARAK ULUSLARARASI HUKUKTA BİREY

Çalışmamızın ilk bölümünde de ifade ettiğimiz üzere uluslararası hukukun klasik teorisi olarak kabul edilen yaklaşım 19. yüzyılda teorik varlığını tamamlayan ve hukukî pozitivizm ile bütünlenen ulus devlet yaklaşımının ve egemenliğin bir ürünüdür. Uluslararası hukukta zaman içinde birçok teori ortaya çıkmış ve bunlar klasik teoride kimi değişimlere sebep olmuş olsa da klasik teorinin tüm unsurlarının değişime uğradığını söylemek güçtür. Her ne kadar uluslararası hukukun bugünkü uygulaması ile bağdaşmasa ve yoğun bir biçimde eleştirilse de klasik teori kapsamlı ve pozitif tutarlığa sahip bir teoridir; ancak elbette bir teorinin kendi içindeki tutarlılığı, bu türden bir teorinin geçerli olduğunun kabulünü kolaylaştırır da, söz konusu teorinin güncel geçerliliğinin ispatını oluşturmaz. Doğal olarak güncelliği ve geçerliliği reddediliyor olsa da klasik uluslararası hukuk, kapsamlı ve tutarlı oluşu nedeniyle yine kendi kurduğu kavramlar üzerinden eleştirilmektedir.

Uluslararası hukuk kişiliği bakımından klasik teorinin yaklaşımı devlet olma ile uluslararası hukuk kişisi olmanın eşitlenmesi olarak karşımıza çıkar. Devletler dışındaki

birimlerin -zamanla uluslararası örgütler için bir istisna kabul edilmiş olsa da- uluslararası hukukun kişisi olması bu teoriye göre söz konusu değildir. Zira uluslararası hukuk kişiliği ile devlet arasında kurulan eşitlik, hukuk kişiliği bakımından egemenliğin bir şart olduğu anlamını da taşır. Ancak *Aufricht*'in 1943 yılındaki tespiti, her ne kadar biz meseleyi tanımlar üzerinden değerlendirmekle sınırlı kalmayı tercih etmesek de, burada zikredilmelidir; ona göre ne devlet ne de uluslararası hukuk kişiliği terimleri net bir tanıma sahip olmadıklarından bunlar üzerinden ulaşılan sonucun meseleyi aydınlatmada ne kadar başarılı olacağı tartışmalıdır⁹⁸⁴. Devlet kısmında yaptığımız açıklamalardan ve uluslararası hukuk kişiliği üzerinde yapmaya gayret ettiğimiz bu çalışmanın içeriğinden anlaşılacağı üzere bu iki kavramın halen üzerinde tamamen uzlaşılan bir tanımı bulunmaz. Nitekim devletin unsurları üzerinde uzlaşılmış olsa da 19. yüzyılda dahi devlet olmanın unsurlarını tam olarak sağlamayan devlet benzeri birimlere uluslararası alanda haklar ve yükümlülükler, belirli yetkiler tanındığı bilinmektedir. Öte yandan uluslararası hukuk kişiliğinin bir tanımının yapılmaması olmasını uluslararası hukukta hukuk kişiliğini düzenleyen bir kuralın bulunmaması olarak anlamak kanaatimize daha uygundur, zira hukuk düzenleri kimin hareketlerine hukukî sonuç bağlayacağını bilmek zorunda olduğundan hukuk kişiliği tanımının bulunmadığı iddiası ortada bir hukuk düzeni olduğu müddetçe geçerli olmamalıdır. Ancak, hukuk kişiliğinin tanımlanmadığı ya da hukukun kişilerinin belirlenmediği hukuk alanlarında bunların hangi birimler olduğunu tespit etmek için bu hukukun uygulamasının ve teorisinin değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan bazı birimlere hukuk kişiliği atfeden düzenlemeler bulunabilir, bu durumda hukuk kişiliğine ve hukukun kişilerine ilişkin çıkarımın bu düzenlemeleri de hesaba katması gerekir. Bunun oldukça zorlu bir iş olduğu söylenebilecektir.

19. yüzyıl ve hukukî pozitivizm öncesinde, uluslararası hukuk anlayışının, hatta hukuk anlayışının, doğal hukuka yöneldiği çalışmamızın ilk bölümünde ifade edilmişti. Doğal hukukçu teorisyenler o dönemde, devletin uluslararası hukuk kişiliğini kabul etseler de hukukun nihaî öznesinin birey olduğunu ileri sürmekteydiler. *Suárez* ve *Vitoria*'nın çalışmalarında da görülen uluslararası hukukun aslında tüm insanlığın

⁹⁸⁴ Aufricht, op. cit., s. 217.

hukuku olduğu, devletler şeklinde örgütlenmiş tüm insanlığa yöneldiği fikridir⁹⁸⁵. Sonraları, hukukî pozitivizmin etkisi ile doğal hukuk yaklaşımı terk edilmiş, devlet kişiliğinin hükümdarın kişiliğinden ayrılmasıyla da uluslararası hukuk alanı devletler dışındaki birimlerin özneliğine kapalı bir alan haline gelmiştir. Ancak bölüm başında yaptığımız atfa geri dönecek olursak uluslararası alanda bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini engelleyecek bir kural, ilke bulunmadığından bu kabulün dayanağı uluslararası hukukun yapıcılarının ve uygulayıcılarının tercih ve eğilimleri olagelmıştır.

Bireyin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin tartışma, devlet egemenliğine, devletin uluslararası hukukun yapıcısı olmasına, doğal hukuk ile hukukî pozitivizm arasındaki teorik farklılıklara dayandığından aslında bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin değerlendirilmesi, uluslararası hukuk kişiliği kavramının esasına ve uluslararası hukukun geneline yönelik tartışmaları da bünyesinde barındırmaktadır. Bu kısımda, bir sonraki bölümde ele alacağımız noktalara girmeksizin bireylerin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin doktrindeki görüşleri ele almayı hedeflemekteyiz.

Bireyin uluslararası hukuk kişiliği hakkında bunu reddeden, bireyi uluslararası hukukun konusu olarak kabul eden, devletin uluslararası hukuk kişiliğinin sunî olduğunu, bireylerin uluslararası hukukun gerçek özneleri olduğunu öne süren ve devletlerin uluslararası hukukun olağan kişisi olduklarını ancak yine de bireye ilişkin düzenlemelerin uluslararası alandan dışlanmadığını kabul eden çok çeşitli görüşlerin ortaya atıldığını görürüz⁹⁸⁶. Bu görüşleri dayanak alarak kimi kişilik yaklaşımları ortaya çıkmış ya da ortaya çıkan yaklaşımlar doğrultusunda bunların bazıları geçerliliğini yitirmiştir. Ayrıca bu görüşler bakımından dikkatimizi çeken bir husus da bunların kimisinin teknik gerekleri kimisinin de teorik gerekleri ön plana aldıklarıdır.

Bunların ilkinde göre bireyler kolektif yapının içinde bağımsız biçimde kendi hesaplarına hareket edemez ya da doğrudan ve bağımsız fiilleriyle hukukî sonuç doğuramazlar⁹⁸⁷. Bu görüşe göre bireyler devletler halinde örgütlendiklerinden uluslararası hukukta kendi bağımsız iradeleriyle sonuç yaratamazlar ve tâbi oldukları devletlerin iradelerinden doğan hukukî sonuçlarla bağılıdır. Haliyle burada bireyin uluslararası hukuk kişiliği, birey uluslararası alana kendi devletininkinden bağımsız bir

⁹⁸⁵ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law Monographs, C. 6, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010 s. 214.

⁹⁸⁶ Aufrecht, op. cit., s. 229.

⁹⁸⁷ Ibid.

irade yansıtamayacağı gerekçesiyle kabul edilmemekte, uluslararası hukuk kişiliği için uluslararası hukukun diğer kişilerinden bağımsız bir iradenin varlığı gerekli görülmektedir. Yine bu görüş, bireylerin devletler bakımından uluslararası hukuk kişiliğinin bir ölçütü olan egemenlik özelliğine sahip olmadığını belirtir⁹⁸⁸. Ancak burada kanaatimizce belirlenmesi gereken husus egemenliğin devlet olmanın bir ölçütü mü olduğu yoksa uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmanın bir ölçütü mü olduğudur. Nitekim devlet olma ve uluslararası hukuk kişiliği arasında bazı -genellikle geçmişte kalmış- yaklaşımlar tarafından kurulan denklik her devletin uluslararası hukuk kişisi olması bakımından, devletler başlığında yer alan devlet olma niteliğine getirilebilecek sınırlamalara tâbi yahut bu nitelikte eksiklikleri olmayan bir devlet -yani devlet benzeri yapılar değil devlet- düşünüldüğünde doğru iken her uluslararası hukuk kişinin bir devlet olmasını da gerektireceğinden geçerli bir denklik olmayacaktır. Egemenlik ölçütünün uluslararası hukuk kişiliği bakımından geçerli kabul edilmesi, devlet niteliği taşımayan birimlerin uluslararası hukukun kişisi olmayacağı sonucunu beraberinde getirir. Buna göre uluslararası örgütler, ki 1949 tarihli Giderim Kararı'ndan beri uluslararası hukuk kişilikleri tescil edilmiş kabul edilir, uluslararası hukukun öznesi olamayacaklardır. Bunun dışında, devlet benzeri birimlerin uluslararası hukuk kişiliklerini tartıştığımız devlet başlığı altında uluslararası hukuk bakımından devlet olma niteliği taşıyor olsalar da bunlara uluslararası alanda belirli düzeyde ve sınırlı bir kapasite tanındığı durumlar ortaya çıkmıştı. Bu görüşün kabulü, sınırlı kapasiteye sahip olan bu birimlerin sahip oldukları sınırlı uluslararası hukuk kişiliklerini de, egemenlikleri bulunmadığından, en başından reddetmektedir⁹⁸⁹.

Bir diğer yaklaşım bireylerin uluslararası hukukun öznesi değil konusu olduğu yönündedir ve pozitif uluslararası hukuku sübjektif bir unsura, devletlerin tanınmasına, iradesine veya rızasına bağlayan sübjektif pozitivistler tarafından bu yaklaşım savunulmuştur⁹⁹⁰. Konu teorisine göre bir hukuk düzeninde sadece özneler ve konular bulunmaktadır⁹⁹¹, bu nedenle de birey uluslararası hukukun öznesi değil ise mutlaka konusu olmalıdır. Bu anlamda konu teorisyenlerinin savunduğu konu testinin gri

⁹⁸⁸ Ibid, s. 230.

⁹⁸⁹ Rama-Montaldo, op. cit., s. 136-137.

⁹⁹⁰ George Manner, "The Object Theory of The Individual in International Law", *The American Journal of International Law*, C. 46, S. 3, 1952, ss. 428-449, s. 428.; Aufrecht, op. cit., s. 230-1.

⁹⁹¹ Carl Aage Nørgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Kopenhagen: Bjar Munksgaard Ltd., 1962, s. 40.

noktaları kapsamadığını yani uluslararası hukuk kişiliği konusunda karşımıza çıkan sınırlı özneler-tam özneler gibi hukuk kişiliğinin derecelendirilmesine yönelik ayrımları teorik alan dışında bıraktığı söylenebilecektir. Zira buna göre uluslararası hukukun kişisi olma şartını sağlamayan birimler uluslararası hukukun ancak konusu olabilirler; uluslararası hukukun öznesi olmadıkları için bir nehir, bir birey ve bir hükümetler dışı uluslararası örgüt aynı konumda olacaktır⁹⁹².

Bireyin uluslararası hukukun öznesi değil konusu olduğuna ilişkin görüş hem uluslararası hukukta geniş bir kabul görmüş hem de temel olarak iç hukuktaki devlet tüzel kişiliği karşısında bireyin konumunu esas almıştır⁹⁹³. Bu yaklaşıma göre birey ve tâbi olduğu devlet arasındaki ilişki, tabiiyet bağı, bireyin ulusal hukuku itibarıyla bağlı olduğu devlet tüzel kişiliğinden bağımsız biçimde hareket etmesine engel olur⁹⁹⁴. Buradan anlaşıldığı kadarıyla konu teorisyenleri, uluslararası hukuk kişiliği bakımından bağımsız iradenin varlığını bir şart olarak öne sürmekte ve bunun bir devletin vatandaşı durumunda bulunan bireylerce sağlanamayacağı görüşündedirler.

Yine konu teorisi kapsamında bireyin uluslararası hukukun öznesi olmaması dolayısıyla uluslararası hukuktan kaynaklanan haklara ve yükümlülüklerle sahip olamayacağı, uluslararası hukukun normlarını ihlal edemeyeceği belirtilir, bireye uluslararası alanda bazı hakların bahşedilmesi yahut da bireyin uluslararası hukuk yoluyla yükümlendirilmesi ancak tâbi olunan devletin bu yöndeki tutumuyla söz konusu olabilecektir⁹⁹⁵. Bireyler ve devletler dışındaki tüm birimler, uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle ancak dolaylı bir biçimde sahip olabileceklerdir⁹⁹⁶. Bu nedenle bireyin uluslararası hukukta bir statüsü değil bir konumu bulunabilir, zira statü kişilerin durumuna ilişkin iken konum gemiler yahut toprak parçaları gibi uluslararası hukukun konularına ilişkindir⁹⁹⁷. Birey de konu teorisyenlerine göre uluslararası hukukun kişisi olmadığından uluslararası hukukta bir statüye değil bir konuma sahip olacaktır. Buradan da konu yaklaşımını savunanların statü kavramına etken, konum kavramına da edilgen

⁹⁹² Crawford, Brownlie's Principles, s. 126.; Oppenheim, A Treatise, s. 344-345.

⁹⁹³ Manner, op. cit., s. 428.; Aufrecht, op. cit., s. 230-1.

⁹⁹⁴ Aufrecht, op. cit., s. 231.

⁹⁹⁵ Manner, op. cit., s. 428.

⁹⁹⁶ Anna Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Antwerpen: Insertia, 2001, s. 48.

⁹⁹⁷ Manner, op. cit., s. 429.

bir anlam yüklediklerini görebiliyoruz⁹⁹⁸. Yine de sübjektif pozitivist olarak ifade edilen konu teorisyenleri, bireyin uluslararası hukuktaki konumunun daha çok tartışılacak yanı olduğundan hareketle bunun bir varoluş değil, biçim ve usûl meselesi olduğu kanısındadırlar ve onlara göre uluslararası hukukun kişisi olmayan birey, uluslararası hukukun nihaî amacını oluşturur⁹⁹⁹. Zannederiz ki, bireyin uluslararası hukukun kişisi olmadığı görüşündeki teorisyenlerin bireye atfettikleri bu nihaî amaç niteliği, ki buna bu başlık altında çeşitli bağlamlarda değineceğiz, hukukun yönelmiş olduğu etik değerlere yapılan bir atıf olmaktadır. Burada ilgili görüşün uluslararası hukukun uygulamasına dayanmadığını belirtmekte fayda vardır¹⁰⁰⁰, zira uluslararası alanda devletler dışı birimler için hakların ve yükümlülüklerin varlığı her zaman için söz konusu olagelmıştır. Konu teorisi eğer uluslararası hukuk münhasıran devletler arasındaki ilişkileri düzenliyorsa bireyin bu hukuk alanının konusu da olmamasını gerektireceğinden mantıksız olmakla eleştirilmiş, bunun yanı sıra tüm hukuk alanlarının nihaî amacı ve hukukî yükümlülüğün esas öznesi olan bireyi salt “şey” olarak ele aldığı için uygulamayı ve gerçekliği yansıtmadığı kabul edilmiştir¹⁰⁰¹.

Yukarıda bireyin uluslararası hukuktaki konumu ifadesini kullanmak suretiyle bir yargıda bulunmadığımızdan söz ettik. Ancak konu teorisyenlerine göre, bireyin uluslararası hukuktaki konumundan söz etmek, bireylerin uluslararası hukukta bir statüleri olmayacağı anlamını taşıdığından baştan itibaren bir yargı olarak kullanılmıştır. Biz çalışmamızda bir ön kabul ile hareket etmediğimizi, bireyin uluslararası hukuktaki konumu ifadesini bir yargı belirtmeksizin kullandığımızı tekraren belirtelim.

Bireyin uluslararası hukukun öznesi olmadığı yönünde görüşler ileri süren güncel çalışmalar da bulunmaktadır. *Orakhelashvili*, uluslararası insan hakları andlaşmalarının bireylere devletleri tarafından sağlanacak korumayı ve bu korumanın standartlarını belirlediğini, bireylere uluslararası hukukta doğrudan uygulanacak kurallar sağlamadığını savunur¹⁰⁰². *Orakhelashvili*'nin uluslararası hukuk kişiliği tanımına göre uluslararası hukuk kişilerinin iki özelliği bulunmaktadır; bunların ilki uluslararası hukuk yapımına katılabilme ikincisi ise uluslararası hukuku icra edebilme,

⁹⁹⁸ Ibid, s. 438.

⁹⁹⁹ Ibid, s. 437-440.

¹⁰⁰⁰ Ibid, s. 432.

¹⁰⁰¹ Meijknecht, op. cit., s. 51.; Manner, op. cit., s. 430-432.

¹⁰⁰² Alexander Orakhelashvili, “The Position of the Individual in International Law”, *California Western International Law Journal*, C. 31, S. 2, 2001, ss. 241-276, s. 266.

dayatılabilmektedir(*enforce*)¹⁰⁰³. Dolayısıyla, bireyler uluslararası alanda bu iki özelliğe de sahip olmadığından ve uluslararası alandan kaynaklanan haklar kendilerine doğrudan uygulanmadığı için bireylerin uluslararası hukukun kişisi olmadığını savunur¹⁰⁰⁴.

Uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmak için neyin gerektiği, sadece haklara sahip olmanın yeterli olup olmadığı ya da hem haklara hem de yükümlülüklerle sahip olmanın gerekip gerekmediği tartışılmış olsa da çok az yazar tarafından uluslararası hukuk yapıcısı olmak ya da onu icra eden bir birim olmak gerektiği iddia edilmiştir¹⁰⁰⁵. Uluslararası hukukun yapıcısı olma gerekliliği çok fazla taraftar bulmasa da uluslararası hukukun yapılmasına ilişkin yeni eğilimler ve esnek hukukun önem kazanması bireylerin uluslararası hukukun yapıcısı olmasını sağlayabilecek gelişmeler olarak değerlendirilebilecektir.

1. Bireylerin Uluslararası Hukuk Kişiliğine Üç Ana Yaklaşım

Bireylerin uluslararası hukuk kişiliği konusunda ortaya çıkan yaklaşımlar genel olarak üç başlık altında toplanmaktadır. Kendi içinde de ayrımlara tâbi olabilecek bu görüşler, çalışmamızda, yalnızca devletlerin uluslararası hukuk kişisi olabileceğini ileri süren, hem devlet hem de bireyin uluslararası hukukun kişisi olabileceğini ileri süren ve yalnızca bireylerin uluslararası hukukun kişisi olabileceğini ileri süren görüşler olarak ele alınacaktır.

Teorisyenlerin uluslararası hukuk kişiliği hakkındaki görüşlerinin bazı yazarlar tarafından bir görüş altında sınıflandırılırken bazılarının başka bir görüş altında sınıflandırılması mümkün olabilir. Bu durum yazarın çalışmasındaki değerlendirme ölçütleri doğrultusunda şekillenmektedir. Örneğin; *Nørgaard* tarafından sadece devletlerin uluslararası hukuk kişisi olabileceğini savunanlar arasında gösterilen *Schwarzenberger*, *Portmann* tarafından “tanıma yaklaşımı”ni öne sürenler arasında gösterilmektedir. Bunun nedeni, *Nørgaard*’ın bireyin uluslararası hukuk kişiliği bakımından bir sınıflandırma yapması ancak *Portmann*’ın sınıflandırmasının bireyin uluslararası hukuk kişiliğine hasredilmiş olmaması, genel olarak uluslararası hukukta kişiliğe ilişkin yaklaşımlara ilişkin olmasıdır. Nitekim *Nørgaard* ilgili yazarların bireyin uluslararası hukuk kişiliği karşısındaki tutumlarına yer vermekte, bireylerin uluslararası

¹⁰⁰³ Ibid, s. 256.

¹⁰⁰⁴ Ibid, s. 255-256, 265-269.

¹⁰⁰⁵ Krivenko, op. cit., s. 141.

alanda haklara ve borçlara sahip olmada ve bunları ileri sürebilme ve yükümlenebilmedeki kabiliyetlerine atıfta bulunmaktadır¹⁰⁰⁶. Biz de bu başlık altında özel olarak bireylerin uluslararası hukuk kişiliğinden söz ediyor olduğumuzdan *Nørgaard*'ın takip ettiği üçlü ayrımı benimsedik ve görüş sahibi yazarları buna göre sınıflandırdık. Çalışmamızın diğer bölümlerinde yapacağımız değerlendirmelerde bazı yazarlar buraya göre farklı konumlandırılmış olabileceklerinden şimdiden bir uyarıda bulunmak gerekli görülmüştür.

a. Yalnızca Devletlerin Uluslararası Hukuk Kişisi Kabul Edilmesi

Yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi olabileceğini öne süren görüşler genel itibarıyla klasik teori olarak da adlandırdığımız, 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarında uluslararası hukuka hakim olan anlayış çerçevesindeki görüşler olmaktadır. Yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi olabileceğini savunanlar arasında *Anzilotti*, *Triepel*, *Schwarzenberger* gibi yazarlar bulunmaktadır.

Uluslararası alanın bireylere getirdiği haklar ve yükümlülükler aslında devletlere getirilmiş haklar ve yükümlülüklerdir, bireye ilişkin hususlarda uluslararası hukuk tarafından doğrudan muhatap alınan bireylerin haklarının kendisi bakımından bir yükümlülük olarak ortaya çıktığı, devlet olmaktadır¹⁰⁰⁷. Yine bireylerin uluslararası hukukun kişisi olmadığı yönünde yazanlar arasında sayılan *Oppenheim*, kendi uluslararası hukuk eserinin ilk baskılarında “uluslararası hukuk bireysel olarak devletlerin -bireylerin değil- ortak rızalarına dayandığından yalnızca ve münhasıran devletler uluslararası hukukun öznesidir” demektedir¹⁰⁰⁸. *Oppenheim*'ın eserinin daha sonraki baskılarında ise uluslararası hukuk kişiliği konusundaki yaklaşımının değiştiği görülebilir. Uluslararası alanda yaşanan gelişmeler bu geleneksel yaklaşımın terk edilmesinde etkili olmuştur ve editörler tarafından da uluslararası hukukun güncel ihtiyaçlarına cevap verilmesi ön planda tutulmuştur. Nitekim kitabın ilk üç baskısında savunulmuş olsa da diğer baskılarında devletlerin uluslararası hukukun tek ve münhasır kişileri olduğu görüşünden¹⁰⁰⁹ vazgeçilmesinde *Lauterpacht* gibi bireylerin uluslararası hukuk kişiliklerinin olduğu yönünde etkili görüşlere sahip bir yazarın eserin bir edisyonunu üstlenmesi etkindir. Zira, kitabın son baskısında yer alan ifade devletlerin

¹⁰⁰⁶ Nørgaard, op. cit., s. 35-78.

¹⁰⁰⁷ Portmann, op. cit., s. 46.

¹⁰⁰⁸ Oppenheim, A Treatise, s. 18-19.

¹⁰⁰⁹ Oppenheim's International Law, s. 16, dn.1.

uluslararası hukukun birincil ancak münhasır olmayan kişileri olduğu yönündedir ve kişiliğe ilişkin çıkarımın her duruma göre ayrıca, ilgili birime hangi hak, yetki ve yükümlülüklerin verildiğine göre, yapılacağı belirtilmiştir¹⁰¹⁰. Buradan hareketle eserde uluslararası hukuk kişileri konusunda teorik bir ön kabulde bulunulmadığı, uluslararası hukuk kişiliğinin ilgili birime ilişkin kuralların incelenmesiyle belirleneceği söylenebilir.

Bu görüşü savunan yazarların kişilik yaklaşımlarının kaynağında uluslararası alan ve uluslararası toplum anlayışları yer almaktadır; bunlara göre uluslararası alan devletlerden oluşan bir topluluktur, bireyler veya diğer birimler ancak ulusal hukuklarda kişi olabilirler¹⁰¹¹. Uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasında yapılan keskin bir ayrıma dayanan yazarlar bu iki hukuk alanının normlarını da birbirinden uygulama alanı bakımından ayırmaktadırlar¹⁰¹². Burada *Triepel* ve onunla aynı fikirleri paylaşan yazarlar hakkında yaptıkları tespitin yapısal bir tespit olduğu söylenebilecektir. Uluslararası hukuku yapısı itibarıyla yalnızca devletlerin kişisi olabilecekleri bir hukuk alanı kabul ederler. Bu anlamda uluslararası hukuk kabulleri, güncel yaklaşımlarla örtüşmez, alanın ismine ilişkin ulusların hukuku (*law of nations*) ve uluslararası hukuk (*international law*) arasındaki tercihin sonuçlarına ilişkindir¹⁰¹³. Uluslararası toplumun üyeleri olarak egemen devletleri ele almaları, normal olarak yalnızca devletlerin bu hukuk alanının kişisi olduğunu benimsemeleriyle sonuçlanmaktadır.

Schwarzenberger, her ne kadar uluslararası hukukta bireyin hakların, prosedürel kapasitenin, yükümlülük ve sorumluluğun doğrudan sahibi olmasını engelleyen ilkesel bir düzenleme bulunmadığını belirtse de mevcut uygulamanın aksi yönde bir kanıt da sağlamadığını öne sürer¹⁰¹⁴. Daha önce de değindiğimiz bu ifade kanaatimizce önemlidir. Uluslararası hukuk bakımından halen geçerli olan bu bilgiyi *Schwarzenberger*, ileride değinileceği üzere *Brownlie* ve *Peters*'ın ele alışları ve aktarımları birbirinden farklıdır, *Schwarzenberger* bireyin uluslararası hukuk kişisi olmasını engelleyen bir düzenlemenin bulunmadığını belirtse de uluslararası hukukta

¹⁰¹⁰ Ibid, 16.

¹⁰¹¹ Oppenheim, A Treatise, s. 18-19.; Portmann, s. 43, 46.

¹⁰¹² Kjeldgaard-Pedersen, Legal Personality of Individual, s. 18-19.

¹⁰¹³ Oppenheim, A Treatise, s. 99.; Alanın terimselleştirilmesi Türk doktrininde de tartışılmış bir husustur. Seha L. Meray, "Devletler Hukuku'nda Bazı Terim Meseleleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 4, 1956, ss. 52-73, s. 52-58.

¹⁰¹⁴ Nørgaard, op. cit., s. 36-37.

yine de bireyin uluslararası hukuk kişiliğine yönelik bir kanıtın bulunmasını aramaktadır. Zannederiz ki söz konusu kanıtlar *Schwarzenberger*'in eserlerini verdiği dönemden bugüne sağlanmış, ancak açık bir hukukî düzenlemenin bulunmadığı hallerde teorinin ve uygulamanın değerlendirilip yorumlanması bakımından yazarlar kendi uluslararası hukuk anlayışları doğrultusunda bir görüşü benimserler ve haliyle görüş farklılıkları ortadan kalkmaz. Yine *Schwarzenberger*'e göre devletler herhangi bir birime, sınırlı amaçlar doğrultusunda, uluslararası hukuk kişiliği tanıyabileceklerdir¹⁰¹⁵. Burada devletler kendilerinden başka bir birime uluslararası hukuk kişiliği tanısalar da bunun devletlerin hukuk kişiliğiyle kıyaslanamayacak sınırlı ve istisnâî bir kişilik olduğu ortaya çıkmaktadır. *Portmann* tarafından tanıma yaklaşımı çerçevesinde açıklanan bu görüş devletlerin uluslararası hukukun normal kişisi olduklarına ve diğer birimleri uluslararası hukukun kişisi olarak tanıyabileceklerine dayanır¹⁰¹⁶. *Kjeldgaard-Pedersen* ise bunun Giderim Kararı sonrasında benimsenen ve devlet dışı birimlerin uluslararası hukuk sistemi tarafından kapsanmasına yönelik gerekliliğin sonucu olan anlayışa uygun 'uyarlanmış bir yalnızca devlet yaklaşımı' olduğunu savunur, ona göre devletler uluslararası hukukta türeme kişiler yaratabileceklerdir¹⁰¹⁷. Uyarlanmış yalnızca devlet yaklaşımı ya da *Portmann*'ın ifadesiyle tanıma yaklaşımı, yalnızca devlet yaklaşımından farklı bir biçimde ele alınmayı gerektirmemektedir, nitekim buna göre uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler yeni hukuk kişilerinin ortaya çıkmasına yetmemekte, devletlerin uygun gördükleri birimleri uluslararası hukukun kişisi yapmalarını mümkün kılmaktadır¹⁰¹⁸. Uluslararası hukukun gerekleri ile devlet dışı birimler arasındaki bağ, devlet tarafından kurulabilmektedir.

Yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi olduklarını ileri süren yazarların temel dayanakları genellikle uluslararası hukukta bireylere atfen düzenlenen hak ve yükümlülüklerin gerçekte devletlerin hak ve yükümlülükleri olduğu, bireylerin uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülükleri bulunsa da bunları öne sürecek prosedürel kapasiteden yoksun oldukları ya da -uluslararası hukuk ve iç hukuklar arasındaki ilişkinin düalizmle açıklandığı durumlarda- bireylere hak veya

¹⁰¹⁵ Portmann, op. cit., s. 83.

¹⁰¹⁶ Ibid, s. 80.

¹⁰¹⁷ Kjeldgaard-Pedersen, Legal Personality of Individual, s. 20.

¹⁰¹⁸ Ibid, s. 21-22.

yükümlülük getiren düzenlemelerin doğrudan uygulanamamalarının bunların uluslararası hukuk kişiliğini engelleyeceği olmaktadır¹⁰¹⁹.

Bakıldığında bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini reddeden dayanakların aslında birbirine yakın olduğu söylenebilir. Uluslararası hukukta bireye tanınan haklar ve yükümlülükler, ilkinde, devletin üzerinde sonuç doğurabilir. Bunun bireyler bakımından sonuç doğurabilmesi için ya doğrudan prosedürel bir kapasitenin oluşturulması, bireylerin bu hakların korunması yahut bu yükümlülüklerle ilişkin kendilerinin sorumlu tutulabilmesi için başvurabilecekleri bir hukukî imkanın varlığı, ya da uluslararası alanda bulunan hak ve yükümlülüklerin iç hukuka aktarılması gerekir. Bunlar uluslararası hukuk alanının düzenlenişine ve yapısal özelliklerine ilişkin hususlardır, ileride değinileceği üzere *Lauterpacht* tarafından hakkın varlığına ilişkin kabul edilmezler. Ancak kimi hallerde uluslararası alanda bulunan bir başvuru imkanının gerçekte uluslararası nitelik taşımadığı da ileri sürülebilmektedir¹⁰²⁰. Bu düşüncenin kaynağında genellikle mahkeme yahut da başvuru mercisinin klasik uluslararası hukuk araçlarıyla kurulmuş olmaması¹⁰²¹ yahut da uluslararası hukukun uygulanmadığı merciler¹⁰²² olması bulunur. Nürnberg Yargılamaları özelinde sıklıkla karşılaşılan bu eleştiride bir haklılık payı bulunduğunu düşünmekle birlikte¹⁰²³ uluslararası alanda sonrasında yaşanan gelişmelerle bireylerin uluslararası mercilere erişiminin mümkün kılınması bu yaklaşım imkanını kanaatimizce ortadan kalkmıştır.

USAD'ın kurulmasına yönelik tartışmalar kapsamında Yargıçlar Komitesi'nde bireylerin divanda taraf olamayacakları zira yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi oldukları sonucuna varılmış, bunun aksi yönünde az sayıda yargıç görüş bildirmiştir¹⁰²⁴. Dönemi ve amacı göz önünde bulundurulduğunda bireylerin böyle bir

¹⁰¹⁹ Nørgaard, op. cit., s. 35-39.

¹⁰²⁰ Ibid, s. 39.

¹⁰²¹ Yazar klasik uluslararası hukuk araçlarıyla kurulmamış Nürnberg Mahkemelerini örnek olarak gösterir. Ibid.

¹⁰²² Bu kısım için ise karma istemler için kurulan hakemlik mercileri örnek olarak verilmiştir. Ibid. İngilizce'de "mixed claims" olarak terimleşmiş kavramın Türkçesi olarak karma istemler/talepler demeyi tercih ettik. Kanaatimizce hem İngilizce terimin Türkçesini teşkil ediyor hem de kavramsal olarak İngilizce'deki anlamını karşılıyor.

¹⁰²³ Gülsüm Kaya, "Güvenlik Konseyi'nin Yetkilerinin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kurulması Özelinde Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Mehmet Genç'e Armağan*, ed. Kamuran Reçber, Barış Özdal, Zeynep Özgenc, Bursa: Dora Basım-Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2016, ss. 231-253, s. 236-237.

¹⁰²⁴ Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Yargıçlar Danışma Komitesi, *Procés-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, Lahey: Van Langenhuisen Brothers, 1920, ss. 203-217.; Astrid Kjeldgaard-

başvuru imkanına sahip olmalarının kabul edilmemesi olağandır. Bireylerin de USAD önünde taraf olabilmesi yönünde görüş bildiren yargıç *Loder*, divanın statüsünü yazarların niyetinin bireyleri dışlamak olduğu yönünde bir kanıt bulunmadığını ileri sürmüştür¹⁰²⁵ ve ona göre devlet egemenliği daha fazla bireylerin devletlere karşı harekete geçmesine engel olarak kullanılmamalıdır¹⁰²⁶. Burada bireylerin devletlere karşı harekete geçmesi olarak ifade edilen aslında bireylerin uluslararası hukukta tâbi oldukları devletlerin aracılığı olmaksızın doğrudan bir kapasiteye sahip olmaları hatta tâbi oldukları devlete karşı başvuru yollarının bulunmasıdır. Bireyin uluslararası alanda devlet karşısında harekete geçmesini sağlayacak olan şey onun uluslararası hukuk kişiliği olacaktır ve devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukuk kişiliği ile devletin egemenliği arasındaki ilişki bakımından önemlidir.

Ross tarafından 1947’de yayımlanan uluslararası hukukun genel teorisine ilişkin eserde, devletin unsurlarından egemenliğin, kendi kendini yönetebilme, harekete geçebilme yeteneği (fiil ehliyeti), istediği tutumu belirlemede bağımsızlık olarak üç farklı sonuç çerçevesinde ele alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁰²⁷. Uluslararası hukukta devlet benzeri yapıların hukuk kişiliklerinin belirlenmesinde de bu kavramlar üzerinden giden *Ross*, bireylerin değil sadece devletlerin uluslararası hukukta harekete geçebilme yeteneği olarak çevirdiğimiz fiil ehliyeti (*the right to take action*) olduğunu belirtir, UAD statüsünde yer alan sadece devletlerin mahkeme önündeki davalarda taraf olabileceği kuralını da bu durumun sonucu olarak ele alır¹⁰²⁸. Ona göre uluslararası alanda yükümlülükler sahip olan tek birim devlet olduğuna göre uluslararası hakların tek sahibi de devlet olmaktadır¹⁰²⁹. *Ross*’a göre uluslararası bir yükümlülük altına giremese, bunun sonucu olarak uluslararası fiiller işleyemese de birey, uluslararası hukukta hem ilgili taraf hem de işlem başlatan taraf olarak uluslararası haklara sahip olabilecektir¹⁰³⁰. Ancak bireyin haklara sahip olması onu uluslararası hukukun kişisi yapmaya yetmemektedir. Uluslararası bir yükümlülüğe sahip olamayacak olan bireyin

Pedersen, “The Influence of the Concept of International Legal Personality in the Drafting of the Statute of the Permanent Court of International Justice”, *Journal of the History of International Law*, C. 16, S. 1, 2014, ss. 9-25, s. 15-16.; Trindade, *International Law for Humankind*, s. 244.

¹⁰²⁵ Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Yargıçlar Danışma Komitesi, ss. 203-217.

¹⁰²⁶ Kjeldgaard-Pedersen, *Drafting the Statute of PCIJ*, s. 15.

¹⁰²⁷ Alf Ross, *A Textbook of International Law: General Part*, Londra: Longman, 1947, s. 44.

¹⁰²⁸ *Ibid*, s. 110.

¹⁰²⁹ *Ibid*.

¹⁰³⁰ *Ibid*, s. 28.

uluslararası yükümlülükleriyle ifade edilen fiillerden (korsanlık, savaş suçları) sorumlu tutulabilmesine yönelik uluslararası nitelikli yargı mercileri bulunmadığından bireylerin bu fiillerden sorumlu tutulması devletlere bu durumlar için normalde sahip olduklarının ötesinde bir yargılama yetkisi sağlanması yoluyla mümkün olabilecektir¹⁰³¹. Bu nedenle de Ross'a göre korsanlık ve savaş suçları gibi suçlar bakımından kabul edilen evrensel yargı yetkisi, uluslararası hukukun devletlerin kendi iç yetkilerini daha geniş bir biçimde uygulamalarına imkan sağlayan bir araçtır, bireylerin uluslararası yükümlülüklerine ilişkin değildir.

Uluslararası alanda birey ve tabiiyet ilişkisi içinde olduğu devlet arasında ayırım yapılamayacağı görüşü de savunulmuştur: *Parry*, uluslararası alanda bireylerin korunmasına ilişkin çalışmasında uluslararası hukukta, en azından düalist yaklaşımı kabul eden klasik sistemde, bireyin kendi devletiyle ilişki kurmasının mümkün olmadığını zira bireyin devletinden ayrı bir kişiliği olmadığını, hatta hiç kişiliği olmadığını belirtir; bu nedenle ona göre devlet ve birey arasında uluslararası hukuk sisteminde başvuru gerektiren zarar, iç hukuk düzeni içinde zarar doğuran bir ilişki ile kıyaslanamayacaktır¹⁰³². Zira birey iç hukukta bir kişi iken uluslararası hukukta bir kişi olmadığından devleti tarafından zarara uğratılamayacak, birey uluslararası alanda kendi devletinin uluslararası hukuk kişiliğinden ayrılamayacaktır. Bu zarar, kişinin kendi kendini zarara uğratması gibi anlaşılabilir. Aynı minvalde Sovyet uluslararası hukuk anlayışının bir temsilcisi olarak *Feldman* da, bireylerin devletlerin iç ilişkilerinde hukukun kişisi olabildiklerini, uluslararası hukukta ise bağımsız bir hukukî statüye sahip olmamaları nedeniyle haklara ve yükümlülüklerle bağımsız bir biçimde sahip olmadıklarını belirtir¹⁰³³. Bu yaklaşımda, uluslararası alanda bireyin başvuru imkânını kendi devleti aracılığıyla yöneltebilmesi dolayısıyla artık bunun bireyin başvuru imkanı olmaktan çıktığı savunulmaktadır. Diplomatik koruma kurumuna ilişkin ileride değerlendirme yapacak olsak da bu kurum çerçevesinde uluslararası alanda zarara uğrayan bireyin vatandaşı bulunduğu devlet tarafından başvuru imkânı kullanılır ve bireyin ihlal edilen haklarının ve gördüğü zararın aslında tâbi olduğu devletin hakları ve gördüğü zarar olduğu kabul edilir.

¹⁰³¹ Ibid, s. 29.

¹⁰³² Clive Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", *Recueil Des Cours, Academie De Droit International*, S. 2, Leiden: A.W.Sijthoff, 1956, ss. 657-726, s. 674.

¹⁰³³ Feldman, op. cit., s. 359.

b. Hem Devletlerin Hem de Bireylerin Uluslararası Hukuk Kişisi Kabul Edilmesi

Uluslararası hukukta çoğunlukla kabul gören görüş hem devletlerin hem de bireylerin uluslararası hukukun kişisi olduğudur. Bu görüş başlarda, *Kelsen*, *Verdross* ve *Lauterpacht* gibi, monizm taraftarı da olan, yazarlarca savunulmuştur¹⁰³⁴. Bireyin uluslararası hukuk kişiliği ile uluslararası hukukun monist bir biçimde anlaşılması arasında bağlantı kuran yazarlara göre uluslararası hukukta bireylerin hak ve yükümlülüklerine sahip olabilmesi için uluslararası hukuk normlarının bireye doğrudan uygulanabilir olması gerekir¹⁰³⁵. Düalizm yaklaşımındaki, iç hukuka aktarma müessesesi uluslararası hukuktan kaynaklanan hak veya yükümlülüğün doğrudanlığı ortadan kaldırır. Bu nedenle de bireyin uluslararası hukukun kişisi olabileceği monizmi -uluslararası hukuk kurallarının iç hukuklarda hiçbir işleme gerek kalmaksızın doğrudan uygulanabilmesini- savunan yazarlarca kabul edilmektedir¹⁰³⁶.

Kelsen'e göre uluslararası hukuk da diğer hukuk sistemleri gibi insan davranışlarını düzenler ve birey uluslararası hakların, yükümlülüklerin veya sorumlulukların en azından birinin öznesi olma şartını sağlıyor ise uluslararası hukukun öznesi olacaktır¹⁰³⁷. Bireyin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması ulusal hukuklardaki gibi gerçekleşmez, uluslararası hukukun öznesidir ancak iç hukuklarda olduğundan farklı bir biçimde bu özneliğe sahip olmaktadır¹⁰³⁸. Genel olarak uluslararası hukuk kişilerine ilişkin yaklaşımı bakımından *Kelsen* formalist yazarlar arasında sayılır. Formalist anlayışta uluslararası hukuk kişiliği için bir karine bulunmamakta, ilgili uluslararası normun muhatabı uluslararası hukukun kişisi olmaktadır, bu nedenle de uluslararası hukuk kişiliği *a posteriori* bir kavram olmaktadır¹⁰³⁹. Yani uluslararası hukuk kişiliği önceden belirlenmiş değildir, mevcut hukukî durumdan yapılan çıkarımla belirlenebilecektir. Uluslararası hukuk normunun muhtemel muhataplarının önceden belirlenmiş olmaması formalist anlayışa göre

¹⁰³⁴ Nørgaard, op. cit., s. 41.

¹⁰³⁵ Jochen von Bernstorff, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen; Believing in Universal Law*, New York: Cambridge University Press, 2010, s. 147.

¹⁰³⁶ Orakhelashvili, *The Position of Individual*, s. 245.

¹⁰³⁷ Kelsen, *Principles of International Law*, s. 180-182.

¹⁰³⁸ *Ibid*, s. 180.

¹⁰³⁹ Portmann, op. cit., s. 173.

uluslararası hukuk kişiliğini özünde açık bir kavram yapmaktadır¹⁰⁴⁰. *Orakhelashvili*, *Kelsen*'in bireyin uluslararası hukuk kişiliğine sıcak bakıyor olsa da yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi olduğu yönündeki genel ilkenin destekleyicisi olduğu ancak bazı halleri, bireylerin doğrudan uluslararası hukukun öznesi olduğu halleri, buna istisna kabul ettiğini belirtir¹⁰⁴¹. *Kelsen*'in bu noktada genel kural olarak devletin özneliğini kabul ettiği ileri sürülüyor olsa da kanaatimizce gerçek kişilerin uluslararası hukukun öznesi olduğu yaklaşımını benimsediği yönünde yeterince kanıt bulunmaktadır. Ona göre, bireyler dolaylı bir biçimde ve kolektif olarak, bir devletin vatandaşı ya da organı olmaları nedeniyle, devletin uluslararası alanda sahip olduğu hakların, yükümlülüklerin ve sorumlulukların öznesi olabilecekleri gibi istisnaî hallerde doğrudan ve bireysel olarak da uluslararası hakların, sorumlulukların ve yükümlülüklerin öznesi olabileceklerdir¹⁰⁴².

Kelsen'in uluslararası hukuk kişiliğini *a posterior* olarak ele almasının yalnızca uluslararası hukuk ve ulusal hukuklar arasındaki ilişkide monizmin benimsenmesiyle mümkün olabileceği ileri sürülse de, *Kjeldgaard-Pedersen*'e göre uyarlanmış yalnızca devlet yahut tanıma olarak adlandırdığımız yaklaşımı savunanlar uluslararası hukuk kişiliği ile uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki ilişkiler sistemini bütünleştirmişlerdir¹⁰⁴³. Fakat *Kelsen* bir monist olarak *a posterior* kişilik yaklaşımını monizm ile bağlamaz, onun kişilik yaklaşımının temelinde hukukun genel olarak insan davranışını düzenliyor olması bulunmaktadır¹⁰⁴⁴.

Verdross'a göre davranışları doğrudan uluslararası hukuk tarafından düzenlenen birimler uluslararası hukukun kişisi olmaktadır¹⁰⁴⁵. Bireyin uluslararası hukukta haklara sahip olabilmesi için *Verdross* da *Kelsen* gibi bireyin bu hakkı uluslararası mahkemeler önünde ileri sürülebilme yeteneğine sahip olması gerektiğini, dilekçe hakkının bulunmasının yeterli olmayacağını ileri sürer¹⁰⁴⁶. İleride bireyin uluslararası hukuktaki konumunun göstergeleri arasında değerlendireceğimiz dilekçe hakkının varlığı burada yazar tarafından başlı başına uluslararası hukuktan kaynaklanan bir

¹⁰⁴⁰ Ibid.

¹⁰⁴¹ Orakhelashvili, *The Position of Individual*, s. 245.

¹⁰⁴² Kelsen, *Principles of International Law*, s. 194-195.

¹⁰⁴³ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 29.

¹⁰⁴⁴ Ibid, s. 44.

¹⁰⁴⁵ Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 4. b, Viyana: Springer-Verlag Wien GmbH, 1959, s. 128'den aktaran Nørgaard, op. cit., 44.

¹⁰⁴⁶ Ibid, s. 44-45.

kapasitenin kullanılması olarak görülmemektedir. Nitekim dilekçe hakkının farklı görünümleri ortaya konarak hangi hallerin uluslararası hukukta kapasiteye¹⁰⁴⁷ sahip olmak olarak anlaşılması gerektiği tartışılmıştır: *Verdross* uluslararası yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanan sorumluluğun uluslararası hukukta doğrudan bireye yöneltilebilmesini, uluslararası yükümlülüklerin öznesi olmak bakımından arar, savaş suçları örneğini vererek bunların uluslararası hukukta doğrudan soruşturulabilmeleri nedeniyle uluslararası hukuktan kaynaklanan gerçekte suçlar olduğunu belirtir¹⁰⁴⁸. Ancak *Verdross*'un da bir monist olduğunu ve bu durumun bireyin uluslararası hukuk kişiliğine dayanak olabilmesi için yerel mahkemelerin uluslararası hukuku doğrudan uygulama kabiliyetlerinin bulunması gerektiğini kabul ettiğini¹⁰⁴⁹ hatırlatmakta fayda vardır. Bu doğrultuda, bireyin uluslararası hukukun öznesi olabilmek için bir uluslararası merci önünde dava tarafı olabilmesinin ya da en azından uluslararası bir organa dilekçe verebilme kapasitesinin bulunmasının *Guggenheim* tarafından da arandığı belirtilir¹⁰⁵⁰. Nitekim, ileride daha ayrıntılı değinileceği üzere, *Lauterpacht* da doğrudan ileri sürülebilir yahut da kendisine karşı doğrudan ileri sürülebilir kapasitesini aramıştır¹⁰⁵¹.

Lauterpacht'ın bireylerin uluslararası hukuk kişiliğine dair çalışmaları uluslararası hukuk doktrininde öncü olarak gösterilebilecek çalışmalardır. *Lauterpacht*, uluslararası hukuk yaklaşımında bu alana hakim olan pozitivist kurumları sorgulamaktadır. Onun yaklaşımında bireyin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin temel aldığı nokta uluslararası hukukta bireyin ve diğer devlet dışı birimlerin uluslararası hukuk kişiliğini engelleyen/dışlayan normların bulunmaması, olarak gösterilir¹⁰⁵². *Lauterpacht*'a göre bireyler uluslararası hukukta haklara ve yükümlülüklerle sahip olabiliyor iseler uluslararası hukukun öznesidirler¹⁰⁵³. Bunun için bireyin haklarının ve yükümlülüklerinin uluslararası alanda doğrudan ileri sürülebilmesi yahut da ulusal makamların uluslararası hak ve yükümlülükleri ek bir işleme gerek olmaksızın uygulayabilmesi gerekmektedir¹⁰⁵⁴. *Kelsen* ve *Verdross*'ta olduğu gibi burada da

¹⁰⁴⁷ Kavram yeterlilik, ehliyet kavramlarını karşılayacak anlamda, doğrudan çeviri olarak kullanılmıştır.

¹⁰⁴⁸ Nørgaard, op. cit., s. 45.

¹⁰⁴⁹ Ibid.

¹⁰⁵⁰ Ibid, s. 59.

¹⁰⁵¹ Lauterpacht, Human Rights, s. 38.; Ibid, s. 47.

¹⁰⁵² Nørgaard, op. cit., s. 46.; Trindade, International Law for Humankind, s. 222.

¹⁰⁵³ Nørgaard, op. cit., s. 47.

¹⁰⁵⁴ Lauterpacht, Human Rights, s. 38.; Ibid.

Lauterpacht'ın bu yaklaşımının monist sistemlerde bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin varlığını ortaya koyduğunu söyleyebiliriz.

Diğerlerinden farklı olarak *Lauterpacht* uluslararası hukukun gelişiminin yönüne de işaret eder, uluslararası alanda yaşanan gelişmelerin bireylerin uluslararası hukuk kişiliğine etkileri olduğunu belirtir. Ona göre uluslararası hukukun eğilimi bireylerin uluslararası hukukun konusu olmasından kişisi olmasına giden bir doğrultudadır ve bu durum BM Andlaşması'ndaki bazı kurallara içkindir¹⁰⁵⁵. Bu durumu kanıtlar nitelikte bazı maddelere dayanılabilirse de¹⁰⁵⁶, aslında kastedilen kanaatimizce BM andlaşması ile kurulan yeni dünya düzeninde bireylere tanınan uluslararası konum ve bunun ispatı olarak da BM'nin kurulmasından sonra uluslararası alanda, özellikle insan hakları alanında, yaşanan gelişmelerdir.

Lauterpacht uluslararası hukukta bireylerin konumlarının incelenmesinin gerekleri arasında¹⁰⁵⁷;

-devletlerin uluslararası hukukun tek kişisi olmalarının mevcut hukukî durumu karşılamıyor oluşunu,

-uluslararası hukukun devletlerin dış ilişkilerini ve yargısal yetkilerinin sınırlandırılmasını düzenleyen törensel ve prosedürel kurallardan, devletlerin ve onların vatandaşlarının aslî ilgilerine yönelik bir hukuk düzenine doğru gelişmesinin ve modernleşmesinin geleneksel pozitivist uluslararası hukuk doktrinini köhne ve işe yaramaz hale getirmesini,

-bu önemli değişimlerin maddî hukuk ve organize olmuş uluslararası toplumun işleyişinde artık yeniden değerlendirmeye ihtiyaç duyulmasını sayar.

Yani ona göre uluslararası hukuk, güncel gelişmelerin etkisiyle, mevcut pozitif uluslararası hukuktan farklı bir biçime evrilmiştir. Bu nedenle de uluslararası hukukun pozitif kurumlarının uluslararası hukukun güncel karakterine uygun bir biçimde yorumlanması, anlaşılması gerekmektedir. Uluslararası alan artık devletler arasındaki ikili ya da çok taraflı ilişkilerin düzenlendiği bir alan olmaktan ziyade, çeşitli alanlarda

¹⁰⁵⁵ Marek St. Korowicz, "The problem of the International Personality of Individuals", *The American Journal of International Law*, C. 50, S. 3, 1956, ss. 533-562, s. 549.

¹⁰⁵⁶ BM Andlaşması, md. 87, "dilekçelerin kabul edilmesi".

¹⁰⁵⁷ Lauterpacht, *The Subjects -1947*, s. 439.

kurallaşmanın sağlandığı ve devletler dışında da aktörlerin bulunduğu bir hukuk alanı haline gelmiştir.

Uygulamada, devletler dışındaki birimlerin sıklıkla uluslararası hukukun kişisi olarak uluslararası hak ve yükümlülüklerin öznesi haline geldiğini, her duruma özel olarak uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin sorunların mevcut gereksinimler doğrultusunda, kişiliğe ilişkin ön kabullerden bağımsız, pragmatik bir eğilimle cevaplandığını belirten yazar, buna örnek olarak savaşan statüsü tanınmış isyancıların, Laterano Andlaşması'nın imzalanmasına kadar olan süreçte Papalık'ın ve tam hukuk kişiliğine sahip olmadan önceki İngiliz Dominyonları'nın statüsünü örnek verir¹⁰⁵⁸. *Lauterpacht*'a göre, uygulamada uluslararası hukuk kişiliği, geleneksel uluslararası hukuk teorisinden bağımsız olarak gelişmektedir.

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin, yalnızca devletlerin uluslararası hukuk kişiliği olabileceğini düzenleyen geleneksel kuramın yanlışlığı bakımından ek bir kanıt teşkil etmesinin yanı sıra uluslararası toplumun gelişen ihtiyaçlarına cevap vermede mevcut hukukun yetersiz kaldığını da belirten *Lauterpacht*'a göre uluslararası hukukun teorisi ve uygulaması arasındaki bu uyumsuzluğun temelindeki neden geleneksel kuram üzerindeki ısrardır¹⁰⁵⁹. Geleneksel kuram üzerindeki bu ısrarın, UAD Statüsü 34. maddede yer alan 'yalnızca devletlerin Divan önündeki davalara taraf olacağı' düzenlemesinin bu konudaki uluslararası anlayışı şekillendirecek ölçüde abartılmasına sebep olduğuna, aslında ilgili düzenlemenin bir uluslararası hukuk ilkesini ortaya koymadığına ve yalnızca UAD önüne getirilecek davalara ilişkin bir hüküm olduğuna değinir¹⁰⁶⁰. Bu hüküm bireylerin uluslararası hukuk kişiliklerine değil, UAD'nin yetkisine ilişkin bir hükümdür ve bireylerle uluslararası örgütlerin uluslararası divan ve mahkemelere erişmesini sağlayacak bir ilke ortaya koymaktan alıkoyan bir düzenleme yahut genel kural tesis etmemektedir¹⁰⁶¹.

Lauterpacht'a bu görüşünde katılmaktayız. UAD'nin işleyiş, usûl kuralları, kimlerin başvurabileceği gibi hususlarını düzenleyen bir andlaşmada uluslararası hukukun genel kuramına ilişkin bir ilke elbette bulunabilir, ancak bu türden bir ilkenin dayanağı olarak 34. maddenin kabul edilmesi maddeye fazla anlam yüklenmesine neden

¹⁰⁵⁸ Ibid, s. 444-445.

¹⁰⁵⁹ Ibid, s. 450.

¹⁰⁶⁰ Ibid, s. 450-453.

¹⁰⁶¹ Ibid, s. 451.

olur. Çünkü aslında maddenin amacı hem düzenlemedeki lafızdan hem de düzenlendiği yerden anlaşıldığı kadarıyla açıktır. Öte yandan devletler pozitif uluslararası hukukun kaynaklarındaki iradenin sahipleri olarak bireyler ve uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğine, bu kişiliğin varlığına yahut da yokluğuna, yönelik bir düzenleme yapabilirler. Bu tür bir düzenlemenin bulunmamasıyla uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin hususların uluslararası hukukun gelişimine paralel değerlendirilmesi yolu açık bırakılmaktadır.

USAD Danzig Mahkemelerinin Yargı Yetkisi kararında, karara konu Beamtenabkommen'in yapısı itibarıyla bir uluslararası andlaşma olduğuna ve olağan olarak yalnızca onu imzalayan taraflar arasında haklar ve borçlar doğuracağına değinmekle birlikte sözleşen tarafların bireylere haklar ve yükümlülükler getiren uluslararası andlaşmalar yapabileceğini de ifade etmiş, bu haklar ve yükümlülüklerin ileri sürülebileceği makamlar olarak ise yerel mahkemeleri göstermiştir¹⁰⁶². Klasik bir düalist yaklaşım örneği olarak bu karara göre devletler arasında akdedilen bir uluslararası andlaşmada yer alan, bireylere haklar getiren ve onlar üzerinde borçlar doğuran hükümler iç hukuklara aktarılmak suretiyle yerel mahkemelerce uygulanabilecektir. Artık iç hukuka aktarıldıktan sonra ilgili hükümler iç hukukun bir parçası haline geleceğinden uygulananın iç hukuk hükümleri olacağı düşünülebilir. Ancak *Parlett*'a göre USAD'ın kararında uluslararası andlaşmaların bireyler üzerinde doğrudan sonuç doğuracak haklar yaratamayacağı kararından farklı bir sonuç ortaya çıkmakta zira iç hukuka aktarımdan söz edilmemektedir, bireyler üzerinde uluslararası bir andlaşma yani uluslararası hukuk vasıtasıyla, doğrudan haklar doğmaktadır¹⁰⁶³. Yani *Parlett* hakların ulusal merciler önünde ileri sürülebilir olsalar da kaynaklarını uluslararası bir andlaşmadan aldıklarını savunur. Uluslararası hukukun teorisine ilişkin hiçbir anlayışın, devletleri istedikleri takdirde bireyleri uluslararası hakların öznesi yapmaktan alıkoymadığının bu kararla ortaya konduğu¹⁰⁶⁴ belirtilir. *Lauterpacht*'a göre de bu kararın en önemli özelliği, uluslararası hukuka tâbi bir andlaşma ile bireylerin uluslararası alanda hak ve borçlara sahip olabileceğinin ortaya konması olmuştur; karar uluslararası alanda hak ve borçlara sahip olanların uluslararası hukuk kişisi olacağını

¹⁰⁶² USAD, Danzig Mahkemelerinin Yargı Yetkisi, Danışma Görüşü, 03.03.1928, s. 17-18.

¹⁰⁶³ Kate Parlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, New York: Cambridge University Press, 2011, s. 23.

¹⁰⁶⁴ Lauterpacht, *The Subjects-1948*, s. 99.

belirtmiyor olsa da¹⁰⁶⁵ uluslararası hukuk kişiliği bakımından önemli bir karardır. Nitekim çoğu yazar ve uluslararası hukuk uygulayıcısı tarafından uluslararası hukuk kişisi olma ile uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olma arasında bir bağlantının kurulduğunu söyleyebiliriz.

Lauterpacht'a göre, bireylerin uluslararası hukuk kişiliğinin bir başka göstergesi de BM Andlaşması'nda insan haklarına saygıya ilişkin yükümlülüklerin bulunmasıdır, zira ona göre hakkın getirdiği başvuru imkanı o hakkın bir niteliğidir ve uluslararası alandaki haklar kusurlu bir biçimde icra edilebileceklerinden kusurlu haklar olurlar¹⁰⁶⁶. Hatta icra edilebilirlik konusunda yazar BM Andlaşması'nda yer alan düzenlemenin üye devletlere yükümlülük getirecek cinsten olduğunu da söyler¹⁰⁶⁷. Bunun aksi görüşe ilerleyen kısımlarda değinilecek olmakla birlikte yalnızca BM Andlaşması özelinde değerlendirildiğinde çıkarımın bir aşırı değerlendirme olduğu kanaatindeyiz. Hakkın varlığı, bizce de başvuru imkânının yokluğundan farklı bir biçimde değerlendirilmelidir; aksi bir anlayış başvuru imkânının olmadığı hallerde bizi hakkın yokluğu sonucuna götürebilecektir. Ancak BM Andlaşması özelinde, insan haklarına saygı ve bunun taraf devletlerin insanî yükümlülükleri olduğu gibi ifadelerle yapılan atıfların bireyin uluslararası hukuktaki konumuna pratik bir etkisinin bulunDuğunu savunmak güçtür.

Haklara ve borçlara sahip olma ile bunların ileri sürülmesini sağlayan prosedürel kapasiteye sahip olma birbirinden ayrı ele alınarak uluslararası hukuk kişiliği bakımından bunların birlikte bulunmasının gerekip gerekmediği de sıklıkla tartışılmıştır. Ancak *Lauterpacht* bireylerin uluslararası hukuk kişisi olabilmeleri bakımından prosedürel kapasiteyi bir ön koşul olarak kabul etmez, bu nedenle onun hukukî kabulleri “olması gereken hukuk” çerçevesinde değerlendirilir¹⁰⁶⁸. Prosedürel kapasiteyi zaten hakların ve borçların varlığı, bunların uygulanabilmesi, için bir şart olarak gördüğünden, yazarın prosedürel kapasiteye hak ve borçların varlığından ayrı bir varlık atfetmediğini söylemek mümkündür. Ancak prosedürel kapasitenin hakları kusurlu hale getirmesi hakların uygulamasını etkilemektedir.

¹⁰⁶⁵ Nørgaard, op. cit., s. 50.

¹⁰⁶⁶ Lauterpacht, *The Subjects-1948*, s. 102-103: Eserden anlaşıldığı üzere kusurlu hak (*imperfect*) ile ifade edilen başvuru imkânına sahip olunmayan, tek başına varlığı bir merciye başvuruyu içermeyen haktır.

¹⁰⁶⁷ Ibid, s. 102.

¹⁰⁶⁸ Nørgaard, op. cit., s. 53.

İç hukuka aktarılmadan bağımsız olarak, bu dönemde devletler arasında yapılan anlaşmalarla bireylere uluslararası mercilere başvurma imkanı tanınmış olsa da bunun nedeni anlaşmaya taraf olan devletlerin rızası olmaktadır¹⁰⁶⁹. Yani devletler, bireylere uluslararası alanda ileri sürebilecekleri haklar tanıyabilirler ve bu hakların ileri sürülmesi bakımından herhangi bir devlet aracılığının bulunmasını şart koşmamış olabilirler¹⁰⁷⁰. Devletlerin bunu yapmasının önünde elbette bir engel yoktur, ancak açığa çıkarılması gereken devletlerin gerçekte hukuk kişiliğini ilgili uluslararası anlaşma ile kurmuş olup olmadıklarıdır. Nitekim uluslararası hukukta bireylerin uluslararası alanda özne olabilmelerini engelleyecek bir ilke bulunmadığından devletler kaynaklık ettikleri uluslararası hukuk vasıtalarıyla, uluslararası anlaşmalar, teamül kuralları gibi, bireylerin uluslararası hukuktan kaynaklanan haklara doğrudan sahip olmalarını ve yükümlülükler altına doğrudan girmelerini düzenleyebileceklerdir. Bu türden bir uluslararası hukuk normunu yaratmalarını devletler arasında varılan anlaşmaların konusu yönünden bir sınırlamaya tâbi olup olmadığı ile birlikte değerlendirmek gerekir. Devletlerin uluslararası hukukta düzenleyebilecekleri alanlar bakımından bir genel sınır, *jus cogens* normlara aykırılık dışında¹⁰⁷¹, bildiğimiz kadarıyla yoktur. Nitekim *Spiermann* da ulusal hukuk alanında olduğu kabul edilen yahut da daha öncesinde ulusal hukuk alanında düzenlenmiş bulunan bir hususun uluslararası bir anlaşmayla düzenlenmesi önünde bir engelin bulunmadığını belirtir ve bunun örneği olarak insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaları göstermektedir¹⁰⁷².

Nørgaard'in açıklamaları doğrultusunda şu hususu belirtmekte fayda vardır¹⁰⁷³: Yazar uluslararası alanda haklara sahip olma, dilekçe verme, haklarını öne sürme ve yükümlülükler sahipliği olma, yükümlülüklerinin denetlenmesi, sorumluluğa sahip olma, yükümlülüğe ve sorumluluğa sahip olma bakımlarından ayrıntılı bir değerlendirme yapmakta, hukuk kişiliğini bu ölçütlere göre ayrı ayrı değerlendirmektedir. Ona göre örneğin; uluslararası hukukta haklara sahip olma ilgili birimi uluslararası hakkın öznesi yapar, yahut da borçlar ile yükümlendirme ilgili birimi uluslararası sorumluluğun öznesi

¹⁰⁶⁹ Parlett, op. cit., s. 83.

¹⁰⁷⁰ Ibid, s. 84.

¹⁰⁷¹ Aynı yönde Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 77-8.

¹⁰⁷² Ole Spiermann, "The LaGrand Case and the Individual as a Subject of International Law", *Zeitschrift für öffentliches Recht Austrian Journal of Public and International Law*, C. 58, 2003, ss. 197-221, s. 201.

¹⁰⁷³ Nørgaard, op. cit., s. 32-33.

yapar. Hukukun kişisi olmak ise ona göre hem hakka hem de prosedürel kapasiteye sahip olmayı ve/veya hem yükümlülüğe sahip olmayı hem de sorumluluğuna gidilebilmesini ifade eder¹⁰⁷⁴. Biz uluslararası hukuk kişiliğinin bu türden bir bölünmeye tabi tutulmasını tercih etmiyoruz. Son bölümde tartışılmak üzere bu hususta bu türden bir ayrımı işlevsiz ve dışlayıcı bulduğumuzu şimdiden belirtelim.

Lauterpacht, Portmann tarafından bireyci yaklaşımın savunucuları arasında gösterilir. Bireyci yaklaşımın en temel prensibine göre bireyin uluslararası hukukun kişisi, öznesi olma statüsü devletlerin açık veya örtülü iradelerinden bağımsızdır ve *a priori*¹⁰⁷⁵ olarak ortaya çıkar¹⁰⁷⁶. Yani devletler uluslararası hukukta bireyleri haklara ve yükümlülüklerle sahip kılmasalar, bireylere bu hak ve yükümlülüklerin uluslararası makamlar önünde öne sürülebilmesi için prosedürel kapasite tanınmasalar dahi bireyler uluslararası hukukun öznesi olmaktadır. Bireyci yaklaşımın birbirini tamamlayan ve hukuk kişiliği bakımından birlikte değerlendirilmesi gereken iki kabulü bulunur¹⁰⁷⁷: Bunların ilkinde göre devlet, hukukun üstünlüğüne bağlı ve yönetilenler yararına kendisini yöneten bireylerden oluşan fonksiyonel bir birimdir. İkincisi ise uluslararası hukuk devletlerin irade açıklamalarına üstün olan temel prensiplerden oluşur. Uluslararası hukukta devletlerin pozitif olarak yarattıkları normlar dışında normların bulunması ve devletin aslında bireyler yararına kurulmuş işlevsel bir araç olmasının kabul edilmesi bireyci yaklaşımın dayanaklarından ve uluslararası hukukun karakterine ilişkin özellikleri belirtir. Aslında burada belirtilenler kamu hukukunun doğasında bulunan, devletin mi yoksa bireyin mi öncelikli olduğu tartışmasının bir yansıması olmaktadır: Doğal hukukun üstünlüğü ve devletin ve egemenliğinin birey ihtiyacına yönelik oluşu.

Bu yaklaşımda USAD'ın Danzig Mahkemelerinin Yargı Yetkisi kararında belirtilenden farklı olarak, bireylerin uluslararası hukukun öznesi olabilmeleri için mutlaka bir uluslararası anlaşmada, tarafların rızasıyla haklara ve borçlara sahip olmalarının kararlaştırılması gerekmez; zira bireyler zaten uluslararası hukukun öznesidirler. Bu yaklaşım doğal hukukçu bir anlayışla ortaya çıkmıştır. Zira

¹⁰⁷⁴ Ibid, s. 33.

¹⁰⁷⁵ Türkçeye önsel olarak çevrilebilir olan ve sıklıkla karşılaşılan bir kavram olarak deneyden, tecrübeden önce de varlığı sabit olan hususlar için kullanılır.

¹⁰⁷⁶ Portmann, op. cit., s. 126.

¹⁰⁷⁷ Ibid, s. 127.

Lauterpacht'a göre uluslararası hukukun etik temelini güçlendirebilmek için birey uluslararası hukukun öznesi olmalıdır¹⁰⁷⁸. Yalnızca devletlerin uluslararası hukukun kişisi kabul edildikleri yaklaşım yahut da tanıma yaklaşımı, bireyci yaklaşım tarafından devletin ve onun kaynaklık ettiği normların uluslararası hukuka hakim kabul edilmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Zira devlet, bireyci yaklaşım taraftarlarına göre yalnızca, aslında *Lauterpacht*'ın formüle ettiği biçimde, bireyler tarafından oluşturulmuş ve kendi menfaatlerini takip eden tüzel bir yapıdır¹⁰⁷⁹. Bu yapının bireyin uluslararası alandan kaynaklanan haklara erişmesi önünde engel olması, devletin varlık nedenine aykırı görülmektedir.

Trindade'ye göre birey hem iç hukukların hem de uluslararası hukukun öznesidir, uluslararası sistemle doğrudan veya dolaylı olarak her zaman ilişki içinde olmuştur; iki dünya savaşı arasındaki dönemde ortaya çıkan azınlık ve manda rejimi uygulamalarıyla bunlara ek olarak ilerleyen zamanlarda ortaya çıkan vesayet rejimi uygulamaları ve insan haklarına ilişkin mekanizmaların kurulmasını örnek vermektedir¹⁰⁸⁰. Yazara göre 20. yüzyılda yaşanan gelişmeler bireyi uluslararası hukukun öznesi haline getirmiş ve onu devlet hukukî pozitivizmine dayalı uluslararası hukuk anlayışından kurtarmıştır¹⁰⁸¹. Bu özgürleştirmenin dayanağı olarak, o da *Lauterpacht* gibi, 20. yüzyıl gelişmelerinin en önemlisi olan insan haklarına uluslararası andlaşmalarda ve özellikle BM düzeninde yapılan atfı ve sonrasında bu paralelde yaşanan uluslararası gelişmeleri ele almaktadır. Ona göre uluslararası toplumun isteklerine cevaben bireylerin uluslararası hukukta aktif özneliği ortaya çıkmıştır ve uluslararası hukukta sorumlulukların taşıyıcısı olarak da birey uluslararası hukukun pasif öznesidir¹⁰⁸². Yazarın bireyin uluslararası hukuktaki konumuna ilişkin görüşlerinin *Vitoria*, *Grotius* ve *Wolff*'un görüşlerinin, ki bireylerin ve devletlerin uluslararası hukukun öznesi olduğunu ifade etmişlerdir, devletin hukuk kişiliği çerçevesinde şekillenen pozitif uluslararası hukuk anlayışıyla terk edilen bir anlayışın, tekrar diriltilmesi olduğu belirtilebilir¹⁰⁸³. Devlet iradesine dayanan iradeci pozitivizmin bir sonucu olarak, doğal hukuktan bir kopma yaşanmış ve uluslararası hukuk anlayışı

¹⁰⁷⁸ Lauterpacht, *The Subjects-1948*, s. 113.

¹⁰⁷⁹ *Ibid*, s. 118

¹⁰⁸⁰ Trindade, *International Law for Humankind*, s. 220.

¹⁰⁸¹ *Ibid*, s. 213.

¹⁰⁸² *Ibid*.

¹⁰⁸³ *Ibid*, s. 216-217.

devletler üzerinde bir hukuktan devletler arasında bir hukuka evrilmiştir¹⁰⁸⁴. Bu yaklaşıma göre devletler arasında devletlerin karşılıklı iradeleriyle ihdas ettiklerinden başka kurallar bulunmamaktadır, bu nedenle de uluslararası hukuk devletlerin arasındaki kuralları ifade eder, yalnızca devletler bu hukuk kurallarıyla bağlanırlar. Devletler dışındaki birimlerin ise haliyle bu alanda bir etkinliği söz konusu olmayacaktır; ancak devletler bireyleri etkin kılabilir. Bu nedenle de hem devletin hem de bireyin uluslararası hukukun kişisi kabul edildiği teoriler bakımından önemli olan bireyin etkinliğinin kaynağıdır. Yani birey sadece birey olmasının sonucu olarak uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilmekte midir yoksa uluslararası hukukun yapıcıları öyle istediği için mi birey uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahiptir. Bu anlayış farklılığı nedeniyle uluslararası hukukta bireyin de devletin de bu hukuk alanının kişisi olmasını kabul eden görüşleri - sırasıyla bireyci ve tanıma (uyarlanmış yalnızca devlet) doktrinlerine kaynaklık etmektedirler- ikiye ayırmak mümkündür¹⁰⁸⁵. Zira bu çerçevede görüşleri bulunan her yazar bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin kaynağı konusunda uyuşmak durumunda değildir. Bu iki yaklaşımın yanı sıra uluslararası hukuk kişiliği bakımından bir hukuk normunun varlığını arayan *a posterior* yaklaşımı da bireyin uluslararası hukuk kişiliğini, buna yönelik uluslararası hukuk normlarının bulunması nedeniyle kabul etmektedir¹⁰⁸⁶.

Bireylerin uluslararası hukuktaki konumları ve devletlerle ilişkisinde bireyci yaklaşım şu sonuçları kabul eder¹⁰⁸⁷: Tıpkı kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki gibi uluslararası hukuk ve ulusal hukuklar arasında da hukuk düzenlerinin koruduğu menfaatler bakımından keskin bir ayrım bulunmamaktadır, devletlerin uluslararası hukukta takip ettikleri kendi menfaatleri ile onları oluşturan bireylerin menfaatleri arasında esaslı bir farklılık bulunmamaktadır; bireyler tüm menfaatleri bakımından devletleri görevlendirmemişlerdir, bazı menfaatlerini kendi ellerinde tutarlar; devletler mistik, bireylerden bağımsız yapılar değil bilakis bireylerden oluşan birimler olduklarından onların faaliyetleri de bireyler tarafından yerine getirilmektedir ve bu bireyler kendi fiilleri nedeniyle sorumluluk sahibi olurlar, devletin soyut kişiliğinin

¹⁰⁸⁴ Peter Pavel Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, Lahey: Martinus Nijhoff, 1960, s. 37.; Ibid, s. 217.

¹⁰⁸⁵ Portmann, op. cit., s. 80 vd., 126 vd.; Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 14-15.

¹⁰⁸⁶ Portmann, op. cit., s. 173 vd.; Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 14-15.

¹⁰⁸⁷ Portmann, op. cit., s. 130.

arkasına sığınamazlar¹⁰⁸⁸. Devlet başlı başına bir amaç değil insanların refahına ilişkin nihaî amacın garantisini oluşturur; insanların devletin ve uluslararası hukukun müdahale edemeyeceği temel hakları bulunmaktadır.

Bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin kaynağı konusunda bireyci yaklaşım bunun hukukun genel ilkelerinden kaynaklandığını savunur, dolayısıyla bu durum, devletlerin bireyin uluslararası hukuk kişiliğini açık ya da örtülü bir biçimde kabul etmelerine bağlı değildir¹⁰⁸⁹. Bireyci yaklaşımın bir önceki paragrafta yer verdiğimiz kabulleri ve doğal hukuka yaptığı atıflar düşünüldüğünde bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin devletlerin tanımına bağlanmaması doğal bir sonuç olarak görülmektedir. Ancak burada belirtmek isteriz ki bireyin uluslararası hukuk kişiliğine kaynaklık edenin bir hukuk genel ilkesi olduğu savı uluslararası hukukun kaynakları hakkında bir tartışmayı, bu ilkenin hangisi olduğu ve dayanağının ne olduğu, açmaya muktedirdir.

c. Yalnızca Bireylerin Uluslararası Hukuk Kişisi Kabul Edilmesi

Bireyin uluslararası hukuktaki konumuna yönelik teorilerin sonuncusu yalnızca bireylerin uluslararası hukukun kişisi olabilecekleri temel argümanına dayanır. Bu teori uluslararası hukuk doktrininde fazla taraftar bulamamış olsa da genellikle sosyolojik okulun temsilcilerince savunulmuştur. Uluslararası hukuka sosyolojik yaklaşımın temsilcileri arasında *Max Huber*, *George Scelle* ve Marksist Uluslararası Hukuk Teorisini savunan yazarlar gösterilmektedir¹⁰⁹⁰. Uluslararası toplumun gerekleri doğrultusunda uluslararası hukukun şekillenmesi gerektiğine yoğunlaşan yazarlar, genel itibarıyla uluslararası toplumu ve onun sosyolojik yapısını devletin önüne koymakta ve devletlerin ortaya koyduğu dışında bir normatif bütünü ortaya çıkarmaya çalışmaktadır¹⁰⁹¹.

Sosyolojik teorinin savunucularından *Kolb*'a göre hukukun gerçek öznelere, metafizik yahut da metaforik olmayan yollarla fiilen etkileşen bireylerdir, devlet sayısız toplum arasından herhangi biri iken birey, gerçek hukuk kişisi olarak, tam tersine nihaî

¹⁰⁸⁸ Bu noktada bireyci yaklaşımın devletin uluslararası hukuk kişiliğini reddetmediğine değinmek gerekmektedir, devletler de uluslararası hukukun kişisi ve uluslararası alanda hakların ve borçların sahibidirler. *Ibid*, s. 131.

¹⁰⁸⁹ *Ibid*, s. 132.

¹⁰⁹⁰ Anthony Carty, "Sociological Theories of International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2008, p. 4-14. (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 18.07.2019)

¹⁰⁹¹ *Ibid*, p. 9.

noktadır, zira onun altında bir hukuk kişiliği yahut da toplumsal eylem bulunamaz¹⁰⁹². Bu yaklaşımda hukukun içindeki birimlerin metaforik unsurlarından arındırılması suretiyle içeriğini oluşturan gerçek birim olan birey ve bu bireylerin etkileşimlerinden doğan bir hukuk alanı olarak uluslararası hukuk ele alınmaktadır.

Sosyolojik teorinin ilk savunucularından *Duguit*, hukuk öznesi tanımını objektif hukukun kurallarına özne olan birim olarak yapar; ona göre objektif hukuk bir şeyi yapmayı emreden ya da yasaklayan kurallar bütünü olmaktadır¹⁰⁹³. Tanıma göre de ancak bilinçli iradeye (*volontés conscientes*) sahip olan hukukun öznesi olabilecek; bu durumda da tüzel kişilerin hukukun öznesi olmaları mümkün olmayacaktır¹⁰⁹⁴. *Duguit* böylelikle hukuk kişiliğini bilinçli iradeye sahip olan gerçek kişilerle sınırlamaktadır; gerçek kişiler dışındaki birimler iç hukuklar bakımından tüzel kişiler, uluslararası hukuk bakımından ise devletler ve uluslararası örgütler hukukun kişisi olamayacaklardır. Çünkü onların gerçek kişiler gibi bilinçli iradeye sahip olmaları söz konusu değildir. Onlara atfedilen bilinçli irade, aslında onları oluşturan birimler olan bireylerin bilinçli iradesidir ve böylelikle uluslararası hukukun içerisinde metaforik manada kişiler olan devletler ve uluslararası örgütlerin eylem ve işlemlerinin özündeki iradeye ve gerçek hukuk kişisine ulaşılır.

Duguit'nin halefi olan *Réglade* uluslararası hukukun doğrudan tanıyıp koruduğu menfaatlerle amaçları dört gruba ayırır ve bu dört grupta da gerçek kişilerin özne olduğunu belirtir¹⁰⁹⁵:

- Devletlerin anayasalarına göre devleti temsil etme yetkisi verilenler,
- Uluslararası toplumun menfaatlerini korumak üzere kurulan uluslararası örgütlerin organlarında bulunanlar,
- Belirli özel amaçları takip eden topluluklar (haliyle bunları yönetenler),
- Kendi bireysel menfaatleri doğrultusunda bireyler.

¹⁰⁹² Kolb, op. cit., s. 236.

¹⁰⁹³ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2. b, Bordo: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Editeurs, 1923, s. 319'dan aktaran Nørgaard op. cit., s. 72-73.

¹⁰⁹⁴ Ibid, s. 73.

¹⁰⁹⁵ Marc Réglade, "Perspectives qu'ouvrent les doctrines du Doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du Droit International Public", *Revue générale de Droit International Public*, C. 37, S. 1-2, s. 396'dan aktaran ibid.

Portmann, bireyci yaklaşım altında iki savaş arası dönem yazarlarından *Scelle*'yi de saymış ve onun devleti hukuk kişiliği alanından dışlayan görüşlerine değinmiştir¹⁰⁹⁶. *Scelle* de diğerleri gibi bireylerin uluslararası hukukun tek öznesi olduğunu savunur ve hukukî özne -yönetenler- ile bireyler -yönetilenler- arasında bir ayırım yapar ancak yine de her iki birey grubunun da uluslararası hukukun öznesi olduğunu kabul eder¹⁰⁹⁷.

Duguit'nin sunduğu ve sonrasında *Réglade* tarafından geliştirilen yaklaşımda uluslararası hukukta gerçek kişilerin alabilecekleri organ yahut yönetici konumlarına göre sınıflandırma yapılmaktayken, *Scelle* uluslararası hukukta kendi adına hareket etme veya kendi adına hareket etmemeye dayalı bir sınıflandırma yapmaktadır. Kendi adına yahut da bir başka birim adına hareket etse de bireylerin bu işlemi yaparken uluslararası hukukun öznesi oldukları görüşündedir. Yine *Scelle* uluslararası toplumu ve ulusal toplumu kıyaslayarak devletlerarası toplum ve bireylerin toplumu arasında bir zıtlık ilişkisi olmadığını, ikisinin de ister şahsî menfaatleriyle hareket etsinler isterlerse de kamusal fonksiyona sahip olsunlar bireylerden oluştuğunu belirtmektedir¹⁰⁹⁸. Bu iki hukuk düzeni arasında, bunlara kaynaklık eden toplumların birimleri bakımından bir farklılık bulunmadığına göre ikisi de bireylerin oluşturduğu toplumlardır.

Bu görüşe ilişkin eleştirilerin en başında görüşün kapsayıcı olmaması, yalnızca sosyolojik hukuk yaklaşımı zemininde kabul edilebilir olması yer almaktadır¹⁰⁹⁹. Yaklaşımın yukarıda özetlemeye gayret ettiğimiz ilkeleri düşünüldüğünde, diğer uluslararası hukuk teorileri bakımından desteklenmemesi anlaşılabilir, ki uluslararası hukuk doktrininin önde gelen yazarları yahut da geniş bir kitle tarafından da kabul görmemiştir. Zira bu yaklaşım kolektif yahut spesifik amaçları yerine getirmek için oluşturulan birimlerin hukuk kişiliğini reddetmektedir. Tüzel yahut sunî, türeme kişilik kurumunun hukuk sistemlerindeki etkinliği düşünüldüğünde bu türden bir reddin kabul görmeyeceği savunulabilir. Ancak *Nørgaard*, yaklaşımın tüzel kişiliği reddetmesi nedeniyle bir kenara itilemeyeceğini, bu doğrultudaki görüşlerin bireyin uluslararası hukuk özneliğinin kabul edilmesinde etkili olduğunu ifade etmiştir¹¹⁰⁰. Gerçekten de

¹⁰⁹⁶ Portmann, op. cit., s. 127.

¹⁰⁹⁷ George Scelle, *Manuel de Droit International Public*, 3. b, Paris: Domat-Montchrestien, 1948, s. 509, 543'ten aktaran Nørgaard, op. cit., s. 75.

¹⁰⁹⁸ Georges Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, C. 1, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, s. 42-44'ten aktaran Trindade, *International Law for Humankind*, s. 227.

¹⁰⁹⁹ Nørgaard, op. cit., s. 75.

¹¹⁰⁰ Ibid, s. 76.

uluslararası hukuktaki kurumların esas niteliklerinin ortaya konması, devletin işlevsel niteliğine yapılan vurgu düşünüldüğünde bu noktaya katılmak mümkündür.

Uluslararası hukuk metinlerinde açıkça devletin olduğu belirtilen yükümlülüklerin aslında bireylere getirilmiş yükümlülükler olduğu belirtilir¹¹⁰¹. Devletin görevlisi olan, devlet adına hareket eden ya da fiilleri devlet tarafından benimsenen bir birey aslında devlete getirilmiş olan bu yükümlülüklerle uygun davranmakla yükümlüdür, devlet soyut bir varlık olduğundan ona ait işlemler, onun eliyle yapılacak ya da ona yönelen işlemler, mutlaka somut birimler olarak hukukta - burada hukuktan kasıt tüm hukuk alanlarıdır- ortaya koyduğu irade ile eden, eyleyen, kılan birey tarafından gerçekleştirilecektir. Bu oldukça doğaldır, çünkü irade insana özgüdür; ancak iradenin insana özgü olması devletin veya uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişisi olmamasıyla sonuçlanması aşırı bir sonuçtur. Nitekim sosyolojik teorinin güncel çalışmalarında devlete hukuk kişiliği veren kurumsal temsil imkânı tanınmadan bugün bildiğimiz anlamda uluslararası ilişkilerin kurulamayacağı, bu gerçek kurumsal temsil varsayımının devlete uluslararası ilişkilerde aktif bir rol verdiği ifade edilmektedir¹¹⁰². Kanaatimizce de hukuk kişiliğinin metaforik, amaçsal niteliği dolayısıyla gerçek kişilikten farklı bir kavram olarak anlaşılması hukukî ilişkilerin kurulması ve yürütülmesi bakımından bir gerekliliktir ve gerçek kişilik ile eşitlenmesi gerekmemektedir.

2. Yaklaşımların Değerlendirilmesi

Buraya kadar olan kısımda bireyin uluslararası hukuk kişiliğini tartışmaya yönelik üç esas yaklaşımdan söz ettik. Bunlar yalnızca devletlerin özneliğini kabul eden, hem bireyin hem devletin özneliğini kabul eden ve yalnızca bireyin özneliğini kabul eden görüşlerdi.

Bireylerin uluslararası hukuk kişiliği konusunda ilgili yazarların görüşlerini aktarmak yerine, genel olarak eğilimler üzerinden gitmeyi tercih ettik. Ancak yazarların uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin görüşlerini belirleyici hususlar arasında onların tarihsel olarak hangi dönemde eser verdiklerinin de bulunduğunu belirtmek

¹¹⁰¹ Anne Peters, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, çev. Jonathan Huston, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 60-70.

¹¹⁰² Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 10.

gerekmektedir. Özellikle iki dünya savaşı arasındaki dönemde (*interwar*) çalışma yapan yazarların bireyin uluslararası hukuk kişiliği konusunda daha kapsayıcı oldukları ifade edilir¹¹⁰³.

Belirtmek isteriz ki, bireyin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin bu başlık altında amacımız elbette bir teori yaratmak, devletin uluslararası hukuk kişiliğine karşı çıkmak yahut da sadece bireylerin uluslararası hukuk kişisi kabul edildiği görüşe katılmak değildir. Bireyin ve devletin hukuk kişiliklerinin bir karşıtlık içermediğinden bahisle bunların bir seçim gerektirmediği fikrine, yani hem devletin hem de bireyin uluslararası hukukun kişisi olabileceğine dair görüşlere katılmaktayız.

Başlık altında ele aldığımız yazarların, aynı yaklaşımı savunuyor olsalar bile, farklılaştıkları noktalar bulunmaktadır. Bu farklılığın esas nedeni aslında konunun, önceki kısımlarda da yeri geldikçe değindiğimiz gibi, temel hukukî sorunlarla bağlantılı olmasıdır. Uluslararası hukuk kişiliği konusu, özü itibarıyla uygulama ve doktrin tarafından belirlenmesine ihtiyaç duyulan bir nokta olduğundan bu konuda ortaya atılan çözümler genel sorunu çözmekte yetersiz ve çoğunlukla yazarın ya da kararı veren merciin kendi perspektifini destekler niteliktedir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde kanaatimizce mevcut sorunun çözümü için ortaya çıkan araçların neden sorunu çözemediğine, belki de çözüm bakımından beklentimizin değişmesi gerektiğine ilişkin bazı sonuçlara varmayı hedeflemekteyiz. Bu kısımdaki değerlendirmelerimize ise bireyin uluslararası hukuktaki konumuna ilişkin gelişmelerin incelenmesi ile devam edeceğiz.

B. TARİHSEL OLARAK BİREYLERİN ULUSLARARASI HUKUKTAKİ KONUMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bireylerin uluslararası hukuk doktrinindeki konumları, bu hukukun konusu mu yoksa öznesi mi oldukları uluslararası alanda yaşanan sürekli gelişmeler nedeniyle sıklıkla tartışılmış ve üzerinde kesin bir uzlaşıya varılamamıştır. Özellikle iki dünya savaşı arasındaki dönemde (*interwar*), uluslararası hukukta bireyin konumunun uluslararası alanda oldukça yoğun bir biçimde tartışılmaya başlandığını, tartışmayı hararetlendiren gelişmelerin bu dönemde hız kazandığını söyleyebiliriz.

¹¹⁰³ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 20.

Bireyin uluslararası hukuktaki konumuna ilişkin modern anlayışın kökenlerini 19. yüzyılın sonrasında, uluslararası hukuktaki gelişiminin ve pratiğinin zirvesine çıkan klasik teorinin eleştirilmeye başlandığı dönemde aramakta kanaatimizce fayda vardır. Zira uluslararası hukukta kişilik bakımından tüm şartların devlet olma niteliği ve dolayısıyla egemenlik ile karşılandığı bu dönemin sonrasında, devlet egemenliğinin yavaş yavaş gücünü, belki de uluslararası hukuk kişiliği bakımından dışlayıcı anlamını yitirmesi, devletler arasında işbirliği arayışının daha insanî konulara genişlemesiyle birlikte bireyin uluslararası hukuktaki konumu modern anlamıyla tartışmaya açılmıştır diyebiliriz. Uluslararası hukukta kişiliğin tartışmaya açılmasıyla birey önce doğal hukuktan sonra da hukukî pozitivizmin etkilerinden sıyrılan uluslararası hukukta yeniden konumlanmıştır. Yeniden konumlanırken de bu amaca sahip teorisyenin ya da bu konuda karar veren yargıcın uluslararası hukuk anlayışı çerçevesinde bu yeni konumu almış olmaktadır.

19. yüzyıla hakim olan ve bu dönemde kurumsallaşan klasik uluslararası hukuk teorisine göre bireyin uluslararası hukuk kişiliği bulunmamaktaydı, uluslararası hukuk, sadece devletlerin hukuk kişiliğini tanıyan ve sadece onlara uluslararası alanda haklar ve yükümlülükler getiren bir hukuk alanı olarak anlaşılmıştır¹¹⁰⁴. Bireyin uluslararası hukukun öznesi olduğuna ilişkin iddianın 19. yüzyılın sonunda ortaya çıktığı belirtilir¹¹⁰⁵. Kanaatimizce bu pozitif uluslararası hukuka ilişkin bir iddiadır, zira 19. yüzyıl öncesindeki uluslararası toplum anlayışının doğal hukukun etkisiyle bireyi nihai öznesi olarak kapsadığına, bunun uygulamaya yönelik bir sonucu bulunmasa da, birinci bölümde değinmiştik. Bireyin uluslararası hukuktaki konumuna ilişkin teorik ilerleme *Oppenheim*'ın Uluslararası Hukuk adlı eserinde, yıllar ve editörler değiştikçe uluslararası hukuk kişilerine ilişkin yazılanların değişmesinden dahi anlaşılacaktır¹¹⁰⁶.

Uluslararası hukukta 19. yüzyılda geliştirilen yahut da kök salan bazı kurumlar ise bireyin uluslararası hukukta kişi olarak kabulünü henüz sağlamasa da bireyin etkinliğinin önünü açan, uluslararası hukuk kişiliği ile devlet egemenliği arasındaki denkliliği bozan, bazı uygulamalar ortaya çıkarmaktaydı. Bu uygulamaların bir örneği,

¹¹⁰⁴ Nørgaard, op. cit., s. 11.

¹¹⁰⁵ Humphrey M. Waldock, "General Course on Public International Law", *The Hague Academy of International Law: Recueil des Cours*, C. 106, 1962, ss. 1-250, s. 192.

¹¹⁰⁶ Brölmann, op. cit., s. 60, dn. 184.

koruma statüsü altına alınmış yahut da manda rejimi altındaki devletlerin vatandaşlarının hamisi yahut da mandater devlete başvurularının mümkün olmasıdır. Özellikle 1. Dünya Savaşı'nın bitiminde imzalanan bazı andlaşmalardan sonra değişen sınırlar dolayısıyla ortaya çıkan bazı azınlık grupları için de tanınan bu başvuru imkânını dilekçe hakkı¹¹⁰⁷ olarak dilimize çevirebiliriz.

Bireylerin uluslararası alanda taleplerini/davalarını(*claim*) ileri sürebilmeleri 20. yüzyılda ortaya çıkmış bir kavram olarak kabul edilir, bunun öncesinde bireylerin uluslararası alanda ileri sürebileceği davalar/talepler bireylerin değil, bireylerin tâbi oldukları devletlerin talepleri olarak kabul edilmekteydi (diplomatik koruma)¹¹⁰⁸. Bu eğilim 20. yüzyılda büyük bir değişiklik göstererek Karma Hakemlik Mahkemeleri, Milletler Cemiyeti tarafından getirilen azınlık koruma prosedürleri veya Uluslararası Çalışma Örgütü bünyesinde uygulanan uyuşmazlık çözüm vasıtaları ile 20. yüzyılın ikinci yarısında ise insan hakları koruma mekanizmaları ve uluslararası ticarî tahkim kurumları ile daha yüksek bir noktaya ulaşmış oldu¹¹⁰⁹.

Bireylerin uluslararası hukukta korunmasının ilk görünümüleri olarak diplomatik koruma ve karma istemler sistemleri karşımıza çıkmaktadır¹¹¹⁰. Bunların karma istemler olarak adlandırılmasının nedeni hem devletin doğrudan uğradığı zararları hem de devletin vatandaşı aracılığıyla dolaylı olarak uğradıkları zararları kapsamalarıdır¹¹¹¹. Diplomatik korumanın teamülî niteliğinden farklı olarak karma istemler bunlara yönelik hakemlik mahkemelerinin kurulmasıyla özellikle 1900'lerden itibaren uygulanmışlardır¹¹¹². Bu taleplerin ileri sürülebileceği birden fazla hakemlik mercii bulunduğundan tek tip bir prosedürden söz edilememekte dolayısıyla bireyin merciler önündeki statüsü de tek tip olmamaktadır, ancak önemli olan bireylerin haklarının uluslararası alanda korunmasını sağlamaları olmuştur. Bunlar arasında özellikle Yukarı Silezya Hakemlik ve Karma İstemler Mahkemesi'nin dilekçe hakkının varlığı ve

¹¹⁰⁷ Ancak bunun anayasa hukukları kapsamındaki vatandaş yahut da karşılıklılık şartıyla diğer devlet vatandaşlarına tanınan dilekçe hakkı ile karıştırılmaması gerekir: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md 74.

¹¹⁰⁸ Robert McCorquodale, "The Individual and the International Legal System", *International Law*, ed. Malcolm Evans, 4. b, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 280-301, s. 288.; USA, The Panevezys-Saldutiskis Railway, Estonia v. Litvanya, 28.02.1939, p. 65.

¹¹⁰⁹ McCorquodale, *The Individual*, s. 289.

¹¹¹⁰ Parlett, *op. cit.*, s. 47.

¹¹¹¹ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 79.

¹¹¹² *Ibid.*, s. 79-103.

bireylere tanınan prosedürel kapasite dolayısıyla önemli bir yeri bulunmaktadır¹¹¹³. Genel olarak karma istemlere yönelik yargı mercileri ilgili devletlerce en pratik ve politik olarak makul sonucun benimsenmesine çalışmış, devletler bireylere doğrudan haklar ve yükümlülükler getirmiş ise de bunu kendi politik amaçları doğrultusunda yapmışlardır ve dolayısıyla bu sistemde *a posterior* kişilik yaklaşımının uygulandığı ileri sürülmektedir¹¹¹⁴.

Diplomatik korumada ise *Vattel*'in tanımıyla bir devletin vatandaşına zarar veren dolaylı olarak onu korumakla yükümlü bulunan devlete zarar vermiş kabul edilir ve vatandaş bulunulan devlet sivil kuruluşunun gereğini, vatandaşının güvenliğini, sağlamak için zarar veren devleti tam giderime zorlamaktadır¹¹¹⁵. Bu yolda zarar gören bireyin hakları ancak devletlerarası bir usûlle korunabilecektir. Diplomatik koruma kurumu çerçevesinde en fazla tartışılan hususların biri bu kurumun devletin haklarının ihlali durumunda mı, vatandaşın haklarının ihlali durumunda mı yoksa ikisinin de varlığı durumunda mı işletileceği, yani diplomatik koruma ikincil kurallarının hangi birincil kuralların ihlalinde uygulanabileceğidir. *Kjeldgaard-Pedersen*'e göre diplomatik koruma devletin hakları olarak düzenlenmiş olsa da bireylerin menfaatinin ihlal eden durumlarda uygulanır; bireyin menfaatinin muhakkak bireyin hakkı olarak düzenlenmesi gerekmemesinin yanı sıra yazar bu kurumun hem devletlerin hem de bireylerin hakları bakımından işletilebilir olduğunu savunmaktadır¹¹¹⁶.

Diplomatik koruma kurumu bireyin uluslararası başvuru imkanının bulunmaması ancak bunun da ötesinde bireyin görmüş olduğu zararın dolaylı olarak onun devletince görülmüş olduğunun kabul edilmesi nedeniyle kanaatimizce bireyi uluslararası hukukun bir kişisi yapmamaktadır. Diplomatik koruma kurumunun bireyin hakları bakımından dolaylı bir korumayı sağladığını dahi söylemek güçtür, çünkü burada koruma bakımından dolaylılık değil zarar görme bakımından dolaylılığa dayanılmaktadır. Aslında zarar gören birey olmasına rağmen dolaylı olarak zarar görenin devlet olduğunun kabulüyle bu dolaylı zarardan kaynaklanan başvuru hakkı zarar görenin vatandaşlık bağıyla bağlı bulunduğu devlet üzerinde doğmaktadır.

¹¹¹³ Ibid, s. 88.

¹¹¹⁴ Ibid, s. 103. Devletlerin bireylere politik amaçları gereğiyle de olsa haklar ve yükümlülükler tanımış olması uyarlanmış yalnızca devlet-tanım yaklaşımının da benimsenmiş olabileceğini gösterir.

¹¹¹⁵ Vattel, op. cit., s. 298.

¹¹¹⁶ Kjeldgaard-Pedersen, Legal Personality of Individual, s. 66.

Diplomatik korumaya ilişkin tartışmalar arasında iç hukuk yollarının tüketilmesi gereğinin maddî bir kural mı yoksa usulî bir kural mı olduğu da tartışılmış ve iç hukuk yollarının tüketilmesinin yalnızca devlet yaklaşımının kabul edildiği hallerde uluslararası haksız fiil bu durumda ortaya çıkacağından usulî değil maddî bir gereklilik olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹¹¹⁷.

Uluslararası alanda bireyin yükümlülükleri konusunda ise Cassese'ye göre bugün dünya üzerindeki tüm bireyler, güncel uluslararası hukuk çerçevesinde bazı yükümlülükler altında bulunmaktadır, bağlı buldukları ulusal hukukun bu konudaki düzenlemesinden bağımsız olarak bireyler bazı kuralları ihlal etmekten kaçınmakla yükümlüdürler¹¹¹⁸. Bireylere yükümlülük getiren kurallar öncelikle silahlı çatışmalar hukukunda ortaya çıkmaya başlamıştır; son zamanlarda ise doğrudan bireylere yükümlülükler getiren kuralların varlığı artık tartışmasız bir biçimde mevcuttur¹¹¹⁹. Silahlı çatışmalar hukukunun bireylere yükümlülük getiriyor olmasına ilişkin tartışmalara ileride değinilecektir. Ancak bireylerin bu çerçevedeki düzenlemeler arasında uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin en önemli göstergesini uluslararası ceza hukukunda yaşanan gelişmeler oluşturmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında devlet egemenliğine atfedilen kutsiyetin ortadan kalkması ve bireylere tanınan dilekçe hakkı ile tartışılır hale gelen bireylerin uluslararası hukuk kişiliklerini dilekçe hakkı başlığına ek olarak uluslararası insan hakları hukukundaki gelişmeler ve uluslararası ceza hukukunun gelişimi başlıkları altında değerlendirmeye gayret edeceğiz. Zira özellikle bu alanlara ilişkin gelişmeler çerçevesinde bireylerin uluslararası alanda sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin doğrudanlığı tartışılmış ve uluslararası hukukun teorisi bireyin uluslararası hukuk kişiliği üzerinde bu tartışmalar ölçüsünde gelişme göstermiştir.

1. Dilekçe Hakkı

Hukukun nihaî olarak insan için olduğunu ve uluslararası hukukun da bunun bir istisnasını teşkil etmediğini belirten *Trindade*'ye göre, uluslararası alanda bireyin hukuk

¹¹¹⁷ Ibid, s. 68.

¹¹¹⁸ Antonio Cassese, *International Law*, 2. b, New York: Oxford University Press, 2005, s. 144-145.

¹¹¹⁹ Ibid.

kişiliği, onun dilekçe hakkı ile donatılmasıyla ortaya konmuştur¹¹²⁰. Bireylere dilekçe ile uluslararası mercilere başvuru imkânı azınlık rejimlerinin uluslararası andlaşmalar ile tesis edildiği özel durumlarda, manda veya koruma rejimi altına alınan devletler gibi birimlerin ortaya çıkmasıyla söz konusu olmuştur. Bunun günümüzdeki kalıntısı, BM Andlaşması'nın 87. maddesinde yer almaktadır. Madde, Vesayet Konseyi'nin vesayet rejimi altındaki bölgelerde yaşayanların dilekçelerini kabul edebileceğini düzenlemektedir. Milletler Cemiyeti döneminde kurucu andlaşmada açıkça düzenlenmemiş olsa da manda rejimi altına konmuş bölgelerde yaşayanların ilgili mandater devlet aracılığıyla Sürekli Manda Komisyonu'na dilekçe verebilmesi kabul edilmiştir¹¹²¹.

Bireyler tarafından uluslararası mercilere iletilen her başvuru dilekçe hakkı uygulaması olarak kabul edilmez, uluslararası hukukta dilekçe verme imkânının bu hukukun öznesi olmak ile bağdaştırılabilmesi için verilen dilekçenin şikayet/itiraz dilekçesi olması gerektiği¹¹²² belirtilir. Dilekçenin bu bağlamda ifade ettiği, uluslararası alanda mevcut olan belirli hakların korunmasıyla görevli uluslararası bir organ tarafından işletilen özel bir prosedürün varlığıdır¹¹²³. Yani dilekçe, kaynağı bir birey olmak kaydıyla uluslararası alanda ihdas edilmiş bir prosedürün işletilmesini sağlayan başvuruyu ifade etmektedir. Dilekçe hakkı ile belirtilen de uluslararası alandaki prosedürün işletilebilmesi bakımından bireyin sahip olduğu başvurma imkânı olmaktadır.

Dilekçe hakkının uygulanmasına yönelik verilen örneklerden anlaşılacağı üzere uluslararası alanda dilekçe hakkı/başvuru hakkı tek bir birim ya da konu çerçevesiyle sınırlı olmadığından, tek bir dilekçe rejimi de mevcut değildir. Kimlerin dilekçe hakkını kullanabileceği, dilekçe verilen birimin başvuru üzerine alacağı kararın niteliği konularında merciden merciye farklılıklar ortaya çıkmaktadır. *Nørgaard*, uluslararası hukukta bireyin bir hakkının korunması için başvuru/dilekçe imkânı bulunması durumunda, bu imkânın niteliğinin ortaya çıkarılması için, organın nasıl oluşturulduğu,

¹¹²⁰ A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, The Collected Courses of the Academy of European Law, C. 18, S. 1, New York: Oxford University Press, 2011, s. 13-14.

¹¹²¹ Shigeru Oda, "The Individual in International Law", *Manual of Public International Law*, ed. Max Sorensen, Londra: Palgrave MacMillan, 1968, ss. 469-530, s. 513.

¹¹²² Yazar uluslararası hukukta dilekçe türlerinin şikayet dilekçesi ve istek/talep dilekçesi olduğunu, bunlardan şikayet dilekçesinin uluslararası hukuk kişiliğinin bir göstergesi olabileceğini belirtir. *Nørgaard*, op. cit., s. 99-100, 103.

¹¹²³ *Ibid*, s. 103-104.

prosedürün nasıl yürütüldüğü ve organın ilgili sorunu nasıl çözdüğünün değerlendirilmesi gerektiğini belirtir¹¹²⁴. Yapılacak bu değerlendirme, özünde yürütülen prosedürün hukukî bir koruma sağlayıp sağlamadığının ortaya çıkarılmasına yarar. Öncelikle başvurulacak organın yapısı önemlidir. Ya politik nitelikte bir organ olsa da devletler tarafından oluşturulmuş ve bu devletlerin temsilcilerinin kendi devletleri adına hareket ettiği ya tamamen tarafsız nitelikte, bireysel vasıflarıyla kabul edilmiş ve herhangi bir hükümetten talimat almayan bağımsız üyelerden meydana gelen ya da bu ikisinden farklı olsa da bu iki uç arasındaki çizgide bulunan bir organ olmalıdır¹¹²⁵. Yapısal olarak dilekçe ile başvurulacak organ, devletlerin temsilcileri aracılığıyla temsil edildiği ve tarafsız olmayan bir organ ile tamamen bağımsız üyelerden oluşan ve bu üyelerin kendi vasıfları doğrultusunda seçilerek hiçbir hükümetten talimat almadığı bir organ arasında bir yerde olabilir. Yani aslında yazar, organın klasik manada devletlerin temsil edilmesine dayanarak kurulması ile mahkeme olarak kurulması arasındaki yelpazede bulunmasını yeterli görmektedir. Prosedürde bireyin etkililik düzeyi de başvurunun özelliklerini belirler. Bu durumda ya bireyin dilekçesini vermesiyle süreçteki etkinliğinin tamamen ortadan kalktığı ve dilekçede yer alan sorunun organın kendisi veya üyelerinden biri eliyle organ önüne getirilmiş gibi işlem görmesi ya da bir çekişmelilik hali içerisinde dilekçeyi veren bireye taraf niteliği atfedilerek karşılıklı delil gösterme veya duruşma yapılması gerekmektedir; mevcut durum bu iki uçtan birine tekabül edebileceği gibi bu örnekler arasında bir noktada bulunması da mümkündür¹¹²⁶. Burada da aslında organın yürüteceği incelemeye bireyin müdahil olması, kendi başvurusunu takip edebilmesi yahut da bunun soruşturulabilmesi için etkili olup olamayacağı değerlendirilmekte ve başvurusunu ileten bireye bu soruşturmada çeşitli kalıplara dahil olma imkanı tanınmaktadır. Son olarak, uluslararası organın çözümü sağlamak için başvuracağı yolların neler olduğu değerlendirilmelidir. Bu minvalde kurulmuş uluslararası organların hiçbiri devletler üzerinde bağlayıcı kararlar alma yetkisine sahip değildir, yine de bazı organların ihlal tespitinde yahut da resmî tavsiyelerde bulunduğu görülebilmektedir; bazı organlar ise ihlalin varlığına ya da yokluğuna ilişkin yayım yaparak devletler üzerinde baskı kurabilmektedir¹¹²⁷.

¹¹²⁴ Ibid, s. 107-108.

¹¹²⁵ Ibid, s. 107.

¹¹²⁶ Ibid, s. 107-108.

¹¹²⁷ Ibid, s. 108.

Nørgaard'ın merci ve başvuranın başvuru sürecindeki konumu ile başvuru sonucunda alınabilecek kararlara ilişkin yapmış olduğu değerlendirmeler ışığında diyebiliriz ki, aslında aranan kurulmuş, düzenli bir organa birey kaynaklı başvuruların iletilebilmesi ve bu başvurunun en azından durumun tespitine ilişkin bir karara bağlanmasıdır. Bu hallerde dilekçe hakkının varlığından söz edilebilecektir.

Nørgaard'ın eserinde dilekçe hakkına dair bu kadar ayrıntılı bir değerlendirme yapmasının nedeni çalışmanın yapıldığı dönemde bu prosedürün hâlâ güncelliğini korumasıdır, zira yazar daha önce de belirttiğimiz üzere, dilekçe hakkının varlığını başlı başına hukuk kişiliğinin varlığının bir göstergesi olarak ele almamaktadır. Dilekçe hakkının varlığını bunu değerlendiren organın yapısı ve başvuranın bu konudaki etkinliği doğrultusunda uluslararası hukukta prosedürel kapasitenin varlığının bir göstergesi olarak ele almaktadır.

Dilekçe hakkının varlığının bireyin uluslararası hukuktaki konumuna etkisi bakımından öncelikle başvuru organının uluslararası bir mahkeme ile kıyaslanması gerekmektedir. Uluslararası mahkemeler hukukî kararlar veren birimler olarak dilekçe hakkıyla başvuru organlarından farklıdır; zira üyeleri bağımsızlık ve tarafsızlık gibi nitelikleri dolayısıyla alınan kararın hukukî ve tarafsız olmasını kuvvetlendirirler, diğer organların ise aldıkları kararda politik etkilerden uzak kalmaları güçtür¹¹²⁸. Sadece uluslararası mahkemelere başvurma imkanı bulunan bireyler sahip oldukları başvuru hakkının gücünün ve ilgili durumda kendilerine tanınan kesin hukukî pozisyonun sağladığı güvenceye sahip olmaktadırlar, ancak yine de dilekçe hakkına sahip olmanın, bireyin konumunu sadece haklara sahip olup hiçbir başvuru imkanına sahip olmamaya kıyasen kuvvetlendirdiği açıktır¹¹²⁹.

Dilekçe hakkı yahut da başvuru imkanı olmaksızın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnter-Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların hükümsüz olacakları¹¹³⁰ söylenebilir. Dilekçe hakkının varlığı ve bu yolla devletlerin kendi yetkileri altındaki bireylerden sorumlu olduklarının altının çizilmesi, bireylerin uluslararası insan hakları hukukundaki özneliğini vurgulamaktadır¹¹³¹. Bölgesel yahut da evrensel nitelikteki insan hakları sözleşmelerinde yer alan düzenlemelere hayat veren

¹¹²⁸ Ibid, s. 171-172.

¹¹²⁹ Ibid, s. 172.

¹¹³⁰ Trindade, International Law for Humankind, s. 237, 252.

¹¹³¹ Ibid, s. 248-249.

unsur *Trindade*'ye göre dilekçe hakkı olmuştur. Yalnızca insan haklarına ilişkin düzenlemeler bakımından tanınmış olmasalar da mevcut bir uluslararası organa başvurma imkanının temelleri dilekçe hakkıyla ortaya çıkmış ve sonrasında bu başvuru yolu özellikle insan hakları denetim mekanizmalarının temelini oluşturmuştur.

Brownlie uluslararası andlaşmaların genelde doğrudan bireyler için haklar ve yükümlülükler yaratmadığını; ancak andlaşmayı yapan tarafların iradesi bu yönde ise bu iradenin etkinlik kazanacağını¹¹³² yani bireylerin bir uluslararası andlaşma ile doğrudan uluslararası hukukta haklara ve yükümlülüklerle sahip olabileceğini belirtir. Bu yaklaşımıyla yazar uyarlanmış yalnızca devlet veya tanıma yaklaşımını kabul eder görünmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bireylerin prosedürel kapasitesi bakımından uluslararası hukukta bir düzenleme sınırı bulunmadığından devletler iradeleriyle bireyi uluslararası hukukun öznesi haline getirebilecektir. Devletlerin, bireyleri uluslararası hukukta pratik anlamda özne haline getirmelerinin ilk yolu olarak dilekçe hakkıyla başvuru mekanizmaları ele alınabilecektir.

Uluslararası alanda dilekçe hakkı ile diplomatik korumanın birbirinin yerine geçen değil birbirinden bağımsız uygulamalar olduğuna da bu başlıkta değinmek gerekir¹¹³³. Kanaatimize göre de farklı doğaları nedeniyle birbirinin yerini alabilecek uygulamalar değildir. Diplomatik korumada zararın dolaylı olarak devletin uğradığı bir zarar olarak kabulüyle devlet kendi hakkının ihlaline yönelik bir başvuru imkânına sahip iken dilekçe hakkının bulunduğu durumlarda bireyin hakkından yahut da menfaatinden söz edilebilecektir.

2. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku

İnsan hakları hukuku hem ulusal hukuklarda esasen anayasalarla hem de uluslararası hukukta andlaşmalarla düzenlenen, ulusal alanda yargı mercilerinde ve uluslararası alanda ihdas edilen denetim mekanizmalarıyla korunan bir alandır. Bu başlıkta bireylerin tâbi oldukları devlet karşısında sahip oldukları temel insan hakları korumasının uluslararasılaşarak konumuz bakımından ne gibi bir öneme sahip olduğunu göstermeye gayret edeceğiz.

¹¹³² Ian Brownlie, "The Place of the Individual in International Law", *Virginia Law Review*, C. 50, S. 3, 1964, ss. 435-462, s. 440.

¹¹³³ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 102.

Uluslararası alanda insan haklarının korunmasının ilk örneklerinde bireyin uluslararası hukukta etkinlik sahibi kılınması öne çıkmaz, devletlerin yükümlülükleri olarak başlarda devletlerin kendi vatandaşlarından ziyade yabancılara muamele standardının sağlamaları ve uluslararası insancıl hukuk kuralları çerçevesindeki yükümlülükleri uluslararası alanda düzenlenmeye başlamıştır. Devletler üstü düzeyde hakların düzenlenmesi ve devletlerin bunu bir yükümlülük olarak kabul etmesi olarak anlaşılan uluslararası insan hakları hukuku, modern anlamıyla, 1945 ve sonrası düzenlemeler bakımından, bireyin uluslararası hukukun öznesi olmasının göstergesi yahut da bu konudaki tartışmalarda bir değerlendirme ölçütü haline gelmiştir.

Her ne kadar önceleri, insan haklarının kaynağı olarak ulusal düzenlemeler ve özellikle anayasalar gösterilse de 18 ve 19. yüzyıllarda devletler ağır insan hakları ihlallerinin uluslararası ilişkilerinde de olumsuz yansımaları olduğunu fark edip insan hakları korumasının uluslararasılaştırılması için adımlar atmaya başlamışlardır¹¹³⁴. İnsan haklarının korunması gereği sadece devletlerin kendi iç düzenlerine ilişkin bir husus olmaktan çıkıp uluslararası düzenin sağlanması için bir araç olarak kabul görmüştür. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1929 tarihli 35 sayılı kararında, özellikle 1. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan uluslararası mercilerdeki bireyin konumunu göz önünde bulundurarak, bireyin bir devlete karşı taleplerini uluslararası bir merci önünde doğrudan iletebilme yeterliliğinin uluslararası hukukta istenen bir durum olabileceğini ifade etmesi önemlidir¹¹³⁵. Bu nedenle de insan haklarının uluslararasılaşmasının 1945'ten sonra aniden ortaya çıkan bir değişimi değil, bir eğilimin somutlaşmasını ifade ettiğini belirtmek daha doğru olacaktır.

Kälin ve *Künzli*, uluslararası insan hakları korumasının öncüleri olarak uluslararası alanda meydana gelen bazı gelişmeleri yahut da kabul gören bazı normları göstermektedirler: bunlar yabancılara muamelenin asgari standartları, 18 ve 19. yüzyıllarda yürütülen bazı insan hakları koruma uygulamaları -köleliğin yasaklanması, insancıl müdahale, azınlıkların korunması-, insancıl hukukun ortaya çıkışı, çalışan sınıfın haklarının korunmasına yönelik çalışmalar ve bir dönüm noktası olarak BM'nin kurulması ile bunun akabinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin kabul edilmesi

¹¹³⁴ Walter Kälin, Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, New York: Oxford University Press, 2009, s. 6.

¹¹³⁵ Oda, *Individual in International*, s. 512.

olarak sayılmıştır¹¹³⁶. İnsan hakları bakımından BM'nin kurulmasına kadarki dönemin ayrıca değerlendirilmesi gerekir, zira 1945 itibarıyla artık insan hakları alanında kurumsal bir gelişmenin zemini oluşturulmuştur. Bu tarihten önceki gelişmeler ise kurumsal bir arka plandan ziyade çoğunlukla devletler arasındaki münferit uzlaşmaya dayalı, birbirinden bağımsız gelişmeler olarak anlaşılmaktadır. İnsan haklarının korunmasına yönelik yaşanan ulusal gelişmelerin uluslararası hukuka 2. Dünya Savaşı'ndan sonra aktarılması, insan haklarının uluslararası alanda tanınmasının ve korunmasının, uluslararası barış ve düzeninin sağlanmasında etkili olacağı inancının 2. Dünya Savaşı sonrasında yerleşmesinden kaynaklanır¹¹³⁷.

Özellikle 2. Dünya Savaşı boyunca yaşanan yaygın ve yoğun insan hakları ihlalleri nedeniyle Atlantik Bildirisi'nde insan haklarına yapılan atıf¹¹³⁸ 2. Dünya Savaşı'nın sonuçları arasında insan haklarına ilişkin ilerlemelerin kurumsal düzeyde olacağını sezdirmiş¹¹³⁹, nitekim savaş sonrasında yaşanan gelişmeler de bunu kanıtlamıştır. BM Andlaşması insan haklarına, hem giriş kısmında hem de 1. maddesinde yer alan örgütün amaçları arasında, iki aslî atıfta bulunmaktadır. Giriş kısmında “temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine” değinilmek suretiyle eşitlik hakkından, insan kişiliğinin onur ve değerlerinin korunmasıyla birlikte temel insan haklarına olan inançtan söz edilmektedir. 1. maddesinin 3. fıkrasında BM Andlaşması uluslararası alanda meydana gelen ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki sorunlarda insan hak ve temel özgürlüklerine dayalı bir çözümün geliştirilmesini sağlamak için işbirliği yoluna gidileceğini belirtmektedir. Andlaşmada değinilen haklar içerikleri bakımından belirsiz ve bağlayıcılıkları konusunda bir açıklık olmasa da¹¹⁴⁰ uluslararası ilişkiler için yeni bir yolu gösterdikleri, bu yolun da insan haklarının korunmasına dayalı işbirliği olduğu ifade edilebilir. BM Andlaşması'nda insan haklarına yapılan genel atıfların yorumlanmasında iki görüş söz konusudur; bunların ilki *Lauterpacht* tarafından savunulmaktadır ve buna göre devletler insan haklarına

¹¹³⁶ Kälın, Künzli, op. cit., s. 6-14.

¹¹³⁷ Oda, *Individual in International*, s. 497.

¹¹³⁸ Self determinasyon hakkı, çalışma hayatına yönelik haklar gibi.
https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_16912.htm, 20.02.2019.

¹¹³⁹ Mehmet Genç, *İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Ulusal ve Uluslararası Temel Mevzuatlar*, Bursa: Uludağ Üniversitesi, 1997, s. 13-14.

¹¹⁴⁰ Kälın, Künzli, op. cit., s. 14.

saygı gösterme genel yükümlülüğü altındadır, diğerine göre ise taraf devletlerin tanımlı bir yükümlülüğü yoktur çünkü andlaşma güvence altına alınan hakların hangileri olduğuna ilişkin spesifik bir düzenleme yapmamıştır¹¹⁴¹. Kanaatimizce salt BM Andlaşmasına dayanılarak belirli hakların çıkarılması mümkün olmasa da andlaşmanın ilgili kısımları VAHS'nin 31. maddesindeki düzenlemede sayılan yorum araçlarının kapsamında bulunmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de bağlayıcı bir belge olmamakla birlikte insan hakları konusunda yerleşen anlayışın bir göstergesi, BM'ye üye devletler için genel bir çerçeve ve uluslararası alanda insan haklarına ilişkin yeni dönemin dönüm noktalarından biri olarak kabul edilir¹¹⁴². Sonrasında BM tarafından beyannamede yer alan hakların bağlayıcı andlaşmalara aktarılmasıyla uluslararası alanın önemli insan hakları metinleri Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme, ikiz sözleşmeler adıyla anılan Medeni ve Siyasî Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ortaya çıkmıştır¹¹⁴³.

Kälin ve Künzli insan haklarının uluslararasılaşmasının sonucunda uluslararası alanda bazı kabullerin gerçekleştiğini belirtmektedir, bunlar¹¹⁴⁴:

- Bireyin uluslararası hukukun öznesi olarak tanınması,
- Devlet egemenliği kavramının dönüşümü,
- İnsan haklarının uluslararası ilişkileri şekillendirmesi ve
- Hükümetler dışı uluslararası örgütlerin rolünün tanınmasıdır.

Bunlar arasında şimdiki başlığımız ve çalışmamızın konusuyla en büyük ilgisi olan sonuç bireyin uluslararası hukukun öznesi oluşunun tanınmasıdır. Bununla birlikte hükümetler dışı uluslararası örgütlerin rolüne de değinilmesi, özellikle bireylerin gruplar halinde de uluslararası alanda etkinliğe sahip olabileceklerini, uluslararası hukukun öznesi olabileceklerini göstermiştir. Örneğin, Rainbow Warrior kararında uğradıkları zararlara karşılık kendilerine tazminat ödenmesine karar verilen hükümetler dışı uluslararası örgütlerin kısmî de olsa bu hukuk alanının kişisi oldukları ortaya

¹¹⁴¹ Oda, *Individual in International*, s. 498.

¹¹⁴² Kälin, Künzli, *op. cit.*, s. 14.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, s. 15-19.

konduğundan bunun bir dönüm noktası olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁴⁵. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmasıyla kanaatimizce ulusal alan ve uluslararası alan arasında keskin bir ayrımın varlığından söz edilemeyecektir. Zira artık devletler kendilerine tâbi olan bireylerin haklarının sağlanması konusunda uluslararası alanda yükümlülük altında bulunmaktadır ve uluslararası insan hakları andlaşmalarının varlığı devlet egemenliğini sınırlandırmakta ya da devlet egemenliğini bireylerin korunmasına bağlamaktadır.

Bireylerin uluslararası alandaki diğer haklarının hukuk kişiliğine etkisinin inkârı anlamına gelmemesi şerhini düşerek *Kjeldgaard-Pedersen* insan haklarının 2. Dünya Savaşı sonrasındaki uluslararası kurumsallaşmasını uluslararası ceza hukukuyla birlikte bireyin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması bakımından oldukça önemli olduğunu belirtir¹¹⁴⁶. Ancak bazı yazarlara göre bu gelişmeyle birlikte bireyler uluslararası alanda haklara sahip olarak uluslararası hukukun kısmî öznesi haline gelmiş kabul edilirler¹¹⁴⁷. Bireylerin uluslararası hukuktan doğan haklarını kullanabilmelerinin günümüzde dahi ilkesel düzeyde kaldığını belirten *Kälın* ve *Künzli* bunu bireylerin uluslararası bir merciye başvurabilmelerine yönelik uluslararası andlaşmaları devletlerin imzalamasına, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi veya İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi haricindeki denetim mekanizmalarının kararlarının bağlayıcılığının bulunmamasına ve ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkinin insan haklarının korunmasına yönelik benimsenen prosedüre göre değişkenlik göstermesine bağlamaktadırlar¹¹⁴⁸. Bireylerin uluslararası alanda sahip olduğu haklarının yine bireyler tarafından ileri sürülmesinde ilgili bireyin kendi devletinin bu derece etkinlik gösteriyor olması bu hakların gerçekten var olup olmadığı yahut da yalnızca devletler arasında yükümlülük getiren, bireylere prosedürel kapasite tanımayan, düzenlemeler olup olmadığı sorununu gündeme getirmektedir.

Bireylerin uluslararası hukukun kişisi olduğunu reddeden *Orakhelashvili*'ye göre uluslararası insan hakları andlaşmalarıyla bireyin korunması amaçlanmış, devletler

¹¹⁴⁵ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, C. 2, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 181.

¹¹⁴⁶ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 192.

¹¹⁴⁷ Kälın, Künzli, op. cit., s. 15.

¹¹⁴⁸ Ibid.

arasında karşılıklılık esasına dayalı, sübjektif haklar yaratılmamıştır¹¹⁴⁹. Yazara göre uluslararası insan hakları andlaşmalarıyla ne devletlere ne de bireylere ait haklar doğmaz, uluslararası insan haklarının bireylere doğrudan uygulanabilmesi bunlara taraf olan devletin kendi anayasa hukuku ile bu uluslararası andlaşmaların iç hukuka üstünlüğünü tanıması ve yerel mahkemelere bunun iç hukukta doğrudan uygulanabilmesine yönelik izin vermesi halinde mümkün olacaktır¹¹⁵⁰. Hangi normun doğrudan uygulanacağına karar verecek olan bu durumda, konumuz özelinde, taraf devletin kendisidir¹¹⁵¹. Uluslararası insan hakları andlaşmalarıyla getirilen düzenlemeler bireylere doğrudan uygulanabilir yahut da onlar tarafından ileri sürülebilir olsalar bile bu bireyin bağlı bulunduğu devletin tercihlerine bağlıdır, doğrudan uygulanabilmeleri ya da ileri sürülebilmeleri bireyin uluslararası hukukun öznesi olmasından kaynaklanmamaktadır. Görülmektedir ki yazar esasında uluslararası alan ile ulusal alanlar arasındaki ayrımı kabul etmekte ve bireylerin uluslararası bir düzenlemeden kaynaklanan hakları yahut yükümlülükleri doğrudan kullanamayacaklarını savunmaktadır.

Uluslararası hukukta bireylerin sorumluluğu sınırlıdır, özellikle insan hakları alanında sorumluluk bireylerin değil devletlerin sorumluluğu olmaktadır. Uluslararası insan haklarının diğer bireyler tarafından ihlal edilmesi durumunda ne yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte ilgili ihlal, bir birey vasıtasıyla işlense de, yalnızca devlete atfedilebildiği ölçüde insan hakları uygulanabilecektir; devlete atfedilebilir olmayan insan hakları ihlalleri bakımından uluslararası hukuk bireyin uluslararası sorumluluğuna gitmeye uygun değildir¹¹⁵². Ancak bireyin sorumluluğunun uluslararası hukuk bakımından genişletilmesinin göstergesi olarak Güvenlik Konseyi'nin 1373 tarihli kararı¹¹⁵³ verilebilmektedir. Her ne kadar Güvenlik Konseyi kararları otomatik olarak uluslararası hukuku oluşturmasa da uluslararası hukukun yönünü ortaya koymaları nedeniyle bir devlete atfedilemeyen terörizm fiillerinden bireysel sorumluluğun doğabileceğine yönelik bir gösterge olmaktadır¹¹⁵⁴. Yine

¹¹⁴⁹ Orakhelashvili, *The Position of Individual*, s. 264.

¹¹⁵⁰ *Ibid*, s. 266.

¹¹⁵¹ *Ibid*.

¹¹⁵² McCorquodale, *The Individual*, s. 287.

¹¹⁵³ BM GüvK, S/RES/1373, 21.09.2001: Karar 11 Eylül Saldırılarından sonra uluslararası terörizm ile mücadeleyle ilişkin bir dizi önlemler içerir ve bu önlemler arasında yalnızca devletler üzerinde değil bireyler üzerinde yükümlülük doğuranlar da bulunmaktadır.

¹¹⁵⁴ McCorquodale, *The Individual*, s. 288.

Güvenlik Konseyi tarafından, özellikle Kosova hakkında almış olduğu kararlarda, uluslararasılaşmamış silahlı çatışmanın aktörlerine, politik gruplara ve bireylere, çeşitli yükümlülükler getirildiği görülür¹¹⁵⁵. İnsan hakları andlaşmaları güncel uygulamasıyla bireylere haklar devletlere ise yükümlülükler getirmektedir; ancak ilgili Güvenlik Konseyi kararları vasıtasıyla bireylerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri arasında da insan haklarının sayılabilmesi mümkün olabilecektir. Yine de mevcut uluslararası insan hakları düzenlemeleri ile getirilmiş yükümlülüklerin bazı istisnâ hallerde bireylerin uluslararası sorumluluğunu doğurması mümkündür, bunlar iş hukukuna ilişkin veya ekonomik ilişkilerde ihlali söz konusu olabilecek, ayrımcılık yasağı, toplantı özgürlüğü vb haklardır¹¹⁵⁶. Burada önemli olan devlet dışındaki bir birim tarafından bir hakkın ihlal edilebilir olmasıdır. Hakkın özel hukuk ilişkileri çerçevesinde ihlale uygun bir yapıda olması gerekir, ancak bu nitelikteki hakkın ihlalinden bir bireyin sorumluluğu sonucu doğabilecektir.

Uluslararası hukukta devletlerin etkinliğinin, münferiden bir devletin etkinliğinden farklı biçimde, sadece uluslararası hukuk kurallarıyla bağlı olma değil uluslararası hukuku meydana getirme olarak ortaya çıktığına önceki kısımlarda da sıklıkla değindik. Zannederiz ki bireylerin uluslararası hukuktaki konumları yerine devletlerin uluslararası hukuktaki konumları ele alınacak olursa öncelikli nokta devletlerin uluslararası hukuk kişiliğinden ziyade devletlerin uluslararası hukukun yapıcısı olmaları olacaktır¹¹⁵⁷. Uluslararası hukukun kaynaklarına bakıldığında, aslı kaynakları özellikle belirtecek olursak bunların devletlerin uluslararası hukuk işlemlerinden doğacağını söyleyebiliriz. Hatta hukukun genel ilkeleri bile devletlerin kendi iç hukuklarında kabul etmiş olduğu ortak ilkelerin uluslararası alana yansımaları olarak kabul edilir. Mahkeme kararları ve doktrin ise uluslararası hukukun yardımcı kaynaklarını oluştururlar ve diğerlerinden farklı olarak bunların oluşumunda devletin katılımının bulunmadığını söyleyebiliriz. Bu nedenlerle bireyin uluslararası hukuktaki konumu ile devletin uluslararası hukuktaki konumunun kıyaslanması kanaatimizce

¹¹⁵⁵ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 96.; BM GüvK, S/RES/1199, 23.09.1998, p. 1.; UAD, Kosova'nın Tek Taraflı Bağımsızlık İlanının Uluslararası Hukuka Uygunluğu, Danışma Görüşü, 22.07.2010, p.115, s. 50-51.

¹¹⁵⁶ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 107-109.

¹¹⁵⁷ Ruzié David, *Droit international public*, Paris: Dalloz, 2000, s. 4'ten aktaran Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 58.: Devletler uluslararası hukuku hem meydana getirir hem de bununla bağlı olurlar.

işlevsel değildir, zira bireylerin uluslararası hukukun öznesi olarak kabul edilmemeleri bu kıyasın muhtemel bir sonucu olabilir. Ancak bireylerin uluslararası hukuktaki etkinliklerinin devletlerin etkinlikleriyle kıyaslanması bizi sonuca götürmeyecek olsa da bireyin uluslararası alandaki etkinliğinin dolaylı, devletin etkinliğinin ise doğrudan olduğunu söyleyebiliriz. Bu halde bireylerin dolaylı bir biçimde insan hakları denetim mekanizmalarına başvuru imkânlarının bulunmasını bireylerin uluslararası hukuk kişiliğinin bulunmadığı biçiminde anlaşılması kanaatimizce doğru olmamaktadır. Zira uluslararası hukuk anlayışı ve ulusal hukuk ile uluslararası ilişkiler arasındaki ilişkiler gibi bazı temel noktalar bireyin uluslararası hukuktaki konumuyla içinden çıkılmaz bir biçimde birbirine bağlıdır¹¹⁵⁸. Nitekim şimdiye kadar aktardığımız kısımlarda bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin veya uluslararası hukuktaki konumunun uluslararası hukukun temel konularını tartışmaya açmaya muktedir hususlar olduğunu da belirtmiştik.

İnsan hakları hukukunun uluslararası bir nitelik kazanmasıyla bireyin uluslararası hukukta elde ettiği konum onun hukuk kişiliğini etkilemiştir. Bu kişilik bazı görüşlere göre kısmî ya da sınırlı bir nitelik arz edebilir; ya da yalnızca haklara sahip olma, yükümlülük üstlenmeme olarak anlaşılabilir. Uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin uluslararası hukuktaki ölçütlerin neler olduğu konusunda uzlaşmış bir kabul bulunmamakla birlikte bireylerin uluslararası insan hakları alanında haklara ve sonrasında kurulan mekanizmalarla da belli bir prosedürel kapasiteye sahip hale geldikleri ortadadır. Bu prosedürel kapasitenin bireyleri uluslararası hukukun bir kişisi yapıp yapmadığını çalışmamızın son bölümünde değerlendirmek üzere bir kenara bırakarak bireylerin uluslararası insan hakları alanında belli bir prosedürel kapasiteden faydalanarak haklara ve yükümlülüklerle sahip olduklarını belirtmek isteriz. Yazarların benimsediği perspektif doğrultusunda uluslararası insan hakları alanında bireyin hukuk kişiliğine ilişkin yaklaşım da değişebilecektir. Uyarlanmış yalnızca devlet veya tanıma yaklaşımına göre bireylerin devletlerin bu andlaşmalara taraf olması ve denetim mekanizmalarını kabul etmesi nedenleriyle uluslararası hukukun kişisi oldukları savunulabilecekken, uluslararası hukuk kişiliğini devlet olmadan bağımsız ve şekli bir husus olarak kabul eden yazarlar ise uluslararası insan hakları andlaşmalarında

¹¹⁵⁸ Nørgaard, op. cit., s. 77.

bireylerin haklarının düzenlenmesiyle bireylerin *a posteriori* olarak uluslararası hukukun kişisi olduğunu kabul edebileceklerdir.

3. Uluslararası Ceza Hukuku

Ceza hukuku koruduğu değerler ve kapsamı itibarıyla ulusal hukuk düzenleriyle sıkı bir bağlantıya sahip olsa da 20. yüzyılın başlarından itibaren yaşanan gelişmeler dolayısıyla uluslararası alanın hararetle bir tartışması olagelmıştır¹¹⁵⁹. Ceza hukukunun temel ilkeleri arasında suç ve cezaların şahsiliği, ceza yargılamasında ülkesellik gibi ilkeler bulunmaktadır ve uluslararası ceza hukukunda bu ilkelerin nasıl işletileceği, ilkinin bireylerin uluslararası hukuktaki konumuna ikincisinin ise devletin kendi ülkesi üzerindeki yargılama yetkisine etki etmesi nedenleriyle, teoriyi meşgul etmiştir. Ancak uluslararası ceza hukuku, ulusal yargı yerlerinin uluslararası alanda sonuçlar doğuran ihlalleri yargılamada yetersiz kaldığı haller bakımından bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır.

Uluslararası ceza yargısı alanının öncelikli meselelerinden biri kurulan uluslararası ceza mercilerinin önünde bireylerin mi yoksa devletlerin mi yargılanacağı olmuştur. Ceza hukukuna hakim olan ilkeler arasında suç ve cezaların şahsiliği ilkesi bulunur ve buna göre suçu işleyen kişi bu suç için öngörülen cezaî yaptırıma tâbi tutulacak olandır. Suç işlenmesine herhangi bir dahli bulunmayan bir kişinin bilinçli olarak cezalandırılması bu ilke çerçevesinde mümkün değildir. Bu doğrultuda uluslararası ceza hukuku alanında devletlerin fail olarak yargılanması ve cezalandırılması söz konusu olmayacaktır, zira bir devletin cezalandırılması ilgili fiile katkısı olmayan vatandaşların da bu cezaî yaptırımdan etkilenmesi ve kısmen fail sayılması sonuçlarını doğuracağından cezanın şahsiliği ilkesi terk edilmiş olacaktır. Öte yandan uluslararası ceza hukukunda bireylerin cezalandırılması, onları uluslararası hukukta yükümlülük altına sokmaktadır. Yani bireyler uluslararası ceza hukuku bakımından suçlu buldukları durumda uluslararası cezaî yaptırıma tâbi tutulurlar ve uluslararası hukukun öznesi olurlar. Uluslararası ceza hukuku sisteminin oluşması, uluslararası ceza mahkemelerinde yargılamaların yapılması bireylerin uluslararası ceza

¹¹⁵⁹ Uluslararası ceza yargılamasının ilk örneğinin 15. yüzyılda gerçekleştiği hakkında bkz.: Gökhan Güneysu, “Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach’ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı”, *MÜHF-HAD*, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, ss. 833-849.

hukuku bakımından yükümlendirildiklerini ve bu hukuk alanının öznesi olduklarını gösterir.

Bireyler uluslararası hukukta haklara sahip oldukları gibi yükümlülükler altına da girmişlerdir diyen *Trindade*'a göre bireyin uluslararası yükümlülükleri uluslararası cezaî sorumluluk ve evrensel yargı yetkisiyle kristalleşmiştir¹¹⁶⁰. Ancak evrensel yargı yetkisine dayanılarak korsanlık fiilinin ya da bazı savaş suçlarının yargılanmasında, bireylerin ulusal merciler önünde yargılanması nedeniyle, bireylerin uluslararası hukukun öznesi olduğunun değil devletlere istisnaî olarak tanınan geniş yargı yetkisinin söz konusu olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁶¹. Bu görüş kabul edilebilir görünmektedir. Öncelikle yargılamaya kaynak oluşturan suç fiillerinin uluslararası düzenlemelerden kaynaklanması ve ulusal mercilerin uluslararası düzenlemelerle yetkilendirilmesi sonucunda evrensel yargı yetkisinin kullanılması mümkün olsa da devletlerin sahip oldukları yargı yetkileri onların egemenlik yetkilerinin bir uzantısıdır ve uluslararası alanda cezasızlıkla mücadele amacıyla bu yetkilerin genişletildiği söylenebilir. Ancak, bu genişletilmiş yargı yetkisini ortaya çıkaran da bireyin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleridir.

Uluslararası insancıl hukukun temel düzenlemeleri arasında yer alan Cenevre Konvansiyonları'nda bireylerin korunmasına yahut da ihlallerden sorumlu tutulmasına yönelik düzenlemeler bulunuyor olsa da bu konvansiyonların bireylerin uluslararası hukuktaki sorumluluğunu düzenlediği kabul edilmemektedir¹¹⁶². Sözleşmelerle amaçlanan devletlerin sorumluluklarının düzenlenmesi olmaktadır; bu nedenle de bireyin uluslararası ceza hukukundan kaynaklanan sorumluluğunun dayanağını teşkil etmezler¹¹⁶³. Ancak nihaî manada Cenevre Konvansiyonları bireylerin uluslararası ceza hukukundaki sorumluluklarının gelişmesine uluslararası insancıl hukuk da uluslararası ceza hukukuna kaynaklık etmiştir. Nitekim Roma Statüsü'nün yürürlüğe girmesinden önce, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında kurulan mahkemelerin yargılamaları, uluslararası ceza hukukunda bireyin sorumluluğunun tek kaynağı olarak Roma Statüsü'nün ele alınamayacağını, uluslararası ceza hukukunun Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin(UCM) kurulması ile ihdas edilmiş bir alan olmadığını gösterir. Ancak

¹¹⁶⁰ Trindade, *International Law for Humankind*, s. 234.

¹¹⁶¹ Oda, *Individual in International*, s. 515.

¹¹⁶² Parlett, *op. cit.*, s. 188-189.; Peters, *Beyond Human Rights*, s. 145-146.

¹¹⁶³ Parlett, *op. cit.*, s. 189; EYUCM, Tadić Kararı-Temyiz, N. IT-94-1-A, 15.07.1999, p. 90-91.

cezalandırmaya kaynaklık eden normun lafzı hangi birimin uluslararası alandan kaynaklanan normun muhatabı olduğunu belirlemede önemlidir. Normun lafzı itibarıyla devletlere yönelmesi durumunda bireysel sorumluluğa gidilemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁶⁴. Dolayısıyla bu durumda norm, insancıl hukuk metinleri gibi, devletler arasında bir yükümlülük getirmiş olacaktır.

Devletlerin uluslararası hukuktaki sorumluluğu cezaî sorumluluklarından ayrı bir biçimde UHK'nin 2001'de taslak haline getirdiği “Devletin Uluslararası Haksız Fiilinden Kaynaklanan Sorumluluğu” metninde düzenlenir¹¹⁶⁵. Taslak maddeler devletlerin uluslararası hukukî sorumluluğunu düzenlemekte, cezaî sorumluluğunu düzenlememektedir. Taslak maddelerin ilk metnine devletlerin uluslararası bir suçtan sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme dahil edilmişse de gerçek manada cezaî sorumluluk ifadeleri içeriyor olması, düzenleme kapsamındaki cezaî sorumluluğa bağlanan hukukî sonuçların açıkça belirlenmemiş olması, cezaî sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında ayırım yapılabilmemesine yarayan ölçütlerin belirli olmaması ve uluslararası suçlar ile emredici norm gibi, *erga omnes* yükümlülük gibi hususlar arasındaki farkın açıklanmamış olması gibi nedenlerle eleştirildiğinden taslağın nihaî metninden çıkarılmıştır¹¹⁶⁶. Taslak maddelerin 40. maddesinde uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ağır ihlallerine yer verilmiş ve böylelikle devletlerin uluslararası ceza hukukundan doğan sorumluluğunun ancak dolaylı yoldan olabileceği, doktrindeki devletlerin cezaî sorumluluğunun olmayacağı yönündeki baskın görüşe uygun olarak, ortaya konmuştur¹¹⁶⁷. Ceza hukuku teorisinde yer alan, ceza sorumluluğunun, suç ile kusur arasındaki bağın bir gereği olarak, kişisel olması gerektiği yönündeki ilkeyle uyumlu olan bu kabul¹¹⁶⁸ uluslararası ceza hukukunda da failerin bireyler olabileceği, uluslararası suçların bireyler tarafından işlenebileceğini ortaya koyar. Nitekim uluslararası ceza hukukunun melez bir alan olduğu söylenebilirse de bu onun ceza hukuku ilkelerine tâbi olmadığı manasına gelmez. Hatta daha çok cezalandırmaya konu normun uluslararası hukuktan kaynaklanması ve ulusal yargı yetkisine alternatif oluşturması nedeniyle uluslararası bir niteliğe sahiptir.

¹¹⁶⁴ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 151-152.

¹¹⁶⁵ Buradan itibaren “Taslak maddeler” olarak anılacaktır.

¹¹⁶⁶ Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. b, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 404.

¹¹⁶⁷ *Ibid*, s. 405.

¹¹⁶⁸ *Ibid*, s. 402-403.; Erkiner, *Uluslararası Sorumluluk*, s. 65-67.

Diğer ulusal hukuklarda olduğu gibi Türk Ceza Hukuku'nda da Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Birinci Kısımda uluslararası suçlar düzenlenmektedir, bunlar soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti olarak belirlenmiştir. Yine ulusal ceza hukuklarına hakim ülkesellik prensibi bulunmaktadır, ki sübjektif yahut da objektif olarak ülkesellik prensibine dayanmak suretiyle devletlerin kendi ülkeleri üzerinde -bazı hallerde yetkinin ülke sınırları dışına taşmasını da kapsar biçimde- egemenliklerinin bir sonucu olarak cezaî yargılama yetkisine sahip olmalarını ifade eder¹¹⁶⁹. Bunlara ek olarak cezasızlığın ortadan kaldırılmasında etkili olacak vatandaşlık, koruma, evrensellik, pasif vatandaşlık gibi ilkeler de bulunur; bunlar arasında yer alan evrensellik ilkesinin kimi uluslararası suçlar bakımından kabul edildiğini¹¹⁷⁰ belirtmiştik. Uluslararası toplumu hedef alan suç fiillerinin cezalandırılması için evrensellik ilkesine korsanlık suçu kapsamında örf ve adet hukukunda yapılan atıf BM Deniz Hukuku Sözleşmesinde de tekrarlanmıştır¹¹⁷¹. Uluslararası yargı yerlerinin kurulmasında etkili olan bir diğer hususun da uluslararası suçların yargılanması bakımından evrensellik ilkesine yapılan atıflar olduğu¹¹⁷² belirtilir. Devletlerin yetki alanlarındaki hayata, fiziksel bütünlüğe ve insan özgürlüğüne karşı ağır suçları soruşturmalarının hukukî bir yükümlülük olduğu ancak yetki alanları dışındaki suçlar bakımından yetkilerinin uluslararası andlaşmalar yoluyla doğacağı belirtilmektedir¹¹⁷³.

Ulusal düzenlemelerin kapsamı ve evrensel yargı yetkisinin varlığı göz önünde bulundurulduğunda UCM'ye neden ihtiyaç kalmaktadır sorusuna cevaben UCM öncesinde faaliyet göstermiş uluslararası yargı mercilerine getirilen eleştirilerin değerlendirilmesi gerekir. Nürnberg Yargılamaları özelinde getirilen eleştirilerin en başında yargılamayı yapanların 2. Dünya Savaşı'nın kazanan devletleri olduğu gerçeği vardır, bunun yanı sıra Nürnberg yargılamalarının kanunîlik ilkesinin şartlarını

¹¹⁶⁹ Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, C. 1, 2. b, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 279-280.

¹¹⁷⁰ Ibid, s. 281-287.

¹¹⁷¹ BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 105: "her devlet ... korsan gemi ve hava araçlarına el koyabilir ... kişileri tutuklayabilir".

¹¹⁷² Aksar, C. 1, s. 283-286.

¹¹⁷³ Christian Tomuschat, "The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals", *Tradition und Weltoffenheit des Rechts Festschrift für Helmut Steinberger*, ed. Hans-Joachim Cremer, Thomas Giegerich, Dagmar Richter, Andreas Zimmermann, Berlin: Springer, 2002, s. 342-343.

sağlamadığı, doğal hâkim ilkesini ihlal ettiği gibi itirazlar¹¹⁷⁴ uluslararası yargı mercilerinin suçun işlenmesinden sonra kurulmaları hâlinde her zaman aynı eleştirilerle karşı karşıya kalacağını ortaya koymuştur. Öte yandan kazanan devletlerin, yargılama yetkisi şartını sağlıyor olsalar da, bu tür bir yargılamayı yapmaya istekli olmamaları mümkündür¹¹⁷⁵. Önemli bir başka husus da ulusal mercilerin güvenilirlikleri sorunudur. Uluslararası mercilerden farklı olarak ulusal mercilerde yargılamanın, ilgili devletin bireysel menfaatlerinden ne kadar bağımsız yürütüleceği tartışmaya açıktır. Uluslararası ceza hukukunun ciddi boyuttaki ihlallerinin yargılanmasında ulusal mercilerin sınırlı bir güvenilirliğe sahip olduğu konusuna 1. Dünya Savaşı'ndan sonra yapılmış Leipzig yargılamaları örnek verilmektedir¹¹⁷⁶. Uluslararası alanda cezasızlıkla mücadele etmek için sadece iç hukuklarda bulunan uluslararası suç düzenlemeleri ve bazı suçlar için uluslararası alanda tanınan evrensel yargı yetkisi yeterli olmamıştır. Bu nedenle ikincil nitelikli koruma ihtiyacına, uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasına, yönelik girişimlerin temelleri oldukça eskiye dayanır. Ceza hukuku prensipleri bakımından uluslararası ceza hukukunun ayrıksı olduğu hususlar olabilir ya da uluslararası hukukun kişilik dışındaki teorisiyle uluslararası ceza hukuku teorisi arasında bazı zıtlıklar bulunabilir. Ancak elbette bizim konumuzun gerektirdiği değerlendirme uluslararası ceza hukukunun bireyin uluslararası hukuktaki konumuna etki edip etmediğidir.

Uluslararası hukukta *jus ad bellum*, *jus in bello* kuralları bulunsa da savaş sonrasına ilişkin *jus post bellum* kuralları her ne kadar devletler ve uluslararası örgütler tarafından yaygın biçimde uygulanmış olsalar da, ilk ikisi kadar kesin biçimde tanımlanmamış ve bağlayıcı hukukî yükümlülükleri temsil etmemiştir¹¹⁷⁷. Atlantik Bildirisine daha önce de değinerek savaştan sonra kazanan devletlerin tutumlarını belirleyecek temel kuralların savaş sona ermeden ortaya konmasına ilişkin bir ortak bildiri hükmünde olduğunu ifade etmiştik. Savaşlardan sonra genellikle barış andlaşmaları akdedilmek suretiyle yeni düzene ilişkin ilkeler münferiden belirlenmiştir, ancak VAHS'den sonra barış andlaşmalarının savaşın kazananı olan tarafların kendi

¹¹⁷⁴ Tezcan, Erdem, Önok, op. cit., s. 294-297.

¹¹⁷⁵ Ibid, s. 275-276.

¹¹⁷⁶ Ibid, s. 285-286.

¹¹⁷⁷ Dieter Fleck, "Jus Post Bellum as a Partly Independent Legal Framework", Jus Post Bellum *Mapping the Normative Foundations*, ed. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, Jens Iverson, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 43-57, s. 43.

şartlarını dayattığı andlaşmalar olamayacağı belirtilir¹¹⁷⁸, zira VAHS'nin 52. maddesiyle kuvvet kullanma tehdidine dayanılarak varılan andlaşmaların geçersiz sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Silahlı çatışma sonrası hukuk, uzun dönem istikrarı hedeflemesi neticesinde uluslararası insancıl hukuk, uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ceza hukukuna ve ulusal anayasa, idare, ceza hukuklarına ilişkin düzenlemeleri kapsar ve *jus ad bellum* ve *jus in bellum*dan çok daha geniş kapsamlıdır¹¹⁷⁹. *Jus post bellum*un genel kabul gören altı ilkesi bulunduğu ileri sürülmektedir, bunlar cezalandırma, uzlaştırma, yeniden inşa, eski hale iade, onarım ve orantılılık olarak sayılmışlardır¹¹⁸⁰. Özellikle geçiş dönemi adaleti (*transitional justice*) konusunda çalışan uluslararası hukukçuların ilgilendikleri bu alan şüphesiz uluslararası ceza hukukunu da kapsamaktadır, ancak kendisine özgü bir kurallar bütününe sahip olmadığından buna ilişkin kurallara uluslararası hukukun farklı alanlarında rastlanabilecektir. Yine de belirtmek gerekir ki, cezalandırma *jus post bellum*un ilkeleri arasında sayılmış olsa da savaşları kazanan devletlerin ya da barış ve düzenin tesisi konusunda görevli uluslararası yahut da bölgesel örgütlerin savaşlardan sonra yargılama yapmakla, savaş suçlularını yargılamakla yükümlü olduğuna ilişkin bir uluslararası hukuk kuralı yoktur. Bazı suçların yargılanmasında evrensel yargı yetkisi kullanılabilir olsa da bunun kullanılmaması, hatta hiçbir yargı yetkisinin kullanılmaması, konusunda ilgili devlet, bunu yapmakla kendisine ait geçerli bir yükümlülüğü ihlal etmediği müddetçe, hukuken zorlanamayacaktır. Uluslararası alanda cezasızlığın ortadan kaldırılması için uluslararası yargı mercilerinin varlığı bu nedenlerle bir teminat teşkil etmektedir.

Nürnberg Yargılamaları uluslararası ceza hukukunun ilk kurumsal yargılamaları olarak kabul edilirler. Mahkemelerin uluslararası niteliği, yargılama konusu yapılan suçların kanunîlik şartına yahut da kurulan mahkemenin doğal hakim ilkesine uygunluğu tartışılmış olsa da Nürnberg yargılamalarının sonuçları uluslararası ceza

¹¹⁷⁸ Eric De Brabandere, "The Concept of Jus Post Bellum in International Law a Normative Critique", *Jus Post Bellum Mapping the Normative Foundations*, ed. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, Jens Iverson, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 123-141, s. 134.

¹¹⁷⁹ Roxana Vatanparast, "Waging Peace Ambiguities, Contradictions, and Problems of a *Jus Post Bellum* Legal Framework", *Jus Post Bellum Mapping the Normative Foundations*, ed. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, Jens Iverson, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 142-160, s. 145.

¹¹⁸⁰ Larry May, "*Jus Post Bellum*, Grotius, and Meionexia", *Jus Post Bellum Mapping the Normative Foundations*, ed. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, Jens Iverson, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 15-25, s. 15.

hukuku alanına hakim ilkeleri ortaya çıkarmış olmaları bakımından oldukça önemlidir¹¹⁸¹. Sonrasında bu ilkeler BM Genel Kurulu tarafından kabul edilerek¹¹⁸² ileride kurulacak uluslararası ceza mahkemeleri için temel kuralları oluşturmuşlardır.

Nürnberg Yargılamalarında uluslararası suçların faillerinin soyut birimler değil bu fiilleri işleyen bireyler olduğu ve ancak bunların cezalandırılmasıyla uluslararası hukuk hükümlerinin uygulanmış olacağı belirtilir¹¹⁸³. Bu yolla, uluslararası ceza hukuku alanını oluşturan düzenlemelerin fail olarak bireyleri ele alabilecekleri ortaya konmuş olmaktadır¹¹⁸⁴. Aynı kararda mahkeme, uluslararası hukukun devletlerin hareketlerini düzenlediği ve devlet adına belli fiilleri işleyenlerin devlet egemenliğinin bir sonucu olarak korunup devletin bu fiillerden sorumlu tutulması gerektiği görüşlerini reddederek tıpkı devletler gibi bireyler üzerinde de uluslararası hukukun görev ve yükümlülükler doğurabileceğini belirtmiştir¹¹⁸⁵. Bu yaklaşım mahkemenin devlet egemenliğinin bu türden ağır ihlalleri gerçekleştirenler bakımından bir muhafaza oluşturamayacağı kabulünü de ortaya koymaktadır. Sonrasında BM Genel Kurulu'nun Nürnberg Mahkemesi Statüsü ile birlikte Nürnberg Yargılamalarını teyit etmesiyle uluslararası hukukta bu eğilim kabul görmüştür¹¹⁸⁶.

Bireylere uluslararası ceza hukukuyla getirilen sorumlulukların bireylerin uluslararası hukuktaki konumuna etki etmediğini savunan yazarlar da vardır. Bunlardan *Orakhelashvili*'ye göre ilgili devletin uluslararası suçları işleyen bireyleri yargılamaya istekli ya da muktedir olmaları durumunda bireyler doğrudan uluslararası hukuk uygulanarak cezalandırılmazlar¹¹⁸⁷. Uluslararası cezaî sorumluluğu uluslararası hukukta devletin sorumluluğunun bir parçası olarak değerlendiren yazara göre uluslararası ceza sorumluluğu devletlerin isteksiz yahut da güçsüz olmaları, ulusal mercinin yargılama yapmaması, durumunda uluslararası merciler önünde yargılanma söz konusu

¹¹⁸¹ Tezcan, Erdem, Önok, op. cit., s. 292-297.

¹¹⁸² BM GenK, Nürnberg Mahkemesi Statüsü Tarafından Tanınan Uluslararası Hukuk İlkelerinin Onaylanması, (A/RES/95/1), 11.12.1946.

¹¹⁸³ Nürnberg Uluslararası Askerî Mahkemesi, Alman Majör Savaş Suçluları Davası, 01.10.1946, s. 447 (55).

¹¹⁸⁴ Elif Uzun, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, 2003, ss. 25-48, s. 28.

¹¹⁸⁵ Nürnberg Uluslararası Askerî Mahkemesi, Alman Majör Savaş Suçluları Davası, 01.10.1946, s. 447 (55).

¹¹⁸⁶ BM GenK, Nürnberg Mahkemesi Statüsü Tarafından Tanınan Uluslararası Hukuk İlkelerinin Onaylanması, (A/RES/95/1), 11.12.1946. Tezcan, Erdem, Önok, op. cit., s. 293.

¹¹⁸⁷ Orakhelashvili, *The Position of Individual.*, s. 276.

olabileceğinden tamamlayıcı niteliktedir ve bu nedenle de bireylerin uluslararası hukuktaki konularından ziyade devlete yüklenen uluslararası sorumlulukların ihlalinin objektif sonuçlarına ilişkindir¹¹⁸⁸. Ona göre bireyin uluslararası cezaî sorumluluğu fiilin işlenmesinden değil, yetkisi altında fiillerin işlendiği devletin sorumluları yargılamamak suretiyle kendi uluslararası sorumluluğunu ihlal etmesinden kaynaklanır¹¹⁸⁹.

Orakhelashvili'nin görüşlerine katılmak iki bakımdan kanaatimize uygun düşmemektedir. Bunların ilki, bir yargılama merciinin tamamlayıcı nitelikte olmasının onun doğrudanlığına etki etmeyeceğidir, aslında bunun usûl hukukunda yer alan çifte yargılama yasağının (*non bis in idem*) ihlal edilmemesine ilişkin bir kabul olduğu ileri sürülebilirse de uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarını geliştirdikçe ulusal mahkemelerin vermiş olduğu kararları tekrar ele alabilir duruma geldiklerini görürüz¹¹⁹⁰. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 10. maddesinde ulusal mahkemelerin hakkında EYUCM tarafından yargılama yapılmış bir suçtan yargılama yapamayacaklarını, EYUCM'nin ise yerel mahkeme tarafından yargılanmış bir fiili ancak yargılamanın tarafsız ve bağımsız biçimde yapılmadığı, ilgili bireyi uluslararası cezaî sorumluluktan korumak için yapıldığı, adil yargılama yapılmadığı ve suçun adi suç olarak nitelendirdiği hallerde yargılayabileceğini düzenlemektedir. Yani uluslararası ceza yargılamasının tamamlayıcılığı uluslararası ceza yargısında yargılananı devletin bireyin fiilini yargılama konusundaki yetersizliği ya da isteksizliğine dönüştürmemektedir, uluslararası cezaî sorumluluk da birey tarafından fiilin işlendiği anda doğmuş bulunmaktadır.

Orakhelashvili'ye ikinci itirazımız ise uluslararası ceza hukukunu uluslararası sorumluluğun bir sonucu, görünümü olarak ele almasından ötürüdür. Uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğu, devletlerin hukukî sorumluluklarını düzenlemektedir. Devletlerin cezaî olarak sorumlu tutulması konusu uluslararası hukukta tartışılmış olsa da ceza sorumluluğuna sebep olan suç fiilinin kusur ile, kusurun da fail birey ile sıkı sıkıya bağlı kabul ediliyor olması devletlerin ancak hukuken sorumlu tutulabilmesini mümkün kılar. Uluslararası ceza hukukunda devlet suçları diye bir kavram

¹¹⁸⁸ Ibid, s. 275.

¹¹⁸⁹ Ibid, s. 272.

¹¹⁹⁰ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, md 10.: Nitekim Statü 9. maddesinde Divan ve ulusal mahkemeler arasında yarışan yetkiler olduğunu, ancak Divan'ın ulusal mercilerden davanın her aşamasında yetkinin kendisine devredilmesini talep edebileceğini de düzenlemektedir. Tezcan, Erdem, Önok, op. cit., s. 323.

tanınmadığından yazarlar bunu uluslararası suçlar olarak formüle ederler ve bireyin uluslararası cezaî sorumluluğunun hızlı gelişimi karşısında devletlerin uluslararası suçlardan sorumluluğu meselesini uluslararası ceza hukukunun bir parçası olarak, bireysel sorumluluk kapsamında, ele alma eğilimi ortaya çıkmıştır¹¹⁹¹. Taslak maddeler genel olarak bir devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünün ihlaliyle başka devletlere yahut da uluslararası toplumun tümüne karşı sorumluluklarını yerine getirmemesini düzenler. Taslak maddelerin lafzî düzenlenişi de bu savı destekler niteliktedir ve devletin uluslararası suçları işleyen kişileri cezalandırmaması halinde uluslararası sorumluluğunun doğacağına ilişkin bir düzenleme içermez. Bu hususun devlete atfedilmeye ilişkin 4-11 arasındaki maddelerden biri kapsamında değerlendirilmesi elbette mümkündür. Öte yandan taslak maddelerin içeriği itibarıyla uluslararası suçların 40 ve 41. maddelerde düzenlenen uluslararası emredici normların ağır ihlalleri kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Yine de bu başlık altındaki düzenleme diğer devletin bu türden bir ihlale dayalı durumu tanımaması, desteklememesi ve diğer devletlerin bu ihlallere ilişkin işbirliği yapmasını düzenlemektedir. Nihai olarak ve kanaatimizce de uluslararası ceza hukuku ile taslak maddelerin en açık ilgili kısmı 58. maddede yer alan bir devletin ihlal durumundaki fiilinden sorumlu tutulmasının, devlet adına hareket eden bireyin uluslararası hukuka göre bireysel sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ifadesidir. Bu hükümle hem uluslararası haksız fiil hem de uluslararası suç oluşturan fiillerin sorumlularının fiillerinin devlete isnat edilebilmesi halinde devletlerinin uluslararası haksız fiilden bireylerin ise uluslararası suçtan sorumlu tutulması gerekecektir. Aslında uluslararası cezaî sorumluluk uluslararası suç teşkil eden fiilin işlenmesiyle doğmaktadır, bu suçun failinin yargılama yetkisine girdiği herhangi bir devlet tarafından yargılanması usûl hukukuyla ilgili bir durumdur. Devletin sorumluluğunun bu yargılama ile bir ilgisi - uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarını ihlal etmiyorsa- kanaatimizce bulunmamaktadır. Nitekim Roma Statüsü de giriş kısmında devletlere uluslararası suç işleyenler üzerinde yargı yetkilerinin bulunduğunu hatırlatmakla yetinmekte, yargılama yapılmamasını özel olarak bir sonuca bağlamamaktadır. Ancak kendimizle çelişmemek adına belirtelim ki Roma Statüsü 25. maddesinde zaten devletlerin değil bireylerin

¹¹⁹¹ Eric Wyler, León Arturo Castellanos-Jankiewicz, "State Responsibility and International Crimes", *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas, Nadia Bernaz, New York: Routledge, 2011, ss. 385-400, s. 394-5.

sorumluluklarını düzenlemektedir. Hem faillik görünümüne hem de bireylerin uluslararası suçlardan sorumlu tutulacaklarına ilişkin bu hükümde de Taslak Maddelerin 58. maddesindeki düzenlemenin paraleli bulunmaktadır. Buna göre, bu statüde yer alan bireyin cezaî sorumluluğuna ilişkin hiçbir hüküm devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğunu etkilemeyecektir. Doktrinde sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin varlığının devlet ve birey sorumluluklarının birbirinden ayrılmasının garantisini oluşturduğu¹¹⁹² kabul edilir. Devletlerin uluslararası sorumluluğu ile bireylerin uluslararası ceza hukukundan kaynaklanan sorumluluğu aynı sorumluluklar ya da birbirine alternatif sorumluluklar değildir, aralarında bir bağlantı bulunsa da -ki bu iki sorumluluğun esasını oluşturan fiillerin bağlantısından kaynaklanır- birbirinden ayrı sorumluluklardır; uluslararası alanda cezasızlıkla mücadele ve devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranmaları amaçlarını yerine getirmeye çalışırlar¹¹⁹³. Biri bunu bireysel düzeyde yaparken diğeri devlet düzeyinde yapmaktadır.

Belirttiğimiz gibi aynı fiille hem bireylerin hem de devletlerin uluslararası sorumluluklarının doğmayacağını savunmamaktayız. Aksine devletin bir uluslararası suçtan sorumluluğuna uluslararası hukukta bağlanan sonuçlar ile bireyin ilgili suçuna uluslararası hukukta bağlanan sonuçların farklı şeyler olduğunu ortaya koyma gayretindeyiz. Yani aynı fiil birey bakımından farklı, devlet bakımından da farklı bir hukukî nitelendirmeye tâbi tutulmaktadır. İlk durumda sorumluluk bir uluslararası suçtan ikinci durumda ise bir haksız fiilden kaynaklanır. Uluslararası hukukta hem devlet hem de birey aynı olgusal durumdan sorumlu tutulabilecektir, ancak bu olgusal durum devlet bakımından giderim yükümlülüğünün doğmasıyla birey bakımından ise cezalandırılmayla sonuçlanır¹¹⁹⁴. Yani sorumluluklar sonuçları itibarıyla birbirinden farklıdır.

Devletlerin sorumluluğu ve uluslararası suçların birbirinden ayrılması konusunda Taslak Maddeler'in ilk taslağında devlet faillğine, uluslararası suçlardan

¹¹⁹² Beatrice I. Bonafé, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 205.

¹¹⁹³ *Ibid*, s. 210-217.

¹¹⁹⁴ Wyler, Castellanos-Jankiewicz, *op. cit.*, s. 395.

devletin sorumlu tutulmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı¹¹⁹⁵. O zamanki 19. maddede yer alan bu düzenlemeye göre uluslararası toplumun aslî çıkarlarının korunmasında esaslı öneme sahip uluslararası yükümlülüklerin ihlaline uluslararası bir haksız fiiliyle sebep olan devletin fiili uluslararası topluma karşı işlenmiş bir suç, uluslararası suç olarak kabul edilecektir. Aynı maddenin 4. fıkrasında, 2. fıkradaki düzenlemeye göre uluslararası suç oluşturmeyen bir eylemin uluslararası bir kusurlu eylem olduğu kabul edilmektedir. Uluslararası kusurlu eylem maddede, uluslararası suç oluşturmeyen eylemler olarak negatif bir biçimde ifade edilmiş¹¹⁹⁶ ve uluslararası suçtan ayrılmıştır. 19. maddenin 3. fıkrasında düzenlemenin aydınlatılması için uluslararası suç teşkil edecek eylemlerin ne tür sonuçları olduğu belirtilmiştir; bunlar uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında esaslı öneme sahip olan yükümlülüklerin ihlali, self determinasyon hakkının teminine ilişkin esaslı yükümlülüklerin ihlali, insanın korunmasına ilişkin esaslı yükümlülüklerin ihlali ve çevrenin korunmasına ilişkin esaslı yükümlülüklerin ihlalidir. Ancak bu fıkroda sayılanlar birbirinden bağımsız hususları düzenliyor olmaları, tanımlama işlevini karşılamıyor oluşları, uluslararası hukukun hangi kurallarına ilişkin olduklarının belirlenemiyor olması nedenleriyle güçlü eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır¹¹⁹⁷. Bu eleştirilere ek olarak düzenlemenin dilinin müphem oluşu ve içeriğinin belirsizliği dolayısıyla uluslararası sorumluluk hukukunun birincil kuralları ile bu taslakta düzenlenen ikincil kuralları arasında bir uyumsuzluğa sebep olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁹⁸. Eleştirilere bu noktada katılmamak imkansızdır, zira uluslararası cezaî sorumluluğu doğurabilecek sonuçlar örneklenmek maksadıyla sayılmıştır ki bu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde rastlanmayan bir yöntemdir. Bunun yanında suç fiillerinde belirlilik sağlanmayıp herhangi bir fiil ile ihlal edilebilecek uluslararası hukuk kuralları sayılmıştır, ki bu yöntem uluslararası ceza hukuku kapsamındaki bir düzenlemeye kanaatimizce de uygun değildir ve hukukî belirliliği sağladığı¹¹⁹⁹ söylenemez. Bu haliyle düzenlemenin suç fiillerini değil, bunların yol açtığı sonuçları, cezalandırmayı hedeflediği söylenebilecektir. Öte yandan devletlerin birbirlerini yargılayamayacağı ve bir devletin

¹¹⁹⁵ BM UHK, Draft Articles on State Responsibility with Commentaries thereto adopted by the International Law Commission on First Reading, (A/51/10 and Corr.1), 1996, s. 105.

¹¹⁹⁶ BM UHK, First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, (A/CN.4/490), 1998, s. 10, p. 47.

¹¹⁹⁷ Ibid, s. 10-11, p. 46.

¹¹⁹⁸ Georges Abi-Saab, "The Uses of Article 19", *EJIL*, C. 10, S. 2, 1999, ss. 339-351, s. 342.

¹¹⁹⁹ Erkiner, Uluslararası Sorumluluk, s. 66.

cezaî yargılamaya tâbi tutulabilmesi için üstün kamu otoritesinin bulunması gereği de devlet suçlarının uluslararası alanda yargılanmasının önündeki engeller arasındadır¹²⁰⁰.

Söz konusu 19. maddenin varlığı *Crawford*'a göre devletlerin uluslararası cezaî sorumluluğuna ilişkindir ve hukukî sorumluluğu düzenleyen bu metinle bağdaşmamaktadır; ancak taslak metnin hazırlayıcıları, *Ago* ve diğer komisyon üyeleri, tarafından bu düzenlemenin uluslararası suçlardan ziyade devletlerin ağır ihlallerini yahut da uluslararası ağır sorumluluk hallerini düzenlemeye çalıştığı belirtilmiştir¹²⁰¹. Uluslararası suçlardan sorumluluk uluslararası hukukun gelişimi bakımından büyük bir adım olmakla birlikte taslak maddeler ile örtüşmediği ve bu düzenlemelerin mevcut sistemde göreceği işlevi görmeye muktedir 40. maddenin metinde bulunması nedenleriyle 19. madde Taslak Maddelerden çıkarılmıştır¹²⁰². Günümüz uluslararası hukuku bakımından devlet sorumluluğunu hem hukukî hem de cezaî sorumluluğu kapsar biçimde ele almak, “devlet suçları”na karşılık gelecek bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle isabetli olmamaktadır¹²⁰³. Kanaatimizce de devletin uluslararası cezaî sorumluluğu ile taslak maddeler arasında amaçsal bir birlik bulunmaz ve daha önce de belirtildiği üzere, devletlerin uluslararası cezaî sorumluluğu, klasik manada cezaî sorumluluğun devletler üzerinde doğması, ceza hukukunun ilkeleriyle de uyuşmamaktadır. Bu doğrultuda devletin uluslararası sorumluluğu, hukukî sorumluluk olarak ortaya çıkmıştır¹²⁰⁴.

Uluslararası ceza hukuku kapsamındaki ihlallerin yargılandığı mercilere gelindiğindeyse belirtmek gerekir ki bu yargılamalar tek tür mahkemelerde gerçekleşmezler, kimi zaman olaya özgü kurulmuş olan *ad hoc* mercilerde kimi zaman UCM’de kimi zaman karma mahkemelerde ve kimi zaman da ulusal ceza mahkemelerinde görülürler. *Bonafé* bu çeşitliliğin uluslararası hukuk düzeni tarafından uluslararası suçların soruşturulmasını kurumsallaşma ve ademimerkeziyetçilik yollarıyla güvence altına aldığını belirtir ve iki sonucu olduğunu ortaya koyar: ilkinde göre tüm uluslararası toplum adına suçun kovuşturulması güvence altındadır, ikincisine

¹²⁰⁰ Ibid.,

¹²⁰¹ BM UHK, First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, (A/CN.4/490), 1998, s. 23, p. 93.; *Abi-Saab*, op. cit., s. 351.

¹²⁰² BM UHK, First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, (A/CN.4/490), 1998, s. 23, p. 94-95.

¹²⁰³ Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 2. b, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 37.; Erkiner, *Uluslararası Sorumluluk*, s. 227.

¹²⁰⁴ Erkiner, *Uluslararası Sorumluluk*, s. 230.; Uzun, *Devletin Sorumluluğu*, s. 36-37.

göre ise uluslararası cezaî sorumluluk devletin sorumluluğunu tespit etmeye çalışan mercilerden farklı mercilerce kurulmaktadır¹²⁰⁵. Öte yandan uluslararası bir yargı merciinde bireylerin yargılanabilmesi konusunda *Nørgaard* öncelikle ilgili mahkemenin uluslararası bir mahkeme olup olmaması bakımından bir teste tâbi tutulması gerektiğini belirtir ve birden fazla devlet tarafından uluslararası bir anlaşma ile kurulmuş, tek bir devletin yargısının parçasını teşkil etmeyen, uluslararası hukuku uygulayan -uluslararası yargı yetkisi bulunan- mercilerin uluslararası bir mahkeme olabileceklerini ifade eder¹²⁰⁶. Bu durumda Nürnberg Yargılamaları'nın uluslararası bir mahkemede yapıldıkları kabul edilmektedir. Mahkemelerin uluslararası bir yargı yeri olduğunun tespitinden sonra bunların statülerinde yer alan düzenlemelerle bireylerin uluslararası hukukta yükümlülük ve sorumluluk altına girebildiklerini tespit ederek uluslararası hukukun öznesi olduklarını ortaya koymaktadır¹²⁰⁷.

Bireylerin uluslararası hukukta haklara sahip olup olmamalarının değerlendirilmesi onların uluslararası hukuk kişiliklerinin tespiti bakımından ilk ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası ceza hukuku kapsamında düzenlenen suçlardan bu suçları işleyen bireylerin sorumlu tutulması ise bireylere uluslararası hukukta sorumluluk yüklemektedir. Zira cezaî yükümlülükler uygun davranılmaması halinde uluslararası bir merci tarafından uluslararası hukuk normları çerçevesinde yargılama yapılacaktır. Bireyin kendi devletinin bu konuda tek etkinliği UCM statüsüne taraf olmaksada, her zaman bu gerekli değildir¹²⁰⁸. Öte yandan uluslararası ceza mahkemelerinde yargılanıyor olmalarının, yani uluslararası cezaî yükümlülükler altına girmelerinin yanı sıra bireylerin uluslararası yargılama süresince bazı prosedürel taleplerde bulunabilmelerinin de uluslararası ceza hukuku bakımından hukuk kişiliklerini ortaya koyduğu belirtilir¹²⁰⁹.

Uluslararası hukukta yükümlülükler sahip olmak ve bu yükümlülüklerin ihlalinden sorumlu tutulabilmek uluslararası hukuk kişisi olmanın bir ölçütü olarak ele alındığında bireylerin uluslararası ceza hukukunda uluslararası hukukun kişisi olduklarını söyleyebiliriz. Bazı yazarlar uluslararası hukuku alt başlıklara ayırarak

¹²⁰⁵ Bonafé, op. cit., s. 16-17.

¹²⁰⁶ Nørgaard, op. cit., s. 182, 196.

¹²⁰⁷ Ibid, s. 196.

¹²⁰⁸ UCM Statüsü, md. 12 ve 13.

¹²⁰⁹ bkz Kenneth S. Gallant, "Criminal Defence and the International Legal Personality of the Individual", *Revue québécoise de droit international*, Hors-série 2010, ss. 75-90, özellikle; s. 83.

bireyin uluslararası ceza hukuku bakımından uluslararası hukukun kişisi olduğunu ileri sürse de *Nørgaard* burada bireylerin uluslararası hukukun öznesi olduklarını ifade etmiştir¹²¹⁰ Kişiliğe sahip olma ve özne olma bakımından yapılan ayrımların değerlendirilmesini ve kişiliğe sahip olma ve özne olmaya ilişkin yapılacak değerlendirmenin uluslararası hukuku bölümlere ayırmak suretiyle mi yapılması gerektiğini çalışmamızın ilerleyen bölümlerine bıraksak da belirtmek gerekir ki uluslararası ceza hukukunda yükümlülüklerin öznesi olmanın uluslararası hukukta da yükümlülüklerin öznesi olmak ile eş değerde bir sonucu bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

Uluslararası ceza hukuku çerçevesinde bireylerin cezaî sorumluluk altına girmiş olmaları uluslararası hukuk kişiliğinin *a priori* mi yoksa *a posteriori* mi olduğunu tartışmaya açmaktadır¹²¹¹. Ceza hukukunda cezaî sorumluluk yalnızca bireyler üzerinde doğabileceğinden bu tartışma olağandır, zira uluslararası ceza hukuku kavramının varlığı uluslararası alanda bireyin cezaî yükümlülüklerini varsaymaktadır. Çalışmada atıfta bulunduğumuz yazarlar bu konuda uluslararası teamül hukukunun dayanak olarak alınmasından bireyci yaklaşımın benimsenmesine kadar farklı anlayışların olabileceğini ileri sürmüştür¹²¹². Uluslararası ceza yargılamasının yapıldığı yargı yerleri çok çeşitlidir, özellikle UCM'nin kurulmasına kadarki süreçte *ex post facto* ve *ad hoc* nitelikli yargı yerlerinde uluslararası ceza yargılamaları yapılmıştır ve bu nedenle de uluslararası cezaî sorumluluğun tesis edildiği zamana göre değerlendirme yapılması gerekli olmuştur. Bu dayanaklar da bireylerin uluslararası cezaî sorumluluğunun uluslararası hukukta kabul edilmiş bir husus olması ile normun ihdas edildiği anda *a posteriori* bir usulle kurulmuş olmasını içermektedir.

C. GENEL DEĞERLENDİRME

Bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini tartışmaya ayırdığımız çalışmamızın bu kısmında öncelikle bireylerin uluslararası hukuktaki konumunu açıklamaya çalışan teorileri ele aldık. Bunlar yalnızca bireylerin uluslararası hukukun kişisi olduğunu kabul eden, hem bireyin hem de devletin uluslararası hukukun kişisi olduğunu kabul eden ve yalnızca devletleri uluslararası hukukun kişisi kabul eden teoriler olarak üç başlık

¹²¹⁰ Nørgaard, op. cit., s. 196.

¹²¹¹ Kjeldgaard-Pedersen, Legal Personality of Individual, s. 151.

¹²¹² Ibid, s. 152-3.

altında toplanmaktaydı. Bu konuyu çalışan yazarlar birbiriyle tamamen örtüşen görüşlere sahip olmasalar da bireyin uluslararası hukuktaki konumuna ilişkin temel yaklaşımlarıyla bu başlıklar altında toplanabilmektedirler.

Uluslararası hukuk kişiliği konusundaki esas çıkarımlarımızı son bölüme bırakmış olsak da bu başlık altında teorilerden sonra uluslararası hukukta bireyin konumunu belirlememize yardım eden tarihsel gelişmelerden söz etmeye çalıştık. Bireylerin 20. yüzyılın başlarından itibaren artan bir biçimde uluslararası hukukta haklara ve yükümlülükler sahip olduklarına değindik. Bu haklar ve yükümlülüklerin bireyler tarafından ya da onlar aleyhine doğrudan, ulusal hukuk ya da vatandaşı olunan devlet müdahalesi olmaksızın, uygulanıp uygulanmayacağına yönelik tartışmaları aktarmaya gayret ettik. Uluslararası hukukta bireyi muhatap alan normlar arasında ona doğrudan haklar ve yükümlülükler getirenler genellikle insan hakları, ceza hukuku, uluslararası ekonomik hukuk gibi alanlar olmaktadır. Bu alanlarda haklara ve yükümlülükler sahip olarak hukuk kişisi olan bireyin uluslararası hukukun geneli bakımından hukuk kişisi kabul edilip edilmeyeceği tartışmalarını da son bölümümüze bırakıyoruz.

Bireylerin uluslararası hukuktaki konumları hakkında tarihsel gelişmeler başlığında yaptığımız açıklamalar doğrultusunda belirtmek gerekir ki devlet yöneticilerinin ve halkların uluslararası hukukun kişisi olarak kabul edildiği noktadan, bazı devletler dışındaki hiçbir birime uluslararası hukuk kişiliği tanınmayan 19. yüzyıldan geçilerek, tekrar bireylerin uluslararası hukukun kişisi kabul edildikleri noktaya dönmüştür. Ancak bu aşamada bireyin hukuk kişiliği salt teorik değil pratik bir anlama da sahiptir. Devletin soyut kişiliğinin ortaya konması ve uluslararası andlaşmalara devletin yöneticisi konumunda bulunan egemenin değil aslında devletin taraf olduğu anlayışının öncesinde bireylerin uluslararası hukukta bugünkü anlamıyla özne olduklarını iddia etmemekteyiz. Söz konusu dönemin uluslararası hukuk anlayışının bu dönemdekinden farklılığı uluslararası hukukun gelişiminin çağın ve uluslararası toplumun gerekleri ile hukuk anlayışı doğrultusunda gelişim gösterdiğini de ortaya koymaktadır. Bu nedenle de devletin oluşumu ve uluslararası hukuktaki konumu, uluslararası hukuk kişiliği anlayışına ve bireylerin uluslararası hukuktaki konumlarına doğrudan etki etmektedir. Bireyler ve devletler arasındaki, kamu hukuku temelli farklılıklarla ilişkin bireylerden farklı olarak devletlerin başlı başına bir amaç oluşturmadığı

(*end in itself*), bu nedenle de haklara değil yetkilere sahip olduğu¹²¹³ belirtilir. Bireyin uluslararası alandaki hakları yahut yükümlülüklerinden bağımsız biçimde nihaî özne olarak benimsenmesinin onu pozitif anlamda hakların ve yükümlülüklerin kullanıcısı yapmamış olduğu gibi devlet de hâlâ uluslararası alanın en etkili birimi ve kişisidir. Devletin uluslararası hukuk kişiliğinin devlet dışı birimlerin kişiliklerine önceliğinin devletlerin ülke ve insanlar üzerinde sahip oldukları otorite ve güçten kaynaklanan pratik ve amaçsal bir yaklaşım olduğunu savunan yazarlara katılmaktayız¹²¹⁴.

Trindade, bireyin uluslararası hukuk kişiliğine karşı çıkmak için onu devletle kıyaslayan ve devletin elindeki, andlaşma yapmak gibi, araçlara sahip olmamasını hukuk kişiliğinin bulunmamasının ispatı olarak ileri süren yaklaşımlara ulusal hukuklardaki hukuk yapım sistemine de bireyin her zaman dahil olamadığı ancak bu durumun bireyin ulusal hukuklardaki kişiliğine etki etmediği üzerinden cevap verir¹²¹⁵. Bu türden bir kıyaslamanın sonuçları kanaatimize uygun olsa da hukuk kişiliği ile hukuk yapımına katılma arasında bir bağın bulunması, özel olarak da uluslararası hukukta hukuk kişiliği kavramının anlaşılabilmesi için devlet ile diğer özneler arasında yapılan kıyaslamalar kanaatimizce doğru işlememektedir. Bunun iki farklı nedeni bulunmaktadır. İlki ulusal hukuk ile uluslararası hukukun düzenlediği ilişkiler ve örgütlenme biçimleri bakımından farklı oluşudur. İkincisi ise uluslararası hukukun kaynakları göz önünde bulundurulduğunda devletin konumunun bunları yapan birim ile bunlara tâbi olan birim olarak birbirinden ayrılması gerektiğidir. Ulusal hukuklarda da devletin uygulanacak hukuk bakımından belirleyiciliği aynı olsa da kanaatimizce iki hukuk alanının örgütlenme biçimindeki farklılık bu ayrımı gerekli kılmaktadır. Ulusal hukuklarda devletin denetlenmesinin araçları, uluslararası hukukta devletlerin denetlenmesine yönelik araçlardan çok daha gelişmiştir. Sonuç olarak devletin uluslararası alandaki çift karakterinin göz önünde bulundurulması gerekir zira iki durum da farklı sonuçlar bağlanan statülere denk düşmektedir.

Uluslararası normların yapımına katılma konusunda artık büyük bir çeşitliliğin varlığından söz etmek mümkündür. *Trindade*'ye göre bireyler ve hükümetler dışı

¹²¹³ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 112.

¹²¹⁴ Nehal Bhuta, "The Role International Actors Other Than States can Play in the New World Order", *Realizing Utopia: The Future of International Law*, ed. Antonio Cassese, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 61-75, s. 64.

¹²¹⁵ Trindade, *International Law for Humankind*, s. 221.

uluslararası örgütler *opinio juris communis*in oluşumunda etkili bir role sahip olmaya başlamışlardır, BM Dünya Konferanslarına katılmaları, uluslararası mahkemelerdeki davalarda mahkemenin dostu (*amicus curiae*) olarak yer almaları, andlaşma hazırlama süreçlerine katkı sağlamaları buna örnek olarak verilmektedir¹²¹⁶. *Peters*'a göre de uluslarüstü düzeyde iş yapan uluslararası işletmelerin, hakemlik mahkemelerinin, hükümetler dışı örgütlerin uluslararası alanda faaliyet göstermeleri ve hükümetler dışı örgütlerin uluslararası andlaşmaların yaptıkları konferanslara katılmaları ile ikincil hukuku yapan uluslararası örgüt ve mercilere dahil edilmeleri uluslararası normların oluşumuna devlet ve uluslararası örgüt dışı birimlerin dahil olması eğilimini başlatmıştır¹²¹⁷. Uluslararası alanda norm yapımına katılım bakımından bir başka örnek olarak ulus aşırı şirketlerin, ki aslında bir devletin iç hukukuna tâbi olarak kurulmuş iç hukuk tüzel kişisi olmaktadır, yarı uluslararası ya da ulus aşırı sözleşmeler yoluyla devletler ile hukukî ilişkiler kurabilmeleri, iki taraflı da olsa, verilebilecektir¹²¹⁸.

Uluslararası ekonomik hukuk bir üst başlık olarak ele alınıp sınır aşan ekonomik ilişkileri kapsar biçimde anlaşılmakta, genellikle uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası yatırım hukuku olarak da ikiye ayrılmaktadır¹²¹⁹. Bu iki alan arasındaki ayırımın temelinde üstlenilen ticarî riskin boyutu ve ticarî riskin sürece yaygın etkisi bulunur ve uluslararası yatırım hukukunda bireylerin uluslararası hukuk kişiliği, uluslararası ticaret hukukunda bireye tanınan sınırlı alan nedeniyle, daha fazla öne çıkmaktadır¹²²⁰. Uluslararası alandaki tarihi oldukça gerilere götürülebilecek uluslararası ekonomik hukukta her zaman bireyin hukuk kişiliği kabul edilmemiştir. Devletlerin özel şirketler ile girdikleri ticarî anlaşmaları düzenleyen sözleşmelerin uluslararası bir niteliğinin bulunup bulunmadığı konusunda USAD, 1929 tarihli Sırp Borçları olarak bilinen kararda devletler arasında imzalanmış olmayan sözleşmelerin bir devletin ulusal hukukuna tâbi olacağını belirtmiştir¹²²¹. Ancak zamanla yargı kararlarının bireylerin durumuna dair vardıkları sonuçlar değişmiştir¹²²².

¹²¹⁶ Ibid, s. 222-223.

¹²¹⁷ Peters, Beyond Human Rights, s. 544-545.

¹²¹⁸ Ibid, s. 546.

¹²¹⁹ Kjeldgaard-Pedersen, Legal Personality of Individual, s. 194.

¹²²⁰ Ibid, s. 195.

¹²²¹ USAD, Fransa'da Kesilmiş Çeşitli Sırp Borçlarının Ödenmesi Hakkında Dava, Fransa v. Sırp Krallığı Hükümeti, 12.07.1929, s. 41.

¹²²² Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libya Arap Cumhuriyeti Hükümeti, Hakem René-Jean Dupuy, 19.01.1977; Julien Cantegreil, "The Audacity of

Texaco/Calasiatic kararında Libya Devletinin sözleşme ilişkisi içinde olduğu birimi uluslararası hukukun bir kişisi olarak tanıma kapasitesinin kullanıldığı belirtilmektedir¹²²³. Bu örnekler doğrultusunda uluslararası ticaret hukukunun uygulamasında hukuk kişiliği bakımından en başından bir standardın bulunduğu söylenemeyecektir. Nitekim klasik anlamda yalnızca devlet yaklaşımının uygulandığı Sırp Borçları Davası'ndan farklı olarak Texaco/Calasiatic Kararı'nda Libya'nın birlikte sözleşme imzaladığı şirketi tanımak suretiyle sözleşmeyi uluslararası alana taşıdığı, yalnızca devlet yaklaşımının tanıma kavramı dahil edilerek uyarlanmış versiyonunun uygulandığı belirtilmektedir¹²²⁴. Uluslararası yatırım hukukunda ise bireylerin konumunu değerlendirebilmek için Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Sözleşmesi'nin 25. maddesi önemlidir. Buna göre ICSID'in yetkisine andlaşmaya taraf bir devlet ile başka bir taraf devletin vatandaşları gerçek ve tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar girmektedir. Böylelikle *Kjeldgaard-Pedersen*'e göre yatırımcıların haklarının andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin genel ilkeler doğrultusunda yatırım andlaşmasının yorumlanmasıyla kararlaştırılmasının hem hakem kararları hem de doktrin tarafından destek bulması *a posterior* yaklaşımın uygulandığının göstergesi olmaktadır¹²²⁵.

Uluslararası insancıl hukuk bakımından bireyin konumunun değerlendirilmesinde özellikle 1864, 1906, 1929 tarihli ilk sözleşmelerde bireysel hakların ve yükümlülüklerin bulunmadığını, taraf devletlere belirli bir muamele standardının sağlanması yükümlülüğü getirildiğini belirtmiştik. Ancak 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları'nın bu konuda öncülleri kadar kesin bir içeriğe sahip olmadığı, andlaşma hükümlerinin yorumlanması sonucunda bireylerin haklarını düzenledikleri sonucuna ulaşıldığı belirtilir¹²²⁶. *Trindade*, Cenevre Sözleşmeleri'nde yer alan insancıl hukuk düzenlemelerinin bireyi uluslararası hukukun basit bir konusu olarak değil uluslararası hukukun öznesi olarak ele aldığını ifade eder¹²²⁷. Eğer

the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law", *EJIL*, C. 22, S. 2, 2011, ss. 441- 458, s. 454.; Sandline International Inc. v. Papua Yeni Gine, 09.10.1998, *International Law Reports*, C. 117, 2000, ss. 552-565: Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 198.

¹²²³ Cantegreil, op. cit., s. 454.

¹²²⁴ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 227-8.

¹²²⁵ Ibid, s. 228.

¹²²⁶ Ibid, s. 133.

¹²²⁷ Trindade, *The Access of Individuals*, s. 3-4.

uluslararası hukuk kişiliğini veren uluslararası hukuk normları tarafından doğrudan işaret edilmek veya uluslararası hukuk normlarıyla kendisine ait hakların ve yükümlülüklerin düzenlenmesi ise Cenevre Sözleşmeleri, özellikle kimi maddelerinde bireyleri doğrudan muhatap almak suretiyle bireylerin uluslararası hukuk kişiliğinin bir göstergesi olabileceklerdir. Uluslararasılaşmamış silahlı çatışmalar hukukunun gelişimi ise devletler dışındaki birimlerin hukuk kişiliği bakımından önemlidir, zira savaştan statüsünün tanınması ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının uluslararasılaşmamış silahlı çatışmalara da uygulanabilecek olması bu alanda hukuk kişiliği bakımından *a posteriori* yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır¹²²⁸. Uluslararası hukuk kişiliği bakımından açık bir düzenleme getirilmemiş olsa da uluslararası insancıl hukuktaki bireylere etkinlik sağlayan örneklerin uluslararası hukuk kişiliği teorisini dönüştüren bir etkiye sahip oldukları, birey ve daha çok da birey topluluklarının uluslararası normların sadece faydalanıcıları değil uluslararası hukukun gerçek öznelere olarak anlaşılmasını sağladığı görülmektedir¹²²⁹.

Özü itibarıyla devletler arasındaki uzlaşmadan kaynaklansalar da uluslararası andlaşmalar aracılığıyla bireylerin artık uluslararası hukukta işkence yasağından self determinasyona kadar değişken bir yelpazede müstakil haklarının düzenlendiği belirtilir¹²³⁰. Bu paralelde *Koskenniemi*'ye göre, “*Kendi egemenliklerini sınırlandıran insan haklarını belirlerken ve onlara rıza gösterirken devletler insan haklarını tanımlamak, sınırlandırmak ve kontrol altına almak suretiyle uygulanmalarını kendi isteğine uydurmakta ve bu hakların doğduğu kaynağın devletin otoritesi olduğunu onaylamaktadır.*”¹²³¹. Bireylere uluslararası alanda tanınan haklar ile devletler arasındaki ilişki bir kaynaklık ilişkisi olarak tesis edilmiştir, devletler nasıl ki uluslararası hukuka kaynaklık etmekte iseler bunun bir parçası olarak uluslararası insan hakları düzenlemelerine de kaynaklık ederler. Buradaki ifadelerin uluslararası insan hakları andlaşmalarıyla bireyin hukuk kişiliğinin tanıma yahut da uyarlanmış yalnızca devlet anlayışı çerçevesinde ortaya konduğunu savunduğu anlaşılmaktadır.

¹²²⁸ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 133.

¹²²⁹ Trindade, *International Law for Humankind*, s. 223.

¹²³⁰ McCorquodale, *The Individual*, s. 286.

¹²³¹ Martti, Koskenniemi, “The Future of Statehood”, *Harvard International Law Journal*, C. 32, S. 2, 1991, ss. 397-410, s. 406.

Uluslararası hukuk uygulamasında ve pozitif uluslararası hukukta bireyin hukuk kişiliğine ilişkin atıfları değerlendiren *Kjeldgaard-Pedersen*'e göre LaGrand kararı bir dönüm noktasıdır; 2001 tarihinde UAD tarafından verilen bu kararda Divan, ABD makamlarının hem Almanya'nın hem de LaGrand kardeşlerin haklarını ihlal ettiğini belirtir¹²³². Böylelikle Divan bireylerin uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarının insan hakları ile sınırlı olmadığını teyit etmiş olmaktadır¹²³³. Uluslararası alanda bireylerin haklarının sadece insan hakları alanında düzenlenebileceği yalnızca devlet anlayışının bir yansıması olarak ele alınmıştır¹²³⁴. Nitekim LaGrand kararında görüleceği üzere bireylerin hakları yalnızca insan hakları alanındaki andlaşmalardan kaynaklanmaz, *Crawford*'a göre ise "İnsan hakları andlaşmaları uluslararası alandaki birey haklarının bir alt kümesi görünümündedir."¹²³⁵. Devletler insan hakları alanında olmayan birey haklarına ve yükümlülüklerine ilişkin andlaşmalar yapabileceklerdir; Danzig Mahkemeleri'nin Yargı Yetkisi Kararı'nda USAD Beamtenabkommen'in metnine ek olarak tarafların iradelerine, andlaşmanın genel tabiatına ve tarafların sonraki tutumlarına dayanmışken bu karardan yaklaşık 75 yıl sonra LaGrand Kararı'nda Divan yalnızca Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin metnine dayanarak bu kararı vermiştir¹²³⁶. Geçen zamanda uluslararası andlaşmalarla bireylere haklar ve yükümlülükler getirilebileceği yerleşik bir kabul haline gelmiştir, diyebiliriz. Bu haklar insan hakları alanında olabileceği gibi bu kapsamda olmayan haklar da olabilecektir.

Doktrinin büyük çoğunluğu uluslararası hukuk kişiliğini veren uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olma yeterliliği olduğunu belirtir. Kimi yazarlara göre yalnızca sübjektif haklar üzerinden bireyin uluslararası hukuk kişiliğini belirlemek uluslararası hukuka özel hukuk benzetmesi yapmak, ona özel hukuk perspektifinden yaklaşma sonucunu doğurmaktadır, ancak devletleri uluslararası hukukun özgün öznesi kabul etmek ve devletler dışındakileri birimleri türeme, kısmî kişi kabul etmek kamu hukukuna daha uygun bir yaklaşım olmaktadır¹²³⁷. İster kamu hukukuna uygun olduğu kabul edilen yaklaşım doğrultusunda isterse de özel hukuk

¹²³² UAD, LaGrand, Almanya v. ABD, 27.06.2001, p. 77.

¹²³³ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 57.

¹²³⁴ *Ibid*, s. 71.

¹²³⁵ James Crawford, "International Law as an Open System", *International Law as an Open System Selected Essays*, ed. James Crawford, Londra: Cameron May Ltd, 2002, ss. 17-38, s. 29.

¹²³⁶ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 74-5.

¹²³⁷ Krivenko, *op. cit.*, s. 143-144.

benzetmesi üzerinden olsun bireylerin uluslararası alanda haklarının ve yükümlülüklerinin bulunması onları uluslararası hukukun kişisi yapmaktadır. Bunun kısmî veya tam olmasının kanaatimizce kişiliğin varlığına bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim *Peters*'ın savunduğu uluslararası hukuka anayasalcı yaklaşıma göre hukuk düzenindeki özneler kısmî ya da türeme ve tam özneler biçimindeki dikotomik yaklaşım uluslararası hukukun yapıcısı olarak devletler ve devlet dışı, yeni özneler arasındaki ayrımı somutlaştırmaya yaramaktadır; ancak uluslararası hukukun anayasal bir anlayışla değerlendirilmesinde bir kez sistem kurulduktan sonra özneler arasındaki ayrım ortadan kalkacaktır¹²³⁸.

Devlet ve diğer birimlerin uluslararası hukuk kişilikleri konusunda *Parlett*'ın yapmış olduğu ayrım şöyledir: otonom özneler, adından da anlaşılacağı gibi öznelikleri kendilerinden başka bir birime bağlı olmayan, bağımsız özneler iken; pasif özneler ise uluslararası hukukta sınırlı ve pasif bir kapasiteye, yeterliliğe sahip olan özneleri ifade ederler¹²³⁹. Bunların ilkinin kendi hakları, yükümlülükleri ve kapasitesi üzerinde tasarruf imkanı bulunmaktadır, bu haklar, yükümlülükler ve kapasite otonom öznenin rızası ile ona tanınır, ancak pasif öznelerin iradesi bunların hakları, yükümlülükleri ve kapasitesine etki etmez; sadece otonom özneler diğer birimlerin işlev ve kapasitelerinin belirlenmesinde, bunların yetkilendirilmesinde kontrole sahiptir¹²⁴⁰. Otonom öznelerin devletler, pasif öznelerin ise devletler dışındaki birimler olduğu anlaşılıyor olsa da yazar ikisinin de özne olduğu fikrindedir. Bu durumda yazara göre kişiler, özneler kendi içinde kategorilere ayrılmaktadır; ancak kategorilerin varlığı ve bir öznenin sahip olduğu haklar, yükümlülükler, kapasite bakımından üstünlüğü diğerlerinin kişiliğini etkilememektedir.

Hukuk kişiliği, sosyal yapının esasa ilişkin tercihidir, sonrasında hukuk tarafından düzenlenir; haklara ve yükümlülüklere sahip olmayı içeren pasif bir hukuk kişiliği olabileceği gibi hukuk kurallarının yapımında rol oynamayı içeren aktif bir niteliği

¹²³⁸ Anne Peters, "The Membership in the Global Constitutional Community", *The Constitutionalization of International Law*, ed. Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, Oxford: Oxford University Press, 2009, ss. 153-262, s. 154-5.

¹²³⁹ Parlett, op. cit., s. 357.

¹²⁴⁰ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 410-411.

de gerektirebilir¹²⁴¹. Sosyal yapı, hukuk kişiliği için hangi özelliği arıyor ise hukuk kişiliği için o özelliğe sahip olma bir gereklilik olacaktır. Hukukun kişileri aktif ve pasif kişiler olarak ayrılabilceği gibi orijinal ve türeme kişiler olarak da ayrılacaklardır. Uluslararası hukukun orijinal özneleri ve türeme özneleri arasındaki dikotomi aslında hukukî bir varsayıma dayanmaktadır, devletin orijinal özne olarak görülmesinin temelinde tarihsel olaylardan ziyade kurumların idealize edilmesi ve bu doğrultuda yapılmış bir tanımlayıcı hükmün etkili olduğu belirtilir¹²⁴². Görüleceği üzere uluslararası hukukun kişileri yazarların kendi perspektiflerine ve hukuk kişiliğine yükledikleri etkiye göre aktif/otonom-pasif, türeme-orijinal gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır, bunu yaparken dayanak olarak genellikle norma kaynaklık eden birim, hakkın kullanılması veya yükümlülüğün yöneltmesinde doğrudanlık alınabilmektedir. Bunda belirtildiği üzere, sosyal yapının bu yöndeki tercihi kişiliğin esasını belirleyeceğinden ele alınan görüşleri ileri süren yazarların uluslararası toplumu ve hukuku anlayışları da etkili olmaktadır.

Peters, uluslararası hukukta yükümlülük altına girmenin uluslararası hukukî kapasiteye ilişkin bir mesele olduğunu, hukukî kapasite bağlamında yükümlülüklerin ise pasif nitelikli bir kapasite anlamına geldiğini belirtir¹²⁴³. Ona göre, haklara ve yükümlülüklerle ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanabilirliğinin şu ikisiyle karıştırılmaması gerekir: uluslararası hukuk normlarının iç hukuka aktarılması ve maddî birey hak ve yükümlülüklerinin üstlenilişi¹²⁴⁴. Uluslararası hukukta doğrudan uygulanma kişilik gibi temel bir meseleyi etkilememesi gereken sistemsel bir husus olarak kabul edilir. Uluslararası hukuktaki klasik monizm-düalizm ayrımına göre, ki bu ayrım uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki ilişkileri açıklamaya çalışmaktadır, kuralların doğrudan uygulanabilmesi nedeniyle sadece monist yaklaşımın benimsenmesi durumunda bireyler uluslararası hukukun öznesi olabileceklerdir¹²⁴⁵. Ancak *Peters*'a göre uluslararası hukuk kişiliğini uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki ilişki sistematığı ile açıklamamak gerekir zira uluslararası hukuk ile iç

¹²⁴¹ Pierre D'Argent, "Sources and the Legality and the Validity of International Law: What Makes Law 'International'?", *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, ed. Samantha Besson, Jean D'Aspremont, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 541-561, s. 550.

¹²⁴² Peters, *Beyond Human Rights*, s. 432.

¹²⁴³ Ibid, s. 61.

¹²⁴⁴ Ibid, s. 496.

¹²⁴⁵ Ibid, s. 54-57.

hukuklar arasındaki ilişki sistematik bir mesele iken uluslararası hukuk kişiliği uluslararası alandaki birimlerin hukukî niteliklerine dairdir¹²⁴⁶. Dolayısıyla bu iki husus birbirinden farklıdır.

Uluslararası hukuka anayasalcı yaklaşımın savunucularından *Peters* uluslararası hukukun temelinde yer alan normatif kaynağın egemenlik değil insanlık olduğunu ifade eder¹²⁴⁷. Bu nedenle uluslararası hukuka, klasik anlamda devlet egemenliğinin sınırını oluşturan anayasal perspektifle yaklaşır ve uluslararası hukukta devlet egemenliğine üstün gelen birçok ilkenin varlığını savunarak bireyin aslî hukuk kişisi olduğunu benimser. Günümüzün uluslararası hukuk düzenlemelerini değerlendiren yazar, bunların bireyi konu olarak ele alıp paternalist bir biçimde korumayı değil onları uluslararası hukukun öznesi, etkin bir birimi olarak tanımayı amaçladığını belirtir; bunun sağlanmasının en etkili yolu ise birincil normların ikincil normlarla desteklenerek bireye prosedürel kapasitenin tanınmasıdır¹²⁴⁸. Yazara göre uluslararası hukukta normların düzenlenişi ile bunların ileri sürülmesi bakımından bireyin prosedürel kapasitesinin bulunmadığı durumlar birbiriyle uyuşmamaktadır, çünkü bireye yönelik uluslararası kurallar salt bireyin haklarının korunması amacına yönelmemektedirler. Uluslararası hukukun kişilerini hiçbir ulusal hukuk müdahalesi olmaksızın haklara ve borçlara sahip olabilen birimler olarak tanımlayan *Higgins* ise hakkın varlığı ve onun ileri sürülebilirliği arasındaki ilişki hakkında pozitivistlerin yaklaşımını hatalı bulur¹²⁴⁹. USAD'ın 1933 tarihli kararında hakların varlığı ile bunların doğrudan ileri sürülebilmesinin ayrılmaz iki husus olmadığını vurguladığına¹²⁵⁰ değinen yazar, bunun her durum bakımından geçerli olmadığını belirtir¹²⁵¹. Sonra da kendisinin, uluslararası hukuk kişiliğini özne-konu dikotomisinden kurtaran katılımcı yaklaşımından söz eder¹²⁵². Uluslararası hukukun kişiler bakımından dışlayıcı bir sistem yerine kapsayıcı bir sistem olarak anlaşılmasından yana olan çalışmalarda katılımcı teriminin tercih

¹²⁴⁶ Ibid, s. 57.

¹²⁴⁷ Peters, *Global Constitutional Community*, s. 155.

¹²⁴⁸ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 191.

¹²⁴⁹ Rosalyn Higgins, "Conceptual Thinking about the Individual in International Law", *British Journal of International Studies*, C. 4, S. 1, 1978, s. 3-4.

¹²⁵⁰ USAD, *Macar-Çekoslovak Karma Talepler Mahkemesi Temyiz Kararı*, Peter Pázmány Üniversitesi v. Çekoslovakya Devleti, 15.12.1933, s. 231.

¹²⁵¹ Higgins, *Conceptual Thinking*, s. 4.

¹²⁵² Ibid, s. 5.

edilmesi uluslararası hukukun yapısına daha uygun addedilmektedir¹²⁵³. Aslında katılımcı yaklaşım ilk bölümde değinildiği üzere New Haven Okulu'nun uluslararası hukuku kurallar sistemi değil buyurgan karar alma mekanizması olarak ele almasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹²⁵⁴.

Katılımcı (*participant*) teriminin kullanılarak uluslararası hukukta kişilik konusundaki sorunların otomatik olarak çözüleceğini düşünmemekle birlikte uygulama bakımından bu kullanımın bir çözüm olarak ele alınması kanaatimizce de mümkündür. Ancak bu kısımda atıf yaptığımız ve bizim de katıldığımız bilimsel çalışmalar hukuk düzenlerinde öznelerin ve konuların olduğunu kabul ederler ve bu hukuk düzeni içindeki bir birimin de ya bir özne ya da bir konu olduğunu belirtirler. Kabaca hukukun öznesinin ilgili hukuk düzeninin işlemlerine hukukî sonuç bağladığı birim, konusunun da ilgili hukuk düzeninin kendisi hakkında düzenlemeler yaptığı birim olarak ele alındığını görürüz. Bu ikisinin hukuk düzeninde yer alan tüm normlar bakımından keskin bir biçimde ayrıldığını söyleyemeyiz; bir normun anlamı kendisine göre özneyi ve konuyu belirleyecektir. Kısaca uluslararası hukuku bir hukuk düzeni olarak kabul ettiğimiz müddetçe, ismini nasıl belirlersek belirleyelim bu hukuk düzeninin özneleri ve konuları olacaktır. Öte yandan *Higgins*'in uluslararası hukuk kişiliğinin tanımını yaptıktan sonra bu kavramın yerine katılımcı kavramını kullanmayı önermesinin nedeni belki uluslararası hukuk kişiliği ile ulusal hukuk kişiliği arasında farklılık olduğunu vurgulamak ve uluslararası hukuk kişiliği kavramının yarattığı tartışmalardan uluslararası hukuk uygulamasının sıyrılması gerektiğini çünkü uluslararası hukuk kişiliğinin uygulayıcılar bakımından teorik düzlemde kaldığını vurgulamak olabilir. Nitekim bu konuda kısmen hakkı da vardır; bir merci kendi önüne gelen bir sorunda uluslararası hukuk teorisi bakımından ilgili birimin bir uluslararası hukuk kişisi olup olmadığını değil mercinin kuralları doğrultusunda başvuranın dava ehliyetini değerlendirecektir. Prosedürel kapasite ile hukuk kişiliği her zaman için birbirini

¹²⁵³ Robert McCorquodale, "An Inclusive International Legal System", *Leiden JIL*, C. 17, S. 3, 2004, ss. 477-504, s. 481.

¹²⁵⁴ Myres S. McDougal, W. Michael Reisman, "The Changing Structure of International Law, Unchanging Theory for Inquiry", *Columbia Law Review*, C. 65, S. 5, 1965, ss. 810-835, s. 819-820. Devlet dışı aktörler, katılımcılar üzerine bkz.: Jean D'Aspremont(ed), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-state Actors in International Law*, Oxon: Routledge, 2013., Math Noortmann, August Reinisch, Cedric Ryngaert(eds), *Non-State Actors in International Law*, Oxford: Hard Publishing, 2015.

karşılamadığından yapılan değerlendirmenin hukuk kişiliğine dair bir değerlendirme olması da gerekmemektedir.

Bireylerin uluslararası hukukun konusu mu yoksa öznesi mi olduğu tartışmalarının çok ötesindeki, Kanada Hükûmeti tarafından uygulamaya konan mülteciler için özel sponsorluk uygulaması *Krivenko* tarafından, farklı devletlerin vatandaşı olan bireylerin uluslararası hukuka ilişkin bir meselede doğrudan ilişki kurabilmelerini sağlayan yeni bir model olarak ele alınmaktadır, bu yolla bireyler artık yalnızca hakların sahibi değil devletlerin dahli olmaksızın -yazar tarafından bunun bir teamül oluşturması imkanına da atıfta bulunularak- uluslararası hukukun yapıcısı ve uygulayıcısı, yürütücüsü haline geldikleri belirtilmektedir¹²⁵⁵. Yazara katılmaktayız, kanaatimizce de oldukça yenilikçi bir gelişme olan bu uygulama sürdürülebilir olduğu takdirde bireyin uluslararası hukuktaki konumuna etki edecek türdendir.

Cassese'nin bireylerin uluslararası hukuktaki konumuna ilişkin ifadeleri kanaatimizce bir özet niteliğindedir. Ona göre bireylerin uluslararası hukukta bir statüleri vardır, teamül hukukundan kaynaklanan yükümlülükler altındadırlar ve tüm devletler ya da uluslararası örgütlere karşı olmasa da spesifik bir anlaşmadan doğan prosedürel hakları neticesinde o anlaşmanın taraflarına karşı başvuru imkanına sahiptirler¹²⁵⁶. Devletlerinki ile kıyaslandığında bu sınırlı bir hukukî kapasiteye tekabül eder, bu nedenle de uluslararası alandaki diğer devletler dışı özneler ile sınırlı bir hukukî kapasiteye sahip olmak bakımından belli ölçüde benzeşirler¹²⁵⁷. Bireylerin uluslararası alandaki hem konu bakımından hem de verdiği etkinlik alanı bakımından sınırlı kapasitesinin uluslararası hukuk kişiliğine tekabül edip etmeyeceğine ilişkin tartışmalar çalışmamızın ilerleyen bölümünde ele alınacaktır.

¹²⁵⁵ Krivenko, op. cit., s. 154-156.

¹²⁵⁶ Cassese, International Law, s. 150.

¹²⁵⁷ Ibid.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİĞİ

Çalışmamızın son bölümünde uluslararası hukuk kişiliğinin ne olduğunu ortaya çıkarma gayretinde olacağız. Şimdiye kadar yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında belirtmek isteriz ki, yalnızca uluslararası hukuk alanında kalınmak suretiyle bu konunun aydınlatılması mümkün görünmemekte, genel olarak hukukta kişiliğe ilişkin doktrinden de faydalanmak gerekmektedir. Uluslararası alanda mevcut teorik çalışmalara ve yargı kararlarına dayanılarak hukuk kişiliğinin esasının belirlenmesine çalışılsa da çoğu yargı kararı, uluslararası hukuk kişiliğinin esasına değinmemiştir. Daha önce de atıfta bulunduğumuz 1949 tarihli Giderim Kararı doğrudan uluslararası hukuk kişiliği konusunda verilmiş tek karar olmaktadır.

Uluslararası hukukta kişilik konusunu değerlendirirken öncelikle uluslararası alanda hukuk kişiliğine ilişkin bir tanıma ihtiyaç duymaktayız. Bu tanım uluslararası hukuk kişiliğinin içeriğini belirlemesinin yanı sıra uluslararası hukuk alanında hangi birimlere kişilik atfedildiğini hangilerine atfedilmediğini tespit etmeye de yarayacaktır. Böyle bir tanımın ortaya çıkarılması için ise öncelikli olarak bu konudaki uluslararası hukuk kaynakları değerlendirilmelidir.

Uluslararası hukukun kaynakları arasında yer alan andlaşmalar ve teamül, uluslararası hukukun pozitif kaynakları olarak kabul edilirler ve pozitivist bir perspektiften bakılmasa dahi ilgili konuda uluslararası uzlaşının en belirgin göstergesini oluştururlar. Ancak bu kaynaklarda uluslararası hukukun kişileri *numerus clausus* bir metotla sayılmadığı gibi uluslararası hukukta uluslararası hukuk kişiliğinin veya özneliğinin tanınmasına ve atfedilmesine ilişkin kodifiye edilmiş genel bir norm da bulunmamaktadır¹²⁵⁸. Bu da, kendisinin tarihsel ve yapısal bir modeli olan iç hukuklardaki gibi uluslararası hukukta kişiler hukuku alanı bulunmadığını gösterir¹²⁵⁹. Uluslararası hukuka elbette yalnızca uluslararası andlaşmalar ve teamül kaynaklık

¹²⁵⁸ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 35.

¹²⁵⁹ Ibid.

etmez, ancak andlaşmalar ve teamül ispatı kolaylaştıran kaynaklardır. Diğer kaynaklardan uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin kuralların ve ilkelerin çıkarılması ise hem teoriye hem de pratiğe dair bir araştırmayı gerektirmektedir.

Uluslararası hukukta kişilik pozitif hukukî dayanaktan yoksun olsa da kimi uluslararası andlaşmalarda bir birimin uluslararası hukuk kişisi olduğunun düzenlendiğine rastlarız. Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Montevideo Konvansiyonu'nun 1. maddesinde uluslararası hukukun bir kişisi olarak devletin taşınması gereken niteliklerden söz edilir, Dünya Ticaret Örgütü Andlaşması'nın 8. maddesinde örgütün hukuk kişisi olduğu belirtilir ve BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 176. maddesinde Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi'nin uluslararası hukuk kişisi olduğu düzenlenmiştir. Ancak bunlar uluslararası hukukta kişiliğe değil ilgili uluslararası hukuk kişisine hasredilmiş, somut ve özel nitelikli düzenlemelerdir. Bu nedenle uluslararası hukukta kişilere ilişkin değil, kişiliğe ilişkin bir hukukî düzenlemenin arayışında olduğumuzdan bu düzenlemeler bize oldukça sınırlı düzeyde yardım sağlamaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin en çok dayanılan mahkeme kararı olarak UAD'nin 1949 tarihli Giderim Kararı incelenecektir. Ardından, genel olarak hukuk kişiliği konusunda bazı teorik açıklamalardan söz edilerek uluslararası hukukun bu konudaki tercihinin tespit edilmesine gayret edilecektir. Son olarak da çalışma boyunca değindiğimiz uluslararası hukukun kimi yapısal özelliklerinin kişiliği etkileyip etkilemediği doğrultusunda uluslararası hukukta merkezî olmama ve bölümlenmenin uluslararası hukuk kişiliği ile olan ilişkisinden söz edilecektir. Bölümün uluslararası hukukta sınırlı veya kısmî kişiliğin tam olarak neyi ifade ettiği ile tamamlanması, buna ilişkin farklı yaklaşımların olasılıklarının sonuç bölümünde belirteceğimiz kişilik kalıplarına bağlanması hedeflenmektedir.

I. GİDERİM KARARI VE ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİLİK

UAD, daha önce de çeşitli amaçlarla değinmiş olduğumuz 1949 tarihli Giderim Kararı'nda uluslararası hukuk kişiliğini, üç unsuru bulunduğunu belirterek, tanımlamıştır. Aşağıda açıklanmaya gayret edileceği üzere bu üç unsur uluslararası

hukuk kişiliğinin yerine yahut uluslararası hukuk kişiliğinden söz edilirken kullanılan unsurlar olarak da hem yargı kararlarında hem de teorisyenlerin çalışmalarında karşımıza çıkmışlardır. Uluslararası hukukta kişiliği tanımlayan veya düzenleyen genel ve soyut bir norm bulunmaması nedeniyle hem tanım bakımından hem de kişiliğe yakın kavramların açıklanması bakımından Giderim Kararı hareket noktası olarak alınmaktadır. Bu kararda yer alan tanıma ilişkin değerlendirmelerimizi -ki bunların bir kısmı kararın amacı ve alındığı döneme ilişkindir- ilerleyen başlıklara bırakarak burada öncelikle Giderim Kararı'nı uluslararası hukuk kişiliğinin unsurları bakımından değerlendireceğiz.

Kararda yer alan tanıma göre uluslararası hukuk kişisi, uluslararası hukukun öznesi olan, uluslararası alanda haklara ve yükümlülükler sahip olma kapasitesi bulunan ve uluslararası talepler yoluyla haklarını ileri sürebilen birimdir¹²⁶⁰. Tanımdaki unsurların ilkinde göre öncelikle ilgili birim uluslararası hukukun öznesi olmalıdır, böylelikle Divan uluslararası hukukta kişi ile özneyi birbirinden ayırmıştır. İkinci unsura göre ilgili birimin uluslararası alanda haklara ve yükümlülükler sahip olma kapasitesi bulunmalıdır¹²⁶¹ ve son olarak da bu hakların uluslararası talepler yoluyla ileri sürülebilir olması gerekir. Kimi yazarlar, bir birimin hukuk kişiliğinin göstergesi olan hususların bu konuda şüphe bulunan hallerde ilgili birimin gerçekte kullandığı yetkiler olup olmadığının değerlendirilerek tespiti gerektirdiğinden bu unsurların dögüsel (*circular*) bir tanımı oluşturduğunu ileri sürmektedirler¹²⁶². Aslında geleneksel olarak bir hukuk sisteminde yer alabilecek birimlerin belirlenmesinde *a priori* bir engel bulunsa da Divan'ın Giderim Kararı'yla uluslararası hukuk kişiliği kavramının yeniden şekillenerek *a posterior* bir nitelik kazandığı ileri sürülmektedir¹²⁶³. Çalışmamızın önemli bir noktası da uluslararası hukuk kişiliğinin, ulusal hukuk kişiliğinden ayrı bir yapıya sahip olduğu, aralarındaki benzerliğin sonuç itibarıyla benzer faaliyetlerde

¹²⁶⁰ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 179.

¹²⁶¹ Meijknecht, op. cit., s. 25. Yazar uluslararası alanda haklara ve yükümlülükler sahip olmayı uluslararası hukukî kapasite olarak ifade eder. Çalışmada biz de hukukî kapasiteyi bir hukuk alanında haklara ve yükümlülükler sahip olma bakımından kullanmaktayız.

¹²⁶² Crawford, Brownlie's Principles, s. 115. Teoride hukuk kişiliğinin varlığının göstergesi olan kapasite, şüphe durumunda bunun gerçekte uygulanıp uygulanmadığının araştırılması ile ortaya çıkarılır.

¹²⁶³ Catherine Brölmann, Janne Nijman, "Personality", *Concepts for International Law Contributions to Disciplinary Thought*, ed. Jean d'Aspremont, Sahib Singh, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, 2019, ss. 678-690, s. 687.

bulunan hukukî bir terim olmalarından kaynaklandığını ortaya koymaktır. Hukuk kişiliği uluslararası hukuk ve ulusal hukuklarda farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır.

A. ULUSLARARASI HUKUKUN ÖZNESİ OLMA

1. Genel Olarak

Uluslararası hukukta kişilik kavramını ortaya çıkarmayı amaçladığımız bu çalışmada zaman zaman ifade edildiği gibi, kişiliğe ilişkin ve bunu karşılamayı amaçlayan birçok kavram kullanılmaktadır. Bunlar hukuk kişiliğini belli ölçüde kapsayan, onun belli bir özelliğine vurgu yapan yahut da onu sınırlandıran kavramlardır ve onunla tam olarak örtüşmeleri gerekmez. Yine de bu konudaki bir çalışma içerisinde sıklıkla hukukî kapasite, hukuk öznesi, aktör kavramlarını görürüz. Bunların tanımlanmasına, uluslararası hukuk kişiliği ile aralarındaki farkların belirtilmesine her zaman rastlanmamaktadır. Bunların bazıları UAD'nin Giderim Kararı'nda değerlendirerek hukuk kişiliğini tanımlamak için kullandığı kavramlar, bazıları da uluslararası merci kararlarında ya da bilimsel çalışmalarda karşılaşılan kavramlardır. Bunun yanı sıra bu kavramlar her zaman uluslararası hukuk kişiliği yerine yahut da onu tanımlamak için bilinçli olarak, bir ayrımı belirgin hale getirmek için kullanılmamış olabilirler, bir tercihe dayanmaksızın kullanılmış olmaları da mümkündür. Yahut da bu kavramların arasında bir farklılık bulunmadığı düşünülebilir. Ancak biz bir hukuk sisteminin kavramsal çerçevesinde hukuk kişiliğini de terimsel olarak ele almanın ve diğer kavramların bunun ile ilişkisini belirlemenin ya da tercih edilme nedenlerini ortaya koymanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Divan tarafından uluslararası hukuk kişiliğinin unsurları arasında sayılan uluslararası hukukun öznesi olmaktan ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamakta, doktrinde bazı yazarlar hukuk kişiliği ile hukuk özneliğini birbirinin yerine geçebilecek anlamlarda kullanıyor olsa da¹²⁶⁴ bazı yazarlar tarafından bu ikisi arasında ayırım gözetilmektedir¹²⁶⁵. Divan Giderim kararında uluslararası hukuk kişiliği ile uluslararası hukukun öznesi olmayı eşitlememiştir, bunlardan ikincisini ilkinin bir unsuru olarak ortaya koymuştur. Bu durumda da uluslararası hukukun öznesi olan her birim Divan'a göre uluslararası hukukun kişisi olmayacak, bunun için uluslararası

¹²⁶⁴ P. K. Menon, "The Subjects of Modern International Law", *Hague Yearbook of International Law*, 1990, C. 3, Lahey: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, ss. 30-86, s. 31, 32.

¹²⁶⁵ Parlett, op. cit., s. 30.

alanda haklara ve yükümlülöklere sahip olması ve bunları uluslararası taleplerle ileri sürmesi gerekecektir.

Uluslararası hukukta kişi ve özne terimlerinin birbirinin yerine kullanılabilceğini savunanlar ikisi arasında bir farklılık olduğuna ilişkin baskın hukuk anlayışında bir gösterge bulunmamasına dayanmaktadırlar; zaten herhangi birinin tanımını içeren bağlayıcı bir hukukî belge de yoktur¹²⁶⁶. Bu nedenle özne ve hukuk kişisi kavramlarının ister birbirinin yerine kullanılabilceklerini ister ayrı terimler olduklarını kabul edelim bu kabul daha çok sübjektif bir tercihi ortaya koymuş olur. Bu nedenle de belirlenmesi gereken hem uluslararası hukuk öznesinin ne olduğu hem uluslararası hukuk kişinin ne olduğu hem de bu ikisi arasında bir farkın bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa bunların neler olduğu sorularıdır.

Uluslararası hukuk kişiliği ile özneliğini birbirinden ayıran yazarlardan *Klabbers*'e göre öznellik akademik topluluk tarafından, üstünkörü ve eksik bir kullanımla genelde uluslararası hukuk öznesi olmayan birimlerle ilgili kullanılır; kişilik ise hukuk sistemi tarafından tanınmaktadır¹²⁶⁷. Hukuk kişiliğinin hukuk sistemi tarafından tanınan bir statü olduğu konusunda *Klabbers* ile hemfikir olsak da yazar özneliği akademik camianın aslında uluslararası hukuk kişisi olmayan birimler için kullandığı bir terim olarak ele alır. Hatta *Klabbers*'e göre, karışıklığa asıl sebep olan uluslararası hukuk düzeninde hukuk kişiliğini belirleyecek tek bir otoritenin olmaması ve hukuk sisteminin akademik topluluk tarafından oluşturulmasıdır(*make up*)¹²⁶⁸. Bu durumda yazar, uluslararası hukuk akademisyenlerinin 'yanlışlarıyla' uluslararası hukuk kişiliği ve uluslararası hukuk özneliği ayrımını ortaya çıkardığını belirtmektedir. Ona göre eğer uluslararası alanda bir kanun koyucu bulunsa idi uluslararası hukuk akademisi sınırlandırılmış olacağından hukuk akademisyenleri özne kavramını kişiliğe yakın bir biçimde kullanmamış ve bu tür bir karışıklık ortaya çıkmamış olacaktı. Kanaatimizce, uluslararası hukukta kişiliğe ilişkin genel ve soyut bir düzenlemenin yapılması suretiyle de normatif belirlilik sağlanabilecektir, bunun için mutlaka tek bir otoritenin varlığı gerekmemektedir. Bu tür bir normun varlığı uluslararası hukuk kavramlarını 'oluşturan (*make up*)' akademik camiayı belli ölçüde sınırlandırabilecektir.

¹²⁶⁶ Krivenko, op. cit., s. 141, dn 2.

¹²⁶⁷ Klabbers, op. cit., s. 43.

¹²⁶⁸ Ibid, s. 44.

Pietrzykowski, hukuk kişiliği ile özne olmayı birbirinden ayırarak bunların temel haklara sahip olabilme ile temel ve kişisel haklara birlikte sahip olabilme ile açıklandığını belirtir; ilk gruptakiler kanun koyucunun ahlakî nedenlerle kendilerine böyle bir korumayı uygun gördüğü hak sahipleri olmaktadır¹²⁶⁹. Temel haklara sahip olanlar, yazara göre hukukun kişilik-dışı özneleridir ve tam hukuk kişileri yani temel ve kişisel haklara birlikte sahip olanlar sadece hukukun konusunu oluşturan birimlerden değil bu kişilik-dışı öznelerden de ayrılmalıdır¹²⁷⁰. Burada *Pietrzykowski*, önce hukukun konusunu ve öznelerini menfaatlerinin korunup korunmamasına göre ardından da öznelerini sahip oldukları hakların sağladığı koruma düzeyine göre birbirinden ayırmaktadır. Yazar tarafından hukukun kişilik-dışı özneleri gibi bir kategorinin ortaya atılma nedeni yunuslar, primatlar gibi karmaşık yapıda bir bilince sahip olan türlerin yanı sıra tam hukuk kişiliği sergileyemeyen, kişilik haklarını kullanamayan, bazı mental disfonksiyon problemi olan insanların, fetüslerin de temel düzeyde hukukî korumadan faydalanmasını sağlamaktır¹²⁷¹. Bu ara formun ortaya konmasındaki amaç aslında hukuk kişisi olmanın unsurları arasında sayılan bilincin temel formlarına sahip birimler ile hukuk kişiliği sınırlı birimlere belirli düzeyde hukukî koruma sağlamaktır. Bu koruma hukuk kişilerinin sahip olduklarından daha düşük düzeydedir ve hukuk kişileri hukukun özneleri kategorisinden sahip oldukları kişisel haklarla ayrılmaktadırlar.

Bir birimi uluslararası hukukta, hangi esasa dayanırsa dayansın, uluslararası haklara ve yükümlülüklerle sahip hale getirme ön koşulu olarak özne olma ile belirli hak ve yükümlülüklerin kaynağı olan ve ilgili birimi kendi iradesine sahip ayrı bir birim olarak diğer uluslararası kişilerle uluslararası hukukî ilişki kurabilen, değiştirebilen, koruyabilen, ortadan kaldırabilen bir kişi haline getiren kişilik nosyonu arasında bir ayrımın yapılması gerektiği belirtilir¹²⁷². *Rama-Montaldo*'nun burada hukuk kişiliği ve hukuk özneliği arasında yapmış olduğu ayrımların ilki sonuç olarak hukuk kişiliği ikincisi ise tanım olarak uluslararası hukuk kişiliği olmaktadır. Yazar bu noktada *Siotto-Pintor*'a atıfla, onun uluslararası hukukta özneler ile kişiler arasında yaptığı ayrımı makul kabul eder, ki bu ayrıma göre özne uluslararası hukukta en az bir hakka veya

¹²⁶⁹ Tomasz Pietrzykowski, "Beyond Personhood: From Two Conceptions of Rights to Two Kinds of Right-Holders", *New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy*, ed. Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2016, ss. 147-158, s. 153.

¹²⁷⁰ Ibid.

¹²⁷¹ Ibid, s. 153-156.

¹²⁷² Rama-Montaldo, op. cit., s. 137.

yükümlülüğe sahip birimi ifade ederken kişi sınırlandırmaya tâbi olmaksızın bağımsız bir birim olarak uluslararası alanda ilişkiler kuran ve işlemler yapan öznedir¹²⁷³. *Siotto-Pintor*'a göre hukuk kişileri, özneler arasında bağımsızlıkları ve hukukî işlem kapasiteleri gelişmiş olan birimlerdir. Yazarın uluslararası hukukun öznesi olmayı *a posterior* bir biçimde ortaya koyduğu söylenebilecektir, zira bir birimin özne olabilmesi için en az bir hakkının yahut yükümlülüğünün bulunması yeterli olmaktadır.

Meijknecht, Divan'ın saydığı unsurlardan uluslararası hukuk özneliğinin, uluslararası hukuk kişiliğinin politik unsurunu oluşturduğunu, bunun ilgili hukuk düzeni tarafından kullanılan takdirin göstergesi olduğunu belirtir¹²⁷⁴. Hukuk öznelerini belirleyen etkenler, hukukî kapasiteyi belirleyen etkenler gibi içsel ve sosyal nitelikli değil, dışsal ve politik niteliklidir¹²⁷⁵. Bu yüzden de hukuk özneliği, ilgili birimin kapasitesinden farklı biçimde ortaya çıkmaktadır. Hukuk düzeni, hukuk özneliğinin niteliğine ve kapsamına, ilgili birimin hukukî statüsüne karar verir¹²⁷⁶. Böylelikle uluslararası hukukun öznesi, ilgili hukuk düzenindeki etkin politik gücün eğilimini ortaya koymakta, uluslararası alanda etkin olabilecek, uluslararası hak ve yükümlülüklerden yararlanabilecek ve uluslararası alanda hukukî ilişkiler kurabilecek birimleri ifade etmektedir. Sadece uluslararası hukuk özneliğinin nasıl ortaya çıktığı ve sonuçları ile ilgili bu husus, hukuk özneliğinin tanınmamasının bir yaptırım yöntemi olarak katmama suretiyle politik bir araç kılınabileceğini de göstermektedir¹²⁷⁷. Bu doğrultuda, uluslararası alanda bir birimin kişi olabilmesi için politik bir takdir ile bu alanın öznesi kılınması gerektiğinden eğer olumlu politik takdir bulunmuyor ise bu birim hukukun kişisi olamayacak ve katmama, uluslararası alanda etkin olmayı engellediğinden bir yaptırım olacaktır¹²⁷⁸.

Uluslararası hukukta özne olmak ile hukuk kişisi olmak arasındaki farka ilişkin biz de değerlendirmede bulunmak isteriz. Ancak öncesinde bu ikisi arasında belirgin bir farkın bulunması gerekmediği görüşümüzü de belirtmek gerekmektedir. Uluslararası hukukta özne, korunan değer hakkındaki seçimin konusunu oluşturur. İhdas edilen

¹²⁷³ Ibid, s. 137-8.

¹²⁷⁴ Meijknecht, op. cit., s. 26.

¹²⁷⁵ Ibid, s. 45.

¹²⁷⁶ Shaw, op. cit., s. 155.

¹²⁷⁷ Friedmann., *Changing Structure*, s. 88-94.; Aynı yönde Christopher Barbara, "International Legal Personality: Panacea or Pandemonium? Theorizing about the Individual and State in the Era of Globalization", *Austrian Review of International and European Law*, C. 12, 2007, ss. 17-58, s. 29.

¹²⁷⁸ Nijman, *The Concept of*, s. 341.

normun yöneldiği birim olması nedeniyle özne aslında normun lafzıyla hedeflediği birimdir. Yani norm, o birimin bir şeyi yapmasını, yapmamasını, eylemesini, kılmasını yani bir eylemde bulunmasını yahut da bulunmamasını, bir hukukî ilişki kurmasını yahut da kurmamasını düzenler. Bu *Meijknecht*'in açıklamalarındaki gibi mutlaka dışsal bir unsurdur, ancak politik bir unsur olması yahut böyle ifade edilmesi şart değildir. Uluslararası hukukun öznesi olmak ile kişisi olmak arasındaki ayırmada öznellik bu nedenle kanaatimizce eylemsel bir durumdur. Hukuk kişiliği ise bu eylemsel durumun hukuk alanına aktarılmış hali, ilgili eylemin bir hukuk normu çerçevesinde düzenlenmiş hali, olmaktadır. *Naffine*, hukuk kişisinin hukukçular tarafından hukukun öznelere ifade etmek için kullanılan teknik bir terim olduğunu belirtir¹²⁷⁹. Hukuk öznesi ile kişisi arasındaki bağlantı, eylemsel durumunun değerlendirilip hukuk âlemine aktarılmasıyla kurulmaktadır. Bir hukuk normuyla bir fiili yapması düzenlenen özne, hukuk âleminde ilgili hukukî işlemi yerine getirecek olan kişi olacaktır. Özne kısmî, sınırlı, işlevsel olamazken hukuk kişisinin kısmî, sınırlı, işlevsel olması muhtemeldir, zira hukuk kişisi bir bütünü ifade ederken özne tekil fiilin failidir. Biz de hukuk kişiliğini bazı sonuçları içeren bir kavram olarak ele alarak hukuk kişiliği ile özne arasında dışsallığı bakımından *Meijknecht*'in yaklaşımına benzer bir ayırımın kabul edilebileceğine dayanmaktayız. Ancak tekraren böyle bir ayırımın yapılması kanaatimizce belirleyici olmadığını belirtelim.

2. Uluslararası Hukukta Aktör Kavramı

Uluslararası hukukta aktör kavramının kullanıldığına sıklıkla rastlarız, örneğin devlet dışı aktörler kavramı uluslararası alanın devletler dışındaki birimlerini ifade edecek biçimde terimleşmiştir. Ancak uluslararası hukukta aktör kavramının¹²⁸⁰, buradaki anlamının yanı sıra, uluslararası hukuk kişiliği teriminin terk edilerek bunun yerine kullanılması gerektiğini ileri süren teorisyenler de vardır. Uluslararası hukuk kişiliğine aktör yaklaşımı, uluslararası karar alma sürecinde etkin güç olarak yer alan tüm birimlerin uluslararası hukuk kişisi olarak ele alınması gerektiğini belirtir¹²⁸¹.

¹²⁷⁹ Ngaire Naffine, *Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Portland: Hart Publishing, 2009, s. 7.

¹²⁸⁰ Çalışmada aktör ile birlikte ve bununla aynı anlama gelecek biçimde katılımcı (*participant*) ifadesi de kullanılmaktadır.

¹²⁸¹ Portmann, op. cit., s. 208.

İlkesel olarak bu yaklaşımda uluslararası hukuk kişiliği bulunmasa da bazen uluslararası hukuk kişisi yahut uluslararası hukuk öznesi ifadeleri katılımcıları/aktörleri belirtmek için kullanılır, ancak özünde bu yaklaşım uluslararası alanda öznenin yahut kişinin değil aktörün/katılımcının varlığını kabul eder¹²⁸².

Uluslararası hukukta yaygın bir biçimde kullanılan devlet dışı aktörler (*non-state actors*) kavramı, terimsel olarak negatif bir biçimde ifade edilmişse de bu durum dilsel yetersizlikten kaynaklanmamış; bir tercih olarak uluslararası hukukun başka kişileri olsa da devletin tüm uluslararası sistemin çevresinde döndüğü, merkezî ve zorunlu bir hukuk kişisi olduğunu ortaya koymayı amaçlamıştır¹²⁸³. Uluslararası hukuk bakımından devletin esasa ilişkin vazgeçilmez nitelikte olduğunu ileri süren bu yaklaşıma göre, devletlerin uluslararası alandaki hakları, yetkileri ve işlevleri uluslararası hukuku şekillendirmektedir: Örneğin uluslararası hukukun geçirdiği tarihsel evreler ile devlet kavramının geçirdikleri arasındaki paralellik¹²⁸⁴, devlet egemenliğinin uluslararası hukukun merkezileşmemesine yol açması¹²⁸⁵ yahut devletlerin uluslararası hukukun kaynakları bakımından etkinliği. Bu nedenle devlet dışı aktörler ve uluslararası hukukun aktörleri ifadeleri birbirine yakın olsalar da vurguyu farklı noktalara yapmaktadırlar.

Uluslararası hukukun, uluslararası ilişkilerin ve uluslararası toplumun isteklerini karşılmasına dayanılarak ortaya atılan aktör yaklaşımı *Friedmann, McDougal, Higgins* gibi yazarlarca savunulmuştur. Uluslararası ilişkilerdeki değişimin uluslararası hukukun yapısında da değişikliklere sebep olması gerektiğini zira uluslararası hukukun en başından beri uluslararası hayatın gerekliliklerine cevap verdiğini belirten *Friedmann*, özel şirketlerin uluslararası hukuka dair gelişmelerde yer alarak işlemlerinin uluslararası kamu hukukunca düzenlendiği ölçüde sınırlı *ad hoc* öznellik kazandıklarını belirtir¹²⁸⁶. Uluslararası toplumun ihtiyaçlarına hızlı cevap verebilmesi için uluslararası hukukun sıkı kurallardan ziyade fiilî durumun ortaya konmasına müsaade eden karar alma

¹²⁸² Ibid, s. 210-211.

¹²⁸³ Andrea Bianchi, "Introduction", *Non-State Actors and International Law*, ed. Andrea Bianchi, Cornwall: Ashgate, 2009, s. xxvii.

¹²⁸⁴ Grewe, op. cit., s. 6.

¹²⁸⁵ Morgenthau, *Politics among Nations*, s. 327.

¹²⁸⁶ Friedmann, *Changing Structure*, s. 223.

süreçlerinden oluştuğunun kabul edilmesi bu yazarların uluslararası hukuk yaklaşımına¹²⁸⁷ daha uygundur.

Uluslararası hukuku bir kurallar sistemi olarak değil buyurgan bir karar alma süreci olarak kabul eden aktör yaklaşımının savunucuları; bu karar alma sürecine gerçekte katılan her birimin, katılımını düzenleyen hukuk kuralları bulunmasa ve devletler bu durumu tanımasa dahi, uluslararası hukukta katılımcı, hukuk kişisi, olacağını belirtirler¹²⁸⁸. Aktör yaklaşımının esasında yer alan uluslararası hukuk alanında ilgili birimin sahip olduğu gerçek, fiilî, etkin güçtür. Fiilî, gerçek güce sahip olan ve bunu uygulayan birimler, uluslararası hukuktaki konumlarını düzenleyen uluslararası hukuk normlarından bağımsız bir biçimde uluslararası hukukun katılımcısı olacaklardır.

Aktör yaklaşımı, uluslararası hukuk kişiliğini değerlendirirken özellikle bireyler konusunda karşımıza çıkan özne-konu dikotomisini dışarıda bırakarak uluslararası hukuk kişiliğini daha hareketli ve dolayısıyla uluslararası hukukta yaşanan gelişmelere uyarlanabilir hale getirmektedir. Ancak bu noktada, bireyler başlığında da belirttiğimiz üzere, uluslararası hukuk kişiliği kavramının kullanılmayarak bir kenara bırakılmasının uluslararası hukukta kişilik konusu bakımından hukukî bir çözüm sunup sunmadığının tartışılması gerekir.

Uluslararası hukukun katılımcısı olmayı uluslararası karar alma süreçlerine katılım olarak ele alan yazarlar, uluslararası hukukta yer alabilmek için hukuk kişiliğinin bulunmasını aşılması gereken bir eşik olarak anlaşılması gerektiğini ortaya koyarlar; onlara göre bir birim uluslararası hukukî ilişkilerde yer alıyor ise bu onun belli derecede hukuk kişiliğine sahip olduğu biçiminde anlaşılmalıdır¹²⁸⁹. Elbette burada hukuk kişiliğinden söz edilse de, bu yaklaşım bakımından terimsel olarak doğru kullanım aktör/katılımcıdır. Aslında burada hukuk kişiliğine *a posterior* biçimde yaklaşıyor olsa da hem hukuk kişiliği kavramı baştan reddedilmekte hem de

¹²⁸⁷ Portmann, op. cit., s. 211.: Uluslararası hukuku bir kurallar sistemi değil buyurgan karar alma süreci olarak tanımlamaktadırlar.

¹²⁸⁸ Rosalyn Higgins, “International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, C.5, Alphen aan den Rijn: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, s. 25.; Portmann, op. cit., s. 211-212.

¹²⁸⁹ Klabbbers, op. cit., s. 58.

uluslararası karar alma sürecine dahil olma şartı aranarak uluslararası hukuk normlarının yönelmesi gibi edilgen bir konum yeterli görülmemektedir.

Bu yaklaşıma kimi eleştiriler getirilmiştir. Öncelikle, aktör kavramının bir alana özgü teknik bir kavram olsa da hukukî bir terim olmadığı, hukukî içeriği bulunmayan ve hukukî sonuçlar bağlanmamış bir ifade olduğu¹²⁹⁰ belirtilmiştir. Hukuk kişiliğinin bir sonuç ifadesi ancak aktör yahut katılımcının fiilî durumu ortaya koyan ifadeler olduğu düşünülürse isabetli bir eleştiri olduğu söylenebilir. Bunun yanı sıra katılımcı önerisinin sayıca artan uluslararası hukuk özneleri için yeterli bir tanımlama yapıyor olsa da teoride hukukî kesinliğin kaybedilmesi gibi bir fedakârlığa sebep olduğu¹²⁹¹ belirtilir. Hukuk kişiliği kavramının terk edilmesinden kaynaklanan bir husus olarak hukukî kesinliğin kaybedilmesi, kanaatimizce de uluslararası hukuk alanı bakımından önemli bir kayıptır. Zira hukukî terimlerin varlığı, bunların tanımları ve sınırları hukuk alanını tespit etmemize yarayan hususlardır, bu nedenle hukuk kişiliği anlayışının değiştirilmesi yerine terimsel anlamda kavramın terk edilmesi kanaatimizce gerekli görülmemektedir. Uluslararası hukuk kişiliği kavramının terk edilmesindenense esaslı ve yenilikçi bir biçimde yeniden inşası gerekmektedir¹²⁹². Son olarak eğer aktör /katılımcı kavramları uluslararası hukuk kişiliğine yönelik derecelendirmeye dönük sıfatlardan terimin kurtarılması için ileri sürülmüş ise bunların da katılan hukukî ilişkiler veya karar alma süreçlerinin sayılması ile derecelendirilebilmesi mümkündür. Bu durumda hukuk kişiliği kavramı gerçekte terk edilmiş olmayacak *a posteriori* hukuk kişiliği yerine aktör/katılımcı kavramı kullanılmış olacaktır. Uluslararası alanda hukuk kişiliği bakımından problemlili hususların terimsel tercihlerin değiştirilerek aşılması kanaatimizce mümkün değildir. Bunun yanı sıra uluslararası ilişkiler kurabilme veya uluslararası karar alma süreçlerinde etkinlik sahibi olma olarak ifade edilen aktör/katılımcı olma ölçütünün de açıklanmayı gerektiren bir yanı bulunduğu görüşüdeyiz.

B. ULUSLARARASI HUKUKTAN KAYNAKLANAN HAKLARA SAHİP VE YÜKÜMLÜLÜKLERE TÂBİ OLABİLME

¹²⁹⁰ Trindade, *International Law for Humankind*, s. 240.

¹²⁹¹ Christian Walter, "Subjects of International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2007, p. 28. (<https://opil.ouplaw.com/home/mpi>, 21.06.2019)

¹²⁹² Barbara, *op. cit.*, s. 21.

Giderim Kararı'nda Divan'ın saydığı ikinci unsur, uluslararası hukuk kişilerinin uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olma kapasitesidir. Uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olmak yeterliliği ile kastedilenin¹²⁹³ uluslararası hukukta haklara ve yükümlülüklerle sahip olmadan farklı olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bir uluslararası hukuk normu düzenlenişi itibarıyla herhangi bir birim için haklar ya da yükümlülükler getirebilir, bunların kullanılabilmesi için yeterlilik olarak anlaşılabilir bazı unsurların aranıp aranmadığı kanaatimizce açık değildir. Ancak *Meijknecht*'e göre bir hukuk düzeni hak ve yükümlülük kapasitesine sahip olmayan bir birime hak ve yükümlülük bahşetmez¹²⁹⁴. Bu nedenle, Divan'ın getirmiş olduğu kişiliğe ilişkin ikinci unsur uluslararası sistem tarafından uluslararası hakları ve yükümlülükleri düzenlenmiş olan, kendisine uluslararası haklar ve yükümlülükler tanınmış olan birimleri ifade etmektedir.

Uluslararası hukuktan kaynaklanan haklara ve yükümlülüklerle sahip olmayı ifade eden uluslararası hukukî kapasite ile Divan'ın ileri sürdüğü üçüncü unsur birbirine karıştırılmamalıdır. Uluslararası alanda haklara ve borçlara sahip olma bunları uluslararası alanda ileri sürebilmeden farklı bir husustur¹²⁹⁵. Bir birime uluslararası alanda kimi haklar veya yükümlülükler getirilmiş olabilir ancak haklarını talep edebilmesi yahut da yükümlülüklerinden sorumlu tutulabilmesi için herhangi bir merci ihdas edilmemiş olabilir. Nitekim uluslararası alanda hukuk kişiliğine yönelik tartışmanın temelindeki hususların biri budur. İlerleyen başlıklarda hukuk kişiliğini verenin uluslararası alanda haklar ve yükümlülükler tanınması olduğunu yahut da bunları ileri sürmeye, ya da aleyhinde bunların ileri sürülmesine, uygun mekanizmaların bulunması olduğunu kabul eden teorisyen veya uygulayıcıların görüşlerinden söz edilecektir. Bu aşamada denebilir ki Divan Giderim Kararı'nda uluslararası hukuk kişiliği için hem uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olunmasını hem de bunlara ilişkin uluslararası kapasiteyi aramaktadır. Üçüncü unsuru teşkil eden

¹²⁹³ Kısaca “(uluslararası) hukukî kapasite”: *Meijknecht*, op. cit., s. 24. Prosedürel kapasite ise *Lauterpacht*'tan alınmış bir kullanım olarak ileride görüleceği üzere uluslararası taleplerin ileri sürülebilmesini, *jus standi*, *locus standi*yi ifade eder.: *Lauterpacht*, *The Subjects -1948*, s. 113.

¹²⁹⁴ *Ibid*, s. 26.

¹²⁹⁵ *Lauterpacht*, ileri sürebilme kapasitesi/prosedürel kapasiteden yoksunluğun hukuk kişiliğini sınırlandırdığı ancak ortadan kaldırmadığı görüşündedir. Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. *Lauterpacht*, *The Subjects -1948*, s. 113.

prosedürel kapasite, uluslararası hukukta *jus standi*¹²⁹⁶, Divan'ın ifadesiyle uluslararası alanda talepler yoluyla haklarını koruma yeterliliği, hukukî kapasiteden farklıdır.

Meijknecht'e göre uluslararası hukukî kapasite ile uluslararası hukuk özneliği birbirine yakın kavramlar olsa da birbirinden ayrı şeylerdir; uluslararası hukukta haklara ve yükümlülüklerle sahip olmak, birimin uluslararası hakların ve yükümlülüklerin taşıyıcısı olabilmesini ifade eden içsel bir özelliktir, buna karşılık hukuk özneliği ise, daha önce belirtildiği üzere, dışsal, politik bir özelliktir, hukuk düzeninin ilgili birimi özne olarak kabul ettiğini belirtir¹²⁹⁷. Bir birimin uluslararası hukukî kapasiteye sahip olması onun içsel olarak haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilmesini sağlayan özellikleri bulunduğunu gösterirken hukukun öznesi olması, ilgili birimin dışında ve uluslararası toplum tarafından verilen politik, en azından dışsal bir karar olmaktadır. Zira hukuk kişiliği, politik baskılar ile yönlendirilebilecek bir husus ise¹²⁹⁸, Divan tarafından sayılan unsurlar arasında ona politik yönlendirilebilirlik veren uluslararası hukuk düzeni tarafından özne kılınması olabilecektir.

C. ULUSLARARASI MERCİLER ÖNÜNDE TALEPLER İLERİ SÜREBİLME-*JUS STANDI*

1. Genel Olarak

Divan'ın kararında yer alan uluslararası hukuk kişiliğinin üçüncü unsuru, haklarını uluslararası talepler yoluyla koruyabilmek, yükümlülüklerinin kendisine uluslararası usûllerle yöneltilebilmesidir. Karara göre bir birim uluslararası hukukun kişisi olabilmek için, uluslararası merciler önünde *jus standi*ye sahip olmalıdır. Bu çalışmada kavram, *Lauterpacht*'ın ifadesiyle, prosedürel kapasite olarak da kullanılmıştır.

Uluslararası alanda sahip olunan hak ve yükümlülüklerin uluslararası hukuk kişiliğini sağlayabilmesi için bunların uluslararası merciler önünde ileri sürülebilmesi gerektiği Divan tarafından hukuk kişiliğinin unsurları arasında sayılmışsa da prosedürel kapasitenin hukuk kişiliği bakımından aranması uluslararası hukukta yoğun biçimde tartışılmıştır. *Lauterpacht*'a göre prosedürel kapasitenin belirleyiciliği, pozitivist

¹²⁹⁶ Meijknecht, op. cit., s. 24.

¹²⁹⁷ Ibid, s. 34.

¹²⁹⁸ Janet McLean, "Personality and the Public Law Doctrine", *University of Toronto Law Journal*, C. 69, S. 1, 1999, ss. 123-149, s. 148.

teorinin etkisiyle ortaya çıkmıştır¹²⁹⁹. Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler bakımından monizmin uygulandığı sistemleri de dışlayarak hakların ve yükümlülüklerin doğrudanlığına değinmeyen Divan, prosedürel kapasitenin “uluslararası talepler” yoluyla icra edilebileceğini belirtir. Bu durumda, tek araç uluslararası bir merciye başvurabilmek yahut da uluslararası merciye ilgili birim hakkında başvurulabilmesi olmaktadır.

2. Dünya Savaşı’ndan sonra bireyler artan bir biçimde uluslararası mahkemeler önünde *jus standiye* sahip olmaya başlamış olsalar da halen bazı uluslararası merciler önünde taleplerini ileri sürme imkânından yoksundurlar; bunun en önemli örneği olarak UAD gösterilir. Özellikle insan hakları andlaşmaları bakımından bireylerin *jus standiye*lerinin bulunmaması problemlidir. Bu da *jus standiye*nin bulunmadığı durumlarda sahip olunan hakların koruma kapasitesini, bunların hak niteliğinde olmaya devam edip etmediklerini gündeme getirmiştir. USAD’ın Macar/Çekoslovak Karma Hakemlik Mahkemesi’nden gelen temyiz başvurularına ilişkin vermiş olduğu Peter Pázmány Üniversitesi Kararı’nda haklara sahip olma yeterliliğinin, hakları uygulama yeterliliğini de kastetmediği belirtilmiştir¹³⁰⁰. Yani bir hakka sahip olmak, otomatik olarak onu çeşitli merciler önünde ileri sürebilme kapasitesini hakkın sahibine sağlamamaktadır. Hak ile hakkın ileri sürülebilmesine yönelik kapasite birbirinden ayrılabilir iki husustur. Bunun dayanağının bireylerin uluslararası hukuktaki konumu ile küçüklerin iç hukuklardaki konumu arasındaki benzerlik olduğu belirtilse de¹³⁰¹ *Meijknecht* iki nedenden bu benzetmenin makul olmadığını ileri sürer. Öncelikle bireyler kendi iradelerini açıklama yeterliliğinden ya da kendi haklarını doğrudan uygulama becerisinden yoksun değildirler, öte yandan da bireylerin haklarını korumakla yükümlü olan devlet sıklıkla bunların esas ihlalcisi olmaktadır¹³⁰². Yazar bu noktada iç hukuklardaki ileri sürme kısıtıyla burada bireylerin yahut da devlet dışı birimlerin karşı karşıya kaldıkları ileri sürme kısıtının birbirinden farklı şeyler olduğunu ileri sürer ve kanaatimizce bunda da haklıdır. İç hukukta küçük ya da kısıtlı durumdaki kişilerin haklarının bir veli ya da vasi aracılığıyla ileri sürülebilmesi, onların iradelerinin korunmasını sağlayan bir araç iken uluslararası hukukta birey ve diğer devlet dışı

¹²⁹⁹ Lauterpacht, Human Rights, s. 8.

¹³⁰⁰ USAD, Macar-Çekoslovak Karma Talepler Mahkemesi Temyiz Kararı, Peter Pázmány Üniversitesi v. Çekoslovakya Devleti, 15.12.1933, s. 231.

¹³⁰¹ Lauterpacht, The Subjects-1947, s. 455.

¹³⁰² Meijknecht, op. cit., s. 57. Lauterpacht, Human Rights, s. 8.

birimler için böyle bir kısıtın varlığı onların lehine bir düzenleme değildir, zira yazarın belirttiği gibi çoğunlukla bağlı buldukları devlet hakları ihlal eder. İkinci olarak iç hukuklarda küçük veya kısıtlıların haklarını ileri sürmede veli veya vasileri görevliken uluslararası hukukta bu durum sadece diplomatik koruma müessesesiyle karşılanabilir biçimde tâbi olunan devletin takdirindedir. Yani uluslararası hukukta bireyler yalnızca sınırlı haklar bakımından diplomatik koruma yoluyla kendi devletinin korumasından faydalanabilecektir. Bunun yanı sıra bireylerin *jus standileri* bulunsa dahi bunun kaynağında bireyin haklarını ihlâlden sorumlu devletin ilgili uluslararası merciin yargı yetkisini tanımasının olması da uluslararası alanda prosedürel kapasitenin kaynağı bakımından eleştirilir. Ancak uluslararası alanda prosedürel kapasitenin kaynağında da hukukî kapasitenin kaynağında olduğu gibi devletlerin etkili olması uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin bir meseledir. Ancak yine de Divan'ın *jus standiyi* uluslararası hukuk kişiliğinin bir unsuru kabul ettiğini akılda tutmak gerekir.

2. Prosedürel Kapasitenin Hukuk Kişiliği Bakımından Etkisine Getirilen Eleştiriler

Lauterpacht pozitivist teorinin bir sonucu olarak uluslararası alanda bireylerin hakları bulunmadığından uluslararası merciler önünde *jus standiye* de sahip olamayacaklarının ve uluslararası merciler önünde prosedürel kapasiteden yoksun olmaları nedeniyle uluslararası hukukun öznesi olmayacaklarının taraftar bulduğunu belirtir¹³⁰³. Pozitivist teoriye göre devletler dışındaki birimler uluslararası hukukun kişisi olmasalar da pozitivist yazarlar ancak devletlerin açık rızaları sonucunda bireylere ve diğer birimlere prosedürel kapasitenin atfedilebileceğini belirtir¹³⁰⁴. Bu noktada tartışılması gereken devletler dışındaki birimlerin devletlerin açık rızasıyla uluslararası hukukun kişisi kılınmalarının onların uluslararası hukuk kişiliğine etki edip etmediği, hukuk kişisi olmaları bakımından bir engel oluşturup oluşturmadığıdır.

Öncelikle devlet dışındaki bir birimin uluslararası hukuk kişiliği, kişiliğin hangi yolla kazanıldığından bağımsız bir biçimde değerlendirilmelidir. Çünkü uluslararası hukuk kişiliği atfeden normun yapılışına başka bir uluslararası hukuk kişisinin etki etmesi uluslararası hukuk normlarının yapılışına ilişkin, sistemsel bir konudur. Devlet iradesinin kendisi dışındaki birimlerin uluslararası hukuk kişiliği bakımından kurucu

¹³⁰³ Lauterpacht, Human Rights, s. 8.

¹³⁰⁴ Ibid, s. 9.

olmaması öngörülüyor ise değerlendirilmesi gereken uluslararası alandaki karar alma mekanizmalarında devletin etkinliğidir. Elbette burada kastedilen tek tek devletlerin iradeleri değil, devletlerin iradelerinden doğan uluslararası andlaşmalara ve teamüle atfedilen kurucu etkidir. Ancak tanıma ya da uyarlanmış devlet yaklaşımının savunucularınca hukuk kişiliğinin devletlerin iradeleriyle ortaya konması devletin uluslararası hukuk kişiliğinin orijinalliğinin sonucu olarak kabul edilir¹³⁰⁵. Bu yönde *Meray* da uyarlanmış devlet yahut tanıma yaklaşımını savunur görünmektedir, ona göre uluslararası alanda devletler dışındaki hukuk kişilerini saptayacak kurallar ve organlar bulunmadığından bu görev uluslararası alanın diğer kişilerine, devletlere bırakılmıştır¹³⁰⁶.

Lauterpacht'a göre devletin etkinliği, her özel duruma ve birey hak ve yükümlülüklerini düzenleyen her uluslararası enstrümana göre farklılık gösterebilecek; ilgili hukukî enstrüman uluslararası bir kapasite vermeden de devlet dışı birimleri uluslararası hukukun öznesi yapabileceği gibi hem haklar ve yükümlülükler getirip hem de prosedürel kapasite tanıyabilecektir¹³⁰⁷. Zira, ona göre hakların yararlanıcısının hakların icra edilmesine yönelik bağımsız hareketlerde bulunamayacağı hallerde dahi uluslararası hukuk özneliği bu durumdan etkilenmez¹³⁰⁸. Yazar, hakkın varlığı ile hakkı hukukî süreçle ileri sürebilme gücünün, prosedürel kapasitenin, farklı şeyler olduğu kanısındadır¹³⁰⁹, bu nedenle de hakkın prosedürel kapasiteden bağımsız olarak var olacağı görüşünü savunmaktadır. *Lauterpacht*'a göre, prosedürel kapasitenin bulunmaması, hakkın uluslararası merciler önünde ileri sürülememesi, hakkın hukuk özneliği bakımından kuruculuğunu dolayısıyla da uluslararası hukuk özneliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Pozitivist yazarlar bakımından ise prosedürel kapasite uluslararası hukuk kişiliğinin tespitinde önemlidir, zira icra edilemeyen hukukun hukuk olmayacağı yaklaşımlarına benzer bir biçimde haklarını ileri sürme kapasitesinden yoksun bir hukuk

¹³⁰⁵ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individuals*, s. 21.; Portmann, *op. cit.*, s. 80,84.

¹³⁰⁶ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, s. 75, 53, 66, 68-69.

¹³⁰⁷ Lauterpacht, *Human Rights*, s. 27.

¹³⁰⁸ *Ibid.* Ancak yine de yazarın, prosedürel kapasiteyi tamamen önemsiz bulduğu kanısına kapılmamak gerekir; zira prosedürel kapasitenin uluslararası hukuk özneliğini ortadan kaldırmasa da onu sınırlandırdığı görüşündedir. Yukarıda, dn 1295.

¹³⁰⁹ *Ibid.*, s. 54.

öznesinin de özne olmayacağını kabul ederler¹³¹⁰. *Kelsen*'e göre kendi vatandaşlarına muamele konusunda taraf devletlere yükümlülükler getiren bir uluslararası andlaşmada, taraf devletlere tâbi bireylere haklarının ihlal edilmesi durumunda başvurabilecekleri bir uluslararası merci belirlenmediği takdirde, bu andlaşmayla bireylere tanınan hakların varlığından söz edilmesi mümkün değildir; andlaşmanın herhangi bir hükmüyle bireylere prosedürel kapasite, hakların icrasına yönelik bağımsız hareket kabiliyeti, tanınmamış ise bireyler bu durumda uluslararası hukukun öznesi olmayacaklardır¹³¹¹.

Meijknecht'e göre uluslararası hukuk kişiliğinin tek şartı uluslararası hukuk düzeni tarafından, bunları taşıyabilme yeterliliği bulunan birime haklar veya yükümlülükler atfedilmesidir; prosedürel kapasite de bu haklardan biri olabilir, ki bu durum oldukça arzu edilecek bir durumdur, ancak uluslararası hukuk kişiliğinin varlığı bakımından vazgeçilmez bir hak değildir¹³¹². Yazara göre prosedürel kapasite bir hak olarak formüle edilmesiyle diğer haklardan farklı bir konumu bulunmaksızın ilgili uluslararası hukuk kişinin haklarından biri olacaktır. Prosedürel kapasiteyi sağlayan hak, haklar içinde sıradan bir haktır, uluslararası hukuk kişiliğini vermez. Öte yandan yazar, *Kelsen*'in yaklaşımına prosedürel kapasitenin bulunmamasının hakkın uygulanması bakımından faydasız kılacağını ileri sürmesi noktasında hakkını bahşeder¹³¹³, zira bu durumda hak mevcutsa da uygulanamaz bir hak olacaktır. *Lauterpacht* ve *Kelsen*'in genel hukuk teorilerini yansıtan bu yaklaşımları doğrultusunda *Meijknecht*'e belli ölçüde katıldığımızı belirtmek isteriz. Prosedürel kapasitenin tanınması, hakkın varlığı bakımından kurucu bir nitelik taşıyor olsa da pratikte hakkın yöneldiği amacı, hukukî korumayı sağlamaktadır. Hakkın atfedilmesiyle amaçlanan koruma, prosedürel kapasitenin varlığı ile gerçekleşebilir olduğundan uygulama bakımından prosedürel kapasitenin hakkı işlevsel kıldığını söyleyebiliriz. *Lauterpacht*'ın yukarıda da atıfta bulunulan ifadesine göre prosedürel kapasitenin yokluğu özneliğe engel olmasa da onu sınırlandırmaktadır. Buradan hareketle, yazara göre prosedürel kapasitenin bulunmadığı durumlarda, kendisine haklar ve yükümlülükler atfedilen birimin uluslararası hukuk kişiliği sınırlı bir nitelik kazanacaktır. Belirtmek gerekir ki prosedürel kapasitenin yokluğuna hukuk kişiliğini

¹³¹⁰Meijknecht, op. cit., s. 60.

¹³¹¹Kelsen, Principles of International Law, s. 231, 234.

¹³¹²Meijknecht, op. cit., s. 60.

¹³¹³Ibid, s. 61.

sınırlandırılması sonucu atfetmek, prosedürel kapasiteyi hukuk kişiliği bakımından etkili kılmaktadır. Bulunmaması pratikte hakkı işlevsiz kılsa da hukuk kişiliğine etkili olduğunun kabulü durumunda hukuk kişiliğinin tanımına prosedürel kapasitenin dahil edilmesi, uluslararası hukukta kişiliği devlet dışındaki birimler bakımından oldukça sınırlandıracaktır. Nitekim, bireyin hukukî statüsünün tamamen başvuru yollarının uygunluğuna bağlı bir husus olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır¹³¹⁴.

Ehrlich'in tanımına göre hukukî kapasite¹³¹⁵ bir ya hep ya hiç kavramı değildir, varlığı ve yokluğu arasında birçok farklı seviyeye sahip olması mümkündür ve iki önemli unsur bulunur; hukukî ilişki kurabilme ve hukuken korunan avantajdan faydalanabilme, bu iki unsur içerik ve kapsamlarına göre kademeli olarak ortaya konabilecektir¹³¹⁶. Özel hukuk ortaklıklarının yahut da kolektif sosyal aktörlerin sahip oldukları haklar ve hukukî kapasite doğrultusunda kısmî ya da sınırlı hukuk kişiliğine sahip olabileceği gibi fetüslerin de kısmî bir hukukî kapasitesi bulunduğunu belirten *Gruber*, standart değil kapsamı az ya da çok sınırlandırılmış birçok hukukî kapasite bulunduğunu, buna paralel olarak sosyal ve teknolojik gelişmelerin de etkisiyle farklı türlerde ve kısmî nitelikte hukuk öznelerinin ortaya çıktığını ileri sürmektedir¹³¹⁷. Eğer tam bir hukukî kapasiteye sahip olmayı hukuk kişiliğinin ölçütü olarak kabul edersek, hukukî kapasitenin varlığının ve yokluğunun yanı sıra tamdan az herhangi bir seviyede olması, hukuk kişiliğinin sınırlı veya kısmî olması sonucunu doğurabilir.

Ehrlich hukukî kapasitenin hukukî ilişkiler kurabilme ve hukuken korunan avantajdan faydalanma arasında herhangi bir seviyede bulunabileceğini, tek bir görünüme sahip olmadığını¹³¹⁸ belirtmekteydi. Giderim Kararı'na göre de uluslararası talepler ileri sürme çok çeşitli yöntemlerle yapılabilir, farklı durumlarda başvurulabilecek bir uluslararası talebi oluşturmayı, sunmayı ve çözmeyi içeren çeşitli

¹³¹⁴ Christian Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *Recueil des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1999, Lahey: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 151.

¹³¹⁵ Yazar burada Ehrlich'in yapmış olduğu hukukî kapasite tanımını takip eder ve bu Divan'ın kararından farklıdır; kanaatimizce Ehrlich'in hukukî kapasite tanımı Divan'ın 2. ve 3. unsurlarını birlikte kapsamaktadır. Malte-Christian Gruber, "Legal Subjects and Partial Legal Subjects in Electronic Commerce", *New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy*, ed. Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2016, ss. 67-92, s. 68.

¹³¹⁶ Ibid, s. 69.

¹³¹⁷ Ibid, s. 71.

¹³¹⁸ Ibid, s. 68-69.

yöntemleri ifade eder¹³¹⁹. Bu durumda uluslararası alanda prosedürel kapasitenin ulusal alanlardaki taraf ve dava ehliyetlerinden daha geniş bir biçimde anlaşılması gerekmektedir. Kararda özel olarak belirtilen usuller arasında protesto, uzlaşma, hakemlik mahkemesine sunma gibi mutlaka klasik yargı yolu kapsamında olması gerekmeyen yöntemler bulunur¹³²⁰.

Doktrinde her zaman bir hukuk kişinin olgusal olarak sahip olduğu haklar ile hukuken sahip olduklarının birbirine uyması gerekmediği ifade edilmiştir, nitekim bazı hakların taraf ehliyeti (*standing*) sağlamamaları onların bir illüzyon yaratmalarına sebep olmaktadır¹³²¹. Bu durumda taraf ehliyeti hukuk kişiliğine sahip olmanın bir sonucu değildir, her hukuk kişisi taraf ehliyeti için gerekli şartları sağlamıyor olabilir. Ancak bazı hallerde hukukî koruma taraf ehliyetinin kabul edilmesiyle sağlanmaktadır. Bunun örneği olarak Ekvador Hükümeti'nin ekosisteme tanıdığı statü gösterilmektedir¹³²². Ekvador ekosisteminin Ekvador Anayasası'nda belirtilen haklarının korunmasına yönelik davalarda tesis edilmesi gereken taraf ehliyeti şartı ekosistem lehine hareket eden kimseler için kolaylaştırılmıştır¹³²³. Böylece Ekvador ekosisteminin anayasada, bağımsız bir hak öznesi olarak düzenlendiği kabul edilmektedir¹³²⁴.

Ulusal hukuklarda kişilerin maddî hukuktan kaynaklanan hak ve fiil ehliyeti, usûl hukukundan kaynaklanan taraf ve dava ehliyeti bulunmaktadır. Bunların hukukî ve prosedürel kapasite ile örtüşüp örtüşmeyeceği değerlendirilebilecekse de *Peters*, uluslararası hukukta da iç hukuklardaki gibi maddî hukuk, usûl hukuku ayırımının işlevli olup olmadığını sorgular ve bu doğrultuda hukuk kişiliğinin prosedürel kapasiteyi kapsamamasının gerekip gerekmediğini değerlendirir¹³²⁵. *Peters*'a göre prosedürel kapasitenin uluslararası alanda hukuk kişiliğine sahip olmak için gerekliliği bakımından doktrinde ve yargı kararlarında bir uyumluluk bulunmamaktadır ve bunun nedeni

¹³¹⁹ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 177.

¹³²⁰ Ibid.

¹³²¹ Joanna J. Bryson, Mihailis E. Diamantis, Thomas D. Grant, "Of, For, and By the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons", *Artificial Intelligence and Law*, C. 25, S. 3, 2017, ss. 273-291, s. 277,281.

¹³²² Ibid, s. 281.

¹³²³ Ekvador Cumhuriyeti Anayasası, <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>, (29.04.2019); 10. maddesinde "doğanın anayasanın kendisine tanıdığı hakların öznesi olduğu" belirtilir.; Ibid.,

¹³²⁴ Tolga Şirin, "Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına", *II. Çevre ve Kent Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2014, ss. 53-71, s. 61.

¹³²⁵ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 47 vd.

uluslararası hukukun temel prensiplerinden etkililik prensibidir¹³²⁶. Uluslararası prosedürel kapasitenin hukuk kişiliği için bir şart olmasını bir kenara bırakarak uluslararası hak ve yükümlülükler için tek başvuru yolunun uluslararası merciler olmadığını, ulusal merciler önünde de uluslararası alandan doğan hak ve yükümlülüklerin ileri sürülebileceğini belirtir¹³²⁷. Yazar, uluslararası hukuk normlarının yalnızca uluslararası merciler önünde değil ulusal yargı mercilerinde de uygulanabilir olduğunu ortaya koyarak uluslararası hukuk normlarının etkililiğinin yalnızca uluslararası mercilerde uygulanma ile sağlanmadığını savunur. Dolayısıyla prosedürel kapasitenin yalnızca uluslararası prosedürler bakımından geçerli olmasının gerekmediğini belirtir. Ancak Divan, hakkın uluslararası talepler yoluyla korunabilir olmasını aramak suretiyle oldukça sınırlı bir uluslararası hukuk kişiliği tanımlı yapmıştı. Aynı yönde *Trindade* de bireyin hukuk kişiliğinin bireyin hakları arasında bulunduğunu belirterek devletlerin yeterli ve etkili iç hukuk yolları ihdas etmeleri yükümlülüğünün hafife alınmaması gerekliliğini belirtir¹³²⁸. *Peters* ile benzer bir yaklaşıma sahip olan *Trindade*'ye göre uluslararası adalete erişimde iç hukukta yer alan mekanizmaların önemli bir etkisi bulunmaktadır.

Etkililik prensibi hukukî kurumların gerçek ve olgusal duruma dayandırılmasını ifade eder ve bunun örnekleri arasında uluslararası hukukta devlet olmanın bir şartı olarak etkili bir hükûmete sahip olmanın ve teamül kurallarının şartları arasında uyumlu uygulamanın bulunduğunu belirtilir¹³²⁹. Etkililik prensibinin uluslararası hukukta ulusal hukuklardan daha önemli bir konumda olmasının nedeni uluslararası hukukun merkezî güce sahip olmaması dolayısıyla etkililiği mikro düzeyde sağlıyor oluşudur, ancak uluslararası hukukun merkezî olmayan mercilerce uygulanabilmesi yoluyla uluslararası hukuk normlarının ve dolayısıyla uluslararası hukuk kişiliğinin etkililiği sağlanmış olacaktır¹³³⁰. Prosedürel kapasite ile hedeflenen etkililiğin mutlaka uluslararası yargı yerleri önünde ileri sürülmeye dayanması gerekmediğinden bahisle *Peters*, uluslararası hukuk kişiliğine prosedürel yaklaşımı ikna edici bulmaz¹³³¹.

¹³²⁶ Ibid, s. 48.

¹³²⁷ Ibid, s. 47-50.

¹³²⁸ Trindade, The Access of Individuals, s. 56-59.

¹³²⁹ Peters, Beyond Human Rights, s. 48.

¹³³⁰ Ibid, s. 48-50.

¹³³¹ Ibid, s. 50.

Higgins'e göre UAD Statüsü'nün 38. maddesinde yer alan uluslararası hukukun kaynakları arasında "uluslararası" yargı kararları değil yargı kararları sayılmıştır; uluslararası mahkemelerin vermiş oldukları kararların bir üstünlüğü bulunduğu söylenebilecekse de yatay bir biçimde örgütlenmiş ve merkezî olmayan uluslararası hukukun normlarına ulusal mahkemelerin katkıda bulunması olağan kabul edilmelidir¹³³². Nitekim uluslararası hukuk ulusal mahkemelerin uygulayabileceği, icra edebileceği bir hukuk alanıdır; yabancı, bilinmeyen bir hukuk alanı değildir¹³³³. Böylece uluslararası ve ulusal yargı alanları arasında keskin bir ayırım yapılmamış, uluslararası hukukun normlarının ulusal yargı yerlerince icra edilebileceği gibi ulusal yargı kararlarının da uluslararası hukuka kaynaklık edebileceği belirtilmiştir. Bu durumda, uluslararası prosedürel kapasitenin aranması hem uluslararası hukuk kişiliğini oldukça sınırlı birimler bakımından mümkün kılar hem de ulusal yargı yerlerinin uluslararası hukukun uygulanmasındaki etkinliğini reddetmektedir.

Peters ve *Higgins*'in prosedürel kapasite bakımından ulusal alan ile uluslararası alan arasındaki sınırı kabul etmediklerini söyleyebiliriz. Bireylerin uluslararası hukuk kişiliğine değindiğimiz önceki bölümdeki açıklamalarımızda özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra yaşanan gelişmelerin uluslararası alan ile ulusal alanlar arasındaki sınırı silikleştirdiğine değindik. Devlet egemenliğinin karşısında ulusal alana ilgili devlet rızası dışında müdahale edebilecek normlar, *jus cogens*, ortaya çıkmışlardır, ancak bunun yanı sıra *Peters*, uluslararası alanın Anglosakson Hukuku'ndan da etkilendiğine değinir¹³³⁴. Uluslararası hukuk ile Anglosakson hukuku arasındaki, hukuk kişiliği bakımından mevcut benzerliklere ilerleyen başlıklarda değinilecektir.

Uluslararası hukukta bireylere özel şartlarda taleplerini ileri sürebilmeleri için prosedürel kapasite tanınmış olsa da bu saptamaların genel kuralı değıştirmedeği, gerçekte prosedürel kontrolün devletler tarafından yerine getirildiğini ileri süren *Brownlie*, aynı çalışmasında bir uluslararası andlaşmayla ancak taraflar öyle kabul ederse bireylerin doğrudan haklara ve yükümlülöklere sahip olabileceğini belirtir¹³³⁵. Yazarın ikinci ifadesine katılmaktayız, zira uluslararası hukukta andlaşmaların geçerlilik şartları teamül hukukunda ve bu doğrultuda VAHS'de belirlenmiştir. Bu geçerlilik şartlarına

¹³³² Higgins, General Course, s. 268.

¹³³³ Ibid, s. 274.

¹³³⁴ Peters, Beyond Human Rights, s. 47.

¹³³⁵ Brownlie, The Place of, s. 461.

aykırı olmayan bir uluslararası andlaşmanın tarafları düzenleme serbestisine sahiptir. Bu durumda *Brownlie*'nin burada kastettiği şey devletin uluslararası hukukun klasik kaynakları aracılığıyla uluslararası hukuku yapmasıdır. Prosedürel bakımdan kontrolün devletlerin elinde bulunmasının devlet dışı birimlerin hukuk kişiliğine etkisi bulunmamalıdır. Burada *Brownlie*'nin sözünü ettiği husus devletlerin uluslararası hukuktaki karar alma mekanizmalarında ve hukuk yapımındaki etkinliğidir. Bu etki devlet ve devlet dışı birimlerin hukuk kişiliklerinin birbirine etkisi değil, devletin uluslararası hukukta sahip olduğu yetkilerin hukuk kişiliğine etkisidir. Devletin uluslararası hukuk kişiliği ile uluslararası hukuk normlarının yapılmasındaki rolü birbirinden ayrı tutulmalıdır. Zira devlet dışı birimlerin hukuk kişiliği bakımından geçerli hukuku yapan bir hukuk kişisi olarak devlet değil, uluslararası hukuk normlarının yapılmasına katılan devlettir.

Brownlie, devletlerin uluslararası hukukta prosedürel kontrolü elinde bulundurduğunu belirtse de bireyin uluslararası hukuk kişiliğini tümünden reddetmemektedir; bazı alanlarda ve belirli bağlamlarda “gerçek prosedürel kapasiteye” sahip olduğunda uluslararası hukukun kişisi olarak savunulabileceğini ileri sürer¹³³⁶. 1964 tarihli çalışmasında yazar uluslararası ceza hukukunda, Avrupa Komisyonu’na başvuru hakkı bulunan vesayet sistemi çerçevesindeki özel prosedürlerde, yarı idarî bir işlevi bulunan otoriteler önündeki bireyler ile çeşitli birliklerin ekonomik menfaatlerine ilişkin uyuşmazlıklarda bireylerin prosedürel kapasitesinin bulunduğunu belirtir¹³³⁷. Uluslararası hukukta 1964 sonrasında yaşanan gelişmelerle yazarın ifade ettiği anlamda ‘prosedürel kapasitenin’ bireylerce kullanılabilirdiği birçok örnek ortaya çıkmıştır. Bunlar arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 11. No’lu Protokolü’nün kabulü, uluslararası ekonomi hukuku alanında ortaya çıkan ICSID ve Dünya Ticaret Örgütü uyuşmazlık çözümleri de dahil bireylerin ve bireyler kapsamında ele alınabilecek birimlerin uluslararası alandaki prosedürel kapasitesine yönelik önemli gelişmeler bulunmaktadır. Günümüz bakımından bireyin uluslararası alanda sahip olduğu prosedürel kapasitenin birçok göstergesi bulunmaktadır. Ancak önemli olan uluslararası alandaki tüm uyuşmazlık çözümlerinde bireyin prosedürel kapasiteye sahip olmasının gerekip gerekmediğidir, zira bireyin uluslararası alanda prosedürel kapasitesinin

¹³³⁶ Ibid, s. 462.

¹³³⁷ Ibid, s. 459.

bulunduğu mekanizmalar olduğu kabul edilmesine rağmen bireyin uluslararası hukuk kişiliği konusundaki tartışmalar sona ermemektedir.

D. KARARIN ÖNEMLİ NOKTALARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Giderim Kararı'nın verildiği dönemde uluslararası hukuk hızlı bir dönüşüm içerisine girmiş bulunmaktaydı. Yaşanan iki dünya savaşından sonra uluslararası alanda devlet egemenliğini sınırlayan mekanizmalara ihtiyaç duyuldu ve yalnızca silahlı çatışmalar esnasında değil genel olarak uluslararası alanda insan haklarına yönelik düzenlemelerin bir gereklilik olduğu kabul edildi. BM Andlaşması böyle bir siyasi bağlamda devletlerin işbirliği ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte bir belge olarak imzalanmış ve uluslararası uyuşmazlıkları çözme merkezi olarak BM kurulmuştur. Öte yandan BM'nin amaçlarına ve işlevlerine bakıldığında sadece bir uyuşmazlık çözme merkezi değil uluslararası barış ve güvenliği tesis edebilecek ve devletler arasında çeşitli alanlarda işbirliğinin kurulmasını sağlayabilecek genel nitelikte bir örgüt olduğu söylenebilecektir.

BM Andlaşması'nda örgüte birçok yetki verilmiş, ancak örgütün hukuk kişiliğinden söz edilmemiştir. BM Genel Kurulu'nun ünlü Giderim Kararı'na sebebiyet veren sorularının kökeninde BM'nin uluslararası alandaki işlev ve yetkileri yer almaktadır. Divan sonuç itibarıyla yalnızca BM özelinde etkili olacak türden bir hüküm vermekle kalmamış, uluslararası örgütler hukukunun temel meselelerine eğilmiştir.

Giderim Kararı'nın konusunu oluşturan BM Genel Kurulu kararıyla Divan'a yöneltilen hukukî sorulardan bizim konumuzla ilgili olanı şöyledir;

“Bir BM temsilcisinin görevlerini yerine getirirken karşı karşıya kaldığı ve bir devletin sorumluluğundaki fiilden doğan zararlar dolayısıyla BM'nin, bir örgüt olarak, sorumlu bulunan *de jure* veya *de facto* hükümete karşı uluslararası bir talebi ileri sürme kapasitesi kendisi bakımından ve yetkilendirdiği kişiler bakımından var mıdır?”. Genel Kurul'un sorusu BM'nin uluslararası alanda devletlere karşı uluslararası sorumluluk yöneltebilir olup olmadığıdır.

Öncelikle Divan, uluslararası hukukta talepler ileri sürme kapasitesinin ne olduğunu değerlendirerek bunu bir talebi veya istemi uluslararası hukukun mutad

metotlarına başvurarak inşa etme, sunma ve çözüme yeterliliği olarak tanımlar¹³³⁸. Bu metotlar arasında andlaşma ile kendisine verilen yetkiler dairesinde protesto etme, inceleme talep etme, müzakere etme, bir hakemlik mahkemesi yahut Divan'da ileri sürme sayılmıştır¹³³⁹. BM'nin sayılan yöntemlere başvuru için uluslararası bir talep ileri sürüp süremeyeceğini Divan, BM Andlaşması'yla örgüte üyelerinden saygı duyulmasını isteyeceği haklar verilip verilmediğini değerlendirerek tespit eder. Başvuruya konu soru doğrultusunda BM'nin uluslararası hukuk kişiliğini ortaya çıkaracak olan, aslında örgütün kendi üyelerinden ayrı bir yapı olup olmadığıdır. Çalışmanın uluslararası örgütler kısmında değinildiği üzere bir uluslararası örgütün hukuk kişiliğinin göstergelerinden biri onun üyelerinden bağımsız ve ayrı bir birim olmasıdır. Divan, uluslararası kişiliğin doktrinel ve tartışmalı bir husus olsa da burada BM'nin üyelerinin üzerine düşen ve kendisinin yararlanıcı olduğu yükümlülüklerin varlığını ortaya çıkaracağını ifade eder¹³⁴⁰.

Divan'a göre uluslararası hukukun bir birimi uluslararası hukukun öznesi ise, kendisine uluslararası hak ve yükümlülükler atfedilebiliyor ise ve kendisine atfedilen hakları uluslararası talepler yoluyla koruyabiliyor ise uluslararası hukukun kişisi olabilmektedir. Bu üç şartın kümülatif varlığını arayan Divan'ın öncelikle prosedürel kapasiteyi bir unsur olarak saymak suretiyle uluslararası hukuk kişiliği konusunda son derece dışlayıcı bir karar verdiğini belirtmek gerekir. Devletler dışındaki birimlerin uluslararası merciler önünde talepler ileri sürebilmeleri bakımından hem yetkilerinin hem de başvurabilecekleri yargı yerlerinin azlığı düşünülürse uluslararası hukuk kişiliğinin Giderim Kararı'ndan sonra çok da kapsayıcı bir içerik kazanmadığı ortaya çıkacaktır. Bunun yanı sıra uluslararası hak ve yükümlülüklerle sahip olabilme kapasitesi de Divan tarafından ileri sürülen bir diğer ölçüttür. Uluslararası hukukta haklara ve yükümlülüklerle sahip olmada içsel bir kapasiteye sahip olabilmek olarak belirtilen bu ölçüt; kendisine uluslararası hak veya yükümlülük atfedilen birimin uluslararası işlemlerde bulunma imkânına, ilgili birimin yapısal olarak uluslararası hak ve yükümlülükleri taşıyabilmesine ilişkindir. Yine bir diğer şartı da uluslararası hukuk özneliği olarak ortaya koyan Divan, özne olmak ile kişi olmak arasında bir ayrıma gitmiştir. Bu ikisi arasında bir farkın bulunup bulunmadığı yahut da ne gibi bir farkın

¹³³⁸ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 177.

¹³³⁹ Ibid.

¹³⁴⁰ Ibid, s. 178.

bulduğuna ilişkin tartışmaları vermeye çalışmıştık. Bazı yazarlar hukuk özneliğini dışsal, politik bir tercihin ortaya konması olarak açıklarken bazılarınca da hukuk kişiliğinin *ad hoc* ve *a posterior* bir görünümü olduğu ileri sürülmüştü.

Divan BM Andlaşması'yla açıkça belirlenmemiş olan uluslararası talepler ileri sürme imkânının BM'nin hangi karakteristiği ile kastedildiğinin ortaya konması gerektiğini¹³⁴¹ açıklar. Uluslararası hukuk kişiliğinin yahut da onu oluşturan unsurların açıkça belirlenmiş olmasının gerektiği, örgütün kurucu andlaşmasından çıkarılabilir olmasının yeterli olduğu ortaya konmuştur. Bu durumda bir birimin uluslararası hukuk kişiliğine karar verilmesinde, onun uluslararası alanda sahip olduğu işlevlere, haklara bakılmak suretiyle tespitin yapılması mümkün kılınmıştır. Böylelikle de uluslararası hukuk kişiliğinin açıkça düzenlenmiş olmasının gerektiği, bir birimin uluslararası alanda sahip olduğu özelliklerden çıkarılabileceği ortaya konmuştur.

Divan, BM'nin uluslararası hukuk kişiliğini ortaya koymadan önce onun hakları ve yükümlülükleri bakımından diğer uluslararası hukuk kişileri ile nasıl bir benzerlik taşıması gerektiği konusuna da açıklık getirir. Herhangi bir hukuk alanının öznelinin doğaları itibarıyla ya da haklarının kapsamı bakımından aynı olmak zorunda olmadığını, doğalarının toplumun ihtiyaçlarına göre şekilleneceğini belirterek¹³⁴² aynı hukuk alanındaki kişilerin hakları yahut da yükümlülükleri ve doğaları bakımından birbirinden ayrışabileceğini belirtir. Demek ki herhangi bir hukuk alanında hukuk kişilerinin hakları ve doğaları itibarıyla birbiri ile denk olmaları aranmamaktadır. Uluslararası hukukun tarih boyunca uluslararası yaşamın gereklerinden etkilenen gelişimi ve devletlerin kolektif fiillerinin giderek artması uluslararası alanda devlet dışı kimi birimlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur; amaçları ve ilkeleri kurucu andlaşmasında düzenlenen BM bunun bir örneğidir ve kendisi için getirilmiş olan amaçlara ulaşması için hukuk kişiliğinin bulunması gerekir¹³⁴³.

Kurucu andlaşma, BM'yi ortak amaçlara ulaşmada devletlerin eylemlerini uyumlaştıracak bir merkez olarak kabul etmekle yetinmeyerek onu organlar ve çeşitli özel görevlerle de donatmıştır. Üyeler ile örgüt arasındaki statüsel ilişkiyi de düzenleyen andlaşma, üyelere örgütün herhangi bir fiilinde her türlü yardımı sunma,

¹³⁴¹ Ibid.

¹³⁴² Ibid.

¹³⁴³ Ibid.

Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu kararları kabul etme ve uygulama, Genel Kurul'un kendi haklarında önerilerde bulunabilmesi, örgüte üye devletlerin ülkelerinde hukukî kapasite, ayrıcalık ve bağımsızlıklar tanıma¹³⁴⁴ ve örgüt ile üyeler arasında andlaşmaların akdedilmesi gibi yükümlülükler getirir. Bu yükümlülüklerin uygulanması, özellikle BM'nin üye devletlerle andlaşma imzalayacak olması düşünüldüğünde, örgütün sahip olduğu karaktere uygun bir biçimde üyelerinden ayırt edilerek, gerektiğinde onlara bu Andlaşma'dan doğan yükümlülüklerinin hatırlatılmasını gerektirmektedir¹³⁴⁵.

Divan'ın görüşüne göre, örgütün yalnızca geniş ölçüde uluslararası kişilik ve uluslararası işlem yapma kapasitesi ile açıklanabilecek işlevleri yerine getirmesi ve haklardan faydalanması tasarlanmıştır; nitekim BM aslında zaten bu işlevleri yerine getirmekte ve haklardan faydalanmaktadır¹³⁴⁶. BM'nin, uluslararası örgütlenmenin en üst noktasında bulunan uluslararası örgüt olarak, uluslararası kişilikten yoksun olması halinde kurucularının tasarılarını, kendisine tanınan fonksiyonları, yerine getirme imkânı bulunmayacaktır. Üyeleri, belirli işlevleri ve bunlara dair görev ve sorumlulukları ona yükleyerek, bunları etkili bir biçimde yerine getirmek için BM'yi gerekli yetki ve ehliyet ile kuşatmış olmaktadır.

Divan'ın buna uygun olarak vardığı sonuç BM'nin uluslararası hukukun bir kişisi olduğudur. BM'nin uluslararası hukuk kişiliğini tespit ederken Divan'ın kullandığı yöntem 'tümevarıma dayalı bir akıl yürütme yöntemi'¹³⁴⁷ olarak ifade edilmiştir. İlerleyen kısımlarda Divan'ın yapmış olduğu akıl yürütmeye ilişkin UHK'nin değerlendirmesine ayrıntılı olarak değinilecektir.

Divan bir hukuk sisteminin tüm öznelerinin hakları ve yükümlülükleri bakımından yahut da doğaları itibarıyla aynı olmasının gerekmediğini belirtmişti. BM'nin hukuk kişiliğini tespit ettikten sonra onun hukuk kişiliği ile devletin uluslararası hukuk kişiliği arasındaki farklara değinen Divan bu yargının BM'nin ne bir devlet ne de bir devlet ile aynı haklara ve yükümlülüklerle sahip olduğu anlamına gelmediğini ortaya koyar¹³⁴⁸. Bunun BM'nin süper-devlet¹³⁴⁹ olduğunu söylemek manasına da gelmediğini

¹³⁴⁴ BM'nin Ayrıcalık ve Bağımsızlıkları Andlaşması, Genel Kurul tarafından 13.02.1946'da kabul edilmiş, 17.09.1946'da yürürlüğe girmiştir. Andlaşma BM Şartı'nın 104 ve 105. maddelerinde öngörülen, üye devletlerin ülkelerinde örgütün kullanabileceği ayrıcalıklara ilişkindir.

¹³⁴⁵ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 179.

¹³⁴⁶ Ibid.

¹³⁴⁷ BM, UHK, 1959 Yıllığı, C. 1, (A/CN.4/Ser. A/1959), s. 33, p. 60.

¹³⁴⁸ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 179.

belirten Divan, BM'nin uluslararası hukuk kişisi olmasının uluslararası hukukun öznesi olduğu ve uluslararası hak ve yükümlülükler sahip olabildiği ve haklarını uluslararası talepler vasıtasıyla koruyabildiği anlamlarına geldiğini belirtir¹³⁵⁰. Böylelikle kendi uluslararası hukuk kişiliği tanımını da vermiş olur.

Örgütün uluslararası alanda sahip olduğu hakların bu danışma görüşünde yer alan uluslararası talepte bulunma hakkını kapsayıp kapsamadığı konusunda Divan, her ne kadar devletler uluslararası hukuktan kaynaklanan hakların ve yükümlülüklerin tamamına sahipse de¹³⁵¹ bir uluslararası örgütün kurucu andlaşmasında belirtilen yahut da ima edilen ve uygulamada geliştirilen amaç ve işlevlerine bağlı olarak haklara ve yükümlülükler sahip olacağını belirtir. Çalışmamızın uluslararası örgütler kısmında yer verdiğimiz fonksiyonel hukuk kişiliğinin ve hukuk kişiliğinin açıkça belirlenmiş olmasının aranmamasının kaynağını Divan'ın bu yaklaşımında görülebilmektedir.

Divan'ın Giderim Kararı'yla uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin ortaya koyduğu hususlar şöyle özetlenebilir: BM'nin kurucu andlaşmasıyla kendisine atfedilen fonksiyonları dolayısıyla bir uluslararası hukuk kişisi olduğu tespit edilmiştir. Uluslararası alanda tüm hukuk kişilerinin haklarının genişliği ve doğaları bakımından aynı olmalarının gerekmediği, bunların uluslararası toplumun ihtiyaçlarına bağlı olarak şekilleneceği belirtilmiştir. Uluslararası toplumun ihtiyaçları doğrultusunda uluslararası hukukun bazı kişileri bazı haklara ve yükümlülükler sahipken diğerleri bunlardan farklı hak ve yükümlülükler sahip olabilecektir. *Meijknecht*'in prosedürel kapasiteyi bir hak olarak ele aldığını düşünürsek bazı hukuk kişilerinin bu hakka sahip olmaması onun hukuk kişiliğini ortadan kaldırmaz, bu durum uluslararası toplumun ihtiyaçlarından kaynaklanır. Uluslararası örgütlerin objektif hukuk kişiliği bakımından da önemli bir karar vermiş olan Divan, uluslararası toplumda devletlerin büyük çoğunluğundan oluşan bir uluslararası örgütün sadece kendilerinin tanıdığı değil uluslararası talepler ileri sürebilecek bir örgüt kurabileceğini ortaya koymuştur.

¹³⁴⁹ Divan burada süper-devlet ifadesi ne manaya gelirse gelsin, örgütün bir süper-devlet de olmadığını belirtmiştir. Burada süper-devlet ifadesi ile amaçlanan, metnin genelinden anladığımız kadarıyla uluslararası örgütlerin devletüstü, devletten daha fazla hak ve yükümlülükler sahip olan birimler olmadıklarını vurgulamaktır.

¹³⁵⁰ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi Danışma Görüşü, 11.04.1949, s. 179.

¹³⁵¹ Devletlerin uluslararası alanda daha geniş hak ve yükümlülükleri olsa da onların uluslararası alandan kaynaklanabilecek tüm hak ve yükümlülükler sahip olmadıkları yönündeki kanaatimizi ilerleyen kısımlarda açıklamaya gayret edeceğiz.

İncelemelerimiz doğrultusunda denebilir ki Divan'ın danışma görüşü, uluslararası alanda hukuk kişiliğinden çok uluslararası örgütlerin hatta BM'nin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkindir. Karara ilişkin karşı oy yazısında Yargıç *Bedevi Paşa*, Divan'ın örgütün uluslararası hukuk kişiliği konusunda varmış olduğu sonucun tartışmaya kapalı olduğunu, zaten örgütün kurulmasından önce uluslararası hukuk kişiliği olan başka örgütlerin de kurulmaya başlandığını belirtir¹³⁵². Bu karar uluslararası örgütler hukukunun temel konularına dair, esas niteliğinde bir karar olsa da uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin bir genel ilkedен söz edilmemekte, sorun mantıksal bir çıkarımla BM ya da uluslararası örgütler özelinde çözülmektedir. Ancak, hukuk kişiliğinin açıkça düzenlenmiş olmasını aramıyor olması, aynı hukuk sistemindeki hukuk kişilerinin farklı doğaya, haklara ve yükümlülüklerle sahip birimler olabileceğini ortaya koyması kararın uluslararası hukuk kişiliği bakımından sahip olduğu iki önemli yöndür. En başında Genel Kurul, Divan'a BM'nin uluslararası talepler ileri sürme yeterliliğine sahip olup olmadığını sormuştu. Divan bu konuda yaptığı mantıksal değerlendirme ile hukukî bir sonuca varmışsa da bu sonuca varırken BM'ye kurucu andlaşmasıyla verilen işlevlerin yerine getirilebilmesini sağlayacak bir çözüm arayışındadır.

II. GİDERİM KARARIN ETKİLERİ VE ELEŞTİRİLMESİ

1949 tarihli kararın verildiği tarihsel ve politik şartlardan da kısaca söz etmek kanaatimizce yerinde olacaktır. Kararın temelinde, 17.09.1948 tarihinde İsveç vatandaşı *Kont Bernadotte* ve beraberindeki çeşitli vatandaşlıklara sahip BM tarafından görevlendirilmiş arabulucu heyetin İsrail'de suikaste uğraması bulunur. Bunun üzerine BM'nin kendi hizmetinde uğranılan zararlar için sorumlu birimden (devlet veya hükümet, *de jure* veya *de facto*) giderim talep edip edemeyeceğinin aydınlatılması için Genel Kurul tarafından UAD'ye danışma görüşü talebi iletilmiştir. Bu tarihte, İsrail Devleti yeni kurulmuştur ve halen BM'ye taraf değildir. Olayın meydana geldiği zaman itibarıyla İsveç, İsrail'i tanımış olsa yahut da İsrail BM'ye taraf olsaydı diplomatik koruma prosedürü yahut da uluslararası sorumluluğa ilişkin teamül hukuku ilkeleri

¹³⁵² UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, Yargıç Bedevi Paşa (karşıoy yazısı), s. 205.: Örneği, 1947-1948 yılları arasında toplanmış olan Havana Konvansiyonu'nun sonunda kurulan Uluslararası Ticaret Örgütü'dür. Konvansiyonun 89. maddesinde örgütün uluslararası hukuktaki statüsü hukuk kişisi olarak belirlenmiştir.

işletilebilir olacağından belki de Divan önüne bu tür bir soru gelmeyecekti. Sorunun yöneltmesine sebep olan şartlar ve cevabın niteliği düşünüldüğünde Giderim Kararı, BM'nin uluslararası hukuk kişiliğini ortaya koyan ve uluslararası örgütler hukukun temel esaslarını tartışan bir karar olarak özel bir duruma ilişkindir. Uluslararası hukuk kişiliği konusunda tüm kategorileri kapsamasa yahut uluslararası toplumun bugünkü ihtiyaçlarına karşılama da o gün için kendisine sorulara oldukça yerinde bir cevabı verebilmiştir.

Brölmann ve *Nijman* Divan kararının uluslararası hukuk kişisi konseptini gerçekte olanla özdeşleşecek bir araç olarak tekrar biçimlendirdiğini belirtir; bunu da öncelikle ilgili hukuk alanında mevcut haklar, yükümlülükler ve yeterlilikler üzerinden *a posterior* bir biçimde çıkarılmaya dayandırarak (*a priori* olarak belli bir birime tanınmış olarak değil) ve devletin tam hukuk kişisi olmasına dayalı klasik hukuk kişiliği anlayışı ile yeni ve pragmatik (uluslararası toplumun ihtiyaçlarına göre değişken) hukuk kişiliği konsepti arasında bir orta yol bulmak suretiyle yapmıştır¹³⁵³. Buna göre uluslararası hukukta *a priori* olarak belirlenmiş olmasa da hukuk kişiliklerinin ortaya çıkabileceği belirtilmiş olmaktadır. Ancak Divan'ın bu noktada hukuk kişiliği bakımından uygulanabilecek bir hukuk ilkesine dayanması karara daha güçlü bir hukukî dayanak sağlayabilirdi. Bu hukuk ilkesi UHK'nin andlaşmalar hukuku taslak maddelerini tartıştığı ve uluslararası hukuk kişiliği ile andlaşma yapma kapasitesi arasındaki ilişkileri tespit ettiği oturumunda anılan “devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukuk kişiliğine ve andlaşma yapma kapasitesine sahip olabileceği” ilkesi olabilirdi¹³⁵⁴. Uluslararası hukuk kişiliği bakımından genel bir düzenlemenin mevcut olmadığı bu durumda hukuk kişiliği bakımından bir genel kurala dayanılması, uluslararası alanda hukuk kişiliği kavramının hukukî bir dayanak üzerinden inşasını sağlayabilirdi.

Bu kararın sonrasında uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğine ilişkin “Uluslararası Örgütler Hukuku” alanı ve uluslararası hukukta fonksiyonel/işlevsel kişilik kavramı belirgin hale gelmiştir. Ancak karar, BM'nin uluslararası hukuktaki statüsüne ilişkin sorulara cevap vermekle birlikte devletler dışındaki tüm birimleri

¹³⁵³ Brölmann, Nijman, op. cit., s. 687.

¹³⁵⁴ BM, UHK, 1959 Yılı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1959), s. 96, p. 7. : “Devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukuk kişiliğine ve andlaşma yapma kapasitesine sahip olabileceği her zaman uluslararası hukukun bir ilkesi olmuştur.”

kapsamaktan uzaktır. Nitekim doktrinde uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini “genel olarak, doğrudan ve tartışmaya yer bırakmayacak biçimde” ortaya koyan bir yargı kararının bulunmadığı, belirli örgütler için verilmiş kararların diğerleri için ancak “yol gösterici” nitelikte olabileceği ifade edilmektedir¹³⁵⁵. Yine de Divan, BM Andlaşması’nda yer almıyor olsa da uluslararası hukuk kişiliğinin bulunduğunu ve BM’nin kendisine tanınan amaçları yerine getirebilmek için belli yetkilerle, uluslararası hukuk kişiliğini üstü kapalı bir biçimde ortaya koyan yetkilerle, donatılmış olduğunu ortaya koyar. Uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin genel bir normun bulunmaması nedeniyle doktrin Giderim Kararı’nı ayrıntılı biçimde değerlendirerek uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin cevapların kaynağı olarak ele almıştır. Biz de çalışmamızda Giderim Kararı’na geniş bir yer ayırmış bulunmaktayız. Akılda tutmak gerekir ki, uluslararası hukukun örgütler dışındaki başka bir devlet dışı biriminin hukuk kişiliğine ilişkin spesifik bir soruda Divan, benzeri biçimde kapsayıcı bir karar verebilir; ancak Giderim Kararı uluslararası örgütler dışındaki devletler dışı birimlerin uluslararası hukuk kişilikleri hakkında ve günümüz uluslararası hukuk kişiliği uygulaması bakımından kapsayıcı bir karar değildir. Kararın, mevcut uluslararası hukuk normları gibi, esasen kişiliğe değil belli bir kişiye ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak Kjeldgaard-Pedersen, uluslararası hukuk kişiliğine dair bu tür bir düşünce sisteminin bireylerin hukuk kişiliğine ilişkin hususlara uygulanması halinde bireylerin doğrudan haklara ve yükümlülükler sahip olduğunun varsayılabileceğini belirtmektedir¹³⁵⁶. Nitekim mantıksal yöntem benimsendiğinde uluslararası alanda bireylerin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin belirli bir amaç doğrultusunda tanınmış oldukları ve bu nedenle de bireylerin bu hukuk alanının kişisi oldukları sonucuna varılabilecektir. Zira ilgili uluslararası normun gerçekte ifası ancak bireylerin ilgili normdan kaynaklanan haklara sahip olması veya yükümlülüklerinden sorumlu tutulmasıyla sağlanabilecektir¹³⁵⁷.

Bederman, Giderim Kararı’nın uluslararası hukuktaki en önemli etkisinin devletlerin uluslararası hukukun tek kişisi olmadığını; uluslararası hukuktaki diğer birimlerin, sadece uluslararası örgütlerin değil, uluslararası hukukun kişisi

¹³⁵⁵ Yıldırım Sak, “Milletlerarası Örgütlerin Milletlerarası Hukuk Kişiliği Meselesi ve Avrupa Birliği’nin Milletlerarası Hukuk Kişiliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. Özel Sayı, 2010(Basım Yılı 2012), ss. 1205-1230, s. 1212-1213.

¹³⁵⁶ Kjeldgaard-Pedersen, *Legal Personality of Individual*, s. 76.

¹³⁵⁷ *Ibid.*

olabileceğinin ortaya konması olduğunu belirtir¹³⁵⁸. Bu karar uluslararası hukuk kişiliğinin açıkça belirtilmemiş olduğu hallerde de ilgili birimin kişiliğinin uluslararası alanda tanınan kapasite doğrultusunda çıkarılabileceğini ortaya koyduğundan diğer birimlerin uluslararası hukuk kişiliklerini kıyasen ortaya koymaya muktedirdir. Ancak bu konuda kıyas yapabilmek için ilgili birimlerin unsurları ve içerikleri üzerinde bir uzlaşının bulunması gerekir.

Uluslararası hukukta bilhassa devletlere ilişkin düzenlemeler bakımından bunun yapılması oldukça güçtür; zira kimi yazarlar bazı hususları devlet olmanın unsuru olarak kabul ederken bazıları bunları devlet olmanın hukukî sonucu olarak saymaktadır. Devlet olmanın hukukî sonuçları çoğunlukla uluslararası alanda otoriteye ilişkindir ve bu durumda devlete kıyasen uluslararası hukuk kişiliği çıkarımı yapabilmek için devletin hangi özelliklerinin esas alınması gerektiğini tespit edebilmek oldukça önemlidir. Devlet ile kıyaslanarak hukuk kişiliği tespit edilecek devlet dışı birimlerin, devletlerle hangi özellikleri üzerinden kıyasa konu edilebileceği tartışmalıdır.

Giderim kararına göre devletlerin uluslararası örgütü kurarken ona tanımladıkları işlevler örgütün uluslararası hukuk kişiliğini ortaya koymaktadırlar. Bu durumda daha önce uluslararası örgütler kısmında belirtildiği gibi uluslararası örgütü kurarken açıkça yahut da onun yerine getirmesi gereken işlevleri belirterek üstü kapalı bir biçimde örgütü uluslararası hukukun kişisi yapabileceklerdir; uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin dayanağı devletlerin açık yahut üstü kapalı iradeleri olmaktadır. Bireylerin uluslararası hukuk kişiliklerinin 2. Dünya Savaşı'nın sonrasına kadar, önemli ve fakat sınırlı istisnalar dışında, türeme bir hukuk kişiliği olarak kalsalar da uluslararası hukukta yaşanan gelişmelere ve kabul edilen insan hakları andlaşmalarına dayandığı belirtilir¹³⁵⁹. Böylece uluslararası örgütler ve bireylerin uluslararası hukuk kişilikleri devletlerin üstü açık yahut örtülü durumda ortaya koymuş oldukları iradeye dayandırılır. Bunun devletler dışı birimler bakımından uluslararası hukuk kişiliğinin devlet dışı bir dayanağı bulunmasından bir farkı olmadığı kanaatindeyiz. Divan Giderim Kararı'nda bir hukuk sisteminde kişilerin doğaları ve haklarının genişliği bakımından aynı olmalarının gerekmediğini belirtmişti, bu durumda bazı birimlerin doğrudan hukuk

¹³⁵⁸ Bederman, *The Souls of*, s. 279.

¹³⁵⁹ James E. Hickey Jr., "The Source of International Legal Personality in 21st Century", *Hofstra Law and Policy Symposium*, S. 2, 1997, ss. 1-18, s. 10-11.

kişisi olmaları mümkün iken diğerlerinin dolaylı olarak, türeme bir biçimde, hukukun kişisi olmalarının sonuç bakımından bir fark doğurmadığı söylenebilecektir.

Kanaatimizce de kararda uluslararası hukuk kişiliğinin unsurları ele alındığında özellikle prosedürel kapasiteye sınırlandırıcı/dışlayıcı bir anlam atfedilebilecektir, ancak uluslararası hukukun kişilerinin uluslararası toplumun gerekleri doğrultusunda belirlenebileceği, haklarının kapsamı ve doğaları bakımından birbirlerinden farklı olabilecekleri ifadesi kararın yenilikçi ve uluslararası hukuk kişiliği alanını genişleten kısmını oluşturmaktadır. Ancak Divan'ın bu konuda vereceği karar daha farklı bir biçimde tasarlanmış olabilirdi. UHK tarafından başka bir bağlamda değinilen uluslararası hukukta başka birimlerin de kişi olabileceklerine yönelik ilkenin kullanılmasına ve *nonliquet* seçeneklerine değinerek kararın incelenmesine devam edilecektir.

A. FARKLI BİR KARAR OLASILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası hukukta normlar sadece andlaşmalar ve teamül kurallarıyla ortaya konmamakta, bu alanda andlaşmalar ve teamül dışında kaynaklar da bulunmaktadır. USAD Statüsü'nden aynen alınan UAD Statüsü'nün 38. maddesinde uluslararası hukukun kaynakları sayılmıştır. Aslında bu düzenlemenin UAD'nin önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulayacağı hukuk kaynaklarını içerdiği belirtilmişse de sayılanlar uluslararası hukuk doktrinde bu alanın kaynakları olarak kabul görmüştür. Bunlar arasında nasıl bir ayırım olduğu, hangilerinin aslî hangilerinin talî kaynaklar oldukları konusunda teoride farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak, uluslararası andlaşmalar ve teamül klasik kaynak teorisine göre hukuk kurallarını ortaya koymak bakımından daha belirgin hükümler içerdiğinden bunların bulunmadığı durumlarda uluslararası merciler hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk eserleri ve mahkeme kararlarını yargılamasına esas alır. Giderim Kararı'na ilişkin değerlendirme ve eleştirilerimizi ortaya koyarken uygulanabilecek uluslararası hukuk normu bulunmadığını, Divan'ın da yargılamasını mantıksal bir yöntemle yaptığını belirtmiştik. Divan'ın alternatif olarak hukuk boşluğu savında bulunduğu yahut da hukukun genel ilkelerini dayanak gösterdiği alternatif bir çözüm olasılığını bu başlık altında değerlendireceğiz.

1. *Nonliquet* Yasağı

Uluslararası hukukun kaynakları arasında, kimi yazarlar andlaşma yahut teamüle üstünlük atfetse de, düzenleme itibarıyla bunlar arasında hiyerarşik bir ilişki kurulmamıştır. Örneğin *Kelsen*'e göre, belirli bir olaya uygulanmak bakımından belirli bir andlaşma normu belirli bir teamül normuna göre öncelikli olarak uygulanır, eğer konuya ilişkin bir andlaşma hükmü bulunmuyor ise teamül kuralı olaya uygulanır¹³⁶⁰. Andlaşma ve teamülde ilgili duruma uygulanacak bir hukuk normu bulunmuyor ise hukukun diğer kaynaklarının değerlendirilmesi gerekecektir. Andlaşmalar hukuku veya teamül hukukunda belirli bir davranışa ilişkin bir yükümlülük getirilmemiş olduğu haller devletin ya da uluslararası hukukun diğer öznesinin bu konuda dilediği gibi davranmakta özgür olacağı mantıksal çıkarımını gerektirse de etik ya da politik anlamda bu doğru olmayabilecektir ve *Kelsen*'e göre uluslararası hukukta sadece bu anlamda hukukî boşluklar olabilir¹³⁶¹. Bir hukuk alanında boşluğun bulunması, ilgili olay karşısına gelen yargılama merciinin bu konudaki hukuk boşluğunu doldurması ile sonuçlanır; ki bu halde hukukî olaya uygulanacak, ilgili devlet veya diğer uluslararası hukuk öznesinin davranışlarını biçimlendiren, bir kural bulunmadığından ilgili devlet ya da uluslararası hukuk öznesi için aslında var olmayan bir kural ortaya konmuş olacaktır¹³⁶². Hukuku uygulamakla görevli organa hukuk yaratma yeterliliği veren böyle bir imkânın andlaşma ile düzenlenmesi gerekmektedir; UAD Statüsü'nün 38. maddesinde yer alan düzenlemeyi de bu çerçevede değerlendirmek gerektiğini düşünen *Kelsen*'e göre, hukukun genel prensipleri andlaşmaların ve teamülün olayın çözümünü sağlayan bir düzenleme içermediği durumlarda tamamlayıcı bir kaynak olarak kullanılma amacıyla¹³⁶³ bu maddede yer almıştır. Böylelikle uluslararası hukukun kaynakları arasında pozitivist ve formalist bir perspektifle ayrıma gitmekte, uluslararası hukuk kaynaklarının bir kısmının tamamlayıcı olduğunu belirtmek suretiyle diğer kısmının aslı olduğunu belirlemektedir.

Uluslararası hukukta geçerli olan *nonliquet* yasağı *Lauterpacht*'a göre mahkemenin hiçbir şekilde karar vermekten kaçınamayacağı değil, uygulanacak hukukun bulunmaması, tartışmalı olması, kesin olmaması ve açıklıktan uzak olması gibi

¹³⁶⁰ Kelsen, *Principles of International Law*, s. 438.

¹³⁶¹ *Ibid*, s. 439.

¹³⁶² *Ibid*, s. 439-440.

¹³⁶³ *Ibid*, s. 440.

nedenlerle karar vermekten kaçınmayacağı anlamına gelmektedir¹³⁶⁴. Zira bir hukuk sisteminde, yasalardan ve teamülden farklı olarak, hukuk boşluğu bulunmayacağı *a priori* varsayım olarak kabul edilir¹³⁶⁵. Yazar, *nonliquet* yasağının uyuşmazlığın esasına girilmesine karar verilen hallerde, yetkisizlik, tarafların başvuru imkânının bulunmaması gibi usûle ilişkin haller haricinde, geçerli olduğunu ortaya koymaktadır.

USAD Statüsü'nü hazırlamak için kurulan Hakimler Danışma Kurulu'ndaki değerlendirmelerde, bazı yargıçlarca uluslararası hukukun kaynağı olarak sadece pozitif olanlarının ele alınması, andlaşma ve teamül, bunlarla çözülemeyen bir sorunla karşılaşan yargıcın ise bir boşlukla (*lacuna*) karşılaşmış olacağı ve *nonliquet* (mahkemenin kanun koyma kudretinin olmaması gerektiğinin açıklanması) ilan etmesi gerektiği belirtilmiştir¹³⁶⁶. Bunun üzerine kurulda mahkemenin teamülün ve evrensel düzeyde kabul edilmiş kuralların olgunlaşarak kristalleşmesini, pozitif kurallar haline gelmesini sağlamak gibi bir görevinin de bulunduğu ileri sürülmüştür¹³⁶⁷. Bu durumda USAD'ın sadece uluslararası hukuku uygulamakla değil, uluslararası hukuku belirgin hale getirmekle de görevlendirilmesi öngörülmüştür. Tartışmaların sonunda, *nonliquet* ilanının adaletin inkârı anlamına geleceği konusunda yargıçlar arasında uzlaşma sağlanmış ve uluslararası hukukun pozitif kurallarının yanı sıra hukukun genel ilkelerinin de USAD tarafından uyuşmazlıkların çözümü için uygulanması kabul edilmiştir; ancak bu durum yargıçlarca hukukun yaratılması anlamına gelmemektedir¹³⁶⁸. Zira hukukun genel ilkeleri de diğer kaynaklar gibi uluslararası hukukun bir parçası olduğundan bunların varlığı durumunda bir hukuk boşluğu söz konusu olmayacak ve bunları uygulayarak karar veren hakim de hukuk yaratmış değil hukuku uygulamış hakim olacaktır. Hukukun genel ilkeleri, adaletin inkarı olarak nitelediklenen *nonliquet*yi engelleyeceğinden, bu durumun hakimin hukuk yaratması olarak anlaşılması için hukukun genel ilkelerinin tanımlanması, aslında sınırlandırılması, gerekmektedir.

¹³⁶⁴ Hersch Lauterpacht, "Some Observations on the Prohibition of 'Nonliquet' and the Completeness of the Law", *Symbolae Verzijl-Présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'Occasion de son LXX-IÈME Anniversaire*, Lahey: Martinus Nijhoff, 1958, ss. 196-221, s. 199.

¹³⁶⁵ Lauterpacht, *Function of Law*, s. 72.

¹³⁶⁶ USAD, Yargıçlar Danışma Komitesi, Proceedings, s. 309.; Alain Pellet, "Article 38", *The Statute of The International Court of Justice: A Commentary*, ed. A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, 2. b, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 731-870, s. 740.

¹³⁶⁷ USAD, Yargıçlar Danışma Komitesi, Proceedings, s. 294.; Pellet, Article 38, s. 740.

¹³⁶⁸ Pellet, Article 38, s. 741,832.

2. Hukukun Genel İlkeleri

UAD Statüsü'nde uluslararası hukukun kaynakları arasında hukukun genel ilkelerinin sayılması uluslararası hukukun henüz normatif olarak yeterince teamül ve andlaşma kaynağına sahip olmaması ve uluslararası yargı mercilerinin *nonliquetye* başvurmasını engelleme nedenlerine dayandırılır. Bunun yanı sıra hukuk düzenlerinde bulunan genel ilkeler ilgili hukuk sistemini daha esnek hale getirerek mevcut hukuk normlarının daha fazla olaya uygulanmasını ve yargı mercilerinin daha fazla uyuşmazlığı çözebilmesini sağlamaktadır.

Hukukun genel ilkeleri öncelikle adından da anlaşılacağı gibi yalnızca uluslararası hukuktan değil, genel olarak hukuktan doğmaktadır ve böylece tüm hukuk alanlarından doğabilecek ilkelerin uluslararası hukuka kaynaklık edebilmesini sağlar. Oldukça geniş bir biçimde ele alınmayı gerektiren hukukun genel ilkelerinin, tanımı üzerinde bir uzlaşma bulunmamaktadır¹³⁶⁹. Lord Phillimore, Yargıçlar Danışma Kurulu'nun bir üyesi olarak, 1920 yılında yapılan çalışmalarda hukukun genel ilkelerinin tüm ulusların kendi ulusal yargılarında geçerli kabul ettikleri (*in foro domestico*) usûl ilkeleri, iyiniyet ilkesi, kesin hüküm (*res judicata*) gibi ilkeler olduğunu; hukukun genel ilkelerinden kastın hukuk düsturları (*maxims of law*) olduğunu belirtir¹³⁷⁰. Hukukun genel ilkelerinin yalnızca ulusal hukuklardan doğmadığı hem ulusal hem de uluslararası hukuk kaynaklarından doğduğu kabulü doğrultusunda yargıç De Lapradelle ulusal hukukun temelini oluşturan ilkelerin zaten uluslararası hukukun da kaynağı olduğunu belirtir¹³⁷¹. İlkesel kaynaklar bakımından hukuk alanları arasında bir ayrımı geçerli görmemektedir.

Hukukun genel ilkelerinin birbirinden tamamen ayrı olmayabilen üç kaynağı olduğu belirtilir; bunlar ulusal sistemlerin genelinde kabul edilip analogi yoluyla uluslararası hukuka aktarılanlar, doğrudan uluslararası alanda kabul edilenler ve doğal hukuk argümanı olanlar¹³⁷². Bu durumda Voigt, hukukun genel ilkelerinin Yargıçlar Danışma Kurulu'nda belirtildiği gibi iç hukuklara hakim olan ve hukukun temel düsturu

¹³⁶⁹ Christina Voigt, "The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law", *Retfaerd Nordic Journal of Law and Justice*, C. 31, S. 2, 2008, ss. 3-25, s. 5.

¹³⁷⁰ USAD, Yargıçlar Danışma Komitesi, Proceedings, s. 335.

¹³⁷¹ M. Cherif Bassiouni, "A Functional Approach to 'General Principles of International Law'", *Michigan Journal of International Law*, C. 11, S. 3, 1990, ss. 768-818, s. 772.; Ibid.

¹³⁷² Voigt, op. cit., s. 8-9.

olarak anlaşılabilir kuralların başka bir biçimde tekrar yazımı olabileceğini benimsemektedir, ancak yazarın belirttiği bu kaynaklara bakıldığında hukuk genel ilkelerinin tanımının yapılması oldukça zordur, nitekim de yapılamamıştır. Üzerinde uzlaşmamış hukukun genel ilkelerinin şu üç özelliğinin genel kabul gördüğü belirtilir; bunlar geniş kapsamlı ve yazılı olmayan, ulusal hukuklarda tanınmış olan ve uluslararası alana uyarlanabilir kurallardır¹³⁷³.

a. İşlevleri

Geniş kapsamlı ve kurallardan farklı olarak ilkesel nitelikleriyle hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılması belli bir işlevi amaçlamaktadır. Bunlar uluslararası andlaşmaların ve teamül hukukunun yorumlanması, uluslararası andlaşmalara ve teamül hukukuna ek bir hukuk kaynağı olarak kullanılmaları, uluslararası andlaşmaları ve teamül hukukunu değiştirmeleri, uluslararası andlaşmalarda ve teamül hukukunda yeni normları ortaya çıkarmaları olarak sayılmıştır¹³⁷⁴. Aslında hukukun genel ilkeleri başlı başına uygulanabilecek normlardan ziyade daha çok yoruma ve tespite ilişkin ilkeleri ifade etse de nihaî manada bu ilkelerin kullanılmasıyla kaynağı uluslararası teamül ve andlaşmalar olan hak ve yükümlülüklerin saptanması mümkün olabilmektedir. Devletlerin hak ve yükümlülükleri tespit edilirken bazı hukuk genel ilkelerine başvurulabilir, andlaşmalar hukukunun ve teamülün değiştirilmesi veya bu alanlarda yeni normlar ortaya çıkarma gibi sonuçlar doğurabilecek bu durumda uluslararası hukukun pozitif kaynaklarının ötesine geçileceğinden hukukun genel ilkelerinin bunların yerini alacak bir kaynak olarak anlaşılabilmesi mümkündür¹³⁷⁵. Hukukun genel ilkelerinin varlığı Yargıçlar Danışma Kurulu'nda ifade edildiği üzere hukuk yaratmıyorsa da uluslararası alanın pozitif kaynaklarının ötesine geçilmesini sağlamaktadır. Ancak yine de ilgili hakkın veya yükümlülüğün ortaya çıkarılmasında hukukun genel ilkelerine başvurulması hakkın ve yükümlülüğün kaynağının ilgili andlaşma veya teamül kuralı olmasını engellemez. Hakkın veya yükümlülüğün kaynağını değiştireceği kabul edilse dahi uluslararası hukukun kaynakları arasında hiyerarşik bir sıralama yahut da hakların ve yükümlülüklerin hangi kaynaklardan doğabileceklerine ilişkin bir ön kabul

¹³⁷³ Pellet, Article 38, s. 834.

¹³⁷⁴ Bassiouni, op. cit., 776-781.

¹³⁷⁵ Ibid, s. 776.

bulunmadığından bir uluslararası hukuk kaynağı olarak hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukuk birimlerinin hak ve yükümlülüklerine kaynaklık etmesi olağandır. Ancak bu tür bir sonuç pozitivist eğilimlere uygun olmadığı gibi hukukun genel ilkelerinin belirsiz doğası itibarıyla da sorun yaratabilecektir.

Hukukun genel ilkeleri, her ne kadar uluslararası alanda diğer kaynaklar arasında ve herhangi bir kısıtlayıcı ifade içermeyen biçimde sayılmışsa da normatif güçlerinin uluslararası yargı mercilerinin bunları referans olarak alma konusundaki gönülsüz tutumları¹³⁷⁶, icra edilebilir yükümlülüklerin ortaya konmasında ve hukukî bir iddianın ileri sürülmesinde nadiren ve sınırlı bir biçimde temel olarak alınmaları ve hukuk akademisyenleri tarafından muğlak hukuk kaynağı olarak eleştirilmeleri nedeniyle sınırlı olduğu ifade edilir¹³⁷⁷. Yazar, hukukun genel ilkelerinin normatif gücünün sınırlılığını, hem uygulamacıların hem de teorisyenlerin yaklaşımına bağlamaktadır. Hukukun genel ilkeleri, hakemler yahut yargıçlar tarafından uluslararası yargılamalarda referans alınmamakta yahut da son derece sınırlı bir biçimde kullanılmakta ayrıca bu ilkelerin uluslararası hukuk akademisyenlerince belirsiz oldukları ileri sürülmektedir. Ancak *Voigt*, hukukun genel ilkeleri sayesinde uluslararası hukukun yeni gelişmelere adapte edilmesinin mümkün olduğunu ve bu sayede uluslararası hukukun bir kurallar topluluğu değil hukuk sistemi olarak ele alınabileceğini ifade eder¹³⁷⁸. Yazara göre, hukukun genel ilkeleri uluslararası anlaşmalar hukukunda ve teamül hukukundaki eksikliklerin doldurulması ve bunların yorumlanmasında bu iki kaynağa ek bir hukuk kaynağı olarak uluslararası hukukun normatif anlamda tamamlanmasını sağlamaktadır. Ancak, bunların anlaşmalara ve teamül kurallarına ek olarak değil bağımsız bir biçimde, onların yerine uygulanmasında ortaya çıkan sorunun kaynağında uluslararası hukuk uygulayıcılarının ve kuramcılarının konuya yaklaşımlarının yanı sıra hukukun genel ilkelerinin özelliklerinin de bulunduğu kanaatindeyiz.

b. Uygulanmaları

Hukukun genel ilkelerinin doğalarından kaynaklanan özellikleri olarak kesin olmama (*indeterminacy*), yargı mercilerinin takdiri ve dinamizm gösterilmektedir¹³⁷⁹.

¹³⁷⁶ Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere Giderim Kararı'nda Divan hukukun genel ilkelerine dayanmamaktaydı.

¹³⁷⁷ *Voigt*, op. cit., s. 5.

¹³⁷⁸ *Ibid*, s. 4-5.

¹³⁷⁹ *Ibid*, s. 9.

İlk özellikleri olan kesin olmamaları, genel ve soyut ilkeler olduklarından uluslararası hukukun diğer normları tarafından spesifik hale getirilmeye, andlaşma ve teamülün boşluklarını doldurmaya müsait, geniş ve boşluklu bir yapıda olmalarını ifade eder¹³⁸⁰. Bu noktada hukukta kurallar ve ilkelere ilişkin *Dworkin*'in ayrımından söz etmek gerekir. Buna göre kurallar ve ilkeler belirli şartların varlığı durumunda belirli bir hukukî yükümlülüğün varlığı sonucunu doğarsalar da, mantıksal açıdan farklı karaktere sahiptirler¹³⁸¹, özellikle soyut kuralların çözemediği hallerde yargıç biçimsel kuralların ötesindeki, genel olarak yazılı olmayan ilkeler doğrultusunda yorum yapmalıdır¹³⁸². Bunun dışında ikisi de aynı duruma uygulanabilecek bir kural ve bir ilke bulunması halinde dahi bunların tasarlanma amacı farklı olduğundan hukukî probleme uygulanmaları farklı sonuçlar doğurur. Mevcut hukukî soruna bunlardan birinin seçilerek uygulanması gerekmez, ikisi birlikte de uygulanabilecektir. Kurallar ya hep ya hiç biçiminde formüle edilirler; kuralda belirtilen eylem yerine getirilmezse yine kuralda belirtilen hukukî sonuç ile karşılaşılacaktır¹³⁸³. Örneğin bir yolda hız sınırı 50 km/saat ise o yolda 51 km/saat ile gitmek kuralın ihlali anlamına gelir. Ancak ilkeler bakımından durumun böyle olmadığı belirtilir. Kimsenin kendi yanlışından kazanç sağlayamayacağına yönelik ilke düzenlenişi itibarıyla kurala benziyorsa da kimi durumlarda kişilerin kendi yanlışlarından kazanç sağlamayacakları anlamına gelmediği, bunun en önemli hukukî örneğini ise kötü niyetli kazanma hallerinin oluşturduğu ortaya konmuştur¹³⁸⁴. *Dworkin* kurallardan farklı olarak ilkelerin hukukî ağırlık veya önemlilik boyutuna sahip olduğunu, bu nedenle bir ilkenin diğeriyle çatışması durumunda birinin üstün gelmesi gerektiğini belirtir; buna karşılık kurallar bakımından böyle bir boyut bulunmaz¹³⁸⁵. Aynı yönde, farklı çözümler sunan ilkeler arasından birinin seçilerek hukukî olaya uygulanabilmesi için bu ilkelerden birinin diğeriyle üstün gelmesi gerekir; yani bir ilke diğeriyle göre daha yüksek bir öneme sahip olmalı ya da hukukî ağırlığı daha fazla olmalıdır. İlkeler gibi kuralların da biri önemli diğeri daha az önemli olabilecektir, ancak iki kuralın çatışması durumunda bunların birinin geçerli olmadığı

¹³⁸⁰ Ibid, s. 9-10.

¹³⁸¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, s. 24.

¹³⁸² Polat, op. cit., s. 130.

¹³⁸³ Ibid, s. 24-25.

¹³⁸⁴ Ibid, s. 25.; TMK'nin 713. maddesinde düzenlenen olağanüstü zamaşımmını, bir kötü niyetli kazanma hali düzenlemesidir.

¹³⁸⁵ Ibid, s. 26.

sonucu ortaya çıkacaktır¹³⁸⁶. Bu da genel kanun-özel kanun, önceki tarihli kanun-sonraki tarihli kanun, alt norm-üst norm gibi kanunlar ihtilafı ilkeleriyle mevcut kurallardan birinin uygulanabilirliğinin tespit edilmesi suretiyle yapılır. Doğal olarak üstünlük ile geçerlilik birbirinden farklı çözümlerdir ve karakteri itibarıyla farklı iki normatif ilişkiyi çözmek üzere öngörülmüşlerdir.

Voigt'e göre hukukun genel ilkeleri diğer kuralların olaya uygulanamadığı, yargıcın ya da hakemin pozitif hukukta çözüm bulamaması halinde -birbiriyle çelişen iki kuralın bulunması durumunda veya hiçbir normun bulunmaması- işlevseldir¹³⁸⁷. Kanaatimizce bu ifadedeki 'norm' kural anlamında kullanılmış olmalıdır, böylelikle *nonliquet* yasağı uluslararası hukukun kaynakları arasında hukukun genel ilkelerinin sayılması ile anlamlı hale gelmektedir. Aksi halde bir totoloji ile karşı karşıya kalırız; eğer hukukun genel ilkeleri uluslararası hukukun bir kaynağı ise ve yargıç yahut hakemin hiçbir hukuk normu bulamadığı hallerde bunu uygulaması gerekiyorsa hukukun genel ilkeleri cümlemizin ilk yarısı bakımından hukuk normu, ikincisi bakımından ise değildir zira hukuk boşluğunda uygulanacak olan şey hukuk normu olamaz, hukuk boşluğu bir hukuk normunun uygulanması ile dolduruluyorsa gerçek bir hukuk boşluğu mevcut değildir.

Hukukun genel ilkelerinin dinamikliği ise soyut olmalarından ve yargıç veya hakeme bırakmış oldukları takdir yetkisinden kaynaklanır¹³⁸⁸; bu özellikleri hukukun genel ilkesinin amaçladığı hukukî korumanın güncel ihtiyaca adapte edilmesini sağlar. Ancak yine aynı özellikleri pozitif ve biçimsel manada bir hukuk kaynağı olarak anlaşılma ve engelleme potansiyelidir, zira devlet iradelerine dayalı uluslararası hukuk alanında hukukî belirliliği, kısmen de olsa, uygulayıcının takdirine bırakılmaktadır.

Kanaatimizce uluslararası anlaşmalar ve teamül ile hukukun genel ilkelerinin normatif düzeyde ayrışması devletin bu normlar üzerindeki etkinliğinden değil uygulama bakımından bu kurallar arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Zira hukukun genel ilkeleri uygar ulusların kendi iç hukuklarında kabul ettikleri ortak ilkeleri işaret ederler ve bu durumda aslında devletler tarafından bir uluslararası hukuk ilkesi olarak kabul edilmiş olmasalar da bir iç hukuk ilkesi olarak benimsenmiş ilkeler

¹³⁸⁶ Ibid.

¹³⁸⁷ Voigt, op. cit., s. 10.

¹³⁸⁸ Ibid, s. 11.

olabilirler. Bu kural gruplarını ayırmamızı sağlayan yapısal özellik ise şöyle ifade edilebilir. Bir andlaşma akdedilirken yahut da bir teamül kuralı benimsenirken, ortaya çıkarılan normun düzenlediği alan ve normun kapsamı genellikle belirlidir çünkü devletler kendi aralarında yürütülebilir ve uyumsuzlukların çözümü bakımından başvurulabilir, yukarıda değindiğimiz anlamıyla, bir kural ortaya çıkarmaktadırlar. Hukukun genel ilkeleri için ise aynı şeyi söylemek güçtür; *in foro domestico* nitelik taşıyan bu ilkelere uluslararası alanda daha çok bir yükümlülüğün yahut da hakkın varlığının, yorumlanarak içeriğinin tespit edilmesinde başvurulmaktadır. Hukukun genel ilkeleri uyumsuzlukların çözümü bakımından andlaşma ve teamülden daha farklı bir normatif dayanak sağlamaktadır.

Uluslararası hukukun uygulanmasında, uluslararası yargı mercilerinde hukukun genel ilkelerinin nasıl yer aldığına da bakılmak gerekmektedir. Hukukun genel ilkelerinin içeriğinin tam olarak anlaşılmasını sağlayan bir tanım bulunmasa da UAD, yargılamalarında hukukun genel ilkelerine yönelik yaklaşımını ortaya koymaktadır. Güneybatı Afrika Kararı'nda Divan, bu dava çerçevesinde insancıl değerlendirmelerin hak ve yükümlülükleri ortaya çıkarması bakımından yeterli olduğuna ve kendisinin de bu yönde karar vermesine dair beklentilerin farkında olduğunu ancak hukukî bir forma kavuşmuş olmadığı müddetçe ahlak kurallarına dayanılarak bir yargı kararının tesis edilemeyeceğini ifade etmiştir¹³⁸⁹. Uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri arasında bulunmayan¹³⁹⁰ insanî ve ahlakî nitelik taşıyan ilkeleri bir yargı yeri olarak yargı kararlarına esas almasının hukuken beklenemeyeceği kanaatindedir. Hukukun genel ilkelerinin sınırlarının belirlenmesi bakımından bu kararda Divan'ın bunların insanî ve ahlakî ilkelerden ayrışmaları halinde uyumsuzluğa uygulayabileceğini belirtmiştir. Bu karara ilişkin karşı oy yazısında Yargıç *Tanaka*, Divan'ın ifadesine paralel olarak, insanî nitelik taşıyan ayrımcılık yasağı gibi bazı ilkelerin uygar uluslar tarafından tanındığını ve hukukun genel ilkesi olarak bir yargı kararına esas alınabileceğini belirtir¹³⁹¹. Ancak, Divan tarafından uygar uluslarca tanınmanın katı bir biçimde anlaşılması gerektiğini, bunun mutlaka bir yasama işlemiyle ortaya konmasının tanınmanın elastik doğası nedeniyle gerekmediğini belirtir, bunun yanı sıra

¹³⁸⁹ UAD, Güneybatı Afrika Davaları, Etiyopya v. Güney Afrika, Liberya v. Güney Afrika (İkinci Aşama), 18.07.1966, s. 34, p. 49.

¹³⁹⁰ Ibid, s. 47, p. 88.

¹³⁹¹ Ibid, Yargıç Tanaka Karşı Oy Yazısı, s. 299-300.

ayrımcılık yasağı, uygar ulusların kabul ettiği kanun önünde eşitlik ilkesinin bir görünümüdür¹³⁹². Bu yolla ulusal hukuklara ortak, uluslararası hukuka hukuk genel ilkesi olarak kaynaklık edecek ilkelerin içerik ve şekil itibarıyla belirlenmelerindeki güçlük ortaya konmaktadır¹³⁹³.

Uluslararası hukuk yargısında *nonliquet* yasağı hukukun işlerliğinin korunabilmesi ve ona belirli ölçüde esneklik kazandırılabilmesini sağlamaktadır. Bu yasak ve hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun kaynakları arasında olması mevcut kuralların daha geniş bir uygulama alanı bulmasını sağlar. Ancak salt yasağın varlığının uluslararası hukukta boşluğun bulunmadığı anlamına gelmediği belirtilir; zira boşluk doldurma, hukukî dilin kesin olmayan ve açıklıklar barındıran özelliği nedeniyle kaçınılmazdır¹³⁹⁴. Bu durum sadece uluslararası hukuk için değil tüm hukuk alanları için geçerlidir, bir hukuk düzeninde tüm hukukî işlemleri, tüm hukukî ilişkileri, tüm uyuşmazlıkları kapsayabilecek ölçüde kazuistik bir düzenleme yapılamaz. Yapılmış olması durumunda ise kapsayıcılığı sürdürülebilir olmayacaktır. Hiçbir hukuk alanında her somut ve özel durumu karşılayan kuralların bulunmaması gerektiği; en gelişmiş iç hukuk alanlarında dahi ihdas edilen genel ve soyut kurallar yoluyla hukuk dilinin gözenekli yapısının korunduğu belirtilir¹³⁹⁵. Hukuk düzeninde bulunan bu tür düzenlemeler, onun değişen durumlarda da uygulanabilir olmasını, kapsayıcılığını garantilemektedir. Zaten bir yasak olarak düzenlenmesi aslında hukukun boşluklu olduğu bilincinden ve bu boşluğun yargı yerlerince doldurulması gereğinin kabulünden kaynaklanıyor görünmektedir. Hukukî boşluk bakımından uluslararası hukuk ile ulusal hukukların birbirinden farklı oldukları, uluslararası hukukta merkezî yasama otoritesinin olmaması, norm yaratma sürecinin yavaşlığı ve uluslararası politikanın hukukî faktörler üzerindeki baskısı nedeniyle ulusal hukuklardan çok daha fazla boşluk olduğu¹³⁹⁶ kabul edilir. Sayılan nedenlerle uluslararası hukuk alanında daha az sayıda ve dolayısıyla daha genel nitelikte kural ve ilke bulunmaktadır. Bu nedenle de yargıçlar, hukukun gelişimi ve uygulanabilmesi için belli ölçüde takdir yetkisi kullanırlar, aksi halde

¹³⁹² Ibid.

¹³⁹³ Ibid, 299-300, 294-295.

¹³⁹⁴ Daniel Bodansky, “Non Liqueur”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2006, p. 11. (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 21.06.2019)

¹³⁹⁵ Prosper Weil, “The Court Cannot Conclude Definitively...” *Non Liqueur Revisited*, *Columbia Journal of Transnational Law*, C. 36, S. 109, 1997, ss. 109-119, s. 118.

¹³⁹⁶ Ibid.

yorumu ve detaylandırılmaya ihtiyaç duyan hukuk kuralları nedeniyle *nonliquet* istisna değil bir kural olacaktır¹³⁹⁷. Bu durum iç hukuklarda hukuk boşluğu bulunmadığını ileri sürmemekte, ancak uluslararası hukuka göre daha az hukuk boşluğu bulunduğunu ileri sürmektedir. Yargıca yorumda bulunmak yahut takdir etmek için hiçbir imkan tanınmayan hallerde hukuk kuralının uygulanması zorlaşır; zira uygulama eylemi başlı başına otomatik bir işlem olmayabilir, yorumlama, takdir etme gibi yöntemlerin de dahil olduğu bir süreç halini alabilecektir. Ancak, takdir yetkisi ve yorum yapma ile kastedilen yargıcın hukukî alan dışına çıkması ve var olmayan kuralları ihdas etmesi anlamına gelmemektedir. Bazı kanunlarda hakimın hukuk yaratmasına imkan tanınır. Bunun bir örneği Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan, *kanunda ve örf ve adet hukukunda uygulanabilir hüküm bulunmayan hallerde* yargıcın hukuk yaratmasına imkân tanıyan düzenlemedir¹³⁹⁸. Elbette burada belirtilen hüküm yaratma imkânı sınırsız bir yetki değildir; yine aynı maddeye göre hakimın kendisini kanun koyucunun yerine koyarak bir karar vermesi gerekecektir ve sadece bu konuya ilişkin olmasa da yargıcın karar verirken yargı kararlarından ve bilimsel görüşlerden faydalanması esastır. UÇÖ İdarî Mahkemesi'nin Desgranges kararında değindiği tüm hukuk düzenlerinde yer alan temel bir ilkeye göre hukukun sessiz ya da şüpheli olduğu bir durumda hiçbir mahkeme yargılama yapmaktan kaçınmamalıdır¹³⁹⁹. Bu durumda *nonliquet* yasağı da bir hukuk genel ilkesi olarak görülmektedir¹⁴⁰⁰.

Düzenleme itibarıyla UAD'nin danışma görüşleri ve çekişmeli yargı kararları arasında yargılama bakımından farklı bir yöntem belirlenmiş olmasa da, danışma görüşleri ve çekişmeli yargı kararları birbirinden nitelik olarak farklıdırlar. Çekişmeli yargı kararlarında Divan'ın taraf devletler arasındaki uyuşmazlığı çözmek için uluslararası hukuktan kaynaklanan ve tarafların bağlı olduğu kuralları somut olaya uygulayacağı; ancak danışma görüşlerinde hukukî danışmanlık vereceğinden hukuku geliştirmekten kesin olarak men edilmediği belirtilmektedir¹⁴⁰¹. Hukuku geliştirmekten kasıt var olmayan hukuk normlarının ihdas edilmesi değildir ama daha geniş bir takdir yetkisinin kullanılması olabilir. Hatta *Weil*, çekişmeli davalarda *nonliquet* ilanı bir

¹³⁹⁷ Bodansky, Non Liqueur, p. 11.

¹³⁹⁸ TMK md 1.

¹³⁹⁹ Uluslararası Çalışma Örgütü İdarî Mahkemesi, Desgranges v ILO, No: 11, 1953, (Yetki Hakkında); Bodansky, Non Liqueur, p. 12.

¹⁴⁰⁰ Bodansky, Non Liqueur, p. 12.

¹⁴⁰¹ Weil op. cit., s. 116-117.

skandal olabileceken, danışma görüşlerinde durumun böyle olmadığını belirtir¹⁴⁰². Elbette çekişmeli davalar gibi danışma görüşlerinde de hukuk ilke ve kurallarının olaya uygulanması belirli ölçüde takdirin kullanılmasını gerektirmektedir. Danışma görüşleri özü itibarıyla hukukî belirliliğin ya da açıklığın bulunmadığı yahut bundan şüphe duyulan durumlarda BM organlarının başvurduğu bir yoldur, bu nedenle de yazarın bu noktada yapmış olduğu ayırmada kanaatimizce de haklılık payı bulunmaktadır. Zira BM organlarının pozitif kaynaklarla çözülebilecek hukukî sorunlar için Divan'dan danışma görüşü istemeyecek uzmanlıkta kuruluşlar olduğu söylenebilecektir.

UAD'nin Nükleer Silahların Kullanılması ve Tehdidinin Hukukîliği danışma görüşünde vermiş olduğu karar uluslararası hukukta uzun süreler tartışılmıştır¹⁴⁰³. Dünya Sağlık Örgütü tarafından nükleer silahların kullanılması yahut tehdidinin hukukî olup olmadığı sorusu karşısında Divan buna izin veren andlaşma yahut teamül hükmü olmadığı gibi bunu yasaklayan bir andlaşma yahut teamül hükmü bulunmadığı, bunun kuvvet kullanma yasağı kapsamında değerlendirilebileceği ve özellikle böyle bir silah kullanımının uluslararası hukukun özellikle insancıl hukuktan doğan gerekleriyle uyumlu olması gerektiği yönünde çelişkili bir karar vermiştir¹⁴⁰⁴. Karara karşı oy yazısı sunan yazarlar, uluslararası alanda yer alan özellikle insancıl hukuka ilişkin ilkeleri değerlendirerek nükleer silah kullanımının bunlar ile çeliştiğine değinmişlerdir. Yargıç *Shahabuddeen* tarafından verilen karşı oy yazısında uluslararası hukuk ilkelerinin insancılıktan doğan ilkeler ile kamu vicdanının emirleri olabileceğine değinilmiştir¹⁴⁰⁵. Kararda ve karşı oy yazılarında genellikle dayarılan husus insancıl hukukun orantılılık, gereksiz acı verme, savaş dışı olanların ayırt edilmesi gibi ilkelerinin yasağı doğurabileceği olmuştur¹⁴⁰⁶.

Nonliquet yasağının temelinde uluslararası hukukta hiçbir boşluk bulunmadığı ön kabulü yer almaktadır. Uluslararası hukukun karşılıklı mutabakata dayalı, iradeci anlayışı da bu hukuk alanında mantıksal ve yapısal olarak boşluk bulunmaması

¹⁴⁰² Ibid, s. 117.

¹⁴⁰³ Örn.: Ayşe Nur Tütüncü, “Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 23, S. 1-2, 2003, ss. 791-816, s. 798-800.

¹⁴⁰⁴ UAD, Nükleer Silahların Kullanılması veya Tehdidinin Hukukîliği (GenK), Danışma Görüşü, 08.07.1996, p. 105.; Ibid, s. 814.

¹⁴⁰⁵ Ibid, Yargıç Shahabuddeen Karşı Oy Yazısı, s. 406.

¹⁴⁰⁶ Tütüncü, op. cit., s. 800-805.

sonucunu öngörmektedir¹⁴⁰⁷. Uluslararası alanda her zaman her uluslararası duruma uyacak kesinlik ve açıklıkta hukuk kuralı bulunmasa da her uluslararası durumun hukukî bir mesele olarak kararlaştırılması yeterliliğine sahip olunduğu belirtilir¹⁴⁰⁸. Zira boşlukların varlığını kabul etmek yargı mercilerine hukuk yaratma yetkisi tanımayı gerektirir. Uluslararası hukukun yalnızca devlet iradeleriyle oluşturulduğunu kabul eden klasik uluslararası hukukçular, uluslararası hukukta hukuk boşluğu kavramını reddedip bunun garantisi olarak da hukukun genel ilkelerini uluslararası hukukun kaynakları arasında saymışlardır. Nitekim hukukun genel ilkeleri de özel olarak uluslararası hukuku yapmak maksadıyla ortaya konmuş olmasalar da devlet iradelerinden kaynaklanmaktadır ve böylelikle hukukun genel ilkelerinin ortaya çıkışının da devlet iradelerine dayandırılması mümkündür, Lotus Davası'nda yer alan, uluslararası hukukun kurallarının devletlerin iradelerinden doğduğu, onların iradelerinden kaynaklanmayan bir yasağın ise varsayılamayacağı ifadesi¹⁴⁰⁹ esas alınmıştır. Uygulamada ise hem hukukun genel ilkelerinin tüm uygar uluslarca tanındığının tespit ve ispat edilmesinin güçlüğü hem de bu ilkelerin içerikleri bakımından oluşabilecek farklılıklar nedeniyle hukukun genel ilkelerinin dar bir tanıma bağlı olmaksızın, serbest bir biçimde uygulandığı söylenebilecektir. Uluslararası hukukun andlaşmalar ve teamülden oluşan ve devletlerin açık yahut örtülü rızalarıyla oluşumlarını sağladığı kaynaklarına hukukun genel ilkelerinin eklenerek bunların dengelendiği, kaynaklar üzerindeki devlet kontrolünün bu yolla hafifletildiği belirtilmektedir¹⁴¹⁰. *Nonliquet* yasağının varlığı ve hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun kaynakları arasında olması, uluslararası hukukun sadece devletleri ve uluslararası örgütleri değil, bunlar dışındaki birimleri de kapsayan uluslararası toplumun hukuku olduğunu ortaya koymaktadır. Hukuk genel ilkelerinin uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılmasıyla uluslararası hukuk kurallarının esnekliği, benzer durumlara uygulanabilirliğin ve bir hukuk sistemi olarak bütünlüğünün sağlandığı genel olarak kabul edilmektedir.

¹⁴⁰⁷ Weil, op. cit., s. 113.

¹⁴⁰⁸ Oppenheim's International Law, s. 13.

¹⁴⁰⁹ USAD, S.S. Lotus (Bozkurt), Fransa v. Türkiye, 07.09.1927, A Serisi, S. 10, s. 18-19.; Weil, op. cit., s. 112.

¹⁴¹⁰ Christine Chinkin, "Normative Development in the International Legal System", *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, ed. Dinah Shelton, Tekrar Basım, New York: Oxford University Press, New York, 2007, ss. 21-42, s. 21.

Bu başlık altında hukuk boşluğu bulunan durumlarda mahkemenin hangi araçlara başvurabileceğine değindik. *Pellet* tarafından belirtilen araçlar, hakkaniyet ve nısfete göre karar verme, mahkemenin alenen olmasa da yaptığı gerekli kuralların şekillendirilmesi, hukukun genel ilkelerinin uygulanması ve diğer kaynaklarla meselenin çözülmesidir¹⁴¹¹. Bunlardan hukukun genel ilkelerine başvurulmasının hukuk boşluğu ile açıklanmasına karşı olduğumuzu tekrarlayarak kanaatimizce hukukun genel ilkelerine ve danışma görüşlerine uluslararası hukuk doktrinince tanınan işlevler dolayısıyla, UAD'nin Giderim Kararı'nda mantıksal tümevarımın yanı sıra hukukun genel ilkelerine dayanmak suretiyle karar vermiş olması uluslararası hukuk kişiliğine hukukî bir zemin sağlama bakımından faydalı bir tercih olabilecekti. Divan Giderim Kararı'nda hukuk kurallarını şekillendirebilecek olsa da salt mantıksal bir yöntemle başvurmuştur. Kararda Divan bir hukuk boşluğu ya da *nonliquet* yasağı değerlendirmesi yapmamış, özellikle uluslararası örgütler hukuku bakımından esaslı bazı kuralları saptamışsa da dayanağının sadece mantıksal tümevarım olması nedeniyle bir fırsatı kaçırmış sayılabilir. Uluslararası hukukun ilkeleri arasında UHK'nin saymış olduğu 'devletler dışındaki birimlerin de uluslararası hukukun kişisi olabileceği ilkesi', hukukun genel ilkelerinin tanımlanmamış, sınırlandırılmamış olduğu düşünüldüğünde uluslararası hukuk alanına ait bir ilke olarak kabul edilip olaya uygulanabilirdi.

3. Esnek Hukuk (*Soft Law*)

UAD'nin kararları statüsünün 59. maddesine göre yalnızca davanın tarafları ve karara bağlanan uyuşmazlık bakımından bağlayıcı olduğundan UAD'nin Giderim Kararı ile uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin kural saptama fırsatını kaçırmaması ile neyi ifade ettiğimizi bu başlık altında değinmek isteriz. Kanaatimize göre Divan hem özel olarak uluslararası örgütlerin, hatta BM'nin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin bir karar vermiş olduğu hem de bu kararını bir hukuk ilkesine dayandırmamış olması nedenleriyle bir fırsatı kaçırmıştır. Uluslararası hukukta hukuk kişiliğini düzenleyen bir kural bulunmamakta ve Divan'ın kararları özel olarak ilgili uyuşmazlıkta bağlayıcı olsa da uluslararası alanda esnek hukuk kurallarının giderek artan etkisi doğrultusunda Giderim Kararı önem taşımaktadır.

¹⁴¹¹ Pellet, Article 38, s. 763.

Uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılmamış olan, etkileri itibarıyla bunlara benzemeyen esnek hukuk kuralları uluslararası hukukun gelişimi sürecinde ortaya çıkmış kurallardır. Uluslararası alanda kurumsallaşma, esnek hukuk kurallarının ortaya çıkmasına etki etmiştir; özellikle, uluslararası hukuk kişilikleri tartışılan, hükümetler dışı uluslararası örgütlerin faaliyetlerinin bunun ortaya çıkışına kaynaklık ettiği¹⁴¹² belirtilmektedir. Ancak yalnızca örgütlerin esnek hukuk kurallarının ortaya çıkmasına sebep olduğu düşünülmemelidir, bunun kaynağında uluslararası alanın konusuna giren yeni hukukî ilişki türleri bulunabilecektir.

Bunun yanı sıra federe devletler gibi devlet altı, AB gibi devlet üstü veya uluslararası örgütler, hükümetler dışı uluslararası örgütler gibi devlet dışı aktörlerin uluslararası alanda andlaşma yapma süreçlerine katılmalarının uluslararası hukukun tanımında bir dönüşüme sebep olduğu belirtilir, uluslararası hukukun yapılması artık sadece egemen devletlerin tekelinde bulunmamakta bunların yanı sıra devlet dışı aktörler de değişen etkinlik düzeylerinde hukuk yapımına katılmaktadır¹⁴¹³. Artık uluslararası hukukun yapılması süreci hem bu sürece dahil olan birimler hem de bu sürecin sonucunda ortaya çıkan kaynakları çeşitlendirmektedir.

Uluslararası hukukta esnek hukuk kurallarının ortaya çıkmasıyla artık hem klasik-şeklî manada hukuk kurallarının varlığından hem de esnek hukuk kurallarının varlığından söz edilebilecek; esnek hukuk kuralları şeklî hukuk yapma süreçlerine dahil olmasalar da uluslararası alanda belirli normatif standartlar ve davranış beklentileri yaratacaklardır¹⁴¹⁴. Bu durum uluslararası hukuk alanının aktörlerinde ve ilişki türlerinde meydana gelen çeşitli değişikliklerin, uluslararası hukukta şeklî olmayan araçlarla hukukun yapılmasıyla sonuçlanmasını ifade etmektedir¹⁴¹⁵. Uluslararası alanın kişilerinin çeşitlenmesi, bunların gireceği yeni hukukî ilişki türlerinin ve uluslararası hukuka dahil yeni hukuk alanların ortaya çıkması gibi nedenlerle uluslararası hukukun yerleşik kurumları ile uluslararası sorunların çözümünde yetersiz kalınması esnek hukuk kurallarının varlık nedenini oluşturmaktadır.

¹⁴¹² Chinkin, op. cit., s. 25-26.

¹⁴¹³ Duncan B. Hollis, "Why State Consent Still Matters - Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law", *Berkeley Journal of International Law*, C. 23, S. 1, 2005, ss. 1-39, s. 38.

¹⁴¹⁴ Chinkin, op. cit., s. 24-25.

¹⁴¹⁵ Ibid, s. 23-25.

Uluslararası mahkemelerin verdikleri kararlarla uyumsuzluğun tarafı olmayanlar bakımından bağlayıcı olmasa da etkili bir uluslararası ortak hukuk yarattıkları belirtilir¹⁴¹⁶. Bir mahkemenin verdiği kararla, başka bir dava bakımından bağlayıcı yahut mahkeme bağlayıcı kararlar alan nitelikte bir mahkeme olmasa da, gelecekte yapılacak yargılamaların yönü belirlenerek *de facto* olarak devletin yükümlülüklerinin sınırını belirlediği söylenebilecektir¹⁴¹⁷. Nitekim UAD'nin Giderim Kararı ne BM'nin kendisi ne de üye devletler bakımından bir yükümlülüğü tespit etmese de, Divan'ın uluslararası alandaki otoritesi kararlarının “özel bağlamının ötesinde dikkate alınıp etki doğurmasına” sebep olmaktadır¹⁴¹⁸. Uluslararası hukukta, Anglosakson Hukuku'ndaki gibi *stare decisis* kuralı olmadığından mahkemelerin kararları uluslararası hukukta esnek hukuk dediğimiz hukuk kurallarının bir parçası olacaktır; dolayısıyla da devletlerin, ilgili mahkemenin yargı yetkisinde bulunmasalar bile, beklenti ve inançları üzerinden yükümlülüklerini etkileyecektir¹⁴¹⁹. Yazar bunun 2. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan devletlerin hukukîleştirme eğiliminden kaynaklandığını belirtir, devletler politik alana terk edilmiş meselelerde de farklı biçimlerde hukukîleştirme yoluna gitmişlerdir, bunlar uluslararası örgütlerin, hem devletlerin hem bireylerin yargılanabileceği mahkemelerin ve çeşitli alanlarda uygulanabilecek esnek hukuk kurallarının varlığıdır¹⁴²⁰. Uluslararası mahkemelerin kararları bağlayıcı olmasa da devletlerin uluslararası pozitif hukuktan doğan yükümlülüklerinin yorumlanmasında başvurulduklarında devletlerin yükümlülüklerini etkilemekte, böylelikle devletler uluslararası mahkemelerin statülerine taraf olmamak suretiyle onların yargısından kaçsalar dahi bu etkiden kaçamamaktadırlar¹⁴²¹. Uluslararası hukukta devlet iradesinin belirleyiciliğini ortadan kaldıran bir etki olarak bundan söz edilebilecektir. Nitekim pozitivist bir perspektife sahip olunmasa dahi uluslararası hukukun kaynaklarına bakıldığında bunların ortaya çıkışı ve bunlarla bağlanmada devletlerin iradeleri belirleyici iken uluslararası normatif sistemin içinde esnek hukuk kurallarının yer alması uluslararası hukuku devletin iradesine sıkı sıkıya bağlı olmaktan, ilkesel düzeyde, kurtarmaya muktedirdir. Bu anlamıyla hukukun genel ilkeleri ile benzer

¹⁴¹⁶ Andrew T. Guzman, Timothy L. Meyer, “International Common Law: The Soft Law of International Tribunals”, *Chicago Journal of International Law*, C. 9, S. 2, 2009, ss. 515-535, s. 516.

¹⁴¹⁷ Ibid.

¹⁴¹⁸ Çağırın, op. cit., s. 225, dn. 661.

¹⁴¹⁹ Guzman, op. cit., s. 516-517.

¹⁴²⁰ Ibid, s. 515.

¹⁴²¹ Ibid, s. 535.

niteliklere sahiptirler. Ancak esnek hukuk kuralları bağlayıcı olmamaları, hukukun genel ilkeleri de genel hatlarıyla belirsiz olmaları nedeniyle uluslararası hukuk teori ve uygulamasında tartışmalı niteliğe sahiptirler.

B. GİDERİM KARARI'NA ALTERNATİF ÇÖZÜMLER

Divan Giderim Kararı'nda BM'nin uluslararası hukuk kişiliği bakımından hukukî bir kural yahut ilkeye değil mantıksal bir çıkarıma dayanmaktaydı. Zira, kararda BM'ye tanınan görev ve fonksiyonların BM hukuk kişisi olmasaydı nasıl yerine getirileceği sorgulanmıştır. Bu nedenle açıkça ifade etmemiş olsalar da taraf devletlerin niyetinin BM'ye uluslararası hukuk kişiliği atfetmek olduğu belirtilmiştir. UHK Dönem Sekreteri'ne göre tümevarıma dayalı mantık yürütme sonucunda BM'nin uluslararası hukuk kişiliği ortaya konmuştur¹⁴²². Kanaatimiz ise Divan'ın Giderim Kararı'ndaki dayanağına alternatif oluşturabilecek iki yöntemden birinin tercih edilmesiyle hukuken daha sağlam bir kararın alınmış olacağı yönündedir. Zira değinilmek istenen mantıksal yöntemlerin hukukî kararlar almada kullanılmayacağı değil bir hukuk kuralına, ilkesine dayanılarak kullanılmaları halinde kararın hukukî niteliğini kuvvetlendirecekleridir.

Bunların ilki Divan'ın klasik teoriye uygun bir karar vererek BM'nin üye devletlerle andlaşma imzalayabildiğini ve andlaşma yapma kapasitesinin uluslararası hukuk kişiliğinin bir göstergesi olarak ele alındığını¹⁴²³ belirtmesidir. UHK 1959 tarihli Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeler şerhinde, uluslararası andlaşmalar yapabilmenin uluslararası hukuk kişiliğini de içinde barındırdığını ancak bunun tersi olarak tüm uluslararası hukuk kişilerinin uluslararası andlaşma yapma yeterliliğinin bulunmadığını belirtir¹⁴²⁴. Uluslararası alanın diğer kişilerinin de andlaşma yahut uluslararası teamüller yoluyla andlaşma yapma kapasitesiyle donatılabileceğini belirten şerh, uluslararası hukukta devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukukun kişisi olabileceğinin ve andlaşma yapma yeterliliğine sahip olabileceğinin her zaman bir uluslararası hukuk ilkesi olduğunu belirtmektedir¹⁴²⁵. Bu şerhe göre uluslararası hukuk kişiliğinin önemli bir göstergesini andlaşma yapma yeterliliği oluşturmaktadır; ancak bu yeterlilik uluslararası hukukun kişisi olabilmenin tek imkanı değildir. Uluslararası hukukun bir

¹⁴²² BM, UHK, 1959 Yılı, C. 1, (A/CN.4/Ser. A/1959), s. 33, p. 60.

¹⁴²³ BM, UHK, 1956 Yılı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1956/Add. 1), s. 107.

¹⁴²⁴ BM, UHK, 1959 Yılı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1959), s. 96, p. 8-a.

¹⁴²⁵ Ibid, s. 96, p. 7.

birimi andlaşma yapma kapasitesine sahip olmamasına rağmen uluslararası hukuk kişiliğine sahip olabilecektir; bu durumda onun uluslararası hukuk kişiliği başka bir özelliğinden doğacaktır. Ancak BM özelinde örgütün uluslararası andlaşmalar yapma kapasitesine onun uluslararası hukukun kişisi olduğunun bir göstergesi olarak dayanılması mümkündür. Nitekim daha önce de atıfta bulunduğumuz Yargıç *Bedevi Paşa*'nın karşı oyunda BM'nin uluslararası alanın ilk örgütü olmadığı ifade edilmiştir, uluslararası örgütler hukuku kararın öncesinde oluşmaya başlamıştır¹⁴²⁶.

Şerhte yer alan ve yukarıda da değinilmiş olan bir diğer husus ise konumuz bakımından oldukça önemlidir ki bununla bir uluslararası hukuk ilkesi ortaya konmaktadır. Bu ilkeye göre, uluslararası hukukta devletler dışı birimler uluslararası hukukun kişisi olabileceklerdir¹⁴²⁷. İlke, uluslararası hukuktaki devletler dışındaki birimlere uluslararası hukuk kişiliği atfedilmesi bakımından yapısal bir engel bulunmadığını tespit eder. Komisyonun belirttiği gibi devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukukun kişisi olabileceği her zaman uluslararası hukukun bir ilkesi olmuş ise UAD'nin 1949 tarihli kararında neden bu ilke yerine sadece 'tümevarıma dayalı bir akıl yürütme yöntemine'¹⁴²⁸ dayanma ihtiyacı duyduğunu anlamak güçtür. Hukukun genel ilkeleri hem ulusal hem de uluslararası alandan kaynaklanan ilkelere oluşabilecektir. Şerhte yer alan ilkeye dayanılmış olsaydı Divan'ın kararı uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin genel bir karar olarak uluslararası örgütler ile sınırlı kalmayacaktı. Öte yandan, belirtilen ilkenin bu kararda esas alınması uluslararası alanda kişilik bakımından mevcut kural eksikliğini de belli ölçüde giderecekti, zira ilkenin varlığının uluslararası bir merci tarafından teyidi onun normatif gücünü artıracaktır. USAD'ın uluslararası hukukun tek kişisinin devletler kabul edildiği 1920'lerde vermiş olduğu kararlarla, uluslararası hukukta genel yetkili mekanizma olması sebebiyle, genel kurala istisna yaratabilecek bir merci olduğu¹⁴²⁹ belirtilmiştir. Bu perspektiften USAD'ın halefi UAD de genel kurala istisna yaratabilecek bir yargı mercii olarak ele alınabileceğinden devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukukun kişisi olabileceği

¹⁴²⁶ UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949, Yargıç Bedevi Paşa (karşıoy yazısı), s. 205

¹⁴²⁷ BM, UHK, 1959 Yıllığı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1959), s. 96, p. 7. : "Devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukuk kişiliğine ve andlaşma yapma kapasitesine sahip olabileceği her zaman uluslararası hukukun bir ilkesi olmuştur."

¹⁴²⁸ BM, UHK, 1959 Yıllığı, C. 1, (A/CN.4/Ser. A/1959), s. 33, p. 60.

¹⁴²⁹ Kjeldgaard-Pedersen, Drafting the Statute of PCIJ, s. 10.

ilkesine dayalı bir kararı tesis ederek uluslararası hukuk kişiliğinin kapsayıcı bir biçimde anlaşılıp uygulanmasına imkan verebilirdi. Ancak biz, UAD'nin genel kurala istisna yaratmasının -mahkemenin istisna, hukuk yaratma yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalarını bir kenara bırakarak- değil, hukukun genel ilkeleri arasında 'devletler dışındaki birimlerin de uluslararası hukukun kişisi olabileceklerinin' bulunup bulunmadığı tartışmasını yapmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Bir diğer değerlendirme de Divan'ın *nonliquet*ye dayanması, bu konuda bir hukuk boşluğu¹⁴³⁰ bulunduğunu kabul etmesi üzerinden yapılabilecektir. Ancak Divan'ın yargılamasından ve uluslararası örgütler hakkında ortaya koymuş olduğu temel kurallardan anlayabiliyoruz ki danışma görüşleri yoluyla kendisinden istenilenin hukuku ortaya koyma olduğunun/olabileceğinin farkındadır¹⁴³¹. Böylelikle yukarıda değindiğimiz danışma görüşlerinin hukuku açıklama, aydınlatma aracı oldukları hususu¹⁴³² vurgulanmıştır. Nitekim, 1949 tarihli kararlar birlikte uluslararası örgütler hukuku konusunda birçok kural ortaya çıkmış ve öncesinde belirgin olmayan uluslararası örgütler hukukunun kuralları belirginleşmiş oldu. Bu haliyle *nonliquet* yasağı hedefine ulaşmış, uluslararası merci önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili açık bir kural bulunmasa dahi, öyle ya da böyle, konuya ilişkin tüm hukukî kaynakları bir araya getirip onu çözmüştür; öyle ya da böyle çözüme ulaşma ilgili merciin bir hukuk kuralını geliştirmesi/çıkarsaması yahut da onu yaratması anlamına gelebilecektir¹⁴³³. Bu durumda özellikle danışma görüşü olarak Divan'ın önüne getirilen hususlar bakımından tam manasıyla *nonliquet* yasağının gerekliliğinden söz edilemeyecektir; Divan'ın bu tür kararlarında zaten bir tür üstü kapalı yetkiyle donatıldığı belirtilir.

Sonuç olarak, UAD'nin Giderim Kararı'nda, BM özelinde uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini mantıksal gerekçelerle kabul etmiştir, zira uluslararası örgütleri kuran

¹⁴³⁰ “Peki sadece hukuk boşluğunun bulunması mı yargı merciinin fonksiyonlarını yerine getirmesi bakımından karşılaştığı bir engeldir? Stone hukuk boşluğu dışında, uygulayıcının karar vermesini engelleyen hallerin açık olmama/aydınlatılma gereği, mantıksal eksiklik yahut da kusurların bulunması, boşluklar, sosyal yetersizlik (bunu sosyal olaya uygun olmama olarak anlayabiliriz), hukukî kusur (uyuşmazlık tarafı olan taraf devletlerce olayı çözmeye bakımından yetersiz kabul edilen kural) olma olduğunu belirtir. Hukuk boşluğu bunlardan yalnızca birisidir ve bir yargı merciinin karar verirken boşluk dışındaki diğer sorunlarla karşılaşması da mümkündür.” Julius Stone, “Non Liqueur and the Function of Law in International Community”, *British Yearbook of International Law*, C. 35, S. 124, 1959, ss. 124-161, s. 141.

¹⁴³¹ UAD, Güneybatı Afrika Davaları, Etiyopya v. Güney Afrika, Liberya v. Güney Afrika (İkinci Aşama), 18.07.1966, s. 34, p. 49.

¹⁴³² Weil op. cit., s. 116-117.

¹⁴³³ Stone, op. cit., s. 147.

andlaşmalarda devletlerin iradeleri ilgili örgütlere hukuk kişiliği verme yönünde olmasına rağmen bu açıkça yazılmamış, ilgili andlaşma ile söz konusu uluslararası örgütlere tanınan fonksiyonlardan çıkarılabilecek biçimde düzenlenmiştir. Devletlerin kendi aralarında hazırlayıp yürürlüğe koyduğu uluslararası andlaşmalar ile uluslararası alanda haklara ve yükümlülükler sahip olan bir diğer birim bireylerdir¹⁴³⁴. Bireylerin uluslararası hukuk kişiliği konusunda UAD'nin Giderim Kararı'nda işlettiği mantığın bir benzerini işleterek devletler bu andlaşmalar ile bireylere uluslararası hukuk kişiliği vermek istemiş ancak bunu açıkça yapmamışlardır; bunun ortaya çıkarılması için devletlerin ilgili uluslararası andlaşma ile bireylere gerçekten haklar ve yükümlülükler tanıyıp tanımadığına bakılmalıdır, denebilecektir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalar bireylere doğrudan haklar getirirse de bazı yazarlarca bireylerin bunların sadece faydalanıcısı olduğu, bunlarla devletlerin yükümlülük altına girdiği kabul görmekteydi. Eğer ilgili andlaşma bir denetim mekanizması kurmuyor ve bireye de buna başvurma imkanı vermiyor ise denen doğru olabilecektir. Ancak insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların sinallagmatik nitelikli, karşılıklı hak ve borç yükleyen andlaşmalar olmadığı, norm yaratan andlaşmalar olduğu akılda tutulmalıdır. Eğer insan haklarına yönelik bir uluslararası andlaşma uluslararası alanda norm yaratan türden bir andlaşma ise ve sadece devletlere yükümlülük getiriyor ise, bu yükümlülüklerin denetlenebilmesi için ne gibi bir yöntem söz konusu olabilecektir? İnsan hakları andlaşmalarının temel amacı bireylerin andlaşma kapsamındaki haklardan yararlanmaları, bunların taraf devletlerce ihlal edilmemeleridir. Bu amacın yerine getirilmesi için bireylerin bu andlaşmadan kaynaklanan haklarına dayanabilmeleri gerekir. Önüne bireyin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin bir soru gelmesi durumunda Divan'ın mantıksal tümevarım yöntemine başvurarak bireylerin uluslararası hukukun kişisi olduğunu, bunun onlara haklar yahut yükümlülükler getiren uluslararası andlaşmalardan çıkarılabilir olduğunu ileri süreceği savunulabilir. Divan'ın benimseyebileceği bu yaklaşım, Giderim Kararı ile uyumlu bir yaklaşım olacaktır.

Lapaš, ortaya çıkan çok çeşitli uluslararası örgütlerin varlığının yeni bir Giderim Kararı gerektirip gerektirmediğine ilişkin makalesinde uluslararası hukukun kişilerinin hukukî doktrine bağlı olarak değil uluslararası ilişkilerdeki meta-hukukî işlevsellik

¹⁴³⁴ Çalışmada bireyler ile kastedilenin tekil olarak bireylerin yanı sıra tüzel kişilik olarak ulusal hukuklara bağlı kurulabilecek ortaklıkları, hükümetler dışı uluslararası örgütleri ve birey gruplarını kapsadığını tekrar hatırlatalım.

mantığı ile ortaya çıktıklarını, var olduklarını ve ortadan kalktıklarını belirtmektedir¹⁴³⁵. Yazara göre Divan'ın Giderim Kararı'nda benimsediği çözüm bir tercihi yansıtmaz, bilhassa kararda benimsenen çözümün uluslararası hukuk kişiliğinin niteliği dolayısıyla işlevsel ve mantığa dayalı olması gerekmektedir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında hukuk kişiliği kavramına genel olarak değinilerek, kavramın tamamen hukuk alanında mı olduğu yoksa meta-hukukî bir konu mu olduğu, uluslararası alanda hukuk kişisi ifadesinin neyi ifade ettiği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

III. GENEL OLARAK HUKUK KİŞİLİĞİ

Uluslararası hukuk kişiliğinin değerlendirilmesinde, genel olarak hukukta kişiliğin nasıl anlaşıldığından ve düzenlendiğinden faydalanılması gerekir. Dolayısıyla bu kısımda genel olarak hukuk sistemlerinde hukuk kişiliğine nasıl yaklaşıldığına ilişkin açıklamalara yer vermenin uygun olacağı kanaatindeyiz. Hukuk kişiliği, ilgili hukuk alanının ihtiyaçlarına, hukuku ihdas eden yapının sosyal ve politik anlayışına göre değişkenlik gösterir. Hukuk kişiliği terimsel ifadesiyle insandan, yahut da hukuk kişiliği bahsedilebilecek herhangi bir varlıktan farklı bir kavram, bir hukukî terim olarak ilgili hukuk düzeninin haklar bahşedip yükümlülükler getirdiği ya da aralarındaki ilişkiyi düzenlediği birimleri ifade etmektedir.

Hukuk kişiliği bir hukuk terimi, hukukî alan içinde bir kavram olarak ele alınır. Ancak kimi yazarlar bakımından hukuk kişiliği meta-hukuk alanında kabul edilmektedir¹⁴³⁶. Meta-hukuk ya da meta-yasal alandaki bir hususun ise salt hukukî bir tanımını yapılamaz, kavramın tanımını onu hukukî çerçevede açıklayan teorisyen yahut da uygulayıcının hukuk alanı dışındaki tercihleri doğrultusunda şekillenecektir. Bazı yazarlarca salt hukukî bir mesele olarak görülmesi de -bu hususa ilerleyen kısımlarda hukuk kişiliğinin nasıl anlaşıldığı anlatılırken değinilecektir- hukuk kişiliğinin asgarî

¹⁴³⁵ Davorin Lapaš, "Controversial Subjects of Contemporary International Law: IGO-like Entities as Participants in International Legal Relations – Do We Need a 'Reparation Case II'?", *Contemporary Developments in International Law Essays in Honour of Budislav Vukas*, ed. Rüdiger Wolfrum, Maja Seršić, Trpimir M. Šošić, Leiden: Brill Nijhoff, 2016, ss. 56-101, s 101.

¹⁴³⁶ Gary Lilienthal, Nehaluddin Ahmad, "Abridgement and Conferral of Juridical Personality", *The Journal Jurisprudence*, C. 28, 2015, ss. 453-486, s. 456.: Meta hukuk olarak yazarların ifade ettiği hukuk pratiği dışında ancak ona esas olan hususlardır. Meta yasal alandaki konular hukuka önsel olarak etik alanda var olurlar ve yargının tutumunu etkiler ya da onu sınırlarlar. Meta yasal süreç kamusal akılda bilinçdışı bir süreç olarak bulunur.

oranda hukukî bir kavrayışı barındırması gerekmektedir. Çünkü hukuk kişiliği, ilgili hukuk alanında hukukî faaliyetlerde bulunabilecek birimleri belirlemektedir.

Kişi kavramından öncelikle bahsedilmek gerekirse, sözlüklerde yer alan anlamına göre insanı, şahsı ifade eder; felsefe sözlüğünde yer alan tanımına göre ‘kendi kendini kuran bireysel öz’ olarak da ifade edilebilir¹⁴³⁷. Hukuk kişiliği, insana atfen hukuk âleminde yaratılan bir terimdir. Ancak bu terim ile bu terimin atfen kurulduğu birim arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekir. Terimde kullanılan sözcüğün anlamı ile terimin anlamı, bir sözcük ile onun anlamı, arasındaki ilişkinin ihtiyarî oluşu tıpkı hukukî olan ve olmayan fikirlerin karıştırılması gibi süregiden bir eğilim¹⁴³⁸ olarak değerlendirilir. Bu nedenle hukuk kişisi ile terimin anlamı arasındaki bağlantı konusunda teorisyen, uygulayıcı veya kanun koyucuların seçme imkânı bulunur, ileride görüleceği üzere de hukuk kişiliğini farklı içeriğe sahip terimler olarak tanımlamışlardır. Yani, hukuk kişiliğini mutlaka insana yönelik nitelikler ile tanımlamak gerekmediği gibi aksi de gerekli değildir. Bu nedenle uygulayıcıya ya da teorisyene, ya da pozitif bir biçimde düzenlendiyse kanun koyucuya tanınan serbesti, ihtiyarıyla terimin içeriğini belirleme serbestisi ile hukuk düzeninde ‘hukuk kişisi’nin içeriği belirlenmiş olacaktır. Tüm hukuk sistemlerinde hukuk kişisi ile aynı şeyin ifade edilmesi gerekmez, her hukuk sisteminin hukuk kişisi anlayışı farklı olabilecektir.

A. TÜM HUKUK ALANLARI HUKUK KİŞİLİĞİNİ DÜZENLEMekte MİDİR?: ANGLOSAKSON HUKUKU VE ULUSLARARASI HUKUK

Türk Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu kişilik konusunda birbirine çok yakın düzenlemeye sahip iki kanundur ve ikisinde de kişiler hukuku Giriş kısmından hemen sonra yer almaktadır. Bu kısımlarda, hangi birimlerin hukukun gerçek kişisi olduğu hangilerinin, Türk Medeni Kanunu ifadesiyle, tüzel kişi olduğu bunların yapabilecekleri ve kişiliklerine getirilebilecek sınırlamalar gibi düzenlemeler yer almaktadır. Ancak, her hukuk sisteminde, hukuk kişiliğinin bu ölçüde ayrıntılı düzenlenmiş olması gerekmez. New York Yüksek Mahkemesi tarafından 29 Temmuz 2015 tarihinde verilen bir kararda¹⁴³⁹ Amerikan Anglosakson hukuk sisteminde, kişiliğe ilişkin kesin kuralların düzenlendiği bir hukuk alanı bulunmadığı, hukuk kişileri çeşitli

¹⁴³⁷ TDK, Büyük Türkçe Sözlük, “Kişi”, E. T. 05.03.2019.

¹⁴³⁸ Lilienthal, Ahmad, op. cit., s. 473.

¹⁴³⁹ Karar, bir laboratuvarında test amaçlı kullanılan şempanzelerin haklarına ilişkindir. New York Yüksek Mahkemesi, Matter of Nonhuman Rights Project, Inc. v Stanley, 29.07.2015.

birey, birim ya da kolektiviteneden oluşabileceği gibi bunlara uygulanabilecek hukukun da farklı ve dağılık olarak davalarda, yasalarda ve bilimsel eserlerde bulunabileceği belirtilmiştir. Kıta Avrupası düzenlemelerinden farklı olarak, Anglosakson hukukunda hukuk kişiliğine yönelik düzenlemenin bulunmaması bu sistem ile uluslararası hukuk arasında bir benzerliğe işaret etmektedir. Bu çalışmada ve bu alana ilişkin yapılmış diğer çalışmalarda hukuk kişiliğine ilişkin başvuru kaynakları örnek davalar, belirli birimlerin hukuk kişiliğini düzenleyen andlaşmalar ve bilimsel eserlerden oluşur. Ancak uluslararası alan hem yapısal bakımdan Anglosakson hukuk sistemi gibi organize olmamıştır hem de bünyesinde ulusal hukuk sistemleri bakımından farklı devletleri barındırır. Hukuk kişiliğine ilişkin düzenleme bulunmayan birimler ile hukuk kişilikleri düzenlenmiş birimlerin birbiri ile kıyaslanması suretiyle ilk grubun hukuk kişiliği hakkında tespit bulunulabilecektir, fakat bu konuda kıyas yönteminin işletilmesi güçtür. Uluslararası hukuk kişiliğinin tespiti konusunda önemli sorunlardan biri, uluslararası hukuk kişisi oldukları konusunda açıklık bulunan birimlerle diğer birimler arasında kıyası gerektirmesi ve kıyasın unsurları arasında yer alacak uluslararası hukuktaki yetkiler bakımından birimler arasında farklılıkların bulunmasıdır. Divan Giderim Kararı'nda uluslararası hukuktaki hakları ve yükümlülükleri bakımından devlet ile BM'yi kıyaslayarak BM'nin uluslararası hukukun kişisi olduğuna, hatta buradan hareketle benzer düzenlemeye tâbi diğer uluslararası örgütlerin de hukuk kişisi olabileceğine, karar vermişse de bunun BM'nin ne bir süper devlet ne de devletle aynı statüde olduğu anlamına gelmediğini belirtmişti. Kanaatimiz böyle bir kıyasın bireylerin uluslararası hukukun kişisi olduğu sonucunu vermeyebileceği yönündedir. Nitekim klasik pozitivist uluslararası hukuk anlayışının hukuk kişiliğinde hiçbir devlet dışı birimin devletinki kadar uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması mümkün değildir, devletin üstünlüğüne dayanan bu sistemsel kabul devlet dışı aktörlerin mevcut hukukî statülerinden çıkmalarına müsaade etmemektedir¹⁴⁴⁰.

Anglosakson Hukuku ile uluslararası hukuk özellikle hukuk kişiliği düzenlemesi ve uygulamaları bakımından benzer niteliktedir. Hem kişiliğe ilişkin hukuk kurallarını içeren özel bir hukuk alanına sahip değildirler hem de bu kurallar ikisinde de dağılık bir biçimde çeşitli kanunlarda, bunu uluslararası hukuk bakımından andlaşma ve teamül olarak anlamak gerekir, yargı kararlarında ve bilimsel eserlerde bulunabilmektedir.

¹⁴⁴⁰ Barbara, op. cit., s. 21-22.

Yeryüzünde baskın iki hukuk sistemi bulunur ve bunlar Anglosakson Hukuku ile Kıta Avrupası Hukuku olarak ifade edilir. Ancak baştan belirtilmelidir ki bu hukuk sistemleri uygulamada farklılaşabilmektedir. Anglosakson Hukuku ile Kıta Avrupası Hukuku arasındaki en açık farklılık ikincisi yazılı, yasama yoluyla yapılmış bir hukuk sistemi iken ilkinin daha çok içtihat hukukuna dayanmasıdır ki hiçbir zaman yazılı hale getirilmiş bir kural olmasa da yüksek mahkemelerin önceki tarihli kararlarının takip edilmesini ifade eden *stare decisis* doğrultusunda yüksek mahkemelerin önceki tarihli kararları yargı yerlerinde bağlayıcı kabul edilip uygulanır¹⁴⁴¹. Bilindiği üzere Türk Hukuk sisteminde içtihatlar, yalnızca üst derece mahkemelerinin vermiş olduğu İçtihatı Birleştirme Kararları doğrultusunda bağlayıcı olabilir, bunlar dışında içtihat hukuku değil yasama yoluyla konmuş kanunlar uygulanır, ki bu durum Kıta Avrupası sisteminin genel uygulaması ile paraleldir. Mahkeme kararları UAD Statüsü'nün uluslararası hukukun kaynaklarını düzenleyen 38. maddesinde sayılan kaynaklardandır. *Higgins*'in, mahkeme kararları ifadesinin lafzı itibarıyla ulusal ve uluslararası yargı mercilerinin kararlarını kapsayacak şekilde düzenlendiğinden böyle anlaşılması gerektiğini belirttiğine değinmiştik¹⁴⁴². Mahkeme kararları, şeklen kaynaklar arasında bir hiyerarşi kurulmamışsa da hem 38. maddenin düzenlenişi itibarıyla yardımcı kaynaktır hem de UAD Statüsü'nün 59. maddesinde yer alan düzenlemeye göre Divan tarafından verilen kararlar yalnızca uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcı olacaktır.

Esnek hukuk başlığında da değinildiği üzere uluslararası hukukta artan bir eğilim bağlayıcı olmayan kurallardaki artıştır ve yargı kararlarının da esnek hukuk kuralları arasında olduğu kabul edilir. Uluslararası hukuk alanında verilen yargı kararlarının o davayla ilgili olmayan konularda ve o davanın tarafı olmayanlar üzerinde bir bağlayıcılığı bulunmasa da önceki mahkeme kararları esnek hukuk kuralları olarak uluslararası hukukta etkili hale gelmektedir. Bu elbette *stare decisis* uygulamasından çok farklı bir durumdur ve uluslararası hukuk ile Anglosakson hukuk sistemleri arasında başlı başına bir benzerliği oluşturmaz. Uluslararası hukuk ve Anglosakson Hukuku arasında çalışmadaki hedefimiz hukuk kişiliğinin belirlenişi bakımından bir benzerliğin kurulabileceğini göstermektir.

¹⁴⁴¹ Caslav Pejovic, "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", *Victoria University of Wellington Law Review*, 2001, C. 32, S. 3, ss. 817-841, s. 891.

¹⁴⁴² Higgins, *General Course*, s. 268.

Peters'a göre uluslararası hukuk Anglosakson hukukundan oldukça etkilenmiştir, maddî olarak haklar ve bunların ileri sürülebilirliğinin birlikte aranması bunun kanıtını oluşturmaktadır¹⁴⁴³. Ancak, Anglosakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin uluslararası hukuku etkilemesi oldukça olağandır, zira uluslararası alanın hukukçuları orijin olarak hangi hukuk sistemi içerisinden geliyor iseler uluslararası hukuku da bu sistem doğrultusunda anlamaktadırlar. Anglosakson hukukunun uluslararası hukuku daha fazla etkilemiş olması ikisinde de teamül kurallarının önemli kaynaklar olması örneği gibi bazı benzerliklerden kaynaklanabilecektir. Uluslararası hukukun Kıta Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemlerinin etkisinde kalması konusunda, hukukî düzenlemenin müdahaleye kapalı ve etraflı yapıldığı takdirde bunun daha az olacağı belirtilmiştir¹⁴⁴⁴. Buna örnek olarak andlaşmaların yorumlanması verilir, ki bu alandaki kurallar VAHS'de spesifik olarak düzenlenmiş olduğundan Anglosakson Hukuku'nun etkisine etraflı biçimde düzenlenmemiş, genel ve kesinlikten uzak düzenlemeye sahip bir uluslararası hukuk alanına nazaran oldukça kapalı hale gelmiştir¹⁴⁴⁵. Bu görüşe göre uluslararası hukukun kesin bir biçimde düzenlenmeyen alanları Anglosakson Hukuku'nun etkisine açık alanlardır. Elbette uluslararası hukukun etkiye açık alanları yalnızca Anglosakson hukukundan değil Kıta Avrupası hukuk sisteminden de etkilenebilecektir.

Uluslararası hukuk ile Anglosakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri düzenledikleri hukukî ilişkiler bakımından birbirlerinden ayrılırlar da uluslararası hukuku belirli ölçüde etkilemişlerdir. Anglosakson Hukuku'nda ve Kıta Avrupası Hukuku'nda yaşanan gelişmeler dolayısıyla, bu iki hukuk sistemi arasındaki farklılıkların artık daha az görünür hale geldiği belirtilir; globalleşme, devletlerin arasındaki ilişki türleri ve taraf oldukları uluslararası andlaşmaların niteliklerinde yaşanan değişimler, uluslararası örgütlerin iki hukuk sistemine de uygulanabilecek kurallar oluşturması bunda özellikle etkili olmuştur¹⁴⁴⁶. Anglosakson Hukuku'nda regülasyon hukuku gelişerek yargı mercilerinin takdir yetkisine daha az yer bırakmış, Kıta Avrupası Hukuku'nda da hakimlerin hukuk yaratmadaki rolleri artmıştır; bu iki hukuk anlayışının kısmen de olsa birbirine yaklaştığının bir göstergesi olabilir; aslında

¹⁴⁴³ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 47.

¹⁴⁴⁴ Colin B. Picker, "International Law's Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, C. 41, S. 4, 2008, ss. 1083-1140, s. 1126-1127.

¹⁴⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁴⁶ Pejovic, *op. cit.*, s. 838-840.

bu iki sistem arasındaki fark hukuk normlarının içeriğinden ziyade argümantasyon ve metodoloji farkı olagelmıştır¹⁴⁴⁷. Kıta Avrupası Hukuku ile Anglosakson Hukuku aynı hukuk alanlarını düzenleseler ve benzer hukukî ilişkileri ele alsalar da bunları düzenleyiş ve ele alışlarında bir farklılık bulunmaktadır.

Uluslararası hukukta, genel olarak uluslararası hukuk kişiliğine yönelik bir düzenleme bulunmadığından buna ilişkin bir yaklaşımın bulunup bulunmadığı, kullanılan uluslararası hukuk kişisi, özne, katılımcı, aktör gibi ifadelerin neyi kapsadığı belirlenmeyi gerektirir. Uluslararası hukuk kişiliği yönüyle uluslararası hukuku, Anglosakson hukuk sistemi gibi düşünmekte fayda vardır; çünkü ortaya çıkış yöntemleri bakımından birbirilerine benzemektedirler, teamüli nitelik taşıyan kuralları esastır; uluslararası alanda çok taraflı ve hukuk yapıcı andlaşmaların çoğu teamülün kodifikasyonuna dayanır. Yukarıda atıfta bulunduğumuz kararda Amerikan Hukuk sisteminde hukuk kişiliğine uygulanabilecek tüm kuralları içeren bir hukuk alanının bulunmadığı, hukuk kişilerinin çeşitli birey, birim ve kolektiviteden oluşan çeşitli bir topluluk olduğu ve buna ek olarak apayrı ve dağınık durumdaki dava, statü ve sözleşmelerin kişilik genel hukukuna kaynaklık edebileceği belirtilmiştir¹⁴⁴⁸. Uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin yapılan çalışmalarda da birçok andlaşma maddesine, yargı kararına, uluslararası alandan kaynaklanan hakka ve yükümlülüğe dayanılması gerekir çünkü uluslararası alanda da kişilik genel hukukuna uygulanacak bir hukuk alanı bulunmamaktadır. Bu durum, Anglosakson ve uluslararası hukuk sistemlerinin hukuk kişiliği konusu özelinde birbirine -yöntemsel olarak- yaklaştığını göstermektedir.

B. HUKUK KİŞİLİĞİ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

Hukuk kişiliği, hukuk düzeninin tercihi doğrultusunda hangi birimin hareketlerine hukukî sonuç bağlanacağı, hangi birimler arasındaki hukukî ilişkilerin düzenleneceğine karar verilmesiyle ortaya çıkar. Bu belirleme nihaî manada hukuk kişiliğinin hangi birimlere, neye dayanılarak atfedildiğini ortaya koymaktadır. Hukuk kişisinin anlamı, onun kullanımına özeldir, uygulamada onun sonucu anlamına bağlı

¹⁴⁴⁷ Ibid, s. 840.

¹⁴⁴⁸ New York Yüksek Mahkemesi, Matter of Nonhuman Rights Project, Inc. v Stanley, 29.07.2015, F. Legal Personhood.

olarak ortaya çıksa da anlam ile sonucun birbirine karıştırılmaması gerekmektedir¹⁴⁴⁹. İlerleyen kısımlarda belirtileceği üzere bazı hukuk sistemlerinde hukuk kişiliği bir içeriğe sahip olmaktadır. Bunlarda genellikle bireye, insana ait bir özelliğe (irade, akıl vb.) atıf yapılır ve bu içeriğe sahip olduğu kabul edilen, varsayılan diğer birimler de hukukun kişisi olur. Ancak bazı hukuk sistemleri hukuk kişiliğini içerikten yoksun bir biçimde ele alırlar, bu anlamda hukuk kişilerine bir niteliğin atfedilmesi ve aralarında bir içerik ortaklığının bulunması gerekmez. Uluslararası hukukun tercihinin değerlendirilmesinden önce bu iki seçeneği kısaca aktarmaya gayret edeceğiz.

1. İçerikten Yoksun Olma

Naffine tarafından üç tür olarak kategorize edilen hukuk kişiliklerinin ilki (P1) biçimsel kapasiteyi ifade etmektedir, bunun etik, sosyal, politik veya tarihî bir karakteri, esasa ilişkin, maddî bir doğası yoktur¹⁴⁵⁰. Hukukun kendisine atfettiği soyut kapasite ile hukukun kendisi için belirlediği işlevi yerine getiren bir birimdir; bu nedenle de hukukun dilediği her şey hukukun kişisi olabilecektir¹⁴⁵¹. P1 hukuk kişiliği türü tamamen biçimsel nitelikte olduğundan canlı-cansız, mantık sahibi-değil, iradeye sahip-değil gibi klasik ayrımlara bakılmaksızın herhangi bir şeyin hukuk kişisi olabilmesini sağlar. Dolayısıyla bu tür hukuk kişiliğinin kabulünde bir birimi hukukun doğal kişisi bir başka birimi ise hukukun doğal olmayan, türeme kişisi olarak kabul etmemek gerekir, zira bu perspektife göre birey de şirket de, ikisinin hukuk kişilikleri de kuramsal olduğundan, aynı gerçeklik düzeyinde hukukun kişisi olacaklardır¹⁴⁵². Bir birimde gerçekte var olan bir kapasite, bir özellik başka bir birime atfedilmemiştir. Hukukun düzenlediği ilişkilerin doğası ya da hukuku yapan birimin içerik tercihi bu tür hukuk kişiliğinde bir yere sahip değildir. Uluslararası hukukta eğer hukuk kişiliği tercihi P1 ise devletin hukuk kişiliği ile bireyin hukuk kişiliği arasında birinin doğrudanlığından, diğerinin dolaylı oluşundan söz etme imkânı bulunmaz; aksi durumda ilgili hukuk alanında hukuk kişiliğine bir içerik atfetmiş oluruz, ancak P1 hukuk kişiliği herhangi bir, hukuk öncesi, içerikten yoksundur. Türk Medeni Kanunu bireyleri gerçek kişi, örneğin dernekleri ise tüzel kişi olarak düzenlemektedir; bu durumda kanunda gerçek

¹⁴⁴⁹ Barbara, op. cit., s. 25.

¹⁴⁵⁰ Ngage Naffine, "Who are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects", *The Modern Law Review*, C. 66, S. 3, 2003, ss. 346-367, s. 350-351.

¹⁴⁵¹ Ibid, s. 351.

¹⁴⁵² Bryant Smith, "Legal Personality", *Yale Law Journal*, C. 37, S. 3, 1928, ss. 283-299, s. 293.

kişiler ile türeme kişiler arasında bir ayrıma gidildiği yani hukuk kişiliğine bir içerik atfedildiği söylenebilecektir. Eğer uluslararası hukuk öyle olmasını uygun görürse hem birey hem de devlet, ya da herhangi bir birim, bu hukuk alanının kişisi olacaktır. Kanaatimizce bu şekli hukuk kişiliği anlayışı, *a posterior* nitelikli kişilik yaklaşımına uygundur; buna göre hukuk düzeni normu ortaya koyar ve norm kimin haklarını ve borçlarını düzenliyor ya da kimlerin arasındaki hukukî ilişkiyi düzenliyor ise o birim hukukun kişisi olarak kabul edilmiş olur¹⁴⁵³. Normun ortaya konmasının öncesinde, normla muhatap alınan birimin taşıması gereken bir özelliğin bulunması gerekmemektedir. Yani hukuk kişisi boşluğu, haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilen herhangi bir şey ile doldurulabilir ve böylelikle hukuk düzeni tarafından hakları ve yükümlülükleri düzenlenen herhangi biri veya herhangi bir şey hukukun kişisi olabilir¹⁴⁵⁴.

Bir sonraki başlıkta değinileceği üzere P2'yi önceleyen fiziksel, P3'ü önceleyen fiziksel ve zihinsel gerekliliklerden farklı olarak P1'i önceleyen bir gerekliliğin olmaması nedeniyle P1'in kişiliğin en ilkel anlaşılması olan maske teorisini yansıttığı kabul edilir ve P1 teorisinde hukuk kişiliğinin etik veya adil olmasından ziyade yararlı veya kullanışlı olması ön plandadır¹⁴⁵⁵. Burada belirtmek gerekir ki kanaatimize göre P1'i önceleyen bir tek gereklilik varsa da bu hukukî bir gerekliliktir, hukukta kişi olarak tanınma ve düzenlenme P1 için yeterlidir. Hukuk sistemi tarafından hukukî olmayan bir içeriği bulunmadığından P1'in daha işlevli olduğu düşünülebilirse de insan hakları, demokrasi gibi hukuku şekillendiren üst kavramların etkisiyle hukuk kişiliği bakımından salt formalist bir yaklaşımın kabul edilmesi eleştiriye açıktır. Nitekim köleliğin yasal olduğu dönemlerde, insan olmalarına rağmen köleler hukuk kişiliğinden yoksun kabul edilebilmişlerdir.

Hukuk kişiliği konusunda kimi yazarlar *Kelsen*'in hukuk kişisi ile insan olan kişi arasındaki ayrımına dayanmaktadır, buna göre insan biyoloji ve fizyoloji gibi doğal bilimlerin konusu iken kişi hukuk biliminin konusudur ve bu ikisi hem kavram olarak birbirinden farklıdır hem de farklı düşüncelerin sonucunu oluşturmaktadırlar¹⁴⁵⁶. Kişi ile

¹⁴⁵³ Portmann, op. cit., s. 174.

¹⁴⁵⁴ Richard Tur, "The 'Person' in Law", *Persons and Personality: A Contemporary Inquiry*, ed. Arthur Peacocke, Grant Gillett, New York: Blackwell, 1987, 123'ten aktaran Naffine, Cheshire Cats, s. 355.

¹⁴⁵⁵ Ibid, s. 366-367.

¹⁴⁵⁶ Kelsen, General Theory, s. 94.

insan arasında bir bağlantı kurulsa da hukuk düzeninde doğacak sonucu etkileyen insan olma değil, hukuk kişisi değildir. Hukuk sistemi, insanla ya da hukuk kişiliğine esas alınan birimle değil hukuk biliminin konusunu oluşturan hukuk kişisiyle ilgilenecektir.

2. İçeriğe Sahip Olma

Çoğu hukuk alanında hukuk kişiliği bir içeriğe sahip olarak düzenlenir; ancak bu içeriğin belirlenmesi ve uygulanması konusunda bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Hukuk kişiliği ile insan arasındaki bağlantının korunması gerektiğini düşünen kimi yazarlar kişinin “mantık sahibi bir varlık” olması gerekliliğine dayanarak ikinci tür hukuk kişiliği perspektifini (P2), doğumundan beyin ölümünün tamamen gerçekleştiği ana kadar insanın hukuk kişisi olduğunu benimserler¹⁴⁵⁷. İnsan hakları andlaşmalarında, andlaşma maddelerinde ya da giriş kısımlarında, insan onuruna ya da insan olmanın gereklerine atıf yapan kısımların varlığı ilgili hukuk alanında ikinci tür kişilik anlayışının tercih edildiğinin kanıtı olarak gösterilmektedir¹⁴⁵⁸. İnsan yaradılışından kaynaklanan insan onurunun sonuçları olan mantıklı düşünebilme ve karar alabilme bireyin hukukî ilgilere sahip olabilmesini ve hukukî korumadan faydalanabilmesini sağlamaktadır¹⁴⁵⁹. İnsan onuru anlayışı bireylere ve diğer (tüzel) kişilere hukuk kişiliği tanınması bakımından oldukça temel bir farklılık ortaya koymakta, bireyler dışındaki birimlerin hukuk kişiliğini türeme nitelikte ve pragmatik temellere dayandırmaktadır; yani nihaî olarak insanlar dışındaki hukuk kişilerine bazı insan ihtiyaç ve ilgilerine yönelik bir araç olarak kişilik tanınır¹⁴⁶⁰. Bu nedenle P2'yi P1'den ayıran şey P1'de hukuk kişiliğinin herhangi bir hukuk dışı içeriği bulunmamaktayken P2'de aklın (*reason*) kişilik alanına dahil edilmesidir ve birey dışındaki hukuk kişileri bakımından bireye atfedilen akıl, bu yaklaşımda diğer hukuk kişileri için de kurgusal olarak varsayılır. İnsan onurunun korunmasına yönelik düzenlemeler bakımından insanlar dışındaki kolektif birimlere de insanda korunan değer atfedilir. P2 yaklaşımında akıldan kasıt, hukuk kişiliğine atfedilen insanî yanın göstergesi olarak akıldır; zira burada yaşayan herhangi bir canlı üzerinden değil, doğumundan beyin ölümü gerçekleşene kadar insan üzerinden hukuk kişiliğine biyolojik bir içerik katılmıştır. İnsan ve hukuk

¹⁴⁵⁷ Naffine, *Cheshire Cats*, s. 357-358.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, s. 358.

¹⁴⁵⁹ Tomasz Pietrzykowski, “Law, Personhood, and the Discontents of Juridical Humanism”, *New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy*, ed. Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2016, ss. 13-24, s. 14.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

kişisi bu yaklaşımda birbirinin anlamını karşılar bir biçimde kullanılabilir; burada hukuk kişisi bilinçli olması şart olmasa da yaşayan bir birimdir¹⁴⁶¹.

Salmond, kişiyi hukukun amaçlarına göre o hukuk düzeninin menfaatler ve dolayısıyla haklar, eylemler ve dolayısıyla görevler izafe ettiği birim, olarak tanımlar¹⁴⁶². Bu ifadesi P1'den farklı bir hukuk kişiliği kabulü olduğunu ortaya koymuyorsa da *Salmond*, kişilerin hukuk kişileri ve doğal kişiler olarak ikiye ayırdıklarını doğal kişilerin hem gerçekte hem de hukukta kişi olduklarını ancak hukuk kişilerinin sadece hukukta kişi olduklarını çünkü bunların kurgusal nitelikte de olabileceğini belirtir¹⁴⁶³. Bu nedenle *Salmond*'un yaklaşımının P2'ye uygun olarak bireyin kişiliğini hem doğal hem de hukukî olarak tanıdığını söyleyebiliriz, zira bireyin hukuk kişiliği onun doğal kişiliğinin bir uzantısı olarak bir öze, hukuk öncesi bir içeriğe, sahiptir.

Savigny hukuk kişiliğini, hukukî gereklerle öyle kabul edilen kişi olarak tanımlar¹⁴⁶⁴; bu cümleden hareket ederek kendisinin de P1'e yaklaştığını söyleyebiliriz. Ancak o da *Salmond* gibi düşüncesini daha da ilerleterek her tekil insanın ve sadece tekil olarak insanın haklara ehil olduğunu ileri sürer ve bunu doğal hukukî kapasite olarak ifade etmek suretiyle¹⁴⁶⁵ P2'ye, buradaki biyolojik olarak insan ile hukuk kişisi arasında kurulan denklige yaklaşır.

P1, P2 ve P3 olarak *Naffine* tarafından formüle edilen kişilik türlerinin sonuncusu 'tam hukuk kişisi'dir(P3). Bunların ilkinde bir içerik bulunmazken P2 ve P3'te bulunur. Öncelikle P3'te hukuk kişisi rasyoneldir ve bu nedenle de sorumluluk sahibidir; P1'den farklı olarak iradesini ortaya koyan, haklarını idrak eden ve ileri süren aktif bir özne ve "ahlaksal" birimdir¹⁴⁶⁶. *Naffine*, P2 ve P3'ün birbirinden tamamen ayıramayacağını belirtir ancak P3'te biyolojikten ziyade zihinsel (*mental*) bir birim olarak kişilik söz konusudur; P2'nin kişilik için gerekli gördüğü biyolojik unsur, P3 için de temel bir gerekliliktir fakat yeterli olmamaktadır¹⁴⁶⁷. P3'ün *Kant*'ın hukuk kişiliği

¹⁴⁶¹ Naffine, *Cheshire Cats*, s. 358,361.

¹⁴⁶² John Salmond, *Jurisprudence*, 7. b, Londra: Sweet & Maxwell Limited, 1924, s. 330.

¹⁴⁶³ Ibid.

¹⁴⁶⁴ Alexander Nekam, *The Personality Conception of the Legal Entity*, Harvard Studies in the Conflict of Laws, C.3, Massachusetts: Harvard University Press, 1938, s. 64.

¹⁴⁶⁵ Ibid, s. 65.

¹⁴⁶⁶ Naffine, *Cheshire Cats*, s. 362.

¹⁴⁶⁷ Ibid, s. 364.

anlayışı ile örtüştüğü ifade edilmiştir, çünkü ona göre hukuk kişisi olmanın can alıcı noktasını akılcı irade oluşturur¹⁴⁶⁸. P2'den P3'e geçerken hukuk kişisi cismanî bir oluştan zihinsel ve ahlâkî bir oluşa geçiş yapmaktadır¹⁴⁶⁹. Hukuk kişisi P3'te, P2'de olduğu gibi sadece yaşamakla, biyolojik varlığını sürdürmekle kalmamakta, bilinçli olarak zihinsel ve ahlâkî sorumluluklara sahip olmaktadır.

Doktrinde büyük bir çoğunluk hukuk kişisi olmayı haklara ve yükümlülüklerle sahip olmayla açıklamakta; bu doğrultuda haklar bahşetme ve görevler yükleme hukuk kişiliği verme ile eşdeğer olmaktadır¹⁴⁷⁰; bazı yazarlara göre ise hukuk kişiliği, hukukî ilişkiler kurma kapasitesinden kaynaklanır¹⁴⁷¹. Bu iki tanım birbirine yakın görünse de bir hukuk kişisi her zaman taraf olduğu hukukî ilişkiden doğan haklara ve yükümlülüklerle sahip olamayabilir. Vasiler yahut veliler gibi hukukî temsilcilerin durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak hukuk kişiliği hukukî ilişki kurma kapasitesi olarak tanımlansa dahi hukuk kişilerinin çeşitlenmesini ve düzenlediği hukukî ilişki çeşitlerinden doğan farklı hak ve yükümlülük kapsamına sahip olmalarını sağlayacaktır.

Gray'e göre bir hakkı kullanmak için gerekli irade yoksa ne bir hakkın ne de bir hukuk kişisinin varlığından söz edilebilir¹⁴⁷². Bu durumda hukuk düzeni, bir birimi kişi olarak işaret etse ya da ona hukuk düzeninde ileri sürülebilecek haklar tanısa bile bu birim, irade gücüne sahip değilse, hukuk kişisi olmayacaktır. İrade teorisi hukuk kişiliğine içerik olarak iradeyi dahil etmektedir. İlgili hukuk düzeninin bir hukuk kişisine tanımış olduğu hukukî kapasiteyi, ister hak ve yükümlülüklerle sahip olma ister hukukî ilişki kurma kapasitesi olsun, o hukuk kişisinin iradesine bağlamaktadır.

İrade teorisi hakkında *Nekam*, insanın kendi doğasının bir gereği olarak hakların öznesi olduğunu ve hakkın da insan iradesinin korunması olduğunu belirterek bu ikisinin aslında aynı özelliğin sonuçları olduğundan söz eder; yani irade teorisinin insanın doğal hakların öznesi olmasından ayrı düşünülmemeyeceği gibi insanın hukuk kişiliğinin doğal karakteri de irade teorisi olmaksızın çok anlamlı olmayacaktır¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁸ Michael Neumann, "Did Kant Respect Persons?", *Res Publica*, C. 6, 2000, ss. 285-299, s. 288.

¹⁴⁶⁹ Naffine, *Cheshire Cats*, s. 366.

¹⁴⁷⁰ Lilienthal, Ahmad, op. cit., s. 482.

¹⁴⁷¹ Ibid.

¹⁴⁷² John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2. b, New York: The Macmillan Company, 1921, s. 27.

¹⁴⁷³ *Nekam*, op. cit., s. 32.

Çünkü yazara göre her hakkın bir uygulayıcısı (yönetici/*administrator*) vardır ve bu da ancak irade sahibi bir insan olabilir. İrade sahibi olan insanın mutlaka bir hakkın öznesi olmak suretiyle hukukun kişisi olması gerekmez, hukuken korunan menfaatin faydalanıcısı olarak hatta toplumun sosyal olarak önem atfettiği bir birimin hukukî korumaya ihtiyaç duyan ya da bunu hak eden önemli menfaatleri doğrultusunda da hukukun kişisi olabilecektir¹⁴⁷⁴. Bu birim bir insan olabileceği gibi deneyimsel olarak da var olabilecek yahut da buna inananların tasavvurunda var olabilecektir¹⁴⁷⁵. Böylelikle *Nekam*, irade teorisi kapsamında hukuk kişiliğinin mutlaka gerçek kişileri kapsamının gerekmediğini belirtir. Ona göre ulusal alanda tüzel kişi olarak adlandırdığımız birimler de -bunlara varsayımsal, kurgusal bir kişilik atfeder- hukukun kişisi olabilirler. İrade teorisi bakımından hukuk kişiliğini P2 ve P3 arasında bir konumda düşünmek kanaatimizce doğru olacaktır, zira bu teoride sadece irade etmeden söz edilmemekte kişi aynı zamanda hakkın uygulayıcısı konumunda kabul edildiği için kanaatimizce bu iradeye bilinç de eklenmektedir. Ancak P3'e atfedilen ahlakî içerik konusunda irade teorisinin yerini kestirmek güçtür, zira iradenin mutlaka ahlakî bir kapsamının bulunması gerekmez. Bu nedenle irade teorisi hukuk kişiliği yaklaşımlarından P2 ya da P3 ile tamamen örtüşmese de bunlara benzer bir içeriğe sahiptir. Bu yaklaşımda insana ait bir özellik olan irade hukuk kişiliğinin kaynağını oluşturur ve diğer hukuk kişilerinde de insana atfen var kabul edilir.

Hukuk düzenine sahip herhangi bir toplumda hukuk kişisi olmak haklara ve yükümlülöklere sahip olmak olarak ifade edilir; bu doğrultuda hukuk kişisi olmanın şartları da kendini hukuken temsil edebilmek için haklarını bilmek ve uygulayabilmek ile genelde insanlara uygulanan hukukî yaptırımlara özne olmaktır¹⁴⁷⁶. Hukuk kişiliğinin zorunlu olarak metafizik yahut da ahlakî bir içeriğe sahip olması şart olmasa da¹⁴⁷⁷; hukuk düzeni hukuk kişiliğinin nasıl bir içeriği olması gerektiğini belirlemelidir. Bazı yazarlarca hukuk düzeni hukuk kişiliğinin içeriğini belirleyerek buna ahlakî ve metaforik nitelikler eklese dahi hukuk kişiliği kurgusal bir statü olmaya devam eder¹⁴⁷⁸. Bunun nedeni haklarını bilmek ve uygulamak, yaptırım uygulanabilir olmak gibi belirli işlemleri yerine getirebilecek olmasıdır. Hukuk sistemleri cansız birimlere hukuk

¹⁴⁷⁴ Ibid, s. 33,56.

¹⁴⁷⁵ Ibid, s. 33.

¹⁴⁷⁶ Bryson, Diamantis, Grant, op. cit., s. 274.

¹⁴⁷⁷ Ibid, s. 277.

¹⁴⁷⁸ Ibid.

kişiliği tanımaya çok taraftar olmasalar da bir birimin hukuk kişiliği konusunda onun doğasında bulunan/yapısal/fitrî özellikleri değil¹⁴⁷⁹ kurgusal niteliği dolayısıyla ilgili hukuk sisteminin tercihleri belirleyici olmaktadır.

Hukuk kişiliğine içerik atfedilmiş bir hukuk alanında ne tür bir yaklaşımın kabul edildiğinin tespiti oldukça önemlidir. Zira yargıçların genelde önlerine hukuk kişiliğinin yorumlanmasına ilişkin karara bağlamaları gereken bir uyuşmazlık geldiğinde görevlerini bir hakka sahip olma ya da bir veya daha fazla hukukî ilişki kurabilme eşiğinin tespitinden daha farklı bir biçimde görme eğiliminde oldukları; parlamentonun kişiliğe ilişkin vardığı konsensusun ötesinde yarı hukuk dışı, metafizik özellikte bir soruyla karşı karşıya olunduğu varsayımına kapıldıkları belirtilir¹⁴⁸⁰. Bu, kanaatimizce, haksız bir varsayım değildir. Zira ilgili hukuk alanı bakımından hukuk kişiliği konusunda kesin kurallar bulunmayıp belli ölçüde takdir imkanı varsa hukuk kişiliği konusunda yapılacak değerlendirme yargıcın, uygulayıcının veya teorisyenin hukuk anlayışı doğrultusunda olabilecek ve uyuşmazlığın esasına ilişkin savını kuvvetlendirme aracı olarak kullanılabilir. Öte yandan yargıçlar hukuk kişiliğine ilişkin karar verirken bunun için yeterli felsefi dayanaktan yararlanmadıkları hatta bu tartışmalı konuya açık bir soru olarak değil hukukî bir sonuca varılmış gibi yaklaştıkları için de eleştirilirler¹⁴⁸¹.

Uluslararası hukuk gibi, kişiliğe ilişkin genel bir düzenlemenin bulunmadığı alanlarda uygulayıcı ya da teorisyen konuyu aydınlatmaya ilişkin akıl yürütmesinde, bu başlık altındaki ifadesiyle meta-hukuk, bir araca başvurulabilecektir. Hukuk düzeninin P1, P2 ve P3 arasından yapacağı tercih meta-hukuk bir tercih olarak kabul edilse de hukuk düzeninin açıkça bu tercihini ortaya koymadığı durumlarda bunlardan birinin, ya da benzerinin, takdiren uygulanması da kanaatimizce meta-hukuk bir tercih olacaktır. Bu durumda tercih, meta-hukukî kavramı ortaya koyanın bir yargı mercii değil hukuk dışı bir organ olmasına ilişkindir¹⁴⁸².

Hukuk tarihinin büyük bir kısmında, köleler, kadınlar, çocuklar gibi sayısız birçok insan grubu, bağımsız hak sahipleri olarak tanınmamıştır; bu da hukuk kişiliğinin

¹⁴⁷⁹ Ibid, s. 277-278.

¹⁴⁸⁰ Naffine, *Cheshire Cats*, s. 361.

¹⁴⁸¹ “What We Talk about When We Talk about Legal Persons: The Language of a Legal Fiction”, Notes, *Harvard Law Review*, C. 114, S. 6, 2001, ss. 1745-1768, s. 1750.

¹⁴⁸² Örneğin mahkeme değil parlamento.

her zaman rasyonellik yahut bilinç esas alınarak belirlenmediğini gösterir¹⁴⁸³. Köleliğin yasal olduğu dönemin Amerikan Hukuk sisteminde zaman içerisinde kölelerin hukuk kişiliği bakımından farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bunlar arasında insan olmalarına rağmen hukuk kişisi olmayanlar olarak köleler ve insan olmamalarına rağmen hukuk kişisi olan ortaklıklar (özel hukuk tüzel kişileri) bilhassa önemlidir¹⁴⁸⁴. Kölelerin hukuk kişilikleri konusunda dönemin Amerikan yargı sisteminde farklı yargı kararları verilmek suretiyle insan ile hukuk kişisi arasında kesin bir bağlantı kurulmadığını söyleyebiliriz. Kölelerini darp eden sahiplerin yargılanamayacağı ve mahkemelerin sahiplerin cezalandırma hakkını sınırlandırılmayacağı kararlarının yanı sıra¹⁴⁸⁵, bir hırsızlık davasında sanık olamayacağını zira bir hukuk kişisi olmadığını ileri süren bir kölenin, insan olmasına dayanılarak hırsızlıktan sorumlu tutulduğu bir karara da rastlanmaktadır¹⁴⁸⁶. İnsanların hukuk kişisi olmamalarının nedeni olarak hukuk kişiliğinin insan olmak ile bağlantılı olmayan bir metafor olduğunu ileri süren teorisyenler, özel hukuk tüzel kişilerinin hukukîliğini hukuk kişiliğinin bir fiksiyon olması nedeniyle kabul ederler¹⁴⁸⁷. Metafor ve fiksiyon kavramları birbirinin zıddı olmasa da metafor kavramıyla soyutlama, fiksiyon kavramıyla ise kurgulama vurgulanmaktadır. Bu durumda dönemin Amerikan yargı mercilerinin bazı haller bakımından hukuk kişiliğini bireyden soyutlanmış bir biçimde bazı hallerde de bireyden türeme, bireyin niteliklerinin bir başka birime atfedilmesi biçiminde ele aldığı söylenebilecektir.

Çalışmamızın önceki kısımlarında da hukuk kişiliğinin veya özneliğin politik tercihlerle belirlenebileceğine dair akademik çalışmalara atıfta bulunmuştuk. Hukuk kişiliğinin içerikten yoksun olması yahut da bir içeriğinin bulunması bunu otomatik olarak hukukî yahut da hukuk dışı yapmamaktadır. Bizim açımızdan önemli olan hukuk kişiliğinin içeriğinde bulunandır. Hukuk kişiliğinin herhangi bir içeriğe sahip olmaması durumunda hukuk kişisi kabul edilmeyen bireylerin ya da bazı birey gruplarının

¹⁴⁸³ Pietrzykowski, *Juridical Humanism*, s. 13.

¹⁴⁸⁴ *The Language of a Legal Fiction*, s. 1747-1754.

¹⁴⁸⁵ *State v Mann*, Kuzey Carolina, 1829, 13.04.2019. <http://www.statelegalhistory.com/home/3-the-coastal-upper-south/3-2-coastal-upper-south-the-early-republican-era-1787-1831/3-2-1-coastal-upper-south-1787-1831-revolutionary-backwash/3-2-2-coastal-upper-south-1787-1831-beginnings-of-the-revolt-against-federal-power/3-2-3-coastal-upper-south-1787-1831-slavery-in-the-coastal-upper-south>

¹⁴⁸⁶ *United States v Amy*, Circuit Court D. Virginia, S. 14445, 1859, 13.04.2019

<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0024.f.cas/0024.f.cas.0792.2.pdf>; *The Language of a Legal Fiction*, op. cit., s. 1748-1750.

¹⁴⁸⁷ *The Language of a Legal Fiction*, op. cit., s. 1750.

haklarını korumaları mümkün olmayabileceği gibi, hukuk kişiliğine kölelerin hukuk kişisi sayılmadığı dönemlerdeki gibi bir içerik atfedilmiş de olabilecektir. Hukuk kişiliği, asgari anlamıyla şekli bir araçtır, ancak buna bir içeriğin atfedilmesiyle açık düzenlemenin bulunmadığı durumlarda farklı birimlerin hukuk kişiliğine ilişkin çıkarımın yapılması sağlanır.

3. Uluslararası Hukukun Kişilik Konusundaki Tercih

Uluslararası hukukta kişilik genel ve soyut bir normla düzenlenmemiş olsa da, kişiliğe ilişkin özel nitelikli kurallar, yargı kararları ve teorik çalışmalar bulunmaktadır. Uluslararası hukukta kişiliğin bir içeriğinin bulunup bulunmadığı hususunu tespit edebilmek için elimizdeki araç bu kaynakların değerlendirilmesi olabilir.

Uluslararası alanda hukuk kişiliği içeriksiz, P1 kişiliği olarak kabul edilmiş ise devletlerin uluslararası hukukun aslı, orijinal kişisi olduğu savının pek bir anlamı olmayacağına değinmiştik. Devlet dışındaki hukuk kişilerinin türemiş yahut kurgusal olmaları mümkün değildir zira P1de hukuk kişiliği bakımından herhangi bir ölçütün varlığı değil, hukukun ilgili birimi hukukun kişisi olarak kabul etmesi aranmaktaydı. P1 modeline göre kişilik hukukî bir formu ifade etmektedir. Bu nedenle de devletin bir niteliğinin başka bir birime atfedilmesi suretiyle değil bir uluslararası hukuk normu tarafından kişiliğin düzenlenmesiyle uluslararası hukukun kişisi olduğundan devlet dışındaki birimler uluslararası hukukun ikincil nitelikte kişisi olmayacaklardır.

Hukuk kişiliğini açıklayan teorilerden Fiksiyon Teorisi'ne göre sadece insanlar doğaları gereği hukuk kişisi olabileceklerdir; onların vücuda getirdiği şirketler, devletler ya da çeşitli kuruluşlar ise aslında kişi olmamalarına rağmen öyle oldukları kabul edilir¹⁴⁸⁸. İnsanlar hak ve yükümlülükler doğa olarak sahipken kurgusal kişiler bunlara hukuk yoluyla sahip olurlar¹⁴⁸⁹; bu nedenle bir hukuk düzeni eğer fiksiyon teorisini kabul ediyor ise bu hukuk düzeninde hukuk kişiliğine bir içerik atfedilmektedir. Dolayısıyla da varsayımsal olarak, kurgusal olarak hukuk kişisi kabul edilen birimlerin bu içeriğe sahip olma doğrultusunda belirlenmesi gerekir.

¹⁴⁸⁸ Martin Wolff, "On the Nature of Legal Persons", *Law Quarterly Review*, C. 54, S. 4, 1938, ss. 494-521, s. 496.

¹⁴⁸⁹ Ibid.

Gierke'ye göre hukukta kişiliğin doğuşu konusunda iki zıt görüş söz konusudur¹⁴⁹⁰: bunların ilkinde göre ilgili birimin karakteristiği ve olgusal şartlar hukuk kişiliğini belirlemektedir, ki buna organ teorisi ya da katıksız gerçeklik teorisi denmektedir. Diğeri ise hukuk düzeni tarafından az ya da çok şekli/formalist olarak bir birime kişilik atfedilmesine dayanır¹⁴⁹¹. *Gierke*'nin gerçekte Alman Medenî Hukuku için önermiş olduğu bu kişilik ortaya koyma biçimlerinin uluslararası hukuka da uygulanabileceği belirtilir¹⁴⁹². Zira hukuk kişiliği hem ulusal hukukların hem de uluslararası hukukun bir kavramıdır. Hukuk düzeni tarafından kişiliğin atfedilmesi durumunda birimin uluslararası hukuk kişiliği bir uluslararası metinde düzenlenebilir ki bu durum şekli açıklamaya karşılık gelmektedir¹⁴⁹³; ilgili birimin üstü örtülü bir biçimde hukuk kişiliğini gerektiren fonksiyonları yerine getirmesi düzenleniyor ise bu durumda da uluslararası hukuk kişiliğinin varsayılması gerekecektir¹⁴⁹⁴. Uluslararası hukuk kişiliği açıkça düzenleniyor ise bu biçimsel bir kişilik atfıyla, belirli fonksiyonların yerine getirilmesine bağlanıyor ise kurgusal olarak belirlenmiş olacaktır. Bu durumda Giderim Kararı'nda BM'nin hukuk kişiliğinin ifa edilen fonksiyonlar üzerinden belirlenmesi hukuk kişiliğinin varsayılmasına tekabül etmektedir.

Özne ve konu arasındaki farklılığın hukuk kişiliği konusunda oldukça derin ve genel bir dikotomi oluşturduğu ve bunun sadece felsefeye dair sonuçları bulunmadığı savunulur¹⁴⁹⁵. Öte yandan özne ve konu arasında yapılan ayırım mevcut ve müstakbel etik gelişmelere yeterli cevabı vermekten de uzak bulunur¹⁴⁹⁶. Zira yaşanan gelişmeler ulusal yahut uluslararası alanda kabul edilmiş konu ve özne kategorilerinin geçerliliğini

¹⁴⁹⁰ Meijknecht, op. cit., s. 29.

¹⁴⁹¹ Ibid.

¹⁴⁹² Ibid.

¹⁴⁹³ Dünya Ticaret Örgütü Andlaşması 8. maddesinde örgütün uluslararası hukuk kişiliğini açıkça düzenlemektedir: "The WTO shall have legal personality, and shall be accorded by each of its Members such legal capacity as may be necessary for the exercise of its functions."

¹⁴⁹⁴ UAD'nin 1949 tarihli Giderim Kararında, BM'nin açıkça söz edilmese de uluslararası hukukun kişisi olduğunu işlevleri aracılığıyla tespit etmesi buna örnek olarak verilmektedir. "To answer this question, which is not settled by the actual terms of the Charter, we must consider what characteristics it was intended there to give to the Organization. (...) In the opinion of the Court, the Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, -functions and rights which can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane."

¹⁴⁹⁵ Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, "Introduction: Modern Challenges to the Concept of a Person in Law", *New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy*, ed. Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2016, ss. 7-12, s. 7.

¹⁴⁹⁶ Tomasz Pietrzykowski, "The Idea of Non-personal Subjects of Law", *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, ed. Visa A. J. Kurki, Tomasz Pietrzykowski, Cham: Springer International, 2017, ss. 49-68, s. 65.

sınamaktadır. Bu nedenle 20. yüzyılda hukuk kişiliği genel olarak, deneysel, tanıma dayalı olma ve belirli değerlerin taşıyıcısı olma üzerinden kişiliği belirleyen, iki anlayış üzerinden tartışılmıştır¹⁴⁹⁷. Bunların ilkinde hukuk kişiliği hukuk düzeninin yapmış olduğu tanım ile belirlenir, bu tanımı karşılayan birimler o hukuk düzeninin kişisi olabileceklerdir. Ancak ikincisinde hukuk kişinin belirli niteliklerin sahibi olması aranarak belirlenen husus içerik olmaktadır. Bu durumda da ilgili hukuk düzeninin belirlediği niteliğin ya da değer taşıyıcısı olan birimler hukuk kişisi olabileceklerdir.

Güncel hukuk anlayışında hukuk kişisi ile anladığımız hem bireyler hem de hukukun tasarladığı ve müstakil olarak haklara sahip olabileceklerini belirlediği tüzel (*organizational*) birimler, şirketler, devletler, belediyeler, kiliseler ve benzerleri, olabilmektedir¹⁴⁹⁸. Bu durumda hukukun hangi birime müstakil olarak haklara sahip olabilme yetkisi verdiğine bakmak gerekmektedir, hukukun haklara ve borçlara sahip olabileceğini belirlediği birimler hukukun kişisi¹⁴⁹⁹ olmaktadır. *Pietrzykowski* ve *Stancioli* hukuk kişiliği ile haklara sahip olabilme arasında bir bağlantı kurmakla birlikte eserleri özel olarak uluslararası hukuka hasredilmiş değil hukukun geneline ilişkindir, çalışmada bireyin hukuk düzeni içerisinde haklara sahip olduğunun baştan kabul edildiğini söylemek mümkündür. Bilimsel ve teknolojik gelişmelerin mevcut hukuk kişiliği anlayışını etkilediğini ve artık özne-konu ayrımının mevcut olan ve gelecekte karşılaşılabilecek etik zorlukların üstesinden gelemeyeceğini belirten yazarlar, insan olmayan birimlerin hukukun öznesi kılınmasıyla hukuk kişiliğinin karşı karşıya kaldığı etik zorlukların aşılabileceğini savunmaktadırlar¹⁵⁰⁰. Bunlara göre bir hukuk sisteminde haklara ve yükümlülüklerle sahip olmasında, hukuk kişisi olmasında, etik gereklilik bulunan birimler bulunabilecektir. Hukukun klasik özne-konu ayrımı, bilimsel ve teknolojik gelişmelerden kaynaklanan bu gereklilikler dolayısıyla işlememekte, özne kategorisinin genişletilmesi yahut alt kategorilerin oluşturulması-artırılması gerekmektedir.

Ulusal hukuklarda hukuk kişiliği belirlenirken hukuk sisteminin P1i kabul etmemiş olduğu durumlarda genelde, bireyler dışındaki hukuk kişilerine bireyi o

¹⁴⁹⁷ Bartosz Brożek, “The Troublesome ‘Person’”, *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, ed. Visa A. J. Kurki, Tomasz Pietrzykowski, Cham: Springer International, 2017, ss.3-14, s. 7.

¹⁴⁹⁸ Pietrzykowski, Stancioli, op. cit., s. 7.

¹⁴⁹⁹ Pietrzykowski, *Juridical Humanism*, s. 13.

¹⁵⁰⁰ Pietrzykowski, *Non-personal Subjects*, s. 65.

hukukun kişisi yapan nitelik her ne ise o atfedilir. Yani, bireyi hukuk kişisi yapan şey onun iradesi olarak kabul ediliyor ise şirketin yahut da devletin sahip olduğu kolektif irade de onları hukuk kişisi yapan şey olarak kabul edilir. Burada kurgusal olan, bireydeki gibi bir iradenin devlet yahut da şirket gibi kolektif yapılarda da olmasıdır. Ancak uluslararası hukuka geldiğimizde, hukuk kişiliği bakımından bireye değil devlete kıyası, devlette bulunan bir niteliğin diğer birimlerde de aranmasını gerektiren bir anlayış benimsenmelidir. Zira bir birimden yol çıkılarak uluslararası hukuk kişiliği belirlenecek ise, baskın görüşe uygun olarak, devletin uluslararası hukukun aslı ve orijinal öznesi kabul edilmesi nedeniyle devlete kıyaslanma gerekecektir. Bireylerin hukukun nihaî kişisi olduğu belirtilse de bunun teknik anlamda hukuk kişiliğinden çok uluslararası hukukun, hatta tüm hukuk alanlarının, amacına ilişkin bir görüş olduğuna değinilmişti. Uluslararası alanda bireyler aslı hukuk kişisi kabul edilmeyecek ise bireylerin iç hukuklardaki konumuna benzer bir konuma bir birimin konması gerekir. Uluslararası hukuk bakımından böyle bir konumlandırma için devletler uygundur. Nitekim, Giderim Kararı'nda UAD'nin BM'yi devlet ile kıyaslayan yaklaşımı, bireyin uluslararası hukuk kişisi olmadığına yönelik savlarda bireylerin uluslararası alandaki yetkilerine örneğin andlaşmalara taraf olamamasına dayanılması bunun göstergeleri arasındadır. Bu nedenle ulusal hukuklardaki gibi bireylerin gerçek kişi, onların bir özelliğinin diğer birimlere atfedilmesi sonucunda diğer birimlerin türeme kişi olmalarına benzer bir sistemin uluslararası hukukta devletin bir niteliğinin atfedilmesiyle yapılması gerekmektedir. Ancak kıyaslanacak birimlerden biri birey olduğu müddetçe, hem bireyin devlete önceliğinin bir sonucu olarak, hem de devlete ait hangi özelliğin diğer birimlere atfedileceği konusunda bir uzlaşma sağlanamayacağı kanaati dolayısıyla bunun işletilebilmesi mümkün görünmemektedir. Devletlerin buna uygun olduklarını belirtmemiz hem devletin uluslararası hukuk kişiliğinin tartışılmamasına hem de halihazırda diğer birimlerin uluslararası hukuk kişiliği söz konusu olunca devlet ile kıyaslanmalarına dayanmaktadır. Ancak devletlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin egemenin, iktidardaki kişinin hukuk kişiliğinden ayrılmasının, uluslararası hukukta devletin yöneticisinden ayrı soyut kişiliğin ortaya çıkmasının da bir gelişim sonucu olduğunu düşünürsek bu konumlandırmanın ne kadar doğru olacağı tartışmalıdır. Devletlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin bu alanda sahip oldukları yetkilerden ve egemenliklerinden bağımsız bir biçimde ele alınabilir olması

gerekir¹⁵⁰¹. Zira, bir hukuk düzeni çeşitli birimler için ve farklı düzeylerde koruma sağlayan haklar içerebileceği için hukuk kişileri, hukukun ihtiyarî yaratıları olarak birçok türde olabilirler¹⁵⁰². Yani Divan'ın belirttiği gibi hukukun her kişisi aynı haklara ve yükümlülüklerle sahip olmak zorunda değildir ve doğaları bakımından farklı olabileceklerdir. Bu durumda hem hukuk kişilerini oluşturan kategoriler arasında hem de bu kategorilerdeki birimler arasında doğaları, hakları ve yükümlülükleri bakımından farklılıkların bulunması olağandır. Devlet ile diğer birimler arasında bir kıyaslanma yapılacak ise de bunun devletin egemenliğinden ve yetkilerinden farklı bir nitelik üzerinden yapılması gerekmektedir.

Ulusal hukuklarda özneliği konusunda tartışma olmayan hatta hukuk kişiliğinin kendisine ait nitelikler üzerinden diğer birey-dışı birimlere atfedildiği bireyin uluslararası hukuktaki konumu bakımından mevcut tartışmalar bize şunu göstermektedir ki hukuk kişiliği yaklaşımı bakımından uluslararası hukuk, iç hukuklara kıyasla tamamen farklı bir yaklaşıma sahiptir. Ancak bir hukuk sistemi olması nedeniyle bazı birimlere hukuk kişiliği atfetmektedir. Bu belirleme genel ve soyut olarak değil, spesifik biçimlerde yapıldığından, uluslararası hukukta hukuk kişiliğinin önceden belirlenmiş bir içeriği bulunmamaktadır¹⁵⁰³.

Çoğu yazar uluslararası hukukun genel ve orijinal öznesi olarak devlet ile devletler tarafından kendilerine sınırlı bir biçimde öznellik ve belirli yetkiler tanınan özneler arasında ayırım yapar ve yazarlarca uluslararası örgütler ikinci gruba dahil edilmektedir¹⁵⁰⁴. Ancak *Seyersted*'e göre devletler ve uluslararası örgütler arasında bu tür bir ayırım yapılsa da onlar arasındaki farklılık egemenliklerinin derecesine bağlı ortaya çıkan hukukî olmaktan ziyade olgusal bir farklılıktır¹⁵⁰⁵. Burada egemenlik, aslında uluslararası örgütlerin uluslararası fiillerde bulunmalarına, uluslararası hak ve yükümlülüklerden faydalanmalarına ilişkin fiilî durum olmaktadır¹⁵⁰⁶. Yazarın açıkladığı bu durumu uluslararası yetki, güç olarak anlamak mümkündür. Uluslararası hukuk kişiliği ile egemenlik arasında bir bağlantı kurulmaksızın aktör yaklaşımında da

¹⁵⁰¹ Sands, Klein, op. cit., s. 473.: Uluslararası hukuk kişiliği ile egemenlik arasında gerekli bir bağlantı bulunmaz.

¹⁵⁰² Salmond, op. cit., s. 337.

¹⁵⁰³ Sands, Klein, op. cit., s. 476.

¹⁵⁰⁴ Seyersted, *Objective International Personality*, s. 90.

¹⁵⁰⁵ *Ibid*, s. 91.

¹⁵⁰⁶ *Ibid*, s. 90.

uluslararası karar alma sürecinde etkin güç olarak yer alma, uluslararası hukukta aktör/katılımcı (hukuk kişisi) olma olarak tarif edilmiştir¹⁵⁰⁷. Aktör yaklaşımı bağlamında *Seyersted* uluslararası karar alma süreçlerinde fiilen ve etkin olarak yer alan birimlerin hukuk kişiliklerinin bulunacağını¹⁵⁰⁸, egemenlik dereceleri arasındaki farkın hukukî bir farklılık olmaması nedeniyle onların hukuk kişiliklerine etki etmeyeceğini ileri sürmektedir. Burada aslına egemenlik denip denmemesinden bağımsız olarak -ki kanaatimizce egemenlik dense dahi bu devlet egemenliği ile kıyaslanamayacak bir türdedir- vurgulanan uluslararası alanda etkinlik sahibi olma, olgusal olarak gücünü ortaya koyabilme olarak ifade edilebilecektir. Burada uluslararası hukuk kişiliğinin olgusal, etkin güce sahip olma olduğu ileri sürülmektedir.

Krivenko uluslararası hukuk literatüründe bireyin uluslararası hukuktaki konumunun merkezî addedilmesi suretiyle uluslararası hukuk özneliğinin kabul edilmesine dayanan geleneği eleştirir¹⁵⁰⁹. Yazara göre subjektif haklar üzerinden hukuk kişiliğini anlamak, uluslararası hukuka özel hukuk benzetmesi yapılmasını gerektirir ve uygulama tarafından da desteklenmez; ancak devletleri uluslararası hukukun özgün öznesi, onun dışındaki birimleri türeme, kısmî kişi olarak kabul etmek kamu hukukuna daha uygun bir yaklaşım olacaktır¹⁵¹⁰. Çünkü yazara göre ancak vatandaşlık yoluyla bireylerin ulusal alanlarda belirli bir topluluğun üyesi olması ve hukuku şekillendirmesi mümkündür, uluslararası alanda da hukuku şekillendiren ve icra eden ancak devletlerdir¹⁵¹¹. Bireyler her iki hukuk alanında da kendi devletlerinin vatandaşı olmaları dolayısıyla hukuk kişiliğine sahip olacak ise bu hem ulusal hem de uluslararası hukuk kişiliklerinin bağlı bulunulan devlet, vatandaşlık üzerinden tanımlanmasını gerektirebilecek, geniş sonuçları olan bir sonucu ortaya çıkarabilecektir.

Uluslararası hukuk kişiliğinin içeriğinde bulunabilecek bir diğer unsur hukuk yapımına katılmadır. *Trindade*'ye göre, uluslararası hukukta bireylerin uluslararası hukuk yapımına katılmamaları nedeniyle hukuk kişisi olamayacakları ileri sürülürken ulusal alanda dahi tüm bireylerin hukuk yapımına doğrudan ya da dolaylı olarak katılmadıklarının ve bu durumun onların hukuk kişiliğine etki etmediğinin akılda

¹⁵⁰⁷ Portmann, op. cit., s. 208.

¹⁵⁰⁸ Ibid, s. 102.

¹⁵⁰⁹ Krivenko, op. cit., s. 142.

¹⁵¹⁰ Ibid, 143-144.

¹⁵¹¹ Ibid.

tutulması gereklidir¹⁵¹². Kimilerince hukuk yapımına katılma hukuk kişiliğine sahip olmanın bir göstergesi olarak ele alınabilse de ulusal hukuklarla bir karşılaştırma yapılmış ve tüm bireylerin katılmayabileceği ve katılmasa dahi bunun hukuk kişiliğini etkileyen veya ortadan kaldıran bir unsur olmadığı belirtilmiştir. Uluslararası hukuk kişiliğine vatandaşlık ve hukuk yapma üzerinden yaklaşmadaki temel sakınca kanaatimizce de ulusal alandaki hukuk yapma ile uluslararası alandaki hukuk yapma sürecinin birbiri ile denk tutulmasıdır. Bu iki alanın hukuk yapımındaki süreçler kanaatimizce farklıdır. Ancak yine de *Krivenko*'ya göre devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukukun yapımına katılmaları dolaylı ve devletlerin onayına tâbi olduğundan hukuk kişiliği için yeterli değildir¹⁵¹³. Kanaatimize göre sorun, hukuk kişiliğinin kamu hukuku bakımından değerlendirilmesinin mutlaka hukuk yapımına katılma olarak anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Uluslararası hukuk kişiliğinin hukuk yapma süreçlerine katılmadan bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu çerçevede bireyler dışındaki birimlerin uluslararası alandaki hukuk yapma süreçlerine katılımları ve uluslararası alanda hukuk yapımındaki yeni eğilimler göz önünde bulundurulduğunda uluslararası hukukun ulusal hukuklardan hukuk yapımı bakımından sahip olduğu farklılıkları anlayabilmek mümkündür. Öte yandan bir ulusal hukuk alanında tüzel kişi olmayan birey gruplarının hak ve yükümlülüklerinin uluslararası hukukta düzenlenmesi mümkün olduğundan kanaatimizce uluslararası hukuk kişiliğinin 'vatandaş' olmaya dayalı olarak anlaşılması yeterince açıklayıcı ve kapsayıcı değildir. Zira uluslararası hukuk kişiliği bu doğrultuda ele alınacak ise ya bireylerin uluslararası hukuk kişiliğinin reddedilmesi yahut da uluslararası hukuk kişiliği yerine katılımcı/aktör yaklaşımının kabul edilmesi gerekmektedir. Öte yandan hukuk yapım süreçlerinin neler olduğu ve bunların yalnızca pozitif hukuk kurallarından mı oluştuğu gibi başka büyük tartışmaların da bu kapsamda yer alacağı düşünülmektedir.

Devletlerin uluslararası hukuk kişiliği hiçbir zaman uluslararası hukukta bir problem olarak ileri sürülmemiştir¹⁵¹⁴; nitekim uluslararası hukuku ortaya çıkaran şey devletlerin kendi aralarındaki ikili ve çok taraflı ilişkileri olmuştur. Uluslararası hukuk alanını faaliyetleri sonucunda kuran birimin halen uluslararası hukukun geleneksel

¹⁵¹² Trindade, *International Law for Humankind*, s. 221.

¹⁵¹³ Krivenko, *op. cit.*, s. 144.

¹⁵¹⁴ Walter, *Subjects of International Law*, p. 28.

anlamda en yetkili birimi olması kanaatimizce bir sakınca içermemektedir. Devletlerin uluslararası alandaki yetkilerinin genişliği egemenlikten ve uluslararası alanın yapısal kimi özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bizim açımızdan önemli olan ve çalışmamızın konusunu oluşturan husus, uluslararası hukuk kişiliğinin diğer birimlere açık olup olmadığını tespit etmek, devletin uluslararası hukuk kişisi olarak diğer birimlerin hukuk kişiliğini etkileyip etkilemediğini değerlendirmektir.

Devletler uluslararası hukukun orijinal kişisi olarak görülmektedirler; çünkü uluslararası hukukta devlet olma ölçütlerinin sağlanmasının sonuçlarından birisi uluslararası hukukun kişisi olmaktır; ancak uluslararası örgütler için durum böyle değildir; onların hukuk kişiliği kendi iradelerinden değil yaratıcıları olan devletlerin iradesinden doğar¹⁵¹⁵. Uluslararası hukukta kişiliğin devletlerin iradeleriyle atfedildiğini kabul ediyorsak bireylere uluslararası haklar ve yükümlülükler getiren uluslararası andlaşmalar¹⁵¹⁶ da bireylerin uluslararası hukuk kişiliği konusunda devlet iradelerinin göstergesi olabilecektir. Ancak burada bireylerin ve uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğini belirleyen ‘uluslararası hukuk kişisi’ olarak devlet değil, uluslararası hukuk olduğunu kabul etmek gerekir. Devlet hem bir hukuk kişisi hem de bu alanın kurallarının yapılmasındaki en etkili birim olarak çift karaktere sahiptir.

Uluslararası hukuk kişiliğinin ulusal hukuklardan farklı olarak düzenlendiğini belirten *Klabbers* uluslararası hukukta kişiliğin bir varsayım olarak ele alındığını, aksi yönde kanıtlar bulunduğu takdirde çürütülmüş olacağını belirtir¹⁵¹⁷. Buna göre bir birimin uluslararası hukukun kişisi olup olmadığı konusunda sınırlı düzeyde *a priori* belirlemeler değil, onu düzenleyen normların gerçekte vermiş olduğu hukukî kapasite ele alınacaktır. Bu nedenle de uluslararası hukukta kişiliği bir başlangıç noktası olarak almamak, tasvirî (*descriptive*) niteliği dolayısıyla mevcut durumu ortaya koyduğu ancak hiçbir hak ya da yükümlülük kendisinden otomatik biçimde doğmadığı için de normatif olarak boş olduğunu kabul etmek doğru olacaktır¹⁵¹⁸. *Klabbers* bu noktada uluslararası hukuk kişiliğini bir şablon olarak ele almayı reddetmektedir, zira uluslararası hukuk kişiliği *a priori* bir biçimde belirlenmiş olmamakta, varsayımsal bir husus olarak ele

¹⁵¹⁵ Ibid, p. 26.

¹⁵¹⁶ Roma Statüsü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnter Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi birçok örnek verilebilir.

¹⁵¹⁷ *Klabbers*, op. cit., s. 57.

¹⁵¹⁸ Ibid, s. 57-58.

alınmaktadır. Bunun bir sonucu olarak kendisinden hiçbir hak ve yükümlülük doğmayan uluslararası hukuk kişiliğinin *a posterior* bir biçimde ortaya çıktığını kabul etmek daha doğrudur. Hak ve yükümlülüklerin veya hukuk kişiliğini düzenleyen bir normun varlığı yollarıyla uluslararası hukuk kişiliği ortaya konmuş olmaktadır. Kendisine uluslararası alanda hukukî kapasite tanınan birim uluslararası hukukun kişisi olacaktır, uluslararası hukukun kişisi olan birim bu sayede uluslararası hukukî kapasiteye sahip olmayacaktır. Öncelik ve dolayısıyla belirleyicilik, kişiliğin tanınmasında değil hukukî kapasitenin tanınmasındadır. Bu hukukî kapasitenin ise çoğunlukla haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilmek olarak belirlendiği söylenebilecektir. Bir sonraki başlıkta, uluslararası hukukta kişiliğin içeriğine neyin konduğuna ilişkin tanımlara ve haklara ve yükümlülüklerle sahip olmaya alternatif içeriklere değinilecektir.

a. Doktrin tarafından Uluslararası Hukuk Kişiliğinin Tanımlanması ve Yaklaşımlar

Klabbers'in uluslararası hukuk kişiliğinin çıkarımsal, varsayımsal olduğunu tespit etmesinin ardından bunun belirlenmesi için uluslararası hukukta hangi özelliklerin arandığının değerlendirilmesi gerekir. Genellikle uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olma olarak ifade edilen hukukî kapasite aransa da bu başlıkta hem uluslararası hukuk hem de genel olarak hukuk alanında yapılan hukuk kişiliği tanımları üzerinden uluslararası hukuk doktrininin bu konudaki genel eğilimini ortaya koymaya çalışacağız.

Uluslararası hukuk kişiliğini tanımlamanın önemli bir kısmı bunu devletten ayırmak olmuştur. Devletin uluslararası hukuk kişiliği aslî, orijinal kabul edilir, bu nedenle de uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin tanımlarda devletin sahip olduğu özelliklerin kullanıldığını görürüz. Bunda, devletin uluslararası alandaki etkililiğinin de önemli payı bulunmaktadır, çalışmamızın şimdiye kadar olan kısımlarında uluslararası hukuk kişiliğinin değerlendirme konusu yapılan birimlerin devlet ile uluslararası alandaki güç ve etkinliği üzerinden karşılaştırıldığını gördük. Bu durumun yanlışlığının farkında olan yazarlar, uluslararası hukuk kişiliği ve devlet olmanın birbirinden tamamıyla ayrı iki husus olduğunu; ilkinin varlığının ikincisinin dolaylı olarak varlığı

anlamına kesinlikle gelmediğini¹⁵¹⁹ belirtmişlerdir. Bu ifadeye atfen *Rama-Montaldo* devlet ile uluslararası hukuk kişiliği arasında bir ayrım yapar. Uluslararası hukukta kişiliğin göstergesi olan durumlar ile kişiliğin sonuçlarının karıştırıldığını belirterek devlet olmanın hukukî ölçütlerinin, devlet olmanın, uluslararası hukuk kişiliğinin ve devletin kaynağını uluslararası hukuk kişiliğinden yahut da devlet olmaktan alan hak ve yükümlülüklerinin birbirinden ayrılması gerektiği kanaatini ortaya koyar¹⁵²⁰.

İlk husus, devlet olmanın hukuki ölçütleri olarak çalışmamızın önceki kısımlarında da yer alan insan topluluğu, belirlenmiş bir toprak parçası (ülke), hükümet (iç egemenlik) ve bağımsızlıktır(dış egemenlik)¹⁵²¹. Bu ölçütleri sağlayan birim devlet olmaktadır. Ancak devlet olma tanımından bağımsız olarak fiilî bir durumdur ve hukukun öngördüğü ölçütlerin kazanılması suretiyle gerçekleşir¹⁵²². Yazara göre devlet olmaya bazı hukukî sonuçlar bağlanabilirse de özü itibarıyla devlet olma gerekli ölçütlerin kazanılmasına yönelik fiilî bir durumu ifade eder. Kişilik ise devlet olmadan farklı olarak hukukî bir kavramdır, uluslararası hukuk düzeni tarafından hak ve yükümlülüklerle sahip olma kapasitesinin ve ayrı bir birim olarak hukukî ilişkiler kurabilme yeteneğinin tanınması ile uluslararası hukuk kişisi olunabilecektir¹⁵²³. Devlet olma, olgusal ölçütlerin sağlanması ile ortaya çıkarken devlet hukuk kişiliği hukukun tanınması ile ortaya çıkmaktadır.

Mugerwa, özne ile hukuk kişisi arasında ayrım yapmamış ve uluslararası prosedürel kapasiteyi hukuk kişiliği için bir şart olarak ele almıştır: bir hukuk alanının kişisi ya da öznesi olmak için haklara ve yükümlülüklerle ve bunlara ilişkin prosedürel kapasiteye sahip olunması ve ilgili hukuk sistemi içindeki diğer öznelerle hukukî ilişkiler kurulabilmesi gerekir¹⁵²⁴. Tanımda yer alan haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilme ile hukukî ilişkiler kurabilme unsurları uluslararası hukuk kişiliğinin tanımında en çok başvurulan unsurlardır ve bunlara başvurmada tanımı yapan yazarın hukukî

¹⁵¹⁹ Giuseppe Marchegiano, “The Juristic Character of the International Commission of Cape Spartel Lighthouse”, *American Journal of International Law*, C. 25, S. 2, 1931, ss. 339-347, s. 340.

¹⁵²⁰ Rama-Montaldo, op. cit., s. 136.

¹⁵²¹ Ibid.

¹⁵²² Badinter Tahkim Komitesi, Görüş No. 1, 1991, md 1-a.; Montevideo Devletlerin Hak ve Yükümlülükleri Andlaşması, md 3.

¹⁵²³ Rama-Montaldo, op. cit., s. 137.

¹⁵²⁴ Nkambo Mugerwa, “Subjects of International Law”, *Manual of Public International Law*, ed. Max Sørensen, Londra: Palgrave MacMillan, 1968, ss. 247-310, s. 249.

perspektifinin etkisi bulunmamaktadır. Yine prosedürel kapasitenin varlığı da birçok yazar tarafından aranan bir başka ölçütü oluşturur.

Bir hukuk alanının kişisi, *Okeke*'ye göre, o hukuk alanındaki hukuk kurallarının kendisine uygulandığı ve kendi tutumunun ilgili hukuk alanı tarafından haklar veya yükümlülükler verilerek düzenlendiği ya da yetkilendirildiği birimdir¹⁵²⁵. Yazar, hukuk düzeni tarafından haklar ve yükümlülükler verilen birimin uluslararası alanda yetkilendirilmiş olduğunu belirtir ve çalışmasında uluslararası alanın yeni hukuk kişilerini andlaşma yapma kapasiteleri üzerinden saptadığından¹⁵²⁶ uluslararası hukukta kişiliği sadece uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olma olarak anlamamaktadır. Bu durumda uluslararası hukuk çerçevesinde bazı yetkilere sahip olma ve bunları uygulama da hukuk kişiliğinin göstergeleri kabul edilir.

Uluslararası hukuk kişiliği için ulusal hukuklardaki gibi haklara ve yükümlülüklerle sahip olmanın yeterli olmayacağı da bu iki hukuk alanı arasındaki farklar kapsamında savunulmuştur; *Orakhelashvili*'ye göre uluslararası hukukun yapımına katılma ve uluslararası hukuku icra etme (kamu yararının korunması ve gözetilmesi) uluslararası hukuk kişiliğinin özünü oluştururken¹⁵²⁷, *Terzioğlu-Özarlan*'a göre uluslararası alanda hiyerarşik ilişkiye tâbi olmama ve hukuk kurallarının oluşumuna katılma uluslararası hukuk kişisi olmanın unsurlarını oluşturmaktadır¹⁵²⁸. Bu iki uluslararası hukuk kişisi yaklaşımının ortak noktası devletlerin uluslararası alanda sahip olduğuna benzer yetkiler ve etkinliğin devletler dışındaki uluslararası hukuk kişileri bakımından da aranmasıdır.

Ulusal yahut uluslararası alan ayrımı yapılmaksızın hukuk kişiliğinin daha tatmin edici olduğu ileri sürülen bir tanımı -buradan anladığımız haklara ve yükümlülüklerle sahip olunmasına kıyasla daha tatmin edici olduğu- hukukî ilişki kurabilme yeterliliği/kapasitesidir; bir hukuk kişisi hukukun sınırları içerisinde kalarak bir hukukî ilişkiyi kurabilmeli, sürdürürebilmeli ve gerçekleştirebilmelidir¹⁵²⁹. Benzer biçimde uluslararası hukukun özne odaklı yaklaşımının terk edilerek bunun yerine

¹⁵²⁵ Okeke, op. cit., s. 1.

¹⁵²⁶ Ibid, s. 3.

¹⁵²⁷ Orakhelashvili, The Position of Individual, s. 256.

¹⁵²⁸ Terzioğlu, Özarlan, op. cit., s. 56-57.

¹⁵²⁹ S. M. Solaiman, "Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy", *Artificial Intelligence and Law*, C. 25, S. 2, 2017, ss. 155-179, s. 159.

uluslararası hukuk ilişkisi kavramının esas alınması yoluyla uluslararası hukukta artan ilişkiler ağının daha iyi ortaya konabileceği ileri sürülmektedir; önem atfedilmesi gereken kimin eylediği değil eylemin uluslararası hukuk tarafından düzenlenip düzenlenmediği olmalıdır¹⁵³⁰. Zira hukuku, sıklıkla tanımlandığı gibi hukukî kurallar sistemi değil, bir hukukî ilişkiler sistemi¹⁵³¹ olarak kabul eden görüşler de mevcuttur. Bu sistem içerisinde hukukî ilişki, hâlihazırdaki hak, yükümlülük, güç, özgürlük, sorumluluk, bağışıklık, yetersizlik gibi, kişi ve durumlar için potansiyel kalıpları ortaya koyar; kişi ve durumları soyut bir biçimde tanımlayarak kalıpların birden fazla durum ve kişi bakımından geçerliliğini sağlar¹⁵³². Hukuk kişiliğinin soyut bir biçimde, bir kalıp olarak tanımlanması birden fazla hukuk kişisinin kapsamını sağlayabilecek, böylelikle bir hukuk alanında yalnızca kişilerin değil kişiliğin var olduğunu ortaya koyacaktır. Kişiliğin münferiden değil kategorik olarak belirlenebilmesine dayanan bu yaklaşım bir sistemi öngörmektedir.

Güncel çalışmalarda uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olunmasına nazaran, ki *Meray*'ın da hukuk kişiliğini uluslararası alanda hakların ve yükümlülüklerin söz konusu olması olarak tanımladığını belirtelim¹⁵³³, hukukî ilişkiler kurabilme unsuru hukuk kişiliğinin belirlenmesinde daha fazla ön plana çıkarılmaktadır¹⁵³⁴. Bunda uluslararası hukuk kişiliğinin eskimiş kabullerinin, herhangi bir bağlayıcılığa sahip olmasalar da, doktrin tarafından göz ardı edilerek yerine yeni yaklaşımların benimsenmesi gerektiği savunulur. 'Eskimiş' uluslararası hukuk kişiliği anlayışının terk edilmesine mesafeli tutumumuzu aktör yaklaşımı kapsamında belirtmiş olduğumuz gibi burada da belirtmek isteriz. Uluslararası hukuk kişiliği, uluslararası hukuk tarafından içi doldurulmuş bir kavram olmadığından bunun terk edilmesi kanaatimizce gerekmemektedir. Bunu nasıl anladığımız, özne temelli bir yaklaşımla mı yoksa hukukî ilişkiler üzerinden mi tanımladığımız bir seçenektir. Öte yandan uluslararası hukukî ilişkiler kurabilme ifadesi prosedürel kapasite ve hukukî kapasite arasındaki ayrımı ortadan kaldıran bir anlayışı da beraberinde getirmektedir. Uluslararası hukuk kişiliği bakımından sıklıkla tartışılan prosedürel kapasitenin gerekip gerekmediği uluslararası hukuk kişiliğinin ölçütü olarak hukukî kapasite yerine hukukî

¹⁵³⁰ Walter, *Subjects of International Law*, p. 30-31.

¹⁵³¹ Philip Allott, "The Concept of International Law", *EJIL*, C. 10, S. 1, 1999, ss. 31-50, s. 36.

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, s. 53, 66.

¹⁵³⁴ Walter, *op. cit.*, p. 28-31.

ilişkilere taraf olmanın aranması suretiyle bertaraf edilen bir tartışma olmaktadır. Ancak bu noktada da hukukî ilişkilerin uluslararası hukuk kişiliğini ortaya koyabilecek olanlar ve olmayanlar olarak tanımlanması, sınıflandırılması söz konusu olabilecektir.

Ehrlich, hukukî kapasiteyi mevcut hukuk tarafından güvence altına alınan ilişkiler kurabilme ve hukuken korunma avantajından faydalanma olarak tanımlar, ancak temel hukukî kavramlara ilişkin birçok tanım gibi bu tanım da hukukun sosyal ilişkilere dair yaşayan bir alan olması münasebetiyle dogmatik bulunmuş ve hukuk kişiliği kavramını bir yanılısma haline getireceği belirtilmiştir¹⁵³⁵. *Ehrlich*'in hukukî kapasite anlayışında hukuken korunma avantajı da eklenmiş, hukuk düzenince haklarının korunabilmesini içerdiği için prosedürel kapasiteyi de barındırabilecek bir tanım ortaya konmuştur. Bunun yanı sıra sosyolojik perspektiften bakıldığında hukukî kurumlara dogmatik olma eleştirisi getirilmesi olağan bir durumdur, ancak tanımlanan tüm hukukî kurumlar belli ölçüde dogmatiktir. Uluslararası hukuk kişiliğinin *a posteriori* yöntemle belirlenmesinin hukuk kişiliğine pozitif nitelikte bir esneklik kazandırdığı söylenebilecektir.

Hukuk kişisi tanımı uluslararası alanda meydana gelen gelişmelerin, eğilimlerin yanı sıra yazarların uluslararası hukuk perspektiflerini de yansıtmaktadır. *Kelsen*'e göre hukuk kişisi, hukukî yükümlülük ve hakların öznesidir; bünyesinde bulunan hukuk kurallarından (haklar ve yükümlülükler) ayrı bir birim değil onların kişileşmiş birliğidir¹⁵³⁶. Fizikî kişi bir insan iken hukuk kişisi değildir; insan biyoloji veya fizyoloji gibi doğal bilimlerin bir kavramı iken kişi hukuk biliminin kavramı olmaktadır¹⁵³⁷. *Kelsen*'in şekli hukuk anlayışının hukuk kişiliği anlayışına da yansıdığı görülmektedir, ona göre fiziken insan ile hukuk kişisi arasında hukukî bir ortaklık bulunmamaktadır. Bu nedenle uluslararası hukuk kişiliği haklara ve yükümlülüklerle sahip olmanın ön koşulu değil sonucu olduğundan açık bir kavramdır¹⁵³⁸. Yani bir hukuk normuyla haklara ve yükümlülüklerle sahip kılınan birim hukukun kişisi olmaktadır, bu nedenle de uluslararası hukukta kişilik *a priori* kalıplara uygunluk doğrultusunda değil ortaya konan bir norm ile uluslararası hak ve yükümlülüklerle sahip kılınarak, *a posterior*, ortaya çıkmaktadır.

¹⁵³⁵ Gruber, op. cit., s. 67.

¹⁵³⁶ Kelsen, General Theory, s. 93.

¹⁵³⁷ Ibid, s. 94.

¹⁵³⁸ Portmann, op. cit., s. 173-174.

Brownlie'ye göre uluslararası hukukun öznesi; uluslararası hak ve yükümlülükler sahip bir birim olarak haklarını uluslararası talepler yoluyla ileri sürebilen ve yükümlülük ihlallerinden de uluslararası talepler yoluyla sorumlu tutulabilen¹⁵³⁹ birimdir. İkinci şartın sağlanmaması halinde ilgili birim uluslararası hukukun oldukça sınırlı bir öznesi olacaktır ve bu öznelik uluslararası hukukta kişiliği tanınmış birimlerin anlaşma ve rızasına bağlı olarak yine yalnızca onlar tarafından itiraz edilebilir durumda olacaktır¹⁵⁴⁰. Yazar, klasik yalnızca devlet yaklaşımının uyarlaması olarak görülen tanıma yaklaşımını benimser. Bu yaklaşım, uluslararası hukukta devletin önceliği devam ediyor olsa da normal uluslararası hukuk kişisi olan devletlerin diğer birimleri uluslararası hukukun kişisi olarak tanıyabileceğini kabul etmektedir¹⁵⁴¹. Öte yandan *Brownlie, Lauterpacht*'ın prosedürel kapasite anlayışını da destekleyerek, bulunmaması durumunda ilgili birimin sınırlı bir hukuk kişisi olacağını belirtir. Yine bu yaklaşıma göre devletler dışı birimlere hukuk kişiliği tanındığında bu hukuk kişiliği sadece onu tanıyan devletlere karşı ileri sürülebilecektir¹⁵⁴². Hukuk kişiliğinin tanımaya bağlanması durumunda yaratılan statünün subjektif olduğunu söyleyebiliriz. Uluslararası alanda otorite sahibi olduklarından, ve uluslararası hukukun 'normal' kişisi kabul edildiklerinden, diğer birimlerin hukuk kişiliğinin kaynağını devletlerin iradeleri oluşturmaktadır¹⁵⁴³.

Trindade'ye göre uluslararası hukukta özne, doğrudan uluslararası hukuktan kaynaklanan hakların ve yükümlülüklerin sahibi/taşıyıcısıdır¹⁵⁴⁴. Yazar uluslararası hukuk kişiliğine bireyci yaklaşımın en önemli güncel temsilcilerinden biridir ve uluslararası insan hakları hukukunun bireyi devletten özgürleştirdiğini ve uluslararası hukukun bir kişisi yaptığını savunur¹⁵⁴⁵. Bu durumda bireyi uluslararası hukukun öznesi yapan şey *Trindade*'ye göre uluslararası alanda insan hakları korumasının kurumsallaşması olmuştur. Ancak *Lapaš*, teorik olarak uluslararası hukuk kişiliğinin uluslararası alandan kaynaklanan hakların ve yükümlülüklerin bulunmasıyla açıklanmasına rağmen her zaman yeni bir birimin uluslararası hukuk kişileri arasında

¹⁵³⁹ Crawford, *Brownlie's Principles*, s.115.

¹⁵⁴⁰ Ibid.

¹⁵⁴¹ Portmann, op. cit., s. 80.

¹⁵⁴² Ibid, s. 82.

¹⁵⁴³ Ibid, s. 84.

¹⁵⁴⁴ Trindade, *International Law for Humankind*, s. 240.

¹⁵⁴⁵ UAD, *Jadhav, Hindistan v. Pakistan Davası*, 18.05.2017 tarihli ara Karar, Yargıç Trindade ayrı görüşü, s. 254-258.

sayılmasının kolay olmadığını, uluslararası doktrinin tanınmasının aşamalı olarak gerçekleştiğini belirtir¹⁵⁴⁶. Bunu prosedürel kapasite gibi, hukukî ilişkilere taraf olma gibi gerekliliklerin hak ve yükümlülüklerle sahip olmaya eklenmesinde görmekteyiz.

Shaw ise hukuk kişiliği konusunda katılım ve toplumun kabulü olmak üzere iki şartın bulunduğunu belirtir, katılım birçok farklı şekilde ortaya çıkabilecek bir unsur olarak aslında bir ihtiyacın sonucunu oluşturur¹⁵⁴⁷. Yazar, uluslararası hukukun özel branşlarındaki katılım prosedürlerinin bu konuda önemli olduğunu belirtir¹⁵⁴⁸. Uluslararası hukuk kişiliği bakımından *Shaw*'un yaptığı tanım ileride uluslararası hukukun bölümlenmesi başlığında yapacağımız değerlendirmelerle örtüşüyor görünse de toplumun kabulünün ne şekillerde ortaya çıkacağı, bunun nasıl tespit edileceği kanaatimizce oldukça önemlidir. Uluslararası hukukun özel branşlarına katılsa da uluslararası toplum tarafından hukuk kişiliği kabul edilmemiş birimler olabilecektir, ancak yine de bu noktada en önemli olan husus uluslararası toplumun kabulünden ne anlaşılması gerektiğidir.

Yukarıda vermeye çalıştığımız bazı tanımları değerlendirdiğimizde öncelikle hukuk kişiliği kavramının devletten ayrı bir biçimde tanımlanması suretiyle uluslararası hukukta teknik anlamıyla hukuk kişiliğinden söz edilebildiğini söyleyebiliriz. Bunun yanı sıra yapılan tanımların haklara ve yükümlülüklerle sahip olma ile hukukî ilişkiler kurabilmeyi kapsadığını ve prosedürel kapasitenin de arandığını görürüz. Günümüze yaklaşıldıkça tanımlarda prosedürel kapasitenin katı bir şekilde aranmasından vazgeçildiği söylenebilir. Zira artık uluslararası alanda başvuru yollarının arttığı ve prosedürel kapasite şartının uluslararası hukuk kişiliğini eskiye nispetle daha az sınırlandırdığı söylenebilecektir. Bunun yanı sıra, iç hukuklarda da hukuk kişilerinin çeşitlenmesi, farklı düzeyde bilince sahip birimlere hukuk kişiliği yahut benzer bir korumanın sağlanması nedeniyle hukuk kişiliği konusunda daha serbest eğilimler ortaya çıkmaya başlamıştır. Hatta uluslararası hukukun kişi odaklı eskimiş sisteminin terk edilip yerine uluslararası alanda ilişki kurmaya dayalı bir sistemin önerilmesi yahut da aktör yaklaşımının hukuk kişiliğinin terk edilerek uluslararası alanda karar alma mekanizmalarına katılan birimleri bu alanın aktörü kabul etmeye dayalı bir sistemi

¹⁵⁴⁶ Lapaş, *Controversial Subjects*, s. 59.

¹⁵⁴⁷ Shaw, *op. cit.*, s. 156.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

önermesi buna örnek olarak gösterilebilir. Hukuk dili, gerçeklikte, olgusal olarak karşılığı bulunmayan hukukî boyutlara sahip olduğundan¹⁵⁴⁹ terim ile onun gerçekte sahip olduğu anlam arasında bir bağlantının varlığının aranmadığını belirtmiştik, bu nedenle kavramın uluslararası alanda meydana gelen gelişmelere uyarlanabilecek biçimde anlaşılması esnekliği sağlayarak uygulanabilirliğini artırabilecektir.

Çalışmamızın sonuçları arasında aktaracağımız bir hususa burada değinmek isteriz. Uluslararası hukuk kişiliğinin ne olduğunun, hangi ölçütlerin varlığının hukuk kişiliği verdiğinin belirlenmesinde devletler, uluslararası örgütler ve bunlar dışındaki birimler için farklı yöntemlerin ortaya çıktığı ifade edilebilir. Devletlerin uluslararası hukuk kişisi olmaları için kural olarak uluslararası hukuk tarafından belirlenen olgusal unsurları taşımaları gerekmektedir ve etkililik ile birlikte bu unsurların hukukî sonucunu devlet uluslararası hukuk kişiliği oluşturmaktaydı. Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği konusunda ise taraf devletlerin bunlara atfetmiş olduğu işlevlerin belirleyici olduğundan söz ettik. Hukuk kişilikleri açıkça düzenlenmemiş olsa bile kurucu andlaşmalarıyla kendilerine verilen görevler ve yetkiler ilgili uluslararası örgütün uluslararası alandaki işlevini belirlemektedir. Eğer bunlar, uluslararası hukuk kişiliği sonucunu gerektiriyor ise ilgili uluslararası örgütün uluslararası hukuk kişiliği açıkça değilse bile üstü kapalı olarak ortaya konmuş olmaktadır. Bunlar dışındaki birimlerin ise -genellikle bireyler, ticarî birimler ve birey grupları- uluslararası alanda haklarının ve yükümlülüklerinin düzenlenmesiyle, kurdukları hukukî ilişkiler ile uluslararası hukukun kişisi olarak ele alındıkları görülmektedir. Bireyler başlığında hukukun çeşitli alanlarında haklarının ve yükümlülüklerinin düzenlendiğini -özellikle uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ceza hukuku gibi- veya uluslararası alanda diğer kişilerle hukukî ilişkiler kurduklarına -örneğin uluslararası ekonomi hukuku- değinilmişti. Çalışmamızın ikinci bölümünde yaptığımız inceleme ve değerlendirmeler, kanaatimizce uluslararası hukukun tüm kişileri için tek bir içeriğin bulunmasının gerekmebileceğini ortaya koymaktadır. Uluslararası hukukta kişilik bakımından uygulamayla ortaya çıkmış üç hukuk kişiliği kategorisinin farklı unsurların varlığı sonucunda ortaya çıktığı söylenebilecektir. Bunlardan devletlerin hukuk kişiliği kural olarak olgusal durumun hukukî sonucu iken uluslararası örgütlerinki sahip olunan işlevler, bireylerinki ise hukukî kapasite ile açıklanmıştır. Bu nedenle uluslararası hukuk

¹⁵⁴⁹ Naffine, *Law's Meaning of Life*, s. 38.

kişiliğinin bir içeriği olabilecekse de bu haklara ve yükümlülüklerle sahip olma, hukukî ilişkiler kurma gibi kapsayıcı bir içerik olabilecektir.

b. Hukuk Kişiliğinde Yeni Eğilimler ve Öneriler

Çalışmamızın önceki kısımlarında, genel olarak hukuk kişiliği konusunda açıklamalar yaparken, farklı bilinç düzeyindeki insan dışındaki varlıkların, yapay zekâya sahip varlıkların hukuk kişisi olarak anlaşılmaları konusunda bazı gelişmeler olduğuna değinmiştik. Uluslararası hukuka da etkileri olabilecek bu eğilimlere ek olarak güncel gelişmelerde kendisini gösteren kimi kişilik tanıma hallerine değinilecektir. Bunlar Avustralya, Yeni Zelanda, Hindistan ve Ekvador ulusal hukuklarındaki düzenlemelerle, nehirlere ve ekosistemlere hukuk kişiliği yahut buna benzer bir kapasitenin tanınmasıdır. Sayılan varlıklara hukuk kişiliği tanınmasının farklı amaç ve nedenleri bulunsa da bunlar genellikle kültürel ve doğal gerekliliklerden kaynaklanmışlardır.

Avustralya'ya bağlı federe devlet Victoria'nın nehirlerine hukukî ehliyet, sözleşmelere taraf olma ehliyeti ve mülkiyet edinme hakkı tanınmış ve bu hak ve yetkileri Victoria'nın nehirleri adına kullanmak üzere kamu kurumu ile şirket özellikleri taşıyan hibrit bir birim kurulmuştur¹⁵⁵⁰. Yeni Zelanda yerlileri bakımından kültürel bir değere de sahip bulunan Whanganui nehrine de hukukî ehliyet, sözleşmelere taraf olma ehliyeti ve mülkiyet edinme hakkı tanınmış, Te Awa Tupua adı verilerek hukukî işlemde bulunduğu hukukî bağlama göre hukukî şekil alması öngörülen hibrit formda bir hukukî birim kurulmuştur¹⁵⁵¹. Hindistan'da bulunan Uttarakhand federe devleti de Ganj ve Yamuna nehirlerine hukukî ehliyet, sözleşmelere taraf olma ehliyeti ve mülkiyet edinme hakkının yanı sıra diğer insan haklarını tanıyarak bunların hukuk kişiliğinin yaşayan bir insanla aynı hak, görev ve sorumluluklara sahip bir gayri reşit statüsünde olduğunu düzenlemiştir¹⁵⁵². Ekvador Anayasası'nda ülke ekosisteminin

¹⁵⁵⁰ Erin L. O'Donnell, Julia Talbot-Jones, "Creating Legal Rights for Rivers: Lessons from Australia, New Zealand, and India", *Ecology and Society*, C. 23, S. 1, 2018, Makale S. 7, s. 5.

¹⁵⁵¹ Ibid.

¹⁵⁵² Ibid.

korunması için kapsamlı düzenlemeler yer almaktadır¹⁵⁵³. Anayasa’da ekosistem lehine sayılan hakların etkinleştirilmesi için, Ekvador’da bulunan herkesin ekosistem lehine davalara taraf olabileceği düzenlenmiştir¹⁵⁵⁴.

Belirtilen gelişmeler ulusal hukuk alanlarında ortaya çıkmış olsa da genel olarak hukuk kişiliği alanını genişleten bir eğilimi yansıtırlar. Teknolojik gelişmelerle hukuk kişiliğinden söz edilen birimlerden farklı bir kategoriye oluşturmaktadırlar, zira bu birimlerin hukuk kişisi kılınmalarıyla amaçlanan çevresel ve kültürel korumadır. Kültürel ve çevresel hakların korunmasını hedefleyen bu düzenlemelerin bazıları dava ehliyetinin bir hukukî birime ya da Ekvador örneğinde herkese tanınması olarak karşımıza çıkarken bazı düzenlemelerin dava ehliyetinin ötesinde bir kişileştirmeyi içerdiği, söz konusu doğal veya kültürel varlığın bazı haklara hatta insan haklarına sahip olmasını düzenlediği görülmektedir. Hukuk kişiliğinin tanınmasıyla davalara taraf olabilecek birimler hakkın doğrudan sahibi değil hakkın yararlanıcısı olarak kabul edilebilecek ise de kanaatimizce bu eğilim hukukî bir gelişmeyi göstermekte ve hukuk kişiliği alanını genişletmektedir.

Uluslararası hukukun kişileri arasında Papalık, Malta Egemen Askerî Tarikatı¹⁵⁵⁵ ve Kızılhaç’ın özel durum teşkil ettikleri belirtilir¹⁵⁵⁶. Hukuk kişiliği bakımından kültürel ve tarihsel kişilik eğiliminin bu birimlerin hukuk kişisi kabul edildiği dönemde baskın olması durumunda özellikle Papalık’ın Katolik Hıristiyanların başı olarak belki bir devlet hukuk kişiliği olarak düzenlenmesi gerekemeyebilirdi. Ancak Papalık’ın devlet olmasının tek nedeni o dönemde kabul edilen uluslararası hukuk kişilerinin devlet olması olmayabilecektir, zira Papalık’ın tarihî özellikleri düşünüldüğünde, ki Orta Çağ’dan 1870’e kadar kendi ülkesine sahip bir devlet olmuştur¹⁵⁵⁷, bunun daha uygun bir çözüm olduğu sonucuna varılmış olabilir. Papalık’ın içinde bulunduğu devletin

¹⁵⁵³ Ekvador Cumhuriyeti Anayasası, <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>, (29.04.2019); 10. maddesinde “doğanın anayasanın kendisine tanıdığı hakların öznesi olduğu” belirtilir.

¹⁵⁵⁴ Bryson, Diamantis, Grant, op. cit., s. 281.

¹⁵⁵⁵ Farklı isimlerle anılabilmekte ise de İngilizcesi Sovereign Military Order of Malta’dır. Aslında Katolik mezhebi içerisinde bir tarikat olarak kabul edilmekle birlikte tarihsel olarak Haçlı Seferleri’nden gelmekte olan bir ayrı statüye sahiptir. Bugün BM’de insancıl işlevlerine dayanılarak gözlemci statüsü bulunur. BM GenK, Üye olmayan ancak Genel Kurul’a gözlemci statüsüyle davet edilen devletlerin, birimlerin ve örgütlerin listesi, (Sekreteryaya Notu) (A/INF/74/3) (15.08.2019); BM GenK, Observer Status for the Sovereign Military Order of Malta in the General Assembly, (A/RES/48/265) (30.08.1994).

¹⁵⁵⁶ Parlett, op. cit., s. 32-36.

¹⁵⁵⁷ Ryngaert, op. cit., s. 830.

etkisinde kalmaması amacıyla uluslararası ve bağımsız bir statüye konduğu¹⁵⁵⁸ belirtilmektedir. Uluslararası hukuk uygulamasında geçmişte ortaya çıkmış özel durumların varlığı, uluslararası alanın hukuk kişiliğinde yeni eğilimlere yabancı olmayabileceğini göstermektedir.

IV. ULUSLARARASI HUKUKUN YAPISAL ÖZELLİKLERİ VE KİŞİLİK

Uluslararası hukukta kişiliğe ilişkin yaptığımız değerlendirmelerle bunun ulusal hukuklardaki kişilikten farklı olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Bunun temelinde genel hatlarıyla ulusal hukuklar ile uluslararası hukuk arasındaki yapısal farklılıkların bulunduğu söylenebilir. Uluslararası hukuk, ulusal hukuklar gibi dikey biçimde örgütlenmemiştir, buna bağlı olarak uluslararası hukukun yapımında ve icrasında ulusal alanlara nazaran farklı yöntemlerin uygulandığı görülür. Bunların uluslararası hukukta kişiliği de etkileyen yaygın sonuçları ortaya çıkmıştır. Çalışmanın bu kısmında uluslararası hukukun yapısal özellikleri, uluslararası hukuk kişiliğine etkileri üzerinden değerlendirilecektir. Uluslararası hukukun burada anılanlar dışında yapısal özellikleri varsa da biz konumuzun gerektirdiği ölçüde bir değerlendirme yapma gayretindeyiz.

Devlet egemenliği uluslararası hukukta ve ulusal hukuklarda devletin yetkilerinin kaynağını oluşturur. Ulusal hukuklar dikey bir biçimde örgütlenmiştir ve devletler ulusal hukuklarda yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının ifa edilmesi suretiyle hukukun yapıcısı, icracısı ve ihlallerin yargılayıcısı konumundadır. Uluslararası hukukta ise hukuk yatay olarak örgütlenmiştir, bunun kaynağında devletlerin üzerinde bir egemenin bulunmaması, egemenliklerini ancak uluslararası hukuk düzeni ile sınırlandırıyor olmalarıdır. Uluslararası hukukta hukukî karar alma süreçlerinde devletler etkin rol alırlar; hukuk normlarına teamül kuralları bakımından uygulamaları ve andlaşmalar hukuku bakımından iradeleriyle kaynaklık ederler. Ancak *Kelsen*'e göre bireysel olarak devletler uluslararası toplumun bir organı olarak uluslararası hukuk tarafından görevlendirilirler¹⁵⁵⁹. Buna göre, uluslararası hukuka devletler değil, devletler biçiminde örgütlenerek ve devletleri uluslararası hukukun yapımında bir organ olarak kullanarak uluslararası toplum kaynaklık etmektedir.

¹⁵⁵⁸ Menon, op. cit., s. 43.

¹⁵⁵⁹ Kelsen, General Theory, s. 354.

Devletlerin kaynaklığı *Kelsen*'e göre fonksiyonel bir aracılık olmaktadır. *Gross*, *Kelsen*'in uluslararası hukuka ilişkin, *Scelle*'nin '*dédoublement fonctionnel*¹⁵⁶⁰' kavramıyla örtüşen, iki ana önermesi olduğunu belirtir; uluslararası toplum merkezî değildir ve devletler bu toplumun organları olarak hareket ederler¹⁵⁶¹. Uluslararası alanda mevcut kuralların yürütülmesini de karşılıklılık ilkesinin yaptırım aracı olarak kullanılması, uluslararası hukukta sorumluluk kurallarının işletilmesi¹⁵⁶² suretiyle devletler sağlamaktadırlar. Yargılama konusunda devletler hem kurulmuş genel ya da özel yetkili uluslararası mercilere hem *ad hoc* yargı yollarına hem de kendi ulusal yargı yerlerine uluslararası hukuktan kaynaklanan kurallara uyulması için başvurabilirler. Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından devlet uluslararası hukukta hem kendi hak ve menfaatlerini korumayı amaçlayan bir kişi hem de uluslararası hukukun bir organıdır. *Scelle*, devletler tarafından devlet ya da hükûmet başkanı olarak yaratılan organların ikili bir faaliyet göstermek suretiyle hem ulusal hukukun hem de uluslararası hukukun organı olarak hareket ettiklerine dikkat çeker¹⁵⁶³. Karşılıklılık prensibine dayanarak; taraf olduğu andlaşmayı uygulamaya andlaşmanın tarafı olan diğer bir devleti zorlarken devlet hem kendi menfaatini korumakta hem de uluslararası hukukun bir yöntemini uygulayarak uluslararası hukukun bir görevlisi olarak çalışmaktadır. Ulusal yargı yerlerince uluslararası hukuk kurallarının uygulanması da böyle anlaşılabilir, zira hukuk kurallarının icrasıyla görevli, merkezî bir otoritesinin bulunmaması nedeniyle uluslararası hukukun etkililiği ulusal mercilerin uygulamalarıyla da sağlanmaktadır¹⁵⁶⁴. Devlet uluslararası hukukta taraf olduğu bir hukuk normunu kendi iç hukukuna aktararak uluslararası hukuktaki görevini ifa etmekte; uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, bireylerin uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarının iç hukuklarda ileri sürülebilmesi anlamına gelebilir; ancak devlet bakımından

¹⁵⁶⁰ Bu kavramın dört önermesi vardır: İlkine göre uluslararası toplum kaynaşmış sayısız toplumdan oluşur, bunlar birbirinden kopuk değil kesişen ve örtüşen toplumlardır. İkincisi uluslararası toplum devletlerin birlikte var olmalarından ve yan yana gelmelerinden değil, bireylerin uluslararası ilişkiler yoluyla entegre olmalarından oluşur. Üçüncü önerme, uluslararası hukukun kuralları bazında değil sistem olarak ulusal hukuklara üstün olmasıdır. Son önermesinde de her hukuk sisteminin gerekli sosyal fonksiyonunun hukuk yapma, yargılama ve icra olduğunu ifade etmiştir. Cassese, *Scelle's 'Role-Splitting'*, s. 211-212.

¹⁵⁶¹ Leo Gross, *Essays on International Law and Organization, C. 1*, Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1984, s. 378.

¹⁵⁶² Kelsen, *General Theory*, s. 327.; *Ibid*, s. 380.

¹⁵⁶³ Gross, *op. cit.*, s. 378.

¹⁵⁶⁴ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 49.

uluslararası hukukta bireylere haklar getiren bir andlaşmaya taraf olarak üstlenilen yükümlülük iç hukuka aktarılma ile kendi yargı yetkisindekilerin kullanımına açılarak ifa edilebilecek türden bir yükümlülüktür. Bu nedenle yükümlülük iç hukuka aktarılarak ilgili hakların ulusal yargı mercilerince uygulanmasıyla yerine getirilmiş olmaktadır. Devletlerin uluslararası hukukun bir organı olarak, görevlendirme üzerine hareket ettiği diğer durumlara mandaterlik gibi normatif düzenlemelerle verilenler ve *Lauterpacht*'ın teorisi doğrultusunda 'Devlet' kısmında aktarıldığı üzere tanımadaki işlevi örnek gösterilebilecektir. Devletin uluslararası hukukun bir organı olması, bu hukuk sisteminin merkezî organlardan yoksun olmasının bir sonucu olmaktadır, zira uluslararası hukuk düzeni de organlar aracılığıyla işler.

Uluslararası hukukun kişilerinin kimler olduğu sorusunun, uluslararası hukuk genel kapsamına/anlayışına ilişkin bir husus¹⁵⁶⁵ olduğu belirtilir. Bu nedenle uluslararası hukuk kişiliğinin değerlendirilmesinde uluslararası hukukun yapısal özelliklerine değinmek gerekmiştir. Bu kısımda uluslararası hukukun yapısal özelliklerinden merkezî olmama ve bölümlenme çerçevesinde öncelikle uluslararası hukukun ilkel bir hukuk alanı olup olmadığı, hukukî kesinlik, uluslararası ilişkilerdeki güncel gelişmelerin uluslararası hukuku nasıl etkilediği; sonrasında da uluslararası alanda bölümlenme, özel rejimler ile genel uluslararası hukuk arasındaki ilişkiler uluslararası hukukta kişilik perspektifiyle ele alınmaya çalışılacaktır.

A. MERKEZÎ OLMAMA

Uluslararası hukukun tarihinden de kısmen söz etmiş olduğumuz bu çalışmanın ilk bölümlerinden itibaren uluslararası hukuk ve merkezîlik hakkında üç farklı eğilim ile karşılaştık. Bunlar, uluslararası hukukun Avrupa merkezli olması, uluslararası hukukun devlet merkezli olması ve uluslararası hukukun merkezî bir biçimde örgütlenmemiş olmasıdır. Bu başlık altında uluslararası hukukun merkezî bir biçimde örgütlenmemiş olması değerlendirilecek, diğer iki husustan ise kısaca söz edilecektir. İlk husus uluslararası hukukun tarihine ve uluslararası politikaya ilişkin iken, diğer ikisi ise uluslararası hukukun sistemine ilişkin birbirine yakın sonuçlara sahiptir.

İlki uluslararası hukukun Avrupa merkezî olmasıdır. Kurumsal anlamda uluslararası hukuk Avrupa merkezli bir hukuk alanı olarak ortaya çıkmıştır. Avrupa

¹⁵⁶⁵ Okeke, op. cit., s. 4.

dışındaki devletler arasında uluslararası hukuk kuralları uygulanmışsa da küresel siyasette Avrupa'nın baskın niteliği Avrupa merkezli uluslararası hukukunun evrensel olması sonucunu sağlamıştır¹⁵⁶⁶. Uluslararası hukuk Avrupalı kökleriyle Avrupa dışına taşarak Avrupalı kimliğini yitirmişse de geçmişin etkilerinin halen görülebilir olduğu belirtilir¹⁵⁶⁷. Uluslararası hukukun geçirdiği en köklü evrimlerden birinin Avrupalı devletler dışına taşması suretiyle yaşandığını çalışmamızın ilk bölümünde belirtmiştik. Uluslararası hukukun Avrupalı kimliği, bu kimliğin Avrupa dışındaki devletler tarafından benimsenmesi yahut da bunun Avrupa dışındaki devletlere dayatılması hususları uluslararası hukuk tarihi yahut da uluslararası ilişkiler tarihi alanında başka bir çalışmanın konusudur.

Bir diğeri uluslararası hukukun devlet merkezli oluşudur. Uluslararası hukuk devlet merkezli oluşu nedeniyle hem yapısal eleştirilere maruz kalmakta hem de güncel uluslararası toplumun ihtiyaçlarını karşılayamamakla suçlanmaktadır. Uluslararası hukukun devlet merkezliliği olağandır; kaynaklarının ortaya çıkışında devletin bireysel iradesi ve uluslararası alanda devletlerin bireysel iradelerinin toplamından oluşan irade etkilidir. Gönüllülük ve dahil olma (kooptasyon) esaslarına göre işleyen uluslararası hukuk sisteminde normlar, mahkeme kararları ve bunların icrası devletlerin iradeleriyle kurmuş oldukları kurumlar aracılığıyla veyahut bireysel olarak devletlerce yerine getirilir, bu nedenlerle de aksiyomatik (izahtan vareste, kendiliğinden belli) bir sistemdir¹⁵⁶⁸. Devlet merkezliliğin bazı teoriler tarafından uluslararası hukukun bugünkü sorunlarının çözümünde ve anlaşılmasında engel oluşturacak derecede katı bir biçimde savunulması veya uygulanması zaman zaman karşımıza çıkan bir husustur. Ancak özellikle 20. yüzyıldan itibaren uluslararası alanda devletler dışındaki birimlerin kurumsal olarak etkinlik kazanmaya başladığı görülür. Bireyin uluslararası hukuktaki statüsüne ilişkin farklı argümanlara dayanılmış olsa da varılan hukukî sonuç uluslararası hukukun tek referans noktasının artık devletler olmadığı, uluslararası toplum ve onun tüm üyelerinin menfaatleri referans alınmaktadır¹⁵⁶⁹. Bunun yanı sıra uluslararası

¹⁵⁶⁶ Martti Koskenniemi, "Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism", *Rechtsgeschichte*, C. 19, 2011, ss. 152-176, s. 160.

¹⁵⁶⁷ Ibid, s. 168-175.

¹⁵⁶⁸ Anastasios Gourgourinis, "General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System", *EJIL*, C. 22, S.4, 2011, ss. 993-1026, s. 996.

¹⁵⁶⁹ Thomas Kleinlein, *Constitutionalization in International Law (Konstitutionalisierung im Völkerrecht)*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (Veröffentlichungen

hukukun kaynakları tümden devletlerin iradelerine dayanmaz, hukukun genel ilkeleri, mahkeme kararları ve doktrinin uluslararası hukuka kaynaklık etmesi uluslararası hukukun yalnızca devlet iradelerine dayalı sözleşmesel bir sistem olmadığını ortaya koymaktadır. Devletin uluslararası hukukun yapılmasındaki etkinliği kimi yazarlarca onun uluslararası toplumun bir organı olmasına da dayandırılmıştı. Uluslararası hukukta devlet merkezli olmanın çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Bunlar, devlet dışı aktörlerin göz ardı edilerek devlete gereğinden fazla önem atfetmek, uluslararası hukukun yorumlanmasında devlet egemenliğinin esas alınması ve devlet merkezliliğın, yahut da tek bir kuvvetli devletin merkezî olmasının, uluslararası hukukun üstünlüğü yerine güç politikalarının geçerliliğinden endişe duymak olarak ifade edilmektedir¹⁵⁷⁰.

Son husus uluslararası hukukun yapısal olarak merkezleşmemiş olmasıdır. Buradan yola çıkılarak, uluslararası hukukun ilkel bir hukuk alanı olduğu ve gelişerek merkezî bir niteliğe kavuşacağı sonuçlarına varılmaktadır. Uluslararası alanda merkezî bir gücün eksikliği uluslararası hukuk yaptırımlarının yetersizliğine, uluslararası hukuktaki zorlayıcılık eksikliğine bağlanır. Ancak bizim zihnimizdeki hukukun zorlayıcılığı ve buyurganlığı, ulusal hukuklardaki gibi, tek bir merkezden gelir. Bu nedenle de ulusal hukuklarla kıyaslanarak merkezî olmamasından kaynaklanan farklılıkları nedeniyle uluslararası hukukun hukukî niteliği sürekli teste tâbi tutulmaktadır. Oysa egemenin olmadığı toplumlar olarak örgütlenmiş olursa ulusal hukuk alanları da uluslararası hukuk gibi bir merkeze sahip olmazdı. Bu nedenle uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki farklılıkları onların hukukîliğinin derecesi olarak ele almak yerine yapısal farklılıklar olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Uluslararası hukuk, egemeni olmayan bir hukuk alanının en üst örneği olabilir. Ancak yine de belirtmek gerekir ki hukukun egemen, buyurgan bir otorite olmaksızın olmayacağı ileri sürülmeden önce uluslararası hukukun birkaç yüzyıllık uygulamasının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Cassese, Uluslararası Hukuk eserinin ilk bölümünde uluslararası toplumun genel hukukî özelliklerinden söz eder. Ulusal hukuk çerçevesinde yaşadığımızdan her hukuk sisteminin model olarak bunu alması yahut da büyük oranda buna benzemesi

des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), C. 231 (İngilizce Özet), Berlin: Springer, 2012, s. 708.

¹⁵⁷⁰ Susan Marks, "State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence", *Leiden Journal of International Law*, C. 19, S. 2, 2006, ss. 339-347, s. 340.

gerektiğini; belki de istemsiz olarak tüm hukuk sistemlerini birey yahut birey gruplarını hedef alması ve yasama, yürütme ve yargılama faaliyetlerini yerine getiren merkezî kurumlara sahip olması gerektiğini varsaydığımızı¹⁵⁷¹ belirtir. Ancak uluslararası toplumun görünümü ulusal toplumlardan çok farklı ve tektir; bu önemli gerçekliğin göz ardı edilmesi yahut ele alınmasında hataya düşülmesi uluslararası hukukun ciddi biçimde yanlış yorumlanmasına sebep olabilecektir¹⁵⁷². Hukuk ile toplum arasındaki ilişki sadece toplumun özelliklerinin hukuk kurallarına yansımaya değil hukukun örgütlenmesine de etki etmektedir.

Uluslararası hukukun yapısı hakkında genel olarak denebilecek olan onun öncelikle devletlerin dış ilişkilerini düzenlemek için kurulmuş olması nedeniyle hiçbir ulusal hukuk sistemine benzemediğidir; bu nedenle de uluslararası hukukun iç hukukların tarihsel modelini takip etmesi gerektiğini yahut da edeceğini öngörmenin mantıksal bir dayanağı bulunmamaktadır¹⁵⁷³. Yatay örgütlenmiş bir sistemin merkezî örgütlenmiş bir sistem gibi emir, itaat ve icra aracılığıyla değil karşılıklılık ve uzlaşma aracılığıyla işleyeceği ifade edilir¹⁵⁷⁴. Uluslararası alanda kurumsallaşma temel bir düzeyde gerçekleşmiş ise de bunun gelişerek karşılıklılık ilkesi gibi ikili ilişkilerde icraya zorlayan araçların yerini alması sistemsal olarak köklü bir değişikliği gerektirmektedir. Uluslararası sistemin özünde “merkezkaçlık, çok taraflılık ve mutlak kurumsallaşmaya karşı bir direniş” bulunduğunu belirten *Çağırın*, halen egemenliğin, egemenlik kavramındaki değişikliklere rağmen, uluslararası sistemdeki belirleyici rolünü teslim eder¹⁵⁷⁵. Merkezî olmayışı ve yatay yapısı uluslararası hukukun kendine has niteliğinin belirginleşmesini sağlayan, karakteristik özellikler olarak bu alanın kurumlarının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması bir gereklilik olarak görülmektedir¹⁵⁷⁶. Merkezî olmamanın bir nitelik olarak ele alınması uluslararası hukukun ulusal hukuklar gibi olmasının gerekmesi, öyle olmasının bir hukuk sistemi için daha iyi olacağı fikirlerini reddeden bir yönü de barındırmaktadır¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷¹ Cassese, *International Law*, s. 3.

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction*, s. 6.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ *Çağırın*, *op. cit.*, s. 14-15.

¹⁵⁷⁶ Erkiner, *Uluslararası Sorumluluk*, s. 69-70, 74.

¹⁵⁷⁷ J. S. Watson, “A Realistic Jurisprudence of International Law”, *The Year Book of World Affairs*, C. 30, 1980, s. 268-269’dan aktaran Polat, *op. cit.*, s. 70-71.

Bunların yanı sıra uluslararası hukukun merkezîleşmesine yönelik gelişmelerin yaşanmadığından söz edilemez. Milletler Cemiyeti, Birleşmiş Milletler gibi örgütlerin varlığı bunun örnekleri olarak verilebilir. Ancak, uluslararası hukukun merkezî niteliğini etkinleştirecek bir sistem oluşturulduğunda çekinceler, kayıtlar, devletlerin uyması gereken genel politik koşullar ileri sürülerek merkezîleşmeye yönelik yükümlülüklerin hükümsüz kılınmaya çalışıldığı¹⁵⁷⁸ da savunulmaktadır. Uluslararası hukukta ihtiyaç duyulan uzlaşma zemini, merkezî kurumların oluşturulması noktasında yetersiz kalmaktadır. Uluslararası yasama fonksiyonunun değilse de yargılama ve icra fonksiyonlarının merkezîleştirilmesi hedeflenmiş ancak tüm bu çabalara uluslararası hukukun merkezî olmayan karakteri üstün gelmiştir; anlaşılmalıdır ki merkezîleşmeme uluslararası hukukun özünü oluşturur ve bunu kaçınılmaz kılan temel ilke de egemenliktir¹⁵⁷⁹. Uluslararası alanda devletlerin egemenliği merkezî olmayan hukukî yapının birincil sebebini teşkil etmektedir.

1. Kişilik Bakımından Sonuçları

Uluslararası hukukun yapısal niteliklerinden söz edilirken genellikle onun gelişmemiş bir hukuk alanı olmasına ve merkezîleşmemesine atıf yapıldığına değindik. İkincisi açık bir husus olmakla birlikte bu ikisinin birlikte anılması uluslararası hukukun gelişerek merkezî bir yapıya ulaşacağı anlayışından kaynaklanmaktadır. Merkezîleşmeme ile kastedilen hukuk normlarının tek elden yapılacağı merkezî yasama, yürütüleceği icra organlarının bulunmaması ve yargı organlarının dağılımı olmaktadır. Ancak kanaatimiz merkezî bir yasama organının kurulmasıyla birlikte bugünkü anlamıyla uluslararası hukuktan söz edilemeyeceğidir. Buradaki yaklaşımımızın *Ross*'un 1948 tarihli eserinde “uluslararası hukukun öznelinin bireyler değil kendi kendini yöneten devletler olduğu müddetçe var olacağı” ifadesine¹⁵⁸⁰ benzer bir iddia taşıdığı düşünülebilir. Yazar bunun nedeni olarak uluslararası hukukun sözleşmesel, cibrî olmayan bir türeme hukuk alanı olmasını göstermekteydi, oysa

¹⁵⁷⁸ Morgenthau, *Politics among Nations*, s. 327.

¹⁵⁷⁹ *Ibid*, s. 242.: Ancak, BM ile devletlerin ulusal örgütlenmeleri arasındaki benzerliğin göz ardı edilebilir ölçüde olduğu, dolayısıyla BM'nin varlığının merkezîleşmenin –iç hukuklar ölçüsünde- kanıtı olmadığı da savunulmaktadır. J. S. Watson, “A Realistic Jurisprudence of International Law”, *The Year Book of World Affairs*, C. 30, 1980, s. 268-269'dan aktaran Polat, *op. cit.*, s. 70.

¹⁵⁸⁰ *Ross*, *op. cit.*, s. 54.: Burada uluslararası hukukun uluslararası hukuk olma özelliğini bireylerin bu hukuk alanının kişisi olmasıyla yitireceğinden söz etmiyoruz. Yalnızca ulusal hukuklar ölçüsünde merkezîleşmenin uluslararası hukukun uluslararası hukuk niteliğini ortadan kaldırdığı ifade etmekteyiz.

uluslararası hukuk bugün Ross'un tanımıyla tamamen örtüşmemektedir. Öte yandan uluslararası hukuk elbette diğer tüm hukuk alanları gibi uygulanabilir olmak bakımından gelişmek zorundadır. Burada sözü edilen gelişim ile uluslararası hukukun merkezî bir otoriteye kavuşacağı kastediliyor ise bu durum bugün anladığımız uluslararası hukuktan farklı bir sonuç olmakla birlikte hukukî gelişimin mutlak varış noktası da değildir. Uluslararası hukuk yapısal olarak merkezî değildir; geliştikçe de kanaatimizce, ulusal hukuklar ölçüsünde, merkezîleşmemelidir. Ancak bu noktada önemli olan merkezîleşmeyeceği değil, merkezîleşmesinin gerekmediğidir. Ulusal hukuklar ile uluslararası hukuk arasında yapılan benzetmelerin bir sonucu olarak uluslararası hukukun gelişimine bu tür bir kader çizildiği kanaatindeyiz.

Uluslararası hukukun uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğine karar vermeye yetkili merkezî bir yasama otoritesinin bulunmaması nedeniyle, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin devletler tarafından kabul edilmesinin uzun sürdüğü söylenir¹⁵⁸¹. Bu örnekteki gibi merkezî bir biçimde örgütlenmemiş olması, uluslararası toplumun ihtiyaçlarına cevap vermede ve uluslararası ilişkilere ayak uydurmada uluslararası hukuku yavaşlatabilecektir. Zira ulusal hukuklarda hangi birimlerin hukuk kişisi olacakları ve bunun şartları ile prosedürü belirlenmiş durumdayken uluslararası hukuk hukuken ve idarî olarak iç hukuklar gibi örgütlenmiş olmadığından bu türden bir belirliliğe sahip değildir¹⁵⁸². Uluslararası hukuktaki merkezî otorite yokluğunu uluslararası hukuk kişiliğine etki eden nedenler arasında sıklıkla gösterdik. Belki de bunun nedeni hukukun iç hukuklardaki gibi dikey örgütlenmesini bir gereklilik olarak anlamamızdan kaynaklanmaktadır. Uluslararası hukuk ve iç hukuklar arasında zorunlu olarak benzetim yapma yoluna gitmemiz de buna etki eder. Ancak hukuk kişiliği bağlamında merkezî olmaktan ziyade genel ve soyut bir düzenlemenin eksikliği söz konusudur. Bu sistemde de norm yaratan bir andlaşma ile hukuk kişiliğinin ortaya konması pekala mümkün olabilir ve merkezî olmama bunu engellemeyecektir. Merkezî olmamanın hukuk kişiliği ile bağlantısı kanaatimizce devlet ile hukuk kişiliği arasındaki özdeşleşmeden kaynaklanmıştır. Uluslararası hukukun merkezî olmaması, devletlerin bu alandaki etkinliğinin ve yetkilerinin çokluğu sonucunu getirir, devletler uluslararası alanda merkezî kurumların yokluğunu doldurmaktadırlar. Devletlerin uluslararası

¹⁵⁸¹ Schermers, Blokker, op. cit., s. 987.

¹⁵⁸² Crawford, Brownlie's Principles, s. 170.; Ibid.

hukuktaki bu pozisyonu onların hukuk kişiliğinin aslî nitelikte olduğunun anlaşılmasına ve diğer birimlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin değerlendirilmesinde devletler ile kıyaslanmalarına sebep olmaktadır. Ancak merkezî olmamadan devletlerin bireysel olarak egemenliklerinin etkinliğini ve yetkilerini anlıyor ise devletler dışındaki birimlerin hukuk kişiliklerinin bununla engellenmemesi gerekmektedir. Çalışmamızın en başından itibaren devlet olma ile uluslararası hukuk kişisi olma arasında bir ayrımın yapılması gereğine değindik, aksi halde uluslararası hukukun kişisi olmak için egemenlik yahut da ona bağlanabilecek sonuçlar, yanlış biçimde, bir ölçüt olarak anlaşılabilir.

2. Uluslararası Hukuk Bir İlkel Hukuk Alanı Mıdır?

Uluslararası hukukun ilkel bir hukuk alanı olduğuna yönelik iddialar, kimi zaman merkezî olmaması kimi zaman da başka çerçevelerde ileri sürülmüştür. *Dinstein*, ilkel hukukların on özelliğini sayar, bunlar; kesinlik ve güvenlik eksikliği, hukuk kurallarının çeşitlilik bakımından sınırlı oluşu, örfün önemi, kısas/misilleme, kolektif sorumluluk, din ile bağlantı, dövüşerek yargılanma ve işkence ile sorgu, hukukî kurguvarsayımlar (*legal fictions*), biçimcilik ve cansız birimlerin sorumluluğudur¹⁵⁸³. Yazar, uluslararası hukuk ile ilkel hukuk alanlarını bu başlıklar üzerinden karşılaştırarak uluslararası hukukun ilkel bir hukuk alanı olup olmadığını değerlendirir. Bunun sonucunda uluslararası hukukun göze çarpan düzeyde ilkel hukuk özelliği taşıdığını ancak bazı hususlarda da önemli ölçüde ilkel hukuk özelliklerinden bağımsız bir karakteri bulunduğunu belirtir, ona göre yine de uluslararası hukukun modern ulusal hukuk sistemleri gibi çok yönlü bir hukuk alanı olabilmek için kat etmesi gereken çok fazla yolu vardır¹⁵⁸⁴. Hukukî kesinliğin bulunmaması *Dinstein*'in saydığı ilkel hukuk alanı özelliklerinden biridir. Hukukî kesinlik hangi durumda hangi hukuk kurallarının uygulanacağını, yapılan fiilin hukuk âleminde nasıl sonuçlar doğuracağını bilmesi olarak kabaca ifade edilebilir. Uluslararası hukukta bazı konularda düzenleme eksikliklerinin bulunması, genel ve soyut uluslararası hukuk kişiliği kuralı gibi, hukuk alanını tartışmalı hale getirmektedir. Ancak kanaatimizce hukukî kesinliğin

¹⁵⁸³ Yoram Dinstein, "International Law as a Primitive Legal System", *New York University Journal of Law and Politics*, C. 19, S. 1, 1986, ss. 1-32, s. 2.

¹⁵⁸⁴ *Ibid*, s. 31.

bulunmaması ile yoruma imkân veren, (*open-texture*), bir hukuk alanının söz konusu olması birbirine karıştırılmamalıdır.

Uluslararası hukuk, merkezîleşmemiş bir hukuk alanı olarak hukukun yaratılması ve uygulanmasına yönelik organlarının bulunmaması, ilkel hukukun bir özelliği kabul edilen belirli yasama, yargı ve yürütme organlarının yokluğu, nedeniyle bu işlemlerin bireysel olarak bu hukuk topluluğunun özneleri aracılığıyla yerine getirilmesini gerektirir¹⁵⁸⁵. *Kelsen*'in ilkel hukuk düzeni ile kastettiği, devletin görev ve yetkilerinin topluluk öznelerince kullanılmasıdır. Ancak, ilkel hukuk düzenleri özel olarak devletsiz olma durumunda var olmamaktadır ve bundan yalnızca devletsiz toplumların hukuk düzeni anlaşılmalıdır; bu iki kavram, 'devletsizlik' ve 'ilkellik', aynı anlamı karşılayan terimler değildir¹⁵⁸⁶.

Devletsiz ilkel topluluklardaki hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sistemi arasındaki karşılaştırmada uluslararası alanda çokkültürlülük hakim olduğundan uluslararası toplumun, devletsiz ilkel topluma nazaran daha fazla hukuk yapmak zorunda kalacağı sonucuna varılır, çünkü devletsiz ilkel toplum kültürel olarak homojen olduğundan daha basit bir yapıdadır ve hukuka daha az ihtiyaç duyar¹⁵⁸⁷. Buna göre devletsiz bir toplum ilkel bir hukuk düzenine sahip olsa da uluslararası hukukla arasında temel bir fark bulunur, o da tek kültürlü olunmasıdır. Tek kültürlü toplumlarda davranışı düzenleyen hukuk kuralları dışındaki ahlak ve din kuralları toplumun unsurlarına ortak olduğundan hukukun üzerine düşen düzenleme ihtiyacı sınırlıdır. Uluslararası toplum ise çokkültürlüdür. Uluslararası politik toplumun uygar ve karmaşık yapısı nedeniyle uluslararası alanda daha az bağlayıcı hukuk normu yapılmaktadır ve hukukî kurumlar az gelişmiştir¹⁵⁸⁸. Bunun sonucunda hukuk kurumlarının görevleri toplumun özneleri tarafından yerine getirilir, örneğin devletler uluslararası hukukun bir organı olarak hareket ederler, daha fazla hukuk kuralına ihtiyaç duyulsa da çoğunlukla bağlayıcı niteliği olmayan hukuk kuralları ihdas edilebilecektir.

Yaptırım konusu ilkel hukuk alanları bakımından önemlidir. Yaptırım uygulayan bir yönetimin, bir yasama merciinin ve zorunlu yargı yetkisine sahip mercilerin yokluğu

¹⁵⁸⁵ Kelsen, *Principles of International Law*, s. 20.

¹⁵⁸⁶ A. Campbell, "International Law and Primitive Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 8, S. 2, 1988, ss. 169-196, s. 170.

¹⁵⁸⁷ *Ibid*, s. 189-190.

¹⁵⁸⁸ *Ibid*, s. 190.

yahut da merkezî bir biçimde örgütlenmemiş olması nedeniyle uluslararası hukukun ilkel bir hukuk alanı¹⁵⁸⁹ olarak kabul edilmesine iki yönden karşı çıkılabilir. Bunların ilki uluslararası hukukta bir hukuk sisteminin bulunduğu ve bu hukuk alanının hem yerel hem de uluslararası otoritelerce uygulanarak yaptırıma konu edildiğidir¹⁵⁹⁰. Uluslararası alanda zorunlu yargı yetkisine sahip bir yargılama merci bulunmasa dahi uluslararası hukukun normları hem uluslararası mercilerce uygulanmakta hem de ulusal mercilerin yargulamalarında dayanak olmaktadır. Bunun yanı sıra uluslararası alanda normların ortaya çıkışı ve uygulanışı bakımlarından bir sistem bulunur, uluslararası teamül niteliğinde kuralları kapsayan andlaşmalar hukuku, uluslararası sorumluluk hukuku ve karşılıklılık ilkesinin varlığı bu sistemin göstergeleri arasındadır. İkincisi ise uluslararası hukukta bir toplumun bulunması ve bu toplumun, hızlı değişikliklere ve kültürel farklılıklara açık bir toplum olsa da, onu ilkel kabilelerden ayıran güçlü ve bağımsız birimlere sahip olmasıdır¹⁵⁹¹. *Amerasinghe*, uluslararası hukukun bazı ilkel hukuk sistemleriyle benzer özellikler taşıdığı kanısında olsa da onun modern ulusal hukuklar sistemi ailesinin bir parçası olduğunu ve yazılı kuralları, uluslararası hukuk biliminin varlığı nedenleriyle modern ulusal hukuk sistemine daha yakın olduğunu belirtir¹⁵⁹². Ulusal hukuk, uluslararası hukuk ve ilkel hukuk sistemleri hepsi birer hukuk sistemi olması nedeniyle oldukça temel nitelikte olsa da ortak özelliklere sahip olmaları olağandır.

Uluslararası hukuk ile ilkel hukuk sistemleri arasında yapılan benzetmelere biz de özellikle iki husus üzerinden karşı çıkmaktayız. Bunların ilki yukarıda değindiğimiz merkezîleşmemiş olmanın ilkel hukuk alanı olma kanıtı olarak ortaya konmasıdır. Uluslararası hukuk, doğası itibarıyla merkezîleşmemiş bir hukuk sistemidir; onu merkezîleştiren bazı gelişmeler yaşansa da bir hukuk sisteminden beklentiye zihnimizde modern bir ulusal hukuk alanıyla özdeşleştirdiğimiz sürece uluslararası hukukun merkezîleşmesi gereken, ilkel bir hukuk alanı olarak görülmesinin önüne geçilmesi mümkün değildir. Ulusal hukukun toplumu, merkezî bir örgütlenmeye sahiptir; yönetim esasının federatif esaslara yahut da herhangi bir ademimerkeziyet anlayışına

¹⁵⁸⁹ Morgenthau, *Politics among Nations*, s. 295.; Chittharanjan Felix Amerasinghe, “Theory with Practical Effects Is International Law neither Fish nor Fowl?: Reflections on the Characterization of International Law”, *Archiv des Völkerrechts*, C. 37, S. 1, 1999, ss. 1-24, s. 17.

¹⁵⁹⁰ Amerasinghe, *Theory with Practical Effects*, s. 17.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*

¹⁵⁹² *Ibid.*, s. 17-18.

dayanmasından bağımsız olarak örgütlenme ulusal alanda, birden fazla merkez olabileceği, merkezi bir biçimde ortaya çıkar. Ancak, uluslararası hukuk yapısal olarak böyle bir örgütlenmenin oluşmadığı, birden fazla otorite kaynağının bulunduğu bir toplumun hukukudur. Yukarıda atıf yaptığımız *Morgenthau*'nun ifadesine burada tekrar değinmek isteriz, uluslararası hukukun özünde devlet egemenlikleri dolayısıyla merkezîleşmemesi¹⁵⁹³ vardır.

İkinci husus ise ilkel hukuk sistemlerinin gelişip modernleşerek ulusal hukuk sistemlerine dönüşmesinin uluslararası hukuktan da beklenen bir gelişim doğrultusu olmasına yöneliktir¹⁵⁹⁴. Kanaatimizce, uluslararası hukukun ilkel bir hukuk sistemi gibi gelişerek merkezîleşmesi, merkezi yasama ve yaptırım araçlarına sahip olması, bugün anladığımızdan farklı bir hukuk alanının ortaya çıkması anlamına gelecektir. Uluslararası hukuka atfedilen özelliklerin birçoğunun ortadan kalkmasından sonra ortaya çıkacak hukuk sistemi bugün bildiğimiz ve anladığımız anlamıyla uluslararası hukuk olmayacaktır¹⁵⁹⁵. Bu nedenlerle uluslararası hukukun farklı karakterinin analizini doğru yapmak ve onu ilkel hukuk sistemleriyle bir tutmamak gerekir. *Dinstein*, uluslararası hukukun eksikliklerini yapısal özellikler olarak kabul etmenin yanlış bir kanı olduğundan söz eder¹⁵⁹⁶; ancak uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki farklılıkları uluslararası hukukun eksiklikleri olarak değerlendirirsek elbette bu yanlış bir kanıya varmak olacaktır. Uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki tüm farklılıkların uluslararası hukuk bakımından bir eksiklik olduğunu düşünmemekteyiz, zira eksikliğin tamamlanması gerekirken farklılık için aynı şey söylenemeyecektir. *Campbell*, uluslararası hukukun kimi yazarların kendisinden beklediği gibi devlet öncesi dönemde ilkel hukukların geçirdiğine benzer bir gelişme kaydetmiş olsa da bunun kayda değer bir benzerlik olmadığı ve bu gelişmenin zorunlu bir istikamet olup olmadığı konusunda açıklık bulunmadığını belirtir¹⁵⁹⁷. Eğer hukuk yaşayan bir kavram ise, evrimin tamamlanmış olduğuna ne ulusal hukuklar ne de uluslararası hukuk bakımından karar verilebilecek, evrimin nihaî sonuçları bilinmediğinden bir kıyaslama da yapılamayacaktır. Sürece ilişkin benzerliklerin sonucun kestirilmesi bakımından yeterli olmaması nedeniyle kanaatimizce uluslararası hukuk sistemi ile ulusal hukuklar

¹⁵⁹³ Morgenthau, *Politics among Nations*, s. 242.

¹⁵⁹⁴ Dinstein, *op. cit.*, s. 31.; Polat, *op. cit.*, s. 66.

¹⁵⁹⁵ Erkiner, *Uluslararası Sorumluluk*, s. 70-71.

¹⁵⁹⁶ Dinstein, *op. cit.*, s. 31.

¹⁵⁹⁷ Campbell, *op. cit.*, s. 193.

arasındaki farklılıklar mutlaka uluslararası hukuk alanının eksikliklerini ifade etmemektedir.

Uluslararası hukukun geçirdiği değişimler arasında en önemli ve etkili olanının Batılı Hıristiyan devletlerin üye olduğu uluslar ailesi hukukundan evrensel topluluğun hukuku olmaya evrilmesi kabul edilir¹⁵⁹⁸. Kanaatimizce özellikle 19. yüzyıl sonrasında uluslararası hukukun pratiği ve teorisi arasında açığa çıkan gerilimlerin çoğu bu değişimin algılanmasına ve uygulanmasına ilişkindir. Hukuk sistemleri ait oldukları toplumun kültürel, tarihî, dinî özelliklerinden etkilenirler, nitekim uluslararası toplumu değiştiren bu evrim, hukuk düzeninin özelliklerini de etkilemiş bulunmaktadır.

Belirli bir olgunluk düzeyine erişen her hukuk sisteminin, insan ilişkilerinin bireyler dışında hukuk kişisi yaratmasından kaynaklanan karışıklıklar dolayısıyla onları hukuken tanımak, haklarını ve yükümlülüklerini düzenlemek bakımından sınındığı¹⁵⁹⁹ belirtilir. Ulusal hukuklar açısından yapılan bu tespit hukuk kişilerindeki ve düzenlenen hukukî ilişkilerdeki çeşitliliğin hukukun gelişiminin bir sonucu olduğunu ortaya koyar. Uluslararası hukukun ilkel bir hukuk sistemi olduğunu düşünmesek de diğerleri gibi gelişmekte olan ancak gelişme hızı ve doğrultusu diğerlerinden daha farklı olabilecek bir hukuk alanıdır. Uluslararası hukukta da kişiliğin değerlendirilmesine sebep olan esas neden hukukun gelişimidir; yeni normatif usûller, hukuken düzenlenen yeni ilişki türleri, uluslararası hukuk kurallarıyla hakları ve yükümlülükleri düzenlenen devletler dışındaki birimlerin varlığı, uluslararası hukukta örgütlenme dolayısıyla bu alanda birbiri ile farklı özelliklerde hukuk kişilikleri ortaya çıkmıştır. Uluslararası hukukun gelişimi bakımından paragraf başındaki ifadenin uluslararası alanda devletler dışında hukuk kişilerinin ortaya çıkması olarak anlaşılması gerekecektir. Buna ek olarak uluslararası alanda esnek hukuk kurallarının ortaya çıkışının ve anayasalcılık eğilimlerinin de uluslararası hukukun gelişiminin sonuçları olduğunu söyleyebiliriz. Uluslararası hukuk merkezî bir biçimde örgütlenmiş olmadığından uluslararası alanda karar alma mekanizmalarında etkin farklı birimler farklı türde hukuk kurallarını ortaya çıkarmıştır, bu anlamda normatif yığılma da hukukun gelişiminin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

¹⁵⁹⁸ Okeke, op. cit., s. 1.

¹⁵⁹⁹ Sir Frederick Pollock, Frederic William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, C. 1, 1898, 2. b, Indianapolis: Liberty Fund, 2010, s. 285.

3. Anayasallaşmanın Etkisi

Uluslararası hukuk kişiliği konusundaki esas tartışma özellikle Giderim Kararı'nda uluslararası örgütlerin fonksiyonel nitelikteki hukuk kişiliklerinin kabulüyle, bireyin hukuk kişiliği üzerine yoğunlaşmıştır. Bireyin uluslararası hukuktaki statüsünü ve insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını uluslararası hukukta anayasallaşma sürecinin bir sonucu olarak kabul eden yazarlar devletin karşısında uluslararası hukukun kazanmış olduğu otoritenin bir göstergesi olarak bu durumu, devletler arasında işbirliği esasına dayanılarak ortaya çıkarılan uluslararası toplumun anayasası olarak ele almaktadırlar¹⁶⁰⁰. Uluslararası andlaşmaların genelinde sinallagmatik bir ilişki olmasa dahi andlaşmanın yararlanıcısı durumunda bulunan taraf devletlerken insan hakları andlaşmalarından doğan hakların yararlanıcısı devletlerin vatandaşlarıdır. İnsan hakları andlaşmaları uluslararası alanda karşılıklılığa dayalı olmayan, norm yaratan andlaşmaların en belirgin örneğidir. Anayasalar genellikle bireysel menfaatlerden ziyade genel menfaatlerin ön plana çıkarılmasına ilişkin olduğundan uluslararası hukukta da objektif kuralların ortaya çıkışı ve bunların iradeden bağımsız oluşları uluslararası hukukta anayasallaşma olarak ele alınmakta; anayasal terimlerin tercih edilmesi ise devletlerin tekil menfaatleri karşısında küresel müşteregin güçlendirilmesini ifade etmektedir¹⁶⁰¹.

İnsan hakları andlaşmalarına atfedilen bu önemin nedeni yapısal olarak karşılıklılık mantığından uzak, amaç odaklı ve kolektivist anlayışın ürünü olmalarından kaynaklanır¹⁶⁰². Bunun yanı sıra uluslararası alanda insan hakları andlaşmaları aracılığıyla bireylerin bilhassa vatandaşı buldukları devletlerden korunması sağlanırken ulusal düzeyde de anayasalar devlet organlarının görev ve ödevlerini belirleyerek bunları sınırlandıran araçlardır. Kurumsal, örgütlü ve politik bir birimin yokluğunda objektif evrensel düzenin temeli doktrinde değişik biçimlerde açıklanmışsa¹⁶⁰³ da uluslararası hukukun anayasallaşmasından, onun devletlerin karşılıklı yahut birleşen-kümülatif iradelerinden farklı bir içeriğe kavuşması anlaşılır.

¹⁶⁰⁰ Kleinlein, op. cit., s. 708.

¹⁶⁰¹ Ibid, s. 711-712.

¹⁶⁰² Martti Koskeniemi, Päivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, C.15, S.3, 2002, ss. 553-579, s. 567.

¹⁶⁰³ Kleinlein, op. cit., s. 708.

Uluslararası hukukta anayasalcı eğilime göre bireylerin uluslararası hukukun kişisi kabul edilmesi, uluslararası hukukun devletlerin iradesi dışında da var olabileceği anlamına gelir. Nitekim bu alanda yalnızca devletler tarafından oluşturulmuş hukuk kuralları bulunmamakta, sistem bazı değerlerin korunmasını hedeflemektedir. Uluslararası hukukun kaynakları arasında kabul edilen hukukun genel prensipleri kimi teorisyen ve uygulamacılar tarafından uluslararası hukukta devletlerin uyuşan iradelerinin dışında da hukuk kurallarının olabileceğini gösteren kaynaklar olarak ele alınmaktaydı. Burada sorun, hukukun genel prensiplerinin kapsam ve etkililik bakımlarından geniş ve özelleştirilmeyi gerektiren normlar olmalarının¹⁶⁰⁴ yanı sıra 1920 tarihli Yargıçlar Danışma Kurulu raporunda değinildiği üzere hukukun genel ilkelerinin devletlerin iç hukuklarında yer alan kurallar olmasıdır. Yani hukukun genel ilkeleri devletlerin etkisinden bağımsız bir biçimde ilkeleşmiş olmak durumunda değildir. Zaten Divan'ın hukuk kişiliği konusundaki kararı da hukukun genel ilkelerinin işletilmesine dayanmamıştır ve sırf bu nedenden olmasa da değerlere dayalı bir karar olmadığından anayasalcı eğilimlerle uyumlu değildir.

Anayasalcı uluslararası hukuk anlayışının dört unsuru bulunur: bunların ilki klasik manada devlet egemenliği anlayışının terk edilmesidir, zira bu anlayışta devlet egemenliği insan haklarından, ihtiyacından ve menfaatlerinden doğmuştur¹⁶⁰⁵. İkincisi devletin rızasının yerine kısmen çoğulcu karar almanın konmasıdır¹⁶⁰⁶. Üçüncüsü anayasal değerleri içeren uluslararası andlaşmaların yapılması, sonuncusu ise uluslararası uyuşmazlıkların çözümünün yarı-zorunlu uluslararası yargı mercileri ile hukukleştirilmesidir¹⁶⁰⁷. Uluslararası alanda anayasallaşma eğiliminin temel göstergeleri olarak bu dört hususu kabul eden yazarlara göre uluslararası alanda anayasallaşma devlet egemenliğini ve buna bağlı sonuçları sınırlandıran bir etkiye sahiptir. Uluslararası alanda devletin ve devletin anayasasının gizemli noktalarını aydınlatma amacının, küresel anayasalcılık ile yerine getirilmesi amaçlanmaktadır¹⁶⁰⁸. Anayasalcı eğilimler, devlet dışı bir anayasalcılığı, küreselleşmenin etkisiyle ortaya çıkan gelişmeleri içerecek uluslararası alanın tümünü kuşatan anayasalcı bir anlayışı

¹⁶⁰⁴ Ibid, s. 715.

¹⁶⁰⁵ Anne Peters, "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 16, S. 2, 2009, ss. 397-411, s. 398.

¹⁶⁰⁶ Ibid, s. 399.

¹⁶⁰⁷ Ibid.

¹⁶⁰⁸ Ibid, s. 402.

savunmaktadırlar¹⁶⁰⁹. Uluslararası hukukta üst değerlerin kabulünü gerektiren anayasalcılıkla uluslararası alanda ortaya çıkan yeni ilişkilerin ve yeni kişilerin ya da birimlerin kapsanması mümkün olmaktadır ve uluslararası hukukun kimi üst değerler doğrultusunda şekillenmesi gerekmektedir.

Uluslararası hukukun kişilerinin belirlenmesinde veya bu alanda haklara ve yükümlülüklerle, işlevlere sahip olmasına rağmen kişi olduğu açıkça ifade edilmemiş birimlerin kapsanmasında anayasalcılık eğilimleri öne çıkar. Zira, ulus devletin egemenliğini aslında devleti oluşturan toplumun egemenliği olarak anlamakta ve bireyin uluslararası hukuk kişiliğini kabul etmektedirler. Bu durumda onlara göre uluslararası toplumun da devlet kavramından bağımsız olarak bir anayasası bulunabilecektir. Devletin uluslararası hukuktaki konumunu ise çift yönlü olarak anlarlar, yani devletin uluslararası hukukta hem hakları ve yükümlülükleri hem de yetkileri bulunmaktadır; örneğin, uluslararası örgütler özelinde hem bunların organlarının bir kısmını oluşturduklarını hem de bunlar dışında uluslararası hukukun öznesi olduklarını belirten *Peters*'a göre üye devletler ikili bir rol oynamaktadırlar¹⁶¹⁰. Anayasalcılık bu yönleriyle uluslararası alanda devlet önceliğini reddeden ve bunun ikili rolünü benimseyen bir yaklaşım olarak hukuk kişiliği anlayışını dolaylı yönden de etkilemektedir.

4. Hukukî Kesinlik Eksikliği-Belirsizlik

Klasik uluslararası hukukun güncelliğini yitirmesiyle hukuk kişiliğine özne odaklı bir yaklaşım yerine hukukî ilişki odaklı bir yaklaşım tercih edilmiş, hatta uluslararası hukuk kişiliğinin terimsel olarak yetersiz olduğu kabul edilerek kişi yerine katılımcı gibi farklı terimler kullanılmaya başlanmıştır¹⁶¹¹. Uluslararası hukuk kişiliği kavramının terk edilmesi uluslararası hukukun değişimi -hatta evrimi- sonunda orta çıkan şartlara uyum sağlamak için gerçekleşmiştir. Ancak bunun bedelinin hukukî kesinliğin kaybedilmesi olduğu¹⁶¹² ifade edilir. Uluslararası alanda hukuk kişiliği kavramının terk edilmesinin, uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin sorunları ortadan kaldırmayacağına ilişkin kanaatlerimizi belirtmiştik. Bunun yanı sıra herhangi bir hukuk

¹⁶⁰⁹ Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, C. 19, S. 3, 2006, ss. 579-610, s. 580.

¹⁶¹⁰ *Ibid*, s. 595.

¹⁶¹¹ Walter, *Subjects of International Law*, p. 28,

¹⁶¹² *Ibid*.

alanında olduğu gibi uluslararası alanda da hukukî kesinliğin kaybı hukuk alanı dışına çıkmayı gerektiren bir özellik olarak anlaşılabilir. Ancak uluslararası hukuk için hukukî kesinlikten yoksunluk, ilkel bir hukuk alanı olduğu iddialarına da destek verebilecektir, nitekim ilkel hukuk alanlarının özellikleri arasında hukukî kesinlikte eksikliklerin bulunması gösterilmiştir.

Koskenniemi'ye göre hukukî kesinlik arayışında olan hukukçu, buna ulaşabilmek için hukukî bilgi konseptini yeniden değerlendirmek zorunda kalabilecektir¹⁶¹³. Bilginin ortaya çıkış yollarından somutlaştırmanın ve eleştirel yaklaşımın bu bağlamda birbirinden ayrılması gerekmektedir; bunların ilki sosyal aktörün-hukukçunun insan yaratısı olan bir durumu bu yaratının dışında, kendi otonom gücü üzerinden ele almasıdır¹⁶¹⁴. Yazar bunu somutlama hatası olarak adlandırır. Örnek olarak bir uluslararası hukukçunun normun geçerliliğini onun mantıksal özelliğine, harici bir değer yasasına veya bir davranış kalıbına bağlamasını verir¹⁶¹⁵. Somutlama hatası normun kendisine bir hukuk kuralı olduğundan değil, onun temelindeki mantığa, değer yasasına, davranış kalıbına mantıklı, ahlâklı yahut yüce olduğu için geçerlilik tanıdığından eleştirilmektedir. Bir normun, onu ortaya çıkaran şartlar dahilinde ele alınması ve bunlar doğrultusunda değerlendirilmesi onun somutlama hatasına düşülmeden uygulanmasını sağlar ve böylelikle ilgili hukuk normu, kendisini ortaya çıkaran şartların belirlediği amaca uygun bir hukuk düzenlemesi olacaktır. Normun belirliliği onun uygulanması ile sağlanmış olacaktır. Ancak belirtmek isteriz ki hukuk normuna hukuk kuralı olduğu için işlerlik tanınması onun temelindeki mantık ilkesinin yahut değer yasasının göz ardı edildiği anlamına gelmez. Eleştirel hukukçunun kendi argümanının neden daha uygulanabilir olduğunu ispatlaması ve bunu yaparken somutlama hatasına düşmemesi gerekir¹⁶¹⁶.

Uluslararası hukuk normları arasında hukuk kişiliğini düzenleyen normun bulunmaması, bu hukuk alanında hukuk kişisi olmadığı anlamına gelmemektedir. Hukuk kişilerine ilişkin normların varlığı nedeniyle hukuk kişiliğine ilişkin çıkarımlarda elde edilen veriler değerlendirilmelidir. Objektif ilkeler ve doğal sosyal kurallar işlevsiz

¹⁶¹³ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue with a New Epilogue, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 537.

¹⁶¹⁴ Ibid.

¹⁶¹⁵ Ibid, s. 537-538.

¹⁶¹⁶ Ibid, s. 539.

kaldığında veya ortadan kalktığında normatif problem çözme sadece yorum yöntemi ile yapılamayabilir; mevcut sosyal uyumsuzluk ile ilgili yeni ve alternatif çözüm yollarının tasarlanması gerekir, ki bu hukukun bilinç dışında kalan bir alan olduğunun reddinin de sonuçlarındandır¹⁶¹⁷. Yorumun burada işlevsiz kalmasının en önemli nedeni yorum yapılacak normun bulunmamasıdır. Yorum yöntemine ilgili soruna ilişkin hukuk normlarının var olması ancak bunların yeterince açık olmamasında yahut doğrudan ilgili olayı düzenlemeyen normlarda norm ile sorun arasında ilişki kurulmasında başvurulur. Bu halde normatif problemleri çözme yeteneğimiz, devlet veya uluslararası bir topluluk olmanın doğasından haklar ve yükümlülükler çıkarsamamıza yarayan teknik yeteneğimize değil çatışmaya alternatif bir sosyal dünyayı tasavvur etmemize, böyle bir düşünme gücüne sahip olmamıza; çatışmayı çözecek alternatif yolları ortaya çıkarmamıza bağlıdır¹⁶¹⁸. Bu halde hukukçunun-sosyal aktörün yapması gereken yahut da ondan beklenen teknik yöntemlerin kullanılması değildir; onun yapması gereken söz konusu çatışmayı çözemeyen mevcut normlara alternatif bir hukukî kurguyu oluşturabilmesidir. Böylelikle yazar hukukçuyu, yorum yaparak da olsa yalnızca hukuk kurallarını sosyal olaya uygulayan biri değil, olayı çözecek alternatif hukuk kurallarını ortaya koyan biri olarak betimlemektedir¹⁶¹⁹. Yazarın, hukukun uygulanması alanına tasarlama yeteneği ve alternatif kavramlarını dahil etmesiyle hukukçu(buradaki hukukçu sosyal çatışmayı ele alan birim olarak anlaşılmalıdır) artık belli ölçüde hukuku yaratmaktadır. Hukuk kurallarının olaya uygulanması ile sorunun çözülemediği hallerde hukukun yapıcısı ile uygulayıcısı arasındaki ayrım ortadan kalkmaktadır. Böylece hukukî belirliliğin sağlanabilmesi için bazı normatif koşullarda sosyal aktörün hukuk yaratması bir gereklilik olarak anlaşılmalıdır. Uluslararası hukuk kişiliği için farklı bir anlamı benimsemek suretiyle de alternatif hukuk kurallarının ortaya konması mümkündür. Bu türden bir değişiklik kritik uluslararası hukukçularca (sosyal aktörlerce) yapılabilecektir.

Morgenthau, uluslararası hukukta karşılaşılan hukukî kesinlik eksikliklerini uluslararası yasamanın dolayısıyla uluslararası hukukun merkezîleşmemiş olmasına bağlamaktadır¹⁶²⁰. Ancak yazarın açıklamalarından anlaşılan uluslararası hukukta

¹⁶¹⁷ Ibid, s. 557.

¹⁶¹⁸ Ibid, s. 558.

¹⁶¹⁹ Ibid, s. 561.

¹⁶²⁰ Morgenthau, *Politics among Nations*, s. 298-299.

yasamanın merkezîleşmesinden ziyade yasamanın bağlayıcılığının ve zorunluluğunun olmamasından kaynaklanan sistemi eleştirdiğidir¹⁶²¹; zira uluslararası hukukta merkezî bir yasama olsa dahi devletler üzerinde bir otorite bulunmadığından bir uluslararası andlaşmayı yapmaya yahut da bir teamül kuralını kabule zorlanamayacaklarından normatif yığılma gerçekleşmemektedir. Uluslararası hukukun temel eksikliklerinden birinin hukukî kesinliğin bulunmaması olduğu konusunda uluslararası hukukun ulusal hukuklara göre kesin bir biçimde daha az hukukî kesinliğe sahip olmadığını belirten *Jovanović*, mutlak hukukî kesinliğin mümkün olmadığını ve hukukî kesinliğin bir var yok meselesi değil dereceli bir husus olduğunu belirtir¹⁶²². Bu durumda uluslararası hukukun ulusal hukuk alanlarına nazaran daha az kesinliğe sahip olduğunun tespit edilmediği ve hukukî kesinliğin gri bölgelerinin bulunduğu söylenebilecektir. Bunun yanı sıra bir hukuk düzeninde hukukî kesinliğin tamamen ortadan kaldırılmasının istenmeyen yan etkilere sebep olabileceği ve gerçekçi bir hedefin ilgili hukuk alanında mümkün olan en yüksek seviyede hukukî kesinliğin sağlanması olduğu ifade edilir¹⁶²³. Yazar, uluslararası hukukun kesinlikten yoksun olması ile merkezî olmaması arasındaki bağlantıyı böylece reddetmiş olmaktadır, zira merkezî hukuk alanlarında da hukukî kesinliğin bulunmaması mümkün olabilecektir.

Morgenthau uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcılığını eksik görmekte, bunu da uluslararası hukukun merkezî olmamasına bağlamaktadır¹⁶²⁴. Uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcılığı konusunda söyleyeceklerimiz hukuk kurallarının bağlayıcılığı hakkında söyleyeceklerimizden çok da farklı değildir. Tüm hukuk alanlarında olduğu gibi bir hukuk kuralının bağlayıcılığı onun lafzından, bulunduğu kaynağın niteliğinden anlaşılabilir ve bunlara uyulmaması uluslararası hukukun ihlal edildiğini gösterir. Ancak bunlara uyulmaması karşılığında yaptırımın uygulanmaması meselesi, bu kuralların bağlayıcılığından farklı bir meseledir. Uluslararası hukukun varlığına yönelik tartışmaların büyük çoğunluğu uluslararası hukuka uyulmamasının sonuçları yani uluslararası hukukta yaptırım meselesinde toplanır, zira uluslararası toplum ile ulusal toplumların yapısal farklılıklarını gözden kaçırınlar bu alanda yaptırımların da ulusal

¹⁶²¹ Ibid, s. 300-302.

¹⁶²² Miodrag A. Jovanović, *The Nature of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 231.

¹⁶²³ Ibid, s. 231.

¹⁶²⁴ Morgenthau, *Politics among Nations*, s. 301.

alanlardan farklı bir biçimde ortaya çıkacağını göz ardı etmektedirler¹⁶²⁵. Bizim bu konuya girmek gibi bir niyetimiz yok ise de burada *Morgenthau*'nun değindiği noktaların, yani hukuk kurallarının bağlayıcılığı ile bunların yaptırımının, birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtmek isteriz, biri diğerinin sonucu olarak ortaya çıksa da birbirine özdeş iki kavram değillerdir.

Uluslararası hukukun ilkel olup olmadığını belirlerken uluslararası ilişkiler ve hukuk arasındaki ilişkiyi ele alan yazarlar üç görüş ileri sürmüştür¹⁶²⁶; bunların ilkinine göre hukuk ortak amaçların yerine getirilmesi için bir politikanın seçilip uygulanmasıdır. İkinci görüş, genel olarak hukukî buyruklar ile diğer normlar arasında bir ayırım yapar; buna göre hukuk işlevsel olarak bir sorunun çözümüne odaklıdır ve çatışmaları şiddete dayanmayan bir yöntemle çözer; uluslararası ilişkiler ile hukuk arasında yapılacak ayırmada mantık kuralları işletilecektir¹⁶²⁷. Son görüş hukuku diğer normatif sistemlerden ayıran altı özellikten söz eder; bunlar bir kimsenin karar almada rehberlik kabul etmesi, ilke, kural ve resmî politikalara uygun davranma, resmî kural ve politikaların uygulanmasında iyiniyet ilkesine uygunluk, bir durum özelinde çatışan kural, ilke ve politikalarından birine üstünlük tanıyan prosedürün varlığı, karar almada rehberlik kabul etme ile bağlantılı olarak takdir yetkisinin sınırlandırılması ve yargılamaya esas prosedürün tarafların kendi lehlerine kanıt ve argüman sunmalarını sağlayacak tarafsızlıkta olmasıdır¹⁶²⁸. Hukukun karakteristiğini ortaya koyan bu görüşlerden özellikle son ikisini tamamlayacak bir yaklaşım önerisi olarak *Amerasinghe* sürekli, *ad hoc* yahut zorunlu olmasına bakılmaksızın yargı mercileri tarafından tanınan kuralların hukuk kuralları olduğunu ileri sürer¹⁶²⁹. İlgili yargı mercileri kuralı hukuk kuralı olarak tanımalıdır, önündeki olaya uygulayıp uygulamaması önemli değildir, zira kanunlar ihtilafı kuralları yahut da spesifik olaya uygulanabilir olmaması nedeniyle yargıç kuralı önündeki olaya uygulayamasa/uygulamasa dahi ilgili kuralı bir hukuk kuralı olarak kabul ettiği takdirde kural hukukî karakteristiğe sahip olmuş olacaktır. Burada *Amerasinghe*, *Koskenniemi* gibi yargıcın hukuku yarattığını ortaya koymaz, yargıç hukukî sorunun çözümü için alternatif bir yöntem oluşturmak yerine kaynağına bakmaksızın herhangi bir kuralı önündeki davaya uygulayıp tanıyarak hukuku

¹⁶²⁵ Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, ed.Reşat Volkan Günel, 7. b., İstanbul: Beta Basım, 2014, s. 11.

¹⁶²⁶ Amerasinghe, *Theory with Practical Effects*, s. 19.

¹⁶²⁷ Ibid.

¹⁶²⁸ Ibid.

¹⁶²⁹ Ibid, s. 22-23.

yaratmaktadır. Yargı mercii bu noktada hukuk kuralını yaratmamakta ona ilgili hukuk âlemi içerisinde bir hüviyet vermektedir.

Uluslararası hukuk ile uluslararası politika sıkı bir etkileşim içindedir ve bu normaldir; uluslararası hukuka, aslında güncel uluslararası hukukun kurumlarına, getirilecek ilkellik eleştirisi kanaatimizce bu etkileşimi belirli düzeye indirecek, sınırlandırarak gelişmeler üzerine odaklanmalıdır. Uluslararası hukukun uluslararası politikadan daha az etkilenen alanlarında ortaya çıkan kural ve prosedürlerin geliştirilerek diğer alanlarda da kabul görmesinin uluslararası hukuku modernleştireceği, başka bir deyişle ilkellikten uzaklaştıracağı, düşünülmektedir.

Uluslararası hukuk kurallarının çoğunun arka planlarında yer alan aynı yahut birbirini tamamlayan menfaatlerin formüle edilmesinden oluştuğu; bu nedenle de genellikle zorunlu bir icra aracına ihtiyaç duymadan, gönüllü bir biçimde icra edildiği belirtilir¹⁶³⁰. Ancak bazı hallerde, tarafların iradelerine dayanan uluslararası hukuk kurallarına uyulması, bunu kabul eden devletlerin gerçekte sahip oldukları güçle açıklanmaktadır¹⁶³¹. *Morgenthau*'nun uluslararası hukuka uyma ve icra edilirliliğin gönüllülüğü konusundaki bu yaklaşımına belli ölçüde katılmaktayız; politik baskılar nedeniyle bir uluslararası hukuk normuyla bağlanan devletler arasındaki gücün dengede olduğu durumlarda uluslararası hukuk normlarının ihlal edilmesi bizce de tarafları arasında güç dengesi bulunmayan uluslararası hukuk normlarının ihlal edilmesinden daha zor olacaktır. Bunda uluslararası hukuku yapma prosedürünün merkezî olmamasından ziyade uluslararası normların icrasında tarafların uluslararası hukukun organı olarak hareket etmeleri gereği de etkilidir.

Uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin ise genel ve soyut, kategorik bir norm bulunmadığından ancak uluslararası hukukun kişilerine ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğundan bu durumun bir hukukî kesinlik eksikliği olabileceği düşünülebilir. Uluslararası hukuk kurallarında kesinlik eksikliği yahut belirsizliğin çeşitli nedenleri olabileceğinden ve bunun kuralın uygulayıcısı yahut da yargı mercii tarafından belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin hususlara değindik. Hukukî kesinlik sadece uluslararası hukukun bir sorunu olmasa da uluslararası hukukun ulusal hukuklar

¹⁶³⁰ Morgenthau, *Politics among Nations*, s. 313.

¹⁶³¹ *Ibid*, s.313.

ölçüsünde kurumsallaşmamış olması, bu alandaki kesinlik eksikliklerini ve belirsizlikleri daha görünür hale getirebilmektedir.

5. Uluslararası Hukuk Normlarının Uluslararası Toplumun İhtiyaçlarına Cevap Vermesi

Uluslararası hukukun, temel düsturlarından biri ahde vefa ilkesi olan, cebrî değil akdî ve türeme nitelikli bir sistem olduğunu ileri süren *Ross*'un uluslararası hukukun öznelere bireyler değil kendi kendini yöneten devletler olduğu müddetçe var olmaya devam edeceği¹⁶³² ifadesine daha önce de atıfta bulunmuştuk. Burada yazarın kastettiği, uluslararası hukukta bireylerin hukuk kişisi olamayacakları konusunda açık bir ifade dışında, gelişime açık olan bu hukuk alanının yapısal niteliğidir. *Ross*'a göre, egemen devletlerin taraf olduğu sözleşmelerle ortaya konan uluslararası hukukun sözleşmesel niteliği ortadan kalktığında artık farklı bir hukuk alanı söz konusu olacak, özünü oluşturan özellik kaybolacaktır¹⁶³³. *Çağırın* da uluslararası örgütlerin, uluslararası sistemin kurumsallaşması yönündeki etkilerine rağmen her zaman uluslararası alanda ilişkisel boyutun bulunmaya devam edeceğini belirtir, zira aksi halde uluslararası nitelenmesi geçerliliğini yitirecektir¹⁶³⁴. Ancak elbette tüm hukuk sistemleri gibi uluslararası hukuk da değişmiştir. Belirtilen özellikleri taşımaya devam etse de bunlara eklenen birçok farklı özelliği de bünyesinde taşımaktadır.

Uluslararası toplumdaki dönüşümün hukukî sonucu olarak uluslararası hukukun güncel durumlara uyum sağlaması, eski ve aslında köklü kavramlarının yeniden tanımlanması gerekebilecektir. Buna örnek olarak, geçmişte ulusun hukuk ile sınırlandırılmamış özgür iradesi olarak tanımlanmakta olan egemenlik kavramının bugünün toplum menfaati veya dayanışma kavramları ile ve bireyin uluslararası hukukun öznesi oluşu ile bağdaşmaması¹⁶³⁵ gösterilebilir. Ancak bu bağdaşmama uluslararası alanda egemenlik kavramının ortadan kalktığı ya da kaldırılması gerektiği anlamına da gelmemektedir. Egemenlik, uluslararası toplumun bugünkü şartları dahilinde yeniden tanımlanmaktadır. Artık uluslararası hukukta egemenlik ile kastedilen

¹⁶³² *Ross*, op. cit., s. 54.

¹⁶³³ *Ibid*, s. 53-54.

¹⁶³⁴ *Çağırın*, op. cit., s. 14.

¹⁶³⁵ *Jessup*, op. cit., s. 41.

kabaca uluslararası hukuktan başka hiçbir otoriteye bağılı olmamadır¹⁶³⁶. Özellikle ‘Koruma Sorumluluğu’ kapsamında egemenliğin devletin sorumluluğunu vurgulayacak biçimde yeniden tanımlandığı tartışılmaktadır¹⁶³⁷.

Uluslararası hukuk normları normal olarak uluslararası toplumun beklentilerinden ve eğilimlerinden etkilenmektedir. Hukuk ve toplum arasındaki bağlantının doğal sonucu olan bu durum, uluslararası alanda etkinlik sahibi birimlerin nitelikleriyle şekillenir. Uluslararası hukukun kişisi olup olmamalarından bağımsız olarak uluslararası alanda etkili olan birimlerin sayıca artması ve nitelik olarak çeşitlenmesiyle klasik uluslararası hukuk normları dışında da uluslararası normlar ortaya çıkmıştır. Bu durum yalnızca uluslararası alanda meydana gelen değişimlerden kaynaklanmaz. Nitekim çalışmamızın ilk bölümünde de değindiğimiz üzere uluslararası hukuk içinde bulunan dönemin genel politik ve ekonomik koşullarından etkilenmektedir.

Küreselleşme, ulusal, ekonomik, kültürel, politik vb. alanları etkilediği gibi uluslararası alan da bu etkiden nasibini almış ve bu etkinin başlıca sonuçları uluslararası hukukta yeni öznelerin tanınması, uluslararası hukuk yapımında yeni eğilimlerin ortaya çıkması, devletin rol ve statüsünde değişikliklerin meydana gelmesi olmuştur¹⁶³⁸. Uluslararası alanın, uluslararası örgütlerin ortaya çıkışı ve uluslararası hukukun bir öznesi oluşuyla, hükümetler dışı uluslararası örgütlerin istisnaen de olsa uluslararası hukukta *de facto* etkililiğe sahip olmasıyla ve bireylerin uluslararası hukukta insan hakları ve insancıl hukuk alanlarında sınırlı ve türeme özne oluşuyla girdiği çeşitlenme süreci uluslararası hukukun küreselleşmesi olarak ifade edilebilecektir¹⁶³⁹. Küreselleşme fenomeni günümüzde eskisi kadar görünür bir değişim aracı olmasa ve zaman içerisinde ivmesini yitirse de neden olduğu dönüşümler uluslararası alanda karşılıklılığın, devletler arasında işbirliği ve dayanışmanın yeni uygulamalarını ortaya çıkarmış; bu doğrultuda uluslararası hukukta örgütlenme artmış, devlet dışı birimlerin statüleri güçlenmiş ve

¹⁶³⁶ Çelik, op. cit., s. 207-210.; bu konuda Christian Tomuschat, “How the Classical Concept of Sovereignty has Evolved”, *The International and the National: Essays in Honour of Vojin Dimitrijević*, ed. Milica Delević Đilas, Vladimir Đjerić, Belgrad: Belgrade Center for Human Rights, 2003, ss. 21-34.

¹⁶³⁷ Reçber S., op. cit., s. 189-199.

¹⁶³⁸ Jost Delbrück, “Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, C. 11, 2001, ss. 1-36, s. 21-34.

¹⁶³⁹ Ibid, s. 17-18.

esnek hukuk kurallarına daha fazla başvurulmaya başlanmıştır. Değişimin ana başlıkları olarak uluslararası hukukun öznelere, hukuk yaratma yöntemleri ve kurumsallaşma belirtilmektedir. Hükümetler dışı uluslararası örgütler bünyesinde kurulan sistemlerin hukukîliği tartışılrsa da fonksiyonlarının inkâr edilmesi güçtür, BM çerçevesinde oluşturulan devletin devlette temsiline dayalı sistem, ulusal ve uluslararası uyumsuzlukların en güçlü etkenlerini yansıtmaktan uzak olduğundan hükümetler arası uluslararası örgütler uluslararası alanın biçimsel sistemi ile yeni aktörleri arasında bir köprü vazifesi görmektedirler¹⁶⁴⁰.

Uluslararası alanda yaşanan özellikle bireylerin dahil edilmesine, statü kazanmasına ilişkin gelişmelerin uluslararası hukukun hukukî karakterine etkisi de oldukça önemli bir husustur. Uluslararası hukukun “hukuk” olup olmadığı sıkça tartışılan bir konudur. Uluslararası hukukun gerçekte bir hukuk alanı mı yoksa politik irade ve uzlaşma alanı mı olduğu sorusunun cevaplanması yalnızca akademik bir uğraş değildir; başlarda devletler ve benzeri birimler arasındaki ilişkileri düzenlerken şimdi bireyleri de kapsadığından bir hukuk alanı olarak mı karakterize edileceği yoksa bireylerin alana dahil edilmesinin ahlâkî alanın genişletilmesi olarak mı anlaşılması gerektiği belli ölçüde pratik öneme sahip kabul edilmiştir¹⁶⁴¹. Uluslararası hukuku bir hukuk sistemi olarak düşünmek gerekir, ancak bunun nedeni bireylerin uluslararası hukukun kişisi olması, uluslararası hukukun artık onları da kapsayan düzenlemeler içermesi değildir. Uluslararası hukukun sistemsal olarak elinde bulunan araçlar ile onun bir hukuk sistemi olup olmadığının değerlendirilmesi mümkündür; bu da amaçsal bir birlik oluşturan normların ve bunlar arasında ilişki kuran ilkelerin varlığı ile tespit edilebilir¹⁶⁴². Bireylerin statü kazanmasına bağlı olarak uluslararası hukukun gerçekte bir hukuk alanı olmamaktan bir hukuk alanı olmaya evrilmesinden, ya da tam tersinden, söz edilemeyecektir, bir hukuk alanının tespit edilmesini sağlayan onun işlevine yönelik sistemsal kuralların varlığıdır. Ancak bireylerin uluslararası alana dahil edilmesi, uluslararası alanda devletlerin karşılıklı iradelerinden doğanların ötesinde

¹⁶⁴⁰ Ruth Wedgwood, “Legal Personality and the Role of Non-Governmental Organizations and Non-State Political Entities in the United Nations System”, *Non-State Actors as New Subjects of International Law: International Law-From the Traditional State Order Towards the Law of the Global Community*, ed. Rainer Hofmann, Berlin: Duncker und Humblot, 1999, ss. 21-36, s. 33.

¹⁶⁴¹ Amerasinghe, *Theory with Practical Effects*, s. 2.

¹⁶⁴² BM, GenK, Uluslararası Hukukta Bölümlenme: Uluslararası Hukukun Çeşitlenmesi ve Genişlemesinden Doğan Güçlükler, Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışma Grubu Raporu (Martti Koskenniemi tarafından neticelendirilmiş)(A/CN.4/L.682) (13.04.2006), s. 25, p. 36.

kuralların varlığı, uluslararası hukukun kapsadığı hukukî ilişkiler bakımından genişlemesi ve anayasallaşma gibi sonuçlarla birlikte değerlendirilebilecek bir husustur. Bunların bir kısmı hukukun belli değerleri korumayı hedefleyen bir sistem olduğuna, bir kısmı da hukukun biçimsel bir araç olduğuna ilişkin olabilir.

Uluslararası hukuk ve devlet arasındaki ilişki, her zaman uluslararası hukukun temel meselelerinden biri olduğundan uluslararası hukuktaki değişimin bu ilişkiye etkileri oldukça önemlidir. Uluslararası hukuk ve devlet arasındaki ilişkiye dair *Mugerwa*'nın bundan 50 yıl önceki şu tespiti kanaatimizce oldukça isabetlidir: “Uluslararası hukukun öncelikli fonksiyonu devletler arasındaki ilişkileri düzenlemek olarak kalsa da bugünün uluslararası hukuku artan bir biçimde uluslararası örgütler ve birey ile ilgilenir. Bu nedenle uluslararası hukukun öncelikli ilgi alanı devletler ise de tek ilgi alanı bu değildir; devletin hukukun öncelikli ilgi alanı olmasının nedeni uluslararası hukukun kaynağını devletin varlığına borçlu olması ve devletin uluslararası hukukun kişisi olmaktan kaynaklanan tüm yeterliliklere sahip olmasıdır.”¹⁶⁴³. Yazarın, devletin uluslararası alandan kaynaklanan tüm kapasiteye sahip olması ve devleti uluslararası hukukun mutlak kaynağı olarak ele alması tartışılabilir olsa da uluslararası hukukun artan biçimde uluslararası örgütler ve bireyler ile ilgilendiğini tespit etmesi önemlidir.

Uluslararası hukukun değişen karakteristiği doğrultusunda bu alanda yeni ve ‘normal’ olanlar arasında bulunmayan uluslararası hukuk kişileri ortaya çıktığını kabul etse de *Friedmann*, devletlerin uluslararası hukukun ayrıcalıklı ve öncelikli kişisi olarak kalması gerektiği görüşündedir¹⁶⁴⁴. Ona göre, uluslararası hukuk devletlerin bir arada var olabilmelerine dayandığından uluslararası hukuktaki temel nitelikli bir değişim de ancak onların olumlu ya da olumsuz hareketleriyle mümkün olabilecektir¹⁶⁴⁵. Uluslararası hukuk alanında birçok yazarın devletin tek değil ancak ayrıcalıklı, normal, öncelikli uluslararası hukuk kişisi olması gerekliliğine yahut da olduğu tespitine değinildi ve biz de bunlarda asgari derecede de olsa haklılık payı bulunabileceğine dair kanaatlerimizi ifade ettik. Ancak küreselleşmenin sonucunda ortaya çıkan yeni toplumsal bağlamın ikincil hukuk kişiliğinin artık bireyin uluslararası hukuktaki statüsü

¹⁶⁴³ Mugerwa, op. cit., s. 249.

¹⁶⁴⁴ Friedmann, *Changing Structure*, s. 213.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*; Jessup, op. cit., s. 17.

için kabul edilebilir bir çözüm olmadığını belirtilmektedir¹⁶⁴⁶. Burada yazarın ikincil hukuk kişiliği ile ifade ettiği devletin özgün, asıl, orijinal veya tam olarak nitelendirilen üstün hukuk kişiliği karşısında devletler dışındaki birimlerin sahip olduğu hukuk kişiliğidir. İkincil ifadesiyle, devletler dışındaki birimlere atfedilen sınırlı, kısmî hukuk kişiliğine nazaran zannederiz ki devlete atfedilen uluslararası hukuk kişiliği bakımından üstünlük daha açık bir biçimde ortaya konmaktadır. Devletin aslî ve orijinal kişiliğinin hukuk kişiliğine değil, devletin uluslararası alandaki etkililiğine, devletin uluslararası alandaki ikili karakterine, ilişkin bir özellik olarak anlaşılması daha uygun olacaktır. Devletler uluslararası hukukun şekillenmesinde en etkili birimleri oluştursalar da çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz gibi artık uluslararası hukukta birlikte var olmayı aşarak işbirliği aşamasına geçmişlerdir¹⁶⁴⁷. Birlikte var olabilmeyen birincil amacı karşılıklı diplomatik ilişkiler kurma ve ulusal egemenliğe karşılıklı saygı duyma idi¹⁶⁴⁸. Bu geleneksel katmana, çağdaş gereklilik ve gelişmeler doğrultusunda yeni alanlar eklenmiş ve uluslararası alanda işbirliğini gösteren uluslararası anlaşmalar ve uluslararası örgütler ile ortaya pozitif kurallar çıkmıştır¹⁶⁴⁹. Uluslararası hukukun yapısı, uluslararası örgütler hukukunun ortaya çıkışından etkilenmiştir. Uluslararası örgütleri kuran uluslararası anlaşmalar devletler arasında ve dolayısıyla uluslararası hukukta yalnızca sözleşmesel bir ilişki kurmanın ve tarafları bağlayan hukuk kuralları ihdas etmenin ötesine geçerek “kalıcı ve organik bir ‘şey’”¹⁶⁵⁰ yaratmışlardır¹⁶⁵¹. Bu kalıcı ve organik ‘şey’, uluslararası örgüt, uluslararası hukuku dönüştürmekte, yapısal özelliklerine etki ederek uluslararası alanda devletler dışındaki birimlerin de belirli yetkilerinin bulunduğunu kanıtlamaktadır¹⁶⁵². Uluslararası örgütlerin dahil olmasıyla uluslararası alanın hukukî-siyasî bir zemine kavuştuğu, bunların devletlerden belli ölçüde bağımsız olmasının uluslararası alana kurumsal boyut kazandırdığı belirtilmektedir¹⁶⁵³. Uluslararası hukukçuların, uluslararası örgütleri yorgun ve geleneksel kişilik metaforu ile açıklamalarına rağmen uluslararası örgütlere üye olan devletlerin, bunlarda çalışan yahut da bunlara hizmet veren bireylerin, bunlar üzerine

¹⁶⁴⁶ Barbara, op. cit., s. 38.

¹⁶⁴⁷ Nijman, The Concept of, s. 339.

¹⁶⁴⁸ Friedmann, Changing Structure, s. 60.

¹⁶⁴⁹ Ibid, s. 61-62.

¹⁶⁵⁰ Arnold D. McNair, “The Functions and Differing Legal Character of Treaties”, *British Yearbook of International Law*, C. 11, 1930, ss. 100-118, s. 117.

¹⁶⁵¹ Bederman, The Souls of, s. 356.

¹⁶⁵² Ibid, s. 353-358.

¹⁶⁵³ Çağırın, op. cit., s. 13.

çalışmalar yapan deneysel ve kuramsal akademisyenlerin bunları ‘topluluklar¹⁶⁵⁴’ olarak ele aldığı belirtilir¹⁶⁵⁵. Kurulan bu yeni organik ve daimi birimler uluslararası hukukta kişilik sahibi olup olmadıklarından daha önemli bir şeye sebep olmaktadır. Zira uluslararası örgütlenme ile uluslararası hukuk kişiliğinin ötesinde uluslararası hukukun temel sistemsel özelliklerinin değiştiği, uluslararası hukukun karşılıklılığa dayalı sözleşmesel bir sistem olmaktan çıkarak uluslararası karar alma mekanizmalarında devlet dışı bir birimin etkinlik kazandığı savunulmaktadır. Söz konusu değişiklik, yeni bir uluslararası hukuk kişisinin ortaya çıkmasından çok daha kapsamlı etkileri olan bir değişiktir. Bu hususta *Toluner* ise, “çağımızın teşkilatlar çağı” olarak adlandırılmasını sağlayacak sayıda uluslararası örgütün varlığına rağmen bunun uluslararası hukuk ilişkilerinde yapısal değişimi sağlayacak ölçüde olmadığını belirtir, zira bunların amacı halen işbirliği yapmak gibi “mütevazi” bir amaçtır¹⁶⁵⁶.

Friedmann’a göre uluslararası hukukun yönünü belirleyen şey devletlerin karşı karşıya kaldıkları ihtiyaçlar olmaktadır; devletler uluslararası ilişkilerin gerektirdiği ilişki biçimlerini buna göre yeniden düzenlemektedir¹⁶⁵⁷. Bu doğrultuda devletlerin uluslararası alanda uymaları gereken kurallar daha çok iç işlerine karışmama, müdahale etmeme gibi negatif kurallardan oluşuyor ise devletlerin birlikte var olmasından söz edilir; ancak devletler uluslararası alanı işbirliği yöntemi ile şekillendiriyor iseler bu durumda devletler arasındaki iletişim kanalları açıktır ve eş güdüm içerisinde çalışan farklı birimler ortaya çıkarırlar¹⁶⁵⁸. Bu nedenle *Friedmann*’a göre uluslararası hukukta, biçimsel anlamda, devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukuk kişiliği yolunu açan genel olarak işbirliği araçları ve uluslararası örgütler olmaktadır¹⁶⁵⁹. Uluslararası hukukta yalnızca andlaşma ve teamül kurallarına başvurulmasının ötesine geçilerek hukukun genel prensiplerine de başvurulmasının uluslararası hukuku bir kurallar dizisi yerine bir hukuk sistemi yaptığına değinmiştik. Bu minvalde uluslararası hukukta gelişen işbirliği ihtiyacının da uluslararası hukukun hukuk sistemi oluşuna etki ettiğini

¹⁶⁵⁴ Bederman, *The Souls of*, s. 371-372.: Burada topluluk ile ifade edilen, Gierke’nin mutlak egemenlerin sözleşmesel ilişkilerinden sıyrılmış, devlet ve bireylerin birlik temeline dayalı, fikir teatisi ve politikaların uyumlaştırılması amaçlarına hizmet eden merkezlerdir.

¹⁶⁵⁵ *Ibid*, s. 371.

¹⁶⁵⁶ *Toluner*, op. cit., s. 5.

¹⁶⁵⁷ Wolfgang Friedmann, “The Changing Dimensions of International Law”, *Columbia Law Review*, C. 62, S. 7, 1962, ss. 1147-1165, s. 1149-1150.

¹⁶⁵⁸ Friedmann, *Changing Structure*, s. 89.

¹⁶⁵⁹ Friedmann, *Changing Dimensions*, s. 1155-1156.

söyleyebiliriz. Karşılıklığa dayalı, sözleşmesel nitelikli andlaşma ve teamüllerden ziyade hukuk yaratan andlaşma ve teamüllerin oluşturulması da kanaatimizce, ortaya çıkardıkları hukukî ilişkiler ile, uluslararası hukuku hukuk sistemi kılan unsurlar arasındadır. Normatif yığılmanın yanı sıra hukuk kişilerinin çeşitliliğinde meydana gelen artış da uluslararası hukukî ilişkilerin çeşitlendiğini gösterir ve uluslararası hukukun gelişiminin bir göstergesidir.

Hukuk kişiliği, sosyal yapının esasa ilişkin tercihidir, sonrasında hukuk tarafından düzenlenir; haklara ve yükümlülükler sahip olmayı içeren pasif bir niteliği olabileceği gibi hukuk kurallarının yapımında rol oynamayı içeren aktif bir nitelik de gösterebilecektir¹⁶⁶⁰. Bu nedenle sosyal yapının gerektirdiği sayıda, nitelikte ve kapasitede hukuk kişisinin ortaya çıkması olağandır, bu durum hukukun hem sosyal yapıya hem de güncel gerekliliklere adaptasyonunu ortaya koymaktadır. Uluslararası hukukun kişilerindeki genişlemeden söz ederken kanaatimizle örtüşen şu ifadeye değinmek gerekmektedir: “uluslararası hukukun kişileri kategorileri kapanmamıştır.”¹⁶⁶¹. Aynı yönde *Aksar*, uluslararası hukukun özellikle son 30 yılın gelişmeleri göz önünde bulundurulduğunda artık devletler hukuku olarak tanımlayamayacağını belirtir, yazara göre uygulama sahasının genişlemesine bağılı olarak uluslararası hukukta kişilik kavramı da kapsamı itibarıyla genişlemektedir¹⁶⁶². Böylelikle, uluslararası hukuk kişisi, uluslararası toplum ve hukuk ilişkisi, uluslararası toplumun gelişimi arasındaki ilişkiye basitçe vurgu yapılarak hukuk kişileri kategorisinin uluslararası hukukta kapanmayacağı, sınırlı saymaya (*numerus clausus*) uygun olmayan özelliği ortaya konulmuştur.

Uluslararası hukukta hukuk kişiliğine ilişkin bir düzenleme olmadığına, uluslararası hukukun kişilerine ilişkin ise düzenlemeler bulunduğuna ve bu nedenle uluslararası hukuk kişiliğinin içeriğinin belirlenmesi bir gereklilik olduğuna sıkça değindik. Bunun belirlenememesi durumunda uluslararası hukukta kişiliğin değil kişilerin olduğu sonucuna varılabilecektir. Uluslararası hukuk kişiliğinin içeriğinin bulunup bulunmadığını değerlendirirken özellikle haklara ve yükümlülükler sahip olma

¹⁶⁶⁰ Bireyler ve devletler arasındaki farklar hakkında denebilir ki bireylerden farklı olarak devletler başlı başlarına var olmazlar(end in itself), bu nedenle de hakları değil yetkileri vardır. D’Argent, op. cit., s. 550.

¹⁶⁶¹ Mugerwa, op. cit., s. 250.

¹⁶⁶² Aksar, C. 1, s. 23.

belirginleşmişti. Zira devletlerin uluslararası hukuk kişilikleri kural olarak olgusal unsurların sağlanmasına, uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri, açıkça düzenlenmemiş olsa bile, belirli işlevleri yerine getirmelerinin öngörülmesine bağlı olarak tanımlanmıştı. Bunlar dışındaki birimler için ise uluslararası alanda haklarının ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi -buna ek bazı gerekliliklerin bulunması gerekip gerekmediği tartışmalıdır- uluslararası hukukun kişisi oldukları anlamına gelebilmektedir. Tıpkı uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin onlara tanınan işlev ile sınırlı olması gibi -iştiğal alanı, fonksiyonel kişilik dediğimiz - bireylerin ve birey gruplarının uluslararası hukuk kişilikleri de uluslararası hukukun gelişimine paralel olarak onların uluslararası hukukta sahip olabilecekleri haklar veya yükümlülükler ile belirlenebilecektir.

Uluslararası hukukun uygulamasından ve alanın özelliklerinden hukuk kişiliği bakımından üç kategorinin kristalleştiği söylenebilecektir. Ancak bu kategorilerin yalnızca devletleri, hükûmetler arası uluslararası örgütleri ve bireyleri değil, bunlar dışında uluslararası alanda hukuk kişiliğinin belirlenmesi gereken ve gerekecek birimleri de kapsayabilmesi için mevcut hukuk kişilerinin kişi kabul edilmeleri yahut da varlık nedenleri (*raison d'etre*) doğrultusunda hazırlanmış kategoriler olarak tasarlanmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Hukukta soyut kalıpların bulunması onun kapsayıcılığını artırır ve mevcut hukukî ilişkilerin yanı sıra gelecekte ortaya çıkması muhtemel hukukî ilişkilere de uygulanabilmesini sağlar. Bu kategorilerin ülkesel (*territorial*), işlevsel (*functional*) ve hak ve yükümlülük temelli (*based on rights and obligations*) olması önerilebilecektir.

İlk kategori, devlet olmak için gerekli olgusal şartlar sağlanmasa dahi ülkesel nitelik taşıyan birimlerin, uluslararası hukukta sahip olacakları statüleri kapsamaya yöneliktir. Devlet başlığında görülen ve devlet nitelikleri bulunmadığı için hukuk kişiliklerinin sınırlı veya kısmî olduğu belirtilen birimler bu kategori içerisinde ele alınabilir. İkinci kategori uluslararası örgütlerinkine benzer biçimde, uluslararası alanda ifa ettikleri fonksiyon dolayısıyla hukuk kişiliği kabul edilen birimleri kapsayabilecektir, buradaki tüm birimler uluslararası örgütler olmayabileceği gibi ifa edilen fonksiyon doğrultusunda kimi hükümetler dışı uluslararası örgütler hatta uluslararası, ulusaşırı nitelikli şirketler veya insan hakları savunucuları da bu kategoride yer alabilirler. Son kategori uluslararası hukuk kişilikleri sahip olunan haklar ve

yükümlülükler çerçevesinde belirlenen birimleri içerebilecektir. Bunlar, bireyler, çeşitli birey grupları gibi birimler olabilecektir. Bu son kategori uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmanın asgari şartı olarak uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olma gerekliliği belirginleştiği için genel bir kategori olarak da ele alınması mümkün bir kategori olabilecektir.

B. ULUSLARARASI HUKUKTA BÖLÜMLENME (*FRAGMENTATION*)

Çalışmamızın bu kısımda uluslararası hukuk kişiliği çerçevesinde bulunan konulardan uluslararası hukukun bölünmesi aktarılmaya çalışılacaktır. Özellikle uluslararası hukukun alt alanlarında hukuk kişiliği bulunan birimlerin genel uluslararası hukukun kişisi olup olmadığının değerlendirilmesi bu hukuk alanları arasındaki ilişkinin belirlenerek ortaya konmasını gerektirmektedir.

1. Genel Olarak

Bir devletin sınırını aşan hukukî ilişkiler tek bir konuda olmadığından uluslararası alan birden fazla konuda hukukî düzenleme yapılmasını gerektirir, Uluslararası insan hakları, uluslararası ekonomi, uluslararası çevre hukuku gibi daha birçok alan uluslararası hukuka dahil olmalarına rağmen kendilerine has, belirli bir normatif çerçeveye sahip olduklarından ayrı bir alt alan görünümüne kavuşmuşlardır. Bu durum uluslararası hukuk doktrininde bölünme olarak değerlendirilir.

Uluslararası hukukta bölünmenin, özellikle Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle birlikte uluslararası düzenlemede meydana gelen artış, devletler arasında politik bölünmüşlüğü artması, uluslararası hukukta artan bölgesel merciler dolayısıyla gelişen bölgeselleşme, bireyin devletten ayrılması (*emancipation*), uluslararası düzenlemelerin konu itibarıyla özelleşmesi nedenleriyle hız kazandığı belirtilir¹⁶⁶³. Yaşanan gelişmelerin sonucunda uluslararası hukuk artık homojen bir yapıya sahip değildir; değişken blok ve unsurlardan, çeşitli taraflara sahip evrensel, bölgesel ve bazen iki taraflı ve farklı düzeylerde hukukî entegrasyonu öngören alt sistemlerden oluşur¹⁶⁶⁴. Uluslararası alanda bölünmenin nedenleri arasında şimdiye kadar yapısal özellikler çerçevesinde aktarmaya çalıştığımız hususların bir kısmının bulunduğunu görmek mümkündür. Uluslararası hukuk geliştikçe daha fazla hukukî ilişki türünü kendi

¹⁶⁶³ Gerhard Hafner, "Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law", *Michigan Journal of International Law*, C. 25, S. 4, 2004, ss. 849-863, s. 849-850.

¹⁶⁶⁴ Ibid, s. 850.

içerisinde barındırır ve bu nedenle de daha çeşitli hukuk öznelere yönelir hale gelmiştir. Bunun yanı sıra küreselleşmenin etkisiyle ulusal alan dışına çıkan kimi hususlar uluslararası hukukun alt başlıklarını oluşturmaya başlamıştır. Uluslararası ceza hukuku, uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ekonomi hukuku gibi alanların ortaya çıkmaları daha öncesine dayansa da daha kapsamlı düzenlenmeye başlamaları ve özel yargı mercilerinin kurulması gibi nedenlerle yine genel uluslararası hukuk altında bulunmalarına rağmen kendi içlerinde bütüncül bir normatif görünüme kavuşmuşlardır. Ancak ileride değinileceği üzere alt alanların uluslararası hukuk çerçevesinde kalıp kalmadıkları tartışılmıştır.

Uluslararası alandaki uzlaşının temelinde devletlerin birlikte var olmalarının bulunduğu dönemin ötesine geçildiğine, uluslararası uzlaşının temelini artık devletlerin sahip oldukları ortak amaçlar doğrultusunda işbirliğiyle şekillendiğine değinmiştik. Uluslararası hukukun normatif yapısının buna bir engel teşkil etmediği, bu alanda sadece devletlerin bir arada var olmasını kolaylaştıran ve konusunu uluslararası hukuktan alan hukuk kurallarının değil, devletlerin işbirliğinden kaynaklanan kuralların da ortaya çıktığı¹⁶⁶⁵ belirtilmektedir. Bunlar şekli olarak uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan kurallar olsalar da konu itibarıyla öncesinde iç hukuklarda düzenlenmiş yahut da iç hukuka ilişkin olduğu kabul edilen konularda olabilirler; zira bir uluslararası andlaşmanın böyle bir konuyu düzenleyemeyeceğine ilişkin bir engel bulunmamaktadır¹⁶⁶⁶. *Cassese* devletlerin bireylere sorumluluklar yükleyen ve haklar getiren uluslararası kurallar oluşturması önünde bir engel bulunmadığını belirterek¹⁶⁶⁷ uluslararası alandaki düzenleme serbestisini vurgular. Yazar, uluslararası hukukta bölümlere ayrılmış alanların varlığını uluslararası toplumun en azından normatif düzeyde entegre oluşunu gösteren önemli bir gelişme olarak kabul etmektedir¹⁶⁶⁸.

Özellikle devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin teamül hukuku kurallarının kodifiye edilmesi çerçevesinde, uluslararası hukukun yalnız birincil kuralları bakımından mı bölümlendiği, ikincil kuralların da bu bölümlenmeye dahil olup olmadığı tartışılmıştır: Uluslararası hukuk merkezî olmayan yapısı nedeniyle merkezî bir icra mekanizmasına sahip değildir, özel rejimler kendi ikincil kurallarını ortaya

¹⁶⁶⁵ Spiermann, *The LaGrand Case*, s. 201.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁶⁷ Cassese, *International Law*, s. 146.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, s. 45.

koymuşlar, bunların yanı sıra klasik uluslararası hukukta andlaşmalar sinallagmatik nitelikte ve karşılıklılık prensibi doğrultusunda uygulanırken farklı norm türlerinin ortaya çıkmasıyla devletler insan hakları gibi alanlarda karşılıklı olmayan yükümlülükler altına girmişlerdir¹⁶⁶⁹. Böylelikle uluslararası hukukun hem kurumları hem birincil hem de ikincil normları itibarıyla bölündüğü ifade edilir. Uluslararası alanda devletin sorumluluğunun teamülî niteliği, zorunlu olmayan yargılama ve merkezî olmayan icra yöntemleri alt alanlarda ikincil normların düzenlenmesinin nedeni olarak alınabilir.

Uluslararası alanda insan haklarına, deniz hukukuna ilişkin ya da diğer alanlarda yargılama yapan mahkemelerin varlığının genel uluslararası hukuktan sapan ve kendi alanında öncelik iddiasına sahip olan spesifik normatif rejimlerin ortaya çıkmasına neden olduğu ileri sürülür¹⁶⁷⁰. Buna göre, uluslararası hukukun alt alanlarına ait uluslararası yargı yerleri ikincil kuralların varlığını ortaya koymuş olması nedeniyle bölümlenmeyi somutlaştırır. Bu yargı yerlerine yönelik kimi yazarlar uluslararası hukukun göz ardı edildiği eleştirisini getirmişlerdir, zira kurulan yeni yargı yerleri UAD gibi global alanda uluslararası hukukun genel konularına ilişkin bir yetkiye değil, belli tür davalarda yetkili yahut bölgesel ve konu bakımından, bazı hallerde ikisi bakımından da sınırlı yetkiye sahip mercilerdir¹⁶⁷¹. Bu mahkemelerin kendi aralarındaki ve UAD ile arasındaki ilişkinin belirlenmesi bir gerekliliktir¹⁶⁷². *Jennings*, uluslararası hukukun önemli ve gelişmekte olan alanlarının ayrıldığını, bunun bütünsel bir plana bağlı olunmaksızın yapılması nedeniyle uluslararası hukuku bölüp kontrol edilemez bir hale getireceği endişesindedir¹⁶⁷³. Yazarın ifade ettiğine göre uluslararası hukukun bölümlenmesinden ziyade plansız bir biçimde bazı alanların uluslararası hukuk bünyesinden kopması uluslararası hukukun bütünlüğü bakımından bir problemi işaret etmektedir. Bu da uluslararası alana ilişkin ancak uluslararası hukukun içinde yer almayan sistemlerin ortaya çıkması durumunda uluslararası hukuk ile bunlar arasındaki ilişkinin türünün ve birbirine göre konumlarının ne olacağıdır. Özel yargı yerlerinin kurulmasını odak alarak yürütülen bu spesifik tartışmada, uluslararası hukukta hukukun

¹⁶⁶⁹ Hafner, op. cit., s. 854-855.

¹⁶⁷⁰ Koskenniemi, Leino, op. cit., s. 555.

¹⁶⁷¹ Robert Y. Jennings, "The Role of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, C. 68, S. 1, 1997, ss. 1-63, s. 59.

¹⁶⁷² Ibid.

¹⁶⁷³ Ibid.; Koskenniemi, Leino, op. cit., s. 555-556.

üstünlüğünü sağlayacak olan şeyin, yargı yoluyla uyuşmazlıkların çözümünün farklı merciler kurularak yargısal yolların saçılması/dağıtılması değil UAD'in güçlendirilmesi olacağı¹⁶⁷⁴ belirtilir. UAD'nin bölümlenme sonucunda farklı yargı mercilerine dağıtılmış yargı yetkilerini bünyesinde toplayacağı ölçüde revize edilmesi, alt alanlarda yetkili yargı yerlerinin kurulmasından daha güç olabilir. Nitekim USAD'nin kurulması çalışmalarında Yargıçlar Danışma Kurulu'nda ağırlıklı görüş bireylerin bu mahkeme önünde taraf olmaması yönündeydi, ancak uluslararası hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bireyler de dahil devletler dışındaki birimler UAD önünde olmasa da diğer, alt alanlara ilişkin kurulan, yargı mercileri önünde taraf olabilmektedirler. Uluslararası hukukun bölümlenmesi yalnızca konuları bakımından ayrı yargı mercilerinin ortaya çıkmasıyla değil devletler dışındaki birimlerin bu alanlarda hukukî ve prosedürel kapasiteye sahip olmasıyla da sonuçlanmıştır. Bazı yazarlar uluslararası hukukta bölümlenmenin sadece birincil ve ikincil normlarla ve yargı mercileriyle ilgili bir husus olmadığına, uluslararası alanda normların bölümlenmesi ile otoritenin bölümlenmesi arasında göz ardı edilmemesi gereken önemli bir bağlantı bulunduğuna değinmişlerdir¹⁶⁷⁵.

Kimi yazarların, ulusal alanlarda yaşanan egemenlik krizinin uluslararası hukuktaki paraleli olarak gördüğü bölümlenme, BM'nin uysal egemenleri (devletler) diplomasi ve kamu hukukuyla yönettiği, tek ve hiyerarşik olarak BM'ye bağlı sistemin çöküşü olarak nitelendirilmiştir¹⁶⁷⁶. BM'nin kuruluşundaki temel amaçlardan biri onun uluslararası uyuşmazlıklar bakımından bir çözüm merkezi olmasıdır ve devletler arasındaki uyuşmazlıklarda UAD'yle ve BM Genel Sekreterinin yargısal olmayan çözüm girişimleriyle bunu gerçekleştirir. Ancak, artık küresel uluslararası hukuk farklı türden birim ve aktörlerin biçimsel/resmî olmayan ilişkileri üzerine inşa edilmeye başlanmış, devletler kendi kendini düzenleyen bu sistemin kanun koyucusu değil kolaylaştırıcısı/moderatörü haline gelmişlerdir¹⁶⁷⁷. Uluslararası alanda bölümlenme bu yönüyle uluslararası hukuk bünyesinde kurulan ilişki türlerinde de bir dönüşümü

¹⁶⁷⁴ Shigeru Oda, "Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 44, S. 4, 1995, ss. 863-872, s. 864.; Koskenniemi, Leino, op. cit., s. 575.

¹⁶⁷⁵ Musa Njabulo Shongwe, "The Fragmentation of International Law: Contemporary Debates and Responses", *The Palestine Yearbook of International Law*, C. 19, 2016, Leiden: Brill Nijhoff, 2018, ss. 177-219, s. 212.

¹⁶⁷⁶ Koskenniemi, Leino, op. cit., s. 557.

¹⁶⁷⁷ Ibid.

yansıtır. Bunun devlet ile uluslararası hukuk arasındaki kaynaklığa dayanan, doğrudan ilişkiyi tehdit eden bir durumu ortaya çıkardığı bu nedenle söylenir. Zira, devlet egemenliği hem ulusal hem de uluslararası alanlarda otorite değil bu sistemlerin bir unsuru olarak anlaşılmaya başlanmıştır. Klasikleşmiş egemenlik ve uluslararası düzen anlayışı dışında, uluslararası alanın politik birimleri çok unsurlu ve daha geçirgen sınırlara sahip hale geldiklerinden oluşturdukları normlar da bölünmüş, bağlantısız ve *ad hoc*¹⁶⁷⁸. Bu çerçevede bir sistemsel değişikliğe uğramış olduğu ileri sürülen uluslararası hukukun ortaya koyduğu normlar artık bu yeni sisteme uygun olarak ortaya çıkmaktadır. Bölünmüş uluslararası hukukun normları da bir düzen içerisinde değil, birbiriyle bağlantısı bulunmayan ve hiyerarşik bir ilişki öngörmeyen normlardır. Uluslararası hukukta bölümlenmeye getirilen bu eleştiriler konunun postmodern eğilimlerden kaynaklandığı endişesi, sebep olduğu belirsizlik ve bütüncül bir plana bağlı olmaksızın kontrol edilemez bir biçimde gerçekleşmesi nedeniyle doktrinde geniş biçimde tartışılmıştır¹⁶⁷⁹.

2. Bölümlenmenin Sonuçları

Uluslararası hukukun bölümlenmesine verilen tepkilerin genel çerçevesinden yukarıda kısaca söz ettik. Klasik uluslararası hukukçular, uluslararası hukukun bölümlenmesini uluslararası hukukun yapısal özelliklerini etkileyeceğinden bahisle tutarlılığını ve kapsayıcılığını ortadan kaldıracağı ve bu nedenle de güvenilirliğini ve otoritesini tehdit edeceği yönünden eleştirmişlerdir¹⁶⁸⁰. Bir plana bağlı olarak organize edilmediğinden ve hem bölümler arasındaki hem de bölümler ile genel uluslararası hukuk arasındaki ilişkiler belirlenmemiş olduğundan bu durumun uluslararası hukuku yönetilemez bir hale getirdiği varsayılmıştır. Bu başlık altında UHK'nin bölümlenme raporundaki cevaplara değinmeyi hedeflemekteyiz.

Olumsuz sonuçları bulunduğu ileri sürülen bölümlenmenin, uluslararası hukukun güvenilirliğini ve sonuç olarak da otoritesini tehlikeye attığı; zira hem birincil kurallar bakımından hangisinin uygulanacağını hem de ikincil kurallar bakımından

¹⁶⁷⁸ Ibid, s. 557-558. Tanımlanmış bir hiyerarşik ilişkiden yoksundur.

¹⁶⁷⁹ Örnek mahiyetinde bkz: Eyal Benvenisti, George W. Downs, "The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law", *Stanford Law Review*, C. 60, S. 2, 2007, ss. 595-631, özellikle s. 610-619.

¹⁶⁸⁰ Ibid, s. 560.

hangi çözümün benimseneceğini belirsizleştirdiği¹⁶⁸¹ iddia edilir. Uygulanacak hukuk kuralları ve hukukî çözümün birden fazla olduğuna ve hangisinin seçileceği bakımından belirsizliğin bulunduğu dayanan bu sav *lex specialis* ilkesinin uygulanarak çözümün bulunmasına yer vermez, bunun nedeni ilgili hukuk kuralları arasındaki ilişkinin belirli olmamasıdır. UHK'nin bölümlenmeye ilişkin raporunda uluslararası hukuktaki özel rejimlerin uluslararası hukukta hukuk güvenilirliğini, hukukî öngörülebilirliği ve hukuk özneleri arasındaki eşitliği zayıflatmadığı belirtilir; UHK'ye göre *lex specialis* ve *lex posterior* ilkelerinin varlığı, tarafların kendi aralarında yaptıkları anlaşmalar, *jus cogens* normlara tanınan üstün pozisyon uluslararası hukukta bölümlenmeye ilişkin ortaya çıkan sorunlara cevap verebilecek araçlardır¹⁶⁸². Normların çatışmasına ilişkin bu ilkeler uluslararası hukukta da uygulanabilir ilkelere. Nitekim bölümlenme, özel alanların müstakil hale gelmelerine sebep olmamakta, bu alanlarda genel uluslararası hukukta bağlayıcı olan ilkeler halen geçerliliğini korumaktadır¹⁶⁸³. Buna karşılık bölümlenme sonucu ortaya çıkan özel rejimlerin ilgili hukukî duruma tam olarak uyan hukuk kuralları yaratacağı göz önünde bulundurulursa bölümlenmenin hukukî uyumsuzlukların çözümünü kolaylaştıran, olumlu bir durum teşkil ettiği söylenebilecektir¹⁶⁸⁴. Belli bir özel alanda ortaya konan hukuk kuralları, genel hukuk kurallarına nazaran ilgili özel alandaki uyumsuzlukları çözmeye daha uygun olacak, genel bir kuralın bu özel alana adapte edilmesini gerektirmeyecektir. Uluslararası hukukta bölümlenme uluslararası hukukun uyumuna, tutarlılığına tehdit oluşturacak olsa dahi uluslararası hukukun mevcut hukukî konulara cevap verebilirliğini artırır; bunun yanı sıra uluslararası hukuk kurallarının bir sistem olarak gruplaşmasına neden olsa da özel alanda genel uluslararası hukukun kaynakları daimî surette kullanılabilir durumdadır¹⁶⁸⁵.

Genel uluslararası hukuk ile uluslararası hukukun bölümlenmesi sonucunda oluşan özel bölümler arasındaki ilişkiye dair örnek olarak UHK, insan haklarına ilişkin yargı yerlerinin uluslararası insan hakları hukukuyla uluslararası hukukun diğer özel rejimleri arasındaki çatışmaları VAHS'nin 31-3/c doğrultusunda dengeleme veya

¹⁶⁸¹ Hafner, op. cit., s. 856-858.

¹⁶⁸² UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 248-249, p. 492.

¹⁶⁸³ Ibid, s. 82, p. 3

¹⁶⁸⁴ Hafner, op. cit., s. 859-860.

¹⁶⁸⁵ UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 248, p. 492.

ölçülülük prensibini kullanarak çözmekten alıkoyan bir düzenleme bulunmadığını¹⁶⁸⁶ verir. Uluslararası hukukun özel bölümüne ilişkin bir sorunu çözen özel yahut da genel alanda kurulmuş bir yargı mercii genel uluslararası hukukun kurallarını uygulamaktan men edilmiş değildir, bu durumda ilgili merci hangi kuralın uygulanmasıyla sorunun çözümünün mümkün olacağını düşünüyor ise onu uygulamalıdır. Genel uluslararası hukuk ile özel bölüm arasındaki ilişkide bu ikisinin birbirinden kesin olarak ayrıldığı ve özel rejimde kuralın bulunmaması durumunda genel uluslararası hukukun uygulanması önünde bir engel olmadığı kabul edilir, ancak iki özel bölüm arasındaki ilişkinin nasıl şekilleneceği de önemlidir. Uluslararası hukukun çeşitli bölümlere ayrıldığı ve bu bölümlerin farklı değerleri koruduğu söylenebilirse de bu bölümler arasında keskin ayrımlar bulunmadığı kabul edilmelidir, mülkiyet hakkına dair insan hakları özel rejimine giren bir uyuşmazlıkta yatırım hukukuna atıf yapmak gerekebileceği gibi yatırım hukuku özel alanındaki bir uyuşmazlık da uluslararası çevre hukuku ilkelerinin göz önünde bulundurulmasını gerektirebilecektir¹⁶⁸⁷. Bu durumda özel alanların birbirinden tamamen bağımsız uyuşmazlıklarda uygulanacak alanlar olması gerekmediğinden ve genel uluslararası hukuk alanından da kopmamış olduklarından bunların birden fazlasına ilişkin bir uyuşmazlığın ortaya çıkması yahut da tek bir özel alana ilişkin uyuşmazlığın başka bir özel alanın kural yahut ilkesine dayanılarak çözülmesi olağandır. Yargı mercii her iki alana ilişkin kuralları birlikte uygulayacak, çatışma durumunda daha yakın ilgili özel alanın kurallarına üstünlük tanıyabilecektir. Çünkü, özel sistemin temeli *lex specialis*inkiyle aynıdır, ilişkin olduğu alanın özelliklerini dikkate alır, o alanı genel hukuktan daha etkili biçimde düzenler ve tarafların (üyelerin) tercihlerini yakından takip eder¹⁶⁸⁸.

Uluslararası alanda UAD'den başka yargı mercileri kurularak bunların kimi alanlara özgü uyuşmazlıkların çözümü bakımından bir ihtisas merkezi olmaları hedeflenmiştir: Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi gibi. İhtisas mahkemeleri kuruldukları alana ilişkin uyuşmazlıklarda yargılama yapmaktadırlar. Ancak, uluslararası yargı mercilerinin çoğunluğunun sınırlı bir yargı yetkisinin olması, bunların ilgili özel rejim altında

¹⁶⁸⁶ Anne van Aaken, “Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 16, S. 2, 2009, ss. 483-512, s. 499-502.

¹⁶⁸⁷ *Ibid*, s. 484.

¹⁶⁸⁸ UHK Uluslararası Hukukun Bölümlemesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 99, p. 191.

uygulayacakları kurallar bakımından da sınırlı oldukları anlamına gelmeyeceği¹⁶⁸⁹ ifade edilir. İlgili özel rejime özgü andlaşmaların uygulanmasında ve yorumlanmasında sadece ilgili alanda kalmaları gerekmediğinden genel uluslararası hukukun kurallarından da faydalanabilirler. Örneğin; Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi 293. maddesinde bu sözleşme doğrultusunda yargılama yapan mercilerin ilgili sözleşme ve onunla çatışmadığı müddetçe diğer uluslararası hukuk normlarını uygulayacağı düzenlenmiştir¹⁶⁹⁰. Bu anlamda UHK Raporu yargı yetkileri sınırlı olsa dahi mercilerin yargı faaliyetlerinin normatif çerçevede kontrol edildiğini belirtir¹⁶⁹¹. Uluslararası hukukta merkezî bir yargı örgütünün bulunmamasının uluslararası hukukun bölümlenmesine sebep olmadığı yahut da bu bölümlenmenin özel rejimleri genel uluslararası hukuktan tamamen ayırmadığı, zira yetkili olma bakımından bölümlenme yargı mercilerini ayırmışsa da mercilerin uygulayacakları kurallar bakımından genel uluslararası hukukun normatif çerçevesi içerisinde buldukları belirtilmiştir¹⁶⁹². Uluslararası hukukun normatif çerçevesi genel uluslararası hukukun ilke ve kuralları olarak anlaşılmaktadır.

Uluslararası hukukun bölümlenmesinin bu alandaki gelişmeyi gösterdiğini belirten pozitivistlere göre uluslararası hukuk sisteminin geçirdiği evrimin doğal ve tahmin edilebilir sonucu normatif bölümlenmedir, bu durum yeni kurum ve sistemlerin katılımıyla uluslararası hukuku daha olgun ve çoğulcu hale getirmektedir¹⁶⁹³. Buna göre genel uluslararası hukukun klasikleşmiş kurumları uluslararası hukukun yeni sorunları karşısında bölümlenme eğilimi gösterir ve bölümlenme gelişim ihtiyacının ve olgunlaşmanın sonucudur. Kaldı ki uluslararası hukuk, ulusal hukuklar gibi farklı hukuk alanlarını düzenler ve bilindiği üzere ulusal hukuklar birçok hukuk alanına ayrılmıştır. Uluslararası hukukun ilkel bir hukuk alanı olmadığını belirtmeye çalıştık, hukukî gelişmişliğin bir ölçütünü de düzenlenen hukukî ilişkilerin çeşitliliği oluşturmaktadır. Bu nedenle uluslararası hukuktaki gelişimin kaçınılmaz sonucu olan bölümlenme

¹⁶⁸⁹ Ibid, s. 28, p. 45.

¹⁶⁹⁰ BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, Madde 293(Uygulanacak Hukuk); Ibid.

¹⁶⁹¹ UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 30, p. 45.; s. 212, p. 423. Normatif çerçeve, rapora göre sadece genel hukukun ilgili özel alandaki düzenlemelerini değil, ilgili hukuk öznelerini, onların temel hak ve yükümlülüklerini, bunların nasıl türetileceği, değiştirileceği ve ortadan kaldırılacağını belirleyen ilkeleri de içerir. UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 64, p. 120.

¹⁶⁹² Ibid, s. 30, p. 45.; s. 212, p. 423.

¹⁶⁹³ Shongwe, op. cit., s. 215.

süreçlerinin organize edilebilmesi için bazı çözüm yolları geliştirilebilecek olsa da bölünmenin ortadan kaldırılması kanaatimizce mantıklı ve mümkün görünmemektedir. Uluslararası hukuk altında insan haklarından çevrenin korunmasına, uzay faaliyetlerinden yatırım ilişkilerine birçok alan düzenlenmektedir; salt bu alanlara özgü uluslararası toplantılardan, anlaşmalardan, bu alanlarda kurulmuş uluslararası örgütlerin faaliyetlerinden, bu alana ilişkin devlet fiillerinden doğan bir özel rejimin oluşması olağan bir sonuçtur.

3. Özel Rejimler, Özellikleri ve Genel Uluslararası Hukuk ile İlişkileri

Uluslararası hukukun bölünmesine yönelik eleştiriler arasında özel rejimler ile genel uluslararası hukuk arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekliliğine değinilir. Bunun için özel alanların tanımı yapılarak bu çerçevede genel uluslararası hukuk ile ilişkilerinin ne şekilde kurulduğu belirlenmelidir.

Müstakil alanları hem dar hem de geniş anlamlarıyla tanımlayan UHK raporu, dar anlamıyla müstakil (*self-contained*) rejimlerin devletin sorumluluğu konusunda kendi özel ikincil normları bulunan alanları, geniş anlamıyla da hem birincil hem de ikincil normları bulunan ve belirli bir sorunu genel hukuktan farklı biçimde çözen alanları ifade ettiğini belirtir¹⁶⁹⁴. Bazen diplomatik ve akademik uzmanlaşmaya yönelik işlevsel özelleşme sonucunda oluşan alanlar, yorumlama ve uygulamada kendine özgü kurallara ve tekniklere sahip olmaları durumunda müstakil rejim olarak ifade edilmektedir¹⁶⁹⁵. Bunlar insan hakları, Avrupa Birliği, uzay hukuku, uluslararası ticaret hukuku, insancıl hukuk gibi alanlardır. Müstakil alan ifadesi her zaman aynı özellikleri taşıyan hukuk alanları için kullanılmayabilmektedir. Ancak UHK'nin raporundan anlaşılacak birincil ve ikincil kurallara sahip olmasından ziyade uzmanlaşmış bir hukuk alanının varlığı ile uygulama ve yorumlama bakımından kendine özgü bir yöntemin bulunmasıdır.

Uluslararası hukukun bölünmesi kavramsal olarak müstakil alt alanlar ile genel uluslararası hukuku birbirinden ayırmaktadır. Ancak bu ayırım neticesinde özelleşmiş kurumlarından ayrılan genel uluslararası hukukun ne olduğu konusunda standart ve işlevsel bir anlayış bulunmamaktadır. Bununla açıkça genel teamül hukuku

¹⁶⁹⁴ UHK Uluslararası Hukukun Bölünmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 68, p. 128.

¹⁶⁹⁵ Ibid, s. 68, p. 129.

ve UAD Statüsü'nün 38. maddesinde yer alan ifadesiyle hukukun genel prensipleri anlaşılıyorsa da uluslararası hukuka özgü ilkeleri ve iç hukuklarla yapılan özellikle hukuk usûlüne ilişkin analogileri de işaret etmesi muhtemeldir¹⁶⁹⁶. Öte yandan özellikle çok taraflı uluslararası andlaşmalar göz önünde bulundurulduğunda uluslararası andlaşmaların da genel uluslararası hukukun bir parçası olduğu belirtilmelidir¹⁶⁹⁷. Bu durumda genel uluslararası hukuktan anlaşılan, özel olarak bir konuya hasredilmemiş uluslararası teamüller, genel norm yaratan çok taraflı andlaşmalar ve hukukun genel ilkeleri olmaktadır.

Genel uluslararası hukuka göre özel, uzmanlık alanlarını ifade eden müstakil alanlar *lex specialis* (özel kanun/kural) ilkesi çerçevesinde belirlenebilecektir. *Lex specialis* ilkesi, genel hukuktan sapılmak suretiyle ortaya konan hukuk kurallarını ifade eder ve hukukun geniş kabul gören düsturlarındandır¹⁶⁹⁸. Hukukta özel kuralların ortaya çıkması, hukukun tasarruf edilebilir, sapılmaya imkân veren, esnek bir yapıda olduğunu ortaya koyar. Genel hukukun kuralları bu durumda ilgili özel alanın koruduğu hukukî değer doğrultusunda uyarlanarak özel bir hukuk alanı ihdas edilmiş olmaktadır; buradaki sapmayla genel hukuk ihlal edilmiş olmaz, özel hukukî değerlerin korunması yahut da bu korumanın kuvvetlendirilmesi sağlanır¹⁶⁹⁹. Hukukî korumanın düzeyi *lex specialis*in oluşup uygulanmasıyla ilgili özel alan bakımından artmaktadır.

Uluslararası hukukta bölümlenme tartışmalarının somut bir nedeni, ikincil normları bulunan özel alanlarda ihlal sonucunda ilgili özel alanın ikincil normuna değil genel uluslararası hukukun sorumluluk hukuku kurallarına başvurulması olmuştur. UAD, Tahran Rehineler Davası'nda müstakil/bağımsız (*self-contained*) rejimlerden söz ederek diplomasi hukukunun kabul eden devletin ayrıcalıklar ve bağışıklıklar bakımından sahip olduğu yükümlülükler ile misyon mensupları tarafından bu ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması halinde kabul eden devletin başvurabileceği önlemleri içerdiğini belirtir¹⁷⁰⁰. BM Devletlerin Sorumluluğu Özel Raportörü *Riphagen* alt sistem ile sistemi tanımlayarak birbirinden ayırır; ona göre sistem davranış

¹⁶⁹⁶ Ibid, s.254, p. 3.

¹⁶⁹⁷ Grigory Tunkin, "Is General International Law Customary Law Only?", *EJIL*, V. 4, 1993, ss. 534-541, s. 541.

¹⁶⁹⁸ UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 34, p. 56.

¹⁶⁹⁹ Ibid, s. 97, p. 186.

¹⁷⁰⁰ UAD, Tahran'daki Amerikan Diplomatik ve Konsolosluk Personeli (Tahran Rehineler Davası), ABD v. İran, 24.05.1980, p.86.

kurallarını, usûl kurallarını ve statü hükümlerini içererek düzenlediği olgusal hukukî ilişkiler alanının kapalı sistemi olur; alt sistem ise bunun aynısı olmakla birlikte kapalı değil, diğer alt sistemler ile karşılıklı ilişkiler içindedir¹⁷⁰¹. Tahran Rehineler Davası'nda UAD'nin belirttiği gibi diplomatik ilişkiler hukuku bir müstakil sistemdir ve kendi ikincil kurallarını içermektedir. Bu nedenle de bu alt sistem içerisindeki kuralların ihlaline yine bu sistemdeki kurallar ile karşılık verilmelidir; bu da istenmeyen kişi ilan etme yahut da diplomatik ilişkileri tamamen kesme suretiyle olur¹⁷⁰². *Riphagen*'in alt sistem ve sistem tanımları ile Tahran Rehineler Davası birlikte değerlendirildiğinde belirtmek gerekir ki bir alt sistemin kendi birincil ve ikincil kurallarını içermesi onu mutlaka kapalı bir 'sistem' yapmamaktadır.

Simma, alt sistemlerin iki özelliğini vurgular: Bunların ilki bir andlaşma ile devletlerin alt sistem oluşturarak bunun birincil normlarını ve açık yahut üstü örtülü bir biçimde de birincil normlara bağlı ikincil normlarını ortaya koydukları durumda genel hukukun bu belirli hukuk alanı bakımından daima geçersiz olmayacağıdır¹⁷⁰³. Gerektiği takdirde genel hukuk kuralları alt sistem alanında uygulanabilecektir, alt sistemin varlığı genel hukuku tümden dışlamamaktadır. Bir diğer özellik ise alt sistemin müstakil olması nedeniyle başka bir alt sistem veya onun kuralları tarafından hükümsüz bırakılamayacak olmasıdır¹⁷⁰⁴. Alt sistem genel hukuk bakımından müstakil olmamakla birlikte diğer alt sistemlerden bağımsızdır; onların düzenlemeleriyle kendisi üzerinde düzenleme, değişiklik yapılamayacaktır. Ancak alt sistemin müstakilliği genel hukuk bakımından geçerli olmamaktadır. Öte yandan müstakil alan ile alt sistem birbiri ile aynı anlama gelmemektedir, eksiksiz ve sınırlandırıcı ikincil normları bulunan alanların müstakil bir sistem olabilmesi nedeniyle ancak bu özelliğe sahip alt sistemler müstakil bir alan olabilecektir¹⁷⁰⁵. Bu durumda her alt sistem müstakil olmaz, bir alt sistemi müstakil kılacak olan birincil ve ikincil normları bakımından eksiksiz ve sınırlı bir hukukî alan oluşturmasıdır. Müstakil olmasalar dahi alt sistemler varlıklarını sürdürmeye devam ederler, ancak bu halde, örneğin ikincil normları yetersiz

¹⁷⁰¹ BM, UHK, 1982 Yıllığı, C. 1 (A/CN.4/Ser. A/1982), s. 202, p. 16.

¹⁷⁰² Ibid.; UAD, Tahran Rehineler Davası, p. 86, 87. İran'ın, Sözleşmede yer alan istenmeyen kişi ilan etme, diplomatik ilişkilerin kesilmesi yöntemlerine başvurmamış olması alt sistemin dışına ikincil kurallar yönünden çıkılması anlamına gelmektedir.

¹⁷⁰³ Bruno Simma, "Self-Contained Regimes", *Netherlands Yearbook of International Law*, C. 16, 1985, ss. 111-136, s. 116.

¹⁷⁰⁴ Ibid.

¹⁷⁰⁵ Ibid, s. 117.

olduğundan, genel hukuk ile, müstakil alanlara kıyasla, daha güçlü bağlantıları bulunacaktır. Zira bu iki alan da tanımı itibarıyla kapalı sistemler değildir.

UHK Bölümlenme Raporu'nda hiçbir müstakil rejimin, kapalı bir hukuk çemberini oluşturmadığı, bu alanların özelleşmiş alanlar olduklarından *lex specialis* ilkesi doğrultusunda ve istisnaların yorumlandığı gibi dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir; bu durumda genel uluslararası hukuk, alt sistemi kuran hukukî araçlarda açık yahut örtülü özel bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda tamamlayıcı olmaktadır¹⁷⁰⁶. Komisyon'a göre kendi ikincil kurallarına sahip müstakil yahut genel hukuk ile daha güçlü bağları bulunan bir alt sistem olsa da genel hukuk ile bağlantı kesilmez. Bağlantının derecesinde farklılık bulursa da müstakil alanlar da genel hukuk ile bağlantılarını korumaya devam etmektedirler. 'Müstakil' ifadesini kullanmanın doğru olmadığı, her rejime göre genel uluslararası hukukun tamamlayıcılık düzeyi değişiyor olsa da alt sistemlerin genel uluslararası hukuku tamamen dışladıkları yönünde bir dayanak olmadığı yine Komisyon tarafından ifade edilmektedir¹⁷⁰⁷. UHK bu nedenle müstakil rejim yerine özel rejim teriminin kullanılması gerektiğini, zira genel uluslararası hukukun kavramsal olarak alt sistemlerden dışlanmasının mümkün olmadığını bunlar ile genel uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi, bu sistemlerin kuruluşunu değerlendirmek suretiyle ortaya koyar¹⁷⁰⁸. Nitekim yukarıda değinildiği üzere alt sistemin müstakil oluşu *Simma* tarafından diğer alt sistemlerle ilişkiler bakımından geçerli bir özellik olarak ele alınmıştır. En temel haliyle özel rejimlerin uluslararası hukuk araçlarıyla meydana gelmesinde veya sistemsel bir sorunla karşılaşıldığında genel uluslararası hukuk kurallarının uygulandığı akılda tutulmalıdır. İster alt sistem ister UHK raporundaki gibi özel rejim olarak ifade edilsinler bu rejimler bağlayıcı güçlerini, rejimi kuran eylemlerin genel uluslararası hukuk bünyesinde tanımlı hukukî ilişkilerden doğduğu göz önünde bulundurulursa, genel uluslararası hukuktan almaktadırlar¹⁷⁰⁹. Kendi içlerinde bir bütün oluştursalar da bu onların genel uluslararası hukuk ile olan ilişkilerini ortadan kaldırmayan bir bütünlük olmaktadır.

Uluslararası hukukun bölümlenmesine ilişkin önemli sorunlar arasında genel uluslararası hukuk ile ilgili özel rejimin hukuku arasındaki ilişkinin nasıl olması

¹⁷⁰⁶ UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 82, p. 3.

¹⁷⁰⁷ Ibid, s. 82, p. 5.

¹⁷⁰⁸ Ibid, s. 82, p. 5.; s. 100, p. 193.

¹⁷⁰⁹ Ibid, s. 94, p. 177.

gerektiği, uluslararası hukukun kanunlar ihtilafına ilişkin açık hukukî çözümler sunmaması ve bu durumun uluslararası hukukun bütünlüğünü tehdit etmesi gösterilir¹⁷¹⁰. Ancak UHK Raporu'nda, genel uluslararası hukuk ile özel rejim arasındaki uyumsuzluklarda *lex specialis* ilkesinin uygulanabileceğinin hatta özel rejimin temelini *lex specialis* mantığının oluşturduğunun ifade edildiğine değinmiştik. Bunun yanı sıra özel alanda uluslararası anlaşmalar bulunacağından VAHS'nin yoruma ilişkin maddeleri de ilgili uyumsuzluğun çözümünde uygulanabilecektir. Uluslararası hukukun genel hukuk ile özel rejim arasındaki ilişkiyi düzenleyecek araçlara sahip olduğu böylece ortaya konmaktadır.

Uluslararası hukuktaki bölümlenme endişesi, bir dönem alanın uygulayıcılarının ve teorisyenlerinin en çok tartıştığı hususlardan biri olsa da sona ermiş olduğu ifade edilir, bunda UHK Raporu'nun bölümlenmeye teknik yaklaşımının da etkisi olmuştur¹⁷¹¹. Artık uluslararası alanda bölümlenmenin hukukî bir problem olarak ele alınmadığı söylenebilecektir, zira UHK Raporu'nda bölümlenmenin genel uluslararası hukuktan ileri sürüldüğü ölçüde ayrılmaya sebep olmadığı ve özel rejimlerin genel uluslararası hukuk ile ilişkilerinin sona ermediği vurgulanmıştır. Bununla birlikte özel rejim ve genel uluslararası hukuk kuralları arasındaki çatışmaların ortadan kalktığından da söz edilemeyeceği, geçen zamanın ancak bunların artmasına neden olacağı belirtilir¹⁷¹². Uluslararası hukukun bölümlenmesi geri dönülebilir bir husus olmadığı gibi vazgeçilebilir bir husus da değildir. Ancak kanaatimizce de uluslararası hukukun gelişiminin ve özel konularda hukuk kurallarının birikmesinin sistemsal sonucu olan bölümlenme konusunda UHK'nin teknik tespitleri isabetlidir.

Uluslararası hukuk kişiliği bakımından bölümlenme, bazı birimlerin uluslararası hukukun belli alanlarında kişilik kazanması yönünden önemlidir. Özel alanda hukuk kişisi olma ve bunun genel uluslararası hukuktaki konuma etkisi bir sonraki başlık altında değerlendirilecektir.

¹⁷¹⁰ Hafner, op. cit., s. 853.

¹⁷¹¹ Harlan Grant Cohen, "Fragmentation", *Concepts for International Law Contributions to Disciplinary Thought*, ed. Jean d'Aspremont, Sahib Singh, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, 2019, ss. 315-327, s. 325.

¹⁷¹² Ibid.

V. SINIRLI VE KISMÎ ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİĞİ

Şimdiye kadar çalışmanın çeşitli kısımlarında değinilmiş uluslararası hukuk kişiliğinde sınırlılık/kısıtlılık konusunu bu başlık altında incelemeye çalışacağız. Devletlerin uluslararası hukukun aslî, orijinal, tam, merkezî, gerekli hukuk kişisi olduklarına ilişkin görüşlere yer verdik. Bu görüşlerin devletin uluslararası hukukun ortaya çıkışına kaynaklık etmesi, devletin uluslararası hukuk kişiliğinin olgusal faktörlerin varlığı ile kendiliğinden ortaya çıkması, uluslararası alanın diğer birimlerinin uluslararası hukukî ve prosedürel kapasiteleri bakımından devletin etkisi gibi kimi nedenlere dayandığı savunulabilecektir. Devlet hukuk kişiliğine atfedilen bu sıfatlar genel olarak devletin, uluslararası hukuk kişiliğinden ne anlaşılıyor ise bundan kaynaklanan tüm sonuçlara sahip olacağını, devletin uluslararası hukukun ‘en geniş anlamıyla’ kişisi olduğunu ifade eder. Bu nedenle, devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukuk kişilikleri gündeme geldiğinde onların uluslararası alanda sahip oldukları haklar ve yükümlülükler, yetkiler devletinkiler ile kıyaslanarak devletinkilerden daha “az” oldukları sonucuna varılır. Burada “az” ile kastedilen aslî olmama, türeme olma, eksik olma, merkezî olmama durumlarıdır. Uluslararası hukukta devlet dışındaki birim uluslararası hukukun kişisi olsa dahi, hukuk kişiliği devletinkinden daha sınırlı hakkı veya yetkiyi sağlamakta, yükümlülüğü getirmektedir.

İnsan hakları ve kolektif hakların uluslararasılaşmasına sebep olan ve özellikle 2. Dünya Savaşı’ndan sonra yaşanan hukukî gelişmeler, devletlerin uluslararası alana yeni aktörleri kabul etmede isteksiz olduklarını da göstermiştir, ancak uluslararası alanda yeni aktörlerin ortaya çıkması devletlerin belirli alanlardaki egemenliğini sınırlamak anlamını taşıdığından bu isteksizlik anlaşılabilir bir sonuçtur¹⁷¹³. Devletlerin uluslararası hukuk kişiliği ile egemenlikleri arasında bir bağlantı bulunmaktadır, egemenlik devlet olmanın bir unsuru ve devletin ulusal ve uluslararası alanlarda icra ettiği yetkilerin kaynağıdır. Bu nedenle uluslararası hukukun devletler dışındaki kişileri yetkili olsalar da bu devletlerinkine nazaran sınırlı, kısıtlı bir yetki olarak anlaşılır. Çalışmanın özellikle ikinci bölümünde uluslararası örgütlerin ve bireylerin hukuk kişiliğini değerlendirirken farklı unsurların arandığına değindik. Bunlar uluslararası örgütler bakımından uluslararası alanda ilgili örgüte verilen işlevler ve uluslararası örgütün kurucularından ayrı bir birim olarak varlığı gibi unsurlardı. Bireyler bakımından ise

¹⁷¹³ Meijknecht, op. cit., s. 55.

ağırlıklı olarak uluslararası hukuktan kaynaklanan haklara ve yükümlülüklerle sahip olma, hukukî kapasite hukuk kişiliğinin unsuru olarak kabul edilmekteydi ve bunun prosedürel kapasiteyi de içermesinin gerekip gerekmediği tartışılmıştı. Görülmektedir ki diğer birimlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin unsurları arasında egemenlik bulunmaz, zira egemenlik devlete özgü bir husustur.

Doktrinde birçok yazar, uluslararası hukukun ilkesel ve orijinal kişisi olan devlet ile diğerleri, uluslararası hukukun daha az ölçüde kişisi olan ve daha sınırlı yetkileri olan birimleri arasında ayırma gitmektedir¹⁷¹⁴. *Meijknecht*'e göre uluslararası hukuk uygulamasında sınırlı öznellik iki biçimde karşımıza çıkmaktadır; bunların ilki hakların dolaylı bir biçimde tanınmasıdır böylece devlete uygulama bakımından önemli ölçüde takdir imkanı tanınmış olur; ikincisi ise haklar doğrudan tanınmış olsalar da etkili başvuru imkânının bulunmamasıdır¹⁷¹⁵. Yazar ilkinde örnek olarak çerçeve anlaşmalar olarak nitelendirilen anlaşmaları¹⁷¹⁶ verir, bu anlaşmaların sonucunda devletler kendi iç işlerinde ilgili düzenlemeleri yapmakta geniş bir takdir yetkisine sahip olacaklardır, ikinci durum ise uluslararası prosedürel kapasite olarak ifade ettiğimiz hakların ve yükümlülüklerin uluslararası merciler önünde ileri sürülebilme yetkisinin tanınmamış olmasıdır.

Uluslararası hukukun 'kendilerine verilen yetkiler kurucu belgeleriyle sınırlandırılmış, kısmî kişiliğe sahip uluslararası örgütleri'¹⁷¹⁷ ifadesinde uluslararası hukukta kısmî ve sınırlı kişiliğin birbiri ile benzer anlamlarda kullanıldığını görmekteyiz. Yazarlar farklı ifadeleri tercih etse de hedeflenen anlam uluslararası hukuk kişiliği ölçüsünün daha az olması, devletin sahip olduklarına göre daha sınırlı veya kısmî hakların ve yükümlülüklerin veya yetkilerin bulunmasıdır. Uluslararası örgütlerin yetkileri kurucu anlaşmalarıyla sınırlandırılır, bunun sonucunda uluslararası hukuk kişilikleri sahip oldukları işlevlerin belirliliği nedeniyle kısmî veya sınırlı olur.

Hukuk kişiliğini bir araya gelen hak ve yükümlülüklerden oluşan, niceliksel bir sistem olarak ele alan yazarlara göre, az ya da çok hakka veya yükümlülüğe sahip olmak az ya da çok o hukuk alanının kişisi olmak anlamına gelecektir¹⁷¹⁸. Yani, hukuk

¹⁷¹⁴ Ibid.; Seyersted, *Objective International Personality*, s. 90.

¹⁷¹⁵ Meijknecht, *op. cit.*, s. 55-56.

¹⁷¹⁶ Ibid.

¹⁷¹⁷ Walter, *Subjects of International Law*, p. 22.

¹⁷¹⁸ Bryson, *Diamantis, Grant, op. cit.*, s. 277.

kişileri arasında hakların ve yükümlülüklerin nicelikleri bakımından bulunan farklar onların hukuk kişiliklerini ortadan kaldırmamaktadır. Divan Giderim Kararı'nda benzer bir biçimde uluslararası hukukun kişilerinin sahip oldukları hakların kapsamı bakımından birbiri ile aynı olmaları gerekmediğinden söz etmiştir. Nitekim hukuk kişiliği bir ya hep ya hiç meselesi değildir; daha çok ya da daha az, içtima eden ya da bağlantısız hak ve yükümlülüklerle sahip olunabilir, bu durumun hukuk kişiliğini sınırlandıran etkisinden ise söz edilmemektedir¹⁷¹⁹. *White* da hukuk kişiliğinin varlığından ya da yokluğundan söz edilebileceğini belirtir, bunun bir derecesi olmadığı gibi bundan kaynaklanan spesifik yetkiler de söz konusu değildir¹⁷²⁰. *Barbara* ise uluslararası hukuk kişiliğinin siyah ya da beyaz olmadığını, grinin tonlarının da mevcut olduğunu belirtir¹⁷²¹, uluslararası alanın kişilerinin farklılaşabileceği Giderim Kararı'nda da yer almıştır. Ancak yazar bu noktada tam kişiliğin devlet tarafından icra edildiğini, uluslararası örgütlerin ve bireylerin hukuk kişiliğinin ise bundan farklı bir ikincil niteliği bulunduğunu belirtir¹⁷²².

Çalışmada hukuk kişiliği kavramını kullanmayı tercih etsek de özne kavramını tümünden reddetmediğimiz gibi hukuk kişisi ile özne arasında önemli bir farkı da kabul etmediğimize değinmiştik¹⁷²³. Özne ve hukuk kişisi arasındaki ilişkiyi eylemsel olan ve hukuk âlemindeki karşılığı olarak kabul ettiğimizde hukuk kişiliğine yönelik sınırlı veya kısmî gibi sıfatları geçerli kabul etsek dahi bunların ancak hukuk kişiliği bakımından kullanılabilmesi, özneler bakımından ise kullanılamayacağı söylenebilir. Nitekim eğer eylemsel olarak bir normun muhatabı bir birim ise o birim hukukun öznesidir. Bunun kısmî ya da sınırlı olması söz konusu olamayacaktır. Hukuk kişiliğinin sınırlılığı/kısmiliği ise kanaatimizce belirli kategori içindeki hukuk kişileri için söz konusu olabilecektir, iki ayrı kategorideki hukuk kişileri birbirine göre sınırlı veya kısmî olmamalıdır. Zira uluslararası alanda hukuk kişiliği bakımından farklı kategoriler için farklı gereklilikler, unsurlar ve sonuçlar bulunmaktadır.

Nasıl ki uluslararası hukuk kişiliğini tanımlayan bir kural bulunmuyor ise uluslararası hukuk kişilerini belirleyen bir genel kural da yoktur. Yani devletler,

¹⁷¹⁹ Ibid, s. 280.

¹⁷²⁰ White, op. cit., s. 117.

¹⁷²¹ Barbara, op. cit., s. 23.

¹⁷²² Ibid, s. 23-24.

¹⁷²³ Yukarıda, sf. 303.

uluslararası örgütler, bireyler uluslararası hukuk uygulamasında ve doktrininde hukuk kişiliği tartışmalarının etrafında yürütüldüğü, uygulama doğrultusunda ortaya çıkan kategorik grupları ifade ederler. Ancak bu kategorilerin hukuk kişiliği kaynakları birbirinden farklıdır. Bir devletin uluslararası hukuk kişisi olması için sahip olması gereken haklar ve yükümlülükler değil genellikle olgusal nitelikli unsurlar vardır; devletler uluslararası alanda bu unsurlara sahip olmaları nedeniyle hukuk kişisi olurlar. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukukun kişisi olmaları için ya bunun açık bir biçimde üyeleri tarafından düzenlenmiş olması ya da sahip olduğu fonksiyonların ve özelliklerinin bunu gerektiriyor olması gerekir. Bireyler için ise hukuk kişiliği uluslararası alanda sahip olunan haklara ve yükümlülükler, bazı görüşlerce prosedürel kapasiteye dayandırılır. Bu nedenlerle uluslararası hukuk kişiliğinde farklı kategoriler bulunur, bunların hukuk kişiliklerinin kaynakları da sonuçları da birbirinden farklıdır. Kategoriler arasında bir kısmîlik/sınırlılıktan söz etmek yerine bir kategori içindeki farklı birimlerin kısmîliğinden/sınırlılığından söz etmek kanaatimizce daha doğru olur. Zira farklı kategorilerde yer alan birimlerin hukuk kişiliği farklı kaynaklara dayanacağından birbiri ile kıyaslanmaması gerekir. Giderim Kararı'na göre bir hukuk alanının kişileri doğaları ve haklarının genişliği bakımından birbirinden farklı olabileceklerinden kategoriler arası değerlendirmede hukuk kişiliğinin ya var olması ya da olmaması gerekir. Farklı kategoriler doğası yahut haklarının genişliği bakımından farklı hukuk kişilerini kapsamaktadır.

Çalışmada sınırlı veya kısmî uluslararası hukuk kişiliği bakımından iki ana yaklaşımın benimsendiği görülebilecektir. Bunların ilki prosedürel kapasitenin bulunmaması durumudur. *Lauterpacht*'ın prosedürel kapasitenin bulunmamasının hukuk kişiliğini ortadan kaldırmadığı ancak sınırlandırdığı görüşünün¹⁷²⁴ sonucu olan bu yaklaşımda hukuk kişiliğini veren uluslararası haklar ve yükümlülükler yani uluslararası hukukî kapasite bulunsa da prosedürel kapasitenin bulunmaması hukuk kişiliğini sınırlandıran bir durum olarak anlaşılmaktadır. Diğer yaklaşım uluslararası alanda haklara ve yükümlülükler sahip olunsada bunların devletin sahip olduğu haklar ve yükümlülüklerle aynı ölçüde olmaması nedeniyle hukuk kişiliğinin sınırlı olduğuna dayanır. Devletler dışındaki uluslararası hukuk birimleri bu yaklaşıma göre sayıca daha az hakka ve yükümlülüğe sahip olduklarından uluslararası hukuk kişilikleri de sınırlı

¹⁷²⁴ Lauterpacht, *The Subjects* -1948, s. 113.

veya kısmîdir. Son olarak, uluslararası hukuka bağlı alt alanlarda hukuk kişiliğinden doktrinde sıklıkla söz edilmiş olması dolayısıyla, uluslararası hukukun belli bir alt alanında haklara ve yükümlülöklere sahip olunmasının genel uluslararası hukukta kişiliğı sınırladığı/kısmî hale getirdiğı söylenebilecektir. Buna göre bir birim uluslararası hukuktaki özel alanlarda haklara ve yükümlölöklere sahip olarak hukuk kişisi olsa da genel uluslararası hukuk bakımından sınırlı veya kısmî bir kişi olmaktadır. Biz ilgili başlıklarda bu yaklaşımları ele alarak kanaatimiz doğrultusunda isabetli olup olmadıklarını değerlendirmeyi hedeflemekteyiz.

A. PROSEDÜREL KAPASİTE

Giderim Kararı'nda Divan tarafından prosedürel kapasite(*jus standi*)ye sahip olma uluslararası hukuk kişiliğinin unsurları arasında sayılmıştır. Buna genellikle iki yönden eleştiri getirilmiştir. Bunların ilki hukukî kapasite ile prosedürel kapasitenin birbirinden bağımsız bir biçimde değerlendirilmemesini içerir, hakkın varlığını hukuk kişiliğı için yeterli kabul etmektedir. Bunun yanı sıra başvuru imkanının sadece uluslararası mercilerde değil ulusal mercilerde de kullanılabileceğini ileri sürer. Diğeri ise prosedürel kapasitenin bulunmamasını hukuk kişiliğini ortadan kaldıran değil sınırlandıran bir sebep olarak kabul etmektedir.

Kelsen'e göre, prosedürel kapasitenin bulunmaması durumunda, uluslararası bir hak var olsa dahi bireyler bunun öznesi olamayacaklardır; zira bir uluslararası mekanizmaya başvurabilmelerini düzenlemeyen haklar bireyin değil ilgili andlaşmanın tarafı olan devletlerin hakları olmaktadır¹⁷²⁵. Söz konusu andlaşma devletlerin vatandaşlarına muamele standardını düzenleyerek bireylerin belirli menfaatlerinin korunmasını amaçlayan bir andlaşma olsa dahi sonuç deęişmeyecektir¹⁷²⁶. Ancak *Lauterpacht*'a göre, hakların yararlanıcısı konumundaki birim haklara ilişkin bağımsız başvuru imkanına sahip olmasa da bu onun hukukun öznesi olmayacağı anlamına gelmez, bir uluslararası hukuk enstrümanı bireylere prosedürel kapasite atfetmeksizin de onları hukukun öznesi yapabilir¹⁷²⁷. Nitekim uluslararası hukuk kişiliğı bakımından

¹⁷²⁵ Kelsen, Principles of International Law, s. 231.

¹⁷²⁶ Ibid.

¹⁷²⁷ Lauterpacht, Human Rights, s. 27.

prosedürel kapasitenin etkisini pozitivist yazarlar daha fazla vurgulamaktadır, bu da icra edilemeyen hukukun hukuk olmadığı görüşleri ile bağdaşmaktadır¹⁷²⁸.

Peters, ulusal mercilerde de uluslararası alandan doğan hakların ve yükümlülüklerin ileri sürülebilmesi nedeniyle bunların etkililiğinin hem ulusal hem de uluslararası mercilerce sağlanabileceğini belirtir¹⁷²⁹. Yani, yazara göre uluslararası alandan doğan haklar ve yükümlülükler bakımından prosedürel kapasitenin mutlaka uluslararası mercilere başvurma imkanı olarak anlaşılması gerekir. Zira yerel merciler de uluslararası hukuku uygulayabilirler, uluslararası hukuk ulusal merciler için yabancı, bilinmeyen bir hukuk alanı değildir¹⁷³⁰. Uluslararası alandan kaynaklanan haklara ve yükümlülüklerle ilişkin prosedürel kapasite uluslararası merciler bakımından mevcut olabileceği gibi ulusal merciler bakımından da mevcut olabilecektir. Söz konusu hakkı ortaya koyan uluslararası hukuk normunun etkililiğinin sağlanması yeterli olmaktadır.

Prosedürel kapasitenin hukuk kişiliğinin ortadan kaldırmasa da uluslararası hukuktaki statüsünü sınırlandırmaktadır¹⁷³¹. Bu durumda bireyin, ya da uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarına ilişkin prosedürel kapasiteden yoksun birimlerin uluslararası hukuk kişiliğinin sınırlı olacaktır.

Prosedürel kapasitenin bulunmamasının uluslararası hukuk kişiliğini sınırlı hale getireceği yönündeki görüş, prosedürel kapasiteye sahip olmama hukuk kişiliğini ortadan kaldırmasa da onu sınırlandıracağından ilgili hakkın tek başına etkililiğinin reddedilmesi anlamına gelir; bu nedenle *Meijknecht*, prosedürel kapasitenin uluslararası hukuk kişiliğinin bir unsuru olarak kabul edilmemesi gerektiği konusunda *Lauterpacht*'a katılır; ona göre prosedürel kapasite, arzu edilen bir durum olarak, diğer uluslararası haklar gibi ilgili birime tanınabilecektir¹⁷³². Böylelikle prosedürel kapasite ilgili birimi uluslararası hukukun kişisi yapan bir hak değil, diğer haklar arasında bir hak olarak düzenlenir. Benzer bir yaklaşım ICSID önündeki bir tahkim kararında da kabul edilmiş ve modern uluslararası hukukta bireylerin andlaşmalarla esasa ve usule

¹⁷²⁸ Meijknecht, op. cit., s. 60.

¹⁷²⁹ Peters, *Beyond Human Rights*, s. 47 vd.

¹⁷³⁰ Higgins, *General Course*, s. 268.

¹⁷³¹ Lauterpacht, *Human Rights*, s. 61.

¹⁷³² Meijknecht, op. cit., s. 60.

ilişkin haklara sahip olabildikleri belirtilmiştir¹⁷³³. Usûle ilişkin hakların doğaları gereği esasa ilişkin hakların etkililiği bakımından belirleyici olmaları gerekmez.

Uygulama göstermektedir ki prosedürel kapasitenin mutlaka ilgili birimin hukuk kişiliğinden kaynaklanması gerekmez, Ekvador Anayasası'nın ülke ekosisteminin korunması için ülkede yaşayanlara prosedürel kapasite tanımış olması bunun bir örneğidir¹⁷³⁴. Bu durum, prosedürel kapasite ile hakkın her zaman aynı hukuk kişisine ait olmayabileceğini, ancak ikisinin de bir davaya sebep olabileceğini gösterir. Hukuk pratiği, teorinin sınırlarını aşmak için çeşitli yöntemler geliştirmiştir.

Uluslararası alanda prosedürel kapasite artık çeşitli yargısal yahut yarı yargısal yolların varlığı, ulusal mercilere tanınan etkinlik gibi nedenlerle hukuk kişiliği alanını daha az daraltmaktadır. Ancak yine de prosedürel kapasitenin bulunmasının hukuk kişiliğine etkisinin, uluslararası maddî hukuku etkisizleştirilmesi nedeniyle, bunu sınırlandırmak olarak anlaşılması gerektiği savunmaktayız.

B. HAKLARIN VE YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAPSAMI

Uluslararası alanda devletin bu alanın orijinal, aslı, tam hukuk kişisi olduğu savı bazı hallerde uluslararası alanın diğer birimlerinin devletler gibi bu alandan kaynaklanan tüm haklara ve yükümlülüklerle sahip olamamalarını ifade eder. Devletlerin tam uluslararası hukuk kişiliğinin anlamı Giderim Kararı'na göre tüm uluslararası haklara sahip olmak ve tüm uluslararası yükümlülüklerden sorumlu olmaktır¹⁷³⁵. Ancak bu önermenin test edilmesi gerekmektedir. Devletlerin uluslararası alandan kaynaklanan tüm haklardan faydalanabileceği ve tüm yükümlülüklerden sorumlu tutulabileceği iddiası ispata muhtaçtır.

Bireyler ve devletler arasındaki farklara değinen *Peters*, bireylerden farklı olarak devletlerin kendi kendilerine bir amaç oluşturmadıklarını (*end in itself*) belirtir, bu nedenle de bireylerden farklı olarak hakları değil yetkileri vardır¹⁷³⁶. Uluslararası hukukun öncelikli, gerçek, aslı, tam kişisi ifadesi nasıl kullanılırsa kullanılsın devletin uluslararası hukuk kişiliğine üstünlük sağlayan bir ifadedir. Ancak, bunun nedeni

¹⁷³³ ICSID, Dava No: ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance v. Filipinler Cumhuriyeti, Yargı Yetkisine İtirazlara İlişkin Karar, 29.01.2004, p. 154.

¹⁷³⁴ Bryson, Diamantis, Grant, op. cit., s. 281.

¹⁷³⁵ Walter, Subjects of International Law, p. 23.

¹⁷³⁶ Peters, Beyond Human Rights, s. 112.

devletin uluslararası alandaki tüm hak ve yükümlülüklerle sahip olması değil, uluslararası alanda güce ve buna dayalı araçlara sahip olmasından kaynaklanan üstün pozisyonudur, zira devlet, uluslararası alanda bireyler gibi korunmaya ihtiyaç duymadığından haklara değil yetkilere sahiptir¹⁷³⁷.

Uluslararası alandaki tüm hak ve yükümlülüklerle sahip olmama bakımından sınırlı hukuk kişiliği ifadesinin mantıklı olduğunu belirten *Peters*, devletlerin hukuk kişiliklerinin de sınırlı olduğunu çünkü onların da örneğin insan haklarından faydalanamayacağını belirtir; sonuç olarak uluslararası hukuktan kaynaklanabilecek geniş ve çok çeşitli haklar ve yükümlülükler düşünüldüğünde uluslararası hukukta sadece sınırlı/kısmî hukuk kişilerinin var olabileceğini savunur¹⁷³⁸. Buna göre ne devletler ne de devletler dışındaki birimler uluslararası alandan kaynaklanan tüm haklara ve yükümlülüklerle sahip olamazlar.

Devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan tüm haklara ve yükümlülüklerle sahip olamayacağı hususunu bir örnekle açıklayabilmek mümkündür. UCM statüsünün 7. maddesinde sayılan İnsanlığa Karşı Suçlar'ı işlememe yükümlülüğü uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüktür. Ancak bu yükümlülük devletlere değil (devletin organlarında görev alan bireyler de olabilir) bireylere getirilmiş bir yükümlülüktür, zira UCM Statüsü bireysel sorumluluğu düzenlemektedir. Elbette bu fiiller insancıl hukukun temel metinleri olan Cenevre Sözleşmeleri'nde de yasaklanmış¹⁷³⁹ ve devletler bu andlaşmalara taraf olarak yahut da bu andlaşma hükümlerinin teamül kuralına dönüşmesi suretiyle bunlarla bağlanmış olabilirler. Bu durumda devlet, ilgili insancıl hukuk normunda yer alan yükümlülükle bağlı olacaktır. UCM statüsünde yer alan bireysel cezaî sorumluluk ise uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülük olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir. Görüleceği üzere devletler uluslararası hukukta en geniş haklara ve yükümlülüklerle sahip birim olsalar da bu alandan kaynaklanan tüm hak ve yükümlülüklerle sahip olamayacaklardır. Haklara ve yükümlülüklerle sahip olma kapasitesini belirleyen önemli bir unsur da normun düzenlenişidir, normun üzerinde hak ve yükümlülük doğuracağı birimler bu

¹⁷³⁷ Ibid.

¹⁷³⁸ Ibid, s. 42-43.

¹⁷³⁹ Roma Statüsü 7. maddesinin f bendinde yaygın ve sistematik saldırının bir görünümü olarak işkenceyi düzenler. Nitekim Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi 3. maddesinin a bendinde işkenceyi yasaklanmaktadır.

düzenleniş ile belirlenir. Bunun yanı sıra uluslararası alandan kaynaklanan tüm haklar da devletlerin sahip olabileceği haklar değildir, örneğin yaşam hakkı. Yahut da uluslararası alandan kaynaklanan cezaî yükümlülükler, doğaları gereği, devletlerin bağlı olabilecekleri yükümlülükler olmamaktadır. Bu nedenle devletlerin uluslararası alandan kaynaklanan tüm hak ve yükümlülüklere sahip olmaları nedeniyle uluslararası hukukun tam kişisi olmazlar. Ancak diğer birimlere kıyasen daha fazla hakka ve yükümlülüğe sahip olabilirler. Bu da *Peters*'in ifade ettiği gibi tüm uluslararası hukuk kişilerinin özü itibarıyla sınırlı/kısmî hukuk kişisi olması anlamına gelecektir. Sonuç olarak hukuk kişiliğinin sınırlı/kısmî olması ana kural veya doğasından kaynaklanan bir özelliği ise bu sıfatların ayrıca bu kavrama eklenmesi gerekmediği gibi devletin tam hukuk kişiliğinden de söz edilememelidir.

C. ÖZEL REJİMDE KİŞİ OLMA

Devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukuk kişiliğinde tartışmalar olsa da bireylerin uluslararası hukukun bazı alanlarında haklara sahip (insan hakları) ve bazılarında da yükümlülük altında (uluslararası ceza hukuku) olduğu tartışılmamaktadır¹⁷⁴⁰. Uluslararası hukukun bölümlenmesine ve bu çerçevedeki tartışmalara önceki başlıklarda değindik. Uluslararası alanda bazı konulara ve bu konulara ilişkin hukukî ilişkilere yönelik uluslararası andlaşmalardan, merci kararlarından ve uluslararası örgütlerin o konudaki faaliyetlerinden bir özel rejim ortaya çıkabilmektedir. Özel rejimler kendi içerisinde bir bütün ifade etseler de bazı hallerde genel uluslararası hukukun kurallarına tâbi olmakta bu nedenle de genel uluslararası hukuktan tamamen kopmamaktadırlar. Bir birimin özel rejimde haklara ve yükümlülüklerle sahip olmasının genel uluslararası hukuk bakımından hukuk kişiliğinin bulunduğu anlamına gelip gelmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hiçbir kural, andlaşma veya teamül ne kadar spesifik bir konuya ilişkin yahut da tarafları ne kadar sınırlı olursa olsun boşlukta değil bir normatif bağlamda uygulanır; bu normatif bağlamın içine yalnızca genel hukukun ilgili özel rejime ilişkin düzenlemeleri değil ilgili hukuk kişilerinin hangileri olduğuna karar verilmesini sağlayan ilkeler, onların temel hak ve yükümlülükleri ve bunların hangi biçimlerde tamamlandığı,

¹⁷⁴⁰ Parlett, op. cit., s. 3.

değiştirildiği yahut ortadan kalktığı girer¹⁷⁴¹. Bu halde *Koskenniemi* ve UHK Bölümleme Çalışma Grubu, özel rejimlerde uluslararası hukuk kişiliğinin genel uluslararası hukukun normatif bağlamında değerlendirileceğini, ortaya çıkacağını belirtmiştir, yani hukuk kişiliği yaklaşımını özel rejimler genel uluslararası hukuktan alırlar. Genel uluslararası hukukta hukuk kişiliği hakların ve yükümlülüklerin tanımlanması ile ortaya konuyor ise bu durumda özel rejimde haklara ve yükümlülüklerle sahip kılınan birim hukukun kişisi olacaktır. Bu doğrultuda da genel uluslararası hukukun özel rejimleri kapalı alanlar olmadıklarından, bunların normatif bağlamı genel uluslararası hukukun içinde bulunacak ve özel rejimlerle genel uluslararası hukuk arasında hukuk kişiliği sistemi bakımından belirgin bir farklılaşma olmayacaktır.

Hukukun bir kısmını dışarıda bırakırken bir kısmı ile bağlı olmayı seçmek, sadece sınırlı bir biçimde (dar anlamda) hukukî iddialar ileri sürebilmek imkânsızdır; hukuk mantığı kapalı ve dairesel bir sistem içinde çalışır ve buna göre bir hukukî talebin tanınıp tanınmaması diğer hukukî taleplerin doğruluğunun tanınmasıyla karşılaştırılabilecektir¹⁷⁴². Bir hukuk sisteminde ileri sürülen iddianın geçerliliği, bu hukuk sistemi içerisinde ileri sürülen diğer iddiaların geçerliliği ile bağlantılıdır. Benzer biçimde bir hukuk düzeninin kişisi olan birim, o hukuk düzeninde yer alan belli haklara ve yükümlülüklerle sahip olarak hukuk kişisi olduğunda bu onun tüm hukuk sistemi bakımından kişi olmadığı anlamına gelmeyecektir. Taraf olunan hukukî ilişkiler bağlı olunan hak ve yükümlülükleri değiştirirse de bu ilgili birimin hukuk kişiliğini etkilemeyecektir. Zira bir birim hukukun bir kısmı ile bağlı olmayı diğer kısmı ile bağlı olmamayı seçemez. Uluslararası hukuk bünyesindeki özel rejimler genel uluslararası hukuka bağlı, kapalı olmayan hukuk alanları olduğundan¹⁷⁴³, bir hukukî talebin ileri sürülebilirliği sadece özel rejim için değil genel uluslararası hukuk için de geçerli olmaktadır. Buradan hareketle, uluslararası hukuk kişiliğini uluslararası alanda haklara ve yükümlülüklerle sahip olmak olarak tanımlarsak, özel rejim altında haklara ve yükümlülüklerle sahip olan bir birimin bu özel rejimde kişi olacağı gibi genel

¹⁷⁴¹ UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 64, p. 120.

¹⁷⁴² Ibid, s. 65, p. 122.

¹⁷⁴³ Öncelikle genel hukuk, gelişmiş nitelikte olsa dahi özel rejime normatif bir altyapı sağlamaktadır; böylelikle bu alanın özel olarak düzenlemediği konular bakımından işlevini yerine getirmesini sağlar. İkinci olarak da esasa yahut da usüle ilişkin konularda özel rejim işleyemez hale gelirse genel hukuk işlerlik kazanır. Ibid, s. 100, p. 192.

uluslararası hukukta da kişi olabilmesi gerekmektedir. Zira özel rejim, uluslararası hukukun bir alt alanı olarak, kapalı bir sistem olmadığı sürece, onun normatif çerçevesi içerisinde yer alır. Özel rejimin hukuk kişiliği attığı birim genel uluslararası hukukun normatif bağlamında da hukukun kişisi olarak anlaşılabilir, zira özel rejimlerin uygulanacağı normatif bağlam genel rejimin normatif bağlamıdır¹⁷⁴⁴.

Genel uluslararası hukuk ve özel alanlar hakkında belirtilenler ışığında uluslararası hukuk kişiliğinin sınırlılığının yahut kısmiliğinin ancak uluslararası hukukun alt alanlarında haklara ve yükümlülüklerle sahip birimler bakımından kullanılabilir kanaatimizce uygundur. Böylece özel rejimler uluslararası hukukun bir alt kısmını oluşturduğundan kısmî hukuk kişiliği ifadesi prosedürel kapasiteye ve haklarla yükümlülüklerin kapsamına ilişkin değil konuya ilişkin bir ifade olacaktır.

Uluslararası şirketlerin uluslararası hukukta genel hukuk kişisi olmak gibi bir kaygı gütmedikleri, onların kendi uluslararası taleplerini ileri sürmelerini sağlayacak özellikle sınırlı bir hukuk kişiliğine sahip olmayı hedefledikleri, böylelikle uluslararası hukukun genel yükümlülüklerinden de sorumlu olmayacakları belirtilir¹⁷⁴⁵. Ancak uygulamanın bunu desteklediği söylenemez. BM Güvenlik Konseyi, birçok kararıyla devletler dışındaki birimlere dolaylı yahut doğrudan yükümlülükler getirmiştir¹⁷⁴⁶. Bu yolla, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin yalnızca devletlerce değil devlet dışı aktörlerce de tehdit edilebileceğini kabul etmiş, uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi bakımından devlet merkezli yaklaşımını terk etmiş olmaktadır¹⁷⁴⁷. Bunun uluslararası hukukta devletler ve uluslararası örgütler dışındaki birimlerin genel yükümlülüklerine bir örnek oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁷⁴⁸. Buradan hareketle uluslararası hukukun özel alanlarında hakları ve yükümlülükleri bulunan birimlerin,

¹⁷⁴⁴ Ibid, s. 64, p. 120

¹⁷⁴⁵ Claire Cutler, “Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organization: A Crisis of Legitimacy”, *Non-State Actors and International Law*, ed. Andrea Bianchi, Cornwall: Ashgate, 2009, s.29.

¹⁷⁴⁶ Örneğin; BM GüvK, S/RES/864(1993), UNITA partisine silah ve petrol yasağı getirmesi; BM GenK, A/RES/36/172, Güney Afrika’ya getirilen petrol ambargosu; BM GüvK, S/RES/1373(2001), ünlü terörizmin finansmanının önlenmesi kararı; BM GüvK, S/RES/1478(2003), getirilen silah ambargosunun Liberya’daki, devlet dışı aktörleri de kapsayan, tüm muhataplara uygulanacağı.

¹⁷⁴⁷ Davorin Lapaš, “Sanctioning Non-State Entities: An International Law Approach”, *Revue internationale de droit pénal*, C. 81, S. 1, 2010, ss. 99-124, s. 112-113.

¹⁷⁴⁸ BM GüvK, S/RES/1540(2004), Kitle İmha Silahlarının Yayılmasını Önleme Kararı.: Devlet dışı aktörlerin tanımı Güvenlik Konseyi tarafından, kitle imha silahlarının yaygınlaşmasının önlenmesine yönelik kararında yapılmıştır; buna göre ilgili kararın kapsamına giren faaliyetlerde bulunan ve bir devletin hukukî otoritesi altında hareket etmeyen birey ya da birimleri ifade eder.

yani bu alanların hukuk kişilerinin, genel uluslararası hukuk araçlarıyla yahut kurallarıyla yükümlendirilebildikleri ortaya konmuş olmaktadır. Bu durum genel uluslararası hukuk ile özel rejimler arasındaki normatif çerçeveyi ortaya koyan bir başka örnek olarak ele alınabilecektir. Özel rejimler kapalı alanlar olmadığı müddetçe genel uluslararası hukuk ile aralarında böyle bir ilişkinin bulunması olağandır.

USAD Danzig Mahkemelerinin Yargı Yetkisi Kararı'nda bir uluslararası andlaşma olan Beamtenabkommen ile bireylerin haklarının ve yükümlülüklerinin düzenlenebileceğini belirtmişti. Aralarında yaklaşık 75 yıl bulunan LaGrand kararı da, Danzig Mahkemeleri'nin Yargı Yetkisi kararında yer alan tarafların iradeleri doğrultusunda uluslararası andlaşmalar ile bireysel haklar yaratabileceklerinin bir teyidini oluşturur¹⁷⁴⁹. Cassese'ye göre de devletlerin bireylere sorumluluklar yükleyen ve haklar getiren uluslararası kurallar oluşturmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁷⁵⁰. Bunların insan hakları olarak sınıflandırılmaları da gerekmemektedir¹⁷⁵¹, LaGrand kararına konu hak Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nden kaynaklanan bir hak idi. Böylelikle uluslararası yargı insan hakları kapsamında bulunmamasına rağmen bireylere haklar getiren uluslararası andlaşmalar yapılabileceğini kabul etmektedir¹⁷⁵². Bu durumda bireylerin uluslararası alanda yalnızca insan hakları andlaşmaları aracılığıyla haklara sahip olmayacaklarından, uluslararası hukuk kişiliklerinin sadece insan hakları özel rejimine ilişkin olmadığı söylenebilecektir. Bu nedenle de, uluslararası hukuk kişiliğinin özel rejimlerin kapalı sistemler olmamaları nedeniyle genel uluslararası hukuka ilişkin olmasının yanı sıra, bireyin uluslararası hukuk kişiliği özel rejimden kaynaklananın ötesine geçmiş görünmektedir.

Uluslararası hukukta kişilik konusunda sınırlı ve kısmî hukuk kişiliği kullanımlarının özel rejimlere ilişkin bir kullanım olabileceği kanaatindeyiz. Zira tam uluslararası hukuk kişiliği ile sınırlı yahut kısmî uluslararası hukuk kişiliği arasında yapılan ayrımlar uluslararası hukuk alanında bulunan tüm haklara ve yükümlülüklerle sahip olma ile tam prosedürel kapasiteye sahip olmayı belirten sayısal yahut sistemsel

¹⁷⁴⁹ USAD, Danzig Mahkemelerinin Yargı Yetkisi, Danışma Görüşü, 03.03.1928, s. 17-18.; UAD, LaGrand, Almanya v. ABD, 27.06.2001, p. 77-78.

¹⁷⁵⁰ Cassese, *International Law*, 146.

¹⁷⁵¹ James Crawford, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *AJIL*, C. 96, S. 4, 2002, ss. 874-890, s. 887.

¹⁷⁵² Ayrıntılı olarak Spiermann, *The LaGrand Case*, s. 209-210.

bir ifade olmamalıdır. Bunun nedeni de bir birimin bir hukuk alanında sahip olabileceği hakların ve yükümlülüklerin sınırlı olabileceği düşüncesidir. Devletin, uluslararası hukukta en geniş hak ve yükümlülüklere sahip birim olsa dahi uluslararası hukuktan kaynaklanan tüm haklara ve yükümlülüklere sahip olamayacağına değindik. Bu konuda başka örnekler de verilebilecektir. BM Andlaşması devletlerin bölgesel bütünlüğünü güvence altına almaktadır; bir devlet bölgesel bütünlüğünü ihlal eden birime karşı çeşitli yaptırım yollarına sahiptir. Ancak uluslararası örgütlerin bölgesel bütünlükleri bulunmadığından bu tür bir haktan faydalanmaları mümkün olmayacaktır, sahip oldukları dokunulmazlık ve bağımsızlıkların kaynağı fonksiyonel nitelikleridir. Uluslararası ceza hukuku kapsamında bireyler soykırım suçunu işlemeleri halinde yükümlülüklerini ihlal etmiş olurlar ve Roma Statüsü çerçevesinde UCM'ye taraf olma yahut da BM Güvenlik Konseyi tarafından havale edilmiş olma şartları yerine getirilmiş ise, uluslararası cezaî sorumluluk ile karşı karşıya kalırlar. Soykırım yasağının *jus cogens* niteliği ve Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne taraf oldukları düşünülürse devletler de bu fiili işlemleri halinde bundan sorumlu tutulacaklardır; ancak bu sorumluluk uluslararası ceza hukuku alanında kurulan bireysel cezaî sorumluluk değil genel uluslararası hukukun devletin sorumluluğu kuralları doğrultusunda inşa edilecek sorumluluk olacaktır. Konusu aynı olsa da hukukî çerçevesi bakımından iki farklı yükümlülük türü söz konusudur. Bu nedenle hukuk kişiliğini tanımlarken kullanılan sınırlılık yahut da kısmîliğin yükümlülüğün yahut da hakkın doğduğu hukukî alanı nitelendirdiğinin düşünülmesi mantıklıdır. Böylelikle, bir birim yalnızca genel uluslararası hukuk altındaki özel rejimde haklara ve yükümlülüklere sahip oluyor ise uluslararası hukukun sınırlı yahut kısmî kişisi olabilecektir. Fakat, genel uluslararası hukuk ile özel rejim arasındaki ilişkinin özelliklerinin tespit edilmesi gerekir ki özel rejim kapalı bir hukuk alanı olmasın. Uluslararası alanda devletler dışındaki hukuk kişilerine getirilen itirazlar bu anlayışla karşılanabilecekse de bu anlayışın genel uluslararası hukukun kişilerinin kimler olduğu sorusunu gündeme getireceğinden hukukun kişileri arasında genel kişiler ve özel kişiler gibi bir ayrımı ortaya çıkarabileceğini de tutarlı olmak adına belirtmekte fayda bulunmaktadır.

SONUÇ

Uluslararası hukuk kişiliği üzerine yapmış olduğumuz çalışmada uluslararası alanda hukuk kişiliğini düzenleyen bir hukuk alanının yahut da bir hukuk normunun bulunmamasının ortaya çıkarmış olduğu teorik farklılıklar üzerinden bu hukuk alanında hukuk kişiliği değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede hem uluslararası hukukun tarihinden, hem uluslararası hukukta hukukun kişisi olduğu kabul edilen esas birimlerin özelliklerinden, hem genel olarak hukuk kişiliğinin neyi ifade ettiğinden hem de uluslararası hukukun yapısal nitelikleri ile bu alanda verilmiş yargı kararlarından faydalanılmıştır.

İlk olarak uluslararası hukukun tarihinde hukuk kişiliğine ilişkin değerlendirmelerin yapılabilmesi için uluslararası hukukun tarihi dört ana başlık altında ele alınmış ve bunların ilki olan Vestfalya öncesi dönemde uluslararası hukuk kişiliği ile birlikte esasen uluslararası hukukun varlığına ilişkin saptamalara yer verilmiştir. Bu dönemde modern anlamıyla devletin varlığından söz edilemediğinden ortaya çıkışı itibarıyla devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuk bir düşünce, anlayış olarak var olmuştur. Roma Hukuku kapsamındaki *ius gentium* ilk zamanlar yabancılık unsuru karışmış hukukî ilişkilere uygulanan hukuk iken zaman içinde doğal hukuka yaklaşmış, geç antikitede yapılan *ius gentium* tanımları ise bugünkü uluslararası hukuk konularını da kapsar hale gelmeye başlamıştır. Bu dönem içerisinde *ius gentium* doğal hukukun devletler arasında uygulanan bir alt dalı olarak anlaşılmış, *Grotius*'un öncülleri olan *Vitoria* ve *Suárez* evrensel topluluk ve evrensel hukuk fikrini ileri sürmeye başlamışlardır. Bu çerçevede *Vitoria*'nın evrensel topluluğunda bireylerin, devletlerin ve ulusların bulunduğu belirtilmiştir.

İkinci tarihsel dönem olan Vestfalya Barışı sonrası dönemde artık devlet kavramı unsurları ile birlikte ortaya çıkmaya başlamış, en başlarda devlet ile yöneticisi arasında egemenlik bakımından bir ayırmda bulunulmamış, egemenliğin devletin yöneticisinde somutlaştığı kabul edilmiştir. Ancak 18. yüzyılla birlikte artık devletin yöneticisinden soyutlanmış kişiliği belirginleşmiştir. Devletin hukuk kişiliği ile diğer hukuk kişileri arasında bir ayırmdın gerekmesi sonucunda ahlâki kişilik kavramı ortaya çıkmış, buna bağlı olarak da devletin yüceltilmesi söz konusu olmuştur. Bunların yanı

sıra devletler arasında yapılan andlaşmalarla iradî uluslararası hukuk pratiğe dökülmüş, egemen devlet uluslararası hukukun yapıcısı olduğundan bu durum doğal hukuk ve dinî hukuk kaynaklı uluslararası hukukun belli ölçüde gerilemesine sebep olmuştur. Bu dönemde bireyler uluslararası hukukun nihaî hedefi olarak gösterilmişlerdir, ancak dönemin çalışmalarında bireylerin devletler karşısında sahip oldukları etkililik araçları düşünüldüğünde bunun oldukça sınırlı bir isyan hakkı olduğu ve dolayısıyla bireyin uluslararası hukukun nihaî hedefi oluşunun aslında felsefi ve ahlâki bir içeriğinin bulunduğu tespit edilmiştir.

19. yüzyıla gelindiğindeyse devlet hukuk kişiliğinin ve bunun farklı görünümlerinin ortaya çıkması dolayısıyla konumuz bakımından farklı bir aşamada bulunulduğu söylenebilir. Bu dönemde önemli üç husus Viyana Kongresi, Avrupa dışına yayılma ve pozitivistizmdir. Bunlardan Viyana Kongresi devletlerin aralarında işbirliği ihtiyacının karşılanması için kendilerini belli ölçüde sınırlandırarak dayanışmalarının ilk kurumsal görünümü kabul edilir. Devletler arasındaki bu kurumsallaşma ilerleyen dönemlerde siyasî nitelikli uluslararası örgütler çerçevesinde karşımıza çıkacaktır. Avrupa dışındaki devletlerle ve halklarla ilişki kuran Avrupalı devletler bunlara muamele standartlarını belirlemek için ‘uygarlaşma eşiği’ kavramını hayata geçirmişlerdir. Karşı taraftaki devletin hukuk kişiliğini de ortaya koyan bu uygulama Avrupalı devletlerin öngördükleri şartların sağlanmasına dayalı olarak üç kategoriden oluşur. Buna göre Avrupa dışından sınırlı sayıda devletin hukuk kişiliği standartların sağlandığı ölçüde kabul edilmiştir. Ancak Avrupalı uygarlaşma standartlarını sağlamayan toplumların egemenlikleri reddedilerek kolonilcilik faaliyetlerini destekler biçimde hukuk kişiliği kavramı uygulanmış, bu pozitivist yaklaşım dönemin hukukî pozitivistizminin bir görünümünü oluşturmuştur. Klasik kurumlarıyla bu dönemde olgunlaşan uluslararası hukukta devletin hukuk kişiliği bakımından sahip olduğu öncelik, üstünlük bir zemin kazanmıştır.

1.Dünya Savaşı sonrasındaki dönem ise uluslararası hukukun kısa vadede atlatılan iki dünya savaşı nedeniyle hızlı bir gelişim gösterdiği dönem olmuştur. Bu aşamada uluslararası hukuk kuralları kodifiye edilmiş, uluslararası örgütler kurulmuş ve bunların arasında Milletler Cemiyeti ve BM gibi evrensel nitelikli iki siyasî uluslararası örgüt de yer almıştır. Uluslararası örgütler, devletler ölçüsünde olmasa da uluslararası alanda etkinlik göstermeye başlamış ve bunların bazıları uluslararası hukukun kişisi

olarak kabul edilmişlerdir. Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında bireylere ve kimi birey gruplarına ilişkin uluslararası hukuk kurallarında bir artış yaşanmış ve bireyin uluslararası hukuk kişiliği gündeme gelmiştir. Bireye atfedilen nihaî hukuk kişiliğinin ötesinde, pratik manada hukuk kişiliğine sahip olmasını mümkün kılacak araçlar bu dönemde ortaya çıkmıştır. Bunların örnekleri uluslararası ceza yargılamasına ilişkin merciler ile insan haklarının uluslararası düzeyde korunması çerçevesinde kurulmuş denetim mekanizmalarıdır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde sırasıyla devletlerin, uluslararası örgütlerin ve bireylerin uluslararası hukuk kişilikleri ele alınmıştır. İlk kısımda devletlerin tanımlanması ve unsurları incelenmiştir. Devletin tanımında insan topluluğu, ülke ve egemenlik/bağımsızlık unsurları ve bunların olgusal nitelikleriyle sağladıkları etkililik genel kabul görmüştür. Ancak devletin olgusal unsurlarının yanı sıra bunlar aracılığıyla bir etkililiğe sahip olması da doktrincede gerekli addedilmiştir. Devlet uluslararası hukuk kişiliği bakımından önemli bir kavram olarak tanımaya da geniş yer ayrılarak, tanımının devlet olma bakımından kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu, tanımının hukuk kişiliği bakımından etkisi ele alınmıştır. Oldukça tartışmalı bir hukuk kavramı olarak tanımının siyasî yönlerinin bulunması nedeniyle doktrincede uzlaşmadan uzak olduğu belirtilmiştir. Bunların yanı sıra devletlere ilişkin güncel gelişmeler üzerinde durularak özellikle Kosova'nın ayrılması çerçevesinde gündeme gelen tanımama gerekleri ele alınmış ve devletin klasik üç unsuruna ek olarak başka unsurlarının da bulunup bulunmadığı değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bölümün devamında devlet benzeri yapılar ele alınarak unsurlarındaki, aslen de egemenlik unsurundaki, eksiklikler dolayısıyla bağımsızlığı kısıntılı devletler olarak ortaya konmuşlardır. Bunların ilk grubunda başka bir devlete tâbi olan koloniler, koruma statüsü altına konmuş devlet ve bölgeler ile ortak yönetim altındaki devletler ele alınmışlardır. Bu birimlerden özellikle koloniler ile ortak yönetim altına alınmış devletlerin oldukça dar yetkileri bulunduğundan hukuk kişilikleri ya yok ya da çok sınırlı olarak değerlendirilmektedir. Diğer grupta uluslararası hukukça görevlendirilen bir birime tâbi olan manda ve vesayet rejimi altındakiler ile kendi kendini yönetemeyen bölgeler, uluslararasılaştırılmış bölgeler, BM idaresi altına konan bölgeler yer alır. Bunların durumu ise standart olmamakla birlikte artık uluslararası hukukun bir organına yahut da organı olarak görevlendirdiği bir devlete tâbi olduğundan ilk kategoriden farklıdır. Hukuk

kişiliğinin varlığı ve düzeyi her kategori ve her kategori içindeki her somut olayda farklılık gösterebilmektedir. Son olarak bu başlıkta devlet hukuk kişiliği kapsamında iki özel durum örneği olarak Vatikan ve Papalık'ın durumu ve Hong Kong Özel Yönetim Bölgesi ele alınmıştır. Bu kategorilerdeki birimlerin sahip olduğu hukuk kişiliği devlete olan benzerlikleri, tabiiyetlerinin derecesi yahut egemenlik yetkisinin kimin adına kullanıldığı hususları doğrultusunda belirlenebilmektedir.

İkinci bölümün ikinci kısmında uluslararası örgütlerin hukuk kişilikleri ele alınmıştır. Uluslararası örgütler devletlerin dayanışma ve işbirliği ihtiyaçlarından kaynaklanan birimler olarak ilk etapta teknik hususlarda ortaya çıkmışlardır. Zaman içerisinde devletlerin işbirliği ihtiyaçlarının politik alana da sıçramasının bir sonucu olarak Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler kurulmuştur. Uluslararası örgütlerin yetkilerinin belirlenmesi, örgüt faaliyetlerinin yerine getirilmesi bakımından önemli olduğundan zamanla sahip oldukları yetkiler dolayısıyla fonksiyonel nitelikte hukuk kişisi oldukları kabul görmüştür. Bu kısımda uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin kurucu andlaşmalarında yer alan düzenlemeler doğrultusunda açıkça yahut zımnen belirlenmiş olabileceği tespit edilmektedir. Öte yandan uluslararası örgütlerin kendilerine taraf olmayan veya tanımayan devletler bakımından uluslararası hukuk kişiliğine sahip olup olmadıkları konusunda Giderim Kararı'nda yer alan saptamanın yerindeliği tartışılmış ve bu konunun da devletlerin tanınmasına benzer sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Uluslararası örgütlerin objektif hukuk kişiliğine ilişkin tartışmaların uygulamada teoride olduğundan daha az tartışmalı olduğu düşünülmektedir.

Bireylerin uluslararası hukuk kişiliği ikinci bölümün son kısmını oluşturur. Bu kısımda öncelikle bireylerin uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin üç yaklaşım ele alınmıştır. Bunların ilki yalnızca devletlerin uluslararası hukuk kişiliği olduğunu savunur ve devlet ile birey arasındaki dikotomi çerçevesinde uluslararası alanda bireylerin haklarını ve yükümlülüklerini düzenleyen normların aslında devletlerin hak ve yükümlülüklerini düzenlediğini, bireylerin uluslararası alanda hak ve yükümlülükleri olsa da bunları ileri sürebilmek için prosedürel kapasitelerinin bulunmadığını dolayısıyla bireylere bu hak ve yükümlülüklerin doğrudan uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Yalnızca bireylerin uluslararası hukukun kişisi olduğunu ileri süren bir diğer görüş, uluslararası alanda devletlerin oluşturduğunun ötesinde bir normatif düzen

bulduğunu ve hukuk alanlarında gerçekte hukuk kişilerinin metaforik yahut metafizik yollarla değil fiilen etkileşen bireyler olduğunu ileri sürer. Son olarak hem devletlerin hem de bireylerin uluslararası hukukun kişisi olduğunu kabul eden yazarların savunduğu görüş bulunur. Buna göre devlet ve birey uluslararası hukuk kişiliği birbirini dışlamamaktadır. Ancak bu grubun yazarları uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki ilişkilerin monist bir biçimde kurulmasını kabul ederler, aksi halde bireyler uluslararası hukuk normlarına doğrudan muhatap olmayacaklardır. Bu görüşün günümüzdeki savunucusu olan teorisyenler ise monizm ile bireyin uluslararası hukuk kişiliği arasındaki bağlantıyı reddetmekte, ilkinin uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki ilişkiye özgü bir konu olarak kalmasının mantıklı olduğunu savunmaktadırlar.

Bireyler kısmının ikinci ana başlığı uluslararası alanda bireylerin hukuk kişiliğini ortaya çıkaran üç temel hususu açıklamaktadır. Bunların ilki dilekçe hakkıdır, bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin bireyin dilekçe hakkıyla donatılması sonucunda ortaya çıktığı savunulur. Uluslararası alanda standart bir dilekçe rejimi ve dilekçe ile bireylerin başvurabileceği tek otorite bulunmamaktadır, dilekçe hakkına azınlık rejimlerinde, manda ve vesayet altına alınan bölge halkının Milletler Cemiyetine, Vesayet Konseyi'ne başvurularında rastlanmaktadır. Bireyin hukuk kişiliğini ortaya koyan ikinci husus insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasıdır. Özellikle insan hakları andlaşmalarının denetim mekanizmalarının gelişmesi bireyin uluslararası hukuk kişiliğine etki eden önemli bir husustur. Bireylerin, devletleri aleyhine bu mercilerde dava açabilmeleri, prosedürel kapasite kullanabilmeleri mümkün olmuştur. Son olarak uluslararası ceza hukukunun kurumsallaşması, bireyin uluslararası hukuk kişiliğinin bir diğer göstergesidir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği uluslararası ceza hukukunda da geçerli olan bir ceza hukuku ilkesi olarak uluslararası suç fiillerinden yalnızca bireylerin cezalandırılmasını mümkün kılar, dolayısıyla uluslararası ceza hukukunun varlığı bireylerin uluslararası hukuk kişiliğini ortaya koyan bir diğer gelişmeyi oluşturmuş ve bireylerin uluslararası hukuktaki konumunu kuvvetlendirmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde ilk olarak uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin UAD'nin 1949 yılında vermiş olduğu Giderim Kararı ele alınmıştır. Bu kararda devletler dışındaki birimlerin ancak özellikle de uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğinin hangi koşullarda var kabul edileceği belirlenmiştir. Hukuk kişiliğinin şartlarını

uluslararası hukukun öznesi olma, uluslararası haklara ve yükümlülöklere sahip olma ve uluslararası merciler önünde bu hakları ve yükümlölükleri ileri sürmeye dayalı bir prosedürel kapasiteye sahip olma olarak belirleyen Divan kararı prosedürel kapasiteyi gerektirmesi yönünden eleştirilmiştir. Bir diğer eleştiri konusu husus ise Divan kararında bir hukuk ilkesi ile desteklenmeyen mantıksal tümevarım yönteminin kullanılması olmuştur. Zira o dönemlerde de devletler dışındaki birimlerin uluslararası hukukun kişisi olabileceklerine yönelik ilkeler ortaya konmuş olduğundan uluslararası örgütler hatta BM dışındaki diğer devlet dışı birimleri de kapsamına alabilmesi için kararda bir hukuk ilkesinin ele alınması daha geniş bir hukuk kişiliği tanımının yapılmasını mümkün kılabilecek bir husus olarak değerlendirilmektedir. Bu bölümde bir kısım da hukuk kişiliğinin genel olarak neyi ifade ettiğine, hukuk kişiliğinin bir içeriğe sahip olmasının gerekip gerekmediğine ayrılmıştır. İlgili hukuk alanının tercihi doğrultusunda hukuk kişiliği kavramı irade, mantık/akıl gibi içeriklere sahip olabileceği gibi hukuk düzeni tarafından herhangi bir içerik öngörölmezsizin de tanınabilecektir. Uluslararası hukukun bu konudaki tercihinin belirlenmesinde ise uluslararası alanda haklara ve yükümlölöklere sahip olma koşulu belirgin bir biçimde kabul edilirken yine doktrinde kayda değer sayıda yazar tarafından prosedürel kapasitenin varlığı hukuk kişiliği için bir şart olarak kabul edilmiştir.

Uluslararası hukukun kişileri bakımından karşı karşıya kalınan belirleme güçlüğünün kaynağının tespiti için çalışmanın bu kısmında uluslararası hukukun yapısal özellikleri de ele alınmıştır. Bu çerçevede uluslararası hukukun merkezî olmaması değerlendirilerek merkezî olmamanın devletlerin bireysel egemenliklerinin etkinliğini artıran bir yanı olduğu ifade edilmiştir. Bu durum diğer birimlerin hukuk kişiliğini teorik ve pratik olarak dışlayabilecek niteliktedir. Öte yandan uluslararası hukukun ilkel bir hukuk alanı olup olmadığı, uluslararası hukukun uluslararası toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilmesi gibi tartışmalar da bu kapsamda verilerek hukuk kişiliğinin bunlardan etkilendiği tespit edilmiştir. Uluslararası hukukun yapısal özelliklerinden bölümlenme de bu bölümde değerlendirilmiş ve uluslararası hukukun kimi alt alanlarında hukuk kişisi olan birimlerin genel uluslararası hukuk bakımından da hukuk kişisi oldukları zira alt alanların da genel uluslararası hukukun normatif bağlamında bulunduğu UHK'nin Bölümlenme Raporu çerçevesinde ortaya konmuştur. Son olarak bu bölümde sınırlı veya kısmî uluslararası hukuk kişiliği ile neyin ifade edildiği ortaya konmaya çalışılarak

aslında hukuk kişiliğinin bölünebilir bir kavram olarak görülmemesi ve prosedürel kapasite şartının günümüz uluslararası hukuku bakımından reddedilmesi/sağlanması nedenleriyle sınırlı/kısmî uluslararası hukuk kişiliğinin alt alanlar bakımından hukuk kişisi olan birimler için kullanabilecek bir terim olarak ele alınması önerilmiştir. Bu durumda sınırlılık veya kısmilik ile ifade edilen hukuk kişiliğine yönelik değil hukuk alanına, hukukî konuya ilişkin bir ifade olarak anlaşılacaktır.

Çalışmanın son kısmında uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin yaptığımız tespitler doğrultusunda uluslararası alanda hukuk kişiliğinin *a posterior* bir biçimde ortaya çıktığı, önceden belirlenmiş kalıpların bulunmadığı yönündeki *Kelsen*'in yaklaşımı benimsenmektedir. Ancak çalışmanın ikinci kısmında ortaya konduğu gibi uluslararası hukukta devlet, uluslararası örgüt ve birey uluslararası hukuk kişilikleri ortaya çıkmış durumdadır. Bunlar *a priori* kalıplardan ziyade uygulama ve doktrinin ortaya çıkarmış olduğu kalıplardır. Özellikle Devletler başlığında aslında devlet niteliği taşımasına rağmen devlet olarak adlandırılan ve 'sınırlı' nitelikte devlet hukuk kişiliği olduğu kabul edilen birimlerden söz edilmiştir. Bu ayrık durumlarla istinaden biz çalışmamızda uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin devlet, uluslararası örgüt, birey kategorilerinin ülkesel, işlevsel ve hak ve yükümlülük temelli hukuk kişiliği kategorileri olarak ele alınmasının, hem kategori anlayışına daha uygun, kapsayıcı olmaları hem de ilgili hukuk kişiliğinin varlık nedenini ortaya koymaları nedeniyle önermekteyiz. Bir hukuk kişisi bu kategorilerden birden fazlasına dahil olabilecekse de, kanaatimizce hukuk kişiliğinin varlık nedeninin belirleyici olarak ele alınması suretiyle bir uluslararası hukuk kişininin hangi kategoriye dahil olacağı net olarak belirlenmesi mümkündür.

Çalışma uluslararası hukukun tarihi boyunca uygulanan, yapısal özellikleri tarafından belirlenen hukuk kişiliği anlayışının sistemli bir biçimde ele alınabilmesini sağlayan teknik bir sonucu hedeflemişse de bunun karmaşık bir husus olduğu uluslararası hukukun teorisinden ve uygulamasından sıklıkla yararlanılarak ortaya konmaya çalışılmıştır. Devlete atfedilen öncelik onun hukuk kişiliğinden ayrı bir niteliğine ilişkindir, devletin bu hukuk alanı bakımından kanun koyucu sıfatına da sahip olduğunun göz önünde bulundurulması gerekir. Devletin uluslararası hukuk kişiliği ile uluslararası hukukun yapımındaki etkinliğinin birbirinden ayrılması uluslararası hukuk kişiliğinin daha geniş bir biçimde uygulanmasının önünü açabilecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

- AAKEN Anne van, “Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 16, S. 2, 2009, ss. 483-512.
- ABDULLAHZADE Cavid, *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013
- ABI-SAAB Georges, “The Uses of Article 19”, *EJIL*, C. 10, S. 2, 1999, ss. 339-351.
- AKAL Cemal Bâli, *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı*, Ankara: Dost Kitabevi, 2013.
- AKANDE Dapo, “International Organizations”, ed. Malcolm D. Evans, *International Law*, 4. b, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 248-275.
- AKİPEK Ömer İlhan, *Devletler Hukuku İkinci Kitap-Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet*, 3. b, Ankara: Başnur Matbaası, Tarihsiz.
- AKSAR Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, C. 2, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- AKSAR Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, C. 1, 2. b, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- ALLAIN Jean, “Acculturation through the Middle Ages: The Islamic Law of Nations and its Place in the History of International Law”, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 394-407.
- ALLOTT Philip, “The Concept of International Law”, *EJIL*, C. 10, S. 1, 1999, ss. 31-50.
- ALVAREZ José E., *International Organizations as Law-makers*, New York: Oxford University Press, 2005.

- AMERASINGHE Chittharanjan Felix, "Theory with Practical Effects Is International Law neither Fish nor Fowl?: Reflections on the Characterization of International Law", *Archiv des Völkerrechts*, C. 37, S. 1, 1999, ss. 1-24.
- AMERASINGHE Chittharanjan Felix, *Principles of the Institutional Law of International Organisations*, 2. b, New York: Cambridge University Press, 2005.
- ANGHIE Antony, "Finding The Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law", *Harvard International Law Journal*, C. 40, S. 1, 1999, ss. 1-71.
- ANGHIE Antony, "The Evolution of International Law: Colonial&Postcolonial Realities", *Third World Quarterly*, C. 27, S. 5, 2006, ss. 739-753.
- Annual Digest of Public International Law Cases Years 1929 and 1930, C. 5, Londra: Longmans, Green and Co., 1935.
- AQUINAS Thomas, *Summa Theologica*, <http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/cache/summa.pdf>.
- ARCHER Clive, *International Organisations*, 3. b, Londra: Routledge, 2001.
- ATALAY Ahmet Haluk, *Uluslararası Hukukun Oluşumu, İlk Küreselleşme Dönemi(1492-1648)*, İstanbul: Göçebe Yayınları, 1997.
- AUFRIEHT Hans, "Personality in International Law", *The American Political Science Review*, C. 37, S. 2, 1943, ss. 217-243.
- AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, New York: Cambridge University Press, 2007.
- AYBAY Rona, ORAL Elif, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- AZARKAN Ezeli, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan Bosna-Hersek)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- AZARKAN Ezeli, "Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması", *İnönü Üniversitesi HFD*, C. 7, S. 1, 2016, ss. 143-184.

- BARBARA Christopher, “International Legal Personality: Panacea or Pandemonium? Theorizing about the Individual and State in the Era of Globalization”, *Austrian Review of International and European Law*, C. 12, 2007, ss. 17-58.
- BASSIOUNI M. Cherif, “A Functional Approach to ‘General Principles of International Law’”, *Michigan Journal of International Law*, C. 11, S. 3, 1990, ss. 768-818.
- BAŞAK Cengiz, *Uluslararası Örgütler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- BECKER LORCA Arnulf, “Universal International Law: Nineteenth Century Histories of Imposition and Appropriation”, *Harvard International Law Journal*, C. 51, S. 2, 2010, ss. 475-552.
- BECKER LORCA Arnulf, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- BEDERMAN David J., “The Souls of International Organizations: Legal Personality and the Lighthouse at Cape Spartel”, *Virginia Journal of International Law*, C. 36, S. 2, 1996, ss. 275-377.
- BEDERMAN David J., *International Law in Antiquity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BEITZ Charles, *Political Theory and International Relations*, New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- BENVENISTI Eyal, DOWNS George W., “The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law”, *Stanford Law Review*, C. 60, S. 2, 2007, ss. 595-631.
- BERMAN Nathaniel, “‘But the Alternative is Despair’: European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law”, *Harvard Law Review*, C. 106, S. 8, 1993, ss. 1792-1903.
- BERNSTORFF Jochen von, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen; Believing in Universal Law*, New York: Cambridge University Press, 2010.
- BESSON Samantha, “Theorizing the Sources of International Law”, *The Philosophy of International Law*, ed. Samantha Besson, John Tasioulas, New York: Oxford University Press, 2010, ss. 163-186.

- BHUTA Nehal, “The Role International Actors Other Than States can Play in the New World Order”, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, ed. Antonio Cassese, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 61-75.
- BIANCHI Andrea, “Introduction”, *Non-State Actors and International Law*, ed. Andrea Bianchi, Cornwall: Ashgate, 2009.
- BİLSEL Cemil, *Devletler Hukuku Giriş*, 2. b, İstanbul: Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, 1940.
- BLOKKER Niels M., “International Organizations and Institutions, Implied Powers”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2009 (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 18.07.2019).
- BLOKKER Niels, “Constituent Instruments”, *The Oxford Handbook of International Organizations*, ed. Jacob Katz Cogan, Ian Hurd, Ian Johnstone, Oxford: Oxford University Press, 2016, ss. 943-961.
- BODANSKY Daniel, “Non Liquef”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2006, (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 21.06.2019).
- BONAFÉ Beatrice I., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- BOZKURT Mahmut Esat, *Devletler Arası Hak*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1940.
- BRABANDERE Eric De, “The Concept of Jus Post Bellum in International Law a Normative Critique”, *Jus Post Bellum Mapping the Normative Foundations*, ed. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, Jens Iverson, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 123-141.
- BRANCOURT Jean-Pierre, “Estat’lardan devlete. Bir sözcüğün evrimi”, *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2013, ss. 177-192.
- BROWN Bartram S., “Human Rights, Sovereignty, and the Final Status of Kosovo”, *Chicago-Kent Law Review*, C. 80, S. 1 (Symposium: Final Status for Kosovo: Untying the Gordian Knot), 2004, ss. 235-272.

- BROWNLIE Ian, “The Place of the Individual in International Law”, *Virginia Law Review*, C. 50, S. 3, 1964, ss. 435-462.
- BROŹEK Bartosz, “The Troublesome ‘Person’”, *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, ed. Visa A. J. Kurki, Tomasz Pietrzykowski, Cham: Springer International, 2017, ss.3-14.
- BRÖLMANN Catherine, *The Institutional Veil in Public International Law: International Organisations and the Law of Treaties*, Portland: Hart Publishing, 2007.
- BRÖLMANN Catherine, NIJMAN Janne, “Personality”, *Concepts for International Law Contributions to Disciplinary Thought*, ed. Jean d’Aspremont, Sahib Singh, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, 2019, ss. 678-690.
- BRYSON Joanna J., DIAMANTIS Mihailis E., GRANT Thomas D., “Of, For, and By the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons”, *Artificial Intelligence and Law*, C. 25, S. 3, 2017, ss. 273-291.
- BULL Hedley, “The Importance of Grotius in The Study of International Relations”, *Hugo Grotius and International Relations*, ed. Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts, Oxford: Clarendon Press, 1990, ss. 65-94.
- BUNGE Kirstin, “Francisco de Vitoria: A Redesign of Global Order on the Threshold of the Middle Ages to Modern Times”, *System, Order, and International Law The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, ed. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 38-55.
- BUTLER William E., “Periodization and International Law”, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 379-393.
- CAMPBELL A., “International Law and Primitive Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 8, S. 2, 1988, ss. 169-196.

- CANTEGREIL Julien, “The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law”, *EJIL*, C. 22, S. 2, 2011, ss. 441- 458.
- CARTY Anthony, “Sociological Theories of International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2008, (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 18.07.2019).
- CASSESE Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role-Splitting’(*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, *EJIL*, C. 1, 1990, ss. 210-231.
- CASSESE Antonio, *International Law*, 2. b, New York: Oxford University Press, 2005.
- CHINKIN Christine, “Normative Development in the International Legal System”, *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, ed. Dinah Shelton, Tekrar Basım, New York: Oxford University Press, New York, 2007, ss. 21-42.
- CLAPHAM Andrew, *Brierly’s Law of Nations*, 7. b., New York: Oxford University Press, 2014.
- COHEN Harlan Grant, “Fragmentation”, *Concepts for International Law Contributions to Disciplinary Thought*, ed. Jean d’Aspremont, Sahib Singh, Cheltenham: Edward Edgar Publishing, 2019, ss. 315-327.
- CRAWFORD James, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect”, *AJIL*, C. 96, S. 4, 2002, ss. 874-890.
- CRAWFORD James, “International Law as an Open System”, *International Law as an Open System Selected Essays*, ed. James Crawford, Londra: Cameron May Ltd, 2002, ss. 17-38.
- CRAWFORD James, *The Creation of States in International Law*, 2. b, Cambridge: Oxford University Press, 2006.
- CRAWFORD James, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8. b, Oxford: Oxford University Press, 2012.

- CRAWFORD James, "Kosovo and the Criteria of Statehood in International Law", *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*, ed. Marko Milanović, Michael Wood, Oxford: Oxford University Press, 2015, ss. 280-290.
- CUTLER Claire, "Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organization: A Crisis of Legitimacy", *Non-State Actors and International Law*, ed. Andrea Bianchi, Cornwall: Ashgate, 2009.
- CYR Hugo, "Treaty Powers of Federated States and International Law", *Jus Politicum*, S. 17. <http://juspoliticum.com/article/Treaty-Powers-of-Federated-States-and-International-Law-1117.html> (27.10.2019)
- ÇAĞIRAN Mehmet Emin, *Uluslararası Örgütler*, 4. b, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- D'ARGENT Pierre, "Sources and the Legality and the Validity of International Law: What Makes Law 'International'?", *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, ed. Samantha Besson, Jean D'Aspremont, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 541-561.
- D'ASPREMONT Jean, "The International Law of Statehood: Craftmanship for the Elucidation and the Regulation of Births and Deaths in the International Society", *Connecticut Journal of International Law*, C. 29, S. 1, 2014, ss. 201-224.
- DAVID Eric, "Art.34 Convention of 1969", *The Vienna Conventions on the Law of Treaties A Commentary*, C. 1, ed. Olivier Corten, Pierre Klein, New York: Oxford University Press, 2011, ss. 887-896.
- DELBRÜCK Jost, "Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization", *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, C. 11, 2001, ss. 1-36.
- D'ENTRÉVES Alessandro Passerin, "Devlet Kavramı", *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2013, ss. 193-214.
- DIGGELMANN Oliver, "The Aaland Case and Sociological Approach to International Law", *EJIL*, C. 18, S.1, 2007, ss. 135-143.

- DIGGELMANN Oliver, “The Periodization of the History of International Law”, *The Oxford Handbook of The History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 997-1011.
- DINSTEIN Yoram, “International Law as a Primitive Legal System”, *New York University Journal of Law and Politics*, C. 19, S. 1, 1986, ss. 1-32.
- DOEHRING Karl, *Genel Devlet Kuramı(Genel Kamu Hukuku)*, çev. Ahmet Mumcu, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002.
- DUGARD John, “Abdul Koroma, Territorial Integrity and the Kosova Opinion”, *Shielding Humanity*, eds. Charles C. Jalloh, Olufemi Elias, Leiden: Brill-Nijhoff, 2015, ss. 50-60.
- DWORKIN Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.
- DYZENHAUS David, “Hobbes on the International Rule of Law”, *Ethics&International Affairs: The Journal of Carniage Council*, S. 28/1, 2014, ss. 53-64.
- ERKİNER Hakkı Hakan, “Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştığı Tarihsel Koşullar ve Erken Klasik Dönemdeki Öğreti”, *MÜHF-HAD*, C.18, S.1, 2012, ss. 51-146.
- ERKİNER Hakkı Hakan, “Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klasik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek ve Samuel Rachel’e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme”, *MÜHF-HAD*, C.18, S. 3, 2012, ss. 3-140.
- ERKİNER Hakkı Hakan, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- FASSBENDER Bardo, “Westphalia, Peace op (1648)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2011, (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 19.03.2019).

- FASSBENDER Bardo, “The State’s Unabandoned Claim to Be the Center of the Legal Universe”, *International Journal of the Constitutional Law*, C. 16, S. 4, 2018, ss. 1207-1214.
- FELDMAN David, “International Personality”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, S. 2, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, ss. 351-413.
- FINCK François, “The State between Fact and Law: The Role of Recognition and the Conditions under which it is Granted in the Creation of New States”, *Polish Yearbook of International Law*, C. 36, S. 51, 2016, ss. 51-81.
- FLECK Dieter, “Jus Post Bellum as a Partly Independent Legal Framework”, *Jus Post Bellum Mapping the Normative Foundations*, ed. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, Jens Iverson, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 43-57.
- FOCARELLI Carlo, “International Law in the 20th Century”, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 478-525.
- FRIEDMANN Wolfgang, “The Changing Dimensions of International Law”, *Columbia Law Review*, C. 62, S. 7, 1962, ss. 1147-1165.
- FRIEDMANN Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Londra: Stevens&Sons, 1964.
- FROWEIN Jochen A., “Recognition”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2010, (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 09.04.2019).
- FRY James D., “Rights, Functions, and International Legal Personality of International Organizations”, *Boston University International Law Journal*, C. 36, S. 2, 2018, ss. 221-248.
- GALLANT Kenneth S., “Criminal Defence and the International Legal Personality of the Individual”, *Revue québécoise de droit international*, Hors-série 2010, ss. 75-90.

- GENÇ Mehmet, *İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Ulusal ve Uluslararası Temel Mevzuatlar*, Bursa: Uludağ Üniversitesi, 1997.
- GOURGOURINIS Anastasios, “General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System”, *EJIL*, C. 22, S.4, 2011, ss. 993-1026.
- GÖZLER Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2012.
- GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 4. b, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2013.
- GRANT Thomas D., “Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents”, *Columbia Journal of Transnational Law*, C. 37, S. 2, 1999, ss. 403-457.
- GRANT Thomas D., *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, Westport: Praeger Publishers, 1999.
- GRAY John Chipman, *The Nature and Sources of the Law*, 2. b, New York: The Macmillan Company, 1921.
- GREWE Wilhelm G., *The Epochs of International Law*, çev. Michael Byers, Berlin: Walter de Gruyter GmbH&Co. KG, 2000.
- GROSS Leo, *Essays on International Law and Organization*, C. 1, Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1984.
- GROTIUS Hugo, *The Rights of War and Peace, including the Law of Nature and of Nations*, çev. A. C. Campbell, A. M., New York: M. Walter Dunne, 1901.
- GROTIUS Hugo, *Savaş ve Barış Hukuku*, çev. Seha L. Meray, İstanbul: Say Yayınları, 2011.
- GRUBER Malte-Christian, “Legal Subjects and Partial Legal Subjects in Electronic Commerce”, *New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy*, ed. Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2016, ss. 67-92.

- GUZMAN Andrew T., MEYER Timothy L., “International Common Law: The Soft Law of International Tribunals”, *Chicago Journal of International Law*, C. 9, S. 2, 2009, ss. 515-535.
- GÜNDÜZ Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, ed.Reşat Volkan Günel, 7. b., İstanbul: Beta Basım, 2014, s. 11.
- GÜNEYSU Gökhan, “Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve Uluslararası Hukuk Kuramı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014(Basım Yılı: 2015), ss. 4117-4137.
- GÜNEYSU Gökhan, “Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach’ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı”, *MÜHF-HAD*, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, ss. 833-849.
- HAFNER Gerhard, “Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law”, *Michigan Journal of International Law*, C. 25, S. 4, 2004, ss. 849-863.
- HAGGENMACHER Peter, “Vitoria’dan Vattel’e uluslararası hukuk kişisi olarak egemen devlet”, *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2013, ss. 257-268.
- HALL William E., *A Treatise on International Law*, 3. b, Oxford: Clarendon Press, 1890.
- HARDING Christopher, “Vingt ans Après: *Rainbow Warrior*, Legal Ordering, and Legal Complexity”, *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, C. 10, 2006, ss. 99-116.
- HELLER Jonas, “Orders in Disorder The question of an international State of Nature in Hobbes and Rousseau”, *System, Order, and International Lawe The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, ed. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 160-182.

- HICKEY JR James E., “The Source of International Legal Personality in 21st Century”, *Hofstra Law and Policy Symposium*, S. 2, 1997, ss. 1-18.
- HIGGINS Rosalyn, “Conceptual Thinking about the Individual in International Law”, *British Journal of International Studies*, C. 4, S. 1, 1978.
- HIGGINS Rosalyn, “International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, C.5, Alphen aan den Rijn: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- HOBBS Thomas, *Leviathan*, Londra: Penguin Books, 1985.
- HOLLAND Ben, “The Moral Person of the State: Emer de Vattel and the Foundations of International Legal Order”, *History of European Ideas*, C. 37, 2011, ss. 438-445.
- HOLLIS Duncan B., “Why State Consent Still Matters - Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law”, *Berkeley Journal of International Law*, C. 23, S. 1, 2005, ss. 1-39.
- JENNINGS Robert Y., “The Role of the International Court of Justice”, *British Yearbook of International Law*, C. 68, S. 1, 1997, ss. 1-63.
- JESSUP Philip C., *A Modern Law of Nations-An Introduction*, New York: The MacMillan Company, 1948.
- “Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of People’s Republic of China on the Question of Hong Kong with Annexes”, *International Tax and Business Lawyer*, C. 5, S. 2, 1987, ss. 424-441.
- JOVANOVIĆ Miodrag A., *The Nature of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- KACZOROWSKA Alina, *Public International Law*, 5. b, Oxon: Routledge, 2015.

- KÄLIN Walter, KÜNZLI Jörg, *The Law of International Human Rights Protection*, New York: Oxford University Press, 2009.
- KANT Immanuel, *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics Peace and History*, ed. Pauline Kleingeld, çev. David L. Colclasure, New York: Yale University Press, 2006.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, *Roma Hukuku Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması*, 17. b, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- KAYA Gülsüm, “Güvenlik Konseyi’nin Yetkilerinin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Kurulması Özelinde Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Mehmet Genç’e Armağan*, ed. Kamuran Reçber, Barış Özdal, Zeynep Özgenç, Bursa: Dora Basım-Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2016, ss. 231-253.
- KEENE Edward, “The Treaty Making Revolution of the Nineteenth Century”, *The International History Review*, C. 34, S. 3, 2012, ss. 475-500.
- KELSEN Hans, “Recognition in International Law: Theoretical Observations”, *AJIL*, C. 35, S. 4, 1941, ss. 605-617.
- KELSEN Hans, *Principles of International Law*, ed. Robert W. Tucker, 2. b., New York: Holt, Rinehart, and Winston, Inc., 1966.
- KELSEN Hans, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight, New Jersey: The Lawbook Exchange LTD., 2005.
- KELSEN Hans, *General Theory of Law and State*, New Jersey: Transaction Publishers, 2006.
- KENNEDY David, “Primitive Legal Scholarship”, *Harvard International Law Journal*, C. 27, S. 1, 1986, ss. 1-98.
- KENNEDY David, “A New Stream of International Law Scholarship”, *Wisconsin Law Journal*, C. 7, S. 1, 1988, ss. 1-49.
- KENNEDY David, “International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion”, *Quarterly Law Review*, C. 17, S. 99, 1997-8, ss. 99-138.

- KINGSBURY Benedict, ROBERTS Adam, “Introduction: Grotian Thought in International Relations”, *Hugo Grotius and International Relations*, ed. Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts, Oxford: Clarendon Press, 1990, ss. 1-64.
- KINGSBURY Benedict, “Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim’s Positive International Law”, *EJIL*, C. 13, S. 2, 2002, ss. 401-436.
- KINTZINGER Martin, “From The Late Middle Ages To The Peace Of Westphalia”, *The Oxford Handbook of The History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 607-627.
- KJELDGAARD-PEDERSEN Astrid, “The Influence of the Concept of International Legal Personality in the Drafting of the Statute of the Permanent Court of International Justice”, *Journal of the History of International Law*, C. 16, S. 1, 2014, ss. 9-25.
- KJELDGAARD-PEDERSEN Astrid, *The International Legal Personality of the Individual*, Oxford: Oxford University Press, 2018.
- KLABBERS Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, New York: Cambridge University Press, 2002.
- KLEINLEIN Thomas, *Constitutionalization in International Law (Konstitutionalisierung im Völkerrecht)*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), C. 231 (İngilizce Özet), Berlin: Springer, 2012.
- KLEINLEIN Thomas, “Christian Wolff System as an Episode?”, *System, Order, and International Law The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, eds. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 216-239.
- KOLB Robert, “Politis and Sociological Jurisprudence of Inter-War International Law”, *European Journal of International Law*, C. 23, S. 1, 2012, ss. 233-241.

- KOROWICZ Marek St., “The problem of the International Personality of Individuals”, *The American Journal of International Law*, C. 50, S. 3, 1956, ss. 533-562.
- KOSKENNIEMI Martti, “The Future of Statehood”, *Harvard International Law Journal*, C. 32, S. 2, 1991, ss. 397-410.
- KOSKENNIEMI Martti, LEINO Päivi, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, C.15, S.3, 2002, ss. 553-579.
- KOSKENNIEMI Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue with a New Epilogue, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KOSKENNIEMI Martti, “Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, *Rechtsgeschichte*, C. 19, 2011, ss. 152-176.
- KRIVENKO Ekaterina Yahyaoui, “Exploring the Future of Individuals as Subjects of International Law: The Example of the Canadian Private Sponsorship of Refugees Programme”, *Non-State Actors and International Obligations: Creation, Evolution and Enforcement*, ed. James Summers, Alex Gough, Leiden: Brill&Nijhoff, 2018, ss. 140-159.
- LAPAŠ Davorin, “Sanctioning Non-State Entities: An International Law Approach”, *Revue internationale de droit pénal*, C. 81, S. 1, 2010, ss. 99-124.
- LAPAŠ Davorin, “Controversial Subjects of Contemporary International Law: IGO-like Entities as Participants in International Legal Relations – Do We Need a ‘Reparation Case II’?”, *Contemporary Developments in International Law Essays in Honour of Budislav Vukas*, ed. Rüdiger Wolfrum, Maja Seršić, Trpimir M. Šošić, Leiden: Brill Nijhoff, 2016, ss. 56-101.
- LAUTERPACHT Hersch, “Recognition of States in International Law”, *The Yale Law Journal*, C. 53, No.3, 1944, ss. 385-458.
- LAUTERPACHT Hersch, “The Grotian Tradition in International Law”, *British Yearbook of International Law*, C. 23, S. 1, 1946, ss. 1-53.

- LAUTERPACHT Hersch, "The Subjects of the Law of Nations", *The Law Quarterly Review*, C. 63, 1947, ss. 438-460.
- LAUTERPACHT Hersch, "The Subjects of the Law of Nations", *The Law Quarterly Review*, C. 64, 1948, ss. 97-119.
- LAUTERPACHT Hersch, *International Law and Human Rights*, Londra: Stevens&Sons Limited, 1950.
- LAUTERPACHT Hersch, "Some Observations on the Prohibition of 'Nonliquet' and the Completeness of the Law", *Symbolae Verzijl-Présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'Occasion de son LXX-IÈME Anniversaire*, Lahey: Martinus Nijhoff, 1958, ss. 196-221.
- LAUTERPACHT Hersch, *The Function of Law in the International Community* (Marti Koskenniemi önsözlü baskı), New York: Oxford University Press, 2011.
- LAUTERPACHT Hersch, *An International Bill of the Rights of Man*, New York: Oxford University Press, 2013.
- LAWRENCE T. J., *The Principles of International Law*, Boston: D. C. Heath and Co. Publishers, 1895.
- LAWRENCE Thomas J., *The Principles of International Law*, 4. b, Boston: D. C. Heath & Co., Publishers, 1910.
- LEBEN Charles, "Hans Kelsen and the Advancement of International Law", *EJIL*, C. 9, 1998, ss. 287-305.
- LEIBNIZ G. W., *Political Writings*, ed. Patrick Riley, 2. b., Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LESAFFER Randall, "The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law", *British Yearbook of International Law*, ed. J. Crawford, V. Lowe, 2002, ss. 103-139.
- LESAFFER Randall, "The Classical Law of Nations (1500-1800)", *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 408-440.

- LEV Amnon, “The Transformation of International Law in the 19th Century”, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 111-142.
- LEY Isabelle, “Legal personality for the OSCE? Some observations at the occasion of the recent conference on the legal status of the OSCE”, *Völkerrechtsblog*, 08.08.2016, <https://voelkerrechtsblog.org/category/symposium/strengthening-the-legal-framework-of-the-osce/>
- LILIENTHAL Gary, AHMAD Nehaluddin, “Abridgement and Conferral of Juridical Personality”, *The Journal Jurisprudence*, C. 28, 2015, ss. 453-486.
- LORIMER James, *The Institutes of The Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Seperate Political Communities*, C.1, Edinburgh: William Blackwood and Sons, 1883.
- MALANCZUK Peter, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7. b, New York: Routledge, 1997.
- MANNER George, “The Object Theory of The Individual in International Law”, *The American Journal of International Law*, C. 46, S. 3, 1952, ss. 428-449.
- MARCHEGIANO Giuseppe, “The Juristic Character of the International Commission of Cape Spartel Lighthouse”, *American Journal of International Law*, C. 25, S. 2, 1931, ss. 339-347.
- MARKS Susan, “State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence”, *Leiden Journal of International Law*, C. 19, S. 2, 2006, ss. 339-347.
- MAY Larry, “*Jus Post Bellum*, Grotius, and Meionexia”, *Jus Post Bellum Mapping the Normative Foundations*, ed. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, Jens Iverson, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 15-25.
- MCCORQUODALE Robert, “An Inclusive International Legal System”, *Leiden JIL*, C. 17, S. 3, 2004, ss. 477-504.

- MCCORQUODALE Robert, "The Individual and the International Legal System", *International Law*, ed. Malcolm Evans, 4. b, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 280-301.
- MCDOUGAL Myres S., "Law and Power", *AJIL*, C. 46, S. 1, 1952, ss. 102-114.
- MCDOUGAL Myres S., "International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception", *The Hague Academy of International Law: Recueil des cours*, C. 1, Leiden: A. W. Sitjhoff, 1953(Basım Yılı 1954), ss. 137-259.
- MCDOUGAL Myres S., "The Realist Theory in Pyrrhic Victory", *AJIL*, C. 49, S. 3, 1955, ss. 376-378.
- MCDOUGAL Myres S., "Some Basic Theoretical Concepts About International Law: A Policy-Oriented Framework of Inquiry", *Journal of Conflict Resolution*, C. 4, S. 3, 1960, ss. 337-354.
- MCDOUGAL Myres S., REISMAN W. Michael, "The Changing Structure of International Law, Unchanging Theory for Inquiry", *Columbia Law Review*, C. 65, S. 5, 1965, ss. 810-835.
- MCLEAN Janet, "Personality and the Public Law Doctrine", *University of Toronto Law Journal*, C. 69, S. 1, 1999, ss. 123-149.
- MCNAIR Arnold D., "The Functions and Differing Legal Character of Treaties", *British Yearbook of International Law*, C. 11, 1930, ss. 100-118.
- MEIJKNECHT Anna, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Antwerpen: Insertia, 2001.
- MELANDRI Manuela, "Self-determination and State-building in International Law: The Need for a New Research Approach", *Journal of Conflict&Security Law*, C. 20, S. 1, 2015, ss. 75-100.
- MENON P. K., "The Subjects of Modern International Law", *Hague Yearbook of International Law*, 1990, C. 3, Lahey: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, ss. 30-86.
- MERAY Seha L., "Devletler Hukuku'nda Bazı Terim Meseleleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 4, 1956, ss. 52-73.

- MERAY Seha L., *Uluslararası Hukuk ve Örgütler-Elkitabı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1977.
- MIGDAL Joel S., “State Building and the Non-Nation State”, *Journal of International Affairs*, C. 58, S. 1, 2004, ss. 17-46.
- MORGENTHAU Hans J., “Positivism, Functionalism and International Law”, *AJIL*, C. 34, S. 2, 1940, ss. 260-284.
- MORGENTHAU Hans J., *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, gg. Kenneth W. Thompson, 6.b., Pekin: Peking University Press, 1985.
- MORIS Halim, “Self-Determination: An Affirmative Right or Mere Rhetoric?”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, C.4, S. 1, 1997, ss. 201-220.
- MUGERWA Nkambo, “Subjects of International Law”, *Manual of Public International Law*, ed. Max Sørensen, Londra: Palgrave MacMillan, 1968, ss. 247-310.
- MUSHKAT Roda, “The International Legal Personality of Macau”, *Hong Kong Law Journal*, C. 24, P. 3, 1994, ss. 328-341.
- NAFFINE Ngaire, “Who are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects”, *The Modern Law Review*, C. 66, S. 3, 2003, ss. 346-367.
- NAFFINE Ngaire, *Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Portland: Hart Publishing, 2009.
- NANDA Ved P., “Self-Determination Under International Law: Validity of Claims to Secede”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 13, S. 2, 1982, ss. 257-280.
- NEFF Stephen, “A Short History of International Law”, *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, 4. b, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 3-28.
- NEFF Stephen, *Justice Among Nations: History of International Law*, Londra: Harvard University Press, 2014.
- NEKAM Alexander, *The Personality Conception of the Legal Entity*, Harvard Studies in the Conflict of Laws, C.3, Massachusetts: Harvard University Press, 1938.

- NEUMAN Michael, “Did Kant Respect Persons?”, *Res Publica*, C. 6, 2000, ss. 285-299.
- NIJMAN Janne Elisabeth, *The Concept of International Legal Personality An Inquiry to the History and Theory of International Law*, Lahey: T.M.C. Asser Press, 2004.
- NØRGAARD Carl Aage, *The Position of the Individual in International Law*, Kopenhag: Bjar Munksgaard Ltd., 1962.
- ODA Shigeru, “The Individual in International Law”, *Manual of Public International Law*, ed. Max Sorensen, Londra: Palgrave MacMillan, 1968, ss. 469-530.
- ODA Shigeru, “Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 44, S. 4, 1995, ss. 863-872.
- O’DONNELL Erin L., TALBOT-JONES Julia, “Creating Legal Rights for Rivers: Lessons from Australia, New Zealand, and India”, *Ecology and Society*, C. 23, S. 1, 2018, Makale S. 7.
- OKANDAN Recai G., *Umumî Âmme Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968.
- OKEKE Chris N., *Controversial Subjects of Contemporary International Law: An Examination of the New Entities of International Law and their Treaty-making Capacity*, Rotterdam: Rotterdam University Press, 1974.
- ONUMA Yasuaki, “When Was the Law of International Society Born – An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective”, *Journal of the History of International Law*, C. 2, S. 1, 2000, ss. 1-66.
- OPPENHEIM Lassa, *International Law A Treatise*, Londra: Longmans, Green and Co., 1905.
- OPPENHEIM Lassa, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1914.
- OPPENHEIM Lassa, *Oppenheim’s International Law Volume 1-Introduction and Part I*, ed. Robert Jennings, Arthur Watts, Essex: Longman, 1996.
- OPPENHEIMER Franz, *Devlet*, çev. Alâeddin Şenel, Yavuz Sabuncu, Ankara: Phoenix Yayınevi, 2005.

- ORAKHELASHVILI Alexander, “The Position of the Individual in International Law”, *California Western International Law Journal*, C. 31, S. 2, 2001, ss. 241-276.
- ORAKHELASHVILI Alexander, “Statehood, Recognition and the United Nations System: a Unilateral Declaration of Independence in Kosovo”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, C. 12, 2008, ss. 1-44.
- ORAKHELASHVILI Alexander, “The Origins of Consensual Positivism – Pufendorf, Wolff and Vattel”, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, 2011, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, ss. 93-110.
- ORAKHELASHVILI Alexander, “The 19th-Century Life of International Law”, *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, ss. 441-455.
- ORAKHELASHVILI Alexander, “Scelle, Schmitt, Kelsen, Lauterpacht and the Continuing Relevance of their Inter-War Debate on Normativity”, *Nordic Journal of International Law*, C. 83, S. 1, 2014, ss. 1-38.
- ÖZSU Umut, “Agency, Universality, and the Politics of International Legal History (Responding to Arnulf Becker Lorca, Universal International Law: Nineteenth Century Histories of Imposition and Appropriation)”, *Harvard International Law Journal*, C. 52 (çevrimiçi), 2010, ss. 58-72.
- PARLETT Kate, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, New York: Cambridge University Press, 2011.
- PARRY Clive, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, *Recueil Des Cours, Academie De Droit International*, S. 2, Leiden: A.W.Sijthoff, 1956, ss. 657-726.
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 13. b, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

- PEJOVIC Caslav, “Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal”, *Victoria University of Wellington Law Review*, 2001, C. 32, S. 3, ss. 817-841.
- PELLET Alain, “The Opinions of the Badinter Arbitration Committee the Second Breath for the Self-Determination of Peoples”, *EJIL*, C. 3, S. 1, 1992, ss. 178-185.
- PELLET Alain, “Article 38”, *The Statute of The International Court of Justice: A Commentary*, ed. A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, 2. b, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 731-870.
- PETERS Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, C. 19, S. 3, 2006, ss. 579-610.
- PETERS Anne, “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 16, S. 2, 2009, ss. 397-411.
- PETERS Anne, “The Membership in the Global Constitutional Community”, *The Constitutionalization of International Law*, ed. Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, Oxford: Oxford University Press, 2009, ss. 153-262.
- PETERS Anne, “Statehood after 1989: ‘Effectivités’ between Legality and Virtuality”, *Select Proceedings of the European Society of International Law*, ed. James Crawford, Sarah Nouwen, C. 3, Portland: Hart Publishing, 2012, ss. 171-183.
- PETERS Anne, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, çev. Jonathan Huston, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- PHILLIPSON Coleman, *Wheaton’s Elements of International Law*, 5. (İngilizce) b., Londra: Stevens and Sons Limited, 1916.
- PICKER Colin B., “International Law’s Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, C. 41, S. 4, 2008, ss. 1083-1140.
- PIETRZYKOWSKI Tomasz, “Law, Personhood, and the Discontents of Juridical Humanism”, *New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal*

- Philosophy*, ed. Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2016, ss. 13-24.
- PIETRZYKOWSKI Tomasz, STANCIOLI Bruno, “Introduction: Modern Challenges to the Concept of a Person in Law”, *New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy*, ed. Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2016, ss. 7-12.
- PIETRZYKOWSKI Tomasz, “Beyond Personhood: From Two Conceptions of Rights to Two Kinds of Right-Holders”, *New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy*, ed. Tomasz Pietrzykowski, Bruno Stancioli, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2016, ss. 147-158.
- PIETRZYKOWSKI Tomasz, “The Idea of Non-personal Subjects of Law”, *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, ed. Visa A. J. Kurki, Tomasz Pietrzykowski, Cham: Springer International, 2017, ss. 49-68.
- POLAT Necati, *Ahlak, Siyaset, Şiddet Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk*, İstanbul: Kızılelma Yayınevi, 1999.
- POLLOCK Sir Frederick, MAITLAND Frederic William, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, C. 1, 1898, 2. b, Indianapolis: Liberty Fund, 2010.
- PORTMANN Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- PUFENDORF Samuel von, *De Jure Naturae et Gentium*, çev. Basil Kennett, Londra, 1729.
- PUFENDORF Samuel von, *The Political Writings*, ed. Craig L. Carr, çev. Michael J. Seidler, New York: Oxford University Press, 1994.
- RAIČ David, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Lahey: Kluwer Law International, 2002.
- RAMA-MONTALDO Manuel, “International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations”, *British Yearbook of International Law*, C. 44, S. 111, 1970, ss. 111-155.

- REÇBER Kamuran, “Batı Avrupa Birliği’nin Uluslararası Hukuk Kişiliği”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1, 2003, ss. 285-314.
- REÇBER Sercan, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha, 2016.
- REINISCH August, *International Organizations Before National Courts: Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- REMEC Peter Pavel, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, Lahey: Martinus Nijhoff, 1960.
- ROSECRANCE Richard, “A New Concert of Powers”, *Foreign Affairs*, C. 71, S. 2, 1992.
- ROSS Alf, *A Textbook of International Law: General Part*, Londra: Longman, 1947.
- RYNGAERT Cedric, SOBRIE Sven, “Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the wake of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia”, *Leiden Journal of International Law*, C. 24, S. 2, 2011, ss. 467-490.
- RYNGAERT Cedric, “The Legal Status of the Holy See”, *Goettingen Journal of International Law*, C. 3, S. 3, 2011, ss. 829-859.
- SAK Yıldray, “Milletlerarası Örgütlerin Milletlerarası Hukuk Kişiliği Meselesi ve Avrupa Birliği’nin Milletlerarası Hukuk Kişiliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. Özel Sayı, 2010(Basım Yılı 2012), ss. 1205-1230.
- SANDS Philippe, KLEIN Pierre, *Bowett’s Law of International Institutions*, 6. b, Londra: Sweet&Maxwell, 2009.
- SCHAFFER Gregory, “Legal Realism in International Law”, *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, eds. Jeffrey L. Dunoff, Mark A. Pollack, Cambridge University Press, (henüz yayımlanmamış), s. 1-19.

- SCHAFFNER Tobias, “Francisco Suárez S. J. On the End of Peaceful Order among States and Systematic Doctrinal Scholarship”, *System, Order, and International Law The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, eds. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 56-77.
- SCHERMERS Henry G., BLOKKER Niels M., *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 5. b, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- SCHMALENBACH Kirsten, “International Organizations or Institutions, General Aspects”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2014, (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 09.04.2019).
- SCHWARZ Andreas, *Roma Hukuku Dersleri*, C. 1, çev. Türkân Rado, İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayi A.Ş. Basımevi, 1965.
- SEYERSTED Finn, “Objective International Personality of Intergovernmental Organizations - Do Their Capacities Really Depend upon the Conventions Establishing Them”, *Nordisk Tidsskrift Int’l Ret*, C. 34, S. 3, 1964, ss. 3-112.
- SEYERSTED Finn, *Common Law of International Organizations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- SHAW Malcolm N., *International Law*, 8. b, Cornwall: Cambridge University Press, 2017.
- SHONGWE Musa Njabulo, “The Fragmentation of International Law: Contemporary Debates and Responses”, *The Palestine Yearbook of International Law*, C. 19, 2016, Leiden: Brill Nijhoff, 2018, ss. 177-219.
- SIMMA Bruno, “Self-Contained Regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law*, C. 16, 1985, ss. 111-136.
- SMITH Bryant, “Legal Personality”, *Yale Law Journal*, C. 37, S. 3, 1928, ss. 283-299.
- SOLAIMAN S. M., “Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy”, *Artificial Intelligence and Law*, C. 25, S. 2, 2017, ss. 155-179.

- SPIERMANN Ole, “The LaGrand Case and the Individual as a Subject of International Law”, *Zeitschrift für öffentliches Recht Austrian Journal of Public and International Law*, C. 58, 2003, ss. 197-221.
- SPIERMANN Ole, “Twentieth Century Internationalism in Law”, *EJIL*, C.18, S. 5, 2007, ss. 785-814.
- STARSKI Paulina, KÄMMERER Jörn Axel, “Imperial Colonialism in the Genesis of International Law – Anomaly or Time of Transition?”, *Journal of the History of International Law*, C. 19, S. 1, 2017, ss. 50-69.
- STONE Julius, “Non Liqueet and the Function of Law in International Community”, *British Yearbook of International Law*, C. 35, S. 124, 1959, ss. 124-161.
- Strengthening the Legal Framework of the OSCE Symposium, 2016, <https://voelkerrechtsblog.org/category/symposium/strengthening-the-legal-framework-of-the-osce/>
- STUART Graham H., “The International Lighthouse at Cape Spartel”, *The American Journal of International Law*, C. 24, S. 4, 1930, ss. 770-776.
- ŞİRİN Tolga, “Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına”, *II. Çevre ve Kent Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2014, ss. 53-71.
- TALMON Stefan, “The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: *Tertium Non Datur?*”, *British Yearbook of International Law*, C. 75, S. 1, 2004, ss. 101-181.
- TAŞDEMİR Fatma, ÖZER Adem, *Uluslararası Hukuk Perspektifinden Self-Determinasyon ve Ayrılma*, Ankara: Hukuk Yayınları, 2017.
- TDK, Büyük Türkçe Sözlük, “Kişi” (çevrimiçi).
- TERZİOĞLU Süleyman Sırrı, ÖZARSLAN Bahadır Bumin, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- TESÓN Fernando R., “The Kantian Theory of International Law”, *Columbia Law Review*, C. 92, S. 1, 1992, ss. 53-102.
- TEZCAN Durmuş, ERDEM M. Ruhan, ÖNOK Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. b, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

- The Digest of Justinian, C. 1*, ed. ve çev. Alan Watson, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.
- THIERRY Hubert, "The European Tradition in International Law: Georges Scelle – The Thought Georges Scelle", *EJIL*, C. 1, 1990, ss. 193-209.
- TOLUNER Sevin, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1973.
- TOMUSCHAT Christian, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *Recueil des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1999, Lahey: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- TOMUSCHAT Christian, "The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals", *Tradition und Weltoffenheit des Rechts Festschrift für Helmut Steinberger*, ed. Hans-Joachim Cremer, Thomas Giegerich, Dagmar Richter, Andreas Zimmermann, Berlin: Springer, 2002.
- TOMUSCHAT Christian, "How the Classical Concept of Sovereignty has Evolved", *The International and the National: Essays in Honour of Vojin Dimitrijević*, ed. Milica Delević Đilas, Vladimir Đjerić, Belgrad: Belgrade Center for Human Rights, 2003, ss. 21-34.
- TRINDADE A.A. Cançado, *International Law for Humankind Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law Monographs, C. 6, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- TRINDADE A.A. Cançado, *The Access of Individuals to International Justice*, The Collected Courses of the Academy of European Law, C. 18, S. 1, New York: Oxford University Press, 2011.
- TUNKIN Grigory, "Is General International Law Customary Law Only?", *EJIL*, V. 4, 1993, ss. 534-541.
- TUORI Kaius, "The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law", *The Oxford Handbook of The History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 1012-1033.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, “Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 23, S. 1-2, 2003, ss. 791-816.

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Yargıçlar Danışma Komitesi, *Procés-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, Lahey: Van Langenhuysen Brothers, 1920.

UMUR Ziya, *Roma Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984.

UZUN Elif, “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, 2003, ss. 25-48.

UZUN Elif, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 2. b, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

ÜNYILMAZ Habip, “Avrupa Uygarlık Eşiğinde Bâbiâli: 1856 Paris Andlaşması Temelinde Uluslararası Hukuk ve Osmanlı İmparatorluğu İlişkisine Avrupalıların Gözüyle Bir Bakış”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2019, ss. 418-437.

VATANPARAST Roxana, “Waging Peace Ambiguities, Contradictions, and Problems of a *Jus Post Bellum* Legal Framework”, *Jus Post Bellum Mapping the Normative Foundations*, ed. Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday, Jens Iverson, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 142-160.

VATTEL Emmerich De, *The Law of Nations*, ed. Knud Haakonssen, Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2008.

VEC Miloš, “From the Congress of Vienna to the Paris Peace Treaties 1919”, *The Oxford Handbook of The History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 654-678.

- VERZIJL J. H. W., *International Law in Historical Perspective, Part II: International Persons*, Leiden: a. W. Sitjhoff, 1969.
- VIDMAR Jure, "Territorial Integrity and the Law of Statehood", *The George Washington International Law Review*, C. 44, S. 4, 2012, ss. 697-747.
- VIDMAR Jure, "Explaining the Legal Effects of Recognition", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 61, S. 2, 2012, ss. 361-387.
- VINOGRADOFF Paul, "Historical Types of International Law", *On the History of International Law and International Organization Collected Papers of Sir Paul Vinogradoff*, ed. William E. Butler, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2009, ss. 61-144.
- VISCHER Benedict, "Systematicity to Excess Kant's Conception of the International Legal Order", *System, Order, and International Law The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, eds. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 303-328.
- VITORIA Francisco de, *Relectio de Bello*, http://www.constitution.org/victoria/victoria_5.htm (10.10.2018).
- VITORIA Francisco de, *De Indis Et De Jure Belli Relectiones, Relectiones Theologicae* 7, ed. Ernest Nys, Oceana Publications Inc., 1964, <https://www.constitution.org/victoria/victoria.txt> (10.10.2018).
- VOIGT Christina, "The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law", *Retfaerd Nordic Journal of Law and Justice*, C. 31, S. 2, 2008, ss. 3-25.
- WALDOCK Humphrey M., "General Course on Public International Law", *The Hague Academy of International Law: Recueil des Cours*, C. 106, 1962, ss. 1-250.
- WALTER Christian, "Subjects of International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2007, (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 21.06.2019).

- WEDGWOOD Ruth, “Legal Personality and the Role of Non-Governmental Organizations and Non-State Political Entities in the United Nations System”, *Non-State Actors as New Subjects of International Law: International Law-From the Traditional State Order Towards the Law of the Global Community*, ed. Rainer Hofmann, Berlin: Duncker und Humblot, 1999, ss. 21-36.
- WEIL Prosper, “”The Court Cannot Conclude Definitively...” *Non Liquet Revisited*”, *Columbia Journal of Transnational Law*, C. 36, S. 109, 1997, ss. 109-119.
- WENDT Alexander, *Social Theory of International Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- “What We Talk about When We Talk about Legal Persons: The Language of a Legal Fiction”, Notes, *Harvard Law Review*, C. 114, S. 6, 2001, ss. 1745-1768.
- WHEATLEY Steven, “The Emergence of New states in International Law: The Insights from Complexity Theory”, *Chinese Journal of International Law*, C. 15, S. 3, 2016, ss. 579-606.
- WHITE Nigel, *The Law of International Organizations*, 3. b, Manchester: Manchester University Press, 2017.
- WOLFF Christian, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, C. 2, çev. Joseph H. Drake, Oxford: The Clarendon Press, 1934.
- WOLFF Martin, “On the Nature of Legal Persons”, *Law Quarterly Review*, C. 54, S. 4, 1938, ss. 494-521.
- WOLFRUM Rüdiger, “International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, çevrimiçi, 2006, (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>, 09.04.2019).
- WUN Ryal, “Beyond Traditional Statehood Criteria: The Law and Contemporary Politics of State Creation”, *Hague Yearbook of International Law*, C. 26, S. 316, 2013, ss. 316-358.
- WYLER Eric, CASTELLANOS-JANKIEWICZ León Arturo, “State Responsibility and International Crimes”, *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas, Nadia Bernaz, New York: Routledge, 2011, ss. 385-400.

KARARLAR

State v Mann, Kuzey Carolina, 1829, (13.04.2019).

<http://www.statelegalhistory.com/home/3-the-coastal-upper-south/3-2-coastal-upper-south-the-early-republican-era-1787-1831/3-2-1-coastal-upper-south-1787-1831-revolutionary-backwash/3-2-2-coastal-upper-south-1787-1831-beginnings-of-the-revolt-against-federal-power/3-2-3-coastal-upper-south-1787-1831-slavery-in-the-coastal-upper-south>

United States v Amy, Circuit Court D. Virginia, S. 14445, 1859, (13.04.2019)

<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0024.f.cas/0024.f.cas.0792.2.pdf>

Meerauge gölü çevresinde Avusturya ve Macaristan sınırı uyuşmazlığının çözümüne yönelik kurulan tahkim mahkemesi kararı, 13.12.1902.

USAD, S.S. “Wimbledon” Davası, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya & Japonya v. Almanya, 17.08.1923.

USAD, S.S. Lotus (Bozkurt), Fransa v. Türkiye, 07.09.1927.

USAD, The Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila, Danışma Görüşü, 08.12.1927.

USAD, Danzig Mahkemelerinin Yargı Yetkisi, Danışma Görüşü, 03.03.1928.

Palmas Adası Kararı, Hollanda v. ABD, Hakem Max Huber, 04.04.1928.

USAD, Fransa’da Kesilmiş Çeşitli Sırp Borçlarının Ödenmesi Hakkında Dava, Fransa v. Sırp Krallığı Hükümeti, 12.07.1929.

USAD, Danzig Serbest Kenti ve Uluslararası Çalışma Örgütü, Danışma Görüşü, 26.08.1930.

USAD, Almanya ve Avusturya Arasında Gümrük Rejimi Danışma Görüşü, No 41, 05.09.1931.

USAD, Danzig Topraklarındaki Polonya Vatandaşları ve Köken yahut Dil Olarak Polonyalı Olanlara Muamele, Danışma Görüşü, 04.02.1932.

USAD, Macar-Çekoslovak Karma Talepler Mahkemesi Temyiz Kararı, Peter Pázmány Üniversitesi v. Çekoslovakya Devleti, 15.12.1933.

USAD, The Panevezys-Saldutiskis Railway, Estonya v. Litvanya, 28.02.1939.

Nürnberg Uluslararası Askerî Mahkemesi, Alman Majör Savaş Suçluları Davası, 01.10.1946.

UAD, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi, Danışma Görüşü, 11.04.1949.

UAD, Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü, Danışma Görüşü, 11.07.1950.

UAD, ABD Vatandaşlarının Fas'taki Hakları, Fransa v. ABD, 27.09.1952.

Uluslararası Çalışma Örgütü İdarî Mahkemesi, Desgranges v ILO, No: 11, 1953.

UAD, Nottebohm, Liechtenstein v. Guatemala, 06.04.1955.

UAD, Preah Vihear Tapınağı, Kamboçya v. Tayland, 15.06.1962.

UAD, Güneybatı Afrika Davaları, Etiyopya v. Güney Afrika, Liberya v. Güney Afrika (İkinci Aşama), 18.07.1966.

UAD, Güney Afrika'nın Namibya'da Güvenlik Konseyi'nin 276 (1970) Sayılı Kararına Rağmen Devam Eden Varlığının Devletler Açısından Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, 21.06.1971.

UAD, Batı Sahra Danışma Görüşü, 16.10.1975.

Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libya Arap Cumhuriyeti Hükûmeti, Hakem René-Jean Dupuy, 19.01.1977.

UAD, Tahran'daki Amerikan Diplomatik ve Konsolosluk Personeli, ABD v. İran, 24.05.1980.

Rainbow Warrior Tahkim Kararı, Yeni Zelanda v. Fransa, 30.04.1990.

UAD, Silahlı Çatışmalarda Devletlerin Nükleer Silah Kullanmasının Hukukîliği (DSÖ), Danışma Görüşü, 08.07.1996.

UAD, Nükleer Silahların Kullanılması veya Tehdidinin Hukukîliği (GenK), Danışma Görüşü, 08.07.1996.

Sandline International Inc. v. Papua Yeni Gine, 09.10.1998.

Kanada Yüksek Mahkemesi, Reference re Secession of Quebec, 1998, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>, (03.06.2019)

EYUCM, Tadić Kararı-Temyiz, N. IT-94-1-A, 15.07.1999.

UAD, Nijerya ve Kamerun Arasındaki Kara ve Deniz Sınırı Davası Kararının Yorumlanması Talebi, Kamerun v. Nijerya, 25.03.1999.

UAD, LaGrand, Almanya v. ABD, 27.06.2001.

UAD, Kamerun ve Nijerya arasındaki Kara ve Deniz Sınır Uyuşmazlığı, Kamerun v. Nijerya (Ekvator Ginesi-Müdahil), 10.10.2002.

ICSID, Dava No: ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance v. Filipinler Cumhuriyeti, Yargı Yetkisine İtirazlara İlişkin Karar, 29.01.2004.

UAD, Kosova'nın Tek Taraflı Bağımsızlık İlanının Uluslararası Hukuka Uygunluğu, Danışma Görüşü, 22.07.2010.

New York Yüksek Mahkemesi, Matter of Nonhuman Rights Project, Inc. v Stanley, 29.07.2015.

UAD, Jadhav, Hindistan v. Pakistan, 18.05.2017 tarihli ara karar.

UAD, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Danışma Görüşü, 25.02.2019.

BELGELER

Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Les mandats internationaux, 31.07.1931.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü, *The American Journal of International Law*, C. 30, S. 4, 1936, md 1.

BM GenK, Nürnberg Mahkemesi Statüsü Tarafından Tanınan Uluslararası Hukuk İlkelerinin Onaylanması, (A/RES/95/1), 11.12.1946.

BM GüvK, S/RES/21, 02.04.1947.

BM, UHK, 1949 Yıllığı, C. 1, (A/CN.4/Ser.A/1949).

BM, UHK, 1950 Yıllığı, C. 1, (A/CN.4/Ser. A/1950).

BM GüvK, S/1466, “Legal Aspects of Problem of Representation in the United Nations”, 1950.

BM, UHK, 1956 Yıllığı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1956/Add.1).

BM, UHK, 1959 Yıllığı, C. 1, (A/CN.4/Ser. A/1959).

BM, UHK, 1959 Yıllığı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1959).

BM GenK, 1514(XV), Kolonyal Devletlere ve Halklara Bağımsızlık Tanınmasına İlişkin Bildiri, 14.12.1960.

BM GenK, 2625(XXV), Birleşmiş Milletler Andlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirge, 24.10.1970.

BM GenK, A/9623/Rev.1, 1976.

BM, UHK, 1977 Yıllığı, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/1977/Add.1(Part1)).

BM GenK, A/RES/36/172, 17.12.1981.

BM, UHK, 1982 Yıllığı, C. 1 (A/CN.4/Ser. A/1982).

Badinter Tahkim Komitesi, Görüş No. 1, 1991.

BM GüvK, S/RES/864, 15.09.1993.

BM GenK, Observer Status for the Sovereign Military Order of Malta in the General Assembly, (A/RES/48/265), 30.08.1994.

BM UHK, Draft Articles on State Responsibility with Commentaries thereto adopted by the International Law Commission on First Reading, (A/51/10 and Corr.1), 1996.

BM GüvK, S/RES/1199, 23.09.1998.

BM UHK, First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, (A/CN.4/490), 1998.

BM GüvK, S/RES/1244, 10.06.1999.

BM GüvK, S/1999/779, 12.07.1999.

BM GüvK, S/RES/1272, 25.10.1999.

BM Kosova Geçici Misyonu, UNMIK/REG/2001/9, 15.05.2001.

BM GvK, S/RES/1373, 21.09.2001

BM GvK, S/RES/1373, 28.09.2001.

BM GvK, S/RES/1478, 06.05.2003.

BM GvK, S/RES/1540(2004), Kitle İmha Silahlarının Yayılmasını Önleme Kararı,
28.04.2004.

BM, GenK, Uluslararası Hukukta Bölümlenme:Uluslararası Hukukun Çeşitlenmesi ve
Genişlemesinden Doğan Güçlükler, Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışma
Grubu Raporu (Martti Koskenniemi tarafından neticelendirilmiş),
(A/CN.4/L.682), 13.04.2006.

BM GenK, A/61/1, 16.08.2006.

BM UHK, 2011 Yıllığı: Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak
Maddeler, C. 2, (A/CN.4/Ser. A/2011/Add.1(Part2)).

BM GenK, A/66/10, 2011.

BM GenK, Üye olmayan ancak Genel Kurul'a gözlemci statüsüyle davet edilen
devletlerin, birimlerin ve örgütlerin listesi, (Sekreteryaya Notu) (A/INF/74/3),
15.08.2019.

ÖZGEÇMİŞ

Adı, Soyadı	Gülsüm		Kaya
Doğum Yeri ve Yılı	Kepsut/Balıkesir		1986
Bildiği Yabancı Diller	İleri düzeyde		İngilizce
ve Düzeyi	Başlangıç düzeyi		Almanca
Eğitim Durumu			
Lise	1997	2004	Balıkesir Rahmi Kula Anadolu Lisesi
Lisans	2004	2009	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Yüksek Lisans	2011	2013	Gazi Üniversitesi SBE Kamu Hukuku (Yatay geçiş-2012) Erciyes Üniversitesi SBE Kamu Hukuku
Doktora	2014	halen	Bursa Uludağ Üniversitesi SBE Kamu Hukuku
Çalıştığı Kurum (lar)			
Araş. G.	2012	2014	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. G.	2014	halen	Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Misafir Araştırmacı	Şubat 2019	Temmuz 2019	Max Planck Karşılaştırmalı Kamu Hukuku ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü - Heidelberg
Makaleler, Tebliğ ve Kitap Bölümleri	<p>-“Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Anadilde Eğitim Sorunu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2013, ss. 551</p> <p>-“Güvenlik Konseyi'nin Yetkilerinin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kurulması Özelinde Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Mehmet Genç'e Armağan, Bursa: Dora Basım-Yayın dağıtım, 2016, ss. 231-254.</p>		
İletişim (e-posta):	kaya.gulsum@gmail.com		
	Tarih	04.12.2019	
	İmza		
	Adı Soyadı	Gülsüm KAYA	