

(Uluslararası) Hukukun dayanakları

Hukuku izah eden teorileri iki büyük gruba ayırmak mümkündür. Hukuku egemenin iradesine bağlayan teoriler iradeci teoriler olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık, hukukun kaynağını ve bağlayıcılık gücünü egemenin iradesi dışında, başka yerlerde, arayan teorilere objektivist teoriler denilmektedir.

İradeci teoriler

Otolimitasyon teorisi

R. Jhering tarafından oluşturulmuş, G. Jellinek tarafından benimsenerek geliştirilmiş ve savunulmuştur. Hukukun kaynağı devletin iradesidir; bağlayıcılık gücü, içeriğinin devletin iradesine uygunluğundan gelmektedir. Uluslararası hukuk açısından da durum böyledir.

Devlet bir hukuk süjesi ise hukuk kuralları ile bağlı olmalıdır. Bu teori açısından sorun, devletin kendi iradesinin ürünü olan hukuk ile bağlanmasının nasıl sağlanacağı, izah edileceğidir. Cevap, devletin kendi iradesinin ürünü olan hukuk ile yine kendi isteği ile bağlı olmasıdır. Devletin kendi koyduğu kurala uymasında menfaati vardır. Devlet kendi koyduğu kurala uyduğu ölçüde başkalarının da bu kurala uymasını isteyebilir. Kaldı ki, devletin koyduğu kural kendi çıkarlarına uygundur. Devletin çıkarları değişir ise, kuralları da değiştirmesi her zaman mümkündür çünkü hukuk amaç değil araçtır.

Müşterek irade (vereinbarung) teorisi

Bu teori Heinrich Triepel tarafından ortaya konulmuştur. Hukukun kaynağı devletin iradesidir ancak bu irade tek bir devletin değil, devletlerin birleşik iradeleridir. Tek bir devletin iradesi diğer devletleri bağlayacak bir hukuk kuralı ortaya koyamaz. Buna karşılık, birleşik irade; devletlerin bireysel iradelerinden üstündür, ilgili birleşik iradenin oluşumuna katılan devletler için bağlayıcı hukuk kuralları koyabilir. Devletlerin birleşik iradeye vücut veren iradeleri, açık ya da üstü örtülü bir biçimde beyan edilebilir. Eğer, birleşik iradeye vücut veren iradeler üstü örtülü bir şekilde açıklanmış ise örf ve adet hukuku kuralları ortaya çıkmış demektir.

Devletlerin birleşik iradeyi oluşturan iradeleri, kuşkusuz birbirleri ile uyumludur ama bunun ötesinde bu iradeler aynı içerikli iradelerdir. Konuyu bir örnek üzerinden anlatmak yararlı olabilir. Ortada herhangi bir suç ve suçlu yokken iki devlet, birinin ülkesinde suç işleyip de diğerinin ülkesine kaçan bir suçlunun iadesi ve bu iadenin koşulları üzerinde anlaşabilirler. Böyle bir andlaşmada, her iki devletin amaçları ve andlaşmaya vücut veren iradelerinin içerikleri aynıdır. Burada hukuk kuralı koyan birleşik irade *vereinbarung* vardır. Buna karşılık, sonradan, devletlerden birisinin ülkesinde suç işleyip de diğerinin ülkesine kaçan suçlunun önceden belirlenen koşullar çerçevesinde iadesi halinde ortaya çıkan irade uyuşması akittir,

vertrag'tır. Bu ikinci durumda hukuk koyan birleşik irade yoktur. Elbette bu iki irade birbirine uyumludur ama tarafların amaçları ve iradelerinin içerikleri farklıdır. Taraflardan biri suçlunun iadesini istemekte diğeri de iade etmektedir.

Dionsio Anzilotti'nin teorisi

Hukukun kaynağı, irade açıklamalarıdır. Uluslararası hukuk bakımından da durum farklı değildir. Uluslararası hukuk kaynağı devletler arasındaki andlaşmalardır; bağlayıcılık gücü ise *pacta sunt servanda* ilkesinden gelmektedir.

Objektivist teoriler

Normativist teori/ pür hukuk teorisi

Teorinin kurucusu Hans Kelsen'dir. Hukuku açıklayabilmek için önce hukuki olan ile olmayanı birbirinden ayırmak gerekir. Hukuk hiyerarşik bir normlar düzenidir. Hans Kelsen uluslararası hukuka üstünlük tanıyan bir monist hukuk anlayışına sahiptir. Yani, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk tek bir hukuk sistemi oluştururlar. Bu sistem içinde hiyerarşik olarak uluslararası hukuk ulusal hukuk düzenlerinin üstünde yer alır. Her norm kaynağını ve bağlayıcılık gücünü bir üstteki normdan alır. Bu bağlamda, anayasalar ulusal hukuk sistemlerinin kaynağını oluştur. Ulusal hukuk düzenleri, bağlayıcılık gücünü de, anayasalardan alırlar. Anayasalar ise kaynağını ve bağlayıcılık gücünü etkinlik ilkesinden alırlar. Bu ilke bir uluslararası hukuk ilkesidir. Uluslararası hukuk ise kaynağını ve bağlayıcılık gücünü piramidin en tepesinde yer alan grand normdan alır. Grand norm, pozitif değeri olmayan, konmamış, varsayılan bir normdur. Hans Kelsen'e göre grand normun hemen altında örf ve adet hukuku kuralları bulunmaktadır. Anlaşmalar ise, kaynağını ve bağlayıcılık gücünü bir örf ve adet hukuku kuralı olan *pacta sunt servanda* ilkesinden almaktadır. Bu nedenle, hiyerarşik sıralamada anlaşmalar örf ve adet hukuku kurallarının altında yer almaktadır.

Bio-sosyolojik Hukuk teorisi

Teorinin kurucusu Georges Scelle'dir. Leon Duguit'in sosyal dayanışma görüşünü benimseyerek realist hukuk anlayışını uluslararası hukuk alanına aktarmıştır. Uluslararası hukuk evrensel insan toplumunun hukukudur.

İnsanlar toplum halinde yaşar. Bu bir tercih değil insanın doğasından kaynaklanan bir mecburiyettir. İnsanlar ihtiyaçlarını ancak diğeri insanların yardımları ile karşılayabilmektedirler. Bu mecburiyetin doğurduğu toplumsal yaşantı, insanlar arasında sosyal dayanışmayı sağlar ve buna dayanır. Sosyal dayanışmanın iki türünden bahsetmek mümkündür: Benzeyiş yolu ile dayanışma ve işbölümü yolu ile dayanışma. Benzeyiş yoluyla dayanışma ya da mekanik dayanışma, insan topluluklarının birleştirici unsurudur. İşbölümü yolu ile dayanışma ya da

organik dayanışma ise toplumların gelişmesini sağlayan unsurdur. Farklı yeteneklere sahip insanların farklı alanlarda ihtisaslaşması, üretimi artırır, ihtiyaçların karşılanmasını kolaylaştırır. Dayanışmayı kuvvetlendirecek olanı yapmak, dayanışmaya zarar verecek olanı yapmamak zorunluluğu hukuk kuralını doğurur.

Georges Scelle'ye göre, benzeyiş ve iş bölümü yoluyla dayanışma arasında bir denge kurulması gereklidir. Bu dengenin kurulması ve sağlanması, uyulması zorunlu kurallarla olur. Bu kurallara uyulması müeyyedelerle sağlanır. Söz konusu kurallar; insanın doğası gereği toplum halinde yaşama zorunluluğunun bir sonucu olarak ortaya çıkan hukuk kurallarıdır. Her toplum biyolojik bir organizma gibi kendi hukukunu salgılar.

Toplumdaki sosyal dayanışma etiği doğurur. Etik; bir toplumda geçerli olan iyi-kötü, doğru-yanlış, haklı-haksız, meşru-gayri meşruya ilişkin değer yargılarıdır. Hukuk bunlara uygun olmalıdır. Toplumsal yaşantı, siyasi, iktisadi ve askeri güç üretir. Buna sosyal realite de diyebiliriz. Bu güç toplum tarafından meşru kabul edilmek koşulu ile hukukun oluşumunda çok önemli bir yere sahiptir. Sosyal olay adını verdiğimiz, etik ve sosyal realite hukukun maddi kaynağını oluşturur, içeriğini belirler. Kanun koyucu, sosyal olaydan süzülüp gelen içeriği norm ile donatarak hukuk kuralını ortaya çıkarır.

Hukuku belirleyen yaptırımla donatılmış olması değil yaptırımla donatılmaya elverişli olmasıdır.

İnsanların toplum halinde yaşama zorunluluğu, devlet düzeyinde örgütlenmiş ulusal toplumlarla sınırlı değildir. İnsanların ihtiyaçlarını karşılama zorunluluğu, değişik toplumlara mensup insanlar arasında da dayanışmayı gerekli kılmaktadır. Başka bir ifade ile ulusal toplumları doğuran bu zorunluluklar uluslararası topluma da vücut vermektedir. Buna karşılık, uluslararası toplumda dayanışma farklı sonuçlar doğurmaktadır. Benzeyiş yolu ile dayanışma farklılaşma unsuru olurken, işbölümü yolu ile dayanışma birleştirici unsur olmaktadır. Uluslararası toplumda benzeyiş yoluyla dayanışmanın ters etkisi, diğer sebeplerle birleşerek uluslararası toplumun gelişmesini yavaşlatmıştır. Ulusal toplumlardaki merkezi yasama, yürütme, yasama organları gelişmemiştir. Bu durum, uluslararası toplumda yasama yürütme işlevlerinin devlet organları eliyle görülmesine yol açmıştır. Buna "görev ikileşmesi" denilmektedir. Yeterince gelişmemiş olsa da, uluslararası toplum vardır ve kendi hukukunu, uluslararası hukuku üretmektedir.