

T.C.
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

DEVLETLER ÜSTÜ HUKUKUN OLUŞUMU VE
DEVLETLERİN EGEMENLİK HAKLARI:
AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI ÖRNEĞİ

DOKTORA TEZİ

Halit Serhan ERCİVELEK

İstanbul

Ocak-2024

T.C.
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

DEVLETLER ÜSTÜ HUKUKUN OLUŞUMU VE
DEVLETLERİN EGEMENLİK HAKLARI:
AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ ÖRNEĞİ

DOKTORA TEZİ

Halit Serhan ERCİVELEK

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Halil Rahman BAŞARAN

TEZ ONAYI

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürlüğüne,

Bu çalışma, jürimiz tarafından Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman Prof. Dr. Halil Rahman BAŞARAN (İmza)

Üye Prof. Dr. Halil KALABALIK (İmza)

Üye Prof. Dr. Abdullah SEZER (İmza)

Üye Doç. Dr. Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR (İmza)

Üye Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK (İmza)

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

İmza
Prof. Dr. Erhan İÇENER
Enstitü Müdürü

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Doktora tezi olarak hazırladığım “**Devletler Üstü Hukukun Oluşumu ve Devletlerin Egemenlik Hakları: Avrupa Birliği Adalet Divanı Örneği**” adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlandığı aşamaya kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığımı, bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu beyan ederim.

İmza

Halit Serhan ERCİVELEK

ÖN SÖZ

Devlet, insanlar tarafından oluşturulan en üstün ve kuşatıcı sosyal örgütlenme olmakla tüm sosyal bilimlerin inceleme konusu olmuştur. Yeryüzünün en değerli yarattığı olan insanın oluşturduğu en üstün yapının incelenmeye değer pek çok yanı vardır. İnsan ürünü olan devletin yine insanlar tarafından belirlenen normatif yapısı, sınırları ve bunlardaki değişim kamu hukukunu tüm sosyal bilimler içinde saygın bir konuma yükseltir. Diğer tüm hukuk dallarında olduğu gibi normatif bir disiplin olan kamu hukuku “olani” değil, “olması gerekeni” inceler. İnsan eseri en üstün yapının nasıl olması hatta çoğu durumda nasıl olmaması gerektiği kamu hukukunun temel alanları olan Anayasa ve Uluslararası hukuk tarafından belirlenir.

Tez danışmanlığı kabul etmekle beni onurlandıran danışman hocam Sayın Prof. Dr. Halil Rahman BAŞARAN ile tez konusunu belirlemeden önce yaptığımız uzun ve müteaddit istişarelerde, Anayasa ve Uluslararası hukukun birbirleriyle kimi zaman kesiştiği, kimi zaman çakıştığı kimi zaman ise rekabet ettiği bir konuyu belirlemek öncelikli gayem oldu.

Halit Serhan ERCİVELEK

İstanbul-2024

ÖZET

**DEVLETLER ÜSTÜ HUKUKUN OLUŞUMU VE
DEVLETLERİN EGEMENLİK HAKLARI:
AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI ÖRNEĞİ**

Halit Serhan ERCİVELEK

Doktora, Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Halil Rahman BAŞARAN

Ocak, 2024-201 +XI Sayfa

Bu çalışma kamu hukukunun en önemli süjesi devletin temel yetkisi ve ayırt edici gücü olan egemenlik hakkı- yetkisi üzerinde şekillenmiştir. Egemenlik kavramının tarihi süreçte gelişimi, günümüzde aldığı hal iredelenmeye çalışılmış, özellikle de günümüzde gelişen ve giriftleşen uluslararası ilişkilerin etkisinde egemenlik kavramının değişim süreci değerlendirilmiştir.

Egemenlik, siyasi iktidar olarak fiili, sosyolojik ve siyasal bir kavram iken kamu hukuku kapsamında devletin hukuk üretme gücü ve kurallar ile işleyen model yapı olarak karşımıza çıkar. Bu niteliği ile egemenlik, hukuk ve yasama işlevi devletin olmazsa olmaz unsur ve işlevlerini oluşturur.

Devletin toprak ve insan unsuru üzerindeki iktidarını tanımlayan iç egemenlik nitelik itibarıyla “mutlak”, “asli”, “sınırsız” bir güç olarak kabul edilir. Ancak 19. yy. son çeyreğinde başlayan ve 20. yy.’da gelişen uluslararası sistem, ana süjeleri olan devletlerin karşılıklı ilişkileri zemininde şekillenmiştir. Bu sistemde devletlerin egemenlik anlayışı artık iç egemenlikte olduğu gibi mutlak ve sınırsız değil, karşılıklı etkileşime dayalı bir nitelik arz eder. Bu değişim ve dönüşüm hukuk boyutunda iç hukuk-uluslararası hukuk ilişki dinamiğini şekillendirmiştir. Bu dinamik özellikle globalleşmenin etkisi ile seviye atlamış ve karşımıza ulusalüstü hukuk kavramını çıkartmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünü oluşturan teorik çerçevenin ilk kısmında; Genel kamu hukuku kavramları, devlet teorisinin köken teorilerinden hareket edilerek teokratik ve demokratik egemenlik teorileri incelenmiş, günümüz devlet yapısının yerleşik iç

egemenlik yapısı ortaya konmaya çalışılmıştır. Teorik çerçevenin ikinci kısmını oluşturan ikinci bölümde ise uluslararası hukuk genel teorisi ve özellikle de ulusalüstü hukuk kavramı ve ulusalüstü hukukun genel teorisi temellendirilmeye gayret edilmiştir.

Tezimize dair ana sorunun şekillendiği ve cevaplarının arandığı yer ise üçüncü bölümdür. Bu bölümde ulusalüstü hukukun uluslararası mahkemeler tarafından üretilmesi halinde oluşan normatif yapı ve kuraların devletlerin iç egemenlik sistemleri hatta dış egemenlik olarak tanımlanan bağımsızlıkları ile ilişkisi analiz edilmiştir. Bu yapılırken bir yanda devletin iç egemenliği diğer yanda ulusalüstü hukuk sisteminin kaynak teorisi ve normatif teorisi esas alınmış, hukuk sistemi ile devletlerin iç egemenlikleri arası etkileşim ve gerilim alanları incelenmiş, bu ilişki dinamiğinin en hassas noktası olan uluslararası mahkemeler ve yargı etkinliği analiz edilmeye çalışılmıştır. Tezin ana sorusuna cevap arayan bu bölüm yöntem olarak tüme varımcı bir yaklaşım ile hazırlanmıştır. Günümüzde -sebepleri içeride açıklanacağı- üzere en etkin uluslararası mahkeme, hatta belki de tek ulusal üstü mahkeme olarak nitelendirilebilecek Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yapısı, içtihadı ve bu içtihadı ile Avrupa Birliği hukukunu nasıl ulusal üstü bir hukuk sistemi haline dönüştürdüğü incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Devlet, Egemenlik, Teokratik Egemenlik, Demokratik Egemenlik, Yasama, Uluslararası Hukuk, Ulusalüstü Hukuk, Sınırlaraşan Hukuk, Uluslararası Mahkemeler, Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABSTRACT

FORMATION OF SUPRANATIONAL LAW AND STATE SOVEREIGNTY RIGHTS: THE EXAMPLE OF THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE

Halit Serhan ERCİVELEK

PhD Thesis Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Halil Rahman BAŞARAN

January, 2024-201+XI Pages.

This study is shaped around the fundamental power and distinguishing force of the state, which is the sovereignty right-authority, the paramount subject of public law. The historical development of the concept of sovereignty is explored in the context of its contemporary manifestations, particularly considering the changing dynamics of sovereignty in the face of evolving and intricate international relations. While sovereignty was initially a political power in the historical and sociological sense, within the scope of public law, it emerges as the legal power of the state to produce laws and operate as a model structure governed by rules. In this capacity, sovereignty constitutes an indispensable element and function of the state's legal and legislative roles.

The power defining the state's authority over territory and its people, known as internal sovereignty, is considered an "absolute," "original," and "unlimited" power in terms of its qualitative nature. However, starting in the last quarter of the 19th century and developing in the 20th century, the international system has been shaped on the basis of mutual relations among the main subjects, namely states. In this system, the concept of sovereignty for states is no longer absolute and unlimited, as in internal sovereignty, but rather assumes a quality based on mutual interaction. This transformation, influenced by globalization, has elevated the concept of supranational law, particularly affecting the dynamic between domestic law and international law.

The first part of our study, constituting the theoretical framework, examines general concepts of public law, starting from the origin theories of state theory, and

investigates theocratic and democratic sovereignty theories. An attempt is made to outline the established structure of internal sovereignty in today's state formation. The second part of the theoretical framework attempts to establish the general theory of international law and specifically grounds the concept of supranational law and the general theory of supranational law.

The place where the main issue of our thesis is shaped and its answers are sought is the third part. In this section, the analysis focuses on the normative structure and rules created by supranational law when produced by international courts, and its relationship with the internal sovereignty systems of states, even with their independence defined as external sovereignty. While doing this, the source theory and normative theory of the supranational legal system on one side and the interaction and tension areas between the legal system and the internal sovereignties of states on the other side are taken as the basis. The dynamics of this relationship, particularly the international courts and judicial effectiveness, are attempted to be analyzed. This section, seeking answers to the main question of the thesis, is prepared with a comprehensive approach as a method. In today's context, the most effective international court, perhaps even considered the only supranational court, the structure of the European Court of Justice, its jurisprudence, and how it has transformed European Union law into a supranational legal system, are examined.

Keywords: State, Sovereignty, Theocratical Sovereignty, Democratic Sovereignty, Legislation, International Law, Supranational Law, Transnational Law, International Courts, European Union, European Court of Justice

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAYI	i
BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ	ii
ÖN SÖZ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
DEMOKRATİK EGEMENLİK YETKİSİ VE HUKUK SİSTEMİ	3
1.1. Egemenlik Kavramı ve Hukuk.....	3
1.2. Hukuki Egemenlik	4
1.2.1. Egemenlik	4
1.2.2. Egemenlik ve Hukuk	6
1.3. Demokratik Egemenlik.	11
1.3.1. Kavram ve Esaslar.	11
1.3.1. Toplum Sözleşmesi Teorisi.	15
1.4. Devletin Hukuk Üretme Yetkisi.	25
1.4.1. Kurucu İktidar.	29
1.4.2. Yasama Fonksiyonu ve Yasama Yetkisi.	37
1.4.3. Yasama Yetkisi ve Egemenlik Yetkileri Arasındaki Paralellik.....	41
İKİNCİ BÖLÜM	49
DEVLETLER ÜSTÜ HUKUK	49
2.1. Uluslararası Hukuk ve Devletin Egemenlik Yetkilerinin Karşılaştırılması.	49
2.2. Uluslararası Hukuk - İç Hukuk İlişkisi.	55
2.2.1. Monist Teori.....	55
2.2.2. Düalist Teori.....	58
2.3. Devletler Üstü Hukuk.	61
2.3.1. Kavram ve Esaslar.	61
2.3.2. Devletler Üstü Hukuk Normunun Tanımlanmasında Maddi ve Şekli Kriterler.	65
2.4. Devletler Üstü Hukuk Normunun Nitelikleri.....	71
2.5. Türk Anayasal Sisteminde Devletler Üstü Norm Etkisi.	77
2.6. Devletler Üstü Hukukun Kaynakları.....	78

2.6.1. Uluslararası Antlaşmalar.....	78
2.6.2. Uluslararası Örgütler.....	82
2.6.3. Uluslararası Mahkemeler.....	86
2.7. Devletler Üstü Hukuk’a Getirilen Eleştiriler.....	101
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	103
AVRUPA BİRLİĞİ ÖRNEKLİĞİNDE ULUSLARARASI HUKUK-DEVLETLER ÜSTÜ HUKUK ETKİLEŞİMİ.....	103
3.1. Devletler Üstü Yapı Modeli Olarak Avrupa Birliği.....	103
3.2. Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Hukuk Sistemine Dönüşümü.....	107
3.2.1. Üye Devletlerin Egemenlik Haklarına Yönelik Anayasal Revizyonlar..	107
3.2.2. AB Hukuk Sisteminin “Anayasal” Niteliğe Dönüşümü.....	108
3.3. AB Yapılanmasında Devletler Üstü Nitelikler.....	110
3.3.1. Karar Alma Süreçlerinde Oy Çokluğu İlkesi.....	116
3.3.2. Kurumsal Yetkilerin Devletler Üstü Nitelikleri.....	120
3.4. AB Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Nitelik Kazanması.....	122
3.4.1. Entegrasyon.....	122
3.4.2. Entegrasyon Hedefinin Hukuki Etkileri.....	122
3.5. AB Normlarının Devletler Üstü Niteliği.....	126
3.5.1. Doğrudan Etkililik (<i>Direct Effect</i>).....	127
3.5.2. Üstünlük (<i>Supremacy</i>).....	129
3.6. AB Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Hukuk Sistemine Dönüşümünde Yargısal Etki.....	131
3.6.1. Mahkemelerin ve Yasama Organlarının Hukuku Sistemine Dair Yaklaşım ve Değerlendirme Farklılıkları.....	131
3.6.2. Mahkemelerin Bağımsızlığı İlkesinin Devletler Üstü Hukuk İnşa Sürecine Etkileri.....	135
3.6.3. Hukuki Entegrasyonun Normatif Araçları.....	138
3.6.4. AB Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Nitelik Kazanmasında ABAD Etkisi.....	139
3.6.5. Birlik Hukukunun Devletler Üstü Hukuk’a Dönüşümünde Ulusal Mahkemelerin Etkileri.....	158
3.7. AB Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Hukuk Sistemine Dönüşümünde Yasama Etkisi.....	162
3.8. ABAD İçtihatlarıyla “Federal” Hukuk Sistemi İnşası.....	165
3.9. Devletler Üstü Birlik Hukuku ve Üye Devletlerin Temel Haklar ve Özgürlükler Rejimi.....	170

SONUÇ	175
KAYNAKÇA	180
ÖZGEÇMİŞ	189



KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
A.g.e.	: Adı geçen eser
A.g.m.	: Adı geçen makale
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Bent
BM	: Birleşmiş Milletler
bs.	: Baskı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ev.	: Çeviren
der.	: Derleyen
E.	: Esas Numarası
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
N.	: Number
No.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDVİA	: Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UCM	: Uluslararası Ceza Mahke
yay	: Yayın

GİRİŞ

Kamu hukukunun en önemli süjesi devlet, devletin temel unsuru da egemenliktir. Devlet teorisi uyarınca devletin diğer unsurları olan toprak ve insan unsurları kamu hukuku düzenlemelerine tabi olsa da devleti diğer sosyal örgütlenmelerden ayırt eden devletin egemenlik yetkisidir.

Egemenlik yetkisi ve bu yetkinin sağladığı fiili imkanlar hukuktan önce siyaset ve toplum biliminin konusunu oluşturur. Zira özünde egemenlik devletin toprak unsuru (vatan-yurt) üzerinde yaşayan insan unsuru (halk-millet) fiili hakimiyeti anlamına gelen en üstün *superior* yetkidir. Ancak yetkinin fiili güç kullanma kısmı hukuktan ziyade siyaset ve sosyolojinin alanıdır.

Kamu hukuku, devletin egemenlik yetkilerinin hukuk kavramları ile anlamlandırılmaya başlaması ile devreye girer. Devlet kamu hukuku bağlamında hukuk ile tanımlanır. Bu çerçevede devletin egemenlik yetkisi ise hukuki egemenlik olarak karşımıza çıkar.

Hukuki egemenlik, devletin hakimiyetini tesis ettiği diğer iki unsur üzerinde geçerli ve zorlayıcı yaptırımlara tabii hukuk kuralları ihdas edebilme kabiliyetidir. Hukuki egemenlik yetkisinin kaynağı devletin niteliğini belirleyen temel özelliktir. Teokratik devlet, demokratik devlet nitelemesi devletin hukuk egemenliğinin kaynağına göre şekillenir.

Günümüzde 17. yüzyılda şekillenmeye başlayan klasik, mutlak egemenlik anlayışı yerini uluslararası ilişkiler zemininde yumuşamış, karşılıklı feragatlere dayalı mutabakatlar ile şekillenmiş egemenlik anlayışına bırakmıştır. Ancak yine de bu yumuşama devletlerin hukuki egemenliklerinden tamamen ve geri dönülemez şekilde vazgeçtiği anlamına gelmez. Zira modern uluslararası hukuk temelli egemenlik kavramını şekillendiren, klasik anlayıştan feragatlerle oluşan bu yeni anlayış yine de devletlerin kendi özgür iradeleri ile aldıkları kararlar ile oluşan bir yapı arz eder.

Günümüzün karmaşık ve teknik sorunları uluslararası hukuk sistemini daha sıkı bir entegrasyona mecbur bırakmış bu mecburiyet ise hukuki entegrasyonu gerektirmiştir. Hukuki entegrasyon olmaksızın ekonomik, politik vb. herhangi bir entegrasyonun gerçekleşmesi düşünülemez.

Hukuki entegrasyon karşımıza yeni bir kavram çıkartır: Devletler üstü hukuk.

Tez çalışmamızda devletler üstü hukukun teorik anlamda niteliği, kurumsal yapısı, kaynak teorisi incelenmiştir. Bu yapılırken uluslararası hukuku ve Anayasa hukuku

teorileri birlikte kullanılarak, uluslararası hukuk – devletler üstü hukuk sarmalı, konfederal sistem – federal sistem modellemesi şablonuyla incelenmeye çalışılmıştır. Bu incelememiz neticesinde uluslararası hukukun devletler üstü hukuka evriminin konfederal yapıların federal yapılara evrimine de sebebe olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Uluslararası hukukun devletler üstü hukuka dönüşüm dinamikleri ve bu dinamiklerin konfederal yapıları federal sistemlere dönüştürme potansiyeli teorik kısımda son olarak kendilerine has bağımsızlık ve tarafsızlık nitelikleri ile diğer uluslararası hukuku aktörlerinden farklı yapı arz eden uluslararası mahkemeler nezdinden değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Ortaya konmaya çalışılan Uluslararası Kamu hukuku ve Anayasa hukuku perspektifli bu genel ve teorik çerçeve pratikte Avrupa Birliği (AB) ve onun yargı organı olarak görev yapan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) özelinde incelenmiştir. Çalışmamızda teorik değerlendirme ve bu teorik değerlendirmenin bize sağladığı bulgular AB ve ABAD özelinde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

AB hukuku sisteminin uluslararası hukuk niteliği, bu sistemin devletler üstü hukuka dönüşüm dinamikleri, ABAD'ın içtihatları ile bu dönüşümdeki etkileri incelenmiş uluslararası hukuk kapsamındaki bu incelemelerde elde edilen bulgular, Anayasa hukuku ve devlet teorisi kavramları ile karşılaştırılarak AB'nin ilk kuruluşundaki ve günümüzdeki yapısının konfederal – federal yapısı olarak değerlendirilmesine gayret edilmiştir.

Bu değerlendirmeler uluslararası hukuku ve devletler üstü hukuk ilişkisinin bir diyalektik mi düalizm mi oluşturduğu, uluslararası kamu hukuku perspektifinde devletler üstü hukuk sistemine dönüşmesinin Anayasa hukuku ve devlet teorisi kapsamında ilgili hukuk sistemini ve düzenlediği yapıyı konfederal nitelikten çıkartıp federal sisteme dönüştürüp dönüştürmediği incelenmiştir.

Son olarak bu tip bir dönüşümün devletlerin hukuki egemenlik hakları ile ne derece bağdaştığı, hukuki egemenlik haklarının ihlali sonucuna varılması halinde ise demokratik devlet niteliğinin zedelenip zedelenmediğinin tartışması yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEMOKRATİK EGEMENLİK YETKİSİ VE HUKUK SİSTEMİ

1.1. Egemenlik Kavramı ve Hukuk

Birden fazla insanın bir araya geldiği durumda aralarındaki ilişkinin düzenlenmesi gerekecektir. Bu gerçeklik insanlar arası ilişkinin hukuk kuralları ile düzenlenmesini gerektirmiştir. Bu kurallar bütününe hukuk sistemi denir. Hukuk, birden fazla insanın bulunduğu her ortamda gerekli bir yapıdır.¹ İbn-i Haldun'a göre bir arada yaşamaya başlayan insanların fitratlarından kaynaklanan kötü tabiatları onların birbirlerine karşı kötülük ve haksızlıklar yapmasına sebep olur, düşmanlık ve zulüm insanların karanlık yönü olduğu için insanlar birbirlerine saldırırlar, onların bu saldırganlığına engel olmak için bir hükümete ihtiyaç vardır. Kendi içlerinden teşekkül edecek hükümet otoritesi onlara üstün gelmiş, iktidarı eline almış onları kendisine itaat ettirmiş olduğu için kimse bir diğerinin hakkına tecavüz edemez. Devletin manası (meşruiyetinin kaynağı) işte budur.²

Toplumsal yapı içinde başka insanlar ile birlikte yaşayan insan tek başına olduğu gibi özgür olamayacaktır. Sosyal hayatın devam edebilmesi için artık diğer insanların şahsiyeti ve hakları ile sınırlandırılacaktır.³ Zira toplumsal yapının devamı için gerekli unsurların temini, bu yapıya zarar verici davranışlarının engellenmesi ve diğer insanların özgürlük alanlarının güvence altına alınabilmesi için insanların bazı davranışlarının sınırlandırılması bazılarının ise tamamen engellenmesi gerekir. İnsanın yapısı gereği tabiatla özgür olduğu ancak diğer insanlar ile birlikte yaşamak zorunda oluşu onun bu özgürlüğünün sınırlandırılmasını gerektirmesi ve bu sınırlamanın hukuk

¹ Yıldırım Torun, *Hukuk Felsefesi* (Ankara: Orion Kitabevi, 2012), 46; Muhammed Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, çev. Hamdi Aktaş (İstanbul: Beyan Yayınları, 2016), 11., Ömer Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 20. bs, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 34.

² İbn-i Haldun, *Mukaddime* 1. Cilt, yay. haz. Arslan Tekin (İstanbul: İlgü Kültür Sanat Yayıncılık, 2017), 127-128.

³ G.W. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri*, çev. Cenap Karakaya (İstanbul: Sümer Yayıncılık, 2018), 71-73.

marifeti ile gerçekleşmesi teokratik ve demokratik egemenlik teorilerinin ortak görüşüdür.

Toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar sisteminin kendisini ihdas eden ve ona uyulmasını sağlayan yüksek bir otoriteye ihtiyacı vardır. Zira hukuk kuralları zorlayıcılık içerir.⁴ Hukuk kuralları emir ve yaptırım içeren ikili bir yapı arz eder. Bu yapı hukuk kurallarını diğer sosyal kurallardan, örf – adet, nezaket, vb. ayıran temel özelliktir.⁵ Hukuk kuralı önermenin ilk kısmında belirli bir hareket tarzında hareket edilmesi veya edilmemesini emrederken diğer kısmında ise bu emre aykırılık halinde uygulanacak müeyyide ve sonuçları belirtir. Hukuk kuralının müeyyide kısmı onun zorla uygulanmasını gerekli kılar ki bu zorlama gücü devletin, iktidarın varlığını gerektirir. Bu sistematik gelişme hukuk sistemi ile eş zamanlı olarak devletin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

1.2. Hukuki Egemenlik

1.2.1. Egemenlik

Devlet teorisinde gelenekselleşen kabule göre devletin üç ana unsuru vardır: İnsan (kabul edilen egemenlik tipine göre halk veya millet), toprak (ülke) ve egemenlik.⁶ Sosyolojik açıdan devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde yaşayan insanların tabi olduğu siyasi iktidar olarak örgütlenmiş sosyal örgütlenmedir.⁷ Devlet insanlar eliyle insanlar için oluşturulan bir sosyal örgütlenme modelidir, insan ve toprak bu örgütlenmenin sosyolojik ve coğrafi yüzünü tanımlayan unsurlardır.⁸ Ancak belirli bir toprak parçası üzerinde yaşayan insanların bir araya gelerek oluşturduğu diğer sosyal

⁴ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri*, 208-211.

⁵ Anayurt, *Hukuka Giriş*, 35.

⁶ Ergin Ergül, *Devlet Teorisi*, 52-53; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2.bs. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 248; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021) 255; Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi* (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2019), 4.

⁷ Anne-Marie Pourhiet, *Droit Constitutional*, 11. bs. (Paris: Economica yay., 2021), 16.

⁸ A.g.e., 21.

örgütlenmelerden devleti ayıran ayırt edici unsur egemenlik olarak ifade edilen ve etki alanı üzerinde güç ve otorite kullanabilme yetkisi anlamına gelen yetkisidir.⁹

Bu açıdan değerlendirildiğinde devletin belirli bir alanda yaşayan insanlar üzerinde güç kullanma tekeline sahip örgütlenme olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰ Hatta kimi yazarlar devleti doğrudan güç üzerinden belirli bir toprak parçasında yaşayan insanlar üzerinde zorlayıcı güç kullanma yetkisi olarak tanımlar.¹¹ Egemenlik kavramı özellikle de bu kavramın hukuki yönüyle tanımlandığında devlet, ülkenin tamamında yaşayan insan unsurunu yönetmek için yasalar koyma gücü ve otoritesine sahip siyasi bir örgüttür.¹² Egemenlik devletin üzerinde yaşayan insanlar üzerinde sahip olduğu asli ve üstün emretme gücüdür.¹³ Bu perspektifte, egemenlik aslında hukuki bir tasarım ve olgudur.¹⁴

Güç kullanma, gücün nihai etkisi üzerinden sonuçları itibarıyla tanımlandığında sahada insanlar üzerinde onların iradeleri hilafına olsa da belirli bir davranışta bulunmalarına zorlayabilme olarak dış dünyaya yansıyan sonuçlar oluşturur. Sonuçlar üzerinden yapılan bu tanımlama bizleri siyasi egemenlik (siyasi iktidar) kavramına ulaştırır. Egemenliğin siyasi ve hukuki iki yönü vardır. Egemenliğin siyasi yönü insanların yaşamı, ülkenin yönetimine dair siyasi kararlar alıp uygulayabilme, hukuki yönü ise hukuk düzeni tesis etme, kurallar belirleme ve onları, zorlayarak da olsa, tatbik ettirebilme gücüdür.¹⁵

⁹ Andrew Heywood, *Political Theory*, 4.bs. (Londra: Palgrave Yayınları, 2015), 68.

¹⁰ A.g.e., 69.

¹¹ Guillaume Tusseau, *Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques*, 6.bs, (Paris: Seuil, 2021), 46.

¹² Ergül, *Devlet Teorisi*, 53.

¹³ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 272.

¹⁴ Bruno De Witte, “Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition” *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*, ed. Anne Marie Slaughter, Alec Stone Sweet & J. H. H. Weiler, 277.

¹⁵ Ergül, *Devlet Teorisi*, 54.

Devletin egemenliği ülkesi üzerinde yaşayan insanların uymak zorunda olduğu kurallar ihdas etme yani hukuk oluşturma gücüdür.¹⁶ Sadece devlete ait olan hukuk üretme ve uygulayabilme kabiliyeti, onu diğer sosyal örgütlenmelerden ayıran en önemli unsurdur. Bu nedenle devlet hukuki bir yapı kurmaya münferiden yetkili en üst hukuki örgütlenme olarak diğer sosyal örgütlerden ayrışır.¹⁷

1.2.2. Egemenlik ve Hukuk

Egemenlik kavramının batı dillerindeki karşılığı olan “*sovereignty*” ifadesinin kökeni Latincedeki, “en üstün iktidar” anlamına gelen “*superanus*” kelimesinden gelir.¹⁸ Kavramının Arapçadaki karşılığı olan ve “*hakimiyet*” kelimesi ise; hüküm verme, kural koyma, emir verme iktidarı demektir.¹⁹ Kelimenin kökü olan *hakim* de bu anlamın kök anlamını kanunu uygulayan kişi hükmeden güç olarak tanımlar.²⁰ Etimolojik bu farklılık ilginç bir yaklaşım farkını da ortaya koyar. Kanaatimizce “*superanus*” anlamındaki egemenlik daha ziyade fiziki bir gücü tanımlarken, “*hakimiyet*”; kural koyma ve o kuralı uygulama olarak daha ziyade hukukilemiş bir gücü ifade eder. Bu niteliği ile egemenlik, devletin hem kendisine ait hem de tebaasına tatbik edilecek hukuk sistemini serbestçe belirleyebilme hakkı olarak²¹ hukuki bir niteliğe sahiptir.

Egemenliğin ülke unsuru üzerinde parçalanmış şekilde, feodal güç odaklarınca değil de ülkenin genelinde, merkezi bir yapı tarafından en üstün hükmetme gücü olarak kullanılabilmesi 16. yüzyıldan itibaren Avrupa’da gelişen modern, merkezîyetçi devlet

¹⁶ Martin Loughlin, *The Idea of Public Law* (New York: Oxford University Press, 2004), 87.

¹⁷ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Massachusetts: Harvard University Press, 1949), 181.

¹⁸ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 78.

¹⁹ Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), 34, Mehmet Bahaettin Toven, *Yeni Türkçe Lugat* (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2015), 250.

²⁰ Mustafa Nihat Özön, *Osmanlıca Türkçe Sözlük*, gözden geçirilmiş 11. Baskı, (İstanbul: İnkılap Kitapevi, 2012), 280.

²¹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 14. Bs., (İstanbul: Beta Yayınları, 2012), 139.

anlayışının temel özelliğidir.²² 16. yüzyılda, Osmanlı Devleti'nin aksine merkezi güçlü bir devlet otoritesini tesis edememiş olması Avrupa devletlerinin Osmanlı karşısındaki başarısızlığının temel nedeni olarak algılanmaktaydı. Fransız düşünür Jean Bodin, feodal parçalı yapının eksiği olarak gördüğü tüm toprak unsuru üzerindeki mutlak ve tek hakimiyetin devletin olmazsa olmaz unsuru olduğunu ileri sürüyordu.²³ Bodin, devleti egemenlik unsuru üzerinden tanımlayarak, egemenliği hukuki bir unsur olarak değerlendirmekteydi.²⁴ Güç yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı üzere gerçekte fiziki bir olgudur. Hükmetme gücü yok ise bir devletin varlığından bahsedilemez.²⁵ O kadar ki kişiler için hukuki ehliyet ne ise devlet için de egemenlik o anlama gelir.²⁶ 17. yüzyılda Avrupa'da iki önemli orta çağ imparatorluğu olan İspanya ve Kutsal Roma Germen İmparatorluğu arasında yaşanan kanlı 80 yıl ve 30 yıl savaşları insanları istikrarlı ve huzurlu bir yaşamı temine edecek egemenlik anlayışı arayışına sevk etti.²⁷ Bodin, yaşadığı dönemde iç karışıklıklar ve din ve mezhep savaşlarının hüküm sürdüğü Fransa'ya istikrar ve huzurun ancak mutlak bir monarşi ile geleceğine inanıyordu.²⁸ Ancak Bodin bu merkezi ve mutlakiyetçi gücün sadece fiziken nitelenmiş bir güç ile değil aynı zamanda meşru bir güç kullanma tekeli ile donanması gerektiğine inanmaktaydı. Bu yaklaşım Avrupa'da devletlerin egemenliğinin fiziki olmakla birlikte daha çok hukuki bir güç halinde tanımlanması fikrini geliştirdi. Zira uzun süren mezhep kökenli din savaşları Avrupa'da huzur ve istikrara dair ciddi bir yönelişe sebep oldu. Kamuoyu artık herhangi bir mezhep referansı aramaksızın politik birlik ve istikrarı sağlayabilecek, güçlü ve otoriter merkezi bir otoriteye şiddetle ihtiyaç

²² Loughlin, *The Idea of Public Law*, 74,75, 82,

²³ Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), 31.

²⁴ Ergül, *Devlet Teorisi*, 214.

²⁵ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 77.

²⁶ Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 55.

²⁷ Stephan De Spiegeleire vd., *The Rise of Populist Sovereignism* (Report for Hague Centre for Strategic Studies, 2017), 23-41., 32.

²⁸ Dieter Grimm, *Sovereignty* (New York: Columbia University Press, 2015), 18-19.

duymaktaydı.²⁹ 30 yıl savaşlarını sonlandıran 1648 tarihli Westphalia Barışı (Osnabruck ve Muenster Anlaşmaları) devletlerin iç egemenlik anlayışında önemli bir dönüşümün fikri yapı taşı oluşturdu. Bu anlaşmalar ile prenslerin egemenlik alanları olan ülkelerinde uygulanacak dini inancı serbestçe belirleyebilmeleri esasını “*cuius regio, eius religio*” kabul edildi. Böylelikle ülke içindeki egemenlik yetkisinin çerçevesi kuvvetlenmiş bir şekilde netleştirilmiş oldu.³⁰ Bu dönemde gelişen Westphalian egemenlik anlayışı her devletin, prensliğin, kendi topraklarında kontrol ve hakimiyet sahibi olması esasına dayanır.³¹

Modern devlet döneminde gelişen anayasacılık anlayışında devletin hükmetme gücü, fiziki bir kavram olan siyasi iktidar olarak değil, daha ziyade hukuki bir kavram olarak “egemenlik” olarak isimlendirilmeye başlandı.³² Günümüzde anayasa hukuku anlamında egemenlik hukuki bir kavram olarak kullanılmakta kavramın fiziki hakimiyet unsurundan çok hukuki içeriği esas alınmaktadır.³³ Modern anlamdaki devlet kavramının yerleşebilmesi için bu bir gereklilik idi.

Zira modern devlet anlayışında; klasik devlet döneminde özellikle Avrupa monarşilerinde gözlemlenen kişiye ve hanedana bağlı devlet ve egemenlik olgusu yerine, topluma nüfuz etmiş, adeta fizik ötesi nitelik kazanmış egemenlik kavramı gelişti. Bu fizik ötesi nitelik hukuk ile temin edilmeye çalışıldı. Egemenlik, Bodin ve Hobbes’da “kişi” ile temsil edilen, monark bünyesinde belirginleşen bir güç idi. Bu “kişi” anayasal devlet fikrinin gelişmesi ile anayasal bir kimlik olan devlet başkanına dönüştü.³⁴ Böylece modern devlet monarklardan bağımsız, hukuk ile tesis edilen,

²⁹ Stephen D. Krasner, “Abiding Sovereignty”, *International Political Science Review / Revue internationale de science politique* (July, 2001), Vol. 22, No. 3, Transformation of International Relations: Between Change and Continuity. Transformations des relations internationales: entre rupture et continuité (July, 2001), 229-251.

³⁰ A.g.e.

³¹ Spiegeleire vd., *The Rise of Populist Sovereignism.*, 35.

³² Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 264.

³³ Michel Troper, “Sovereignty”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Der. Michel Rosenfield & Andras Sajo (New York: Oxford University Press, 2013), 352.

³⁴ Bruno De Witte, “Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition”, düz. Anne Marie Slaughter, Alec Stone Sweet ve J. H. H. Weiler., 279.

hukuku uygulayan³⁵, egemenlik yetkisi ile donanmış bir aygıt haline geldi. Alman anayasa hukuku literatürü ile ifade edecek olursak devlet, “*kompetenz-kompetenz*” olan³⁶, yani kendi yetkisi kendinden mündemiç olan ve sınırsız anlamda yetki üretebilen tek ve asli yapıdır. Bu dönüşüm bir diğer açıdan güç ile tanımlanan fiziki ve siyasi egemenlik kavramına dayalı klasik devletten, kural koyma ve uygulama gücü ile nitelenmiş hukuki egemenlik kavramına dayalı modern, anayasal devlet anlayışına geçiştir.³⁷ Bu anlamda modern devlette, devletin olmazsa olmaz unsuru olan en üstün emretme gücü³⁸ hukukileşmiştir. Bugün hukuk devleti “*rechstaat*”, “*état de droit*” anayasallaşmış adeta anayasa ile görünür hale gelmiş bir yapıdır.³⁹

Egemenlik hukuki olmaktan önce fiili bir kavramdır. Egemenliğin bu öncül formu “siyasi iktidardır”.⁴⁰

Fiili egemenlik olarak tanımlayabileceğimiz siyasi egemenlik, modern devlette hukuki egemenliğin toplum üzerinde uygulanmasıdır. Zira modern devletin temel ilkelerinden olan hukuk devleti anlayışına göre, devletin fiili hükmetme gücü hukuk kuralları ile kullanılmalıdır. Hukukun temelini oluşturan asli kurucu iktidar, bu fonksiyonunu kullanırken tercihlerini siyasi iktidarının izdüşümü olarak kullanır bunun yansıması olarak da hukuk sistemini politik tercihleri ile şekillendirir.⁴¹

³⁵ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 275.

³⁶ Troper, “Sovereignty”, 355.

³⁷ Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 61; Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 264.

³⁸ Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 61; Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 79; Mustafa Koçak, *Devlet ve Egemenlik* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2006), 122.

³⁹ Alec Stone Sweet, *Governing With Judges, Constitutional Politics in Europe* (New York: Oxford University Yay., 2010), 29.

⁴⁰ Ergül, *Devlet Teorisi*, 54; Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 81; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 271.

⁴¹ Loughlin a.g.e., 112-113, Schmitt, *Constitutional Theory*, 125.

Modern devletin egemenliği adeta hukuk sistemidir.⁴² Modern devletin fikri temellerinde önemli yere sahip olan Locke da egemen gücün ilk yetisinin doğal hukuktan kaynaklanan yasaları belirlemek ve kodifiye etmek anlamında yasama fonksiyonu olduğunu ileri sürer.⁴³ Bu fonksiyon Locke'a göre egemenliğin tecessüm ettiği üstün⁴⁴, sistematik hukuki bir fonksiyondur.⁴⁵ Alman Anayasa hukuku teorisyeni Schmitt'in meşhur tanımı uyarınca egemenlik istisnai olana karar verme gücüdür.⁴⁶ İstisnai olanı belirlemek öncelikle genel olanı ihdas etmeyi gerekli kılar. Bu anlamda gerek genel olanı gerekse istisnailiği belirleme yetkisi, hukuku belirleme, gücüdür. Günümüzde egemenlik ülkenin toprak unsurunu oluşturan ülkesi içerisinde neyin hukuki olduğunu belirleme gücü olarak anlaşılır.⁴⁷

Bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde devletin egemenliğinden anlaşılması gereken herhangi bir fiili iktidar değil, ülke ve insan unsurunun tamamı üzerinde geçerli kurallar koyabilme gücü olduğu anlaşılır. Devletin egemenlik hakkı ve yetkisi üç ana güç alanı olarak ortaya çıkar: Yasama, yürütme ve yargı. Yasama kural koyma, yürütme kuralları uygulama, yargı ise kuralların ihlallerine karşılık gereken yaptırımları uygulamadır.⁴⁸ Bu üç yetki devletin egemenliğinin farklı kullanılma biçimleri gibi gözükse de kanımca egemenlik hakkından kaynaklanan yasama yetkisinin işlevsellik sebebiyle farklılaşmış yansımalarıdır. Kuvvetler ayrılığı teorisi, bu üç yetkinin işlevsel ayrılığını vurgulamaktan çok, pratik anlamda ayrılığını ifade eder. Bu teori devletin iktidarının sınırlandırılması amacıyla geliştirilmiştir.⁴⁹

⁴² Grimm, *Sovereignty*, 52., Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri I. Cilt* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası 1978), 74; Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, 124; 129.

⁴³ John Locke, *Second Treatise of Government* (Indianapolis: Hackett Yayınları, 1980), 69.

⁴⁴ Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 178.

⁴⁵ Carl Schmitt, *Political Theology*, çev. George Schwab (Chicago: The University Of Chicago yay.– 2005), 5-6.

⁴⁶ A.g.e., 5.

⁴⁷ Halil Rahman Başaran, "Sovereign Immunity, Que Vadis?", *New York International Law Review*, Vol. 27, N.1, (Winter 2014), 1.

⁴⁸ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 82.

⁴⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 218; Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 110; Ergül, *Devlet Teorisi*, 61-62; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (İstanbul: Oniki Levha

Kuvvetler ayrılığı bu açıdan bakıldığında devleti yine devlet ile sınırlama, kamusal fonksiyonu bir başka kamusal fonksiyon ile sınırlama esasına dayanır. Bu sınırlama yaklaşımının temelinde insanı kamu gücünün kullanımının oluşturabileceği baskı ve zulümden koruma dürtüsü bir diğer ifade ile devletin sahip olduğu hükmetme gücünün korkusu vardır.⁵⁰

1.3. Demokratik Egemenlik.

1.3.1. Kavram ve Esaslar.

Hukuki anlamda egemenlik, devletin ülke ve insan unsurunun tamamında geçerli olacak hukuku ihdas etme gücü olarak kabul edildiğinde, egemenliğin (yasama yetkisinin) asliliği sonucuna ulaşırız.⁵¹ Hukuki egemenliğin yansıması sadece asli olarak yasama yani kural koyma yetkisi ile gerçekleşir.⁵² Yürütme ve yargı, yasamanın ürettiği hukukun uygulanması ve zorla tatbik edilmesi fonksiyonunu ifa eden iki türev işlevdir.⁵³ Kant'ın ifadeleri ile egemen olan sadece kural koyan, yasama faaliyetinde

Yayımları, 2017), 224;235; Zafer Gören, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020) 184-185; M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Indianapolis: Liberty Found yay. 2.bs. 1998), 1-2., Türker Ertaş, *Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 47-48., Christoph Möllers, “Seperation of Powers”, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law* (244-245), 253., Mustafa Okşar, *Yürütme Erkinin Üstünlüğü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 23; Christoph Möllers, *The Three Branches* (New York: Oxford University Press, 2015), 40- 45.

⁵⁰ Pierre Manent, *Natural Law and Human Rights*, çev. Ralph C. Hancock (Indiana: University of Notre Dame Yayınları, 2020), 44.

⁵¹ Schmitt, *Political Theology*, 7.

⁵² Troper, “Sovereignty”, 357.

⁵³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2012), 345-346.

bulunandır. Yürütme yetkisi kuralı uygulayan, yargı ise hukuka uygun olanı tespit edendir.⁵⁴

Devletin fonksiyonlarını sadece işlevlerini esas alarak fonksiyonel açıdan tanımlamak veya işlevi gören kurum üzerinden organik olarak tanımlamak ve bu iki işlev arasında aşılabilir sınırlar koymak modern devlet ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalmaktadır.⁵⁵ Örneğin; yasama yetkisinin genelliği gereği yasama organının yürütme işlevini karşılayan işlemleri yapması mümkündür. Ayrıca modern toplumsal yaşamın yönetilebilirliği teknik, ayrıntılı ve uzmanlaşmış bilginin ürettiği düzenlemeleri gerektirir. Bu ihtiyacı karşılamak için yürütme organlarına düzenleyici işlemler adı altında yasama işlevi niteliğine sahip, genel ve objektif ancak daha teknik içerikli işlemler yapma yetkisi verilmektedir. Bu yetki yürütme organına yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı gereği kanunlar ile sınırlandırılmış olarak verilir. Bu sınırlama prensip olarak işlemin niteliğine ilişkin değildir. Amaç, yürütme organının bu yetkiyi asli olarak kullanmadığını hukukileştirmektir.

Erken dönem devletleri ve imparatorluklardan 17. yüzyıla kadar hakim olan mutlak ilahi egemenlik teorisi uyarınca egemenliğin kaynağı ilahidir. Egemenlik mutlak surette yaratıcıya aittir ve ilahi irade yeryüzünde egemenliği kimin kullanacağını da belirler.⁵⁶ İslamiyet'in kabulünden sonra gelişen egemenlik anlayışı mutlak ilahi egemenlik anlayışından farklıdır. Bu anlayışa göre de kural koyma yetkisi ilahi iradeye aittir, egemenlik Allah'tan gelir ve Allah'a aittir.⁵⁷ Ancak farklı olarak bu gücü kimin nasıl kullanacağını Allah belirlemez. Allah tarafından insanlara tanınan cüz'i (kısmi) irade olarak tanımlanan irade hayatın her alanında geçerlidir ve insanları sorumlu kılan bu iradeye sahip olmalarıdır. Buna göre devleti yöneten insanların da kendi iradeleri ile serbestçe hareket edebilmeleri gerekir ki kamu gücünün kullanımında Allah'ın zulüm ve kötülük yapmama, adaletle hükmetme emrine uyma veya buna aykırı davranma sorumluluğunu taşıyabilsinler. İnsanlar bu gücü nasıl

⁵⁴ Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, düz. Mary Gregor, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 6:313.

⁵⁵ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 223-229; Möllers, "Separation of Powers", 243-244.

⁵⁶ Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 21; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 280; Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, 108.

⁵⁷ Mehmed Niyazi, *İslam Devlet Felsefesi* (İstanbul: Ötüken Yayınları, 2018), 35.

kullanacaklarına kendi iradeleri ile karar verirler. İslamiyet bu gücün insanların iyiliğine, hayrına, adaleti tesis edecek şekilde kullanılmasını emredip, zulme sebebiyet verecek şekilde kullanılmasını yasaklamıştır.⁵⁸ Bu nedenle devleti yönetenlerde aranan en önemli şart adil olmaları, zulümden sakınmalarıdır.⁵⁹ Bu açıdan değerlendirilecek olursa denilebilir ki; İslam egemenlik teorisi egemenliğin kim tarafından nasıl kullanılacağını belirleyen, belirli bir devlet şekli veya yönetim modeli belirleyen düzenleyici hükümlere sahip değildir.⁶⁰ Sadece çerçeve normları belirlemiş bu normlara aykırı olmaksızın⁶¹ nasıl hükmedileceğini kamu otoritesinin takdirine bırakmıştır. Bu çerçeveleme bir diğer açıdan değerlendirildiğine Hans Kelsen'e atfedilen normlar hiyerarşisi teorisinin öncülü kabul edilebilecek bir normatif hiyerarşi de kurmuştur.⁶² Kamu otoritesi İslam'ın hükümlerine aykırı davranamaz.⁶³ Egemenlik yetkisini kullanan, mutlak monarşiyle yönetilen bir devletin başkanı bile olsa İslamiyet'in hüküm ve kuralları ile bağlıdır.⁶⁴

İslam egemenlik teorisine benzeyen bir egemenlik anlayışı 13. yüzyıldan itibaren Avrupa'da gelişmeye başlamıştır. Bu anlayış, mutlak egemenlik teorisinden farklı olarak; egemenliğin yeryüzündeki sahibini ve bu otoritenin egemenliği nasıl kullanacağını ilahi irade tarafından belirlenmediğini insanların iradesine bırakıldığını kabul ediyordu. Bu görüşe göre, iktidarın kaynağı ilahidir ancak iktidarı kullanacak kişi, doğrudan tanrı tarafından seçilmemiş, tanrının üstün iradesi ile yönlendirilmiş tabi olaylar veya insanların iradeleri ile belirlenmiştir.⁶⁵ Providansiyel ilahi hukuk

⁵⁸ Zencani, *Siyasetname*, haz. Hasan Hüseyin Adalıoğlu, 2. bs., (İstanbul: Yeditepe Yayınları, 2019), 112-114.

⁵⁹ Ebu'l Hasan Habib el-Maverdi, *El-Ahkamü's Sultaniye* (Bedir Yayınevi, 2018), 31.

⁶⁰ Niyazi, *İslam Devlet Felsefesi*, 47.

⁶¹ A.g.e., 42.

⁶² **Abdullah Sezer, Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı), Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına 60 Yıl 60 Makale, Cilt 2., (Ankara – 2022), 354.**

⁶³ Ayhan Ak, *İslam Kamu Hukuku* (Samsun: Üniversite Yayınları, 2019), 35.

⁶⁴ Hamidullah, *İslam Anayasa Hukuku*, 176.

⁶⁵ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 105.

doktrini⁶⁶ olarak isimlendirilen bu teorinin kurucularından Saint Thomas de Aquino'ya (Aqino'lu Thomas) göre siyasi iktidarın kaynağı ilahi olmakla birlikte iktidarı kullanacak olanları tanrı değil halk belirler.⁶⁷ Thomas'a göre her türlü gücün ve siyasal iktidarın da kaynağı tanrıdır. Buna karşılık tanrı bu gücü kullanacak olanları belirlememiştir. Siyasal iktidarı kullanacak olanları toplumun kendisi belirler:⁶⁸ “*Omnis Potestas a Deo per Populum - Egemenlik, tanrıdan, toplum vasıtasıyla gelir.*” Bu yaklaşım egemenliğin kullanımında insanların iradesini esas almak suretiyle, mutlak ilahi egemenlik teorisinden çok İslam egemenlik teorisine yaklaşmaktaydı. Ancak Hristiyanlığın niteliği bu teori ile İslam egemenlik teorisi arasında uygulamada önemli bir fark oluşturmuştu. Hristiyanlık, sadece uhrevi hayata ve inanç esaslarına dair hükümler içerip, dünya hayatının düzenlenmesine dair hükümler içermeyen bir hukuk sistemine sahipti. Bu nedenle providansiyel ilahi hukuk doktrini egemenliğin kullanımını yeryüzündeki insanlara bıraktığında bunun sonucu olarak kamu hukukuna dair tüm kurallar dönemin kamu erkini kullanan monarşilerin takdir ve kabulleri ile şekilleniyordu. Bu anlamda, aydınlanma ve reform sonrası özellikle de toplum sözleşmesi teorileri ile gelişen insan hakları, liberal devlet, liberal haklar teorilerine kadar providansiyel ilahi hukuk teorisi ile şekillenen monarşik yönetimlerin mutlak ilahi egemenlik inançları ile şekillenmiş mutlak monarşilerden farkları yoktu. Günlük dil ile ifade edilecek olursa “egemen olan niye egemendir?” sorusunun cevabı kamu hukuku teorisine “egemenliğin meşruiyeti meselesi” olarak geçmiştir. “Egemen gücü kullanan bu gücü kullanma hakkına nasıl ulaşmıştır?”, “egemenlik güç ve yetkilerinin kaynağı nedir?” egemenliğin meşruiyetini sorgulayan sorulardır. Bu sorular egemenliğin modern devlette hukuk üretme gücüne dönüşmesi ile daha da anlam kazanmıştır. Zira toplum üzerinde fiili hükmetme gücü anlamına gelen siyasi iktidarın meşruiyetinin kaynağı da kendisi gibi fiilidir. Gücü elinde bulunduran siyasi iktidarı da ele geçirmiştir. Ancak egemenliğin kural koyma gücü olarak yansıdığı hukuki egemenlikte egemenliğin meşruiyeti algısı da değişmiştir. Artık gücün

⁶⁶ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 280; Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 21-22; Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 88.

⁶⁷ Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 21; Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, 109.

⁶⁸ Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 94.

meşruiyeti kendinden değildir. Yani “güce sahip olan onu kullanır” şeklinde basit değildir meşruiyetin kaynağı sorusunun cevabı.

Hukukileşmiş egemenliğin, izah edilebilen, toplum tarafından kabullenilebilecek bir kaynağı olmalıdır. Bu kaynak insanlık tarihi boyunca iki iradeden birisine dayandırılmıştır; “Monarkın ilahi yetkisi” veya “halkın iradesi-demokratik egemenlik teorisi”.⁶⁹ Demokratik egemenlik teorisi tam olarak değerlendirilmeden bir siyasal sistemin demokratik olup olmadığının belirlenmesi mümkün değildir kanaatimce. Devlet teorisinde egemenliğin kaynağını insan olarak kabul eden görüş demokratik egemenlik teorisinin temelidir. Etimolojik analizden de anlaşılacağı gibi demokratik egemenlik teorisi egemenlik gücünü insanın, halkın gücüne yani *demos-kratos* dayandırır.

Demokratik egemenlik teorisinin en önemli kabulü egemenliğin yeryüzüne indirgenmesidir. Bu indirgemenin somut yansıması hukuk sisteminin kaynağına dair kabullerde belirir. İlahi egemenlik teorisini benimseyen devletlerde hukuk sisteminin meşruiyet dayanağı ilah iradedir. Hukuk sisteminin oluşturan temel normlar tanrının kurallarıdır. Demokratik egemenlik teorisini kabul eden devletlerde ise hukuk sistemin pozitivist bir anlayışa sahiptir. Bu anlayış gereği hukuk yeryüzünde insanlar tarafından oluşturulur. Bu sistemin temel normu ise insanlar tarafından ihdas edilen anayasalardır. Temel norm anlayışı pozitivist yaklaşımda hukuk sisteminin ilk dayanağını belirleyebilmek için gereklidir.⁷⁰

1.3.1. Toplum Sözleşmesi Teorisi.

Demokratik egemenlik teorisinin ana prensibi devletin ve egemenliğin ilahi kaynaktan ayrılarak yeryüzüne, insanların irade ve ihtiyarlarına bağlanmasıdır.⁷¹ Bu temel niteliği sebebiyle demokratik egemenlik teorisi seküler bir anlayışa sahiptir. Antik Yunan’da sofistler tarafından ilk olarak dile getirilen,⁷² daha sonra aydınlanmayı takiben batı

⁶⁹ Troper, “Sovereignty”, 362.

⁷⁰ Kelsen, “General Theory of Law and State”, 116.

⁷¹ Ergül, *Genel Kamu Hukuku*, 39; Gözler, *Devlet Teorisi*, 37; Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 146.

⁷² Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12.

Avrupa’da ortaya çıkan sözleşme teorisi modern–seküler devlet kavramının kökenini doğal haklardan kaynaklanan tarihi bir sürece bağlamıştır.⁷³ Bu teori batı Avrupa’da rönesans sonrası aydınlanmayı takiben, kronolojik sırasıyla; Thomas Hobbes, John Locke ve Jean Jack Rousseau tarafından geliştirilmiş, demokratik egemenlik teorisinin ve bu teori zemininde gelişen modern devlet kavramının teorik temellerini oluşturmuştur. Halk egemenliği temelli yaklaşımlar modern demokratik devletlerde hukukun ve egemenliğin meşruiyetini insanların iradesi olarak kabul eder.⁷⁴

Sözleşme teorileri, toplumun, devletin ve siyasi iktidarın temelini rasyonalist bir zemine oturtmaya çalışır. Bu teori devletten hatta toplumdaki önce var olan ve doğal hukuk, doğal haklar anlayışının da kaynağını oluşturan⁷⁵ teorik bir “doğal yaşama dönemi” -*state of nature*- öngörür.⁷⁶ Bu dönemde insanlar her türlü baskı, kural ve sınırlamadan uzak bir şekilde mutlak anlamda özgür olarak, henüz, örgütlü toplumun, siyasi iktidarın ve devletin oluşmadığı bir tarihi dönemde doğada serbestçe yaşamakta idiler. Bu dönemde kişinin hürriyet alanı, sınırlayacak herhangi bir toplumsal otorite ve siyasi iktidar olmadığı için sadece insanın kendi iktidarı ve yetenekleri ile sınırlıdır. Bu dönem yukarıda da değindiğim üzere, teorik bir varsayımdan ibarettir. Antropolojik, tarihi veya sosyolojik bilgilere dayanmaz. Dönemin varsayıma dayandığını net olarak ifade eden Hobbes; tarihin herhangi bir döneminde, herhangi bir coğrafyada böyle bir dönem yaşanmamış olabilir belki ancak insanın niteliği her an her yerde bu tip bir dönemin yaşanabileceğini gösterir der.⁷⁷

Aydınlanma sonrası sözleşmecî düşünürlerin ilki olan Thomas Hobbes’a (1588-1679) göre doğal yaşama döneminin niteliğini belirleyen en önemli faktör insanların doğuştan eşit olarak yaratılmasıdır. Bu yetenek eşitliğinden amaçlara erişme umudunun eşitliği doğar.⁷⁸ Bundan ötürü iki kişi aynı zamanda birlikte sahip olmayacakları bir şeye ulaşmak istediklerinde birbirlerine düşman olup çatışmaya

⁷³ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 121.

⁷⁴ Spiegeleire vd., *The Rise of Populist Sovereignism*. (21-42)

⁷⁵ Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 145.

⁷⁶ Erol Kuyurtar, *John Locke-Siyaset Felsefesi Tarihi*, ed. Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç, 3 bs. (Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2017), 239.

⁷⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan* (New York: Oxford University Press, 1998), 85.

⁷⁸ A.g.e., 45- 49.

başlarlar. Bu rekabetin oluşturduğu çatışma ortamı insanları birbirlerine karşı güvensiz kılar.⁷⁹ Netice itibarıyla eşitlikten kaynaklanan rekabet sebebiyle yaşanan çatışmalar ile birbirine karşı güvensiz hale gelen insanların yaşadığı doğa dönemi, devamlı savaşın ve çatışmanın hakim olduğu katlanılamaz bir dönemdir.⁸⁰ İnsanlar bu dönemden; ölüm korkusu, rahat bir hayat için gerekli şeyleri elde etme arzusu ve çalışarak onları elde etme umudu ile geliştirdikleri ortak aklı kullanarak çıkmak ve barış dönemine girmek isterler.⁸¹ Hobbes, hayatının olgunluk çağını oldukça kanlı ve yıkıcı geçen İngiltere iç savaşı döneminde (1642-1651) geçirmiştir. Merkezi otorite eksikliği sebebiyle yoğun ve kanlı iç çatışmaların çalkantılı ortamına sahne olan bu dönem Hobbes'un fikriyatına önemli ölçüde etki etmiş ve düşünürde kuvvetli bir merkezi otorite fikrinin gelişmesine sebebiyet vermiştir.⁸² İç savaşın kaotik ortamında korku ve endişe ile beslenen Hobbes, bir merkezi devlet otoritesinin olmadığı doğal yaşama döneminin büyük bir anarşi ve kaos dönemi olduğunu sona ermez çatışmalar ve yıkımların yaşandığı cehennemi bir süreç olduğunu kabul eder. Bu dönem mutlaka sonlanması gereken bir dönemdir.

Bir diğer sözleşmeci düşünür John Locke (1632-1704) ise Hobbes'tan taban tabana zıt olarak doğal yaşama dönemini insanlığın en mutlu hali ve dönemi kabul eder. Locke'a göre her türlü kayıt ve sınırlamadan uzak olan insanlar bu dönemde diledikleri gibi serbest ve özgürce yaşamaktadırlar.⁸³ Doğal yaşama dönemine dair bu güzellemelerine rağmen Locke da bu dönemin, kendiliğinden veya başkaca bir etkenle değil bizatihi insanların kendi tercihleri ile sona erdiğini ve devletin oluştuğunu iddia eder.⁸⁴ Locke'a göre; bu dönemin tek handikabı insanlar arasında insanların doğası gereği oluşan bir haksızlığı cezalandırmada ve insanların hakkını temin ve teslim etmede bağımsız ve tarafsız bir otoritenin olmayışıdır. Doğal yaşama döneminde bir haksızlık oluştuğu zaman, eğer haksızlığa uğrayan güçlü haksızlık yapan zayıf bir kişi ise mağdur

⁷⁹ A.g.e., 82-83.

⁸⁰ A.g.e., 101.

⁸¹ A.g.e., 103.

⁸² Ergül, *Devlet Teorisi*, 232- 233.

⁸³ Locke, *Second Treatise of Government*, 52.

⁸⁴ Ergül, *Genel Kamu Hukuku*, 165-166.

kendinden daha zayıf olan haksız kişiye hak ettiğinden daha büyük cezalar vermektedir. Buna mukabil haksızlığa uğrayan zayıf, haksızlık eden ise daha güçlü bir kişi ise bu takdirde mağdur hakkını hiçbir surette koruyamıyordu. Bu nedenle doğal yaşama dönemindeki insanların, bağımsız yüksek bir otorite içeren cezalandırıcı, adaleti tesis edici insanların haklarını birbirlerine karşı koruyan otoriteye ihtiyacı baş göstermişti. Locke'a göre doğal yaşama döneminde yaşayan insanlar bu eksikliğin doğal yaşama döneminin huzurunu bozacak kaotik bir ortama sebebiyet vermemesi için kendi aralarından bir sözleşme ile anlaşarak adaleti temin, haksızlığı cezalandırma işlevini temin için siyasi iktidarı ve devleti oluşturmuşlardı.⁸⁵

Diğer bir sözleşmeci düşünür Jean Jacques Rousseau (1712-1778) da Locke gibi insanın özgür doğduğunu,⁸⁶ insanlar arasında doğal bir hiyerarşi, altlık – üstlük, efendilik – kölelik ilişkisi olmadığını bu tip ilişki ve kurumların insanlar tarafından sonradan üretildiğini ileri sürer.⁸⁷ Düşünüre göre temelde doğal yaşama dönemi iyi ve huzurlu bir dönemdir ancak doğal yaşama döneminde insanların kendilerini tek başlarına tehlikelerden koruyacak güce sahip olmamaları nedeniyle korunma ve güvenlik ihtiyacı ile birleşerek birlik esasına dayalı bir toplumsal yapı oluşturmuştur.⁸⁸ Düşünüre göre doğal yaşama dönemindeki ideal ortam özel mülkiyetin ortaya çıkması ile bozulmuş ve insanlar arasında eşitsizlik bunun sonucu olarak da çatışmalar başlamıştır. Bu yaklaşımını lirik bir dille “insanlığa en büyük kötülüğü bir toprak parçasını ilk kez çit ile çevirip bu benim mülküm diyen insan yapmıştır.” Özel mülkiyet sebebiyle bozulan insanlar arası eşitliği tesis etmenin tek yolu insanların bir araya gelerek ortak bir irade akıl oluşturması ve kendilerine dair kararları bu iradenin almasıdır. Siyasi iktidarın ve devletin özel bir formu olan klasik Yunan'daki kent meclislerinden esinlenen bu yapı tüm insanların bir araya doğrudan gelerek oluşturdukları bir karar organıdır. Bu organdan çoğunluk ile karar alır ve bu karara toplumun ortak aklının eseri olan genel iradeyi oluşturur. Halk meclisi onu oluşturan bireylerin matematik toplamından çok daha üstün bir olgudur. O meclis bir egemen

⁸⁵ A.g.e., 166-167., Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 175.

⁸⁶ Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Işık Ergüden, 1 bs. (İstanbul: Koridor Yayınları, 2018), 16.

⁸⁷ A.g.e., 20.

⁸⁸ A.g.e., 27.

merciidir.⁸⁹ Meclisi oluşturan her birey, bütün haklarını meclise devreder. Bu devirler ile oluşan ortaklık artık kollektif bir bünye oluşturmuştur. Bu kollektif yapıya antik Yunan’da site, modern devirde ise cumhuriyet, ya da siyasal gövde denir.⁹⁰ Bu yapının çıkarları, onu oluşturan şahısların çıkarlarına zıt olamaz. Bu kollektif doğruluk pusulası, ortak yapının kararlarını daima doğru kılar. Genel irade toplumun ortak aklının eseri olduğu için de asla yanılmaz mutlak doğrudur. Onun gibi düşünmeyen azınlık ise yanılmıştır.⁹¹ Rousseau’nun teorisi uyarınca egemen olan aslında halk değil, elle tutulup gözle görülemeyen metafizik bir yapıya sahip genel iradedir. Bu yaklaşım aslında egemenliği metafizik bir yapıya bürümekte ve bu sayede sorgulanamaz ve reddedilemez kılmaktadır.⁹² Rousseau’ya göre egemenliğin sahibi halk değil metafizik bir kavram olan genel iradedir. Bu yaklaşım ileride egemenliğin halka değil, kendisi de metafizik bir kavram olan millete ait olduğu anlayışına kapı açmıştır.

Ancak teori kendi içinde başka bir soruya sebebiyet verir. Egemen güç yani genel irade ilk kez kural koyan dolayısıyla kendisinden önce kendini bağlayıcı herhangi bir kuralın olmadığı otoritedir. Peki o takdirde genel iradenin oluşumu ve nitelenmesine dair kuralları kim koymuştur? Özellikle de genel iradenin çoğunluk ile karar alacağı, azınlık oyunun yanılmış sayılacağı bu nedenle dikkate alınmaması gerektiği gibi temel bir kuralı kim koymuştur? Sosyal sözleşmenin oluşma esasları ve oluştuktan sonra da insanları bağlayıcı hükümler içermesi gereği kurallarını kim koymuştur? Rousseau’ya göre bu kuralları koyan otorite sosyal sözleşmeden de önce var olan “kanun koyucu”dur. Bu irade sosyal sözleşmeden önce de vardır zira insanlar yeni güç yaratamaz sadece olan güçleri birleştirip yönetebilirler.⁹³

“Kanun koyucu” insanların bir araya gelerek toplumu oluşturmasından önceki iradedir ve insanların bir araya gelerek toplu yaşama geçmesini müteakip onların siyasi yaşama geçmesini yani siyasi iktidarın oluşmasını sağlayan güçtür. Bu güç hukuki yapının oluşumunda ilk hareketi sağlayan iradedir ve ilk olmak hasebiyle egemenliğin sahibi

⁸⁹ A.g.e., 31.

⁹⁰ A.g.e., 29.

⁹¹ A.g.e., 28.

⁹² Shyam Krishan Kaushik, “Of Sovereignty – a fresh look”, *Journal of the Indian Law Institute*, C. 52, S. 1 (January-March 2010): 60-79.

⁹³ Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 27.

olan halka bu egemenliğe sahip olması yetki ve imkanını tanıyan otoritedir bu otorite insan üstü nitelikler taşımalıdır.⁹⁴ Düşünre göre:

“Sıradan insanların kapasitesinin üzerinde yükselen bu yüce akıl, insan ihtiyatını sarsamayacak olan kişileri tanrısal iradeyle sevk ve idare etmek için yasa koyucunun kararlarını fanilerin ağızından dile getirdiği bir akıldır. Fakat tanrıları konuşurmak ve onların tercümanı olduğu söylendiğinde halkı buna inandırmak da her insana nasip olmaz. Yasa koyucunun misyonunu kanıtlaması gereken büyük mucize, ruhundaki yüceliktir. Her insan taş tabletleri oyabilir, bir kâhini satın alabilir, kendini herhangi bir Tanrıyla gizli bir ilişkisi varmış gibi gösterebilir, kulağına konuşacak şekilde bir kuşu eğitebilir ya da kendini halka dayatacak başka kaba yöntemler bulabilir. Sadece bu kadarını yapabilen biri bile tesadüfen de olsa bir grup kaçağını etrafına toplayabilir, fakat asla bir imparatorluk kuramaz ve oluşturduğu eser kısa süre içinde kendisiyle birlikte yok olup gider. Hâlâ varlığını sürdüren Yahudi yasası, on asırdan beri dünyanın yarısını yöneten İsmail'in oğlunun yasası, bu yasaları buyurmuş büyük insanları bugün de hala bize göstermektedir. Kibirli felsefe ya da kör yandaşlık zihniyeti bu insanları sadece talihi yaver gitmiş düzenbazlar olarak görürken, gerçek siyaset onların attığı temellerde, kalıcı yapılara öncülük eden o büyük ve güçlü dehayı görüp hayranlık duyar.”⁹⁵

⁹⁴ A.g.e., 55.

⁹⁵ A.g.e., 59.

Bu takdirde Rousseau'nun toplum sözleşmesi teorisinin temeli olan egemenliğin ilk ve tek kaynağının halk iradesi olduğu görüşü tartışmalı hale gelir. Sosyal sözleşmenin meşruiyet zeminini oluşturmak için kanun koyucu gerekir. Bu kanun koyucu egemenin belirlenmesine dair kuralları koyar fakat kendisi egemen değildir. Egemenliğin sahibi ise kendisi egemen olmayan kanun koyucu tarafından konan kurallara göre oluşan genel iradedir. Bu paradoks Rousseau'nun teorisini mantıksal anlamda tutarsız kılar⁹⁶ zira bu yaklaşımda da egemenliğin ilk kaynağı metafiziktir. Kanımca bu paradoksun sebebi ilk hareket noktasını yakalayabilme güdüsüdür.

Yukarıdaki kısımda da ifade etmeye çalıştığım üzere, toplum sözleşmesi teorisyenlerinin idealize ettikleri devlet ve hükümet modeli birbirinden farklıdır.⁹⁷ Bu farklılık Locke'da ve Rousseau'da daha azdır. Locke'a göre insanlar; doğal yaşama döneminde zaten var olan ve insanların doğasından kaynaklanan doğal hukuku⁹⁸ adil bir şekilde uygulasin, iç ve dış müdahaleler ile insanların doğal hukuktan kaynaklanan haklarına tecavüzü engellesin diye toplumsal bir sözleşme ile devleti sınırlı bir yetki alanına sahip olarak⁹⁹ kurmuştur. Bu nedenle Locke'un devleti adeta bir gece bekçisidir. Sadece iç ve dış güvenliği sağlar ve adaletin tesisini temin eder ve mutlaka kuvvetler ayrılığını uygulamalıdır.¹⁰⁰ Bu kabulleri ile Locke liberal devletin hukuki ve siyasi teorik temellerini atmıştır.¹⁰¹

Rousseau'nun devlet sistemi ise Locke'dan farklı olarak azınlığı çoğunluğa karşısında koruyup kollayan liberal bir sistem olmaktan çok, çoğunluğun kararını ve iradesini esas alan çoğunlukçu bir devlet sistemidir. Egemenliğin sahibi olan insanların egemenliklerini dile getirdikleri toplantı sonrasında oluşan genel irade yanılmaz.¹⁰² Mutlak surette ona itaat edilmelidir. Ona

⁹⁶ "Of Sovereignty – a fresh look", 69.

⁹⁷ Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 146-147.

⁹⁸ Locke, *Second Treatise of Government*, 52.

⁹⁹ A.g.e., 52-56., Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 177., John Dunn, *The Political Thought of John Locke* (New York: Cambridge University Press, 1969), 159.

¹⁰⁰ Locke, *Second Treatise of Government*, 76_77; Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 193; Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 178.

¹⁰¹ A.g.e., 173-174.

¹⁰² Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 31.

itaat etmeyi reddeden itaate mecbur bırakılmalıdır.¹⁰³ Zira o bütün insanların iradelerinin toplamı olduğu için insanların aleyhine karar vermesi onlara zarar vermesi mümkün değildir.¹⁰⁴ Hobbes ise çok farklı bir siyasal sistem planlar. Düşünürü göre insanlar ilk önce kendi aralarında tüm haklarını bir kişi ya da kuracakları bir meclise devredeceklerine dair,¹⁰⁵ ikinci olarak ise kurulan siyasal iktidar (Leviathan) ile olmak üzere iki sözleşme yapar. Tüm insanlar bu sözleşmeler ile tüm hak ve yetkilerini devrettikleri için¹⁰⁶ siyasal iktidara karşı hiçbir hak ileri süremezler ve bu sözleşmeden geri dönemezler. Zira sözleşmeyi bozma hakkını da devretmişlerdir. Ayrıca hakların feragatine dair olan ilk sözleşme insanlar arasında yapılmıştır. Lehine hak feragati yapılan otorite bu sözleşmeye taraf değildir. Bu nedenle hukuk sisteminin temelini oluşturan sosyal sözleşmeyle ve hukukla bağlı değildir.¹⁰⁷ Hobbes'un sosyal sözleşmesinin iki temel özelliği olduğundan bahsedilebilir: i) Bireyler açısından tam itaat, ii) Siyasal otorite açısından ise bu sözleşme ile bağlı olmama.¹⁰⁸ Bu niteliği Hobbes'un asli kurucu iktidarını hukuktan hatta kendisini kuran kurucu halk iradesinden bağımsız kılar.

Toplum sözleşmesi teorilerinin ortak özelliği şudur: bu sözleşme insanların ortak ve hür iradesi ile bu yönde bir fayda ummaları neticesinde yapılmıştır. Sözleşme ile sahip olunan hak ve özgürlükler oluşturulan bir otoriteye devredilmiş karşılığında korunma, sosyal düzenin tesisi, adalet hizmeti temin edilmiştir.¹⁰⁹

Uygun'a göre sosyal sözleşme teorisi, ilahi kaynaklı doğal hukuk anlayışını reddederek, meşruiyetin kaynağının doğal yaşama döneminde tesis edilen toplum sözleşmesi olduğunu kabul eden yeryüzü kaynaklı laik doğal hukuk anlayışını¹¹⁰ geliştirmiştir. Kanımca bu yargı kısmen doğru kısmen yanlıştır. Zira sözleşmecilere göre insan eseri olan sosyal sözleşmenin dayanağı yine tanrı tarafından doğaya konan ve insan aklı ile bulunabilecek olan doğal

¹⁰³ A.g.e., 32.

¹⁰⁴ A.g.e., 31.

¹⁰⁵ Hobbes, *Leviathan*, 88-89.

¹⁰⁶ A.g.e., 88., Ergül, *Devlet Teorisi*, 233.

¹⁰⁷ A.g.e., 233., Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 157.

¹⁰⁸ Ergül, *Devlet Teorisi*, 233.

¹⁰⁹ A.g.e, 22, 157, 175, Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 95, 113, 138.

¹¹⁰ Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, 1 bs. (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 11.

hukuktur.¹¹¹ Bu nedenle sosyal sözleşmenin dayandığı hukuk yine ilahi doğal hukuktur. Bu nedenle sosyal sözleşme teorisinin dayandığı doğal hukuk seküler niteliktedir demek doğru değildir. İnsan iradesi eseri olan ve seküler nitelik taşıyan; siyasi iktidar ve devlettir. İnsan iradesi ile oluşan devletin hukuki egemenliği kullanan asli kurucu iktidarı, doğaya konulmuş olan yasaları akıl ile seçerek devletin ve siyasi toplumun hukuki çatısını oluşturur.

Toplum sözleşmesi teorilerinin ortak niteliği; egemenliğin kaynağının insanların iradesi olduğunun kabul edilmesidir. Sözleşme teorisyenlerine göre devlet organik bir yapı değil insanlar tarafından oluşturulmuş türev, suni bir aygıttır.¹¹² Bu niteliği ile sosyal sözleşme teorileri demokratik egemenlik anlayışına kapı aralamışlardır. Zira siyasi iktidar ve devletin kaynağı “demos” yani insanlardır.

“Demokrasi” terimi modern kullanımda şüphesiz çok daha geniş ve siyasal politik içerik ile yüklenmiştir. Bu modern anlamından hareketle doktrinde bazı yazarlar demokratik egemenlikten bahsedebilmek için egemenliğin kaynağının insana dayanmasının yeterli olmadığını, devletin demokratik bir rejime sahip olması gerektiğini de ileri sürer ve aksi halde demokratik rejime sahip olmayan bir devletin egemenliğinin beşeri egemenlik olduğunu, ancak demokratik egemenlik olarak tanımlanamayacağını ileri sürer.¹¹³

Günümüzde bir devletin siyasi rejiminin demokratik olup olmadığını belirlemede kullanılan ölçütler vardır. İnsan hakları, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti vb. Ancak kanımca bu ölçütlere sahip olsa bile bir devletin egemenlik otoritesi o devletin insan unsuruna dayanmıyor ise o devletin “ontolojik” olarak demokratik olduğu ileri sürülemez. Demokrasi millet-halk egemenliği ile ilgili, onun üzerinde yükselen bir kavramdır.¹¹⁴ Yukarıda sayılan ölçütler demokratik bir rejimin içeriğinin nasıl olması gerektiğini belirlemede önemli kriterlerdir ve demokrasinin deontolojik tarifine yarar. Oysa demokrasinin ontolojik tanımı ve içeriği egemenlik ile ilgilidir.¹¹⁵ Bir rejimin, günümüz siyasal bilimlerinin ona yüklediği kavramsal

¹¹¹ Hobbes, *Leviathan*, 86-87., Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 156.

¹¹² Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 151; 164; Ergül, *Devlet Teorisi*, 234.

¹¹³ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 89.

¹¹⁴ Günter Frankenberg, “Democracy”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, der. Michel Rosenfield & Andras Sajo (New York: Oxford University Press, 2013), 252.

¹¹⁵ Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, çev. Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu – Prof. Dr. Mehmet Turhan (İstanbul: Sentez Yayınları, 2017), 23.

içerik itibarıyla deontolojik olarak demokratik olup olmaması ile o rejimin demokratik egemenlik teorisine dayanıp dayanmadığı farklı konulardır.

Bir rejimin kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, demokratik katılım ile iktidarın belirlenmesi gibi ilkeleri benimsemese dahi egemenliğin kaynağı olarak halkı kabul edebileceğinin en iyi örneği Hobbes'un Leviathanı'dır. İlk bakışta Hobbes'un idealize ettiği devlet modeli bugünün demokratik kabulleri, hata diğer sözleşmecî düşünürlerin devlet anlayışı ile kıyaslanamayacak şekilde otoriter bir yapıdadır. Düşünürce göre devletin gücü mutlak ve tek otorite olmalıdır, bu sebeple kesinlikle, monarkın bünyesinde toplanmış kuvvetler birliğini savunur. İnsanlar ile siyasi iktidar arasında yapılan ikinci sosyal sözleşme ile oluşan Leviathan'ın bu sözleşme ile - yani kurucu hukuk ile- bağlı olmadığını, insanların bu sözleşmeden dönme hakları olmadığını, ideal yönetim modelinin mutlak monarşi olduğunu kabul eder. Buna rağmen doktrinde hakim olan görüş Hobbes'un Leviathan'ın insanların iradesi ile insanlar tarafından oluşturulmuş olması sebebiyle Hobbes'un demokratik egemenlik teorisini benimsediğini kabul eder.¹¹⁶ Hatta öngörülen rejimin demokratik olup olmadığına göre egemenliğin kaynağını belirleme taraftarı olan Kemal Gözler dahi Hobbes'un devletinin insan ürünü olduğunu belirtir.¹¹⁷

Demokratik egemenlik teorisi ile egemenliğin ve hukukun kaynağı üstün ve itaat edilmesi gereken bir güce değil de bizatihi insanlara indirgenmiş, bu yaklaşım egemen gücün hukuka bağlı olması gerekliliğini beraberinde getirmiştir.

Demokratik egemenliğin kabulü egemenliğin mutlak ve sınırsız şekilde kullanımına engel olacak ilkelerin kabulünü gerektirir. Kuran ve tesis eden hukukun aynı zamanda kurduğu hukuk sisteminden güç ve yetki alması temel bir paradoks oluşturur. Bir başka ifade ile; hukuku kuran gücün hukuk ile bağlı olması, kurucu otoritenin, kendisinin kurduğu hukuk ile bağlı olması başlı başına bir paradokstur. Bu paradoks demokrasi ile hukuku sistemi arasında bir gerilim alanı oluşturur.¹¹⁸ Demokratik egemenlik teorisi gereği insanların kural koyan en üstün egemen güç haline gelmesi kuralların muhatabı olacak diğer insanların hak ve hürriyetlerini güvence altına alacak güvence sistemini gerektirir. Oysa Hobbes'un bireylerin tüm haklarından feragat etmekle eşit olduğu; Rousseau'nun ortak iradenin kendini oluşturan bireylerin çıkarlarına aykırı karar alamayacağı yaklaşımları ütöpik seviyede teorik çıkarımlardır. Bunların yerine, insanların oluşturduğu kurulu iktidara somut hukuk kuralları ile sınırlamalar getirilmeliydi. Bu nedenle

¹¹⁶ Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 164-165; Ergül, *Devlet Teorisi*, 236.

¹¹⁷ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 37.

¹¹⁸ Loughlin, *The Idea of Public Law*, 100.

demokratik egemenlik teorisi ile şekillenen liberal devletin anayasal sistemini oluşturan liberal anayasacılık anlayışında, kurulu iktidarın hukuk ile sınırlanması olmazsa olmaz bir ilke olarak benimsendi.¹¹⁹

1.4. Devletin Hukuk Üretme Yetkisi.

Egemenlik yetkisinin devlet teorisinde en belirgin olduğu alan hukuk belirleme yetkisidir. İlahi egemenlik anlayışı uyarınca hukuk üretme yetkisi egemenliğin yeryüzündeki sahibi olan monarklara aittir. Orta çağ Avrupa siyasi sistem ve hukuk düşüncesi Hristiyanlık çerçevesinde şekillenmiştir.¹²⁰

Alen Tarsuslu Roma vatandaşı Yahudi bir ailenin oğlu iken, MS 36-37 yıllarında Hristiyanlığı kabul eden Pavlos¹²¹, Hristiyan olduktan sonraki dönemde bir yandan Hz. İsa öğretisini benimsemiş diğer yandan ise ile birlikte kendi gündelik hayatında Yahudiliğin kurallarını özellikle Hz. Musa'nın hukukunu uygulamaya devam etmiştir.¹²² Bu yaklaşım eski ahidin iman esasları ile bağlı kılarak Hristiyanlığı, dünyevi hukuku düzenleyen hükümlerinden koparmıştır.¹²³ Pavlus, Roma'ya yerleşmesinden sonra eski ahitte yer alan ahkam-hukuk hükümleri devre dışı bırakılmış, Roma İmparatorluğu'na karşı onun egemenlik alanına müdahale etmeyen "zararsız" bir Hristiyanlık anlayışı geliştirilmeye çalışılmıştır. 2. yy. başlarında İzmir piskoposu Polycarp, Bir Hristiyan'ın inancına saldırmadıkça ve "imparator tanrıdır" demeye zorlamadıkça otoriteye tam bir itaatin gerektiğini iddia eder.¹²⁴ Pavlus'a göre

¹¹⁹ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 107, Anayurt, *Anayasa Hukuku*, Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 70, 45; Mark D. Walter, "The Unwritten Constitution as a Legal Concept" *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, ed. David Dyzenhaus – Malcolm Thorburn (Oxford: Oxford University Press, 2019), 37, 41; Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, 131-132.

¹²⁰ Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 84.

¹²¹ Şinasi Gündüz, *Pavlus Hristiyanlığın Mimarı* (İstanbul: MiletNihal Yayınları, 2019), 41., Reyhan Körpe, "Son Arkeolojik Bulugular Işığında Aziz Paulus'un İkinci Kutsal Görev Gezisinde Troas Yolculuğu" in., *Seleucia ad Calycadnum I*, (Ankara -2011) 52., 52-75. <https://www.kutsalkitap.org/paul-aziz-pavlus-kimdir/>. 05.11.2023.

¹²² A.g.e., 111-112.

¹²³ Şaban Ali Düzgün, *Sosyal Teoloji -İnsanın Yeryüzü Serüveni-* (Ankara: Otto Yayınları, 2018), 37.

¹²⁴ Şinasi Gündüz, *Güç, İktidar ve Kutsal* (İstanbul: Hikav Yayınları, 2020), 71.

tanrı her türlü egemenliğin kaynağı olan mutlak egemendir ancak onun krallığı göklere aittir. Yeryüzünün egemenliği ve idaresi Mesih tekrar yeryüzüne inene değin şeytana ve yeryüzü krallarına bırakılmıştır.¹²⁵ –Sezar’ın hakkı Sezar’a İsa’nın hakkı İsa’ya- anlayışı ile formüle edilen bu yaklaşım yeryüzü otoritesini Hristiyan olmasa bile imparatorlara bırakmıştır. Bu anlayış Klasik Roma paganizmine dayalı olarak benimsenen; tanrı adına yeryüzünde hükümdarlık sürme geleneğine bağlı Roma imparatorluğu döneminde devlet otoritesi tarafından memnuniyetle karşılanmıştır.¹²⁶

İslam dininin temel kaynakları olan Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberin sünneti,¹²⁷ dünyevi hayatı düzenleyen ve ahkam adı verilen pek çok hukuk kuralı içermektedir.¹²⁸ İslam hukuku anlamında mutlak hüküm kabul edilen bu kurallar devlet başkanında başlayarak tüm kamu otoriteleri bağlar¹²⁹ bu nedenle İslami monarşilerde devlet başkanları bu yetkilerini İslam hukukunun ana kaynakları ile sınırlı olarak kullanmak zorundadırlar.¹³⁰

İlahi ve demokratik egemenlik teorilerinde hukukun kaynağına dair ortak bir görüş hakimdir. Buna göre hukukun kaynağı bilinçli iradedir.¹³¹ Bu irade ilahi egemenlik teorisinde tanrının iradesi¹³², demokratik egemenlik teorisinde ise insanların iradesidir. İnsanların bir arada

¹²⁵ Gündüz, *Güç, İktidar ve Kutsal*, 72.

¹²⁶ A.g.e., 83.

¹²⁷ Ahmet Akgündüz, *Introduction to Islamic Law* (Rotterdam: Iur Pres, 2010), 25; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku* (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2018), 80, 99; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Konya: Atlas Akademi Yayınları, 2021)., 44.

¹²⁸ A.g.e., 27; Akgündüz, *Introduction to Islamic Law*, 19.

¹²⁹ Ahmed Akgündüz, *Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası* (İstanbul: Osav Yayınları, 1997), 17; Muharrem Midilli, *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat – Kanun Ayrımı* (İstanbul: Klasik Yayınları, 2019), 29.

¹³⁰ Ebu’l Hasan Habib el- Maverdi, *El Ahkam’s Sultaniye*, 26; Akgündüz, *Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası*, 17; Akgündüz, *Islamic Public Law*, 29.

¹³¹ Ömer Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kaynakları* (Ankara: Seçkin Yayınları,), 57.

¹³² Lüey Safi vd., *İslami Devlet ve Hakimiyet* (İstanbul: İnkılab Yayınları, 1998), 10, 19; Servet Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2015), 82.

yaşamını devam ettirebilmesi ve daha da önemlisi bu birlikteliği ortak bir amaca kamu yararına yönlendirebilmesi ancak bir otorite tesisi ile mümkün olabilir.¹³³

İlahi egemenlik teorisini benimseyen devlet modelinde hukukun kaynağı ilahi irade olduğu için hukukun belirlenmesi devletin egemenlik yetkisinin temel fonksiyonu olarak değerlendirilmemişti. Zira hukuk zaten ilahi irade tarafından belirlenmiş veya ilahi irade tarafından egemen otorite olarak seçilmiş monark tarafından belirlenecektir. Bu teoride egemenlik yetkisinin esaslı olarak belirlediği alan kuralların uygulanması ve hükmetme gücüdür. Demokratik egemenlik teorisinin fikri temellerini atan sosyal sözleşme teorisinin temsilcilerinden Jean Jack Rousseau, egemenliği temel hukuku üretme gücü olarak tarif eder. Rousseau'ya göre, Antik Yunan'da olduğunun aksine, egemenliğin sahipleri ile fiilen devleti yönetenler ayrıştırılmalıdır. Egemen olan halk ana ve temel konularda hukuki kuruculuk işlevini üstlenmeli, bunu genel irade ile ortaya koymalıdır. Ancak bu kanunların uygulanması farklı bir mercii tarafından yapılmalıdır.¹³⁴ Genel iradenin aldığı kararların uygulanmasında devlet yönetimi ise bu konuda ehil seçkin kişilere bırakılabilir.¹³⁵

Jean Bodin'de benzer şekilde; kurucu yasaları oluşturmakla onları uygulamanın farklı işlemler olduğunu ilkinin egemenin diğerinin ise yöneticilerin yetkisinde olduğunu savunur.¹³⁶ Modern çağda demokratik egemenliğin Antik Yunan site devletlerinde olduğu gibi halkın toplanıp karar aldığı ve bu kararları uyguladığı halk meclisleri şeklinde uygulanması fiziken mümkün değildir. Egemenliğin sahibi halk olmasına rağmen modern toplumlarda insanların bir araya gelip bu yetkilerini bizatihi kullanmaları fiilen imkansız hale gelmiştir. Bu nedenle pratik gerekçelerle bu yetkilerini delege etmişlerdir.¹³⁷

Ancak Rousseau'nun egemenliği sadece ana ve kurucu hukuki kararlar almaya hasredip uygulama (yürütme) faaliyetini ayırıp daha ehil seçkinlere bırakması sadece bu fiili imkansızlık sebebiyle değildir. Düşünür bunun bir teorik gereklilik olduğuna da inanır.¹³⁸

¹³³ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (New York: Oxford University Press, 2011), 231.

¹³⁴ Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 56.

¹³⁵ Richard Tuck, "Democratic Sovereignty and Democratic Government", *Popular Sovereignty in Historical Perspective*, der. Richard Bourke, Quentin Skinner. (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 115-116.

¹³⁶ Ag.e., 120, 125.

¹³⁷ Troper, "Sovereignty", 366.

¹³⁸ A.g.e., 117.

Rousseau'dan çok sonraları Almanya'da 9 Kasım 1918'de Kayzer'in tahttan indirilip, Friedrich Ebert'in şansölye olduğu günlerde, Thomas Mann; “Ben monarşiyi geri istiyorum. Toplumun bünyesini politika ile zehirleyip ifsat edecek parlamentoyu, siyasi partiler düzenini değil, yetki, otorite, düzen ile oluşan toplumsal huzuru istiyorum”¹³⁹ diyerek adeta Rousseau'nun hukuksal argümanını dönemin Almanya'sı için siyaset sosyolojisi bakış açısı ile öne sürer.

Genel irade ile oluşan egemenlik bütünlük arz eder ve kurucu iktidarın unsurları arasında paylaşılamaz. Bu nedenle demokratik egemenlik teorisi uyarınca egemenlik halkın iradesinin yansıması olan genel iradede bütün olarak vardır ve bölünemez, devredilemez.

Günümüzde liberal demokratik egemenlik anlayışını benimseyen devlet sistemlerinde birbirlerinden farklı iki tip anlayış hakimdir: i) Yasama modeli, ii) Anayasal model.

Yasama modeli; yasama organının ve fonksiyonunun üstünlüğü ve mutlak hakimiyetini kabul eder. Yasama organının tasarrufları en üst hukuk kaynağıdır. Yasama organının karşısında veya üstünde bir başka otorite, yetki kabul edilmez. Bu anlayışın zihinsel temelleri yasama organını üstünlüğüne dayanır. Yasama organı hata yapmaz zira onu halk seçmiştir. Kanımca bu ifade ile yasama organının teknik anlamda hata yapmayacağı değil de yaptığı hata olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmek istenir. Zira mademki halk öyle irade etmiştir buna hata denilmez. Bu yaklaşım, halkın iradesinin egemenin iradesi olarak kabul edilmesinden kaynaklanır ki kökenleri “genel iradenin yanılmayacağı” kabulüne kadar iner.

Anayasal model ise; hukukun kaynağı olarak egemenliğin tecessüm ettiği en üst hukuk kaynağı olarak Anayasa'yı esas alır. Anayasa iç hukuk sisteminin dayandığı “temel normdur”, hukuk kurallarının kaynağı bağlı oldukları ilgili hukuki statü, statülerin kaynağı ise en yukarıda usulüne göre hazırlanıp yürürlüğe girmiş “temel norm” olan anayasadır.¹⁴⁰ Anayasa tüm kamusal yetkilerin ve onları kullanacak organların hukuki kaynağıdır.¹⁴¹

Egemenlik, Fransız anlayışına sahip yazılı ve katı anayasa sistemini benimseyen ülkelerde anayasada tecessüm eder. İngiliz kamu hukukunda ise egemenlik yetkisinin tecelli yeri

¹³⁹ Timothy Stanton, “Popular Sovereignty in an Age of Mass Democracy”, *Popular Sovereignty in Historical Perspective*, der. Richard Bourke, Quentin Skinner. (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 321.

¹⁴⁰ Hans Kelsen, “General Theory of Law and State” (Massachusetts: Harvard University Press, 1949), 115, 124.

¹⁴¹ Sweet, *Governing With Judges, Constitutional Politics in Europe*, 20-21.

parlamento olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple İngiliz kamu hukukunun olmazsa olmaz kuralı, parlamentonun egemenliği ve üstünlüğü ilkesidir.

Her iki anlayış da aynı kökten hareket eder: Demokratik egemenlik teorisi. Fransa’da doğan kıta Avrupası (Almanya, Avusturya, İtalya) anlayışı anayasa esastır. Egemenlik yetkisinin genel irade şeklinde (asli kurucu iktidar) ortaya konulduğunu ve anayasa haline getirildiğini savunur. Bu anlayış egemenlik yetkisinin temel kodlarını statik ve durağan bir hukuk metnine bağlar. Kıta Avrupa’sı kamu hukuku geleneğinin öne çıkan özelliği devletin tüm konsepti ile birlikte anayasalarca düzenlenmesi ve belirlenmesidir.¹⁴²

İngiliz anlayışı ise demokratik egemenliğin parlamentoda oluştuğunu kurucu iktidarın asli tali ayırım yapmaksızın parlamento olduğunu kabul eder. Bu anlayışa göre parlamento, egemenliğin sahibi olan halkın temsilcilerinden oluştuğu için her türlü hukuki düzenlemeyi yapmakta yapmamakta mutlak şekilde serbesttir. Hiçbir kurum veya kişi parlamentonun yasama yetkisini sınırlamak ya da geçersiz kılmak yetkisine haiz değildir.¹⁴³

İngiliz monarşisi günümüzde egemenliğin sahibi ve temsilcisi durumunda bir monarşi değildir. Egemenlik millete aittir.

Fransız tipi katı ve yazılı anayasa anlayışını benimseyen ülkemizde ise Anayasa’nın 6. maddesi bu anlayış üzerine inşa edilmiştir. Bu maddede egemenliğin kullanılması kimseye bırakılmaz dendiikten sonra kimse kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz denilerek, anayasanın hukuki egemenliğin yansıması ve ifadesi olduğu dile getirilmiştir.

1.4.1. Kurucu İktidar.

Yasama yetkisi genel anlamda kural koyma, hukuk üretme, özel ve terminolojik anlamda ise kanun yapma yetkisidir. Genel anlamıyla hukuk üretme yetkisinin işlevsel olarak başladığı nokta anayasanın yapılmasıdır. Anayasa, iç hukuk sisteminin en üst ve temel kaynak normudur.¹⁴⁴ Hukuk sisteminin diğer normları hukuki kaynak ve meşruiyetlerini anayasadan alır. Anayasa yapan otoriteye ise devletin hukuki çerçevesini kurduğu için kurucu iktidar

¹⁴² Olivier Beaud, “Conceptions of State”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, der. Michel Rosenfield & Andras Sajó. (New York: Oxford University Press, 2013), 271.

¹⁴³ Stuart Lakin, “Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, N. 4 (Winter, 2008), 709-734.

¹⁴⁴ Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, 25-26.

denir.¹⁴⁵ Kamu otoritesinin tamamı ise gücünü, kurucu iktidar tarafından tesis edilen hukuk sisteminden alır. Demokratik egemenlik teorisi bağlamında kurucu iktidar, demokratik esasın hukukileşmiş görünümüdür.

Yazılı anayasalar, “asli kurucu” iktidar olarak nitelenen kurucu iradeler tarafından hazırlanan hukuki metinlerdir. Her hukuki metin ve düzenlemede olduğu gibi, ilk yazılı anayasaların yapılmaya başlandığı dönemlerden itibaren anayasaları hazırlayacak hukuki otoritenin yetki çerçevesi tartışma konusu olmuştur.¹⁴⁶ Egemenliğin kaynağı ve sahibi olan halk, devletin hukuki çerçevesini, esaslarını oluşturduğu kurucu iktidar ile belirler.¹⁴⁷ Kurucu iktidar, aynı zamanda egemenliği de temsil eder.¹⁴⁸ Bu anlamda hukuki egemenliğin devletin hukuki düzeninde somut olarak ilk ortaya çıktığı alan anayasalar ve onların yapım süreçleridir. Bu nedenle kurucu iktidar egemenliğin modern karşılığı olarak nitelendirilir.¹⁴⁹ Demokratik egemenliğin kurucu iktidar olarak şekillendiğine örneklerden birisi de Amerika Birleşik Devletleri Anayasa’sının başlangıç kısmında tercih edilen; “Biz Birleşik Devletlerin halkları daha mükemmel bir birlik oluşturabilmek, adaleti ve demokratik istikrarı tesis etmek, ortak savunmamızı ve genel refahı temin etmek ve kendimizin ve gelecek nesillerin özgürlüklerini güvence altına almak için Amerika Birleşik Devletleri Anayasa’sını oluşturduk”¹⁵⁰ ifadeleridir. Bu ifade açık surette Amerika Birleşik Devletleri’nin hukuki ve ideolojik esaslarını oluşturan siyasi tercihlerin Birleşik Devletler halkı tarafından tercih edilip kabul edildiği iddiası ile şekillenmiş demokratik bir dildir. Anayasa metninde “biz hükümetler” veya “biz bağımsız devletler” ifadesi yerine “biz birleşik devletler halkı” ifadesinin tercih edilmesi egemenlik tercihinin dair önemli bir işarettir.¹⁵¹ Amerika Birleşik Devletler Anayasası’nı hazırlayanlar, asli kurucu iktidar olarak yansıyan halkın iradesini; anayasal belgeler dahil olmak üzere tüm pozitif hukuk metinlerinden bağımsız, pozitif hukukun üstünde bir kurucu irade olarak kabul eden

¹⁴⁵ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 52; O. Vahdet İşsevenler, *Kurucu İktidarın Eleştirisi* (İstanbul: Pinhan Yayınları, 2019), 24.

¹⁴⁶ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 51-52.

¹⁴⁷ Loughlin, *The Idea of Public Law*, 100.

¹⁴⁸ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 159.

¹⁴⁹ Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 54.

¹⁵⁰ https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution. (15.07.2023)

¹⁵¹ Grimm, *Sovereignty*, 38.

teoriyi benimsemişlerdi.¹⁵² İradeci pozitivizm olarak isimlendirilen bu anlayışın sonucu olarak Amerikan hukuk sisteminde yasama organının ve kurucu iktidarın doğal hukukun yansıması olarak kabul edilen asli kurucu iktidarın iradesine aykırı düzenleme yapamayacağı öngörülür.¹⁵³ Benzer şekilde Fransa’da Anayasa’yı ilk elden yapan kurucu iktidar yetkisinin halka ait olduğu halkın bu yetkisini kurucu meclisler eliyle kullanacağı anlayışı kabul edilmiş, bu doğrultuda, 1791 Anayasası’nı kabul eden meclisin yetkisini doğrudan halktan aldığı ileri sürülmüştür.¹⁵⁴ Kısacası konumuz itibarıyla değerlendirecek olursak kurucu ve kurulu iktidarların en önemli niteliksel farkı, kurucu iktidarın yetkilerini doğrudan egemenliğin ilk kaynağı ve sahibi olan halktan almasıdır. Kurulu iktidar olarak tarif edilebilecek olan diğer tüm kamu hukuku otoriteleri ise yetki ve güçlerini kurucu iktidar tarafından tesis edilen hukuk sisteminden alırlar.¹⁵⁵ Anayasa mahkememiz de kurucu iktidarı; yeni hukuksal düzenin temel esaslarının neler olacağını ortaya koyan anayasal irade olarak tanımlar.¹⁵⁶ Mahkemeye göre; kurucu iktidarın sahibi halktır. Anayasanın öngördüğü hukuki formlarla yasama, yürütme, yargı ve bunların alt birimleri olarak ortaya çıkan kamu gücünü kullanan diğer iktidarlar ise kurucu iktidarın belirlediği alanlar içinde kalarak hareket ederler. Bu sınırlılık onların tasarruflarının geçerliliğinin ön koşuludur.

Kamu hukukunun en temel konuları olan, devletin şekli, niteliği ve hükümet sistemi egemenlik yetkisinin delegasyonu ile şekillenir. Nitekim parlamenter sistemin ortaya çıkması ve gelişmesi hukuki egemenlik yetkisinin monark ve seçimle oluşan meclisler arasında paylaşılması ile gerçekleşmiştir. Bu gelişim süreci İngiltere’de pratik ve ampirik, Almanya’da ise teorik zeminde oluşmuştur.¹⁵⁷

¹⁵² Richard S. Kay, “Constituent Authority”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, No. 3 (Summer 2011), 715-761.

¹⁵³ “Natural Law as a Limitation on Legislative Authority”, *Harvard Law Review*, Vol. 29, No. 5 (March 1916), 521-525.

¹⁵⁴ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 52.

¹⁵⁵ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 159; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslar*, 103; Şükrü Karatepe, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 25.

¹⁵⁶ AYM, E. 2008/16 – K.2008/116, 05.06.2008.

¹⁵⁷ Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Londra: Duke University Press, 2008), 331.

Yönetim ve hükümet etme yani siyasi iktidar gücü: i) Kuralları koyan gücün ve konacak kuralların ana ilkelerinin belirlenmesi, ii) İkincil -türev- olarak da bu kuralları uygulayacak yetkililerin oluşturulması sistematığı ile belirlenir.¹⁵⁸ Demokratik egemenlik ilkesi bu sistematığı gerektirir. Bu ilke Federal Alman Anayasası'nda şu şekilde ifade edilir: “Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır.” (20/2. md)¹⁵⁹

Fransa Cumhuriyeti Anayasası'nda; “Ulusal egemenlik halka aittir, bunu temsilcileri aracılığıyla ve halkoylaması yoluyla kullanır”, “Halkın hiçbir kesimi veya hiçbir fert egemenliğin kullanılmasını kendisine mal edemez” (3. md.)¹⁶⁰ denilirken İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'nda; “Egemenlik halka aittir ve halk bu egemenliği Anayasanın kapsamı ve sınırları içinde kullanır” (1/1. md)¹⁶¹ ifadeleri ile dile getirilmiştir.

Egemenlik ve asli kurucu iktidar o denli iç içe geçmiş kavramlardır ki adeta asli kurucu iktidar egemenlik yetkileri üzerinden tanımlanır. Bu anlamda asli kurucu iktidar için hukuki egemenlik sahibi olan güçtür demek yerinde olacaktır. Bu seviyede asli kurucu iktidarın sınırı olup olmadığı önemli bir tartışma alanıdır. Egemenliğin sadece monarkın şahsında tecelli ettiği kabul edilen mutlak egemenlik dönemlerinin sonlarına doğru 17. yüzyıl İngiltere'sinde önemli tartışma konularından birisi, kralın egemenliğinin cari hukuk karşısındaki durumudur. İç savaşın devam ettiği yıllarda monarkın karar ve davranışlarını sorgulama amaçlı bu tartışmada bir görüş egemenliğin monark tarafından hukuk sistemi içinde kullanılan bir güç olduğunu savunurken, karşı görüş ise; egemenliği hukuku da sınırsız şekilde değiştirebilme gücü olarak tanımlar.¹⁶² Farklı bir açıdan bakıldığında, mevcut hukukun kural, bunun haricindeki durumların ise istisna olduğu kabul edilebilir. Bu takdirde Schmitt'in “egemen istisnai olana karar verendir” önermesi asli kurucu iktidarın egemenlik yetkisinin sahibi olduğu ve bunu kullanmakta sınırlara bağlı olmadığı sonucuna varılabilir.

¹⁵⁸ Sweet, *Governing With Judges, Constitutional Politics in Europe*, 57.

¹⁵⁹ <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>.

¹⁶⁰ https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf. (19.07.2023)

¹⁶¹ <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/47644/2915.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. (19.07.2023)

¹⁶² Alan Cromartie, “Parliamentary Sovereignty, Popular Sovereignty, and Henry Parker’s Adjudicative Stand Point”, *Popular Sovereignty in Historical Perspective*, der. Richard Bourke, Quentin Skinner (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 142.

Modern anlamda, hukuk devletinin – anayasal devletin- en önemli ilkesi tüm kamusal güçlerin kaynaklarını hukuk sisteminden almasıdır. Bu nedenle doktrin, hukuki egemenlik yetkisini kullanarak hukuk sistemini ilk elden kuran iktidar ile hukuk sisteminden aldığı yetki ile kurulan diğer kamu otoritelerini birbirinden ayırmıştır. İlkini kurucu iktidar diğerlerini ise kurulu iktidar olarak isimlendirmiştir.¹⁶³

Asli kurucu iktidar hukuku ilk olarak üreten kaynak olması hasebiyle yazılı hiçbir hukuk kuralı ile bağlı değildir. Asli kurucu iktidarın yazılı olmayan kurallar, teamül ve uluslararası hukuk kuralları ile bağlı olup olmadığı en azından bunları dikkate alıp almama durumu tartışmalıdır. Bu hususta iki temel görüş vardır. Bunlardan ilki asli kuruculuk fonksiyonunu hukukun sıfır noktası yani başlangıç noktası olarak kabul eder ve asli kurucu iktidarın kendisinden başka bir otorite tarafından önceden üretilmiş hiçbir hukuk kuralı ile bağlı olmadığını kabul eder. Bu görüş demokratik egemenlik teorisi gereği egemenliğin sahibi olan insan unsurunun iradesini iç hukukun yegane ve mutlak kaynağı kabul eder. Hukuk bu noktada başlar dolayısıyla asli kuruculuk fonksiyonunu tahdit edecek bir hukuki otorite ve düzenlemenin varlığını kabul etmez.¹⁶⁴ Asli kurucu iktidarın anayasayı yaparken esinlendiği ilkeler, hukukun öncesinde siyasi ve ideolojik kabul gerektiren ilkeler olabilir. Asli kurucu iktidar bunların bir kısmını kabul etmiş de olabilir. Ancak bunlar hukuki değil siyasi ve ideolojik esaslardır. Asli kurucu iktidar bu esaslardan bazılarını benimseyerek hukuku bunların çerçevesinde inşa eder. Ancak siyasi ve ideolojik ilkelerin hangisini benimseyeceğine de kendisi karar verir. Bu aşamada siyasi iktidarın hukuki iktidara dönüşüm süreci gerçekleşir.

Kuruculuğun hukuk öncesi boyutu olan bu alan devletin ideolojik ve siyasi kimliğinin inşa edildiği aşamadır. Bu aşamada devletin şekli, niteliği, siyasi rejimi gibi konulara karar verilir. Anayasa'nın hukuki bir formda hazırlanmasından önce bu kararlar verilir ve anayasa bu temel üzerine inşa edilir.¹⁶⁵ Bu niteliği gereği anayasalar devleti ve kamusal düzeni inşa edici hükümler içerir.¹⁶⁶ Anayasa'nın özü ve esasına hakim olan ilkeler ve kabuller ise politik

¹⁶³ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 52.

¹⁶⁴ Richard S. Kay, "Constituent Authority", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, No. 3 (Summer 2011), 715-761.

¹⁶⁵ Schmitt, *Constitutional Theory*, 76; Loughlin, *The Idea of Public Law*, 100, 112.

¹⁶⁶ Walter, *The Unwritten Constitution as a Legal Concept*, 42, 45.

tercihlerin sonucu şekillenir.¹⁶⁷ Bu serbesti demokratik egemenlik teorisinin gereğidir.¹⁶⁸ Zira devlet, insanlar tarafından, insanların sosyal ve siyasi yaşamını tesis ve devamını temin için oluşturulan suni bir aygıttır.

Bir diğer görüş ise asli kurucu iktidarın mutlak anlamda sınırsız yetkili olmadığını, bazı kural ve kabuller ile sınırlı olduğunu kabul eder (teamül, geçmiş uygulamalar, uluslararası hukuk kuralları vb.). Bu yaklaşım anayasaların bir kalıbı bir de ruhu olduğunu kabul eder. Anayasanın pozitif hukuktaki formu anayasa kanunudur. Bu kanun adeta beden gibidir, ancak bu bedene ruh veren, yukarıda bahsettiğimiz hukuk öncesi politik tercihlerdir. “Anayasa” bu ruhtur.¹⁶⁹ Anayasa ve anayasa kanunu fiziksel olarak birbirinden farklı iki kavram ve olgudur.¹⁷⁰ Anayasa kanunu veya daha farklı bir ifade ile anayasal normlar özel, teknik formlar içeren hukuki metinlerdir.¹⁷¹

Bu anlayış uyarınca 09.11.1982 gün, 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 07.11.1982 kabul tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası isimli 2709 sayılı kanun, “anayasa kanunu” dur. Bu anayasa kanunu, anayasanın formal hale gelmiş kalıbıdır. Bu kalıbın ruhu anayasa kanununun başlangıç kısmında ve “Genel Esaslar” başlıklı birinci kısmında belirtilmiş politik, ideolojik ilke ve kabullerdir.

Anayasa ve anayasa kanunu arasındaki ayırım, asli kurucu iktidarın hukuki sınırlarını belirlemede işlevsel hale gelir. Asli kurucu iktidar anayasayı “sıfır noktasından” başlayarak yaptığı için herhangi bir pozitif hukuk kuralı ile bağlı değildir, hukuki anlamda sınırsız bir güçtür.¹⁷² Ancak anayasanın ruhunu oluşturan ilke ve kabuller ile bağlıdır. Zira bunları asli kurucu iktidar değil egemenliğin sahibi olan halk belirler.

Anayasa kanunundan önce var olan ve ona ruhunu veren kabuller sadece politik, ideolojik tercihlerle sınırlı değildir. Bu tercihler doğrultusunda şekillenen genel hukuk ilke ve esasları da anayasanın ruhu kapsamına girer. Bu niteliği ile yazılı anayasaya öncül olan anayasanın ruhu

¹⁶⁷ Loughlin, a.g.e., 112,113; Schmitt, *Constitutional Theory*, 125.

¹⁶⁸ Kay, *Constituent Authority*, 715-761.

¹⁶⁹ Schmitt, *Constitutional Theory*, 75.

¹⁷⁰ A.g.e., 96.

¹⁷¹ Walter, *The Unwritten Constitution as a Legal Concept*, 36.

¹⁷² Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 161.

hukuki bir değer ve nitelik de taşıtmaktadır.¹⁷³ Örneğin demokratik devlet, hukuk devleti, sosyal devlet ilkelerini benimseyen bir anayasa buna uygun hukuki kurumları da tesis etmek zorundadır. 1982 Anayasası, Türkiye Cumhuriyet'inin demokratik, sosyal ve hukuk devleti olduğunu düzenler (2. md). Bu kabuller uyarınca; demokratik devleti tesis için onun "vazgeçilmez unsuru" olarak gördüğü siyasi partileri (68. md), sosyal devleti hayata geçirebilmek için sosyal ve ekonomik hakları düzenler (41 – 65. md).

Bu metodolojinin uluslararası hukuktaki ilginç bir örneği "Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonu"dur. Kısaca Venedik komisyonu olarak adlandırılan komisyon, Avrupa Birliği'ne ait ve adeta anayasanın ruhu diyebileceğimiz anayasal ilkelerin anayasal standartlar haline getirilmesi ve yapılacak olan anayasaların bu standartlar çerçevesinde kalması için Avrupa Konseyi'ne anayasal konularda danışmanlık yapar.¹⁷⁴ Komisyon işlevini ve görevini; "Avrupa Birliği üyesi devletlerin, hukuki ve kurumsal yapılarını demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü konularında Avrupa standartlarında tesis edebilmeleri için hukuki danışmanlık yapmak" şeklinde tarif eder.¹⁷⁵

Bu iki yaklaşımı telif etmek sadedinde ifade etmek gerekirse kanımca; asli kurucu iktidarın pozitif hukuk normları ile bağlı olması hukuk tekniği ve mantığı bakımından kabul edilebilir olmaktan uzaktır. Zira asli kurucu iktidar pozitif hukukun kaynağı ve dayanağı olan Anayasa'yı ilk kez yapan, pozitif hukuku kuran doğal olarak da pozitif hukuktan önceki bir iktidardır.

Bununla birlikte, asli kurucu iktidarın hiçbir hukuk kuralı ilkesi ile bağlı olmadığı ve sınırsız yetkiye sahip olduğunu savunan görüş karşısında¹⁷⁶ asli kurucu iktidarın hukuktan tamamen bağımsız olduğu fikrine de uzak olduğumu ifade etmeliyim. Asli kurucu iktidar pozitif hukuk kuralları ile bağlı olmasa da iradeci pozitivist görüşün ileri sürdüğü şekilde; asli kuruculuk yetkisinin gerçek sahibi olan devletin insan unsurunun -halk- benimsediği hukuk ilkeleri, siyasi kabuller ve ideolojik kabuller ile bağlı olduğu kanaatindeyim. Bu ilkeler pozitif hukuk metinleri olmadığı için bunları bağlayıcılık etkileri de pozitif hukuk kuralları gibi değildir, bu anlamda adeta eksik normlardır.

Burada bahsedilebilecek bağlayıcılık daha çok etkileşim, etkisinde kalma şeklinde kendini gösterir. Asli kurucu iktidar yeni anayasayı yaparken yukarıda değindiğim hukuk ilkeleri ve

¹⁷³ Walter, *The Unwritten Constitution as a Legal Concept*, 34.

¹⁷⁴ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 1094.

¹⁷⁵ [Venice Commission :: Council of Europe \(coe.int\)](https://www.coe.int/). (17.08.2023)

¹⁷⁶ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, 44.

kabullerini nazara almak ve bunlar ile etkileşimde bulunmak durumundadır. Buradaki ilişkiyi doğru nitelendirme anlamında hukuk tekniği bakımından düzenleme yetkisini tahdit eden bir sınırlama, ölçü norm bloğu varlığı değil ancak etkilenme ilişkisi olarak tanımlamak gerekir. Bu olgu normatif ve hukuki olmaktan çok fiili ve tanımlayıcı bir olgudur.

Bu çıkarım hukuk metodolojisinin çok temel bir kabulüne dayanır. Buna göre hukuk sistemi, sosyal, ekonomik, siyasi kısacası toplumsal yaşamı düzenleyen toplumsal yaşam kurallarının siyasi iktidar eliyle, belirli bir şekilde bağlı olarak müeyyideye bağlanarak hukuk normu olarak ihdası ile oluşur. Yani hukuk alttaki toplumsal yaşam kural ve ilişkilerini düzenleyen ikincil bir sistemdir.¹⁷⁷

Bu yaklaşım egemen otoritenin oluşmasında ayrı bir önem taşır zira egemenliğin en önemli özelliği otorite ve hakimiyettir. Buradaki soru ise şudur; hangisi önce gelir? Hangisi diğerini oluşturur? Hukuk mu otoriteyi yoksa otorite mi hukuku? Hukuk devletinde meşru otorite hukuk tarafında oluşturulur ve bu sayede meşruiyet kazanır. Peki otoriteyi oluşturup ona meşruiyet veren hukuku kim oluşturmuştur? Bu akıl yürütme hukuktan önce bir fiili otoritenin olması gerektiğini ortaya koyar. Bu kere de bu fiili otoriteye geçerli bir hukuk oluşturma yetkisini kimin verdiği sorusu ortaya çıkar. Bu akıl yürütme zincirinden metodolojik bir sonuç çıkar. Hukuk sisteminin temeli olan kurallar hukuk öncesi bir otorite tarafından tesis edilir ancak bu hukuk öncesi otorite de kendisine bu yetkiyi veren bir hukuk tarafından var edilmiştir.¹⁷⁸ Kanımca bu ilk el hukuk, formal olmayan, kaynak ve hüküm değeri olmakla birlikte şekli niteliği olmayan bir hukuktur. Bu “hukuk”a belki de hukuk değil toplumsal yaşam normu demek daha doğrudur.

¹⁷⁷ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 26; Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 39.

¹⁷⁸ Kaushik, “*Of Sovereignty – a fresh look*”.

1.4.2. Yasama Fonksiyonu ve Yasama Yetkisi.

Yasama faaliyeti denilince düşünülmesi gereken kanun yapma, değiştirme ve kaldırma faaliyetleridir.¹⁷⁹ Kanun genel, nesnel, soyut ve kamu yararı amacı taşıyan, bir ülkedeki kurulu hukuk düzenini oluşturan temel hukuki metindir. Yasama faaliyeti de kanunları oluşturmak bakımından, hukukun oluşturulması faaliyeti olarak nitelendirilebilir.¹⁸⁰ Bu niteliği ile yasama faaliyeti, anayasal sınırlar içinde kalarak, devletin hukuk düzeninin inşa edildiği faaliyettir.¹⁸¹ Devletin fonksiyonları ve bu fonksiyonları ifa ettikleri işlemlerin sınıflandırılmasında maddi ve şekli (organik) olarak iki temel ölçüt kullanılır.¹⁸² Leon Duguit tarafından geliştirilen maddi kriter; devletin fonksiyonlarını, fonksiyonun ifasında uygulanan işlevlerin hukuki niteliğine göre sınıflandırır. Yani sınıflandırmada esas olan işlemin maddi niteliğidir. İşlemler kural koyan, konan kuralı somut olayda uygulayan (sübjektif işlem – tipikleştirme) ve kuralın müeyyide kısmını realize eden (yargılama) işlemleri olarak üçe ayrılır. Bu tasnifi Anayasa hukukunun klasik terminolojisi ile ifade edecek olursak devletin kural koyma fonksiyonu yasama, konulmuş kuralı uygulama fonksiyonu yürütme, kuralın müeyyidesinin uygulanması fonksiyonu ise yargılamadır¹⁸³.

Bir diğer Fransız hukukçu Carre de Malberg tarafından geliştirilen organik (şekli) kriter ise fonksiyonu, ifa eden organı esas alarak tasnif eder. Bu tasnif metoduna göre devletin fonksiyonları, o fonksiyonu ifa eden organa göre kategorize edilir. Bu tasnif metodunda işlemin niteliğinin yani maddi içeriğinin önemi yoktur. Yasama organı tarafından gerçekleştirilen tüm fonksiyonlar yasama, yürütme organı tarafından gerçekleştirilen tüm fonksiyonlar yürütme, yargı organları tarafından gerçekleştirilen tüm fonksiyonlar ise yargı işlemidir.¹⁸⁴ Organik

¹⁷⁹ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 671; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 207.

¹⁸⁰ Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Birinci Cilt*, 153.

¹⁸¹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001); Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 211.

¹⁸² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 260.

¹⁸³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2012), 345; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bs. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 188; Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, 5. Bs., (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 211.

¹⁸⁴ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 348; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 189.

kritere göre yasama işlemi; yasama organının belirli bir hukuki sonuç doğurmaya matuf irade açıklaması, hukuki işlemidir.¹⁸⁵

Hukuki işlem ve fonksiyonların tasnifinde maddi kriterlerin kabulü, fonksiyonu ifa eden organın kaçınılmaz surette ifa edeceği bazı işlemlerin gerçek niteliklerinin göz ardı edilmesine ve maddi içerikleri esas alınarak o işlemlerin yasama yürütme veya yargı işlemi olarak değerlendirilmesine sebebiyet verebilir. Örneğin maddi kriteri uygulayacak olursak yürütme organının yaptığı genel düzenleyici işlemlerin yasama işlemi, yasama organını kendi iç işleyişini düzenleyen uygulama işlemlerinin ise yürütme işlemi olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu husus maddi kriter kullanılarak yapılan sınıflandırmaya getirilen temel eleştirilerdendir.¹⁸⁶ Organik sınıflandırmanın bu riski azaltacak kriterle ortaya koyması bir yana kanaatimce demokratik egemenlik teorisinden kaynaklanan temel bir değeri ve önceliği vardır. Demokratik egemenlik teorisi esasını kabul eden anlayışta egemenlik yetkisinin özü ve temel fonksiyonu kural koyma, hukuk üretme işlevi demek olan yasama yetkisidir. Devletin ve siyasi iktidarın insanların iradesiyle oluşmasının sonucu olarak hukuki egemenlik yetkisinin kural koyma, hukuk üretme işlevi halk-millet tarafından kullanılmaya başlanmıştır. Hukuk üretim faaliyetinin genel olarak ismi yasama, en üst seviyede fonksiyonu ise asli kurucu iktidar niteliği ile Anayasa oluşturmaktır.

Demokratik egemenlik teorisinin kilit taşı demek olan, hukukun devleti oluşturan insan unsurunca üretilmesi temel değerinin tecessüm ettiği alan insanlarca oluşturulan yasama organları – meclislerdir.¹⁸⁷ Bu nedenle devletin kural koyma fonksiyonunun o fonksiyonu ifa eden organa nispetle şekli kriter kullanılarak tanımlanması demokratik egemenlik teorisi anlamında önem taşır. Özellikle yasama fonksiyonu ve işlevinin tanımlanmasında belirli bir organa atıf yapmak önemlidir. Zira o organ demokratik bir devlet sisteminde olmazsa olmaz bir unsur olarak genel, eşit oya dayalı, şeffaf seçim sistemi ile oluşan bir devlet organıdır. Bu niteliği demokratik egemenlik teorisini benimseyen demokratik devletlerde Yasama organlarına sistemin özüne dair kilit rol bahşeden bir nitelik kazandırır. En üstün hükmetme gücüne yani egemenliğe sahip tek otorite olan devletin egemenlik yetkisinin temeli ve özü kural koyma yetkisidir.

¹⁸⁵ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 350.

¹⁸⁶ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 346.

¹⁸⁷ Pourhiet, *Droit Constitutionnel*, 99-100.

Demokratik egemenlik 18. yüzyılın son çeyreğinde tüm kıta Avrupa ülkelerinde hakim yönetim modeli olarak belirginleşti. Bu gelişmenin motor unsuru şüphesiz Fransız devrimi ve bağımsızlık savaşı sonrası anayasasını tesis ve ilan eden Amerikan devlet modeliydi. İngiltere ise kıta Avrupa'sından çok daha önceleri, Westminster modeli parlamenter sistem pratikleri ile demokratik egemenlik modeline yönelmişti. Ancak İngilizakamu hukuku kıta Avrupası modelinden farklı olarak demokratik egemenliğin halk veya millette değil parlamentoda tecessüm ettiğini kabul ediyordu, bu kabulün sonucu olarak “parlamentonun üstünlüğü” ilkesi İngiliz kamu hukukunun ana ilkelereinden biri oldu.

Amerikan anayasasını tesis eden kurucu babalar bağımsız savaşı verip bağımsızlıklarını kazandıkları İngiltere'ye muhalif bir refleksin sonucu olarak parlamentonun egemenliğini değil halkın egemenliği fikrini kabul ettiler. Amerika Birleşik Devletleri'nden kısa bir süre sonra anayasasını yapan Fransa'da ise kurucu iktidar millet egemenliği – halk egemenliği arasında ikileme kaldı. Bu ikilemi Anayasa'nın 3. maddesindeki ifade ile egemenliğe millete, uygulama yetkisini halka vererek çözdü.¹⁸⁸

Yasama organının yapısı ve çalışma prensipleri ve kuralları anayasa ile belirlenirken, kamu otoritesini kullanan diğer tüm kamusal organların yapıları, çalışma kuralları yasama organının ürettiği kanunlara göre belirlenir.¹⁸⁹ Bu nitelikleri sebebiyle yürütme, yasama fonksiyonuna göre; yasama fonksiyonundan doğması ve onun *ratio legis*ini tamamlaması sebebiyle türev fonksiyondur.

Bu aslilik ve türevlik ilişkisi fonksiyonların “görev, “yetki” olarak tanımlanmaları şeklinde anayasalarımıza yansır. Yasama fonksiyonunun öncelliği anayasalarımıza yasamanın “yetki” olarak tanımlanması, yürütme fonksiyonunun türevliği ise “görev” olarak tanımlanması ile anlaşılabilir. 1961 Anayasası'nın 5. maddesinde yasama yetki olarak, 6. maddesinde ise yürütme görev olarak tarif edilmiştir. Aynı şekilde 1982 Anayasası'nın 7. maddesinde yasama yetki olarak, 8. maddesinde ise 1961 Anayasası'ndan farklı olarak yetki ve görev olarak tarif edilmiştir. İlk bakışta, 1982 Anayasası'nın yürütmeye hem yetki hem de görev niteliği tanıması onu 1961 anayasasından farklı bir şekilde, Yasama fonksiyonu ile eşit düzeyde konumlandığı intibasını oluşturur. 8. maddenin gerekçesi de bu kanyı destekler şekildedir:

“...modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ila 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme

¹⁸⁸ Witte, “Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition”, 280.

¹⁸⁹ Şükrü Karatepe, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 195.

Yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde iş birliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir.”¹⁹⁰

İlk bakışta, yürütmenin yasamaya tabi, adeta onun türevi niteliğinde bir fonksiyon olduğu, temel egemenlik fonksiyonunun yasama olduğu yönündeki yukarıdaki görüşümüze zıt gibi duran bu yaklaşım, kanımca gerekçenin derinlikli incelenmesinde, tezimi destekler bir içerik barındırır. Şöyle ki; Gerekçeye göre yürütmenin sadece görev olarak değil aynı zamanda yetki olarak da düzenlenmesi reel politik bir yaklaşımın sonucudur. Bu reel politik yaklaşım gerekçede;

“...modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ila 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme Yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış”

ifadeleri ile kendini gösterir. Bununla beraber yine gerekçede yer alan; yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” ifadeleri bozuk bir Türkçe ile de olsa, yürütmenin varlık nedenini kanunların uygulanması olarak tanımlar.

Bu yaklaşım, yukarıda ileri sürdüğümüz şekilde; yürütme fonksiyonunu yasamaya fonksiyonel anlamda tabi bir türev fonksiyon konumuna indirger. Kanımca gerekçedeki bu karmaşanın nedeni yasamanın fonksiyonel ve organik olarak net ayrıştırılmamasından kaynaklanmaktadır. Asli kurucu iktidarın gerçekte amacı yürütme fonksiyonu ve organını yasamadan koparmak ve bağımsız kılmak değildir. Zira amacı bu olsa idi yürütmeyi yasamanın en büyük çıktısı olan kanun ile bağlamaz idi. Oysa gerekçede; “yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” ifadeleri ile açık olarak yürütmenin yasama kuvvetinin fonksiyonel yansıması demek olan kanunların verdiği görevleri ifa için yetkilendirilmiş bir kuvvet olduğu düzenlenmiştir. Asli kurucu iktidarın gerekçeden anlaşılabilirdiği kadarıyla bu düzenlemedeki amacı; yürütme organını yasama

¹⁹⁰ *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, haz. Yunus Emre Yılmazoğlu İsmail Emrah Perdecioğlu (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019), 31.

organının organik yansıması olan yasama meclisinin tasarruf ve kontrolünden uzaklaştırarak reel politik gerekçelerle daha hızlı ve aktif çalışabilen bir yapıya kavuşturulmuştur. Bu niyet ve amaç gerekçede;

Esasen modern çağlarda 1215 Magna Cartasından beri ferdin Devlet başkanının sultasından kurtulup özgür olabilmek için yaptığı mücadelede hedef daima yürütme kuvveti olmuştur. Fert, yürütme kuvvetinin yetkilerini birer birer kopararak, onu mümkün olduğu ölçüde yetkisiz kılmak istemiştir. Bundan dolayı da bütün hukuk düzeni, Devlet başkanına ve yürütme kuvvetine karşı bir mücadele şeklinde gelişmiştir. 1961 Anayasası bu felsefeye sadık kalarak yürütmeyi Devletin yönetiminde, bütün faaliyetlerinde yasama kuvvetine bağlı, yasamaya tabi bir kuvvet olarak düzenlemiş idi. Halbuki modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ila 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmıştır,

ifadeleri ile açığa çıkar.

1.4.3. Yasama Yetkisi ve Egemenlik Yetkileri Arasındaki Paralellik.

1.4.3.1. Yasama Yetkisinin Nitelikleri.

Yasama yetkisi ile egemenlik yetkisinin nitelikleri arasında büyük oranda bir benzerlik vardır. Bu benzerliğin analizi çalışmamız için önem taşımaktadır zira bu analiz, yasama yetkisinin, egemenlik yetkisinin hukuk sisteminde ilk safhada tecessüm etmiş şekli olduğu savımızı destekler bir unsurdur.

Yasama yetkisi ve gücü, fonksiyonel anlamda devletin insan unsuru eliyle hukuk üretilmesi anlamına geldiği için demokratik egemenlik teorisi uyarınca devletin egemenlik yetkisi anlamında en üst düzey ve öncelikli işlevidir.¹⁹¹ Bu sebeple de geneldir, aslidir üstündür ve devredilmez niteliktedir.¹⁹² Devletin yasama yetkisinin yasama organın üstünde, ona bağlı olmayan bir başka güç ile paylaşılması demokratik egemenlik anlayışında zedelenmelere sebep olur. Zira bu halde ihlal edilen yasama yetkisi sadece asli kurucu iktidarın veya yasama

¹⁹¹ Karatepe, *Türk Anayasa Hukuku*, 195.

¹⁹² A.g.e., 195; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 196; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 673; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 356.

organının anayasal yetkisi değil devletin egemenlik hakkının kaynağı ve kullanıcısı olan insan unsurunun hukuk üretme yetkisidir.

1.4.3.1.1. Yasama Yetkisinin Genelliği.

Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının herhangi bir özel yetkilendirmeye ihtiyaç duymaksızın her konuda sınırsız şekilde düzenleme yapabilme yetkisine sahip olmasıdır. Bu ilke yasama yetkisinin konu bakımından sınırlı olmayışını işaret eder.¹⁹³ Yasama organının düzenleme yaparken tek sınırı hukukilik anlamında Anayasa'ya aykırı olmamadır. Yasama organı Anayasa'ya aykırı olmadıkça dilediği her konuyu, dilediği şekilde kanun ile düzenleyebilir.¹⁹⁴ Anayasa tüm diğer kamu yetkilerinin olduğu gibi yasamanın da kaynağı ve çerçevesidir. Kurallar kademelenmesi prensibinin yansımaları olarak; yasama yetkisi kaynağını anayasadan alır ve bu yetkiyi anayasaya aykırı olmamak şartıyla kullanır. Yasama işlemleri üst bir normun içeriğine “uygun” olarak kullanılması gereken “*secundum legem*” değil, “aykırı olmadan” kullanılması gereken kural içi “*intra legem*” işlemlerdir.¹⁹⁵ Yasama organı kanun ihdas ederken, kanunun içeriğinin anayasaya uygun olmasına değil aykırı olmamasına riayet etmek zorundadır. Bu genellik kaynağını demokratik egemenlik ilkesinden almakta ve yasama organının mutlak hakimiyetine dayanmaktadır.¹⁹⁶

Tanımı aşağıda verilecek olan yasama yetkisinin devredilmezlik ilkesinin pozitif anlamı yasama organının dilediği her konuyu dilediği şekilde düzenleyebilmesi iken negatif tanımlamayla ele alacak olursak anlamı yasama organının herhangi bir konuda düzenleme yapmasının engellenemeyeceğidir. Bu sebeple Fransa Anayasası'nda olduğu gibi, bir düzenleme ile sınırlanmadıkça yasama organı anayasaya aykırı olmadan her alanda düzenleme yetkisine sahiptir. 1958 Fransa Anayasası'nın 34. maddesi, yasamanın yetki alanlarını sayarak ve 37. maddede kanunun yetki alanına giren konular dışındaki konuların düzenleyici bir niteliğe sahip

¹⁹³ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 196.

¹⁹⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 211; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 260; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 18; Karatepe, *Türk Anayasa Hukuku*, 195.

¹⁹⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 212; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 198.

¹⁹⁶ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 675.

olduğunu belirterek yasama yetkisinin genelliği ilkesine aykırı bir düzenleme sistematığı benimsemiştir.¹⁹⁷

Yukarıda da değinildiği gibi genellik ilkesinin kökenleri demokratik egemenlik ilkesine uzanır. Temel mantıkta genellik yasama yetkisinin fonksiyonel tanımından değil organik içeriğinden kaynaklanır. Yasama yetkisi yasama organı tarafından kullanılır. Yasama organları demokratik egemenlik ilkesinde en temel devlet organıdır zira egemenliğin sahibi olan halkın bizatihi veya milletin temsilcileri vasıtasıyla toplanıp egemenlik yetkisini kullandıkları yerlerdir. Bu perspektiften bakıldığında genellik ilkesinin düşünsel temelleri Rousseau'nun "yanılmaz" genel irade anlayışına dayanır. Yasamanın tek sınırı anayasadır ki, zaten anayasa da yine demokratik egemenlik teorisi uyarınca halkın veya milletin temsilcilerinden oluşan asli kurucu iktidarın ürünüdür. Diğer bir ifade ile yasama organının konu ve düzenleme sınırı yine demokratik egemenliğin tecessüm ettiği asli kurucu iktidar tarafından vazedilmiş olan anayasalardır. Bu akıl yürütme sistematığında demokratik egemenlik teorisi zemininde tutarlı bir art arda gelişlik göze çarpar.

Yasama yetkisinin genelliğinin üç görünümü vardır: i) Yasama organının anayasaya aykırı olmama kaydıyla dilediği her alanı düzenleyebilir oluşu ii) Bir başka kamu otoritesine tahsis edilmiş, sadece o organın yetkili olduğu mahfuz bir düzenleme alanı bulunmayışı, iii) Yasama organının düzenlediği konunun her tür ayrıntısına inerek düzenlemede bulunabilme yetkisine sahip oluşu.¹⁹⁸

Gerek yürütme gerekse yargı organları kendi alanlarını ilgilendiren konularda çerçevesi Yasama organı tarafından belirlenmiş türev düzenleme yetkilerine sahiptirler. Hukuk düzeninde yürütmenin genel ve özel düzenleyici işlemleri bu kabilden işlemlerdir. Ancak bu tip teknik ve ayrıntıyı düzenleyen konularda da dilerse yasama organı kendisi ilk elden düzenleme hakkına sahiptir.¹⁹⁹ Bunların yürütmenin münhasır yetkisinde olduğu bu nedenle Yasama organı tarafından düzenlenmeyeceği iddia edilemez.

Bu ilkeler hep birlikte değerlendirildiğinde yasama organının kullandığı yasama yetkisinin gerek iç hukukta gerekse uluslararası hukukta söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Bir ülkenin uluslararası anlaşma akdederek iradesini serdettiği durumlarda bu iradenin iç hukukta yasama yetkisinin genelliği, asliliği veya devredilemezliği ilkelerine aykırılık teşkil ettiği itirazı

¹⁹⁷ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 356; Pourhiet, *Droit Constitutional*, 497.

¹⁹⁸ Gören, *Anayasa Hukuku*, 213.

¹⁹⁹ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 196.

uluslararası hukuk anlamında anlam ifade etmez. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 46. madde uyarınca; bir devletin iç hukukundan kaynaklı bir nedenle anlaşmaya bağlanma iradesinin geçersizliğini ileri sürebilmesi ancak iç hukukunun temel öneme haiz bir kuralının ilgili meselede mutlak uygulamaya göre, iyi niyetle hareket eden herhangi bir devletçe aşık olarak tespit edilebiliyor ise söz konusu olabilir.²⁰⁰ Ancak, iç hukuk sistemi bu kayıtlar ile bağlıdır. Devletin egemenlik yetkisinin iç hukuka yansıyan etkileri tüm kamusal organ ve makamları bağlar. Bu bağlayıcılık devlet adına uluslararası hukuk nezdinde işlemler ifa ederken de geçerlidir. Bu nedenle uluslararası hukuk işlemi ifa eden yetkililer, yasama yetkisinin bu niteliklerini ihlal edecek nitelikte uluslararası hukuk işlemi tesis edemezler. Aksi takdirde temel bir demokratik egemenlik hakkı ihlal edilerek iç hukuka aykırı bir işlem tesis edilmiş olacaktır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında uluslararası hukukta, özellikle devletler üstü nitelikteki uluslararası işlemlerde bu temel paradoksun yansımaları ve etkileri değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1.4.3.1.2. Yasama Yetkisinin Asliliği.

Aslilik hukuki işlem ortaya koymada ilk elden düzenleme yetkisi anlamına gelir. Hukuk düzeninde kamu gücünü kullanan tüm organların kurulu iktidar olduğunu ve bu yetkilerini kurucu iktidar tarafından oluşturulan anayasadan aldığını belirtmiştik. Kurulu iktidarların hiyerarşik olarak en üstünü yasama organıdır. Yasama yetkisinin asliliği bu yetkinin başkaca bir kurulu iktidardan değil doğrudan anayasadan kaynaklanmasıdır. Yasama yetkisi orijinal bir yetkidir, yasama organı dilediği alanı (genellik) herhangi bir başka kamu organının yetkilendirmesine ihtiyacı olmaksızın doğrudan kendisi düzenleyebilir.²⁰¹

Aslilik bir konunun doğrudan düzenlenebilmesidir, yasama organı anayasadan başka bir yetkilendirme aracına ihtiyaç duymaksızın dilediği alanı doğrudan düzenleyebilir.²⁰² Mevcut bir hukuk kuralına bağlı kalmak zorunda değildir.²⁰³ Oysa yürütme fonksiyonu yetkisini

²⁰⁰ https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438.

²⁰¹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 374.

²⁰² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 260; Karatepe, *Türk Anayasa Hukuku*, 195; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 211.

²⁰³ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 198.

anayasada düzenlendiği şekilde kanunlardan yani yasama organının düzenlemelerinden alır ve bu yetkilerini anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanmak zorundadır.²⁰⁴

Yürütme fonksiyonu bu niteliği ile asli değil türev, kanundan kaynaklanan bir yetkidir. Yürütme işlemleri bu nedenle “*secundum legem*” işlemler olup hukuki dayanaklarını oluşturan kanunlara uygun olarak ihdas edilmiş olmalıdır.²⁰⁵ Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi yorumlarken türevliğin, yürütme organının bir konuda düzenleme yaparken yasama organınca yetkilendirilmesi gerekliliği olarak ifade eder.²⁰⁶ Türevlik ilkesinden doğan “kanuni idare” ilkesi iki boyutludur. İdare kanun ile kurulur ve görevleri kanun ile düzenlenir.²⁰⁷ Bu esaslar Anayasa’nın 123.maddesinde idarenin kanun ile düzenleneceği ifadeleri ile düzenlenmiştir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde yargının da ikincilliği ileri sürülebilir. Zira Anayasa’nın 138. maddesi uyarınca yargı yetkisini kullanan hakimler anayasa ve kanuna uygun olarak hüküm vermek zorundadırlar. Yürütme ve yargı yetkilerinin ikincilliği bir başka bakış açısı ile yasama yetkisinin asliliği yasama organına kuvvetler arasında bir üstünlük en azından eşitler arasında önde gelen “*primus inter pares*” bir nitelik kazandırır. Zira gerek yürütme gerekse yargı Yasama organı tarafından üretilen kanunlar ile hayat bulur ve bu kanunlar çerçevesinde faaliyet gösterir.²⁰⁸

1.4.3.1.3. Yasama Yetkisinin Devredilemezliği.

Yasama yetkisi devredilemez. Yasama organı sahip olduğu yetkileri bir başka kamusal organa veya kişiye devredemez. Bizatihi kendisi kullanmak zorundadır. Biz devredilmezlik yerine devredilemezlik terimini tercih ettik. Zira ilkinde ihtiyari bir durum var ve sanki yasama organı ihtiyarı ile bu yetkisini devredebilirmiş gibi bir anlam çıkmakta. Oysa bu ilke, yasama yetkisinin yasama organı istese dahi devredilemeyeceğini anlatmaktadır. Bu bağlayıcılık Anayasa’nın 7. maddesinde sarih olarak belirtilmiştir. Buna göre yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Bu yetki devredilemez. Devredilemezliğin anayasada belirtilmesi kurucu olmaktan çok açıklayıcı ve belirtici nitelikte bir düzenlemedir.

²⁰⁴ Karatepe, *Türk Anayasa Hukuku*, 196.

²⁰⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 211; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 198.

²⁰⁶ AYM, E.2016/39 – K.2015/38, Kt. 01.04.2015.

²⁰⁷ Turan Yıldırım, vd., *İdare Hukuku* (İstanbul: On iki levha Yayınları, 2018), 4.

²⁰⁸ Möllers, *The Three Branches*, 106.

Yani devredilemezlik anayasada düzenlenmekle doğan bir özellik değil, yasama yetkisinin niteliğinden kendiliğinden doğan bir niteliktir.²⁰⁹ Zira kamu hukukunun genel esaslarından biri olarak anayasa veya kanunla verilen kamu yetkileri açıkça bir düzenleme ile yetki verilmedikçe bir başka kişi veya organa devredilemez.²¹⁰ Bu ilkenin görünürde ilk sonucu yasama organı şekli anlamda kanun yapma yetkisini bir başka kamu otoritesine devredememesidir.²¹¹ Devir yasağı ile engellenen, kanun adını taşımasa bile kanun ile eş değer, kanun gücü ve etkisinde, hukuki düzenleyici işlemler yapma yetkisinin devridir.²¹² Devredilemezlik kuralı genel, soyut hukuk kuralı ihdası yetkisi anlamındaki yasama yetkisini kapsar.

Kendi yetki alanlarına dair konularda ve bu alanlar ile sınırlı olmak kaydıyla yürütme ve yargı organlarının da kural koyma yetkileri vardır. Bu yetkiler yasama yetkisinin sahibi olan yasama organı tarafından yürütme ve yargı organlarına delege edilmiş yetkilerdir.²¹³

Ancak devredilemezlik ilkesinin yasama yetkisinin yukarıda belirtilen, devletin egemenlik yetkisi ile olan doğrudan bağlantısı ve yakın ilişkisinden kaynaklanan farklı bir önemi daha vardır. Önceden de değindiğimiz üzere egemenlik yetkisinin kullanılarak hukuk düzeninin oluşturulmasında yasama yetkisinin başat bir rolü vardır. Bu rol evveleminde asli kurucu iktidar tarafından anayasa oluşturulurken, hemen sonrasında ise devletin diğer fonksiyonları ve hukuk düzeninin oluşturulduğu kanunlaştırma faaliyetleri ile ifa edilir. Yasama yetkisinin devri halinde, sadece kamu hukukunun, hiçbir kamusal organ kendisine ait bir yetkiyi devredemez ve ondan vazgeçemez ilkesine aykırı davranılmış olunmaz. Bununla birlikte, egemenlik yetkisi ile çok yakın ilişkili bir kamusal fonksiyon devredilmek suretiyle adeta egemenlik yetkisi de devredilmiş olacaktır ki böyle bir devir egemenlik kavramının esaslarına da aykırıdır.

²⁰⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 358.

²¹⁰ A.g.e., 358; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 679; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 199.

²¹¹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 21.

²¹² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 213.

²¹³ Kelsen, *General Theory of Law and State*, 270.

1.4.3.2. Egemenlik Yetkisinin Nitelikleri.

1.4.3.2.1 Egemenliğin Mutlaklığı.

Egemenlik üstün bir iktidardan kaynaklanan üstün²¹⁴ ve mutlak bir yetkidir. Egemenlik yetkisi mutlaktır. Hiçbir sınıra tabi değildir. Egemen güç iradesini oluştururken hiçbir kurala tabi değildir, mutlak ve sınırsızdır, kendinden başka hiçbir iradeye, kayıt ve şarta tabi değildir.²¹⁵ Bununla birlikte egemenlik yetkisi, kullanım bakımından da mutlaktır. Yani egemen iktidar egemenliği kullanırken herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Egemenlik yetkisini dilediği alanda dilediği şekilde kullanabilir.

Egemenlik yetkisinin hukukun başlangıç noktası anlamına gelen asli kurucu iktidar olarak kullanımında bu mutlaklık net olarak kendini gösterir. Yukarıda da izah edildiği gibi doktrinin genel kabul ettiği görüşe göre devletin hukuk sistemini ilk elden oluşturan asli kurucu iktidar bu yetkisini kullanırken hiçbir hukuki sınırlamaya tabi değildir. Bu yetki ile oluşan hukuk sistemi en üstte kendini yazılı anayasalarda gösterir.

1.4.3.2.2. Egemenliğin Asliliği.

Devlet egemenliğini başka bir güçten almaz. Egemenlik aslidir. Diğer tüm kamusal yetkiler egemenlikten kaynaklanır.²¹⁶ Buna karşın egemenlik kaynağını başka bir iktidar veya güçten almaz.²¹⁷ Bu niteliği ile aslidir. Devletin asli unsurlarından olan egemenlik en üstün, tüm diğer kamusal güç ve iktidarların kendisinden kaynaklandığı asli güç unsurudur.²¹⁸

²¹⁴ Hakyemez, *Egemenlik Kavramı*, 79, 83; Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, 125.

²¹⁵ Hakyemez, *Egemenlik Kavramı*, 83; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 276; Uygun, *Devlet Teorisi*, 9., 200.

²¹⁶ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 140.

²¹⁷ Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, 125.

²¹⁸ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 276.

1.4.3.2.3. Egemenliğin Devredilmezliği.

Egemenlik bir başka otoriteye devredilemez ve kendi içinde bölünemez bir güçtür.²¹⁹ Egemenlik adeta bedeni kontrol eden bir ruh gibidir. Bu nedenle beden fonksiyonlarının bölünmesi parçalara ve fonksiyonlara ayrılması mümkün ise de ruh için bu mümkün değildir. Ruh tüm bedene nüfuz etmiş bir güç olarak kabul edilir. İşte devleti bir beden olarak kabul edecek olursak egemenlik de onu yaşatan ve diğer fonksiyonlarına can veren güç gibidir. Bu nedenle bölünemez ve devredilemez.²²⁰ Egemenliğin bölünmezliği ve devredilmezliği mutlaklığından kaynaklanan nitelikleridir.²²¹

²¹⁹ Uygun, *Devlet Teorisi*, 259.

²²⁰ Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, 125.

²²¹ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 277.

İKİNCİ BÖLÜM

DEVLETLER ÜSTÜ HUKUK

2.1. Uluslararası Hukuk ve Devletin Egemenlik Yetkilerinin Karşılaştırılması.

Uluslararası hukuk kendi içinde uluslararası özel hukuk ve uluslararası kamu hukuku olarak ikiye ayrılır.²²² Uluslararası kamu hukuku en genel tanımıyla; devletler ve uluslararası örgütlerin ilişkilerini düzenleyen bir kamu hukuku dalıdır.²²³ Uluslararası kamu hukukunun konusu ana süjesi olan devletler ve uluslararası örgütlerin uluslararası sistemdeki ilişkileridir. Çalışmamız bu kısmında uluslararası hukukun nitelikli hali olarak tanımlayabileceğimiz devletler üstülüğü incelemeye çalışacağız.

Devletlerin oluşumunda belirli bir fiili kurucu otoritenin varlığı söz konusudur. Bu otorite öncelikle fiili olarak devletin insan ve toprak unsuru üzerinde fiili iktidarını oluşturur. Zamanla çekirdek niteliğindeki iktidar sahibi odak bu fiili hakimiyetini devletin toprak ve insan unsuru üzerinde genele yayarak siyasi iktidarı oluşturur.²²⁴ Oluşan siyasi iktidar daha sonra egemenliğini ve iktidarını hukuki hale getirir ve hukuk sistemini tesis eder. Hukuk sistemi sosyal ve ekonomik gerçeklerden bağımsız değildir. Egemen güç hukuk sistemini belirlerken toplumsal ve ekonomik ihtiyaçları veya diğer bir ifade ile egemen gücün bu koşullarda oluşan çıkarlarını gözetir.²²⁵ Bu yönüyle değerlendirdiğinde hukuk ekonomik, sosyal ve politik alanı düzenler ancak düzenlemelerini bu alanların dinamiklerine göre değil hakim olan güç ve egemen unsurun tercihlerine göre yapar.²²⁶

Bu oluşum dinamiği en bariz şekilde ceza hukuku ve cezalandırma uygulamalarında takip edilebilir.²²⁷ Temel haklar ve özgürlüklerin listesi, içerikleri hukuki rejimleri kapitalizmin

²²² Carreau & Marrella, *Droit International*, 45.

²²³ Cassese, *International Law*, 3; Shaw, *International Law*, 2.

²²⁴ Ergül, *Devlet Teorisi*, 304, 305, 306.

²²⁵ Gerald Turkel, “Michel Foucault, Law, Power, and Knowledge”, *Journal of Law and Society*, Vol. 17, N. 2 (Summer, 1990), 170-193.

²²⁶ A.g.m.

²²⁷ Michel Foucault, *Discipline and Punish*, çev. Alan Sheridan, (New York: Vintage Books Yayınları, 1995), 85-86.

geliştiği dönemde dönemin ekonomik ve sosyal gerçekleri ışığında, ancak egemen gücün çıkarları ve istekleri doğrultusunda şekillenmiştir.²²⁸

Egemen güç hukuk sistemini belirlerken bu yapı karşımıza anayasalar olarak çıkar. İç hukuk sistemlerinin hakim özelliği egemen bir siyasi iktidarın oluşturduğu hukuki egemenlik sistemi ile hukuk düzeninin belirlenmesidir.

Uluslararası hukukta ise durum hayli farklıdır. Öncelikle uluslararası hukukun düzenleme alanı olan uluslararası sistemde herhangi bir süjenin mutlak ve tam hakimiyetinden bahsedilemez. Diğer bir ifadeyle uluslararası sisteme hukuk empoze edecek bir hakim güç kaynağı yoktur. Uluslararası sistemin temel kuralı, onu oluşturan devletlerin her birinin egemen ve eşit olduğu kabulüdür.²²⁹ Devleti hukuki bir güç haline getiren ana unsurlardan olan hukuki egemenliğin uluslararası sisteme yansıyan şekli bağımsızlık ve eşitliktir²³⁰ bu nedenle uluslararası hukukta “egemen devletin” karşılığı; egemenliğin uluslararası sisteme yansıyan hali demek olan “bağımsız devlettir”.²³¹ Bu bağımsızlık devletlerin hukuk üretimi dahil tüm karar alma süreçlerinde egemenliklerini serbestçe kullanabilmeleri ilkesinin uluslararası hukuka yansımış halidir.

Uluslararası sistem bu bağımsızlığı devletleri kendinden başka hiçbir yapıyı dikkate almayan adeta nobran bir unsur olarak da kabul etmez. Birden fazla süjenin etkin olduğu her toplumsal yapıda olduğu üzere uluslararası sistemde de devletler kendilerini izole ederek diğer devletleri görmezden gelemezler. Nitekim bu karşılıklı etkileşimin yansıması olarak “egemenlik” kavramı; “karşılıklı etkileşime dayalı egemenlik”, “iç egemenlik” ve “uluslararası hukuki egemenlik” olarak çeşitlenmiştir.²³²

Uluslararası sistemin ana süjesi olan devletlerin sistem içindeki kimliklerinde 3 ana özellik vardır: **i)** Bağımsızlık, **ii)** Eşitlik **iii)** Eşit etkililik. Klasik ve geleneksel uluslararası hukuk devletlerin eşit egemenliği ilkesi üzerine kuruludur. Bu ilke hukuki eşitlik olarak yansır.

²²⁸ Turkel, “Michel Foucault: Law, Power, and Knowledge”, 170-193.

²²⁹ Malcolm N. Shaw, *International law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 120; Carreau-Marrella, *Droit International*, 52.

²³⁰ Gözler, *Devlet Teorisi*, 79, 80; Carreau ve Marrella, *Droit International*, 52.

²³¹ Shaw, *International Law*, 189.

²³² Stephen D. Krasner, “Abiding Sovereignty”, *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, Vol. 22, N. 3, (July, 2001), 229-251.

Günümüzde uluslararası ilişkilerin ve hukukun önde gelen örgütlerinden olan Birleşmiş Milletler tüm üyelerinin eşit egemenliği ilkesi üzerine kurulmuştur (BM Şartı 2/1).

Uluslararası sistemin kendine özgü kural ve sùjeleri vardır. Egemen devletler bu sistemi inşa eden temel yapı taşlarıdır. Egemen devletler kendi iç egemenlik alanlarında bağımsız yargı sistemleri olan sùjelerdir. Devletler de facto olarak da bağımsız yapılardır. Bu sùjelerin tamamını bağlayıcı kurallar ihdas eden genel bir dış otorite yoktur.²³³

Uluslararası hukuk eşit ve egemen olan devletler tarafından üretilmekle kendine özgü bir gevşekliğe sahiptir. İç hukuk sistemleri egemenlik yetkisini kullanan devlet tarafından ihdas edilir ve devletin ülkesinde bulunan tüm kişi ve kurumları bağlayacak şekilde uygulanır. İç hukuk sistemleri öncelikli olarak insanların birbirleri ile olan ilişkilerini düzenlemek üzere oluşturulur. Ekonomik, sosyal bakımdan birbirinden farklı güçlere sahip insanların üstünlüklerini kötüye kullanarak diğer insanlara zulmetmesinin engellenmesi devletin varlık nedenidir. Devlet insanlar arası ilişkileri, normları emir ve müeyyide içeren hukuk kuralları ile tanzim eder. Bu kurallara uyulmasını zorunlu hale getirir ve ihlalini bizatihi kendisi takip ederek hukuku ifa eder. Devlet bu hukuku üretirken ve uygularken sahneye çıkar; kamu düzenini ve otoriteyi tesis eder. İç hukuk sùjesi olan vatandaşlar arasında uygulanırken eşitler arası ilişkileri düzenleyen bağlayıcı ancak yatay bir yapı, buna karşın devlet ile vatandaşlar arasındaki ilişkilerde dikey çalışan hiyerarşik bir yapı arz eder.

İç hukukun bu boyutu kamu hukukunu oluşturur. Kamu hukuku taraflarından en az birisi olan²³⁴ devletin sahip olduğu egemenlik gücü ve yetkisi üzerinden altlık üstlük ilişkisinin hukuku olarak oluşur.²³⁵ Kamu hukuku bu niteliği ile hukuku ihdas eden ve uygulayan devletin çalışma ilkelerini belirleyen (anayasa ve idare hukuku), devletin suç olarak belirlediği hukuka aykırılıkları tespit eden (ceza hukuku) ve iç hukuk sisteminin müeyyidelerinin hayata geçirilmesini sağlayan mekanizmaları düzenleyen (yargılama hukuku) normlar bütünüdür.

Uluslararası hukukun iç hukuktan ilk ve belki de en önemli farkı kurucu iktidar kavramında ortaya çıkar. Uluslararası hukuk eşit ve egemen devletler tarafından, uluslararası anlaşmalar ile veya uluslararası örgütler eliyle üretilir. Uluslararası hukuku ihdas eden irade, hukukun sùjelerine üstün, onlar üstünde egemenlik otoritesine sahip bir kurucu iktidar değildir. Hukuk tek taraflı irade beyanı ile değil sùjelerin ortak ve oy birliğini içeren (konsensus) iradesi oluşur. Bu uluslararası sistemi oluşturan devletlerin eşit egemenliğinin sonucudur. Uluslararası hukuk

²³³ A.g.e., 233.

²³⁴ Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 151.

²³⁵ A.g.e., 72.

sisteminde iç hukuk sistemlerinde olduğu gibi üstün ve buyurgan bir kurucu iktidar ve ona tabi olan hukuk süjesi ayrımı yoktur. Buyurgan ve üstün bir kurucu otorite tarafından oluşturulmamasının sonucu uluslararası hukuk devletlerarası nitelik taşır. Uluslararası hukukun normları eşit ve egemen süjelerin aralarında uygulanan, varlığını ve meşruiyetini süjelerin kabulüne borçlu olan normlardır. Bu niteliğin en önemli sonucu müeyyidelerinin uygulanmasında zorlayıcı mekanizmaların ihdas edilemeyeşidir. Hukuku ihdas eden egemen bir kurucu iktidar olmadığı gibi hukuku süjelere zorla uygulayacak merkezi ve üstün bir otorite de yoktur.

Tam bu noktada üzerinde dikkatle durulması gerekli bir husus şudur ki; müeyyidelerinin zorla uygulanmasını sağlayacak merkezi bir otoritenin olmayışı uluslararası hukuk normlarının uygulanmayacağı anlamına gelmez. Zira tüm hukuk kuralları gibi uluslararası hukuk kuralları da uygulanmak üzere konulmuştur. Uluslararası hukukun en önemli kaynaklarından olan uluslararası anlaşmaların tarafları bağlayacağı ve tarafların bu anlaşmaların hükümlerine riayet zorunluluğu, ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) BM Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansyonu ile normatif olarak da düzenlenmiş²³⁶ önemli bir hukuk ilkesidir. Aynı şekilde uluslararası örgütlerin kararları ile oluşan hukuk kuralları da aynı ilke gereği o örgütü oluşturan devletlere bu kararlara uyma mükellefiyeti yükler.

Uluslararası hukukta eksik olan; normları zorla uygulatacak mekanizmalardır. Uluslararası hukuk devletler arası nitelik taşır, devletlere zorla uygulanacak nitelikte, yani devletler üstü vasıfta değildir. Uluslararası hukukun bu vasfı devletlerin dış egemenliği yani bağımsızlıklarının sonucudur.

Hukuk normunun emredici niteliği ve bu niteliği tesis eden normun kamu gücü tarafından zorla uygulanması bakımından uluslararası hukuk sistemine dair tereddütler bulunmaktadır. Zira uluslararası hukukun süjeleri olan bağımsız ve egemen devletleri uluslararası hukuk normlarına uymalarını icbar edecek bir merkezi mekanizma bulunmamaktadır. Bu sebeple herhangi bir gücün hukuki egemenlik yetkisi kullanarak diğer süjeleri bağlayan onlar tarafından mutlak surette uygulanacak nitelikte bir hukuk sistemi ortaya koyması mümkün olmamıştır.²³⁷ Bu nitelik uluslararası hukukun temel özelliği olmakla beraber paradoksal olarak, onun “hukuk” olarak değerlendirilmesinde bazı şüphelere sebep olur.²³⁸ Zira; iç hukukun süjeleri olan bireylerin hukuk kurallarına bağlı olması esastır, ancak eşit ve bağımsız devletlerin herhangi bir

²³⁶ https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf (10.10.2023).

²³⁷ Antonio Cassese, *International Law* (New York: Oxford University Yayınları, 2005), 46.

²³⁸ Shaw, *International Law*, 5.

hukuk kuralı ile bağılı olması pratikte gerçekleşemez. Uluslararası sistemin ana sūjeleri olan devletlerin eşit ve egemen niteliğı uluslararası hukukta genel geçerli hükümler üretebilen bir yasama erkinin ve zorunlu yargı yetkisi ile donatılmış yargılama sisteminin tesisine engel olmuştur.

Bu eksiklikler sebebiyle kimi hukuk teorisyenleri, uluslararası hukukun normlarını hukuk kuralından çok, sosyal düzen kuralları seviyesinde değerlendirir²³⁹, bu görüşe göre; hukuk kuralı sūjelerini bağlayacak talimatlar içermelidir.²⁴⁰ Bu nedenle eşit ve egemen güçler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar hukuk kuralı olarak kabul edilmemelidir. Zira bu kurallarda hukuk kuralının taşıması gereken en önemli nitelik olan zorlayıcılık eksiktir.²⁴¹ Egemen ve eşit sūjeler birbirlerine karşı herhangi bir kuralı zorla uygulatma iktidarına sahip değildir.

Uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcı olmadığı bu nedenle de hukuk niteliğı taşımadığı argümanı normun ontolojisinden kaynaklanmamaktadır. Zira bağlayıcılık eksikliği uluslararası hukuk normunun yapısından değil bu normu zorla yerine getirecek bir yaptırım mekanizması olmamasından kaynaklanır. Uluslararası hukuk normları da aynı iç hukuk normları gibi muhataplarını bağlayıcı emir hükümleri yani müeyyideler içerir. Uluslararası hukuk sisteminin eksikliği normun içsel yapısından değil, bu müeyyideleri zorla yerine getirecek mahkemeler ve kolluk kuvvetlerinin olmayışında kendini gösterir.

Bu eksiklik normu hukuk kuralı olmaktan çıkarır mı? Kanaatimce hayır. Zira normun emir – müeyyide bütünlüğüne sahip olup olmadığı ile bu müeyyidelerin zorla uygulanmasını temin edecek örgütlenmelerin varlığı-yokluğu farklı konulardır. Devletlerin uluslararası hukuk nezdinde eşit ve bağımsız oluşu onların uluslararası hukuk kuralları ile bağılı olamayacağı veya uluslararası hukukun emredici kurallarının olamayacağı anlamına gelmez.²⁴² Zira aksine anlayışın kabulü halinde günümüzde yoğun ve etkin bir şekilde uygulanan uluslararası hukukun düzen sağlayıcı fonksiyonunu görmezden gelmemiz gerekir. Böyle bir ortamda düzenden değil ancak anarşiden bahsedilebilir. Oysa günümüz uluslararası sisteminin iç hukuklar kadar düzenli ve sistematik çalışan bir hukuk düzeni olmasa da uluslararası sisteme anarşinin hakim olduğu

²³⁹ Hart, *Concept of Law*, 215.

²⁴⁰ A.g.e., 217.

²⁴¹ Gerard Maher, “Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 64, N. 3 (1978), 401-416.

²⁴² Hart, *Concept of Law*, 220.

da iddia edilemez. İngiliz okulunun yazarları uluslararası sistemi nitelerken; bağlayıcı ve hiyerarşik yapıda normatif düzen içeren bir hukuk sistemi ile gevşek yapıda, hukuk sisteminden çok bir toplum niteliğinde, karşılıklı paylaşım ve etkileşim esasına dayalı normlara dayalı bir uluslararası sistem ayrımı yaparlar. Bu sistem iç hukuk sistemleri aksine hiyerarşik, bağlayıcı normlar ile bağlı katı bir yapıdan ziyade, sistemin ürettiği kurallar dahilinde birbirleri ile interaktif ilişki kuran toplumsal bir yapı niteliği taşır. Bu toplumsal yapı ortak değer ve menfaatler zemininde bir araya gelen egemen devletlerin oluşturduğu toplumsal bir organizmadır.²⁴³ Bu yaklaşımın önemli esaslarından dayanaklarından birisi kuralsızlığın sebep olacağı toplumsal yapının niteliğine dair farklı yaklaşımlardır. Hobbes temelli yaklaşımlar kuralsızlığın ve kuvvetli bir merkezi hukuk yapısının olmayışının her zaman kaotik ve kötü anarşiye sebep olacağına inanırken, Locke'un anlayışı perspektifinden bakılırsa yukarıdaki gibi esnek bir yapıdaki uluslararası düzenin aktörleri olan devletler belki kural dışı kabul edilebilir ancak yine de varlık hakkına sahiptirler. Kant'ın fikir dünyasından hareket edildiğinde ise uluslararası sistemi oluşturan devletler tek bir hiyerarşik yapıya tabi unsurlar olarak değil de birbiri ile dostça ilişkiler kuran ve ihtilaflarını şiddet kullanmaksızın diyalog ile çözen unsurlar olduğu gözlemlenir.²⁴⁴

Diğer bir bakış açısı ise uluslararası hukukun müeyyidelerinin zorlayıcı bir güce bağlanmayışını bir eksiklik olarak değerlendirmez. Bir hukuk sisteminin üç unsuru vardır: **i**) hukuk üretimi, **ii**) hukukun uygulanması, **iii**) müeyyide. Uluslararası hukuk iç hukuk sistemlerinden farklı bir yapısalılıkta oluşur. İç hukuk sistemleri dikey, uluslararası hukuk ise yatay şekilde örgütlenmiştir. Bu yatay yapılanmanın sonucu olarak iç hukuk sistemlerinde merkezi bir yapıda ve dikey hiyerarşi ile oluşan yukarıda saydığımız unsurlar uluslararası hukuk sisteminde gevşek ve merkezî olmayan yatay bir yapıda oluşur.²⁴⁵ Dikey ve zorlayıcı müeyyidelere dayalı hukuk anlayışı iç hukuk sistemlerinin özelliklerindedir. İç hukuk sistemlerinde hukukun sūjesi olan bireyler hukuku üreten değil hukukun konusu olan sūjelerdir. Oysa uluslararası hukukun sūjesi olan devletler aynı zamanda uluslararası hukuku üreten kurucu iktidar sahipleridir. Bu sebeple uluslararası hukukun iç hukuktaki gibi dikey ve katı bir müeyyide anlayışına sahip olması beklenemez.²⁴⁶ Yatay yapılanma ve hiyerarşik merkezîyetçilikten bağımsız yapı,

²⁴³ Krasner, *Abiding Sovereignty*, 232.

²⁴⁴ Alexander Wendt, "Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics", *International Organization*, Vol. 46, N. 2 (Spring, 1992), 391- 425.

²⁴⁵ Cassese, *International Law*, 5.

²⁴⁶ Shaw, *International Law*, 6.

uluslararası hukukun ana süjesi olan devletlerin her birinin uluslararası hukuku kendi anlayışına göre yorumlamalarına imkan tanır.²⁴⁷

2.2. Uluslararası Hukuk - İç Hukuk İlişkisi.

İç hukuk sistemleri devletlerin iç işleyişindeki kuralları, devletin vatandaşları arasındaki ilişkileri, vatandaşlar ile kamu gücünü kullanan idari birimlerin ilişkilerini düzenleyen bir sistemdir. Uluslararası hukuk ise yukarıda da değinildiği üzere temel olarak devletler arası ilişkileri düzenler. Çoğu kereler iki sistemin niteliksel farklılıklarından dolayı çatışmalar yaşanır. Örneğin bir devletin iç hukukuna göre ulusal kara sularından sayılan bir alan uluslararası hukuka göre açık deniz hükmünde olabilir.²⁴⁸

Uluslararası hukuk ile iç hukuk sistemlerinin ilişkisine dair doktrinin kabul ettiği iki ana yaklaşım vardır. Bunlardan ilki, hukuk sistemini tek bir bütün olarak algılayan monist teori diğeri ise aynı anda iki farklı hukuk sisteminin varlığını mümkün ve gerekli gören düalist teoridir.

2.2.1. Monist Teori.

Monist yaklaşım hukuk sisteminde tek bir hukuk sisteminin varlığını esas alır, ikili hukuk yapılanmasını kabul etmez bu yaklaşıma göre hukuk tek ve bütün bir sistemdir.²⁴⁹ Monist teoriye göre uluslararası hukuk ve ulusal hukuk tek bir hukuk yapısı altında birbiri içine geçer. Bu iç içe geçişte monistler, uluslararası hukukun ulusal hukuka entegre olarak onun içinde erimesini veya ulusal hukukun uluslararası hukuk altında eriyerek sonuçta tek bir hukuk sisteminin yaşamını devam ettirmesini kabul ederler.

Monist yaklaşım hukuk sistemlerinden hangisinin üstünlüğünü ve önceliğini kabul ettiğine göre kendi içerisinde iki gruba ayrılır: *i)* İç, milli hukuk sistemini esas ve öncelikli kabul eden monist sistem *ii)* Uluslararası hukuk sistemini esas ve öncelikli kabul eden monist sistem. Biz çalışmamızda ilk yaklaşım için “ulusal hukuk esaslı monist sistem”, ikinci yaklaşım için “uluslararası hukuk esaslı monist sistem” terminolojisini kullanacağız.

Terminolojiden de anlaşılacağı gibi, ulusal hukuk esaslı monist sistem, iç hukuk sistemini tek ve ana hukuk sistemi olarak kabul eder. İç hukuk esaslı monist sistem teorisi 18. yüzyılda

²⁴⁷ A.g.e., 6.

²⁴⁸ Shaw, *International Law*, 121.

²⁴⁹ A.g.e., 122.

Alman hukukçu J. J. Moser (1701 – 1785) tarafından ortaya konulmuştur. Teori daha sonra Hegel'in görüşleri etkisiyle tahkim edilmiş, Alman uluslararası hukukçular C. Bergbohm, A. Zorn ve M. Wenzel tarafından yetkinleştirilmiştir. Bu teori uyarınca, iç hukuk kuralları uluslararası hukuk kurallarından üstündür. Zira aslında uluslararası hukuk diye ayrı bir hukuk sistemi yoktur. Uluslararası hukuk, devletlerin dış egemenlik yetkileri ile dış hukuk olarak ürettiği hukuk kurallarıdır. Uluslararası hukuk kurallarının kendiliklerinden bir bağlayıcılık etkisi, yürürlük gücü de yoktur. Bu kurallar, devletlerin kendi çıkarları doğrultusunda oluşturdukları ilkelerden ibarettir. Hukuk oluşturma gücü ve yetkisi devletlerde olduğu için esas olan iç hukuk sistemidir.²⁵⁰

Bu yaklaşım, hukuk sisteminin gücünü ve etkisini hatta varlık değerini onu oluşturan iradeyi merkeze koyarak değerlendirir. Uluslararası hukuk kuralları iç hukuklara, iç hukuk mekanizmalarının ön gördüğü şekilde eklenildikten sonra yürürlük kazanan kurallardır. Bu eklenmeden sonra artık iç hukukun bir parçası haline gelirler ve ilgili devletin hukuk sistemi bütünlüğü (monizmi) içinde değer taşırlar.

Uluslararası hukuk sistemi esaslı monist teori de hukuk sistemini tek bir bütün olarak kabul eder ancak diğerinden farklı olarak, tek hukuk sistemi içinde uluslararası hukukun hem etik hem de formel nedenlerle üstün hukuk olduğunu kabul eder.

2.2.1.1. Natüralist (Etik) Monizm.

Uluslararası hukuk esaslı monist teorisinin temelleri iki farklı yaklaşım üzerine yükselir. Bunlardan ilki hukukun amacı ve düzenlemelerin niteliğinden kaynaklı olarak monist teoriyi savunan natüralist (etik) monistlerdir. Bunlara göre etik niteliği yüksek insan hakları, insancıl hukuk gibi konulardaki kuralların üstünlüğü vardır. Önde gelen temsilcisinin İngiliz hukukçu Lauterpacht'in olduğu natüralist hukukçular, hukukun ana ve öncelikli fonksiyonunu bireyin çıkarı ve menfaatini temin etmek olarak kabul eder.²⁵¹ İngiliz liberalizminin yansıması olan bu görüş doğrultusunda, bireyin hak ve menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik uluslararası hukuk kuralları üstündür, önceliklidir ve iç hukuk kuralları bu kurallar çerçevesinde şekillenmelidir. Zira, uluslararası hukukun varlık nedeni, “*ratio legis*”i bireyin değerlerini yüceltmek etiğidir.²⁵² Bu yaklaşım daha ziyade hukuk kurallarının moral niteliğini esas alarak konuya yaklaşır ve

²⁵⁰ Cassese, *International Law*, 213.

²⁵¹ Ian Brownlie, *Principles of International Law* (New York: Oxford University, 2008), 32.

²⁵² Shaw, *International Law*, 122.

uluslararası hukuk kurallarının insani değerleri regüle etmesinden dolayı uluslararası hukuka üstün bir yer tanır.²⁵³

2.2.1.2. Formalist Monizm.

Uluslararası hukuk esaslı monist teoriyi savunan bir diğer grup teorisyen ise konuya hukukun niteliği ve yöneldiği amaçlar üzerinden değil, şekli bir anlayış ile yaklaşır. Bunlar konuyu hukuk sistematiğinin mekaniği penceresinden değerlendiren formalist monistlerdir. Formalist monistler tek ve hiyerarşik bir hukuk sistemini benimser. Bu yaklaşımın kaynağı Kelsen'in uluslararası ve iç hukuk sistemlerini tek bir hukuk sistemi olarak kabul eden anlayışındır.²⁵⁴

Hukuk sistemi, geçerliliğini her biri kendinden bir üst hiyerarşik basamakta olan üst hukuk normundan alan hukuk kurallarının birleşiminden oluşur. Hukuk sisteminin kurucusu olan devlet uluslararası hukukun normlarının referansı ile eşit ve bağımsız niteliğini kazanır. Bu nedenle iç hukuk sisteminin sahibi ve kurucusu olan devlet de aslında uluslararası hukukun bir ürünüdür.²⁵⁵ Yani hukuk sistemi piramidinin en üst basamağı uluslararası hukukun devleti egemen, bağımsız ve eşit kabul eden normlarıdır.²⁵⁶

Etik monist teori uluslararası hukukun içeriğini esas alarak iç hukuk sisteminin önüne alır ve uluslararası hukuka öncelik, üstünlük tanır. Formalist monistlerde ise uluslararası hukukun önceliği maddi içeriğe göre belirlenen bir öncelik değil, hukukun kaynağına dayalı şekli nitelik kaynaklı bir önceliktir. Kelsen'e göre iç hukuk normlarının meşruiyet ve geçerlilik kaynağı uluslararası hukuk normlarıdır.²⁵⁷ Doğal olarak bu kabul uluslararası hukukun üstünlüğü ve önceliğini beraberinde getirecektir, ancak yine de hukuk teorisi anlamında Kelsen yasal bir kabul olarak uluslararası hukukun üstünlüğünü kabul ettiği ileri sürülemez.²⁵⁸ Kelsen'in kurguladığı yekpare hukuk sistemi üst yapıda uluslararası sistemden başlar ve aşağı doğru devletlerle devam eder. Uluslararası sistemin bir yapıyı meşru devlet olarak kabul edebilmesi için iç hukuk sisteminin temel norm kaynaklı bir meşruiyete sahip olması gerekir.²⁵⁹

²⁵³ Brownlie, *Principles of International Law*, 32.

²⁵⁴ Kelsen, "General Theory of Law and State", 320.

²⁵⁵ Brownlie, *Principles of International Law*, 32.

²⁵⁶ Cassese, *International Law*, 215; Shaw, *International Law*, 122-123.

²⁵⁷ Kelsen, "General Theory of Law and State", 121.

²⁵⁸ Brownlie, *Principles of International Law*, 33.

²⁵⁹ Kelsen, "General Theory of Law and State", 121.

Uluslararası hukuk sistemi, alt katmanında farklı devletlerin hukuk sistemlerinin birleşmesi ile oluşan bir üst sistemdir. Bu yapıda, devletlerin temel normları, uluslararası hukuk sistemi kurallarının iç hukuk sistemlerindeki somutlaşmış formlarıdır.²⁶⁰

Monist teori daha ziyade kendi iç hukuk sistemlerine, egemenlik yetkilerine ve ulusal çıkarlarına öncelik ve üstünlük tanıma gayretindeki büyük güçlü devletlerin benimsediği bir teoridir.²⁶¹ Zira uluslararası hukuku üreten uluslararası sistem her ne kadar teorik olarak sistemi oluşturan devletlerin eşitliği esasına dayansa da reel politikte siyasi ve ekonomik anlamda güçlü devletlerin başat rol oynadığı bir yapıdadır. Böyle bir yapının ürettiği hukukun, sistemin ana öğeleri olan güçlü devletlerin istek ve eğilimlerine göre şekilleneceği aşikardır. Bu devletler üretiminde büyük oranda kendi irade ve eğilimlerinin ağır bastığı uluslararası hukuk normlarının kendi iç hukuk sistemleri ile bir bütünlük arz ederek monist bir yapıda hüküm ifade etmesini tercih ederler.

2.2.2. Düalist Teori.

Günümüzde uluslararası ilişkilerin gelişen iletişim, ticaret ve diğer ulus, sınır aşan ilişkiler, klasik egemenlik anlayışında da değişiklikleri beraberinde getirdi. Bugün artık en gelişmiş devletlerin bile klasik uluslararası hukuk terminolojisindeki “bağımsız”, dilediği gibi karar verip uygulayabilen devletler olmadığı aşikârdır. Devletler artık birbirleri ile karmaşık ticari ve hukuki ilişkiler zemininde bağlantılı hale gelmiş ve kararlarını alırken diğer devletleri de hesaba katarak hareket eder olmuşlardır.

Bu mevcut fiili durum realist bir bakış açısı ile iç hukuk uluslararası hukuk ilişkisinde pozitivist bir anlayışı da beraberinde getirmiştir. Pozitivist yaklaşım, devletlerin tekil, egemenlik kaygısı ağırlıklı önemi yerine devletlerin birleşmesi ile oluşan ve egemen devletlerce oluşturulan uluslararası hukukun önemini referans alır. Ancak bunu yaparken devletlerin egemenlik ve bağımsızlıklarından kaynaklanan üstünlüklerini göz ardı etmez. Bu teori literatüre düalist teori olarak geçmiştir. Bu yaklaşım, egemen ve bağımsız devletin ürettiği hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sistemini fonksiyonel bazda ayrı ele alarak ikisine de ayrı kişilik ve varlık değeri atfeder.

Bu teoriye göre iç hukuk ve uluslararası hukuk birbirlerinden ayrı olarak var olmuştur. Bu nedenle birbirlerini ikame etmeleri, birbirlerine hakimiyet veya üstünlük tesis etmeleri söz

²⁶⁰ A.g.e., 121.

²⁶¹ Cassese, *International Law*, 214.

konusu değildir. Bu ayrışık yapının teorik ve yapısal nedenleri vardır. Öncelikle uluslararası ilişkiler devletler arası, iç ilişki ve yapılar ise devlet içi nitelik taşır. Bunun sonucu olarak uluslararası hukuk devletler arasında, iç hukuk ise devletin içinde uygulanmak üzere ihdas edilir. Uluslararası hukuk ile iç hukuk sistemlerinin temel bazı niteliksel farklılıkları vardır. Düzenleme alanları farklıdır. Uluslararası hukuk devletler arası ilişkileri düzenlerken iç hukuk bireyler ve bireylerin oluşturduğu grupların ilişkilerini ve bunlar ile devletin ilişkisini düzenler. İki hukuk sistem kaynakları da farklıdır. Uluslararası hukukun kaynakları devletler arası anlaşmalar, uluslararası teamüller iken iç hukuk sisteminin kaynağı kurucu veya kurulu iktidar olarak yasama faaliyeti gösteren yasama organıdır. Bu iki hukuk sisteminin kurallarının nitelikleri de oldukça farklıdır. Uluslararası hukuk kuralları eşit ve bağımsız devletlerin arasındaki ilişkileri düzenleyen nitelikte kurallar iken iç hukuk kuralları egemen devletin ihdas ettiği ve ülke genelinde mutlak otorite ile uygulanacak mahiyette genel, objektif kurallardır.²⁶² Bu yapısal ve ontolojik düalizm sebebiyle her iki hukuk sistemi de birbirinden bağımsız olarak varlıklarını -birbirlerine üstün olmaksızın- sürdürür.²⁶³ Yukarıda bahsettiğimiz gibi uluslararası bir hukuk kuralının iç hukuk sistemine girip işlerlik kazanabilmesi için iç hukukta bir entegrasyon işleminden geçmiş olması gereği bu düalist yapıdan kaynaklanır.

Düalist teori iki hukuk sisteminin, farklılıkları nedeniyle birbirinden ayrı sistemler olarak varlıklarını devam ettirmelerini ön görür. Uluslararası hukuk sistemi devletler arası, buna mukabil iç hukuk sistemi devlet içinde işleyen sistemlerdir. Bunun sonucu olarak, uluslararası hukuk devletler tarafından ortak irade irale üretilirken iç hukuk egemen bir devlet tarafından münhasır yetki ile ihdas edilir.²⁶⁴

Bu kaynak farklılığın her iki hukuk sistemini birbirlerinden bağımsız ve eşit kılar. Yukarıda açıklanan nedenlerle bu iki sistem birbirlerinden üstün veya birbirlerinin yerine geçecek nitelikte değildir, bu sebeple monistlerin iddia ettiği gibi tek bir hukuk sisteminin varlığından söz edilemez. Düalist sistem uyarınca hukuk sistemleri müstakil ve bağımsız oldukları için, uluslararası bir hukuk kuralının iç hukuka etki edebilmesi ancak bir implantasyon²⁶⁵ neticesinde gerçekleşebilir. Düalist sistemde her iki hukuk sistemi de kendi varlığını sürdürür. Uluslararası hukuk kuralının iç hukuka entegre olabilmesi için iç hukuk işlemine ihtiyaç duyması düalist

²⁶² Cassese, *International Law*, 214.

²⁶³ Brownlie, *Principles of International Law*, 32.

²⁶⁴ Shaw, *International Law*, 122.

²⁶⁵ İmplantasyon terimi burada; Dış bir unsurun diğer bir bünyeye transferi ve o bünyenin yapısına uygun hale getirilmesi anlamında kullanılmıştır.

sistemde iç hukukun varlığını devam ettirdiğinin delilidir. Buna karşın uluslararası hukuk sistemi öncelikli monist sistemde uluslararası hukuk kuralının iç hukuka entegrasyonu için iç hukuk sisteminin bir işlemine gerek yoktur. Uluslararası hukuk sistemine öncelik veren Monist sistemlerinin uyguladığı “doğrudan uygulanabilirlik” metodu uluslararası hukuka üstünlük ve öncelik atfeden bir yaklaşımın sonucudur.

Düalitenin ikinci boyutu, uluslararası hukuk sisteminin varlığını korumasıdır. Bu özellik uluslararası hukuk kuralının iç hukuka girmesinden sonra varlığını koruması, eriyerek iç hukuk içinde kaybolmaması ile kendini gösterir. Bir iç hukuk işlemi ile ulusal hukuk düzenine giren uluslararası hukuk kuralı iç hukuk öncelikli monist sistemin aksine varlığını kaybedip bir iç hukuk kuralı haline gelmez, aksine iç hukuk sistemi ile birlikte ve eş zamanlı olarak etkilerini göstermeye uluslararası hukuk kuralı olarak devam eder.

Günümüzde katıksız ve mutlak egemenlik anlayışının esnemesi, devletlerin uluslararası ilişkilerde tam ve mutlak bağımsızlığının, karşılıklı etkileşim ve bağlantılılığa evrildiği gözlemlenmektedir. Mutlak anlamda iç hukuk sistemini esas alan monist yaklaşım özellikle birinci dünya savaşından sonra etkisini yitirmiştir. Sırf hukuk tekniğinden kaynaklanan teorik nedenlerle, adeta bir evrensel hukuk sistemi piramidi varlığını ve bu piramidin üstünde uluslararası hukuk kuralları olduğunu ileri süren Kelsen’ci formalist monist yaklaşım ortaya konulduğu dönemlerde etkin olsa da günümüzde uluslararası hukuk ve iç hukuk sistemi ilişkisinde daha etik ama bir o kadar da realist karma bir yaklaşım hakimdir. Artık bu iki teorinin her birinin kendi alanlarında yetkin şekilde ve paralel olarak birlikte etkin olduğu²⁶⁶, diğer bir ifade ile günümüzde her iki teorinin de tek başına hakim olarak uygulanmadığı söylenebilir.²⁶⁷

²⁶⁶ Brownlie, *Principles of International Law*, 33.

²⁶⁷ Eugene Kontorovich, “The Constitutionality of International Courts: The Forgotten Precedent of Slave-Trade Tribunals”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, N.1 (Dec., 2009), 39-115.

2.3. Devletler Üstü Hukuk.

2.3.1. Kavram ve Esaslar.

Devletler üstü hukuk için yabancı literatürde kullanılan birbirinden farklı iki temel kavram vardır: *Supranational law* ve *Transnational law*. *Supranational law* kavramının tam karşılığı “ulusal üstü hukuk”, *transnational law* kavramının karşılığı ise “sınırlar aşan hukuk” anlamına gelir.

Transnational law uluslararası hukukun ana süjesi olan devletlerin değil, farklı devletlerin tabiiyetinde bulunan gerçek veya özel-kamu hukuku tüzel kişilerinin ilişkilerini düzenler. *Transnational hukuk* liberal uluslararası ilişkiler genel teorisi ve onun çerçevesinde gelişen liberal uluslararası hukuk anlayışı etkisinde geliştirmiştir. Liberal uluslararası ilişkiler teorisi; *i*) uluslararası ilişkilerin yukarıdan aşağıya doğru değil aşağıdan yukarıya etkileşim ile şekillendiğini, *ii*) uluslararası sistem ile devlet içi -yerel-sistemlerin birbirlerinden ayrı yapılar değil etkileşimli ilintili yapılar olduğunu kabul eder.²⁶⁸ Bu bütünlük ve etkileşimli yapı sebebiyle bireyler ve onların oluşturduğu ticari, sosyal, hukuki oluşumlar ile hükümetlere tabi resmi kurumlar ve hükümetler dışı kuruluşlar arasında önemli iş birlikleri gelişmiştir.²⁶⁹ *Transnational hukuk* sistemi sınırları aşan aktiviteleri olan gerçek ve tüzel kişiler marifetiyle gelişmiştir. Kurumsal anlamda *transnational* kişiliklerin bir kısmı klasik uluslararası hukuk sūjeleri olan kurumlar olsa da genellikle bunlar devletlerden bağımsız gönüllülük esası ile hareket eden girişimlerdir ve bu nedenle klasik uluslararası kamu hukukunun hiyerarşik dikey yapılanma usulü ile değil, birbirleri ile yatay düzlemde bağlantı kuran bir düzlemde çalışırlar.²⁷⁰ Sınırları aşan ticari ve ekonomik faaliyetlerden bulunan tacirler ve ticari kurumlar karşılıklı ilişkilerini düzenlemek üzere kurallar geliştirirler. Devletler hukuk sistemlerinden bağımsız ama aynı etkiye sahip bu hukuk kuralları *transnational hukuk* sistemini oluşturur.²⁷¹ *Transnational hukuk* sistemini iç ve uluslararası hukuk sisteminden ayıran temel ölçüt bu hukuk düzenin kaynaklarıdır. *Transnational hukuk*un kaynakları, iç hukuku üreten devlet organları

²⁶⁸ Anne-Marie Slaughter, “A Liberal Theory of International Law” *Proceedings of the 116th Annual Meeting of American Society of International Law*, Cambridge University Press, Feb.2017, 240-253.

²⁶⁹ A.g.e., 241.

²⁷⁰ A.g.e., 242.

²⁷¹ Roger Cotterrell, “The Concept of Law from a Transnational Perspective by Detlef Von Daniels: Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law by Graf-Peter Calliess and Peer Zumbansen” *Law & Social Inquiry*, Vol. 37, N. 2 (Spring 2012), 500-524.

veya uluslararası hukuku oluşturan sözleşmeler, uluslararası örgüt kararları değil, bireylerin ve özel kuruluşların düzenleme ve kararlarıdır.²⁷²

Liberal Uluslararası ilişkiler teorisi üç ayrı hukuk üretim seviyesi olduğunu ileri sürer: **i)** Ülke içinde ve sınırlar aşan şekilde faaliyet gösteren bireyler ve grupların kendilerinin düzenlemeler yapmaları, **ii)** Bu kişilerin faaliyetlerini düzenlemek için devletlerin regülasyonlar yapması, **iii)** Devletlerin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenlemek için uluslararası anlaşmalar ile kurallar koymaları. Bu üç farklı hukuk seviyesi üç ayrı etkileşim ve ilişki düzeyi oluşturur: **i)** Bireyler ve hükümet dışı grupların devlet kurumları gözetimindeki ilişkileri, **ii)** Bireyler ve hükümet dışı grupların doğrudan devlet kurumları ile ilişkileri ve **iii)** Devlet kurumlarının -aşağı doğru etki eder şekilde- birey ve hükümet dışı kurumlar ile olan ilişkileri. Liberal teorinin süjelerin irade serbestisine değer ve öncelik atfeden yapısı yukarıda değinilen ilk tür hukuk üretiminin önünü açar ve geniş bir uygulanma alanı sunar. Açılan bu alanı kullanan sınırları aşan şekilde faaliyet gösteren bireyler ve hükümet dışı kurumlar sınırları aşan faaliyetlerini destekleyecek şekilde iç hukuk kurallarını dolanan ve sınır aşan etkileri, uygulanma alanı olan kurallar sistemi oluşturma yoluna giderler.²⁷³ Bu oluşan hukuki yapı hukuk literatürüne transnational (sınırlar aşan) hukuk olarak girmiştir.

Uluslararası taşımacılık, sınır aşan ekonomik-ticari ve finansal ilişkiler gibi ülkelerin toprak unsurları arasında geçişkenlik ve dolaşım gerektiren alanlar, birden çok ülkenin vatandaşının süjesi olduğu akdi ve medeni hukuk ilişkileri transnational hukuku (sınırlar aşan hukuku) oluşturur. Bu niteliğinden hareketle tanımlamak gerekirse transnational law; ulusal sınırlar dışında faaliyet gösteren süjelere etki etmek üzere üretilen ancak ulusal sınırlar ötesindeki yargı organlarında da ileri sürülüp uygulanma imkanı olan ulusal hukuk kurallarıdır.²⁷⁴

Ulus devletlerin nüvelerinin ortaya çıkmaya başladığı dönemde ulus devletin çekirdeğinin kuvvetlendirilmesi amacıyla 17. yüzyılda, mutlak, sınır kabul etmeyen iç egemenlik anlayışı öne çıkmıştır. *Westphalian* modeli olarak tanımlanan bu egemenlik anlayışı ulus devletlerin inşası sürecinin önemli etkenlerindendi. Bu egemenlik hareketi, devletlerin-prensliklerin imparatorluklardan ve papalıktan bağımsızlaşması esası üzerine inşa edilmişti.²⁷⁵ Bu egemenlik modelinin tetiklediği oluşum uluslararası olmaktan çok iç ilişkilere dönük sonuçlar doğurdu ve

²⁷² A.g.e., 501.

²⁷³ Slaughter, "A Liberal Theory of International Law 240-253.

²⁷⁴ A.g.e.

²⁷⁵ Delphine Alles & Bertrand Badie, "Sovereignism in the International System", *European Review of International Studies*, Vol. 3, N. 2 (2016), 5-19.

ulus devletlerin oluşup gelişmesini sağladı. Ulus devletlerin oluşum sürecinde öne çıkan ve klasik egemenlik anlayışının sabitelerini oluşturan en önemli olgulardan birisi de “demokratikleşme” idi. Westphalian modeli egemenlik modeli ile gelişen devlet-prenslikler siyasi hesaplaşmasını, egemenliklerinin meşruiyetini kilise vasıtası ile sağlayan imparatorluklar ve papalık ile yapmıştı. Bu siyasi hesaplaşma neticesinde kazanılan otonomi ve bağımsızlığın kalıcı olabilmesi için egemenlik teorisi anlamında da papalık ve imparatorluklardan bağımsız bir anlayış gerekmektedir. Bu nedenle egemenliğin meşruiyetini ve temelini ilahi irade olarak kabul eden teokratik egemenlik anlayış yerine egemenliğin kaynağını prensliklerin insan unsuru olan halkta bulan demokratik egemenlik anlayışı benimsendi. Bu sayede artık papalık ve büyük imparatorluklara bağımlı kalmanın teorik gerekçesi de kalmamış oldu. Westphalian modeli egemenlik modelinin ayırt edici vasfı olan ülke toprakları içinde mutlak hakim devlet anlayışının egemenlik teorisi kaynaklı dayanağı böylelikle demokratik egemenlik anlayışı olmuş oldu.²⁷⁶

Bu aşamada kurgulanan egemenlik modellemesini iyi analiz edebilmek için egemenlik kavramını diyalektik bir zeminde incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyim. Bu diyalektiğin tezi; kurulu düzende güç ve hakimiyeti elinde bulunduran güç odağının egemenliği ve onun unsurları, anti tezi ise bu egemenliğe karşı kendi egemenlik alanını oluşturup tezin egemenliğinden kurtulmayı amaçlayan gelişen güç odağının egemenlik arayışıdır. Westphalian modeli egemenlikte tez; papalık ve imparatorlukların (İspanya, Roma Cermen İmparatorlukları) siyasi ve hukuki egemenlik anlayışı, anti tez ise bu güç odaklarının hakimiyetine karşı mücadele edip kendi toprakları üzerinde hakimiyet tesis etmek isteyen prensliklerin egemenlik talepleridir.

16. yüzyılda başlayan coğrafi keşiflere paralel olarak güçlenen ulus devletler-merkezi Avrupa krallıkları papalık ve imparatorluklara karşı Avrupa’da kendi egemenliklerini kazandıktan sonra, dünya coğrafyası üzerinde az gelişmiş, bölgelerde sömürgeler tesis etmeye başladılar. Bu kolonyal dönemde egemenlik anlayışının tez ve anti tezi değişti. Avrupa merkezli kültürel, ideolojik ve teknolojik gelişmişlik merkezi krallıkların sömürgeleri üzerindeki egemenliklerinin meşruiyet kaynağı haline geldi. Artık klasik egemenlik anlayışı döneminin anti tez sahibi prenslikler gelişip merkezi devletler olmuş bu kere kolonyal dönem egemenlik anlayışının tez sahibi haline gelmişti. Bu yeni tez, Avrupalı sömürgeci devletlerin sömürgeleri üzerindeki egemenliklerini meşrulaştırabilmek için kolonyal sistemi destekleyen bir

²⁷⁶ A.g.e.

uluslararası sistem inşa etti.²⁷⁷ Bu dönemde sömürgeci Avrupa devletleri adeta iki yüzlü bir egemenlik anlayışı uyguluyordu. Klasik egemenlik anlayışına göre içeride ve birbirlerine karşı Westphalian egemenlik anlayışı uygulanıyor, egemenliğinin sahibi ve kaynağı olan halkların iradeleri üstünde bir güç kabul edilmiyor. Buna karşı sömürge coğrafyaları üzerinde batılı kimlik değerleri ile üstünlük kazanmış bir anlayış ile yerel halk talep ve iradeleri dikkate alınmıyor idi. Avrupalı devletler, klasik egemenlik anlayışının getirdiği mutlak hakimiyet ve karar verme otoritesi ile siyasi, askeri anlamda gücünün yetiği her uygulamayı yapmaya kendilerini yetkili görüyorlardı.²⁷⁸ 26 Şubat 1885’de kabul edilen Berlin Konferansı Anlaşması’nın 5. ve 6. maddelerinde akit devletler (Birleşik Krallık, Fransa, Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İspanya, Amerika Birleşik Devletleri, İtalya, Hollanda, Portekiz, Rusya, İsveç, Norveç ve Osmanlı İmparatorluğu) birbirlerinin, anlaşma ile belirlenen Afrika kıtası topraklarındaki egemenlik haklarını tanıdılar.²⁷⁹ Devletler uluslararası hukuka halklarının menfaatleri ve çıkarlarına hizmet ettiği sürece bağlı kalmayı²⁸⁰ kabul ediyorlardı. II. Dünya Savaşı’ndan sonra başlayan iki kutuplu dünya düzeni zemininde yürüyen soğuk savaşın sona ermesi ile gelişmekte olan ülkeler bağımsızlık hareketleri ile, soğuk savaş döneminde egemenliklerini kaybeden doğu bloğu ülkeleri de SSCB’nin tarih sahnesinden çekilmesiyle kendiliklerinden tekrar egemenliklerini kazanmaya başladı. Bu hareketlenmenin motoru olan bağımsızlık (self-determination) ilkesi klasik egemenlik anlayışı ile beslenen ulusal egemenlik ve ulus devlet modelini tekrar canlandırdı.²⁸¹

II. Dünya Savaşı’nı takiben, 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra gelişen teknolojik imkanların özellikle iletişim ve mallar ile hizmetlerin Dünya gelişiminde dolaşımını kolaylaştırması ile siyasi ve ekonomik anlamda yeni bir döneme girildi. Bu dönemin anahtar kavramı küreselleşme (*globalizasyon*) oldu. Ülkeler artık iç hukuk düzenlemeleri ile tek taraflı olarak malların ve hizmetlerin hareketlerin, insanların siyasi yönetimini düzenleyemez hale geldiler. Uluslararası sermaye hareketleri nedeniyle günümüz devletlerinin sadece iç hukuk kuralları ile para politikalarını belirleyebilmeleri imkansız hale geldi. Aynı şekilde bilginin serbestçe dolaşımına imkan tanıyan internet karşısında bilginin kontrolü ve iç hukuk kuralları ile kontrol edilmesi de artık mümkün değildir. Globalleşmenin önemli unsurlarından olan bireysel serbest dolaşımın

²⁷⁷ Alles & Badie, “*Sovereignism in the International System*”, 11, 13.

²⁷⁸ A.g.e.

²⁷⁹ [General Act of the Berlin Conference on West Africa \(1885\) \(jusmundi.com\)](https://www.jusmundi.com/en/berlin-conference-1885) (10.08.2023).

²⁸⁰ Spiegeleire vd., *The Rise of Populist Sovereignism*.

²⁸¹ Alles & Badie, “*Sovereignism in the International System*”,14.

yaygınlaşması neticesinden artık ülkeler sağlık politikalarını bile belirleyemez hızlıca yayılan salgın hastalıklar karşısında küresel sağlık tedbirlerine tabi olmak durumunda kalmışlardır. Küreselleşmenin etkileri devletlerin iç hukuk sistemleri kurdukları hegemonyayı hukuki boyuttan önce fiziki anlamda sarsmıştır. Zira küreselleşme devletlerin hukuki egemenliklerine müdahale etmemiş ancak koydukları kuralların etkinliğini azaltmıştır.²⁸²

2.3.2. Devletler Üstü Hukuk Normunun Tanımlanmasında Maddi ve Şekli Kriterler.

Supranationality yatay ve coğrafi etkiden çok, normun uygulanma ve hükmetme etkisini niteleyen ve norma ulusal üstü nitelik yüklemeye matuf bir tanımlamadır. Bu tanımlamada hukukun niteliği biraz daha farklılaşır. *Supranationality*'de kastedilen “*supra*” özellik, etnik, milli herhangi bir unsura üstünlük değil, devletin hukuki egemenlik yetkilerine üstünlük demektir. Bu sebeple *supranational law* un doğru karşılığı kanaatimce “devletler üstü hukuk” ifadesidir. Zira gerçekte vurgulanmak istenen mezkûr sistemin devletin hukuki egemenliğinin üstünde bir hukuk sistemi olduğudur.

Bu özelliği ile “devletler üstü hukuk normu”; iç hukuk sistemine, iç hukuk sisteminin özel kabul prosedürü gereksiz giren ve hükmünü icra eden hukuk normu demektir. Bu açıklamalarımız ışığında biz bu çalışmamızda *supranational* ifadesine karşılık olarak, “ulusal üstü” değil “devletler üstü” terimini kullanmayı tercih edeceğiz.

Devletler arası olması genel kural olan uluslararası hukuk kurallarının hangi hallerde devletler üstü nitelik kazanacağına dair genel geçerli teorik bir tanımlama mevcut değildir. Bu çalışmamızda bir devletlerarası normun hangi nitelikleri taşıması halinde devletler üstü hukuk normu olarak kabul edilmesi gerektiği ve bunun sonuçlarında dair analizlerde bulunmaya çalışacağız.

Uluslararası hukuk ve iç hukuk farklı iki hukuk sistemi midir? Yoksa eklenerek birbirlerini tamamlayan tek bir hukuk sisteminin parçaları mıdır? Bu soru uluslararası hukuk ve anayasa hukukunun önemli tartışmalarından birisini tetikler. Sorunun cevabı egemenlik teorisi ve devletin egemenlik yetkilerinin kapsamı, egemenlik yetkilerinin ihlal edilip edilmediği, devredilip devredilmediği tartışmalarının da sebebidir çoğu kez. Egemenlik mutlak ve asli bir yetki olduğu için bölünemez ve devredilemez bir yetkidir.

Uluslararası hukuk normunun iç hukuka etkisi ve her iki hukuk sisteminin ilişkilerine dair yukarıda açıkladığımız teorilerin sonucu olarak iki sistem arası ilişki şu üç halden birine göre

²⁸² Krasner, *Abiding Sovereignty*, 234, 236.

şekillenir: *i*) Uluslararası hukuk iç hukuka üstün olarak etki eder, *ii*) İç hukuk sistemi temel hukuk sistemi olarak kalır, uluslararası hukuk ancak iç hukuka eklenmek suretiyle etkinlik kazanabilir veya *iii*) Her iki hukuk sistemi kendi etki alanlarında, birbirlerinden farklı ve bağımsız şekilde varlıklarını devam ettirir. Bu sistemlerin sonuçlarına göre uluslararası hukuk devletler arası hukuk olarak kalır ya da devletler üstü hukuka dönüşür.

Hukuk normlarını tasnif ederken maddi ve şekli olarak iki ana kriter kullanılır.²⁸³ Maddi kriter normun içerik ve düzenlemelerine göre tasnifi esas alır. Şekli kriterde ise normun; *i*) taşıması gerekli şekil şartları *ii*) ihdası için gerekli başta yetki olmak üzere diğer şekli şartları esas alır. Maddi kriter, hukuk normunun içeriğine şekli kriter ise bulunduğu hukuk kategorisi, sistematik normatif yapısı, normatif düzendeki sistematik yeri ve şekli unsurlarına ilişkin değerlendirme yapar. Maddi kritere göre hukuk normu genel, soyut, objektif ve süreklilik vasıflarını haiz olmalıdır.²⁸⁴ Şekli anlamda hukuk normu ise -içeriğine bakılmaksızın- ihdası için gerekli olan prosedür ile yetkili organ tarafından üretilmiş kurallardır.²⁸⁵

Maddi-şekli kriter ayrımı devletler üstü norm tanımlanırken de kullanılmalıdır. Bu tasnife göre maddi anlamda devletler üstü hukuk normu; içeriği itibarıyla yüksek ve etik değerler taşıyan, ihlali halinde uluslararası kamu düzeninin ciddi şekilde bozulacağı hukuk kurallarıdır. *Jus Cogens* olarak isimlendirilen bu tip normları Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi; milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak tanımlar (Md. 53/2) Uluslararası anlaşmaların hükümleri ile *Jus Cogens* normlar arasında bir çatışma var ise o kural batıldır (Md. 53/1).²⁸⁶ İnsan hakları hukuku, insancıl hukuk, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları gibi, doğrudan uluslararası hukukun uygulanması aracılığıyla ve gerektiğinde uluslararası mahkemeler nezdinde yargılanabilecek suçları düzenleyen uluslararası ceza hukuku kuralları²⁸⁷ maddi anlamda devletler üstü hukuk kurallarıdır. Ulusal üstü hukukun oluşumunu tetikleyen siyasi ve ekonomik unsurların bir tanesi yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi siyasi ve ekonomik küreselleşme olgusu iken diğeri de insan hakları anlayışıdır. Küreselleşme olgusu iç egemenlik anlayışının tekeline, devletlerin

²⁸³ Işıkaç-Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 119; Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 631.

²⁸⁴ A.g.e.,120; Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 631; Anayurt, *Hukuka Giriş*, 37, 224.

²⁸⁵ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 631.

²⁸⁶ [Vienna Convention on the Law of Treaties \(1969\) \(un.org\)](https://www.un.org/law/instruments/convention-treaties) (12.08.2023).

²⁸⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 29.

teknik ve fiili yetersizlikleri sebebiyle kırmıştır. İnsan hakları boyutunda ise insan haklarının niteliklerini koçbaşı olarak kullanarak kırmıştır. Günümüzde kabul edilen insan hakları sistemi *Westphalian/Vattelien* egemenlik anlayışını sarsmış, devletlerin sınırları içindeki bireylerin haklarını ve özgürlüklerini diledikleri gibi düzenleme haklarını ellerinden almıştır. Küresel insan hakları normları *Westphalian/Vattelien* egemenlik anlayışında kabul edilen devlet otoritesi anlayışında önemli bir değişime sebep olmuştur. *Westphalian/Vattelien* egemenlik anlayışı Avrupa'daki dönemin prensliklerine-devletlerine herhangi bir dış etki (o dönem için Roma Katolik kilisesi -papalık- ve imparatorluklar -Roma Germen-) olmadan özgürce iç hukuk sistemlerini belirleme hürriyeti tanımış idi. Yerel (iç) siyasi iktidarlar herhangi bir dış güç odağına bağımlı olmaksızın ülkeleri içinde uygulayacakları politikaları belirleme hakkına sahip olmuşlardı. 20. yüzyılda gelişen insan hakları anlayışın ise insan hakları konusunda bu anlayışı değiştirmiştir. Evrensel insan hakları kural ve kabulleri artık devletlerin iç egemenliklerini kullanırken nazara almaları gerekli kurallar haline gelmiştir.²⁸⁸

Avrupa Topluluğu kuruluş perspektifinde insan haklarının olduğunu söylemek zordur. Hatta erken evrede insan haklarının hiç gündemde olmadığı, topluluğun kuruluş amacının ekonomik ve ticari olduğu söylenebilir.

Topluluk gündemine insan hakları 1989'dan sonra doğu bloğunun yıkılması ve soğuk savaşın sona ermesi ile girmeye başlamıştır. Soğuk Savaş Dönemi'nin siyasi konjonktürü hukuki mülhazaların önüne geçmiş, ulusal güvenlik ve dış tehdit öncelikleri topluluk kurumları nezdinde üye devletler anayasalarında yer alan temel haklar ve hürriyetler ilkeçilerinin öne çıkmasını engellemiştir. Soğuk Savaş'ın sona ermesini takiben topluluk üyesi devletlerin dış politika öncelikleri ulusal güvenlik ve dış tehdit olmaktan çok temel haklara doğru yönelmiştir.²⁸⁹

Bu ilgisizlik Topluluğun kurucu metinlerine de yansımış, Avrupa Konseyini bir kenara koyarsak Topluluk hukukunun kurucu metinlerinde insan haklarına dair herhangi bir düzenlemede bulunulmamıştır.

Bu eksiklik ilk olarak içtihatı yol ile ABAD tarafından giderilmeye çalışılmış,²⁹⁰ Topluluk hukukunda insan hakları hukukunu ilk olarak ABAD'ın içtihadı ile oluşturulmaya

²⁸⁸ Krasner, *Abiding Sovereignty*, 237.

²⁸⁹ M. İlker Haktankaçmaz, "İnsan Haklarının Korunması Avrupa Birliği İçin Gerçekten Önemli mi?" *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 28, s. 2., (2010).

²⁹⁰ Xavier Groussot, "Fundamental Rights Protection in the European Union Post Lisbon Treaty", *Policies Fondation Robert Schuman / euRoPeAn iSSue n°173 / 14th june 2010*, 1.

başlanmıştır.²⁹¹ ABAD 1960'lı yıllarda Birlik anlaşmalarında insan haklarına ilişkin hükümler olmadığını gerekçe göstererek üye devletlerin bu alandaki düzenlemelerini Birlik hukuku karşısında yok saymış ve üye devletlerin anayasa mahkemelerinden bu konuda gelen direnişi dikkate almamıştır. Mahkeme ilerleyen yıllarda bu yaklaşımını değiştirmiş ve temel hakların hukukun genel ilkeleri kapsamında olduğunu, üye devletler iç hukuklarındaki bu alana dair hükümlerin -özellikle koruma düzenlemelerinin- korunmasını, üye devlet hukuklarında ortak olarak benimsenmiş anayasal geleneklerin bir sonucu olarak Topluluğun amaçları ve yapısı perspektifinde güvenceye alınması gerektiğini savunmuştur.²⁹²

ABAD'ı buna yönelten üye devletler anayasa mahkemelerinden gelen iç hukuklardaki özellikle temel haklara dair anayasal hükümlerin birlik hukukuna üstün olduğu görüşü olmuştur. Üye devletler anayasa mahkemeleri birlik hukuku kaynaklarındaki boşluğu görmüş ve bu boşluğu kendi anayasal sistemlerindeki temel haklara dair hükümler ile doldurma yoluna giderek bu alandaki iç hukuk normları vasıtası ile iç hukuklarına birlik hukuku karşısında üstünlük oluşturmaya çalışmışlardır. Üye devletler anayasa mahkemeleri Topluluk hukukundaki insan hakları boşluğunu görmüş bu boşluğu kullanarak iç hukuklardaki temel haklara dair hükümleri tahkim ederek iç hukuk sistemlerine topluluk hukuku karşısında üstünlük tanıma yoluna gitmiştir. Tam bu aşamada ABAD devreye girmiş, birlik mevzuatının boşluğunu içtihatları ile doldurma yoluna giderek birlik hukukunun üstünlüğünü korumaya çalışmıştır. Mahkemeye göre, birlik anlaşmalarından doğan hukuk sistemi bağımsız ve üstün bir hukuk sistemidir, birlik kuralları ulusal hukuklar tarafından geçersiz kılınamaz, bu üstünlük neticesi olarak birlik hukukunun koyduğu ilkeler ve düzenlemeler, üye devletlerin temel haklara ilişkin anayasal kuralları ile dahi geçersiz kılınamaz.²⁹³ Temel haklar birlik hukuku tarafından da korumaya

<https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0173-fundamental-rights-protection-in-the-eu-post-lisbon-treaty>. (09.10.2023)

²⁹¹ Naz Çavuşoğlu, “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meslelesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 21, S. 1 (2005), 1., [AVRUPA BİRLİĞİ VE İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ: \(dergipark.org.tr\)](http://www.dergipark.org.tr/AVRUPA_BIRLIGI_VE_INSAN_HAKLARI_AVRUPA_SOZLESMESI) (17.10.2023).

²⁹² Efe, “Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Gelişimi”, 49.

²⁹³ Judgment of 17/12/1970-Case 11/70, INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT v EINFUHR- UND VORRATSSTELLE GETREIDE, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011 1134. (19.10.2023).

alınmış temel hukuk prensipleridir bu sebeple üye devletlerin anayasal ilkeleri bunları korumaya dönük bile olsa Birlik hukuku ile uyumlu olmalıdır.²⁹⁴

ABAD'ın bu konudaki içtihat değişimine rağmen mevzuat itibarıyla bir boşluk vardı. Zira AB'yi bağlayacak bir insan hakları metni yoktu. 2 Ekim 2000 tarihinde kabul edilen Temel Haklar Şartı bu boşluğu doldurmak üzere hazırlanmıştır.²⁹⁵

Topluluk yazılı hukukunda somut olarak bir insan hakları hukuk metnine; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilk referans Avrupa Tek Senedi'nin başlangıç bölümünde yer alır.²⁹⁶ Senedin başlangıç kısmında; düzenlemenin amacının, üye devletlerin anayasalarında ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen temel haklar zemininde demokrasiyi geliştirmek olduğu vurgulanmıştır.²⁹⁷ Hukuki düzenlemeler ile yapısal anlamda insan haklarının AB'nin gündemine tam anlamıyla girmesi ise Amsterdam Antlaşması ile olmuştur.²⁹⁸ Amsterdam Antlaşması ile AB Antlaşması'nın pek çok hükmü bu gelişmelerin devamıyla, AB ekonomi endeksli ortak pazar tesis amaçlı kuruluş gayesini geliştirmiş ve insan haklarını tesis– koruma amacına da yönelmiştir. Bu meyanda Amsterdam Antlaşması ile ABAD'a birlik kurumlarının eylem ve düzenlemelerinde temel haklara uygunluk denetimi yapma yetkisi tanınmıştır.²⁹⁹ Amsterdam anlaşması ile Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesi;

Birlik, üye devletlerin paylaştığı, özgürlük, demokrasi, insan hakları ile temel özgürlüklere saygı ve hukuk devleti ilkeleri üzerine kuruludur. Birlik, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından garanti edilen ve Topluluk Hukuku'nun genel ilkeleri olarak üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden doğan temel haklara saygı gösterir.

şeklinde revize edilmiştir. Böylelikle insan hakları AB'nin temel dayanak ve hedeflerinden biri haline getirilmiştir.³⁰⁰

²⁹⁴ Judgment of 17/12/1970-Case 11/70, INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT v EINFUHR- UND VORRATSSTELLE GETREIDE, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011, 1134. (19.10.2023).

²⁹⁵ A.g.3., 63.

²⁹⁶ Naz Çavuşoğlu, “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Mesleesi”, 1.

²⁹⁷ eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT&rid=1, (19.10.2023)

²⁹⁸ Said Vakkas Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 125.

²⁹⁹ Hilal Sanioğlu, “Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları”, *TBB Dergisi*, S. 74 (2008), 83.

³⁰⁰ Efe, “Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Gelişimi”, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Journal of the Institute of Social Sciences*, S. 5, (Bahar Spring 2010), 60.

Bu yönelişin somut adımı ise Lizbon Antlaşması olmuştur.³⁰¹ Lizbon Antlaşması ile Birlik, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıdığı (6/1) ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne katılmıştır (6/2). Lizbon anlaşması ile İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel hakların Birlik hukukunun genel ilkelerinden olduğu kabul ve ilan edilmiştir.³⁰² Bu düzenleme ile ABAD tarafından önceden içtihatı olarak belirlenen yaklaşım Topluluk anlaşmasına eklenmiş oldu.³⁰³

Avrupa Topluluğu temel haklar koruma hukukunun kaynağında ABAD'ın kurucu kararları yer alır.³⁰⁴ ABAD 1960'lı yıllarda Birlik anlaşmalarında insan haklarına ilişkin hükümler olmadığını gerekçe göstererek üye devletlerin bu alandaki düzenlemelerini Birlik hukuku karşısında yok saymış ve üye devletlerin Anayasa Mahkemeleri'nden bu konuda gelen direnişi dikkate almamıştır. Mahkeme ilerleyen yıllarda bu yaklaşımını değiştirmiş ve temel hakların hukukun genel ilkeleri kapsamında olduğunu, üye devletler iç hukuklarındaki bu alana dair hükümlerin -özellikle koruma düzenlemelerinin- korunmasını, üye devlet hukuklarında ortak olarak benimsenmiş anayasal geleneklerin bir sonucu olarak Topluluğun amaçları ve yapısı perspektifinde güvenceye alınması gerektiğini savunmuştur.³⁰⁵ ABAD'ın bu konudaki içtihat

³⁰¹ A.g.e., 127.

³⁰² Lizbon Anlaşması Madde 6: 1. Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar'la aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır. Şart'ta yer alan hükümler, Birliğin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerini hiçbir şekilde genişletmez. Şart'ta yer alan haklar, özgürlükler ve ilkeler; Şart'ın yorumlanması ve uygulanmasının düzenlendiği VII. Başlığı altındaki genel hükümlere uygun olarak ve Şart'ta bu hükümlerin kaynaklarını ortaya koyan açıklamalar gerektiği şekilde göz önünde bulundurularak yorumlanır.

2. Birlik, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne katılır. Bu katılım, Birliğin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz.

3. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar, Birlik hukukunun genel ilkelerinin parçasıdır. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>.

³⁰³ Groussot, "Fundamental Rights Protection in the European Union: Post Lisbon Treaty", 3.

³⁰⁴ Çavuşoğlu, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meslelesi", 1.

³⁰⁵ Efe, "Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Gelişimi", 49.

değişimine rağmen mevzuattaki boşluk yukarıda da değinildiği üzere 2 Ekim 2000 tarihinde kabul edilen Temel Haklar Şartı ile giderilmeye çalışılmıştır.³⁰⁶

2.4. Devletler Üstü Hukuk Normunun Nitelikleri.

Devletler üstü normu tanımlayan şekli kriter ise kanımca iki tanedir; Bunların ilki normun iç hukuk sistemine giriş şeklidir. Devletler üstü hukuk normları iç hukuklara iç hukuklarının herhangi bir implantasyon faaliyetine ihtiyaç duymaksızın doğrudan dahil olurlar. “Doğrudan etki etme” olarak tanımlayabileceğimiz bu etki ile devletler üstü hukuk normu iç hukuk sistemlerine doğrudan dahil olur ve etki eder. Nitekim Avrupa Birliği hukuk sistemi normlarının uluslararası norm olmaktan çıkıp devletler üstü norm haline dönüşmesinin işareti üye devletlere doğrudan etki eder hale gelmeleridir.³⁰⁷

İkinci olarak da iç hukuk sistemine girdikten sonra normlar hiyerarşisinde diğer iç hukuk normlarının üstünde konumlanmalıdırlar. Nitekim ulusal mahkemeler, uluslararası normların iç hukukta da geçerli, uyulması zorunlu hükümler içerdiğine hükmederek iç hukuk kuralları ile uluslararası hukuk kuralları arasında uluslararası hukuk kuralları lehine bir hiyerarşi oluşturarak uluslararası hukuk normlarını devletler üstü hale getirmektedirler.³⁰⁸ Ulusal yargı organlarının uluslararası anlaşmaları değerlendirme tarzı da yukarıda ifade ettiğimiz iki ana özellik çerçevesinde şekillenir: **i)** prosedür olarak uluslararası hukuk normunun iç hukuk sistemine dahil olup olmadığının analizi, **ii)** İç hukuk sistemine dahil olan uluslararası hukuk normunun normlar hiyerarşisindeki konumu.³⁰⁹

Devletler üstü normu nitelerken maddi ve şekli kriterler birlikte analiz edilmelidir. Ancak kanaatimce şekli kriter olmaksızın normun devletler üstü nitelik kazanması söz konusu olamaz. Esas olan şekli tanımlama olmalıdır. Hukuk formel bir yapıdır. Bu formel yapı şekli unsuru olmazsa olmaz kılar. Devletler üstülüğü belirleyen başat nitelik fonksiyonalityedir. Yani o

³⁰⁶ A.g.e., 63.

³⁰⁷ Daniel Wincott, “A Community of Law? 'European' Law and Judicial Politics: The Court of Justice and Beyond” *Government and Opposition*, Vol. 35, N. 1 (Winter-2000), 3-26, 14.

³⁰⁸ Eugene Kontorovich, “The Constitutionality of International Courts: The Forgotten Precedent of Slave-Trade Tribunals”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, N. 1 (2009): 39-115.

³⁰⁹ “Constitutional Courts and International Law: ‘Revisiting the Transatlantic Divide’” *Harvard Law Review*, Vol. 129, N. 5 (March 2016), 1362-1383.

normun iç hukuk sistemlerine doğrudan girmesi ve hiyerarşik olarak iç hukuk normlarının üstünde konumlanmasıdır. Bu fonksiyonalite ise normun içeriğine dair bir maddi husus değil şekli bir unsurdur. Şekli anlamda devletler üstü bir norm içeriği itibarıyla devletler üstü normların düzenlemesi gerektiği alanları düzenlemiyor olsa bile bu eksiklik normun devletler üstülük niteliğini zedelemeyebilir. Buna mukabil maddi anlamda devletler üstü nitelik taşıyan bir norm iç hukuklara iç hukukun kabul ameliyesine ihtiyaç duymaksızın nüfuz edemiyor, girdiğinde de iç hukuk hiyerarşisinde üste konumlanmıyor ise devletler üstü hukuk normu olarak kabul edilmemelidir.

Uluslararası hukuk-iç hukuk sistemlerinin ilişkisi, uluslararası hukuk kurallarının iç hukuka nasıl dahil olacağı ve dahil olduktan sonra hangi hukuk sistemine dair kuralın üst ve öncelikli hukuk olacağı meselesinde düğümlenir. Bu iki mesele devletler üstü hukuk kuralının iki temel, olmazsa olmaz *-sine qua non-* özelliğini ortaya çıkartır.

Uluslararası hukuk kuralları günümüzde klasik dönemin aksine sadece devletler arasındaki ilişkilerde uygulanacak nitelikte kurallardan oluşmaz. Uluslararası hukuk artık “uluslararası” olmanın yanı sıra, “transnational” (sınırlar aşan) hatta “supranational” özellik kazanmıştır. Bu değişim ve dönüşüm neticesinde uluslararası hukuk artık sadece devletlerarası, devletlerce belirlenen ve devletlerin üst egemen kişiliğini bir diğerine karşı bağlayan kurallardan değil devlet üstü kurallardan oluşmaktadır. Devletler üstü hukuk kuralları hiyerarşik anlamda devletlerin hukuki egemenlik yetkileri ile ihdas ettikleri iç hukuk kurallarının üstünde konumlanır.

Bir hukuk kuralının niteliği onu oluşturan irade kadar o kuralın süjesi yani etki alanı da esas alınarak değerlendirilir. Örneğin kamu hukuku – özel hukuk ayrımının önemli kriterlerinden birisi de normun kime uygulanacağıdır. Bu kritere göre eğer bir hukuk normu sadece kamusal yetki kullanan kamu otoritelerine veya kamu otoritesi ile ilişkiye giren özel hukuk kişilerine uygulanacak ise o kural bir kamu hukuku kuralıdır.³¹⁰

17. ve 18. yüzyılda, devletler arası ilişkileri düzenleyen, sadece devletleri süje olarak kabul eden uluslararası hukuk kurallarının niteliği tartışma konusu olmuştur. Uluslararası sistem içinde eşit ve bağımsız kabul edilen devletleri ilgilendiren, devletlerin birbirleriyle yaptıkları anlaşmalardan, uluslararası teamüllerden doğan kurallar devletler için bağlayıcıdır. Fakat, uluslararası hukuk kurallarının bazılarının devletler üstü nitelik taşıması uluslararası hukuk ve iç hukuk ilişkisinde yeni bir çatışma ve gerilim alanı oluşturur.

³¹⁰ Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 74; Loughlin, *The Idea of Public Law*, 153; Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Birinci Cilt*, 15.

Genel kabul ve uygulama olarak bir uluslararası hukuk kuralının iç hukuk sistemine etki edebilmesi o kuralın iç hukuk sistemlerine bir implantasyon ile eklememesine bağlıdır. İki ana teorik gereklilik neticesinde bu kuralın uygulanmadığı, uluslararası hukuk normunun yürürlük kazanmasını takiben kendiliğinden ilgili devletin iç hukuk sistemine etki etmeye başladığı durumlar söz konusu olabilir. Bu tip uluslararası hukuk normları devletler arası değil devletler üstü normlardır.

Etik (natüralist) monist teori devletler üstü normları normun içeriği ve taşıdığı etik değer üzerinden tarifler. Bu teoriye göre hukukun amacı bireyin hakları ve menfaatlerini korumak ve geliştirmektir. Bu niteliği haiz, söz gelimi insan hakları, insancıl hukuk veya uluslararası ceza hukukuna ait düzenlemeler bu tip normlardır. Ancak devletlerin egemenlik hakları bloğu karşısında bu yaklaşım çok fazla yaygınlaşma imkanı bulamamıştır.

Teorik anlamda bir uluslararası hukuk normunun devletler üstü olması; onun etki gücü ve etki alanının devletlerin egemenlik yetkilerini aşması anlamına gelir. Costa Vs. Enel kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı birlik hukukunun üstünlüğünü vurgularken bu iki ana özelliği vurgulamıştır. Mahkemeye göre; sıradan uluslararası antlaşmaların aksine AB Antlaşması, yürürlüğe girmesiyle üye devletlerin hukuk sistemlerine doğrudan dahil olarak etki eden ve üye devletlerin yargı organlarını bağlayan kendi hukuk sistemini inşa etmiştir. AB, uluslararası sistemde etkin bir hukuki kişiliğe sahip bir yapı olarak, kendine özel kuralları, personel yapılanması, hukuk düzeni oluşturmuştur. Bu hukuk düzeni, üye devletlerin egemenlik haklarından birliğe transfer ettikleri yetkiler de kullanmak suretiyle üye devletleri ve vatandaşlarını bağlayan bir hukuki yapı haline gelmiştir.³¹¹ Yukarıda da ifade edildiği üzere kanaatimce devletler üstü hukuk normunun iki temel özelliği vardır; *i*) “Direkt Etki”; Devletler üstü hukuk normları başkaca bir hukuki işleme ihtiyacı olmaksızın iç hukuk sistemlerine dahil olur ve yürürlük kazanırlar, *ii*) “Otonomi”. Devletler üstü normlar girdikleri iç hukuk sisteminde otonomiye sahiptir. İç hukuk sisteminin normlar hiyerarşisi sistemine tabi olmazlar. Diğer bir ifade ile devletler üstü normun iç hukuk kurallarına aykırılığı ileri sürülemez. Otonomi devletler üstü normun iç hukuk sisteminin normlar hiyerarşisi düzenindeki asgari seviyesini işaret eder. İç hukuk normlarının hiyerarşisinden bağımsız-otonom-olmayan bir uluslararası hukuk normu devletler üstü nitelik taşıyamaz. Devletler üstü hukuk normları azami düzeyde etki kazandıklarında ise iç hukukun normlar hiyerarşisinde en üst seviyeye yerleşir ve bu durumda artık iç hukuk normları devletler üstü hukuk normlarına aykırı olamazlar.

³¹¹ eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006 593., (18.08.2023)

Bir uluslararası hukuk normunun devletler üstü sayılabilmesi için bu iki niteliği de haiz olması gerekir. Zira bu nitelikler devletin iç hukukta mutlak olan hukuki egemenlik yetkisinin tüm boyutlarını aşan niteliklerdir. Nasıl ki iç egemenlik iç hukuk sistemi referans olarak tanımlanıyorsa, dış egemenlik de uluslararası hukuk sistemi ve bu sistemin normlarının niteliği esas alınarak tanımlanır. Bu nedenle bir hukuk kuralının uluslararası hukuk kuralı olmaktan çıkıp devletler üstü hukuk normu haline gelebilmesi o normun uluslararası niteliğinin evrilmesine bağlıdır. Bunlardan birisinin eksik olması normun devletler üstü olma niteliğini zedeler. Kanımca “devletler üstülük” aynı egemenlik kavramında olduğu gibi bütüncüllük arz eden niteliklerdir “biraz” veya “kısmi” olarak kabul edilemez. Bu nedenle yukarıdaki unsurların her ikisini birden taşımayan bir norm “devletler üstülük” niteliği kazanamaz. Bir hukuk kuralının diğerinden üstün olarak kabul edilebilmesi için iki ana ölçütün birlikte tesisi gerekir; **i)** Üstün norm alt derecedeki norma geçerlilik sağlayan kaynak olmalıdır **ii)** Alt derecedeki normun üstün norma aykırılığı o normun hukuk düzeninden kaldırılması -iptali- ile müeyyidelendirilmiş olmalıdır.³¹²

Devletler üstü hukuk normları, iç hukuk normlarından üstündür ve iç hukukta doğrudan uygulanabilme niteliğini haizdir. Ancak hukuk sistemleri resmi yapılar olduğu için sadece bir teorinin öngörüsünden hareketle devletler üstü hukuk normunun iç hukuklara doğrudan etki etmesi söz konusu olamaz.

Hukuk sisteminde bir normun hukuki sonuçlar doğurabilme kabiliyetini tanımlayan “geçerlilik” olgusuna dair 3 temel teori vardır; **i)** Normun geçerliliğini bir takım değersel ilkelere – ahlaki, dini vb.- uygunluğuna göre belirleyen “aksiyolojik geçerlilik” teorisi,³¹³ **ii)** Maddi Geçerlilik Teorisi; buna göre normun geçerliliği onun etkinliğine göre belirlenir.³¹⁴ **iii)** Biçimsel Geçerlilik (Pozitivist geçerlilik) Teorisine göre ise norm içinde yer aldığı hukuk sisteminin şekil şartlarına uygunluk taşıyorsa geçerlidir.³¹⁵ Hukuk sistemleri formel yapılardır. Formel yapı hukukun şartıdır ve ancak hukuk normu ile tesis edilebilir. Devletler üstü bir hukuk normunun iç hukuk sistemine doğrudan uygulanabilir olması için ilgili devletin uluslararası sistem düzleminde bu hususu kabul etmesi, iç hukuk mevzuatında da herhangi bir entegrasyon işlemi öngörmemesi gerekir. Bunun sonucu olarak ifade etmeliyiz ki “doğrudan uygulanabilirlik” ancak bir devletin kendi kabulü ile mümkün olabilir.

³¹² Sezer, Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)365., 368.

³¹³ Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Kitabevi Yayınları (Bursa-1999), 64.

³¹⁴ A.g.e., 72.

³¹⁵ A.g.e., 82.

Hukuk sisteminde normlar arası hiyerarşi ancak o hukuk sisteminin bunu normatif olarak düzenlemesi ile olur. Normlar hiyerarşisi kavramsal veya maddi bir olgu değil, formel bir yapının sonucudur. Hiyerarşiyi öngören formel yapıyı kavramsal bir zemin tetikler; bazı normların niteliğine göre diğer normların üstünde olması gereği kavramsal zeminde belirlenir. Ancak hukuk düzeninde bağlayıcı ve geçerli bir normlar hiyerarşisinden bahsedebilmek için bunu hukuk sisteminin resmi ve şekli olarak düzenlemesi gerekir.

Örnekleyecek olursak, birçok hukuk sisteminde anayasalar en üst hukuki metindir. Bu anlayışa göre hukuk sisteminin en üstün normu tüm hükümleri tek bir metinde toplanmış yazılı Anayasa metnidir.³¹⁶ Anayasanın en üst basamağını teşkil ettiği bu hiyerarşik yapıda normların hiyerarşik değerleri formel yapılarına bakılarak belirlenir. Anayasaların bir maddi bir de şekli içeriği vardır. Anayasaların maddi içeriği, devletin organları, işleyiş şekli ve niteliklerine ilişkin hükümler ile temel haklar ve hürriyetler rejimine ilişkin hükümlerdir.³¹⁷ Ancak bir norm sadece yukarıda sayılan içeriklere sahip olmakla anayasal norm haline gelip kurallar kademelenmesinde anayasal norm basamağına yerleşemez. Bunun gerçekleşebilmesi için biri hiyerarşik sistemin oluşumuna dair usuli, diğeri ise normun şekli niteliğine dair olmak üzere iki şartın gerçekleşmesi gerekir.

Usuli şartı anayasa hukuku terminolojisi ile izah edecek olursak; elimizde yazılı ve katı bir anayasanın olması ve bu katı anayasada normların nasıl bir hiyerarşiye tabi olduğunun belirtilmiş olması gerekir. Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11. maddesinde kanunların anayasaya aykırı olamayacağı; 90. maddesinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı; 104. maddesinde anayasada münhasıran kanun ile düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkartılamayacağı, kanunla önceden düzenlenmiş konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkartılamayacağı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanunlar arasında farklı hükümlerin bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağı ve 124. maddesinde Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliklerinin kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkartabileceği düzenlemeleri ile Türk hukuk sisteminin hiyerarşik düzeni anayasal seviyede belirlenmiştir.

³¹⁶ Sezer, Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)359.

³¹⁷ Engin Saygın, *Constitutional Law*, 2. Bs., (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 32.

Şekli şartta ise ilgili normun şekli anlamda ikmal edilmiş olması diğer bir ifade ile hiyerarşide ilgili basamaktaki normun şekli özelliklerini taşıması gerekir. Örneğin siyasi partilere ilişkin, seçime ilişkin anayasal hükümler anayasanın üstünlüğü kuralı gereği üstün norm (supreme norm)dur. Ancak Siyasi Partiler Kanunu'ndaki siyasi partilere ilişkin hükümler ve Seçim Kanunu'ndaki seçimlere ilişkin hükümler üstün norm değildir. Herhangi bir kanun karşısında siyasi partiler kanunu veya seçim kanunu hükümlerinin üstün olduğu iddia edilemez. Üstün olan yazılı anayasadaki, şekli anlamdaki anayasal normlardır. Bunun sonucu olarak; yazılı anayasalarda düzenlenmiş ve şekli anlamda anayasa normu olan kurallar, maddi anlamda anayasal hüküm olmasa bile hiyerarşik anlamda anayasal norm değeri kazanırlar. Bu nedenle maddi anlamda anayasal norm olmayan kıyılarının korunması, gençliğin korunması gibi hükümler şekli anlamda anayasal norm oldukları için normla hiyerarşisinde diğer kanunlardan üstündür. Hatta ironik bir açıdan bakacak olursak kıyılarının korunmasına ilişkin şekli anayasa hükmü, maddi anlamda anayasa hükmü olan Siyasi Partiler Kanunu'ndaki bir hükümden üstündür ve Siyasi Partiler Kanunu bu hükme aykırı olamaz. Zira Anayasa'mızdaki sistem kurucu, ikincil norm nitelikli³¹⁸ düzenlemeler normatif hiyerarşiyi bu şekilde kurmuştur.

Uluslararası hukukta da benzer bir yapılanma söz konusudur. Uluslararası hukuk normunun devletler üstü niteliği kazanabilmesi için sadece onun içeriğinin etik natüralist monistlerin iddia ettiği gibi bazı değerleri taşıması yeterli olmaz. Devletler üstü niteliğe sahip olabilmesi için normun iç hukuk sistemlerinde doğrudan uygulanabilir olması ve iç hukuk sistemindeki diğer normların üstünde olması gereklidir.

Bu nitelikler uluslararası hukuk normunu devletler üstü hukuk normu haline getirir. İç hukuk normlarında olduğu gibi uluslararası hukuk normlarının da normatif hiyerarşik değer kazanımında normun içeriğinin maddi anlamı sadece kavramsal olup hukuk metodolojisi anlamında önem taşımaz. Uluslararası hukuk normunun devletler üstü hukuk normu haline gelebilmesi için normlar hiyerarşisinin tesisinde aranan yukarıda bahsettiğimiz iki şartın birlikte gerçekleşmesi gereklidir.

Bir uluslararası hukuk normunun devletler üstü hukuk normu haline gelmesi bir yönüyle uluslararası hukuk meselesidir. Ancak diğer bir yönüyle de iç hukuk meselesidir. Zira uluslararası hukuk normunun devletler üstü hukuk normu haline gelmesi demek olan o normun iç hukuk sistemlerine üstün norm olarak doğrudan etki etmesi normun fonksiyonallitesi bakımından bir iç hukuk meselesidir. Bir başka bakış açısıyla ifade etmek gerekir ise devletler üstü hukuk normu organik ve ontolojik olarak uluslararası hukuk sisteminin bir unsuru,

³¹⁸ Işıқтаç – Metin, Hukuk Metodolojisi, 147.

fonksiyonel olarak ise iç hukuk sisteminin bir unsurudur. Önceden de belirttiğimiz gibi devletler üstü hukuk normunu uluslararası hukuk normundan ayıran onun maddi kriterlere göre belirlenen içeriği değil, iç hukuk sistemlerine serbestçe nüfuz edip en üst seviyeye yerleşerek hükümlerini icra edebilme kabiliyetidir.

Normlar hiyerarşisinin tesis edilebilmesi için ön gördüğümüz şartlar burada da geçerlidir. Zira bir uluslararası hukuk normunun devletler üstü norm haline gelişi iç hukuk sistemi bakımından bir normlar hiyerarşisi meselesidir. Bu nedenle, devletler üstü hukuk normunun iç hukukta etkin olabilmesi için, ilgili iç hukuk sisteminin sisteme giren uluslararası hukuk normunu tüm iç hukuk normlarının üzerinde konumlandığı bir normatif hiyerarşi kurgulamış olması gereklidir.

Normatif hiyerarşinin bu kurgusunun bizi getirdiği yerde şu husus önem kazanır: Uluslararası hukuk normu içeriği ne olursa olsun kendiliğinden devletler üstü hale gelemez. Mutlaka iç hukuk sisteminin bunu kabul etmesi gerekir. Bu kabul şu sonucu doğurur ki devletler üstü hukuk normlarının uluslararası organların kararı veya uluslararası sözleşmelerin hükümleri olarak iç hukuk sistemlerine girmeleri ve devletler üstü etki oluşturabilmeleri neticede yine ilgili devletin kabulüne bağlıdır.

2.5. Türk Anayasal Sisteminde Devletler Üstü Norm Etkisi.

Anayasa'mızın 90. maddesi hassas bir düzenleme ile bu iki temel niteliği ayrıştırarak uluslararası hukuk normlarına iç hukuk sistematiğinde üstünlük vermekten kaçınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında; ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmaların, devlet maliyesine yük getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı ülkelerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla birinci fıkradaki entegrasyon şartı olan TBMM'nin kanunla uygun bulmasına gerek olmaksızın yürürlük kazanacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm ile bazı uluslararası normların iç hukuka entegrasyonunda devletin egemenlik yetkisi atlanmıştır. Maddenin son fıkrasında ise; usulüne göre (Ay. 90/1) yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere dair antlaşmalarla kanunların aynı konularda farklı hükümler içermesi halinde çıkacak uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm ile de uluslararası hukuk normuna yukarıda belirttiğimiz hukuk sistematiğinde üstünlüğün asgari seviyesi olarak kanunlar karşısında otonomi sağlanmıştır.

Anayasa bu düzenlemelerinde dikkatli bir denge gözetmiştir. Yukarıda saydığımız iki niteliği “direkt etki” ve “otonomi”yi birlikte tanımamıştır. Maddenin ikinci fıkrasında doğrudan

uygulanabilirlik imkanı tanınmış ancak sisteme entegre olan uluslararası normun, kanunlar karşısında herhangi bir üstünlüğü veya önceliği düzenlenmemiştir. Son fıkrada ise uluslararası norma otonomi tanınmış, normun kanunlara aykırı düzenlemeler içerse bile kanunlara karşı tercih edilerek uygulanacağı düzenlenmiştir ancak bu defa da uluslararası norma iç hukuka entegre olabilmesi için bir entegrasyon ameliyesinden geçme -TBMM tarafından kanun ile uygun bulunma- şartı getirilmiştir. Bu ameliye o kadar kesindir ki bir bakıma artık o uluslararası normun “uygun bulma” kanunu ile bir iç hukuk işlemi olan kanun haline getirildiği bile ileri sürülebilir. Nitekim şekli kanun anlayışına göre yasama organının şeklen kanun formunda ürettiği her kural kanun niteliğindedir. Kanun genel, nesnel, soyut ve kamu yararı amacı taşıyan hukuk kurallarıdır. Bir ülkedeki kurulu hukuk düzenini oluşturan temel hukuki metin kanunlardır. Yasama faaliyeti de kanunları oluşturmak bakımından, hukukun oluşturulması faaliyeti olarak nitelendirilebilir,³¹⁹ bu niteliği ile yasama faaliyeti, anayasal sınırlar içinde kalarak, devletin hukuk düzeninin inşa edildiği faaliyettir.³²⁰

Anayasamız bu bilinçli tercih ile uluslararası hukuk normlarının Türk hukuk sistemine devletler üstü nitelik kazanarak girişine izin vermemiştir. Bu düzenleme sistematığının sonucu olarak Türk Anayasal sisteminin uluslararası hukuk kurallarını iç hukuka üstün kabul etmediği sonucuna varabiliriz.³²¹

2.6. Devletler Üstü Hukukun Kaynakları.

2.6.1. Uluslararası Antlaşmalar.

Devletler üstü normların devletin iç hukuk sistemine herhangi bir implantasyon ve entegrasyon faaliyeti gerektirmeksizin doğrudan etki edebiliyor oluşu ve normlar hiyerarşisinde en üst sıraya konumlanması devletin egemenlik yetkisi ile çatışmaya sebep olacaktır. Zira çalışmamızın ilk bölümünde belirtmeye çalıştığımız üzere hukuk sistemi modern devletin egemenlik yetkisinin tecessüm ettiği alandır. Bu alanda devletin mutlak anlamda egemenliği söz konusudur.

Uluslararası hukuk sistemi egemenliğin dış boyutudur ve bağımsız ve eşit devletler arasında işleyen bir sistemdir. Bu hukukun oluşmasına ana sükeler olan devletler eşit oranda ve şekilde katkıda bulunma hakkına sahiptir. Bu nedenle devletler üstü normun yukarıda sayılan

³¹⁹ Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Birinci Cilt*, 153.

³²⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* 260; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 211.

³²¹ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 1034.

özelliklerinin devletin egemenlik yetkilerini zedelediği ileri sürülebilir. Ancak normun iç hukuk sistemine dahil oluşu ve etkilerini düzenleyen hukuki zemin bu endişeyi büyük ölçüde giderir. Zira devlet, adeta monist bir yapılanmayla, kendi iç hukukuna bir üst hukuk sistemi eklemleyerek, uluslararası hukuk normunun devletler üstülüğünü kendi egemenlik yetkisini kullanarak oluşturmaktadır. Devletler üstü hukuku oluşturan irade yine devletin iradesidir.

Devletler üstü hukuk normları karşısında devletin egemenlik yetkisine sağlanan bu güvenli alan tüm devletler üstü hukuk normları için de geçerli midir? Diğer bir ifade ile bazı devletler üstü hukuk normlarının devletin egemenlik yetkisini ihlal ettiği ileri sürülebilir mi? Kanımca bu soruya yukarıda bahsettiğim güvenli alanın özelliklerini analiz ederek cevap vermek doğru olacaktır.

Uluslararası hukuk normunun devletler üstü nitelik kazanması normun maddi kriterlere göre değerlendirilmesi ile değil, norma şekli unsurların eklenmesi ile gerçekleşir. Bu nedenle devletler üstü normun organik (kaynak bazlı) değerlendirilmesi egemenlik yetkileri kapsamındaki çatışmanın analizinde en etkili değerlendirme ölçütü olacaktır. Zira devletler üstü normun egemenlik yetkileri ile çatışması içeriği üzerinden değil, iç hukuk sistemleri ile ilişkisi üzerinden gerçekleşir.

Devletler üstü norma karşı egemenlik yetkilerini güvenli tarafta tutan güvenli alan tam da bu ilişkinin kurulduğu başlangıç noktasında oluşmaya başlar. Bir uluslararası hukuk normunun fonksiyonel anlamda devletler üstülük niteliği kazanıp iç hukuklara etki edebilmesi devletin egemenlik yetkisi ile bu yöndeki kararına ve kabulüne bağlıdır. Zira önceden de değinmeye çalıştığım gibi devletler üstülük niteliği kazanmasında normun maddi anlamdaki içeriğinden ziyade iç hukuk sistemlerine etki gücü ve sisteme (doğrudan uygulanmasına) bağlıdır. Bu nedenle devletler üstü normun iç hukuka girmesi ve iç hukuklardaki hiyerarşik statüsü devletlerin inisiyatifi altında gerçekleşiyor ise egemenlik yetkileri korunur. Buna karşın, uluslararası hukuk normunun iç hukukuna girmesi ve iç hukukunda üst norm olarak yerleşmesinde devletin inisiyatifi söz konusu değil veya etkisi kısmi ise bu kısmilik kadar egemenlik yetkisinin zedelendiğinden bahsedebiliriz.

Hukuk kurallarının kaynağı ve ihdas usulleri hukuk sistemlerinin yapılarını analiz etmede önemli bir mihenk taşıdır. Hukuk kurallarının kaynakları şekli ve maddi olarak iki grupta toplanır. Şekli kaynaklar ilgili hukuk sisteminde anayasal düzeyde belirlenmiş hukuk kuralı ihdası için gerekli prosedüre uyularak yapılan hukuk kurallarıdır. Maddi kaynaklar ise daha ziyade uygulama ile gelişmiş ve içerik itibarıyla hukuk kuralı gibi kabul gören, bağlayıcılığı resmi olmaktan çok ona uyma dürtüsü ile desteklenen, şekli anlamda tam olarak formal prosedür gerekliliklerini karşılamayan kurallardır. Bu ayırım iç hukuk sistemlerinde daha

belirgindir. Zira iç hukuk sistemleri, normatif hiyerarşi altında düzenlenmiş, norm üretimi belirli bir prosedüre tabi kılınmış ve normların müeyyideleri devlet otoritesi tarafında takip edilen yapıya sahiptir.³²²

İlk bakışta uluslararası hukukta hiyerarşik anlamda üstün, bağlayıcı şekilde hukuk ihdas yetkisini haiz bir yasama mekanizması yoktur. Gerçekte, derinlemesine bakıldığında görülecektir ki uluslararası hukuk sisteminde eksik olan şey uluslararası çapta genel ve bağlayıcı kural koyma faaliyeti değil, bağlayıcı olarak ihdas edilen kuralların zorla yerine getirilmesine dönük mekanizmalardır. Günümüzde özellikle sınır aşan ilişkilerin yoğunluğunun sonucunda pek çok uluslararası örgüt kurulmuş ve bu örgütler adeta uluslararası yasama organları gibi çalışarak pek çok kural ihdas etmişlerdir.³²³ Ancak bu kuralların kaynak örgütlere üye olmayan veya bir şekilde statülerini kabul etmeyen diğer devleteler üzerinde bağlayıcı etkisi yoktur.

Bu eksiklik tesadüfi değildir. Zira uluslararası sistemin temel özelliği devletlerin eşitliği ve bağımsızlığıdır. Devletler bağımsızlıklarını koruyabilmek için egemenlik yetkilerinden taviz vermek anlamına gelecek şekilde kendilerini bağlayıcı kurallar ihdas eden bir uluslararası yasama yetkisi fikrine sıcak bakmamışlardır.³²⁴ Bu eksiklik yukarıda ifade edilen hukukun maddi ve şekli kaynağı ayırımının etkisini azaltır. Devletlerin bir araya gelerek akdettikleri ve sadece akit tarafları bağlayan uluslararası antlaşmalar, statülerini kabul eden devlet için bağlayıcı olan uluslararası mahkemelerin kararları, hatta Birleşmiş Milletler'in uluslararası sistemdeki tüm sùjeleri bağlayan hukuk kaynakları değil sadece ilgili kararların oluştuğu mekanizmaların yasama yetkisini kabul eden devletleri bağlayıcı niteliktedir. Her ne kadar dünya üzerindeki ÷lkelerin büyük bir çoğunluğu Birleşmiş Milletler'e üye olmakla güvenlik konseyinin kararlarını bağlayıcı olarak kabul etmiş ise de *de jure* olarak güvenlik konseyi kararları Birleşmiş Milletler'e üye olmayan herhangi bir ÷lkeyi -velev ki bir tek ÷lke bile olsa- bağlayıcı nitelikte devletler üstü hukuk kuralları değildir. Bu nedenle uluslararası hukukta genel bağlayıcı kurallar daha teknik bir ifade ile iç hukuk sistemlerindeki niteliği ile şekli kaynaklar yoktur.³²⁵

³²² Brownlie, *International Law*, 3, 4; Cassese, *International Law*, 153; Shaw, *International Law*, 65.

³²³ Ramses A. Wessel, "Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation?", *International Organizations Law Review*, S. 8 (2011), 253–265.

³²⁴ Cassese, *International Law*, 155.

³²⁵ Brownlie, *International Law*, 4; Cassese, *International Law*, 153; Shaw, *International Law*, 66.

İç hukuklara doğrudan etki eden ve üstün norm haline gelen devletler üstü hukuk normlarının varlığı yukarıda anlatageldiğimiz kabuller ile çelişiyor gibi gözükse de devletler üstü hukuk normunun: *i*) İç hukuk sistemlerine etki mekanizmalarının hukuki niteliğine, *ii*) Normun kendi yapısına ve kaynak değerine bakılacak olursa gerçekte ortada bir çelişki yoktur.

Devletler üstü hukuk normuna bahse konu üstün nitelikleri ve iç hukuka doğrudan etki gücünü devletlerin kendisi verir. Zira iç hukuk sistemleri devlet tarafından düzenlenir ve devletler üstü normun bu sistemdeki yeri ve etkisi yine devletin kendi kararı – kabulü ile gerçekleşir. Örneğin Türk hukuk sisteminde temel hak ve hürriyetlere dair antlaşmaların kanunlara aykırılığının ileri sürülememesi kuralı, uluslararası hukuk kuralı olarak değil bizatihi iç hukuk düzenlemesi olan Anayasa'nın 90. maddesi ile konulmuştur. Bu nedenle devletler üstü hukuk normunun iç hukuklara etki mekanizması ve hiyerarşik konumu bakımından devletin egemenlik yetkisinin ihlal edildiği veya görmezden geldiği iddia edilemez.

Devletin egemenlik yetkisinin görmezden gelinmediği, dolayısıyla egemenliğin ihlal edilmediğinin bir diğer işareti de devletler üstü normun ihdas sürecinde belirginleşir. Devletler üstü hukuk normları organik olarak uluslararası hukuk normlarıdır. Herhangi bir uluslararası hukuk normunun oluşmasından farklı bir usule tabi olmayıp farklı, özel bir kaynaktan doğmazlar. Diğer uluslararası hukuk kaynaklarında olduğu gibi devletler üstü hukuk normları da bir uluslararası anlaşmanın hükmü, uluslararası örgüt kararı, örf, adet ve teamüller ile ihdas edilir.

Uluslararası antlaşmaların tarafları eşit egemen (bağımsız) devletlerdir. Devletler bu anlaşmalara katılmakta ve içeriklerini belirlemekte serbesttir (Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Başlangıç kısmı 4. paragraf).³²⁶ Egemenlik yetkilerini kullanarak antlaşma müzakerelerine katılır veya sonradan içeriklerini benimseyerek kabul ederler. Kabulü, katkısı olmaması halinde anlaşmanın oluşması veya kabul etmeyen devlete uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle uluslararası bir antlaşma ile ihdas edilen devletler üstü bir normun hukuki yetkisi eşit ve bağımsız bir devletin egemenlik yetkisini kullanarak verdiği karardır. Daha sonra bu kurallara uyulması, *Pacta Sunt Servanda* (ahde vefa) kuralı gereğince tarafın taahhüdüne uyması ilkesinin doğal bir sonucudur. Devletler katıldıkları antlaşmanın hükümlerine iyi niyetli olarak riayet etmek zorundadır (VAHS Başlangıç kısmı 4. Paragraf, Md. 26)³²⁷.

Bu perspektiften bakıldığında, devletler üstü normun bağlayıcılığının ilgili devletin taahhüdü ile oluştuğu gözlemlenebilir. Devletler bağımsızlıklarının bir yansıması olarak uluslararası

³²⁶ [Vienna Convention on the Law of Treaties \(1969\) \(un.org\)](https://www.un.org/law/instruments/convention-treaties). (10.08.2023)

³²⁷ A.g.e.

antlaşmalardan antlaşmanın şartlarına uygun şekilde diledikleri zaman çekilme hakkına sahiptir (VAHS 54/a).³²⁸

2.6.2. Uluslararası Örgütler.

Yukarıda kurguladığımız hukuk metodolojisi kaynaklı akıl yürütme, uluslararası hukukun önemli sùjelerinden olan uluslararası örgütlerin³²⁹ kararları için daha ikincil boyutta olsa da geçerlidir. Yazılı hukuk kaynaklarında genel geçerli bir tanımı olmasa da³³⁰ uluslararası örgütler tüzel kişiliğe sahip uluslararası organizasyonlardır. Genellikle devletlerin bir araya gelmesi ile oluşurlar.³³¹ Tüm tüzel kişiliklerde olduğu gibi uluslararası örgütler de kuruluş belgelerinde belirtilen organları vasıtası ile kararlar alır ve uygularlar. Uluslararası örgütlerin karar almalarında üye devletlerin iradeleri dolaylı da olsa etkindir. Buradaki dolaylılık – türevlik tüzel kişilik teorisi uyarınca uluslararası örgütün kendini oluşturan devletlerden ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliği olması sebebiyledir. Bu ayrışma ve bağımsızlık uluslararası bir oluşumun tüzel kişiliğe sahip olduğunun kabul edilebilmesi için aranan şartlardan birisidir. Bir uluslararası örgütün tüzel kişiliğe sahip olabilmesi için kendisini oluşturan devletlerden ayrı bir hukuki yapılanması, hukuki dayanağı ve amacı olması gereklidir.³³² Uluslararası örgütlerin tüzel kişiliği bu manada bir objektiflik taşır. Bu objektifliğin yüzeye çıktığı en önemli alan ise kendini oluşturan devletlerden bağımsızlıktır.³³³ Devletler dışındaki uluslararası hukuk tüzel kişiliklerinin en önemli niteliği kendini oluşturan sùjelerden bağımsız ve otonom karar alabilme kapasiteleridir.³³⁴

³²⁸ A.g.e.

³²⁹ Philippe Gautier, “The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, ed. J.A. Frowein & R. Wolfrum, (Netherlands: Kluwer Law International, 2020), 332.

³³⁰ Catharine Brölmann, *The Institutional Veil in Public International Law - International Organisations and the Law of Treaties* (North America: Hart Publishing, 2007), 14.

³³¹ Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 488; Gautier, “The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union”, 333.

³³² Brownlie, *Principles of Public International Law*, 469.

³³³ Brölmann, *The Institutional Veil in Public International Law - International Organisations and the Law of Treaties*, 89.

³³⁴ Gautier, “The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union”, 333.

Günümüzde Birleşmiş Milletler, Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası gibi örgütler geçmişe göre daha sonuç ve hedef odaklı hale gelmişlerdir. Bu örgütler tüzel kişilik hukukunun esaslarına uygun olarak varlıklarını üyeleri olan devletlere özellikle de onlara finansal ve teknik kaynak sağlayanlara borçludur. Ancak yine de bazı durumlarda örgütlerdeki üye devlet temsilcileri, tabi oldukları devletlerin yönlendirme ve talimatlarına karşın kendi görüşleri ile hareket edebilirler. Bu görüşler kimi zamanlar üye devletlerden çok uluslararası örgütlerin kendi ajandaları ve hedeflerine uygun olabilir. Uluslararası örgütler uluslararası normları üreten ve uluslararası sisteme dağıtan vericiler gibidir adeta. Bu örgütler çoğu kereler, Westphalian/Vattelian egemenlik anlayışını devletler üstü egemenlik anlayışına dönüştüren enstrümanlar gibi çalışırlar.³³⁵ Özellikle Soğuk Savaş ve iki kutuplu dünya düzeninin son ermesinden sonra uluslararası örgütlerin sayısında ve etkinliğinde artış yaşandı. Uluslararası sistemde bağımsız eşit egemen devletlerden çok uluslararası örgütlerin etkinliği öne çıktı. Başta Birleşmiş Milletler olmak üzere bu örgütlerin karar alma süreçlerine hakim olan ve üye devletlerin eşitliğinden ziyade siyasi, ekonomik ve askeri olarak güçlü devletler öncelik ve ayrıcalık tanıyan kurumsal yapılanma modeli üye devletlerin egemenlik yetkileri ile kurumsal pratik arasında *de facto* ve *de jure* anlamda kopukluğa sebep oldu. Bu gelişme, “egemen eşit devletlerden” oluştuğu kabul edilen uluslararası sistemde bazı devletleri diğerlerinden daha egemen hale getirdi.³³⁶ Kazanılan bu “daha egemen” statüsünün kaynağı uluslararası örgütlerin karar alma mekanizmalarında bazı devletlere tanınan imtiyazlar oldu.

Ancak yine de hukuki anlamda uluslararası örgütleri oluşturan organlarda karar alanlar üye devletlerin temsilcileri ve delegasyonlarıdır. Kendilerini gönderen ve temsil ettikleri devlet ile doğrudan talimat-denetim ilişkisi vardır. Organ temsilcisinin temsil ettiği devletten ayrı ve bağımsız bir iktidarı, kaynak devletin iradesi hilafına kanaat oluşturma, oy kullanma yetkisi yoktur. Bu nedenle son tahlilde uluslararası örgütlerin kararlarında o kararı alan temsilciler nezdinde, üye devletlerin iradelerini gözlemlemek mümkündür. El kaldıran indiren gerçek kişi temsilcilerdir ama ellerini devletlerini temsilen devletin ajanı olarak kaldırıp indirirler. Örneğin askeri işbirliği ve güvenliğin kuzey yarımküredeki en önemli örgütü olan NATO’da üye ülkelerinin temsilcileri otorite ve yetkilerini temsil ettikleri devletlerden alır ve o devletlerin talimatları doğrultusunda faaliyette bulunmakla, devlete raporlama yapmakla mükelleftirler.³³⁷

³³⁵ Krasner, *Abiding Sovereignty*, 246.

³³⁶ Alles & Badie, *Sovereignism in the International System*, 15.

³³⁷ [NATO - Topic: National delegations to NATO](#). (15.07.2023)

Bu anlattıklarımız ile vardığımız sonuç şudur ki; uluslararası örgütler ile onu oluşturan devletler arasında devletin delegasyonu veya temsilcisi vasıtasıyla kurulmuş doğrudan bir bağ vardır. Bu nitelikleri ile uluslararası örgütlerin kararlarında da devletlerin egemenlik haklarının korunduğunu ileri sürmek mümkündür. Konuya tersinden bakacak olursak uluslararası örgütlerin devletlerin katılımı ile gerçekleştirdikleri bir yasama faaliyeti ile ihdas ettikleri devletler üstü bir normun muhatabı olan devletin egemenlik haklarını zedelediği ileri sürülemez. Zira o norm devletin egemenlik yetkilerini kullanması ile oluşmuştur.

Gerek uluslararası antlaşmalar gerekse de uluslararası örgütler eli ile ihdas edilen devletler üstü normları kaynak değerleri itibarıyla analiz edersek devletin egemenlik yetkilerinin sonucu üretildiklerini rahatlıkla gözlemleyebiliriz. Nasıl ki iç hukuk sistemlerindeki genel, soyut düzenleyici işlem olan kanunlar ve sair düzenlemeler devletin hukuk ihdas yetkisinin kullanımı olan yasama faaliyeti ile oluşuyor ise, uluslararası hukukta da devletler üstü normlar; ister uluslararası antlaşmalar isterse de uluslararası örgütlerin yasama faaliyetleri ile ihdas edilmiş olsun, sistemin ana süjesi olan eşit ve bağımsız devletlerin iradeleri ile oluşmuş sayılırlar. Uluslararası örgütü kuran devletler egemenlik yetkilerini tamamıyla o örgüte teslim etmiş ve devretmiş olmazlar³³⁸

Devletler üstü nitelikteki uluslararası örgütler bakımında yukarıdaki çıkarımımızı sorgulatacak bir nüansın varlığına değinmek isteriz. Devletler üstü uluslararası örgütlerin üyelerini bağlayıcı kararlarında yukarıda bahsettiğimiz egemenlik yetkisi için oluşan güvenceli alan risk altına girer. Bu risk devletler üstü uluslararası örgütlerin aldıkları kararların niteliğinden çok karar alama usullerinden kaynaklanır. Devletler üstü örgütler, devletler arası örgütlerin aksine kararlarında oy birliğini aramayan, oy çokluğu ile kararlar alabilen örgütlerdir. Uluslararası örgütlerin erken dönemlerinde esas olan örgütlerin oy birliği ile karar almaları idi. Bu kabul devletlerin eşitliği ve bağımsızlıklarının doğal bir sonucudur. Ancak oy birliği ile karar alma şartının çoğu kereler örgütleri karar alamaz hale getirmesi sebebiyle bazı örgütler, hızlı ve etkili karar alma süreci tesis edebilmek için bu usul yerine oy çokluğunu benimsemiştir.³³⁹

Oy çokluğu usulü her ne kadar daha verimli ve hızlı çalışan bir örgüt modeli doğursa da, üye devletler penceresinden baktığımızda karşımıza ilginç bir tablo çıkmaktadır. Zira oy çokluğu

³³⁸ Şimşek Galip Engin, "THE LEGAL NATURE OF THE EUROPEAN COMMUNITY." Public and Private International Law Bulletin 24, no.1 (Jan.2024):675-690., 676. <https://doi.org/null>, (10.12.2023). 680.

³³⁹ Jan Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law* (New York: Cambridge University Press, 2002), 201

ile alınan bir kararda, karar oluşumunda azınlıkta kalan bir devletin karara katılmamasına hatta aleyhte iradesi bulunmasına rağmen alınan karar ile bağlanması söz konusudur.

Uluslararası örgütün kararları ile onu oluşturan devletlerin iradelerinin paralellik taşıdığına dair yargımıza aykırılık oluşturan bu paradoks yine de devletin egemenlik yetkisinin tamamen yok sayıldığı sonucunu doğurmaz. Kanımca, uluslararası antlaşmalara katılım iradesine benzer bir şekilde, uluslararası örgütlerin kararları ile devletlerin iradesi arasında kurulan bağ burada belirleyicidir. Devletlerin bir araya gelmesi ile oluşmuş yapılar olan uluslararası örgütlerin arkalarında devletler görülür.³⁴⁰ Dolayısıyla devletler üstü bir örgütün oluşumunda ve ona devletler üstülük niteliği taşıyan vasıfların tanınmasında söz ve yetki kurucu devletlere aittir.

Oy çokluğu ile alınan bir karara kendi iradesi o yönde olmadığı için uymak zorunda olan bir devletin iradesi sürecin hukuk üretme aşamasında atlanmıştır. Ancak, devlet ilgili örgütün oy çokluğu ile karar alabilmesine imkan tanıyan kurucu metin tesisi aşamasında iradesini ortaya koymuş ve peşinen iradesinin karar alma süreçlerinde yok sayılmasına muvafakat etmiştir. Bu tip örgütlerde önem taşıyan husus kurucu metinlerde yapılacak değişiklik ve eklemelerde oy birliğinin aranmasıdır.

Ancak bu bağın fazla zorlanması karşımıza kamu hukukunun temel ilkelerinden kaynaklı bir başka mesele çıkarır: Yasama ve egemenlik yetkilerinin devredilemezliği. Yasama organı sahip olduğu yetkileri bir başka kamusal organa veya kişiye devredemez. Bizatihi kendisi kullanmak zorundadır. Devredilemezlik yasama yetkisinin ontolojik yapısından kendiliğinden doğan bir niteliktir.³⁴¹ İç hukuk sistemlerinde, verilen kamu yetkileri açıkça bir düzenleme ile yetki verilmedikçe bir başka kişi veya organa devredilemez.³⁴² Yasama yetkisi ile egemenlik yetkisinin paralelliklerinden çalışmamızın ilk kısmında bahsetmiş idik. Egemenlik de devredilmez ve kendi içinde bölünemez bir güçtür.³⁴³ Egemenliğin bölünmezliği ve devredilmezliği mutlaklığından kaynaklanan nitelikleridir.³⁴⁴ Devletin devletler üstü bir örgüte katılarak, o örgütün kendi iradesi hilafına oy çokluğu ile alınan kararlarını peşinen kabul ettiğini ileri sürmek egemenlik yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir durum oluşturma riskini taşır. Bu kararların yasama fonksiyonunu ifa eder nitelikte olması, yani devletler üstü hukuk normu ihdas etmesi halinde ise durum daha da karmaşık hal alacaktır. Zira örgütün ihdas ettiği

³⁴⁰ Brownlie, *International Law*, 488; Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 41.

³⁴¹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 358.

³⁴² A.g.e., 358; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 679; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 199.

³⁴³ Uygun, *Devlet Teorisi*, 259.

³⁴⁴ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 277.

devletler üstü norm ilgili devletin iç hukuk sistemine herhangi bir kabul otoritesine ihtiyaç olmadan dahil olacak ve sistemde üst norm olarak hüküm ifa edecektir. Bu durumda ilgili devlet iç hukukuna dair yasama yetkisinden de vazgeçmiş olacaktır.

Özetleyecek olursak hem uluslararası anlaşmalar hem de uluslararası örgüt kararlarıyla oluşan devletler üstü hukuk normunda devletlerin egemenlik yetkilerini kullanmaları söz konusudur. Devletin egemenlik yetkisinin atlandığı, yok sayıldığı ileri sürülemez.

2.6.3. Uluslararası Mahkemeler.

Uluslararası hukuk, iç hukuk sistemlerine benzer şekilde sistemi oluşturan tekil unsurların egemenlik iradelerini hukuk üretme yönünde kullanmaları ile oluşur. İç hukukta bu tekil unsur demokratik egemenlik teorisine göre halk, milleti oluşturan insan, onun temsilcileri vasıtasıyla asli kurucu iktidardır. Asli kurucu iktidarın ürettiği anayasa ise hukukun temel metnidir. Uluslararası sistemde ise sistemin tekil unsuru bağımsız, eşit egemen devletlerdir. Bu nedenle de uluslararası kamu hukuku ana kural olarak devletler arası ilişkileri düzenler. Kamu hukuku teorisinde egemenliğin dışa yansımaları, uluslararası boyutu oluşturur. Uluslararası hukukun ana kaynağı bağımsız egemen devletlerin özgür iradeleri ile oluşturduğu veya katıldıkları uluslararası anlaşmalardır.

Egemen devletin fonksiyonlarından birisi de hukuku hakimiyet alanında uygulamak demek olan yargılama fonksiyonudur. Bu nedenle mahkemeler ve onların kullandığı egemenlik yetkileri devletlerin egemenlik yetkileri için olmazsa olmaz nitelik taşıır.³⁴⁵ Yargı fonksiyonu yürürlükteki hukuku uygulamakla görevlidir. Ana görevi hukuk üretmek değil, yürürlükteki hukuku hukuki ihtilafların halinde uygulamak, yargılama yapmaktır. Yargısal faaliyetler sonucunda oluşan mahkeme kararları ve yorumları hukukun dolaylı kaynaklarındandır. Yargı içtihatları, mevcut hukuk normunu uygulamak, yorumlamak suretiyle verilen kararların birleşimi ile oluşan *intra legem* kaynaklardır.

Mahkemeler tarafından ifa edilen yargılama fonksiyonu temel ilke olarak kural koymaya (yasama) dönük bir kamu fonksiyonu değildir. Yargısal içtihat; yargı organının bir dava ile ilgili yargılama faaliyeti sonucunda verdiği karardan tümevarım yöntemi ile çıkartılan ve hükmün

³⁴⁵ Cassese, International Law, 49.

temelini oluşturan esastır. Ancak doğrudan norm ihdas edici bir nitelik taşıyıp taşımadıkları tartışmalıdır.³⁴⁶

Yargı kararları meri hukukun uygulanmasına dönük yargılama fonksiyonunu icra eden kararlardır. Mahkeme kararların var olan bir hukuk kuralının somut olaya uygulanması niteliğindedir ve yargılama faaliyeti somut bir olay ve onun tarafları ile sınırlı bir faaliyettir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yargı kararının hukuk oluşturması ancak yasada boşluk olması halinde söz konusu olabilir.³⁴⁷

Bu özelliklerinden ötürü yargı içtihadının doğrudan hukuk kaynağı olarak değerlendirilmeyeceği ileri sürülür. Uluslararası mahkemeler de uluslararası örgütler gibi uluslararası anlaşmalarla veya uluslararası örgütlerin kararlarıyla kurulur ve yapıları itibarıyla bir uluslararası örgüt niteliğindedir. Ancak karar organlarının ve organlarının üyeliklerinin nitelikleri bakımından uluslararası örgütlerden farkları vardır. Uluslararası mahkemelerin kuruluşları uluslararası hukukun ana sükeleri olan devletler tarafından oluşturulmuş sözleşmeler ile olur. Bu meyanda bu sözleşmeler adeta uluslararası hukukun asli kurucuları olan devletlerin belirledikleri anayasalar, uluslararası kamu hukuku diliyle ifade edilecek olursa kurucu metinlerdir. Kamu hukukunun genel prensipleri, iç hukuk sistemine münhasır özellikler taşımadıkça ve uluslararası hukukun nitelikleri ile çatışmadığı sürece bu alana da uygulanır. Kamu hukukunun en önemli ilkelerinden birisi de bu alanda kuruluş ve organların ancak geçerli hukuk düzenince tesis edilebileceği ve bu hukuk düzenince kendilerine tanınan yetkileri kullanabilecekleri ilkesidir. Kamu hukuku kişileri ve kuralları hukuk öncesi oluşan *secundum legem* kurallar değil, hukuk düzenince var edilen ve ancak geçerli bir hukuk sistemi ile ayakta kalıp hükmünü ifa eden *intra legem* kurallardır. Uluslararası kamu hukuk kurumlarından olan uluslararası mahkemeler de bu ilke ile bağlıdır. Bu ilkenin iç hukuk düzenlerindeki teorik kaynağı egemenlik kavramıdır. Çalışmamızın ilk bölümünde de temellendirmeye çalıştığımız üzere egemenlik, mutlak ve ilk el bir yetkidir. Tüm kamu kuruluş ve organları yetkilerini egemenlik yetkisinden ve bu yetkinin hukuk düzeninde ilk belirlediği metin olan anayasadan alırlar. Demokratik egemenlik teorisi uyarınca, anayasa; egemenlik yetkisinin sahibi olan ve onu bizatihi kendi temsilcileri vasıtası ile kullanan halkın asli kurucu iktidar olarak oluşturduğu temel hukuk metnidir.

³⁴⁶ Yasemin Işıқтаç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 8. Bs. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 191.

³⁴⁷ Anayurt, “Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları”, 290.

İç kamu hukuku ile uluslararası kamu hukuku arasında bu konuda bir paralellik kurmak gerekirse; uluslararası kamu hukuku, uluslararası düzenin egemenleri olan bağımsız ve eşit devletlerin oluşturduğu bir hukuk düzenidir. Bu düzenin kuruluş ve organları da egemen ve bağımsız devletlerce oluşturulan uluslararası kurucu metinler ile tesis edilir. Bu metinlerde uluslararası hukuk kurumlarının yetkileri, ihdas amaçları, organlarının yetkileri belirlenir. Bu metinler ontolojik bir benzetme ile aslında uluslararası kurumların anayasalarıdır. Uluslararası hukukun iç ve dış egemenlik yetkilerini tam olarak koruyan devletlerce tesis edilen bir hukuk düzeni olması doktrinde bu metinler için “anayasa” teriminin kullanılmasından kaçınılmasına sebep olmuştur. Zira “anayasa” teknik anlamda, tek bir egemenliğe sahip üniter devleti veya birden çok devletin egemenlik yetkilerinin bir kısmından feragat ederek oluşturdukları federal devlet sisteminin hukuk düzenini kuran belgedir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz üzere uluslararası kamu hukuku eşit ve egemen devletlerin birbirleri ile olan ilişkilerinin hukukudur. Bu nedenle uluslararası kamu hukuku literatürü bu tip sözleşmeler için anayasal metinler yerine “kurucu belgeler”, “kurucu sözleşmeler” ifadelerini kullanmayı tercih etmişlerdir.

Uluslararası mahkemelerin görevleri; uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ifasının takibi, uluslararası anlaşmaların yorumu ve uluslararası ihtilafların hukuki çözümüdür. Bu görev ve yetkilerle donatılan uluslararası mahkemelerin amaç ve fonksiyonları: *i)* Uluslararası hukuk kurallarını öne çıkartarak yetki ve görevine giren alanlarda iç hukukların önünde uygulamak, *ii)* Uluslararası ilişkilere ve uluslararası sisteme zarar verebilecek ihtilafları çözümlenmek, *iii)* Bünyesinde teşkil edildiği uluslararası örgütün kurumsal yapısına ve normatif rejimine katkıda bulunmak, *iv)* Uluslararası örgüt tarafından ortak irade ile oluşturulan yasal düzenin meşruiyetini sağlamak olarak sayılabilir.³⁴⁸

Uluslararası mahkemelerin kuruluşları uluslararası hukukun ana sükeleri olan devletler tarafından oluşturulmuş sözleşmeler ile olur. Bu meyanda bu sözleşmeler adeta uluslararası hukukun asli kurucuları olan devletlerin belirledikleri anayasalar, uluslararası kamu hukuku diliyle ifade edilecek olursa kurucu metinlerdir.

Bu yetkilendirme kuramı mahkemelerin kararlarının niteliği için de geçerlidir. Uluslararası mahkemelere yetkileri normatif olarak doğrudan ya da örgütün bir başka organınca gerektiğinde

³⁴⁸ Yuval Shany, “Assessing the Effectiveness of International Courts. – A goal Based Approach”, *The American Journal of International Law*, Vol. 106, N. 2 (April 2012); 225, 247.

kullanılmak üzere verilebileceği gibi zımni yetki kuramı neticesinde yargılama yetkisinin içinde var olduğu addedilen kimi yetkiler (mündemiç yetkiler) mahkemelerce zımnen kullanılabilir. Fakat genel yetkilendirme esası uluslararası mahkemenin kuruluşuna esas olan kurucu hukuk metnindeki normatif yetkilendirme çerçevesine göre belirlenir. Ancak uluslararası mahkemelere tanınan yargılama fonksiyonu onları uluslararası örgütlerce oluşturulan diğer organ ve kurumlardan farklı kılar. Uluslararası hukuku uygulamak için oluşturulan uluslararası mahkemeler, üstlendikleri yargı fonksiyonu gereği, kendilerini oluşturan örgütlerin karar alma otoritelerinden bağımsız yapılardır.³⁴⁹ Yargıçlarının bağımsızlığı bir mahkemenin olmazsa olmaz niteliğidir. Bu ilke nedeniyle uluslararası mahkemeleri oluşturan hakimler kendilerini tayin eden devletlerin temsilcisi değildir. Kendi vicdani ve hukuki kanaatleri ile hareket ederler. Bu nedenle her ne kadar hakimlerin üye devletler tarafından mahkemelere gönderildiği, bu organik bağlantının uluslararası mahkemeye egemenlik yetkisi bağlamında meşruiyet sağladığı ileri sürülse de³⁵⁰ devletler üstü hukukun içtihat yolu ile aleni veya zımni olarak uluslararası mahkemeler eliyle üretilmesi halinde uluslararası anlaşmalar ile imzacı devletler ve uluslararası örgütler ile üye devletler arasındaki egemenlik bağlantısı uluslararası mahkemelerin ile üye devletler bakımından kopuktur.

Uluslararası mahkemelerin etkinliğinin artması uluslararası hukukta devletlerin yanı sıra bireylerin de süje olarak kabul edilmesi ile paralel olarak gelişmiştir. Devletler, uluslararası hukukun oluşmaya başladığı 16. yüzyıldan 20. yüzyılın başlarına değin uluslararası sistemin “tek süje” olarak kabul edilmişken bugün, artık “ana süjesi” olarak kabul edilir.³⁵¹ Zira günümüzde uluslararası hukuk sadece devletlerden oluşan bir hukuk sistemi değildir.³⁵²

Bireyin uluslararası hukukun süjesi olamayacağına dair bir kural olmamasına³⁵³ rağmen klasik dönemde birey uluslararası hukukun süjesi olarak kabul edilmemiştir. Birey devletin tabiiyeti

³⁴⁹ A.g.e., 225.

³⁵⁰ J. H. H. Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, *Comperative Political Studies*, Vol. 26, C. 4 (Haziran 1994), 521.

³⁵¹ Carreau & Marrella, *Droit International*, 59, Klabbbers, *International Law*, 220, 224; Shaw, *International Law*, 1.

³⁵² Cassese, *International Law*, 142, 144.

³⁵³ Brownlie, *Principles of International Law*, 65; Cassese, *International Law*, 142.

ve kontrolü altında olduğu için, salt iç hukuk sistemine tabi olarak değerlendirilmiştir.³⁵⁴ Bireyler uluslararası hukukun ana süjesi olan devletlerin vatandaşları olarak uluslararası hukukun kimi alanlarında hukukun konusu olarak değerlendirildi, ancak uluslararası hukukun süjesi olarak kabul edilmedi.³⁵⁵ Uluslararası insan hakları hukukunun gelişmesi ile bireylerin uluslararası hukukun süjesi olarak kabulü gündeme gelmişse de bu hukuk alanı bireyi doğrudan süje haline getirememiştir. Zira uluslararası insan hakları hukuku devletlerin imzaladığı sözleşmeler ile gelişen bir hukuk dalıdır. Bu sözleşmeler ise bireyleri doğrudan hak sahibi yapmaktan çok devletlere iç hukuklarını düzeltme ve uyarılama mükellefiyeti yükler.³⁵⁶

2.6.3.1. Uluslararası Ceza Mahkemesi.

Bireyleri uluslararası hukukun süjesi olarak kabul eden gelişmeler, ilk olarak insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku ile birlikte yaşandı. Yirminci yüzyılda yaşanan iki büyük dünya savaşının sebep olduğu sivil kayıplar sonrasında gelişen insancıl hukuk ve bu hukuk kurallarının ihlalini cezalandırmayı amaçlayan uluslararası ceza hukuku³⁵⁷ temel süje olarak insanı esas alan hukuk sistemleri olarak gelişmişlerdir.

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası hukukun, insan hakları ve insancıl hukuka ilişkin temel kurallarını ihlal ederek uluslararası kamu düzenini ciddi şekilde ihlal eden fiillerin suç sayılması ile gelişmiştir.³⁵⁸ Bu gelişmeler ile özellikle uluslararası ceza hukukunun pek çok hükmü, doğrudan bireylerin hak ve menfaatlerini düzenleyen, onları mağdur, fail veya suçtan zarar gören sıfatıyla uluslararası hukukun süjesi kılan nitelik kazanmıştır.³⁵⁹ Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi ile başlayan süreçte hukuk pratiğinde bireyler, uluslararası suçların fail ve mağdurları olabilmeleri potansiyelleri ile artık uluslararası hukukun doğrudan süjeleri haline

³⁵⁴ Cassese, *International Law*, 142.

³⁵⁵ Klabbbers, *International Law*, 319.

³⁵⁶ A.g.e., 142.

³⁵⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 29.

³⁵⁸ Klabbbers, *International Law*, 568.

³⁵⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 120, 414.

gelmiştir.³⁶⁰ Bu doğrudanlık o kadar net ve keskindir ki bazı uluslararası suçların failliklerinde bireyin sahip olduğu kamu görevi hatta uluslararası bağışlıkları dahi dikkate alınamaz. Örneğin 1948 tarihli BM Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi 4. Madde hükmü uyarınca; Soykırım suçunu veya üçüncü maddede gösterilen: a) Soykırımda bulunmak, b) Soykırımda bulunulması için işbirliği yapmak, c) Soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak, d) Soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek, e) Soykırıma iştirak etmek³⁶¹ fiillerden birini işleyenler, anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılır.

Günümüzde uluslararası hukuk sadece “*jus inter potestates*” (egemen devletler arası hukuk), veya “*jus super partes*” (üst yapı kurumları halinde örgütlü kurumların ilişkilerini düzenleyen hukuk) değil, doğrudan bireylere dair düzenlemeler, hükümler de içeren bir hukuk sistemidir.³⁶² İç hukukun ana süjesi olan bireyin aynı zamanda uluslararası hukukun doğrudan süjesi haline gelmesi, uluslararası hukukun iç hukuk sistemlerine müdahale etmesi imkanı ile mümkün olabilir ancak. Zira eğer birey uluslararası hukukun doğrudan süjesi ise uluslararası hukuk bireye hak veya yükümlülükler tanıdığı bir alanda iç hukuk bariyerine takılmaksızın birey üzerinde hükümlerini icra edebilmelidir. Bu nitelik uluslararası hukuka devletler üstü nitelik taşıyacaktır. Bu devletler üstülüğün icra edildiği alan, birey üzerine tesis edilen direkt hak ve yükümlülükleri ifa ile görevli – yetkili uluslararası mahkemelerdir. Bireylerin durum ve haklarına dair uluslararası düzenlemelerin olmazsa olmaz niteliği iç hukuk sistemlerine doğrudan etki edebilmeleridir. Bu etki ve güce sahip olmayan bir uluslararası hukuk kuralının geçerliliği ve etkisi ancak iç hukuk sisteminin onu tanımaya ve sistemine dahil etmesine bağlı olacaktır. Bu halde sistem yine “*jus inter potestates*” niteliğinde kalacaktır. Oysa insan hakları hukukunun ve insancıl hukukun amacı bireyi başta kendi devleti olmak üzere kamusal veya özel her türlü üstün güce karşı korumaktır. Bu nedenle insan hakları hukuku düzenleme alanı itibarıyla devletlerin iç hukukunu hedefler ve devletlerin hakimiyetleri altındaki insanlar ile olan ilişkilerini düzenler.³⁶³ Bugün pek çok uluslararası hukuk kuralı iç hukuk sistemlerine - herhangi bir eklemleme ameliyesine ihtiyaç duymaksızın- “doğrudan uygulanabilir” nitelik ile

³⁶⁰ Shaw, *International Law*, 232, 234; Brownlie, *Principles of International Law*, 35.

³⁶¹https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf (19.10.2023)

³⁶² Cassese, *International Law*, 217.

³⁷² Cassese, *International Law*, 217; Jack L. Goldsmith, & Erica A. Posner. *The Limits of International Law* (New York: Oxford University Press, 2005), 07.

etki etmeye başlamıştır. İnsan hakları hukuku, insancıl hukuk ve uluslararası suçlar – cezalara ilişkin hükümler bu konuda en etkin olanlarıdır. Bu nitelikteki hükümlerin çoğu iç hukuk sistemlerini atlayıp doğrudan devletlerin vatandaşları üzerine uygulanabilir normlar haline gelmiştir.³⁶⁴

Uluslararası insan hakları hukuku, insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukunun düzenlemeleri maddi anlamda devletler üstü hukuk normlarına en net örneklerdendir. Bu alanlarda etik ve moral olarak tüm insanlığı ilgilendiren, bireyin hak ve hürriyetlerini koruyan düzenlemeler gerçekleştirilir. Ancak önceden de belirttiğimiz gibi bu maddi nitelik bu normlara sadece içeriklerinden ötürü devletler üstülük vasfı tanıyamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Afrika İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ihlallerini yargılayan ve yaptırım uygulayan mahkemelerdir. Ancak bu mahkemelerin müeyyideleri ve yargılama etki alanları sınırlıdır. Öncelikle bu mahkemeler bölgesel etki gösteren bir uluslararası anlaşma çerçevesinde oluşturulmuş dolayısıyla ve bölgesel etki alanına sahip mahkemelerdir. Örnelemek gerekirse; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletlerin bu sözleşme ile yükümlendikleri taahhütlere uymasını sağlamak üzere kurulmuştur (AİHS, Md. 19), yargılama yetkisinin hukuki çerçevesi ise sözleşmenin ve protokollerinin yorumu ve uygulanması ile sınırlıdır (AİHS, Md. 32).³⁶⁵

Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi kendi alanında tek örnek olan bir mahkemedir. UCM, herhangi bir uluslararası örgütün altında onun görevlendirilmesi ile değil, doğrudan kendi statüsü ile tesis edilmiş, gerek kurucu statü³⁶⁶ gerekse de tüzüğü³⁶⁷ uyarınca tüzel kişiliğe sahip tek uluslararası mahkemedir. Statü kapsamında belirlenen suçların işlenmesi halinde devreye girip statüde bu suçlar için ön görülen cezai müeyyideleri uygulamak ile yetkilendirilmiştir.

³⁶⁴ Cassese, *International Law*, 217.

³⁶⁵ Said Vakkas Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 396.

³⁶⁶ Roma Statüsü, Md. 4: “Mahkeme uluslararası tüzel kişiliğe ve kendisine statü ile tanınan fonksiyonları ifa ve amaçlarını gerçekleştirebilmek için gerekli hukuki yetkilere sahiptir.” [Rome Statute of the International Criminal Court \(icc-cpi.int\)](https://www.icc-cpi.int) (19.10.2023).

³⁶⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü, Md. 4.: “Mahkeme, uluslararası bir hükmi şahsiyete sahiptir.” [ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ROMA TÜZÜĞÜ \(ceidizleme.org\)](https://www.ceidizleme.org). (19.10.2023).

UCM uluslararası suçları yargılamak üzere daimi olarak örgütlenmiş ve herhangi bir örgütün yargı organı olmayan, doğrudan kendi statüsü ve teşkilatı olan bir uluslararası mahkeme olmakla kendi hukuki statüsünden kaynaklanan *competenze* sahip tek uluslararası mahkemedir. Buna rağmen kararlarının etkili olabilmesi ve yargılama yapabilmesi için devletler tarafından statüsüne taraf olunmakla tanınması ve yetkisinin kabul edilmesi gerekir.³⁶⁸ Diğer bir ifade ile mahkemenin uluslararası hukukta devletler için zorunlu yargılama yetkisine sahip olduğu ileri sürülemez.

Devletler üstü hukuk normu niteliği kazanmada sadece maddi unsurların yetersiz kalacağı mutlaka şekli unsurların da gerekliliğine en güzel örneklerden biri Uluslararası Ceza Divanı statüsünde ortaya çıkar. Divan dar anlamda uluslararası ceza hukuku olarak tanımlanan³⁶⁹ soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının yargılanması için oluşturulmuş³⁷⁰ daimi bir mahkemedir. Mahkemenin yargılama alanı maddi anlamda devletler üstü nitelikli ceza normlarını kapsar, ancak mahkemenin şekli anlamda devletler üstü bir otoritesi yoktur. Mahkeme, bağımsız devletlerin imzaladıkları bir anlaşma ile yetkilendirilmektedir. Sözleşmeci devletlerin iç hukuklarının üstünlükleri mahkeme karşısında korunmuştur.³⁷¹

UCM tamamlayıcılık ilkesini esas alarak öncelikli yargılama hakkını ulusal yargı sistemlerine bırakmıştır.³⁷² Bu ilke uyarınca Roma statüsünde düzenlenen suçları yargılama yetkisi esas olarak üye devletlerin yargı otoritesine bırakılmış, ulusal mahkemelerin yargılama yapmakta isteksiz olması veya yetersiz kalması halinde UCM'nin devreye girmesi düzenlenmiştir. Tamamlayıcılık ilkesinin amacı devletlerin yargı otoritelerine öncelik tanımak böylelikle egemenlik ihlali iddialarının önüne geçmektir.³⁷³ Böylece mahkemenin devletler üstü değil

³⁶⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 336.

³⁶⁹ Tezcan, Erdem ve Önok,, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 29.

³⁷⁰ Ali Emrah Bozbayındır, *Turkey and the International Criminal Court* (Baden-Baden: Nomos Yay., 2013), 20.

³⁷¹ Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 336.

³⁷² Cassese, *International Criminal Law*, 351.

³⁷³ A.g.e., 351.

uluslararası bir mahkeme olarak kurgulanması amaçlanmıştır.³⁷⁴ Bu hüküm ile statüye taraf olan devletlerin ulusal mahkemelerine statüde düzenlenen suçların kovuşturulması ve yargılanmasında öncelik tanınmıştır.³⁷⁵

Roma konferansı müzakerelerinde UCM'ye devletler üstü yargılama statüsü tanınmak istenmişse de başını ABD'nin çektiği ülkeler buna karşı çıkmış³⁷⁶ sonuç olarak ulusal mahkemelere öncelik ve imtiyaz tanıyan yukarıdaki düzenlemede karar kılınmıştır. Teorik olarak UCM'nin devletler üstü niteliği haiz olmayışının iki ana sebebi vardır. Öncelikle mahkeme bağımsız devletlerin imzaladıkları bir anlaşma ile kurulmuş ve yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla statüye taraf devletlerin iradelerinin üstünde değil bizzat o iradeler ile kurulmuştur. İkinci olarak; divanın yargılama yetkisi ulusal mahkemelerin yargılama ve kovuşturma etkisinden sonra gelen ikincil bir yetkidir. Bu yapı içerik itibarıyla maddi olarak devletler üstü niteliğe sahip bir mahkemenin şekli unsurlardaki eksikliklerden dolayı devletler üstü nitelik kazanamayacağına ilginç bir örneğidir.

Ancak devletler üstülük niteliğinin önüne geçmek için ihdas edilen “tamamlayıcılık” ilkesinin uygulamasında önemli bir zafiyet vardır. Tamamlayıcılık ilkesi uyarınca UCM'nin devreye girebilmesi için gereken yerel mahkemelerin “isteksiz” ve “acz içinde” olma durumlarını tespit yetkisi yine UCM'ye bırakılmıştır. Statü 17/2 uyarınca “isteksizliğin”, 17/3 uyarınca da “acziyetin” tespitini yine UCM yapacaktır. Böylece tamamlayıcı nitelikte yargılama yetkisine sahip bir mahkemeye, hangi şartlarda asıl yetkili mahkemenin önüne geçeceğini belirleme yetkisi tanınmıştır. Bu düzenleme ile Roma Statüsü'nü imzalayarak UCM'nin yargılama yetkisi kabul eden devletler için artık UCM devletler üstü niteliği haiz bir mahkeme niteliği kazanmıştır. Ancak yine de belirtmek gerekir ki bu devletler üstülük niteliği yine statüye taraf olmayı kabul etmek ile bir devletin kendi egemenlik yetkisini kullanarak oluşturduğu bir devletler üstülüktür.

Uluslararası hukukun kaynakları Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü 38. maddesinde divanın uygulayacağı hukuku belirleme sadedinde sayılmıştır. Bu kaynaklar özetle; ana kaynaklar olarak genel ve özel uluslararası anlaşmalar, uluslararası teamül hukuku

³⁷⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 347; William A. Scabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, (New York: Cambridge University Press, 2011), 345.

³⁷⁵ Scabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 187.

³⁷⁶ A.g.e., 66.

genel hukuk ilkeleri; yardımcı -destekleyici- kaynaklar olarak ise uluslararası mahkeme kararları ve doktrin olarak belirtilmiştir.³⁷⁷

Uluslararası mahkemelerin kararları ile uluslararası ve devletler üstü hukuka kaynak olmalarında; *i*) yargılama faaliyetinin genel niteliği, *ii*) uluslararası mahkemelerin yapıları ve *iii*) uluslararası hukukta devletlerin eşitliği, bağımsızlığı ilkelerinden kaynaklı problemler alanlar vardır.

Uluslararası mahkemelerin yaptıkları yargılama neticesinde verdikleri kararları sadece yargılama konusu ihtilafı, yargılamanın taraflarını bağlayacak nitelikte çözen kararlardır. Bu kararlar yargılamaya konu ihtilaf ve tarafları ile sınırlı etki doğurduğundan ötürü birincil nitelikte, tüm uluslararası hukuk sisteminde etkin genel geçerli kural oluşturabilecek nitelikte değildir. Öncelikle ifade etmek gerekirse sadece uluslararası mahkemelerin değil, genel itibarıyla yargı kararlarının birincil nitelikte hukuk kaynağı olarak kabul edilmeleri söz konusu değildir. Zira yargılama faaliyetinin niteliği gereği mahkeme kararları sadece aynı konuda, aynı talebi içeren ve aynı taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı nitelik taşırlar. Mahkeme içtihatları tüm hukuk sisteminde bağlayıcı etki doğuran objektif, genel kurallar niteliği taşımazlar.

Uluslararası mahkemelerin kararlarının hukuk kaynağı olarak değeri ise ayrıca değerlendirilmelidir. Öncelikle, uluslararası hukukun bazı kurum ve örgütleri dünya genelinde etkili olma iddiasına sahiptir. Bu iddia nedeniyle dünya üzerinde uygulanan farklı hukuk sistemlerinin etkilerine açıktır. Mahkeme kararlarının niteliğine dair yukarıda verdiğimiz niteliklemler ağırlıklı olarak soyut kuralların somut olaylara uygulanması sistematiğine tabi kıta Avrupası hukuk sistemi için geçerlidir. Ancak Anglo-Amerikan hukuk sistematiğinde yargı kararlarının niteliği farklıdır. Bu sistemde hukuki akıl yürütme kıta Avrupası sisteminin aksine somuttan soyuta, tüme varım usulü ile çalışır³⁷⁸; somut olay üzerinden verilen kararlar ile genel geçer hukuk kuralı ihdas edilir. Bu nedenle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yargı kararları hukuk kaynağı olarak değer taşır.

Uluslararası mahkeme kararlarının uluslararası hukukun oluşumuna hiçbir etkileri olmadığını ileri sürmek doğru olmaz. Kendine özel statüsü ile tek örnek olan Uluslararası Ceza Mahkemesi hariç uluslararası mahkemelerin tamamı bir uluslararası örgütün yargı organı olarak veya belirli bir amaçla akdedilmiş uluslararası sözleşmenin hükümlerinin icrasının takibi amacıyla oluşturulmuşlardır. Kendilerine yüklenen bu görev gereği bu tip uluslararası mahkemelerin

³⁷⁷ Shaw, *International Law*, 103-104.

³⁷⁸ Işıktaç ve Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 189.

kararları tabi oldukları uluslararası örgütün kararlarının, kurucu anlaşmalarının ve kurulmalarına sebep olan uluslararası anlaşmanın hükümlerinin açıklanmasında, uygulanmasında hayati öneme sahiptir. Bu nitelikleri ile mahkeme kararları uluslararası hukukun dolaylı kaynakları arasında yer alırlar. Mahkemeler aksi kurucu metinde belirtilmemiş ise sadece önlerine gelen ihtilafın çözümüne dair karar üretebilirler.³⁷⁹ Bu kuralın doğal sonucu olarak da hüküm kararları genel kural olarak sadece yargılamada taraf olan devletleri, uluslararası kuruluşları ve kişileri bağlar. Nitekim, UAD statüsü md. 59 uyarınca UAD kararının sadece dava konusu olay ve taraflar için bağlayıcı olduğu belirtilmiştir.

Bir uluslararası mahkeme kararının karar konu olan yargılamanın tarafı olmayan süjeleri bağlayabilmesi ancak kurucu sözleşmede mahkemenin kararlarına bu tip bağlayıcılık niteliği tanınmış olması halinde söz konusu olabilir. Bu halde dahi bu bağlayıcılık ancak kurucu anlaşmaya taraf devlet ve kurumları için geçerlidir. Bu durum uluslararası hukukun ana süjesi olan devletlerin egemenliklerinin uluslararası hukuka yansımaları anlamına gelen bağımsızlıkları ilkesinin doğal sonucudur.

2.6.3.2. Uluslararası Adalet Divanı.

BM'nin yargı organı olması hasebiyle etki ve yetki alanı en geniş uluslararası mahkeme Uluslararası Adalet Divanıdır. Her ne kadar uluslararası mahkemeler arasında hiyerarşik bir sıralama belirlenmemişse de UAD için, en azından diğer mahkemelerin ve tahkim organlarının kararlarını etkileme manasında görece bir üstünlükten bahsedilebilir. Bu gayri resmi üstünlük UAD'nin statüsüne taraf olan dolayısıyla da yargılama yetkisini kabul eden devletlerin sayısının çokluğundan hem de UAD'nin uyguladığı hukukun genelliği ve etki alanı genişliğinden kaynaklanır. Özellikle insan hakları hukuku ve insancıl hukuk kapsamındaki içtihatlarında UAD diğer uluslararası yargı organları için gayri resmi de olsa içtihat kaynağı haline gelmiştir.³⁸⁰ BM şartına göre UAD BM'nin başlıca adli organıdır (md. 92). Mahkemenin yargılama yetkisine dair dolambaçlı da olsa devletlerin egemenlik haklarının gereği olarak isteklerine bağlı ama sonuçta zorunluluk oluşturan bir statü belirlenmiştir. Burada bahsettiğimiz

³⁷⁹ Brownlie, *Principles of International Law*, 707.

³⁸⁰ Thomas Buergenthal, "Lawmaking by ICJ and Other International Courts", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 103, (2009): 405, 406.

dolambaçlılık UAD statüsüne bağlılığa dair BM şartı ile yapılan atıf ve yönlendirmeden kaynaklanır.

UAD statüsüne göre statüye taraf tüm devletler; *i*) bir anlaşmanın yorumlanması *ii*) uluslararası hukuka ilişkin herhangi bir konu, *iii*) uluslararası hukukun bir yükümlülüğünün ihlali hususlarında UAD'nin yargılama yetkisini tanırlar (UAD Statüsü, Md. 36/2). BM üyesi olan tüm devletler bu üyeliğin bir sonucu olarak *ipso facto* şekilde³⁸¹ UAD divanı statüsüne de taraftır (Md. 93). Bunun sonucu olarak; BM'in üyeleri taraf oldukları tüm uyuşmazlıklarda UAD'nin kararlarına uymayı taahhüt ederler (md. 94.). UAD sadece devletler arasındaki ihtilafların çözümünde karar mercii olarak hüküm vermeye yetkilidir.³⁸² Bu husus UAD statüsünün 34. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir.

Bir uluslararası kamu hukuku mahkemesi olan UAD'nin yetkilenmesine ilişkin *kompetenzi* ilginç bir şekilde kendisine tanınmıştır. Kompetenz bir örgütün bir başka yetkilendirmeye ihtiyaç hissetmeksizin kendi yetki alanını oluşturmasıdır. UAD statüsünün 36/6 hükmü uyarınca bir ihtilafın halinde UAD'nin yetkili olup olmadığı hususunda kararı UAD'nin kendisi verir. Bu düzenleme UAD'ye kendi kompetenzini tanımıştır (*kompetenz kompetenz, competence de la competence*).³⁸³ Kanımca buradaki kompetenzi yargılama hukuku içinde özel bir kompetenz hali olarak değerlendirmek gerekir. Zira her halükarda UAD'nin yetkili olabilmesi için tarafların statüye taraf olarak yargılama yetkisini tanımış olmaları gerekir. Buradaki kendi kompetenzine sahip olma hali; bir kere statüye taraf olunduktan sonra yetki uyuşmazlığının halli için bir başka merciye müracaat gerekmemesi şeklinde yargılama hukukuna dair özel bir kompetenzdir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere genel kural olarak uluslararası mahkemelerin kararları sadece önlerine gelen uyuşmazlıklara özgü ve sadece o uyuşmazlıkların taraflarını bağlayıcı nitelik taşırlar. Bu nedenle uluslararası mahkeme kararları, uluslararası hukukun genel geçerli hukuk üreten kaynaklarından değildir.³⁸⁴ Bu genel nitelik UAD özelinde de sarıh olarak belirtilmiştir. Statüsünün 59. maddesi uyarınca UAD kararlarının etkisi sadece hüküm verilen dava ile ilgili olarak ve yargılamanın taraflarına dair bağlayıcılık taşır.

³⁸¹ Brownlie, *Principles of International Law*, 708.

³⁸² A.g.e, 710.

³⁸³ A.g.e., 712.

³⁸⁴ Cassese, *International Law*, 194; Buergenthal, "Lawmaking by ICJ and Other International Courts", 403; Brownlie, *Principles of International Law*, 19.

Buna rağmen hukuk pratiğinde UAD kararları hukuk sistemini etkileyen nitelik arz eder; uluslararası hukukun oluşmasında destekleyici norm niteliği taşır. UAD kararlarının bu niteliği UAD'nin yapısı ve konumu ile ilgilidir. Her ne kadar ulusal yargı organları üzerinde hiyerarşik bir etkisi olmasa da UAD BM'nin temel yargısal organı olması hasebiyle UAD nezdinde pek çok ülkenin ihtilafları çözümlenmekte ve bu yoğunluk UAD'ye geniş bir içtihat havuzu oluşturma imkanı vermektedir. Gerek UAD'nin BM nezdinde rolü ve önemi gerekse de bahsettiğimiz bu içtihat zenginliği, diğer uluslararası kuruluşlar, tahkim ve uzlaşma heyetleri, özel mahkemeler, uluslararası hukukçular, avukatlar nezdinde UAD kararlarını önemli bir tamamlayıcı hukuk kaynağı haline getirir. Uluslararası hukukun yukarıda sayılan diğer yargılama faaliyeti gösteren unsurları, UAD kararlarını yorumlarının ve hükümlerinin gerekçelerinde dayanak olarak kullanırlar. Bu etkileme gücü sebebiyle günümüzde UAD kararlarının uluslararası hukukun oluşmasında belirleyici hukuk kaynaklarından biri olduğunu söyleyebiliriz.

Bazı yazarlar daha da iddialı bir yorumla; yukarıda bahsettiğimiz fonksiyonel etkinin UAD kararlarını doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip hukuk normu haline getirdiğini ileri sürerler.³⁸⁵ Kanımca bu yorum, UAD kararlarına yargılama tarafı olmayan devletler için de doğrudan uygulanma etkisi tanıma amacıyla yapılmış zorlama bir yorumdur. Böyle bir yorum yapma ihtiyacı uluslararası hukukta genel geçer bağlayıcı bir yasama, kural koyma organının olmaması gerçekliğinden kaynaklanır. Bu gerçekliği “eksiklik” olarak nitelendiren yazarlar, bunu uluslararası mahkemeler özellikle de UAD gibi etki ve yetki alanı geniş mahkemelerin içtihatlarını genel geçer ve bağlayıcı hukuk kaynağı olarak değerlendirerek kapatmak ister.³⁸⁶ Bu tip genişletici hatta zorlayıcı yorum uluslararası hukukun devletlerarası olma niteliği ile uyuşmadığı kanaatindeyim. Daha da temelde; “uluslararası hukukta genel geçer bağlayıcı bir yasama gücü olması gerektiği” inancı kanımca uluslararası hukukun devletlerarası olma niteliğine aykırı bir yaklaşımdır. Zira uluslararası örgütler gibi mahkemeler de hukuki kişiliklerini ve yetkilerini kuruluş anlaşmalarından alırlar. Uluslararası bir mahkemeye bu tip yorumlar ile kuruluş anlaşmasında alenen ve hata zımnen verilmeyen bir yetki vermek, kararlarına ana statüde tanınmamış bir nitelik eklemek uluslararası hukukun temel sùjeleri olan devletlerin egemenlik haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıyacak bir risk içerir.

³⁸⁵ Buergenthal, “Lawmaking by ICJ and Other Intenational Courts”, 403-404.

³⁸⁶ A.g.e., 406.

UAD tesis edildiği dönemin ilk ve tek daimi uluslararası mahkemesidir. Günümüzde ise uluslararası mahkemelerin sayıları artmış nitelikleri çeşitlenmiştir. Bu artışla doğru orantılı olarak uluslararası mahkemelerde görülen dava ve çözülen ihtilafların da sayısında ciddi bir artış vardır. Bu artış doğal olarak geniş ve zengin bir içtihat havuzu oluşturmuş bu içtihatların bir kısmı bağlayıcı kararlar bir kısmı ise normları yorumlayıcı yorumlar olarak hukuk dünyasında yerini almıştır. Bu nitelikleri ile uluslararası mahkemelerin kararları bazen cari hukuku açıklayan, yorumlayan bazen de klasik teknik anlamda olmasa da yeni normlar üreten ve normatif sistemi genişleten kaynaklar haline gelmiştir.

Uluslararası mahkemelerin yorum ve danışma kararı niteliğindeki kararları ise farklıdır ve bazen hukuk üreten kaynak işlevi görürler. Bunun en bariz örneklerinden biri UAD'nin "Reparation for Injuries" kararıdır. Bu kararında UAD zımni yetki teorisinden yola çıkarak uluslararası örgütlerin amaç ve fonksiyonlarının gerektirdiği yetkileri zımni olarak kazanmış olacağına hükmetmiştir.³⁸⁷ Bu UAD kararı ile BM şartı gibi temel kurucu bir metinde açıkça düzenlenmemiş olsa da UAD içtihatı BM'ye tüzel kişilik tanınmıştır.

2.6.3.3. Avrupa Birliği Adalet Divanı.

Uluslararası hukuk sisteminde genel ve bağlayıcı normlar ihdas eden bir yasama organı eksikliği nedeniyle uluslararası hukukta hukukun şekli kaynakları kadar, maddi kaynakların (teamüller, uluslararası mahkeme kararları) da hukuk kaynağı olarak etkisi vardır. Hatta bu etki nedeniyle kimi uluslararası mahkemelere ilgili sözleşmelerin bağlayıcı yorumu yetkisi ve görevi verilmiştir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) kurucu örgütlerin kurucu sözleşmelerini yorumlama yetkisi verilmiştir. Bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanı'na tanınan; AB üyesi devletlerin iç hukuklarında görülmekte olan bir davada AB hukukunun uygulanması ve yorumlanmasında adeta üst mahkeme gibiymişçesine tanınan yorumlama yetkisi oldukça ilginçtir. Bu yetkiler ile ABAD'a tamamen iç hukuk nitelikli ihtilaflarda dahi birlik hukukunun uygulanması ve ne yönde uygulanacağına dair yerel mahkemelere direktif verme yetkisi verilmiştir. ABAD'ın önüne gelen bir ihtilafı çözümlene faaliyetini ifa ederken, görece ve türev olarak bir hukuk üretimi gerçekleştirdiğini ileri sürebiliriz. ABAD yerel mahkemelerin önündeki ihtilaflarda yerel mahkemelerin kendisine başvurması halinde kullandığı yetkisinde (ön karar) yorum ile hukuk

³⁸⁷ Cassese, *International Law*, 195-196.

normu üretme yetkisine haizdir. Çünkü ABAD'ın yorumunu denetleyecek, bunu ilga edecek bir mekanizma yoktur. Diğer bir ifade ile; ABAD'ın Avrupa Birliği Antlaşması'nı yorumlaması ve bu yorumun devletlerin Avrupa Birliği Anlaşması imzalarken ortaya koydukları iradeyle çelişmesi durumunda üye devletlerin yapabileceği bir şey yoktur. Üstelik ABAD'ın bu yorumu yerel mahkemelerce de dikkate alınmak zorundadır.

ABAD örneğinde, mahkeme iç hukuktaki mahkemelere, hatta anayasa mahkemelerine bile norm yorumu dayatma yetkisini haizdir. Bu yetkiler ile uluslararası mahkemeler marifeti ile devletlerin devletler üstü hukuku oluştururken kullandıkları egemenlik yetkileri göz ardı edilerek yargı destekli şekli hukuk dışında gelişen maddi hukuk ağırlıklı bir devletler üstü hukuk oluşturma durumu ortaya çıkmaktadır.

Bu yetkilendirme kuramı mahkemelerin kararlarının niteliği için de geçerlidir. Uluslararası mahkemelere yetkileri normatif olarak doğrudan ya da örgütün bir başka organınca gerektiğinde kullanılmak üzere verilebileceği gibi zımni yetki kuramı neticesinde yargılama yetkisinin içinde var olduğu addedilen kimi yetkiler (mündemiç yetkiler) mahkemelerce zımnen kullanılabilir. Fakat zımni yetki ancak uluslararası mahkemenin kuruluşuna esas olan kurucu hukuk metnindeki normatif yetkilendirme çerçevesine göre bu çerçevenin sınırları içinde kalmak kaydıyla üretilebilir.

Uluslararası mahkemelerin bir yargılama sonucunda verdikleri kararlarının doğrudan hukuk kaynağı olduğundan bahsetmek güçtür. Yargı kararlarının hukuk kaynağı olarak değerlendirilmesindeki çekincelerden az önce bahsetmiştik. Uluslararası mahkeme kararı sadece uyuşmazlığın taraflarını yargılama yaptığı konu çerçevesince bağlar. Dolayısıyla böyle bir mahkemeden verilmiş bir yargılama kararının uluslararası hukuk normu ürettiğini ileri süremeyiz. Her ne kadar böyle bir içtihat gelişmesi ve bu içtihadın diğer hukukçulara ve mahkemelere yol göstermesi kabul edilse de bu bir norm üretim süreci değildir. Mahkeme kararı ile oluşan mutlak, kesin ve bağlayıcı bir uluslararası hukuk normundan bahsedemeyiz. Ancak yukarıda bahsedilen uygulamaya yön veren niteliği sonucu uluslararası mahkeme kararlarının diğer hukuki ihtilaflarda kullanılacak delil nitelikli hukuk kaynağı olduğu ileri sürülebilir.³⁸⁸

³⁸⁸ Brownlie, *International Law*, 252.

2.7. Devletler Üstü Hukuk'a Getirilen Eleştiriler.

Günümüzde kaynağı ve niteliği ne olursa olsun devletler üstü normların devletlerin egemenlik yetkileri ile çatıştığına inanan bir doktrin oluşmaya başlamıştır; “yeni egemenlikçilik”. Bu doktrin özellikle demokratik egemenlik teorisine dayalı modern demokratik ulus devletlerin egemenlik haklarının temelini halk egemenliği olduğunu kabul ederler. Bu görüşe göre ulus devletlerin aldıkları kararlar ve kurdukları hukuk sistemi demokratik egemenliğin yansımasıdır. Devletler üstü hukuk kuralları ile bunun ihlali anti demokratik bir müdahale niteliği taşır.³⁸⁹ “Yeni egemenlikçilik” milli egemenlik anlayışına göre yönetilen ulus devletin uluslararası ve devletler üstü organizasyon, sistem ve hukuk karşısında üstünlüğüne inanır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde gelişmeye başlayan yeni egemenlikçi yaklaşım devletler üstü nitelikteki örgütleri ve anlaşmaları egemenlik haklarını erozyona uğratan unsurlar olarak değerlendiriyor. Bunlara göre, ulus devletler ulusların iradeleri ile oluşmuş ve onların iradeleri ile yönetilen yapılardır. Bu nedenle demokratik egemenlik esasını benimseyen ve uygulayan devletlerin kuralları ve kabulleri aksine alınan tüm uluslararası hukuk kararları anti demokratiktir. Bu yaklaşım ile yeni egemenlikçiler ABD’nin Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin statüsünü tanımamasına karşı çıkıyor ve devletin herhangi bir yetkisinin devletler üstü bir organizasyona devrine demokratik egemenlik temelli saiklerle karşı çıkıyorlar. Yeni egemenlikçilere göre anayasal devletin milli iradenin ürünü olan anayasa ile bağlı bir hukuk devleti olması hasebiyle halkının çıkarlarını uluslararası politik çıkar ve ilişkilerin önünde tutması gerekmektedir. Yeni egemenlikçilik izolasyonu savunup uluslararası ilişkileri kesin olarak reddetmiyor. Daha ziyade ulusal politikaların ve çıkarların önceliğini savunuyor.³⁹⁰ Klasik Westphalian modelinin iç egemenliklere ve ulus devletlerin mutlak hakimiyeti anlayışını referans alan yeni egemenlikçi akım uluslararası ilişkilerin devletlerin egemenlikleri sınırlayan uygulama ve regülasyonlarına karşı çıkıyorlar.

Yeni egemenlikçilik temelde altı ilke üzerine inşa edilmiştir: **i) Öz Kazanım:** Bu anlayışa göre egemenliğin unsurları ulusların kendi benliklerinden ve öz değerlerinden kaynaklanır. Bu ilke post kolonyal dönemde koloni devletlerin kendi mücadeleleri ile egemenliklerini sınırlayan kapitülasyonlar, sömürgeci uygulamalardan kurtulmasına işaret eder: **ii) Öz Koruma:** devletin dış ilişkilerini belirlerken uygulaması gereken politikanın geniş ve global diplomatik esaslara göre değil bizatihi devletin kendi menfaat ve korunmasına dönük olması gerektiği anlayışıdır. **iii) Yeni Dayanışma:** Bu anlayışın devletler arası dayanışma anlayışı, benzer tarihi sosyolojik

³⁸⁹ Spiegeleire vd., *The Rise of Populist Sovereignism*.

³⁹⁰ A.g.m.

ve ekonomik hikayeleri olan devletler arasında güçlü bir dayanışmayı ön görür. Eski Brezilya devlet başkanı Luiz Inácio Da Silva (Lula)'nın “güney ülkelerinin”, -Güney Amerika ve Ortadoğu ülkeleri- arasında diplomatik ilişkileri geliştirme çabası buna örnek verilebilir. **iv)**

Hiyerarşi Karşıtı Yapılanma: Klasik egemenlik anlayışı papalık ve imparatorluklara karşı verilen mücadele esnasında devletlerin birbirleri ile eşitliği esası üzerine inşa edilmişti. Ancak, 18. yüzyıldan itibaren sömürgeciliğin gelişmesi ve kurumsallaşması, 20. yüzyılda da uluslararası sistemin bazı devletlere öncelik ve imtiyazlar tanıyan uluslararası örgütler marifetiyle işlemeye başlaması ile bu eşitlikçi yapı, bazı ülkelerin hakim ve üstün olduğu hiyerarşik bir yapıya dönüşmüştür. **v) Esnek ve Yumuşak Kurallardan oluşan hukuk sistemi:** Yeni egemenlikçiler bu hiyerarşik yapılanma anlayışına karşı çıkar ve uluslararası sistemin güç odaklı hiyerarşik bir yapıda değil, otonomi ve eşitlik esaslı bir yapıda olması gerektiğini savunurlar ve devletler üstü hukuk anlayışı bakımından belki de en önemlisi yeni egemenlikçiler bağlayıcı, üstün normatif yapı yerine esnek, yumuşak kurallar ile işleyen bir uluslararası sistem ön görürler. Zira bu tip bir sistem devletlerin bağımsızlıklarına ve otonomilerine devletler üstü hukuk normları ile çalışan bir sistemden daha fazla alan açacaktır.³⁹¹

Devletler üstü hukuk anlatışına getirilen eleştiriler bu sistemin devletlerin egemenlik anlayışı ile uyuşmadığı noktasından kaynaklanmaktadır. Bu yaklaşımın ana yargısı; egemen ve eşit olması gereken devletlerin karar alma süreçlerinin kendilerinin özgür iradesi ile belirlemedikleri hukuk normu ile kayıt altına alınamayacağı kabulüdür. Bu yaklaşımda başı çeken devletlere göz atıldığında ilginç ve ironik bir durum ortaya çıkar. Bu devletlerin bir kısmı gelişmekte olan devletlerdir. Bunlar özellikle ikinci dünya savaşından sonra uluslararası örgütler eliyle dizayn edilen uluslararası sistemin özeldede devletler üstü hukukun teoride eşit ama pratikte diğer devletlerden “daha egemen (!)” devletler marifetiyle oluşturulduğu, bu nedenle bu devletlerin menfaatine hizmet ettiği görüşündeler. İronik olan şudur ki bu devletlerin işaret ettiği ve “daha egemen” olarak tanımladığı devletlerin başını çeken Amerika Birleşik Devletleri'nde de ciddi bir siyasi akımın yeni egemenlikçi olarak ortaya çıkmasıdır. Özellikle Trump başkanlığı döneminde gelişen bu yaklaşım aynı argümanlar ile devletler üstü hukuk anlayışına bu anlayış ile çalışan uluslararası örgütlere, uluslararası mahkemelere karşı çıkıyor, ABD'nin bu yapılara girmemeleri gerektiği savunurlar.³⁹²

³⁹¹ Alles & Badie, “Sovereignism in the International System”, 17-18.

³⁹² Spiegeleire vd., *The Rise of Populist Sovereignism*.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ÖRNEKLİĞİNDE ULUSLARARASI HUKUK- DEVLETLER ÜSTÜ HUKUK ETKİLEŞİMİ

3.1. Devletler Üstü Yapı Modeli Olarak Avrupa Birliği.

AB, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu olarak tüm diğer uluslararası örgütler gibi akit devletlerin özgür iradeleri ile akdettikleri ve diledikleri zaman çıkabildikleri uluslararası anlaşma ile yolculuğuna başlamıştır. Buraya kadar bahsettiğimiz uluslararası bir anlaşma ile uluslararası hukuk zemininde oluşturulan uluslararası bir örgüt olan AB'dir.

Avrupa Birliği kendine ait toprak unsuru olan bir yapıdır. Birliğin toprak unsuru üzerinde geçerli kontrol gücü, iç otoritesi, dış otoritesi ve üye devletler üzerinde devletler üstü otoritesi vardır. AB üye devletler üzerindeki devletler üstü otoritesini Avrupa Komisyonu, Avrupa Merkez Bankası ve Avrupa Birliği Adalet Divanı marifetiyle sağlar. Avrupa Birliği Adalet Divanı Avrupa Birliği marifetiyle oluşturulan Avrupa'nın dört doktrin üzerine tesis edildiğini belirtir: “doğrudan etki”, “üstünlük”, “zımni yetki – güç oluşturma kapasitesi” ve “Birliğin tüm kural ve düzenlemeleri insan hakları perspektifinde değerlendirme”.

Üye devletler uluslararası egemenliğe sahiptir ancak Avrupa Birliği'nin bizatihi kendisi de uluslararası kişiliğe ve egemenliğe sahiptir. AB üyelerinden ayrı ve bağımsız olarak kendi kişiliği ile diplomatik ilişkiler geliştirmektedir.³⁹³ AB bizatihi kendi tüzel kişiliği ile pek çok uluslararası anlaşma imzalamıştır. Bu anlaşmaların büyük kısmını kendi üyesi olan devletler de imzalamıştır. Üye devletlerin diplomatik temsilciliği olduğu ülkelerde kendi adına bağımsız diplomatik temsilcilikler açmıştır.

Tüm bu gelişmeler ve hukuki-siyasi-ekonomik uygulamalar göstermektedir ki AB, üyelerinin Westphalian/Vatellian egemenliklerini kırmakta hatta onların iç egemenlik alanlarında geçerli olacak etkinlikte hukuki-politik kurallar alabilmektedir. Bu oluşum bize devletlerin kendi

³⁹³ Çiğdem Şahin, “Kurumsal Bileşenler Işığında Avrupa Birliği Diplomasisinin Gelişimi”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 4 (2022), 759-782.

istekleri ile klasik egemenlik anlayışından ve onun tanıdığı uluslararası egemenlik haklarından tavizler verebildiğini gösteren güzel bir örnektir.³⁹⁴

Üye devletler anayasalarında yapılan değişiklikler ile egemenlik kavramı esnetilmiş hatta bazı egemenlik haklarının Birlik kurumlarına devrinin önü açılmışsa da bu hukuki zemin bir iç hukuk işlemi olan anayasa ile tesis edilmiştir. Yani üye devletin kendi egemenlik hakkının kullanılması suretiyle gerçekleştirilmiştir.

Ancak uluslararası hukukun devletler üstü hukuka dönüşmesi, uluslararası örgütün ise devletler üstü örgüte dönüşmesi halinde egemenlik tartışmaları yeniden alevlenir. Yukarıda da değindiğimiz üzere AB anlaşması bir uluslararası anlaşma olmakla üye devletlerin egemenlik hakları hakkında tereddütlere neden olmaz zira zaten bir uluslararası anlaşmaya taraf olmak kısmen de olsa bazı egemenlik haklarından devletin kendi rızası ile feragati demektir.

Yukarıda bahsettiğimiz anayasa değişiklikleri incelendiğinde iki farklı semantik yaklaşım dikkat çeker. Belçika ve Alman düzenlemeleri egemenliklerinin sadece sınırlandırılmasını kabul etmekle kalmaz aynı zamanda bazı egemenlik haklarının uluslararası kamu hukuku kuruluşlarına devredilebileceğini öngörür. Oysa Fransız ve İtalyan anayasal düzenlemeleri sadece egemenlik haklarının uluslararası hukuk kaynaklı olarak sınırlandırılabilirliğini belirtir, fakat uluslararası kuruluşlara egemenlik hakkı devrine dair bir düzenleme içermez. Uluslararası hukuk ve devletler üstü hukuk literatürü ile ifade etmek gerekirse. Fransız – İtalyan çizgisi uluslararası hukukun gerektirdiği modern, Wimbledon kararında belirtilen esnek egemenlik anlayışının yansımasıdır. Ancak hala uluslararası hukuk zeminlidir. Oysa Belçika – Alman çizgisi, egemenlik yetkileri ve kamusal güçlerin bir kısmını uluslararası kurumlara devretmekle bunu bir adım aşmış ve devletler üstü hukuk zeminine yönelmiştir.

Bu iki farklı yaklaşım ABAD tarafından Costa/Enel kararında Belçika – Alman anlayışı esaslı olarak telif edilmiştir.³⁹⁵ Buna göre üye devletler kendine ait kurumları, personeli ve yasal çerçevesi – yasama alanı- olan, uluslararası düzlemde kendi kişiliği ile var olan daimi bir uluslararası birlik oluşturarak, bu yeni birliğe, kendi egemenlik yetkileri ve kamusal güçlerinin bir kısmını sınırlandırarak transfer etmiş böylelikle kurucularını ve onların halklarını bağlayan yeni bir hukuki kişilik inşa etmişlerdir.³⁹⁶ Böylelikle artık üye devletlerin sadece egemenliklerini Birlik hukuku çerçevesinde sınırlandırmış oldukları değil, bununla birlikte bazı egemenlik yetkilerini Birlik kurumlarına devretmiş oldukları ifade edilmiştir.

³⁹⁴ Krasner, *Abiding Sovereignty*, 244, 245.

³⁹⁵ Witte, “Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition”, 283.

³⁹⁶ eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006 585, 593. (25.10.2023).

ABAD bu yaklaşımı ile Fransa, İtalya gibi üye devletlerin anayasalarında öngörülme- yen bir durumu tesis ederek, üye devletlerin oluşturdukları birliğin niteliğinden kaynaklı olarak egemenlik yetkilerinin bir kısmını bu birliğe devrettikleri sonucuna varmıştır. Bu yaklaşım bir uluslararası mahkemenin içtihat yoluyla yasama organlarını atlayarak devletler üstü hukuk tesis etmesinin önemli bir örneğidir.

Bu uygulaması ile ABAD yasama otoritesini iki katmanda birden atlar. İlk olarak Birliğin yasama organı atlanmıştır. Zira Birlik, hukukunun doğrudan etki ve üstünlük niteliği kazanmasına dair net bir Birlik tasarrufu, anlaşma hükmü yoktur. Birlik hukukunun bu niteliklere sahip olduğu -açıklandığı ve açıklanacağı üzere- ABAD'ın içtihatları ile tesis edilmiştir.

İkinci olarak ise ABAD üye devletlerin yasama yetkilerini de atlamış ve onların iç hukuk sistemlerine Birlik kurallarının onların herhangi bir kabulüne gerek olmaksızın (doğrudan etki) hem de üstün norm olarak (üstünlük) dahil olabilmesinin önünü içtihatları ile açmıştır.

İlk aşamadaki yasama yetkisinin atlanması yani birlik yasama organlarının tasarrufu olmaksızın ABAD tarafından Birlik hukukunun devletler üstü nitelikler ile donatılması ilk etapta örgütün meselesi gibi gözükabilir ancak gerçekte bu da net bir şekilde üye devletlerin egemenlik haklarının ihlalidir. Zira Birlik, yasama yetkisi üye devletlere iradi ve fonksiyonel olarak tabi, onların karar ve direktifleri ile oylarını kullanan üye devlet temsilcilerinden oluşan yasama organı tarafından kullanılır. Bu da demek olur ki; Birlik yasama yetkisini kullanan yasama organının devre dışı bırakılarak bir regülasyon yapılması veya olan regülasyonun yargısal yorum ile farklı niteliğe büründürülmesi ile üye devletlerin iradeleri devre dışı bırakılmıştır.

Üye devletler anayasalarında yapılan düzenlemeler ile egemenlik devrinin kapısı aralanmıştır. Ancak bu düzenleme ABAD ile üye devletler Anayasa mahkemeleri arasında uzun bir süre devam edecek bir tartışmanın da fitilini ateşlemiştir. ABAD, Birlik hukukunun üye devletler hukukuna üstünlüğü esasına dayalı monist bir birlik hukuku sisteminin varlığını iddia eder. Buna göre Birlik hukuku normları kabul edildikleri andan itibaren doğrudan etki ilkesi sebebiyle üye devletler hukuk sistemine dahil olur ve bu sistemde iç hukuk kurallarından üstün olarak hüküm ifade ederler.³⁹⁷ Buna karşın üye mahkemeler anayasa mahkemeleri bu görüşe karşı çıkar ve son tahlilde birlik hukukunun etkinliği ve gücünün üye devletlerin anayasalarından kaynaklandığını, birlik hukukunun anayasalar izin verdiği için iç hukuklara etki edebildiğini savunurlar. Bu fikrin en önemli sonucu ise ulusal çıkarlar ve iç hukukun temel

³⁹⁷ Başaran, "Sovereign Immunity, Que Vadis?", 5.

normlarının ihlali sonucu doğması halinde Birlik normlarının değil ulusal temel hukuk kurallarının (anayasalar ve temel haklara dair temel normlar) uygulanacağı iddiasıdır. Bu yaklaşım uyarınca; Birlik hukukunun kuralları üye devletlerin anayasaları ile güvence altına alınmış temel haklara ve üye devletlerin ulusal hukuklarının temel ilkelerine saygılı olmalıdır.³⁹⁸

Üye devletler anayasa mahkemeleri ile ABAD bu fikir ayrılığını uzun süren diyaloglar neticesinde çözerek neticede Birlik hukukunun üstünlüğünde karar kılınmıştır.³⁹⁹ Bu sonuç uluslararası hukuk sistemi olarak yola çıkan Birlik hukukunun ABAD tarafından devletler üstü hukuka yükseltilmesi anlamına gelen güzel bir örnektir.

ABAD üye devletler anayasa mahkemeleri tarafından ileri sürülen iç hukuklardaki temel haklara dair hükümlerin birlik hukukuna üstün ve ondan önce geldiği iddiasını kabul etmemiş, Birlik anlaşmalarından doğan hukuk sisteminin bağımsız ve üstün bir hukuk sistemi olduğunu, birlik kurallarının ulusal hukuklar tarafından geçersiz kılınamayacağını, bu nedenle Birlik hukukunun koyduğu ilkeler ve düzenlemelerin temel haklara ilişkin bile olsa üye devletlerin anayasal kuralları ile geçersiz kılınamayacağını kabul etmiştir.⁴⁰⁰ Mahkeme bu yaklaşımı ile temel haklara tamamen sırtını dönmüş değildir. Mahkemeye göre; temel haklar Birlik hukuku tarafından da korumaya alınmış temel hukuk prensipleridir. Ancak üye devletlerin anayasal ilkeleri bunları korumaya dönük bile olsa Birlik hukuku ile uyumlu olmalıdır.⁴⁰¹

³⁹⁸ Judgment of 17/12/1970-Case 11/70, INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT v EINFUHR- UND VORRATSSTELLE GETREIDE, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011 1128., 1131. (25.10.2023)

³⁹⁹ Başaran, “Sovereign Immunity, Que Vadis?”, 5, 11.

⁴⁰⁰ Judgment of 17/12/1970-Case 11/70, INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT v EINFUHR- UND VORRATSSTELLE GETREIDE, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011, 1134., (25.10.2023)

⁴⁰¹ Judgment of 17/12/1970-Case 11/70, INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT v EINFUHR- UND VORRATSSTELLE GETREIDE, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011, 1134. (25.10.2023)

3.2. Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Hukuk Sistemine Dönüşümü.

3.2.1. Üye Devletlerin Egemenlik Haklarına Yönelik Anayasal Revizyonlar.

Egemenlik anlayışında özellikle uluslararası kamu hukuku esaslarından kaynaklı bu esneme ve değişim, özellikle AB sisteminin gelişmesi ile üye devletler anayasalarına yansımaya başladı. Üye devletler yaptıkları anayasa değişiklikleri ile anayasalarını bu esnemeye ve uluslararası hukuk sisteminde kabul edilen egemenlik anlayışına uyumlaştırmaya çalıştılar.⁴⁰²

Bu konuda en net düzenlemeyi yapan üye devlet Belçika oldu. Belçika Anayasası'nın değişiklik öncesi 1831 tarihli 25. maddesi (güncel 33. md) “Ulustan gelen tüm egemenlik yetkileri anayasal çerçevede kullanılır” şeklinde idi. 1970 yılında yapılan değişiklik ile kamusal yetkilerin bir kısmının AB'ye devredilmesinin hukuki altlığını temin edebilmek için anayasaya 25/a maddesi (güncel 34. md) eklendi. Yeni düzenlemeye göre; “Kamusal tüm yetkiler halktan alınır. Bu yetkiler Anayasada belirtilen şekilde icra edilir. (33. md)”, “Belirli yetkilerin kullanılması bir antlaşma ya da bir kanunla devletler hukuku kurumlarına bırakılabilir. (34. md).⁴⁰³

Bu düzenleme sayesinde klasik egemenlik anlayışından kaynaklanan egemenlik yetkilerinin devletler hukuku kurumlarına -özellikle de AB kurumlarına- devri Belçika için anayasal bir meşruiyet zemini kazanmış oldu. Bu yetki devri yetkiden tamamen feragat anlamında gelen tüketici (*abusus*) bir devir değildir. Zira bu devir devletin temel hukuk metni olan anayasa ile yapılmıştır. Devlet devrettiği bu yetkilerin tamamını veya bir kısmını dilediği zaman o anlaşmadan çekilmek suretiyle geri alabilir. Nitekim Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uyarınca devletler diledikleri uluslararası anlaşmaya katılabilir (6. md), taraf oldukları uluslararası anlaşmalardan şartları dahilinde diledikleri zaman çekilebilmeleridir (Md. 54, 56, 56/2).

Egemenlik haklarını koruyan ama bu hakkı uluslararası hukuk kurum ve kuralları ile uyumlaştıran bu yaklaşım tarzı diğer üye devletlerde de anayasa değişikliklerine sebep oldu ve üye devletlerin anayasalarında bu anlayış ışığında devletin egemenlik hakkı ile uluslararası hukuk sisteminin gereklerini bağdaştıran düzenlemeler yapıldı. Fransa 1958 Anayasası'nın başlangıç kısmında yapılan atıf nedeniyle 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmı geçerliliğini

⁴⁰² Witte, “Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition”, 282.

⁴⁰³ [Belcika Anayasasi.pdf \(emu.edu.tr\)](#). (23.10.2023)

korumaktadır.⁴⁰⁴ 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmı uyarınca; Fransa Cumhuriyeti geleneklerine bağlı olarak, uluslararası kamu hukuku kurallarına saygı gösterecektir (14. paragraf), Fransa mütekabiliyet esasları çerçevesinde, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için egemenlik haklarında sınırlamalarda bulunmayı kabul eder (15. paragraf).

1948 tarihli İtalyan Anayasası'nda da;

*İtalya başka halkların özgürlüklerine karşı bir saldırı aracı olarak ve uluslararası anlaşmazlıkları çözme aracı olarak savaşı reddeder; uluslararası barış ve adaleti koruyacak bir düzen için gerekli olan egemenliğin sınırlandırılmasını kabul eder. İtalya bu tip amaçları gerçekleştirmeye çalışan uluslararası kuruluşları teşvik eder,*⁴⁰⁵

hükmü ile egemenlik haklarının uluslararası hukuk perspektifinde sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir.

Federal Almanya Anayasası'nda ise bu yaklaşım “Federasyon, egemenlik haklarını, devletlerarası kuruluşlara yasayla devredebilir” (md. 24/1) ifadeleri ile kendini gösterir.

3.2.2. AB Hukuk Sisteminin “Anayasal” Niteliğe Dönüşümü.

Uluslararası örgütler uluslararası anlaşmalar ile kurulur ve faaliyetlerine uluslararası hukuk çerçevesinde devam ederler. AB de uluslararası bir anlaşma ile kurulmuştur. Ancak ABAD'ın etkisi ile Birliği kuran uluslararası anlaşma ve Birlik kurumlarının ihdas ettiği kurallar, uluslararası anlaşma niteliğini aşarak anayasal metinler haline dönüşmüştür. Bu dönüşüm günümüz itibarıyla tamamlanıp, şekli anlamda bir anayasaya ulaşılamamıştır. Günümüzde şekli tanım gerekliliklerini taşıyan ortak bir Avrupa Anayasası tesis edilmiş değildir. Ancak anayasanın maddi kriterleri olarak tanımlanan üstün, bağlayıcı bir hukuk metni olma niteliği bakımından ABAD içtihatları sayesinde AB normları ve anlaşması maddi anlamda Anayasa gücü ve etkisine kavuşmuştur.

Günümüzde Birlik hukuk düzeni uluslararası bir anlaşma ile şekillenmiş, uluslararası hukuk zeminine dayalı bir hukuk düzeni olmayı aşmış, anayasal nitelikte kurucu bir anlaşmaya dayalı anayasal benzeri bir hukuk sistemi haline gelmiştir.

⁴⁰⁴ “Fransız halkı, 1789 Beyannamesinde tanımlanan, 1946 Anayasasının başlangıç kısmında teyit edilip tamamlanan insan haklarına ve millî egemenlik ilkelerine, aynı şekilde 2004 Çevre Şartında belirtilen hak ve ödevlere bağlılığını ihtişamla ilân eder.” [13124433 Fransa Anayasası.pdf \(meb.k12.tr\)](#) (19.10.2023)

⁴⁰⁵ [13124433 Fransa Anayasası.pdf \(meb.k12.tr\)](#) (19.10.2023)

ABAD'ın birlik hukukunun devletler üstü niteliğini teşkil eden doğrudan etkinliği ve üstünlüğü ilkelerini etkin hale getiren içtihatları ile birlik ekonomik, ticari birliktelikleri hedefleyen, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) veya Tarifeler ve Ticarete Dair Genel Anlaşma (GATT) gibi benzer diğer oluşumlardan farklı bir nitelik kazanmış, uluslararası bir örgütün hukuk sistemi olmaktan çok Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasal düzenine benzer gibi bağlayıcı ve etkin bir hukuk sistemi oluşmuştur.⁴⁰⁶

Birlik, devlet teorisi terminolojisi ile ifade edersek; belirli bir konuda ortak hedefe yönelik konfederal bir yapı olmaktan çıkmış, farklı egemenlik katmanlarından oluşan ancak tek bir merkezi federal üst egemenlikle yönetilen federal bir yapıya bürünmüştür. Yukarıda da değindiğimiz gibi bu gelişmede ABAD'ın entegrasyon ve devletler üstülüğe yönelik içtihadı yaklaşımı önemli yer tutar. Bu ilkeler ve birlik hukukunun devletler üstülüğü ABAD tarafından özellikle 1960 tarihinden itibaren vurgulanmıştır.⁴⁰⁷ Mahkeme bu yıllardan itibaren geliştirdiği içtihatları ile Roma anlaşmasının uluslararası hukuk anlaşması kimliğini, anayasal niteliğe evirmiştir. Bu evrim beraberinde birliği uluslararası anlaşma ile tesis olan konfederal bir yapı olmaktan çıkartmış onu federal benzeri bir yapıya dönüştürmüştür.⁴⁰⁸

Doktrinde bu konuda Avrupa Birliği'ni henüz anayasasına ve anayasal kurumlarına kavuşmamış genç bir federal sistem olarak tanımlayan⁴⁰⁹ yazarlar da vardır. Tüm cüretkarlığına rağmen yapıyı “federal devlet” olarak değil de “federal sistem” olarak tanımlama kanımca hala bir Avrupa Anayasasının olmayışı sebebiyledir.

Devlet teorisi kabullerine göre federal devletler ilki federe devletler katmanı ikincisi ise federe devletlerin birleşmesi ile oluşan federal devlet katmanı olmak üzere iki katmanlı bir yapıya sahiptir. Bu nedenle her iki seviyenin de kendine özgü yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları, bu fonksiyonları ifa etmek üzere oluşmuş organları, toprak, insan ve egemenlik unsurları vardır. Her iki katmanın da kendine ait anayasası ve hukuk düzeni vardır. Yani hem federe devletlerin anayasaları ve onun altında şekillenen federe hukuk sistemleri hem de federal devletin anayasası ve o anayasa çerçevesinde şekillenen federal hukuk sistemi vardır. Bu iki katmanlı

⁴⁰⁶ Weiler, “Emerging Issues on Compliance and Effectiveness of Community Law”, 173.

⁴⁰⁷ Bermann, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, *Columbia Law Review*, Vol. 94, N. 2 (Mar., 1994), 348.

⁴⁰⁸ Donna Starr-Deelen & Bart Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”, *Publius, Federalism and the European Union*, Vol. 26, C.4 (Autumn, 1996),83.

⁴⁰⁹ Bermann, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, 455.

hukuki yapı federal devletin teme unsur olup onu bölgesel devlet kavramından ayıran ana özelliğidir.

Hukuk sistemi hukuki egemenliğin sonucudur. Hukuki egemenliğin olduğu yerde de devlet vardır. Federal devlet yapılanmasında her iki katmanda da “devlet” vardır. Yani federe devletler, federal devleti oluşturan alt devletler (*sub states*) onların birleşmesi ile oluşan federal devlet ise üst devlettir. Anlaşılacağı üzere her iki katmanda da devlet vardır. Bunu sonucu olarak da her iki katmanın kendi hukuk sistemi vardır. Bu iki hukuk katmanının sınırları, çerçevesi ve etki alanları ise bir iç hukuk metni olan anayasa ile belirlenir. Federal devlet konfederal devletten farklı olarak uluslararası bir anlaşma ile değil bir iç hukuk belgesi niteliğindeki anayasa ile oluşur.

Uluslararası hukuk çerçevesinde oluşan bir uluslararası örgütün evrilerek devletler üstü örgüt haline gelmesinin önemli unsurlarından birisi de kurucu anlaşmanın tarafları bağlayıcı etkiye sahip devletler üstü bir anlaşmaya dönüşmesidir.

Uluslararası bir anlaşma ile devletler üstü bir yapılanmayı hedefleyerek kurulan Avrupa Birliği'nin⁴¹⁰ ekonomik, siyasi ve güvenlik amaçlı entegrasyona yönelmesini gitmesini müteakip kurucu anlaşmaları yerine kaim olacak bir Avrupa Anayasası oluşturmaya çalışmaları bu paralelliği doğrulayan bir gelişmedir.

3.3. AB Yapılanmasında Devletler Üstü Nitelikler.

23 Temmuz 1952 tarihinde Paris Antlaşması ile kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu gelişerek ve dönüşerek günümüzde Avrupa Birliği haline gelmiştir. Bu yapı temelleri itibarıyla uluslararası anlaşmalar zemininde üye devletlerin akdettikleri anlaşmalar ile tesis edilmiş uluslararası bir örgüt niteliği taşır.

Uluslararası antlaşmaların üzerinde yükseldiği uluslararası hukuk zemini birbirinden bağımsız ve eşit devletler arasında hükmünü icra eder. Uluslararası hukukun ana süjesi olan devletlerin hepsinin eşit derece ve seviyede egemen oldukları kabul edilir. Bu devletler dahil oldukları uluslararası örgütte egemenliklerini muhafaza ederler.

Uluslararası örgütlerin hukukları kural olarak uluslararası hukuk sisteminin özelliklerini taşır. Yukarıda değindiğimiz üzere, devletler dahil oldukları uluslararası hukuk sisteminde hukuki egemenliklerini muhafaza ederler. Devletin uluslararası hukuk ile iç hukuk sisteminin ilişkisine

⁴¹⁰ A.g.e., 153.

dair kabul ettiği sistem ister monist isterse düalist olsun iç hukuk sistemi varlığını ve etki alanını korur.

Düalist anlayışta bu sistemi analiz etmek kolaydır. Zira düalist anlayış uyarınca uluslararası hukuk ve iç hukuk iki ayrı düzelmede de olsa varlıklarını devam ettirir ve bir düalizm altında hükümlerini icra ederler. Monist sistemde ise sanki iki sistem karışır ve uluslararası hukukun etkisi baskın olup iç hukuk sisteminin yerine geçer. Fonksiyonel anlamda sonuç olarak böyledir ancak hukuk metodolojisi anlamında iç hukuk sistemi varlığını devam ettirir. Zira uluslararası hukuk sisteminin normlarının iç hukuka dahil olması ve yeknesak bir hukuk sistemi haline gelmesi iç hukuk normlarının kabulü ile gerçekleşir. Uluslararası hukuk normları iç hukuka dahil olabilmek için iç hukuk kurallarına göre bir kabul ve dahil olma sürecinden geçmek durumundadır. Kısacası devletler üstü hukukun en önemli unsuru olan “doğrudan etki” tesis edilmemiştir. Bu nedenle sistem tek hukuk sistemi altına iki hukuk rejimini toplasa da bu i ie geçiş iç hukuk normlarının kabulü ile olur.

Devletler st hukuk ise hukuk sistemi olarak sistemi oluşturan devletlerin hukuk sistemlerinin üzerinde, onlara üstün bir hukuk sistemi kurgular. Bu oluşum hukuk sistemleri itibarıyla adeta iki katmanlı bir egemenlik yapısı oluşturur. Alt seviyede sistemi oluşturan devletlerin iç hukuk sistemleri, üst seviyede ise oluşan devletler üstü yapının üstün ve hakim hukuk sistemi.

Bu iki farklı seviyedeki yapının oluşum esasları, ilişkileri, uluslararası anlaşma ile tesis edilmiştir. Süreç bazında değerlendirecek olursak birbirlerinden bağımsız münferit hukuk sistemleri uluslararası bir anlaşma ile bir araya gelerek önce bir uluslararası hukuk sistemi oluşturur.

Bu sistem ilk etapta tarafları kendi iradeleri ile bağlayan, i hukuklara ise ancak onların kabulü ile etki eden dışsal bir nitelik arz eder. Sürecin bu aşamasında hukuk sistemleri adete konfederal yapıdadır. Konfederal terimi burada devlet teorisindeki konfederasyon anlamından çok, birbirinden bağımsız devletlerin bağımsızlıklarını koruyarak bir uluslararası anlaşma ile bir araya geldikleri, oy birliği ile kararlar aldıkları, egemenliklerini tam olarak muhafaza ettikleri yapıyı nitelemek üzere terminolojik anlamda kullanılmıştır. Sisteme entegre devletlerin hukuki egemenliklerinin ürünü olan hukuk sistemlerinin varlığını koruyarak bir araya gelmek suretiyle uluslararası bir hukuk sistemi kurması konfederal bir mahiyet arz eder. Bu nedenle uluslararası hukuk sistemi, ana süje olan devletlerin hukuki egemenliklerin realizasyonu ve korunması anlamında konfederal nitelikte bir hukuk sistemidir.

Uluslararası hukuk, geçirdiği değer'işim ile normlarının i hukuklara doğrudan etki (*direct effect*) ile dahil olabilen bir nitelik kazanması ve dahil oldukları iç hukuk sistemlerinde hukuk

sistemlerinde hiyerarşik olarak iç hukuk normlarının üstünde konumlanıp üstün norm (*supermacy*) haline gelmesi halinde devletler üstü bir nitelik kazanır.

Sistem devletler üstü nitelik kazanması ile artık iç hukuklardan farklı ve onların üstünde bir egemenlik alanına sahip hale gelmiştir. Ancak iç hukuk sistemleri kendi varlıklarını kaybetmez ve devletler üstü hukuk sistemi ile çatışmadığı, ona aykırı olmadığı müddetçe varlığını korur. Egemenlik perspektifinden ifade etmek gerekirse; farklı seviyelerde varlıklarını devam ettiren birbirinden farklı ama hiyerarşik yapıya sahip iki katmanlı bir (hukuki) egemenlik alanı oluşmuştur. Burada da iki hukuk sistemini ön görülen bir düalizm vardır. Ancak bu düalizm kendi içerisinde devletler üstü hukuk normlarına üstünlük tanıyan bir iç hiyerarşi tesis eder.

Bu aşamada devletler üstü hukuk uluslararası hukuktan yola çıkıp bir üst evreye yönelirken tam tesri bir seyir ile adeta bir içe sönümlenme süreci yaşayıp, uluslararası hukukun da öncesine, iç hukuk evresine dönüşme durumu ile karşı karşıyadır. Devletler üstü hukuk sistemi artık birbirinden farklı seviyede çalışan iki sistemden (uluslararası hukuk-iç hukuk) değil altlık üstlük ilişkisine sahip iki hukuk sisteminden oluşur. Bu yapı, iki farklı seviyede, federe ve federal devletlerin hiyerarşi esaslı iki katmanlı hukuk sistemlerinin üzerine kurulmuş federal hukuk sistemini andırır.

Temelinde uluslararası anlaşmalar ile kurulan uluslararası bir örgüt olan Avrupa Birliği, hukuki zeminini oluşturan uluslararası anlaşmalar sisteminin bağlayıcı anayasal metinler sistemi haline dönüşmesi AB'yi uluslararası bir örgüt olmaktan çıkartıp federal benzeri bir yapıya dönüştürmüştür.⁴¹¹

Bu dönüşüm Birlik hukuku ile üye devletler hukuk sisteminin ilişkilerindeki değişim ile gerçekleşmiştir. Uluslararası hukuk sistemi olan birlik hukuk ile üye devletler hukuku arasındaki ilişki Birliğin yargı organı ABAD'ın bu yöndeki içtihat politikasının da etkisi ile devletler üstü bir örgütün ürettiği devletler üstü hukuk ile iç hukuk sistemi arasındaki ilişkiye dönüşmüştür.

AB tüm diğer uluslararası örgütlerde olduğu gibi uluslararası hukuk zemininde oluşmuş bir uluslararası anlaşma ile kurulmuştur. Uluslararası antlaşmalar ile devletler egemenlik haklarından kısmen feragat ettiklerini dile getirilebilir. Zira her akitte olduğu gibi uluslararası anlaşmalar da muhataplarına o anlaşmanın hükümlerine uyma mükellefiyeti yükler. Uluslararası hukuk terminolojisi ile ifade edecek olursa "*pacta sunt servanda*" bir anlaşma imzalamanın kaçınılmaz doğal sonucu olduğu gibi Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin

⁴¹¹ Sweet, *Governing With Judges – Constitutional Politics in Europe*), 160.

bağlayıcı hükümlerindedir (Md. 26).⁴¹² Ancak bu feragat egemen devletin özgür iradesi ile olmaktadır. Bu nedenle egemenliğin zedelenmesi olarak değerlendirilmez.

Egemenlik anlayışında dış egemenlik yaklaşımı kaynaklı, klasik katı anlamdaki egemenlik anlayışından uzaklaşan bu esnek yaklaşım⁴¹³ Birleşmiş Milletler Adalet Divanı'nın "Wimbledon" kararında şu şekilde formüle edilmiştir; "her ne kadar bir anlaşma imzalamanın hukuki sonucu olarak devletin bazı taahhütler altına girmesi egemenliğinden kısmi de olsa feragat etmesi anlamına geliyorsa da, diğer yandan uluslararası anlaşmaya taraf olma - dolayısıyla anılan tip bir feragatte bulunmak- da devletin egemenlik yetkisi dahilindedir."⁴¹⁴

Gelişen uluslararası ilişkiler ve globalleşen dünya düzeni devletleri uluslararası sistemde diğer devletlerle muhtelif hukuki ilişkilerde bulunmaya, uluslararası örgütler kurmaya sevk etmiştir. Hukuk sistemi yaptırıma bağlı kurallar ve formlardan oluşur. Uluslararası hukuk dünya sahnesine çıktığı günden bugüne özellikle erken dönemlerde kimi yazarlarca müeyyidelerinin zayıflığı, ikincil normlarının eksikliği gibi gerekçelerle "hukuk" olarak değerlendirilmeyecek derecede eleştirilmiştir.⁴¹⁵

Çalışmamızın ikinci bölümünde de değindiğim üzere "yaptırım"- "yaptırımı uygulayacak otorite" kavramlarının karıştırılmasından kaynaklandığını düşündüğüm bu yaklaşımlar günümüzde aşılmış artık uluslararası hukukun kendine özgü yaptırım ve denetim sistemlerine sahip bir hukuk sistemi olduğu kabul edilmiştir.

Devletin yapılanması, nitelikleri ve devlete ile ona tabi bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen iç kamu hukukundan farklı olarak uluslararası kamu hukuku, egemen ve eşit devletler arasındaki uluslararası sistemi düzenler.

Uluslararası kamu hukukunda geçerli olan ve devletin "dış egemenliği" olarak tanımlanan egemenlik "iç egemenlikten" farklı olarak, mutlak, devlete dilediği kararı alma özgürlüğü tanıyan bir egemenlikten çok, devletleri karşılıklı ilişkilere sokan bir egemenlik anlayışıdır. İlişki ilişkiye giren tarafların davranış ve karar alma özgürlüklerindeki mutlaklığı sınırlayan bir sosyal tavidir. İlişkiye giren devletler mutlak egemenlik haklarından kendi rızaları ile de olsa kısmen feragat etmek durumunda kalırlar.

⁴¹² https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438

⁴¹³ Witte, "Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition", 278.

⁴¹⁴ https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/english/5_e.pdf, 3.

⁴¹⁵ H. L. A. Hart, *Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 215, 217, 220; Gerard Maher, "Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 64, N. 3 (1978), 401-416.

Ancak buradaki feragat de bir başka gücün zorlaması ile değil devletin kendi rıza ve kararı ile gerçekleşir. Diğer bir ifade ile devlet egemenlik hakkını kullanarak egemenliğinin belirli unsurlarından vazgeçer.

Bu tip bir feragat devletin dış egemenlik hakkından doğar. İç egemenlik hakları devredilemez bölünemez ve feragat edilemez niteliktedir çünkü iç hukukta devletin egemenliği ona tabi olan tebaası üzerinde kullanılan bir haktır. İç hukuk sistemi devlet ve ona tabi kişiler arasında işleyen bir sistemdir. Uluslararası hukuk ise eşit, bağımsız devletler arasından çalışan bir sistemdir. Bu niteliği sonucu olarak egemenlik ilişkileri iç egemenlikten farklı değerlendirilmelidir. Tüm aktörleri eşit ve bağımsız olan bir hukuk sisteminde bu aktörlerin birbirleri ile ilişkisi kaçınılmaz surette her süjenin özgürlüğünden kısmen de olsa feragatini gerektirir. Aksi halde hukuk sisteminden bahsedilemez.

Temelde hukuk sistemi doğası itibarıyla süjesinin özgürlüğünün kısıtlandığı bir sistemdir. İç hukuk sistemlerini açıklayan toplum sözleşmecisi veya kuvvet esaslı teorilerde de hukuk ve devlet tesis edilmeden önceki mutlak özgürlük ve bağımsızlığın -süjelerin özgür iradeleri ile tesis edilmiş olsa da- hukuk düzeni kurulurken törpülediği kabul edilir.

Aynı mekanizma uluslararası hukukta da geçerlidir. Hukuka dayalı, kendi hukuk sistemi olan bir uluslararası sistem oluşmadan önce her devletin Westphalian mutlak egemenlik anlayışı ile tam bağımsız olarak hareket ettiği, hukukun değil gücün (siyasi, askeri, ekonomik) yani yapabilme iktidarının tek belirleyici etken olduğu uluslararası sistem uluslararası hukukun tesis edilmeye başlanması ile yerini devletlerin karşılıklı anlaşmalar ile kimi haklarından feragat ettikleri bir hukuk sistemine bırakmıştır.

Avrupa Birliği Hukuk Sistemi üye ülkelerin hukuk sistemleri karşısında devletler üstü niteliği haizdir. Avrupa Birliği eşit ve bağımsız devletler tarafından uluslararası antlaşmalar ile oluşturulmuş bir uluslararası örgüt olmakla birlikte, entegrasyon ve birleşme hedefine yönelmiştir.⁴¹⁶ Bu entegrasyon Birliğin ilk tesisinde ekonomik amaçlı bir entegrasyon olarak belirlenmiştir. Ortak ekonomik pazar olarak tanımlanan bu entegrasyon; **i)** Mal ve hizmetlerin Birlik içinde serbest dolaşımı, **ii)** Ortak gümrük politikası, **iii)** bu entegrasyonu sağlayacak ortak bir hukuki düzenin oluşturulması hedeflerini içermekte idi. Avrupa Birliğini Kuran anlaşmanın başlangıç kısmında bu yöneliş 4. paragrafta; Antlaşmanın motivasyonlarından birinin de Avrupa kıtasının bölünmüşlüğüne sona erdirilmesinin tarihi önemi ve gelecekteki Avrupa'nın inşası

⁴¹⁶ Carlos M. Peláez & Carlos A. Peláez, *Globalization and the State* (Palgrave Macmillan, 2008), 8.

için sağlam temeller oluşturulmasının gerekliliği olarak belirlenmiştir.⁴¹⁷ 9. paragrafta, birliğin tek ve istikrarlı bir para birimini de içeren bir ekonomik ve parasal birlik kurma hedefine sahip olduğu, 11. paragrafta da birlik ülkelerinin vatandaşları için ortak bir vatandaşlık tesis etmeyi de hedeflediği düzenlenmiştir.

Bu entegrasyon sadece ekonomik alanla sınırlı değildir, birlik ortak bir savunma ve dış politika bloğu oluşturmayı da hedeflemektedir. Anlaşmaya göre; “ortak bir savunmaya dönüşebilecek bir ortak savunma politikasının aşamalı olarak belirlenmesini de içeren, böylelikle Avrupa’nın kimliğini ve bağımsızlığını güçlendiren bir ortak dış ve güvenlik politikası” uygulanacaktır (başlangıç kısmı 12. paragraf)

Bu tip bir entegrasyon motivasyonu ile oluşturulan bir uluslararası örgütün entegrasyon hedefine ulaşabilmesi için üye devletler hukukunun üstünde konumlanmış bir hukuk sistemi vazetmesi gereklidir. Zira kuralları yeknesak olmayan bir ekonomik, siyasi yapının entegre olabilmesi mümkün değildir.

Entegrasyon hedefi perspektifinden bakıldığında, Avrupa Birliği hukuk sisteminde devletler üstü hukukun belirli bir amaca matuf şekilde fonksiyonel olarak ortaya çıktığı gözlemlenebilir. Avrupa Birliği örneği kendi içerisinde farklı bir nitelik taşımaktadır. Zira doğrudan entegrasyonu hedeflemekle adeta konfederatif olarak oluşan ancak gittikçe tek bir federal devlet kimliğine doğru evrilmeyi kendine hedef edinen bir uluslararası alt sistem yapılanması gözlemlenmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Antlaşması ile önceden Avrupa Topluluğu’nu oluşturan devletler bir adım daha ileri giderek topluluğunu birliğe dönüştürmüşlerdir (1. md.).⁴¹⁸ Birliğin uluslararası niteliğinin devletler üstülüğe evrilmesi sürecinin en etkin amili, birliği adeta entegrasyona zorlayan unsur; sınırlar aşan ekonomik, ticari ilişkiler tesisi ve ortak pazar arayışlarıdır.⁴¹⁹

Birliğin yöneldiği ve gittikçe alanı genişleyen entegrasyon üye devletlerin anayasal statülerine karşı bir meydan okuma olarak değerlendirilebilir.⁴²⁰ Bu meydan okuma devletler üstü hukuk ve hukuki egemenlik arasındaki diyalektikten kaynaklanır. Zira devletler üstü hukuk her şeyden önce devletlerin iç hukuki egemenliklerine karşı en azından onu zedeleyen bir olgudur.

⁴¹⁷ <https://www.ikv.org.tr/images/files/A5-tr.pdf>. (10.08.2023).

⁴¹⁸ <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>. (10.08.2023).

⁴¹⁹ Sweet, *Governing with Judges (Constitutional Politics in Europe)*, 158,

⁴²⁰ Witte, “Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition”, 277.

Hukuki egemenlik siyasi egemenlikten farklı olarak ontolojik varlığını anayasal düzende bulur. Gerçekte anayasal düzeni inşa eden de iç hukuki egemenliktir. Bu nedenle devletler üstü hukuk sistemi iç hukuk sistemini törpülemekle devletin anayasal sistemini sarsmış olur.

3.3.1. Karar Alma Süreçlerinde Oy Çokluğu İlkesi.

Avrupa Birliği ilk yola çıktığında ağırlıklı olarak ortak ekonomik Pazar ve para birliğini hedeflemiş ve kurumlarını bu hedef doğrultusunda örgütlemiş idi. Topluluk ilk olarak egemen devletler arasında akdedilen uluslararası bir anlaşmaya dayalı uluslararası bir örgüt olarak oluşturuldu.⁴²¹ Ancak dünya siyasetinde yaşanan gelişmeler özellikle 11 Eylül olayları ve etkileri, birliğin doğu Avrupa'da genişleme eğilimi, Avrupa Birliği'ni güvenlik ve dış politika konusunda da birlikte hareket etmeyi hedefleyen entegre bir yapıya dönüştürdü. Ekonomik ve hukuki entegrasyonu hedefleyen Birlik bu hedeflerine ulaşabilmek için devletler üstü kurum ve organlar ile donatılmıştır.⁴²²

Oy birliği ile karar alınması tüzel kişilik hukuku bakımından tüzel kişiliği oluşturan tüm kurucu iradenin karara katılması anlamına gelir ki bu nüans tüzel kişilik ile kurucu irade arasındaki bağlantıyı yansıtır. Karar alınmasında oy çokluğunun yeterli görülmesi halinde ise tüzel kişiliğin iradesini oluşturan kurucu iradenin bir kısmının rızası hilafına karar oluşabilecektir.

Bu durum uluslararası hukuk bakımından tariflenecek olursa; oy birliği esasının uygulandığı uluslararası örgütlerde, örgütü oluşturan kurucu iradeler, yani üye devletler egemenliklerinin yansımaları olarak örgütün kararlarının oluşumuna katkıda bulunurlar, eşit ve bağımsız kabul edilen üye devletlerin tamamının katılmadığı bir kararın oluşması mümkün değildir. Eşitliğin yansımaları olarak her devletin eşit oy hakkı vardır, bağımsızlığın yansımaları olarak da hiçbir otorite bir üye devleti oluşumuna katkıda bulunmadığı bir karara uyma zorunda bırakamaz. Zira üye herhangi bir devletin katılmadığı kararın o devleti bağlayıcı surette oluşması mümkün değildir. Bu nedenle bağımsız ve eşit devletlerin katılımı ile oluşan uluslararası örgütlerin organlarında karar nisabı oy birliği esasına dayanır.

Devletler üstü örgütler ise bazı kararlarını oy çokluğu ile alabilirler. Oy çokluğu nisabı uluslararası örgütü devletler üstü örgüte dönüştüren unsurlardan biridir. Zira oy çokluğu

⁴²¹ G. Federico Mancini & David T. Keeling, "Democracy and the European Court of Justice", *The Modern Law Review* Vol. 57, N. 2 (Mar., 1994), 176.

⁴²² Clifford J. Carrubba & Matthew J. Gabel, *International Courts and the Performance of International Agreements* (New York: Cambridge University Press, 2015), 59.

nisabının yeterli görülmesi, karara katılmayan üye devletin iradesi hilafına da olsa oluşan kararı kabullenmek zorunda olması anlamına gelir. Bu sonuç üye devletin uluslararası hukuktaki bağımsızlığının yani dış egemenlik hakkının zedelenmesi demektir.

Entegrasyon hedefine yönelen birlik kurumlarını önemli konularda “ortak kararlar” alabilmek için oy çokluğunu yeterli gören bir yapıya dönüştürmeye başladı. Karar alma süreçlerinde oy çokluğuna kapı açan dönüşüm devletler üstü niteliğe dönüşümde çok önemli işlev gören bir süreci başlattı.⁴²³

Topluluğun ilk kurulduğu andan itibaren devletler üstülük barındıran kimi düzenlemeleri olsa da üye devletlerin egemenlik haklarından kaynaklı hassasiyet ve dirençleri öne çıktı. Topluluk parlamentosu yasama yetkileri ile donatılsaydı bu endişelerin yönetilmesi ve gerçek anlamda bir egemenlik devrinin oluşmasının engellenmesi çok daha zor olabilirdi. Bu risk Roma anlaşmasında yasama yetkilerinin bakanlar konseyinde tutulması ve konseyin kararlarının da oy birliği esasına bağlanması ile önlenmişti.

Düzenlemeler uyarınca; konsey, komisyonun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu’nun görüşün, aldıktan sonra oybirliğiyle, muamele vergileri, özel tüketim vergileri ve diğer tür dolaylı vergilere ilişkin mevzuatın uyumlaştırılmasına yönelik hükümleri, bu uyumlaştırmanın 8a. maddesinde öngörülen sürede iç pazarın kurulmasını ve işleyişini sağlaması için gerekli olduğu ölçüde kabul eder (99.md), ve Komisyonun önerisi üzerine Konsey, oybirliğiyle, üye Devletlerin, ortak pazarın kuruluş ve işleyişini doğrudan etkileyebilecek yasa, tüzük veya idari düzenlemelerin yakınlaştırılmasına yönelik direktifler çıkarır (Md. 100).⁴²⁴

Komisyon, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Merkez bankası marifeti ile entegrasyona yönelik kararları adeta devletler üstü bir moda geçerek almaya başladı.⁴²⁵ Zira karar alma yetersayılarında oy çokluğu esasının kabulü devletler üstü bir örgütün olmazsa olmaz niteliğidir.⁴²⁶ Bu meyanda özellikle komisyonun bazı konularda da olsa karar alma yeter sayısında oy birliğinden oy çokluğu esasına geçişi AB’nin devletler üstü niteliğinin öne

⁴²³ Sweet, *Governing with Judges*, 157.

⁴²⁴ <https://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf>. (20.10.2023).

⁴²⁵ Fritz W. Scharpf, “*Legitimate Diversity: The New Challenge of European Integration*”, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE) / Journal for Comparative Government and European Policy*, Vol. 1, C. 1 (2003), 32-60.

⁴²⁶ Ayşe Işıl Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği* (İstanbul: Der Yayınları, 1993), 25.

çıkmasında çok önemli bir mihenklerdir. Zira komisyon adeta AB sisteminin devletler üstü yapılanmasının sinir sistemini oluşturur.⁴²⁷

Avrupa Birliği'nin hukuki entegrasyonunun tam anlamıyla başarısız olmadığı, "amaçlanan anayasal düzene" geçilmekte başarısız olduğunu savunan yazarlar, kimi konularda oy birliği ile karar alınması gerekliliğinin devam ediyor olmasını bu başarısızlığı gösteren önemli bir ölçüt olarak göstermektedirler.⁴²⁸ Karar alma süreçlerinde oy birliğinden vazgeçilmesi teorik ve pratik anlamda üye devletlerin egemenlik haklarının özellikle de yukarıda değindiğimiz üzere bağımsızlıklarının törpülenmesi anlamına gelmekteydi. Zira üye devlet, oy çokluğu ile alınan karara katılmasa da isteği dışında alınan bu tip bir karara uymak durumunda kalmaktadır. Egemenlik yetkilerinde yaşanan bu erozyon devletler üstülüğün kaçınılmaz sonucudur.

Karar alma süreçlerinde oy birliğinden oy çokluğuna geçiş Birlik'te öncelikle Fransa'nın tepkisini çekti. Başkan Charles de Gaulle Fransa'nın egemenlik haklarının ihlal edildiğinden hareketle bu değişime direndi.⁴²⁹

1965 yılında ortaya çıkan kriz ve sebep olduğu kilitlenme hükümetler arasında karşılıklı bir taahhüt hükmündeki Haziran 1966 tarihli "Luxemburg Taahhüdü" ile çözümlendi.⁴³⁰ Bu taahhüt ile üye devletlere; anlaşma hükümleri uyarınca oy çokluğu ile karar alınabilecek bir hususta yapılacak oylamanın içeriğinin devletin önemli hak ve menfaatlerine dair oluşuna kanaat etmesi halinde oylamanın oy çokluğu ile değil oy birliği ile karara bağlanmasını talep etme hakkı tanındı. Böylece her devlete ulusal çıkarlarını gözeterek birliğin karar alma süreçlerini -karar nisabı yönünden- veto edebilme ve nisabın oy birliği olarak uygulanmasını zorlayabilme hakkı tanındı. Bu düzenleme ile birliğin uluslararası yapısı güçlendirilirken devletler üstü niteliği zayıflatıldı⁴³¹, böylece Fransa'nın başlattığı direniş sayesinde Birliğin devletlerin egemenliklerini törpüleyecek şekilde devletler üstü bir organik yapılanmaya yönelişi geciktirilmiş oldu.⁴³²

⁴²⁷ Sweet, *Governing with Judges*, 155.

⁴²⁸ Mark Gilbert, "A Fiasco but Not a Disaster" Europe's Search for a Constitution", *World Policy Journal*, Vol. 21, C.1 (Spring, 2004), 50.

⁴²⁹ Weiler, "A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors" 525.

⁴³⁰ Wincott, "A Community of Law? 'European' Law and Judicial Politics: The Court of Justice and Beyond" 23.

⁴³¹ Sweet, *Governing with Judges*, 157.

⁴³² Mancini ve Keeling, "Democracy and the European Court of Justice", 177.

“Lüksemburg taahhüdü” oy çokluğu vasıtasıyla tesis edilmek istenen devletler üstülüğe meydan okuyan bir alternatif niteliği kazandı. Zira taahhüt, bir yandan karar nisabında üye devletlerin tetikleme ile oy birliği nisabının uygulanmasına imkan tanımış diğer yandan ulusal çıkar vb. niteliğini yaparak oy birliği kuralının uygulanmasını münferiden üye devletin inisiyatifine bırakmıştır.⁴³³

Oy çokluğunun bazı konularda karar nisabı haline gelişi ancak 1986 yılında kabul edilen Avrupa Ortak Senedi ile mümkün olabilmektedir (Md. 6/5, 6/7, 7/).

Mevcut durumda, Avrupa Konseyi oy çokluğunun yeterli görüldüğü hallerde basit çoğunluk ile karar alabilir. Basit çoğunluk, üye tam sayısının çoğunluğudur. (Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma, Md. 238/1), bazı kararlarını ise ancak nitelikli çoğunluk ile alabilir. Nitelikli çoğunluk karar alma kabiliyetine sahiptir.⁴³⁴ Nitelikli çoğunluk, Birlik nüfusunun en az %65’ini oluşturan üye devletlere tekabül edecek şekilde, Konsey üyelerinin en az %72’sini (Md. 238/2) bazı hallerde ise üye devletlerin nüfuslarının en az %65’ine tekabül edecek şekilde, söz konusu üye devletleri temsil eden Konsey üyelerinin en az % 55’ini ifade eder (Md. 238/3-a) Avrupa Para Birliği bu tip nitelikli çoğunluk ile alınmış bir karar ile kurulmuştur.⁴³⁵ Komisyon (AB İşleyişine Dair Anlaşma, Md. 250) ve Birliğin Yasama organı olan Avrupa Parlamentosu da (AB İşleyişine Dair Anlaşma, Md. 231) kararlarını oy çokluğu ile alabilirler. Oy çokluğu ile diğer bir ifade ile üye devletlerin tamamının mutabakatı aranmaksızın karar alma süreçlerinin önün açan süreç iki aşamadan oluşur; öncelikle, entegrasyon hedefine yönelmiş uluslararası anlaşma akdedilmiştir. Bu anlaşma ile entegrasyon hedefi ve bu hedefe yönelik olarak devletlerin oy birliğine ihtiyaç duyulmaksızın karar alınabileceğine dair düzenleme tesis edilir. Aynı mantık ile yapılan diğer anlaşmalar ile üye devletler arasında üye devletlere doğrudan uygulanacak kurallar ve yükümlülükler belirlenir.

Yukarıda açıkladığımız sebeplerden dolayı oy çokluğu ile karar alabiliyor olması AB’yi devletler üstü bir örgüt kılar. Zira oy çokluğu ile karar almak; üye devletlerin -çoğunlukla alınsa bile- kendi iradeleri aksine alınan kararlara uymak zorunda kalması demektir.

⁴³³<https://www.cvce.eu/en/education/unitcontent/unit/d1cfaf4d8b5c4334ac1d0438f4a0d617/a9aaa0cd-4401-45ba-867f-50e4e04cf272>. (19.10.2023).

⁴³⁴<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar>. (19.10.2023).

⁴³⁵<https://economy-finance.ec.europa.eu/economic-and-monetary-union/what-economic-and-monetary-union-emu-en>. (19.10.2023).

Örnek verdiğimiz bu düzenlemeler Avrupa Birliği'nin devletler üstü hukuk üreten bir uluslararası örgüt haline dönüşmesine dair yol adımlarıdır. Günümüzde artık Birlik uluslararası bir örgüt olmaktan çok devletler üstü bir örgüt kimliğine bürünmüştür.

3.3.2. Kurumsal Yetkilerin Devletler Üstü Nitelikleri.

3.3.2.1. Yasama Yetkisi Tekeli.

Avrupa Birliği, tüm diğer uluslararası örgütlerle olduğu gibi üye devletlerin kurucu belgede oluşturulan hukuki çerçeve içinde çerçevesinde hareket eden bir örgüttür. Birlik yetkilerinin kullanılması, katmanlı yetki ve orantılılık ilkelerine tabidir. Birlik, belirlenen hedefleri gerçekleştirebilmek için üye devletler tarafından kurucu metinlerde kendisine verilen yetkiler çerçevesinde hareket edebilir.

Avrupa Birliği'nin işleyişine dair Lizbon anlaşmasında Birlik kurumlarına düzenleme inhisarı tanınmış. İlk el, asli düzenleme yetkisi AB'ye tanınmıştır. AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma uyarınca⁴³⁶; yetkilendirilme ilkesi gereği Birlik, antlaşmalarda belirlenen hedeflere ulaşmak için, ancak üye devletler tarafından antlaşmalarda kendisine verilen yetkilerin sınırları dahilinde hareket eder. Antlaşmalarda Birliğe verilmemiş yetkiler üye devletlere aittir (5. md.). Anlaşmadaki bu düzenleme Birliğe verilmiş münhasır düzenleme alanlarının varlığına işaret eder.

Bu inhisar anlaşmada daha da ayrıntılı olarak -olumsuz anlatım ile- tarif edilmiştir. Buna göre Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, sadece, öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer (5/3. md).

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, Birlik kurumlarına tekel düzenleme yetkisi tanınan alanlarda münhasır alanlarda resen harekete geçip düzenlemelerde bulunabilir ve bu alanlarda üye devletlerin düzenleme hakkı yoktur.

⁴³⁶ <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar>. (19.10.2023).

3.3.2.2. Katmanlı Yetki.

Birliğin düzenleme yetkisi sade kendisine inhisar tanınan alanlarla da sınırlı değildir. Öngörülen bir eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda da Birlik kurumları harekete geçer ve düzenlemelerde bulunabilir.

Bu halin şartlarının oluşup oluşmadığının takdir yetkisi de birliğe bırakılmıştır. Düzenlemeye göre Birlik kurumları, katmanlı yetki ilkesini, Katmanlı Yetki ve Orantılılık İlkeleri'nin Uygulanmasına Dair Protokol'e uygun olarak uygularlar. Ulusal parlamentolar, katmanlı yetki ilkesine uyulmasını bu Protokol'de belirlenen usule uygun olarak sağlarlar (Md. 5/3). Düzenleme ışığında Birliğin tekel düzenleme alanına giren konular haricinde normal şartlarda üye devletlerce gerçekleştirilebilecek düzenlemeleri de eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği değerlendirmesi yaparak kendisinin üstlenmesi ve bu değerlendirmeyi Birlik kurumlarının yapması. Üye devletlere bırakılan alanların sınırlarını Birlik kurumlarının müdahalesine açık hale getirmiştir.

Birliğin münhasıran yetkilendirildiği alanlarda, sadece Birlik yasama faaliyetinde bulunabilir ve hukuken bağlayıcı tasarruflar kabul edebilir; devletler, ancak Birlik tarafından yetkilendirilmeleri halinde veya Birlik tasarruflarının uygulanması amacıyla yasama faaliyetinde bulunabilirler. Antlaşmaların Birliğe belirli bir alanda üye devletlerle paylaşılan bir yetki vermesi halinde, Birlik ve üye devletler bu alanda yasama faaliyetinde bulunabilir ve hukuken bağlayıcı tasarruflar kabul edebilirler. Katmanlı yetki ilkesi gereğince, Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, sadece, öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer (Md. 5/3). Üye devletler, yetkilerini, Birliğin kendi yetkisini kullanmadığı ölçüde kullanırlar.⁴³⁷

Birlik kurumlarına münhasır karar ve düzenleme alanı tanınması Birliğe üye devletlerinin üzerinde fiili ve hukuki ehliyet kazandırmıştır. Bir uluslararası örgüt üye devletlerin kendisine verdiği tüzel kişilik yetkisi ile hareket eder.

⁴³⁷ Sanem Baykal, *Lizbon Anlaşması Sonrasında Avrupa Birliğinde Yetki*, 6.

3.4. AB Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Nitelik Kazanması.

Öncelikle Birlik hukukunun devletler üstü nitelik kazanmasının organik ve gayi anlamda değerlendirmesini yapmak gerekir. Hukuk sistemleri yaşayan organizmalara benzer ve içinde buldukları siyasi, ekonomik, sosyolojik ve politik ortamdan etkilenirler. Bu etkileşim önemlidir ancak sadece bu tip bir etkileşim herhangi bir özel amaç ve yönelme olmaksızın Birlik hukukunu uluslararası bir hukuk olmaktan çıkartıp devletler üstü hukuk haline getirmiş olabilir mi? Kanaatimce hayır. Zira uluslararası hukuk sisteminin devletler üstü hukuka dönüşmesi; hukuk kurallarının üye devletler iç hukuk sistemlerine doğrudan dahil olması ve üstün norm haline gelmesi gibi kendiliklerinden kazanılamayacak iki önemli nitelik gerektirir. Bu niteliklerin sadece sosyolojik, ekonomik politik gelişmeler ile kendiliğinden gerçekleşmesi mümkün değildir. Hukuki bir kurucu irade gerektirir. Zira bu iki nitelik normun şekli ve normatif yapısı ile ilgili olup mutlaka bu amaca yönelmiş kurucu bir iradenin işlemini (düzenleme veya içtihat) gerektirir.

Bu irade yasama niteliğinde bir irade olup değişimi normatif düzenlemelerle yapabilir veya yargısal bir irade olup içtihatlar ve yargı yorumu ile anılan dönüşümü gerçekleştirebilir. AB örneğinde ise bu iki tip irade birlikte hareket etmiş, bir yandan birlik kurumlarının düzenlemeleri ile Birlik müktesebatı belirli alanlarda çerçevelenerek de olsa doğrudan etkinlik kazanacak hale getirilmiş, diğer yandan ABAD tarafından kritik davalarda verilen kararlar ile “doğrudan etkililik” ve “üstünlük” Birlik hukukunun vasfı olarak belirlenmiştir.

3.4.1. Entegrasyon.

Önceki kısımlarda ifade etmeye çalıştığımız gibi AB temelde ortak pazar, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı gibi ekonomik alanlarda birlikteliği yani entegrasyon hedefi ile oluşturulmuştur. Bu oluşum zamanla ortak politikalar üretmek suretiyle, politik, güvenlik ve askeri hedefler belirlemek suretiyle birden çok ortak hedefe yönelen bütüncül entegrasyon hedefli bir birlikteliğe dönüşmüştür.

3.4.2. Entegrasyon Hedefinin Hukuki Etkileri.

İster ekonomik ister siyasi olsun entegrasyonun gerçekleşebilmesi için olmazsa olmaz şart hukuki entegrasyonun sağlanmasıdır. Hukuki entegrasyon ekonomik entegrasyonun sonucudur. Bununla birlikte diğer bir yönüyle de ekonomik entegrasyonun gerçekleşme şartıdır.

3.4.2.1. Hukuki (Legalist) Yaklaşım.

Hukuki entegrasyonun gerekliliğini ve aynı zamanda nasıl gerçekleştiğini açıklayan yaklaşımlardan ilki “hukuki yaklaşım teorisidir”. Bu yaklaşım hukuki entegrasyonu entegrasyona yönelik hedef bakımında gayi, entegrasyonu sağlayan unsurlar bakımından ise tümünden gelimci bir yöntem ile ele alır. Hukuki yaklaşım hukuki entegrasyon faaliyetlerine katkıda bulunan yargısal faaliyetleri hukuk sistematığı ve mantığının doğal bir sonucu olarak kabul eder.⁴³⁸

Öncelikle gayi olarak, entegrasyonu sağlayabilmek için üye devletler hukuk sisteminin mümkün olabildiğince yeknesak hale getirilmesi gerekir. Bu yeknesaklaştırma evveleminde Birlik organlarının yasama tasarrufları ile Birlik etki alanında uygulanacak normatif düzenlemeler ihdasını gerektirir. İhdas dilen normların homojen bir şekilde uygulanabilmesi için üye devletlerin tamamında yürürlük kazanması gerekir. Zira Birliğin üye devletlerden ayrı ve bağımsız bir coğrafi egemenlik alanı yoktur.

Birlik kurumlarınca üretilen normun üye devletlerden bir kısmında uygulanıp bir kısmında uygulanmaması hukuki entegrasyonun ilk şartı olan yeknesak hukuk düzeninin tesisine engel olur. Bu nedenle ilk ulaşılan doktrin “doğrudan etki” (*direct effect*) doktrinidir. Bu doktrin uyarınca Birlik normları Birlik kurumları tarafından ihdas edildikten sonra üye devletlerin bir iç hukuk işlemine -kabul, onama vb.- gerek kalmaksızın iç hukuklarına doğrudan dahil olurlar. Birlik normunun üye devletlerinin iç hukukuna dahil olması tek başına hukuki yeknesaklığı temin etmez. Zira iç hukuk sistemlerinde önceden belirlenmiş onlarca kural vardır. Birlik normu bunlara aykırı düzenlemeler içerebilir. Bu aykırılık bilinçli olarak düzenlendi ise konu özel norm genel norm diyalektiği ile çözümlenebilir. Zira hukuk tekniği itibarıyla iç hukuk sistemine giren Birlik normunun sonraki düzenleme olması onu önceki düzenlemelere üstün tutacak ve iç hukuk kuralının önceden düzenlediği bir alanı özel olarak sonradan düzenlediği için hem sonraki norm olma hem de özel norm olması hasebiyle tercih edilerek uygulanacaktır.

Ancak Birlik normunun iç hukuk kuralı ile düzenlenen bir konuda özel düzenlemede bulunmamasına rağmen iç hukuk kuralına aykırılık içermesi halinde Birlik normunun öncelikle uygulanması söz konusu olamayabilir. Zira bu takdirde özel düzenleme olan iç hukuk normu önceki norm olmasına rağmen uygulanma önceliğine sahip olacaktır.

Bu karmaşık durumu çözebilmek ve doğrudan etki ile amaçlanan hukuki entegrasyonu temin edebilmek adına kabul edilen ikinci ilke “birlik normunun üstünlüğü” (*supermacy*) ilkesidir.

⁴³⁸ Alter, “Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration” 230.

Buna göre Birlik normu doğrudan etki ile dahil olduğu üye devletler hukuku sisteminin normlar hiyerarşisinde iç hukuk normlarının üstünde bir sıraya konumlanır. Üstünlük prensibi uyarınca Birlik normu iç hukuk sistemine dahil olduğu anda geçerli tüm iç hukuk kurallarının üzerinde konumlanmakla birlikte, sonradan da bu norma aykırı herhangi bir iç hukuk düzenlemesi yapılamaz. Bu iki prensibin eşlik ettiği hukuk sistemi artık başkaca bir işleme ihtiyaç duymaksızın hukuki gerekçe ve akıl yürütme silsilesi sonucu hukuki entegrasyonu sağlamış olur.

3.4.2.2. Neorealist ve Neofonksiyonalist Yaklaşım.

Hukuki entegrasyon, bu çalışma perspektifinde bakıldığında Birlik hukukunun devletler üstü hukuku haline gelmiş olması demektir. Zira hukuki entegrasyon Birlik hukukunun üstünlüğü altında sağlanmaktadır.

Hukuki entegrasyonun Birlik hukuku altında gerçekleşmesi üye devletlerin hukuki egemenlik haklarının sınırlandırılması hatta çoğu kere kullanılamaz hale gelmesi anlamına gelir. Hukuki entegrasyonun iki etkisi vardır: *i)* Birlik hukukunun doğrudan etki ile iç hukuklara dahil olması ve üstün hukuk olarak hükmünü icra etmesi sebebiyle Birlik normu ile çatışan iç hukuk düzenlemeleri niteliklerine bakılmaksızın geçersiz hale gelir, *ii)* İç hukuklarda sisteme dahil olan Birlik hukuku normu ile çatışan yeni bir düzenleme yapılamaz.⁴³⁹

Tam bu noktada karşımıza hukuki yaklaşımın cevapsız bıraktığı bir soru çıkar. Madem “doğrudan etkililik” ve “Birlik hukukunun üstünlüğü” ilkeleri kendiliğinden kaçınılmaz bir sonuç olarak hukuki entegrasyonu sağlayarak Birlik hukukunu devletler üstü niteliğe yükseltir ve bu devletler üstü nitelik üye devletlerin hukuki egemenliklerini sınırlandırır. Üye devletler neden bu iki ilkeyi akim bırakacak düzenlemeler yaparak hukuk sistemlerini korumaya almazlar?

Bu sorunun cevabı neofonksiyonel ve neorealist yaklaşımda gizlidir. Bu teorilere göre hukuki entegrasyonun teknik bazı hukuk kural ve kabulleri neticesinde otomatik olarak gerçekleşmesi sadece mekanik bir sebep sonuç ilişkisini, diğer bir ifade ile hukuki entegrasyonun “nasıl?” gerçekleştiğini açıklar ancak hukuki entegrasyonun “niye” gerçekleştiği sorusuna cevap veremez. Bu sorunun cevabı oldukça basittir. Neorealist anlayışa göre hukuki entegrasyon üye devletlerin politik ve ekonomik çıkarlarını bu yönde görmeleri sebebiyle tesis edilmiştir.

⁴³⁹ İlhan Aras, “Avrupa Birliği Hukukunun Öncelliği İlkesi”, *Sayıştay Dergisi*, S. 99 (Ekim-Aralık 2015),14.

Neofonksiyonist görüşe göre hukuki entegrasyonun temel motivasyonu ise davacı – davalı bireylerin, avukatların ve çıkar gruplarının menfaatleridir. Bu çıkar odaklı hareket gücü Roma Anlaşmasının 177. madde ile işlerlik kazanmış ve hukuki entegrasyonun gerçekleşmesinde önemli bir işlev görmüştür.⁴⁴⁰

Tüm bu yaklaşımları bir araya getirdiğimize karşımıza çıkan tablo farklı gibi gözükse de yaklaşımların aslında birbirlerini süreç ve işlev olarak tamamlayan yaklaşımlar olduğunu ortaya koyar. Yaklaşımlar farklı içerik ve isimlerde olsa da aslında aynı konuya farklı perspektiflerden bakmakla birbirlerini tamamlayıcı nitelikte bütünleyici bir yapı arz ederler.

AB’yi oluşturan kurucu irade, çıkar ve menfaatleri doğrultusunda ekonomik entegrasyonu hedeflemiştir. Hatta bu hedef günümüzde çok daha fazla konuda ortak hedefe yönelmekle adeta federatif bir anlayışa yönelmiştir. Ortak amaca göre belirlenen hedefe ulaşma gayreti neorealist anlayışa göre tüm entegrasyon faaliyetlerinin temel unsurudur. Legalist yaklaşım bu hedefe yönelik birlik yasama düzenlemeleri ve ABAD katkısı ile entegrasyonu hedeflenen tüm konularda hukuki yeknesaklığı temin edebilmek için birlik hukukunun üye devletler hukukuna doğrudan etkili olup dahil oldukları hukuk düzeninde üstün norm olarak hüküm tesis etmesini sağlamıştır. Bu ilkenin uygulanması suretiyle hukuki yeknesaklık ve entegrasyon sağlanmış olacaktır. Hukuki entegrasyonu sağlayacak bu ilkelerin pratikte tatbik edilmesi ise ancak yargı organlarının katkı ve etkisi ile söz konusu olabilirdi.

Bu aşamada karşımıza tamamlayıcı yaklaşım olan neofonksiyonist yaklaşım çıkar. Bu yaklaşım legalist yaklaşım ile neorealist yaklaşımı uygulama pratiğinde birleştirir ve ABAD’a iki önemli başvuru yönteminin sağladığı etki ile entegrasyonun tamamlanmasını öngörür: i) Bireylerin doğrudan başvurusu (AET’yi Kuran Anlaşma -Maastricht Anlaşması⁴⁴¹- AB İşleyişine Dair Anlaşma, -Lizbon Antlaşması- Md. 263/4⁴⁴²), ii) Üye devletlerde gerçekleşen

⁴⁴⁰ Alter, “Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration”, 234.

⁴⁴¹ AET’yi Kuran Anlaşma 173. Md.: “Her gerçek veya tüzel kişi, muhatabı olduğu kararlara ve diğer bir kişiye yönelik olarak çıkarılmış bir tüzük veya bir karar bile olsa, doğrudan ve kişisel olarak kendisini ilgilendiren kararlara karşı, aynı koşullar altında, dava açabilir.” [Avrupa Topluluklarına İlişkin Temel Belgeler Cilt 1 Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar AKCT AET AAET.pdf \(sbb.gov.tr\)](#) (17.10.2023).

⁴⁴² AB İşleyişine Dair Anlaşma 263/4. Md: “Her gerçek veya tüzel kişi, muhatabı olduğu veya kendisini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendiren tasarruflar ile kendisini doğrudan ilgilendiren ve

bir iç yargılamada üye devlet mahkemesinin ABAD'a başvurarak birlik hukukuna dair yorum istemesi (ön karar). Bu iki mekanizma sayesinde hukuki entegrasyonun AB hukuku liderliğinde ve üstünlüğünde gerçekleşebilmesinin önü açılmıştır. Zira hem gerçek ve tüzel kişilerin hem de yerel mahkemelerin ABAD'a müracaat hakkı kabul edilmiştir.

Ön karar kurumunun çalışma sistematığı ve Birlik hukukunun devletler üstü hukuk haline gelmesindeki katkılarına çalışmamızın ilerleyen kısımlarında değinmeye çalışacağız. Ancak bu aşamada sadece neofonksyonalist yaklaşımı tarif edebilmek için ön karar kurumuna değinmek isteriz. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 267. maddesinde düzenlenen ön karar kurumu vasıtasıyla özel hukuk gerçek – tüzel kişilerinin, avukatların, kısacası reel pratikteki menfaat odaklarının fonksiyonel katkısı ile entegrasyonu gerçekleştirecek hukuk pratiğinin gelişmesi temin edilmiştir.

3.5. AB Normlarının Devletler Üstü Niteliği.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde ifade etmeye çalıştığımız üzere bir normun devletler üstü nitelik kazanması onun maddi içeriğinden çok normatif niteliğinin bazı özellikler kazanması ile mümkün olur. Devletler üstü nitelik için normun maddi yapısının ve etki gücünün iki özelliğe sahip olması gerekir; “doğrudan etkililik” ve “üstünlük”.

Bu esasa göre bir hukuk sisteminin devletler üstü niteliği onun ürettiği normların diğer hukuk sistemlerinde doğrudan dahil olarak etki etmesi ve dahil olduğu hukuk sisteminde üstün norm olarak hiyerarşik yapıya yerleşmesi anlamına gelir.

Avrupa Birliği hukuk iki ana öğeye de sahiptir: doğrudan etkililik ve üstünlük. Birliğin hukuki normları üye ülkelerde iç hukuk normu gibi başkaca bir işleme gerek kalmaksızın geçerlidirler. Birlik tarafından ihdas edilen normlar üye devletlerin yasama organlarıncaya oluşturulmuş normlar gibi üye devletlerde etkinlik kazanırlar ve bireyler tarafından üye devletleri yargı organları önünde uygulanacak hukuk olarak ileri sürülebilirler.⁴⁴³ Bu ilkeler ve birlik hukukunun devletler üstünlüğü ABAD tarafından özellikle 1960 tarihinden itibaren özellikle vurgulanmıştır.⁴⁴⁴ Mahkeme bu yıllardan itibaren geliştirdiği içtihatları ile Roma anlaşmasının

uygulama tedbirleri alınmasını gerektirmeyen düzenleyici tasarruflara karşı 1 ve 2. paragraflarda öngörülen şartlar dahilinde dava açabilir.” <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar>.

⁴⁴³ Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, 513.

⁴⁴⁴ Bermann, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, 348.

uluslararası hukuk anlaşması kimliğini, anayasal niteliğe evirmiştir. Bu evrim beraberinde birliği uluslararası anlaşma ile tesis olan konfederal bir yapı olmaktan çıkartmış onu federal benzeri bir yapıya dönüştürmüştür.⁴⁴⁵

3.5.1. Doğrudan Etkililik (*Direct Effect*).

Birlik hukukunun etkinliği üstünlük “*supermacy*” ilkesi ile tesis edilmiştir. Bu ilke doğrudan etki “*direct effect*” ilkesi ile birleşerek tamamlanmıştır.

Doğrudan etki devletler üstü hukuku oluşturan iki ana özelliğin en cesur olanıdır.⁴⁴⁶ Bu ilke Birlik normlarını üye devletlerin hukuk sistemlerine üye devletlerinin herhangi bir katkısı, müdahalesi, tasdiki vb. etkisi olmaksızın kendiliğinden dahil olmasını sağlar. Bu ilke ile Birlik normu iç hukuklarda geçerlilik anlamında adeta bir *merriyet kompetenzi* kazanmıştır. Bu kompetenze sahip olan Birlik normları, üye devletlerin hukuki egemenliklerinin önemli bir etki alanı atlama kabiliyetine sahiptir.

Hukuki egemenliğin sağladığı güç ve etkilerden birisi de egemenlik etkisi altındaki hukuk sistemine dış hukuk evreninden herhangi bir normun egemenlik sahibi otoritenin izni veya onamı ile dahil olabilmesidir. Bu nedenledir pek çok ülkenin anayasasında devletin yürütme organları hatta devlet başkanları tarafından imzalanırsa bile uluslararası antlaşmaların yasama organı tarafından uygun bulunması şartı düzenlenmiştir. (ABD Anayasası, Md. 2/2; Federal Alman Anayasası, Md. 59 ve Md. 59/2, Fransa Anayasası, Md. 52; Belçika Anayasası, Md. 167/2). Fransız Anayasası’na göre Cumhurbaşkanı’nın uluslararası antlaşmaları onaylama yetkisi karşı-imza kuralına tâbidir (Md. 19). Ancak Cumhurbaşkanı’nın, Anayasa’nın 53’üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılan yedi grup antlaşmayı onaylayabilmesi için, Parlâmentonun iznini alması gerekir (Md. 53/1). Parlâmento bu izni bir kanunla verir (Md. 53/1). Bu yedi grup antlaşma şunlardır: (a) Barış antlaşmaları, (b) Ticaret antlaşmaları, (c) Uluslararası organizasyona ilişkin antlaşmalar, (d) Devletin maliyesine yük getiren antlaşmalar, (e) Teşriî nitelikteki hükümlerde değişiklik yapan antlaşmalar, (f) Kişi hallerine ilişkin antlaşmalar, (g) Toprak değişimi, terki ve ilavesi öngören antlaşmalar (Md. 53/1).⁴⁴⁷ Fransa Anayasası’nın 53. maddesine göre; barış sözleşmeleri, ticaret sözleşmeleri, uluslararası

⁴⁴⁵ Starr-Deelen & Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”, 83.

⁴⁴⁶ Weiler, “Emerging Issues on Compliance and Effectiveness of Community Law”, 172.

⁴⁴⁷ Kemal Gözler, “Uluslararası Anlaşmaları İmzalama ve Onaylama Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2 (Nisan-Haziran 2001), 74.

teşkilatlara ilişkin, devletin mali sorumluluğuna matuf, yasama niteliğindeki düzenlemeleri değiştiren, kişilerin durumlarına ilişkin, toprak terki, değişimi yahut ilhakını öngören uluslararası sözleşme ya da anlaşmalar, ancak bir yasa ile onaylanır ve tasdik edilir.

Düzenlemelerin mantığı aynıdır. Uluslararası anlaşma ile yüklenen taahhütlerin, hukuk sisteminde gerçekleşecek değişikliklerin anayasal sistemde hukuki egemenliği en üst seviyede kullanan organ olan yasama organınca tasdiki gereklidir ki hukuki egemenlik zedelenmesin.

Bu genel yaklaşım karşısında “doğrudan etki” önemli bir hamledir. Doğrudan etki sayesinde uluslararası sistemde üretilen hukuk normu, iç hukuk sistemlerine bu sistemlerin hukuki egemenlik sahibi organlarının onayı, tasdiki ve kabulüne gerek kalmaksızın dahil olur. Diğer uluslararası anlaşmalarda olduğu gibi ilgili normun iç hukuka dahil olabilmesi için üye devletlerin iç hukuk sistemlerinde bir kabul, onay vb. işleme gerek yoktur.⁴⁴⁸

Aslında “doğrudan etki” ilkesinin teorik dayanağı oldukça net ve sağlamdır: “hukukun üstünlüğü”. Uluslararası hukuk düzeni, devletin kamu otoritelerine doğrudan yükümlülükler veya bireylere mahkemelerde doğrudan ileri sürebilecekleri haklar tanıyor ise bu hak ve mükellefiyetleri tanıyan düzenlemelerin ilgili devletlerin hukuk düzenine doğrudan dahil olması gerekir.⁴⁴⁹ Zira uluslararası kurucu irade – ki bu iradenin oluşumunda ilgili devletin kendi iradesi de vardır- anılan tip normları sistemi oluşturan devletlerin -ve kendisinin- iç hukuklarında etkili olsun diye ihdas etmiştir ki zaten doğrudan etkililik fonksiyonel olarak normun başkaca bir işleme gerek olmaksızın üye devletlerde doğrudan uygulanabilir meriyet etkisi kazanması demektir. Bu ilke uyarınca bir normun birlik kurumları tarafından usulüne uygun şekilde ihdas edilmiş olması o normun üye devletler hukuk sistemine dahil olması için yeterlidir.

Doğrudan etkinin doğal sonucu olarak birlik normları iç hukukların parçası haline gelmekte ve böylelikle bu normlara aykırılık iç hukuk sistemine aykırılık ile aynı etkiyi doğurmaktadır. Birlik normlarından kaynaklanan haklarını iç yargı organları önünde ileri süren bireyler adeta birlik hukukunun koruyucuları ve uygulanmasını denetleyen etki ajanları gibi faaliyet gösterir hale gelmişlerdir.⁴⁵⁰ Nitekim bir başka bakış açısıyla doğrudan uygulanabilirlik üye devletlerdeki gerçek kişilerin birlik hukukunu üye devletler nezdindeki mahkemelerde ileri

⁴⁴⁸ Bermann, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, 348.

⁴⁴⁹ A.g.e., 172.

⁴⁵⁰ Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, 513.

sürebilmeleri anlamına gelir.⁴⁵¹ Doğrudan etkililik olmasa idi birlik hukukunun bugünkü hale evrilmesi mümkün olamazdı.⁴⁵² Doğrudan etkililik ve üstünlük birlik hukuku ile üye devletler hukuku arasındaki ilişkiyi birlik hukuku lehine devletler üstü hukuk – iç hukuk ilişkisi haline dönüştürmüştür.⁴⁵³

3.5.2. Üstünlük (*Supremacy*).

Her ne kadar birlik normları iç hukukun parçası haline gelse de kendi varlık ve niteliklerini kaybetmez monist sistemlerdekinin aksine iç hukuk içinde eriyerek iç hukuk sisteminin bir kuralı haline gelmezler. Bu nedenle devletler üstü normun ikinci niteliği olan üstünlük doğrudan etkililiği destekler bir unsur olarak önem kazanır. Devletler üstü hukuk kuralının dahil olduğu iç hukuk sistemindeki iç hukuk normlarından normatif hiyerarşide aşağı seviyede kalması onun doğrudan etkili olmasını anlamsız kılacaktır. Üstünlük niteliği olmaksızın sadece doğrudan etki fonksiyonel anlamda eksiklik oluşturur ve bu eksiklik normun devletler üstünlük niteliğini bulanıklaştırır.

Uluslararası hukuk-iç hukuk sistemi ilişkisinde monist veya monist benzeri yaklaşımı kabul eden ABD gibi ülkelerde bu belirsizlik kendini gösterir. Bu ülkelerin hukuk sistemleri uyarınca uluslararası hukuk kuralları kendiliğinde etki ile iç hukuk sistemine dahil olsa bile bir üstünlüğe sahip olmazlar. Normlar hiyerarşisi klasik hukuk metodolojisi yaklaşımı ile önceki norm-sonraki norm diyalektiği ile şekillenir. Buna göre bir uluslararası hukuk kuralı iç hukuk sistemine kendiliğinden – otomatik olarak entegre olsa bile, iç hukuk yasama yetkisi kullanılarak ona aykırı, onu ortadan kaldıran veya uygulanamaz kılan bir başka düzenleme yapılabilir ve bu halde “sonraki tarihli norm uygulanır” kuralı uyarınca, “*lege postriori derogat lege priori*” ilkesi gereği sonraki tarihli yasa hükümleri ile eski tarihli yasa hükümlerinin sonraki tarihli yasa hükümlerine aykırı, onun ile bağdaşmayan hükümleri yürürlükten kaldırılmış olur.⁴⁵⁴ Yani sonraki tarihli iç hukuk düzenlemesi ile uluslararası hukuk kuralı zımnen ilga edilmiş olur.

⁴⁵¹ Bermann, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, 349.

⁴⁵² Mancini & Keeling, “Democracy and the European Court of Justice”, 183.

⁴⁵³ Bermann, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, 349.

⁴⁵⁴ Işıktaç ve Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 176.

Oysa Birlik hukukunda birlik normları üye devletlerin iç hukuk sistemlerine dahil olmalarına rağmen varlıklarını korur. Buna göre, topluluk örgütlerinin kurulmasıyla, varlıklarını sürdürmeleri için gerekli koşullar da yaratılmıştır. Bu koşulların en önemlisi ise, topluluklar hukukunun üye devletlerde tekdüze uygulanmasıdır. Bunu sağlamak için, topluluk hukukunun iç hukuk karşısında dokunulmazlığa ya da önceliğe sahip olması gerekmiştir. Böylece, üye devletlerin hukuk düzenlerinde topluluk hukukuyla çatışan hükümlerde, bu hükümlerin tarihine bakılmaması, uygulanmaması, ihmal edilmesi söz konusu olmuştur. Bu noktada, “sonraki kanun öncekini yürürlükten kaldırır” kuralı, eşitlik esasına dayanan iç hukuk normları için geçerli olduğundan, üstünlük esasına dayanan topluluk-iç hukuk ilişkisinde geçerli olmamaktadır.

Bu korunma üstünlük ilkesinin sonucudur. Bu ilkenin sonucu olarak birlik normu ile çatışacak bir iç hukuk düzenlemesinin sonradan yapılması da mümkün değildir.⁴⁵⁵ Bu sonuç kurallar kademelenmesi ilkesinden doğar. Bu ilkeye göre hiyerarşik anlamda üstün olan birlik hukukuna aykırı olarak iç hukuk normu ihdas edilemez. Birlik normları doğrudan etki ve üstünlük prensipleri sayesinde iç hukuklara entegre olsalar da kendi niteliklerini kaybedip iç hukuk normu haline gelmez bilakis devletler üstü niteliklerini muhafaza ederler. Özellikle ABAD içtihatları ile gelişen birlik hukukunun devletler üstünlüğü birlik hukuku ile üye devletler hukuk arası ilişkiyi uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisi olmaktan çıkartıp adeta federal hukuk – federe hukuk arası ilişkiye döndürmüştür.⁴⁵⁶ Zira özellikle ABAD tarafından geliştirilen birlik hukukunun üye devletler hukukuna üstünlüğü ilkesi ile artık birlik normatif düzeni ile üye devletler hukuk düzeni arasında bir normlar hiyerarşisi kurulmuştur. Normatif hiyerarşi ise uluslararası anlaşma zeminine dayanan konfederal bir hukuk sisteminde değil anayasal düzene dayalı federal veya üniter hukuk sistemlerinde söz konusu olabilir.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Aras, “Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi”, 14.

⁴⁵⁶ Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, 514.

⁴⁵⁷ Starr-Deelen ve Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”, 84.

3.6. AB Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Hukuk Sistemine Dönüşümünde Yargısal Etki.

3.6.1. Mahkemelerin ve Yasama Organlarının Hukuku Sistemine Dair Yaklaşım ve Değerlendirme Farklılıkları.

Üye devletlerin iç hukuk ve politik sistemlerinde hakimler ile yürütme – yasama erkini oluşturan politikacıların birlik hukukuna dair yaklaşımları farklılık arz eder. Bu farklılık temelde hakimlerin hukuki nosyonu ile yürütme ve yasama erkini oluşturan politikacıların siyasi nosyonlarıdır. Politikacılar siyasetin doğası gereği kısa dönem, gündelik konulara dair tepkiler gösterme esasına dayalı vizyon ile hareket ederler. Politik odakların bu vizyon kısırlığı ABAD’a geniş bir manevra alanı tanımış, bu alanda rahatça hareket eden mahkeme kendi hukuk doktrinini, hukuki otoritesinin yasal ve kurumsal alt yapısını oluşturmuştur.

Hukuku uygulayan hakimler ile politikacıların olaylara bakış açısındaki farklı zaman projeksiyonları mahkemelerin gündelik ve konjonktürel tavırlardan bağımsız kalabilmelerini sağlamıştır. ABAD bu zemini kendi otoritesini tesise yarayacak şekilde kullanmış, süreci uzun zaman periyoduna yayarak politik tepkilerden başarı ile sıyrılmış, kendisine dönemsel kaygılardan uzak, hukuk doktrinine oturan bir zemin tesis etmiştir.⁴⁵⁸

ABAD’ın birlik hukuk sistemini devletler üstü hukuk sistemine evirme yönündeki faaliyetlerinin ilk dönemlerinde üye devletlerin politik organları direnmiş ve bu yönelişe hizmet eden kararların meşruiyetten uzak olduğunu savunmuşlardı. Ancak kendi vizyonlarının siyasi olması hasebiyle bu konudaki tezleri ve destekleyen argümanları hukuki olmaktan çok siyasi idi. Karşı tarafın bir mahkeme olması ve kararlarının hukuki niteliğe sahip olması bu direnişin hukuki bir zeminde olmaması nedeniyle akim kalmasına sebep oldu. ABAD yerel politik odakların bu direnişini akılcı bir hamle ile Avrupa Birliği’ni Kuran Anlaşma’nın (Maastricht Anlaşması) 177⁴⁵⁹ müteakiben de Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın (Lizbon

⁴⁵⁸ Alter, “Who are the "Masters of the Treaty?" European Governments and the European Court of Justice”, 122, 130.

⁴⁵⁹ AB’yi Kuran Anlaşma, Md. 177: “*Adalet Divanı: (a) işbu Antlaşmanın yorumu konusunda; (b) Topluluk kurumlarının işlemlerinin geçerliliği ve yorumu konusunda; (c) Konsey kararıyla oluşturulan kurumların statülerinde öngörülmesi şartıyla, bu statülerin yorumu konusunda karar verme yetkisine sahiptir. Böyle bir sorun bir üye Devlet mahkemesinde ileri sürüldüğünde bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarsa, Adalet Divanından bu konuda karar vermesini talep edebilir. Böyle bir sorun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı bulunan ulusal bir mahkemede bakılmakta olan bir davada ileri sürülürse, bu mahkeme Adalet Divanına başvurmakla yükümlüdür.*”

Antlaşması) 267. maddelerin⁴⁶⁰ de yardımıyla üye devletler içinde buldukları ve tamamen hukuki olan bir çözüm ortağı ile bertaraf etti: yerel mahkemeler.

ABAD'ın yerel mahkemeler ile özel ve tüzel hukuk kişileri vasıtasıyla tesis ettiği iş birliği hukuken ve siyaseten çok önemli bir durumdur. Hukuki olarak analiz edilecek olursa üye devletin yürütme veya yasama organlarının düzenleyici faaliyetleri yine üye devletin bir başka anayasal organı olan yargı organı tarafından sınırlandırılmakta adeta *by pass* edilmektedir. Üye devletin yürütme – yasama organına hangi hukukun uygulanması gerektiğini dikte eden bir uluslararası mahkeme değil bizatihi ulusal yargı organı oluşu siyaseten de oldukça önemlidir. Zira demokratik egemenlik teorisini benimseyen hukuk devletlerinde devletin erklerinin yargı organlarının kararlarını görmezden gelmesi kolaylıkla kabullenilebilecek bir durum değildir.⁴⁶¹ Ön karar mekanizması ile yerel mahkemelerin üye devletlere Birlik hukukunun uygulanmasını direktmeleri, kararın iç hukuk yargısından gelmesi sebebiyle bağlayıcı nitelik kazanmasını sağlamıştır. Oysa üye devletler kabullenmek istemedikleri ABAD kararlarını kolaylıkla uygulamaktan kaçınıbiliyorlardı⁴⁶² ancak oyunun kuralları mahkeme tarafından hukuk dili ve sistem içinde geliştirildiğinde üye devletlerin kamusal otoriteleri bunlara direnmekten çekindiler.⁴⁶³

⁴⁶⁰ AB İşleyişine Dair Anlaşma, Md. 267: “Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir: a) Antlaşmalar'ın yorumu, b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.”

⁴⁶¹ Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, 515.

⁴⁶² Alter, “Who are the "Masters of the Treaty?" European Governments and the European Court of Justice”, 130.

⁴⁶³ A.g.m., 133.

ABAD birlik hukukunun devletler üstü niteliğinin geliştirilmesinde motor güç rolünü üstlenmiştir. Ancak ABAD'ın bu etkinliğinde en önemli destekçisi, Birlik hukukunun üye devletler hukuk sistemine dahil olmasındaki temel yapı taşı yerel mahkemeler olmuştur.⁴⁶⁴

ABAD'ın etkinliği ve faaliyetleri demokratik perspektiften bakılıp ciddi eleştirilere konu edilmiştir. Birlik hukukunun uluslararası bir örgütün organlarıncaya belirlenip üye devletlerin hukuk sistemlerine hem de üstün hukuk olarak dahil olması demokratik egemenlik teorisi bakımından çözümlenmemiş sıkıntılar ihtiva eder. Üstüne üstlük bir de bu hukukun yargı organı olan ABAD eliyle ihdası demokratik temsil ilişkisi ile hukukun arasını iyice açmaktadır.

Çalışmamızın yukarıdaki bölümlerinde belirttiğimiz üzere, uluslararası örgütlerin kararları ile üye devletlerin egemenlik yetkisi arasında sıkı bir bağlantı vardır. Zira örgütün iradesini oluşturan gerçek kişi üyeler üye devletlerin emrinde ve kontrolünde ajanlardır ve temsil ettikleri devletlerin talimatları doğrultusunda hareket ederler. Ancak bu bağlantı hakimlerin bağımsızlığı ilkesi gereği mahkeme hakimleri ile üye devletler arasından yoktur. Aslında bu eleştiriler ABAD'ın faaliyetlerinden çok devletler üstü hukukun doğrudan etki ve üstünlük gücüne sahip olmasından kaynaklanır. Zira demokratik devletlerde hukuk sistemi demokratik seçimler suretiyle oluşan yasama organının faaliyetleri ile oluşur. Daha net bir ifade ile demokratik egemenlik gücünün demokratik usul ve esaslar çerçevesinde oluşan yasama organlarıncaya ihdas edilir. Nitekim ABAD da bu konuyu vurgulayarak birlik hukukunun üye devletlerin egemenliklerini sınırlandıran yeni tip bir hukuk düzeni tesis ettiğini söyler.⁴⁶⁵

177. madde pratiği ile gelişen ön karar uygulaması ile bu egemenlik erozyonuna üye devletlerin yargı organlarını da katkıda bulunmaktadır. Zira ön karar mekanizması ile üye devlet yargı organından gelen soru üzerine iç hukuk normunun birlik hukuku karşısındaki durumunu ABAD yorumlamakta ancak son kertede iç hukuk normu yerine birlik hukukunun uygulanması kararını iç yargı organı vermektedir.

Bu düzenleme ile ABAD marifeti ile AB normları ile iç hukuk normlarının çatışması halinde AB normlarının tercih edilerek uygulanmasını (*supermacy*) tesis edilmeye çalışılmıştır. 177. madde, üye devletlerin topluluk anlaşmasını benzer şekilde anlayıp yorumlamaları ve uygulamaları için ihdas edilmiştir. ABAD'ın topluluk hukukunun devletler üstü hukuk hale gelmesinde etkilerinden birisi de bu eş güdüm ve benzerliği sağlama faaliyetidir. 177. maddenin verdiği yetki ile ABAD tüm üye devletler için topluluk hukukunun benzer şekilde

⁴⁶⁴ Alter, "Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration", 228.

⁴⁶⁵ Weiler, "Emerging Issues on Compliance and Effectiveness of Community Law", 173.

uygulanmasını sağlayacak yorum çerçevesi geliştirmiştir.⁴⁶⁶ ABAD'ın Birlik hukukuna yön veren önemli kararlarının büyük kısmı 177. madde uygulanmak üzere tarafından ABAD önüne gönderilen dosyalarda verilmiştir.⁴⁶⁷

ABAD içtihatlarını kullanarak hukuki otoritesini tesis etmiştir. Ancak bunu yaparken ileri sürdüğü hukuki prensipleri doğrudan önüne gelen davada uygulamamış bunun yerine hukuki ilkeyi deklare etmekle yetinmiştir.⁴⁶⁸ Örneğin Costa/Enel kararında Birlik hukukunun üstünlüğü ilkesini deklare etmiş⁴⁶⁹ ancak İtalyan hukukuna göre devletin elektrik şirketini devletleştirme uygulamasını birlik hukukuna aykırı bulmamıştır.⁴⁷⁰ Böylelikle davanın sonucu olarak devletin tasarrufu hukuka uygun bulunmuş politikacılara, devlet yetkililerine itiraza mahal bir alan bırakılmamış ama bir yandan da birlik hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesi vurgulanmıştır.⁴⁷¹ Bu içtihat stratejisi ile ABAD kendi hukuki otoritesini kullanarak birlik hukukunun üye devletler hukukuna üstünlüğünü “ilkesel” olarak vurgulayarak tesis etmiştir. Bunu yaparken de somut olayda üye devletin uygulamasını hukuka uygun bularak üye devletin egemenlik vb. saiklerle bu içtihatına dolayısı ile de içtihatı ile tesis etmeye çalıştığı üstünlük ilkesine direnmesinin önüne geçmiştir.

Bu gelişme devletin hukuki egemenliğini zedeleyen bir durum ortaya çıkartmıştır. Çalışmamızın ilk bölümünde de açıklamaya çalıştığımız üzere, devlet hukuki egemenliğini yasama fonksiyonu ile, kurucu iktidar kimliği ile anayasa veya kurulu iktidar kimliği ile kanunlar ihdas etmek suretiyle kullanır. Egemenlik fonksiyonunun ilkel kullanımı yasama fonksiyonudur bu nedenle demokratik egemenlik ilkesini kabul eden hukuk devletinde yasama fonksiyonu asli ve ilk el kamusal fonksiyondur. Diğer devlet güçleri olan yürütme ve yargı yasama fonksiyonunun ifası için doğmuş türev işlevlerdir.

⁴⁶⁶ Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, 517.

⁴⁶⁷ Alter, “Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration”, 229.

⁴⁶⁸ Alter, “Who are the "Masters of the Treaty?" European Governments and the European Court of Justice”, 131.

⁴⁶⁹ Costa/Enel, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006..>, 597., (21.10.2023).

⁴⁷⁰ Costa/Enel, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006..>, 598., (21.10.2023).

⁴⁷¹ Alter, “Who are the "Masters of the Treaty?" European Governments and the European Court of Justice”, 131.

ABAD'ın üye devletler yargı organlarını kullanarak kendisine açtığı kapıdan süzülerek üye devletler hukuk düzeninde birlik hukukunun üstünlüğünü tesis etmesi hukuki egemenliğe dair devletlerin sahip olduğu temel yapılanmayı sarsar. AB hukukun oluşturan anlaşmaların imzalanması üye devletlerin egemenlik yetkilerini kullanarak gerçekleştirdikleri işlemlerdir. Ancak hukuki ihtilaflarda AB hukukunun yorumu, belirlenmesi, üye devletlerin iç yargılamalarında bireylere ne şekilde uygulanacağını belirlenmesinin yargı erkine bırakılması devlet ile uluslararası anlaşma düzeni arasındaki irtibatı yasama – yürütme organları bakımından kopartmıştır.

3.6.2. Mahkemelerin Bağımsızlığı İlkesinin Devletler Üstü Hukuk İnşa Sürecine Etkileri.

Çalışmamızın önceki bölümünde değindiğimiz üzere uluslararası mahkemeler de organik ve fonksiyonel olarak birer uluslararası örgüttür. Ancak mahkemelerin faaliyetlerini yürüten görevliler olan hakimlerin niteliği diğer uluslararası örgütlerin görevlilerinden oldukça farklıdır. Yargılama faaliyetinin doğası gereği mahkemeler buldukları hukuk sistemi içinde yasama yetkisi ile donanmış güç odağından görevlerini yaparken bağımsız olmak durumundadır. Yasama yetkisinin asliliği ilkesi gereği yasama organı dilediği takdirde dilediği her alanda düzenlemelerde bulunabilir şüphesiz. Ancak kendi ihdas ettiği bir kuralın uygulanmasına, bir davaya tatbik edilmesine müdahale edemez.

Bağımsızlık yargılama faaliyetinin gereğidir. Zira yargılama, yasamanın koyduğu kuralların; i) doğru uygulanıp uygulanmadığı, ii) ihlal edilip edilmediğini denetleyen ve bu hallerin tespiti halinde ilgili normda ön görülen yaptırımını uygulayan kamu gücüdür. Bu güç niteliği gereği görevini yaparken uyguladığı kuralları koyan otoriteden bağımsız olmalıdır.

Mahkemelerin yapılarından kaynaklanan otonomileri vardır. Bu otonomi mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlıklarının doğal sonucudur. Mahkemeler uluslararası hukukta ve iç hukuklarda yasama ve yürütme erklerini kullanan otoritelerden bağımsız, kendi hukuki kişilikleri ve yetki alanları olan yapılardır. Yürütmenin ajanı olan kişi ve kamu tüzel kişiliklerinden farklı olarak hükümetlerden ve onların görüş, çıkar ve yönlendirmelerinden bağımsız çalışır, karar oluştururlar.⁴⁷²

Bu bağımsızlık iç hukuklarda egemenlik teorisi çerçevesine uygunluk arz eder. İç hukuklarda devletin egemenlik yetkileri yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını icra eden organlar eliyle

⁴⁷² Alter, "Who are the "Masters of the Treaty", 121.

kullanılır. Bu organların hangileri olduğu, nitelikleri, görev ve nitelikleri, birbirleri ile olan ilişkileri, bağımsız olup olmadıkları egemenlik yetkisini kullanarak devletin hukuki çerçevesinin belirleyen asli kurucu iktidar tarafından anayasalarda belirlenir. Anayasal düzlemde yargı yetkisi anayasal yetki olup, onu kullanan mahkemeler anayasal kuruluşlardır. Yargı yetkisini kullanan mahkemeler bu fonksiyonlarını ifa ederken, yasama organının işlemleri olan kanunların iç hukukun en üst hukuki düzenlemesi olan anayasalara aykırı olup olmadığı, yürütmenin işlem ve eylemlerinin ise kanunlara uygun olup olmadığını inceler. Bu faaliyetinde yargı organını yürütme organından bağımsız, onun menfaat ve tercihlerini dikkate alamaması son derece doğaldır. Doğal olmanın da ötesinde kendisine tanınan anayasal yetki icabı bir zorunluluktur.

Uluslararası mahkemelerin büyük kısmında olduğu gibi ABAD da bir uluslararası örgütün yargı organıdır ve örgütün yasama organı olarak değerlendirilebilecek organlarının etkilerinden korunmuş olmalıdır.

Mahkemeleri bu etki ve tesirlerden koruyacak olan onları bağımsızlığıdır. Bir mahkemenin bağımsızlığından bahsedebilmek için ise öncelikle ve mutlak surette hakimlerinin bağımsız olabilmesi gerekir. Yargılama sistematığında bağımsızlığı tesis edici usuli düzenlemeler yapılmış bile olsa eğer hakimlerin bağımsızlığı temin edilemedi ise o mahkemenin bağımsızlığından bahsedebilmek mümkün değildir.

Yargı organının bağımsız olabilmesi için hakimlerin bağımsızlığını tesis eden yapılanma modeli uluslararası mahkemeler için de geçerlidir. Uluslararası mahkemeler de kendilerini oluşturan örgütlerin karar alma otoritelerinden bağımsız yapılardır.⁴⁷³ Uluslararası mahkemelerin hakimleri denetledikleri kişi ve kurumlardan bağımsız olmalıdır ki hukukun gerektirmesi halinde sistemi oluşturan üye devletler aleyhine veya Birlik kurumları aleyhine karar verebilsinler. Bu yargısal bağımsızlık uluslararası mahkemelerin etkinliğinde en önemli unsurdur.⁴⁷⁴ Bağımsızlığın en önemli sonucu uluslararası mahkemeleri oluşturan hakimlerin kendilerini tayin eden devletlerin temsilcisi olmaması, kendi vicdani ve hukuki kanaatleri ile hareket etmeleridir. Bu özellikleri ile uluslararası mahkemelerin hakimleri uluslararası örgütlerin diğer personellerinden farklıdır.

Hakimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığı uluslararası örgüt-mahkeme ile üye devlet arasındaki egemenlik yetkisinin organik ilişkisini kopartır. Uluslararası örgütler de diğer tüzel kişilikler

⁴⁷³ Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts – A Goal Based Approach*,225.

⁴⁷⁴ Carrubba & Gabel, *International Courts and the Performance of International Agreements*, 208.

gibi kurucuların iradeleri doğrultusunda hareket ederler. Tüzel kişilikler bu hareket ve tavırlarını kurucularının iradeleri yansıtan gerçek kişi üyeler eliyle gerçekleştirir. Böylelikle irade ve otorite sahibi gerçek kişi ile tüzel kişilik arasındaki ilişki korunmuş olur.

Oysa uluslararası mahkemelerde durum böyle değildir. Uluslararası örgütün diğer organlarında mutlak surette olması gereken kurucu irade (üye devletler) ile organları oluşturan üye devlet ajanları arasındaki emir – komuta ilişkisi, yukarıda değindiğimiz bağımsızlık ilkesi gereği uluslararası mahkemelerde tam aksine, olmaması gereken bir ilişki türü haline gelir.

ABAD'ın da üye devletlerin etkilerinden korunabilmesi için en önemli kalkanlarından birisi hakimlerinin bağımsızlığıdır. AB'yi kuran anlaşma uyarınca Adalet Divanı hakimleri ve hukuk sözcüleri, bağımsızlıkları şüphe götürmeyen ve kendi ülkelerinde en yüksek yargı makamlarına atanmak için gerekli niteliklere sahip kişiler veya yetkinlikleri kabul edilmiş hukukçular arasından seçilirler (Md. 253).

Uluslararası mahkeme hakimleri ile üye devletler arasındaki bu ilişki dinamiği yargılama faaliyeti anlamında epistemolojik bir zorunluluk iken, uluslararası mahkemenin hukuk geliştirmesi söz konusu olmaya başladığında bir risk alanı haline gelir. Üye devletlerin iradeleri ile uluslararası mahkeme hakimleri arasındaki bu irtibatsızlık yargılama faaliyetinin hakimlerce bağımsız surette gerçekleşmesi için zorunludur. Ancak mahkemenin faaliyeti klasik bir yargılama faaliyeti olmaktan çıkıp hukuk geliştiren içtihat tesis etmeye yönelmeye başladığında bu irtibatsızlık uluslararası sistemin karşısına bu kere bir risk unsuru olarak çıkar. Bu risk, uluslararası sistemin ana süjesi ve uluslararası örgütün kurucu iradelerini oluşturan üye devletlerin egemenlik yetkilerini tehdit eder.

Bahsettiğimiz risk değerlendirmesi ve etkilerini uygulamada en net şekilde ABAD örneğinde takip edebiliriz. Zira ABAD bağımsız hakimlerden oluşan karar alma yapısı ile Birlik hukukunu devletler üstü hukuka dönüştüren içtihatlar geliştirmiş bu içtihatları ile Birlik hukukunun doğrudan etkili ve üstün bir hukuk sistemi haline dönüşmesinde çok önemli rol üstlenmiştir. ABAD bu faaliyetlerini üye devletlerin iradesini temsil eden ve o irade ile bağlı üye devlet ajanları ile değil bağımsız ve kendi vicdani kanaatleri ile karar veren hakimler ile ifa etmiştir. Bu çalışma sistematigi ABAD kararları ile üye devletler arasında iradi ve organik bir ilişkinin olmadığı bir çalışma sistematigidir.

ABAD yargı pratiği özellikle de aşağıda değineceğimiz yargı yorumu mekanizmasını kullanarak devletler üstü hukuk üretme konusunda önemli sonuçlara ulaşmıştır. Bu sonuçları değerlendirdiğimizde görülür ki Birliği oluşturan kurucu iradenin sahibi olan üye devletler kendi iradelerinin ve kararlarının yansıtılmadığı bir organ tarafından üretilen içtihatlar ile

geliştirilen devletler üstü bir hukuk sisteminin kontrol ve denetimi altına girmiş durumdadırlar. Kanaatimizce bu sonuç üye devletlerin hukuki egemenlik yetkilerini ihlal eder.

3.6.3. Hukuki Entegrasyonun Normatif Araçları.

Avrupa Birliği'nin Avrupa Topluluğu döneminden gelen öncelikli hedefi “Ortak Pazar” oluşturmak idi. Ortak pazarın olmazsa olmazı, “*raison d'etat*”ı ise ekonomi entegrasyonu sağlamaktır.⁴⁷⁵

Ekonomik entegrasyonun önemli bir unsuru olan ortak pazar, pazarın hukuku ortak hale getirilmeden tesis edilemez. Ortak pazarın şartları olan mal ve hizmetlerin üye devletler içinde serbestçe dolaşımı ve pazarın coğrafi alanında aynı nitelik, satış, vb. regülasyonlara tabi tutulmaları ancak hukuki entegrasyon ile sağlanabilir. Bu entegrasyon aslında hukuk sisteminin kurallar bazında yeknesak hale getirilmesidir. Bu yeknesaklığın temini için tüm üye devletlerin hukuk sistemlerinin aynileştirilmesinden tüm üye devletlerde geçerli olacak normların Birlik tarafından üretilmesi daha verimli ve kontrolü kolay bir yoldur. Bu halde ise Birlik tarafından üretilen normların üye devletler hukuk sisteminde doğrudan etkili ve üstün norm olması gerekir. Yani devletler üstü norm olmalıdır. Avrupa Birliği'nin entegrasyon hedefi ile oluşan devletler üstülük hedefinin hukuki ayağı bu nedenle en az ekonomik entegrasyon kadar önemlidir. Her ne kadar entegrasyonu ilk etapta sınırlar aşan ekonomik ve ticari ilişkiler ağı tetiklemişse de bu entegrasyonun gerçekleşebilmesi için öncelikle hukuki entegrasyonun gerçekleşmesi gerekmiştir. Zira sınır aşan ilişkiler ancak o sınırların içinde korunan hukuk sistemlerinin de entegrasyonu ile sağlıklı şekilde geliştirilebilir.⁴⁷⁶

Gerçek ve mutlak anlamda entegrasyon hukuk sistemini tek bir kurucu metin altında toplayan anayasal nitelikte bir hukuk metni altında temin edilebilir. Bu perspektiften bakılıp, anayasal belgenin yeknesak hukuk sisteminin kodifikasyon unsuru olduğu değerlendirildiğinde Birlik hukuk sisteminde hukuki entegrasyonun kodifikasyon olarak tam anlamıyla gerçekleştirilemediği söylenmelidir. Tüm çabalara rağmen özellikle bazı küçük devletlerin ve

⁴⁷⁵ A.g.e., 83.

⁴⁷⁶ Alec Stone Sweet & Thomas L. Brunell, “Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community”, *The American Political Science Review* Vol. 92, N. 1 (March, 1998), pp. 63-81, 64.

İngiltere'nin ayak diremesi ile hukuki entegrasyonun kodifikasyon ayağı olan Avrupa Anayasası kabulü hedefi gerçekleştirilememiştir.⁴⁷⁷

3.6.4. AB Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Nitelik Kazanmasında ABAD Etkisi.

AB hukuk sisteminin uluslararası hukuktan devletler üstü niteliğe evrilmesi üye devletlerin yerel politikacıların direnci ve onlar tarafından üretilen ulusal politikalara rağmen gerçekleşmiştir.⁴⁷⁸ Yerel politik odaklar anayasa hukuku teorisi uyarınca demokratik egemenlik anlayışlarında egemenliğin sahibi olan halk-milletin temsilcileri sıfatı ile hareket ederler. Siyasi terminoloji ile ifade etmek gerekirse ise oy verenlerin ihtiyaçlarına dönük günlük ve kısa faydalar perspektifinde hareket ederler. Bu bakış açısı ve hareket motivasyonuna sahip üye devlet politikacılarının egemenliğin sahibi olan milletin iradesini zedeleyen devletler üstü hukuk akımına destek olmaları beklenemez. Birlik hukukunun devletler üstü hukuk haline evrilerek Birlik coğrafi alanı üzerinde yeknesak bir hukuk sistemi oluşturma konusunda öncü güç odağı yargı olmuştur. Yargı sistemi hem Birlik seviyesinde hem de üye devletler seviyesinde içtihatları ile birlik hukukunun devletler üstü niteliklerini desteklemişler ve “doğrudan etki” – “üstünlük” prensiplerinin yerleşmesini temin etmişlerdir.

ABAD'ın devletler üstü hukuk üretimin, diğer bir ifade ile AB hukukunu devletler üstü hukuk haline evirme faaliyetlerinin önünü Amsterdam anlaşması ile getirilen yenilikler açmıştır.⁴⁷⁹

Birlik yargı organı olan ABAD ile üye devletler yargı organları ABAD tarafından üretilen ve içi doldurulan bu iki devletler üstü niteliğinin iç hukuk sistemlerine etki etmesini ve iç hukuk sistemlerinin Birlik hukukunun etkisine girmesini “ön karar” kurumu ile gerçekleştirmiştir.

AB Antlaşması 263. maddede düzenlenen bireysel başvuru ve 267. madde de düzenlenen ön karar kurumu ile gerçek – tüzel kişilerin ABAD'a ulaşımının önünün açılması ile mahkemenin üye devletlere ve komisyona bağımlılığı azalmıştır. Mahkeme kendisine daha geniş bir hareket alanı tesis edebilmek için üye devletlerin direncine rağmen ön karar mekanizmasını (*preliminary ruling*) kullanarak içtihatlarının önünü açmıştır. Ön karar uygulaması bireylerin iç

⁴⁷⁷ Gilbert, “A Fiasco but Not a Disaster”, 53.

⁴⁷⁸ Alter, “Who are the “Masters of the Treaty?” European Governments and the European Court of Justice”, 128.

⁴⁷⁹ A. Füsün Arsava, “Amsterdam Anlaşmasının Ortak Hükümlerinin Analizi”, *Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* S. 2 (2000), 192.

hukukları yerine birlik hukukunun uygulanması gerektiğini ileri sürebilmeleri Birlik hukukunun alanını genişletmiştir. Bu sayede ABAD'ın etkinliği artmıştır.⁴⁸⁰

Bu etkinliğini kullanan ABAD Van Gend & Loos kararında⁴⁸¹ Birliğin hukuki ve hükmi kimliğini öne çıkararak Birlik hukukunun etkinliğini artırmıştır. Bu karar Birlik hukukunun önceliği ilkesini ilk olarak ortaya koyan karar olmakla⁴⁸² önemli bir kilometre taşı niteliğini haizdir. Mahkemeye göre Avrupa Ekonomik Topluluğu üye devletlerin egemenlik haklarını (belirli alanlara münhasır olarak da olsa) sınırlandıran yeni, kendine özgü ve sadece üye devletler için değil onların halklarını da etkileyen bir uluslararası hukuk sistemi inşa etmiştir.⁴⁸³ Topluluk anlaşması üye devletlerin vatandaşlarına doğrudan uygulanabilir nitelikte bireysel haklar tanımıştır bu haklar üye devletlerin mahkemelerince korunmalıdır.⁴⁸⁴ Tüm bu değerlendirmeler topluluğun klasik anlamda bir uluslararası hukuk örgütü olmadığını, bağımsız bir statüye sahip olduğunu ve üye devletlerin ulusal hukukları üzerinde daha büyük bir etkiye sahip olduğuna işaret eder.⁴⁸⁵

Mahkeme, Avrupa'nın Birlik motivasyonu ile hukuki entegrasyona yönelmesinde en etkin kurumlardandır. Bu etkinliğini Birlik anlaşmalarını anayasallaştırmak yani temel ölçü norm haline getiren içtihatları suretiyle gerçekleştirmiştir.⁴⁸⁶ Mahkeme bu konuda bulduğu tüm fırsatları değerlendirmiş ve birlik hukukunun üye devletler hukukuna üstünlüğü ve doğrudan etkililiği ilkesini güçlendirmiştir. Mahkeme bu tavrı ile devletler üstü bir kimliğe bürünmüştür. Mahkemenin bu tavrı sergilerken ki amacı, birlik hukukunun anayasal hükümleri olarak nitelendirilen ve birlik politikalarının uygulanması için gerekli temel ve kurucu ilkelerin üye devletlerde tam ve etkin şekilde uygulanır olmasını sağlamaktır. Bu tavrı ile ABAD,

⁴⁸⁰ A.g.e., 130.

⁴⁸¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026>. (21.10.2023).

⁴⁸² Gülşah Bostancı Bozbayındır, *Lizbon Anlaşması Sonrası Avrupa Birliği Ceza Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2019), 98.

⁴⁸³ N.V. Algemene Transport— en Expeditie Onderneming van Gend & Loos and Nederlandse administratie der belastingen (Netherlands Inland Revenue Administration)2 Case 26/62, s.2., 12. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026>. (21.10.2023)

⁴⁸⁴ N.V. Algemene Transport— en Expeditie Onderneming van Gend & Loos and Nederlandse administratie der belastingen (Netherlands Inland Revenue Administration)2 Case 26/62, s.16. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026>. (23.10.2023)

⁴⁸⁵ Aras, “Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi”, 8.

⁴⁸⁶ Starr-Deelen & Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”, 81.

“fonksiyonel içtihat” tekniğinde eşi bulunmaz bir örneklik sergilemiştir.⁴⁸⁷ Mahkemenin temel stratejisi hukuki anlamda bütünleşik bir Birlik yapısı tesis etmektir.⁴⁸⁸ Bu stratejinin izi mahkemenin içtihatlarında net bir şekilde görülebilir. Bu iz karşımıza Birlik hukukunu üye devletler hukukunun üstüne taşıyan ve onu devletler üstü hukuk haline dönüştüren bir içtihat politikası olarak çıkar. Birliğin ekonomik ve politik entegrasyonunda en önemli araç olan hukuki yeknesaklığı teminde Birlik hukukunun üye devletler hukuklarına doğrudan etkisi ve üstünlüğü ilkelerini tesis eden ABAD’ın büyük katkısı olmuştur.

ABAD doğrudan etki ve üstünlük doktrininin yerleştirirken belirli bir sistematik ile hareket etmiştir: *i*) Öncelikle mahkeme birlik normunun üye devletler hukuk sistemine doğrudan uygulanabilirliğine dair genel kriterler benimsemiştir, *ii*) Mahkeme bu genel kriterleri önüne gelen olaylarda somut birlik normları için uygulamış ve ilgili normun üye devletler hukuk sistemine doğrudan dahil olma kapasitesine sahip olup olmadığını tespit etmiştir, *iii*) Mahkeme üye devletlerin doğrudan uygulanma ilkesini işler kılıp kılmadığına dair ana tespitini bireylerin birlik hukukundan kaynaklanan haklarının üye devletler tarafından ihlal edilip edilmediği konusunda yapmıştır. Buna göre üye devlet hukuku bireyin birlik hukukundan kaynaklanan haklarını ihlal etmiyor ise doğrudan uygulanma ilkesine riayet edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁸⁹

Ekonomik entegrasyonun gerçekleşmesinde hukuki entegrasyonun ne denli önemli olduğu hususunda Cassis Dijon önemli bir örnektir. Karar konu olan davada, Alman makamları, Fransa’da üretilen Cassis de Dijon likörünün Almanya’nın “likör” olarak adlandırılan ürünlere dair taşınması gereken asgari nitelikleri taşımadığı gerekçesi ile Almanya’da serbest dolaşımına izin vermemiştir. Mahkeme Roma Antlaşması’nın 30. maddesini yorumlayarak, orijin ülke olan Fransa’da üretim ve satış lisansı için gerekli nitelikleri taşıyan bir ürünün bir diğer üye ülkede o ülkenin iç hukuku kaynaklı nitelikleri taşımadığı gerekçesi ile yasaklanmasının Birlik hukuku kurallarından olan ve ortak pazarın olmazsa olmazı serbest dolaşımın ihlali olacağına karar vermiştir.⁴⁹⁰ Bu kararda takip edilebileceği üzere, üye devletlerin hukuk sistemlerinde

⁴⁸⁷ Bermann, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, 353.

⁴⁸⁸ Gregory A. Caldeira-James L. Gibson, “The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union: Models of Institutional Support Source”, *The American Political Science Review*, C. 89, S. 2 (Jun., 1995), 372.

⁴⁸⁹ A.g.e., 350.

⁴⁹⁰ Cassis/Dijon <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0120>.

(23.10.2023)

farklılıklar olması halinde bu farklılıklar ancak üstün bir devletler üstü hukuk sistemi olan Birlik hukuku normlarına tabi olunarak bertaraf edilebilecektir. Böylelikle ortak pazar şartlarından olan serbest dolaşımın önü açılmıştır.

Anayasa eksikliğine rağmen, AB hukuki entegrasyonda ciddi mesafeler almıştır. Hukuki entegrasyon, AB karar organlarının kararlarının ve kodifikasyonlarının üye devletlerde doğrudan uygulanması ve üye devletler iç hukuk sistemlerinde üstün hukuk olarak kabul edilmesi şeklinde gerçekleşmiştir.

Hukuki entegrasyon yolundaki ilerlemede aslan payı şüphesiz Avrupa Birliği Adalet Divanı'na aittir.⁴⁹¹ Divan gerek topluluk otoriteleri gerekse de üye devletler tarafından ihdas edilen hukuk kurallarının topluluk hukukuna aykırılığını tespitle yetkilendirilmiştir.⁴⁹²

AB'nin işleyişine dair anlaşma uyarınca Divan; tavsiye ve görüşler hariç olmak üzere, yasama tasarruflarının, Konsey, Komisyon ve Avrupa Merkez Bankası'nın tasarruflarının ve Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Birliği Zirvesi'nin üçüncü kişiler bakımından hukuki etki doğurması amaçlanan tasarruflarının hukuka uygunluğunu denetler. Divan, Birlik organ, ofis veya ajanslarının üçüncü kişiler bakımından hukuki etki doğurması amaçlanan tasarruflarının da hukuka uygunluğunu denetler. Divan, bu amaçla, bir üye devlet, Avrupa Parlamentosu, Konsey veya Komisyon tarafından yetkisizlik, esaslı şekil kurallarının ihlali, Antlaşmaların ihlali veya Antlaşmaların uygulanmasına ilişkin herhangi bir hukuk kuralının ihlali veya yetkinin kötüye kullanılması gerekçeleriyle açılan davalar hakkında karar vermeye yetkilidir (Md. 263).

Bu yetkilendirme ile birlikte ABAD AB hukuk düzeninin anayasala bir nitelik kazanması için adeta bir doktrin inşa etmiştir. Bu doktrin aynı zamanda AB hukukunun devletler üstü hukuk haline gelmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim anayasal nitelikteki normlar, hukuk sistematikindeki normlar hiyerarşisinde en üst norm olma ve bunun sonucu olarak da bağlayıcı olma özellikleri sebebiyle devletler üstü hukuk normları ile aynı nitelikleri havidir. ABAD tesis ettiği ve geliştirdiği, “doğrudan uygulanma”, “birlik hukukunun üstünlüğü”, “birlik hukukunun yargısal yorumu”, ve “bireylerin temel haklarının korunması” ilkeleri bu anayasallaştırma ve devletler üstü hukuk inşa etme doktrininin temel yapı taşlarını oluşturur.⁴⁹³ Birlik hukukunun

⁴⁹¹ Sweet & Brunell, “Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community”, 65.

⁴⁹² Alter, “Who are the "Masters of the Treaty?" European Governments and the European Court of Justice”, 121.

⁴⁹³ Starr-Deelen & Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”, 83;

devletler üstü nitelik kazanmasındaki teorik ve pratik temeller “doğrudan etki” ve “üstünlük” doktrinleridir. Bunların tesisi ve geliştirilmesi ABAD’ın içtihatları ile gerçekleşmiştir.⁴⁹⁴

ABAD hukukun üstünlüğü ve tarafsızlığı ilkesini esas almıştır. Bu ilkeyi uygularken hukuk devleti mantığı ve mekanizmalarını kullanır ve birlik tarafından tesis edilen hukukun tam ve doğru olarak hem birlik kurumları hem de üye devletler tarafından uygulanmasını denetler. Bu yaklaşım mahkemeye, üye devletlerin birlik anlaşmaları ile yükümlendikleri taahhütleri yorum ve değerlendirme imkanı tanır. Mahkeme bu faaliyetlerini siyasi, idari bir organ olarak değil, hukuk çerçevesinde hareket eden bir mahkeme olarak ifa eder. Kararlarını üye devletlerin veya birliğin politik, ekonomik argümanlarını esas alarak değil birlik hukukuna göre oluşturur.⁴⁹⁵

ABAD bu yaklaşımına üye devletler anayasa mahkemeleri karşı çıksa da uzun süren diyaloglar neticesinde Birlik hukukunun üstünlüğünde karar kılınmıştır.⁴⁹⁶ Bu yaklaşım Avrupa Birliği’nin hukuk sisteminin ve Avrupa Birliği’nin federal bir yapıya doğru Avrupa Birliği hukuk sisteminin de federal bir hukuk, üst hukuk sistemine doğru Özellikle ABAD eliyle evrilmeye çalışıldığının bir ispatıdır kanaatimizce.

ABAD’ın Birlik hukukunu devletler üstü niteliğe dönüştürdüğü en önemli kararı Costa/Enel kararıdır.⁴⁹⁷ ABAD bu kararda Birlik hukukunun iç hukuklara üstünlüğünü vurgulamıştır. Ancak bu kararda önemli olan noktalardan birisi de şudur ki; mahkeme birlik hukukunun üstünlüğünü kurgularken uluslararası hukuk-iç hukuk diyalektiğinden değil birlik hukuku – üye devlet hukuku diyalektiğinden hareket etmiştir. Buna göre mahkeme yerleşik, uluslararası hukuk iç hukuklar arası hiyerarşi esaslarına gönderme yapmaksızın. AB hukukuna kendine özgü bir nitelik tanımış ve birlik hukukunun bu niteliği ile üye devletler hukuk sistemlerine üstün olduğunu kabul etmiştir.

Mahkemeye göre sıradan uluslararası anlaşmaların aksine AB anlaşması, yürürlüğe girmesiyle üye devletlerin hukuk sistemlerine doğrudan dahil olarak etki eden ve üye devletlerin yargı organlarını bağlayan kendi hukuk sistemini inşa etmiştir. AB, uluslararası sistemde etkin bir hukuki kişiliğe sahip bir yapı olarak, kendine özel kuralları, personel yapılanması, hukuk düzeni oluşturmuştur. Bu hukuk düzeni, üye devletlerin egemenlik haklarından birliğe transfer ettikleri

⁴⁹⁴ Carrubba & Gabel, *International Courts and the Performance of International Agreements*, 209.

⁴⁹⁵ Weiler, “Emerging Issues on Compliance and Effectiveness of Community Law”, 173.

⁴⁹⁶ Başaran, “Sovereign Immunity, Que Vadis?”, 5, 11.

⁴⁹⁷ Burley & Mattli, “Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration”, 66.

yetkiler de kullanmak suretiyle üye devletleri ve vatandaşlarını bağlayan bir hukuki yapı haline gelmiştir.⁴⁹⁸

Bu karara göre AB hukukunun üye devletler hukukuna üstünlüğü bir uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisinin değil, AB hukuku ile üye devletler arası bir ilişkinin sonucudur.⁴⁹⁹ Burada önemli olan husus ise mahkemenin birlik hukukunu öncelerken, üye devletlerin hukuk düzeni oluşturma konusundaki egemenlik yetkilerini birliğe devrettiklerini iddia etmesidir. Gerçi bu yetki devri soyut olarak da olsa üye devletlerin anayasalarına eklenmiştir ancak mahkeme içtihatı ile bu devri yorumlamış ve somut olaya uygulamıştır. Buna göre artık bir konuda birlik hukuki düzenlemede bulundu ise artık o düzenleme konusunda üye devletlerin hukuk üretme iktidarı yoktur.⁵⁰⁰ Birlik hukukuna ait düzenlemeler üye devletleri bağlar ve doğrudan iç hukuklarına etki eder niteliktedir.⁵⁰¹

ABAD topluluk hukukunun üstünlüğü “supermacy” ve üye devletler hukukuna otomatik olarak dahil olması “doğrudan etkinin” kapsamı ve etkilerini Simmenthal kararında tarif etmiştir. Topluluk hukukunun üye devletler hukukuna doğrudan etkide bulunması; birlik hukukuna ait normun tüm içeriği ile üye devletin herhangi bir usuli işlemine gerek kalmaksızın, ilk ihdas edildiği zamandan başlayarak yürürlükte kaldığı müddetçe üye devlet hukukuna dahil olması sonucunu doğurur.⁵⁰²

Doğrudan etki, topluluk hukukunun üstünlüğü kuralının sonucudur. Topluluk hukukunun üstünlüğü ve önceliği kuralı gereği olarak, anlaşma ve topluluk kurumlarının doğrudan

⁴⁹⁸<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006>.

593. (23.10.2023).

⁴⁹⁹ Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, 94.

⁵⁰⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006>.

593., 594. (25.10.2023).

⁵⁰¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006>,

594. (25.10.2023).

⁵⁰² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106>,

643. (25.10.2023).

uygulanabilecek nitelikteki kararları üye devletlerin iç hukuk sistemlerine otomatik olarak dahil olur.⁵⁰³

Topluluk normlarının üstünlüğü topluluk kurallarının üye devletlerin sadece meri hukuk sistemine üstünlüğü değil kendilerine aykırı yeni düzenlemeler yapılamayacağı sonucunu da doğurur. Üye devletler hukuk sistemlerine dahil olan topluluk hukuku kurallarına aykırı yeni düzenlemeler yapılması, yasama ilke ve kuralları belirlenmesi mümkün değildir.⁵⁰⁴ Zira üstünlük kendisinden önce veya sonra ihdas edilen tüm iç hukuk kurallarına üstün olması anlamına gelir.⁵⁰⁵ Normun kendisinden sonraki iç hukuk düzenlemelerine de üstün olması yasama tekniği itibarıyla devletler üstü hukuk normunun aksine iç hukuk düzenlemeleri yapılamaması yani devletler üstü normun ölçü norm olması demektir. Bu teknik olarak normlar hiyerarşisinin doğal bir sonucudur. Hukuk sisteminde ise bu üye devletin ilerisi için de kendisini bağlayacak bir hukuki egemenlik devri anlamına gelir ki bu devrin normatif alt yapısı üye devletler anayasalarında önceden belirttiğimiz değişiklikler ile gerçekleştirilmiştir.⁵⁰⁶

ABAD bu konuda kompetenz sahibidir. Hangi birlik normunun devletler üstü nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemede kendisinde mündemiç bir yetkisi vardır.⁵⁰⁷ Bu yetkisini kullanırken de önceden de bahsettiğimiz gibi kendisine geniş bir şekilde tanınan yargısal yorum yapma yetkisini kullanır ki bu yetki pek çok üye devlet anayasa mahkemelerine dahi tanınmamış bir yetkidir. Bu yetki havuzunda eksik olan, iç hukuk normunun Birlik normuna uygun olup olmadığını denetleme yetkisidir. ABAD'a böyle bir yetki de tanınmış olsa idi tam anlamıyla, norm denetimi yetkisini havi Federal bir Anayasa Mahkemesi'nden bahsediyor olabilirdik. Ancak yetki zincirinin bu kayıp halkası üye devletler mahkemelerinde tamamlanır. Ön karar kurumu ile ABAD ve üye devletler mahkemeleri el birliği ile Birlik normatif sistemini üst norm bloğu olarak tanıyan bir norm denetim sistemi ortaya koymaktadırlar.

Simmenthal kararı ile başlattığı süreçte ABAD; Birlik hukukunun üye devletlerce sonradan ihdas edilecek hukuktan da üstün olduğu, ulusal mahkeme hakimlerinin bu üstünlüğü nazara

⁵⁰³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106> prg. 17, 643. (25.10.2023).

⁵⁰⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106> prg. 17, 643. (25.10.2023).

⁵⁰⁵ Weiler, "A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors", 514.

⁵⁰⁶ Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, 99.

⁵⁰⁷ Weiler, "A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors", 514.

olarak, sonradan ihdas edilecek birlik hukukuna aykırı iç hukuk normlarını da uygulamaması gerektiğini savunmuştur.⁵⁰⁸

Üstünlük ve doğrudan etkinin sonucu olarak, üye devletlerde hukuku uygulamakla yükümlü yargı organları hukuk sistemine dahil olan topluluk hukuku normlarını uygulamak ile yükümlüdür. Ancak yükümlülük bununla sınırlı değildir. Simmenthal kararında ABAD; üye devlet hakiminin iç hukuklarda topluluk hukukuna aykırı sonradan ihdas edilen düzenlemeleri bu normların yürürlükten kaldırılması veya iptal edilmesini beklemeksizin uygulamamak ile yükümlü olduğuna hükmetmiştir.⁵⁰⁹ Önceki kısımlarda da değindiğimiz üzere, norm denetiminde ölçü norma aykırı bulunan normun genel geçer şekilde iptal edilmeyip de yok sayılması, mahkemenin önündeki davada uygulanmaması Amerikan modeli yaygın anayasa denetim yargılamasına benzer bir düzenlemedir.

Doktrinde bazı yazarlar, birlik hukukuna aykırı surette ancak sonradan üretilen iç hukuk normlarının birlik hukukuna aykırılık değil yokluk ile malul olduğunu ileri sürer. Bunun gerekçesi olarak da üye devletlerin anayasalarında Birliğe devrettikleri egemenlik hakları alanı olduğunu böyle bir devirden sonra hukuki egemenlik kullanılarak birlik hukuku aleyhine norm ihdas edilmesi halinde bu ihdas işleminin varlık koşulları eksikliği -egemenlik hakkı yokluğu- sebebiyle yokluk ile malul olduklarını ifade ederler.⁵¹⁰ Bu görüşe katılmadığımı ifade etmek isterim. Görüşün temeli olan argüman, üye devletin anayasal yetki devri yaptığı bir konuda devrettiği yetkisi kullanması iç hukuk anlamında yetkili olmadığı bir hukuki işlem yaptığı anlamına gelir. Yetki şartı ihlali ile yapılan işlem ise yok hükmündedir argümanıdır.

Bu argüman oldukça iddialı ve “az” dan “çok” hüküm çıkaran bir akıl yürütmeye dayanır. Öncelikle iddia edilen “egemenlik hakkı” ve “yetki devri”nin niteliğini belirlemek gerekir. Üye devletlerin bazılarının anayasalarında egemenlik kısıtlaması sadece egemenlik haklarının sınırlandırılabilmesi şeklinde düzenlenmiş olup herhangi bir egemenlik hakkı devrinden bahsedilmemiştir.⁵¹¹ Egemenliğin devredilebileceğini ön gören anayasalarda ise belirli

⁵⁰⁸ A.g.e., Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, 98.

⁵⁰⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106> prg. 24, 644. (29.10.2023)

⁵¹⁰ Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, 100-101.

⁵¹¹ Fransa Anayasası Başlangıç Kısmı 14. Paragraf, İtalyan Anayasası, Md. 11.

yetkilerin kullanılması bir antlaşma ya da bir kanunla devletler hukuku kurumlarına bırakılabileceği,⁵¹² şeklinde soyut bir ifade ile düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerde Birlik hukuku kurallarının üstünlüğünün kabulü ve bu kabul neticesinde birlik hukukuna aykırı düzenleme yapmaya dair egemenlik haklarından feragat veya devir söz konusu değildir. Kaldı ki Birlik hukukunun üstünlüğü ve üye devletlerce Birlik hukukuna aykırı düzenleme yapılamayacağı ilkesi anayasal hatta yasal seviyede kabul edilmiş bir prensip değil ABAD içtihatları ile geliştirilmiş bir devletler üstü hukuk yaklaşımıdır.

Yargısal yorum ile uluslararası bir mahkemece üretilen devletler üstü hukuk ilkesinin esas alınarak iç hukuk egemenlik yetkilerinden tamamen feragat edildiğini kabul etmek mümkün değildir kanaatimce.

3.6.4.1. ABAD’ın Anayasa Yargısı İşlevi.

Avrupa Birliği hukuki rejimini oluşturan uluslararası anlaşmaların yargısal güvencesi Avrupa Birliği Adalet Divanıdır.⁵¹³ ABAD’ın bu konudaki yetki ve görev alanının genişliği nedeniyle doktrinde kimi yazarlar mahkemeyi AB’nin Anayasa Mahkemesi olarak nitelemeye başlamıştır.⁵¹⁴ Zira ABAD maddi anlamda kurucu metin olmakla Avrupa Birliği anayasası olarak değerlendirilen hukuki müktesebatın uygulanmasını denetlemekle mükelleftir. Bu faaliyet mahkemeyi adeta iç hukuklarda görev yapan bir anayasa mahkemesi ile benzer şekilde faaliyet gösteren konuma getirmiştir.⁵¹⁵ ABAD’ın “Avrupa Birliği Anayasası” fikrine yaklaşımı ortak hukuk sistemi oluşturma fikri çerçevesindedir Buna göre birlik anayasası aslında birliğin ana yapısını tesis eden anlaşmaların içinde gizli bir hedeftir.⁵¹⁶

Burada önemli nokta şudur ki olması gereken, devletler üstü nitelikteki anlaşmanın güvencesi ve tatbikatının takibi Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından ifa ediliyor olsa da kurallara

⁵¹²Belçika Anayasası, Md. 34; Federal Almanya Anayasası, Md. 24/1.

⁵¹³ Scharpf, *Legitimate Diversity: The New Challenge of European Integration*.

⁵¹⁴ Sweet & Brunell, “Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community”, 65.

⁵¹⁵ Esteban, “La Noción de Constitución Europea en La Jurisprudencia Noción De Constitución Europea En La Jurisprudencia Del Tribunal De Justicia de Las Comunidades Europeas”, 243.

⁵¹⁶ A.g.e., 245.

devletler üstü niteliği ABAD değil üye devletlerin özgür iradeleri ile yaptıkları anlaşmalarla devletlerin vermeleridir. Kısacası bir uluslararası örgüt olan AB’de devletler üstülük onu oluşturan üye devletlerin rızası, egemenlik haklarından feragatleri ile oluşmalıdır. Ki bu sayede egemenlik hakkı ile devletler üstü hukuk arasındaki ilişki tam anlamıyla kopmamış olsun.

Devletler üstü normun devletlerin rızası ile değil de bir başka güç-karar odağı tarafından oluşturulması devletlerin egemenlik hakları ile ne derece bağdaşır. Bu aşamada ifade etmek isteriz ki üye devletlerin özgür iradeleri ile oluşturdukları devletler üstü niteliğe matufen yapılan anlaşmaların yargısal güvencesi olma görevi ile zımni veya açık yetki kullanarak devletler üstü hukuk üretmek ABAD’ın görev ve yetki alanının devletlerin egemenlik alanı ile çatışması sonucunu doğurabilecek bir olgudur. Nitekim sadece ABAD’a değil tüm uluslararası mahkemelere biçilen görevlerden birisi de onun ilgili uluslararası örgütün hukukunu üstün hukuk haline getirmesi, en azından kendi içtihatını bu esas üzere inşa etmesidir.⁵¹⁷ Bu niteliği ile ABAD mevzuatın bağlayıcı hale getirilmesi misyonu ile adeta birliğin Anayasa mahkemesi gibi işlev görür.⁵¹⁸ Mahkemeye göre topluluk anlaşması üye devletlerin anayasaları gibi “yazılı katkı” niteliktedir ve üye devletler buna aykırı hukuki düzenlemeler yapamaz.⁵¹⁹ ABAD’ın topluluk hukukunun uygulanması ve üstünlüğüne dair yaptığı vurgulamalar, onu kimi zaman sarıh kimi zaman ise zımni olarak topluluk hukukunun ve kurumlarının pozisyon ve etkilerini belirlemede nihai otorite haline getirmektedir.⁵²⁰ ABAD topluluk hukuku tarafından kendisine açık olarak verilen denetim ve kontrol yetkilerini kullanırken kimi zamanlar özellikle topluluk hukuku kurallarının yorumlanmasında, birlik organlarının ve üye devletlerin tasarruflarının denetiminde yetki ve etki alanını zımni yetkiler kullanarak genişletmiştir. Doktrinde bazı yazarlar mahkemeye resmi olarak verilen yetkiler ile mahkemenin *de facto* olarak geliştirip kullandığı yetkiler arasında mahkemenin yetki alanını genişletme yönünde ciddi farklar olduğunu iddia eder.⁵²¹

⁵¹⁷ Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts. – A goal Based Approach* 244, 245, 246.

⁵¹⁸ Sweet, *Governing with Judges*, 156.

⁵¹⁹ Esteban, “La Noción de Constitución Europea en La Jurisprudencia Noción De Constitución Europea En La Jurisprudencia Del Tribunal De Justicia de Las Comunidades Europeas”, 247.

⁵²⁰ Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, 516.

⁵²¹ Starr-Deelen & Bart Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”, 81.

Mahkeme anayasal denetim niteliğinde bir denetim ifa eder. Roma anlaşmasının 164. maddesi mahkemeye anlaşmanın yorum ve uygulanmasında hukuka riyeti sağlama görevi vermiştir. Birliğin işleyişine dair anlaşmanın 263. maddesinde ise Divan'a; tavsiye ve görüşler hariç olmak üzere, yasama tasarruflarının, Konsey, Komisyon ve Avrupa Merkez Bankası'nın tasarruflarının ve Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Birliği Zirvesi'nin üçüncü kişiler bakımından hukuki etki doğurması amaçlanan tasarruflarının hukuka uygunluğunu denetleme yani norm denetimi görevi verilmiştir. Bu görev; kurucu sözleşmenin anayasal bir metin değeri taşıdığını, ilgili kurumun tüm işlem ve tasarruflarında ölçü norm olduğunu ve mahkemenin kurumun ve üye devletlerin tasarruflarında bu ölçü norm ile bağlı olduğuna işaret eder.

Anayasal denetim benzeri bu denetimin iki boyutu vardır: **i)** Doğrudan topluluk kurumlarının faaliyet ve kararlarının denetimi ve **ii)** üye devletlerin organlarının topluluk hukukuna aykırı hukuk üretip üretmediklerinin denetimi özellikle de üye devlet mahkemelerinin topluluk hukuku konusunda yorum yaparak yardım etmesi.

Bu denetim modeli üye devletlerin hukuk sistemini ve yargı sistemini adeta topluluk hukukunun ve yargı sisteminin bir alt kolu haline getirmekte⁵²² böylelikle topluluk hukukuna ABAD marifeti ile devletler üstü hukuk niteliği kazandırmaktadır.

Birlik hukuku sadece üye devletlerin birbirlerine karşı yükümlülükler yükleyen klasik uluslararası hukuk zemini değildir. Sistem üye devletlere, kendi vatandaşları hatta kendi egemenlik alanlarında bulunan diğer üye devletler vatandaşlarına karşı da yükümlülükler yükleyen bir hukuk sistemidir.⁵²³ Bu hukuk sisteminin kuralları üye devletler hukukuna doğrudan etki ederek bireyler lehine üye devletler mahkemeleri nezdinde gözetilmesi ve korunması gereken haklar oluşturur.⁵²⁴ ABAD'ın birlik hukukundan kaynaklanan bireyleri etkileyen ve bireyler tarafından ileri sürülebilen hakları korumadaki etkisi çok önemlidir. Mahkemenin bu etkinliği sayesinde, birlik ekonomik, ticari birliktelikleri hedefleyen, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) veya Tarifeler ve Ticarete Dair Genel Anlaşma (GATT)'dan çok farklı bir nitelik kazanmış, esnek ve gevşek bir uluslararası yapıdan çok

⁵²² Esteban, "La Noción de Constitución Europea en La Jurisprudencia Noción De Constitución Europea En La Jurisprudencia Del Tribunal De Justicia de Las Comunidades Europeas", 261.

⁵²³ Case 26/62, N.V. Algemene Transport— en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos and Nederlandse administratie der belastingen, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:EN:PDF>. 12. (03.11.2023)

⁵²⁴ Case 26/62, 16. (03.11.2023)

Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasal düzenine benzer gibi bağlayıcı ve etkin bir hukuk sistemi oluşmuştur.⁵²⁵

Bu sonucu tersinden okursak; benzer (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması -NAFTA, Tarifeler ve Ticarete Dair Genel Anlaşma- GATT) uluslararası hukuk örgütleri ve onların oluşturdukları sistemlerin AB kadar etkin, homojen bir yapıya kavuşamamasının sebeplerinden birisi de ABAD gibi etkin ve kurucu sözleşmenin uygulanmasını denetleyen bir yargı organına sahip olmamaları olarak değerlendirilebilir.⁵²⁶

3.6.4.2. ABAD “Ön Karar” Prosedürü ve Devletler Üstü Hukuk Üretimine Etkileri.

Uluslararası anlaşmalar hukuku zeminin anayasal zemine dönüştürülmesi ve uluslararası hukukun devletler üstü hukuka dönüştürülmesi, devlet teorisi kavramları perspektifinden değerlendirilecek olursa; Avrupa Birliği gibi tam egemen ve bağımsız devletlerin belirli bir amaç için (ekonomik – ticari birlik) oluşturdukları konfederal yapının federal benzeri bir yapıya dönüştürülmesi anlamına gelir.

Avrupa Birliği'nin uluslararası anlaşmalar hukuku zeminine dayanan hukuki zemini ilki 1962-1979 yılları, ikicisi 1980 sonrası dönemi olarak tasnif edilebilecek iki ana dönemde anayasal zemine oturtulmaya çalışıldı. Birlik hukukunun devletler üstü hukuk haline dönüştürülerek uluslararası anlaşma zemininden çıkıp anayasal nitelik kazanmasında ABAD tarafından geliştirilen “doğrudan etki” ve “birlik hukukunun üstünlüğü” prensipleri ana iki sütunu oluşturur. Bu iki ana ilke dönüşümün adeta organik, kimyasal, hukuk diliyle ifade edecek olursak maddi boyutudur.

ABAD özellikle ön karar mekanizması ile üye devletler tarafından önüne getirilen davalarda kendisine tanınan yorum ve hukuk üretme yetkisi – görevini ustaca kullanarak doğrudan etki etmesi ve üstünlük ilkelerini, uluslararası sözleşme zeminini anayasallaştırma faaliyetinin iki ana sütunu olarak tesis etmiştir.

Uluslararası hukuk ve iç hukuklar arasındaki ilişki, devletlerin hukuk sistemlerinin uluslararası hukuk ile ilişkisine dair kabul ettikleri monist ya da düalist sistem ilkeleri çerçevesinde Anayasa mahkemeleri eliyle düzenlenir. Bu konuda ABAD'ın geliştirdiği içtihat ise çığır açıcı niteliktedir. Mahkeme, yerel yargı organlarının hakimlerinin AB hukukunu iç hukuk

⁵²⁵ Weiler, “Emerging Issues on Compliance and Effectiveness of Community Law”, 173.

⁵²⁶ Carrubba ve Gabel, *International Courts and the Performance of International Agreements*, 63.

sistemlerinden bağımsız ve onlara üstün hukuk olarak kabul etmelerini, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın iç hukuk sistemine entegre etmelerini dikte eder.⁵²⁷

AB mevzuatının hükümlerini, bağlayıcı ve üstün şekilde yorumlama yetkisi yorumlayıcısı ABAD'a aittir.⁵²⁸ Mahkeme AB kurallarının ve ulusal – iç hukuk kurallarının Roma Anlaşması hükümleri uyarınca AB hukukuna aykırı olup olmadığını belirleme yetkisini haizdir. Bu yetki bir uluslararası mahkemeye tanınmış, alışılmışın ötesinde, iç hukuk sistemlerine müdahale eden bir yetkidir.⁵²⁹ Bu yetki ile AB'nin üye devletleri bağlayıcı nitelikte, adeta anayasa hukuku mahiyetindeki devletler üstü hukuku üye devletlerin katkılarından çok ABAD'ın etkisi ile gelişmiştir.⁵³⁰

Ön karar mekanizması uyarınca Avrupa Birliği Adalet Divanı; **a)** Antlaşmaların yorumu, **b)** Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu konularında ön karar verme yetkisine sahiptir. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.⁵³¹ Düzenleme üye devlet yargı organının müracaatı halinde birlik hukukunun yorumlanası yetkisini verir mahkemeye, ancak ABAD üye devlette görülmekte olan bir davanın esasına girerek yargılama yapıp hüküm veremez. Ayrıca ABAD, yerel mahkemenin 267. maddeyi harekete geçirerek birlik hukukunu yorumlamasını istemesine gerek olup olmadığı

⁵²⁷ A.g.e., 161.

⁵²⁸ Sweet & Brunell, "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community", 65; Sweet, *Governing with Judges (Constitutional Politics in Europe)*, 159.

⁵²⁹ Alter, "Who are the "Masters of the Treaty?" European Governments and the European Court of Justice", 121.

⁵³⁰ Sweet, *Governing with Judges (Constitutional Politics in Europe)*, 159.

⁵³¹ AB İşleyişine Dair Anlaşma, Md. 267. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>. (07.11.2023)

değerlendirmesini de yapamaz.⁵³² Bu hüküm, üye devletlerin yargı organlarında görülmekte olan bir ihtilafta gerçek kişilere üye devletler hukukunun topluluk hukukuna aykırı olduğunu bu nedenle kendileri lehine üye devlet hukukunun değil topluluk hukukunun uygulanmasını talep etme hakkını vermektedir. Süreci gerçek kişilerin tahrik edebiliyor oluşu gerçek kişileri topluluk hukukunun savunucuları haline getirmektedir.⁵³³ Zira düzenleme sayesinde bireyler, kendi ulusal mahkemeleri nezdinde, tabi oldukları devletin iç hukukunun birlik hukuku aksine kendi aleyhlerine hükümler içermesi halinde birlik hukukunun uygulanmasını talep etme haklarına sahiptirler. 177. maddenin gerçek işlevi de budur.

Bu düzenleme tekniği, birlik hukukunun devletler üstü hukuka evrilmesinde ABAD ile birlikte başta bireyler olmak üzere, avukatlar, özel hukuk gerçek – tüzel kişilerinin “menfaat” kaynaklı hareketlerinin de etken olması sağlanmıştır.⁵³⁴ Birlik sisteminin uluslararası zemin ve üye devletler zeminindeki sükelerini birbirine bağlayan bağ kişisel çıkar ve hukuki menfaatler olmuştur. 177 ve 267. maddelerin verdiği imkan ile bireylerin, avukatlarının ve üye devletler mahkemelerinin Birliğin hukuk sisteminin inşasına katkıda bulunmaları sağlanmıştır.⁵³⁵

ABAD’ın kararlarında da değindiği üzere topluluk anlaşması klasik uluslararası anlaşmalar gibi sadece imzacı devletler arasında sonuçlar doğuran bir devletler arası anlaşma değil, aynı zamanda özellikle 177. madde düzenlemesi ile üye devletlerin bireylerine haklar tanıyan ve bu hakların bireyler tarafından üye devletler nezdinde ileri sürülmesi imkanlarını da tesis eden bir anlaşmadır.⁵³⁶

Üye devletlerin birlik hukukunun üstün bir hukuk sistemi olarak homojen şekilde uygulanması yönünde eğilim ve gayretleri olsa da bu konuda esas ilerleme, Roma Antlaşması 177. ve AB İşleyişine Dair Antlaşma’nın 267. maddesi bireylerin denetim ve yönlendirmesi ile olmuştur. Düzenlemeler uyarınca; ABAD anlaşmaları yorumlama yetkisini haizdir. Aynı zamanda üye devletlerin tasarruflarının birlik hukuku ile uyumluluğu dolayısıyla geçerli olup olmadığı iddiasının iç hukuk yargılamasında ileri sürülmesi halinde divan bu konuda karar oluşturup üye

⁵³² [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006_592_\(09.11.2023\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006_592_(09.11.2023))

⁵³³ Starr-Deelen & Bart Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”, 84.

⁵³⁴ Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, 521.

⁵³⁵ Burley & Mattli, “Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration”, 60.

⁵³⁶ Case 26/62, N.V. Algemene Transport— en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos and Nederlandse administratie der belastingen, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:EN:PDF>, 12. (03.11.2023)

devlet yargı organına bildirir. Özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tabiiyetinde oldukları devlet mahkemelerinde devam eden bir yargılamada mahkemenin uygulayacağı iç hukuk kuralının AB normlarına aykırılığını iddia etmeleri halinde yerel mahkeme konuya ilişkin ABAD'ın görüşünü ister, yerel mahkeme bir kere bu görüşü istedikten sonra artık ABAD'dan gelen yorumun iç hukuk ile Birlik hukukunun çatıştığı yönünde olması halinde iç hukuk değil Birlik hukukunun uygulamakla yükümlü olacaktır. Diğer bir ifade ile ABAD'ın yorumu iç hukuk kuralının birlik hukukuna aykırı olduğu şeklinde olursa, yerel mahkeme iç hukuk kuralı yerine birlik hukukunun kuralını uygular. Bu durum iç hukuk sisteminin birlik hukuku ile paralel olarak ancak ona aykırı olmadan var olabileceğini gösterir. Bu gerçek birlik hukukunun üstünlüğünün doğal bir sonucudur.

Ön karar mekanizması Birliğin hukuki ve bunun sonucu olarak da ekonomik ve politik entegrasyonunu sağlayan en önemli unsurlardan olmuştur. Bu mekanizma sayesinde, yerel mahkemelerin Birlik hukukunu iç hukuklara tercih ederek uygulayabilmelerinin önünü açmıştır.⁵³⁷

Düzenleme bireyler ve özel hukuk tüzel kişilerine yerel kamu otoritesini atlayarak yerel hukukun birlik hukukuna uygunluğunu sorgulatabilme imkanı tanımıştır.⁵³⁸ Zira Van Gend & Loos kararında vurgulandığı üzere topluluk anlaşması ile üye devletler sadece birbirlerine karşı değil vatandaşlarına karşı da egemenlik haklarından feragat ederek taahhütlerde bulunmuş ve haklar tanımışlardır.⁵³⁹ Anlaşmanın 12. maddesi ile tesis edilen Avrupa Ekonomik Topluluğu gümrük ve vergilendirme ilkeleri üye devletler hukukuna doğrudan etki ederek bireyler lehine üye devletler mahkemeleri nezdinde gözetilmesi ve korunması gereken haklar oluşturur.⁵⁴⁰ Anlaşma sadece üye devletlere sadece kendi vatandaşları için değil, diğer üye devletlerin vatandaşları için gözetmesi gereken bazı haklar da tesis etmiştir, Roma Antlaşması 53. madde hükmü uyarınca üye bir devlet topraklarında bir başka üye devlet vatandaşının yerleşme

⁵³⁷ Carrubba & Murrà, "Legal Integration and Use of the Preliminary Ruling Process in the European Union", 399.

⁵³⁸ Alter, "Who are the "Masters of the Treaty?" European Governments and the European Court of Justice", 126.

⁵³⁹ Case 26/62, N.V. Algemene Transport— en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos and Nederlandse administratie der belastingen, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:EN:PDE>, 12. (11.11.2023)

⁵⁴⁰ Case 26/62, 16. (11.11.2023).

hakkına mahfuz konular dışında yeni sınırlandırmalar getiremez.⁵⁴¹ Mahkeme Van Gend en Loos kararında Birlik anlaşmasının hükümlerinin üye devletler hukukuna “doğrudan etki” sini kabul etmekle⁵⁴² aslında Birlik anlaşmasına uluslararası anlaşma niteliğinde çok anayasal nitelik yüklemiştir.⁵⁴³

Birlik hukukunun uluslararası anlaşma zemininden anayasal bir zemine yükselmesinin motor kavramı “doğrudan etki” ise de “doğrudan etki” ilkesini hayata geçiren Birlik hukukunun kişilere tanıdığı hakların üye devletlere karşı ileri sürülebilir hale gelmesidir.⁵⁴⁴

Bu kapıyı açan şüphesiz bireylerin birlik hukuku ile kendilerine tanınan hakları ve bu hakları ileri sürmelerini sağlayan ön karar mekanizmasıdır. Uluslararası hukukta devletlerin egemenlik hakları bloğunun zayıf noktası veya daha doğru bir ifade ile zedelenmeye en müsait noktası bireysel haklardan, insan haklarından kaynaklanan bireysel başvurular ve dava haklarıdır.⁵⁴⁵

Costa/Enel Kararında mahkeme bu madde ile tanınan hakların üye devletlerde yaşayan bireylere üye devletler mahkemeleri nezdinde ileri sürebilecekleri hakları tanıdığına hükmetmiştir.⁵⁴⁶ Benzer şekilde, Van Duyn/Home Office kararında da mahkeme, bu kere işçilerin üye devletlerde serbestçe dolaşımını düzenleyen 48. madde hükmü ile üye devletlerin bireylere karşı da edimler yüklediğine karar vermiştir.⁵⁴⁷

Zira Van Gend & Loos kararının yardımı ve 177. maddenin etkisi ile birlik hukukunun yorumlama, uygulama, ileri sürme konusunda politikacılar ve bürokratların tekeli kırılmış bireylerin de sürece katılımı sağlanmıştır.⁵⁴⁸ Van Gend & Loos kararı ile üye devletlerin egemenlik hakları daraltılmış, Birlik hukuku; üye devletler ile birlikte üye devletlerde yaşayan

⁵⁴¹ Roma Anlaşması, Md. 53.: “İşbu Antlaşmada öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla, üye Devletler kendi topraklarında diğer üye Devletler uyruklarının yerleşme hakkına yeni kısıtlamalar getiremezler.” <https://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf>. (11.11.2023)

⁵⁴² N.V. Algemene Transport— en Expeditie Onderneming van Gend & Loos and Nederlandse administratie der belastingen (Netherlands Inland Revenue Administration)2 Case 26/62, s.12. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026>. (11.11.2023)

⁵⁴³ Starr-Deelen & Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”,84.

⁵⁴⁴ Burley & Mattli, “Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration”, 60.

⁵⁴⁵ Başaran, “Sovereign Immunity, Que Vadis?”, 2.

⁵⁴⁶ Costa/Enel, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006>, 599. (11.11.2023)

⁵⁴⁷ Case 41/74, Van Duyn v. Home Office, 1974 E.C.R 1352. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0041>. (17.11.2023)

⁵⁴⁸ Mancini & Keeling, “Democracy and the European Court of Justice”, 183.

kişilerin de haklarının düzenlendiği bir hukuk sistemi olarak vurgulanmıştır.⁵⁴⁹ Birliği oluşturan anlaşma tüm uluslararası anlaşmalarda olduğu gibi akit devletler arasında taahhütler ve bunlardan doğan yükümlülükler oluşturmuştur. Bu yükümlülüklerin pek çoğu, gümrük duvarlarının kaldırılması bireylerin serbest dolaşımına izin verilmesi gibi bireyleri etkileyen hükümler içerir.⁵⁵⁰ Bireylere karşı devletlere yükümlülükler yükleyen Birlik hukuku bu yükümlülüklerin ifasının takibi ve bireylere karşı tanınan hakların ihlalinin iptali için gerçek ve tüzel kişilere ABAD'a, muhatabı olduğu veya kendisini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendiren tasarruflar ile kendisini doğrudan ilgilendiren ve uygulama tedbirleri alınmasını gerektirmeyen düzenleyici tasarruflara karşı doğrudan dava açma hakkı getirmiştir (AB İşleyişine Dair Anlaşma, Md. 263/4).

Bu haklar bireylere dikey ve yatay etki ile koruma alanı oluşturur. Dikey etkili koruma alanı; bireylerin birlik hukukundan kaynaklanan haklarını üye devletlere, onların kamusal organ ve yetkililerine, yatay etki ise birlik sınırları dahilinde yaşayan özel hukuk gerçek – tüzel kişilerine karşı ileri sürebilmelerini sağlar.⁵⁵¹

Teorik olarak bireylerin üye devletler yargı organları nezdinde birlik hukukundan yararlanabilmeleri doğrudan etki doktrininin doğal bir sonucudur. Ancak bu teorik sonucun gerçekleşebilmesi birlik hukuku ile üye devletler hukukunu federal benzeri bir hukuk sistemi ilişkisine tahvil eden ön karar sistemi sayesinde mümkün olabilmektedir.⁵⁵² 177. madde ile tesis edilen ön karar mekanizması ABAD ile üye devletlerde yaşayan davacı – davalı bireyler, özel hukuk tüzel kişileri, avukatlar gibi devlet dışı ve altı özel aktörler arasında bir iletişim ve hukuki iş birliği köprüsü kurmuştur.⁵⁵³

3.6.4.3. ABAD'ın Yargısal Yorum Faaliyetinin Devletler Üstü Hukuk üretimine Etkisi.

ABAD başka hiçbir uluslararası mahkemede olmadığı kadar organı olduğu uluslararası örgütün hukukunu bağlayıcı şekilde yorumlama yetkisi ile donatılmıştır. Üstelik bu bağlayıcı yorumu

⁵⁴⁹ Aras, “Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi”, 7.

⁵⁵⁰ Weiler, “Emerging Issues on Compliance and Effectiveness of Community Law”, 172.

⁵⁵¹ Bermann, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, 351.

⁵⁵² Mancini & Keeling, “Democracy and the European Court of Justice”, 184.

⁵⁵³ Mattliandan & Slaughter, “The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints”, 257.

sadece birlik organları için değil üye devletler mahkemeleri ve onlar marifetiyle üye devletler kamusal organları için de geçerlidir. AB hukuk düzeninin oluşumunda Birliği kuran uluslararası anlaşmaların ABAD tarafından yorumlanması ve uygulanmasının etkisi yüksektir.⁵⁵⁴

ABAD'a tanınan yargısal yorum yetkisi mahkemenin Birlik hukukunu uluslararası hukuk olmaktan çıkartıp devletler üstü hukuka dönüştürmesinde en etkin araç olmuştur.

ABAD'a bu imkanı Roma Antlaşması'nın 177., AB'yi Kuran İşleyişine Dair Antlaşma'nın 267. maddesi vermektedir. Düzenleme uyarınca mahkeme; Topluluk Antlaşması'nın, topluluk kurumlarının işlemlerinin geçerliliği ve yorumu konusunda yetkilidir.

ABAD'ın Birlik hukukunu devletler üstü hukuka dönüştürmekte kullandığı metodolojik aparatı ise ön karar mekanizmasıdır. Bu mekanizma hukuk tekniği ile ifade edilecek olursa ABAD'a birlik hukukunun yargısal yorumunu yapma yetkisi ve görevini vermiştir.

Yargı yorumu genel ve özel olarak iki şekilde ifa edilir. Genel anlamında yargı yorumu tüm yargılamalarda mahkemelerin kararını vermeden önce yapmaları gereken bir faaliyettir. Bu anlamdaki yargı yorumu mahkemenin önüne gelen somut olayı analizi, ihtilafın nitelenmesi ve uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesini müteakip somut olay-davada normun uygulanmasıdır. Bu faaliyet yargılama faaliyetinin bizatihi kendisidir ve hukuk oluşturan bir faaliyet değil yasama iradesi ile oluşturulan normu tatbik ederek ihtilafı çözmeye yönelik bir çalışmadır.⁵⁵⁵

Özel anlamdaki yargı yorumu ise objektif bir faaliyettir. Herhangi bir somut olay ile ilgili olarak değil normun özelinde nasıl anlaşılması gerektiğinin tespitine yarayan bir çalışmadır. Bu çalışma özellikle normun açık olmadığı ve yoruma ihtiyaç duyulan hallerde hukuk oluşturucu nitelikte bir çalışmadır. Bu yorum türü her yargılamada gerekemeyebilir. Norm açık ise mahkeme doğrudan genel yorumlama tekniğini kullanır ve ihtilafı çözer. Ancak yargılama faaliyetinde öncelikle hukukun tespiti gerekir.⁵⁵⁶ Hukukun tespiti ilk bakışta mümkün olamıyorsa somut olayda – davada normu uygulamadan önce adeta bir ön mesele olarak mahkeme normu yorumlayarak hukukun içeriğini belirlemeli ondan sonra belirlediği içeriği önündeki davaya uygulamalıdır. İşte bu özel anlamıyla yargı yorumu, hukuk üreten bir faaliyettir.

⁵⁵⁴ Şimşek Galip Engin, "THE LEGAL NATURE OF THE EUROPEAN COMMUNITY." Public and Private International Law Bulletin 24, no.1 (Jan.2024):675-690., 676. <https://doi.org/null>, (10.12.2023).

⁵⁵⁵ Işıktaç & Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 191.

⁵⁵⁶ A.g.e., 188.

Topluluk anlaşmasının 267. maddesi uyarınca; Birlik antlaşmalarının, Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumuna dair bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. ABAD bu talep kendine ulaştığında bağlayıcı bir şekilde ön kararını verir. Bu ön karar üzerine üye devlet mahkemesi ihtilafı çözer.

Bu düzenleme ile ABAD'a birlik hukukunun ne demek istediğini yorumlama ve bağlayıcı olarak deklare etme yetkisi aslında her sorulduğunda birlik hukukunu yeniden üretme kapasitesi içeren bir yetkidir. Bu yetkinin kullanılması ve ön karar mekanizmasının işletilmesi ile Birlik hukukunun yorumu üye devletlerin yetki ve etki alanında uzak bir sahada, bağımsız hakimlerden oluşan bir mahkeme olan ABAD tarafından gerçekleştirilmiş olur.⁵⁵⁷

Yargı yorumu mahkemelere yasama organları karşısında önemli bir güç alanı oluşturur. Zira yargı yorumu görev ve yetkisi temelde sadece yasamanın ürettiği kanunları uygulamak olan yargı organlarına önündeki dava ile sınırlı da olsa hukuk üretme imkanı tanır. Yargı yorumu bu niteliğinden dolayı çok az sayıda ülkenin hukuk sisteminde sadece Anayasa yargısı seviyesinde olmak şartıyla kabul edilmiş bir uygulamadır. Oysa ön karar kurumunun açtığı yol ile yerel alt derece mahkemeleri, ABAD marifeti ile de olsa yargı yorumu yapma imkanı kazanmış oldular.⁵⁵⁸ Zira ABAD'ın yorumuna istinat eden üye devlet mahkemeleri her ne kadar kendileri yapmış olmasa da yargısal bir yoruma dayanarak üye devlet hukuk sistemini devre dışı bırakarak Birlik hukukunu uygulayabilir hale gelmişlerdir. Oysa pek çok üye devlet hukuk sisteminde yerel mahkemelerin iç hukuklarından kaynaklanan bu tip yargı yorumu yetkisi yoktur.

Bu uygulamanın fonksiyonel sonucu şudur ki ABAD'ın yargısal yorumu ile verdiği hüküm iç hukuk kuralından üstün hale gelmiştir.⁵⁵⁹ Burada akıllara zaten “Birlik hukukunun üstünlüğü”

⁵⁵⁷ Burley & Mattli, “Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration”, in, *International Organization*, 58-59.

⁵⁵⁸ Walter Mattliandan – Anne Marie Slaughter, “The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints”, *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*, ed. Anne – Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, J. H. H. Weiler (Oxford: Hart Publishing, 1998), 258.

⁵⁵⁹ Clifford J. Carrubba & Lacey Murrah, “Legal Integration and Use of the Preliminary Ruling Process in the European Union”, *International Organization*, Vol. 59, N. 2 (Spring, 2005), 403.

ilkesi kabul edilmişken bunun yargı yorumu ile pratiğe dökülmesinde ne sakınca olabilir? Sorusu gelebilir.

Bu soruya verilecek iki cevap vardır kanımca: *i)* Birlik hukukunun iç hukuklara üstünlüğünün uluslararası örgütün (AB) yasama organı tarafından kabul edilmesi halinde de üye devletlerin hukuki egemenlik yetkilerinden feragat edilmiş olacaktır. Ancak bu feragat örgütün yasama organında üye devletli temsil eden ve onun talimatları ile hareket eden ajanının oyuyla yani dolaylı da olsa üye devletin iradesi ile gerçekleşen bir feragattir.

Oysa yargı yorumu ile hukuk üretilerek Birlik hukukunun üstünlüğünün kabulü üye devletler ile bir ilişkisi kalmamış, bağımsız hakimlerden oluşan bir mahkeme tarafından üye devletlerin hukuki egemenliklerine, iç hukuk sistemlerine bir müdahale anlamı taşır. *ii)* Üye devletlerin hukuki egemenlik yetkileri bakımından daha trajik olanı ise “Birlik hukukunun üstünlüğü” ilkesinin de ABAD tarafından geliştirilen bir ilke olmasıdır.

ABAD’ın organı olduğu uluslararası örgütten, hakimlerinin de üye devlet otoritesinden bağımsızlığı bu yargısal yorum yetkisi ile hukuk üretilmesi ve somutta da ABAD’ın bu yetkilerini kullanarak devletler üstü hukuk üretmesinde üye devletlerin egemenlik yetkilerini sarsan bir mekanizma oluşturmuştur. Yargı yorumu yakarıda da değindiğimiz üzere var olan hukuku değiştirme, dönüştürme kapasitesine sahip adeta fonksiyonel olarak yasama faaliyeti niteliğinde bir işlemdir. Oysa uluslararası örgütte yasama fonksiyonu organı üye devletlerin temsilcilerinden oluşan yasama organınca ifa edilir. Bu bir zorunluluktur zira üye devletlerin egemenlik hakları; örgütün yasama organında, kendilerinden talimat alarak görüş ve karar oluşturan ajanları ile tecessüm eder. Hukuk üretme anlamına gelecek yorumlama yetkisinin bağımsız hakimlerce üye devletlerin iradelerinden kopuk şekilde kullanılması üye devletlerin oluşumuna katkılarının bulunmadığı bir hukuk kuralına bağlı kalmaları sonucunu doğurur ki bu egemenlik hakkının törpülenmesi anlamına gelir.

3.6.5. Birlik Hukukunun Devletler Üstü Hukuk’a Dönüşümünde Ulusal Mahkemelerin Etkileri.

Birlik hukuku ile üye devletler hukuku arasındaki ilişkinin federal devlet – federe devlet arası ilişkiye benzemesi ve sistemin federal benzeri bir hukuk sistemi olarak tanımlanması ilginçtir. Zira kanımca 177. madde ile kurulan sistem ile Federal bir devlet olan Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulanan Amerikan modeli yaygın anayasa yargısı denetimi arasında da önemli benzerlikler vardır.

ABD’de Marbury/Madison kararının açtığı içtihatı yol ile ilerleyen yaygın denetim modeli mahkemenin uygulayacağı normun temel anayasal normlara aykırı bulması halinde normu uygulamak ve ihtilafı çözmekle görevli mahkemenin normu uygulanmaktan kaçınması şeklinde işler.

Yaygın denetim modelinde ülke içindeki tüm mahkemeler adeta anayasanın koruyucusu gibi hareket eder. Marbury/Madison kararında değinildiği üzere Amerikan Anayasası tüm kamusal organları ve kamu gücünü kullanan yetkilileri bağlar. Mahkemeler ve hakimler de yetkilerini anayasadan alan bir kamusal organ olarak, önlerine gelen ihtilafta uygulamak durumunda oldukları normun anayasaya aykırı olduğunu tespit etmeleri halinde o normu uygulamaktan kaçınmak zorundadır. Aksi takdirde anayasaya aykırı davranmış olurlar.

Yaygın denetim modelinin önemli özelliklerinden birisi yerel mahkemelere tanınan yetkinin sadece normu uygulamama – yok sayma ile sınırlı olmasıdır. Zira bu yetkinin kaynağı anayasaya uygun davranma, anayasayı çiğnememe yükümlülüğüdür. Yaygın denetim yapan bir yerel mahkeme normu anayasaya aykırı bulması halinde uygulamaktan kaçınır ancak tüm hukuk düzeninde geçerli olacak şekilde normun iptali kararı veremez. Böyle bir denetim-iptal yetkisi ile donatılmamıştır. Yaygın denetim faaliyetinin fonksiyonalitesi normun iptali ve anayasal düzenin korunmasına değil, mahkemenin anayasaya aykırı davranmama yükümlülüğünün ifasına odaklanmıştır.

Yaygın denetim modelinin ilk örneği olan Marbury/Madison kararı anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı esasına oturan bir mantık kurgusuna dayanır. Buna göre; **i)** Anayasa hukuk düzeni içindeki tüm normlardan üstündür kanunlar anayasaya aykırı olamaz,⁵⁶⁰ **ii)** Davada (Marbury/Madison) mahkemenin önüne gelen ihtilafın hallinde uygulanacak olan kanun anayasaya aykırılıklar içermektedir, **iii)** Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralı gereği kamu gücünü kullanmakta olan mahkeme anayasaya aykırı bir kanunu uygulayarak anayasaya aykırı davranmama yükümlüğünü çiğnememelidir.⁵⁶¹

177. ve 267. maddelerin düzenleme sistematiği, anayasaya uygunluğun hukuki denetiminde yaygın denetim modeline oldukça benzerlikler içerir. Yerel mahkemelerde görülmekte olan bir davada iç hukuk normunun AB hukukuna aykırı olduğu şüphesi oluşursa davanın tarafları veya mahkeme resen ABAD’a yorumunu sorar ve ondan gelecek cevap uyarınca iç hukuk normunun

⁵⁶⁰ William Marbury vs. James Madison Davası, 02.1803. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. 178., (15.11.2023)

⁵⁶¹ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 667.

birlik hukukuna aykırı olduğuna karar verirse iç hukuk normu yerine birlik hukukunun normunu uygular.

Burada kurgulanan sistematığın ana kurgusu Marbury/Madison davasında mahkemenin kurguladığı sistematik ile aynıdır şöyle ki; **i)** Birlik hukuk düzeni üye devletlerin iç hukuk düzenine doğrudan dahil olmuş ve üstün norm olarak kurallar kademelenmesinde yerini almıştır. Birlik kuralları iç hukuk nezdinde anayasa olarak adlandırılmasa da iç hukuk kurallarından üstün normdur bu nedenle iç hukuk kuralları birlik hukukuna aykırı olamaz. **ii)** Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliğine dair bir şüphe var ise bu konuda ABAD'ın yorumu istenir. İç hukuk yasama organı veya yürütme organı tarafından üretilen bir hukuk kuralının birlik hukukuna aykırılığı geçerlilik problemi oluşturur. Aykırılık iddiasının ABAD'a taşınmasını müteakiben ABAD'ın yorumu yerel mahkemeyi bağlar, **iii)** ABAD tarafından birlik hukukuna aykırılığı tespit edilen bir normun üye devletler mahkemelerince önlerine gelen bir davada uygulanması kurallar kademelenmesi ilkesine aykırıdır. Yerel mahkemelerin bir üst hukuk normuna aykırı kuralı uygulamama onun yerine birlik hukukunu uygulama yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük anayasal bir yükümlülüktür. Birlik hukukunun devletler üstü norm olarak doğrudan etki ile iç hukuk sistemlerine girmesi neticesinde artık birlik hukuku ile iç hukuk kuralları arasında farklı işleyen iki hukuk sistemi ilişkisi kalmamış bunun yerine aynı kademelenmeye sistemine tabi yeknesak bir hukuk düzeni oluşmuştur. Zira devletler üstü hukuk normları iç hukuk sistemlerine girmekle artık uluslararası hukuk normu niteliğini kaybedip iç hukuk kuralı haline gelirler.

Uluslararası bir anlaşma ile konfederatif bir yapıda kurulan topluluğun, gittikçe devletler üstü örgüt hale gelmesi, buna paralel olarak uluslararası anlaşmaya dayanan uluslararası hukuk sisteminin devletler üstü hukuk sistemi haline gelmesi onu konfederal yapıdan federal benzeri bir yapıya dönüştürmüştür. Federal devlet sisteminin olmazsa olmaz niteliği federal ve federe olarak kurgulanan iki katmanlı hukuk yapılanmasının tek bir hukuk sistemi oluşturmasıdır. Hukuk sistemi ne konfederal yapılarda olduğu gibi iki sistemden oluşur ne de üniter devletlerde olduğu gibi tek katmanlı bir hukuk sistemidir. Hukuk sistemi tektir ancak, iki ayrı egemenlik katmanının yansıması ile iki katmanlı şekilde yapılanmıştır. İki katmanlı hukuk yapılanması ile konfederal sistemi andırır ancak tek hukuk sistemi olması ile üniter sisteme benzer. Bu yapılanma federal devletlere özgü bir niteliktir.

Burada önemli olan nokta şudur ki; düzenleme ile ABAD'a yerel mahkemeler yerine geçerek hüküm verme yetkisi verilmiş değildir. ABAD sadece yerel mahkeme tarafından önüne getirilen konuda topluluk hukukunun yorumunu yapacak, iç hukukun ABAD'ın yorumladığı topluluk normuna aykırı olup olmadığına, aykırı ise de iç hukuk normu yerine topluluk hukukunu

uygulanmasına üye devlet yargı organı karar verecektir. Yani netice olarak topluluk hukukunun üstünlüğünü tespit ve tercih ederek uygulama bir iç hukuk yargı işlemi olacaktır. Böylelikle yerel mahkemelerin de topluluk hukukunun devletler üstü nitelik kazanmasına özellikle de üstünlük niteliğinin pekişmesinde önemli etki ve katkıları olmuştur.

Önceki kısımda açıkladığımız ve hukuki entegrasyonun dinamiklerini “hukuki yaklaşım” ile açıklayan görüş ulusal mahkemelerin ve hakimlerin ön karar mekanizmasını işleterek uygulayarak birlik hukukunun iç hukuklara etki etmesindeki etkinliklerinin sebebini ortaya koyar.

Üye devletler hakimlerinin başka çaresi yoktur. Hukuk metodolojisi ve anayasal yükümlülükler ulusal hakimlere doğru ve geçerli normu uygulama görevi yükler. “Doğrudan etki” ve “Birlik hukukunun üstünlüğü” ilkeleri uyarınca birlik hukuku ile çatışan bir iç hukuk normu ihtilafın çözümünde uygulanacak doğru norm olamaz. Öncelikle bir tereddüt hali veya dava taraflarının talebi halinde ulusal mahkeme birlik normunun yorumunu ABAD’a sormak zorundadır. Bu yorum eğer iç hukuk normu ile çatışıyorsa artık üye devlet mahkemesi iç hukuk sisteminin bir parçası olan ancak ona aykırı iç hukuk kurallarının üstünde olan Birlik kuralını tercih ederek ihtilafın çözümünde uygulamak zorundadır. Buradan anlaşılacağı üzere hukuki entegrasyonun dinamiklerini hukuki yaklaşım ile açıklayan teori uyarınca “doğrudan etkililik” ve “üstünlük” kendiliğinden hukuki entegrasyonu sağlayan iki önemli ilkedir.⁵⁶²

Böylelikle topluluk hukukunun üstünlüğü ve üye devletleri bağlayıcılığı bizzat üye devletin yargı organı tarafından tesis edilmiş olur. 177. ve 267. madde düzenlemeleri ulusal yargı organlarını topluluk hukukunun devletler üstünlüğüne evrilmesinde kilit rol oynamıştır. ABAD bu düzenlemeler ile birlik hukukunun bir dış hukuk sistemi olarak iç hukuklara etkisini aşarak birlik hukukunun adeta bir iç hukuk sistemi gibi iç hukuklarda hüküm tesis etmesini sağlar hale gelmiştir.⁵⁶³

Mahkeme bu etkisini yerel mahkemeler eliyle gerçekleştirmektedir. Yerel mahkemelerin yönlendirmeleri olmaksızın ABAD’ın tek başına devletler üstünlüğü tesiste yetersiz kalacağı aşikardır.⁵⁶⁴ Üye devletler mahkemeleri bu konuda, iç kamusal otoritelere karşı ABAD ile gönüllü bir işbirliği içinde olmuşlardır.⁵⁶⁵

⁵⁶² Alter, “Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration”, 230.

⁵⁶³ A.g.e., 230.

⁵⁶⁴ Weiler, “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, 515, 521, 523.

⁵⁶⁵ Starr-Deelen & Bart Deelen, “The European Court of Justice as a Federator”, 90.

Kuvvetler ayrılığı teorisi gereği iç yargı organlarının yasama ve yürütme düzenlemelerinin iç hukuk sistemine uygun olması halinde yapabilecekleri bir şey yoktur çünkü mahkemelerin denetimleri yerindelik değil hukukilik denetimidir. Buna karşın iç hukuk düzenlemelerinin üstün norm olan Birlik hukukuna aykırı olmaları halinde yerel mahkemeler ön karar mekanizmasını işleterek ilk aşamada bu ABAD'a Birlik normunu yorumlatmış, iç hukuk normunun Birlik kuralına aykırı olduğunu tespit etmeleri halinde ise iç hukuk normu yerine Birlik hukuku kuralını uygulayabilmişlerdir.

Anayasa hukuku terminolojisi ile ifade etmek gerekirse, doğrudan etki ve üstünlük ilkeleri sonucunda artık birlik hukuk normları anayasallık “ölçü norm bloğu”nun unsurlarından olmuşlardır.

Bu aşamadan sonra ABAD'ın bağlayıcı bir yorum ile birlik normunu yorumlaması ve bu yorum karşısında iç hukuk normunun birlik hukukuna aykırı olması halinde artık yerel mahkemelerin bu normları önceleyerek iç hukuk normlarını uygulamaması anayasal görevleri gereğidir.⁵⁶⁶

Üye devletler mahkemelerinin ön karar vasıtasıyla ABAD ile temasa geçmesi iç hukuk sistemlerinde önemli bir kırılmaya sebebiyet vermiştir. Bu metot sayesinde üye devlet ilk derece mahkemeleri üst mahkemeleri atlayarak hukuk belirleme ve uygulama imkanına sahip olmuştur.⁵⁶⁷

3.7. AB Hukuk Sisteminin Devletler Üstü Hukuk Sistemine Dönüşümünde Yasama Etkisi.

Ekonomik, ticari ve özellikle soğuk savaşın sona ermesinden sonra AB'nin yöneldiği siyasi, güvenlik perspektifli entegrasyonun hukuki entegrasyon sağlanmadan tam olarak tesis edilemeyeceğini ortaya koymak gerekir. Zira hukuki entegrasyon ile sağlanmak istenen yeknesak ekonomik, politik yapının hukuki rejimi de birleştirilmiş, en azından uyumlaştırılmış olmalıdır.

Bağlayıcı ve üstün bir hukuk sisteminin tesisinde en ideal metot temel kurucu anayasal nitelikte bir hukuki metin oluşturup bu metin temel alınarak hukuki kodifikasyonlar yapılması, yetkiler, organlar tesis edilmesidir.

⁵⁶⁶ Alter, “Who are the “Masters of the Treaty?” European Governments and the European Court of Justice”, 135.

⁵⁶⁷ Alter, “Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration”, 249.

Birlikteliği anayasal bir belge ile tesis edilmemiş, uluslararası anlaşmalar ile kurulan ve işleyen bu niteliği ile de konfederatif bir yapı olan AB’de hukuki entegrasyon faaliyetlerinde ilk hedeflenen üye devletlerin mevzuatlarının uyumlu hale getirilmesidir. Böylelikle AB hukukunun devletler üstü hale evrilmesine gerek kalmaksızın devletlerin kendi iradeleri ile hukuki yapılarını birbirleri ile uyumlu hale getirmesi sağlanmış olabilecek idi. Bu yaklaşımla hukuk devletler üstü hukuk sisteminde olduğu gibi formal ve zorlayıcı bir niteliğe bürünmeksizin hukuk politikası olarak entegrasyona yönelik bir katalizör görevi görebilirdi.

Ancak AB bu yolu değil, birlik hukukunun üye devletleri bağlayacak devletler üstü hukuk niteliğine bürünmesini tercih etti. Teknik olarak ifade etmek gerekirse, hukuki entegrasyon; üye devletlerin kendi egemenlik haklarını kullanarak iç hukuk sistemlerinde yapacakları uyumlaştırmaya yönelik hukuki entegrasyon kodifikasyonlar ile değil, AB merkez kurumları tarafından üstün, devletler üstü bir hukuk ihdas etmek suretiyle gerçekleştirmeye çalışıldı.⁵⁶⁸ Devletler üstü hukuk tesisinde amaca en matuf olanı, tüm üye devletleri bağlayacak ve böylelikle Birliği konfederatif bir yapıdan federal yapıya dönüştürecek Avrupa Anayasası tesis etmek olmalıydı.

AB kurucu metinleri, bir organizasyonun temellerini atması, Birliğin işleyiş esaslarını, kurumsal ilişkilerin çerçevesini belirlemesi anlamında maddi anlamda anayasa hükümleri olarak değerlendirilebilir. Ancak şekli anlamda, değiştirilmesinin güç olması, üye devletleri uluslararası anlaşma olmanın da ötesinde kurucu bir metin olarak bağlaması gibi şekli, bağlayıcılık unsurları eksiktir. Avrupa Ekonomik Topluluğu’nu kuran anlaşmanın 228. maddesinin anlaşmaya bağlayıcı ve katı bir yapı kattığı ileri sürülebilir. 228. madde hükmüne göre topluluk ile bir veya daha fazla devlet ya da uluslararası kuruluş arasında anlaşmalar yapılmasını öngördüğü durumlarda Konsey, Komisyon veya bir üye Devlet yapılması planlanan anlaşmanın işbu Antlaşma hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda önceden Adalet Divanı’nın görüşünü alabilir. Adalet Divanı görüşünün olumsuz olduğu hallerde anlaşma ancak 236. maddeye uygun olarak tespit edilen şartlarda yürürlüğe girebilir.⁵⁶⁹ Bu düzenleme anlaşmaya adeta anayasa seviyesinde bağlayıcı ve üstün bir pozisyon sağlamıştır adeta “katı” bir anayasa haline getirmiştir.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Sweet & Brunell, “Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community”, 65.

⁵⁶⁹ <https://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf>. (17.11.2023)

⁵⁷⁰ Maria Luisa Fernandez Esteban, “La Noción de Constitución Europea en La Jurisprudencia Noción De Constitución Europea” En La Jurisprudencia Del Tribunal De Justicia de Las Comunidades

“Anayasa”dan da beklenen budur. Topluluk müktesebatını anayasal seviyede kabul etme fikrinin amacı topluluk kurumları ve üye devletlerin topluluk hukukuna bağlı kalmalarını sağlamaktır.⁵⁷¹ Doktrinde modern devlet ve uluslararası kurumlar teorisinde artık bu tip bağlayıcı unsurları olmasa da sadece maddi nitelikleri ile anayasa niteliğine olan metinlerin de anayasa olarak kabul edilebileceğine dair görüşler olsa da⁵⁷² normatif hiyerarşik üstünlük ve bunun sonucu olarak bağlayıcılık unsurlarının eksikliği bu metinlerin anayasa hukuku genel teorisi anlamında “anayasa” olarak kabulüne engeldir.

Her ne kadar AB kurucu metinleri, sistemin ana yapısını tesis ettiği için terminolojik anlamda anayasa olarak isimlendirilse⁵⁷³ ve de teknik olarak anayasa olduğu iddia edilemez.

Bu tereddütleri gidermek üzere teknik ve usuli anlamda şekli anlamda bir “Avrupa Anayasası” kabulü ise özellikle ufak üye devletleri ve Birleşik Krallığın ciddi direnci ile bu gerçekleştirilemedi. Birleşik Krallığın bu konudaki direnci genelde katı ve bağlayıcı bir anayasaya ile bağlanma özelde de kendi parlamentosu dışında bir odağın hukuk ihdasını kabul etmeme sebebiyledir.

İngiliz kamu hukukunun temel prensibi “parlamentonun üstünlüğü” ilkesidir. İngiliz kamu hukuku, Fransız İhtilali sonrası Fransa liderliğinde şekillenen “hukukun – anayasanın üstünlüğü” kabulüne değil, “parlamentonun üstünlüğü” ilkesine dayanır. Hukuk parlamento tarafından ihdas edildiği için üstün ve bağlayıcıdır. Parlamentonun üstünlüğü doktrini sebebiyle Birlik hukukunun üstünlüğünün kabulü İngiliz anayasa hukukunun genel esaslarına uygun bir yaklaşım olmamıştır.⁵⁷⁴

Bu egemenlik ve parlamentonun üstünlüğü esaslı yaklaşım bir Anayasa yapılması halinde Birliğin federal bir yapıya dönüşecek olması korkusu ile beslenmiştir. Bu direncin, Birleşik Krallığın “Brexit” ile Birlikten ayrılmasının kamu hukuku kaynaklı nedenini oluşturduğu kanaatindeyim.

Europeas”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 14. Núm. 40. (Enero-Abril 1994), 246.

⁵⁷¹ Ag.e., 246.

⁵⁷² Gavin V. Anderson, “Imperialism and Constitutionalism”, *Public Law and Politics – The Scope and Limits Of Constitutionalism*, ed. Emilios Christodoulis – Stephen Tierney, (New York: Routledge Yay., 2016), 129 – 139, 129.

⁵⁷³ Fernández Esteban, “La Noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justice de las Comunidades Europeas”, 245.

⁵⁷⁴ P. P. Craig, “Report on the United Kingdom”,195.

Devletlerden gelen egemenlik hakları kaynaklı dirençler sebebiyle 1957 yılında imzalanan Roma anlaşmasında, 1951 yılında imzalanan ve Avrupa Kömür ve Çelik Birliğini kuran Paris anlaşmasında öngörülen devletler üstü yapılanma zayıflatılmıştır. Bu gevşetme yapılırken birlik kurumlarının müeyyide uygulama otoriteleri zayıflatılmak suretiyle gerçekleştirilmiş, böylelikle üye devletlerin egemenlik alanlarına müdahale azaltılmıştır. Paris anlaşması uyarınca komisyon ve ABAD'a para cezası kesebilme ve transfer ödemelerinden stopaj kesintisi ile ek tahsilatlar yetkisi verilmişken Roma anlaşmasında sadece beyan ve deklare edici hükümler tesis yetkisi verilmiştir.⁵⁷⁵

3.8. ABAD İçtihatlarıyla “Federal” Hukuk Sistemi İnşası.

ABAD ile üye devletler yüksek mahkemeleri hukuk düzeninin temel haklara ve özgürlüklere dair hükümleri temel hukuk – norm olarak kabul ederek diğer anayasal kurallar ile bu kurallar arasında bir hiyerarşi kurması kanımca bir hukuki altlık oluşturma faaliyetidir. Bu altlık, uluslararası hukuk normlarının anayasal normlar karşısında üstün olmasına karşın, temel hukuk olarak nitelendirilen anayasal kuralların uluslararası hukuk kurallarından üstün ve öncelikli oldukları argümanının altlığıdır.

Böyle bir altlığı üye devletler anayasa mahkemelerinin geliştirmesi anlaşılabilir, üye devletler anayasa mahkemeleri iç hukuk sistemlerini korumak isteyeceklerdir.

ABAD'ın aynı argümanı kullanmasının gerekçesi ne olabilir sorusunun cevabı ABAD'ın Birlik hukukunun devletler üstü hale evirmeye çalışmasının gerekçesinde gizlidir; Birlik hukuk sistemini konfederal uluslararası hukuk yapısından, federal devletler -federe devletler- üstü hukuk yapısına dönüştürme gayreti.

ABAD ve üye devletler bu argümanı ortaklaşa kullanmalarına rağmen, bu ortaklık ve yaklaşım paralelliği kendi içerisinde büyük bir paradoksu da barındırır. Bu paradoksun nedeni yukarıda savunduğumuz üzere ABAD eliyle AB'nin üst federal bir yapıya, AB hukukunu ise üye devletler hukuklarına üstün bir federal hukuka dönüştürme gayretidir. ABAD, AB normları ile üye devletler hukuk sistemleri arasındaki normlar ihtilafında AB normlarını üstün tutarken, AB normları ile AB dışı uluslararası hukuk normları arasındaki ihtilafları değerlendirirken Alman ve İtalyan yüksek mahkemelerinin kullandığı argümanları kullanarak AB temel hukuk normları diye bir kategori oluşturmuş ve bu normlara aykırı uluslararası hukuk kuralları, mahkeme

⁵⁷⁵ Alter, “Who are the “Masters of the Treaty?” European Governments and the European Court of Justice”, 127.

kararlarının AB hukukuna tercih edilemeyeceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre birlik kurumları üye devletlerin anayasa vb. hukuk kuralları ile değil sadece birlik hukuku ile bağlıdır. Bu nedenle, üye devletlerin anayasalarında düzenlenen temel haklar tarafından kişilere tanınan haklar – korumalar tanınan korumalar sadece birlik hukukundan kaynaklanıyor ise dikkate alınabilir.⁵⁷⁶

ABAD federal yapı oluşturma gayretine dair niyetini net bir şekilde okumamıza yarayacak önemli bir işaret verir. Bu işaret mahkemenin normatif hiyerarşi kurgusunda izlediği sistemattir. ABAD'ın anılan normatif hiyerarşiyi hangi hukuk sistemleri arasında kurduğu üzerinde önemle durulmalıdır.

Mahkeme, normlar arasında hiyerarşiyi belirlerken her zaman aynı yaklaşımı benimsemiştir. Aralarında ihtilaf olan normların birisi AB Normu diğeri Üye devletler iç hukuk normu olduğunda mahkeme hiyerarşik üstünlük tercihini birlik normları lehine kullanmıştır. Buna mukabil, normlar ihtilafı, AB dışı bir uluslararası hukuk sistemi nomru ile AB hukuk normu arasında olduğunda tercihini birlik hukukundan yana kullanır.

Bu bilinçli bir tercihtir. Kanaatimce bu tercihin zihinsel alt yapısını, ABAD'ın Avrupa Birliği sistemini federal bir yapıya, Avrupa Birliği hukuk sistemini de federal bir hukuk sistemine dönüştürme gayreti oluşturur.

Mahkeme bu bakımdan kendi içinde tutarlı ve fonksiyonalist bir yaklaşım sergiler. Bu fonksiyonel içtihatı yaklaşımı ile mahkeme; AB hukuk sistemini federal nitelikte üst bir hukuk sistemi olarak niteleyip, üye devletlerin hukuk sistemlerini alt federe hukuk sistemleri olarak değerlendirir. Buna mukabil, federal devletin egemenlik yapısına uygun olarak da üst yapı olan federal yapının (AB hukuk sistemi) ise dış unsurlardan gelen her türlü hukuk etkiden masun görmektedir.

Mahkeme bu yaklaşımını, şekli eksikliklerden dolayı resmi bir federasyon söylemine tahvil edememiştir henüz. Bu konudaki en büyük eksik önceki kısımlarda da açıkladığımız üzere federatif bir yapının kurucu metni olan Avrupa anayasasının hazırlanmamış olmasıdır. Bu resmi ve şekli eksiklik nedeniyle ABAD anılan federatif hukuk düzenini sadece sadece temel noktalarda kurgulayabilmiş ve öncelikle “Avrupa Birliği Temel Hukuk Kuralları” olarak tanımladığı temel haklar ve hürriyetlere ilişkin hususlarda öne çıkarabilmiştir.

⁵⁷⁶ Dava; Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr-und Vorratsstelle ffr Getreide und Futtermittel, 1970 E.C.R., 1131., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011>. (11.11.2023)

ABAD bu yaklaşımına üye devletler anayasa mahkemeleri karşı çıksa da uzun süren diyaloglar neticesinde Birlik hukukunun üstünlüğünde karar kılınmıştır.⁵⁷⁷ Bu yaklaşım Avrupa Birliği'nin hukuk sisteminin ve Avrupa Birliği'nin federal bir yapıya doğru Avrupa Birliği hukuk sisteminin de federal bir hukuk, üst hukuk sistemine doğru Özellikle ABAD eliyle evrilmeye çalışıldığının bir ispatıdır kanaatimizce. Oysa yukarıda değindiğim üzere özellikle Anayasa Mahkemeleri maarifetiye üye devletler bu yaklaşıma direnç göstermiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre; AB'yi federal bir devlet sistemine dönüştürmek Almanya'nın egemenlik haklarını ve yetkilerini çiğnemek anlamına gelir. Bu tip bir dönüşüm Almanya'yı federal bir üst sistemin alt parçası -adete federe bir unsuru- haline getirecektir bu ise ancak ancak yetkili kurucu iktidarın Federal Almanya Anayasa'sında yapacağı bir değişiklik ile mümkün olabilir,⁵⁷⁸ Federal Almanya Temel Yasası Almanya namına yetki kullanan otoritelere, Almanya'nın alt parçası haline geleceği bir federal sisteme dahil olmak suretiyle Alman ulusunun öz yönetim hakkından feragat etme hakkını vermez. Bu tip bir gerei dönülemez egemenlik yetkisi devri ancak ve sadece Alman ulusunun kesin ve doğrudan kararı ile verilebilir.⁵⁷⁹ Bu yaklaşımı ile Federal Alman Anayasa Mahkemesinin; Lisbon Anlaşması hükümleri ile ortaya konan entegrasyonun Alman hukuk sistemi ile uyumlu olarak anlaşması gerektiğini ve bu entegrasyonun Alman devlerinin anayasal egemenlik haklarından feragat anlamına gelmediğini değerlendirdiği ortaya konulmuştur.⁵⁸⁰

Sui generis bir nitelik taşıyan bu ilişki aslında kamu hukuku ve devlet teorisinin klasik bir konusunu çağırıştır. Federal Devlet – Federe Devletler ilişkisi. Kanımca ABAD'ın kurguladığı bu yapı federal devlet ve federe devletler arasındaki hukuki yapıya yönelik ve ondan esinlenerek oluşturulan bir hiyerarşinin sonucudur.

Uluslararası mahkemelerin önemli örneklerinden birisidir ABAD. AB'nin yargı organı statüsünde olan mahkeme ekonomik ve siyasi anlamda güçlü Avrupa ülkeleri üzerinde etkindir. Mahkemenin uluslararası hukuktaki etkinliği sadece hitap ettiği alanın ekonomik ve siyasi gelişmişliğinden değil, bizatihi mahkemenin statüsü, kararlarının nitelikleri, yetki ve görevleri ile de ilgilidir. ABAD en etkin ve güçlü devletler üstü mahkemedir. Bu güç AB'yi kuran ve geliştiren devletlerin iradesinin AB'yi devletler üstü bir örgüt haline evirmeye yönelmesi ile

⁵⁷⁷ Başaran, "Sovereign Immunity, Que Vadis?", 5, 11.

⁵⁷⁸ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08., 113.

⁵⁷⁹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08., 228.

⁵⁸⁰ Wohlfahrt, Christian. "The Lisbon Case: A Critical Summary." *German Law Journal* Vol. 10, no. 8 (2009): 1277-286., 1285. doi:10.1017/S2071832200001619.

gelişmiştir. Her ne kadar uluslararası mahkemeler onları kuran örgütlerden bağımsız yapılar olan kabul edilseler de⁵⁸¹ uluslararası mahkemelerin güçlenmesi, etkinliğinin artması ile ilgili uluslararası örgütün üyesi başat devletlerin menfaat ve tercihlerinin birbiri ile uyumlu olması arasında yadsınamayacak bir ilişki vardır.⁵⁸²

Teorik olarak ifade edecek olursak; Neorealist anlayış uyarınca, üye devletlerin belirlediği siyasi amaçlar Legalist yaklaşım ile hukuki şekilde formüle edilmiş ve Neofonksiyonalist metodoloji ile ABAD içtihatları, ön kararları eliyle uygulamaya konmuştur.

Bu ilişki reel politik anlamda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Dünya Ticaret Örgütü Panelleri'nin ve uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin beklenen etkinliğe erişememesinin nedenidir.⁵⁸³ Çünkü bu yargı organlarının parçası oldukları uluslararası örgütlerin AB kadar yoğun bir ekonomik-hukuki entegrasyon hedefleri yoktur. Bu eksiklik anılan örgütlerin hukuki sistemlerini devletler üstü hukuk sistemi haline getirmelerine engel olmuş, daha doğru bir ifade ile bu konuda bir motivasyon oluşturmamıştır.

Uluslararası hukuk kurumlarının hedefi de kamu yararadır ve ilgili kurumlar bünyesinde tesis edilen uluslararası mahkemelerin verimliliği bu amaca hizmeti ile ölçümlenir.⁵⁸⁴

Bu açıdan bakıldığında her biri egemen ve eşit olarak kabul edilen devletler tarafından oluşturulan uluslararası örgütlerde kamu yararı kavramı daha özel ve belirgin bir halde ortaya çıkar. Genel anlamda ilgili uluslararası örgütün var oluş amacı ve ilkeleri daha özeldir ise o örgüt üyesi devletlerin menfaat ve hedefleri. Neorealist anlayış, bu menfaate matuf hedeflerin hukuk sisteminin niteliklerini hatta yapısını belirlediğini iddia eder. Gerçekte sadece uluslararası veya devletler üstü hukuk için değil tüm hukuk sistemleri için bu metodoloji geçerlidir. Bu yaklaşıma göre hukuk asli kurucu iradenin kökünde politik, ideolojik, sosyolojik, ekonomik tercih ve kabullerine göre şekillenir.

Hukuk atlında yatan ve onu oluşturan kurucu iradeyi şekillendiren diğer sosyal verilerden arı değildir. Asli kurucu iktidar hukuki egemenliği kullanırken düzenlediği toplumsal yapının

⁵⁸¹ Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts. – A Goal Based Approach*, 225

⁵⁸² A.g.e., 240.

⁵⁸³ A.g.e., 227.

⁵⁸⁴ A.g.e. 231, 240.

koşullarını ve bu koşullarda oluşan çıkarlarına göre hareket eder.⁵⁸⁵ Asli kurucu güç anayasal sistemi düzenler ancak bu düzenlemeleri egemen unsurun tercihlerine göre yapar.⁵⁸⁶

Bu nedenle AB'nin ekonomik amaçlarla başladığı ancak zamanla ortak dış politika, güvenlik ve yayılma politikaları kapsamında genişlettiği entegrasyon serüveni, birliğin yargı organı olan ABAD'ın etkinliğini, entegrasyon hedefinde yönelişin arttığı oranda artırmıştır.

Kamu yararı amacı maksat unsuru iken, entegrasyon sebep unsuru, bu sebebe yönelen oy çokluğu ile karar alabilme yetisi ve mevzuatın devletler üstü hale evrilmesi ise konu unsurlarıdır. Neofonksyonalist pencereden baktığımızda görülür ki; ABAD bahsettiğimiz konu unsurlarından olan mevzuatın devletler üstü hale dönüştürülmesinde önemli bir fonksiyon ifa etmiştir.

ABAD kendisine tanınan akdi yetkiler ve kendisinin geliştirdiği zımni yetkiler ile uluslararası bir anlaşma ile kurulan hukuki düzeni (AB) bağlayıcı ve üstün bir anayasal sistem haline getirmiş, 1960 yılından itibaren geliştirdiği içtihatlar ile Avrupa birliğinin uluslararası hukuk zemininde oluşan konfederatif nitelikteki anlaşma sistemini federal hukuk sistemine dönüştürerek anayasallaştırmıştır.⁵⁸⁷ Bu dönüşümün kilit taşlarından birisi ABAD'ın Birliği kendine ait kurumları, personeli ve yasal çerçevesi – yasama alanı- olan, uluslararası düzlemde kendi kişiliği ile var olan, daimi bir uluslararası bir yapı olarak tanımlayan ve üye devletlerin bu birliğe kendi egemenlik yetkileri ve kamusal güçlerinin bir kısmını sınırlandırarak transfer ettiklerini, böylelikle kurucularını ve onların halklarını bağlayan yeni bir hukuki kişilik inşa ettiklerini ileri süren karardır.⁵⁸⁸ Bu yaklaşıma karşılık Şimşek; ABAD'ın bir uluslararası mahkeme olarak uluslararası hukuk kurallarını uyguladığı ve Birlik anlaşmaları ile kurulan hukuki yapının uluslararası hukuk temelli bir sistem olduğunu savunmaktadır.⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ Turkel, *Michel Foucault, Law, Power, and Knowledge*, 170-193.

⁵⁸⁶ A.g.e.

⁵⁸⁷ Sweet, *Governing with Judges (Constitutional Politics in Europe)*, 168.

⁵⁸⁸ eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006 585, 593. (25.10.2023).

⁵⁸⁹ Şimşek, "The Legal Nature of the European Community", 679.

3.9. Devletler Üstü Birlik Hukuku ve Üye Devletlerin Temel Haklar ve Özgürlükler

Rejimi

Klasik egemenlik anlayışının getirdiği korumacı refleks ile devletler, devletler üstü hukukun gelişimine direnç göstermişlerdir bu direnç Birlik üye devletlerinde de gözlemlenebilir.

Üye devletlerin hukuki egemenlik yetkileri endişesi ile gösterdikleri bu direncin yoğunlaştığı alanlardan biri de iç hukuklardaki temel haklar ve özgürlüklere dair hükümler konusunda olmuştur.

Temel haklar ve özgürlüklere dair iç hukuk düzenlemeleri lehine gösterilen bu direncin temel haklar ve özgürlüklerin maddi ve şekli niteliğinden kaynaklanan iki ana nedeni vardır kanaatimce. Temel haklar ve özgürlüklere dair normlar, iç hukuk sistemlerinde devletin niteliği, devlet organlarının oluşumu işleyişi ve devlet yetkilerini düzenleyen yapısal düzenlemeler ile birlikte anayasal düzenin ikinci ana sütunu olan temel haklar ve hürriyetler hukukunu oluşturur. Bu niteliklerinden dolayı ister ister anayasalarda düzenlenerek şekli anlamda anayasal norm niteliğini taşıyın, isterse de anayasalarda yer almayıp sair kanunlarda düzenlenmiş olmakla maddi anlamda anayasal norm niteliği taşıyın temel haklar ve hürriyetlere dair düzenlemeler anayasal norm niteliğinde kurallardır.

AB üye devletleri temel haklar ve özgürlüklere dair iç hukuk kurallarının üzerinde hassasiyet göstermekte ve AB hukuku ile bu kuralların çatışması halinde önceliği ve üstünlüğü iç hukuklarının temel haklar ve özgürlükler düzenlemelerine tanımaktadırlar.

Üye devletler bu tip kuralları nitelemek için “temel norm” – “temel hukuk” kavramının geliştirmiş ve bu tip normları normlar hiyerarşisinde diğer iç hukuk kurallarından üstün konumda kabul etmişlerdir. Buna göre temel haklar ve özgürlüklere dair iç hukuk kuralların ülkenin temel hukuk normudur ve bunlar birlik hukukunda önce gelirler. Bu yaklaşım ile üye devletlerin anayasal düzeninden olan temel haklar ve özgürlükler sistemi Birlik hukuku karşısında korunmaya çalışılmıştır.

Üye devletler anayasa mahkemeleri tarafından kurallar kademelenmesinde bir nitelik farkı oluşturmak suretiyle geliştirilen bu argüman ABAD tarafından kabul edilmemiş, temel haklar ve özgürlükleri konu alan düzenlemelerde de Birlik normlarının iç hukuklara üstün olduğu kabul edilmiştir.

ABAD, üye devletler anayasa mahkemeleri tarafından geliştirilen “temel norm” kavramı ve bu normların üstünlüğüne dayanan kurallar kademelenmesi mantığını Birlik hukuk düzeni karşısında diğer uluslararası hukuk normlarına karşı kullanmıştır. Mahkemeye göre Birleşmiş Milletler güvenlik konseyi kararları Avrupa Anayasal düzeninin temel ilkeleri ile çatışıyorsa

geçersizdir.⁵⁹⁰ Mahkeme AB'nin uluslararası hukuka saygılı olduğunu kabul etmekle birlikte⁵⁹¹ herhangi bir uluslararası anlaşma hükmünün birlik hukukunun temel haklar ve özgürlüklere saygılı olması gerektiği ilkesine aykırı olacak şekilde birlik hukukuna karşı tercih edilemeyeceğine hükmeder.⁵⁹² Temel haklar ve özgürlüklere dair hükümler mahkemenin birliğin temel hukuk düzenini temelinin oluşturduğunu kabul ettiği genel hukuk ilkeleridir.

ABAD temel haklar ve hürriyetlere ilişkin normların maddi niteliklerini öne çıkararak, bu konulardaki AB düzenlemelerinin AB dışındaki uluslararası hukukun üzerinde normlar olarak kabul eder. ABAD bu yaklaşımı ile, temel haklara dair hükümleri içinde buldukları hukuk sisteminin “normal üstü anayasal normları” olarak değerlendirir ve anayasal düzen normları arasında bir hiyerarşi ilişkisi kurar.⁵⁹³ Mahkeme yukarıda da açıklamaya çalışıldığı üzere, temel haklar ve özgürlüklere dair birlik hukuku normlarını, birliğin temel hukuk düzeni olarak tarif eder. Mahkemeye göre bu hükümler, herhangi bir uluslararası mahkeme kararı veya anlaşma normu karşısında üstündür.⁵⁹⁴

Üye devletler yargı organları kendi anayasalarındaki temel haklar ve özgürlüklere dair kuralların korunması konusunda bu hususta daha ısrarcıdır. Hukuk düzeninin temel haklar ve özgürlüklere ilişkin hükümlerine ayrıcalık tanıyarak onları uluslararası hukuk normlarının üstünde konumlayan anlayış özellikle üye devletler anayasa mahkemeleri tarafından ısrarla savunulmuştur. Bu konuda İtalyan ve Alman anayasa mahkemelerinin yaklaşımlarını karşılaştırdıkları önemli kararları vardır.

İtalyan vatandaşı Luigi Ferrini tarafından II. Dünya Savaşı döneminde zorla çalıştırılıp ardından, sınır dışı edilmek suretiyle haklarının ihlal edildiği iddiası ile Federal Almanya Cumhuriyeti aleyhine açılan davada ilk derece yargılamalarında Almanya'nın devlet olarak yargılama bağımsızlığına sahip olduğu gerekçesiyle İtalyan mahkemeleri tarafından davalar red edilmişken, 11 Mart 2004 günlü kararında İtalyan yüksek mahkemesi Almanya'nın uluslararası hukuk nezdinde sınır dışı etme ve zorla çalıştırma gibi temel haklara aykırı hukuk dışı

⁵⁹⁰ Constitutional Courts and International Law, 1370.

⁵⁹¹ Kadi and Al Barakat International Foundation V Council and Commission Judgment of the Court (Grand Chamber) 3 September 2008, *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P*, 291. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-402/05>. (19.11.2023)

⁵⁹² <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-402/05>. 285. (19.11.2023)

⁵⁹³ Constitutional Courts and International Law, 1379.

⁵⁹⁴ A.g.e., 1373.

uygulamalarına dair yargı bağısıklığına sahip olmadığına hükmetmiştir.⁵⁹⁵ Yüksek mahkeme, İtalya Anayasası'nın 10. maddesine⁵⁹⁶ göre; İtalyan hukuk düzeninin uluslararası hukukun genel kabul gören ilkelerine uyması gerektiği ve herkesin haklarının ve meşru menfaatlerinin korunması için mahkemelere başvuru hakkına sahip olduğunu düzenleyen 24. maddesi⁵⁹⁷ kapsamında yaptığı değerlendirmelerinde, devletlerin yargı bağısıklığının bir uluslararası hukuk kuralı olduğunu kabul etmekle beraber bu bağısıklığın devletlerin Ius Cogens niteliğindeki bir uluslararası hukuk kuralını ihlal etmeleri halinde geçerli olmayacağına karar vermiştir. Yüksek mahkemeye göre, Ius Cogens niteliğindeki temel haklar ve hürriyetlerin korunmasına dair kuralların ihlali niteliğindeki bir devlet uygulaması devletin yargı bağısıklığı kapsamında değerlendirilemez.⁵⁹⁸

Görüldüğü üzere İtalyan yüksek mahkemesi de ABAD gibi, temel haklar ve hürriyetlere dair ilke ve kuralların uluslararası hukuk kurallarına üstün olduğunu kabul etmiştir.⁵⁹⁹

Bu içtihatları ile ABAD ve üye devletler yüksek mahkemeleri, üye devletlerin anayasal normları arasında bir hiyerarşi oluşturup, temel haklar ve hürriyetlere dair hükümleri temel anayasal düzen normları olarak niteleyerek bu normların uluslararası hukuk kurallarından üstün olduğunu kabul ederler.⁶⁰⁰

Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları da aynı yöndedir. Üye devletlerin egemenlik yetkileri ile AB hukuk sisteminin ilişkisine dair üye devlet egemenliğinden yana duruşu en iyi özetleyen kararlardan olan Lizbon kararında yüksek mahkemeye göre; Her ne kadar Federal Alman anayasası ile egemenlik yetkilerinin bir kısmının uluslararası örgütlere devredilebileceği düzenlenmişse de AB düzenlemeleri Federal Almanya'nın anayasal düzenlemeleri ile uyumlu olmak zorundadır. Lizbon anlaşmasından harekete Almanyanın kurucu iktidar yetkilerinin birliğe devredildiği sonucuna varılamayacağı gibi, bu anlaşmanın Federal Almanya'nın

⁵⁹⁵ Andrea Bianchi, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *The American Journal of International Law*, Vol. 99, N. 1 (Jan., 2005), 242-248., 242.

⁵⁹⁶<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/47644/2915.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. (20.11.2023)

⁵⁹⁷<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/47644/2915.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. (20.11.2023)

⁵⁹⁸ Bianchi, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", 243.

⁵⁹⁹ Constitutional Courts and International Law, 1365.

⁶⁰⁰ A.g.e., 1378.

egemenlik yetkilerinin üstüne çıkan bir hukuki durum oluşturması da kabul edilemez.⁶⁰¹ Mahkemeye göre bir AB normunun, Alman hukuk düzeninin temel normları olarak kabul edilen anayasadaki temel haklar – hürriyetlere dair bir düzenleme ile çatışması halinde iç hukukun temel normunun uygulanması gerekir. Alman Anayasa Mahkemesi Lizbon kararının öncesinde bu yaklaşımın temellerini So Lange I kararında atmıştır. Bu karında yüksek mahkeme; Birlik hukukunun mutlak anlamda üstün olmadığını, üstünlüğün Alman Anayasası 24. Madde çerçesinin belirlediği sınırlar dahilinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş ve somut olayda, iç hukukun temel haklara dair Birlik hukukundan daha koruyucu hükümler içermesi halinde tercihen uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.⁶⁰²

Alman Anayasa Mahkemesi yıllar sonra ABAD'ın ileri sürdüğü argümanları ileri sürerek Alman anayasal düzeni arasında hiyerarşik bir düzen oluşturmuştur. Bu hiyerarşik yapı kanaatimce uluslararası hukuk normları karşısında bazı anayasal hükümlere üstünlük tanımak için tesis etmiştir.

Mahkemeye göre; temel yasa, demokratik devletlerin oluşturduğu siyasi entegrasyona destek sağlamak üzere, uluslararası hukuka katkı sağlamayı hedefler. Ancak bu yaklaşım anayasal denetimden tamamen arı kılınmış şekilde, Alman hukuk ve egemenlik sistemi dışından gelen tüm hüküm ve kararlara boyun eğmek olarak kabul edilip uygulanamaz.

AB hukukunun üstün hukuk olarak entegrasyonunu ve iç hukuklara doğrudan etki eder niteliği, her ne kadar Anayasa'nın 23/1. maddesi⁶⁰³ ile törpülenmiş olsa da yine de iç hukuk düzeninin temeli olan egemenlik haklarının tamamen göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaz.⁶⁰⁴ Alman Anayasa Mahkemesi bu bakış açısını ABAD'ın uluslararası sözleşmeleri yorumlama yetkisine de teşmil ederek; Alman mahkemelerinin ABAD'ın Viyana Konvansiyon'una dair yorumları

⁶⁰¹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009-2 BvE 2/08-, paras.1-421, 275. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (10.11.2023).

⁶⁰² Gülşah Bozbayındır, Avrupa Birliği Ceza Hukuku, 102.

⁶⁰³ **Federal Almanya Anayasa'sı Madde 23:** [Avrupa Birliği – Temel Hakların Korunması – Talilik İlkesi] (1) Birleşmiş bir Avrupa'nın gerçekleşmesi için Federal Almanya Cumhuriyeti, demokratik hukuk devleti ilkeleri, sosyal ve federatif esaslara ve yetki ikamesi ilkesine bağlı olan ve bu Anayasaya benzer bir şekilde temel hakların korunmasını sağlayan Avrupa Birliğinin gelişmesinde katkıda bulunur. Federasyon bunun için, Federal Konseyce onaylanan bir yasayla egemenlik haklarını devredebilir. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>. (20.08.2023)

⁶⁰⁴ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004 - 2 BvR 1481/04. 1 – 72.

ile bağılılığının ancak bu yorumun Alman Anayasasında düzenlenene temel haklar ile çatışmadığı takdirde söz konusu olabileceğini kabul etmiştir.⁶⁰⁵

ABAD bu temel haklar ve özgürlükler konusuna özel önem vermekle birlikte bu alanda da birlik hukukunun iç hukuklara üstünlüğünü kabul etmiştir.⁶⁰⁶ Mahkemeye göre, birlik normlarının üye devletlerdeki geçerliliği ve etkileri, üye devletin anayasasında yer alan temel haklara dair düzenlemeler veya o ülkenin anayasal yapısı karşısında geçerliliğini kaybetmez.⁶⁰⁷

Bu konudaki kült kararı ise Taricco I ve Taricco II yargılamalarında vermiştir. Bu karalarında ABAD, AB mali çıkarlarına dair hükümlerin etkin korunmasını engelleyen üye ülkelerin iç ceza hukuku hükümlerinin uygulanmayacağına hükmetmiştir.⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ Constitutional Courts and International Law, 1381.

⁶⁰⁶ Karakaş, *Avrupa Topluluğunun Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, 97.

⁶⁰⁷ Judgment of 17. 12. 1970 — CASE 11/70.,1133.

⁶⁰⁸ Gülşah Bozbayındır, *Avrupa Birliği Ceza Hukuku*, 105.

SONUÇ

Devlet insanlar tarafından oluşturulan en üst seviyede örgütlenmiş sosyal yapıdır. Devletin kamu hukuku kapsamında anlamı onun hukuki anlamıdır. Devletin diğer sosyal örgütlenmelerden en önemli farkı ölçeği değil hukuk ile olan ilişkisidir. İlk oluşum itibarıyla fiili ve pratik bir yapı olan devlet bu boyutu ile siyasal ve sosyal bir olgudur. Bu sosyal – siyasal olgu kendi hukukunu oluşturunca artık devlet niteliği kazanır.

Devlet ile hukuk ilişkisi devlet perspektifinde kurumsal yapısının hukuk ile tesis edilmesi ile başlar ve faaliyetlerinin hukuk çerçevesinde ifası ile devam eder. Bu yapılanma hukuk devletini tanımlar.

Devleti teorisinin genel kabullerine göre devletin temel üç unsuru vardır. İnsan, toprak ve egemenlik. Fiili anlamında egemenlik, devletin toprak unsuru üzerinde yaşayan insanların üzerindeki hakimiyetidir.

Egemenlik de devlet gibi bir yönüyle fiili bir yönüyle hukuki bir olgudur. Hukuki boyutuyla egemenlik, devletin toprak ve insan unsuru üzerinde kural koyma gücü olarak ortaya çıkar ve Devletin kendisine tabi olan insanlar perspektifinden bakıldığında hukuk ile ilişkisi egemenlik unsuru üzerinden tanımlanır. Hukuki egemenlik devlet tarafından toprak unsuru üzerinde hukuk sistemi tesis edebilme kabiliyetidir. Hukuk diğer toplumsal yaşam kuralları gibi sosyal yaşamı düzenleyen, müeyyideye bağlı ancak diğer toplumsal yaşam kurallarından farklı olarak müeyyidelerinin devlet tarafından takip ve infaz edildiği kurallar sistemidir. Kurallar sisteminin hukuk düzeni olarak nitelenebilmesi için iki temel unsura ihtiyaç vardır; kuralların devlet tarafından belirli bir şekilde ihdas edilmesi (şekli unsur), devlet tarafından belirlenen kurallara aykırılığın devlet tarafından takip edilip normun müeyyide kısmının yine devlet tarafından icra edilmesi. Bu nitelikler üzerinden değerlendirildiğinde devleti devlet yapan ve onu diğer sosyal yapılardan ayıran temel niteliğin hukuk ihdas edebilme gücü olduğunu söyleyebiliriz. Diğer bir ifade ile devleti tanımlayan unsur onun hukuki egemenlik sahibi olmasıdır. Modern devlette, devletin olmazsa olmaz unsuru olan en üstün emretme gücü hukukileşmiştir. Bugün hukuk devleti “*rechstaat*”, “*état de droit*” anayasallaşmış adeta anayasa ile görünür hale gelmiş bir yapıdır.

Hukuki egemenlik devletin temel ve ayırt edici unsuru olduğu kabulü hukuk ihdas etme gücünü devletin temel çekirdek güç merkezi olması sonucunu doğurur. Bu nedenle tarih boyunca devlet otoritesini kullanan kişi ve kurumların ülkelerinde yaşayan insanlar üzerindeki fiili

hakimiyetleri fiili güç ile tesis edilmiş ve devam ettirilmiş iken hukuki egemenlikleri için fiili gücün yanında başka bir güce daha istinat etme gereklilikleri olmuştur: Meşruiyet.

Meşruiyet, insanların devlet adına hukuki egemenliği kullanan otoritelerin hukuk üretme gücünü kabullenmeleri, bunun doğal sonucu olarak da konulan kurallara uymaları yönünde iradelerini şekillendiren manevi bir kabuldür. Meşruiyet tarih boyunca hukuki egemenliği kullanan otoritenin şahsiyetine odaklanan bir kabul olagelmıştır. İlahi egemenlik teorisinde bu otoritenin tanrısallığı veya ilahi otorite tarafından seçildiği inancı, kuvvet teorisinde fiili gücün etkisiyle kural koyabilme yetisinin kabulü hep kural koyan otoritenin niteliklerine dair gerekçelerle şekillenmiştir. Modern devlet anlayışı ise son üç yüz yıldır meşruiyet sebebi olarak insanların iradelerini kabul eder. Demokratik egemenlik teorisi olarak ortaya çıkan bu anlayışa göre devlet adına kural koyma gücü yani hukuki egemenlik onun insan unsur olan halka-insanlara aittir.

Meşruiyet, hukuki egemenlik arasındaki ilişkinin önemi devlet – hukuki egemenlik yetisi arasındaki ilişkiden dolayı çok önemlidir. Hukuki egemenliğini kaybetmiş bir yapı artık devlet olarak nitelenemez. Toprak ve insan unsuru yerinde dursa bile eğer o unsurlara hakim şekilde kural koyma yeteneği kaybedilmişse artık bir devletin varlığından bahsetmek mümkün değildir.

II. Dünya Savaşı'nda Alman işgaline uğrayan Fransa'nın ülke ve insan unsuru yerinde dursa bile Alman işgali devam ettiği sürece Fransa devletinin varlığından söz edilemez. Benzeri şekilde başkenti Birleşik Krallık tarafından işgal edilen Osmanlı Devleti yasama organı işgal kuvvetleri tarafından hukuksuz şekilde dağıtılınca Ankara'da yeni bir yasama meclisi oluşturmuş ve devletin hukuki egemenliğini devam ettirmesini sağlamaya gayret etmiştir.

Devletin hukuki egemenlik yetkileri meşruiyete sahip irade tarafından kullanılmıyor ise devlet ile hukuki egemenliğin bağlantısının kopmuş demektir. Bu devletin meşruiyetini sorgulatan bir kopukluktur. Zira artık ortada hukuki egemenliğini egemenliğin sahibi olan irade eliyle kullanamayan bir yapı vardır.

Klasik anlamda hukuki egemenlik mutlak, asli, devredilemez ve ilk el bir yetkidir. Westphalian egemenlik anlayışının bu katı yapısı özellikle uluslararası ilişkilerin gelişmesi ile yumuşamaya başlamıştır. Uluslararası hukuk uluslararası ilişkilerin, sınırları aşan ilişkilerin hukukudur. Bu hukuk sistemi iç hukuklar gibi hakim ve tabi iki ana unsur arasında değil, her biri bağımsız ve eşit egemen devletler arasında şekillenir. Eşit taraflar arasındaki bir ilişki mutlak surette her iki tarafın da bazı hak ve özgürlüklerinden feragatini gerektirir.

Egemenlik hakkına dair bu modern ve esnek yaklaşım günümüzde pek çok ülkenin anayasasına girmiş ve egemenlik yetkilerinin uluslararası hukuk ve kurumlar kaynaklı olarak

sınırlandırılması hatta kimi anayasalarda uluslararası kurumlara bazı egemenlik yetkilerinin devredilebileceği düzenlenmiştir.

Uluslararası hukuk, ana süjesi olan devletlerin birbirleri ile olan ilişkilerinde, diğer bir uluslararası hukuk süjesi olan uluslararası örgütler ile devletlerin ilişkilerinde devletlerin yaptıkları anlaşmalara riayet veya kurmuş oldukları uluslararası örgütlerin kararlarına uymak gibi egemenlik sınırlamaları getirmiştir. Bağımsız ve egemen bir devletin bir karara, taahhüde uyması onun egemenliğinin kısıtlanması anlamına gelir.

Bu kısıtlamaların hukuki egemenlik bakımından önem kazandığı alan ise devletler üstü hukuk düzenlemeleridir. Zira devletler üstü hukuk kuralları uluslararası hukuk kurallarının aksine iç hukuk sistemlerine ilgili devletin onayı, kabulü aranmaksızın dahil olup, iç hukuk kurallarından üstün hukuk normu olarak hükümlerini icra kabiliyetine sahip normlardır. Devletler üstü hukuk kuralları yürürlük kazandıkları anda iç hukuk sistemlerine dahil olmakla iç hukuk kurallarının kendilerine aykırı olanlarını hükümsüz kılar ve ilerleyen tarihlerde de kendileri aksine iç hukuk düzenlemeleri yapılmasına engel olurlar. Bu nitelikleri devletler üstü hukuk sistemini adeta iç hukuk sisteminin yerine geçirir ve düzenleme yaptığı konularda devletin hukuki egemenlik yetkisini kaldırır.

Devletler üstü hukuk normu bu keskin gücüne rağmen üretim aşamasına devletlerin katılımı ile devletlerin hukuki egemenlikleri arasındaki irtibatını koparmamış olur. Zira devletler üstü normun üretildiği mecralardan ikisi, uluslararası anlaşmalar ve uluslararası örgütlerin kararları taraf-üye devletlerin iradeleri ile oluşur. Bu açıdan bakacak olursak gözükür ki devletler kendi iradeleri ile hukuki egemenlik haklarından bazı konularda feragat ederek devletler üstü hukuk kurallarını ve devletler üstü hukuk sistemini inşa ederler. Feragat iradesi yine devletten gelmekle hukuki egemenliğe dair kök yetki devletin uhdesinde muhafaza edilmeye devam eder. Bu döngüyü bozan ve devletin egemenlik gücü ile devletler üstü hukuk normunun ilişkisini kopartan olgu devletler üstü hukuk normunun bağımsız uluslararası mahkemelerce üretilmesidir.

Yirminci yüzyılda insanlık büyük acılara, insanlık dramlarına sebebiyete veren iki büyük Dünya savaşı ile yaşadı. Savaşlardan sonra devletler benzer acıların tekrarlanmaması için uluslararası barış, güvenlik ve iş birliğin tesisi konusunda adımlar atmaya başladılar. 20. Yüzyılın özellikle ikinci yarısında sonra uluslararası hukuk sisteminin *ratio legis* bu sistemi inşa etmek oldu. Bu yönde tesis edilmeye çalışılan uluslararası hukuku sisteminin önemli unsurlarından birisi de uluslararası mahkemelerdir.

Uluslararası – iç mahkemelerin temel özelliği bağımsızlıklarıdır. Bağımsız bir mahkeme tarafından bir devletin iç hukuk sistemine doğrudan üstün hukuku normu olarak dahil olabilecek

etkide bir norm ihdası ilgili devletin hukuki egemenlik yetkilerinin etkisiz hale gelmesi sonucunu doğurur. Bir devletler üstü hukuk normunun uluslararası veya iç hukuk mahkemesince yasal statüsüne dayanılarak ihdas edilmesi halinde yine de oldukça zayıflamış da olsa devlet ile üretilen devletler üstü hukuk normu arasında bir bağlantı vardır. Zira uluslararası mahkemenin statüsü ilgili devletin katıldığı bir uluslararası anlaşma veya kararına katıldığı bir uluslararası örgüt kararı ile oluşturulmuştur. İç hukuk mahkemelerinin ise yetkilerin diğer tüm kamu hukuku yetkisi kullanan kamusal organlar gibi anayasa ile verilmiştir. Her iki halde de devletin iradesi söz konusudur. Esas sorun devletler üstü hukuk normunun uluslararası mahkeme veya onun desteği ile iç hukuk mahkemeleri tarafından zımni yetki kullanılarak ihdas edilmesi halinde ortaya çıkar. İşte bu halde, devlet üretimine hiçbir katkısının bulunmadığı, önceden kabul etmediği, sonradan da onayının aranmadığı bir hukuk normunun hukuk sistemine girmesi ve kendi iç hukukunu bertaraf etmesi ile karşı karşıya kalır. Artık oluşan bu yeni hukuk egemen devletin hukuki egemenliğini kullanarak üretilen bir hukuk değildir.

Egemenlik yetkileri ile devletler üstü hukuk arasındaki bu irtibat kopukluğu temelde çok daha vahim bir irtibatsızlığa da sebep olacaktır. Devletlerin üretimine katkılarının olmadığı bir devletler üstü hukuk normuna tabi olmaları demokratik egemenlik teorisine de aykırıdır. Zira demokratik bir devleti demokratik kılan unsur hukuk sistemlerindeki normların içeriğinden çok, onları ihdas eden yasama gücünün devletin insan unsurundan kaynaklanmasıdır.

Uluslararası mahkemelerin en etkin olanlarından birisi, Avrupa Birliği'nin yargı organı olarak tesis edilmiş Avrupa Birliği Adalet Divanı'dır. ABAD devletler üstü hukuk üretmede hatta AB hukuk sisteminin uluslararası hukuk olmaktan çıkartıp devletler üstü hukuk sistemine dönüştürmekte çok ciddi etkisi olmuştur. Bu etki kanaatimce ABAD'a kurucu irade tarafından tanınmış özel bir misyonun sonucudur.

AB ekonomik entegrasyon hedefi ile oluşturulmuştur. Birlik süreç içerisinde politik hatta askeri hedeflere yönelen bütüncül entegrasyonu hedefler hale gelmiştir. Amaçtaki bu bütüncül nitelik devlet teorisi kavramları ile ifade etmek gerekirse Birliği belirli bir veya birden çok amaca yönelen konfederal bir görünümünden federal bir niteliğe dönüştürmüştür.

Birlik kurumsal yapısında hedeflenen entegrasyonun tesis edilebilmesi için örgütü uluslararası örgüt olmaktan çıkarıp devletler üstü örgüt haline dönüştürebilecek düzenlemelere gidilmiştir. Birlik organlarına tekeli düzenleme yetki tanınması, katmanlı yetki esası ve özellikle de sınırlı konularda da olsa karar alma nisabında oy birliği yerine oy çokluğunun kabulü bunlara örnektir. Ancak yine de entegrasyonun olmazsa olmaz şartı hukuki entegrasyondur. Hukuki entegrasyon ise kaçınılmaz bir sonuç olarak konfederal yapıyı federal yapıya dönüştürür. Böyle bir dönüşüm için sadece Birliğin amaçlarının kapsamının genişlemesi yeterli olamaz hukuk sisteminin daha

teknik şekilde ifade edecek olursak; hukuk yapılanmasının konfederal nitelikten yani uluslararası hukuk sistemi olmaktan çıkıp federal niteliğe yani devletler üstü niteliğe dönüşmesi gereklidir. Bu dönüşümün kamu hukuku çerçevesinde ideal şekli bir Avrupa Anayasa kabul edilip, uluslararası anlaşma ile oluşan AB'nin, anayasa ile birliğini tesis eden bir yapıya dönüşmesidir.

Şekli anlamda bir Avrupa Anayasa'sının kabulü fikri başta Birleşik Krallık olmak üzere üye devletlerin bazıları tarafından kabul görmemiş bu nedenle gerçekleştirilememiştir. Bu aşamada ABAD devreye girmiş ve Birliğin hukuk sistemini konfederal bir yapıdan federal nitelikli bir hukuk sistemine dönüştürmenin temel aktörü olmuştur.

Konfederal nitelikli hukuk sistemi uluslararası hukuk esaslarına dayanır. Federal hukuk sistemi ise hukuki anlamda tek ancak farklı egemenlik katmanlarına bölünmüş bir egemenlik yapısını gerektirir. Federal yapıdaki egemenlik yapılanması bağlamında her federe devleti egemenlik sahibi müstakil bir devlet ve federal merkez yapıyı ise üst federal bir devlet olarak değerlendirdiğimizde karşımıza çıkan, merkezdeki üst egemen yapı olan federal devlet bünyesinde oluşan devletler (federe devletler) üstü bir hukuk sistemidir. ABAD içtihatları ile Birlik hukukunun Birlik merkez organları tarafından belirlenen devletler üstü bir hukuk sistemine dönüşmesinde önemli işlevler gerçekleştirmiştir.

ABAD'ın etkisi günümüzde AB hukuk sistemi konfederal bir örgütün uluslararası anlaşma zemininde oluşan uluslararası bir hukuk sistemi olmaktan çıkmış, Anayasa niteliğinde bağlayıcı etki sahibi federal bir devlet yapısının devletler (federe – üye devletler) üstü hukuk sistemi haline dönüşmüştür.

Bu dönüşüm, üye devletlerin, kendi talimat ve kontrolleri altındaki ajanlarının oyları ile oluşan Birlik kurumlarının kararları ile değil, üye devletlerin karar, talimat ve iradelerinden bağımsız ABAD hakimlerinin içtihatları ile gerçekleşmiştir. Bu dönüşüm süreci üye devletlerin hukuki egemenlik yetkileri ile yeni oluşan hukuk yapısı arasında ciddi bir kopukluğa sebebiyet vermiştir. Bu kopukluk ise anayasa hukuku teorisi anlamında temelde demokratik devlet yapısında devletin insan unsurunun iradesi ile oluşan yeni devletler üstü hukuk sisteminin irtibatsızlığı anlamına gelir. Bu irtibatsızlık demokratik egemenlik sistemini kabul eden demokratik hukuk devleti bakımından ciddi bir eksikliklerdir.

KAYNAKÇA

- Arsava, A. Füsün. “Amsterdam Anlaşmasının Ortak Hükümlerinin Analizi”, *Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2000):185-196.
- Ak, Ayhan. *İslam Kamu Hukuku*. Samsun: Üniversite Yayınları, 2019.
- Akgündüz, Ahmet. *Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası*. İstanbul: Osav Yayınları, *Introduction to Islamic Law*. Rotterdam: Iur Law, 2010.
- Akgündüz, Ahmet. *Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası*. İstanbul: Osav Yayınları, *Islamic Public Law*. Rotterdam: Iur Law, 2011.
- Alles, Delphine, & Bertrand Badie. “Sovereignism in the International System”, *European Review of International Studies*, C. 3, S. 2 (2019): 5-19.
- Alter, Karen. “Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration”, *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*, düz. Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet & J. H. H. Weiler Hart Publishing, 1998.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Anayurt, Ömer. 2020. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Anderson, Gavin V. “Imperialism and Constitutionalism”, *Public Law and Politic*, düz. Emilius Christodoulis & Stephen Tierney. Routledge, 2016, 129 – 139.
- Aras, İlhan. “Avrupa Birliği Hukukunun Öncelliği İlkesi”, *Sayıştay Dergisi*, S. 99 (2015): 5-28..
- Aritotales. *Politika*, çev. Özgüç Orhan. İstanbul: Pinhan Yayınları, 2017.
- Armağan, Servet. *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2015.
- Ebu Nasr El. *İdeal Devlet*, çev. Ahmet Arslan. İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayıncılık, 2018.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma*. Ankara: T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, 2011. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>.
- Başaran, Halil Rahman. “Sovereign Immunity, Que Vadis?”, *New York International Law Review*, C.27, S. 1 (2014): 1-21.
- Bartelson, Jens. *A Genealogy of Sovereignty*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

- Baykal, Sanem. "Lizbon Anlaşması Sonrasında Avrupa Birliğinde Yetki.," *YERELDE AB*, yereldeab.org.tr adresinden erişildi.
- Beaud, Olivier. *Conceptions of State*, düz. Michel Rosenfield & Andras Sajó. New York: Oxford University Press, 2013.
- Bermann, George A. "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States", *Columbia Law Review*, C. 94, S. 2 (1994): 331-456.
- Bianchi, Andrea. "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *The American Journal of International Law*, C. 99, S. 1 (2005): 242-248.
- Bozbayındır, Ali Emrah. *Turkey and the International Criminal Court*. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- Bozbayındır, Gülşah Bostancı *Lizbon Anlaşması Sonrası Avrupa Birliği Ceza Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2019),
- Brölmann, Catharine. *The Institutional Veil in Public International Law-International Organisations and the Law of Treaties*. North America (US and Canada): Hart Publishing, 2007.
- Brownlie, Ian. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Buergenthal, Thomas. "Lawmaking by ICJ and Other International Courts", *American Society of International Law*, S. 109 (2009): 403-406.
- Burley, Anne-Marie, & Walter Mattli. "Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration", *International Organization*, C. 47, S. 1 (1993): 41- 76.
- Caldeira, Gregory A., & James L. Gibson. "The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union: Models of Institutional Support Source", *The American Political Science Review*, C. 89, S. 2 (1995): 356-376.
- Caldeira, Gregory A., & James L. Gibson. "The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union: Models of Institutional Support Source", *The American Political Science Review*, C. 89, S. 2 (1995): 356-376.
- Carreau, Dominique, & Fabrizio Marrella. *Droit International*. Paris: Pedone Yayınları, 2018.
- Carrubba, Clifford J., & Lacey Murrain. "Legal Integration and Use of the Preliminary Ruling Process in the European Union", *International Organization*, C. 59, S. 2 (2005): 399-418.
- Carrubba, Clifford J., & Matthew J. Gabel. *International Courts and the Performance of International Agreements*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law. International Law*. New York: Oxford University Press, 2005.

- Craig, P. P. *Report on the United Kingdom. The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*. Oxford: Oxford, 1998.
- Cromartie, Alan. *Parliamentary Sovereignty, Popular Sovereignty, and Henry Parker's Adjudicative Stand Point*, düz. Richard Bourke & Quentin Skinner. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Çavuşoğlu, Naz. “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 21, S. 1 (2005): 1-15. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/939186>
- Dewey, John. “Austin's Theory of Sovereignty”, *Political Science Quarterly*, C. 9, S. 1 (1894): 31-52.
- Deneen, Patrick J., *Liberalizm Neden Çöktü*, Çev: İsmail Hakkı Yılmaz, Vakıfbank Kültür yayınları, (İstanbul-2022)
- Dunn, John. *The Political Thought of John Locke*. New York: Oxford University Press, 1998.
- Ebu Nasr El Farabi. *Es Siyaset'ül Medeniyye*, çev. Mehmet Aydın, Abdulkadir Şener, Rami Ayas. İstanbul: Büyüyen Ay Yayınları.
- Ebu'l Hasan Habib el- Maverdi. *El Ahkamus Sultaniye*, çev. Ali Gündüz. İstanbul: Bedir Yayınevi, 2018.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *İslam Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2018.
- el-Maverdi, Ebu'l Hasan Habib. *El-Ahkamü's Sultaniyye*. İstanbul: Bedir Yayınevi, 2018.
- Efe, Haydar. “Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Gelişimi”, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Journal of the Institute of Social Sciences*, S. 5 (Bahar 2010): 47-67.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Ergül, Ergin. *Devlet Teorisi*. Ankara: Adalet Kitapevi, 2021.
- Ergül, Ergin. 2019. *Genel Kamu Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ertaş, Türker. *Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Esteban, María Luisa Fernández. “La Noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justice de las Comunidades Europeas”, *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, C. 14, S. 40 (1994): 241-289.
- Esteban, María Luisa Fernández. “La Noción de Constitución Europea en La Jurisprudencia Noción De Constitución Europea En La Jurisprudencia Del Tribunel De Justicia de Las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Constitucional Año*, C. 14, S. 40 (1994).
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011.

- Frankenberg, Günter. *Democracy*, düz. Michel Rosenfield & Andras Sajó. New York: Oxford University Press, 2013.
- G.W. Hegel. *Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri*, çev. Cenap Karakaya. İstanbul: Sümer Yayıncılık, 2018.
- Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Gözübüyük, Said Vakkas. *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2016.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2012.
- Gözler, Kemal. *Devletin Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Kitabevi Yayınları 1999.
- Gözler, Kemal. “Uluslararası Anlaşmaları İmzalama ve Onaylama Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi -Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2 (2001): 71-101.
- Gülgeç, Yahya Berkol. *Normlar Hiyerarşisi*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2016.
- Gündüz, Şaban Ali. *Sosyal Teoloji-İnsanın Yeryüzü Serüveni*. Ankara: Otto Yayınları, 2018.
- Gündüz, Şinasi. *Güç, İktidar ve Kutsal*. İstanbul: Hikav Yayınları, 2020.
- Gündüz, Şinasi. *Pavlus Hıristiyanlığın Mimarı*. İstanbul: MineNilal Yayınları, 2019.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Siyasal Kitapevi, 2018.
- Gautier, Philippe. “The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, düz. J. A. Frowein & R. Wolfrum. Brill, 2000, 331-361.
- Gilbert, Mark. “A Fiasco but Not a Disaster”, *World Policy Journal*, C. 21, S. 1 (2004): 50-59.
- Goldsmith, Jack L., & Erica A. Posner. *The Limits of International Law*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Grimm, Dieter. *Sovereignty*. New York: Columbia University Press, 2005.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.
- Hamidullah, Muhammed. *İslam Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beyan Yayınları, 2018.
- “Hart, Austin, and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions.” *The Yale Law Journal*, C. 84, S. 3 (1975): 584–607. <https://doi.org/10.2307/795466>. Hart, H. L. A. *Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Heywood, Andrew. *Political Theory*. Londra: Palgrave Press, 2015.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. New York: Oxford University Press, 1998.
- Hurt, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Işıқтаç, Yasemin ve Sevtap Metin. *Hukuk Metodolojisi*, 8. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

- İşsevenler, O. Vahdet. *Kurucu İktidarın Eleştirisi*. İstanbul: Pinhan Yayınları, 2019.
- İbn-i Haldun. *Mukaddime*, yay. haz. Arslan Tekin. İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayıncılık, 2017.
- Ünaldı, Ayşe Serra ve Yağız Alp Yelis. *Cassis de Dijon Case*. Ankara: Bilkent Üniversitesi, 2021-2022, 1-21.
- Jean Jacques Rousseau. *Toplum Sözleşmesi*, çev. Işık Ergüden. İstanbul: Koridor Yayınları, 2018.
- Jr, Charles T. Kotuby, & Luke A. Sobota. *General Principles of Law and International Due Process*. New York: Oxford University Press, 2017.
- Judgment of 9. 1. 1978 — Case 104/77. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106>.
- Judgment of 9. 1. 1978 — Case 104/77. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106>.
- Haktankaçmaz, M. İlker. “İnsan Haklarının Korunması Avrupa Birliği İçin Gerçekten Önemli mi?”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 28 (2010), 1-22.
- Hamidullah, Muhammed. *İslam'da Devlet İdaresi*. İstanbul: Beyan Yayınları, 2016.
- Harvard Law Students. “Natural Law as Limitation on Legislative Authority”, *Harvard Law Review*, C. 29, S. 5 (1916): 521-525.
- Kant, Immanuel. *The Methaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Karakaş, Ayşe Işıl. *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*. İstanbul: Der Yayınları, 1993.
- Karatepe, Şükrü. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Karatepe, Şükrü. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Kaushik, Shyam Krishan. “Of Sovereignty-a Fresh Look”, *Journal of the Indian Law Institute*, S. 52 (2010): 60-79.
- Kay, Richard. “Constituent Authority”, *The American Journal of Comparative Law*, (2015): 715-761.
- Keeling, Mancini & David T. “Democracy and the European Court of Justice”, *The Modern Law Review*, C. 57, S. 2 (1994): 175-190.
- Klabbers, Jan. *An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Klabbers, Jan. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Koçak, Mustafa. *Devlet ve Egemenlik*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2006.

- Kontorovich, Eugene. 2009. "The Constitutionality of International Courts: The Forgotten Precedent of Slave-Trade Tribunals.» *University of Pennsylvania Law Review*, C. 158 S. 1 (2009): 39-115.
- Kontorovich, Eugene. "The Constitutionality of International Courts: The Forgotten Precedent of Slave-Trade Tribunals", *University of Pennsylvania Law Review*, C. 158, S. 1 (2009): 39-115.
- Krusner, Stephen. "Abiding Sovereignty", *International Political Science Review*, C. 22, S. 3 (2001): 229-251.
- Kuyurtar, Erol. *John Locke-Siyaset Felsefesi Tarihi*, ed. Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç. Ankara: Doğu-Batı Yayınları, 2017.
- Lakin, Stuart. "Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution", *Oxford Journal Of Legal Studies*, C. 28, S. 4 (2008): 709-734.
- Law, Constitutional Courts and International. "Revisiting the Transatlantic Divide", *Harvard Law Review* (2016): 1362-1383.
- Leon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Sühep Derbil. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.
- Locke, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett Press, 1980.
- Loughlin, Martin. *The Idea of Public Law*. New York: Oxford University Press, 2004.
- Möllers, Cristoph. *Seperation of Powers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Möllers, Cristoph. *The Three Branches*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Maher, Gerard. "Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, C. 64, S. 3(1978): 401-416.
- Manent, Pierre. *Natural Law and Human Rights*. Indiana: University Of Notre Dame, 2020.
- Mattliandan, Walter, & Anne Marie Slaughter. *The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints*, düz. Anne – Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, & J.H.H. Weiler. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- Midilli, Muharrem. *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı*. İstanbul: Klasik Yayınları, 2020.
- Niyazi, Mehmed. *İslam Devlet Felsefesi*. İstanbul: Ötüken Yayınları, 2018.
- Oksar, Mustafa. *Yürütme Erkinin Üstünlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Özçelik, Selçuk. *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri I. Cilt*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978.

- Özon, Mustafa Nihat. *Osmanlıca Türkçe Sözlük*. İstanbul: İnkılap Kitapevi, 2012.
- Peláez, Carlos M., & Carlos A. Peláez. *Globalization and the State*. Palgrave Macmillan, 2008.
- Pourhiet, Anne-Marie. *Droit Constitutional*. Paris: Economica, 2021.
- Reysuni, Ahmed. *İslam Hukuk Felsefesine Giriş, çev. Sefa Atık*. İstanbul: Pınar Yayınları, 2019.
- Ronald Cohen. *Devletin Kökenleri Yeniden Değerlendirme, çev. Alaeddin Şenel*. Ankara: İmge Kitapevi.
- Safi, Lüey. *İslami Devlet ve Hakimiyet*. İstanbul: İnkılab Yayınları, 1998.
- Sanioğlu, Hilal. “Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları”, *TBB Dergisi* S. 74, (2008).
- Sartori, Giovanni. *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, çev. Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu ve Prof. Dr. Mehmet Turhan*. İstanbul: Sentez Yayınları, 2017.
- Saygın, Engin. *Constitutional Law*. Ankara: Adalet Yayınları, 2022.
- Scahabas, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- Scharpf, Fritz W. “Legitimate Diversity: The New Challenge of European Integration”, *Journal for Comparative Government and European Policy*, C. 1, S. 1 (2003): 32-60.
- Schmitt, Carl. *Constitutional Theory*. London: Duke University Press, 2008.
- Schmitt, Carl. *Political Theology*. Chicago: The University Of Chicago Press, 2005.
- Sezer, Abdullah. Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı), *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına 60 Yıl 60 Makale*, Cilt 2., (Ankara – 2022).
- Shany, Yuval. “Assessing the Effectiveness of International Courts”, *The American Journal of International Law*, C. 106, S. 2 (2012): 225- 270.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- “Single European Act”, *Official Journal of the European Communities*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT>.
- Slaughter Anne – Marie, “A Liberal Theory of International Law” *Proceedings of the 116th Annual Meeting of American Society of International Law*, Cambridge University Press, Feb.2017, 240-253.
- Spiegeleire, Stephan De. “The Rise Of Populist Sovereignism”, Report for Hague Centre For Strategic Studies, 2017. 23-41.
- Stanton, Timothy. *Popular Sovereignty in an Age of Mass Democracy*, düz. Quentin Skinner & Richard Bourke. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

- Sweet, Alec Stone. *Governing With Judges Constitutional Politics in Europe*. New York: New York University, 2010.
- Sweet, Alec Stone, & Thomas L. Brunell. "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community", *The American Political Science Review*, C. 92, S. 1 (1998): 63-81.
- Şahin, Çiğdem. "Kurumsal Bileşenler Işığında Avrupa Birliği Diplomasinin Gelişimi", *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 4 (2022): 759-782.
- Şimşek Galip Engin, "THE LEGAL NATURE OF THE EUROPEAN COMMUNITY." *Public and Private International Law Bulletin* 24, no.1 (Jan.2024):675-690., 676. <https://doi.org/null>, (10.12.2023).
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Uluslararası Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Teziç, Erdoğın. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2012.
- Torun, Yıldırım. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Orion Kitapevi, 2012.
- Toven, Mehmet Bahaettin. *Yeni Türkçe Lügat*. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2015.
- Troper, Michel. *Sovereignty*. New York: Oxford University Press, 2013.
- Tuck, Richard. *Democratic Sovereignty and Democratic Government*, düz. Richard Bourke & Quentin Skinner. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Turkel, Gerald ve Michel Foucault. "Law, Power, and Knowledge", *Journal of Law and Society*, C. 17, S. 2 (1990): 170-193.
- Tusseau, Guillaume. *Droit Constitutional Et Institutions Politiques*. Paris: Seuil, 2021.
- United States Senate. Erişildi: 2023. https://www.senate.gov/pagelayout/general/one_item_and_teasers/file_not_found.htm.
- U.S. Reports: Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>.
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Uygun, Oktay. *Hukuk Teorileri*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Vile, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Found Press, 1998.
- Walter, Mark D. *The Unwritten Constitution as a Legal Concept in Philosophical Foundations of Constitutional Law*, ed. David Dyzenhaus. Oxford: Oxford University Press, 2018.

- Waluchow, J. W. *A Common Law Theory of Judicial Review*. New York: Cmbridge University Press, 2007.
- Weiler, J. H. H. “A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors”, in *Comperative Political Studies*, C. 26, S. 4 (1994): 354-510.
- Weiler, J. H. H. “Emerging Issues on Compliance and Effectiveness of Community Law” *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* S. 91 (1997): 172-175.
- Wendt, Alexander. “Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics”, *The MIT Press Spring*, C. 46, S. 2 (1992): 391- 425.
- Wessel, Ramses A. “Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation?”, *International Organizations Law Review*, S. 8 (2011): 253–265.
- Wincott, Daniel. “A Community of Law? 'European' Law and Judicial Politics: The Court of Justice and Beyond”, *Government and Opposition*, C. 35, S. 1 (2000): 3-26.
- Witte, Bruno De. “Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition”, *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*, düz. Anne Marie Slaughter, Alec Stone Sweet ve J. H. H. Weiler., Oxford Publishing, 1998.
- Wohlfahrt, Christian. "The Lisbon Case: A Critical Summary." *German Law Journal* Vol. 10, no. 8 (2009): 1277-286., 1285. doi:10.1017/S2071832200001619.
- Yıldırım, Turan. *İdare Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2018.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre, ve İsmail Emrah Perdecioğlu. *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*. Ankara: Mahkemesi Yayınları, 2019.
- Zencani. *Siyasetname*, çev. Hasan Hüseyin Adaloğlu. İstanbul: Yeditepe Yayınları, 2019.

ÖZGEÇMİŞ

Halit Serhan Ercivelek

A. EĞİTİM

Yüksek Lisans: İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Lisans Üstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Bölümü, 2020, İstanbul.

Lisans: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996, İstanbul.

B. MESLEKİ DENEYİM

1996 – 1998 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevliliği.

1998 – 1999 Serbest Avukatlık.

1999 – 2001 Özel bir şirkette Avukatlık.

2001 – 2002 Özel bir şirkette Hukuk Müşavirliği.

2002 – 2004 Özel bir şirkette Hukuki işlerden sorumlu Genel Müdür Yardımcılığı.

2004 – 2006 Serbest Avukatlık.

2006 – 2007 TSK 3. Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi Askeri Hakimliği.

2007 – 2018 Özel bir şirkette Genel Müdürlük ve Yönetim Kurulu Üyeliği.

2020 - 2024 İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

C. YAYINLARI

“Dini Eğitim ve Öğrenim Hakkı”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5 S.8 / 2020.

