

# HUKUK KURAMI

Cilt: 11 Sayı: 1, Ocak 2026

**Hukuk Kuramı**, yılda iki sayı olarak internet üzerinde yayımlanan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin ilk sayfasında yer alan künyede, makalenin hakem incelemesinden geçtiği belirtilir.

**Derginin internet adresi:** <http://www.hukukkurami.net>

Hakem listesi, her yılın sonunda, o yılın bütün sayılarını kapsamak üzere yayımlanır.

## Hukuk Kuramı Editörü

Gökçe Çataloluk

## Sayı Editörleri

Ezgi Duman

Cevher Elgin

## Yayın Kurulu\*

Kasım Akbaş

Arca Alpan

Ahmet Melihşah Çevlik

Ezgi Duman

Cevher Elgin

Ali Erdoğan

Hazal Gül

Gönenç Hacaloğlu

Buket Karaman

Irmak Kepenek

Eren Paydaş

## Sekreteryaya ve Dizgi

Ali Erdoğan

Hazal Gül

\* İsimler soyadı esas alınarak alfabetik olarak sıralanmıştır.

### Danışma Kurulu\*

Barkın Asal (İstanbul Üniversitesi)

Nazime Beysan (Doğu Akdeniz Üniversitesi)

Harun Bodur (Erciyes Üniversitesi)

Fatma İrem Çağlar Gürgey

Toros Güneş Esgün (Hacettepe Üniversitesi)

Serkan Gölbaşı (Uludağ Üniversitesi)

Remzi Orkun Güner (Kadir Has Üniversitesi)

Birden Güngören Bulgan (Galatasaray Üniversitesi)

Altan Heper (Özyeğin Üniversitesi)

Hasan Serdar Hoş (Atılım Üniversitesi)

Yasemin Işıқтаç

Furkan Kararmaz (Akdeniz Üniversitesi)

Muharrem Kılıç (Ankara Yıldırım Beyazıt  
Üniversitesi)

Sevtap Metin (İstanbul Üniversitesi)

Cansu Muratoğlu Kaçar (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Mehmet Tefik Özcan

Yasemin Özdek (Yakın Doğu Üniversitesi)

Nadire Özdemir (Ankara Üniversitesi)

Rabia Sağlam (Kocaeli Üniversitesi)

Şule Şahin Ceylan (Marmara Üniversitesi)

Engin Topuzkanamış (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Ahmet Ulvi Türkbağ (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Gülriiz Uygur (Ankara Üniversitesi)

Özge Yücel Dericiler (Özyeğin Üniversitesi)

Ülker Yükselbaba (İstanbul Üniversitesi)

### Sahibi

Gökçe Çataloluk

### e-ISSN

2148-7413

\* İsimler soyadı esas alınarak alfabetik olarak sıralanmıştır

## İÇİNDEKİLER

<b>Editör'den</b>	<b>iv</b>
<i>Egemenlik Teorisi Açısından Eyalet Hakları Mı, İnsan Hakları Mı, Ayrılma Hakkı Mı?</i> Eftal Gürel	<b>1</b>
<i>Takdir Hakkı, Hakkaniyet ve Algoritma</i> Yılmaz Kurban	<b>23</b>
<i>Roma Hukukunun Sürekliliği: Soyutlama, Ekonomik Formlar ve Siyasi Esneklik</i> Eren Paydaş	<b>33</b>
<i>John Locke, Doğal Hukuk ve Sömürgecilik</i> Barbara Arneil (Çev.: Celaleddin Kavas)	<b>39</b>

### Editör'den...

*"Kriz, tam olarak,  
Eskinin öldüğü ve yeninin doğamayacağı olgusuyla ilişkilidir:  
Bu fetret devrinde farklı türden çok sayıda  
Marazi fenomen gerçekleşmektedir."*

Antonio Gramsci, "Hapishane Defterleri: Defter 3, Madde 34"

Türkiye'de yaşayanların kolektif hafızasında, dönemin başbakanının yaptığı çıkışla yer eden Dünya Ekonomik Forumu'nun (yerleşik adıyla Davos) bu sene yapılan toplantısı yine bir başbakanın sözleriyle gündeme oturdu. Belçika'nın muhafazakâr Başbakanı Bart De Wever, ABD ile Avrupa arasında Grönland üzerinde sürdürülen sömürü mücadelesine ilişkin değerlendirmelerini, İtalyan Marksist Antonio Gramsci'ye atfedilen "Eski ölürken yeni henüz doğmamışsa, canavarlar çağı yaşanır." sözüyle bitirdi. Gramsci'ye sıkça atfedilen bu söz, kendisinin külliyatında bulunmuyor. Ancak biz, bu sözün kendisinden türetildiği halini, yani yaygın kullanılan versiyonların kaynağını bu sunuşa epigraf yapmak istedik. Neticede kriz anları, eskinin tükendiği ve yeniyeye dair bir umudun yeşermediği fetret dönemleri, marazi fenomenlerin vuku bulduğu dönemlerdir ve Gramsci'nin perspektifine göre bu dönemler -yaygın kullanımda olduğu gibi- tam olarak bir canavarlar çağı değildir. Aynı maddede belirtildiği üzere, kriz dönemleri, geleneksel ideolojilerden bir kopuşun gerçekleştiğini ve geniş kitlelerin daha önce inandıklarına artık inanmadıkları anlamına gelir ve Gramsci'ye göre "*buradan tarihsel materyalizmin öngörülemez bir genişlemesi için çok daha elverişli koşulların yaratılıyor olduğu sonucuna varılabilir*".

Yine de muhafazakâr, Avrupalı bir başbakanının, bu sözün esas anlamının ötesine geçtiği ve kendi anlamını inşa ettiği halini kullanması enteresan. Zira canavarların zamanının AB'nin kaymak tabakasını teşkil eden ülkeler için de geldiği fark edilmiş görünüyor. Hapishane Defterleri'nin yazılmasının üzerinden neredeyse bir asır geçti, ancak dünyanın tahakküm altında olanları için canavarlar zamanı hiçbir zaman geçmedi. Sömürü, ötekileştirme, birilerinin hakkını- hukukunu yok sayma ve elbette savaş olarak hayatta kalmayı sürdürdü. Avrupalı başbakanın yenice idrak ettiği şey sadece şuydu; canavar artık onun kapısını da çaldı. Avrupalı, imtiyazlı bir

başbakanın bile fark ettiği bu vaziyetin imtiyazlı olmayanları nasıl etkilediğini tekrar tekrar anlatmaya lüzum olmasa gerek. Hele de bu civarlarda...

Yine de ve Gramsci'nin de belirttiği üzere, *buradan tarihsel materyalizmin öngörülemez bir genişlemesi için çok daha elverişli koşulların yaratılıyor olduğu sonucuna varılabilir.*

Ve elbette, iyi ki doğmuş Gramsci.

\*\*\*

Bu sayıda yer alan makalelerden ilki Eftal Gürel'in "*Egemenlik Teorisi Açısından Eyalet Hakları Mı İnsan Hakları Mı Ayrılma Hakkı Mı?*" başlıklı makalesi. Çalışmasındaki temel problemi başlığında formüle eden Gürel, bu hakemli makalesinde egemenlik teorisinin klasik, mutlak ve bölünmez otorite anlayışının, günümüz hukuk düzeninde nasıl dönüşüme uğradığını inceliyor.

Bu sayıda yer alan bir diğer makale Yılmaz Kurban'ın "*Takdir Hakkı, Hakkaniyet ve Algoritma*" başlıklı makalesi. Kurban, makalesinde hukukun kesinliğini ve yeknesaklığını yerle bir eden takdir hakkının ve bununla birlikte bu hakkın kullanımında ilke olarak kabul edilen hakkaniyetin işlevsiz olduğunu iddia ediyor. Bu bahisle yazar, her iki kavramın ortadan kaldırılması gerektiğini öne sürmekte ve bu görüşünü gerekçelendirmeye çalışmakta.

Eren Paydaş'ın "*Roma Hukukunun Sürekliliği: Soyutlama, Ekonomik Formlar ve Siyasi Esneklik*" başlıklı makalesinde, otoriterleşme süreçlerinde kamu hukuku çözülürken özel hukukun dayanıklı ve özerk bir pozisyonda kalışı, Roma hukukunun kurum ve ilkeleri üzerinden tartışılmakta. Paydaş bu vesileyle, yani bir soyutlama rejimi olarak Roma hukukunun tarihini araştırarak, günümüz "ikili devlet" tartışmasına konuyu getiriyor.

Bu sayıda yer verdiğimiz çeviri makalenin başlığı "*John Locke, Doğal Hukuk ve Sömürgecilik*". Barbara Arneil tarafından kaleme alınan ve Celaledin Kavas tarafından çevrilen bu yazıda, Grotius ile birlikte Locke'un fikirlerinden yola çıkılarak, on yedinci yüzyıl doğal hukukunun içinde geliştiği küresel bağlam ve böylece doğal hukuk düşüncesinin dönemin düşünürleri tarafından nasıl sömürgeciliği meşrulaştırma aracı olarak kullanıldığı inceleniyor. Bu inceleme sırasında sıklıkla Pufendorf'un doğal hukuk yaklaşımıyla kıyaslamalar da yapılmakta.

Cevher Elgin & Ezgi Duman

## EGEMENLİK TEORİSİ AÇISINDAN EYALET HAKLARI MI, İNSAN HAKLARI MI, AYRILMA HAKKI MI?

*Eftal Gürel\**

**Özet:** Bu makale, egemenlik teorisinin klasik, mutlak ve bölünmez otorite anlayışının, günümüz hukuk düzeninde nasıl dönüşüme uğradığını incelemektedir. Çalışma, üç temel eksen üzerinden yapılandırılmıştır: Eyalet hakları, insan hakları ve ayrılma hakkı. İlk olarak, egemenlik kavramının tarihsel gelişimi ve iç-dış egemenlik ayrımı ele alınmıştır. İkinci olarak, eyalet hakları perspektifi ve federal sistemlerde yetki paylaşımı, ABD başta olmak üzere Almanya, Kanada gibi örnekler üzerinden değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde, insan hakları perspektifi, egemenlik ile temel haklar arasındaki normatif çatışma dikkate alınarak analiz edilmiştir. Son olarak, ayrılma hakkı tartışmaları, self-determinasyon ilkesi, toprak bütünlüğü ve insan hakları ilişkisi çerçevesinde Kosova, Katalonya ve Quebec vakaları üzerinden karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Çalışma, egemenlik, eyalet hakları ve insan hakları üçgenindeki normatif ve pratik gerilimleri değerlendirerek, egemenliğin mutlak güç olarak tanımlanmaktan çıkarak, paylaşılan ve sorumluluk temelli bir otorite olarak yorumlandığı çağdaş yaklaşımları ortaya koymaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Egemenlik, Federalizm, Eyalet Hakları, İnsan Hakları, Ayrılma Hakkı.

---

\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi. Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Araştırma Görevlisi, E-posta: [eftalgurel@gmail.com](mailto:eftalgurel@gmail.com)/ [egurel@pirireis.edu.tr](mailto:egurel@pirireis.edu.tr). Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3966-6670>.

**FROM THE PERSPECTIVE OF SOVEREIGNTY THEORY:  
STATE RIGHTS, HUMAN RIGHTS OR THE RIGHT TO SECESSION?**

*Eftal Gürel*

**Abstract:** This article examines how the classical concept of sovereignty as an absolute and indivisible authority has transformed within the modern legal order. The study is structured around three main axes: state rights, human rights, and the right to secession. First, it explores the historical development of the concept of sovereignty and the distinction between internal and external sovereignty. Second, it analyzes the perspective of state rights and the distribution of powers in federal systems, with examples from the United States, Germany, and Canada. The third section addresses the human rights perspective, focusing on the normative tension between sovereignty and fundamental rights. Finally, the debate on the right to secession is examined through the principles of self-determination, territorial integrity, and human rights, using comparative case studies of Kosovo, Catalonia, and Quebec. The study evaluates the normative and practical tensions within the triangle of sovereignty, state rights, and human rights, highlighting contemporary approaches that interpret sovereignty not as an absolute power but as a shared and responsibility-based authority.

**Keywords:** Sovereignty, Federalism, States' Rights, Human Rights, Right to Secession.

## GİRİŞ

Modern devletin kurucu unsurlarından olan egemenlik kavramı, tarih boyunca siyaset ve hukuk düzeninin temel kavramlarından birisi olmuştur. 21. yüzyılda klasik anlamdaki mutlak ve bölünmez otorite niteliğini büyük ölçüde kaybederek, insan hakları rejimi, uluslararası hukuk kuralları ve federal yapılar karşısında, belirli şartlara dayanan ve paylaşılan bir yetki olarak yeniden tanımlanmıştır (Krasner, 1999: 3-5). Yaşanan bu dönüşüm sayesinde, yalnızca teorik bir tartışma alanı olmaktan sıyrılarak, uygulamada anayasa mahkemelerinin kararlarından uluslararası yargı içtihatlarına, federal devletlerdeki yetki çatışmalarından ayrılma taleplerine kadar geniş bir yelpazede karşımıza çıkmaktadır.

Egemenlik günümüzde küreselleşme ve insan haklarının uluslararası seviyede kurumsallaşması gibi faktörler nedeniyle sıklıkla tartışmaya açılmaktadır. Federal sistemlerde, federe birimlerin sahip olduğu eyalet hakları ile merkezi otorite arasında yaşanan gerilimler, bazı devletlerdeki demokrasi ve insan hakları taleplerinin ayrılma iddiasına dönüşmesi ve uluslararası hukukta self-determinasyon ilkesi ile toprak bütünlüğü arasındaki çatışma, bu tartışmanın güncelliğini taze tutmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde federal hükümet ve eyaletler arasında yaşanan yetki uyuşmazlıkları ile Kosova, Katalonya ve Quebec gibi örnekler, egemenlik teorisinin uygulamadaki sınırlarını görünür kılarken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı içtihatları, egemenliğin artık mutlak güç olarak değil, yasal ve kurumsal sınırlara tabi bir otorite olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu çalışmada şu soruya yanıt aranması hedeflenmiştir: Egemenlik teorisi, modern hukuk düzeninde eyalet hakları, insan hakları ve ayrılma hakkı ekseninde nasıl şekillenmiştir ve gerçekleşen dönüşüm hangi normatif ve kurumsal mekanizmalarla yönetilmektedir? Bu soruya cevap bulma niyetiyle, öncelikle egemenlik kavramının tarihsel ve teorik temelleri incelenmiş, ardından federal sistemlerde eyalet hakları ve insan hakları perspektifleri analiz edilmiştir. Ayrılma hakkı tartışmaları, uluslararası hukukun temel ilkeleri ve Kosova, Katalonya ve Quebec örnekleri üzerinden değerlendirilmiştir.

### I. Egemenlik Kavramının Dönüşümü

Egemenlik kavramı, modern devletin temel unsurlarından birisidir. Bu kavramın kökenleri feodal yapılardan ulus devlet sistemine geçiş sürecine dayanmaktadır.

Feodal dönemde siyasi otorite, çok merkezli ve parçalı bir yapı sergilediğinden egemenlik fikri bu dağılmış otoriteyi tek bir merkezde toplama ihtiyacının sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu anlayışın bir tezahürü olarak Jean Bodin, egemenlik kavramını sistematik bir şekilde tanımlayan ilk düşünürdür. 16. Yüzyılda görüşlerini ortaya koyan Bodin'e göre egemenlik, "*Devletin mutlak ve sürekli gücü*" biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanım, egemenliği mutlaklık, bir diğer deyişle başka bir otoriteye bağlı olmama ve süreklilik, yani zaman bakımından kesintisiz olma özellikleriyle ilişkilendirmektedir (Bodin, 2003, s. 3). Bodin'in yaklaşımı, modern devletin hukuki ve siyasi temelini oluşturmuştur. Özellikle 1648'de gerçekleştirilen Vestfalya Barışı ile birlikte, uluslararası seviyede devletlerin eşit ve bağımsız aktörler olarak kabul edilmesi egemenlik kavramını kurumsal hale getirmiştir (Hurd, 1999, s. 404).

17. ve 18. yüzyıllarda Thomas Hobbes ve Jean Jacques Rousseau gibi filozoflar, egemenliği toplumsal sözleşme teorisi çerçevesinde ele almıştır. Hobbes, egemenliği mutlak bir otorite biçiminde nitelendirmiştir (Hobbes, 2001, s. 130). Rousseau ise halk egemenliği düşüncesini öne çıkarmış ve egemenliğin kaynağını millet iradesine dayandırmıştır (Rousseau, 1989, s. 19). Bu dönemde egemenlik kavramı sadece devletin gücü olarak değil, aynı zamanda meşruiyet tartışmalarının da merkezinde yer almıştır (İren, 2016, s. 138).

18. yüzyılda ise ulus devletlerin çağının yaşanmasıyla beraber egemenlik kavramı, ulusların kendi kaderini tayin hakkı ile ilişkilendirilmiş, 1789 Fransız İhtilali sonrasında ise halk egemenliği anlayışı güç kazanmıştır. 20. yüzyıla gelindiğinde egemenlik, uluslararası hukuk kuralları ve insan hakları rejimleri karşısında mutlak karakterini yitirmeye başlamıştır. 2. Dünya Savaşında yaşanan deneyimlerden sonra 1945 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması ile devletlerin egemenliği yine tanınmakla birlikte, bu egemenlik uluslararası barış ve güvenlik ilkeleriyle sınırlandırılmıştır (Shaw, 2021, s. 256).

Günümüzde ise egemenlik, klasik anlamda mutlak bir yetki şeklinde tanımlanmaktan ziyade, şartlı ve işbirliğine dayalı bir otorite olarak nitelendirilmektedir. Küreselleşme, uluslararası örgütler ve insan hakları normları, egemenlik kavramının yeniden tanımlanması ihtiyacını gündeme getirdiğinden, bu durum egemenliğin hem devletlerin kendi sınırları içindeki yetkileri, hem de uluslararası ilişkilerdeki bağımsızlığı boyutu açısından önemli değişimler oluşturmuştur (Jackson, 2007, s. 22).

Bu açıdan doktrinde yaygın olarak kullanılan iki temel ayrım bulunmaktadır: iç egemenlik ve dış egemenlik. İç egemenlik, devletin kendi toprakları içerisinde sahip olduğu en üstün yetkiyi ifade etmektedir. Bu yetki, yasama, yürütme ve yargı organlarının işleyişinden kamu düzeninin sağlanmasına kadar tüm siyasi iç süreçleri kapsamaktadır. İç egemenlik, devletin kendi anayasal düzenini kurma ve uygulama gücünü temsil eder. Bodin'in tanımında vurgulanmış olan mutlak ve sürekli güç unsuru, iç egemenliğin niteliğini ortaya koymuştur. Modern anlamda iç egemenlik, hukuk düzeninin varlığı ve devletin iç işlerinde başka bir otoriteye bağımlı olmaması ile izhar olur (Krasner, 1999, s. 3-5).

Dış egemenlik ise devletlerin uluslararası alanda eşitliğini ve bağımsızlığını tanımlamaktadır. Bu boyut, devletlerin başka bir devletin veya uluslararası örgütün boyunduruğu altında olmadan kendi dış politikasını belirleme ve uygulama hakkını içermektedir. Vestfalya Barışı ile birlikte kurumsallaşan bu anlayış, devletlerin uluslararası ilişkilerde eşit ve bağımsız aktörler olarak kabul edilmesini sağlamıştır. Böylece devletler uluslararası hukuk çerçevesinde tanınan haklarını kullanabilmekte ve kendi iradesiyle uluslararası yükümlülükler üstlenebilmektedir (Krasner, 1999: 3-5).

Ancak 20. yüzyıldan itibaren bu ayrımın mutlaklığını yitirdiği yönünde görüşler savunulmaya başlanmıştır. Zira iç egemenlik, uluslararası insan hakları anlaşmaları karşısında sınırlanırken, dış egemenlik de uluslararası örgütlere üyelik, ekonomik bağımlılıklar ve kolektif güvenlik mekanizmaları nedeniyle şarta bağlı bir hale gelmiştir. Bu yönde bir örnek teşkil eden Birleşmiş Milletler Antlaşması, devletlerin egemenliğini tanımış olsa da bu egemenliği uluslararası barışın korunması ve güvenliğin sağlanmasıyla kısıtlamıştır.<sup>1</sup>

İnsan hakları düzenlemeleri de yine aynı yönde egemenliğin sınırlandırılmasında önemli bir role sahip olmuştur. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve ardından gelen uluslararası antlaşmalar, devletlerin iç egemenlik alanında mutlak yetki kullanmasını engelleyen normatif bir çerçeve oluşturmuştur. Devletler, uluslararası yükümlülükler nedeniyle de kendi vatandaşlarına karşı hukuksuz, keyfi uygulamalarda bulunamamaktadır. Bu durum, egemenliğin iç boyutunun uluslararası hukuk tarafından sınırlandırılması anlamına gelir.

---

<sup>1</sup> Antlaşmanın 2(4). maddesi, devletlerin güç kullanmasını yasaklayarak egemenliğin mutlak askeri yetki boyutunu ortadan kaldırmıştır. Bu düzenleme, egemenliğin artık sadece devletlerin iradesine bağlı bir kavram olmadığını, uluslararası normlara da tabi olduğunu göstermektedir.

Bunun yanında, uluslararası ceza hukuku ve insancıl hukuk da egemenliğin sınırlarını daraltan mekanizmalar olarak sunulmaktadır. Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, devletlerin iç egemenlik alanında işlenmiş olan soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları için cezai sorumluluk öngörerek egemenliğin dokunulmazlığını ortadan kaldırmıştır (Ormanoğlu, 2018, s. 270). Egemenlik, uluslararası örgütlere üyelik ve ekonomik entegrasyon süreçleri nedeniyle de zaman zaman sınırlanabilmektedir. Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi, üye devletler egemenliklerinin bir kısmını ortak kurumlara devretmiştir. Bu durum ise egemenliğin artık mutlak değil, paylaşılan bir yetki olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır.

İnsani müdahale ve koruma sorumluluğu doktrinleri de egemenliğin günümüzde en tartışmalı sınırlarından birini ortaya koymaktadır. Bu yaklaşımlar, devletlerin kendi vatandaşlarını koruma yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde, uluslararası toplumun müdahale hakkını meşrulaştırmaktadır. Böylece egemenlik, mutlak bir kalkan olmaktan çıkarak sorumlulukların yerine getirilmesi şartına bağlanmış bir yetki haline gelmiştir (Thakur, 2012, s. 246). Dolayısıyla egemenlik artık hem iç hem de dış boyutuyla mutlak bir güç olarak değil, uluslararası işbirliği ve hukuki düzenlemelerle sınırlandırılmış bir otorite olarak değerlendirilir. Bu dönüşüm, devletlerin hem iç hem dış politikalarında uluslararası normlara uyma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.

## II. Eyalet Hakları Perspektifi

Federal devlet yapısı, egemenlik kavramının tek merkezli bir otorite olarak tanımlanmasına meydan okuyan en önemli siyasi modellerden biridir. Federalizm, egemenliğin merkezi hükümet ile federe devletler arasında paylaştırıldığı bir sistemdir. Bu nedenle, egemenliğin mutlak ve bölünmez olduğu yönündeki Bodin'in klasik tanımlamasıyla çelişir. Zira federal yapılarda yetki sahaları anayasal düzenlemelerle paylaştırılmış ve sınırlandırılmıştır.

Teorik olarak federal sistemlerde egemenlik, iki düzeyde işlemektedir: Merkezi veya federal egemenlik, uluslararası ilişkiler, milli savunma, para politikası ve benzer konularda üstün yetkiye sahipken, federe devletlerin egemenliği ise, iç düzenlemeler, eğitim, sağlık ve yerel yönetim alanlarında siyasi özerklik sağlamaktadır. Bu çift düzeyli yapı, federal devletlerdeki egemenliğin mutlak olmayıp, anayasal olarak bölümlenmiş bir yetki olduğunu göstermektedir. Böylece federalizm klasik anlayıştan farklı bir şekilde paylaşılan egemenlik kavramını öne çıkartmıştır (Çağdaş, 2019, s. 208).

Amerika Birleşik Devletleri, federal yapının egemenlik teorisi açısından en önde gelen örneklerinden birini sunmaktadır. ABD Anayasası, federal hükümete birtakım yetkiler tanırken, sayılmayan diğer yetkileri ise eyaletlere bırakmıştır.<sup>2</sup> Bu düzenleme, eyaletlerin kendi yasalarını yapma, vergilendirme yetkisi ve iç kamu düzenini sağlama konusunda geniş bir özerklik alanına sahip olduğunu gösterir.

ABD’de egemenliğin paylaşımı tartışmaları tarihsel süreçte merkezi otorite ile eyalet hakları arasındaki gerilim üzerinden şekillenmiştir. 1861–1865 yılları arasında yaşanan İç Savaş tecrübesi bu gerilimin en dramatik örneğidir. Güney eyaletlerinin<sup>3</sup> ayrılma girişimi, eyaletlerin kendi kaderini tayin etme hakkı iddiasına dayanırken, federal hükümet bu girişimi toprak bütünlüğü ve milli egemenlik gerekçeleriyle reddetmiştir. Yaşanan bu deneyim, egemenliğin ayrılma hakkı boyutu itibarıyla federal sistemlerde de bölünemeyeceğini ve nihai üstünlüğün merkezi otoritede olduğunu ortaya koyan bir örnek olarak değerlendirilmiştir (McPherson, 2003). Günümüze doğru yaklaşıldıkça ise ABD’de egemenlik tartışmaları, özellikle insan hakları ve anayasal yorum bağlamında sürmeye devam etmektedir. Örneğin, 1954 yılında verilen *Brown v. Board of Education* kararı,<sup>4</sup> eyaletlerin eğitim politikaları üzerindeki özerkliğini sınırlandırmış ve federal hükümetin insan haklarının korunması nedeniyle eyalet yetki sahasına müdahale edebilmesini meşrulaştırmıştır.

Federal sistemler, egemenliğin federal devlet ve federe devletler arasında anayasal olarak paylaştırıldığı devlet modeli olduğundan, bu yapıda, federe devletler belirli alanlarda geniş yetkilere sahip olurken, merkezi otorite ulusal bütünlüğü ve dış ilişkileri düzenleme yetkisine sahip kılınmıştır. Eyalet hakları, federalizmin temel unsurlarından biri olarak, hem anayasal düzenlemeler hem de siyasi uygulamalar aracılığıyla koruma altına alınmıştır. Federal devletler, egemenlik ve eyalet hakları arasındaki ilişkiyi farklı şekillerde ele alan anayasal düzenleme modelleri sunmuştur. Bu modeller, eyalet haklarının kapsamı ve sınırları açısından önemli karşılaştırmalı örnekler olarak gösterilebilir.

Eyalet haklarının tarihsel ve hukuki boyutunu anlamak açısından yine en önde gelen örneklerden birisi ABD’dir. Amerikan Anayasası’nın 10. Değişikliği, federal hükümete verilmemiş tüm yetkilerin eyaletlere veya halka ait olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu hüküm, eyaletlerin kendi yasalarını yapma, vergi, eğitim ve sağlık

<sup>2</sup> <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-10/>

<sup>3</sup> Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Güney Carolina ve Kuzey Carolina, Louisiana, Mississippi, Tennessee, Texas ve Virginia.

<sup>4</sup> <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>

politikalarını belirleme gibi konularda geniş bir yetki alanına sahip olduğunu göstermektedir. Ancak eyalet hakları, mutlak bir yetki olarak görülmemektedir. Federal hükümet, anayasanın ve federal yasaların üstünlüğü ilkelerine dayanarak, ulusal çıkarlar, kamu yararı veya temel hak ve hürriyetler söz konusu olduğunda eyalet düzenlemelerine müdahale edebilme yetkisine sahiptir. Örneğin, McCulloch v. Maryland kararında<sup>5</sup> Federal Yüksek Mahkeme, Maryland eyaletinin bir federal bankaya vergi getirme girişimini anayasanın “Necessary and Proper Clause” (Gereklilik ve Uygunluk Maddesi) ve “Supremacy Clause” (Üstünlük Maddesi) hükümlerine aykırı bularak, federal kanunların eyalet kanunlarından üstün olduğunu ortaya koymuştur.<sup>6</sup>

Federal sistemlerde eyalet hakları, yalnızca ABD’de değil, Almanya, Kanada gibi diğer federasyonlarda da benzer şekilde düzenlenmiştir. Almanya’da *Grundgesetz* (Anayasa) ile eyaletlere eğitim, kültür ve kolluk kuvvetleri gibi alanlarda geniş yetkiler tanınırken, federal hükümetin ekonomi düzenlemeleri ve dış politika konusundaki üstünlüğü korunmuştur. Ancak Almanya’da federalizmin, ABD’den farklı bir şekilde kooperatif model üzerine kurulu olduğu söylenebilir. Zira federal hükümet ve eyaletler, yasama süreçleri ve idari süreçlerde sıkı bir iş birliği içinde çalışmaktadır. Örneğin yasama organının üst kanadı Bundesrat, eyaletlerin federal yasama sürecine doğrudan katılımını sağlar.<sup>7</sup> Bu durum, eyalet haklarının güçlü bir şekilde tanınmış olmasına rağmen, federal otoriteyle sürekli koordinasyon sağlanması gerektirdiğini göstermektedir.

Kanada’da da eyaletler, özellikle sağlık ve eğitim alanında güçlü yetkilere sahiptir. Ancak federal hükümet anayasal açıdan üstünlüğünün açık bir şekilde belirtilmesine dayanarak eyalet politikalarını yönlendirebilmektedir (Watts, 2008, s. 32). Avustralya’da ise federal hükümetin mali gücü, eyaletlerin özerkliğini sınırlandıran en önemli faktör olarak tanımlanmıştır.<sup>8</sup> Bu örnekler, eyalet haklarının yalnızca anayasal hükümlerle değil, ekonomik ve siyasi mekanizmalarla da

<sup>5</sup> <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316>

<sup>6</sup> Necessary and Proper Clause: ABD Anayasası, Madde I, Bölüm 8, Fıkra 18:

“Kongre, yukarıda belirtilen yetkileri uygulamak için gerekli ve uygun olan tüm yasaları yapma yetkisine sahiptir.” Supremacy Clause: ABD Anayasası, Madde VI, Fıkra 2:

“Bu Anayasa ve Amerika Birleşik Devletleri’nin yasaları, ülkenin en üstün hukuku olacaktır.”

<sup>7</sup> Kooperatif federalizm: federal hükümet ile eyaletler arasında, birbirlerinin görevlerini yerine getirmelerine destek olmak, anlaşmalar yapmak ve genellikle birlikte karar almak anlamına gelmektedir. Schubert, Klaus/Martina Klein: Das Politiklexikon. 7., aktual. u. erw. Aufl. Bonn: Dietz 2020. Lizenzausgabe Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/politiklexikon/17750/kooperativer-foederalismus/>

<sup>8</sup> [https://www.queensu.ca/iigr/sites/iirwww/files/uploaded\\_files/PDF%20Publications/ComparingFedSy3rd%2008.pdf](https://www.queensu.ca/iigr/sites/iirwww/files/uploaded_files/PDF%20Publications/ComparingFedSy3rd%2008.pdf)

şekillendiğine işaret etmektedir. Bununla beraber egemenlik kavramının esnek ve çok katmanlı bir yapıya dönüştüğünü de göz önüne koymaktadır (Watts, 2008, s. 69).

Fakat bu durum, egemenlik teorisi açısından önemli bir tartışmayı gündeme getirmektedir: Eyaletlere tanınan haklar, egemenliğin bölünmezliği ilkesine aykırı mıdır, yoksa egemenliğin modern yorumunun bir parçası olarak mı yorumlanmalıdır?

Klasik egemenlik anlayışı, devletin tek bir merkezde mutlak yetki sahibi olmasını öngörmüştür. Buna karşın federal sistemlerde ise eyaletler, kendi kanunlarını oluşturma, vergi getirme gibi çeşitli yetkilere sahiptir. Tanınan bu yetkiler, egemenliğin bir kısmının federe birimlere devredildiği izlenimini oluşturmuştur. Ancak Bodin'in perspektifinden meseleye yaklaşıldığında, bu durum egemenliğin parçalanması anlamına gelir ve teorik olarak meşru kabul edilemez. Modern egemenlik teorisi ise bu durumu farklı yorumlamaktadır. Günümüzde egemenlik, mutlak bir güç şeklinde değil, anayasal düzenlemelerle sınırlandırılmış ve paylaştırılmış bir yetkidir. Bunun bir yansıması olarak da federal sistemlerdeki egemenlik, paylaştırılan egemenlik kavramıyla açıklanır. Bu yaklaşım, eyaletlere tanınan hakları egemenliğin ihlal edilmesi olarak değil, egemenliğin demokratik ve çok katmanlı bir yapıya dönüşmesinin göstergesi olarak değerlendirmiştir (Elazar, 1987, s. 33).

Federal devletlerde eyalet hakları ile merkezi otorite arasındaki ilişki, teorik olarak iş birliğine dayalı görünüyorsa da uygulama esnasında sık sık çatışmalar doğmaktadır. Bu gerilim de aslında yine egemenliğin mutlak güç olmaktan çıkarak anayasal sınırlara tabi bir yetki haline geldiğinin en somut göstergelerindedir. ABD'de de eyalet haklarının meşruiyeti, tarihsel olarak en tartışılan konulardan birisi olmuştur. Bu tartışmanın zirveye çıktığı iç savaş döneminde güney eyaletleri, ayrılma hakkını eyalet egemenliği gerekçesiyle savunurken, federal hükümet bu iddiaya karşı çıkararak, ulusal bütünlüğü koruma adına askeri müdahalede bulunmuştur (McPherson, 2003). Bu durum egemenliğin nihai üstünlüğünün federal otoritede bulunduğunu ve eyalet haklarının mutlak bir egemenlik olarak yorumlanamayacağını göstermiştir.

Modern dönemde federal hükümet ve eyalet hakları arasındaki gerilim, daha çok insan hakları, anayasal yorum ve siyasi tutumlar üzerinden şekillenmektedir. Bu çerçevede iki önemli dava ön plana çıkmıştır: Yukarıda da zikredildiği üzere *Brown v. Board of Education* davasında Federal Yüksek Mahkeme, eyaletlerin eğitim

politikaları üzerindeki özerkliğini sınırlayarak ayrımcılık içeren eğitim uygulamalarını anayasaya aykırı bulmuş ve federal hükümetin insan hakları gerekçesiyle bu duruma müdahale edebileceğini karara bağlamıştır.<sup>9</sup> Benzer şekilde 1973 yılındaki Roe v. Wade kararında, kürtaj ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin eyaletlere tanınan bir yetki olmasına rağmen, bireylerin mahremiyet hakkını vurgulayarak, eyalet düzenlemelerinin sınırlandırılması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>10</sup> Her iki örnek de, eyalet haklarının anayasal çerçevede korunmuş olmasına rağmen, çeşitli hukuki sınırlamalara tabi olduğunu göstermektedir. Eyalet haklarının meşruiyeti, anayasanın ve federal yasaların üstünlüğü ilkesiyle sınırlandırılmıştır. ABD Anayasası'nın üstünlük maddesi, federal hukukun eyalet hukukuna üstün olduğunu açıkça hüküm altına almıştır. Bu düzenleme, eyalet haklarının egemenlik teorisi açısından mutlak değil, şarta bağlı biçimde tanınarak ve anayasal çerçevede meşru olduğunu ortaya koymaktadır.

### III. İnsan Hakları Perspektifi

Egemenlik, devletin kendi sınırları içerisinde mutlak yetki sahibi olması biçiminde tanımlanırken, insan hakları rejimi ise bu mutlaklığı sorgulayan en güçlü çerçeveyi oluşturmaktadır (Duguit, 1954, s. 68). Modern uluslararası hukuk, devletlerin iç egemenlik alanında sınırsız yetki kullanmasını engelleyen düzenlemeler öngörmüştür. Bu durum, egemenlik ile insan hakları arasında normatif bir çatışma yaşanmasına neden olur.

İnsan hakları, tüm bireylerin yalnızca insan olmasından kaynaklanan, devredilemez ve vazgeçilmez haklar bütünü olarak tanımlanmıştır. Kişinin onurunun korunmasını, çeşitli özgürlüklerinin güvence altına alınmasını ve eşitliğin sağlanmasını amaçlayan insan hakları, anayasalar ve uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla normatif bir çerçeveye kavuşturularak, devletin yetkilerini sınırlayan ve bireyi merkeze alan bir anlayışın temelini oluşturmuştur. Bu açıdan, insan hakları hukuki bir kavram olmasının yanında aynı zamanda demokratik toplumların meşruiyetini belirleyen evrensel değerler sistemidir (Koçak, 2006, s. 140).

Bu değerler sisteminin bir uzantısı olarak, egemenlik teorisi devletin iç işlerinde başka bir otoriteye bağlı olmamasını öngörmüş olsa da 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve takip eden uluslararası sözleşmeler, devletlerin vatandaşlarına karşı keyfi uygulamalarda bulunmasını yasaklamış ve insan haklarının ihlali halinde devreye girebilecek çeşitli uluslararası denetim

---

<sup>9</sup> <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education>

<sup>10</sup> <https://www.britannica.com/event/Roe-v-Wade>

mekanizmaları oluşturmuştur. Ardından gelen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de devletlerin iç hukuk düzenlemelerini uluslararası standartlara uyumlu hale getirme yükümlülüğünü öngörmüştür. Bu yükümlülük, egemenliğin artık devletin iradesine bağlı bir kavram olmadığını, uluslararası normlara da tabi olduğunu göstermektedir (Hazır, 1990, s. 24).

Bu düzenleme ve uygulamalar, egemenliğin iç boyutunu doğrudan sınırlandıran normatif çerçevedir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuk düzenlemelerini, evrensel insan hakları standartlarına uyumlu hale getirmesini zorunlu kılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da devletlerin egemenlik alanında bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Mahkemenin bazı kararları iç hukukta değişiklik yapılmasını zorunlu kılabilir. Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ve diğer temel insan hakları sözleşmelerinin organları da devletlerin insan hakları yükümlülüklerini izlemekte ve raporlar aracılığıyla uluslararası baskı oluşturmaktadır. Bu durum, egemenliğin uluslararası normlara tabi bir yetki olduğu anlamına gelir.

ABD'de insan hakları alanında yaşanan çeşitli sorunlar, eyalet hakları ile federal hükümet arasındaki gerilimi daha da belirgin hale getirmektedir. Örneğin, eyaletlerin ırk temelli evlilik yasağı öngörme yetkisini iptal eden 1967 yılındaki Loving v. Virginia kararı<sup>11</sup> ve yine benzer şekilde federal düzeyde eşcinsel evlilik hakkını anayasal olarak güvence altına alan 2015 yılındaki Obergefell v. Hodges kararı, federal yargının insan hakları alanında eyalet yetkilerini sınırlama kapasitesini açıkça ortaya koymuştur.<sup>12</sup>

Federal devletlerdeki insan hakları uygulamaları, egemenlik ve özerklik arasındaki hassas dengeyi doğrudan etkileyen bir meseledir.<sup>13</sup> Federe devletler, kendi anayasal düzenlemeleri ve kanunları çerçevesinde geniş yetkilere sahip olsa da, insan hakları normları bu yetkilerin kullanımını sınırlandıran en güçlü araçlardandır. Bu durum, federal yapılar içerisinde merkezi otoritenin insan hakları gerekçesiyle müdahalesi ve eyaletlerin özerklik talepleri arasında sürekli bir gerilime neden olur.

<sup>11</sup> <https://www.loc.gov/item/usrep388001/>

<sup>12</sup> <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>

<sup>13</sup> Örneğin Almanya'da eyaletler, kendi yasalarını yapma yetkisine sahip olsa da, insan hakları düzenlemeleri konusunda mutlak bir uyum zorunluluğu bulunmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*), eyalet yasalarının temel hak ve hürriyetlere aykırı olması halinde iptal yetkisine sahiptir. Bu durum, insan haklarının federal yapıda bir üst norm olarak konumlandığını göstermiştir. ABD'de eyaletler insan hakları konusunda daha geniş bir takdir yetkisine sahipken, Almanya'da temel haklar federal düzeyde mutlak üstünlük taşımaktadır.

Günümüzde de insan hakları uygulamaları, eyaletlerin farklı siyasi tercihleri sebebiyle tartışmalı konumunu sürdürmeye devam etmiştir. Örneğin, kürtaj düzenlemeleri gibi konularda eyaletler arasında ciddi farklılıklar bulunabilmekte, federal yargı bu farklılıkları insan hakları perspektifinden dengelemeye çalışmaktadır (Mertenet, 2005, s. 165).

Federal devletlerde eyalet hakları ile insan hakları normları arasındaki ilişki, hem teorik hem de uygulama düzeyinde karmaşık bir dinamiğe sahiptir. Bu ilişki, çoğu zaman çatışma ve uyum açısından değerlendirilmektedir. Çatışma, eyaletlerin özerkliğe sahip olduğu alanlarda uyguladığı politikaların ulusal veya uluslararası insan hakları standartlarıyla çelişmesi durumunda ortaya çıkarken, uyum ise eyaletlerin kendi düzenlemelerini temel insan hakları normlarıyla uyumlu hale getirmesiyle sağlanmaktadır.

ABD özelindeki eyalet hakları tartışmasının temelinde, Amerikan İç Savaşı'nda gündeme gelen federal düzeyde köleliğin yasaklanması meselesi bulunmaktadır. Bu gerilim, hem savaşın hem de sonraki dönemde yapılan ırk temelli düzenlemelerin zeminini oluşturmuştur. Bu bağlamda, eyalet hakları, federal sistemlerde eyaletlerin siyasi özerkliğini koruma amacına yöneliktir. Ancak bu özerklik, insan hakları düzenlemeleriyle sınırlı olarak tanınmıştır. Örneğin, Jim Crow yasaları<sup>14</sup> döneminde eyaletler, ayrımcı uygulamalarla bireylerin temel haklarını ihlal etmiştir. Bu durum ise federal devletin müdahalesini zorunlu kılmıştır. 1960'lı yıllarda yürürlüğe konan Civil Rights Act ve Voting Rights Act gibi federal yasalar sayesinde, ayrımcı eyalet düzenlemeleri ortadan kaldırılarak insan haklarının üstünlüğü tesis edilmiştir (McAdam, 1982, s. 55-68).

Oluşabilecek çatışmaların önlenmesi için federal sistemlerde çeşitli uyum mekanizmaları geliştirilmiştir. ABD'de Supremacy Clause, federal hukukun eyalet hukukuna üstün olduğunu belirterek insan hakları normlarının uygulanmasını güvence altına almıştır. Almanya'da ise Federal Anayasa Mahkemesi, eyalet yasalarının temel haklara aykırı olması halinde iptal yetkisine sahip kılınmıştır. Tüm bu örneklerden eyalet hakları ile insan hakları arasındaki ilişkinin, egemenlik kavramının dönüşümünü anlamak açısından, ayrı bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Çatışmalar, egemenliğin mutlak güç olmaktan çıkarak normatif

---

<sup>14</sup> Jim Crow yasaları, 19. yüzyılın sonlarından 1960'lara kadar, ABD'de ırk ayrımcılığını kurumsal hale getiren ve siyah-beyaz ayrımını zorunlu kılan eyalet düzenlemeleridir. Siyah ve beyaz Amerikalılar için ayrı okullar, ayrı ulaşım araçları ve ayrı kamu alanları öngörülmüştür. Bu konudaki çeşitli yasalar için bkz. [https://www.nps.gov/malu/learn/education/jim\\_crow\\_laws.htm](https://www.nps.gov/malu/learn/education/jim_crow_laws.htm)

sınırlamalara tabi olan bir otorite haline geldiğini gösterirken, öngörülen uyum mekanizmaları ise federal sistemlerde demokratik çoğulculuğun ve temel hakların birlikte korunmasını sağlamıştır. Bu durum, günümüz egemenlik anlayışının hem yerel özerklik hem de insan hakları normlarıyla dengelenmiş bir yapıya dönüştüğünü ortaya koymaktadır.

#### IV. Ayrılma Hakkı Perspektifi

Ayrılma hakkı, uluslararası hukukun en tartışmalı konularından biridir. Bu hakkın meşruiyeti, büyük ölçüde ulusların kendi kaderini tayin hakkı self-determinasyon ilkesine dayandırılmıştır. Self-determinasyon, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ve çeşitli uluslararası belgelerde yer alan temel bir ilkedir. Ancak bu ilkenin kapsamı ve uygulama biçimi, egemenlik ve toprak bütünlüğü ilkeleriyle sürekli bir çatışma halindedir. Self-determinasyon ilkesi, ilk kez Wilson İlkeleri ile siyasi literatüre girmiş, daha sonra Birleşmiş Milletler Antlaşması ile uluslararası hukukta bir statü kazanmıştır. BM Antlaşması'nın 1/2 maddesi, "ulusların kendi kaderini tayin hakkına saygı" ilkesini vurgulamaktadır. Bu ilke, özellikle 1960 tarihli BM Genel Kurulu'nun sömürgecilik içerikli 1514 sayılı Kararı ile somutlaşmış ve sömürge halklarının bağımsızlık hakkını tanımıştır.<sup>15</sup>

Self-determinasyon ilkesi, başlangıçta sadece sömürge halklarının bağımsızlık taleplerini meşrulaştırmak için kullanılmıştır. Bu açıdan, 20. yüzyılın ortalarında Afrika ve Asya'da ortaya çıkan bağımsızlık hareketleri, ilkenin en geniş uygulama alanını oluşturmuştur. Ancak sömürgecilik sonrası dönemde, self-determinasyon ilkesinin mevcut devletlerin içindeki ayrılma taleplerine uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı hale gelmiştir. (Sterio, 2023, s. 2) Uluslararası hukuk, self-determinasyon ilkesini tanıırken, aynı zamanda devletlerin toprak bütünlüğü ilkesini de güvence altına almaktadır. BM Antlaşması'nın 2 / 4. maddesi, devletlerin toprak bütünlüğüne yönelik güç kullanımını yasaklamıştır. Bu durum, ayrılma hakkının mutlak bir hak olarak yorumlanmasına engel oluşturur. Dolayısıyla self-determinasyon, mevcut devletlerin içinde yaşanan ayrılma taleplerine yalnızca istisnai şartların varlığı ihtimalinde uygulanabilecektir (Koçak, 2018, s. 99).

Doktrinde, ayrılma hakkı sadece ağır insan hakları ihlalleri, sistematik ayrımcılık veya halkın siyasi katılımının bütünüyle engellenmesi gibi durumlarda meşru kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, "remedial secession" olarak adlandırılır (Buchanan, 2004, s. 327). Kosova'nın bağımsızlık ilanı ve Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 2010

---

<sup>15</sup><https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-granting-independence-colonial-countries-and-peoples>

tarihli danışma görüşü, bu tartışmanın en güncel örneklerinden birisidir. UAD bu kararında, Kosova'nın bağımsızlık ilanının uluslararası hukuku ihlal etmediğini belirtmiş, ancak genel bir ayrılma hakkı da tanımlamamıştır.<sup>16</sup>

Self-determinasyon ilkesi, ayrılma hakkının hukuki temelini oluşturur ancak bu hak uluslararası hukukta mutlak bir yetki olarak kabul edilmemektedir. Egemenlik ve toprak bütünlüğü ilkeleri, devletlerin varlığını koruyan temel ilkeler olarak önemini sürdürmekte, ayrılma hakkı ise yalnızca istisnai ve meşru koşulların gerçekleşmesi halinde tanınmaktadır. Bu nedenle egemenlik teorisi ile self-determinasyon arasındaki çatışma günümüzde hala tam manasıyla çözümlenemediğinden, uluslararası hukuk bu iki ilke arasında hassas bir denge kurmaya çalışmaktadır (Sterio, 2013, s. 10).

Egemenlik teorisi, devletin varlığını ve otoritesini koruyan temel ilkelerden biri olarak toprak bütünlüğü kavramını merkeze almıştır. Klasik egemenlik anlayışına göre, devletin sınırları içerisinde mutlak yetki sahibi olması, bu sınırların dokunulmazlığı ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle, ayrılma hakkı talebi, egemenlik teorisinin en güçlü ilkelerinden olan toprak bütünlüğü ile bir çatışma içerisindedir. Toprak bütünlüğü ilkesi, uluslararası hukukta açıkça düzenlenen ilkelerdendir. BM Antlaşması'nın 2/4. maddesi, devletlerin toprak bütünlüğüne yönelik güç kullanımını yasaklamıştır. Bu düzenleme, ayrılma hakkının mutlak bir hak olarak yorumlanmasını engelleyerek, devletlerin sınırlarının korunmasını uluslararası barışın temel şartı olarak kabul etmektedir. Ayrıca, 1970 tarihli BM Dostane İlişkiler Bildirgesi, self-determinasyon ilkesini, bu hakkın mevcut devletlerin toprak bütünlüğünü ihlal edecek şekilde kullanılmaması gerektiğini vurgulayarak tanımıştır.<sup>17</sup>

Bu husus, toprak bütünlüğü ilkesinin günümüzde de egemenlik teorisinin merkezinde olduğunu göstermektedir. Bu açıdan Katalonya örneği ise farklı bir boyut sunmaktadır. İspanya Anayasası, ülkenin bölünmezliğini açıkça düzenlerken, Katalonya'nın bağımsızlık referandumunu anayasal açıdan geçersiz kabul edilmiştir (Marti ve Guibernau, 2020, s. 535). Bu durum, demokratik ayrılma taleplerinin de egemenlik ve toprak bütünlüğü ilkeleri karşısında sınırlı kaldığını ortaya koymaktadır. Böylece egemenlik teorisi ve toprak bütünlüğü ilkesi, ayrılma hakkının mutlak bir hak olarak tanınmasını engelleyen en güçlü normatif çerçeveyi oluşturmuştur. Uluslararası hukuk, self-determinasyon ilkesini kabul etmiş olsa da

---

<sup>16</sup> <https://www.icj-cij.org/case/141>

<sup>17</sup> <https://legal.un.org/avl/ha/dpilfrscun/dpilfrscun.html>

bu hakkın mevcut devletlerin sınırlarını ihlal edecek şekilde kullanılmasına izin vermemektedir.

Ayrılma hakkı ve insan hakları arasındaki ilişki, uluslararası hukuktaki en karmaşık ve tartışmalı konulardandır. Bu ilişki, özellikle self-determinasyon ilkesinin yorumlanması ve ayrılma taleplerinin meşruiyetinin insan hakları ihlalleriyle bağlantılı hale gelmesi üzerinden şekillenmektedir. Uluslararası hukuk, devletlerin toprak bütünlüğünü koruma ilkesini öncelikli olarak benimsemiştir. Fakat bir devletin kendi vatandaşlarına karşı ağır insan hakları ihlallerinde bulunması, bu ilkenin mutlaklığını sorgulayan bir duruma sebebiyet vermektedir. Bu açıdan bakıldığında ayrılma hakkı, *ultima ratio* olarak meşru kabul edilebilmektedir. Örneğin, halkın siyasi katılımının tamamen engellenmesi, etnik veya dini gruplara yönelik soykırım uygulanması ya da kitlesel şiddete başvurulması gibi durumlar, ayrılma taleplerinin uluslararası toplum tarafından da olumlu değerlendirilmesine yol açmaktadır (Crawford, 2006, s. 13).

Kosova'nın 2008'deki bağımsızlık ilanı, insan hakları ihlalleri ile ayrılma hakkı arasındaki ilişkinin güncel örneklerinden biridir.<sup>18</sup> 1990'larda yaşanan soykırım ve kitlesel şiddet olayları, Kosova'nın bağımsızlık talebini, uluslararası toplum nezdinde güçlü bir şekilde meşrulaştırmıştır.<sup>19</sup> Katalonya ve Quebec bölgelerindeki ayrılma talepleri ise ciddi insan hakları ihlallerine değil, demokratik özyönetim ve kimlik temelli taleplere dayanmaktadır. Uluslararası hukuk, bu tür durumlarda ayrılma hakkını tanımamıştır. Bunun yerine, devletlerin iç hukukunda özerklik sağlanması ve kültürel hakların korunması teşvik edilmiştir. Bu yaklaşım da ayrılma hakkının sadece ağır insan hakları ihlalleri ile bağlantılı olarak meşru kabul edildiğini ortaya koymaktadır.

İspanya Anayasası, devletin bölünmezliği ilkesini açık bir şekilde düzenleyerek, egemenliğin İspanyol halkının tamamına ait olduğunu belirtmiştir. 2017'de Katalonya'da gerçekleştirilen bağımsızlık referandumu, İspanya Anayasa

---

<sup>18</sup> 1990'ların sonunda Yugoslavya'nın dağılması ve Kosova'da yaşanan ağır insan hakları ihlalleri iddiaları, uluslararası müdahaleyi ve BM gözetiminde geçiş sürecini beraberinde getirmiştir. Sürecin sonunda Kosova, 2008'de bağımsızlığını ilan etti. Bu örnek, onarım amaçlı ayrılma yaklaşımına dayanak oluşturarak, ağır ihlaller ve siyasi katılımın engellendiği durumlarda, ayrılma talebinin son çare olarak meşru kabul edilebileceğini ortaya koymuştur.

<sup>19</sup> Kosova birçok devlet tarafından tanınırken, bazı devletler ise emsal etkisi oluşturacağı kaygısıyla tanımaktan kaçınmıştır. Bu farklı uygulamalar, ayrılma talebinin uluslararası hukukta somut olaya ve devletlerin yaklaşımlarına özgü değerlendirmeler ile ele alındığını göstermiştir.

Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmuş<sup>20</sup> ve bunun ardından merkezi hükümet, Anayasa'nın 155. maddesi uyarınca bölgesel yetkileri, anayasal düzenin korunması ve hukukun üstünlüğü gerekçeleriyle geçici olarak devralmıştır (Marti ve Guibernau, 2020, s. 542).

Katalan hareketi, çoğunlukla demokratik özyönetim, kültürel kimliğin korunması ve merkezîyetçiliğe karşı duruş sergileme argümanlarına dayanmıştır. Ağır ve sistematik insan hakları ihlallerine dayalı bir "remedial secession" argümanı bulunmadığı için ayrılma talebi uluslararası hukukta güçlü bir dayanak kazanamamıştır.<sup>21</sup> Dolayısıyla ayrılma talebi, iç self-determinasyon çerçevesinde yani geniş özerklik, yetki devri ve statü reformu talepleri üçgeninde meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. Buna karşılık dış self-determinasyon yani tam anlamıyla ülkeden ayrılma ise anayasal düzeyde açık şekilde engellenmiştir.

Yaşanan bu tarihsel örnek, halkın kendi geleceğini belirleme yönündeki demokratik iradesi ile devletin bölünmezliği arasındaki gerilimi açık bir biçimde ortaya koymuştur. Halk iradesine dayalı olarak gerçekleştirilen referandum, egemenliğin tekliği ve toprak bütünlüğü ilkeleri karşısında sınırlandırılmıştır. Bu nedenle çözüm arayışı, ayrılmadan ziyade özerklik seviyesinin yeniden yapılandırılması ve çok katmanlı yönetim mekanizmasında uzlaşma sağlanmasına odaklanmaktadır.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1998 tarihli "Secession Reference"<sup>22</sup> görüşü, Quebec'in tek taraflı ayrılma ilanının Kanada Anayasası ile bağdaşmayacağını, ancak açık bir çoğunlukla ifade edilen ayrılma iradesinin anayasal müzakere yükümlülüğü doğuracağını ortaya koymuştur (Cameron, 1999, s. 700). Bu yaklaşım, ayrılma hakkının yine mutlak bir hak olmadığını fakat demokratik halk iradesi açık ve güçlü bir şekilde ifade edildiğinde, anayasal müzakereyi zorunlu kılan bir süreç doğduğunu ortaya koymaktadır.

Bu görüşün ardından kabul edilen Clarity Act<sup>23</sup> açık soru ve açık çoğunluk kriterlerini getirmiş ve bir referandumun gerçekleşmesi ihtimalinde, müzakere süreçlerini hukuki olarak çerçevlendirmiştir (Choudhry ve Howse, 2000).

---

<sup>20</sup> İspanya Anayasa Mahkemesi'nin 114/2017 sayılı ve 17 Ekim 2017 tarihli Kararı: [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/JUDGMENT%202017-4334STC\\_EN.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/JUDGMENT%202017-4334STC_EN.pdf)

<sup>21</sup> Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi, genel olarak üye devletlerin anayasal düzenine saygı gösterme ilkesini vurgulamaktadır. Katalonya dosyası, AİHS normlarının ihlali iddiaları açısından zaman zaman başvurulara konu olsa da, ayrılma hakkına ilişkin uluslararası düzeyde bağlayıcı bir karar oluşturmaz. Bu durumda belirleyici olan, İspanya'nın iç hukuku ve anayasal yetki paylaşımıdır.

<sup>22</sup> <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>

<sup>23</sup> <https://laws.justice.gc.ca/PDF/C-31.8.pdf?>

Quebec'in ayrılma talebi, Kosova'daki gibi ağır insan hakları ihlalleri argümanı ile gerekçelendirilmemiştir. Katalonya'dan farklı olarak ise Kanada'da müzakereyi düzenleyen açık anayasal kurallar ve federal bir zemin bulunmaktadır. Kanada Yüksek Mahkemesi, self-determinasyon, toprak bütünlüğü ve millet egemenliği gibi hukuk ilkelerini iç anayasal düzenle uyumlu şekilde yorumlamıştır. Bu nedenle Quebec'e uluslararası seviyede bir ayrılma hakkı tanınmamış, konu anayasal müzakereler çerçevesinde ele alınmıştır. Bu durum, egemenlik kavramının, demokratik irade güçlü biçimde ortaya çıktığında, anayasal süreçlere bağlı bir şekilde esneklik içerdiğini göstermektedir.

Ayrılma taleplerinin hukuki açıdan değerlendirilmesi, üç düzeyde yürütülmüştür. Bunlar; anayasal çerçeve, uluslararası hukuk normları ve yargısal denetimdir. Bu çok katmanlı değerlendirme, ayrılmanın tek taraflı bir hak olup olmadığı, hangi koşullarda meşruiyet kazanabileceği ve hangi gerekliliklere tabi olduğu sorularına sistematik yanıt üretilmesini sağlayabilecek niteliktedir.

Federal anayasalar genellikle devletin bölünmezliği ilkesini ve egemenliğin tekliğini güvence altına almıştır. Bu nedenle tek taraflı ayrılma anayasal olarak ya yasaklanmış ya da tanınmamıştır. Egemenlik ve toprak bütünlüğüne ilişkin açık hukuki düzenlemeler, ayrılma taleplerini anayasanın üstünlüğü ilkesi karşısında geçersiz kılar. Ayrılma için anayasa değişikliği, nitelikli çoğunluk, federal ve bölgesel organların ortak kararı gibi herhangi bir özel usul ya da yöntem öngörülürse, talep ancak bu prosedür işletildiğinde müzakere edilebilmektedir. Usule ilişkin hüküm boşluğu durumunda ise yüksek yargı organları, tek taraflı ayrılma ilanını reddederek talebi Quebec örneğinde olduğu gibi anayasal müzakere çerçevesine itebilmektedir. Ayrılma talebine ilişkin referandumların demokratik meşruiyet oluşturduğu iddia edilebilir. Ancak sandıktan çıkan sonuç tek başına hukuki yeterlilik sağlamamaktadır. Açık soru ve açık çoğunluk kriterleri karşılanırsa dahi, sonuç kurucu iktidar veya anayasa değişikliği süreciyle birleşmediğinde tek taraflı ayrılmayı meşrulaştıramaz.

## SONUÇ

Egemenlik, insan hakları ve eyalet hakları, günümüz anayasal demokratik düzeninin üç temel eksenini oluşturmaktadır. Ancak bu üç eksen, aynı anda ve aynı yoğunlukta korunmak istendiğinde doğal olarak çeşitli gerilimler üretir. Bu gerilimlerin kökeni, egemenliğin birlik ve otorite talebi, insan haklarının bireyleri merkeze alan devleti sınırlama fonksiyonu ve eyalet haklarının yerel siyasi özerkliği hayata geçirme hedefi arasındaki yön farkından kaynaklanmaktadır.

Bu çatışmaların en belirgin örnekleri, hak ve hürriyetlerin sınırlanması, federal devlet ve federe devletler arasındaki yetki paylaşımı ve ayrılma talepleri gibi alanlarda ortaya çıkar. Örneğin, olağanüstü hal veya terörle mücadele gibi durumlarda devlet, egemenliğini sürdürme gerekçesiyle geniş takdir yetkisi talep ederken, insan hakları hukuku, bu yetkiyi orantılılık, elverişlilik ve gereklilik gibi ilkelerle sınırlandırmaya çalışır. Benzer şekilde, eyaletlerin kültürel veya sosyal politikaları, kimi zaman temel hak ve hürriyet standartlarıyla çatışabilmektedir. Bu durumda asgari hak standardının sağlanabilmesi için, eyaletler temel hakları genişletebilmeli ancak daraltmamalıdır.

Federal sistemlerde egemenlik ve eyalet hakları arasındaki gerilim ise sistemin doğasından kaynaklanan kalıcı bir özellik taşımaktadır. Federal devlet toprak bütünlüğü koruma iddiasındayken, eyaletler, yerel kimlik ve özerklik gerekçesiyle yetki genişletme talebinde bulunur. Bu gerilim, ABD'de İç Savaş'tan günümüze kadar süren tartışmaların temelini oluşturmuştur. Almanya'da ise bu çatışmaların, daha yumuşak bir zeminde yönetilmeye çalışıldığı ifade edilebilir.

Bu üç eksen arasındaki gerilim ve çatışmaların yönetilebilmesi ve çözülebilmesi için hukuk sistemleri çeşitli araçlar geliştirmiştir. Özellikle anayasalar ve mahkeme kararlarıyla tespit edilen fonksiyonel açıdan yetki ayrımları federal devletlerde çatışmaları önlemeye çalışmaktadır. Ayrılma talepleri açısından ise *remedial secession* doktrini, ağır ve sistematik hak ihlalleri ile iç self-determinasyon kanallarının tamamen işletilemez hale gelmesi gibi istisnai koşulları arayarak ayrılma hakkını mutlak bir yetki değil, son çare olarak konumlandırmıştır.

Egemenlik, insan hakları ve eyalet hakları arasındaki çatışmalar sadece anayasalar düzeyinde değil, uluslararası hukuk düzeni içinde de yönetilmeye çalışılmıştır. Uluslararası hukuk, klasik devlet egemenliği ve toprak bütünlüğü ilkelerini koruyarak, insan hakları ve self determinasyon ilkesini dikkate alınarak bir denge rejimi inşa etmeye çabalamıştır. Bu çaba, ayrılma taleplerinin genel bir hak olarak

tanınması yerine, istisnai koşullar altında tartışılmasını tercih eden bir denge üretmiştir. İç self-determinasyon yani özerklik, temsil ve kültürel hakların korunması öncelikli pozisyonundadır. Dış self-determinasyon, ayrılma ise ancak ağır hak ihlalleri gibi durumlarda meşruiyet kazanabilmektedir. Bu sayede uluslararası düzen, barış ve güvenliği önceleyen bir anlayış korunmuş ve hak temelli meşruiyet iddialarına da kapı kapatılmamış olur.

İnsani müdahale ve koruma sorumluluğu yaklaşımları, devletin kendi vatandaşlarını koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde uluslararası toplumun müdahale hakkını meşrulaştırmaktadır. Böylece egemenlik, mutlak bir kalkan olmaktan çıkarak, sorumlulukların yerine getirilmesiyle şartlandırılmış bir yetki haline gelmiştir. Uluslararası insan hakları hukuku, egemenlik kavramını sınırsız yetki olmaktan çıkartıp, uluslararası normlara uyum zorunluluğu ile tanımlanan bir otoriteye dönüştürmüştür. Bu dönüşüm, egemenlik teorisinin modern yorumunda insan haklarının merkezi bir rol oynamasına yol açmıştır.

Egemenlik teorisinin klasik mutlak ve bölünmez otorite anlayışı, modern hukuk ve siyaset düzeninde, hak ve hürriyetler ile uluslararası kurumlar tarafından sınırlandırılan çok katmanlı bir yönetim kapasitesine dönüşmüştür. Eyalet hakları, insan hakları ve ayrılma hakkı eksenlerinin her biri, egemenliğin normatif ve kurumsal sınırlarını farklı şekillerde ortaya koymuş ve birlikte ele alındıklarında, çağdaş federal yapılarda paylaşılan ve sorumluluk temelli egemenlik paradigmasını doğrulamıştır.

### KAYNAKÇA

- Bodin, J. (2003), *On Sovereignty*, Cambridge University Press, 6 th ed. İng. Çev. J. H. Franklin.
- Buchanan, A. (2004). *Justice, Legitimacy, and Self-Determination*. Oxford University Press.
- Cameron, D. R. (1999). The Quebec Secession Reference: The Court's Logic and the Future of Federalism. *Canadian Journal of Political Science*, 32(4), 699–719.
- Choudhry, S. & Howse, R. (2000). Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 13(2), 143–169.
- Crawford, J. (2006). *The creation of states in international law*. Oxford University Press.
- Çağdaş, T. (2019). Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 201–225.
- Duguit, L. (1954). *Kamu Hukuku Dersleri*, Derbil Süheyp (çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Donnelly J. (2014). *State Sovereignty and International Human Rights, Ethics & International Affairs*, Volume 28, Issue 2, 225 – 238.
- Elazar, D. J. (1987). *Exploring Federalism*. University of Alabama Press.
- Hazır, H. (1990). Devlet Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (1), 15-34.
- Hobbes, T. (2001). *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi, Kudreti* İstanbul: Yapı Kredi Yay., 3. Baskı, Çev. S. Lim.
- Hurd, I. (1999). Legitimacy and Authority in International Politics, *International Organization*, 53(2): 379-408.
- İren, A. A. & Gürkaynak, M. (2016). Mutlak Güç ya da Sınırsız Sorumluluk: Devlet Egemenliği ve Uluslararası Toplumun Koruma Sorumluluğu. *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* (24), 134-158.
- Jackson, R. (2007). *Sovereignty: The Evolution of an Idea*, Key Concepts Series.
- Koçak, M. (2018). Self determinasyon hakkı ve self determinasyon hakkı teorileri. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(38), 85–148.

- Koçak, M. (2006). *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Krasner, D. (1999). *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton. Princeton University Press.
- Martí, J. & Guibernau, M. (2020). Catalonia: The Right to Decide and the Right to Secession. *International Journal of Constitutional Law*, 18(2), 527–553.
- McAdam, D. (1982). *Political Process and the Development of Black Insurgency, 1930–1970*. University of Chicago Press
- McPherson, J. M. (2003). *Battle Cry of Freedom: The Civil War Era*. Oxford University Press.
- Martenet, V. (2025). Abortion Rights Through Consensus. *The American Journal of Comparative Law*, 73(1), 164–204.
- Ormanoğlu, H. D. (2018). Modern devletin bir unsuru olarak egemenlik ve Uluslararası Ceza Mahkemesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1).
- Rousseau, J.J. (1989). *Toplum Sözleşmesi*, İstanbul: MEB Yay., 2. Baskı, Çeviren: V. Günyol.
- Shaw, M. (2021). *Uluslararası Hukuk*, İbrahim Kaya çeviri ed., 8. Baskı, Tüba Yay., Ankara.
- Sterio, M. (2013). *The Right to Self-determination Under International Law: Selfistans, Secession, and The Rule of The Great Powers*. Routledge.
- Sterio, M. (2023). Right to Self-determination Under International Law. In *Global Encyclopedia of Territorial Rights*, 1–10.
- Thakur, R. (2012). *The United Nations Peace and Security*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Watts, R. L. (2008). *Comparing Federal Systems*. McGill-Queen's University Press.

### **Elektronik Kaynaklar**

<https://academic.oup.com/ajcl/article/73/1/164/8214251>

<https://www.loc.gov/item/usrep388001/>

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>

<https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/politiklexikon/17750/kooperativer-foederalismus/>

<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-granting-independence-colonial-countries-and-peoples>

<https://www.icj-cij.org/case/141>

<https://legal.un.org/avl/ha/dpilfrscun/dpilfrscun.html>

## TAKDİR HAKKI, HAKKANİYET VE ALGORİTMA

Yılmaz Kurban

**Özet:** Bu makale, hukukun kesinliğini ve yeknesaklığını yerle bir eden takdir hakkının ve bununla birlikte bu hakkın kullanımındaki ilke olarak kabul edilen hakkaniyetin işlevsizliğini ve dolayısıyla her iki kavramın ortadan kaldırılmasını iddia etmekte ve gerekçelendirmeye çalışmaktadır. Başlıkta algoritma teriminin yer alması ise salt mevcut bir fırsatın değerinin öne çıkarılması gayesiyledir. Ancak bu fırsatın önemi, teknolojinin niteliklerini anlatan sayısız makaleye bir yenisini ekleyerek değil- ki bu yöntem hukuk dünyasına çakılı kavramların etrafındaki haleyi daha da kalınlaştırarak olan biteni görme şansımızı azaltmaktadır - tüm felsefe tarihinde kökleşmiş bir yer edinen özellikle Aydınlanma dönemi filozoflarıyla zirveye çıkan hukuk disiplinindeki birtakım kavramların zeminini Wittgenstein'in yöntemi/teknikleriyle sarsarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Hakkaniyet, algoritma, takdir hakkı, hakkaniyet ve kesinlik.

### GİRİŞ

Bir dönem Prusya Devleti Umumi Yasası'nda, hâkimin, hakkında yasal bir hüküm bulunmadığı bütün hallerde, durumu yasa komisyonuna sormaya ve komisyonun vereceği karara göre hareket etmeye mecbur olduğu hükme rağmen kanunların genelliğinin her özel somut olaya indirgenememesi, toplumsal yaşamın çeşitliliği ve değişimi karşısında sürekli yeni bir hüküm konulması gerekmesi ve bu durumun ciddi bir zorluk yaratması nedeniyle söz konusu hüküm kaldırılmış, pratik ve etkili olarak kabul edilmeyen bu yöntem terk edilerek yerine, genel ve soyut kurallar belirlenerek bu kuralları somut olaya uygulayacak olan hâkime "takdir yetkisi" tanınması yoluna gidilmiştir. (Dinçkol) Elbette tanınan bu hak, sınırsız bir hak olmayıp belirli sınırlar içerisinde ve hakkaniyete göre kullanılacaktır.

### **Yaşam Bir Bütün Olarak Genel İlkelerle Değerlendirilecek Spinozavari Tutarlı Bir Yapı Değildir**

Hukuk, bünyesinde bolca ilkeler barındırır. Öyle ki elinde imkân olsa en tepeden ayak tırnağına kadar Spinoza'nın *Ethica*'sında olduğu gibi meşruluğundan sul olunamayacak aksiyomlarla başlayıp buradan türetilecek çıkarımlarla muhtemel

tüm arızı meselelere yanıt bulmak ister. Gerek normlar hiyerarşisi ve gerekse tüm bu normlar arasına serpiştirilmiş *dictum*'larla bu arzu açıkça vücut bulur. Böylelikle tüm yaşamın kendisine yukarıdan bir otoriter bakışla sistem kurulur ve yargı dağıtılır. Ancak tüm bu hevesler sıklıkla *somut olayla* karşılaşınca duvara toslar.

Genelin özele indirgenmesindeki bu zorluğu aşmak için getirilen takdir hakkı ve yetkisinin nasıl kullanılacağını gösteren ilkelerin de bizzat kendisinin genelliği karşısında hukukun vazgeçilmezi yeknesaklık ve kesinlik ağır zarar görmüş ve söz konusu hak ve yetkinin kullanılması sonucu ortaya çıkan tutarsızlık hiçbir şekilde aşılamamıştır. Kaldı ki yaşamın kendisinin, bütününde tutarlı olduğu gibi hatalı bir varsayım söz konusudur.

Bu varsayım, yasal düzenlemelerde de kendini gösterir. Toplumsal uzlaşının en güçlü biçimde ortaya çıktığı yasaklardan biri insan öldürmedir. İnsan hayatının dokunulmazlığı hem ahlaki hem de hukuki düzlemde temel bir değer olarak kabul edilir ve bu nedenle kasten öldürme fiili ceza kanunlarında suç olarak düzenlenir. Bununla birlikte ceza hukuku, bir fiilin yalnızca tipik olmasını değil, aynı zamanda hukuka aykırı olmasını da arar. Bu sebeple meşru savunma, zorunluluk hali veya görevin ifası gibi durumlarda insan öldürme fiili gerçekleşmiş olsa dahi hukuka aykırılıktan söz edilmez. Öte yandan bazı durumlarda bireylerin belirli yükümlülükleri yerine getirmemesi ceza sorumluluğunu doğurabilir. Örneğin savaş halinde askerî görevlerin yerine getirilmemesi, fiilin sonucundan bağımsız olarak askerî ceza hukuku bakımından suç teşkil edebilir. Böylece mutlak ve genel görünen yasakların, hiç de genel olmadığı ve istisnaları olabileceğini görürüz. Bu durumda kanun koyucu istisnalara ilişkin karmaşık normatif yapılar kurmak zorunda kalarak düzenlemeler yapar. Kriz çözülür.

Bir genel ilke olarak bunun meşruluğundan şüphe etmesek de şunu da çok iyi biliriz ki bazı hallerde insan öldürmek suç değildir. Hatta daha da ileri giderek tereddüt etmeksizin şunu da söyleriz: Öyle haller vardır ki insan öldürmemek suçtur. Örneğin savaş halinde, cephede düşmana kurşun sıkmamanız bazı hallerde vatana ihanettir ve ağır bir şekilde cezalandırılabilir. Böylelikle genel ilkenin hiç de genel olmadığı ve istisnaları olabileceğini görürüz. Bu durumda kanun koyucu istisnalara ilişkin düzenlemeler yapar. Kriz çözülür.

Peki kriz gerçekten çözülür mü? Hayır. Çünkü istisnaya ilişkin düzenlemeler de genel bir ilke olarak düzenlenir. Yaşam öyle çeşitlidir ki bu çeşitliliği genel ilkelerle idare edemeyip istisnai durumlarla karşılaşınca istisnai düzenlemelerle genel ilke mahiyetinde tepeden bakışla yeni bir ilke ihdas edildiğinde krizler yatışmaz, devam

eder. İnsan öldürmenin istisnası olarak yürürlüğe koyacağımız birtakım ilkelerin de çok sayıda istisnası olacaktır. İnsan öldürmeyi değil de insan öldürmemeyi cezalandıran düzenleme, öyle haller olur ki uygulanamaz bir ilke haline gelebilir. Açık ki yaşam, ilkelerle ele geçirilemez, ilkelerle anlaşılabilir.

### **Son Çare Takdir Hakkı**

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesinde hâkimin kendisine takdir yetkisi tanıdığı konularda hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir. "Hukuka göre" ibaresiyle hâkimin sınırlandırılmasının ironisi bir yana, hakkaniyet kavramının kullanımındaki çeşitlilik, amaca ulaşamadığını göstermektedir. Genellik, tek tek tikelliklerden/olaylardan ortaklaşa alınan ve bu yolla olaylardan/yaşamdan *koparılan* bir kavramdır. Bu şekilde bir *kendilik* atfedilmesiyle genellik ve bu paragrafta geçtiği üzere hakkaniyet, daima bir sorundur. Hakkaniyet nedir dendiğinde, getirilen tanımlamalar, uygulama söz konusu olduğunda işe yaramayacaktır. Hakkaniyet için eşitlik, denge, adalet, denklik vs. dediğimizi varsayalım. Aynı sorun, bu kavramlar için de söz konusu olacaktır. Bu kavramlarla ilgili sunulabilecek ölçütler ya da tanımlamalar, kavramın kullanımına yönelik uygulamaya bakıldığında tek bir yapı olarak kendini göstermeyecektir. Bu durumda ortaya çıkan sonuç, tek bir hakkaniyetin değil, hakkaniyetlerin olduğu kullanımlar çeşitliliğidir denebilir. (Wittgenstein: 21-22) İşte tam bu noktada, hâkimden, hakkaniyet tayfı içerisinde hangi hakkaniyetin uygulamasını bekleyeceksiniz? Açık ki, kendilik olarak bir hakkaniyetin varlığının kabulünün, uygulamada karşılığı yoktur. Uygulama, hakkaniyetin değil, hakkaniyetlerin olduğunu göstermektedir şeklinde bir değerlendirme yapılması daha yerinde olurdu. Böylelikle hukukun varoluş amacına, kural oyununa aykırı bir durum söz konusudur. Uygulanması istenen kural (hakkaniyete göre karar verme), uygulanamaz bir kuraldır. Takdir hakkı da tam da bu nedenle hukuka aykırıdır. Kanunların genelliğinin her özel somut olaya indirgenememesi nedeniyle getirilen takdir hakkı ve yetkisinin, her özel somut olayla temasının derecesi belirsiz genelliklerle kullanılması paradoksu ile karşı karşıyayız.

Paradoksun ortadan kaldırılması için hakkaniyetin ne olduğunu anlamamız gerekir.

### **Hakkaniyetin Ne Olduğunu Anlamamız İçin İse "İyi Bir Tanımlama" Peşinde Koşmak Yerine, Onun Rolüne ve İşlevine Bakmak Zorundayız**

Şimdi yargının bunu nasıl kullandığına bakalım.

Kronoloji önem arz ettiğinden Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararını ayrıntılı haliyle aktarıyorum:

*“Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 07/01/2011 gününde verilen dilekçe ile rücuen tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 19/04/2016 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davalı tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.*

1- Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir

2- Diğer temyiz itirazına gelince;

*Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.*

*Davanın kabulüne dair Mahkemenin 13/03/2012 tarihli ilk kararı, Dairemizin .. karar sayılı ilamı ile bozulmuştur. Bozma ilamında; davaya konu olayın oluş şekli ile olay yerinin bozma ilamında belirtilen özelliği nazara alındığında, hesaplanan tazminattan uygun bir hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyularak, tazminat miktarından %30 oranında indirim yapılmıştır. Mahkemenin 25/12/2014 tarihli ikinci kararı, Dairemizin .. karar sayılı ilam ile yeniden bozulmuştur. İkinci bozma ilamında olayın özelliğine göre yapılan hakkaniyet indiriminin az olduğu ifade edilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyulmuş, hesaplanan tazminattan %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılmasına karar verilmiştir.*

*Rücuya esas olan olay terör olaylarının yoğun yaşandığı .. meydana gelmiştir. Davalı gerek, muhtemel terörist baskın ve sabotajı olması halinde beraberinde götürdüğü askerleri korumak ve ateş üstünlüğünün teröristlerde olmasını engellemek, gerekse yapılan tamirat sırasında meydana gelebilecek kazaları önlemek amacıyla azami gayret göstermiş ve düşünülebilecek birçok önlemi almıştır. Ne var ki buna rağmen davalının tüfeği istem dışı ateş almış ve bir asker yaşamını yitirmiştir.*

*Davacı idare tarafından, davalının kusurlu davranışı sonucu ölüm olayının gerçekleştiğinden ve ölenin yakınlarına tazminat ödeme yükümü altına girildiğinden bahisle eldeki rücuen tazminat davası açılmıştır. Ölüm olayının gerçekleşmesi ile davalının eylemi arasında illiyet bağı bulunuyor ise de; ülke*

*güvenliğini sağlamak ile görevlendirilen askerlerin vazifelerini yaptıkları sırada meydana gelen olaylar nedeniyle yakınlarına ödenecek tazminatta aslolan devletin sorumluluğudur. İlgilinin kasıt ya da ağır ihmâl halleri ayrık olmak kaydıyla, zararlı sonuç nedeniyle sorumluluğuna gidilirken hakkaniyet ilkeleri bu husus göz ardı edilmeden uygulanmalıdır. Bu tür davalarda devletin, tazmin sorumluluğunu sosyal devlet ilkeleri uyarınca üstlendiği unutulmamalıdır. Mahkemece yapılan indirim olayın özelliğine ve hakkaniyet ilkelerine göre azdır. Tazminat miktarından önemli oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken yazılı biçimde karar verilmiş olması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 4.HD, E. 2016/12712, K. 2016/12257 sayılı karar)*

Hakkaniyet ilkeleri uygulanarak, ilk derece mahkemesinde 2011 yılının başında ikame edilen davada 2012 yılının başlarında %30 indirim uygulanmış, bozma üzerine 2014’ün sonunda %50 uygulanmıştır. Daha sonra Yargıtay tarafından 2016’nın sonunda “önemli oranda” indirim yapılmadığı için bozulmuştur. Aradan geçen yaklaşık 6 yıllık sürede vakalar değişmemiş, ihtilaf konusu yapılmamış, zarar miktarı da tartışma konusu olmamıştır ancak bu zarar üzerinden hangi oranda indirim yapılacağıyla ilgili *hakkaniyete* uygun karar ihdas edilememiştir. Altı yıl sonra dosya önüne yeniden gelen hâkim, bozma kararına uyarsa eğer, *hakkaniyete* göre ne karar vermelidir? Yüzde altmış mı, yetmiş mi, seksen mi? Ne karar verirse versin, hakkaniyete göre karar verilmiş midir? Bunu hâkim nasıl bilecektir? Biz nasıl bileceğiz? Yanılgı şuradadır: Hakkaniyetin tek başına bir rolü var zannedilmektedir.

### **Hakkaniyetin Sabit Bir Referans Unsuru Yoktur**

Bir *şey*e göre karar verilebilmesi veya o *şeyin* ölçüt olabilmesi için, sabitlik içermesi gerekmektedir. Bir masanın uzunluğu size sorulduğunda, vereceğiniz cevabın doğru olup olmadığını ölçmek için bir metre kullanabilirsiniz sabit bir referans olarak. Peki benzer bir şekilde bir olayla ilgili olarak vereceğiniz bir karar, takdir hakkının kullanımının bir sonucu olduğunda, bu sonucun hakkaniyete göre verilip verilmediğini nasıl test edersiniz? Hakkaniyet gibi “yüce” bir şey, bir çocuğun bile rahatlıkla kullanabileceği basitlikte bir alet olan metrenin yapabildiklerinin yanından bile geçemiyor. Yanından bile geçemiyor ifadesinden, bir dereceye kadar iş gördüğü de anlaşılmasın. Aksine hakkaniyetin tek başına hiçbir işlevi veya rolü yoktur.

Ancak sözcüğün kendisi öyle güçlü ki, hukuk yargılamasında işlevinin olamayacağı tahayyül dahi edilemiyor, kabullenilemiyor. Bunun açıklaması pekâlâ gündelik

dilde çokça kez kelimenin kullanılması ve bir şekilde işlev görmesi olabilir. Ayrıca sözcük, herkesin üzerinde uzlaştığı kutsal kimliklerden birini veya birkaçını içerebilir.

Günlük yaşantımızda kendimize yahut başkasına yapılan eylemlerle ilgili sıklıkla hakkaniyet kullanıma dahil edilir. Bu kullanım tarzlarının kimilerine baktığınızda, eleştirel bir tutum, itiraz, karşı çıkış, denge/eşitlik talebi vs. olarak bir rolü bulunur. Bu rolde de başarılı olur. Fakat bu rolün ötesinde hukuk yargılamasında naifçe ümit edildiği üzere bir ışık kaynağı gibi her ihtilafta yol göstermesi beklenmez. Hukuk yargılamasındaki hakkaniyetin konumlandığı yer, trajik bir şekilde tam olarak budur. Günlük yaşamımızdaki bu güçlü kelime, ait olduğu yerden kopararak kendisine, hukuk yargılamasında *vicdandan* sonraki en ihtişamlı statü verilmiştir. Buna tüm tebaası olan yargıçlar da şuurlu ya da şuursuz boyun eğmiştir. Sonra? Sonrası yukarıdaki kararda da gördüğümüz üzere evlere şenlik.

### **Hakkaniyete Uyuma Zorunluluğu Hiç Olmasa Dahi Aynı Karar Verilecektir**

Kaldı ki daha yakından bakıldığında, takdir yetkisi sonucu verilen kararların gerekçesinde hakkaniyete değinilmesinin de bir önemi olmaz. Çünkü gerekçe her ne ise, meşruiyetin bizzat kaynağıdır. Ayrıca bir alet ya da hamle olarak hakkaniyete ihtiyaç duyulmaz. Hakkaniyete yer verilmiş olması, mahkemelerce verilen her kararın “vicdani” oluşunun lüzumsuzca ifade edilmesinden öteye gidemez. (Kurban) Salt bir retorik süsle karşı karşıya olduğumuzun farkına varmak zorundayız. Hakkaniyete uyuma zorunluluğu, karanlıkta güneş gözlüğü takmaya benzer.

Hukuk mahkemesi kararlarında tazminat miktarının artırılmasına veya azaltılmasına yahut ceza mahkemesi kararlarında cezanın artırılmasına veya azaltılmasına dayanak olarak ileri sürülen hususlara dikkatle bakın: Somut olayda özellik arz eden unsur/lar, değişken/lerdir. Yargıcı harekete geçirecek olan da budur. Kararına dayanak olarak da bu hususları gösterir, göstermelidir. Hiç kimse, “hakkaniyet gereğince aleyhine şu kadar tazminata yahut cezaya hükmediyorum.” şeklinde mahkûm olmak istemez. Gerekçenin, dayanağın, aleyhine artırılma gidilmesinin somut unsurunu bilmek ister. Gerekçe, hukuk oyununun en temel kurallarından biridir.

### **Peki Ya Çelişki?**

Tabi burada şu iddia edilebilir: “Hakkaniyete uyuma zorunluluğu hiç olmasa da aynı karar verilecekse, yani işlevsizse, zararlı olduğu nasıl iddia edilebilir?” Gerçekten de aynı zamanda hakkaniyetin tutarsızlığa ve keyfiliğe yol açarak zarar verdiğini de

ifade ettim. Bu durumda problem açık: Ya işlevsizdir (dolayısıyla zararsızdır) ya da zararlıdır (dolayısıyla işlevi vardır). Bu ikisi aynı anda doğru olamaz.

Bu çelişkiyi çözebilmek için hakkaniyet kelimesine neden ihtiyaç duyulduğunu hatırlayalım: Kanunların genelliğinin her somut olaya indirgenememesi nedeniyle ortaya çıkan adaletsizlik, haksızlık, dengesizlik, eşitsizlik, hukuka aykırılık vs. söz konusuydu. Nitekim tüm bu olumsuzluklar ortadan kaldırılmalı, hukuk, denge, adalet, eşitlik vs. geri getirilmeliydi. Bunlar güzel temenniler. Ancak şuna dikkatle bakalım: Bu serzenişlerde bulunurken, neyin olumlu, hukuki, dengeli, adil, eşit veya hakkaniyetli olduğunu henüz bilmiyoruz. Dolayısıyla “orada bir köy var uzakta” misali, sempati ve özlem beslediğimiz, amaçlanan ve ulaşılmaya çalışılan bir idealden bahsediyor gibiyiz. Sonuç olarak somut, belirgin, öngörülebilir bir hakkaniyet değil, ne idüğü belirsiz bir şeyin peşinde koşuyor gibiyiz. Sanki şöyle bir şeyde mutabık kalmışız: “Evet, ben sana şu anda tam izah edemeyebilirim, ama için rahat olsun, onu görünce sen de tanıyacaksın”. Sanırım bir kurum olarak tesis edilmek istenen hakkaniyetin ne menem bir şey olduğu ya da olmadığı daha iyi anlaşılmıştır. Hatta daha ileri giderek burada sözcüğün, kullanımı ile amaçlanan sonuca ulaşmasının imkânsız, yani “dilin işlevinde başarısız” olduğunu da iddia edebilirim. Bunu konuşmak şimdilik yersiz ancak dikkat etmişsinizdir ki hukuk literatüründeki en büyüğü sözcüklerden olan hakkaniyet ve ona atfedilen rolün kendisi bir arada ve içler acısı durumda.

Peki nasıl tesis edilecekti bu hakkaniyet? Hâkime takdir hakkını vermekle ve eline bu yetkiyi alan hâkimin takdir hakkını kullanmasıyla. Açıktır ki hakkaniyet ve hakkaniyete uyma gereğince takdir hakkının kullanılması apayrı iki şeydir. Hakkaniyetin kendi başına elbette bir rolü yoktur. Tutarsızlığa ve keyfiliğe yol açan, takdir hakkının kullanılmasının kendisidir, hakkaniyet değildir.

Şimdi aleyhinizde karar verecek hâkimin, kulağınıza şöyle fısıldadığını düşünün: “Evet, ben sana şu anda tam izah edemeyebilirim, ama için rahat olsun, onu görünce sen de tanıyacaksın”.

### **Asıl Çelişki, On Binlerce Yönetmelik Maddesi Düzenlerken, Yeni Bir Yasa Koymanın Zorluğunu İleri Sürmektir**

Toplumsal yaşamın çeşitliliği nedeniyle sürekli yeni bir yasa konulmasının gerekmesi ve bunun ciddi zorluk yarattığı iddiası, gelinen aşamada önemli sayıda vaka için düzenlenmiş olan halihazırda on binlerce yönetmelik hükmünün olması sebebiyle bu bahanenin anlamsızlığını göstermektedir. Üstelik bugüne kadar birikmiş olan ve hâkimlerin kanaat oluşturmada takip ettiği yüksek mahkeme

kararlarının sayısının çokluğu dikkate alındığında, toplumsal yaşamın çeşitliliği nedeniyle yasa olmasa da en az yasa kadar üzerinde çalışılan ve önemsenen devasa bir yönetmelik ve içtihat külliyesi mevcuttur. Bu devasa külliye, mevcut teknolojik şartlarda, algoritma olarak programlanarak hizmete sunulmasıyla takdir hakkının kullanımının yarattığı kesinliğe ve yeknesaklığa aykırılık da ortadan kalkacaktır. Algoritma ile benzer olarak hukuk faaliyeti de sınırları, çerçevesi, işlem sırası vs. belirlenmiş bir rasyonel faaliyettir. (*“Ussal etkinlik çoğu kez algoritma adıyla anılan ve iyi tanımlanmış işlemler sırasının uygulanmasından ibarettir.”*) (Penrose: 41) Algoritma ile izleğin takip edilmesiyle, kesinlik ve yeknesaklık sağlanacaktır.

Prusya modeli, *her olaya özel kural üretmenin* pratik olmadığı gerekçesiyle çökmüştü. Burada algoritmik mikro-yasa modelini önererek sanki aynı sorunu tekrarladığım düşünülebilir ancak durum hiç de öyle değil. Algoritmayı bir “kural üretme aracı” olarak görmüyorum. Algoritmayı mevcut “devasa külliye organize etme aracı” olarak görüyorum. Çok sayıda mikro yaşamlarla ilgili devasa külliye algoritmayla temsil edilmesiyle takdir hakkına ihtiyaç minimum hale gelecektir.

Toplumsal yaşamın çeşitliliğinin yasa yapma zorluğuna bir gerekçe olarak sunulup takdir hakkı ve yetkisiyle bu zorluğun üstesinden gelme iddiasına, bu çeşitliliğin ele geçirilemeyeceği düşüncesi örtülü olarak eşlik eder. Bir kere bu ele geçirilemezlik düşüncesi kabul edilince mağlubiyet ilan edilir ve artık tek çare olarak genellik ve genelliğin kusurlarını giderecek takdir hakkı görülür. Halbuki takdir hakkı ve yetkisinin en kötü ve popüler uygulamalarından biri olan manevi tazminat hesaplamalarında dikkate alınması gereken ölçütler oldukça sınırlı ve belirlidir. (Demir) “Hakkaniyet” iddiası uğruna ölçütler ve değişkenlerle ilgili bir model belirlenmemiş olması sonucunda trajikomik bir anarşi sürüp gitmektedir. Açıktır ki, modelin/kuralın olduğu yerde anarşi olmayacak, takdir hakkı ve yetkisine de gerek kalmayacaktır.

Keza ceza hukukundaki takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin ölçütlerde de durum böyledir. (Benzer kafa karışıklığı, temel cezanın belirlenmesinde de söz konusudur). Bu ölçütler daha önce ETCK<sup>1</sup> “gibi haller” ibaresi nedeniyle sınırsızlığı ima ederken uygulamadaki kaos nedeniyle YTCK<sup>2</sup>’da sınırlı hale getirilmiştir. Ancak bu ölçütlerin her daim genel olması nedeniyle her somut olay karşısında farklı bir uygulaması söz konusu olabilecektir. İşte bu nedenle ağacın gövdesi ve dallarına benzer algoritma modelinde, bir somut olayda

---

<sup>1</sup> ETCK: 765 sayılı *Eski Türk Ceza Kanunu* (01.03.1926 – 01.06.2005)

<sup>2</sup> YTCK: 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu* (Yeni Türk Ceza Kanunu – 01.06.2005 sonrası yürürlükte)

uygulanan ölçütlerin, başka bir somut olayda farklı uygulanmasının kabul edilmesi halinde ya gövdeye yeni bir dal eklenmeli ya da mevcut dala bağlı yeni bir dal eklenmelidir. Bir kez bu kabul edildiğinde algoritmanın sağladığı teknolojik izlerle yeknesaklık ve kesinlik sağlanacaktır. Bu varsayımda takdir hakkı ve yetkisine de ihtiyaç duyulmayacaktır.

Takdir hakkının ve yetkisinin meşruluğu için gösterilen dayanaklardan biri olan toplumsal yaşamın değişimi ise söz konusu hak ve yetkinin muhtemelen en kötü uygulandığı yerlerden biri olmalıdır. Yaşamın değişimiyle birlikte, kuralların değişebilecek olması ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Kaldı ki yaşamın değiştiği yerde kuralların ihtiyacı karşılamaya devam etmesi halinde, takdir hakkına ihtiyaçtan da bahsedilemez. Eğer değişim nedeniyle takdir hakkı ve yetkisinin kullanımından bahsediliyorsa artık mevcut kuralların, yaşama uygulanmasında yetersiz kaldığı örtük bir şekilde kabul edilmiş demektir. Uygulamada ise hâkimler, bu halde olmaktan son derece rahatsız olmalarına rağmen değişimin olduğu ya da beklenmedik/öngörülemeyen somut durumlarda, kendilerine hiçbir şekilde yol göstermeyen hakkaniyete göre karar vermek yerine mevcut kurallara sıkı sıkıya bağlı kalarak (değişim ya da beklenmedik durum gerçekleşmeseydi hangi kararı verecekse) statükoyu devam ettirmektedirler. Hiç olmazsa yaşamın değişiminin söz konusu olduğu hallerde Prusya Devleti dönemindeki durumu yasa komisyonunda sorma ve komisyonun vereceği karara göre hareket etme düzenlemesinin devam ettirilmesi gerekirdi. Burada toplumsal değişimin algoritmaya bırakılmasından değil aksine, bu halde dahi (mevcut veya gelecekteki yapay zekadaki ilerlemeler/gelişmeler bir yana) yasa komisyonu aracılığıyla algoritmanın güncellenmesi/yeni bir dal eklenmesini kastediyorum.

## SONUÇ

Gelinen teknolojik aşamada, elimizde muazzam olanaklar vardır. Algılama, derin öğrenme, uzman programlama vs. gibi olanaklar dışında tek başına algoritma, genel yapay zekayla karşılaştırıldığında küçümsense bile salt algoritmanın kendisi, yeknesaklığı, şeffaflığı ve takip edilebilirliği sağlamada müthiş bir fırsattır. Burada ayrıntılı bir genel-özel yapay zekâ tartışmasına girmek kapsam gereği mümkün değildir. Kaldı ki halihazırdaki çalışmalar son derece gizli yürütülmekle birlikte, başarıya ulaşıldığı konusunda üzerinde uzlaşılan henüz bir yapay zekâ çalışması bulunmamaktadır. Ancak çok kritik bir şeyin açıklığa kavuşturulması gerekir. O da genel yapay zekadan ayrı olarak başarıya ulaşacak algoritmanın tüm yaşamı esas alan geometrik ve tutarlı bir inşa yerine, yaşamın çeşitliliğini ve birbirleriyle olan tutarsızlığını esas alan, mikro yaşamların makro yaşamın yüz suyu hürmetine feda edilmediği bir faaliyeti temsil etmesi gerektiğidir. Bu gerçekleştiğinde takdir hakkına ihtiyacın minimum seviyeye ineceğine ve hala takdir hususu gereken hallerde de Prusya dönemindeki gibi yeni bir mikro-yasa yapılarak algoritmayla temsil edildiğinde sorunların giderileceğine inanıyorum.

## KAYNAKÇA

- Demir, K. *Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış*.  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/shd/article/1079800>  
Dinçkol, A. *Prusya Devleti Umumi Yasası ve Takdir Yetkisi*. HFSA 9.  
Sempozyumu Bildirisi.
- Kurban, Y. *Boşa Dönen Çark: Vicdan*. HFSA 29. Sempozyum Bildirisi.
- Penrose, R. *Kralın Yeni Aklı*. Koç Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı.  
Wittgenstein, L. *Mavi Kitap – Kahverengi Kitap*. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 15.12.2016 tarihli, E. 2016/12712, K. 2016/12257 sayılı karar.

## ROMA HUKUKUNUN SÜREKLİLİĞİ: SOYUTLAMA, EKONOMİK FORMLAR VE SİYASİ ESNEKLİK

*Eren Paydaş\**

Siyasal otoriterleşme/rakipsizleşme süreçlerinde, ilk çözülen çoğu zaman kamu hukukudur. Yetki sınırları, denetim düzenekleri ve hak güvenceleri aşılırken, mülkiyetin devri, borcun icrası, teminat rejimleri ve şirketler hukukunun gündelik işleyişi dönüşümler geçirip elastikleşse de, kamu hukukunda olduğu gibi açıktan bir çözüme ile baş başa kalmaz. Özel hukukun bu kapsamda geçirdiği dönüşümler (Katharina Pistor'un "Sermayenin Yasası" eserinde görülebileceği üzere) başlı başına bir araştırma konusu olsa da, bu hukuk alanının siyasi iktidar ile arasındaki ilişkinin bir tür özerkliğe sahip olduğu açıktır. Zira rejim keyfileşse dahi, piyasa ve mülkiyet ilişkilerinin belirli bir hukuki güvenlikten yararlanması ve bunun sistemli ve bir iç rasyonaliteye bağlı biçimde gerçekleşmesi zorunludur. Bu noktada, özel hukukun siyasi iktidar karşındaki dayanıklılığı bir istisna değil, iktidarın yönetilebilirlik koşullarından biri haline gelir. Bu dayanıklılığın tarihsel ve kavramsal kaynaklarından birisi olarak Roma hukuku ise, yalnızca bir miras değil, ekonomik ilişkileri öngörülebilir ve icra edilebilir kılan bir soyutlama rejimidir.

Roma hukukunun güncelliği, pozitif düzenlemelerin sürdürülmesinden değil, bu düzenlemeleri mümkün kılan tasnif sistematığının, temel ilkelerin ve akıl yürütme biçimlerinin modern hukuki mantıkla uyum içinde olmasından kaynaklanır (Stein, 1999). Kişi, mülkiyet, borç ve teminat gibi kategorileri içerikten bağımsız biçimsel kalıplar olarak kurmasını, farklı toplumsal ve siyasi içeriklerin aynı hukuki şema içine yerleştirilebilmesini sağlar. Roma hukukunun sürekliliği, belirli kuralların korunmasından çok, bu biçimsel çekirdeğin, değişen koşullarda yeniden işlevlendirilmesinde yatar. Bu kısa yazı boyunca sunulacak olan, bu soyutlama kapasitesinin, ekonomik formlar üretmenin yanında, otoriterleşme koşullarında, özel hukuku neden ve nasıl dayanıklı kıldığını da açıklayabilmektedir.

---

\* Eren Paydaş, 2009 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Yüksek lisansını Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamladı. 2016 yılına kadar Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi Sosyolojisi alanında araştırma görevlisi olarak görev yaptı. KHK sürecinin ardından Almanya'ya gitti, doktorasını Friedrich Alexander Üniversitesi'nde 2021 yılında tamamladı. Herhangi bir kuruma bağlı değil ve bağımsız araştırmacı olarak çalışmalarını sürdürmekte.

### **Kavramlar, Kategoriler ve Soyutlama Gücü**

Günümüzde yürürlükte olan medeni hukuk düzenlerinin neredeyse tamamı, *Corpus Iuris Civilis*'te sistematize edilen kavramları doğrudan ya da dolaylı biçimde kullanır. Bu düzenlemelerin arka planında, Roma hukukunun kişiler-şeyler-davalar (*personae-res-actiones*) ayrımıyla şekillenen ve kavramlar arasındaki ilişkiyi yöneten bir kavramsal işletim sistemi işler. Bu kavramsal yapı, yalnızca hukuki değil, aynı zamanda felsefi bir zemin üzerinde yükselir. Roma hukukçuları, hukuk disiplinini sistemleştirirken Antik Yunan düşüncesinden yoğun biçimde yararlanmışlardır. Özellikle geç Cumhuriyet döneminde şekillenen hukuk bilimi, Yunan felsefesiyle doğrudan temas hâindedir. Yunan düşüncesi, Roma'ya bilimsel bilgi alanlarını alt başlıklara ayırma, teknik terimleri tanımlama, kurallar inşa etme ve tüm dengeli bir sistem kurma pratiğini taşımıştı (Manthe, 2009). Ancak bu aktarım yalnızca yöntemle sınırlı kalmamış, adalet anlayışını da dönüştürmüştü. Daha önce rahip-hukukçular tarafından yürütülen hukuki faaliyetler, yalnızca yasa metinlerinin yorumlanması ve uygulanmasıyla sınırlıydı; adaletin gerçekleşip gerçekleşmediği sorgulanmazdı. Oysa Helenistik dönemle birlikte, pozitif hukukun ötesinde bir doğal hukuk anlayışının araştırılması gerektiği fikri kabul edildi. Stoacı felsefenin etkisiyle şekillenen bu yaklaşım, evrensel bir akıl (*logos*) tarafından kurulduğu varsayılan adalet ilkesini, hukuki düzenin önkoşulu olarak görürdü (Manthe, 2009). Bu çerçevede "dürüstlük ve iyi niyet" (*bona fides*) gibi ilkelerin hukuki yoruma dâhil edilmesi, yalnızca normatif bir genişleme değil, felsefi bir dönüşüm olarak değerlendirildi.

Stoacı kozmopolitizmle birlikte geliştirilen doğa yasası fikri, Roma hukukuna polis ya da imparatorluk sınırlarını aşan bir evrensellik iddiası kazandı. Hukuk, belirli bir siyasal erkten değil, rasyonel sınıflandırma ve tüm dengeli dayanan bir düşünme biçiminden türetili. Bu noktada Aristoteles'in kategoriler sisteminin etkisi belirleyici. Özellikle tür-cins (*species-genera*) ayrımına dayalı kavramsal taksonomi, Gaius'un yaptığı kişiler-şeyler-davalar ayrımına epistemik bir iskelet sunar (Tellegen-Couperus, 1993). Böylece Roma hukuku, bir yandan etik Stoacı mirasla, öte yandan analitik Aristotelesçi düşünceyle beslenen çift kanatlı bir kuramsallık kazandı. Burada Roma hukukunun modern özel hukuka etkisini belirleyen temel unsur, onun soyutlama gücüdür. Cumhuriyet döneminde geliştirilen formül davalar (*actiones*) geleneğinden, İmparatorluk döneminde geliştirilen soyut hak (*ius*) kavramına uzanan çizgi, Roma hukukunun somut olgulardan kavramsal yapılara geçiş yeteneğini gösterir. Bu soyutlamanın en belirgin örneklerinden biri borç ilişkisi (*obligatio*) kavramında görülür.

Başlangıçta yalnızca bireysel borç yükümlülüğünü ifade eden bu kavram, zamanla iki taraf arasında hukukî bağ kuran, soyut ve genel bir yapı hâlini aldı. Bu gelişim, yalnızca borçlar hukukunun değil, modern hukukta taraflar arası ilişkilerin düzenlenme biçiminin de temelini oluşturur (Stein, 1999). Yani bugün modern hukukun öznesi olan *homo juridicus*'un *homo economicus* ile bağlantısının ve öznel arası ilişkilerin temellerinin izleri Roma hukukunda bulunabilir.

### **Orta Çağ ve Ekonomik Rasyonalitenin Doğuşu**

On birinci yüzyılda Bologna'da Irnerius'un öncülüğünde başlatılan *Corpus Iuris Civilis* metin okumaları, Roma hukukunun Batı Avrupa'da yeniden keşfini mümkün kılmıştı. Öğrencilerin metin kenarına düşürdükleri *glossa*'lar, yalnızca metni açıklamakla kalmamış, aynı zamanda onu çağın ihtiyaçları doğrultusunda dönüştüren bir yorum pratiğine dönüştürmüştü (Stein, 1999). 13. yüzyılda Accursius'un derlediği *Glossa ordinaria*, kıta Avrupası'nda ortak hukuk (*ius commune*) olarak adlandırılan ve yerel hukukların üzerinde işleyen yeknesak bir hukuk dili yarattı (Tellegen-Couperus, 2024). Roma hukukunun bu ikinci dolaşıma girişi, parçalanmış feodal düzende normatif bir tutarlılık sağladı; farklı coğrafyalarda faaliyet gösteren toplulukların aynı sözleşme dili içinde buluşmasını mümkün kıldı. Özellikle ticaretin yoğunlaştığı alanlarda, gezici tüccar mahkemeleri, Roma hukukunun "rıza" temelli sözleşme anlayışını taşınabilir hâle getirerek tacirler hukuku (*lex mercatoria*) altında uygulamaya koydu. Anvers, Brugge ve Cenova gibi ticaret merkezlerinde kurulan fuar mahkemeleri, sözlü taahhüt (*stipulatio*) formunda geliştirilen güvence mekanizmalarıyla çek ve senet gibi devredilebilir borç araçlarının öncüllerini üretmiş, böylece kredi ilişkilerinin temelleri atılmıştı (Berman, 1983). Sermayenin temellük edilmesini sağlayan bu yapı, sermaye dolaşımını hızlandırarak Rönesans dönemindeki ticaret patlamasının kurumsal altyapısını oluşturdu. Özel mülkiyetin (*dominium*) soyut bir hak olarak kavramsallaştırılması, mülkiyetin şahıstan bağımsızlaştırılmasına ve devredilebilir bir değer olarak işlem görmesine imkân verdi. Bu yapı, sözleşme yoluyla riskin taraflar arasında dağıtılabilmesini mümkün kılmış; özellikle satım sözleşmesi (*emptio venditio*), faizli ödünç (*mutuum*) ve ortaklık (*societas*) gibi kurumlar, sermaye birikiminin hukuki ifadesi olarak işlemişti (Kaser, 1980). Orta Çağ boyunca kilise hukuku tarafından sınırlandırılan faiz pratiği, seküler hukuk alanlarında, Roma hukukunun sağladığı formel temellerle varlığını sürdürmüştü, ekonomik faaliyetin "yaşayan hukuk" içerisinde rasyonelleşmesine, sonra da pozitif hukuka dahil olmasına katkı sunmuştu (Berman, 1983). Bu kapsamda, tarihsel olarak Floransa, Venedik ve Cenova gibi şehirlerde Roma

hukukunun soyut kuralları, erken kapitalist ilişkilerin kurucu normları olarak iş gördü; riskin hesaplanabilirliği, kazancın sınırlandırılabilirliği ve mülkiyetin devredilebilirliği bu kurallar çerçevesinde tanımlandı. Roma hukukunun bu soyutlama kapasitesi, yalnızca normatif bir sistem değil, aynı zamanda ekonomik bir zemin inşa etmişti. Bu haliyle Roma hukuku, kapitalizmin yalnızca tarihsel bir öncülü değil, aynı zamanda kavramsal ve normatif bir aracıdır.

### **Sonuç: Roma Hukukunun Yeniden İşlevlendirilmesi ve Güncel Siyasi İşlevi**

Fransız Medeni Kanunu, 1804'te yayımlandığı andan itibaren, yalnızca bir hukuk metni değil, modern burjuva düzeninin normatif temellerini atan kurucu belgelerden oldu. Özel mülkiyetin dokunulmazlığı, sözleşme özgürlüğü ve kişilerin eşitliği ilkelerini merkeze alan bu medeni kanun, Roma hukukundan devraldığı soyut kavramları devrim sonrası liberal siyasetle uyumlu, öngörülebilir bir çerçeveye dönüştürerek yükselen kapitalist piyasa ilişkilerine kurumsal bir zemin sağladı. Alman Pandekt geleneği ise Fransız modeline doğrudan rakip olmak yerine, Roma hukukuna dayalı kavramları Pandekt bilimi yöntemiyle soyut ve sistematik bir bütünlüğe kavuşturdu. Savigny'nin tarihsel hukuk okulundan beslenen bu yaklaşım, Windscheid'in sistematikleştirme çabasıyla birleşerek modern Alman Medeni Kanunu'nun ve kıta Avrupası özel hukukunun "genel hükümler → borçlar → eşya hukuku" omurgasının temelini oluşturdu. Bu dogmatik iskelet, yalnızca normatif bir tasnif aracı değil, ekonomik ilişkilerin soyut bir hukuk düzenine entegre edilmesini mümkün kılan kurucu bir çerçeve işlevi görmüştü. Roma hukukundan miras alınan *obligatio, res, dominium* gibi kavramlar, kapitalist üretim biçiminin ihtiyaç duyduğu mülkiyetin soyutlaştırılması, borcun şahıstan bağımsızlaştırılması ve hukuki yükümlülüklerin devredilebilirliğini teminat altına alma yönündeki talepleri karşılayabilecek esneklikte yeniden yorumlandı. Kavramların içeriği dönüşse dahi, onları taşıyan biçimsel çerçeve (hak, borç, mülkiyet, kişilik) korundu; böylece hukukî düzenleme, teknolojik ve ekonomik yenilikleri bu sabit biçimlere entegre edebildi (Zimmermann, 2001). Bu nedenle bugün, platform-temelli iş ilişkileri, akıllı sözleşmeler, dijital mülkiyet rejimleri ve hatta veri temelli sözleşme yükümlülükleri gibi yeni biçimler, Roma hukukunun sağladığı kurumsal şema dâhilinde kolaylıkla kategorize edilebiliyor. Dolayısıyla bu yapısal devamlılık yalnızca tarihsel bir etki değil, hâlihazırdaki özel hukuk düzenlerinin teknolojik dönüşüm karşısındaki yüksek temellük kapasitesini de açıklayan bir niteliktir.

Buraya kadar izlenen hat, Roma hukukunun soyutlama rejiminin ekonomik ilişkileri öngörülebilir ve icra edilebilir kıldığını gösterdi. Bu öngörülebilirlik, piyasa aktörleri kadar siyasal iktidar için de yönetebilirliğin koşulu. Bu nedenle özel hukukun çekirdeği, tarafsız bir alan olmaktan çok, ekonomik dolaşımın kesintisiz olmasını sağlayan bir istikrar tekniği olarak işler. Buradan da hareketle, son ve hayati bir nokta olarak belirtmek gerekir ki, özel hukukun çekirdeği, siyasal iktidarın ideolojik yöneliminden veya rejim tipinden hiçbir dönemde tam anlamıyla bağımsız olmadı, olmaz. Mutlak monarşiden anayasal devlete, askerî yönetimlerden neoliberal demokrasiye geçişler sırasında bile, borç, mülkiyet ve kişi statüsü rejimlerinin ana ilkeleri, Roma kökenli soyut kavramlara dayandıkları için, yalnızca yorum düzeyinde esnetilse de, dogmatik çekirdeklerini korumuşlardır. Tam da bu noktada Ernst Fraenkel'in "ikili devlet" modeli aydınlatıcıdır: Modern kapitalist devlet, bir yandan olağanüstü yetkilere dayanan, keyfi kararlarla işleyen "önlem devleti"ni barındırırken, diğer yandan piyasa güvenliğini sağlayan, hesaplanabilir normlara dayalı, "normlar devleti" niteliğini içerir. İki alan arasındaki gerilim ancak ekonomik faaliyetin dayandığı özel hukukun kesintisizliği sayesinde yönetilebilir (Fraenkel, 2020). Bu kesintisizlik ise, bugün otoriter popülizm dalgasının yükseldiği rejimlerde bile kendisini gösteriyor. Acil durum kararnamele yürütme erkinin elini güçlendirirken, şirket hukuku, taşınmaz mülkiyeti veya teminat rejimleri çoğu kez dokunulmaz kalır. Zira sermaye akışının sürekliliği siyasal meşruiyet inşasının da önkoşuludur. Aynı mantık dijital çağda da işlemekte: blok-zincir tabanlı varlıkların hukuki statüsü, bulut ortamındaki veri iktisabı veya akıllı sözleşmeler yoluyla otomatik icra gibi yenilikler, hâlen Roma hukuku kalıplarına yerleştirilerek öngörülebilirlik çerçevesine alınabilmekte. Böylece Roma hukukundan devralınan soyutlama rejimi, 19. yüzyıl sanayi kapitalizmine sağladığı hesaplanabilirlik ve risk dağıtım kapasitesini, 21. yüzyılın veri-temelli platform ekonomisine de aktarır. Ve siyasal alanın yüzeyinin altında, rejimlerden görece özerk "dayanıklı bir iskelet" işlevi görerek, hem otoriter müdahaleleri sürdürülebilir kılar hem de küresel kapitalizmin güvenlik-öngörülebilirlik dengesini ayakta tutmaya yardımcı olur.

### KAYNAKÇA

- Berman, H. J. (1983). *Law and revolution: The formation of the Western legal tradition*. Harvard University Press.
- Fraenkel, E. (2020). *İkili devlet: Diktatörlük teorisine bir katkı* (T. Bora, Çev.). İletişim Yayınları. (Orijinal çalışma 1941’de yayımlanmıştır.)
- Kaser, M. (1980). *Roman private law* (R. Dannenbring, Trans.). University of South Africa.
- Manthe, U. (2019). *Geschichte des römischen Rechts*. C. H. Beck.
- Stein, P. (1999). *Roman law in European history*. Cambridge University Press.
- Tellegen-Couperus, O. E. (2024). *Roma hukuku: Kısa bir tarih* (S. Ünver, Çev.). Zoe Kitap.
- Zimmermann, R. (2001). *Roman law, contemporary law, European law: The civilian tradition today*. Oxford University Press.

## JOHN LOCKE, DOĞAL HUKUK VE SÖMÜRGEÇİLİK\*

Barbara Arneil

Çeviren: Celaleddin Kavas

John Locke'un *Two Treatises of Government* [*Hükümet Üzerine İki İnceleme*] adlı eserindeki doğa durumu ve özellikle de doğal insan, doğal hukuk geleneği içinde yaratılır. James Tully ve Karl Olivecrona gibi bazı yorumcular Locke'un siyasi düşüncesindeki bu mirasın farkına varmışlardır.<sup>1</sup> Ancak bu tür çalışmalar, Locke'un düşüncesinin doğal hukukla ilgili bir analizini sunarken hem *Two Treatises*'in hem de on yedinci yüzyıl doğal hukukunun içinde geliştiği küresel bağlamı tam olarak ele almaz. Sonuç olarak, Hugo Grotius ve Samuel Pufendorf gibi doğal hukuk teorisyenlerinin kendi ülkelerinin sömürgeci çıkarlarından ne ölçüde etkilendikleri büyük ölçüde göz ardı edilir. Cicero ve sonrasına kadar izi sürülebilen doğal hukuk teorisinin gelişimi, on altı yüzyıl boyunca Avrupa'nın genişleyen sömürge imparatorluklarının hem denizde hem de karada ortaya attığı yeni sorulara cevap verme ihtiyacıyla dönüşüme uğrar. Dolayısıyla Locke'u etkileyen doğal hukuk teorisyenlerini ele alırken, sömürgeciliğin hem sorulan soruları hem de verilen cevapları nasıl etkilediğini incelemek gerekecek.

On yedinci yüzyılın başında Avrupalı güçler dünyanın uzak köşelerini keşfediyordu. Her ülkenin Avrupa dışındaki dünyaya yaklaşımı farklıydı. Hollanda ve İngiltere'nin çıkarları, Doğu Hindistan Şirketi'nin faaliyetleri aracılığıyla ya da Amerika'nın ilk yerleşimlerinde görüldüğü gibi, çoğunlukla özel şirketler ya da mülkiyet imtiyazı verilen aristokrat gruplar tarafından temsil ediliyordu. İspanya, Portekiz gibi diğer ülkeler Amerika'yı kilise ya da devlet himayesinde sömürgeleştirirken, İsveç gibi diğer bazı ülkeler, Avrupa dışında nispeten daha az sömürgecilik faaliyetinde bulunmuştu. Amerika ya da Doğu Hindistan'da bir ticaret ilişkisi kuran ya da ilk yerleşimi gerçekleştiren Avrupalı hükümdarlar ya da özel şirketler, genellikle yeni buldukları zenginlikleri kıskançlıkla savunurlardı. Kaçınılmaz olarak çatışmalar ortaya çıktı.

---

\* Bu yazının orijinali *History of Political Thought* Dergisi'nin XIII. Cildinin 4. ve 1992 Kış Sayısında yayınlanmıştır.

<sup>1</sup> Wolfgang Von Leyden'in "John Locke and Natural Law", *Philosophy*, XXXI (1956) adlı eserinden başlayarak, Locke'un siyasi teorileri ve doğal hukuk geleneği üzerine önemli analizler yapılır. Örneğin bkz: Martin Seliger, "Locke's Natural Law", *Journal of the History of Ideas* (1963); James Tully, *A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries* (Cambridge, 1980); Karl Olivecrona, "Locke's Theory of Appropriation", *Philosophical Quarterly*, XXIV ve XCVI (1974); Govert den Hartogh, "Tully's Locke", *Political Theory*, XVIII (1990).

Tartışmamızla ilgili özel örnek, İspanyol, Portekiz ve Hollanda Doğu Hindistan Şirketi arasında, Doğu Hindistan'daki ticaret konusunda ortaya çıkan çatışmadır. İspanyolların bölgedeki ticaret üzerinde tekelleri vardı ve Hollandalılar kendi ticaretlerini güvence altına almak için keşif yolculuklarına başladılar. İspanyollar bu saldırılara tepki gösterdi ve çıkan çatışmalar sırasında bir Portekiz gemisi batırıldı ve ganimet Hollanda Doğu Hindistan Şirketi tarafından ele geçirildi. Genel olarak ticaret hakkı ve daha özel olarak da başka bir geminin yüküne el konulması konusunda sorular ortaya atıldı. Doğu Hindistan Şirketi'nin bir savunmaya ihtiyacı vardı. Hugo Grotius bunu *De Jure Praedae* (Ganimet Hukuku) adlı eserinde sağladı.<sup>2</sup> Albert Hyma'nın yorumuna göre:

Kendisinin gençlik döneminde kaleme aldığı en büyük eseri olan *De Jure Praedae*, Doğu Hindistan Şirketi'ne hizmet etme çabalarının doğrudan sonucu. On ikinci bölümünün bir kısmı, tek amacı Hollandalıların da İspanyol ve Portekizliler kadar Doğu Hindistan'da ticaret yapma hakkına sahip olduğunu dünyaya kanıtlamak olan *Mare Liberum* [Denizlerin Özgürlüğü] adlı eser ünlü bir kitapçık haline geldi.<sup>3</sup>

*Mare Liberum* Grotius'un bu eserinin yaşamı boyunca yayınlanacak tek bölümü olacaktı, ancak risalenin tamamı daha sonraki çalışmalarının dayanacağı teorik temeli sağlamıştı. Bu nedenle, *De Jure Praedae*'yi biraz daha derinlemesine ele alacağız ve bu eserin açığa vurduğu, doğal hukukun evrimi ile sömürge uygulamaları arasındaki ilişkiyi inceleyeceğiz. Grotius bizzat *De Jure Praedae*'nin ardındaki amacı ve onu yazmasındaki sömürgeci çıkarların önemini ortaya koyuyor:

Birkaç yıl önce, Doğu da denilen Hindistan'daki ticaretin, anavatanın güvenliği için büyük önem taşıdığını gördüğümde... antiklerin bize aktardığı hukuka olan güvenin kaynağı olan bu davanın, adalete ve hakkaniyete uygun olduğu gözlerimin önüne serildiğinden, yurttaşlarımızın ruhunu, ziyadesiyle isabetli bir şekilde başlatılmış olan bu şeyi, yurttaşların cesurca korumaları için ayağa kaldırmaya odaklandım. Bu nedenle, tüm savaş ve ganimet hakları ile Portekizlilerin yurttaşlarımıza karşı işledikleri vahşet ve zulüm eylemlerinin tarihini ... Bugüne dek yayınlamaktan kaçındığım,

<sup>2</sup> Hugo Grotius, *De Jure Praedae Commentarius*, I (Oxford, 1950).

<sup>3</sup> Albert Hyma, *The Dutch in the Far East* (Ann Arbor, 1942), s. vi.

yeterince kapsamlı bir eser olan *Commentary*'de ayrıntılı olarak anlatmışım.<sup>4</sup>

Grotius'un nihayet yayınladığı bölüm ise, onun şu umudu nedeniyle yayınlanmıştı:

... yurttaşlarımıza, açıkça sahip oldukları haktan kaynaklanan unvandan feragat etmemeleri için cesaret aşlamak ve ayrıca İspanyolları bu davada daha müsamahakâr davranmaya sevk etmenin mümkün olup olmadığını yoklamak üzere.<sup>5</sup>

Grotius'un doğal haklara, özellikle de mülkiyete ilişkin argümanları bu nedenle sömürgeci hedeflere sıkı sıkıya bağlıdır. Grotius'un sonraki düşüncelerini bu bağlamda gözden geçireceğiz.

*De Jure Praedae*'de Grotius, denizin özgürlüğüne ilişkin iddialarına temel oluşturmak için taşınır ve taşınmaz nesnelere arasında bir ayrım yapar. Hem Pufendorf hem de Locke, tartışılacağı üzere, benzer ayrımlar yaptılar. Taşınır nesnelere söz konusu olduğunda temellük, "ihraz" yoluyla gerçekleştirilir. Taşınmaz nesnelere ise aynı şekilde edinilemez. Grotius, bu durumda toprak üzerinde mülkiyet iddiasında bulunmak için bir tür çitlemenin gerekli olduğunu savunur.

Taşınırlara ilişkin olarak, işgal fiziksel el koyma anlamına gelir; taşınmazlara ilişkin olarak, inşaatı veya sınırların tanımlanmasını içeren bir faaliyettir.<sup>6</sup>

Grotius'un denizlerin serbestliğine ilişkin sonuçlara varmak bakımından, özel mülkiyet için çitlemenin gerekli olduğunu savunduğunu burada belirtmek önemlidir. Grotius, denizlerin çitlenemeyeceğini ya da üzerine yapı kurulamayacağını ve bu nedenle herkese açık olduğunu savunur. Hiçbir ülke başkalarının denize açılmasını ya da ticaret yapmasını engelleme hakkına sahip değildir. Dolayısıyla, Locke'un *Second Treatise*'de, toprağın özel mülkiyeti ile ilgili olarak kullanacağı çitleme kavramı, başlangıçta denizin ortak mülkiyetini garanti altına almak için doğal hukuka ve mülkiyetin kökenine dahil edilmişti. Her bir

---

<sup>4</sup> Hugo Grotius, *Hugonis Grotii De Jure Praedae Commentarius*, önsöz, J.B. Scott tarafından yazılan giriş bölümünde alıntılanmış, Carnegie Endowment for International Peace tarafından yayınlanmıştır (Washington, DC, 1925), s. xi

<sup>5</sup> A.g.e., s. xii.

<sup>6</sup> Grotius, *De Jure Praedae*, s. 229, aktaran Richard Tuck, *Natural Right Theories: Their Origin and Development* (Cambridge, 1979), s. 61-2.

kimsenin farklı sömürgecilik amaçları, aynı temel öncüllerden kendi sonuçlarını çıkarmasına izin vermektedir.<sup>7</sup>

Grotius ayrıca tiyatro salonlarındaki koltuklarla ilgili ünlü antik argümanı da kullanır; buna göre tüm koltuklar başlangıçta ortaktır ve bu nedenle herkese açıktır; bir kez işgalci tarafından ele geçirilen ve sonra boş bırakılan bir koltuğa bir başkası sahip olamaz.<sup>8</sup> Bu argüman Avrupalı, özellikle de Hollandalı sömürgecinin ihtiyaçlarına uyacak şekilde özenle uyarlanmıştı. Grotius, *Mare Liberum* doktriniyle Yeni Dünya'ya ulaşma özgürlüğünü ve mülkiyet teorisiyle sömürge ediniminin gerekçesini sağlamakla kalmaz, aynı zamanda henüz işgal edilmeyen topraklar üzerinde hakimiyet talep etme hakkını da savunur. Richard Tuck şöyle yorumluyor:

Grotius, Avrupalı olmayan dünyada yer alan doğal kaynaklar üzerindeki rekabet için yararlı bir ideoloji sağlamıştı; [yani] istediklerini alma ve tehditlere karşı koruma hakkı.<sup>9</sup>

Doğu Hindistan'da ticaret yapma hakkı için verilen mücadele, İngiltere'nin de çatışmaya dahil olmasıyla daha da şiddetlendi. Hollandalılar artık kendi çıkarlarını korumak istiyordu ve İngiliz meslektaşlarına karşı İspanyol ve Portekizlilere benzer taktikler kullandılar. 1611'de İngilizler, denizlerin serbestisi doktrini uyarınca, bölgede ticaret yapmanın ulusal bir hak olduğunu iddia eden bir dilekçeyi States General'e sundu. Grotius, sorunu çözmek üzere İngiltere'ye gönderilen bir heyetin başkanı olarak, Hollanda'nın çıkarlarını temsil etmek üzere seçildi. İronik bir şekilde Grotius, işverenleri olan Hollanda Doğu Hindistan Şirketi adına denizlerde kayıtsız şartsız serbest ticarete karşı çıktı. Albert Hyma bu çelişkiye dikkat çeker:

Grotius, 1613 yılında, 1604 yılında kaleme aldığı *Mare Liberum*'un argümanlarını "çürütür". Hollanda Doğu Hindistan Şirketi'nin Londra'daki resmi sözcüsü olarak amacı, İngilizlerin göz diktikleri

---

<sup>7</sup> Locke'un çitleme tartışması için bakınız: *Two Treatises of Government*, der. Peter Laslett (Cambridge, 1988), II, §§32-4.

<sup>8</sup> Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, The Classics of International Law Series, ed. James Brown Scott, ikinci Cilt, Çev. Francis Kelsey (Washington, DC, 1925), Kitap II, Bölüm II, Kısım 2, Para. 1. Tiyatro koltuğu referansı için ayrıca bkz. *De Jure Praedae*, çev. G.L. Williams (Oxford, 1950), aktaran Tuck, *Natural Right Theories*, s. 61.

<sup>9</sup> Tuck, *Natural Right Theories*, s. 62.

Maluku Adaları civarında “serbest bir deniz” bulmayı bekleyemeyeceklerini göstermekti.<sup>10</sup>

Grotius’un çabaları nihayetinde başarısız oldu ve iki ülke kendilerini bir savaşın içinde buldu. Büyük sömürgeci güçler arasındaki bu tür savaşlar Grotius’u en büyük eseri olan ve Grotius’un doğa durumu ve doğal hukuk fikrine en kapsamlı bakışı sunan *De Jure Belli ac Pacis*’i yazmaya teşvik etmişti.<sup>11</sup> Grotius bu incelemesine, ilk kitabında savaşın doğasını ana hatlarıyla açıklayarak başlar ve ikinci kitabında çatışmanın özel nedenlerini ele alır. Grotius’a göre savaşın ilk meşru nedeni “kendini ve mülkünü” korumaktır. O halde Grotius’un mülkiyeti ve özellikle de “özel mülkiyet hakkının kökenini ve gelişimini” tanımlaması gerekmekte.<sup>12</sup> Bu bağlamda, yani özel mülkiyeti tanımlarken, doğa durumunu ortaya koymakta ve tarih boyunca bu kavramın bir biçimden diğerine nasıl everildiğini ve böylece özel mülkiyetin ortaya çıkmasına zemin hazırladığını açıklamaktadır.

Grotius’un doğal insanı, en başından beri Amerikan Kızılderilisi ile özdeşleştirilen bir “ilkel basitlik” durumunda yaşar.

Aşırı sadelikten kaynaklanan mülkiyet topluluğunda örneği bulunan bu ilkel durumun, Amerika’da nesiller boyunca, bu koşullarda yaşamış bazı kabileler arasında görülmesi mümkün.<sup>13</sup>

Doğa durumu birdenbire derin bir dönüşüme uğradı. Grotius ile başlayan ve kısa bir süre sonra John Locke’un da peşinden gittiği doğa durumu fikri, Cicero’dan Aquinas’a kadar on yedinci yüzyıl düşünürleriyle birlikte, siyasi düşüncede ve Hıristiyan düşüncesinde geliştiği şekliyle, sonuçları umursanmaksızın, Avrupa’nın Amerika ve yerlileri hakkındaki anlayışına tamamen nüfuz etmişti. Hıristiyanlık ve hukuk teorisi kaynaşmış ve doğal hukuk, Yeni Dünya’yı ve sakinlerini anlamak açısından geçerli tek bakış açısı haline gelmişti. Hollandalıların ve İngilizlerin sömürgeci hırsları, Amerikan yerlilerinden doğal insan olarak faydalanılmasının altında yatan sebebi teşkil eder. Zira Yeni Dünya’yı sömürgeleştirirken, savaşı ve topraklara el koymayı haklı çıkaran teoriler, Avrupalı yerleşimcilerin yerlilere yönelik eylemlerini meşrulaştırmaktadır.

<sup>10</sup> Bu hadisenin tarihi için bkz. W.S.M. Knight, *The Life and Works of Hugo Grotius*, The Grotian Society Publications, 4 (Londra, 1925) veya Hyma, *The Dutch in the Far East*.

<sup>11</sup> Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*.

<sup>12</sup> A.g.e., Kitap II, Bölüm I, Kısım 1, §3.

<sup>13</sup> A.g.e., Bölüm II, Kısım 2, §1.

Hıristiyanlıktaki Cennet efsanesi gibi, Grotius'un "doğa durumu" da hızla bozulmaya uğrar. Bunu şöyle ifade eder:

Ancak insanlar bu basit ve masum hayatı yaşamaya devam etmediler, düşüncelerini bilgi ağacında sembolleşen çeşitli bilgi türlerine yönelttiler.<sup>14</sup>

Doğal hukuk da değişime uğradı. İlk kez Grotius doğal haklar fikrini doğal hukuk teorisine dahil etti. Haklar, "bir kişinin, bir şeye yasal olarak sahip olmasını veya o şeyi yapmasını mümkün kılan ahlaki bir niteliği" şeklinde tanımlar.<sup>15</sup> Grotius'un öncelikle, bireylerden ziyade ulusların veya şirketlerin haklarıyla ilgilendiğini belirtmek gerekir.

İkinci olarak, "ius gentium" yeniden tanımlandı. Daha bu önce ulusların hukuku, yani hukukun tüm uluslar için ortak olan yönleri olarak tanımlanmaktayken, Grotius'un "ius gentium"u, ulusların arasındaki hukuk haline gelir ve Grotius'un kendisi de uluslararası hukukun kurucusu olur. Locke'un analizinde açıkça görüleceği üzere, Grotius'un analizinde örtük olan, doğa durumundaki doğal hukuka tabi olarak yaşayan insanın, aynı doğal haklara sahip, aynı hukuk altındaki Avrupa uluslarıyla eşdeğer olduğudur. Doğa durumu, Tanrı'nın ve doğal hukukun haricinde kapsayıcı bir otoriteyle muhatap olmayan devletler arasındaki ilişkiyi açıklamak için bir metafor haline gelir. Savaş, bu sömürgeci rekabet koşulları altında varsayılan bir durumdur ve böyle bir durumdaki bireyler arasında da doğal kabul edilir.

İnsanın doğa durumunu ana hatlarıyla ortaya koyduktan sonra Grotius, özel mülkiyetin kökenini ele almaya yönelir. O da Locke ve Pufendorf gibi, Tanrı'nın başlangıçta dünyayı tüm insanlara ortak olarak bahşetmesi fikriyle başlar. Grotius için ortak mülkiyet, hiç kimsenin hiçbir şeye sahip olmadığını öne süren negatif ortak mülkiyet biçiminden ziyade, herkesin her şeye sahip olduğu anlamına gelen pozitif bir mülkiyet biçimidir. Grotius'a göre, doğal hukukun özel mülkiyet kavramının nasıl başladığını açıklaması gerekmiyordu, sadece zaten ortak olarak sahip olunan şeylerin ne kadarını kimin ve hangi temelde alacağına karar vermesi gerekiyordu. Grotius, herhangi bir bireyin bir şeyi bu doğal haliyle kullanması halinde ona sahip olduğu sonucuna vardı. İhtiyaçtan doğan kullanım, temellük ile eş anlamlıydı.

---

<sup>14</sup> A.g.e., §2.

<sup>15</sup> A.g.e., Kitap I, Bölüm I, Kısım 4.

Tanrı insan ırkına eşyalar üzerinde genel bir hak bahşetti ... her insan kendi ihtiyaçları için dilediğini alabilir ... Bu evrensel hakkın kullanılması, özel mülkiyet amacına hizmet ediyordu; zira herkesin kendi ihtiyaçları için aldığı şeyi, başkaları haksız bir eylemle elinden alamazdı.<sup>16</sup>

Taşınmaz nesnelere açısından, kullanım aynı zamanda mülkiyetin de kökeniydi. Grotius'a göre arazinin temlik "belirli bir anlaşma ya da sözleşme"ye dayansa da, yine de mülkiyetin özel kişilere bölündüğünü varsayıyordu. Başka bir deyişle, sözleşme, özünde, bireylerin kullanımlarıyla birey olarak kendilerine mal ettikleri mülkiyetin topluluk tarafından resmi olarak tanınmasıydı. Grotius şöyle yazıyor:

Ortak mülkiyetten vazgeçilir vazgeçilmez ve henüz bir bölüşme de olmadığından, şu konuda anlaşmaya varılmış olduğu varsayılmalı; herkesin el koyduğu her şey kendi mülkü olmalıdır.<sup>17</sup>

Anlaşma sadece her bireyin "sahip olduğu" şeylere dayanan "özel mülkiyete" izin verebilirdi, ortaklaşa sahip olunan mülkiyete değil. Pufendorf, daha sonra tartışılacağı üzere, çok farklı bir görüşü benimser. Grotius, deniz söz konusu olduğunda bu temellük hakkına bir istisna getirmektedir zira deniz, sınırsız olduğu için işgal edilemez. Bu, *Mare Liberum*'da Doğu Hindistan Şirketi adına açık denizlerde ticaret yapma haklarını korumak için oluşturduğu argümanı yansıtır. Grotius, Locke'un daha sonra yapacağı gibi, hâlâ "sahipsiz" duran toprakların doğal hukuka uygun olarak temellüğe açık olduğunu savunmaya devam eder. Grotius, Locke gibi, işgal edilmemiş toprakların "şimdiye dek işlenmemiş" topraklar olduğuna inanmaktadır.<sup>18</sup>

Başka herhangi bir amaç için kullanılan arazi bu nedenle tahsise açık olarak kabul edilir veya Grotius'un yorumladığı gibi:

Eğer bir halkın toprakları içinde terk edilmiş ve verimsiz topraklar varsa ... ekilmemiş toprakların işgal edilmiş sayılmaması gerektiği gerekçesiyle yabancıların bu topraklara sahip olma hakkı bile vardır.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> A.g.e., Kitap II, Bölüm II, Kısım 2, §1.

<sup>17</sup> A.g.e., §5.

<sup>18</sup> A.g.e., Bölüm 4.

<sup>19</sup> A.g.e., Bölüm 17.

Grotius, Avrupa içinde sahipsiz ya da çorak olduğunu düşünmediği mülklerden bahsetmemekte. Daha ziyade, Avrupa ülkeleri tarafından sömürgeci kazanımlar olarak elde tutulan ve henüz yerleşilmemiş toprakların, hâlâ ekime ve dolayısıyla el koymaya açık olduğunu savunur. Mülkiyetin emek temelli teorisinin bu embriyonik biçimi, Locke'un hem doğal hukuk hem de haklar teorilerinin merkezinde yer alır ve Grotius'un iddia ettiği gibi, İngiltere'nin mülkiyet hakkını yalnızca diğer Avrupa ülkelerine karşı değil, aynı zamanda Amerikan yerlilerinin avcılık veya toplayıcılık yoluyla işgal iddialarına karşı da haklı çıkarmak için kullanılacaktır.

Ancak Grotius, sahipsiz arazi analizinde, bir arazinin mülkiyeti üzerinde hak iddia eden ancak henüz onu işlememiş olan Avrupalı bir krala, bir miktar alan tanımak konusunda dikkatli davranır. Bu türden bir işgal, yani toprağın işlenmeden kaldığı durumlarda tüm topluluk tarafından işgali, Grotius için, yalnızca mülk yakında özel parsellere bölünecekse meşrudur. Bu şekilde Grotius'un düşüncesinde, tanım gereği, mülkiyetin bölünmesi konusunda bir anlaşma olduğunda, yalnızca özel temellük biçimlerinin meşru olmasına izin verilir. Böylece paragrafı "özel mülkiyete konu olabilecek, ancak henüz özel mülkiyet haline gelmemiş şeylere" atıfta bulunarak açar. Bu, İngilizlerin ve Hollandalıların daha sonra daha küçük, özel parsellere bölünecek olan geniş araziler üzerinde hak iddia etme uygulamalarını haklı çıkarır ve bu arazileri diğer Avrupalı güçlerin tecavüzünden korur.<sup>20</sup>

Grotius mülkiyetle ilgili vardığı sonuçlardan tezinin merkezinde yer alan konuya, yani savaşa döner. Bir savaşın ancak belirli koşullar altında adil bir şekilde yapılabileceğini belirterek başlar: savunma, mülkün geri alınması veya cezalandırma. Savaşa girme nedenleri, zorunlu olarak savaştan meşru olarak elde edilebilecek şeylere yansiyacaktır.

Doğal hukuka göre haklı bir savaş aracılığıyla, ya bize borçlu olunmasına rağmen başka türlü elde edemeyeceğimiz şeylere eşit değerde şeyler elde ederiz ya da suçluya adil bir ceza ölçüsünü aşmayan bir zarar veririz.<sup>21</sup>

Özellikle önemli olan ve düşünürün Pufendorf ile ayrıştığı tek nokta savaş gerekçesi olarak ceza kavramıdır. Ceza başlangıçta "bir eylemin kötülüğünün bedeli

---

<sup>20</sup> A.g.e., Bölüm 4.

<sup>21</sup> A.g.e., Kitap III, Bölüm VI, Kısım 1, Ş1. Grotius tarafından savaş için sunulan gerekçeler için bkz. a.g.e., Kitap II, Bölüm I, Kısım 2, Ş2.

olarak çekilen acının kötülüğü<sup>22</sup> olarak tanımlanır ve “en eski yasa” olan “kötülük yapan kötülük görür” ilkesine dayanır.<sup>23</sup> Grotius ayrıca cezalandırıcıların kimler olacağını ve neye dayanarak hareket edebileceklerini açıklığa kavuşturur ve “doğa yasasına göre, benzer suçlardan ari olanların, suçlar başkalarına karşı işlenmiş olsa bile ceza verebileceklerini” savunur.<sup>24</sup>

Bu pozisyon, devletin savaş açma hakkına uygulandığında önemli sonuçlar doğurur.

Krallar ... yalnızca kendilerine ya da tebaalarına karşı işlenen suçlardan dolayı değil, aynı zamanda kendilerini doğrudan etkilemeyen ama doğal hukuku aşırı derecede ihlal eden suçlardan dolayı da ceza talep etme hakkına sahiptir.<sup>25</sup>

Grotius, “cezalandırma” himayesi altında, doğal hukuku daha iyi anlayan ve takip edenler tarafından Amerika veya Doğu Hindistan’ın yerli sakinlerine karşı savaş için özel bir gerekçe sunar. Böylece Grotius, “canavar gibi olan insanlara”, özellikle de “insan etiyle beslenenlere” karşı savaş açılabileceğini savunur. Pufendorf’un da kabul ettiği ve bu nedenle Grotius’a karşı öne sürdüğü üzere, böyle bir argüman Amerikan yerlilerine yönelik keyfi saldırıları haklı çıkarmak için kullanılacaktır.<sup>26</sup> Dahası, böyle bir yerli nüfus fethedilirse bunların, sırf sömürge yönetimini ortadan kaldırma arzusuna dayanan misilleme savaşı için haklı bir nedenleri olmayacaktır. Grotius şöyle demektedir: “Boyunduruk altındaki bir halkın özgürlük arzusu haklı bir savaş nedeni sayılamaz.”<sup>27</sup>

Bazı akademisyenler bu hükmün Hollanda’nın “yeni doğmakta olan imparatorluğunu” korumak için gerekli olduğunu iddia etmişlerdir. Bu doktrini yorumlayan Profesör B. Roling şöyle der: “Bu görüş, birçok halkın halihazırda Avrupa devletlerine tabi olduğu gerçeğiyle ilişkilendirilebilir.”<sup>28</sup> E.H. Carr, *The Twenty Years Crisis* adlı kitabında Grotius’un haklı savaş teorisinin emperyalizm hakkındaki görüşlerinin bir sonucu olduğunu iddia eder. “Modern uluslararası hukuk, Grotius ve ardılları tarafından yeni ulus-devletlerin ihtiyaçlarını karşılamak

---

<sup>22</sup> A.g.e., Kitap II, Bölüm XX, Kısım 1, §1.

<sup>23</sup> A.g.e., §2.

<sup>24</sup> A.g.e., Bölüm 3.

<sup>25</sup> A.g.e., Bölüm 40, §1.

<sup>26</sup> A.g.e., §3.

<sup>27</sup> A.g.e., Bölüm XXII, Kısım 11.

<sup>28</sup> B. Roling, “Jus Ad Bellum and the Grotian Heritage”, *International Law and the Grotian Heritage* içinde (Lahey, 1985), s. 118-19.

üzere yaratıldı.”<sup>29</sup> Roling buna şunu da ekler: “Bu ihtiyaçlar, her şeyden önce, Avrupa devletlerinin neredeyse dünyanın geri kalanına boyun eğdirmek üzere yola çıktığı bir dönemde genişlemenin meşruiyet zeminiydi.<sup>30</sup> Grotius’un doğal hukuk formülasyonunda Hollanda’nın bu tür sömürgeci isteklerinin önemi, siyasi bağlamı itibariyle sömürgeci istekleri çok daha sınırlı olan başka bir Avrupa ülkesinin aynı derecede başarılı bir hukuk teorisyeniyle karşılaştırıldığında daha da belirgin hale gelir.

Samuel Pufendorf, Grotius’un öğrencisiydi ve teorisini İsveç’te geliştirdi. Ne İsveç ne de memleketi Almanya sömürgecilik yöntemi açısından İspanya, İngiltere ya da Hollanda’ya benziyordu. Pufendorf, savaşı bir veri olarak ele alıp bunun hangi koşullarda adil olabileceğini düşünmediği gibi; mülkiyetin kökenlerinden yola çıkıp insanın doğa durumunu ele almaz. Bunlar, saldırgan sömürgeci devletler içinde yaşayan siyaset teorisyenlerinin öncülleri ve onlara yöneltilen sorulardı. Pufendorf, Grotius ya da Locke’un aksine, doğal hukuk ile patronunun sömürgeci ihtiyaçlarını uzlaştırmaya çalışmaz.

Pufendorf’un John Locke tarafından büyük saygı gördüğünü belirtmek gerekir. Locke, *Thoughts Concerning Readings and Study* adlı eserinde Pufendorf’un *De Jure Naturae* adlı kitabının “bu türdeki en iyi kitap” olduğunu yazmıştı.<sup>31</sup> Ayrıca Lord Mordaunt’a Tully, Cicero, Pufendorf, Aristoteles ve hepsinden önemlisi Yeni Ahit’i okumasını tavsiye etmişti.

Laslett bu kanıttan yola çıkarak şu sonuca varır: “Kitabı üzerinde çalışırken başvurduğu yazarlar arasında Samuel Pufendorf belki de en çok işine yarayanıdır.”<sup>32</sup> O halde Locke’un Pufendorf’tan ne aldığını ve neyi neden geride bıraktığını anlamak önemlidir.

Grotius’un aksine, Pufendorf doğa durumunu incelemeye mülkiyet bağlamında değil, ahlak bilimi bağlamında başlar.<sup>33</sup> Pufendorf “doğa durumunu” sivil insanı sivilliliğinden soyundurarak türetir. Doğal insan tartışmasına şöyle başlar:

İnsanın doğa durumundan, insanın doğuştan sahip olduğu, insan tarafından icat edilen veya yukarıdan kendisine telkin edilen tüm

<sup>29</sup> E.H. Carr, *The Twenty Years Crisis*, aktaran Roling, “Jus Ad Bellum”, s. 119.

<sup>30</sup> A.g.e.

<sup>31</sup> Locke, *Thoughts Concerning Readings and Study*, *Collected Works*, III (1801), s. 272, aktaran *Two Treatises*, der. Laslett, Giriş, s. 75.

<sup>32</sup> *Two Treatises*, ed. Laslett, s. 75.

<sup>33</sup> Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae* (Washington, DC, 1934), Kitap II, Bölüm II.

icatlar ve kurumlar göz ardı edilerek, insanın içinde bulunduğu kabul edilen durumu [anlarız].<sup>34</sup>

Pufendorf için doğa durumunun, sadece ilkel bir zamanda var olan bir şey olduğunu belirtmek ilginçtir. Locke, Hobbes ve Grotius'un aksine, çağdaş doğa durumu örnekleri olarak Amerika'ya veya sömürge dünyasının diğer bölgelerine atıfta bulunmaz.<sup>35</sup> Aksine Pufendorf, Amerika kıtası sakinlerinin, Locke ve Grotius'un inandığı gibi büyük, tek bir doğa durumunun içindeki atomize bireyler değil, Avrupa devletlerinin sakinleriyle aynı saygıyı hak eden ulusların üyeleri olduklarına inandığını açıkça ortaya koyar. Pufendorf özellikle Francisco Vitoria'nın İspanyolların Amerika yerlilerine yönelik muamelesini gerekçelendirmesine saldırır ve yazarın Yeni Dünya'ya gelen Avrupalılar için iddia ettiği hakların her birine karşı çıkararak şu sonuca varır: "Franciscus a Victoria ... İspanyolların kendilerini Kızılderililere boyun eğdirme hakkına sahip hissettikleri yeterli gerekçeleri tartışırken, pek kimseyi kendi pozisyonuna çekemiyor."<sup>36</sup> Bunların ilki Avrupalıların Kızılderili topraklarında seyahat etme hakkıdır. Pufendorf şöyle cevap verir:

Gelenlerin sayısı, geliş amaçları ve... kısa bir süre kalmaya mı yoksa aramıza kalıcı olarak yerleşmeye mi niyetli oldukları sorusu düşünülmeden, başkalarına seyahat etme ve yaşama konusunda bu kadar belirsiz bir hak tanımaya çalışmak gerçekten de kabalıktır.<sup>37</sup>

İkincisi ise Avrupalıların bu topraklarda diledikleri kişiyle diledikleri bedel karşılığında ticaret yapma hakkıdır. Pufendorf cevaben şöyle diyor:

Yöneticilerin, devletin refahı gerektirdiğinde tebaalarını sınırlandıramayacakları bir ticaret özgürlüğünü, hele hele izniniz olmadan ve isteğimiz dışında yabancılara ilişkin şeyleri bize dayatan bir ticaret özgürlüğünü henüz keşfedebilmiş değiliz.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> A.g.e., §1.

<sup>35</sup> Pufendorf daha sonra egemenlik tartışmasında, bu ilkel topluluktan henüz ayrılmış olan insanların çağdaş örneklerinden bahseder. Bununla birlikte, Locke ve Grotius'un aksine, doğal insan ve doğa durumu tartışmasında eski kabilelerden ya da insanlardan oğünkü Amerikan yerlilerine eşdeğer olarak bahsetmez. Vitoria'ya saldırısı ve Amerikan "uluslarına" saygı duyulması gerektiğine dair ifadeleriyle birlikte, Amerikan yerlileri hakkındaki görüşleri Grotius ve Locke'unkilerden niteliksel olarak farklıdır.

<sup>36</sup> Pufendorf, *De Jure Naturae*, Kitap III, Bölüm III, §9.

<sup>37</sup> A.g.e.

<sup>38</sup> A.g.e.

Son olarak Vitoria, İspanyolların Amerika'nın zenginliklerini paylaşmaya hakları olduğunu, zira başkalarının bunu zaten yaptığını iddia etmektedir. Grotius da Vitoria'nın görüşlerine katılır: "eğer yabancıların herhangi bir yerde avlanmalarına, balık tutmalarına, kuş avlamalarına ya da inci toplamalarına izin veriliyorsa ... bu haklar başkalarından esirgenemez."<sup>39</sup> Pufendorf, öncelikle İspanyolların ticaret yapma saiklerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmakta ve onların adaletle ya da ölçülülükle davranmayabileceklerini öne sürmektedir. Bu son noktayı bir teşbihe başvurarak tartışır:

Diyelim ki komşularımdan birine bahçeme istediği sıklıkta girme ve meyvelerimden tatma ayrıcalığı verdim; daha sonra başka bir adam içeri dalıp ağaçları kırmaya, beni kovmaya ve bahçemde davetsiz olarak kalmaya karar verdiğinde, kapımı ona kapatma hakkına elbette sahip olurum.<sup>40</sup>

Pufendorf, denizlerin özgürlüğünden yararlanan Avrupalıların, bu gibi yabancı kıyılara ancak "fırtına tarafından sürüklendikleri" ya da masum misafirler olmaları halinde meşru bir şekilde varabilecekleri sonucuna varır. Pufendorf, Hobbes'un doğa durumunun aynı zamanda bir savaş durumu olduğu yönündeki görüşüne de karşı çıkar. "Kutsal kitapların yanılmaz otoritesinden" alıntı yapan Pufendorf, "insanların doğa durumunun savaştan ziyade barış olduğu ve insanların bu durumda birbirlerine düşmandan çok dost gibi davrandıkları" sonucuna varır.<sup>41</sup> Bu doğal barış doğal hukuka dayanır ancak "zayıf ve güvenilmez bir şeydir ve bu nedenle ... başka güvenceler olmaksızın insanların güvenliğinin zayıf bir koruyucusudur."<sup>42</sup>

Pufendorf, bu bölümde insanın doğa durumunda hukuksuz yaşayamayacağı sonucuna vardıldıktan sonra, "evrensel" ve "daimî" olduğunu düşündüğü doğal hukukun içeriğini ele alır. Onun temel doğa yasası şudur:

Her insan, elinden geldiğince, insan ırkının doğasına ve amacına her zaman uygun, barışçıl ve hoşgörülü bir sosyal tutum geliştirmeli ve bunu başkalarına karşı korumalıdır.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Kitap II, Bölüm II, Kısım 22.

<sup>40</sup> Pufendorf, *De Jure Naturae*, Kitap III, Bölüm III, §9.

<sup>41</sup> A.g.e., Kitap II, Bölüm II, §7.

<sup>42</sup> A.g.e., §12.

<sup>43</sup> A.g.e., Bölüm III, §15.

Pufendorf daha sonra insanın hem kendisine hem de başkalarına karşı sahip olduğu belirli görev ve hakları tartışmaya devam eder. Grotius'un aksine, hakları sadece savaş halindeki ulusların değil, barış halindeki bireylerin doğasını tartışmak için de bir araç olarak kullanır. Son olarak Kitap IV'te, insanın doğa durumu ve tabii olduğu hukuk gibi daha temel konuları ele aldıktan sonra, Pufendorf mülkiyet konusunu tartışmaya yönelir.

Grotius ve Locke gibi Pufendorf da Tanrı'nın dünyayı insanlığa ortaklaşa verdiğiğine inanır ancak çağdaşlarından farklı olarak bunu pozitif bir mülkiyet biçimi olarak algılamaz. Pufendorf buradaki ayrımı bizzat ve açıkça ortaya koyar:

Topluluk terimi ya olumsuz ya da olumlu anlamda kullanılmaktadır. İlk durumda, şeylerin ortak olduğu söylenir ... aynı anlamda bu tür şeylerin kimsenin olmadığı [ve] herhangi bir kişiye ve herkese açık olduğu söylenir. Ancak ikinci ve olumlu anlamdaki ortak şeyler, yalnızca şu açıdan mülkiyete ait şeylerden farklıdır: sonuncusu tek bir kişiye aitken, ilk bahsedilenler aynı şekilde birkaç kişiye aittir.<sup>44</sup>

Pufendorf kendi "ortaklık" kavramının negatif bir kavram olduğunu açıkça ortaya koyar; yani Grotius ve Locke'un iddia ettiği gibi, dünya herkesin ortak malı değildir, aksine dünya kimsenin malı olmamakla birlikte herkesin kullanımına açıktır. Mülkiyet böylece temellükten ayrıştırılır; temellük basitçe bireylerin kendilerini şeylerin doğal negatif topluluğunda sürdürme araçlarıyken, ilki ise herhangi bir topluluk içindeki bir anlaşmanın sonucudur.

Tanrı'nın insanlara yeryüzündeki ürünleri kullanma izni vermesi lütfu, hakimiyetin doğrudan nedeni değildir... Hakimiyet, kesinlikle insanın bir eylemini ve zımni veya açık bir anlaşmayı gerektirir.<sup>45</sup>

Pufendorf'un argümanından, basit kullanımın insan için doğal ve mülkiyetin geleneksel olduğu, sadece özel değil her türlü mülkiyetin, üzerinde anlaşmaya varıldığı sürece meşru olduğu sonucu çıkmaktadır. Pufendorf bunu açıkça şöyle savunur:

Tanrı'nın insana yeryüzündeki ürünleri ve yaratıkları, kendi kullanımı ve rahatı için dönüştürmesine izin verdiği doğrudur ... ancak buradaki gücün kullanımı, yoğunluğu ve kapsamı insanların yargı ve

---

<sup>44</sup> A.g.e., Kitap IV, Bölüm IV, §2.

<sup>45</sup> A.g.e., §4.

eğilimlerine bırakıldı; başka bir deyişle, bu güç belirli sınırlar içinde mi tutulacak yoksa hiç sınırlanmadan mı kullanılacak, her insanın her şeye hakkı olacak mı, yoksa sadece belirli ve sabit bir kısım haklara mı sahip olunması isteniyor ya da her insana kesin bir pay tahsis edilecek bu insan onunla yetinip, başka hiçbir şeye hak iddia etmeyecek mi?<sup>46</sup>

Dolayısıyla, rıza hem Grotius'un hem de Pufendorf'un mülkiyet anlayışları için çok önemli ve Locke tarafından doğrudan saldırıya uğrayacak olsa da yine de her bir teorisyenin düşüncesinde son derece farklı roller oynamıştı. Grotius'a göre, şeylerin orijinal topluluğu, her bireyin basit kullanım yoluyla bir şeyin özel mülkiyetini talep etme hakkına sahip olması bakımından olumluydu. Dolayısıyla rıza ile yapılan bir anlaşma, bireylerin zaten kendilerine ait olduğunu iddia ettikleri özel mülklerin tanınmasından ibaretti. Öte yandan Pufendorf, kullanımın mülkiyet hakkını ima etmediği ve anlaşmanın mülkiyetin herhangi bir şekilde özel ya da ortaklaşa bölünmesine yol açabileceği negatif bir topluluk biçimiyle meseleye başlar.

Grotius gibi Pufendorf da "bir bütün olarak işgal" hakkını tartışır, ancak Grotius'tan farklı olarak, böyle bir işgalin meşru kabul edilmesi için nihai olarak özel parsellere bölünmesi gerektiğini varsaymaz.<sup>47</sup> Aksine, Pufendorf bu noktada Grotius'a doğrudan itiraz eder:

"Bir bütün olarak işgal" ile ilgili ... bu evrensel şekilde kullanılan tüm şeylerin bireyler arasında bölünmesi ve özel ellere geçmesi gerekli değildir.<sup>48</sup>

Grotius ya da Locke'un aksine Pufendorf, "sahipsiz" ya da kullanılmayan arazinin, bu araziye talep eden kişilerin araziye parsellere bölme planları olmasa bile, otomatik olarak temellüğe açık varsayılmaması gerektiğini iddia eder; zira bir grup insan arasında yapılan bir anlaşmanın, mülkiyetlerini komünal hale getirmesi tamamen meşrudur.

Dolayısıyla, ne biz ilkel toplumu tamamen ortadan kaldırarak doğa yasasına karşı günah işledik, ne de geri kalmış halklar onun birçok özelliğini bugüne kadar muhafaza ederek günah işledi.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> A.g.e.

<sup>47</sup> A.g.e., Bölüm VI, §4.

<sup>48</sup> A.g.e.

<sup>49</sup> A.g.e., Bölüm IV, §13.

Böylece, Pufendorf şu sonuca varıyor:

Bu nedenle, böyle bir bölgede hâlâ özel mülkiyet olmayan herhangi bir şey keşfedilirse, bunun hemen sahipsiz ve herhangi bir kişi tarafından mülk edinilebilecek, serbest bir yer olduğu varsayılmamalı, bilakis tüm halka ait olduğu anlaşılmalıdır.<sup>50</sup>

Pufendorf eserinin sonlarına doğru savaşın gerekçelerini de ele alır. Üç gerekçe sunar: “bize zarar vermeye çalışan diğerlerine karşı kendimizi ve mallarımızı korumak ve muhafaza etmek”, “hak iddiamızı” veya reddedilen hakkımızı ileri sürmek ve “yaralanmalardan dolayı uğradığımız kayıplar için tazminat almak.”<sup>51</sup> Grotius’un aksine, cezalandırma savaş için haklı bir gerekçe değildir.

Savaş hakkı ile gerçekleştirilen kötülüklerin, cezalandırma ile hiçbir ilgisi yoktur, zira bunlar üstün bir otoriteden kaynaklanmaz ve doğrudan suçlu tarafın veya başkalarının ıslahını amaçlamaz, aksine benim güvenliğimi, mülkiyetimi ve haklarımı savunmak ve korumak içindir.<sup>52</sup>

Grotius, doğal hukukun ihlalinin, onu ihlal edenlere karşı cezalandırma hakkı verdiğini savunmuştu. Richard Tuck’a göre, devletin cezalandırma hakkının ortadan kaldırılması, Avrupalıların Amerika gibi yeni kolonilerdeki yerli kabilelere saldırma hakkına sahip olma iddialarını zayıflatmakta.<sup>53</sup>

Pufendorf, Grotius’un “insan etiyle beslenenlere” karşı savaş açılabileceği iddiasına doğrudan karşı çıkarak, bu tür argümanların genellikle bir bütün olarak Amerikan yerlilerine yönelik saldırıları meşrulaştırmak için kullanıldığına dair bir anlayışı ortaya koyduğunda bu durum açık hale gelir.

Bu nedenle, Amerikalılara savaş açmak için yeterli nedenin, insanları kurban etme ve insan eti yeme gelenekleri olduğu için doğa yasası tarafından mahkum edilebilecekleri gerçeğinde bulunabileceğini kabul edemeyiz. Bu konuda, Hıristiyan bir prensin, doğanın mahkûm ettiği insanlar olarak Kızılderililere, yalnızca kendi dinlerinden olanların

---

<sup>50</sup> A.g.e., Bölüm VI, §4.

<sup>51</sup> A.g.e., Kitap VIII, Bölüm VI, §3.

<sup>52</sup> A.g.e., §7.

<sup>53</sup> Richard Tuck tarafından Doktora Seminerinde Sunulan Bildiri, London School of Economics, Kasım 1989.

etini yedikleri için mi, yoksa yabancıların etini yedikleri için mi saldırabileceğini dikkatle düşünmeliyiz. Ve yabancılar karşısında davranışlarla bağlantılı olarak, bu yabancıların kıyılarına düşman ve soyguncu olarak mı, yoksa masum konuklar ya da fırtınanın sürüklediği insanlar olarak mı geldiklerini tekrar sorgulamalıyız- zira sadece son durumda savaş hakkı, yurttaşlarına ziyadesiyle zalimce davranışlara aittir, diğerlerine değil.<sup>54</sup>

Pufendorf haklı olarak, doğa yasasının ihlalinin sadece Avrupalılar söz konusu olduğunda mı önemli olduğunu sorgular. Ayrıca, Vitoria'nın Amerika'daki Avrupa temelli haklara ilişkin iddiaları eleştirirken yaptığı gibi, Yeni Dünya'yı sömürgeleştirilenlerin çoğu zaman orada yaşayanların doğal haklarına çok az saygı duyduklarını fark ederek, bu halkların kıyılarına çıkan yabancıların amaçlarının ne olduğu sorusunu gündeme getirir. Son olarak, yerli Amerikalıların, masum misafirler olarak gelmedikleri ya da fırtına nedeniyle oraya sürüklenmedikleri sürece, kıyılarına çıkan kişilere saldırmakta haklı oldukları sonucuna varır.

Dolayısıyla, Grotius ile Pufendorf'u doğa durumu ve tüm insanların bağlı olduğu hukukun bu yönlerinin her biri açısından karşılaştırdığımızda, kısmen kendi ülkelerinin sömürgeci çıkarlarıyla açıklanabilecek derin farklılıklar olduğunu görürüz. Bu farklılıklar aynı zamanda Locke'un *Second Treatise*'de ortaya koyduğu argümanlara ve bu tür sömürge sorunlarının onun siyasi fikirleri üzerindeki etkilerine de ışık tutar. Şimdi Grotius ve Locke'un doğal hukuk anlayışları arasındaki ilişkiyi, uygun olan yerlerde Pufendorf'unkilerle karşılaştırarak inceleyelim.

Doğa durumunda insan Grotius ve Pufendorf'un teorilerinde farklıdır ve doğal hukuk anlayışları bu farklılıkları yansıtır. Grotius, on yedinci yüzyıl sömürge rekabetinin doğal bir sonucu olan savaştan yola çıkarak, savaşın meşru olduğu koşulları belirlemeye çalışır. Kendini ve mülkünü savunmanın her şeyden önemli olduğunu belirten Grotius, daha sonra mülkiyetin kökenlerini ele alır. Bir kişi toprak ve toprak ürünleri üzerinde nasıl hakimiyet kazanır? Haklı savaşı gerçekleştirme, başkalarını cezalandırma, mülk edinme ve denizlerde serbestçe seyrüsefer yapma haklarıyla ilgili vardığı sonuçlar, Hollanda sömürge uygulamaları ve Avrupa sömürge savaşlarının ortaya çıkardığı sorulara cevap verir.

---

<sup>54</sup> Pufendorf, *De Jure Naturae*, Kitap VIII, Bölüm VI, §5.

Benzer şekilde Locke da mülkiyet konusunu hükümet üzerine *Second Treatise*'in başında ele alır. Grotius gibi ve Pufendorf'un aksine, mülkiyetin *Second Treatise*'in bu kadar erken bir noktasında ele alınması mantıksal, felsefi argüman çizgisini takip etmiyor gibi görünür. Peter Laslett'in yorumuna göre: "Locke tartışmaya aniden mülkiyet kavramını dahil eder."<sup>55</sup> Locke için mülkiyet ilk sırada yer alır zira mülkiyetin kökeni, onun amaçları açısından büyük önem taşır. Locke sadece mülkiyetin geniş tanımına dayanan doğal haklar olarak adlandırılan felsefi kavramı savunmak istemedi, aynı zamanda zamanının bazı siyasi meselelerine de temas etmek istemişti. İç politikaya dair nedenler, yani Sir Robert Filmer'a karşı, kralların ilahi hakkı, dışlama ve Şanlı Devrim lehine argümanlar Locke üzerine yapılan çalışmalar açısından uzun uzadıya tartışılır.<sup>56</sup> Gözden kaçan ise sömürgeci nedenler. Locke'un mülkiyet teorisi, Yeni Dünya'ya yerleşenlerin cevaplaması gereken sorunun ta kendisi olan, ortak arazide mülkiyetin nasıl talep edilebileceği sorusunu ele alır.

Locke'un Amerika'ya ve Amerika'nın kolonileştirilmesinin ortaya çıkardığı sorunlara duyduğu derin ilginin kanıtı, özel kütüphanesindeki seyahat kitapları koleksiyonu ve Shaftesbury Kontu'nun himayesi altında, 1660'lar ve 1670'ler boyunca Carolina Lord Proprietors'un sekreteri ve Ticaret ve Plantasyonlar Konseyi Sekreteri olarak geçirdiği yıllardır.<sup>57</sup> Maurice Cranston, Locke'un biyografisinde şöyle diyor: "Locke, Ashley'nin ticari emperyalizm konusundaki coşkısına kolayca kapılıverdi."<sup>58</sup> Mülkiyet sorunu ve İngiltere'nin yerli Amerikalılar veya diğer Avrupalı uluslar tarafından halihazırda hak iddia edilen topraklara el koyma hakkı, bu dönemin sömürgecilik tartışmalarının merkezinde yer almaktaydı.

<sup>55</sup> Locke, *Two Treatises*, Giriş, s. 101.

<sup>56</sup> İç siyasi bağlam tartışması en son David Wootton, "John Locke and Richard Ashcraft's *Revolutionary Politics*" ve Ashcraft'ın cevabı, "Simple Objections and Complex Reality: Theorizing Political Radicalism in Seventeenth Century England" başlıklı makalelerinde incelenmiştir. Her iki makale de *Political Studies*, XL, 1 (1992) dergisinde yer alır. Ayrıca bkz: Peter Laslett, "Locke and the First Earl of Shaftesbury", *Mind*, no. 241 (Ocak 1952); Richard Ashcraft, *Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government* (Princeton, 1986); David McNally, "Locke, Levellers and Liberty: Property and Democracy in the Thought of the First Whigs", *History of Political Thought*, X (1989); G.J. Schochet, "Radical Politics and Ashcraft's Treatise on Locke", *Journal of the History of Ideas*, L (1989).

<sup>57</sup> John Harrison ve Peter Laslett, *The Library of John Locke* (Oxford, 1965) adlı kitapta yolculuklar ve seyahatler kategorisi altında, çoğu Amerika kıtasına yapılan gezileri anlatan yüz doksan beş kitap listelenmiştir. Locke'un *Second Treatise*'in yazımından önceki sömürge faaliyetleri arasında Carolina'nın Lord Sahipleri'nin sekreterliği (1668-75) ve Ticaret ve Plantasyonlar Konseyi'nin sekreterliği (1672-6) bulunur. Locke bu görevlerin her ikisinde de sömürge politikasının oluşturulmasında önemli bir rol oynar.

<sup>58</sup> Maurice Cranston, *John Locke: A Biography* (Oxford, 1985), s. 119.

Locke ve Grotius için başlangıç noktası aynıdır. Mülkiyetin insana Tanrı tarafından pozitif bir hak, ortak mülkiyet hakkı olarak verildiği varsayılır. Hiçbir şey Hollandalıların ve İngilizlerin saldırgan sömürgeciliğini, yeryüzündeki her şeye sahip olduğuna ve her bir bireyin ya da ulusun kendi hakkını başkasından önce davranıp alması gerektiği varsayımından daha açık bir şekilde yansıtamaz. Grotius ve Locke'un şemasında karar verilmesi gereken tek soru, bunun nasıl paylaşılacağıdır. Grotius için cevap basitçe bireyin kullanımı yoluyla el koyma idi. Mülkiyetin tek meşru biçimi özel mülkiyettir. Karl Olivecrona'nın yorumladığı üzere Locke da benzer bir pozisyon benimser: "Locke, Grotius'un kullandığı aynı temellük fikrini kullanmıştır, ancak çok daha geniş bir ölçekte."<sup>59</sup>

Ancak Locke, Grotius'tan önemli bir açıdan farklıdır. Genel "kullanım" kavramından ziyade, her bir insanın dünyanın ne kadarını kendine mal edebileceğini belirleyen şey emektir. Grotius'un aksine Locke'a göre, emek yoluyla sahiplenme, zorunlu olarak kullanımdan önce gelir. Bu nedenle Locke, *Second Treatise*'de "şeyleri sahiplenmek için bir vasıta"nın olması gerektiğini belirtir.<sup>60</sup> Bu vasıta bireylerin emeğidir; hayvanlar söz konusu olduğunda onları öldürerek, meyveler söz konusu olduğunda onları toplayarak ve toprak söz konusu olduğunda onu işleyerek; ki bu faaliyetlerin hiçbiri başkalarının rızasına bağlı olmayacaktır.

"Sahipsiz" toprakların Avrupalı güçler tarafından iskân edilmesi de sömürgecilik uygulamalarının merkezinde yer alıyordu. Locke, Grotius gibi, "Amerika'nın işlenmemiş arazilerine" atıfta bulunarak, bu tür "sahipsiz" toprakların işlenmesinin, üzerinde çalışanlara, yani İngilizlere temellük hakkı sağlayacağını iddia eder. Bu argüman Locke'un mülkiyetle ilgili bölümünde merkezi bir tez haline gelir.

Tamamen Doğaya bırakılmış, otlatma, işleme ya da ekim için hiçbir  
islah yapılmamış araziye, gerçekten de olduğu gibi, *sahipsiz arazi* denir.  
. . Bir insan ne kadar toprağı işler, eker, ıslah eder, yetiştirir ve ürününü  
kullanabilirse, o kadar toprak onun *Mülküdür*.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Karl Olivecrona, "Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property", *Journal of the History of Ideas*, XXXV (1974), s. 216.

<sup>60</sup> Locke, *Two Treatises*, II, §26.

<sup>61</sup> A.g.e., §42.

Locke'un cevapları İngiltere'nin Amerika'daki sömürge çıkarlarının ortaya çıkardığı sorunları yansıtır. Sahipsiz arazi ve Kızılderililer ile ekim ve İngiltere arasındaki bağlantı, Locke'un belirttiği 37. paragrafta açıkça ortaya konar:

Amerika'nın yabani ormanlarında ve ekilmemiş arazilerinde, hiçbir ıslah, ziraat veya hayvancılık yapılmadan doğaya bırakılan bin dönümlük bir alan, muhtaç ve sefil sakinlere, iyi işlenmiş Devonshire'daki on dönümlük bir arazinin sağladığı kadar yaşam kolaylığı sağlayabilir mi diye soruyorum.<sup>62</sup>

Grotius ayrıca Avrupalı güçlerin, henüz özel parsellere bölünmemiş toprakları, diğer Avrupalı güçlerin müdahalesi olmaksızın bir bütün olarak ellerinde tutabileceklerini öngörmektedir. Toprağın bireyler tarafından temellük edileceği varsayımı, bir kez daha ortak mülkiyet olasılığını ve dolayısıyla yerli halkların bir toprak parçasını bir bütün olarak işgal edebileceklerine dair iddialarını dışlar. Öte yandan Pufendorf, özel parsellere bölünsün ya da bölünmesin, bir bütün olarak işgalin meşru olduğunu savunur. Locke, Yeni Dünya'daki tüm mülkiyetin tanımı gereği özel hale getirileceğini varsayarak Grotius'u takip eder ve *Second Treatise*'de medeni toplum (İngiltere) ile doğa durumundaki (Amerika) ortak mülkiyet arasında açık bir ayırım yapar.

Doğrudur, İngiltere'de ortak olan topraklarda ... hiç kimse tüm yurttaşların ortak rızası olmadan herhangi bir parçayı mülk edinemez ya da kendine mal edemez. [Doğa durumunda ise] durum tamamen farklıydı. İnsanın tabi olduğu Yasa, daha ziyade *sahiplenmek* içindi.<sup>63</sup>

Çitleme fikri, bireylerin taşınmaz nesnelere mülk edinebileceği bir araç olarak, hem Locke hem de Grotius tarafından farklı amaçlar için kullanılır. Her ikisi de çitlemenin, bireylerin işgal edilmemiş topraklarda, toprak talep edebilmeleri için önemli bir kriter olduğunu iddia ederken, Grotius çitlemeyi, denizlerin serbest ve herhangi bir sömürgeci gücün geçişine açık olduğunu, zira çitlenemeyeceğini savunabileceği bir öncül olarak kullanır. Öte yandan Locke, İngiliz yerleşimcilerin Amerika'daki topraklara sahip olma hakkıyla ilgilenerek, İngilizlerin, insanlığa daha yüksek bir ürün getirisine sayesinde, topraklarını işlemek için talep etmelerine olanak tanıyan şeyin Kızılderililer tarafından çitlenmemesi olduğunu iddia eder:

---

<sup>62</sup> A.g.e., §37.

<sup>63</sup> A.g.e., §35.

Bir dönümlük *kuşatılmış* [benim vurgum] ve ekili arazinin ürettiği, insan yaşamının desteklenmesine hizmet eden erzak, ... ortaklaşa kullanılan bir dönümlük arazinin verdiğiinden ... on kat daha fazladır.<sup>64</sup>

Locke için çitleme, İngilizlerin özel mülk edinme hakkını kanıtlamak açısından, toprağa dair bir tartışmayla sınırlıdır; Grotius için aynı ilke, ortak bir mülkiyet hakkını ve Hollandalıların erişim hakkını kanıtlamak için denize uygulanır.

Son olarak, Locke'un savaş teorisi Grotius'tan farklıdır, ancak Amerika'daki İngiliz sömürge amaçlarıyla tutarlıdır. "Fetih" bölümünde Locke, fethin ne bireylere ne de uluslara mağlupların toprakları üzerinde herhangi bir hak verdiğini, ancak Pufendorf'un savunduğu gibi, sadece ödenmesi gereken tazminatla orantılı miktarda toprak ürünü üzerinde hak iddia edilebileceğini açıkça belirtir.<sup>65</sup> Locke'un, kendisinin de "ilk bakışta... dünyanın uygulamalarına tamamen aykırı olan tuhaf bir doktrin" olarak tanımladığı fetih teorisi, İngiliz plantasyonunun savunucularının öne sürdüğü argümanlarla tamamen uyumludur.<sup>66</sup> İspanyol tekniği olarak kabul edilen fetih yerine, tarımsal yerleşim, sömürgecilik için daha iyi bir yöntemdir. Locke'un kendi el yazısıyla Carolina'daki sömürgecilere yazdığı bir mektupta aşağıdaki talimatlar yer alır:

Halkımızın tecavüz ve yağmayla yaşamasının yararlı olduğunu da düşünmüyoruz, buna izin vermeyiz ve vermeyeceğiz. Ekim ve Ticaret hem bizim hem de sizin çıkarınızdır ve ... İspanyolların tüm zenginliklerini elde etmek için bir yol açacaktır.<sup>67</sup>

Böylece Locke, doğal hukuk geleneğinden doğru yazarak, Tanrı'nın ilk lütfunun doğası, işgalin tanımı ve toprağın özel mülkiyetinin temeli olarak çitlemenin kullanımı açısından Grotius'un görüşlerini birçok açıdan yansıtır. Locke'un Pufendorf'un doğal hukuk anlayışına duyduğu hayranlığın, kendi ülkesinin sömürgeci çıkarlarının zorunlulukları tarafından yumuşatılması gerekiyordu. Bununla birlikte Locke, hem Grotius hem de Pufendorf'unkinden - özünde tek bir temelde, yani mülkiyetin temelinde- farklılık gösteren, özgün ve derin bir doğal hukuk fikri yaratmıştı. Grotius ve Locke, Tanrı'nın insana pozitif bir ortak mülkiyet hakkı bahsettiği konusunda hemfikir olsalar da Locke'un toprağı ya

---

<sup>64</sup> A.g.e., §37.

<sup>65</sup> A.g.e., §182.

<sup>66</sup> A.g.e., §180.

<sup>67</sup> Lord Ashley'den (daha sonra Shaftesbury) William Saile'e mektup, 13 Mayıs 1671, Locke'un eliyle yazılmış, *Shaftesbury's Papers*, Public Records Office, Bundle 48, No. 55, s. 91.

da herhangi bir ürününü kullanmak için bile emek sarf etmek gerektiği yönündeki temel önermesi, mülkiyeti işgalin belirlediğini savunan Grotius'tan bir adım daha ileri idi. İngiltere'nin sömürgeleştirme yöntemi fetihten ziyade ekim ve çitleme idi. Locke, mülkiyete ilişkin emek teorisi ve fethine ilişkin "garip doktrini" aracılığıyla, İngiltere'nin Yeni Dünya'ya ve yerli sakinlerine yaklaşımını haklı çıkarabileceği doğal hukukçu temeli sağlamaktaydı.

Pufendorf Kızılderilileri doğal hukukun manipülasyonuna karşı savunurken, Locke'un *Second Treatise* adlı eseri, yeni bir mülkiyet tanımı yaratarak Kızılderililerin toprak üzerindeki hak iddialarını zayıflatmaya yönelik bir girişimdi. Yeni Dünya'daki Kızılderililerin işgal hakkı yoluyla mülkiyet talebinde bulunabileceğinin farkında olan Locke, tarımsal emek hakkı yoluyla Amerikan Kızılderililerini toprak talebinden özellikle dışlayacak bir tarımsal emek teorisi geliştirdi. Bu emek teorisini doğal haklar doktrini ile birleştiren Locke, İngiltere'nin Yeni Dünya'daki sömürgeci çıkarlarının geleneksel doğal hukuk terimleriyle ifade edilen özgün bir savunmasını yapabildi.