

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**NORMLAR HİYERARŞİSİNDEN KÜRESEL HUKUKA:
ULUSÖTESİ NORMLARIN MEŞRULUĞU SORUNSAĞI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

BELEMİR ÇOBAN

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Birden GÜNGÖREN BULGAN

Eylül 2018

İSTANBUL

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	v
RÉSUMÉ	vi
ABSTRACT	xii
ÖZET	xviii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM:	4
HUKUKSAL NORMLARIN GEÇERLİLİĞİ VE NORMATİF DÜZENİN DEĞERLENDİRİLMESİ	4
1. HUKUKİ GEÇERLİLİK KAVRAMI VE NORMLARIN HİYERARŞİK DÜZENİ	4
1.1. Doğal Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde Hukuki Geçerlilik	4
1.2. Hukuki Pozitivizm	11
1.2.1. Pozitivizmin Üç Veçhesi	12
1.2.2. Hukusal Pozitivizm Türleri ve Hukusal Pozitivizmin Ana İlkeleri	14
1.3. Hukuki Pozitivizm Bağlamında Normların Geçerliliği ve Kelsen Piramidi	18
1.3.1. Normların Geçerliliği	18
1.3.1.1. Maddi Varlık	18
1.3.1.2. Normatiflik	19
1.3.1.3. Hukukilik	21
1.3.1.3.1. Yaptırım Kriteri	22
1.3.1.3.2. Aidiyet Kriteri	23
1.3.2. Hukuki Geçerlilik Anlayışları	25
1.3.3. Kelsen'in Normlar Piramidi	27
2. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN ZAYIF İŞLEDİĞİ NOKTALAR	31
2.1. Kanunların Sarsılan Normatif Gücü	31
2.1.1. Kanunlarla Uluslararası Hukuk Normları Çatışması	31
2.1.2. İç Hukuk Düzeninde Kanunların Değişen Konumu	32
2.2. Hukuk Düzeni İçinde Ağırlık Kazanan Bir Kaynak Olarak Mahkeme Kararları	34

2.2.1. Hukuksal Normların Yorumu.....	35
2.2.2. Mahkemelerin Artan Rolü.....	37
2.3. Kendine Özgü Bir Yapı Olarak Avrupa Birliği	39
2.3.1. Anayasal Bir Yapı ile Sözleşmesel Düzen Arasında Avrupa Birliği	40
2.3.2. <i>Network</i> Sistemine Bir Örnek Olarak Avrupa Birliği	42
3. ULUSÖTESİ ALAN VE KELSEN PİRAMİDİNİN YIKILIŞI	48
3.1. Ulusötesi Alana Ait Bir Hukuk Düzeni Olarak <i>Lex Sportiva</i> Örneği.....	48
3.1.1. Uluslararası Spor Hukuku ve Küresel Spor Hukuku Ayrımı	49
3.1.2. Uluslararası Sporun İdaresi	50
3.1.2.1. Oyun Kuralları	51
3.1.2.2. Sporun Etik İlkeleri.....	52
3.1.2.3. Uluslararası Spor Hukuku.....	53
3.1.2.4. Küresel Spor Hukuku.....	53
3.2. Piramitten Küresel Ağ Modeline: Normatif Düzenin Dönüşümü	56
3.2.1. Yeni Bir Teori İhtiyacı	58
3.2.2. İdare Anlayışında Dönüşüm	59
3.2.3. Küresel Ağ Modeli	61
İKİNCİ BÖLÜM:.....	63
ULUSÖTESİ NORMLARIN GEÇERLİLİĞİ.....	63
1.1. Hukuki Çoğulculuk Bağlamında Ulusötesi Hukuk.....	63
1.1.1. Klasik Hukuki Çoğulculuktan Yeni Hukuki Çoğulculuğa.....	63
1.1.1.1. Birinci Dalga: Sömürgecilik ve Klasik Hukuki Çoğulculuk	64
1.1.1.2. İkinci Dalga: Yeni Hukuki Çoğulculuk	67
1.1.1.2.1. Göçmen Grupları ve Kültürel Azınlıklar	68
1.1.1.2.2. Sosyal İletişim Ağları ve Toplumsal Kurumlar	69
1.1.2. Üçüncü Bir Hukuki Çoğulculuk Dalgası Olarak Ulusötesi Hukuk...	71
1.2. <i>Lex Mercatoria</i> Örneği Üzerinden Geçerlilik Sorunsalının	
Değerlendirilmesi.....	75
1.2.1 Çok Uluslu Şirketlerin Hegemonik Yetkilerinin Analizi	76
1.2.2. Küresel Ekonomik İşlemlerde Devletsiz Geçerlilik Paradoksunun	
Aşılması.....	83
1.2.2.1. Hiyerarşize Etme.....	84
1.2.2.2. Zamansallaştırma	85
1.2.2.3. Dışsallaştırma.....	86
1.3. Ulusötesi Normların Yaratılma Süreci ve Küresel Sivil Toplum	88
1.3.1. Teamül Hukuku Bağlamında Ulusötesi Hukuk.....	88

1.3.2. Küresel Sivil Toplum Konsepti ve Ulusötesi Hukukun Yaratıcı Öznesi	90
2.LUHMANN'IN GENEL SOSYAL SİSTEMLER TEORİSİ BAĞLAMINDA KÜRESEL HUKUK NORMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	96
2.1. Sosyal Bilimlerde Sistem Kavramı ve <i>Autopoiesis</i>	96
2.1.1. <i>Autopoiesis</i> ve İletişim	99
2.1.2. Sosyal Sistemlerin Yapısı.....	102
2.2.Bir Alt Sistem Olarak Hukuk.....	104
2.3. Hukukun Sistem Kuramsal Analizinin Küresel Normlara Etkisi	109
SONUÇ	115
KAYNAKÇA.....	124
ÖZGEÇMİŞ	138



ÖNSÖZ

18 yaşındayken hukuk fakültesi öğrencisi olarak tanıştığım hukuk bilimi ile iştigalim boyunca kendilerinden ders aldığım ve çok şey öğrendiğim tüm kıymetli hocalarıma en içten teşekkürlerimi sunarım. Lisans eğitimim sırasında öğrencisi olduğum için kendimi şanslı hissettiğim, Prof. Dr. Emre ÖKTEM’e bu vesile ile en derin saygı, minnet ve şükranlarımı arz etmeyi bir borç bilirim. Aynı şekilde lisans öğrenimim sırasında öğrencisi olmak şansına eriştiğim; hukuka olan ilgimin dogmatik hukuk disiplinlerinden hukuk kuramına ve hukukun edebiyat ve felsefe ile olan ilişkisine kaymasında etkisi yadsınamayacak kadar büyük olan, eserlerinden yalnızca mesleki anlamda değil ruhsal ve entelektüel gelişimim anlamında da sürekli istifade ettiğim Prof. Dr. Cemal Bali AKAL’a en içten teşekkürlerimi sunarım.

Çalışma konusunu olgunlaştırmamda büyük katkısı olan ve bu çalışmanın oluşmasında bana anlayışla destek olan Dr. Öğr. Üyesi Birden GÜNGÖREN BULGAN’a teşekkür ederim.

Autopoietik sistemler üzerine yazdığı doktora tezi ile Türk akademik literatürüne oldukça kıymetli bir katkı sunduğunu düşündüğüm ve tezimde önemli taşların oturmasına vesilelik eden Dr. Öğr. Üyesi Gökçe ÇATALOLUK ASAL’a teşekkür ederim.

Bu çalışma, yazma sürecinde manevi ve psikolojik desteğini hiç esirgemeyen kızkardeşim Şevval ÇOBAN’a ithaf olunmuştur.

RÉSUMÉ

La problématique fondamentale que cette étude a abordée est de savoir si les normes du droit transnational sont valables et quelles sont les autorités de production normatives des entités transnationales. Bien que de nombreuses propositions théoriques soient avancées pour décrire le schéma normatif caractérisant le domaine transnational, un cadre théorique convenu en termes de validité des normes transnationales n'est pas encore disponible. Bien que l'inadéquation théorique dans ce domaine n'ait pas encore été résolue, la zone transnationale et ses institutions continuent à se développer à toute vitesse et deviennent de plus en plus complexes. Le but de cette étude est de compiler diverses approches théoriques traitant de l'interaction entre le droit et les structures sociales afin de fournir un cadre pour la validité des normes juridiques transnationales et de créer une perspective de validité des normes transnationales en les associant à la théorie des systèmes, formulée par Luhmann.

Tout en cherchant des réponses à la question de la validité des normes juridiques transnationales, les approches théoriques classiques de la validité des normes juridiques ont été examinées. Dans ce contexte, les débats de base sur la philosophie juridique ont été abordés et les approches des écoles de droit naturel sur la question de la validité ont été discutées. Toutes les écoles de droit naturel ont quelque chose en commun: toutes les écoles divisent la loi en deux parties: "de lege lata" et "de lege ferenda" et confèrent une supériorité hiérarchique à "de lege ferenda". Les approches de la relation entre le droit positif et le droit naturel ont conduit à différents types de droit naturel. En plus de la manière dont la relation entre le droit positif et le droit naturel est traitée, le contenu du principe de justice, présenté comme référence, apparaît comme une autre raison de la diversification des écoles de droit naturel. Si cette diversité est laissée de côté, le fait que la validité des normes

juridiques repose sur la conformité aux règles du droit naturel est un aspect frappant des écoles de droit naturel.

En ce qui concerne le positivisme juridique, on constate qu'il est diversifié tout comme les écoles de droit naturel. L'une de ces distinctions est façonnée par les modèles d'émergence des lois. Par exemple, alors que Savigny affirmait que la loi est créée spontanément dans la vie du peuple sans processus législatif conscient, Jhering soutient que la raison qui a à l'origine créé les sauts évolutifs dans le processus de création de règles juridiques est sont les actions des pouvoirs publics. Jellinek, par contre, représente une conception du positivisme très différente avec ses prémisses sur le droit et l'état.

La pyramide normative de Kelsen apparaît comme le cadre théorique qui reflète le mieux l'ordre juridique actuel du répertoire créé par ces discussions. C'est pourquoi la théorie de Kelsen a été largement incluse dans la partie de l'étude qui concerne le concept de validité juridique. En fait, les formes d'organisation juridique des États sont largement conformes au modèle pyramidal.

Si une évaluation doit être effectuée dans ce cadre, il est nécessaire de prévoir trois conditions préalables pour qu'une norme juridique soit acceptée comme valable. Ce sont l'existence matérielle, la normativité et la légalité. Cependant, le critère le plus important est le critère de «l'appartenance», qui est une dimension du critère de légalité. Par conséquent, lorsqu'on évalue la validité d'une norme, il faut d'abord examiner s'il appartient à un ordre juridique. Dans ce cas, la question de savoir comment définir l'ordre juridique sera remise en question. Kelsen décrit l'ordre juridique comme une forme d'algèbre sur un terrain particulier.

Après que la validité des normes juridiques a été décrite de cette manière, le théorème de Kelsen a été présenté à nouveau pour répondre à la manière dont les normes juridiques sont organisées. La "grundnorm", à laquelle l'ensemble de l'ordre normatif est soumis, est la colonne fondamentale de la théorie. D'autres normes énumérées sous cette norme de base prennent leur validité à partir d'une norme supérieure. Être contraire à la norme juridique supérieure est la cause de l'invalidité. Une fois que le modèle pyramidal a été expliqué, certains exemples sont traités pour

expliquer que le modèle pyramidal est insuffisant. Premièrement, il est question de la manière dont le pouvoir normatif ébranlé des lois, qui occupent une place importante dans l'ordre normatif, affecte toute la pyramide. Deuxièmement, il est question de la manière dont les tribunaux, qui jouent un rôle central en matière de droit et de pratique, influencent le fonctionnement de l'ordonnance par rapport à la structure pyramidale. Troisièmement, la question de savoir comment l'Union européenne, structure supranationale, affecte l'ordre juridique des États membres a été examinée.

Après avoir examiné ces exemples qui ont ébranlé le modèle pyramidal, le concept de droit transnational, qui menace désormais sérieusement la position exclusive des États dans la création de normes juridiques, a été abordé. Parmi les innombrables exemples au niveau transnational, le droit du sport mondial (*lex sportiva*) a été souligné et il a été expliqué comment la zone transnationale est séparée des domaines national et international à travers ce domaine juridique spécifique.

Cet exemple, ainsi que de nombreux autres exemples de la zone transnationale, montrent maintenant qu'un changement fondamental doit être apporté en termes de théorie juridique et que des définitions différentes doivent être produites pour la validité des normes juridiques. Il est clair qu'au moment où la réalité empirique subit un changement radical, les hypothèses logiques qui sous-tendent la théorie doivent également être remises en question. Par conséquent, il est possible de déterminer que cette transformation reflète le passage de la modernité à la postmodernité et de la transition de la logique cartésienne à la logique quantique. L'étude a également porté sur diverses composantes du «modèle de réseau». Ce modèle, cependant, est loin de fournir une réponse satisfaisante au problème qui préoccupe l'étude, il est préférable en raison de son succès dans la définition de la problématique.

Dans la première partie de l'étude, après la crise de la validité juridique classique et l'émergence de la domain transnational qui l'a conduit, le second chapitre a proposé des approches théoriques fondées sur la sociologie pour surmonter cette crise et tenter de validité des normes juridiques transnationales. L'objectif de

l'étude n'est pas de produire une réponse définitive, mais d'approfondir et de clarifier les questions existantes et de révéler les réponses à inclure dans les modèles théoriques proposés. S'appuyant sur une perspective sociologique, il a été tenté de trouver des explications théoriques générales en utilisant des exemples concrets.

Dans ce contexte, le concept de pluralisme juridique a été discuté pour la première fois. Après avoir examiné la vague de pluralisme juridique classique caractérisée par le colonialisme et la nouvelle vague de pluralisme axée sur les groupes sociaux dans les États modernes et les réseaux sociaux économiques, une troisième vague de pluralisme juridique a été analysée comme une réflexion juridique des transformations sociales déclenchées par phénomène de globalisation. De même que de nombreuses institutions sociales opérant dans la région de Bukowina, observées par Eugen Ehrlich au début du XXe siècle, ont leur propre ordre juridique, le paysage social et juridique actuel possède également une telle structure. Par conséquent, l'un des auteurs critiques, Teubner propose d'appeler l'ordre mondial d'aujourd'hui "Global Bukowina". Tout en décrivant le fonctionnement global, des concepts tels que les domaines sociaux semi-autonomes et le gouvernement privé, qui sont inclus dans la nouvelle littérature sur le pluralisme juridique, peuvent également être considérés comme des concepts appropriés.

La recherche du cadre théorique de la validité des normes transnationales a été poursuivie en examinant les règles de la *lex mercatoria*, le droit des transactions économiques mondiales. Dans ce contexte, les aspects hégémoniques des sociétés multinationales ont été analysés pour la première fois. Il convient de noter que les autorités que ces entreprises utilisent ne se limitent pas aux biens qu'elles possèdent. Le règlement intérieur, qui peut être décrit comme un ensemble de règles régissant les actions internes, comprend des dispositions prévoyant que l'autonomie de ces entreprises dépasse la portée du contrat entre le salarié et l'employeur. Il est à noter que le consentement du côté affecté n'a pas été pris à ce stade. Par conséquent, se pose la question de la légitimité des normes. La réponse à cette question est à nouveau produite à partir de l'opération pratique.

Deuxièmement, les contrats, les instruments qui constituent l'autre dimension de la *lex mercatoria*, ont été traités et l'origine de leur validité a été examinée. En

fait, ces contrats ne sont préparés selon la loi d'aucun État. Cependant, il est observé que les parties obéissent aux dispositions contractuelles. Quelle est la base pour accepter ces contrats qui n'ont aucune validité autre que leur référence personnelle, en tant que normes juridiques valables? Trois méthodes, appelées temporalisation, hiérarchisation et externalisation, guident la solution de cette problématique.

Après ces études sur la *lex mercatoria*, l'étude a porté sur la validité des normes juridiques dans leur processus de création. Dans ce contexte, premièrement, le concept de droit coutumier a été discuté. Bien que le processus de formation des normes mondiales soit quelque peu similaire à la formation des coutumes, il convient de noter que la production de normes est à la fois plus rapide et plus organisationnelle par le biais de certaines structures institutionnelles. Un deuxième point à traiter est de savoir qui est le sujet créateur de norme qui pourrait être une alternative à l'État-nation. Car si on peut répondre à cette question de manière satisfaisante, le problème de la validité juridique sera résolu. L'acceptation et la légitimité du fait que le sujet fasse autorité garantira que les normes qu'il produit sont légalement reconnues. Dans cette section, le concept de "société civile mondiale" a été mis en avant en tant que nouvel acteur émergent après que plusieurs alternatives ont été évaluées.

Pour comprendre le concept de la société civile mondiale de manière plus globale, il faudra concevoir la société comme un système social étroitement lié. C'est précisément pour cette raison que la théorie des systèmes de Niklas Luhmann a été étudiée en détail dans la dernière partie de cette étude. Tout d'abord, on explique pourquoi le dualisme système-environnement est préféré à celui qui se caractérise par le morceau et le tout. La relation entre le système et ses éléments et son environnement est ensuite expliquée. Suite à ces explications, le concept d'autopoïèse, qui joue un rôle clé, a été analysé. Ce concept est utilisé grossièrement pour décrire des systèmes capables de se reproduire. La reproduction est une méthode pour maintenir un système vivant et autonome. Le droit, qui peut être considéré comme un système social, évolue aussi bien que change de forme et préserve l'intégrité. Lorsque cela sera fait, il sera plus facile d'établir un cadre théorique pour des changements radicaux dans la structure sociale. En définitive, il est possible d'aborder les normes du droit transnational dans ce contexte. Lorsque la

loi est considérée comme un système autopoïétique, il faut tout d'abord déterminer qu'il s'agit d'une structure évolutive et dynamique. Dans ce contexte, la validité des normes sera déterminée en examinant la communication juridique, et non en examinant les sujets ou les sources de la loi. Deuxièmement, lors de la description de la loi, il convient d'examiner comment elle s'observe. Selon cette méthode, appelée observation de second ordre, chaque cas traité est évalué selon un code légal / illégal et il est déterminé s'il est inclus dans le système juridique. Une autre dimension est le fait que le système juridique a formé une unité par des opérations répétitives. En conséquence, chaque nouvelle transaction sera considérée comme valide dans la mesure où elle peut constituer une entité cohérente avec les transactions précédentes. La jurisprudence créée par les institutions judiciaires qui remplissent cette fonction dans le contexte global enrichit le droit "corpus" de manière cumulative, ce qui constitue un facteur de "légalité" en ce sens. Par conséquent, les organes judiciaires font partie de la notion de droit par leur forme de fonctionnement en tant que constructions qui acceptent valablement les normes juridiques mondiales.

ABSTRACT

The basic problematic that this study dealt with is whether the norms of transnational law are valid and where the normative production authorities of the transnational entities are rooted. Although there are many theoretical proposals put forward to describe the normative scheme characterizing the transnational area, a theoretical framework agreed upon in terms of the validity of transnational norms is not yet available. While the theoretical inadequacy in this area has not been solved yet, the transnational area and its institutions continue to develop at full speed and become increasingly complex. The purpose of this study is to compile various theoretical approaches that address the interaction between law and social structures in order to provide a framework for the validity of transnational legal norms and to create a perspective for the validity of transnational norms by linking them with Luhmann's system theory

While seeking answers to the question of the validity of the transnational legal norms, the classical theoretical approaches to the validity of legal norms have been examined. In this context, firstly the basic debates of legal philosophy were mentioned and the approaches of natural law schools to the question of validity were discussed. All natural law schools have something in common: all the schools divide the law into two parts as "de lege lata" and "de lege ferenda" and they confer a hierarchical superiority to "de lege ferenda". Approaches to the relationship between positive law and natural law have led to different types of natural law. In addition to the way in which the relationship between positive law and natural law is handled, the content of the justice principle, which is shown as a reference, emerges as another reason for the diversification of the natural law schools. If this diversity is left aside, the fact that the validity of legal norms is based on conformity with natural law rules is a striking aspect of natural law schools.

When it comes to legal positivism, it is noticed that it is diversified just like natural law schools. One of these distinctions is shaped by the patterns of the emergence of laws. For example, while Savigny argued that the law is spontaneously created within the people's life without a conscious law-making process, Jhering argues that the reason that originally created the evolutionary leaps in the process of the creation of legal rules is "laws", which are the actions of the public authorities. Jellinek, on the other hand, represents a quite different understanding of positivism with its premises on law and state.

Kelsen's normative pyramid stands out as the theoretical framework that best reflects the current legal order from within the repertoire created by these discussions. That's why Kelsen's theory has been extensively included in the part of the study that relates to the concept of legal validity. As a matter of fact, the forms of legal organization of states are largely in line with the pyramid model.

If an evaluation is to be made within this scope, it is necessary to provide three preconditions in order for a legal norm to be accepted as valid. These are material existence, normativity and legality. However, the criterion that is most important is the criterion of "belonging", which is a dimension of the legality criterion. Therefore, when assessing the validity of a norm, it must first be examined whether it belongs to a legal order. In this case, the question of how to define the legal order will come into question. Kelsen describes the legal order as a form of algebra on a particular piece of land.

After the validity of the legal norms was described in this way, Kelsen's theorem was presented again to answer how the legal norms are organized. The "grundnorm", to which the whole of the normative order is subject, is the basic column of theory. Other norms listed under this basic norm take their validity from a higher norm. To be contrary to the higher legal norm is the cause of invalidity. After the pyramid model has been explained, some examples are handled that the pyramid model is insufficient to explain. First, it is discussed how the shaken normative power of laws, which have an important position in the normative order, affects the whole pyramid. Secondly, it is discussed how courts, which have a central role in relation to law and practice, influence the operation of the order in relation to the

pyramid pattern. Thirdly, the question of how the European Union, a supranational structure, affects the legal order of member states has been examined.

After examining these examples, which have shaken the pyramid model, the concept of transnational law, which now seriously threatens the exclusive position of states in the creation of legal norms, has been addressed. As one of the countless examples on the transnational level, the global sports law (*lex sportiva*) has been emphasized and it has been explained how the transnational area is separated from the national and international domains through this specific legal domain.

This and many other examples of the transnational area now show that a fundamental change must be made in terms of legal theory and that different definitions should be produced for the validity of legal norms. It is clear that at a time when the empirical reality is undergoing a radical change, logical assumptions underlying the theory must also be questioned. Therefore, it is possible to determine that this transformation is a reflection of the transition from modern to postmodernity and from the transition of cartesian logic to quantum logic. The study also covered various components of the “network model”. This model, however, is far from providing a satisfactory answer to the problem that the study is concerned about, it is preferred because of its success in drawing the outline of the problematic.

In the first part of the study, after the crisis of the classical legal validity perspective and the emergence of the transnational field that led to it, the second chapter proposed some sociological based theoretical approaches to overcome this crisis and tried to establish a framework for the validity of transnational legal norms. The aim of the study is not to produce a definite answer but to deepen and clarify the existing questions and to reveal the answers that should be included in the suggested theoretical models. Since it is based on a sociological perspective, it has been attempted to reach general theoretical explanations through the use of concrete examples.

In this context, the concept of legal pluralism was first discussed. After examining the wave of classical legal pluralism characterized by colonialism and the new wave of pluralism focusing on social groups in modern states and economic

based social networks, a third wave of legal pluralism has been analyzed as a legal reflection of the social transformations triggered by the globalization phenomenon. Just as numerous social institutions operated in Bukowina region, which were observed by Eugen Ehrlich in the early 20th century, have their own legal order, today's social and legal landscape also has such a structure. Therefore, one of the critical writers, Teubner proposes to call today's world order "Global Bukowina". While describing the global functioning, concepts such as semi-autonomous social fields and private government, which are included in the new legal pluralism literature, can also be considered as suitable concepts.

The search for the theoretical framework for the validity of transnational norms has been carried on by examining the *lex mercatoria* rules, the law of global economic transactions. In this context, the hegemonic aspects of multinational corporations were first analyzed. It should be noted that the authorities that these companies use are not limited only to the assets they own. The *reglement interieur*, which can be described as a set of rules governing internal action, includes arrangements for the autonomy of these companies to exceed the scope of the contract between the employee and the employer. It is noteworthy that the consent of the affected side was not taken at this point. Therefore, the question of where the legitimacy of the norms comes from arises. The answer to this question is again produced from practical operation.

Secondly, the contracts, the instruments that constitute the other dimension of *lex mercatoria*, were handled and the origin of their validity was examined. As a matter of fact, these contracts are not prepared according to the law of any state. However, it is observed that the parties are obedient to the contractual provisions. What is the basis for accepting these contracts that have no validity other than its self-reference, as valid legal norms? Three methods, called temporalization, hierarchization and externalization, guide the solution of this problematic.

After these studies on *lex mercatoria*, the study has focused on the validity of legal norms in their creation process. In this context, firstly the concept of customary law has been discussed. Although the process of formation of global norms is somewhat similar to the formation of customs, it is noteworthy that norm production

is both faster and more organisationally established through certain institutional structures. A second point to be addressed is who is the norm creator subject that could be an alternative to the nation state. Because if this question can be answered satisfactorily, the legal validity problem will be solved. Acceptance and legitimacy of the fact that the subject is authoritative will ensure that the norms it produces are legally recognized. In this section, the concept of "global civil society" has been emphasized as a new emerging actor after several alternatives have been evaluated.

To understand the global civil society concept in a more comprehensive way, it will be necessary to conceive society as intertwined social systems. This is exactly why Niklas Luhmann's system theory was studied in detail in the last part of this study. Firstly, it is explained why the system-environment dualism is preferred to the one that characterized by piece and whole. Then the relation of the system to its elements and its surroundings is explained. Following these explanations, the concept of autopoiesis, which has a key role, has been analyzed. This concept is used roughly to describe systems that have the ability to reproduce themselves. Reproduction is a method of keeping a system alive and autonomous. Law, which can be regarded as a social system, evolves as well as changes form and preserves integrity. When this is done, it will be easier to establish a theoretical framework for radical changes in the social structure. Ultimately, it is possible to address norms of transnational law in this context. When the law is considered as an autopoietic system, first of all it must be determined that it is an evolutionary and dynamic structure. In this context, the validity of the norms will be determined by examining the legal communication, not by looking at the subjects or the sources of the law. Secondly, when describing the law, one should look at how it observes itself. According to this method, which is called second order observation, each case processed is assessed according to legal / illegal code and it is determined whether it is included in the legal system. Another dimension is the fact that the legal system has formed a unity through repetitive operations. Accordingly, each new transaction will be deemed as valid to the extent that it can form a consistent entity with the previous transactions. The case law created by the judicial institutions that perform the function in the global context enriches the law "corpus" cumulatively, which is a factor that gives "lawfulness" to the law in this sense. Therefore, judicial organs

constitute a part of the concept of law by their form of functioning as constructs that serve as a valid acceptance of global legal norms.



ÖZET

Çalışmanın ele aldığı temel sorunsal, ulusötesi hukuk normlarının geçerli olup olmadıkları ve ulusötesi alanda yer alan öznelerin norm üretim yetkilerinin nereden kaynaklandığıdır. Ulusötesi alanı karakterize eden normatif düzeni tarif etmek için ortaya atılan birçok kuramsal öneri mevcut olsa da ulusötesi normların geçerliliği bakımından üzerinde uzlaşılmış teorik bir çerçeve henüz mevcut değildir. Bu konudaki kuramsal yetersizliğe rağmen ulusötesi alan ve ona ait kurumlar tüm hızıyla gelişmeye devam etmekte, gitgide kompleks bir hale gelmektedir. Bu çalışmanın amacı, ulusötesi hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin bir çerçeve sunmak adına, hukuk ile sosyal yapılar arasındaki karşılıklı etkileşimi temele alan çeşitli kuramsal yaklaşımları derlemek ve bunları Luhmann'ın sistem kuramı ile bağdaştırarak ulusötesi normların geçerliliği için bir perspektif oluşturmaktır.

Ulusötesi hukuk normlarının geçerliliği sorunsalına cevap aranırken öncelikle hukuksal normların geçerliliği için klasik kuramsal yaklaşımlar incelenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak hukuk felsefesinin temel tartışmalarına değinilmiş ve öncelikle doğal hukuk ekollerinin yaklaşım biçimleri ele alınmıştır. Bütün doğal hukukçu ekollerde ortak olan bir yan vardır: hepsi de hukuku “olan” ve “olması gereken” hukuk şeklinde ayırmaktadırlar ve adalet ilkesi ışığında mevcut hukuk normlarının “olması gereken” doğal hukuk kurallarına uygun hale getirilmesi gerektiğini öne sürerler. Pozitif hukuk ile doğal hukuk arasındaki ilişkiye yönelik benimsenen yaklaşımlar farklı doğal hukuk yaklaşımları doğurmuştur. Pozitif hukuka ilişkin yaklaşım tarzının yanı sıra referans olarak gösterilen adalet ilkesinin içeriğinin tayin edilme şekli de doğal hukukçu ekollerin çeşitlenmesinin bir diğer nedeni olarak karşımıza çıkar. Bu çeşitlilik bir tarafa bırakılırsa, hukuksal normlarının geçerliliğinin soyut bir olması gereken hukuka uygunluk ile temellenmesi doğal hukukçu yaklaşımların çarpıcı yönünü teşkil eder.

Hukuksal pozitivizme gelince onun da tıpkı doğal hukukçu ekoller gibi çeşitlendiği fark edilir. Bu ayrımlardan biri yasaların oluşum sürecine göre şekillenir. Örneğin Savigny, hukukun bilinçli bir yasa koyucu edim olmaksızın halkın yaşayışında teşekkül ettiğini öne sürerken Jhering, onun hukukun doğuşunu kendiliğinden gerçekleşen süreçlerle açıklamasına mukabil, evrimsel sıçramaları asıl yaratan dolayısıyla hukuki üreten nedenin kamusal otoritelerin iradi edimleri olan “yasalar” olduğunu öne sürer. Jellinek ise hukuk ve devlet ile ilgili öncülleriyle iki ekolden de oldukça farklı bir pozitivizm anlayışını temsil eder

Bu tartışmaların yarattığı dağarcık içinden günümüz hukuk düzenini en iyi yansıtan teorik çerçeve olarak Kelsen’in normlar piramidi öne çıkar. Çalışmanın hukuki geçerlilik kavramına ilişkin olan kısmında tam da bu yüzden Kelsen’in kuramına etraflıca yer verilmiştir. Nitekim devletlerin hukuki örgütlenme şekilleri büyük ölçüde piramit modeli ile örtüşmektedir.

Bu kapsamda değerlendirme yapılacak olursa, bir hukuk normunun geçerli kabul edilmesi için öncelikle üç ön koşulu sağlaması gerekmektedir. Bunlar maddi varlık, normatiflik ve hukukiliktir. Ancak asıl önem arz eden kriter hukukilik kriterinin bir boyutu olan aidiyet kriteridir. Aidiyetten kasıt bir hukuk düzenine ait olmaktır. Dolayısıyla bir normun geçerliliği değerlendirilirken öncelikle onun bir hukuk düzenine ait olup olmadığı incelenmelidir. Bu durumda hukuk düzeninin nasıl tanımlanacağı sorunu gündeme gelecektir. Kelsen hukuk düzenini, belli bir toprak parçası üzerindeki cebir düzeni olarak tanımlayacaktır.

Hukuki normların geçerliliği bu şekilde tarif edildikten sonra hukuk normlarının nasıl bir düzende örgütlendikleri sorusuna yine Kelsen’in kuramı içinden bir cevap sunulmuştur. Bütün normatif düzenin tabi olduğu *grundnorm* kuramın adeta temel sütunudur. Bu temel normun altında sıralanan diğer normlar geçerliliklerini bir üst normdan almaktadır. Üst norma aykırılık ise geçersizlik nedenidir.

Piramit modeli izah edildikten sonra piramidin sarsıntıya uğradığı bazı noktaların üzerinde durulmuştur. İlk olarak normatif düzen içinde önemli bir konumu haiz olan kanunların sarsılan normatif gücünün bütün piramidi nasıl etkilediği ele

alınmıştır. İkinci olarak, yasa ve uygulama ilişkisi üzerinden merkezi bir role sahip olan mahkemelerin düzenin işleyişindeki etkinliğinin piramit modelini nasıl etkilediği tartışılmıştır. Üçüncü olarak da ulusüstü bir yapı olan Avrupa Birliği'nin, üye devletlerin hukuki düzenleri açısından tetiklediği tartışmalara yer verilmiştir.

Piramit modelini sarsan bu örneklerin incelenmesinden sonra artık devletlerin, hukuk normlarının yaratılması hususundaki münhasır konumlarını ciddi anlamda tehdit eden ulusötesi hukuk kavramı ele alınmıştır. Çok farklı sayıda disiplin barındıran bu düzlemdeki sayısız örnekten biri olarak küresel spor hukuku kurallarının (*lex sportiva*) üzerinde durulmuş, bu hukuk dalı üzerinden ulusötesi alanın hangi özelliğiyle ulusal ve uluslararası alanlardan ayrıldığı açıklanmıştır.

Ulusötesi alana ait bu ve bunun gibi birçok örnek artık hukuk teorisi bakımından da esaslı bir değişikliğe gidilmesi gerektiğini, hukuk normlarının geçerliliği için farklı tanımlar üretilmesi gerektiğini göstermektedir. Somut olgunun radikal bir değişikliğe maruz kaldığı bir süreçte, teorinin buna ayak uydurması için temeldeki mantıksal varsayımların da sorgulanması gerektiği açıktır. Dolayısıyla bu dönüşümün bir anlamda moderniteden postmoderniteye geçişin, kartezyen mantıktan kuantum mantığa geçişin bir izdüşümü olacağı tespiti yapmak da mümkündür. Çalışmada ayrıca *network* modelinin barındırdığı çeşitli bileşenler ele alınmıştır. Fakat bu model, çalışmanın ilgilendiği sorunsala doyurucu bir cevap sunmaktan uzak olup yalnızca sorunsalın hatlarını çizmedeki başarısına binaen yer verilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, klasik hukuki geçerlilik perspektifinin yaşadığı kriz ve ona yol açan ulusötesi alanın ortaya çıkışı ele alındıktan sonra ikinci bölümde, bu krizi aşmak için sosyolojik temelli birtakım kuramsal yaklaşımlar önerilmiş, ulusötesi hukuk normlarının geçerliliği için bir çerçeve oluşturmaya çalışılmıştır. Aslında yapılan, ortaya konulmuş olan sorunsala kesin bir cevap üretmekten ziyade mevcut soruları derinleştirip belirginleştirmek, alternatif modellerin içermesi gereken cevapları ortaya koymaktır. Yöntemsel olarak sosyolojik olgu temele alındığından tekil somut örneklerden kapsayıcı kuramsal açıklamalara ulaşılmaya çalışılmıştır.

Bu bağlamda ilk olarak hukuki çoğulculuk kavramı ele alınmıştır. Sömürgecilik ile karakterize edilen klasik hukuki çoğulculuk dalgası ile modern devletlerdeki sosyal gruplara ve ekonomik bazlı sosyal iletişim ağlarına odaklanan yeni hukuki çoğulculuk dalgası incelendikten sonra küreselleşme olgusunun tetiklediği sosyal dönüşümlerin hukuk düzeni üzerindeki yansıması olarak üçüncü bir hukuki çoğulculuk dalgası analiz edilmiştir. Eugen Ehrlich'in 20. yüzyıl başlarında Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun Bukowina bölgesinde gözlemlediği çok sayıda sosyal kuruluşun kendilerine özgü hukuki düzenleri olması gibi, günümüzün sosyal ve hukuki manzarası da böyle bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla eleştirel yazarlardan Teubner günümüz dünya düzeninin "Küresel Bukowina" olarak adlandırmayı teklif eder. Küresel işleyişi tarif ederken, yeni hukuki çoğulculuk literatüründe yer verilen yarı-otonom sosyal alanlar ve özel hükümet/otorite (*private government*) gibi kavramlar da elverişli konseptler olarak değerlendirilebilir.

Ulusötesi normların geçerliliğine kuramsal çerçeve arayışı, küresel ekonomik işlemlerin hukuku diğer adıyla *lex mercatoria* kuralları incelenerek sürdürülmüştür. Bu kapsamda ilk olarak çok uluslu şirketlerin hegemonik yetkileri analiz edilmiştir. Nitekim bu şirketlerin tasarruf yetkisi, salt sahibi oldukları malvarlıkları üzerinde değildir. İç işleyişi düzenleyen kurallar bütünü olarak tarif edilebilecek *reglement interieur*, bu şirketlerin sahip oldukları otonominin işçi işveren ilişkilerini de aradaki sözleşmenin kapsamını aşacak şekilde düzenlemeler içermektedir. İşte tam da bu noktada düzenlemeden etkilenen tarafın rızasının alınmamış olduğu dolayısıyla söz konusu normların meşruiyetinin nereden kaynaklandığı sorunsalı gündeme gelmektedir. Bu soruya cevap yine pratik işleyiş içinden üretilmiştir.

İkinci olarak *lex mercatoria*'nın diğer boyutunu teşkil eden sözleşmeler ele alınarak bu sözleşmelerin geçerlilik kaynağı araştırılmıştır. Nitekim bu sözleşmeler herhangi bir devletin hukukuna göre hazırlanmış değildir. Buna rağmen tarafların sözleşme hükümlerine uydukları gözlemlenmektedir. O halde kendinden başka geçerlilik dayanağı olmayan yani öz-geçerliliğini kuran bu sözleşmelerin geçerli hukuk normları olarak kabul edilmelerinin dayanağı nedir? Zamansallaştırma, hiyerarşize etme ve dışsallaştırma adı verilen üç yöntem bu sorunsalın çözümünde yol gösterici niteliktedir.

Lex mercatoria ile ilgili bu incelemelerden sonra çalışma, hukuk normlarının geçerliliğini onların yaratılma süreçlerinde aramaya odaklanmıştır. Bu bağlamda ilk olarak teamül hukuku kavramı ele alınmıştır. Küresel normların oluşma süreci kısmen teamüllerin oluşumuna benzese de norm üretiminin hem daha hızlı olması hem de daha organize bir şekilde belirli kurumsal yapılar aracılığıyla tesis edilmeleri önemli bir fark olarak dikkat çekmektedir. Ele alınan ikinci bir nokta da ulus devlete alternatif olabilecek norm yaratıcı öznenin ne olduğudur. Zira bu soruya sağlıklı bir cevap verilebildiği ölçüde hukuki geçerlilik sorunsalı da çözüme kavuşturulmuş olacaktır. Öznenin yetkili olduğunun kabulü ve meşru olarak görülmesi, ürettiği normların hukuki kabul edilmesini sağlayacaktır. Bu kısımda birkaç alternatif değerlendirildikten sonra yeni ortaya çıkan bir aktör olarak “küresel sivil toplum” kavramının üzerinde durulmuştur.

Küresel sivil toplum konseptini daha kapsamlı bir şekilde kavramak için toplumu, iç içe geçmiş sosyal sistemler olarak tasavvur etmek gerekecektir. Tam da bu nedenle çalışmanın son bölümünde Niklas Luhmann’ın sistem kuramı üzerinde detaylıca durulmuştur. İlk olarak parça bütün ikilisine karşılık neden sistem çevre ikilisinin tercih edildiği açıklanmıştır. Akabinde sistemin öğeleriyle ve çevresiyle olan ilişkisi izah edilmiştir. Bu açıklamaları takiben anahtar bir role sahip olan *autopoiesis* kavramı ele alınmıştır. Bu kavram kabaca kendini yeniden üretme kabiliyeti olan sistemleri tarif etmek için kullanılmaktadır. Yeniden üretim bir sistemin hem hayatiyetini hem de özerkliğini muhafaza etmenin bir metodu olarak dikkat çekmektedir. Bir sosyal sistem olarak değerlendirilebilecek olan hukuk da evrimleşirken hem form değiştiren hem de bütünlüğünü muhafaza edebilen bir nitelik arz eder. Tarif böyle yapıldığında sosyal yapıdaki radikal değişikliklere kuramsal çerçeve oluşturmak da daha kolay olacaktır. Son tahlilde, ulusötesi hukuk normlarını da bu bağlamda ele almak mümkündür. Hukuk *autopoietik* bir sistem olarak düşünüldüğünde, öncelikle onun evrimsel ve dinamik bir yapıda olduğunu teslim etmek gerekir. Bu kapsamda, normların geçerliliği de öznelere veya hukukun kaynaklarına bakılarak değil hukuki iletişimlerle incelenerek saptanacaktır. İkinci olarak hukuku tarif ederken onun kendini nasıl gözlemlediğine bakılacaktır. İkinci düzey gözlem adı verilen bu yönteme göre, işleme alınan her olgu legal/illegal koduna göre değerlendirilerek hukuk sistemine dahil olup olmadığı tayin edilmektedir. Bir diğer boyut ise, hukuk sisteminin yineleyen işlemleriyle bir birlik

oluşturduğu hususudur. Buna göre her yeni işlem, önceki işlemler ile tutarlı bir bütün oluşturabildiği ölçüde geçerli olarak kabul edilecektir. Küresel alanda fonksiyon icra eden yargı kurumlari tarafından oluşturulan içtihatların kümülatif olarak birikip hukuk “corpus”unu zenginleştirmesi bu anlamda hukuka “hukukilik” niteliği kazandıran bir faktördür. Dolayısıyla yargı organları, küresel hukuk normlarının geçerli kabul edilmesine hizmet eden yapılar olarak işleyiş biçimleriyle hukukilik kavramının bir boyutunu teşkil etmektedirler.



GİRİŞ

2010 yılında Güney Afrika Cumhuriyeti'nde düzenlenen Dünya Kupası kapsamındaki bir futbol müsabakasında bir grup taraftar FIFA'nın rekabet kurallarını ihlal ettikleri gerekçesiyle devletin polis gücü tarafından stadı terk etmeye zorlanarak alıkonuldular. Devletin iç hukuk mevzuatına herhangi bir aykırılık taşımayan bir davranışın, uluslararası bir futbol kuruluşunun yönlendirmesi üzerine hukuka aykırı kabul edilip devletin kolluk gücü tarafından bir yaptırıma tabi tutulması yetki sorunu başta olmak üzere birçok tartışmayı da beraberinde getirdi. Klasik hukuki geçerlilik perspektifinden ele alındığında FIFA'nın belli bir ülkede geçerli hukuk normlarını askıya alarak kendi kurallarını dikte etmesi kabul edilemezdi. Nitekim bu kuruluş devletler arasında imzalanan bir anlaşma ile de tesis edilmiş değildi. Dolayısıyla bu durum iç hukuk uluslararası hukuk çatışması bağlamında da ele alınamazdı. Buradaki çatışma daha çok 21. yy'da etkisini çok daha fazla hissettirmeye başlayan küreselleşme olgusu ve onun normatif düzen üzerindeki yansımasıyla ilgiliydi. İşte bu yansımayı ve küreselleşmenin etkilerini değerlendirmek için ortaya atılmış olan bir kavram vardır: ulusötesi (*transnasyonal*) alan.

Ulusötesi alanı karakterize eden normatif düzeni tarif etmek için ortaya atılan birçok kuramsal öneri mevcut olsa da ulusötesi normların geçerliliği bakımından üzerinde uzlaşılmış bir teorik çerçeve henüz geliştirilebilmiş değildir. Esasen, bu konudaki teorik yetersizlik sürse de ulusötesi alan ve ona ait kurumlar tüm hızıyla gelişmeye devam etmekte, gitgide daha kompleks bir hale gelmektedir. Bu çalışmanın amacı, ulusötesi hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin bir çerçeve sunmak adına, hukuk ile sosyal yapılar arasındaki karşılıklı etkileşimi temel alan çeşitli kuramsal önerileri derlemek ve bazı modelleri öne çıkarmaktır.

Bu bağlamda öncelikle hukuksal normların geçerliliğine ilişkin genel açıklamalar yapılacaktır. Öncelikle günümüze hakim olan anlayışların hangi

tartışmaların akabinde şekillendiğini göstermek adına çeşitli doğal hukuk türlerine değinilecek, ardından hukuksal pozitivizm ana hatlarıyla ele alınacaktır. Buradan da hukuk normlarının geçerliliği bakımında en kapsayıcı çözümü önerdiğini düşündüğümüz Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisi modeli üzerinde durulacaktır. Piramit modeli olarak da adlandırılabilir olan bu model etraflıca açıklandıktan sonra, bu modelin yetersiz kaldığı noktalar birtakım örnekler üzerinden ele alınacaktır. İlk olarak normatif düzen içinde önemli bir konumu haiz olan kanunların sarsılan normatif gücünün bütün piramidi nasıl etkilediğine değinilecektir. Daha sonra, yasa ve uygulama ilişkisi üzerinden merkezi bir role sahip olan mahkemelerin, düzenin işleyişindeki etkin rolünün, piramit modeline yöneltilecek ne tür itirazların dayanağı olduğu incelenektir. Akabinde de ulusüstü bir yapı olan Avrupa Birliği'nin, üye devletlerin hukuki düzenleri açısından tetiklediği tartışmalar üzerinden piramit modelinin zayıf yanları irdelenecektir. Bu aşamayı takiben de artık normlar hiyerarşisinin sarsılmanın da ötesinde esaslı bir yıkıma uğratılmasına öncülük eden ulusötesi alanın ortaya çıkışı analiz edilecektir. Bu yapılırken küreselleşme olgusunun etkisi merkeze alınacak, kuramsal bir model önerilmeden yalnızca somut manzarayı tasvire yarar anahtar kavramlardan yararlanılacaktır. François Ost'un önerdiği küresel ağ anlamına da gelen *network* modeli bu anlamda işlevseldir. Ayrıca, ulusötesi alan her ne kadar birçok farklı hukuk dalıyla ilintili olsa da genel manzarayı tasvir etmesi ve çalışmanın ilgilendiği esas sorunsalı şematize etmesi bakımından küresel spor hukukunun (*lex sportiva*) işleyişi detaylıca incelenecektir. Hemen sonrasında da, *network* modelinin barındırdığı çeşitli bileşenler ele alınacaktır. Fakat bu model, çalışmanın ilgilendiği sorunsala doyurucu bir cevap sunmaktan uzak olup modelden yalnızca sorunsalın hatlarını çizmedeki başarısına binaen yararlanılmıştır.

Hukuki geçerliliğe ve piramit modeline ilişkin değerlendirme yapıldıktan sonra çalışmanın ikinci bölümünde ulusötesi normların geçerliliği hususuna odaklanılacaktır. İlk olarak sosyolojik temelli bazı yaklaşımlar ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle hukuki çoğulculuk literatüründen yola çıkılarak, bu konsept ile küreselleşme olgusunun kesiştiği üçüncü hukuki çoğulculuk dalgasının üzerinde durulacaktır. Daha sonra yine sosyal işleyişin bileşenlerine başvurularak bunlar arasında öne çıkan ve hukuk kuramı açısından paradigmatik bir dönüşüme başatlık eden küresel ekonomik işleyişin hukuku olarak adlandırılabilir *lex mercatoria*

kuralları geçerlilik bakımından ele alınacaktır. Bu yapıldıktan sonra da hukuk normlarının oluşum süreçleri değerlendirilecek, geçerlilik sorunsalı küresel düzende temayüz eden norm yaratıcı özneler bağlamında ele alınacaktır.

Son olarak da Niklas Luhmann tarafından ortaya atılan “genel sistem kuramı” ana hatlarıyla izah edilecek ve hukuk *autopoietik* bir sistem olarak ele alınacaktır. Sistem kuramına dayanan analiz aynı zamanda geçerlilik sorunsalına ilişkin esaslı bir perspektif değişikliği anlamına gelmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde hukuki normların geçerliliğine ilişkin tüm öneriler, somut olgulardan yola çıkmakta ancak kapsayıcı bir çözüm getirememektedirler. İşte sistem kuramı, teklif ettiği bakış açısı değişikliği ile tüm bu önerilerdeki açık yanları kapatmakta bütüncül bir kuramsal yapı vaat etmektedir. Ancak Luhmann kuramını inşa ederken küresel hukuk normlarını değerlendirmede, bu çalışmada hukuki çoğulculuk literatürü ile sistem kuramını bağdaştıran yazarların yaklaşımlarından da faydalanılmıştır. Ayrıca ulusötesi normların geçerliliği sorunsalına çözüm aranırken, klasik hukuki geçerlilik anlayışının barındırdığı açık noktaların kapatılmasına çabalanarak ilk bölümde öne sürülen *network* düzenini de kapsamaya elverişli bir kuramsal model ortaya konmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM:

HUKUKSAL NORMLARIN GEÇERLİLİĞİ VE NORMATİF DÜZENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. HUKUKİ GEÇERLİLİK KAVRAMI VE NORMLARIN HİYERARŞİK DÜZENİ

Hukuksal normların geçerliliği sorunsalı, doğal hukuk pozitif hukuk çatışmasının ana eksenlerinden biridir. Geçerliliğin hangi temele dayandığına verilen cevap ile benimsenen hukuk kuramı arasında güçlü bir ilişki vardır. Bu nedenle öncelikle, farklı hukuk kuramsal perspektiflere değinmek gerekir.

1.1. Doğal Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde Hukuki Geçerlilik

Hukukun bir disiplin olarak ahlak veya din gibi normatif düzenlerden tam olarak ayrılmadığı modern öncesi dönemde, hukuki geçerlilik kavramının saf bir şekilde tanımlanmaktan uzak olduğu açıktır. Dolayısıyla bir topluluğun kültürel ve epistemolojik yaklaşımlarının hukuk kuralları üzerinde güçlü bir etkiye sahip olduğu öne sürülebilir. Bu itibarla, dini ve ahlaki düşünceye dayanan toplumsal tasavvur hukukun, aşkın bir kavram olan adalet nosyonu ile birlikte değerlendirilmesine yol açmıştır.¹ O halde hukuka uygun olanın tayini adil olanın ne olduğuyla bir örtüşme gösterecektir. Kabaca “olması gereken” hukuk olarak tarif edilebilecek olan doğal hukuk anlayışı, modern dönemlere kadar hukuk felsefesi tartışmalarına egemen olmuş olup bir toplumun hukuk düzeninin değişim ve gelişim dinamiklerinin incelenmesinde öncelikle başvurulacak bir enstrüman olarak karşımıza çıkmaktadır.

Teslim etmek gerekir ki, tek bir doğal hukuk anlayışı mevcut değildir ve birbirine çok uzak ideolojilerin temsil edildiği farklı doğal hukuk ekolleri aynı

¹ Michel Troper, **Hukuk Felsefesi**, İstanbul: Dost, 2011, s.19

yelpazede kendilerine yer bularak doğal hukuk dağarcığına çeşitlilik katar. Buna rağmen doğal hukukçu yazarların en azından bir ortak özellikleri olduğu söylenebilir: bütün doğal hukuk ekolleri düalisttir.² Pozitivistlerin, pozitif hukukun itibar edilebilir tek hukuk anlayışı olduğunu kabul etmelerine mukabil doğal hukukçular, pozitif hukuk ile doğal hukuk adında iki ayrı hukuk olduğunu ve daha önemlisi doğal hukukun “bilinebilir” olduğunu kabul ederler. Başka bir deyişle, pozitivizm doğal hukukun varlığını inkar ederken, doğal hukukçuluk pozitif hukukun varlığını kabul eder ama onun üzerinde pozitif hukukun uyması gereken doğal bir hukuk olduğunu da öne sürer.³ Böylelikle doğal hukuk ile pozitif hukuk arasında bir hiyerarşi kurulmuş, doğal hukuka bir üstünlük tanınmıştır.

Doğal hukukun işlevini anlamak için onu; nitelik, yöneldiği kişiler, pozitif hukukla ilişki ve içerik bakımlarından değerlendirmek gerekir.⁴ Nitelik bakımından yapılan değerlendirmede Michel Villey, klasik doğal hukuk doktrinini, esin kaynağını Aristoteles felsefesinde bulan Roma hukuk doktrini olarak ele alır. Burada önemli olan nokta hukukun bir kurallar bütünü olmanın ötesinde bir varlığının söz konusu olmasıdır. Hukuk somut ve olgusal bir “şey”dir. Aristocu geleneği izleyen Villey’e göre hukuk, bir toplumu oluşturan insanlar arasındaki doğru ilişkilerdir.⁵ İnsani eylemlerin ontolojik anlamda “telos”a ya da bunun Aristocu doğal hukuk anlayışındaki yansıması olarak “adil” olana yönelmesiyle beliren hukuk kuralları insan iradesini aşan ve insanın onun yaratım sürecine akıl vasıtası ile aracı olduğu bir konsepti ifade eder. Yani toplumsal düzen kendiliğinden oluşur ve hukuk biliminin yaptığı, ampirik bir olgu olan bu düzeni gözlemleyerek doğal hukuku keşfetmekten ibarettir.⁶

Bireycilik felsefesinin tesirinde gelişen modern doğal hukuk anlayışları ise vurguyu insanın kendi doğası sayesinde sahip olduğu haklara yapar ve hukuk biliminin konusunu yine bu doğanın incelenmesi yoluyla hukuk kurallarının ortaya çıkarılmasına özgüler. Belirtmek gerekir ki, politik iktidar burada hukukun yaratıcısı olarak ele alınmamaktadır. Bireyin tabii olarak sahip olduğu haklar politik iktidara

² Ibid.20

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Paris: Montchrestien, 1968, s.56

⁶ Max Salomon Shellen, "Aristotle on Natural Law". *Natural Law Forum*. 40., 1959, s.75-91

karşı her zaman öne sürülebilir. Böylelikle modern doğal hukukçuluk, insan hakları doktrinine kaynaklık eder.⁷

Doğal hukukun yöneldiği (hitap ettiği) kişiler bakımından değerlendirilmesinde ise iki seçenek vardır: yasa koyucular ve yurttaşlar.⁸ St. Thomas D'Aquin'in Aristoteles düşüncesinden etkilenen doğal hukuk anlayışına göre yasa koyucu hukuk yaratırken doğal hukuk ilkelerinden yola çıkmalıdır. Akıl yoluyla kavranan bu ilkeler, -tıpkı Aristoteles'te olduğu gibi- ortak iyilik amacına yönelmiştir. Bu iyilik evrensel ve insanüstü oluşunun yanısıra tekil insan eylemlerinde de farklı boyutlarıyla tecelli eder. Aklın buyruğu izlenerek ortak iyiliği gerçekleştirmek hedeflendiğinde ortaya çıkan edimler de adalete dolayısıyla doğal hukuka uygun olacaktır. Burada iradi eylemiyle hukuka uygun yasayı ortaya çıkaracak olanlar, ortalama vatandaş değil yasa koyuculardır.⁹ Bu itibarla, yurttaşların hukuk kurallarının *lex naturalis*'e uygun olup olmadığını denetleme yetkisi dolayısıyla yasalara uymaktan imtina etme hakkı yoktur. Nitekim yasa koyucuların buyruğuna itaat etmek doğal hukukun gereğidir.¹⁰

Doğal hukukun yurttaşlara hitap ettiği durumda öne çıkan iki seçenek söz konusudur. Bunlardan ilki, Hobbes düşüncesinde savlandığı üzere doğal hukukun yurttaşları yasa koyucunun iradesine boyun eğmeye iten bir itaat ilkesini temsil etmesidir. Bunun anlamı şudur ki, egemenin hükmetme yetkisi doğal hukuktan kaynaklanır.¹¹ Dolayısıyla egemene itaat etmek zorunludur. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yurttaş nezdinde meşruiyet kurulurken doğal hukukun bir araç olarak kullanılmasıdır.¹² Locke'un doğal hukuk görüşünde temsilini bulan ikinci teoride ise doğal hukukun, yurttaşların insan doğasından kaynaklanan tabii hakları üzerinden erişilebilir bir içeriği vardır ve bu kapsamda yer alan ilkelere göre yurttaşlara, adil davranmayan yasa koyucuya karşı koyabilme hakkı (direnme hakkı) tanınmıştır.¹³

⁷ Troper, **op. cit.**, s.21

⁸ **Ibid.**

⁹ Jack Donnelly, "Natural Law and Right in Aquinas", **The Western Political Quarterly**, Vol. 33, No. 4, 1980, s.520-4

¹⁰ Öktem, Niyazi - Türkbağ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der 2012, s.224

¹¹ David Dyzenhaus, "Hobbes and the Legitimacy of Law", **Law and Philosophy** Vol. 20, No. 5, 2001, s.475

¹² **Ibid.**

¹³ Öktem-Türkbağ, **op.cit.**, s.157

Doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki ilişki incelendiğinde yine azımsanmayacak genişlikte bir çeşitlilik ile karşılaşılır. Doğal hukukçu doktrinler içinde küçük bir kısmı temsil eden bir görüşe göre, pozitif hukuk tamamen doğal hukuktan kaynaklanır ve onunla bir uyum içinde olmak zorundadır. Doktrinde ağırlıkla savunulan görüşe göre ise doğal hukuk pozitif hukuku “ölçmenin” bir aracıdır.¹⁴ Yapılan bu ölçme neticesinde saptanan uyumsuzluklar karşısında alınan tavra göre de doktrinde farklı yaklaşımlar oluşur. Kimi yazarlar pozitif hukuk kuralları ile doğal hukuk arasında çelişki olduğunda bu durumun yurttaşlarca tespit edilebileceğini ve hatta bu tarz çelişki durumlarında kurala itaat etmekten imtina edilebileceğini savunur.¹⁵ Kimi yazarlara göre ise pozitif hukukun ancak bir bütün olarak doğal hukuka aykırı olduğu durumlarda çatışmanın varlığından söz edilebilir. Yani tek bir kuralın doğal hukuka aykırı olması kurala uymamak için yeterli değildir, hukuk düzeninin bir bütün olarak doğal hukukla belirgin ve hoşgörülemez bir uyumsuzluk içinde olması gerekir.¹⁶ Bu noktada Radbruch formülünü hatırlamak faydalı olacaktır. 1929 yılında kaleme aldığı Hukukta Bilgelik Dolu Sözler adlı eserinde Gustav Radbruch şu cümleleri sarf eder: *“Hukukun otoritatif buyruğuna kendi hukuk duygusunu feda etmek; yalnızca hukuka uygun olanın ne olduğunu sormak ve asla onun adaletli olup olmadığına bakmamak; adalet sevgisi olmaksızın zevkle yürütülemeyecek bir meslekte belki de adaletsizliğe hizmet etmek: Bu hukukçunun ödevi ve trajedisidir.”*¹⁷

Adalet nosyonunu hukuki geçerliliğin merkezine oturtan Radbruch, esasen pozitif yasaların uygulanmasının adaletin gereği olduğunu öne sürse de buna iki kısıtlama getirmektedir. Bu kısıtlamalar “tahammül edilemezlik” ile “yadsıma”dır. Bunlar aynı zamanda Radbruch formülünün de boyutlarıdır.¹⁸ Tahammül edilemezlik kısıtası, adaletten ayrılmanın tahammül edilemez hale gelmesi olarak tarif edilebilir. Bu durumda, yasayı uygulamak adaletten ciddi anlamda sapma sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla yasa askıya alınarak adaletin gereği yerine getirilmelidir. Böylelikle söz konusu yasa artık hukuken geçersiz hale gelecektir. Normal şartlarda

¹⁴ Troper, **op. cit.**, s.22

¹⁵ **Ibid.**

¹⁶ **Ibid.**

¹⁷ Gustav Radbruch, **Hukukta Bilgelik Dolu Sözler**, çev. Vecdi Aral, İstanbul: On İki Levha, 2008 s.28

¹⁸ Sevtap Metin – Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, İstanbul: Tekin, 2014, s.21

adaletin tecelli aracı olarak görülen yasa, içerik olarak esaslı ölçüde adaletten ayrıldığında geçerliliğini yitirecek, hukuku yansıtırma niteliğini kaybedecektir.¹⁹

Radbruch formülünün ikinci bileşeni olan yadsıma ile pozitif hukuk normları üretilirken yasa koyucunun bilinçli olarak adalet ilkesini inkar etmesi kast edilir. Burada ilk kriterdekinden daha ileri derecede bir adaletten sapma durumu söz konusudur, nitekim adalet -yani doğal hukuka- kasıtlı olarak cephe alınmaktadır. Yazar, yadsıma kriterini şu şekilde tarif eder: *“Yasalar adalet istencini bilinçli olarak yadsıyorsa, örneğin insan haklarını sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliliği yoktur, o zaman halk bunlara itaat borçlu değildir, o zaman hukukçular da kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini bulmalıdır.”*²⁰

Doğal hukukçuluk türlerine bakılmaya devam edildiğinde, bazı yazarların yaklaşımının şöyle olduğu görülecektir. Tek bir yasanın doğal hukuka uygun olmaması yasanın gayri hukuki olması sonucu doğurmaz nitekim kural yasama otoritesi tarafından bir “yasa” olarak tanımlanmıştır. Fakat bu durumlarda her ne kadar yurttaşların kurala itaatsizlik etmeleri olumlanmasa da yargıçlar, doğal hukuka aykırı olan yasaları “ihmal” ederek uygulamaktan kaçınabilirler.²¹ Buna örnek olarak yine Radbruch’taki hakimin direnme hakkı konsepti ele alınabilir.²² Yazara göre dayanağı kanun olan haksızlıklara karşı kanun üstü bir hukuk perspektifinden mücadele başlatılmalıdır.²³ Kanuna sırf kanun olduğu için kayıtsız şartsız itaat, muhatapları ve uygulayıcıları kanun karşısında korunmasız bırakmıştır. Dolayısıyla hukuk halka yarar sağlayan bir şey olmaktansa egemenin saf güç kullanımının bir aracına dönüştürülmüş olmaktadır. Bu handikapın aşılması için bütün yazılı kuralların üstünde, insan haklarına dayanan ve zorbaların hukuka aykırı keyfi emirlerinin yok sayılmasını sağlayan doğal hukuk ilkelerine başvurmak gerekmektedir.²⁴ Bu da öncelikle yargıçlar tarafından gerçekleştirilecektir.²⁵ Ona göre yargıçlar, suçta dolaylı faillik, içtihatların ve kanunun geriye yürümezliği, insan

¹⁹ **Ibid.** s.21-2

²⁰ Hayrettin Ökçesiz, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: Radbruch Formülü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 56, 2005, s.167

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alain Renaut – Lucasz Sosoe, **Philosophie du Droit**, Paris: PUF, 1991

²² Cengiz Otacı, “Hukuka Rağmen Kanun, Hakimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 120, 2015

²³ **Ibid.** s.587

²⁴ **Ibid.** s.588

²⁵ **Ibid.** s.590-4

haklarına dost yorum gibi ilkeler ışığında²⁶ değerlendirme yaparak hukuka aykırı olan kanunları uygulamaktan kaçınmalıdırlar. Nitekim yazara göre, hakimin insanlık dışı yargı kararlarından olan sorumluluğu “kanunu uygulamaya mecburdum” gerekçesiyle ortadan kaldırılamaz.²⁷ Çünkü hakimin her zaman için, istifa ederek adalete aykırı ve kabul edilemez olanı, tahammülü mümkün olmayan kanunu uygulamaktan imtina etme olanağı mevcuttur. Bu itibarla bahsedilen kanunlara direnmek hakim için hem bir hak hem de görev olarak belirir. Hakimler bu görevi görmezden gelip koşulsuz itaati bir yükümlülük olarak telakki ederlerse kanun karşısında asla özgür olamayacaklardır. Unutmamak gerekir ki, hakimin bütün bireylere haksız kanun karşısında özgürlük sağlama misyonu da mevcuttur. Bu nedenle, öncelikle kendisi kanunların mutlak boyunduruğundan kurtulmalıdır.²⁸

Modern doğal hukuk ekollerine göz atıldığında ise, bu kuramların genel bir etik anlayış ortaya koymaktan çok pozitif hukukun doğasına yoğunlaştıkları görülür.²⁹ 1958 yılında *Harvard Law Review*’da H.L.A. Hart ile Lon Fuller arasında geçen tartışma doğal hukuk kuramında dönüm noktası olarak kabul edilir.³⁰ Hart, bir normun hukuki olup olmadığının onun ahlaki değerinden tamamen bağımsız olduğunu öne sürerken Lon Fuller ve Ronald Dworkin buna karşı çıkacak, hukuk ve ahlakın kavramsal olarak ayrılamayacağını öne süreceklerdir.³¹

Dworkin, hukuk normlarını ilke ve kurallar olarak iki kategoriye ayırarak, hakimin kuralların sustuğu ya da açıkça adalete aykırı netice doğurduğu durumlarda takdir yetkisini kullanırken ilkelerden yararlanması gerektiğini savunacaktır. Yazar bu ilkelerin her hukuk sisteminde yer alan yazılı olmayan ortak prensiplere denk düştüğünü, hatta hukuk düzenini oluşturan kuralların bağlayıcı olmasının nedeninin de bu ilkeler olduğunu düşünmektedir.³²

²⁶Bu prensiplerin bir kısmının günümüzde pozitif hukukun da bir parçası olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

²⁷ **Ibid.** s.592

²⁸ Sevtap Metin– Altan Heper, **op.cit.**, s.51-70

²⁹ Brian H. Bix, “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, çev. Ertuğrul Uzun, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt : 6, Sayı : 2, 2004, s.310

³⁰ **Ibid.**

³¹ **Ibid.**, s.311

³² Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)**, ed. Hayrettin Ökçesiz, Sayı 16, 2007, s.77-82

Fuller, hukuki pozitivizmi hukuku bir nesne olarak ele almakla eleştirir. Oysa hukuku işlev ve yöntem bakımından incelemek gerekmektedir.³³ İkinci önerisi de, hukukun ahlaken değerlendirilmesi gereken bir konu olduğudur.³⁴ Ona göre hukukun sekiz meşruiyet ilkesi ile şekillenen dahili bir ahlaki mevcuttur.³⁵ Bu ilkeler, kuralların genel olması gereği, kuralların ilan edilmesi gereği, geçmişe dönük kural ve uygulamaların minimum düzeyde tutulması, kuralların anlaşılabilir olması, kuralların çelişmemesi, kurallara itaatin imkansız olmaması, kuralların zaman içerisinde nisbi bir değişmezliğinin olması ve kural ile uygulama arasında uygunluk bulunmasıdır.³⁶ Fuller ayrıca hukuki pozitivizmin hukuku devletin tek taraflı bir ürünü olarak ele almasının yanlış olduğunu düşünür. Nitekim hukuk, devlet ile vatandaş arasındaki karşılıklılıktan beslenen bir olgudur.³⁷

Son olarak belirtmek gerekir ki, doğal hukuk pozitif hukuk arasındaki ilişki bakımından başka birtakım doğal hukukçu yazarlar daha ılımlı bir görüş benimsemektedirler. Onlara göre doğal hukuk, pozitif hukuka itaate meşruluk kazandıran bir şey olmadığı gibi yurttaşlara kurallara itaatsizliği de buyurmaz. Pozitif hukuk var olan hukuktur; doğal hukuk ise olması gereken hukuktur. Doğal hukukun tek işlevi ahlaki bir yargıda bulunarak yasa koyucuyu daha adil kurallar vazetmeye sevk etmekten ibarettir. Ancak bunu doğal hukukun, pozitif hukukun meşruiyet kaynağı olduğu şeklinde yorumlamamak gerekir.³⁸

Doğal hukukun içeriği konusuna gelince, yine ciddi bir çeşitliliğin bizi karşıladığı görülür. Zira tüm doğal hukukçu ekollerde ortak olan yönlerden biri hukukun, bir adalet idealine referansta bulunmasıdır. Bu adalet ideali kuşkusuz ideolojik bir tavrı yansıtacaktır. Dolayısıyla ideoloji ve hatta dini sistem sayısınca doğal hukukçu yaklaşım mevzu bahis olacaktır.³⁹ Sözelimi bir Hristiyan doğal hukukuna olduğu kadar nasyonal sosyalist bir doğal hukuka da rastlanır.⁴⁰

³³ Lon Fuller, **The Morality of Law**, New Haven: Yale University, 1969, s.118-127

³⁴ **Ibid.**, s.106-108

³⁵ Bix, **op. cit.**, s.316

³⁶ **Ibid.**

³⁷ Fuller, **op.cit.**, s.19-27

³⁸ Renaut, – Sosoe, **op.cit.**

³⁹ Öktem-Türkbağ, **op.cit.**, s.66

⁴⁰ **Ibid.**

Doğal hukukun içeriğinin bu kadar çeşitlenmesi bu doktrini objektiflikten uzaklaştırarak bir bakıma onun prestijine zarar vermektedir. Nitekim bu yönüyle pozitivistler tarafından da topa tutulur. Eleştirilerin temel eksenini oluşturan husus nesnel ve bilinebilir değerlerin varlığı sorunsalıdır. Pozitivistlerin çoğu bu tür değerlerin mevcut olmadığı kanaatindedirler.⁴¹ Bu düşünceye temel olabilecek felsefi yaklaşımlardan David Hume'un görüşüne göre araştırmacının elinde ancak var olanlar mevcuttur ve bu ampirik donelerden tümevarımsal çıkarımlar yaparak bir olması gerekenler listesi yapmak spekülasyondan öteye geçmeyecektir.⁴² Keza, doğru ve yanlış kavramları aşkın değerlere tekabül etmeyip bizim birtakım eylemleri kategorize ederek onları sırf bu şekilde isimlendirmemiz nedeniyle ortaya çıkan kavramlardır. Demek ki adalet insanın tercihlerine bağlı olan, subjektif ve nispi bir kavramdır. Tam da bu nedenle Modern hukuk anlayışını karakterize eden pozitivist yaklaşımların odaklandığı nokta "olması gereken" hukuk olmayıp hukuki geçerlilik sorunsalı, aşkın bir meşruluk ilişkisinden tamamen bağımsız bir mesele olarak ele alınır.

1.2. Hukuki Pozitivizm

Doğal hukukun karşıtı olarak alınan pozitif hukuk kavramı daha kapsayıcı bir konsept olan ve pozitivizm adı verilen yaklaşımın merkeze aldığı bir kavramdır. Pozitivizm terimi vazedilmiş, konulmuş anlamına gelen Latince positum sözcüğünden gelmektedir.⁴³ Doğal hukuk ekollerinin laik ve teokratik türleriyle binlerce yıllık geçmişi olmasına mukabil pozitivizm sistemli bir kuram olarak 19. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Egemenlik konseptinin şekillenmeye başladığı 17. yüzyıla gidildiğinde birtakım pozitivist yaklaşımların öne sürüldüğü fark edilse de pozitivizmin hukuk kuramı içinde günümüzdeki ağırlığını kazanması 19. yüzyılı bulmuştur.⁴⁴ Belirtmek gerekir ki pozitivizmin tek bir türü mevcut değildir ve kavramın hangi disipline yönelik olarak kullanıldığı, anlamının saptanması bakımından oldukça önemlidir. Tartışma hukuksal geçerlilik sorunsalı bağlamında yürütüldüğü için de pozitivizmden kastın hukuksal pozitivizm olduğu açıktır. Fakat yine de kavramın buradaki kullanılma biçiminin anlaşılması adına diğer anlamlarına değinmek yerinde olacaktır.

⁴¹ Troper, *op. cit.*, s.23

⁴² Selahattin Hilav, *Felsefe El Kitabı*, İstanbul: Yapı Kredi, 2018, s.128-29

⁴³ Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 54

⁴⁴ *Ibid.*

1.2.1. Pozitivizmin Üç Veçhesi

Norberto Bobbio pozitivizmin üç farklı kullanımını olduğunu belirtir.⁴⁵ İlk kullanım hukuk felsefesinin belli bir anlayışını yansıtmaktadır. Başka bir deyişle hukuku idealist ve teleolojik yaklaşımlardan azade, bilimsel bir tavırla ele almak kast edilir. İkinci anlam ise bir hukuk teorisine denk düşer. Üçüncü veçhe olarak da pozitivizm bir ideoloji anlamında kullanılmaktadır. Bu da var olan hukukun mevcut ve geçerli olması nedeniyle pozitif bir değer taşıdığı iddiasını barındırır. Bu üç anlamın birbirleriyle herhangi bir ilişkisi yoktur. Yani bir yazar bazı veçhelerden pozitivist iken diğer veçhe bakımından pozitivizmin tam aksi pozisyonda yer alabilir. Bobbio bu ayrımın ışığında kendisini ideolojik anlamda doğal hukukçu, yöntemsel anlamda pozitivist olarak tanımlar. Hukuk teorisi açısından da kendisini iki sınıfa da sokmaz.⁴⁶

Pozitivizm bir hukuk felsefesi anlayışı olarak ele alındığında, kavramın iki kategori ile karakterize edildiği fark edilir: normativizm ve hukuki realizm.⁴⁷ Normativizm, doğa bilimlerinden türetilen yöntemi kullanarak olgusal olmayan bir nesne olan normların incelenmesi olarak özetlenebilir.⁴⁸ Hukuki realizm ise hukuku yargıçların tutumuna indirger ve hukuk bilimini gerek yargıçların gerek normlara itaat edenlerin psikolojik ve ampirik boyutlarının incelenmesine özgüler.⁴⁹

Pozitivizm bir ideoloji olarak ele alındığında –bilimselcilik paradigmasıyla karıştırılmamalı- onun, hukuka hukuk olduğu için itaat edilmesi gerektiğini buyurduğu öne sürülür. Yerleşik yani pozitif hukuku başkaca bir ölçüm aracıyla denetlemeksizin sırf egemen tarafından vazedilmiş olması yönüyle hukuk kabul eder ve bu nedenle kurallara itaati normatif bir önerme olarak öne sürer.⁵⁰ Gelgelelim, Bobbio bu önermeye şiddetle karşı çıkacaktır. Ona göre bu yaklaşım, kurmaca bir pozitivizm tanımı olamkattan öte bir anlam ifade etmez. Nitekim ona göre literatürde yasaların sırf pozitif niteliklerinden ötürü itaate şayan olduklarını öne süren bir hukukçu mevcut değildir.⁵¹ Aynı şekilde Schlink de, doğal hukukçuların Nazi

⁴⁵ Norberto Bobbio, *Essais de Théorie du Droit*, Paris: LGDJ, 1998, s.227-237

⁴⁶ **Ibid.**

⁴⁷ Troper, **op. cit.**, s.24

⁴⁸ Öktem-Türkbağ, **op.cit.**, s.400

⁴⁹ Troper, **op. cit.** s.24

⁵⁰ **Ibid.**

⁵¹ Bobbio, **op. cit.**, s.31

soykırımının faturasını pozitivizme havale etmelerini, pozitivizmin konusunun hiçbir surette itaat ve ödevden ibaret olmadığı vurgusuyla karşılar.⁵² Fakat Pozitivizm karşıtı yazarlar, belki de kötü niyetli sayılabilecek bir ısrarla kavramı genellikle bu anlamda anlayarak pozitivizmin en zorba rejimleri dahi meşrulaştıran bir vasıta olarak görme eğilimi sergilerler.

Pozitivizm bir hukuk teorisi yaklaşımı olarak ele alındığında ise kavramın çok temel bir ilke olarak ayrılık tezi üzerinde temellendiği fark edilir.⁵³ -Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukuksal normların geçerliliği incelenirken hukuk normlarını hukuki yapan şeyi pozitivizmin bu anlamı içerisinde aranacaktır.- Bu yaklaşıma göre hukuk ahlaktan bağımsız bir disiplindir. Bunun anlamı hukukun yaratıcılarının tercihlerinin ahlaki görüşlerden tamamen yalıtılmış olması türünden bir şey değildir. Bahse konu ayrılık, hukuk kavramının ahlaka referans verilerek tanımlanamayacağını ima eder. Yani bir kuralın hukuka uygun ya da aykırı olduğu ahlaki ölçütlere bağlı değildir. Ahlaka ya da bir adalet idealine uygun olup olmadıkları hukuksal normların geçerliliğini etkilemez. Bu noktada hukuki olguyu hukuki kılan şeyin baskı uygulayıcı merkezi otorite olarak devlet olduğu fark edilir. Böylelikle geçerlilik kavramı, devlet ile birlikte düşünülen bir nosyon olarak belirir.⁵⁴

Bu yaklaşımın temelinde hukuki normların geçerliliklerini, kaynaklandıkları otoriteden aldıkları savı yatar. Bu yönüyle hukukun bu tanımı, örneğin Nazi rejiminin kurallarını hukuk olarak adlandırmaya yol açacağından eleştirilere maruz kalmıştır. Ancak bu eleştirilerde önemli bir nokta gözden kaçırılmaktadır. Çünkü bu hukuk tanımında, pozitivizmin ideolojik anlamında olduğu gibi ahlaki bir yargı söz konusu değildir. Başka bir deyişle, hukukun ne olduğu tarif edilirken onun içeriği olumlanıyor değildir. Veyahut herhangi bir uyma zorunluluğu da kast edilmemektedir.⁵⁵ Kurallar bütünü ancak yerleşikleştikten ve bir düzen oluşturduktan sonra “hukuk” adını alacaktır. Ve bu düzenin adil olup olmadığı sorunsalı başka bir tartışma düzleminin konusu olacaktır.

⁵² Bernhard Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, Dost: Ankara, 2012, s.22-23

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Bobbio, *op. cit.*, s.227-237

⁵⁵ Troper, *op. cit.* s.24

1.2.2. Hukuksal Pozitivizm Türleri ve Hukuksal Pozitivizmin Ana İlkeleri

Hukuksal pozitivizm sonda yer verilen anlamıyla değerlendirildiğinde, doktrinde yazarların hukuksal kavramlara son tahlilde aynı noktaya varan ancak metodik farklılıklar arz eden tanımlar getirdiği görülür. Örneğin Hart’a göre hukuki normlar sosyolojiden bağımsız olmalıdır.⁵⁶ Nitekim sosyoloji, olgulara ve değer yargılarına ilişkin bir disiplin iken hukuk bir mantık sistemi olarak temayüz eder. Carré de Malberg ise hukuku anayasaca tanınan devlet gücüne dayanan bir nosyon olarak görür. Ona göre hukuk devletten sonra ortaya çıkmıştır ve devlet iradesinin bir yansımasıdır.⁵⁷ Buradan iradecilik ve normativizm arasındaki zengin bir dağarcık vaat eden tartışmaya kapı açılır. Hart’ın bu tartışmada aldığı pozisyon nettir. O, hukuksal pozitivizmin iradecilik olduğu savına karşı çıkararak hukukçunun salt gözlemlenebilir saha ile ilgilenmesi gerektiğini savunur.⁵⁸

Pozitivizmin alt kollarından iradeci pozitivistlerin doğal hukuka yakınlaştığı iki önemli nokta vardır: düalizm (ikicilik) ve iradecilik. Düalizm, yasa ile uygulamanın birbirinden ayrılmasıdır. Her ne kadar aşkın göndermelere yer verilme de, meşruiyet bağına tekil bir hakikate gönderme yaparak kurma çabası tıpkı doğal hukuk anlayışlarındaki gibi bir ikilik oluşturur.⁵⁹ Bu yeni hakikat dünyevidir. Tam da bu yüzden, metafizik bir ontoloji terk edilmiş olsa da iradeci pozitivizm, epistemolojik açıdan doğal hukuka benzemektedir. Epistemolojik benzeşme şu husustadır: her gönderen ile gönderilen arasında düalist ve hiyerarşik bağ mevcuttur ve gönderme yapılarak güdülen amaç “kendinde neden” olarak vasfedilebilecek bir sıfır noktası yaratmaktır. Dolayısıyla gönderme kaçınılmaz olarak bir mistifikasyon anlamına gelecektir. Nitekim somut gerçeklik soyut bir kurgu ile ikame edilmiştir. Bu soyut hakikatin aşkın veya ilahi nitelikte olmaması sonucu değiştirmeyecektir. Neticede gerçek güç ilişkileri doğal hukukçu akımların yaptığına benzer bir şekilde perdelenmektedir.⁶⁰

Kuramın iradeci yanına gelince bu, hukuk düzeni inşa edilirken onu yaratan bir iradenin olduğu ve bu iradenin bir amaca yöneldiği anlamlarını içerir. Amaç

⁵⁶ H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, Oxford: Clarendon Law Series, 1961, s.100-107

⁵⁷ Cemal Bali Akal, **Hukuk Nedir?**, Dost: Ankara, 2017, s.181

⁵⁸ **Ibid.**

⁵⁹ **Ibid.**, s.66

⁶⁰ **Ibid.**, s.73

dünyevi nitelikte olduğundan ötürü de somut bir yarar düşüncesiyle karakterize edilir. Locke'ta bu doğal hakların korunması, Hobbes'ta ise güvenlik olarak örneklenebilir.⁶¹ Tabii bu düşünürlerin kimi yazarlarca doğal hukukçu kabul edildikleri de hatırdâ tutulmalıdır. Bu durum iradeci pozitivizmin belirsiz ve melez bir alana denk düştüğünün göstergesidir. Sözgelimi, Hobbes'un Leviathan'da yaptığı, kendisi herhangi bir yasayla sınırlı olmayan egemenin, bu oldukça tekinsiz görüntüsünün ulus iradesine dayandırılarak kurulan meşruiyet bağı ile giderilmesi idi. Ancak bu soyut kurgunun kapatmaya çalıştığı şey Augustinusçu geleneği çağrıştırmasıyla⁶² Hobbes'u doğal hukukçuluklar içinde ele almaya dahi yol açmaktaydı.

Terré ise bir doğal hukukçu olmasına rağmen, -iradeci pozitivizmi hariç tutarak- pozitivizme indirgemeci olmayan ve doğal hukukçuların negatif yaftalarından yalıtılmış bir tanım getirir. Ona göre kabaca idealizm karşıtlığı olarak tarif edilebilecek pozitivizm, hukukun, gerçekliğe denk düşen hukuklardan ibaret olduğunun ve bunların herhangi bir yasa ile özdeş olmadığının kabulüdür.⁶³ Görülmektedir ki, şeylerin gerçek nedeni için kalıplaşmış nitelikteki aşkın cevaplar sunulmamakta, tüm çaba nesnel bir tavırla somut gerçekliğin gözlemlenmesine özgülenmektedir.

Hukuki pozitivizmin önemli temsilcilerinden olan Hart'a göre, beş temel önermeden hangilerini öne çıkardıklarına göre pozitivizm ekolleri şekillenir. Bu önermelere örnek olarak, yasaların kaynağını insanda bulan buyruklar olduğu önermesi, hukuk ve ahlak ile olan ve olması gereken arasında korelasyon olmadığı önermesi, bir hukuk sisteminin kapalı devre bir mantıksal sistem olduğu dolayısıyla harici referanslara göre şekillenemeyeceği önermesi gösterilebilir.⁶⁴

Sfez, Duguit'yi hukuk kuramı açısından konumlandığı çalışmasında sosyolojik pozitivizm kavramına yer vererek hukukun kaynağına insan iradesini değil sosyalliği yerleştirir. Bu çalışmanın ikinci bölümünde etraflıca yer verileceği üzere adaleti sosyal temelli görmenin yanı sıra kavramın değişken ve evrimsel bir

⁶¹ **Ibid.**, s.67

⁶² Nitekim Augustinus'un Tanrısı da tıpkı Leviathan gibi sınırsız, sınırsız olduğu ölçüde de tekinsizdi. (Akal, **op. cit.**, s.94)

⁶³ François Terré, **Introduction Générale au Droit**, Paris: Dalloz, 1991, s.124-126

⁶⁴ H.L.A. Hart, **Le Concept du Droit**, Brüksel: F. U. Saint-Louis, Bruxelles, 2005, s. 318

içeriğe sahip olduğunu öne sürer.⁶⁵ Gelgelelim, bu yaklaşımı klasik pozitivizm bağlamında ele almak mümkün değildir.

Son olarak, pozitivizmin çeşitliliğine örnek olması açısından üç kuramcının görüşlerine mukayeseli olarak yer verilebilir. Tarihi Hukuk Okulu'nun ünlü temsilcisi Savigny, hukukun bilinçli bir yasa koyucu edim olmaksızın halkın yaşayışında teşekkül ettiğini öne sürer. Bilinçsiz bir organik iç işleyiş yasası zamanla hukuku yaratmaktadır. Halkın dili, adetleri ve gelenekleri başlangıç toplumlarında hukuk denen şeye tekabül eder.⁶⁶ Savigny'nin hukuku tarihsel sürece eşitlediği bu kuramındaki irade karşıtlığı dikkat çekici olsa da muhafazakar yan da gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim Savigny, toplumlar arasında mertebe farklılığı olduğunu kabul eder. Hukukun konusu hukuki tarih ise Alman hukukunun da konusu Alman hukuku tarihi olacaktır. Hukuk, halkın ruhunda zuhur eder ve halklar arasında kaçınılmaz farklılıklar vardır.⁶⁷

Jhering, Savigny'nin Alman halkında bulduğu şeyi Roma Hukuku'nda bulur. Yazar temel olarak Romalıların hukuk tekniğini ortaya koymaktadır.⁶⁸ Ona göre hukuku karakterize eden unsur, kurumlar ve hukuki tanımlardır. Savigny'nin hukukun doğuşunu kendiliğinden gerçekleşen süreçlerle açıklamasına mukabil Jhering evrimsel sıçramaları asıl yaratan dolayısıyla hukuki üreten nedenin kamusal otoritelerin iradi edimleri olan “yasalar” olduğunu öne sürer. Öte yandan yazara göre iradi olanın çıkış noktası bir amacın takip edilmesidir.⁶⁹ Nitekim hukukun gelişiminin anahtarı da budur. Ona göre bu tasarruflar olmaksızın şimdiki hukuki kavramların ortaya çıkması olası değildir.⁷⁰

Tarihi Hukuk Okulu'nun karşısında yer alan ve Kant ve Hegel gibi düşünürlerden etkilenen⁷¹ Jellinek, hukuk ve devlet ile ilgili öncülleriyle iki ekolden de oldukça farklı bir pozitivizm anlayışını temsil eder. Yazara göre devlet, hukuksuz

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Lucien Sfez, “Duguit ve Devlet Kuramı. Temsil ve İletişim”, **Devlet Kuramı**, der. Cemal Bali Akal, Dost: Ankara, 2013

⁶⁶ Jean-Louis Halperin, **Dictionnaire des Grandes Oeuvres Juridique**, Paris: Dalloz, 2010, s.510-517

⁶⁷ Akal, **Hukuk Nedir?**, *op.cit.*, s.87

⁶⁸ Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, İstanbul: On İki Levha, 2017, s.39

⁶⁹ **Ibid.**

⁷⁰ Halperin, *op. cit.*, s.298-302

⁷¹ Güngören Bulgan, *op. cit.*, s.25

düşünülemeyecek olan evrensel bir olgudur. Tarihsel çizgide ne kadar geriye gidilirse gidilsin devlete hep rastlanır. Hukuk bilimi açısından tarihi araştırmanın hiçbir faydası yoktur. Eğer bu yapılacaksa anlamlı tek faaliyet devletin tarihinin araştırılmasıdır. Ancak hukukun ne olduğunu anlamak için asıl yapılması gereken dikkati Batı devletlerine yoğunlaştırmak olacaktır. Jellinek, Modernite öncesi toplumları atipik ve günümüz hukukunun anlaşılması bakımından ilgisiz görür. Modern kurumlar ancak ve ancak Modernite'nin gelişme çizgisi içinde anlamlıdır. Son kertede, denebilir ki hukuk ile modern devlet arasında bir özdeşlik vardır ve hukuk ancak devletle kavranabilir.⁷² Ancak bunun “devlet hukuk yaratır” şeklindeki iradeci bir söyleme denk düşmediğini de not etmek gerekir.⁷³ Nitekim yaratan ve yaratılan ayrımı, devlet ile hukuk arasında kurulan özdeşlikle bağdaşmayacaktır. Çünkü Jellinek'e göre “devlet iktidarı nosyonu zımnen hukuki düzen nosyonunu içerir.”⁷⁴

Hukuksal normların geçerliliğinin değerlendirilmesine geçmeden evvel, analize esas teşkil eden hukuksal pozitivizm kavramının ana ilkelerine kısaca temas etmek isabetli olacaktır. Hukuksal pozitivizmin öncelikli amacı hukuku sübjektif değerlerden ve olgusal koşullardan yalıtarak bağımsız bir disiplin olarak incelemektir. Buna göre hukuk; ahlaktan, dinden, sosyolojiden, doğal hukuktan ve politikadan kesin olarak ayrılmalıdır.⁷⁵ Bir diğer ilke ise, hukuk kurallarının etkinlik ve zorlayıcılık sıfatlarıyla yani devlete dayalı yaptırım müessesesi ile karakterize edildiğidir. Son olarak -bir sonraki bölümde de detaylı olarak açıklanacağı üzere- pozitif hukukun biçime bağlı mantıksal bir bütünlük taşıdığı zikredilmelidir. Bunun anlamı şudur ki, hukuksal normların geçerliliği biçimsel (formalist) bir değerlendirme ile tayin edilecektir. Bu itibarla, hukuki normları yetki ve prosedürler bakımından değerlendiren hukuksal pozitivizm söz konusu normun ancak yetkili organlarca yasa ve anayasanın öngördüğü usule uygun olması halinde hukuki olarak nitelemektedir.⁷⁶

⁷² Halperin, **op. cit.**, s.295-297

⁷³ Akal, **op. cit.**, s.91

⁷⁴ **Ibid.**

⁷⁵ Öktem-Türkbağ, **op.cit.**, s.386

⁷⁶ Öktem-Türkbağ, **op.cit.**, s.386

1.3. Hukuki Pozitivizm Bağlamında Normların Geçerliliği ve Kelsen Piramidi

Hukukun ne olması gerektiği ile ve adalet mefhumuyla ilgilenen doğal hukuk tartışmalarını bir yana bırakıp hukukun pozitif/vazedilmiş normlarına odaklanıldığında hukuk normlarının geçerliliği de aşkın göndermelerden bağımsız olarak tayin edilecektir. Dolayısıyla geçerliliğe yönelik saptamalar mevcut normların karakteristiğinin irdelenmesine bağlıdır. Bu bölümde öncelikle hukuk genel teorisi literatürü ışığında pozitif hukuk normlarının geçerliliği tartışılıp akabinde bu normlar arasındaki ilişkilerden Hans Kelsen'in kuramsal çerçevesine uzanılacaktır. Böylelikle, klasik hukuk anlayışını en kapsayıcı şekilde şematize eden piramit modelinin temel hatları belirecektir.

1.3.1. Normların Geçerliliği

Hukuki geçerlilik kavramını incelerken evvela birtakım ön koşulların varlığı aranır. Bu koşullar, bir işlemin maddi varlığı, normatifliği ve hukukiliğidir. Nitekim bir hukuki geçerlilikten söz edebilmek için öncelikle bir hukuk normunun var olması gerekir. Bunun anlamı şudur ki, işlemin geçerliliği saptanırken ilk olarak onun “maddi varlığını” (*existence matérielle*), ikinci olarak onun “normatifliğini” (*normativité*) ve son olarak onun “hukukiliğini” (*juridicité*) belirlemek gerekmektedir.⁷⁷

1.3.1.1. Maddi Varlık

Bir işlemin hukuki geçerliliği incelendiğinde karşımıza çıkan birinci sorun işlemin maddi olarak var olup olmadığıdır. Zira bu koşulu sağlamayan bir işlemin hukuki bir vasıflandırmaya konu olması beklenemez.⁷⁸ Bir işlemin maddi varlığı ile kastedilen o işlemin somut bir göstereninin varlığıdır. François Ost buna “instrumentum” der.⁷⁹ *Instrumentum* bir belge, bir söz veya bir ritüel olabilir. Modern hukuk sistemlerinde kanunlar açısından baz alınan *instrumentum* hükümet

⁷⁷ Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Ankara: US-A, 1998, s.26.

⁷⁸ François Ost - Michel Van De Kerchove, **Jalons Pour Une Théorie Critique du Droit**, Brüksel: Publications Fac. St Louis Bruxelles, 1987, s.259

⁷⁹ **Ibid.**

adına basılan bir dergi olan “resmi gazete”dir. Belirtmek gerekir ki, örf adet hukuku için de kendine mahsus instrumentumlar söz konusudur.⁸⁰

O halde, bir işlemin hukuk aleminde yeri olduğundan bahsedebilmek için incelenmesi gereken ilk koşul onun maddi bir varlığa sahip olup olmadığıdır.

1.3.1.2. Normatiflik

Yukarıda maddi varlığın hukuki işlemin belgelendirilmesine ilişkin olduğu belirtildi. İşlemin normatifliği meselesi, onun varlığına değil anlamına dairdir. Yani işlemin taşıyıcısı olan metin değil onun hukuk aleminde edindiği yer ve anlam normatifliği tayin eder. İncelenmesi gereken şey belge değil, işlemin normatif bir yön barındırıp barındırmadığıdır.⁸¹

O halde normatif tabirinin kökü olan norm kavramı üzerinde durulmalıdır. Norm kelimesi Latince'deki “*norma*”dan gelir. Fransızca'da temel anlamıyla gönye demektir. Soyut anlamıyla ise kural, kanun ve ilke gibi sözcükleri karşılar. Mantık-dilbilgisi bakımından norm bir önermedir. Yani belli bir doğruluk değeri atfedilebilen ve bir yargı içeren ifadedir. O halde hukuk normu, belirli bir anlam taşıyan ve aynı zamanda doğru-yanlış değerlendirmesine tabi tutulabilen bir önermedir. Önergelerin de değişik tipleri mevcuttur. Bunlar bildirmeli, belirtmeli ve yaptırmalı önermelerdir. Hukuk dili normatif niteliktedir ve hukuk normu yaptırmalı önerme sınıfına girer. Çünkü hukuk normları davranış kuralları olup bir işi yapmayı veya yapmaktan kaçınmayı dikte edici mahiyettedir.⁸²

Yaptırmalı önermeler bağlayıcılıklarına göre yapılan bir sınıflandırmaya göre emirler, dilekler ve öğütler olarak üç kategoriye ayrılmaktadır.⁸³ Bu tasnif yaptırmalı önermenin yöneldiği şahıstan beklenen davranışa göre yapılmıştır. Buna göre, dilek ve öğütlerde herhangi bir külfet veya zorunluluk doğmamaktadır. Ancak emirde bağlayıcılık gücü yüksektir. Hem emredenin yetkisi söz konusudur, hem de yöneldiği

⁸⁰ Gözler, **op. cit.**, s. 28.

⁸¹ **Ibid.**

⁸² **Ibid.**, s.30.

⁸³ Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara: Us-A, 1996, s.73.

unsurda ödev yaratmaktadır. Dilek ve öğütte bu nitelikler tam anlamıyla mevcut değildir.⁸⁴

Yaptırmalı önermeler başkalarının davranışlarını değiştirmeyi hedefler. Ve önermenin genel tanımında yer alan doğru/yanlış değeri alma özelliği yaptırmalı önermelerde geçerlilik/geçersizlik araştırması olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani yaptırmalı önermeler ne doğru ne de yanlıştır, nitekim doğruluk değerlendirmesine tabi tutulamazlar. Hukuk normu, belirtildiği üzere, bir “emri” ima eder. O halde hukuk normu, ya bir davranışın emredilmesi ya da yasaklanması şeklindedir. Norm bu yönüyle bir “*sollen*” (olması gereken)in ifadesidir.⁸⁵

Pozitivist hukuk teorisine göre hukuk normunun taşıması gereken iki nitelik vardır. Buna göre bir hukuk normunun konusu öncelikle bir insan davranışı olmalıdır. İkinci olarak ise hukuk normu beşeri irade tarafından vaz’edilmiş olmalıdır.⁸⁶

Kelsen’e göre ise norm, her şeyden önce bir insan davranışının düzenlenmesidir.⁸⁷ Yani normatif nitelik taşımanın öncelikli şartı insan davranışlarının yönlendirilmesinin amaçlanmasıdır. Hukuk normlarının hedeflediği beşeri davranış, müspet (olumlu) veya menfi (olumsuz) nitelikte olabilir. Yani bir şey yapmayı emredebildiği gibi bir davranıştan kaçınılmasını da salık verebilir.

Yine Kelsen’in belirttiği üzere, bir normun geçerliliğinden söz edebilmek için emredilen şeye aykırı davranmanın mümkün olması gerekir. Bu yönüyle bir doğa kanunu veya önceden gerçekleşeceği muhakkak olan bir olaya dair hükümler hukuki norm kapsamına girmeyeceklerdir. Emrin muhatabının normu ihlal etmeyi tercih konusunda serbestisi olması gerekmektedir. Aynı şekilde gerçekleşmesi imkansız olan bir şey de normun konusu olamaz.⁸⁸ Sözgelimi insanlara yumurtadan tavşan çıkarma ödevi yükleyen bir norm anlamsız olacağından geçerli sayılmayacaktır.⁸⁹

⁸⁴ **Ibid.** s.73 vd.

⁸⁵ Hans Kelsen, **Théorie General des Normes**, Paris: Presses Universitaires de France, 1996, s.2.

⁸⁶ Gözler, **op. cit.**, s. 33.

⁸⁷ Kelsen, **op. cit.**, s.37.

⁸⁸ Hans Kelsen, **Théorie Pure du Droit**, Neuchatel: Éditions de la Baconnière, 1953, s.58-65

⁸⁹ Bu kıtas yukarıda Fuller’in 8 meşruiyet ilkesi arasında da sayılmaktadır.

İkinci olarak, bir önermenin norm kabul edilmesi için beşeri irade tarafından konulmuş olması gerekir. Bunun anlamı şudur ki, ardında insan iradesinin yer almadığı doğal hukuk ilkeleri norm niteliğinden mahrumdur. Kelsen'e göre norm beşeri iradenin⁹⁰ bir ürünüdür.⁹¹

Bu iki nitelik bir arada düşünüldüğünde normun varlığından bahsedebilmek için normu koyan ve ona muhatap olan olmak üzere en az iki kişi gerekir. Normu koyan emir verendir. Muhatap da normun içeriğiyle bir ödev yüklenen yani emri alandır. Emri veren bir şey yapılmasını isterken emri alan o işi yapmakla mükelleftir. Özetle, amirsiz (emri veren) emir olamayacağı gibi, memursuz (emri alan) da emir olmaz. Bu iki unsurun varlığı elzemdir.⁹² Kelsen'in tanımına sadık kalarak ifade edilecek olursa norm, *“başka birini harekete geçirmeyi amaçlayan belirli insan tasarruflarının anlamı”*dir.⁹³ Bu tasarruf izin verme, emretme ve yetkilendirme şekillerinde olabilir. Kelsen bunlara üç normatif fonksiyon adını vermektedir. Burada açıktır ki yasaklamanın ayrı bir fonksiyon olarak zikredilmesi gerekmez. Çünkü yasaklamak, bir işin “yapılmamasını emretmek” olarak yorumlanabileceğinden emir kapsamında düşünülmesi mümkündür.⁹⁴

1.3.1.3. Hukukilik

Hukukilik, bir hukuk kuralını diğer normlardan ayıran temel vasıftır. Bir hukuk normunu sosyal, ahlaki, dini vs. kurallardan ayırt edebilmek için başvurulacak kriterler hukukilik kapsamına girer. O halde bir normu hukuk normu yapan şey onun hukuki olma vasfıdır. Troper hukukilik kriterini saptamak için öne sürülen kıstasların bir listesi yapar.⁹⁵ Sözgelimi hukuk normu, normun içeriğine bakılarak belirlenen bir kıstasa göre, sosyal eylemlerin öznelararası ilişkisinin regüle edilmesidir. Ayrıca hukuk kuralları hak vermeksizin borç yüklemeler. Bu yönüyle ahlak kurallarından ayrılırlar. Ancak hukuki olmayan sosyal kurallar ile arasına net bir sınır konmuş olmaz. Bu yüzden hukukiliği tarif için başka ölçütlere de ihtiyaç vardır. Troper'nin

⁹⁰ Burada irade kavramı kabaca ele alınmış olup iradeci pozitivizm ile normativizm arasındaki farklara ve bu farkların yaratabileceği pratik sonuçlara konu açısından esaslı önem teşkil etmediği için değinilmemektedir.

⁹¹ Hafizoğulları, **op. cit.**, s.5.

⁹² Kelsen, **Théorie General des Normes, op. cit.**, s.36-37.

⁹³ Gözler, **op. cit.**, s. 39.

⁹⁴ **Ibid.**

⁹⁵ **Ibid.**, s.43

normun amacına bakarak tespit ettiği bir diğer kritere göre hukuk toplumun korunmasını hedefler. Normlar da bu amaç doğrultusunda ihdas edilir.⁹⁶

Normun koyucusuna bakılarak benimsenen bir ölçüte göre de hukuk normu, egemen iktidar ve onun vekilleri tarafından vazedilen kuraldır. İradeci pozitivist Austin'in tanımına göre hukuk, egemenin emridir.⁹⁷ Ancak bu kıstasın açığı, egemeni tayin etmedeki güçlük noktasında belirecektir. Bu yüzden muğlak durumlardaki tereddütleri gidererek berrak bir çözüm getirecek bir kriter olmaktan uzaktır.

Doğal hukukçu yaklaşıma paralel olarak benimsenmiş bir diğer kıstasa göre de hukuk normu adalete uygun olan şeydir.⁹⁸ Fakat bu gönderme oldukça muğlak olup çok geniş bir düşünce tarihine ve onun barındırdığı sonsuzca ihtimale uzanacak spekülâtif bir niteliğe sahiptir.⁹⁹ İlgiyi asıl hak eden kriterlere gelince bunlar normun yaptırım (müeyyide) şekli ve hukuk düzenine aidiyetinden çıkarılmaktadır. Yaptırım kriterine göre hukuk normu, dışsal ve kurumsallaşmış bir müeyyide ile donatılmış olan normdur. Aidiyet kriterine göre ise hukuk normu belirli bir hukuk düzenine ait olan normdur.¹⁰⁰

1.3.1.3.1. Yaptırım Kriteri

Hukuk normu yaptırıma bağlanan normdur. O zaman yaptırım (sanction) nasıl tanımlanabilir? Temel olarak yaptırım, normun ihlaline karşılık olarak verilen bir zorlamadır (cebir). Bu zorlama alelade nitelikte olmayıp toplumsal örgütlenme tarafından yaratılmış olmalıdır. Michel Virally'ye göre burada söz edilen zorlama, sosyal olarak örgütlenmiş, yani hukuk tarafından tanımlanmış ve hukuk normunun emrettiği şeyi ihlal eden harekete yöneltilmiştir.¹⁰¹

⁹⁶ **Ibid.**

⁹⁷ John Austin, **The Province of Jurisprudence Determined**, Londra: Weidenfeld&Nicolson, 1954, s.21

⁹⁸ Gözler, **op. cit.**, s. 43.

⁹⁹ Bu kısım boyunca çeşitli doğal hukukçu ekollerden uzak kalınacak ve tartışma günümüze hakim pozitivist anlayış içinden sürdürülecektir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu anlayışın eleştirisi yapılırken de aşkın (transandantal) göndermelere başvurmayarak ampirik alanda kalınacak, çözüm sosyoloji ve hukuki pratik içinden aranacaktır.

¹⁰⁰ Michel Troper, **Norme (en théorie du droit)**, Paris: L.G.D.J., Deuxieme Édition, 1993, s.407

¹⁰¹ Michel Virally, **La Pensée Juridique**, Paris, L.G.D.J., 1961, s.68

Paul Amselek ve Jean-François Perrin yaptırım kriterine itiraz ederler.¹⁰² Amselek'e göre yaptırım ile sosyal olarak örgütlenmiş bir yaptırım kastedilmektedir ve bu örgütleniş aslında hukuki örgütlenişten başka bir şey değildir. Bu durumda yaptırımın kendisi de başka türden bir hukuk kuralına dönüşmektedir. Dolayısıyla hukuk normu tanımlı yaparken başka bir hukuk normuna gönderme yapılmış olmaktadır. Bu durum kendine dönüşlü bir mantık veya totoloji olarak addedilebilir. Ve bu da kuşkusuz tanımda kısır döngüye girildiği anlamına gelmektedir. Aynı şekilde Perrin de yaptırımı bir başka normun hizmetindeki norm olarak tanımlar.¹⁰³ O halde bu değerlendirmeler ışığında yaptırım ölçütünün hukukiliği tanımlamada yetersiz olduğu söylenecektir.

1.3.1.3.2. Aidiyet Kriteri

Hukuk normunun belirli bir hukuk düzenine aidiyeti olarak özetlenebilecek bu kriterin savunucusu Kelsen'dir. Hans Kelsen'e göre bir normun hukukiliği, o normun hukuk düzenine ait oluşuyla karakterize edilir. Belirtmekte yarar var ki, Kelsen'in kuramında hukukilik ile geçerlilik aynı anlama gelmektedir. O halde bir normun geçerliliği (hukukiliği) o normun ait olduğu normatif düzenin hukuki olmasına bağlıdır. Buna göre bir normun geçerliliğine bakılırken evvela ait olduğu düzene bakılacak daha sonra da bu düzenin hukuki olup olmadığı araştırılacaktır.¹⁰⁴

Kelsen'e göre bir hukuk düzeninin ayırt edici vasıfları şu şekilde tayin edilebilir:

1. Hukuk düzeni ilk olarak bir beşeri davranış düzenidir.¹⁰⁵ Her şeyden önce konusu insan davranışlarıdır. Normlar da bu davranışlara ilişkindir.

2. Hukuk düzeninin ikinci ayırt edici vasfı cebir (zorlama) düzeni oluşlarıdır. Cebir normu ihlal edene yöneltilmiş zorlama demektir. Muhatabın rızası olmaksızın hoşuna gitsin gitmesin bir davranışa zorlanması, bir tasarrufa tabi tutulması ya da bir zarara uğratılması cebir kapsamında değerlendirilebilir.¹⁰⁶ Sözgelimi, birinin ölüm

¹⁰² Gözler, *op. cit.*, s. 45.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, *op. cit.* s.113

¹⁰⁶ *Ibid.*, s.119

cezasına çarptırılması, hürriyetinin sınırlandırılması, mallarına el konulması, sağlığına zarar verilmesi vs. bu kapsamdadır. Özetle, cebir normu ihlal edene rızası hilafına fiziki güç kullanımını da içerir bir şekilde bir kötülüğün dokunmasıdır. Burada denebilir ki normun kuvveti ve geçerliliği, ihlali durumunda hukuk düzeninin fail açısından hoşla gitmeyen netice yaratabilme kabiliyetinden gelmektedir. İki kriteri birlikte düşünerek tanım yapıldığında hukuk düzeni “beşeri davranışın cebri düzeni”dir. Cebir düzeni olması yönüyle hukuk düzeni diğer normatif düzenlerden kesin bir şekilde ayrılır. Bu açıdan cebir unsuru hukuk düzeninin mümeyyiz vasfı olarak temel kriter olmaktadır.¹⁰⁷

Bu tanım ışığında yaptırım kavramı da yeni bir anlam kazanır. Yaptırım bir tür cebir işlemi yani şiddet uygulanmasıdır. Yani yaptırım hukuk düzeni tarafından konulmuş ve birlikte sistematik bir bütün oluşturan bir “cebir işlemi”dir. Burada önemli olan nokta bu cebrin uygulayıcısının kim olduğudur. Yaptırım uygulama tekeli cebir düzeninin yetkilendirdiği ve düzeni temsilen hareket eden şahıslardır.¹⁰⁸ Dolayısıyla hukuk topluluğunun dışında kalan, yetkilendirilmemiş unsurlar yaptırımın icrasında rol alamayacaklardır.

Hukuk düzeni bir tür cebir düzeni olarak tanımlandı. Bu şu anlama gelir ki hukuk düzeni olarak kabul edilemeyecek cebir düzenleri de mevcuttur. Örnek olarak eylemleri belli kurallara göre düzenlenen suç örgütleri ele alınabilir. Nitekim bu örgütlerin de gözettiği, eşitlikçi paylaşım, verilen söze uyma, ihanetin cezalandırılması gibi birtakım normlar bulunmaktadır. Ancak buna rağmen bu yapı illegal nitelikte kabul edilmektedir.¹⁰⁹ O halde hukuk düzeni bunlardan hangi yönüyle ayrılır? Yani bir hukuk düzenini haydut düzeninden ayıran ölçüt nedir? Bu sorunun nitel bir cevabı yoktur. Verilecek cevap gayet sadedir: “daha etkili otorite kuran kazanır”¹¹⁰. Bir hukuk düzenini, hukuk düzeni yapan belirli bir toprak parçası üzerinde, diğer tüm cebir düzenlerini saf dışı ederek kendi geçerlilik alanını yaratmasıdır. Burada coğrafi kriter ve egemenlik ile toprak parçası arasındaki sıkı bağ dikkati çekmektedir. Özetle denebilir ki, belli bir bölgede diğer tüm rakiplerine galip gelmiş ve o bölgeyi rakip güç merkezlerinden yalıtmayı başarıp kendi tekeli

¹⁰⁷ *Ibid.*, s.48.

¹⁰⁸ *Ibid.*, s.50.

¹⁰⁹ Bronislaw Malinowski, *Une Theorie Scientifique de la Culture*, Paris: François Maspero, , 1968, s.45-46

¹¹⁰ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, op. cit. s.119

inşa etmiş bir hukuk düzeni normlarının içeriği ne olursa olsun –hatta açıkça uluslararası hukuk bakımından suçlar işlense dahi- “devlet” olarak kabul edilecektir. Görülüyor ki devletin diğer cebir düzenleri ile arasındaki fark cebrin niceliğine ilişkindir. Kuruluş safhasında henüz geçerlilik alanını tam tesis edememiş olan bir devletin teknik açıdan bir haydut düzeninden farkı yoktur. Önemli olan uygulanan cebrin büyüklüğüdür. O halde bir çete örgütünün rakiplerini alt ederek bir devlete dönüşme ihtimali mevcuttur. Bu durumda çetenin kuralları –içeriğine bakılmaksızın- bir hukuk düzeni olarak kabul edilecektir. Tekrar vurgulamak gerekir ki, temel şart belli bir toprak parçası üzerinde güç ile egemenliğini tesis etmiş olmaktır.¹¹¹

1.3.2. Hukuki Geçerlilik Anlayışları

François Ost’a göre geçerlilik “hukuki sonuç doğurmak için gereken şartları taşıyan normun niteliği”dir.¹¹² Peki burada bahsedilen şartlar nelerdir? Literatürde genel olarak üç değişik ölçüte başvurulmaktadır: adalete uygunluk (etik/aksiyolojik kriter), etkililik (sosyolojik/maddi kriter) ve normun “özgül” varlığı (formalist/biçimsel kriter).¹¹³

Bunlardan aksiyolojik kriter doğal hukukçu anlayışı yansıtır.¹¹⁴ Adillik, ideal geçerlilik, deontik geçerlilik gibi farklı isimlendirmelerle tarif edilir. Ölçütün temelinde ideal dünya-gerçek dünya ikiliği fikri yatmaktadır. Buna göre araştırılması gereken şey, gerçek alem ile aşkın değerler arasında uyum olup olmadığıdır.¹¹⁵ Normların geçerliliği birtakım finalist (ereksel) değerlere göre yapılan sınama ile tespit edilir. Günümüzde doğal hukuk, pozitif hukuk karşısında önemli bir mevzi kaybı yaşamıştır. Doğal hukuktan arta kalan bazı unsurlar hakim pozitivist düşünce içinde kendine yer bulmuş ve onun evrimleşme sürecine katkı sağlamışlarsa da, onun¹¹⁶ bugün pozitif hukuka alternatif veya rakip olduğunu söylemek epey güçtür.

¹¹¹ Devletin uluslararası hukuk açısından var olabilmesi için –onun varlığının koşulunu oluşturmaya da- tanınması gerekir. Açıklayıcı bir işlem olan tanıma kurumu ile devlet, diğer devletlerle hukuki işlem yapabilme kabiliyeti kazanacaktır. Ancak diğer devletlerce tanınmış olmanın, bir devleti devlet yapan bileşenlerden olmadığını not etmek gerekir. (Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Ankara: Turhan, 2010, s.342-43)

¹¹² François Ost - Michel Van De Kerchove, **Validité**, Paris: L.G.D.J., Deuxieme Édition, 1993, s.264.

¹¹³ Gözler, **op. cit.**, s. 56.

¹¹⁴ Ost - Kerchove, **op. cit.**, sf.274

¹¹⁵ Hafizoğulları, **op.cit.**, sf.36

¹¹⁶ Özellikle klasik doğal hukuukun

Aksiyolojik geçerlilik anlayışında, gönderme yapılan referansın göreceliliği bir muğlaklık yaratmakta, hukuku bilimsel bir disiplin olmaktan çıkarmaktadır.

İkinci tür geçerlilik, maddi geçerlilik olup Amerikan ve İskandinav literatürlerinde genişçe yer bulan hukuki realizm akımının bir yansımasıdır. Bu anlayışta bir normun geçerliliği onun etkililiği ile belirlenmektedir.¹¹⁷ Günümüz hukuki düşünüşüne hakim biçimsel geçerlilik anlayışının tılandığı noktalarda maddi geçerlilik perspektifinden çözümler üretilebilmektedir. Ve hukuki realizm belli noktalarda reçeteler sunabilmektedir. Tekrar edilecek olursa, bir normun geçerliliği onun etkililiğine göre saptanır. Ve etkililik ise normun yöneldiği muhataplar tarafından izlenmesine ve itaat edilmesine göre tayin edilir. Temel kıstas norm ile sùjelerin davranışı arasındaki uyumdur.¹¹⁸

Üçüncü tür geçerlilik ise biçimsel geçerlilik olarak tarif edilir. Geçerliliğin bu türü pozitivist yazarlar tarafından savunulmuştur. Hans Kelsen de bunlardan biridir. Son asrın hukuk anlayışına damga vurmuş olan pozitivist anlayış günümüz hukuk alemini algılama ve vasıflandırmada ve hukuki kurumların varlık sebebini anlamada hukukçulara en işlevsel perspektifi temin etmektedir. Dolayısıyla günümüz hukuki gerçekliğini açıklamak için en sahih başlangıç noktası hukuki pozitivizmdir. Sistem tıkanmalar, iç çatışmalar ve sallantılar yaşasa dahi onun kimliğini en iyi yansıtmayı başarmış teorik çerçeveler yine pozitivizm içinden türetilmiştir. Yeni olguları izah edebilmek klasik yaklaşımı eleştirmekten hatta belki de yıkıma uğratmaktan geçse dahi bu faaliyet işe klasik olanın mahiyetinin iyi kavranmasıyla başlamayı gerektirdiğinden, yukarıdaki saptama bize Kelsen düşüncesi üzerinde ciddiyetle durmayı teklif etmektedir. Şimdi onun kuramsal açıklamaları bağlamında biçimsel geçerlilik ve hukuki pozitivizm anlayışı üzerinde etraflıca durularak piramit modelinin ana hatları belirlenmeye çalışılacaktır.

¹¹⁷Bettini, “Efficacité”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**, Paris, L.G.D.J., Deuxieme Édition, 1993, s.219-224

¹¹⁸ Ibid.

1.3.3. Kelsen'in Normlar Piramidi

Tüm yazarlar arasında son bin yılın hukuk düşüncesini açık ara farkla (çalışmaları 28 farklı dile çevrilmiştir.¹¹⁹) en çok etkileyen Kelsen hayatı boyunca ahlaktan ayrı özerk bir hukuk alanının mümkün olduğunu savundu. 1921 ile 1930 yılları arasında Avusturya Federal Mahkemesinde hakimlik yapan Kelsen, kuşkusuz saf hukuk kuramını inşa ederken pratikteki deneyimlerinden faydalanmıştır. Ona göre bir yasa, içeriği ne denli etiğe aykırı olursa olsun gayrihukuki olarak nitelenemez. Çünkü Kelsen'de hukukilik ahlaki bilgiden tamamen bağımsız bir olgudur. Peki içerik herhangi bir önem taşıyorsa hukukilik neye göre belirlenecektir? Kelsen'in buna cevabı nettir: hukukun *strüktürü*¹²⁰. Bu *strüktür* dört özellikle karakterize edilir; hukuk dogmatığı, hukukun geçerliliği, olan/olması gereken ayrımı ve piramit modeli.¹²¹ Bunlardan önemle üzerinde durulması gereken piramit modeli tüm hukuk düzenini domine etmekte, normlar bu modelin kurgusuna göre belirlenmektedir.

Hukuk bilimini yabancı unsurlardan ayıklayarak özerkleştirmeyi hedefleyen Kelsen bunu yaparken hukuk düzenine ciddi bir vurgu yapar ve kuramını bu temel üzerinde inşa eder.¹²² Ona göre hukuk pozitif hukuktan ibarettir. Yasanın doğruluğu veya yanlışlığı hukukçuyu ilgilendirmemektedir. Bir kuralın yasa olup olmadığı ancak yasallığına bakılarak belirlenebilir. Bu bağlamda sözgelimi Nazi yasalarının onca insanlık dışı uygulamaya rağmen yasa olmadıkları iddia edilemeyecektir.

Kelsen'e göre bir hukuk normunun geçerliliği onun içeriğinden çıkarılan bir niteliğe göre değil, o normun bir hukuk düzenine aidiyeti ile tayin edilir.¹²³ Ricardo Guastini bu anlayışta geçerliliği, “*membership*” (üyelik) olarak tarif eder.¹²⁴ Başka bir ifade ile, norm bir hukuk düzeni içinde yer almışsa geçerli kabul edilecektir.

Hans Kelsen, geçerliliği tanımlarken özgül ağırlık kavramına gönderme yapar. Geçerlilik norma içkin bir nitelik olmayıp onun özgül varlığına dair bir

¹¹⁹ Un Jong Pak, “Kelsen’s Pure Theory Of Law From The Perspective Of Globalization”, **Journal Of Korean Law**, Vol.9 No.1, s. 147-160, 2009, s.147.

¹²⁰ İngilizce “structure” kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Türkçe’ye yapı olarak da çevrilmesi mümkündür.

¹²¹ Pak, **op. cit.**, s.148.

¹²² **Ibid.** s.149.

¹²³ Ost, **Validité**, **op. cit.**, s.433.

¹²⁴ Gözler, **op. cit.**, sf.73.

kavramdır. Özgül varlık ise, bir normun normatif düzen içindeki varlığıdır.¹²⁵ Alelade bir normlar demeti olmayan normatif düzen normların belli bir sistematığe göre örgütlenmesi demektir.

Peki piramit modeli olarak adlandırılabilen bu örgütlenmede en üstteki norm anayasa mıdır? Buna ilk etapta verilen cevap olumludur ancak asıl sorun bu normun ötesinde ne olduğudur. İnsanların genel iradesi mi (*general will*)? Doğal hukuk mu? Ya da dini öğretiler veya Tanrı mı? Kelsen'e göre soruna bu tarz yanıtlarla çözüm bulmak imkansızdır. Çünkü bunlar hukuk evreninde yer bulamayan saf olmayan unsurlardır. Saf hukuk kuramı bize bu problemi çözmek için *Grundnorm*'u teklif eder.¹²⁶ Aslında bu Kelsen'in anayasayı dışsal bir meşruiyetten muaf tutma çabasının bir tezahürü olan mantıksal bir varsayımdır. Burada Kelsen'in her ne kadar devlet ile hukuki düzeni özdeşleştirmiş olsa da hukukiliği yalnızca devlete indirgemediğini de not etmek gerekir.¹²⁷ Çünkü devlet, hukukiliğin bir bileşeni olan *Grundnorm*'un altında kalır.¹²⁸ Bunun bir anlamı devletin hukuk düzeninin en üst normu olan anayasanın *Grundnorm* ile aynı şey olmadığıdır. Hart, bu farklılığı vurgulayarak *Grundnorm*'un “anayasaya ya da ilk anayasayı yapmış olanlara itaati zorunlu kılan kural” olduğunu söyleyecektir.¹²⁹

Kelsen'e göre bu normatif düzenin kapsamında yer alan tüm normların tabii olduğu tek bir temel norm (*Grundnorm*) mevcuttur. Bu durum da normlar arasında niteliksel bir hiyerarşi yaratır. Buna göre iki tip norm olduğu öne sürülebilir. Geçerliliğin temeli olan *Grundnorm*; ve geçerliliğini buradan alan diğer tüm normlar. Bu ikinci tür normlara vazedilmiş normlar denir (*normes posées*). Nitekim bunlar hususi bir işlemle yaratılmışlardır. O halde bir normun geçerli olması için ya normlara meşruiyet kazandıran temel normun kendisi (*Grundnorm*) olması gerekir, ya da bu düzen içinde bir geçerlilik temeli vardır.¹³⁰

*Grundnorm*un dışında yer alan normların geçerliliği normatif düzen içinde yer almalarına bağlıdır. Bu düzen içinde yer edinme tarzı da ancak yine o düzen

¹²⁵ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, op. cit. s.121

¹²⁶ Pak, op. cit., s.149.

¹²⁷ Akal, op. cit., s.144

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Hart, op. cit., 1961

¹³⁰ Gözler, op. cit., sf.74.

içinde yer alan başka bir normun belirlediği koşullara göre olacaktır. Bu koşullar direkt olarak *Grundnorm* tarafından belirlenebileceği gibi temeli *Grundnorm*'a dayanan başka bir norm tarafından da tayin edilebilir. Son tahlilde, normatif düzen içinde yer alan tüm normların geçerliliği bir şekilde *Grundnorm*'a dayanır. İşte sırf bu nedenle bir norm hukuk düzeninin parçası haline gelir. Diğer normlarla olan ilişkisellik sistemin kilit noktasıdır. Aynı normatif düzen içinde yer alan ilintili normların ilişki kurma biçimi iki şekilde olabilir. Bir norm başka bir normdan ya geçerliliğini alıyordur. Ya da başka bir norma geçerlilik temin ediyordur. Başka bir norma geçerlilik veren norma “üst norm” adı verilir. Söz konusu norm, kendi geçerliliğini aldığı norma göre ise “alt norm” niteliğindedir. Bir normun üst basamağına çıkılması işlemi sonsuza kadar devam ettirilemez. Bu işlem kaçınılmaz bir şekilde bir yerde kesilecektir ve geçerliliği kendinden menkul bir safhada nihayete erecektir. İşte Kelsen bu en üst norma yukarıda değinildiği üzere *Grundnorm* adını verir. Bu norm tüm normatif düzenin temelidir ve tüm normların geçerliliğinin kaynağıdır. Bu yönüyle *Grundnorm* sistemin birliğini sağlamaktadır.¹³¹

Peki *Grundnorm*un geçerliliği nereden gelmektedir? Bunu incelemeden evvel Kelsen'in problemi ortaya koyuş biçimini incelenmelidir. Kelsen evvela şunu sorar. Bir idam cezasının infazı neden cinayet değildir? Cevap nettir. Zira infaz bir mahkeme kararına dayanır. Peki bunun meşruiyeti nereden gelir? Kuşkusuz ki mahkeme kararının bağlayıcılığı hukuk düzenine ait bir normdur. Bu normun kaynağı da yürürlükteki ceza kanunudur. Bunun geçerliliği de bir üst norm olan anayasadan kaynaklanmaktadır. Meşruiyet arayışı sürdürmeye devam edildiğinde anayasanın geçerliliğinin nereden geldiği sorusu gündeme gelecektir? Bu soruya verilecek cevap muhtemelen araştırmacıyı mevcut anayasanın değiştirme usullerini belirleyen önceki anayasalara ve tarihsel sürece, nihai olarak da sözgelimi devrimsel koşullarda yaratılmış bir ilk anayasa metnine götürecektir. Bu soruyu sonsuza kadar sürdürmek araştırmacıyı bir yere vardırmayacak, bilakis kısır bir döngüye sokacaktır. Nitekim Kelsen de bu eylemin anlamsızlığını kestirmiş, sorunu aşacak bir formül üretmiştir. Aşkın göndermelere başvurulmayacaksa –ki Kelsen kuramı bu tavrın tam zıt kutbunda yer alır- yapılacak tek bir şey vardır: *Grundnorm*un geçerli olduğu farzedilmeli, hipotez olarak kabul edilmelidir.¹³²

¹³¹ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, op. cit. s.117-120.

¹³² *Ibid.*, s.118

Bir hukuk düzeninin temel normu şu şekilde ifade edilebilir: “Devletin tarihsel olarak ilk olan anayasasının ve bu anayasaya uygun olarak konmuş normların öngördüğü şekil ve koşullarda cebir işlemleri yapılmalıdır; kısacası, anayasanın öngördüğü şekilde davranılmalıdır.”¹³³ Buradan anlaşılıyor ki aksiyomatik nitelikteki temel normun işlevi pozitif hukuk düzeninin objektif geçerliliğini tesis etmektir. Kelsen aslında *Grundnorm*’un geçerliliği sorusuna cevap vermemekte, bu sorunun anlamsızlığını vurgulamaktadır. Bir geçerlilik faraziyesi sayesinde hukukiliği kendinden menkul olan *Grundnorm*, bir organ tarafından vazedilmiş olmayıp varsayılan bir norm niteliğindedir.¹³⁴

Alf Ross, Kelsen’in bu kaçamak çözümüne eleştiri getirmektedir. Ona göre Kelsen böyle yaparak hukukun bilimselliğine gölge düşürmüştür. Anayasaya itaati emreden bir normu varsaymak Kelsen’in pozitivist kimliğini sarsıntıya uğratar. Nitekim kimi yazarlarca Kelsen’e *quasi-positiviste* (pozitivist benzeri) denilecektir.¹³⁵ Kelsen ömrünün son demlerinde *Grundnorm*’a dair yeni bir yaklaşım sergiler. Bu yaklaşıma göre *Grundnorm* muhtevastır (içeriği yoktur) Anayasaya itaati emretmemekte olup yalnızca epistemolojik bir ön varsayımdan ibarettir.¹³⁶ Hukuku hukuk olarak betimleyebilmek için bu varsayımı yapmak mecburidir. Akal ise *Grundnorm*’u, Schmitt’in istisna halini hatırlatır biçimde hareketli güç ilişkilerini içeren bütüne ait bir konsept olarak görmekle, Spinoza düşüncesinin etkisinde istisnai bir *Grundnorm* okuması yapar.¹³⁷

Özetle denebilir ki temel norm bir kurgudur. Kendisine başvurmadan pozitivist anlamda normatif bir sistem inşa etmek mümkün değildir. Bu zorunluluk hukukun bir bilim olarak ele alınmasına halel getirmez. Zira herkesçe bilinen pozitif bilimlerde dahi ilk neden probleminin bilimin sahası içinde kalınarak cevabı bulunabilmiş değildir.¹³⁸ Kelsen modelindeki bu kaçınılmaz açık noktaya getirdiği çözüm kanaatimizce ona tabii hukukçu vasfı katmamaktadır. Nitekim yaşamının son döneminde Kelsen “Temel norm pozitif bir norm değildir, ama sadece düşünülmüş

¹³³ **Ibid.**

¹³⁴ **Ibid.**, s.265.

¹³⁵ Alf Ross, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, **Revista Juridica de Buenos Aires**, IV, 1961, s.46.

¹³⁶ Gözler, **op. cit.**, sf.77.

¹³⁷ Akal, **op. cit.**, s.147-148

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hilav, **op. cit.**

bir normdur. Burada irade işleminin anlamı gerçek değil, ama kurgusaldır. Bu anlamda o, gerçek bir kurgudur...” diyerek kuramını yeniden formüle edecektir.¹³⁹

2. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN ZAYIF İŞLEDİĞİ NOKTALAR

2.1. Kanunların Sarsılan Normatif Gücü

Her ne kadar hukuk normları, kanunlardan ibaret olmasa da modern devletin en temel faaliyetlerinden olan yasamanın konusu olarak kanunlar hukuk yaratısı içinde en önemli konuma sahiptir. Kanun, bir anlamda ulusal iradenin dışa vurumudur. Anayasanın özellikle başka bir mercie yetki tanımadığı her alan için yasama organı yetkilidir. Üstelik kimi alanlar için yasama organından başka bir iradenin asli olarak tasarrufta bulunması mümkün değildir.¹⁴⁰ Bu itibarla denebilir ki kanunlar, devlet egemenliğinin kendisinde tecelli ettiği en önemli enstrümanlardır. Bu özelliği ile kanunlar Kelsen piramidi içinde esaslı bir rol oynamakta olup bir nevi egemenlik taşıyıcısı olarak diğer normlara kıyasla gerek biçimsel, gerek maddi anlamda ciddi bir üstünlüğe sahiptir. Normlar hiyerarşisinin işleyişinde kanunların bu niteliğinin özel bir önemi vardır ve bu nitelik iğdiş edildiği ölçüde piramit de sallantıya uğrayacaktır.¹⁴¹

Günümüzün birtakım uygulamalarına ve yasama mekanizmasının çalışma şekline bakıldığında kanunların bu üstün konumlarının tehdit altında olduğunu söylemek mümkündür. Üstelik bu tehdit biri dışsal diğeri dahili planda olmak üzere iki ölçekte yaşanmaktadır.¹⁴²

2.1.1. Kanunlarla Uluslararası Hukuk Normları Çatışması

Dışsal plandan kasıt uluslararası hukuk normlarıyla kanunlar arasında yaşanan çatışmadır. Anlaşma, teamül, direktif ve bunlarla teşekkül eden kurumların benimsediği kurallar gibi uluslararası hukuk normları devletlerin yasama organlarını

¹³⁹ Kelsen, *Théorie General des Normes*, *op. cit.*, s.344.

¹⁴⁰ Sözelimi, ceza hukuku bu tarz alanlardan biridir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bir suçun ve ona bağlanan yaptırımın ancak ve ancak kanun düzeyinde düzenlenebilmesidir.

¹⁴¹ François Ost, - Michel Van De Kerchove, *De La Pyramide Au Réseau*, Brüksel: Publications Fac. St Louis Bruxelles, 2002, s.79

¹⁴² *Ibid.*

belli yükümlülükler altına sokabilmektedir. Kanunlarla uluslararası hukuk normları arasında nasıl bir hiyerarşik bağıntı olduğu konusunda devletler aynı tavrı sergilememektedir.¹⁴³ Kimi hukuk düzenleri çatışma durumunda bu normlara kanunlar karşısında üstünlük tanırken kimileri de kanunların normatif gücünün ağır bastığını kabul etmektedir.¹⁴⁴ Uluslararası hukukun üstün olduğunu kabul eden¹⁴⁵ devletlerin varlığı, kanun konseptinin hiyerarşik konumunu objektif anlamda tartışmaya açan bir veri olarak karşımızda durmaktadır.

Gelgelelim yargısal denetim olmaksızın seçili uluslararası norma tanınan üstünlüğün pratik anlamda tesis edilmesi mümkün olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, böylesi bir denetimin uygulandığı kararlar mevcuttur. Sözgelimi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisini kabul eden devletler Sözleşme'ye aykırı kanunların uygulanmasını denetime açmış olmaktadır. Bunun yanı sıra, milli mahkemelerin uluslararası normların üstünlüğünü açıkça kabul ettiği kararlar olduğu da görülmektedir. Belçika Yargıtayının 27 Mayıs 1971 tarihli ilke kararı¹⁴⁶ ve Fransız Yargıtayının Jacques Vabre kararı (24 Mayıs 1975)¹⁴⁷ buna örnek olarak gösterilebilir. Fakat son tahlilde uluslararası bir mahkemenin ihlal durumunda doğrudan yasama organının sorumluluğuna karar verdiği bir yargısal denetim bu normatif üstünlüğü daha çok pekiştirecektir.

2.1.2. İç Hukuk Düzeninde Kanunların Değişen Konumu

Dahili plana -yani iç hukuk düzenine- bakıldığında üç farklı yönden kanunların seçkin konumunun aşınmaya uğratıldığı görülür. Bunlardan ilki kuşkusuz tüm normların anayasaya uygun olması gerektiği kuralıdır. Bunu sağlamak için de anayasa yargısı veya anayasallık denetimi adı verilen yargısal kontrol mekanizması işletilmektedir.¹⁴⁸ İlk etapta bu durum anayasanın üstünlüğünde örgütlenen doğrusal hiyerarşik piramidi güçlendiren bir unsur gibi görünmektedir. Dolayısıyla anayasallık denetiminin piramidi nasıl sallantıya uğrattığını anlayabilmek için başka faktörlere de bakılması gerekecektir.

¹⁴³ Pazarcı, **op. cit.**, s.18-20

¹⁴⁴ **Ibid.**

¹⁴⁵ Bu devletler de gerçekçi ve normcu okul olmak üzere iki farklı kategoride değerlendirilirler. (Bkz. **Ibid.**)

¹⁴⁶ Ost - Kerchove, **op. cit.**, s.79

¹⁴⁷ **Ibid.**

¹⁴⁸ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta , 2009, s.188

Kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması ihtiyacından doğan anayasa yargısı kurumu, elbette kanun yapıcının yetkisini kısıtlamakta ve sahip olduğu seçkin konumu tehdit etmektedir. Ancak not etmekte yarar var ki anayasallık denetimi, önemli bir pratik ihtiyaçtan doğmuştur. Zira anayasal normların teorik anlamdaki üstünlüğü yasa koyucuyu otomatik olarak anayasaya aykırı kanun yapmaktan alıkoymaya yetmemektedir. İşte bu yüzden kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması için üçüncü bir aktörün devreye girmesi gerekir. Bu aktör kuşkusuz hakimden başkası değildir.¹⁴⁹ Gerek denetimi bizzat yapan anayasa mahkemesi hakimlerinin gerekse de davaya uygulaması gereken hükümde anayasallık sorunu olabileceğinden bahisle dosyayı üst mahkemeye yollama konusunda takdir kullanan yerel mahkeme hakiminin¹⁵⁰, verdikleri kararlarla kanunların akıbeti ve geçerliliği üzerinde -sınırlı da olsa- söz hakkına sahip oldukları saptaması yapılabilir. Dolayısıyla söylenebilir ki, piramidi karakterize eden doğrusal hiyerarşi niteliği bir yönüyle bozuma uğratılmakta ve normlar hiyerarşisi karmaşık bir hal almaktadır.

İkinci olarak, üniter devlet yapısına alternatif birtakım idari teşkilatlanma modellerinin yaratabileceği muhtemel çatışmalar örnek olarak gösterilebilir.¹⁵¹ Sözgelimi, Belçika gibi bölgesel devletlerde federal yasama organı ile bölgesel meclisler arasındaki yetki transferi, normatif piramidin homojenliği ile bağdaşır bir görüntü çizmemektedir. Nitekim böylesi bir yetki paylaşımında merkez periferi ikiliğinin yanı sıra kanun ve yönetmelikler arasındaki hiyerarşik duruma bağlı olarak birtakım çatışma durumları ortaya çıkabilecektir. Bu ise kuşkusuz piramidin saflığını etkileyecektir.

Üçüncü ve belki de en önemli vakıa örneği olarak, parlamenterizmin yaşadığı kriz¹⁵² ve modern devletin ayırt edici vasfı olan güçler ayrılığı ilkesinin günümüzde bürünmüş olduğu forma değinmek gerekecektir.¹⁵³ Zira yumuşak güçler ayrılığı ilkesinin uygulandığı Kıta Avrupası'nda¹⁵⁴ yasama organı meclis kompozisyonu ve disiplinli parti sisteminden ötürü yürütme organı ile sıkı bir ilişki içerisinde.¹⁵⁵ Hükümetin yasa yapımındaki kuvvetli etkisi, parlamentonun normatif işlevi

¹⁴⁹ *Ibid.*, s.211

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Ost-Kerchove, *op. cit.*, s.83

¹⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Carl Schmitt, *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, Dost: Ankara, 2010

¹⁵³ Schmitt, *op. cit.*, s.61-77

¹⁵⁴ Teziç, *op. cit.*, s.420-22

¹⁵⁵ *Ibid.*, s.352-353

konusunda kuşku uyandırır niteliktedir. Bilinmektedir ki bakanlar kurulunca hazırlanan kanun tasarılarının yasalaşma olasılığı, meclisten gelen kanun tekliflerine nazaran oldukça yüksektir. Çünkü kanun tasarıları çoğunluğun siyasi tercihlerini yansıtmaktadır.¹⁵⁶ Dolayısıyla idarenin işlemlerine dayanak olan kanunlar yine idarece yaratılmakta olup norm üretimi büyük ölçüde yürütmenin inhisarına verilmiş vaziyettedir. Klasik yasama, yürütme ve yargı ayrımı, rasyonelleştirilmiş parlamenterizm prensibi gereğince yasama, yürütme bir tarafta yargı ve halk diğer tarafta olmak üzere yeni bir hüviyet kazanmıştır.¹⁵⁷ Belirtmek gerekir ki, burada bu şekilde üretilen normların meşruiyeti ya da geçerliliği sorunsal gündem edilmemektedir. Ancak fiili olgunun normlar piramidinin saflığına ve doğrusallığına hanel getirdiği muhakkaktır.

Özetle, kanunların hazırlanması ve uygulanması evrelerinde farklı öznelerin devreye girmesi nedeniyle normların görünürdeki gücü ile gerçek gücü arasında bir örtüşmezlik oluşmaktadır. Yasa yapma sürecinde yürütülen müzakereler üzerinden hükümete bağlı aktörler norm üretimine dahil olurken, yasaların uygulama esnasında anayasallık denetimlerini yapmak uğruna yorumlanması gereği de hukukun nihai uygulayıcısı olan hakimleri denkleme dahil etmektedir. Bu itibarla da, normların hiyerarşik örgütlenişinin arka planında sarmaşık benzeri bir yapının işlemekte olduğu ve piramit modelinin realiteyle uyuşmadığı ölçüde de olguları açıklama gücünün eksik olacağı saptamasını yapmak herhalde yanlış olmayacaktır.

2.2. Hukuk Düzeni İçinde Ağırlık Kazanan Bir Kaynak Olarak Mahkeme Kararları

Hukuk normları soyut bir dünyaya denk düştüklerinden düzenleme iddiasında oldukları hayat pratiği ile kuşkusuz aralarında bir mesafe mevcuttur. Dolayısıyla norm ile onun uygulanması yüzde yüz örtüşen şeyler değildir. Burada norm ile pratik arasında söz konusu olan çarpıtma, kasıtlı bir tercih olmadığı gibi kaçınılması mümkün olan bir olgu da değildir. Dolayısıyla bu örtüşmezlik tabii bir durum olduğu ölçüde norm ile uygulama ikiliğini, çelişkili bir durumu ima eder şekilde kullanmamak gerekir. Bu itibarla, bir hukuk normunun anlamının o normun

¹⁵⁶ *Ibid.*, s.41-42

¹⁵⁷ Ergun Özbudun, *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2009, s.48, 66, 352

uygulayıcısı ile tamamlandığını öne sürmek mümkündür. Normu uygulayacak olanın da öncelikli faaliyeti normu “yorumlamak” olacaktır.¹⁵⁸

2.2.1. Hukuksal Normların Yorumu

Hukuk normlarının yorumlanması sorunu bir yandan hukuku uygulayacak aktörleri devreye sokarken öte yandan da yorum meselesinin işlevi üzerinde düşünmeye davet eder. Ayrıca çeşitli açılardan kuramsal başarısını sınamaya tabi tutulan Kelsen’in normlar piramidinin yorum sorunu bağlamında da yeniden değerlendirilmesi gerektiği ortadadır. Nitekim bir hukuk normunun yorumunu o normun hiyerarşik olarak altına koymak gerçeklikle örtüşmemektedir. Hal böyleyken de normların yorumunu piramit modeliyle uyumlu hale getirmek için bir çaba sarf etmek gerekecektir. Bunu başarmak elbette kolay değildir ve Kelsen de buna kesin bir çözüm getirmiş değildir. Yorumun, hukuku yaratıcı rolü sistem içinde özellikle hakimlerin ciddi bir mevkiye terfi etmesini sağlamış ve onları hukuk düzenini karakterize eden bir unsur haline getirmiştir.¹⁵⁹ Yargının, normların işleyişinde bu derece önem taşıması fiili durumu piramit modeli ile bağdaştırmayı güçleştirmekte olduğu kadar paradoksal neticeler de doğurmaktadır.

Hukuk genel teorisi literatürüne göre yasayı yorumlamanın iki muhtemel işlevi olabilir.¹⁶⁰ İlk yaklaşıma göre hakimin görevi, yasayı uygulamaktan ibarettir. Yani yasa metni genellikle zaten yeterince açıktır ve hakim bu açık anlama itaat ederek karar oluşturur. Gelgelelim, anlamın açık olmadığı haller de mevcuttur ve hakim çelişkileri gidermek ve bulanık metne net bir anlam kazandırmak için yasayı yorumlar. Ancak bu durum istisnaidir ve normların yorumuna yüklenen yaratıcı rol, sınırlı bir duruma hasredilmiştir.¹⁶¹

Diğer yaklaşıma göre ise yasayı yorumlama faaliyeti, onun nihai anlamına koşulsuz bir itaat manasına gelmez. Kelsen’in piramit modelini asıl tehdit eden de yorum müessesesinin bu şekilde ele alınmasıdır. Yorum yasanın uygulanmasından

¹⁵⁸ Ertuğrul Uzun, **Hukuk Metodolojisinin Sorunları**, İstanbul: Nora, 2016, s.26

¹⁵⁹ **Ibid.**, s.22-36

¹⁶⁰ François Ost - Michel Van De Kerchove, **Entre la Lettre et l’Esprit, Les Directives d’Interpretation en Droit**, Brüksel: Bruylant 1989, s24

¹⁶¹ **Ibid.**

daha dinamik bir anlama sahiptir.¹⁶² Yasa ile uygulama arasında köprü kurma ihtiyacından türediği için hakim hukuk yaratımında önemli bir özne olarak belirir. Öte yandan, yasa hükmünün farklı davalarda çok farklı şekillerde yorumlanabilmesi hukuk düzenini monolitik bir yapıda olmaktan çıkarmaktadır. Bu açıdan normların yorumlanması inşai bir faaliyet olarak hukukun evrimine katkıda bulunur. Verdussen bu olguyu hukukun içtihadileştirilmesi olarak tanımlar.¹⁶³ Troper ise hukuk normlarının yorumlanmasının hukuk düzeni açısından “diyalektik bir gerilim” yarattığından söz edecektir.¹⁶⁴

Yasanın yorumlayıcıları kuşkusuz yargı organından ibaret değildir. İdari teşkilat içinde gerek yeni norm yaratırken gerek mevcut normları uygularken idari merciin yorum yapması gerekmektedir. Dolayısıyla soyut norm ile onun uygulanması arasında -takdir yetkisi kısıtlı da olsa- bir özne olarak sürecin bileşenlerinden biri olarak beliren yetkili idari organ¹⁶⁵, kağıt üzerinde homojen olan normlar piramidinin pratik ve dinamik düzlemlerde vücut buluşunda rol oynar. Burada söz konusu olan “eyleme” durumu, teorik çerçeve ile fiili durum arasında asgariye indirilse dahi asla kapatılamayacak bir fark olduğunun altını çizer.¹⁶⁶ Nitekim, bir hukuki işlemin veya idari eylemin dayanak norma uygunluğunun öncelikli denetleyicisi idaredir. Bu itibarla idarenin tutumu piramidin bütünlüğünün kaynaştırıcı bir bileşeni olacaktır. Dolayısıyla normlar düzeninin üzerine oturduğu bazı temeller norm-dışı unsurlardır yorumu yapılabilir. Bu noktada hakimlerin piramidin sürekliliğini tehdit edici etkileri daha belirgin olarak gözlemlenmektedir. Hakimler karar oluşturma süreçlerinde önlerine gelen olayla mevzuat arasında ilişki kurmaya çalışırken, bazı durumlarda uygulanacak normun geçerliliğini daha üst normların ışığında bir değerlendirmeye tabi tutarlar. Örneğin anayasa yargısı kapsamındaki itiraz yolunda -uygulamada ülkeden ülkeye farklılık göstermesi bir yana- bir yasanın anayasaya uygun olup olmadığı hakkında yerel mahkemece bir kanaat beyan edilmektedir. Zira mahkeme öncelikle anayasaya aykırılık itirazının

¹⁶² François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Reseau**, op. cit., s.98

¹⁶³ M. Verdussen, **L'Origine et la Légitimité du Conseil Supérieur de la Justice**, Bruxelles, 1999, s.17

¹⁶⁴ François Ost - Michel Van De Kerchove, **Le Droit et les Paradoxes du Jeu**, Paris: PUF, 1992, s.165

¹⁶⁵ François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Reseau**, op. cit., s.100

¹⁶⁶ İşte bu zapt edilemeyen alanın vaat ettiği olumsuzluk, hukuk genel teorisinin her zaman gelişime ve yeni kuramsal modellere açık olması gereken bir disiplin olduğunu hatırlatmaktadır.

ciddiyetini değerlendirecektir.¹⁶⁷ Veyahut yasanın birden fazla anlam taşıması halinde anayasaya uygun olan yorumun tercih edilmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Keza uluslararası normlardan hiyerarşik olarak yasanın üstünde olanlar, uygulamada alt normu ekarte ederek tatbik alanı bulurlar. Belirtmek gerekir ki bu konuda mahkemelere bir denetim yetkisi¹⁶⁸ tanınmış olması gerekir.

2.2.2. Mahkemelerin Artan Rolü

Mahkemeler normları iki farklı şekilde denetlerler.¹⁶⁹ Bunlardan ilki, ihmal müessesesidir. Buna göre, bir normun üst bir norma aykırılık taşıması halinde hakim bahse konu normun geçerliliğine ilişkin bir karar vermeksizin önündeki olayda onu uygulamaktan kaçınabilir.¹⁷⁰ Örneğin Amerikan tipi anayasa yargısı da bu usule göre yürütülmektedir.¹⁷¹ Diğer kontrol mekanizması ise iptal müessesesidir. Gerek anayasa yargısında gerek idari yargıda rastlanan bu kurum, üst norma aykırılık taşıyan normun kaldırılarak hüküm doğurmaz hale getirilmesi olarak tarif edilebilir.¹⁷² Bunun yanı sıra, tam yargı davalarında idarenin hizmet kusurlarından doğan sorumluluğuna ilişkin karar vererek mahkeme, üst norm alt norm ilişkisinde olduğu gibi norm uygulama ilişkisinde de denkleme dahil olur. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği ihlal kararlarında devletin sorumluluğuna hükmetmekte, devleti, kendi normatif düzenini “balans ayarından” geçirmeye sevk etmektedir.¹⁷³ Son tahlilde söylenebilir ki, ihmal, iptal kurumlarının yanı sıra idarenin eylemlerinden sorumluluğuna ilişkin verilen kararlarla¹⁷⁴ mahkeme normatif düzeni yeniden inşa edici bir role sahiptir. Bu itibarla, idari teşkilatın yanı sıra yargı organları da –daha radikal bir biçimde- hukuk düzeninin işleyişini esaslı ölçüde etkileyen özneler olarak temayüz ederler.

Mahkemelerin piramit modeli içindeki konumunu tayin etmek için mahkeme kararlarının normatif gücüne de ayrıca bakmak gerekecektir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde mahkeme kararlarının diğer mahkemelerin kararlarının teşekkülünde

¹⁶⁷ Teziç, *op. cit.*, s.209-15

¹⁶⁸ *Control de conventionalité* (Ayrıntılı bilgi için bkz. Xavier Magnon, *Le Controle de Conventionalité depuis la QPC*, Marsilya: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2015)

¹⁶⁹ François Ost - Michel Van De Kerchove, *De La Pyramide Au Réseau*, *op. cit.*,

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Özbudun, *op. cit.*, s.382

¹⁷² Kemal Gözler – Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, Bursa: Ekin, 2012, s.354-366

¹⁷³ François Ost - Michel Van De Kerchove, *De La Pyramide Au Réseau*, *op. cit.*, s.102

¹⁷⁴ Gözler – Kaplan, *op. cit.*, s.366-372

herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Ancak yerel mahkemelerin genel temayülü yüksek yargı organlarının içtihatları ile çatışmaya düşmeme yönündedir.¹⁷⁵ Dolayısıyla kağıt üzerinde bağlayıcı olmasa da kanunun yorumunda öncelikle başvuru merciler olarak yüksek mahkeme içtihatları normatif düzen içinde bir mevzi kazanmaktadır.

Bu itibarla denebilir ki, her ne kadar *common law* sistemi ile arada esaslı farklar olsa da Kıta Avrupası sisteminde de Anglosakson ekolünün izlerine rastlamak mümkündür. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yasa tanımına değinmek gerekir. Mahkemenin yasa kavramına bakışı oldukça esnek niteliktedir. Buna göre, bir norma yasa adı verilmesi için organik olarak yasa olması yani yasa yapan organın yasama faaliyeti sonucu ortaya çıkmış olması şart değildir. Mahkeme içtihatlarında belirlenen “erişilebilirlik” ve “öngörülebilirlik” kriterlerine göre yapılacak değerlendirmede bahse konu normun maddi anlamda yasa niteliğinde olması yasa olarak tanımlanması için yeterlidir.¹⁷⁶ AİHM kararlarının iç hukuk düzenindeki etkisi göz önüne alındığında bu normatif vasıflandırma, iç mevzuatta öngörülen hiyerarşik düzenin yeniden tanzim edilmesine yol açacaktır. Bu bağlamda yüksek mahkeme kararlarının AİHM nezdinde yasa niteliğinde ele alınması – zikredilen kriterlere uygun düştükleri ölçüde- imkan dahilindedir. Kuşkusuz bu durum yazarları hukuk normları arasındaki ilişkiyi yeniden değerlendirmeye sevk eden bir başka faktördür.

Piramit modeli, bir normun geçerliliğine ilişkin çözüm getirirken aynı zamanda onun yaratılma biçimine ilişkin de yol gösterir. Dolayısıyla modelde tutarlılık sağlanması için üst normun alt normdan önce ihdas edilmesi kolaylık sağlayacaktır. Ancak not etmek gerekir ki, bu önerme normlar hiyerarşisinin ayakta kalmasının nihai yolu değildir.¹⁷⁷ Bu saptamanın bir neticesi şudur ki, hiyerarşik basamakta ast norm niteliğinde olan bir norm, kendisiyle aynı konuyu düzenleyen bir üst normdan sonra ihdas edilirse çatışma doğma olasılığı, ters senaryodakine nazaran daha yüksektir. Bu nedenle spesifik alanlardaki pratik ihtiyaçlara cevap verme

¹⁷⁵ Fahrettin Kayhan, “Özel Hukuk Uygulamalarında Yargı İchtihatlarının ve İchtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999, s.344-46

¹⁷⁶ François Ost - Michel Van De Kerchove, *De La Pyramide Au Réseau*, *op. cit.*, s.103

¹⁷⁷ Nitekim *lex superior*, *lex temporis* ve *lex specialis* kuralları uyarınca normların çatışması durumunda hangi normun uygulanacağı piramit modeline hâle gelmeksizin tayin edilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara: KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s.15-119.

kaygısıyla üretilen normların üst normlarla her zaman mutabakat içinde olduklarını öne sürmek epey güç olacaktır. İşte yukarıda ifade etmeye çalışılan olgu da bu üretim sürecine ilişkindir. Hukuksal normlar pratik sahadaki öznelerin iradesinin yansımalarına dönüştükçe normatif düzen doğrusal yapısını yitirmektedir.¹⁷⁸

2.3. Kendine Özgü Bir Yapı Olarak Avrupa Birliği

Avrupa Birliği, hukuki piramit içinde üst bir basamağı teşkil etmese de hiyerarşik şekilde örgütlenmiş yetki kullanan organlarla farklı düzeylerde normatif etkileşim içinde bulunarak¹⁷⁹ piramit modelini sarsıntıya uğratan bir yapı olarak dikkati çekmektedir. Birliğin modelini tarif edebilmek için sistemin yetkili organlarını bir network (ilişkisel ağ) sistemi içinde yatay olarak çeşitlenmiş olarak tasavvur etmek gerekecektir.

Bir hukuk yaratıcı olarak Avrupa Birliği konusunu incelerken iki temel sorunsal ile karşılaşılır: Avrupa hukuku ile iç hukuk arasındaki çatışmalar (ya da AB kurucu sözleşmesiyle Anayasa arasındaki ilişki) ve AB'nin hukuki statüsü. Yapının hukuki statüsü tartışılırken de şu görüşlerle karşılaşılır: Avrupa Birliği, uluslararası bir örgüt olabilir; ya da ABD gibi federal bir yapıya sahiptir; veyahut federasyon da olmanın ötesinde Avrupa Birliği, konfederatif bir yapıdır.¹⁸⁰

Görünen odur ki, klasik terminoloji ile AB'nin normlar hiyerarşisi içindeki yerini tayin etmek kolay değildir. Birliğin bağlayıcılık gücü yüksek normlarını, klasik devlet egemenliği ve piramit modeli ile bağdaştırmak da pek olası görünmemektedir. Zira Avrupa Birliği, bir çeşit süper devlet gibi normal bir devletin sahip olmadığı yetkilerle donatılmış bir kurumdur.¹⁸¹ Ancak yine de üye devletlerin ulusal sistemlerinde piramidin en üstüne koyulacak denli bir güce sahip olmaktan hayli uzak olduğunu not etmek gerekir. Diğer yandan ekonomik emtianın engelsiz dolaşımı ilkesi¹⁸² ile Avrupa Birliği'nin klasik modeli altüst ederek bize yeni bir perspektif inşa etmeye sevk ettiği de gözden kaçırılmaması gereken bir husustur.

¹⁷⁸ Belirtmek gerekir ki bu durum olgudan norm doğmayacağı savıyla da çelişki halindedir.

¹⁷⁹ Pascal Fontaine, **AB Nedir?**, Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Brüksel: 2006, s.16-21

¹⁸⁰ François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Réseau**, op. cit., s.65

¹⁸¹ Duncan Watts, **The European Union**, Edinburgh: Edinburgh University, 2008, s.64-69

¹⁸² Jean-Luc Mathieu, **Avrupa Birliği**, Dost, 2006, s.58-59

Temelde ekonomik gayelerle kurulmuş bir antite olan Avrupa Birliği, günümüzde uzun vadede üyeler arasında tam bir entegrasyonu sağlama hedefine yönelmiş uluslararası bir yapılanmadır.¹⁸³ Öte yandan, belli alanlarda yasama, yürütme ve yargı yetkileri ile donatılmış olan birliğin ürettiği normlar “üstünlük” ve “doğrudan etki” ilkeleri çerçevesinde üye devletlerin iç hukuk düzenlerinin bir parçası haline gelmiştir.¹⁸⁴ Avrupa Konseyi bu yönüyle Avrupa Birliği’nden ayrılmaktadır. Çünkü orada devletlerin konseye gerçek bir yetki transferi söz konusu olmayıp bazı konularda işbirliği ilkesi çerçevesinde kararlar alınmaktadır. Bu kararların icrası ve işlerliği son tahlilde üye devletlerin tasarruflarına bağlıdır.¹⁸⁵

Konseye bağlı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne geldiğimizde ise durum değişmektedir. Zira mahkemenin kararlarının doğurduğu etkiye bakılınca alelaide bir işbirliği prensibinin ötesine geçildiği ama Avrupa Birliği’nin sahip olduğu düzeyde bir entegrasyonun da var olmadığı söylenebilir. Sözgelimi, François Ost, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir “ahenklik” (*harmonisation*) yarattığını söyleyerek bu ara statüyü tarif için özgün bir sıfat kullanmayı tercih edecektir.¹⁸⁶

2.3.1. Anayasal Bir Yapı ile Sözleşmesel Düzen Arasında Avrupa Birliği

Avrupa Birliği’nin önemli organlarından biri olan, Avrupa Birliği Adalet Divanı uzun zamandan beri topluluk hukukunun üye devletlerin iç hukukuna üstünlüğünü kabul etmesinin yanı sıra bazı kararlarında “kendine özgü doğası gereğince” tabirini kullanmakla birliğin kurucu sözleşmesinden kaynaklanan kuralların iç hukukla çatışabileceğini açıkça kabul etmektedir.¹⁸⁷ Bu yaklaşım üye devletleri ister istemez yasama faaliyetlerini yürütürken AB normlarını da göz önünde bulundurmaya sevk etmektedir. Egemenliğin sınırlamalara gelmeyen doğası düşünüldüğünde, bu durumun birtakım problemlere yol açacağı muhakkaktır. Sözgelimi, topluluk hukukuna adaptasyon çerçevesinde yapılan bir düzenlemenin anayasaya aykırılık teşkil etmesi durumunda, bahse konu direktif doğrultusunda

¹⁸³ *Ibid.*, s.38

¹⁸⁴ Watts, *op. cit.*, s.101

¹⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği**, Council of Europe, <https://edoc.coe.int/en/index.php?controller=get-file&freeid=6615> (Ağustos, 2018)

¹⁸⁶ François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Réseau**, *op. cit.*, s.66

¹⁸⁷ *Ibid.*

hareket edilmesi anayasanın delinmesi ve hatta örtülü olarak değiştirilmesi anlamına gelecektir. Bunun da en üst norm olan anayasanın prestijini derinden sarstığı açıktır.

Peki bu çatışmayı gidermenin, en azından etrafından dolanmanın (*by-pass* etmenin) bir yolu var mıdır? Avrupa Birliği'nin şiddetli savunucularının da benimsediği monist teze göre topluluk hukuku kurallarının iç hukuka üstünlüğü kabul edilmelidir.¹⁸⁸ Fransız Yargıtayı 1971 tarihli Le Ski kararında¹⁸⁹ AB hukukunun milli hukuktan üstün olduğunu açıkça telaffuz eder. Buna göre bu iki hukuk düzeni arasında hiyerarşik bir “entegrasyon” vardır ve herhangi bir çatışma durumunda hakim iç hukuk normunu üstün olan AB normu karşısında “etkisizleştiren” bir yorum benimsemelidir.¹⁹⁰ Belçika Danıştay ise Orfinger kararında¹⁹¹, topluluk hukuku kurallarını sınırlar nitelikteki bir iç hukuk normunun uygulanmasının bu kuralların birliğini ve etkinliğini tehlikeye attığını ve bu nedenle böylesi bir tavrın kabul edilemeyeceğini belirtir. Mahkeme bu yorumuna çarpıcı bir kayıt düşmeyi de ihmal etmez: “(...) *bu norm, Anayasa'dan kaynaklanıyor olsa bile...*” Bu oldukça radikal bir tavidir. Mahkemelerin yanı sıra doktrinde de AB normlarının üstünlüğü prensibini temel bir gereklilik olarak kabul eden çokça yazar mevcuttur. Bir diğer görüş olan düalist tezin savunucularından F. Delperée ve S. Depré ise şöyle yazar: “*Ulusal bir hukuk düzeni içinde Sözleşme sahneyi Anayasa'ya bırakmalıdır.*”¹⁹² Bu tezin uygulanmasına bir örnek olarak, Belçika Anayasa Mahkemesi uluslararası anlaşmaların onay kanununun anayasallık denetiminde kendini yetkili ilan ettiği gibi konvansiyon (sözleşme) kaynaklı düzenlemeleri esastan denetlemekten de geri durmamaktadır.¹⁹³

Görünen odur ki, topluluk hukukunun üstünlüğü sorunsalında ortak bir tutum geliştirilememiştir. Öne sürülen argümanlar savunucularının tercih ettikleri perspektifte sıkışmış durumdadır. Her görüş desteklediği hukuk düzeninin otonom ve özel nitelikli oluşuna dayanarak ona üstünlük atfedebilmektedir. Peki bu iki opsiyonun içine sıkıştığı kalıpların dışına çıkılarak normatif çatışmayı aşacak bir reçete önermek mümkün müdür? Bir başka deyişle hukuk sistemlerini bağımsız ve

¹⁸⁸ AİHM Kararı: Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğ. v. Türkiye kararı, 30 Ocak 1998, par.30

¹⁸⁹ Cass., 27 Mai 1971, Pas., 1971, I, s.886

¹⁹⁰ François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Réseau**, op. cit., s.66

¹⁹¹ C.E., arret du 5 Novembre 1996,, in J.T., 1997, s.254

¹⁹² F. Delperée – S. Depré, **Le Systeme Constitutionnel de la Belgique**, Brüksel: Larcier, 1998, s.33

¹⁹³ Ibid.

otonom şekilde ele alıp üstünlük ve hiyerarşi gibi kavramları terk ederek yeni bir paradigma inşa edilebilir mi? Kimi yazarların bu soruya cevabı olumludur. Onlara göre, eski kavramların koordinasyon, uyumluluk gibi sıfatlarla ikame edilerek üretilen yeni kavramsal harita içerisinden olaya özgü (*ad hoc*) ve pragmatik çözümler bulmak gayet mümkündür. Bu itibarla, normların çatışmasından doğan sorunlar, yetki ve normların daha dolaşık bir biçimde dağıldığı J.Arnaud'nun “eşzamanlı çoklusistem” adını verdiği bir düzen içinde ele alınabilir.¹⁹⁴ Böylelikle zorunlu hiyerarşik mantığın dışına çıkılarak karşılıklı etkileşim ve koordinasyon düşüncesi etrafında iki hukuk sistemi ortak bir habitat oluşturabilirler. Somut olaylara üretilen çözümler de zamanla birikerek bir repertuvar meydana getirir, muhtemel çatışmaların çözüm reçetesi de yeni durumların tabiatından doğan yeni akıl yürütme biçimleri ihmal edilmeden bu repertuvar içinde aranabilir.¹⁹⁵ Arnaud'nun yaklaşımının “*common law*” sistemini çağrıştırdığı dikkati çekmektedir. Ancak belirtmekte yarar var ki burada karar alma süreçlerinin de etkilendiği bir etkileşimden söz edilmekte olup bahse konu repertuvarın oluşumu salt yargısal mercilere bırakılmamaktadır.

2.3.2. *Network*¹⁹⁶ Sistemine Bir Örnek Olarak Avrupa Birliği

Topluluk hukukuyla milli hukukun çatışması sorununa bakıldığında en az bu konu kadar tartışmalı bir başka mevzu olduğu görülüyor; Avrupa Birliği'nin hukuki statüsü. Gerçekten de AB'nin hukuki statüsü için üzerinde uzlaşmış bir vasıflandırmanın mevcut olmadığı görülmektedir. Üye devletlerin dışa karşı bağımsızlıklarını yitirmediklerini, uluslararası bir hukuk süjesi olmayı sürdürdükleri bilinmektedir. O halde federasyon formülü, birliği vasıflandırmada kuşkusuz yetersiz kalacaktır. Bu durumda tartışmanın ana eksenini Avrupa Birliği'nin *süpranasyonal* mi yoksa konfederatif nitelikte mi olduğu hususuyla şekillenecektir.¹⁹⁷ Belirtmek gerekir ki, doktrinde ulusüstü (*süpranasyonal*) yapılara ilişkin olarak sunulan en somut

¹⁹⁴ A.J. Arnaud, *Critique de la Raison Juridique*, Paris, LGDJ, 1981, s.25

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Aşağıda daha detaylı olarak ele alınacak bu kavram Türkçe'ye “küresel ağ modeli” olarak tercüme edilebilir. Özü itibarıyla network sistemi, piramit modeline alternatif olarak beliren, merkezi bir öznenin/kurumun olmadığı ve sosyal durumdan doğan tesadüfi özne/kurumların çok boyutlu ilişkiler kurarak teşkil ettiği bütünlük olarak tarif edilebilir.

¹⁹⁷ Verhoeven, J., *Droit de la Communauté Européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996, s.132

örneğin Avrupa Birliği olduğunu öne sürenler vardır.¹⁹⁸ Bu itibarla önümüzde ciddiye alınır iki tez olduğunu söylenebilir.

Süpranasyonal yapı formülünü savunanların ileri sürdükleri en önemli argümanın, yapının Maastricht Antlaşması ile siyasi bütünleşme yönündeki niyetini açıkça sergilemesinin¹⁹⁹ yanı sıra, el attığı uyuşmazlık konuları gitgide genişlemekte olan AB Adalet Divanı olduğu saptamasını yapmak mümkündür.²⁰⁰ Zira mahkeme, bir yandan devletler nezdinde yeni bir uluslararası hukuk alanı yaratırken devletlerin egemenliğini sınırlandırır tarzda kararlar vermekten de imtina etmemektedir. Bunu yaparken mahkeme, topluluk hukukunun gerek ulusal anayasalar karşısında gerekse de kurucu sözleşme karşısında sahip olduğu otonomiye vurgulayan bir tavır içine girerek kendi kurumsal gücü üzerinden öncelikle Avrupa Birliği hukukunu özerkleştirmekte bunun doğal sonucu olarak da Avrupa Birliği'nin devletler karşısındaki *regülatif* (düzenleyici) üstünlüğünü pekiştirmektedir.

AB'nin devlet-üstü bir yapı oluşunu destekleyen bir diğer argüman ise Avrupa Birliği'nin kendine mahsus bir uyrukluk konsepti yaratmış olmasıdır.²⁰¹ Bunun yanı sıra, egemenlik kavramının unsurlarına bakıldığında devletlerin Avrupa Birliği'ne hayli önemli yetkiler transfer ettiği gözlemlenmektedir. Devleti devlet yapan ve egemenliğin temel yansımaları²⁰² olarak kabul edilen para ve gümrük politikası, ülkesel sınırların seyahat özgürlüğü ile ilişkisi gibi konularda Avrupa Birliği'nin sözünün önemli ölçüde geçerli olması ve üye devletlerin bu alanlarda ortaklaşma yoluna gitmeleri *süpranasyonal* model savunucularının elini güçlendiren faktörlerdir.

Karşıt teze gelince, devlet egemenliğini merkeze alan perspektifin savunucuları, topluluk hukukunun devletin yetkilerini erittiği düşüncesine itiraz ederler. Onlara göre birlik, birbirinden ayrı vaziyetteki egemenlik yetkisi taşıyan öznelerin oluşturduğu bir havuz (*pooling*) olarak vasıflandırılabilir.²⁰³ Bunun anlamı şudur ki, Avrupa Birliği'ni güçlü bir entegrasyondansa hükümetler arası bir

¹⁹⁸ Ozan Erözden **Ulus-Devlet**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s.130

¹⁹⁹ **Ibid.**

²⁰⁰ Luigi Corrias, **The Passivity of Law: Competence and Constitution in the European Court of Justice**, New York: Springer, 2011, s.116

²⁰¹ François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Reseau**, *op. cit.*, s.68

²⁰² Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Ankara: Turhan, 2010, s.148-156

²⁰³ François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Reseau**, *op. cit.*, s.70

kooperasyon (işbirliği) olarak tanımlamak daha doğru olacaktır. Bunun en net göstergesi de birlik politikalarının üç ana başlığı içinden, 2. ve 3. sütunlara giren güvenlik, dış politika, adli işbirliği gibi konulardaki karar alma yöntemleridir.²⁰⁴ Diğer yandan Parlamentonun faaliyet alanı ulusal meclislerin yürüttüğüne nazaran oldukça dardır. Ayrıca Avrupa Birliği vatandaşlığını tanıyan maddenin devamı, *süpranasyonal* modeli ciddi ölçüde sallayacak niteliktedir. Zira bahse konu uyrukluks statüsü, devlet vatandaşlığını tamamlayıcı nitelikte olup kesinlikle onun bir çeşit ikamesi değildir.²⁰⁵ Nihayet, AB Adalet Divanı'nın aksi görüşüne rağmen topluluk, devletlerin egemenlikten doğan yetkileri kaybolmaksızın imzaladıkları uluslararası sözleşmelerle kurulmuştur. Dolayısıyla da, “*competence-competence*” (yetkinin yetkisi) hala devletin elindedir ve kurucu sözleşmede oybirliği olmadan yani her üye devletin rızası edinilmeden değişiklik yapılamamaktadır.²⁰⁶ Buradan çıkarılacak en önemli sonuçlardan biri de, nitelikli çoğunlukla değiştirilebilecek bir AB Anayasası söz konusu olmadığıdır. Kuşkusuz bu durum devletin egemenliğinden taviz vermediğine ilişkin oldukça güçlü bir göstergedir.

Yine de belirtmekte fayda var ki tartışma sona ermiş değildir. Çünkü iki argüman da gerçekliğin bir kısmını yansıtmaktadır. Bu yüzden son kerte de Avrupa Birliği'nin klasik uluslararası örgüt ile federal devlet arasında bir yerde, “*sui generis*” (kendine özgü) nitelikte bir yapı olduğunu söylemek makul bir çıkış noktası olacaktır. Bu itibarla Avrupa Birliği'nin, egemenliğin öğelerini birbirine monteleyip tek parçalı bir mekanizma üretmekten ziyade bu öğelerin rastgele karıştığı ve iç içe geçtiği bir yığını andıran bir yapı olduğu öne sürülebilecektir. Ancak öte yandan birliğin AB Adalet Divanı içtihatları sayesinde daha intizamlı bir forma tabiri caizse güçlü bir entegrasyona doğru evrilmekte olduğu da inkar edilemez bir gerçektir.²⁰⁷

Kendine özgü (*sui generis*) niteliğin ikinci bir unsuru ise birliğin statüsünü açıklarken kullanılan alternatif hukuk mantıklarının biçimsel/formel olmaktan çok maddi, organik olmaktan çok fonksiyonel oluşlarıdır. Bilindiği üzere Avrupa Birliği'nin bir anayasası mevcut değildir ve yapının varoluş sebebi birtakım uzun

²⁰⁴ Michael Merlingen, *European Union Peacebuilding and Policing*, New York: Routledge, 2006, s.33

²⁰⁵ Hanneke Van Eijken, *EU Citizenship and the Constitutionalization of the European Union*, Amsterdam: Europa Law Publishing, 2015, s.49-50

²⁰⁶ Loic Azoulai, *The Question of Competence in the European Union*, Londra: Oxford University, 2014, s.253-266

²⁰⁷ Ph. De Schoutete, *L'Avenir de l'Union*, Brüksel: Bruylant, 1998, s.478

vadeli politik, ekonomik, sosyal hedeflerin gerçekleştirilmesi; güvenlik ve özgürlük konularına ilişkin tedbirler alınıp düzenlemeler yapılmasıdır. Bu hedefler doğrultusunda atılan adımlara kılavuzluk edecek hukuki normlar detaylıca belirlenmiş değildir. Hukuki ve kurumsal düzenlemeler reel olguyu geriden izlemektedir. Politik amaçların maddi içeriği zaman geçtikçe uygulanan prosedürleri şekillendirmektedir. AB'nin işleyişine hakim olan prensiplerden “*kazanımların tutulması*” ve “*dalga etkisi*” sayesinde bir birimdeki kurumsal gelişme, hukuki olanın ne olduğunu belirlemekte ve diğer birimler de bu gelişmeye paralel olarak yeni standartlar edinmektedir. Böylelikle Avrupa Birliği'nin kurumsal geometrisi biçimlenmektedir. Hukuki tekamülün biçimsel boyutuna gelince başka bir tavır karşımıza çıkar. Eğer norm olguya eşlik edemez ve gerisinde kalırsa *a posteriori* (sonradan) bir düzenleme ile yetki ve hukuki dayanak sorunu çözümlenmektedir. Sözgelimi, Belçika Anayasası'nın 1970'te benimsenen 34. Maddesi, geriye dönük olarak 1951 yılından itibaren yapılan işlemler için yetkilendirme sorununu çözen bir düzenleme getirir. Bu örnek çarpıcı bir biçimde göstermektedir ki, biçimsel boyut *a posteriori* olarak inşa edilmiştir.²⁰⁸

Üçüncü bir unsur olarak, işleyişe hakim temel ilkelerden ikincillik (katmanlı yetki) ve oransallık prensipleri zikredilebilir. Kuşkusuz bunlar mekanizmanın, güçlendirilmiş bir işbirliği modeline göre işlediğinin göstergeleridir. İkincillik ilkesine Anlaşma'nın 11.maddesinde yer verilmektedir. Maddenin ilk paragrafına göre AB yetkilerinin sınırı yetki devri ilkesine göre belirlenir. İkinci paragraf yetki devri hususunu ele alır. Söz konusu düzenlemeye göre birlik, anlaşmanın kendisine tanımış olduğu yetkilerin dışına çıkamaz. Birliğe devredilmemiş olan yetkiler üye devletlerin uhdesindedir. Sonraki paragraf ise ikincillik ilkesini ele alır. Şöyle ki: “Bir faaliyetin üye ülkeler tarafından icra edilememesi ve AB organları tarafından icra edilmesinin daha kolay olması halinde, o faaliyet, AB organları tarafından icra edilebilir.” Maddenin dördüncü paragrafında yer bulan oransallık ilkesi ise yapılacak işlemin şekil ve içeriğine ilişkin sınırlama koymaktadır. AB organları yetkilerini aşan işlemler yaptıklarında bu ilkeler sayesinde siyasi ve yargısal denetimlere tabi tutulmaktadır.²⁰⁹

²⁰⁸ François Ost - Michel Van De Kerchove, *De La Pyramide Au Réseau*, op. cit., s.72

²⁰⁹ *Ibid.*, s.73

Dördüncü bir unsur olarak, klasik bir devlet gibi yasama, yürütme ve yargı organlarına sahip olmasına rağmen Avrupa Birliği bunlar arasında geleneksel devlet modelinden farklı bir denge gözettiğini not etmek gerekir. Az gelişmiş bir parlamento, çok gelişmiş bir yönetsel yapı (Komisyon ve Konseyin geniş normatif yetkileri düşünüldüğünde böyle vasıflandırılabilir) ve hukuk yaratımı zayıf olan bir adalet divanı ile birlik, Giandomenico Majone'nin yakıştırmasıyla “*regülatör devlet*” niteliği taşımaktadır denebilir.²¹⁰ Nitekim geleneksel devletin; pazarların ve sektörlerin düzenlenmesi, ulusal güvenlik, genel sağlık ve çevrenin korunması vs. alanlarda yaptığı müdahaleler gibi asgari varlık görünümüleri Avrupa Birliği örneğinde farklı bir suret kazanmıştır.²¹¹ Regülatör (düzenleyici) devlet mantığında önemli olan yetkilerin yürütmede temerküz etmesinden çok bunların bağımsız idari otoriteler arasında üleştirilmesidir.²¹² Mesela önemli parasal yetkilerle donatılmış olan Avrupa Merkez Bankası bu modeli temsil eden çarpıcı bir örnektir. Gelgelelim bu tarz kurumların yapının demokratik karakterini zedeleyip zedelediği ayrıca tartışılması gereken bir husustur.

Avrupa Birliği'nin *sui generis* nitelikte bir yapı olduğunun beşinci ve son göstergesi ise Avrupa ağını teşkil eden aktörlerin sahip oldukları yetkilerin karmaşık bir biçimde iç içe geçmiş olmalarıdır. Bu yetkilerin nasıl bir hiyerarşi içinde örgütlendikleri açık değildir ve sistem içinde kendine gönderme yapan meşruiyet kurgularına rastlamak dahi mümkündür. Kararların alındığı ve icra edildiği prosedürler, yayınlanmış bir mevzuata dayanmaktan çok işbirliği çerçevesinde yürütülen adı konmamış uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Birliğin veya üye devletlerin münhasır olarak kullandıkları yetkiler sayıca, birlikte kullandıklarına nispetle bir hayli azdır. Ortaklaşa yetki kullanımı, karşılıklı bağımlılık ve koordinasyon sistemin işleyişinin ayırt edici vasıflarıdır.²¹³

Son tahlilde denebilir ki, Avrupa Birliği üye devletleri tamamlayıcı mahiyette olmaktan çok ulus devleti aşip onun ötesinde yer alan ve tüm kompozisyonu yeniden düşünmemizi gerektiren bir yapıdır. Devletin artık coğrafi bir alan üzerinde

²¹⁰ *Ibid.*, s.74

²¹¹ Burada ulus devlet ve refah devleti kast edilmektedir; gözetilen temel ilkeler kabaca gelirlerin yeniden dağıtımı ve makroekonomik istikrardır denebilir.

²¹² Giandomenico Majone, *La Communauté Européenne: un État Regulateur*, Paris, Ed. Montschrestien, 1996

²¹³ François Ost - Michel Van De Kerchove, *De La Pyramide Au Réseau*, op. cit., s.77

toplumsal entegrasyonu temin eden nihai merci olmadığı, politik uzamın ülkesel alan (*territory*) ile sınırlandırılmayıp onu kapsayan soyut düzlemlere denk düştüğü, ulusal vatandaşlığın başka tür vatandaşlıklarla bütünlük oluşturabileceği, klasik normlar hiyerarşisinin yerini karmaşık bir ilişki ağına terk edebileceği, karşılıklı bağımlılığın otonomiye ağır bastığı ve egemenlik kavramının *rölatif* (göreceli) bir hüviyete büründüğü Avrupa Birliği olgusuyla iyice anlaşılmıştır.

Avrupa'daki bu yeni modeli açıklayabilmek için P. Magnette ve E.Remacle iki fenomenden bahseder: 1.Entegrasyon yerine kooperasyon (işbirliği) mantığının gelişmesi, 2.Yetki ikamesi (ikincillik) ve ilişkisel ağ kavramları ile karakterize edilen “yeni yönetim” nosyonu.²¹⁴ Magnette ve Remacle’a göre kuruluşundan bu yana Avrupa Birliği büyüdükçe yetkileri de genişledi ve bunların kullanımı, merkezi bir örgütlenmeden çok yumuşak işbirliği ilkeleri çerçevesinde gerçekleşti. Sözgelimi, sosyal ve vergisel alanlarda birlik, üye devlet yasalarının birbirine yakın hale getirilmesi için -ikincillik ilkesinden yararlanıp- belli standartları yaygınlaştırarak kendine özgü bir kurumsal mimari inşa etti. Bu ise yatay-ilişkisel ağ modeline esin kaynağı oldu. Yargısal, yönetsel ve yasama alanlarında Avrupa Birliği merkezi kurumları vasıtasıyla üye devletler arasında bir harmoni ve standartlaşma yarattı. Bu yapılırken hiyerarşik bir mekanizmadan ziyade “çapraz bağlar” ile birbirine bağlanmış, Avrupa Birliği’nin başı çektiği politik aktörlerin inisiyatifleri rol oynadı.²¹⁵ Tüm bu saptamalar, geleneksel piramit modelinden azımsanmayacak bir uzaklaşmanın göstergesi olarak okunabilir. Ancak belirtmekte fayda var ki, ilişkisel ağ modelinin, modele ne kadar güçlü bir temsil olsa da salt Avrupa Birliği örneğine bakarak Kelsen’in normlar hiyerarşisine ciddi bir alternatif teşkil ettiğini iddia etmek kuramsal açıdan pek doğru değildir. Gelgelelim piramidin sallantıya uğradığı noktaların sayısı da az olmayıp Avrupa Birliği birçok örnekten yalnızca biri olarak karşımızda durmaktadır.

²¹⁴P. Magnette– E. Remacle, **Le Nouveau Modele Européen**, Brüksel: Éditions de l’Université de Bruxelles, 2000, s.12-13

²¹⁵ **Ibid.**

3. ULUSÖTESİ ALAN VE KELSEN PİRAMİDİNİN YIKILIŞI

3.1. Ulusötesi Alana Ait Bir Hukuk Düzeni Olarak Lex Sportiva Örneği

Popüler kültürün başat alanlarından olan sporun işleyişini regüle eden uluslararası sportif federasyonların yetki ve statülerinin ulusal kanunlarla nasıl düzenlendiği kayda değer bir sorundur. Bu soruyu yanıtlamak için öncelikle şu iki kavram arasında ayırım yapılması gerekmektedir: uluslararası spor hukuku ve küresel spor hukuku.²¹⁶ Uluslararası spor hukuku kuralları ulusal mahkemeler tarafından önlerine gelen davaya uygulanabilir nitelikteki düzenlemelerdir. Buna mukabil küresel spor hukuku adı verilen yeni konsept ulusal hukuka karşı bağımsız konumda olması yönüyle uluslararası spor hukukundan ayrılır.²¹⁷ Bunun anlamı şudur ki "küresel" spor hukuku, gerek uluslararası hukuk kurallarının gerekse de ulusal yargı sisteminin müdahalelerine açık olmayışıyla özerk bir niteliğe sahiptir. Bu durum sporun küreselleşmesiyle yakından ilişkili bir gelişme olup klasik hukuk mantığıyla bağdaşmayan yanlara sahiptir.²¹⁸

Bu bağdaşmazlığın en önemli göstergesi olarak uluslararası sporun işleyişini belirleyen normların üretiminde otonom bir tarzda hareket eden uluslararası sportif federasyonların başı çektiği görülmektedir. Zira, uluslararası sporun denetimi ve yönetimi bu kuruluşlarca yerine getirilmekte olup tüm bu kuruluşlar kendi kural kitaplarına ve bir kurucu metin etrafında örgütlenen normatif bir düzene sahiptir. Bu itibarla, otonom bir karakter taşırlar ve ulusal erklerden tamamen bağımsız niteliktedirler.²¹⁹ Bunun önemli bir pratik yansıması olarak da uluslararası sportif federasyonlar ulus devletin yargısal faaliyetlerine karşı bağımsız oldukları iddiası taşımaktadırlar.²²⁰ Belirtmek gerekir ki, bu yönüyle sportif organizasyonlar sivil toplum kuruluşlarından önemli ölçüde ayrılmaktadırlar.

²¹⁶ Ken Foster, "Is there a Global Sports Law", *The Entertainment and Sports Law Journal*, Vol.2 No.1, 2003, s.2

²¹⁷ Kadir Gürten, "Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3, Sayı:1, 2012, s.301

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Robert Siekmann – Janwillem Soek, "Models of Sports Governance in the European Union: The Relationship Between State and Sport Authorities", *The International Sports Law Journal*, Vol.3 No.4, 2010, s.94

²²⁰ *Ibid.*

3.1.1. Uluslararası Spor Hukuku ve Küresel Spor Hukuku Ayrımı

Ulusötesi uzam olarak tanımlanabilecek ve klasik normatif düzeni esaslı bir biçimde tehdit eden konseptin anlaşılması için, uluslararası spor hukuku ile küresel spor hukuku arasındaki ayrımın üzerinde dikkatle durmak gerekecektir. Bilinmektedir ki, uluslararası hukuk devletlerarası ilişkilerle ilgilenir. O halde uluslararası spor hukuku, uluslararası hukukun kurallarından spora uygulanmaya elverişli olan hukuk kurallarını ifade eder.²²¹ Nafzinger, tanım yaparken özellikle uluslararası hukukun genel ilkelerine gönderme yapar.²²² Ancak belirtmekte fayda var ki uluslararası spor hukukunun alanı bunu aşar ve anayasal düzenlere ait genel hukuk ilkelerini de içerir. Sözgelimi, keyfi karar verme yasağı, tarafsız karar verme, kuralların açık olması zorunluluğu ve bir yorum ilkesi olarak belirsizliklerin giderilmesi gibi prensipler bu türdendir. Bu kurallar ulusal mahkemelerin yargılama süreçleri incelenerek türetilabilir niteliktedirler.²²³ Küresel spor hukukuna gelince, bu kavram hiç de alışık olunmayan bir normatif düzeni ifade etmektedir. Düzenin en öne çıkan özelliği ulusötesi (transnasyonal) karakteridir. Küresel spor hukuku, uluslararası sporu regüle eden özel nitelikli (devlet dışı) küresel kuruluşların ürettiği kurallardan oluşan bir hukuki düzeni ifade eder.²²⁴

Bu hukuk düzenine iki temel niteliğin hakim olduğu görülmektedir. Birincisi küresel spor hukukunun sözleşmesel bir düzen oluşudur. Otoritenin bağlayıcılığı ve yargılama yetkisi sözleşmeler yoluyla işleyişi yönlendiren kurumlara tanınmıştır. İkinci nitelik ise, ulusal mahkemelerin sistemde yerinin olmayışdır. Bir diğer deyişle, küresel spor hukuku devleti dışlamış olup küresel otonomiye sahip ayrık bir hukuk düzenine denk düşmektedir. Uluslararası spor ile küresel sporu birbirinden ayıran yazarlardan Houlihan'a göre küresel sporda, yerel çeşitliliklerin ve ulusal farklılıkların etkisini kıran küresel bir standartlaşma gözlenir.²²⁵ Sözgelimi, Formula 1 örneğinde olduğu gibi devletlerden çok ticari şirketlerin temsil edilmesi söz

²²¹ Ken Foster, "Is there a Global Sports Law", **op.cit.**

²²² **Ibid.**

²²³ Antoine Duval, "Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law", **European Law Journal**, Vol.19 No.6, s. 822-842, 2013, s.823-825

²²⁴ **Ibid.**

²²⁵ B. Houlihan, "Governance, Globalisation and Sport", **Anglia Polytechnic University LLM Sports Law Seminar**, Kasım, 1991

konusudur.²²⁶ Sporun işleyişi devletin finansmanından ziyade ticari sponsorluklara dayanmaktadır.²²⁷

Küresel spor hukuku ile uluslararası spor hukukunun farklı konseptler olduğunu gösterdikten sonra bu kavramların ikisini de ifade etmek için kullanılan *lex sportiva* tabirinin yerinde bir kullanım olmadığı fark edilmektedir. Zira *lex sportiva* nosyonuyla spor hukukunun otonom yanı vurgulanır. O halde bu kavramı ulusal hukuk sisteminin düzenlemelerine bağışık olan küresel spor hukukunu ifade etmek için kullanmak daha doğru olacaktır.²²⁸ Bu bağışıklık FIFA ve IOC (uluslararası olimpiyat komitesi) gibi uluslararası sportif federasyonların ulusal mercilere karşı sorumluluk taşımadıklarını, yargısal denetimlerinin yine kendileri tarafından tesis edilmiş olan tahkim makamlarınca gerçekleştirildiğini ima eder. Şimdi bu bağışıklığı ve özerkliği daha iyi anlamak için *lex sportiva*'nın spor hukuku disiplini içindeki konumuna mercek tutulacaktır. Bunun için uluslararası sporun idaresine kısaca değinmek yerinde olacaktır.

3.1.2. Uluslararası Sporun İdaresi

Bağımsız, ayrık ve küresel ölçekli uluslararası spor federasyonları kendi işleyiş kurallarını yaratır ve düzenleyici işlemleriyle küresel sporu idare eder.²²⁹ Bu otoritelerin ne şekilde devletten bağımsız ve ulusötesi bir düzlemde faaliyet gösterdiklerini anlayabilmek için yarattıkları normların niteliğine bakmak gerekir. Nitekim ancak bu şekilde ulusal hukuk ile *lex sportiva*'nın ilişkisi anlaşılabilir, ulusötesi alanın sınırları tayin edilebilecektir.²³⁰

²²⁶ Bunlara örnek olarak Ferrari takımı (Ferrari), Haas F1 team (Haas Automation Inc.), Renault Sport F1 team (Renault) vs. gösterilebilir. (Kaynak: <https://tr.motorsport.com/f1/teams/> Mart,2018)

²²⁷ Buna ek olarak Hirst ve Thompson uluslararası-küresel ayrımını küresel ekonomik düzene gönderme yaparak açıklarlar. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Hirst, **Globalisation in Question**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999)

²²⁸ Gürten, **op.cit.** s.300

²²⁹ Marcus F. Mazzucco, "Lex Sportiva: Sports Law As A Transnational Autonomous Legal Order", **academia.edu - theplayersagent.com**, s.19

²³⁰ **Ibid.**

Spora uygulanan kurallar genel olarak dört kategoriye ayrılır.²³¹

1. *Oyun kuralları*: Her spor branşı kendine özgü teknik kurallara sahiptir. Bunlar genellikle uluslararası spor federasyonlarınca belirlenir. Bu kurallar adeta ilgili spor dalının kurucu çekirdeği gibidir. Oyunun akışı içinde bu kuralların yok sayılması mümkün değildir.²³²
2. *Sporun etik ilkeleri*: Bunlar teknik kurallar olmayıp sisteme hakim adalet ve dürüstlük kurallarını tabiri caizse oyunun ruhunu ifade eder. Sportif kuruluşlar yargısal süreçlere tabi tutulduğunda da bu ilkeler gündeme gelir.²³³
3. *Uluslararası spor hukuku kuralları*: Yukarıda da değinildiği üzere bu kurallar, hukukun genel ilkelerinden spor alanına uygulanmaya elverişli olanları ifade eder. Örneğin adil yargılanma hakkı bu tiptendir.²³⁴
4. *Küresel spor hukuku kuralları (lex sportiva)*²³⁵: Aşağıda izah edilecektir.

3.1.2.1.Oyun Kuralları

Oyunun kuralları bir spor dalında her şeyden önce gelir. Bunlar olmaksızın spordan söz etmek mümkün değildir. Oyunun kurallarının belirleyicisi ilgili sportif federasyondur ve herhangi harici bir otoritenin müdahalesi söz konusu değildir. Ayrıca bunlar belirlenirken herhangi bir kıstasa riayet edilmesi de gerekmez. Yani kurallar bir anlam taşımaktan uzaktırlar ve tamamen keyfidirler.²³⁶ Sözgelimi futbolda ofsait kuralının varlığına herhangi bir yargısal merci önünde itiraz edilemez. Ancak belirtmek gerekir ki bu kuralların içeriğinde olmasa da uygulamasında keyfilik ve hukuka aykırılık söz konusu olabilir. Bu durumda spor tahkim mahkemesinin inceleme yapabilmesi mümkün olacaktır.²³⁷ Nitekim spor

²³¹ Foster, “Is there a Global Sports Law”, **op.cit.**, s.4

²³² **Ibid.**

²³³ **Ibid.**

²³⁴ **Ibid.**

²³⁵ **Ibid.**

²³⁶ **Ibid.**, s.5

²³⁷ Gürten, **op. cit.**, s.302

tahkim mahkemesi bir boksörün rakibinin belinden aşağısına vuruş yaparak faul yapması nedeniyle diskalifiye edilmesine ilişkin bir uyuşmazlığı çözerken, bir oyun kuralının tahkim uygulamasının konusu olabileceğini ancak bu kuralın tahkim organınca değiştirilemeyeceğini ifade etmiştir.²³⁸ Ancak burada incelemeye konu olan şey kuralın kendisi değil onun uygulanma biçimidir. Öte yandan bir kuralın oyun kuralı olup olmadığına karar verebilmek için de incelenmesi gerekir. Bu yüzden oyun kuralları dahi yetki incelemesinin konusu olabilmektedirler.²³⁹

3.1.2.2. Sporun Etik İlkeleri

Sporun temelinde yer alan diğer normatif kategori ise sporun etik ilkeleridir. Bunlar formel/teknik kuralların ardında işleyen bir nevi hakkaniyet kurallarıdır. Uluslararası spor federasyonları spora içkin olarak gördükleri bu kuralları da kendileri tayin etme eğilimindedirler. Bu kurallar genel olarak üç ayırt edici vasıf kullanılarak izah edilebilir. Bunlar; adalet, dürüstlük ve sportmenliktir.²⁴⁰ Sporun temel unsurlarından birisi oyun sonucunun önceden belirlenmiş olmamasıdır. Sporun rekabete dayalı tabiatının korunması için adil ve eşit şartlarda bir yarış tesis edilmesi şarttır. Öte yandan fırsat eşitliğinin sağlanması da adaletin bir gereğidir.²⁴¹

Sporun ahlaki ilkelerini belirleyen ikinci unsur ise dürüstlük kuralıdır.²⁴² Hukuka ve ahlaka uygun birçok fiil sportif alanlara gelindiğinde kabul edilemez olabilmektedir. Örneğin oyunculara ve yöneticilere uygulanan, bahis oyunlarına ilişkin kısıtlamalar bu kapsamdadır. Nitekim bu tür bir hareket sporda dürüstlüğü tehdit eden ve cezalandırılması gereken bir fiildir.

Üçüncü ve son bir ayırt edici vasıf olarak sportmenlik kavramından bahsedilebilir. Sportmenlik, oyuncuların oyun kurallarını yorumlarken ve onları anlamadaki iyi niyetlerini ima eder. Öyle ki bazı hareketler açıkça oyun kurallarına aykırı olmayabilir, ancak *fair play* ruhuna uygun davranma bilinci oyuncuyu söz konusu hareketi işlemekten alıkoyabilir.²⁴³ Örneğin futbolda rakip oyuncunun sakatlanması üzerine atağı sürdürmeyip topu oyun alanının dışına atmak bu türden

²³⁸ Mendy vs. IABA; OG, Atlanta 006

²³⁹ Foster, "Is there a Global Sports Law", *op.cit.*, s.5

²⁴⁰ *Ibid.* s.6

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

bir kuraldır. Sportmenlik kuralları sübjektif ve duruma göre çeşitlilik gösterir niteliktedir. Dışarıdan bakan gözlemcinin her zaman bunları anlayabilmesi kolay değildir.

3.1.2.3. Uluslararası Spor Hukuku

Spor tahkim mahkemesinin yakın tarihli bir kararında yapmış olduğu şu saptama önemlidir: “...bütün sportif kuruluşlar, özellikle bütün sportif federasyonlar hukukun genel ilkeleri ile bağlıdır.”²⁴⁴ Akla gelen ilk soru hukukun genel ilkelerinin kaynağının ne olduğudur. Kimisi bunların uluslararası teamülün yansıması olduğunu öne sürer.²⁴⁵ Ancak doktrinde hakim görüş, hukukun genel ilkelerinin ayrı bir kategori olduğu yönündedir.²⁴⁶

Hukukun genel ilkeleri şu şekilde listelenebilir: *pacta sunt servanda* (sözleşmeye bağlılık), hakkaniyet, ölçülülük, sorumluluğun kişiselliği, sebepsiz zenginleşmenin engellenmesi ve *clausula rebus sic stantibus*.²⁴⁷ Bu ilkeler bütün hukuk sistemlerinde yer aldığı gibi spor hukukundan da dışlanmaları mümkün değildir. Dolayısıyla sportif federasyonlar bu kurallarla dahi bağlı olmaktan muaf olacak derecede özerk değildirler.²⁴⁸

3.1.2.4. Küresel Spor Hukuku

Spora uygulanan kural kategorilerinden sonuncusu da küresel spor hukuku kurallarıdır.²⁴⁹ Bu kurallar yegane ve ayrıksı bir uzamda üretilen sosyal ve hukuki nitelikteki normların tümüdür.²⁵⁰ Burada dikkati çeken husus uluslararası spor federasyonlarının bağımsız olarak norm yaratabilme kabiliyetidir. Normdan kasıt birtakım pratikler, kurallar ve düzenlemeler olabilir. Küresel spor hukuku ile kastedilen şey işte bu türden “özel üretim” normlardır. Bir normun küresel spor hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi için şu özellikleri kümülatif olarak barındırması zaruridir:

²⁴⁴ Gürten, **op. cit.**, s.303

²⁴⁵ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Ankara: Turhan, 2010, s.28

²⁴⁶ **Ibid.**

²⁴⁷ **Ibid.**, s.119-120

²⁴⁸ Robert Siekmann – Janwillem Soek, **op.cit.**, s.95-98

²⁴⁹ Foster, “Is there a Global Sports Law”, **op.cit.**, s.7

²⁵⁰ Foster, “Lex Sportiva: Transnational Law in Action”, **SSRN Electronic Journal**, April, 2011, s.20

1. Uluslararası sporu idare eden bir teşkilatın varlığı.²⁵¹ Bu genelde sportif bir federasyondur. Bu federasyonların kurucu metinleri spor hukuku normları için merkezi konumları nedeniyle hiyerarşik bir üstünlük taşır ve normatif bir destekleyici işlevi görür.

2. Küresel düzeyde uyuşmazlıkları çözen özel bir tahkim organı.²⁵² Bu *ad hoc* olarak teşekkül edebileceği gibi uluslararası bir kuruluş bünyesinde de faaliyet gösterebilir. Önemli olan bu tahkim merciinin küresel bazda yargılama yapması ve spor hukukunu bütün yönleriyle uygulayabilmesidir.

3. *Opinio juris* yani normların bağlayıcı olduğu algısı.²⁵³ Küresel spor hukuku ayrıksı ve yegane (biricik) nitelikli normlardan oluşur. Bu normlar uluslararası spor federasyonunun adet ve uygulamalarından türetilmiş olabilir. Bunların bağlayıcı birer norm haline gelebilmesi için yeterli düzeyde sosyal zorunluluk algısı yaratmak gerekir. Bunu sağlamak da kuralların genelleştirilmesine ve standartlaştırılmasına bağlıdır.²⁵⁴

4. Normların ulusal bağımsızlığı.²⁵⁵ Küresel spor hukuku milli mahkemelerce de riayet edilen bir nevi bağımsızlık sistemi yaratır. Öyle ki, kuralların geçerliliği için ulusal nitelikli herhangi bir yargısal merciin onayı veya tanınması gerekli değildir. Çünkü bunlar ulusötesi normlardır. Ulusal mahkemeler sanki anayasal bir hüküm varmışçasına bu sportif işleyişe müdahaleden men edilmişlerdir. Bu itibarla, devletlerin küresel spor üzerinde düzenleyici rolü bulunmamaktadır.

Son tahlilde, *lex sportiva* tabirinin spora uygulanan kurallar içinde yer alan küresel spor hukuku için kullanılması gerektiği saptaması yapılabilir. Yukarıda değinilen kriterlere paralel olarak, spor tahkim mahkemesinde hakemlik yapmış olan yazarlardan Beloff'a göre *lex sportiva* üç temel unsura sahiptir: uluslararası sportif federasyonların ürettiği ulusötesi normlara sahip olması, kendine özgü yargısal

²⁵¹ *Ibid.*, s.21

²⁵² *Ibid.*, S.22

²⁵³ Foster, "Is There A Global Sports Law", *op.cit.*

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Foster, "Lex Sportiva: Transnational Law In Action", *op. cit.*, S.21

ilkelerin işletilmesiyle ortaya çıkan spor tahkim mahkemesi içtihatları, ulusal hukuka karşı bağışık olması.²⁵⁶

Küresel spor hukukunun ulusötesi alan için kurucu ve bunun bir sonucu olarak da normlar piramidi modeli için de yıkıcı nitelikte olduğunu gösteren iki temel unsur, gerek idari gerek yargısal alanlarda iş gören sportif kuruluşların kurumsal güçleri ile yukarıda vurgulandığı üzere normların ulusal mevzuata karşı bağışıklığıdır. Bu bağışıklığın anlaşılması, ulusötesi alanın tarif edilebilmesi açısından oldukça önemlidir. Bu bağlamda, oldukça çarpıcı bir örnek olarak 2010 yılında Güney Afrika Cumhuriyeti'nde düzenlenen Dünya Kupası'nda yaşanan bir olayın üzerinde dikkatle durmak gerekir.²⁵⁷

Hollanda'nın Danimarka ile yapacağı Dünya Kupası karşılaşmasında takımlarını desteklemek için maçı statta izleyen 36 Hollandalı kadın FIFA'nın rekabete ilişkin kurallarını ihlal ettiklerinden bahisle polis tarafından stadı terk etmeye zorlanırlar. Öne sürülen gerekçe, kadınların giymiş oldukları turuncu kıyafetin Hollanda'da faaliyet gösteren Bavaria adlı bira markası için gizli reklam teşkil edecek nitelikte oluşudur. Nitekim FIFA'nın resmi sponsorlarından olan Budweiser, FIFA'ya ait "mekan"larda münhasır olarak reklam yapma yetkisine sahip tek bira markasıdır. FIFA'nın organize ettiği bir müsabakada FIFA'nın kurallarının geçerli olması ilk etapta doğal görünebilir. Ancak burada dikkati çeken husus, söz konusu olayın Güney Afrika Cumhuriyeti'ne ait bir statta gerçekleşmiş olmasıdır. Yani ülkenin rekabete ilişkin normları, müsabaka süresince askıya alınmış ve ilgili dönemde FIFA'nın kuralları geçerli kabul edilmiştir. Devletin egemenlik yetkisi sınırları içerisindeki bir bölgede milli hukuk, bazı alanlar itibariyle bir sportif organizasyon tarafından adeta "esir" alınmıştır. Böylesi bir kuruluşun geçici de olsa egemen bir devletin yetkisindeki bir alanı ekarte etmesi oldukça şaşırtıcıdır. Bu itibarla, *lex sportiva*nın özerkliğinin, ulusötesi alan adını verilen konsept açısından inşa edici bir faktör olduğu tespitini yapmak herhalde yanlış olmayacaktır. Bu durumun kuramcılarını hukuk normları arasındaki ilişkiyi yeniden düşünmeye sevk ettiği tartışma götürmez bir husus olarak gözükmektedir.

²⁵⁶ M. Beloff – T. Kerr, - M Demetriou, **Sports Law**, Oxford: Hart, 1999, S.23-41

²⁵⁷ <https://www.telegraph.co.uk/sport/football/world-cup/7830319/World-Cup-2010-Police-arrest-women-in-Dutch-orange-dresses.html> (Ağustos-2018)

3.2. Piramitten Küresel Ağ Modeline: Normatif Düzenin Dönüşümü

Küreselleşme ile beraber, hukuk kurallarının üretiminin ulus devlet tekelinden kurtulup gitgide sivil toplumun bağrına yerleştiğine tanık olunmaktadır. Devasa bir küresel ölçek nazara alınarak bakıldığında yeni devlet-dışı aktörlerin ortaya çıktığını ve hukuk yaratma sürecine dahil oldukları fark edilmektedir. Bu etkinin gözlemlendiği örneklerin başlıca olanları küresel ekonomik işlemler, çokuluslu şirketlerin örgütlenmelerine ilişkin kurucu düzenlemeler, insan hakları hukuku, ulusal hukuklara gönderme yapmayan özel hukuk sözleşmeleri, tahkim kararları, FIFA, IAAF gibi sportif kuruluşların düzenlemeleri vs. olarak sıralanabilir. Bu örnekler yönetim ile coğrafi parça arasındaki ilişkiyi yıkıcı nitelikleriyle dikkat çekerler.²⁵⁸

Bu norm ve düzenlemeler için devletlerin iç hukukundan ve –lex sportiva örneğinde de ele alındığı üzere- uluslararası hukuk kurallarından bağımsız olarak, dünya çapında geçerlilik taşıdıkları iddiası öne sürülüyor. Nitekim bunlar devletin resmi işlemleri sonucu değil paradoksal biçimde “kendi geçerliliğini yaratan”²⁵⁹ süreçler sonunda ortaya çıkmışlardır. Asıl soru ise bu tür kuralların hukuki mi yoksa hukuk dışı mı olduklarına ilişkindir. Klasik doktrine göre cevap oldukça nettir. Tüm bu normlar; mesleki ilke, sosyal kural, örf-adet, teamül, sözleşmeden doğan yükümlülük, organizasyonel²⁶⁰ taahhüt veya tahkim kararı olabilirler. Ancak ne denli hukuk normu sayıldıkları ciddi bir sorunsal olarak kalmaktadır.

Klasik hukuki-hukuk dışı ayrımı, alt normun, geçerliliğini üst normdan aldığı bir normlar hiyerarşisi perspektifine göre belirlendiği ifade edildi. Bu yüzden hiyerarşinin dışında yer alan normatif kurallar, hukuk kapsamında değerlendirilmeyecektir.²⁶¹ Doğal hukukun eski önemini kaybetmesiyle beraber günümüzde en üst norm ulus devletin anayasası olarak kabul edilmektedir. Ve bu normun üretimi de siyasi temelli yasama süreçleri vasıtasıyla gerçekleşmektedir.

²⁵⁸Francis Snyder, “Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism And European Law”, **European Law Journal**, Volume 5, Issue 4, s. 334–374, 1999, s.336

²⁵⁹Andreas Fischer Lescano – Gunther Teubner, “Regime-Collisions: The Vain Search For Legal Unity In The Fragmentation Of Global Law”, **Michigan Journal Of International Law**, Vol. 25, No. 4, s. 999-1046, 2004, s.1009-1016

²⁶⁰Bir çokuluslu şirketin iç işleyişine dair

²⁶¹Rafael Domingo, “The New Pyramid Of Global Law”, **Expresso**, 2009 (Ayrıca Bkz. http://Works.Bepress.Com/Rafael_Domingo/1/), s.2

Yasallık ve meşruluk vasıfları politik faaliyetler neticesinde yaratılan konseptlerdir. Bu ise hukuk ile ulus devlet arasında tarihsel bir birlik doğurmuş, ayrıksı otoritelerin ürettiği kural ve düzenlemeler -devletin tescili olmaksızın- hukuk kuralı olarak değer kazanmamıştır.

Gelgelelim, küreselleşme ile beraber bu klasik düzenin sallantıya uğradığı gözlemlenmektedir.²⁶² Mevcut kuramsal çerçeve, artık görmezden gelinemeyecek açıklar vermektedir. Özellikle uluslararası ticaretin işleyişinin belkemiği olan *lex mercatoria* adı verilen ekonomik nitelikli kurallar, norm üretiminde özel otoritelerin de yavaş yavaş devreye girdiğini gözler önüne sermektedir. Küresel bir ekonomik düzen ile görece yerel kalmış politika arasındaki dengesizlik, devletin rol alamadığı yeni normatif alanlar doğurmuştur. Söz gelimi, bu sahanın baş aktörleri olan küresel ekonomik yapılar ya da uluslararası sportif organizasyonlar politik yasama faaliyeti olmaksızın kural vazeder hale gelmiştir.

Bu gerçeklikten yola çıkılarak yapılacak bir saptama şudur ki, devlet sürecin dışında bırakıldığından normlar piramidi de çözülmeye yüz tutmuştur. Bu gelişmelere bakarak denebilir ki, hukukun kaynaklarına dair geleneksel doktrin üzerine yeniden düşünmek gerekmektedir. Eski sistemdeki hiyerarşik düzene mukabil, artık ortak bir üst otoritenin etkisinden bağımsız heterojen ve uyum içinde (heterarşik²⁶³) bir düzenin varlığını kabul etmek gerekecektir. Böylelikle merkezden periferiye itilen devlet, norm üretiminde sosyal yapılar ile eşit seviyede telakki edilmeye başlamıştır. Devletin bu mevzi kaybedişi aynı zamanda özel kuruluşlara da kamusal bir karakter kazandırdığından sistem eşit meşruluğa sahip otoritelerin norm yaratma yarışı halinde olduğu bir organizmaya dönüşmüştür. Dolayısıyla da "hukukilik" artık yeni bir tanıma muhtaçtır.

²⁶² Gunther Teubner, "The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction Of Law's Hierarchy", **Law & Society Review**, Vol. 31, No. 4, s. 763-788, 1997, s.763-767

²⁶³ Görünüşte kaosu andıran ancak dikkatli bakıldığında belli bir işleyişin ve denge durumunun gözlemlendiği düzenleri tarif etmek için kullanılan "*hétérarchique*" sıfatının çevirisini bu şekilde vermeyi tercih ettik. (Kullanım için bkz. François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Reseau**, op. cit.)

3.2.1. Yeni Bir Teori İhtiyacı

Kuramıyla günümüze kadar hukuk felsefesini büyük ölçüde domine etmeyi başarmış bir isim olan Kelsen halihazırdaki hukuk sistemlerini tarif ederken öncelikle başvurulan yazarlardandır. Kuramı incelendiğinde iki temel niteliğin öne çıktığı görülür: düzen ve *stabilite* (istikrar, *stabilité*, *stability*, *Stabilität*). Ve tüm hukuk düzeni "norm" üzerine kurulu vaziyettir. Yani olgudan önce norm gelir ve somut gerçeklik, normların kalıbına sokularak değerlendirilmeye alınır.²⁶⁴ Bu sistemde baş aktör olan devlet de kuşkusuz epey imtiyazlı bir alana sahiptir. Nitekim kuralların meşruluğu devletin ortaya koyduğu iradeye endeksli olarak belirlenmektedir.²⁶⁵ Sistemin bir diğer yönüne gelince, yetki ve makamlar katı ve hiyerarşik bir bağlam içinde kaynağını merkezden alan bir dağılıma göre şekillenmektedir. Gelgelelim, tespit edildiği üzere bu model fiili gerçekliği açıklamakta gitgide yetersiz kalmaktadır.²⁶⁶

Aslında dönüşümün gerçekleştiği alan hukukla sınırlı değildir. Bu yüzden klasik hukuk doktrinlerinin ilişkili olduğu disiplinlere bakmakta da yarar bulunmaktadır. Sözgelimi, modern düşüncenin hakim olduğu asırlarda düşüncenin temelinde Aristocu mantık öncüllerinin yer aldığı görülür. Buna göre kavramların tarifi hep bir ikilik (*düalizm*) içinde ele alınarak yapılmıştır. Örneğin dost/düşman, yerli/yabancı, somut gerçeklik/hukuki olgu, yasallık/yerindelik²⁶⁷, kamusal/özel, doğal hukuk/pozitif hukuk vs. gibi ayrımlar kesin ve sınırları keskin "*binary* (ikili)" bir yaklaşımın baz alındığını göstermiştir.²⁶⁸ Bunun yanı sıra, bilim dünyası da Newton'un öncüllerini sorgulamaksızın klasik fizik üzerinde şekillenmiştir ve uzay/lokasyon algısı da öklid geometrisi perspektifinden ele alınmıştır. Rasyonalist düşüncenin dolayısıyla modernitenin üzerine yerleştiği zemin budur. Kuşkusuz bu yaklaşım siyaset felsefesini de derinden etkileyecektir. Sözgelimi, egemenlik

²⁶⁴ François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Réseau**, *op. cit.*, s.11

²⁶⁵ **Ibid.**

²⁶⁶ Andreas Fischer Lescano – Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search For Legal Unity In The Fragmentation Of Global Law", **Michigan Journal Of International Law**, Vol. 25, No. 4, s. 999-1046, 2004, s.1004

²⁶⁷ Burada kastedilen maddi gerçeklikte yer alan bir opsiyonun tercih edilebilirliğidir.

²⁶⁸ François Ost - Michel Van De Kerchove, "Constructing The Complexity Of The Law: Towards A Dialectic Theory", **The Law In Philosophical Perspectives**, Pp. 147-171, 1999, s.3

kavramı, sınırları belli ve kesin olup dahili ve harici ayrımının açıklıkla yapılabildiği, tanımlı bir ülkesel parça baz alınarak açıklanmıştır.²⁶⁹

Ancak Einstein'ın sahneye çıkmasıyla fizik biliminde gerçekleşen devasa dönüşüm diğer disiplinlere de devrilen domino taşları gibi etki ederek hukuk felsefecilerine de yeni kuramsal açıklamalar aramayı teklif etmiştir. Öte yandan, artık ortada yeni bir durum vardır ve somut gerçeklik teorik çerçevelerle zapt edilemez hale gelmiştir. Postmodernizm çağına girilmesiyle, düzenden kaotik bir duruma doğru bir geçiş olmuştur.²⁷⁰ Otoriter, hiyerarşik ve dikey formlar yerine müzakereye dayalı, dağınık, yatay, sübjektif, rızai, görece sivil ancak daha kompleks formlar akademik çevrelerde revaç bulmaya başlamıştır. Tüm bu dönüşümlerin kaçınılmaz bir neticesi olarak da Kelsen'in normlar piramidi tahtını yitirmiş, artık devletin egemenliğin tek sahibi olduğu kuramsal model, yerini kişisel, sosyal ve insani faktörlerin ön plana çıktığı bir ilişkisel bir ağ (*network*) sistemine bırakmıştır.²⁷¹ Dolayısıyla norm üretim süreçleri de bambaşka aktörlere bağlı hale gelmiştir.

Değişimin bir diğer tezahürü de, hukuk ile somut gerçeklik arasındaki sınırın gitgide ortadan kalkmasıdır. İktidar artık yukarıdan aşağıya uygulanan bir şey olmaktan çok, eylemlerde ve aktörler arasındaki ilişkilerde belirginleşen bir nosyondur.²⁷² Hukuk ve adalet ise "a priori" kuralların uygulanmasından ziyade reel dünyadaki tecrübi ve ampirik olguların gerçekleşme süreçlerinde belirlemektedir. Yani hukuk, disiplinler arası yaklaşımlar ile belirli kontekstlerde anlam taşıyan deneyimlerin analiziyle formüle edilecektir. Bu da kuramcıyı artık gerçekliğe dair tekil ve stabil yaklaşımları terk edip devingen bir bilgi havuzunda sürekli değişen değer ve menfaatlerin dengelenmesi üzerine hesaplar yapmaya sevk etmektedir.

3.2.2. İdare Anlayışında Dönüşüm

Hukuk düzeninin yaşadığı evrimsel süreç, doğal olarak hukukun alt disiplinlerinde de etki doğurmuştur. Örneğin idare hukuku alanında, adem-i merkezîyetçi yaklaşımlar yükseliş göstermiştir. Yani kontrol artık merkezden değil,

²⁶⁹ J.P. Niboyet, "Territoriality And Universal Recognition Of Rules Of Conflict Of Laws", **Harvard Law Review**, Vol. 65, No. 4, 195, s.584-89

²⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. David Harvey, **Postmodernliğin Durumu**, İstanbul: Metis , 1997

²⁷¹ Domingo, Rafael, **op. cit.**, s.3

²⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Michel Foucault, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İstanbul: İmge , 6.Baskı, 2015

otoriteyi farklı birimlere dağıtmak suretiyle sağlanmaktadır. Bunun neticesinde, otoriter ve merkeziyetçi yaklaşımlar peyderpey terk edilmiş; esnek, adem-i merkezi, uyarlanabilir ve müzakereye (*negociation*) dayalı yaklaşımlar benimsenmiştir.²⁷³ Yönetimlerin değişime adaptasyon konusundaki yetenekleri, üretilen normların yumuşak ve esnek olmasına yol açmıştır. Artık üretim sürekli devam eden bir süreçtir. Yetki kullanan özel ve kamusal merciler aynı anda hem birbirlerini tamamlayıcı niteliktedirler hem de rekabet içindedirler. Bunun anlamı, karşımızda gelişkin bir *oto-regülasyon* sisteminin mevcut olduğudur.²⁷⁴ Yani teorik çerçeve kısır kalsa da sistem dağılmaksızın kendi dengesini yakalamıştır. Hukukun tüm sektörleri artık bu işleyiş üzerine kuruludur.

Yeni trend, artık genel düzenleyici işlemler yapıp bunu yukarıdan dikte etmekten çok kendi işleyişini yaratmış sisteme düzenleyici müdahale ve istisnai dokunuşlarda bulunmaktır. Dolayısıyla, yönetim mantığı da tersyüz edilerek bambaşka bir hale dönüşmüştür. İdare hukuku, bundan sonra sistemi yürüten enstitülerin (kuruluşların) geri plana itilerek idare etme “eyleminin” öne çıktığı bir disiplindir. İdare kavramını kullanırken de artık idari kuruluşlardan çok “yönetişim (*gouvernance, governance*)” ilkeleri kast edilmektedir. Bu ilkeler, olay ve vatandaş bazlı yaklaşımları temel almaktadırlar.²⁷⁵ Buna göre, artık önemli olan çeşitli aktörlerin veya sosyal grupların koordineli biçimde işleyişinin temin edilmesidir. Üstelik bu yapılar devlet menşeli veya kamusal karakterli olmak zorunda da değildir. Tüm hukuki işlem ve eylemler, çok merkezli (*polycentric*) ve müzakere (tartışma) üzerine kurulu bir havuzda gerçekleşmektedir.²⁷⁶

Bu görece sofistike ortamda yetkilerin “heterojen” dağılımıyla beraber sorumluluk konusu da bir çözülmeye uğramıştır. Bunun anlamı şudur ki, artık herkes kontrol altındadır, ancak yetkilinin kim olduğu belirsizdir (*everyone is in check, but no one is in charge*). Bu noktada sorulması gereken en önemli şey, meşruiyet (*legitimacy*) sorununun nasıl çözümlendiğidir. Bu soruya doyurucu bir cevap

²⁷³François Ost - Michel Van De Kerchove, **La Régulation: des Horloges et des Nuages...**, in **élaborer la Loi Aujourd'hui, Mission Impossible?**, Brüksel: Publications Fac. St Louis Bruxelles, 1999, s.7-10

²⁷⁴ **Ibid.**

²⁷⁵ Albert Broderick, **The French Institutionalists (Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos)**, Massachusetts: Harvard University Press, 1970, s.102

²⁷⁶ François Ost - Michel Van De Kerchove, **De La Pyramide Au Réseau**, *op. cit.*, s.27-30

verilmesi için öncelikle somut olguların ve fiili durumun kapsayıcı bir şekilde tarif edilmesi gerekmektedir.²⁷⁷

3.2.3. Küresel Ağ Modeli

Küresel ağ sistemini doğru bir şekilde anlayabilmek için klasik hiyerarşik model ile mukayese edilmesi gerekmektedir. Klasik modelde öne çıkan değerler genel uyum, hukuk güvenliği, istikrar ve üst norma itaat iken; küresel ağ modelinde yaratıcılık, esneklik, sürekli öğrenme ve çoğulculuk değerleri öne çıkmaktadır. Dolayısıyla bazen birbiriyle çelişen değerlerin dahi ahenkli birlikteliği teorik olarak mümkündür. Piramidal modelin temelinde yatan felsefe şu şekilde özetlenebilir: Dünya basit ve mekaniktir. Merkezinde birey yer alır ve tüm sistem bunun üzerine kuruludur. Rasyonalist felsefe her yere hakimdir ve sistemin temelinde Descartes'ın kartezyen felsefesi ile –silsilesini Machiavelli'ye dayandırılabilir- Hobbes düşüncesi yer alır. Küresel ağ modeline gelince, evvela *sibernetik* ve ilişkisel bir ontoloji söz konusudur. Nitekim, sistemin idamesi tamamen aktörler arası bağımlılık ve iletişim sayesinde mümkün olmaktadır. Yani ortada devasa bir ilişkiler ağı mevcuttur. Bazı teorisyenler bu yeni düzeni izah ederken değişik benzetmelere başvurmuşlardır. Bunlardan G.Timsit, hukuku normlar takımadası olarak tanımlar.²⁷⁸ Teubner ise onu çok başlı bir hidraya (ilkel bir omurgasız deniz hayvanı) benzetir.²⁷⁹ Dworkin de hukukun "nüfuz edişinden" söz eder.²⁸⁰ Kimi yazarlar da mevcut düzenin bir anti-modernite mi olduğunu yoksa hiper-moderniteye doğru bir gidişat mı söz konusu olduğunu tartışmaktadırlar. Elbette ki bu tartışmaları yaparken unutmamak gerekir ki klasik model her ne kadar sallantıya uğrasa da hala ortada işlemekte olan bir sistem vardır. Ve bu sistem kendi yaşam kanallarını üretmiştir. Dolayısıyla, tamamen modern-dışı ve anarşik bir yapıya geçildiğini öne sürmek spekülasyondan ibaret olacaktır.

Küresel ağ sisteminin temel niteliklerine eğilecek olunursa, ilkin onun tüm örgütlü yapıların antitezi olduğu görülür. İkinci olarak, bu ağ üzerinde hiçbir nokta ayrıcalıklı değildir ve hiçbir nokta tek sesli bir şekilde bir başka merkezin emri altında değildir. Üçüncü nitelik, bu sistem "dışa açık" bir yapıdır ve ortak iletişim

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid., s.19

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid.

kodlarıyla kendini sürekli yeniden üretmektedir. Öte yandan, küresel ağ modeli, sistematik bir ağaç ile kaos, bir makine ile yaşayan bir varlık, doğrusal ve hiyerarşik bir düzen ile mutlak düzensizlik arasında bir orta yoldur. Bu modelde, kristalize ve muhkem bir rasyonalitedense daha çözünür ve esnek bir mantık kendini gösterir ancak gaz moleküllerinin kaotik durumundan da daha fazla istikrar vaat ettiği kesindir.²⁸¹ Teslim etmek gerekir ki, küresel ağ sistemi henüz yazarların çoğunluğu tarafından kabul edilen bir yaklaşım değildir. Zira güçlü teorik öncüllere dayandığını ve iyi detaylandırıldığını söylemek için henüz erkendir. Dolayısıyla bu model başlı başına kuramcılara çözüm sunmaz ancak olası kuramsal modellere yol gösterecek minimal öncülleri içerir.

Son olarak, muhafazakar yazarlardan küresel ağ modeline yöneltlen temel itirazlar şu şekilde sıralanabilir: hiyerarşik piramit modelini terk ettiğimizde hukuk devleti ilkesinin gözetildiği nasıl denetlenecektir? Belli sektörlerin menfaatleri ile kamu yararı arasındaki dengeleme neye göre olacaktır? Küresel ağ sistemindeki bütün sükelerin temsiliyeti nasıl sağlanacaktır? Temas ettiği noktaların önemi yadsınamayacak olan bu sorular, kuşkusuz dikkate alınmaya değerdir. Gelgelelim, fiili gerçekliğin mevcut kavramsal bariyerlerden taşarak kendi evrimsel mecrasını izlediği bir durumda, demode tezlere dönüş vurgusu yapmak teori ile pratik arasındaki yarığı derinleştirmekten başka bir işe yaramayacaktır.

²⁸¹ **Ibid.**, s.20-24

İKİNCİ BÖLÜM: ULUSÖTESİ NORMLARIN GEÇERLİLİĞİ

1. ULUSÖTESİ GEÇERLİLİK İÇİN SOSYOLOJİK TEMELLİ YAKLAŞIMLAR

1.1. Hukuki Çoğulculuk Bağlamında Ulusötesi Hukuk

1.1.1. Klasik Hukuki Çoğulculuktan Yeni Hukuki Çoğulculuğa

Son yıllarda, devlet-dışı hukuk kavramına yapılan atıf sayısında önemli ölçüde bir artış mevcut. Yayınlarla bakıldığında özellikle devlet-dışı hukuk kavramının ne olduğuna dair cevap arandığını gözlemlenmektedir. Kimi antropologlara ve sosyologlara göre, devlet-dışı hukuk günümüzde ulus devlet hukuku kadar önem kazanmış durumdadır. Hatta onlara göre, yalnızca bu perspektiften bakan hukukçular “aydınlanmış” olarak vasıflandırılabilir. Bu görüşü paylaşmayanlar ise ideolojik boyutları olan hukuki merkezcilik düşüncesinin yükselişinin ve ayakta kalışının suçlularıdır.²⁸² Kimi hukuk teorisyenleri ise devlet-dışı hukuk hukuk değildir düşüncesiyle bu mevzuda radikal bir noktadadırlar.

Bu dikkat çekici tartışma günümüzdeki hukuk ve toplum algısı üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Ancak teorik yönü baskın geldiğinden pratik nitelikteki birçok soru cevapsız kalmıştır. Bu çalışmada bu pratik sorunları karşılar nitelikte bir teorik çerçeve oluşturmaya ve bakış açısında yapılacak küçük ama sonuçları itibarıyla önemli değişiklikler ile literatür içerisinde bir perspektif inşa edilmeye çalışılacaktır. Dolayısıyla çabamız sorulara tek bir cevap vermektense uluslararası literatürde mevcut olan cevapları belli bir eksen etrafında örgütleme amacına matuf

²⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. A Allott,– G Woodman, **People’s Law And State Law: The Bellagio Papers**, Dordrecht: Foris Publications, 1985 ve J. Griffiths, “What is Legal Pluralism?”, **Journal of Legal Pluralism** 24, s.1-55, 1978

olacaktır. Bunu yaparken öncelikle devlet-dışı hukuk sorunsalını gündeme getiren üç dalgadan söz edilecektir.

1.1.1.1. Birinci Dalga: Sömürgecilik ve Klasik Hukuki Çoğulculuk

Bu bölümde devlet-dışı hukuk şu tanımda vücut bulan anlamına sadık kalınarak kullanılacaktır: devlet-dışı aktörler tarafından üretilen ve icra edilen kurallar bütünü. Uluslararası sosyo-legal literatürde devlet-dışı hukuk kavramı hukuki çoğulculuğun (*legal pluralism*) bir parçası olarak ele alınmaktadır.²⁸³ Hukuki çoğulculuk iki düşünceye dayanır. Bunlardan ilkinde göre, belli bir coğrafi parça üzerinde iki ya da daha fazla hukuk düzeni bir arada bulunabilir; diğer düşünce ise bize devletten başka kaynaklarca üretilen ve hukukun bağımsız alanlarını teşkil eden kaynaklardan türetilmiş olan hukuk sistemlerinin hukuki çoğulculuğun temelinde yattığını söyler.²⁸⁴ Genel anlamda devlet-dışı hukuk kavramı literatürde üç dalga ile karakterize edilir; birinci dalga “sömürgecilik”, ikinci dalga “yeni hukuki çoğulculuk” ve üçüncü dalga “küreselleşme” olmak üzere. Bu üç dalga da hukuki çoğulculuğun farklı bir türüyle ilintilidir.

Devlet-dışı hukukun birinci dalgasının kolonyalist perspektife dayandığı ifade edildi. Kolonyalist dönemde Afrika, Asya ve Pasifik ülkelerinde sömürgeci devletler Batıda olduğu gibi merkezi bir idari mekanizma kuramadıklarından yerel örf-adet ve kurallar ile sıklıkla çatışma yaşamak durumunda kaldılar. Sosyal bilimciler için bölge insanların Avrupa hukuku olmadan nasıl sosyal bir düzen kurabildikleri merak konusu oldu.²⁸⁵ Devlet-dışı hukukun bu türüne olan ilgi klasik hukuki çoğulculuk anlayışını doğurdu. Bu anlayış temel olarak klasik hukuk felsefesiyle yerel hukukların kesişme noktalarına odaklandı. Ancak 20. yüzyılın başına kadar endüstri öncesi toplumlarda hukukun işleyişini etraflıca tasvir eden bir çalışma yapılmadı.²⁸⁶

²⁸³ A. Griffiths, **Legal Pluralism, An Introduction to Law and Social Theory**, Oxford: Hart, 2002, s.289-95

²⁸⁴ D.J Galligan, **Law in Modern Society**, Oxford: Oxford University, 2007, s. 162

²⁸⁵ Sally E. Merry, “Legal Pluralism”, **Law & Society Review**, Vol.22 No.5, 1988, s.869

²⁸⁶ M. Hooker, **Legal Pluralism: An Introduction To Colonial And Neo-Colonial Laws**, Oxford: Clarendon, 1975, s.8

Bu alanda ıgır aan isim “Vahşı Toplumlarda Suç ve rf-Adet” adlı çalışmasıyla Bronislaw Malinowski oldu.²⁸⁷ Bu eserinde antropolojik saha çalışmalarına dayanarak Yeni Gine’deki bir grup mercan adasında yaşayan Melanezya toplumunu inceledi ve oldukça çarpıcı sonuçlara ulaştı. Malinowski öncelikle ilkel toplumlarda hukuk olmadığını iddia eden klasik antropolojik yaklaşımların tamamını reddederek işe başladı. Ona göre ilkel kabile mensuplarının otomatik ve spontane olarak tabi oldukları geleneksel nitelikli bir “grup içgüdüsü” mevcuttu.²⁸⁸ Asıl ilgiyi hak eden nokta ise kurala uyma davranışlarının kaynağının ne olduğuydu.

Malinowski çalışmasında bir grup balıkçıyı gözlemleyerek tuttukları balıkların nasıl değerlendirildiğini inceledi ve hasılatın yalnızca küçük bir kısmının köylülere ayrıldığını fark etti. Geri kalanlar iç kesimlerde yer alan köylerle sahil köylerinin dahil olduğu bir gıda takas sistemi içinde kullanılıyordu. Ve bu köyler arasında tarım ürünleri ile balık değiş tokuşu yapılıyordu. Karasal bölgelerden gelenler sebze temin ederek karşılığında balık alıyorlardı. Malinowski’ye göre bu ilişki ekonomik ve seremonik açıdan önemli unsurlar içermekteydi. Ama bunlardan bağımsız hukuki bir nitelik de mevcuttu. Çünkü bu ekonomik ilişki taraflara karşılıklı yükümlülükler de yüklemektedir. Sözgelimi, balıkçı tarımla uğraşan köylüden bir hediye aldığında kendini ona bir karşılık vermek mecburiyetinde hissediyordu. Ve bunun tersi de geçerliydi. İki köy de karşılıklı olarak birbirlerine bağımlıydı ve bu onlara haklarını güçlendirmeye fırsatı sunmaktaydı.²⁸⁹

Malinowski bu tarz bir ilişkinin balık ve sebze takası ile sınırlı olmadığını belirtir. Nitekim diğer ticari ilişkilerde ve hizmet alış verişlerinde ve hatta karı koca, ebeveyn evlat vs. ilişkilerde de benzer hukuki yanlar mevcuttur. Tüm bunlara bakarak Malinowski, idari ve yargısal mekanizmalar olmamasına rağmen Melanezya toplumunda hukukun kabile yaşamında önemli bir rolü olduğunu vurgular: “...kabilenin yapısı tamamen hukuki statüler üzerine kuruludur. Bundan kastım, kabile reisinin halk üzerindeki, kocanın karısı üzerindeki ve ebeveynlerin ocuk üzerindeki otoritelerinin kişisel ve keyfi olmadığıdır. Tüm bunlar belirli kurallara

²⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. B. Malinowski, **Crime and Custom in Savage Society**, Totowa, New Jersey: Littlefield, Adams & Company, 1926

²⁸⁸ **Ibid.**, s.15 vd

²⁸⁹ **Ibid.**, s.22

dayanır ve karşılıklı menfaat zincirlerinin dengelenmesi esasını gözetir.”²⁹⁰ Malinowski’ye göre bu ilkel hukukun kuralları uyma zorunluluğu hissi ve başkalarının ileri sürülme yetkileri bakımından diğer geleneksel kurallardan ayrılmaktadır.²⁹¹

Yerel toplulukların ilkel hukuk kurallarına ilişkin mevcut antropolojik birikim, yalnızca sosyal bilimcilerin tartıştığı bir konu olmanın ötesine uzanır. Nitekim bunlar sömürgeci devletlerin sömürge topraklarında uyguladıkları hukuka entegre edilmeye çalışılmıştır. Örneğin Afrika’da İngilizler ve Fransızlar yerel unsurları ekarte ederek kendi hukuklarını dayattılar. Ancak bunu yaparken yerel hukukun doğal hukuka ve hakkaniyete aykırı olmayan kurallarının hukuk düzenine dahil edilmesine müsaade ettiler.²⁹² Bunlar arasında özellikle karşılıklılık ilkesine dayalı sosyal normlar modern hukuk anlamında da adaletin tecellisi olarak kabul edildi. Yerel ekonomik yaşamın temeli olan karşılıklılığa dayalı ekonomik mübadele ilkelerinin mümkün olduğunca ayakta tutulması, sosyal yapının çözülmeye uğratılmaması adına önemli görüldü.²⁹³ Böylelikle Malinowski gibi yazarların araştırma konusu olan yerel normlar, dikte edilen modern hukuk sistemine entegre edilmek üzere sömürge idarecilerinin süzgecinden geçirildiler.

Günümüze yaklaşılrken, kolonyal düzenlerdeki devlet-dışı hukukun farklı türlerinin kullanımı daha tartışılır hale geldi. Zamanla sömürgeciler tarafından örf adet hukuku olarak sunulan birçok kuralın aslında yerel coğrafyada “keşfedilen” şeyler değil bizzat sömürgeciler tarafından üretilen kurallar olduğu ortaya çıktı. Sömürgeci güçler hukuku bir baskı aracı olarak kullandıkları ölçüde yerel hukuklar da yerle bir edilmişti. Bu da silsilesi çok eskilere uzanan yerel hukukta kırılma ve bozulmalara neden oldu. İktidarın hukuku, bir tür toplum dönüştürme enstrümanı haline getirmesi nedeniyle yerel insanların orijinal hukuk kurallarına erişmek güçleşti.²⁹⁴

²⁹⁰ *Ibid.*, s.46

²⁹¹ *Ibid.*, s.55

²⁹² Merry, *op.cit.*, s.870

²⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, İstanbul: On İki Levha , 2012

²⁹⁴ Sally E. Merry, “From Law and Colonialism to Law and Globalisation”, *Law and Social Inquiry* 2 (28), 2003, s.572

1.1.1.2. İkinci Dalga: Yeni Hukuki Çoğulculuk

70lerin sonuna doğru devlet-dışı hukuk konseptinde yeni bir trend ortaya çıktı. Bu ikinci dalganın kolonilerle ve yerel topluluklarla bir ilgisi yoktu. Dönüşüm bizzat Avrupa devletleri ve ABD gibi gelişmiş endüstriyel toplumlarda cereyan etmekteydi. Klasik hukuki çoğulculuğun kavramlarının kuşatamadığı yeni bir gerçeklik söz konusuydu. Bu gelişmeyi birtakım yazarlar yeni hukuki çoğulculuk olarak adlandırmaktadırlar.²⁹⁵ Literatürdeki bu değişimi tetikleyen olay bu alanın önde gelen dergilerinden African Law Studies'in (Afrika Hukuku Çalışmaları) adını Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law (Hukuki Çoğulculuk ve Gayriresmi Hukuk Dergisi) olarak değiştirmesi oldu.²⁹⁶ Bu hamle devlet-dışı hukuk çalışmalarında önemli bir kaymayı temsil eder. Yeni yaklaşım, hukuk düzeni içinde merkezi hukuki sisteminin belirsizleştiği noktalarda devreye girerek hukukun yerini alan düzenleme ve kuralların hukukileşme süreçlerini inceler.

Her ne kadar yeni hukuki çoğulculuğa dair çalışmalar 70li yıllarda başlamış olsa da yaklaşımın temeli 20. yüzyılın başında, Eugen Ehrlich'in "*living law*" kuramında aranmalıdır. Roma hukuku profesörü olan Ehrlich (1862-1922) Avusturya Macaristan İmparatorluğu'na bağlı Bukowina adlı bir bölgede yaşamaktaydı. Güneydoğu Avrupa'nın bu kısmında birçok farklı etnik grup bir arada bulunmaktaydı: Ermeniler, Almanlar, Yahudiler, Rumenler, Ruslar, Slovaklar, Macarlar ve Çingeneler. Bu grupların gelenek, alışkanlık ve etkileşimlerini gözlemleyen Ehrlich topladığı ampirik verilerle yeni bir hukuki perspektif inşa etti.²⁹⁷

Ehrlich toplumda cari kurallara odaklandı ve insanların çoğunun Avusturya kanunlarına uymayıp toplumsal hayatı kendi sosyal normlarıyla idame ettirdiklerini gözlemledi. Çalışmalarından birinin konusu Alman köylüleridir. Avusturya medeni kanununda evliliğe ilişkin kısımda birliğin mal rejimine ilişkin yalnızca dört bölüm yer alır. Ehrlich, ülkedeki Alman köylülerin tercih ettikleri rejimin Avusturya medeni kanunu ile alakası olmadığını keşfeder. Yerel uygulama kanunu ekarte etmiştir. Ehrlich Alman köylülerini, tıpkı diğer resmi ve gayri resmi gruplara yaptığı gibi

²⁹⁵ Sally E. Merry, "Legal Pluralism", **op. cit.**, s.874

²⁹⁶ Griffiths, "From the Editor", **African Law Studies** 18, 1980, i

²⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eugen Ehrlich, "Fundamental Principles of the Sociology of Law", **New Brunswick: Transaction Publishers (1936)**, 2002

“sosyal birlik (*association*)” olarak adlandırır. Bununla kast ettiği “birbirleriyle olan ilişkilerinde, bağlayıcı nitelik taşıyan ve eylemlerini koordine eden ortak davranış kuralları tanımış insan topluluğu”dur.²⁹⁸ Ehrlich’e göre bu organizasyonel kurallar “yaşayan hukuk (*living law*)” olarak düşünülmelidir. Hukuki belgelerde yer almasa dahi sosyal hayatı domine eden kurallarla karakterize edilen bir “yaşayan hukuk”.²⁹⁹

Başka yazarların da hukuki perspektiflerini Ehrlich’e benzer biçimde inşa ettikleri görülmektedir. Sözgelimi Pospisil, hukukun yekpare bir toplumun malı olduğu savını reddederek onun farklı alt gruplardan oluşan toplum içinde farklı hukuki katmanlara yerleşmiş heterojen kurallar bütünü olarak tasavvur eder.³⁰⁰ Galanter ise insanların adalet ve adaletsizlikle karşılaştıkları tek zeminin ulus devletin hukuk düzeni olmadığını, onun öncesinde evde, komşuluk ilişkilerinde, iş hayatında vs. beliren yansımalar olduğunu öne sürer.³⁰¹

Yeni hukuki çoğulculuk ile ilgili çalışmalar genel olarak iki alanda yoğunlaşır: a) göçmen grupların çeşitlenen hukukları ve endüstriyel toplumlardaki dini, etnik ve kültürel azınlıklar b) sosyal *network* ve kurumları yönlendiren gayri resmi düzenlemeler.³⁰²

1.1.1.2.1. Göçmen Grupları ve Kültürel Azınlıklar

Göçmen grupları ve kültürel azınlıklarda işleyen devlet-dışı hukuk çalışmalarından birinde Hollanda’daki Molükan topluluğunun “halk hukuku” ele alınır. Bu grupta yer alanlar, 1951’de bağımsızlığına kavuşan Endonezya’dan Hollanda’ya göç etmiş olan eski sömürge ordusu askerleri ve onların aileleridir. Bunların çoğu Hollanda şehir ve kasabalarının dışında yer alan muhitlerde yaşamaktadırlar. Söz konusu çalışma bu muhitlerdeki aile topluluklarının reislerine (pela) odaklanır. Bu topluluklar, aileler arasında sıkı dostluk ve kardeşlik bağları kurulmasıyla oluşmuşlardır. Enteresan noktalardan biri, pela adı verilen şahıslara bağlı olarak aynı birlikte yer alanların evlenmeleri yasaklanmıştır. Çalışma Molükan

²⁹⁸ **Ibid.**, s.489

²⁹⁹ **Ibid.**, s.493

³⁰⁰ L. Pospisil, **Anthropology Of Law: A Comparative Theory**, New York: Harper & Row, 1971, S.99

³⁰¹ M. Galanter, “Justice In Many Rooms: Courts, Private Ordering And Indigenous Law”, **Journal Of Legal Pluralism** 19, 1981, S.14

³⁰² Marc Hertogh, “What Is Non-State Law? Mapping The Other Hemisphere Of The Legal World”, **The State Legislature And Non-State Law**, J. Van Schooten & J.M. Verschuuren (Eds.), 2008, s.10

topluluğunun yerel hukukuna dair detaylı bilgiler içerir.³⁰³ Gözlem, saha çalışması ve röportajlar göstermiştir ki Molükan topluluğu iç evlilik yasağını katı bir şekilde yorumlama eğilimindedir. Bunun ötesinde bu kural, sosyal baskıdan başlayıp topluluktan kalıcı olarak uzaklaştırılmaya uzanan bir çeşitlilikte ciddi yaptırım mekanizmalarıyla da desteklenmektedir.³⁰⁴ Bu örneğe benzer birçok sosyal grup üzerinde bunun gibi çalışmalar mevcut olup bunların hepsinde özerk bir hukuk alanının varlığına tanıklık edilmiştir.

Ancak hukuki çoğulculuğun modern yaşamdaki izlerinin, geleneksel kurumlara özgü olduğunu düşünmek yanıltıcı olacaktır. Nitekim rastlanan bulgular, kimliksel aidiyet kaynaklı uygulamalardan daha geniş bir skalaya denk düşer. Özellikle ekonomik nitelikli kural ve uygulamalara ilişkin olarak yerleşik hale gelen normlar, yeni hukuki çoğulculuk dalgasının temel boyutlarından birini oluşturmakta, hatta ileride ele alınacağı üzere hukuki çoğulculuk konseptini asıl karakterize eden unsur olarak belirlemektedirler.

1.1.1.2.2. Sosyal İletişim Ağları ve Toplumsal Kurumlar

Malinowski'nin çalışmalarından etkilenen yazarlardan Stewart Macaulay Wisconsin'deki iş dünyası uygulamalarını incelemeye koyulur.³⁰⁵ Vardığı önemli tespitlerden biri, sistemin işleyişinin büyük ölçüde sözleşmesel temele dayanmıyor oluşudur. Dikkat çeken bir diğer önemli nokta da yapılan anlaşmaların ilgili sözleşme hukuku kurallarından tamamen habersiz bir şekilde gerçekleştiğidir. Bunun da ötesinde, taraflar arasında doğan uyuşmazlıklar sözleşme hükümlerine bakılmaksızın alternatif yollarla çözüme kavuşturulmaktadır. Sözleşmenin ihlal edildiği iddiasıyla dava açılması da oldukça nadir rastlanan bir durumdur. Bu olguları gözlemleyen Macaulay, mekanizmanın işleyişinin büyük ölçüde iş adamları arasındaki epeydir devam eden ilişkilere dayandığı saptamasını yapar.³⁰⁶ Çoğu durumda, detaylı bir sözleşme hazırlamaya ihtiyaç dahi duyulmaz. Nitekim işleyiş başka aygıtlarla zaten sağlanmaktadır. Macaulay'e göre "sektöre özgü teamüller"

³⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Strijbosch, "The Concept of Pela and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands", *Journal of Legal Pluralism* 23, 177-208, 1985

³⁰⁴ Strijbosch, *op. cit.*

³⁰⁵ S. Macaulay, "Crime and Custom in Business Society", *Journal of Law and Society* 2 (22), 1995, s.248-58

³⁰⁶ *Ibid.*

tarafların sorumluluklarını belirlemede öncelikli kaynaktır.³⁰⁷ Bunun yanı sıra, bu kurallar iş adamları için birtakım yaptırım kurallarını da içerir. Belirtmek gerekir ki bunlar tamamen hukuki düzenden bağımsız kurallardır. Bahse konu teamüllerden en genişçe kabul gören iki temel norm şunlardır: verilen taahhütler her durumda yerine getirilmelidir ve taraflar kaliteli ürünler üretip yaptığı işin arkasında olmalıdır. Tıpkı Malinowski'nin çalışmasında görüldüğü üzere, Wisconsin'de işadamları topluluğu gelişkin bir değiş tokuş sistemine örnek teşkil etmektedir. Sözgelimi, alım ve satım işlerine aracılık eden şahıslar arasında birlikte akşam yemeğine gitme veya Noel zamanı hediyeleşme pratiklerinin yaygın olduğu gözlemlenmektedir. Bu kurallara riayet etmemek ise topluluktan dışlanıp gelecekteki olası iş ilişkilerini riske atma anlamı taşımaktadır.³⁰⁸ Macaulay, bir başka çalışmasında devlet-dışı hukuk kavramı ile ilgili bulgularının başka sosyal sektörlerde de geçerli olduğunu savlar. Öne sürdüğü konseptte “özel hükümet” ismini vermeyi tercih etmektedir:

*“Yönetme kavramına kuralları yapma, yorumlama, onları spesifik olaylara uygulama, ihlal durumunda yaptırım uygulama gibi fiiller de dahil edildiği ölçüde mafya, Amerika Tahkim Birliği, Amerikan Kolej Sporları Kurumu, büyük alışveriş merkezi sahipleri, mahalle dernekleri gibi yapılanmaların da bu türden bir yönetme otoritesini kullandıkları fark edilecektir.”*³⁰⁹

Bir diğer yazar Sally Falk Moore da aynı olguya “yarı-otonom sosyal alanlar”³¹⁰ (*semi-autonomous social fields*) adını vermektedir. Ona göre, birey ile politik örgütlenme arasında örgütlü sosyal alanlar mevcuttur. Bu sosyal alanlar kendine özgü teamül kuralları üretmenin de ötesinde kurallara riayet edilmesini sağlayan birtakım aygıtlara ve yaptırım mekanizmalarına sahiptirler. Bir diğer deyişle, Max Weber'in “hukuk düzeni” adını verdiği şey bu sosyal alanlarda da mevcuttur.³¹¹

Daha güncel çalışmalardan örnek vermek gerekirse, Ellickson'ın Kaliforniya'ya bağlı Shasta County kırsalı sakinlerinin kontrolden çıkan büyükbaş

³⁰⁷ **Ibid.**

³⁰⁸ **Ibid.**

³⁰⁹ S. Macaulay, “Private Government”, **Law And Social Science**, New York: Russell Sage Foundation, 1986, s.445

³¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. S.F. Moore, “Law And Social Change: The Semi-Autonomous Social Field As An Appropriate Subject To Study”, **Law & Society Review** 4, 1973

³¹¹ **Ibid.**, s.721

hayvanlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma biçimlerine ilişkin çalışması zikredilebilir.³¹² Ellickson, Shasta County sakinlerinin uyuşmazlıklar ortaya çıktığında gayriresmi kurallara göre hareket ettiklerini tespit eder. Örneğin izinsiz sınır ihlallerinde bölge sakinleri, bilinçli olarak tercih ettikleri bir kapsayıcı üst norm olan işbirliği ilkesine göre sorunu çözüme kavuştururlar.³¹³ Belirtmekte fayda var ki, bu normun resmi hukuk ile uzaktan yakından alakası bulunmamaktadır. Yöre halkının bakış açısına göre, bir çiftlik hayvanı sahibi hayvanın bütün eylemlerinden sorumludur. Bu türden ampirik bulguları toplayan Ellickson, gayriresmi kurallardan müteşekkil kapsamlı bir normatif manzarayı tasvir eder. Bu normların zorlayıcı gücü temel olarak karşılıklılık ilkesine dayanmaktadır. Yöre sakinleri bu kuralların rehberliğinde birçok sorunun üstesinden gelerek söz konusu sosyal dayanışma temelini gelecekte de devam etmesi yönünde beklenti taşımayı sürdürürler. Böylelikle bölgeye özgü kurallarla çözümlenen her uyuşmazlık, tekil bir olgu olmanın ötesinde sosyal bağların ve buna dayanan normatif düzenin güçlenmesine katkı sağlayan dinamik bir unsur olma vasfı da taşır.³¹⁴

1.1.2. Üçüncü Bir Hukuki Çoğulculuk Dalgası Olarak Ulusötesi Hukuk

Son yıllarda devlet-dışı hukuk alanında hukuki çoğulculuk anlamında yeni bir dalgadan söz edilecekse bu kuşkusuz küreselleşme olgusuyla ilgili olacaktır. Küreselleşme ile kast edilen, ticaretin, kültürün ve tüketimin yerel seviyelerin çok ötesine taşınarak dünya çapında gerçekleştiği; toplumsal hareketliliğin ulusal sınırları aştığı bir dönüşümdür. Birçok yazar bu dönüşümün derin hukuki neticeler doğurduğunu ileri sürmektedir: “Küreselleşme ile tanıklık ettiğimiz en önemli olgulardan biri de şudur ki, devlet artık sadece diğer devletler tarafından veya devlet üstü kuruluşlar vasıtasıyla sınırlanan bir entite değildir. Aksine, devlet-dışı aktörler, topluluklar (örneğin dini gruplar) ve çokuluslu şirketler gibi güçlü özel hukuk kişileri devletin hareket alanını kısıtlayıcı aktörler de mevcuttur. Tüm bu aktörler, şu veya bu şekilde, geleneksel anlamda devletin başat rol üstlendiğinin düşünüldüğü küreselleşme sürecinde aktif rol oynamakta, devleti de bu anlamda mevzi kaybına

³¹² R. Ellickson, **Order Without Law: How Neighbours Settle Disputes**, Cambridge: MA Harvard University Press, 1991

³¹³ *Ibid.*, s.53

³¹⁴ *Ibid.*, s.55

uğratmaktadır. İşte devletin etkinliğini yitirdiği bu alanlardan birisi de hukuk yaratma işlevidir.”³¹⁵

Kimi yazarlar, klasik ve yeni hukuki çoğulculuk akımlarından sonra bu yeni olguyu değerlendirmek için yeni bir kavram olarak “küresel hukuki çoğulculuk” terimini önermektedirler.³¹⁶ Tıpkı Eugen Ehrlich’in 20. yüzyıl başlarında Avusturya-Macaristan İmparatorluğu’nun Bukowina bölgesinde gözlemlediği çok sayıda sosyal kuruluşun kendilerine özgü hukuki düzenleri olması gibi, günümüzün sosyal ve hukuki manzarası da böyle bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla Teubner günümüz dünya düzeninin “Küresel Bukowina” olarak adlandırmayı teklif eder.³¹⁷ Küresel Bukowina, hukukun gelişiminin devlete veya uluslararası politik organlara değil doğrudan doğruya topluma yaslandığı bir düzlemidir. Bu düzlemde yer alan aktörler otonom bir tarzda hareket ederler. Sözgelimi, bu aktörlerden çok uluslu şirketler kendi iç işleyişlerini tanzim eden otonom hukuki rejimlere sahiptirler. Küresel hukuk, politik veya kurumsal destekten yoksun, küreselleşmiş sosyoekonomik süreçlerin bir tezahürü olarak ortaya çıkarlar.³¹⁸

Bu durum aynı zamanda hukuki çoğulculuk kavramı açısından da esaslı bir dönüşüme denk düşer. Artık odakta kolonyal toplumlar veya azınlık grupları yoktur. Politik bir merkezin bulunmayışı ve normların devlet-dışı nitelikte olmaları yönüyle ulusötesi hukuk, diğer hukuki çoğulculuk akımlarıyla benzerlik gösterir. Nitekim hukuk üretimi tamamen sosyal periferide gerçekleşmektedir.³¹⁹ Burada etnik, kültürel veya dini grupların yerini hangi öznenin aldığı sorusu önem arz eder. Bukowina’nın hipermodern bir versiyonu olan “Küresel Bukowina” hangi öznelerin bir arada bulunduğu bir düzendir? Bu soruya net cevap vermek kolay değildir. Nitekim söz konusu olan, geleneksel gruplar gibi somut bir özne değil norm üretim sürecinin temelinde yer alan sosyal sektörlerdir. François Ost’un küresel ağ modeli adını verdiği şey işte tam da bu sektörlerden müteşekkil heterarşik nitelikli bir yapıdır. Kabaca, sektörel hukuki çoğulculuk adını verebileceğimiz bu düzlemde ilgi, artık birtakım gruplardan diskurlara ve iletişimsel ağlara kaymaktadır. Elbette bu

³¹⁵ R. Michaels, “The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, **Wayne Law Review** 51, 2005, s.1211

³¹⁶ F.Snyder ile P. Schiff Berman bunlara örnek olarak gösterilebilir.

³¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gunther Teubner, “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, **Global Law Without A State**, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, s. 3-28, 1997

³¹⁸ *Ibid.*, s.7

³¹⁹ *Ibid.*

iletişimsel ağ, kültürel grupların işleyişinden tamamen farklı teknik, spesifik ve ihtisaslaşmış öznelerce yürütülen işlemlere göre şekillenmektedir.³²⁰

Birçok farklı sosyal veya ekonomik sektörün aynı düzlemde yer alarak ve birbirleriyle etkileşimde bulunarak ürettikleri diskurlar hukuksal rejimin yapıtaşını niteliğindedirler. Sally Merry, hukuki çoğulculuğun bu yeni biçiminde hukukun toplum üzerindeki veya toplumun hukuk üzerindeki tek yönlü etkisiyle ilgilenmenin yeterli olmayacağını, bu iki yapının birbirinden ayrıksı *entiteler* olarak tasavvur edilmeleri halinde gerçekliğin gözden kaçırılacağını öne sürer.³²¹ Bu kapsamda hukuki çoğulculuk, bir tür dinamik düşünme tarzını benimsemeye teşvik eder. Küresel düzeni anlayabilmek için Merry, hukukun, evrimleşme süreci devam eden ve tekil unsurlarının bağlamından kopararak incelenmesi halinde bütün anlamını kaybedeceği bir konsept olarak tanımlanması gerektiğini öne sürer. Buna göre, hukuki çoğulculuk çoklu, hiyerarşik olmayan ve otonom hukuki düzenlerin dinamik bir ilişkiselliği olarak ele alınmalıdır.³²²

Bu bakış açısı esas alındığında, klasik hukuk sosyolojisinin bir hukuk kuralını gözlemlemede müracaat ettiği temel konseptlerin de sarsıntıya uğradığı fark edilmektedir.³²³ Bunlardan ilki olan yaptırım kriteri küresel düzende normatifliği pekiştiren sembolik desteklerden yalnızca biri haline dönüşmüştür. Oysa bu çalışmanın ilk bölümünde de yer verildiği üzere, klasik hukuk genel teorisi bakış açısından bir normun geçerliliğini karakterize eden unsurlardan birisi de onun ihlali halinde karşılaşılabilecek yaptırımdır (Austin)³²⁴. Ulusötesi düzlemde bu merkezi önemin kaybolmasına paralel olarak şiddet kullanma tekeline sahip olan devlet de hukuk düzenindeki etkinliği de sorgulanır hale gelmiştir. Sarsılmaya maruz kalan bir diğer konsept de hukukun yapıtaşını oluşturan hukuk kurallarıdır.³²⁵ Statik bir yapıdan dinamik bir sürece geçildiğinde tarif ettiğimiz gerçekliğin mikro birimlerinde de kuşkusuz esaslı dönüşmeler yaşanacaktır. İleride detaylıca incelenecek olan

³²⁰ **Ibid.**

³²¹ Gunther Teubner, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, **Cardozo Law Review**, 1991, s.1448

³²² **Ibid.**

³²³ Gunther Teubner, “Global Bukowina”, **op. cit.**, s.12

³²⁴ John Austin, **The Province of Jurisprudence Determined**, Londra: Weidenfeld&Nicolson, 1954, s.13

³²⁵ Gunther Teubner, “Global Bukowina”, **op. cit.**

Luhmann'ın sistem kuramı bu dönüşümleri açıklamak açısından ufuk açıcı modeller önermektedir.

Özetle, ulusötesi hukuka kuramsal bir çerçeve üretmek için onun kendine özgü yanlarından yola çıkarak hukuku kavrayışımızdaki temel öncüllere ilişkin radikal tavır değişikliklerine gitmek gerektiği görülmektedir. Ancak yine de hukuki çoğulculuk literatüründen faydalanılarak ulusötesi hukuk bakımından kapsayıcı olmasa da açıklayıcı konseptler üretmek mümkündür. Sözgelimi, yukarıda zikredilen ve yeni hukuki çoğulculuk çalışmaları kapsamında yer alan “yarı-otonom sosyal alanlar” veya “özel hükümet/otorite” (*private government*)³²⁶ kavramları küresel aktörleri tarif etmek açısından elverişli enstrümanlar olarak kabul edilebilir. Bunun yanı sıra, yine hukuki çoğulculuk literatürünün bütünü gözden geçirilerek farklı versiyonlar tasnife tabi tutulduğunda bu tasnif kriterlerine göre bir koordinat düzlemi oluşturulabilir.³²⁷ Ulusötesi hukuk da bu kıstaslar ışığında bahse konu düzlemde bir noktaya denk düşecektir. Böylelikle, mevcut dağarcık ile ulusötesi hukuk kurallarının özü tarif edilemese bile konumu tespit edilebilecektir. Bu da normların geçerliliği açısından konunun teorisyenlerine olsa olsa bir çıkış noktası vaat etmektedir. Marc Hertogh'un önerisiyle iki temel kıstas belirlenip koordinat düzleminin iki doğrusu çizilebilir.³²⁸ Böylece kavramsal uzay dört parçaya bölünür ve ulusötesi hukuk bu parçalardan birinde konumlanarak yeni çalışmalara ilham olur. Buna göre, ilk boyut olarak hukuki çoğulculuğa konu olan devlet-dışı nitelikli kurallar bütününün, devletin sınırları içinde mi yoksa bu sınırları aşacak ölçüde mi geçerli olduğu sorusu sorulabilir.³²⁹ Bu soru ile kavramsal uzayımız coğrafi niteliğine göre dikine ikiye bölünür. Klasik hukuki çoğulculuk çalışmalarına konu yerel gruplar ile ulusötesi hukukun öznelere bu bakımdan ayrı saflara düşmektedir. Oluşan parçaları bu kez enine ikiye bölen soru ise incelemeye konu hukuk kurallarının, sosyal düzeni sağlayan katı şablonlar niteliğindeki “yönetme kuralları (*rules of conduct*)” mı yoksa dinamik karar alma süreçlerinde esas alınan ve karar alıcı öznenin daha etkin olduğu “karara dayanak normlar (*norms for decision*)” mı olduğudur.³³⁰ Bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde olgunlaştırılan teorik çerçevelerin özünde de örtülü olarak, hukuki çoğulculuk literatüründen devşirilen bu önemli soru yatmaktadır. Ulusötesi

³²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. S. Macaulay, “Private Government”, *op. cit.*

³²⁷ Hertogh, *op. cit.*, s.17

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*, s.19

hukukun aktörleri ve disiplinleri bu soruya göre çeşitlenmekte ve bu çeşitlilik bir spektrum oluşturmaktadır. Örneğin, ilk bölümde incelenen ve ulusötesi alanı inşa eden bir konsept olarak değerlendirilen küresel spor hukukunun işleyişi büyük ölçüde kurumsal yapılara dayanmakta olup kuralların katı şablon olma vasfı ağır basmaktayken yine ulusötesi alana ait bir özne olan çok uluslu şirketlerin başka öznelerle girdiği etkileşimler daha kaotik bir ortamda gerçekleşmektedir ve söz konusu etkileşimler öznelerin tesadüfi inisiyatiflerine göre şekil almaktadır.³³¹ Dolayısıyla riayet edilen normlar daha esnek yapıdadır.

Son tahlilde, mevcut dağarcığı tasnif eden ve yeni teorik üretimlere kapı aralayan bu kavramsal harita oldukça kaba bir çerçeve çizmenin ötesine geçememektedir. Dolayısıyla, ulusötesi hukuku öncelikle kendine özgü yanlarından yola çıkarak tarif etmek suretiyle genel sonuçlara varmak daha isabetli olacaktır. Öte yandan, ulusötesi hukukun alt disiplinlerine mercek tutarak mikro analizler üzerinden ulusötesi geçerlilik için yeni önermeler geliştirmek de sağlıklı bir yoldur. Bu kapsamda, küresel düzenin en önemli bileşenlerinden olan ekonomik işleyişi, daha özel ifade etmek gerekirse “*lex mercatoria*”yı incelemek bize verimli kavramsallaştırmalar sunacaktır.

1.2. *Lex Mercatoria* Örneği Üzerinden Geçerlilik Sorunsalının Değerlendirilmesi

Hukuki çoğulculuk çalışmaları literatüründe, ciddi sayıda yazarın “yeni” *lex mercatoria* adını verdiği bir konsept vardır. Buna göre, eski *lex mercatoria* ile kast edilen teamüller veya orta çağlarda uluslararası ticareti yönlendiren devlet-dışı yani yaratılmaları devlete değil bizzat uluslararası ticaretin kendi dinamiklerine tabi olan normlardır. Devlet-dışı hukukun bu türü yalnızca anlaşmalarla değil yerel mahkeme kararlarıyla da kabul edilmektedir.³³² 1980lerden başlayarak birçok yazar bu devlet-dışı normların yepyeni ve ulusötesi nitelikli bir türüne tanıklık etmeye başladığımızı öne sürdüler. Mesela bunlardan Friedman diyecektir ki “Artık günümüzün ulusötesi ölçekte çalışan avukat ve işadamlarının kendilerine özgü teamüllerinin, normlarının ve pratiklerinin olduğunun kabulü kaçınılmazdır. Bununla beraber yeni bir tür tacirler hukukunun da ortaya çıktığı, bu hukukun devletin yasama faaliyetinden

³³¹ *Ibid.*, s.22

³³² R. Michaels, *op. cit.*, s.1219

bağımsız zuhur ettiği ve kendi davranış kalıplarını yarattığı da dikkati çekmektedir.”³³³

Tıpkı eski *lex mercatoria* gibi yeni versiyon da otonom (özerk) ve devlet-dışı nitelikli kendine özgü kurallara sahip olduğu gibi bunun da ötesinde kendine ait alternatif yargı organlarına (tahkim kurumu) sahiptir. Bu otonom yanın bir göstergesi olarak sözgelimi çok uluslu şirketler Uluslararası Hukuk Derneği (ing. ILA) ve Milletlerarası Ticaret Odası (ing. ICC) gibi küresel çaptaki işadamları örgütlerinin tensipleriyle oluşturulan standart sözleşme ve şartname formatlarını kullanarak anlaşmalar yapmaktadırlar. Bu sözleşmeler özellikle milli hukukların müdahalelerine mahal vermemek adına ince düşünülmüş ve oldukça detaylı hükümler içermektedirler.³³⁴ Bunun da ötesinde, uluslararası hukuksal uyumsuzlukların çözümü için müracaat edilen yol olarak milletlerarası ticari tahkim organları, milli mahkemelere nazaran çok daha önemli bir konumu haizdir. Yargılama sürecinde izlenen prosedürler de yüksek bir ihtisaslaşmışlığın göstergesi olarak milli mahkemelerin mevzi kaybını pekiştiren bir unsur olmuştur.³³⁵

1.2.1 Çok Uluslu Şirketlerin Hegemonik Yetkilerinin Analizi

Çok uluslu şirketlerin faaliyet alanları tek bir ülke ile sınırlı olmadığından, bu şirketlerin bazı alanlarda devletin egemenlik şemsiyesinin dışına çıkmaları yani devletin yetki sınırlarını aşmaları kaçınılmazdır. Küresel ekonomik işleyişin en önemli aktörleri olan şirketler, devletlerin egemenlik yetkilerini kullanma vasıtaları değildir. Bilakis her şirket kendi özerkliği içinde ve kendine has karar alma süreçleri dahilinde birtakım mali analizler yaparak stratejilerini buna göre geliştirmektedir.³³⁶ Bunu yaparken yatırımlarını ve faaliyetlerini tek bir ülkesel parça ile sınırlandırma mecburiyeti olmayıp tamamen ekonomik gerekçelerle ulusötesi alana uzanmakta, böylelikle firma ile uyrukluk bağıyla bağlandığı devlet arasındaki bağ gevşeyerek firma ulusötesi düzlemin esaslı bir aktörüne dönüşmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği, Dünya Ticaret Örgütü vs. gibi uluslararası yapılar arasındaki küresel bağlar çok

³³³ L.M. Friedman, “Erewhon: The Coming Legal Order”, *Stanford Journal of International Law* 2 (37), 2001, s.356

³³⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. H-J Mertens, “Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law?”, In G. Teubner (Ed.), *Global Law Without A State*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Philippe Kahn, *Lex Mercatoria et Euro-Obligations*, Mélanges Schmitthof, 1969, s.215

uluslu firmalar sayesinde yoğunlaşmakta ve küresel işbirliği güçlenmektedir. Devlet üstü kamusal otoritelerin güçlenmesini sağladıkları için özel hukuk tüzel kişileri olan şirketler, devlet gücüne alternatif odaklar olarak boy göstermektedirler.³³⁷

Pazarlama stratejileri, teknolojiye erişim kolaylığı ve tüketici ihtiyaçları gibi parametreler sayesinde coğrafi limitlerden git gide bağımsız hale gelen ekonomi, hukuk düzenlerini, fonksiyonel ve ülkesel olarak ortadan ikiye bölmekte ve ulusötesi bir toplumun kurucu unsuru olmaktadır. Bu yeni konsept hem devlet sınırlarını aşması yönüyle hem de otonom bir tarzda kendi kurallarını üretmesi yönüyle devlet tekeline dönük ciddi bir tehdit olmaktadır. Dolayısıyla da devlet egemenliği tehdit edildiği ölçüde klasik hukuk anlayışı da sarsıntıya uğratılmaktadır. O halde çok uluslu şirketlerin yarattığı teorik kriz nasıl çözümlenecektir? Bu sorunsala çözüm getirmek için devletin ekonomi ile ilişkisine değinmek gerekecektir.³³⁸

Liberal demokratik esaslara göre örgütlenmiş modern ulus devletin dayandığı ideolojik öncüllerden yola çıkıldığında devletin ve kapitalizmin izledikleri evrimsel çizgi boyunca sıkı bir ilişki içinde oldukları saptanacaktır. Buna göre egemen devlet mantığı ile kapitalizm arasında birtakım kesişme noktaları mevcuttur: mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyeti.³³⁹ Modern anayasal devletlerden bahsettiğimizi hatırlatarak, bu iki temel hakkın devletin iç hukuk düzeninde kapitalizmin, kendini gerçekleştirme vasıtaları olduğu öne sürülebilir. Gelgelelim kapitalizm, küreselleşme ile beraber ulaşım, iletişim ve üretim araçlarında meydana gelen köklü değişiklikler sayesinde farklı bir evrimsel basamağa geçmiştir ve mevcut kalıplar artık dar gelmektedir. Bu yüzden ekonomi devletin normatif bariyerlerini yıkarak kendine uygun bir güzergah bulma meylinde-dir.³⁴⁰

Ancak bu gelişmeye karşı, ekonomik işleyişin son kertede uluslararası tahkim kararlarının icra edilmesine muhtaç olduğundan bahisle bu devletin polis gücünün önemini hala koruduğu dolayısıyla da küresel ekonominin devletten tamamen bağımsız bir hukuk düzeni oluşturamayacağı tezini öne sürenler vardır. Bu iddiada

³³⁷ Pierre Rodiere, "Travail et Environnement: Aspects De Droit International Et Europeen", **Droit et Ville**, 1994, s.23

³³⁸ Gunther Teubner, **Law as an Autopoietic System**, Oxford/Cambridge, Blackwell Publishers, 1993, s.178

³³⁹ Jean-Philippe Robé, "Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order", **Global Law Without A State**, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, 1997, s.50

³⁴⁰ **Ibid.**

ciddiye alınabilir bir yan olsa da kararları tenfiz etme konumunda olan devletin sırf bu niteliği nedeniyle norm üretim tekeli koruyacağını öne sürmek kolay değildir. Çünkü normların bağlayıcılıkları salt cebri icra yöntemlerinin kullanılmasına endekslenemez.³⁴¹ Küresel ekonomik aktörlerin tercihlerini etkileyen psikolojik kısıtlar, onları ihlal davranışından alıkoyan mesleki baskılar ve ticari itibarlarını gözetme gereklilikleri en az cebri icra organları kadar hatta onlardan daha ileri biçimde norma uyma davranışı üretmektedir.³⁴²

Çok uluslu şirketleri tarif etmek için kullandığımız firma tabiri hukuki bir mefhumu denk düşmemektedir. Milli hukuk düzenlerinde tercih edilen şirket kelimesi firmayı tam olarak karşılamaz. Ancak küresel ticari uygulamalarda daha çok tercih edilen kelime “firma”dır. Bu örtüşmezliğin giderilmesi çok uluslu şirketlerin (veya firmaların) öncelikli gündemi olmamıştır. Nitekim bir oluşumun firma olarak adlandırılabilmesi devletin onayına muhtaç değildir. Görüldüğü gibi kendini vasıflandırma sorunu bile otonom bir hukuk düzeninin varlığına gönderme yapmaktadır. Çünkü bahsettiğimiz düzlemin özneleri kendi kavramlarıyla konuşmaktadırlar.³⁴³

Peki hukuki anlamda aşına olmadığımız firma kavramına hukuki bir konsept üretmek mümkün müdür? Bu yapıların kendilerine özgü bir hukuki düzenleri olduğu öne sürülebilir mi? Weber’in tarifine göre: “Bir hukuk düzeninden bahsedebilmek için zorlayıcı araçlar (*coercive means*) mevcut olması gerekir.”³⁴⁴ Bu açıdan bakıldığında firmaların bir hukuk adacığı olarak tasavvur edilebilecekleri savunulabilir. Nitekim, hem kendilerine has yaptırım mekanizmaları mevcuttur hem de her bir firma, bölünmez, benzersiz ve kapalı bir yapı niteliğindedir. Ancak not etmek gerekir ki, bu hukuk adacıkları devletlerin pozitif hukuku tarafından şekillendirilmiş olmasalar da, onunla “birlikte yaşarlar.” (*cohabitation*) Ancak ne egemenlik şemsiyesinin altındadırlar ne de devletin üstündedirler. Daha önce tarifi verilen ulusötesi uzamda işlevlerini yerine getirirler. Yani devletin yetki kapsamına girmedikleri gibi devletten transfer edilen bir yetkiyi de kullanmazlar.³⁴⁵

³⁴¹ **Ibid.**

³⁴² **Ibid.**, s.52

³⁴³ Jean-Philippe Robé, “L’ordre Juridique et Entreprise”, **Droit et Société**, 199, s.117

³⁴⁴ Robé, “Multinational Enterprises...”, **op.cit.**

³⁴⁵ Nitekim uluslararası örgütlerin meşruiyetleri devletlerin anlaşmalar vasıtasıyla rızai nitelikli yetki tanımlarından kaynaklanır.

Bu durum kuşkusuz öncelikle hukukun birliğini tehdit eder.³⁴⁶ Peki hukukun birliği hukukilik vasfının olmazsa olmazı mıdır? Kavramın tarihsel seyrine bakıldığında hukukun birliği ile ulus devletin gelişimi arasında paralellik olduğu görülür. Kilise ve imparatora karşı verilen savaşlar neticesinde modern devletin temeli atılmıştır. Bu bağlamda ortaya çıkan egemenlik kavramı Bodin tarafından formüle edilerek nihai anlamını bulur. Ve böylelikle devlet, pozitif hukuk düzeninin münhasır yaratıcısı ve gözeticisi konumunu elde eder. Egemenlik kavramından öncelikle anlaşılması gereken şey mutlakıyettir. Machiavelli'nin prensi, hiçbir etik kısıtla bağlı olmaksızın sınırsız yetkilerle donatılmıştır, yöneldiği tek şey gücünü maksimize etmektir.³⁴⁷ Liberal demokrasinin ve bireycilik kavramının gelişmesiyle mutlakıyetçi anlayış bir ölçüde yumuşatılmış ve sınırlandırılmıştır. Bu anlamda mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyeti bireylere devlet karşısında mevzi kazandıran temel haklar olarak başı çeker. Çünkü bu haklardan yararlanan bireylere otonom bir alan tahsis edilmiştir. Böylelikle devletin statik normatif düzeni, bireylerin özgür tercihlerine dayalı dinamik bir alanla birleşmiştir. Görülüyor ki klasik hukuk kuramında bile dinamik bir yan bulunmaktadır. Gelgelelim bu dinamizm kontrol altındadır, devlet son kertede egemenliğini ve münhasır yetkilerini muhafaza eder.³⁴⁸

Liberal toplumları karakterize eden devlet ile sivil toplum, kamusal alan ile özel alan, güç ile otonomi, statü ve sözleşme ikilileri moderniteye mahsus olan çift kanatlı varoluşun³⁴⁹ tezahürü toplumsal yapıda da kendisini hissettirir. Bu ikililerin sağında yer alan kavramlar birey haklarına ilişkin olanlardır ve egemeni sınırlayıcı niteliktedir. Ulusötesi alanın yaratıcı öznelere olan firmalar teorik temellerini birey haklarıyla ilişkili konseptlerde bulurlar.³⁵⁰ Ancak bu konseptler atomize bireylere özgü iken sadece devleti sınırlayıcı işlev taşımalarına mukabil, firmaların devreye girmesiyle sınırlama, tehdit düzeyine ulaşmıştır. Çünkü firmalar, bireylerin teşebbüs hürriyetlerinin bir yansıması olarak, ekonomik üretimin arttırılması maksadıyla sermayelerini bir araya getirmeleriyle oluşmuştur. Dolayısıyla sermayeyi oluşturan her unsur aynı zamanda ilişkili olduğu bireysel haklardan kaynaklı bir otonominin

³⁴⁶ **Ibid.**, s.54

³⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Niccolo Machiavelli, **Prens**, İstanbul: Can, 2016

³⁴⁸ Egemenliği sınırlayan tek faktör birey hakları değildir. Belli bir coğrafi alanda, devletin yetkileriyle yarış halinde, yerel (*infra*) ve ulus üstü (*supra*) seviyelerdeki otoriteler veya normatif düzenler de mevcuttur. Ancak bunların devletin rızai yetki transferleri sayesinde görece bir hegemonyaya sahip olduklarını belirtmek gerekir. Yani devlet ya yetkilendirmiştir ya da izin vermiştir.

³⁴⁹ David Harvey, **Postmodernliğin Durumu**, İstanbul: Metis, 1997, s.23

³⁵⁰ Robé, "Multinational Enterprises...", **op.cit.**, s.57

firmaya transfer edilmesini sağlamıştır. Nitekim mülkiyet münhasır ve sürekli niteliği ile bir otonomi sahasının anahtarıdır. Mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanımı egemen devletin normatif çitleriyle örülüdür ancak kendi limitleri içinde hak sahibinin tasarrufları tamamen kendi inisiyatifindedir. Denebilir ki, bireyin tasarrufları hayatın sonsuzca çeşitliliği içinden türemesi yönüyle müspet yani pozitif niteliklidir. Kanunlar ise sınırlayıcı ve frenleyici nitelikleriyle menfi yani negatif niteliğe sahiptir. Bu şu anlama gelir ki, egemen devlet hayatı düzenleyen tüm güçleri bizzat elinde tutamaz. Sosyal gerçekliğin unsurlarına müsaade etmek veya onu yetkilendirmek suretiyle hayatın tanzimini başka odaklara havale eder.

Sözleşme hürriyeti de en az mülkiyet hakkı kadar bireylere dolayısıyla da firmalara bir otonomi alanı yaratır.³⁵¹ İşçi işveren arasındaki sözleşmelere bakıldığında, işverenin mülkiyet hakkına işçinin ise sözleşme hürriyetine dayandığı görülür.³⁵² Peki ulusal çerçevenin dışında iş gören çok uluslu şirketlerin, işçileri üzerindeki haklarının ve bunlara dayalı tasarrufların kaynağı mülkiyet hakkına indirgenebilir mi? Burada tasarrufa konu edilen şeyin metalar değil insanlar olduğu gözden kaçırılmamalıdır.³⁵³ O halde cevap olumsuzsa bu meşruiyet krizi nasıl aşılacaktır? Ulusal ölçekte değerlendirildiğinde işçileri koruyan düzenlemelerin ancak kısmi istisnalardan ibaret olduğu, şirketlerin kaçınılmaz olarak birtakım hegemonik yetkiler kullandıkları fark edilir.³⁵⁴ Kimi yazarlara göre, devletin şirketlere ait yapısal ve hegemonik güce dayalı tasarrufları yasaklamamış olması bunlara zımnen rıza gösterdiği anlamı taşır. Devletin suskunluğunun yetkilendirici bir işlevi olduğu öne sürülür. Gelgelelim, ulusal ölçeğin dışına çıkıldığında bu formülün geçerliliğini sürdürdüğünü savunmak epey güçleşecektir. Olaya öncelikle ters tarafından bakıldığında, işçi ile işveren arasındaki ilişkinin temeli taraflar arasında sağlanan *consensus*'tan ibaret olduğu görülecektir. Bunun bir veçhesi de işçinin sözleşme hürriyetinden kaynaklanan rızasıdır. Bu durumun meşruiyet krizini aşmamıza yeterli dayanak sunduğu şüphelidir. Zira taraflar eşit durumda değildir. Daha güçlü olan tarafın manipülatif kabiliyeti bilgi asimetrisi yaratmaya müsaittir.

³⁵¹ *Ibid.*, s.59

³⁵² Bercusson, Brian, "Globalizing Labor Law : Transnational Private Regulation and Countervailing Actors in European Labor Law", **Global Law Without A State**, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, 1997, s.133-139

³⁵³ Lepage, Henri, "L'Analyse Économique et la Theorie du Droit de Propriété", **Droits**, 1, 1985, s.91

³⁵⁴ Özdek, Yasemin, **Şirket Egemenliği Çağı Sosyal Devletten Ceza Devletine**, Nota Bene , 2011, s.79-93

Bu da işçi rızasının belli bir hegemonyanın tesirinde teşekkül etmesi demektir.³⁵⁵ Dolayısıyla kriz hala aşılmamış durumdadır. O zaman soruna başka bir açıdan yaklaşmak gerekmektedir.

Bu noktada klasik hukuk genel teorisinin dışına çıkarak verimli teorik çerçeveler keşfetmek mümkündür. Sözelimi, devletin yasaklamadığı şeye otomatikman rıza gösterdiği faraziyesini parçalayarak işe başlanabilir. Burada öncelikle gerek ulusal gerek ulusötesi ölçekte firmaların iç işleyişlerinin milli hukuk düzenine entegre olmadıklarını yani onun bir parçası olmadıklarını saptamak gerekir. Devletin birtakım tasarrufları yasaklamamış olması, onları tayin etmesi demek değildir. Nitekim otonomi, devletten bağımsız bir varlığı ima eder. Yani devletin açık veya (yasaklamamak suretiyle) zımni onayına başvurmadan önce bir müessesenin evvela “oluşması” gerekir.³⁵⁶ İşte bu oluşum sürecinde devletin bir rolü yoktur. Sosyal gerçeklik kendini dayatır ve devlet bunlar karşısında menfi veya müspet bir tavır alır. Teorik değerlendirmeyi bu perspektiften yapmak daha isabetli olacaktır.

Bu minvalde, devlet ile firmaların hegemonik düzenleri arasındaki ilişki üç örnek açısından değerlendirilecektir.³⁵⁷ Bunlardan ilki Fransız hukukunda yer alan ve şirketlerin iç işleyişlerini düzenleyen *reglement interieur* (iç düzenlemeler) kavramıdır.³⁵⁸ İşçi ile işveren arasında akdedilen sözleşmenin eki olan *reglement interieur*, sözleşmenin imzalanması ile işçi hakkında geçerlilik doğurmaya başlayacaktır. Çünkü sözleşmenin imzalanması onun ekinin de zımnen kabul edildiği anlamına gelir. Ancak bu rızanın nereye kadar teşmil edilebileceği belirsizdir.

Örneğin *reglement interieur*’de daha sonra değişiklik yapılması durumunda, ilk rıza yeni hal için de geçerli olacak mıdır? Bu noktada sözleşmesel rıza formülü açık vermektedir. Kurumsalcı tezin (*institutionalist theory*) getirdiği çözüm ise şirketlerin, tıpkı dernekler gibi özel bir gruplaşma örneği oldukları dolayısıyla kendi kurallarını belirlemesinin gayet doğal olduğu savına dayanır. Fakat bu yaklaşımın benimsediği analogi, işverenin işçi üzerindeki hegemonik gücünü görmezden gelmektedir. Bu yüzden sorunsal hala aşılabilmiş değildir. Bu tartışma bir neticeye

³⁵⁵ **Ibid.**

³⁵⁶ Alain Supiot, “La Réglementation Patronale de l’Entreprise”, **Droit Social**, 1992, s.215

³⁵⁷ Robé, “Multinational Enterprises...”, **op.cit.**, s.62

³⁵⁸ **Ibid.**

bağlanamadığından Fransız yasama organı, *reglement interieur*'ün kapsamını daraltma yoluna gitmiştir. Böylelikle işverenlerin keyfi tasarruflarının önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Buna göre şirketler artık ancak disiplin, hijyen ve güvenlik konularında *reglement interieur*ler hazırlayabileceklerdir. Görülüyor ki devlet burada devreye girerek düzenleyici gücün son kertede kendisine ait olduğunun ve şirketlerin ancak devletçe delege edildikleri ölçüde bu güçten yararlanabileceklerinin altını çizmiştir. Gelgelelim, burada şirketlerin norm üretme anlamındaki otonomisi tam anlamıyla ekarte edilmiş değildir. Nitekim yetkilendirmeye konu bir tasarruf rezervi vardır ve bu rezerv olgusal niteliğine atfen devletten önce mevcudiyet kazanmaktadır. Yani yoktan var edilmesi öncelikle şirkete bağlıdır. Bu yönüyle hala çok uluslu firmaların norm ihdas yetkilerine bir dayanak mevcuttur. Üstelik bu şirketler birden fazla ülkede faaliyet gösterebilecek esnekliğe sahip olduklarından, kendi menfaatlerine uygun mevzuata sahip olan devlet hangisiyse onun toprağında yatırım yapmayı tercih edebileceklerdir. Bir devlete bağlanma zorunluluğunun olmadığı bir düzlemde, şirketlerin nispi otonomisinin sınırları genişlemekte devletlere karşı eli güçlenmektedir. Devletler de ekonomik menfaatlerini hesaba katarak mevzuatlarını çok uluslu şirketlerin talep ettikleri özerkliğe uygun hale getirme eğilimindedirler. Görülüyor ki coğrafi düzlem terk edildikçe hegemonya tersine dönmekte, devlet egemenliği eski belirleyiciliğini yitirmektedir.³⁵⁹

İkinci bir örnek ise şirketlerin hukuki işlemlerinin işlemi yaratan kişiye atfedilebilirliği meselesidir.³⁶⁰ Çünkü her işlem bir yetkilendirmeden kaynaklanır. Yetkilendirme ise şirketin kendine özgü kurallarına bağlıdır. Peki kamusal otoriteler nezdinde, şirket işlemlerini yapmaya yetkili kişiler neye göre belirlenecektir? İşte burada devlet mevzuatını tatbik eder. Gelgelelim şirketin bununla ne kadar bağlı olduğu meçhuldür. Çünkü bir işlemin milli hukuka göre yetkisizlikle malul olması halinde, alınacak tavır iç düzenlemenin ulusal normlara göre kalibre edilmesi değildir. Şirket kendi normlarını uygulamaya devam eder, çatışma durumunda da yetkisiz şahsın devlete karşı olan sorumluluğunu üstlenerek bunu tazmin eder. Yani devletin yasaları şirket açısından olsa olsa ekonomik bir kısıt olarak yorumlanır. Mali veya finansal enstrümanlarla ikame edilmeye elverişli olmayan cezai sorumluluk

³⁵⁹ *Ibid.*, s.63-5

³⁶⁰ *Ibid.*, s.66

durumlarında ise şirketler, ilgili devletle ilişkisini minimize ederek daha elverişli mevzuata sahip devletleri tercih etme eğilimi taşır.³⁶¹

Son bir örnek ise şirketin yönetici pozisyonundaki çalışanlarının statülerinin ve vasıflarının belirlenmesidir. Firmaların elbette bu konuda da kendilerine has düzenlemeleri vardır. Ve bunlar her zaman devlet normlarıyla çatışma potansiyeli taşırlar.³⁶² Ancak çok uluslu şirketler böylesi durumlarda yine yukarıdaki açıklamalara paralel şekilde tavır alacaklardır. Söz konusu normatif örtüşmezlikler şirketin otonomisini azaltmayıp onu kendi özerkliğinden ödün vermeyeceği alternatif formüllere itmektedir. Bu ise konunun yazarlarını egemenlik kavramını bir başka açıdan yeniden düşünmeye sevk etmektedir.

1.2.2. Küresel Ekonomik İşlemlerde Devletsiz Geçerlilik Paradoksunun Aşılması

Ulusötesi alanı ve küresel normları karakterize eden ve hukuk genel teorisinde paradigmatik dönüşümün taşıyıcısı olan *lex mercatoria*'nın bir veçhesi çok uluslu şirketlerin kendi iç düzenlerine ilişkin normlar iken madalyonun öbür yüzünde devlet-dışı aktörler arasındaki ekonomik işlemler bulunmaktadır. Bu işlemler de çoğunlukla taraflar arasında akdedilen sözleşmelere dayanır. Peki bu sözleşmelerin tabi olduğu bir hukuki rejim veya ulus devlet menşeli emredici kurallar bütünü mevcut değilken geçerli olarak hak ve sorumluluk doğurmaları nasıl mümkün olmaktadır? Yani bu bağlamda ulusötesi (*transnasyonal*) geçerlilik nasıl temin edilmektedir? Zaten mevcut olan (*pre-existing*) bir hukuk düzenine gönderme yapmadan³⁶³ sözleşmeler nasıl norm üretirler? İşte, çok uluslu şirketler arasındaki sözleşmelerin geçerliliği sorunsal küresel bir hukuktan bahsedebilmek için öncelikle çözülmeye muhtaçtır. Nitekim bahsedilen düzenin öznelerinde kendi ürettikleri normlara uyma davranışı gözlemlenmekte ama bunun kaynağı sarıh bir şekilde tayin edilememektedir. Çünkü tarafları kurala uyma davranışına zorlayan devlet gibi bir aktör yoktur. Durkheim normların bağlayıcılığının her zaman daha geniş bir sosyal kontekste dayandığını savlar.³⁶⁴ Bu noktadan bakıldığında kaynak devlet olmasa bile

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Ibid., s.67

³⁶³ Teubner, 'Global Bukowina', *op. cit.*, s.14

³⁶⁴ Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, New York: Free Press, 1933, 7.bölüm

onun ikamesi olacak geniş sosyal kontekst yani sözleşmelere geçerlilik kazandıran sözleşmesel olmayan öncüllerin konuşlandığı düzlem nedir?

Bir sözleşme kendisine geçerlilik kazandırabilir mi? Sözleşmeye “Taraflar bu sözleşmenin geçerli olduğunu kabul ederler.” şeklinde bir kloz ekleyerek bunun sağlandığı farz edilsin. Bu durumda klozun geçerli olması için öncelikle sözleşmenin geçerli olması gerekecektir. Sözleşme de geçerliliğini klostaki hükümden alır. Böylelikle ortaya bir totoloji çıkar.³⁶⁵ Sözleşme geçerli olduğu için sözleşme geçerlidir. Tam tersi durum tasavvur edildiğinde de bu kez klostaki hüküm “Taraflar bu sözleşmenin geçerli olmadığını kabul ederler” şeklinde olacaktır. Bu halde kloz geçerli ise sözleşme geçersizdir. Sözleşme geçersiz ise klozun geçerli olması da mümkün değildir. Görüldüğü gibi ilk durumda yoktan bir geçerlilik yaratılmakta, ikinci durumda ise paradoksal bir döngüye girilmektedir. Bu döngü takip edildikçe de bir yerde duvara çarpılmakta, süreç kilitlenmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin kendisine geçerlilik kazandırması mümkün gözükmemektedir. Ya da sözleşmeye geçerlilik kazandırılması “kendini geçerli kılma paradoksu”nun aşılmasına bağlıdır.³⁶⁶ Ulusötesi düzlemde ampirik olarak kurala uyma davranışı gözlemlendiğine göre, bu paradoksun bir şekilde aşılmış olduğu düşünülebilir. İşte Teubner olgusal durumdan yola çıkarak paradoksu dolanmanın ya da en azından onları gizlemenin birtakım yolları olduğunu öne sürerek bunları üç başlıkla teorize eder. Bunlar hiyerarşize etme, zamansallaştırma ve dışsallaştırmadır.³⁶⁷

1.2.2.1. Hiyerarşize Etme

Sözleşmenin, salt kendine gönderme yapmakla geçerlilik kazanamayacağı tespiti bir yana, sözleşmede yer alan hükümlerin maddi nitelik olarak kategorize edilmeleriyle sözü edilen paradoks başka bir düzleme taşınabilir. Burada Hart’ın birincil kurallarla ikincil kuralları ayırmasına benzer bir hamle yapılmaktadır.³⁶⁸ Buna göre sözleşme hükümlerinin bir kısmı temas ettiği maddi olguya ilişkin düzenlemeler içerirken diğer kısmı ikincil nitelikte olup sözleşmenin nasıl yorumlanacağı ve uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğine ilişkin düzenlemeler içerir. Görüldüğü gibi sözleşme hükümleri arasında bir hiyerarşi kurulmuştur. Yani bir

³⁶⁵ Teubner, ‘Global Bukowina’, **op. cit.**, s.15

³⁶⁶ **Ibid.**

³⁶⁷ **Ibid.**, s.16

³⁶⁸ H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, Oxford: Clarendon Law Series, 1961, s.77

kısım kurallar “meta-kural” niteliğindedir.³⁶⁹ Bu ayrımın olgusal bir karşılığı vardır. Daha üstün bir otoriteye veya sosyal kontekste gönderme yapıp yapılmamasından bağımsız olarak bazı normlar sözleşmenin asli konusundan sapmış sözleşme hükümlerinin geçerliliği ve uygulanmasına yönelmiştir. Sözü edilen totolojinin bu yöntemle tam olarak aşılmadığı aşikardır. Ancak normlar arasında böylesi bir hiyerarşi kurulmakla geçerlilik paradoksu kural ile meta-kural ayrımında gizlenmiştir. Böylelikle ilğimiz sözleşmenin normal hükümlerinin geçerliliğinden, meta kural dediğimiz geçerliliği belirleyen hükümlerin geçerlilik analizine kaymıştır. Bu değerlendirmenin kuralların bu şekilde tasnifine elveren olgusal bir boyuta dayandırıldığı söylenebilir. Ancak dayandığımız kriter bu haliyle teorik anlamda cılız kaldığından diğer kriterlerle kümülatif olarak ele almak gerekecektir.

1.2.2.2. Zamansallaştırma

Devlet hukukuna gönderme yapmayan bir sözleşmenin kendini geçerli kılmasının bir diğer yolu da onu zamansal bir kontekst içinde ele almaktır. Şöyle ki bir sözleşme münferit olarak ele alındığında normatif kapsamının kendisinde başlayıp kendisi ile sınırlandığı düşünülebilir. Ancak sözleşmeye bağlayıcılık gücü kazandıran başka bir olgusal gerçeklik daha vardır. O da bir sözleşmenin kendisinden önce benzer konuda akdedilmiş olan diğer sözleşmelerle arasında bulunan ilişkidir. Yani ilgili olduğu sosyal sektöre ilişkin standartlaşmış kalıplar yeni hazırlanan bir sözleşmenin şablonunu etkilemektedir. Nitekim sözleşmenin temas ettiği alanla alakalı profesyonelleşmiş diskurlardan oluşan bir dağarcık mevcuttur ve bu dağarcık sözleşmenin bir konuyu nasıl düzenlemesi gerektiğine dair yol gösterici kurallar içerir. Ve taraflar bir sözleşme hazırlarken zaten var olan standartlaşmış kurallara mümkün olduğunca riayet etmeyi tercih edeceklerdir. Elbette burada bir zorunluluk ilişkisi mevcut değildir. Ancak pragmatik hesaplamalara dayalı tercihlerin belirleyici etkisi kendini yoğun biçimde hissettirir. Dolayısıyla her yeni sözleşme, standartlaşmış kurallar üzerinden geçmiş ile bağ kurarak “zamansallaşır”.³⁷⁰

Sözleşmenin zamansallaşması tek yönlü değildir. Yani, standart normatif kalıplar üzerinden geçmişe uzandığı gibi sonrasına dönük yaptığı göndermelerle

³⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Suber, **The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change**, New York: Peter Lang, 1990

³⁷⁰ Teubner, “Global Bukowina”, **op. cit.**, s.16

gelece doğru da esner. Bu ise sözleşme hükümlerine riayet edilmemesi halinde ileride oluşabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler sayesinde gerçekleşir. İhtilaf çözüm mekanizmalarına dair normların sözleşmeye kattığı derinlik sayesinde devletsiz geçerlilik paradoksu böylelikle bir başka düzleme havale edilmiş olur.

Zamansallaştırma etkisinin anlaşılabilmesi için sözleşmenin oluşma sürecinin farklı bir bakış açısıyla ele alınması gerekir. Buna göre bir sözleşmeyi salt müstakil varlığıyla değerlendirmemek gerekir. Aynı şekilde öz-geçerlilik³⁷¹ de sözleşmenin kendisinde aranmamalıdır. O zaman geçerlilik, kendini tekrarlayan yani özyinelemeli³⁷² (*recursive*) süreçlerin döngüsellğinde temelini bulmaktadır. Böylelikle sözleşme, bir kendini üretim faslının dinamik nitelikli yapıtaşı haline gelir. Tekrarlayan süreçlerde inşa edilen standartlaşmış kurallar ve gelecekteki olası uyuşmazlıkları çözme metodu vazeden normlar, sözleşmeyi dinamik ve evrimsel bir sürecin parçası kılar. Bu sayede geçerliliği değerlendirilmeye muhtaç olan şey, sözleşme değil onun içinde konumlandığı zamansal kontekst olur. Burada yapılan şey, son kertede sosyolojik bir olguya dayanmak olmuştur. Sosyolojik olgular ise hukuk süjelerinin iradesinin limitlerini aştıkları ölçüde geçerlilik sorunsalından muaf olurlar.

1.2.2.3. Dışsallaştırma

Devletsiz geçerlilik paradoksunun aşılmasının belki de en etkili yolu, sözleşme hükümleri ile harici/dışsal dayanaklara yapılan göndermeleri esas almaktır. Daha spesifik konuşulacak olursa, uyuşmazlık çözüm yeri olarak tahkim kurumlarına gönderme yapılması, sözleşmeyi zamansallaştırma yöntemine kıyasla daha somut bir şekilde sistemli bir kontekstin parçası kılmaktadır.³⁷³ Şöyle ki, sözleşmenin tarafları arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda harici bir organ olan tahkim devreye girecektir. Ancak belirtmek gerekir ki tahkim organı harici niteliğine rağmen sözleşmesel bir temele sahiptir. Böylelikle sözleşme hükümleri bu yönüyle iki kategoriye ayrılmaktadır: maddi kurallar ve tahkim şartı. Artık sözleşmenin geçerliliğini değerlendirmek, kuruluşu yine sözleşme ile gerçekleşmiş olan

³⁷¹ Devletsiz geçerlilik kavramını karşılamak için bu tabir tercih edildi.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid.*

uzmanlaşmış bir organa bırakılmıştır. Kurulan tahkim organı, aynı zamanda tahkim şartını da değerlendirecektir.³⁷⁴

Dışsallaştırma yoluyla devletsiz geçerlilik (ya da öz-geçerlilik) paradoksu yine başka bir düzleme havale edilmiştir ancak bu kez yeni düzlemde hukukilik değerlendirmesini yapacak özne de mevcuttur. Devlet temelli yargı teşkilatına dahil olmayan tahkim organının, uyuşmazlıkları çözme yetkisinin kaynağının sözleşmeler olduğu belirtilmiş idi. Bu durumda, tahkim organı ile sözleşmenin çift kutba dönüşerek, birlikte varlıklarıyla “kapalı bir devre”³⁷⁵ oluşturdukları öne sürülebilir. Burada söz konusu olan çevrimsel bir mekanizmadır. Ve bu mekanizmanın işlemesiyle ulusötesi düzlemdeki aktörlerin kurala uyma davranışı garanti edilir. Denebilir ki, öz-geçerlilik paradoksu bu eylemlilik içinde buharlaşmaktadır.

Öte yandan yarı-yargısal nitelikli bir kurum olan tahkim organının da riayet ettiği standartlaşmış kural ve ilkeler bulunmasının yanı sıra her yeni kararda ilgili konuda daha önce verilmiş hakem kararları ile uyumluluk da aranmaktadır. Böylece sözleşme ile kurulan tahkim organı uyuşmazlığı incelerken sözleşme dışı normatif bir dağarcığa da müracaat eder. İşin bir boyutunu teşkil eden önceki hakem kararlarının göz önünde bulundurulmasıyla, geçerlilik ile uzman hukukçu görüşü arasında bir ilişkilendirme yapılmaktadır.

Standartlaşmış kural ve ilkeler ise tamamen başka bir düzlemde üretilmektedir. Bu bahisle, sözleşme ve tahkim organına bir üçüncü kurum daha eklenir: sözde yasama kurumları (*quasi-legislative institutitons*). Bunlar ulusötesi ekonomik işleyişin ve tahkim sisteminin regüle edilmesinde rol oynayan özel (ya da yarı kamusal) nitelikli kuruluşlardır. Bu kurumlara örnek olarak ICC (International Chamber of Commerce) ve ILA (International Law Association) gösterilebilir.³⁷⁶ Tahkim organlarının karar verme sistemi bu kuruluşlarca üretilen kurallarla şekillendirilir. Tahkim hukukuna yön veren bu kurallar sayesinde sözleşmelerin bağlayıcılıkları takviye edilmiş olur.

³⁷⁴ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Vedat, 2016, s.106

³⁷⁵ Teubner, 'Global Bukowina', **op. cit.**, s.17

³⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, **op. cit.**

Son olarak tahkim hukukunda merkezi öneme sahip olan “Büyük Üçleme” (Big Three) sayesinde tahkim organları arasında yargısal örgütlenme açığının görece kapatıldığını belirtmek gerekir. Bunlar; ICSID, İran-ABD İddiaları Tahkim Mahkemesi ve ICC’dir.³⁷⁷ Organize bir hiyerarşiden yoksun olan ve ad-hoc olarak kurulan tahkim organları, bu üçlemenin itibarı (*reputational*) anlamdaki hiyerarşik üstünlüklerine tabi olarak meşruiyetlerini pekiştirmekte ve küresel aktörler nezdinde bağlayıcı kararlar verebilmektedirler. Bu sayede devlet-dışı geçerlilik paradoksu son tahlilde kurumsallaşmış yapılar sayesinde dolanılmakta, teorik sorunların bir meşruiyet krizi yaratmasının önü alınmaktadır.

1.3. Ulusötesi Normların Yaratılma Süreci ve Küresel Sivil Toplum

1.3.1. Teamül Hukuku Bağlamında Ulusötesi Hukuk

Teamül hukuku, yazılı olmayan bir hukuk dalı olarak gerek iç hukuk gerek uluslararası hukuk bakımından hukukun kaynakları arasında yer almasıyla sosyal süreçlerin hukuka nasıl entegre edildiğine dair güzel bir örnek teşkil etmektedir. Kavramın ne olduğuna ve hangi unsurlardan oluştuğuna geçmeden evvel, ne olmadığını tarif etmek doğru bir başlangıç noktası olacaktır. Öncelikle teamül hukukunun adet kurallarıyla aynı olgulara denk düşmediğini tespit etmek gerekir.³⁷⁸ Nitekim adetler genel ve yaygın nitelikte olmalarına rağmen bağlayıcı değildir. Ancak teamüller, bağlayıcı nitelikte kurallardır. Sözgelimi, uluslararası ölçekte düşünüldüğünde devletlerin teamül kurallarını ihlal etmeleri durumunda sorumlulukları doğacaktır. Öte yandan, teamül kurallarının toplumsal ahlak veya nezaket kurallarıyla da ilgisi yoktur. Zira teamül kuralları, aynı şekilde bunlardan da bağlayıcılık yönüyle ayrılmaktadır.

İlkel kabilelerin hukuk normları büyük ölçüde yazılı olmayan hukuk kuralları olup teamül niteliği göstermektedirler. Söz konusu normlar merkezi bir otorite tarafından hazırlanmış olmayıp tamamen sosyal süreçler neticesinde ortaya çıkmışlardır. Yazılı nitelikte olmamalarına rağmen bazen yazılı hukuk normlarından daha karmaşık ve kapsayıcı olabildikleri gibi adalet bakımından da daha tatmin edici olmaları hiç de az rastlanan bir durum değildir. Uluslararası hukuk anlamında

³⁷⁷ Teubner, ‘Global Bukowina’, **op. cit.**, s.21

³⁷⁸ Emre Öktem, **Uluslararası Teamül Hukuku**, İstanbul: Beta, 2013, s.17

teamülden söz edildiğinde de aynı durum söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, uluslararası toplum da merkezi otoriteden yoksun ilkel bir toplumdur. Bu yüzden teamül kurallarının unsurları ve bağlayıcılığı bakımından ölçekleri her ne kadar farklı da olsa ilkel kabilelere benzer dinamiklerin söz konusu olduğunu iddia etmek herhalde abartılı olmayacaktır.

Teamül hukuku iki unsurdan oluşmakta olup bu unsurlar kümülatif olarak mevcut oldukları durumda bir teamül kuralının varlığından söz edilebilecektir.³⁷⁹ Bunlardan ilki maddi unsur olan süregelen ve tekrarlanan uygulamadır (*consuetudo*) Teamül kurallarının diğer adının yapılageliş kuralı olması da bu unsurla ilgilidir. Buna göre öncelikle dağınık, uzun vadeli ve tekrar eden iletişim süreçlerinin bir sonucu olarak yerleşen bir kuralın söz konusu olması gerekir. İstikrarlı ve kesintisiz uygulama teamül kuralının oluşması için elzemdir. Burada adeta sessizce işleyen gayri resmi nitelikli sosyal bir işbirliği söz konusudur. Kural, belli bir evrimsel süreç içinde oluşmakta ve yerleşik hale gelmektedir.³⁸⁰

İkinci unsura gelince bu, teamül kuralının psikolojik boyutunu temsil eder. Manevi unsur (*opinio iuris sive necessitatis*) olarak da adlandırılabilen bu unsura göre, bir kuralın teamül niteliğinde olması için ona tabi olanlar nezdinde bir hukuk kuralı olduğu algısı ve bu kurala uymanın zorunlu olduğu kanaati mevcut olmalıdır. Bir diğer deyişle, bu kuralı ihlal etmenin hukuka aykırı olduğu konusunda yaygın bir kanaat bulunması gerekir.³⁸¹

Bu kısa tanıma göre, ulusötesi hukuk kuralları teamül hukuku bağlamında ele alındığında birtakım ortak yönlerin mevcut olduğu fark edilecektir. İki hukuk düzeni de sosyal bir orijine sahiptir ve toplumun bağrında teşekkül etmektedir. Ayrıca, normların geçerliliği merkezi bir otoritenin onayına tabi değildir. Bu bakımlardan benzerlikler saptansa da iki hukuk düzenini bağdaştırmak o kadar da kolay görünmemektedir. Dolayısıyla bu konseptleri değerlendirirken daha incelikli bir analiz yapmak gerekecektir. Teamül kurallarının oluşum sürecinin spontane niteliği teşhis edilip ulusötesi hukuk normlarının ortaya çıkış biçimlerinin bu vasfa uyarlığı denetlenerek işe başlanabilir.

³⁷⁹ *Ibid.*, s.52

³⁸⁰ *Ibid.*, s.56-57

³⁸¹ *Ibid.*, s.102-104

Ulusötesi hukukun teamülün unsurlarını taşıyıp taşımadığına bakıldığında, iki unsurun da mevcudiyetinden söz etmek olası gözükmemektedir.³⁸² Nitekim öncelikle maddi unsurun (*consuetudo longa*) varlığını gösterecek ampirik bir delil tespit edilmiş değildir. Bunun bir nedeni, norm üretiminin teamül kurallarının oluşumuna göre oldukça hızlı olmasıdır. Psikolojik unsur (*opinio iuris*) bakımından da küresel çapta bir kanaatin varlığından söz edilememektedir.³⁸³ Dolayısıyla sırf bu kaba analiz dahi ulusötesi hukukun teamül hukukunun bir türü olduğu savını çürütmeye yeterlidir.

Bunun yanı sıra, yeni özel otoritelerde³⁸⁴ norm üretimi tamamen kendiliğinden gelişen süreçlere emanet edilmeyip ihtisaslaşmış ve fonksiyonel iş gören alt sistemler tarafından norm üretim süreci üstlenilmiştir. Yani belli kurumsal yapılar aracılığıyla organize karar alma süreçleri işletilerek teamüllerin oluşumundan tamamen farklı bir dinamik boy göstermektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Hayek'in yeni spontane normlar adını verdiği rejim³⁸⁵ ulusötesi hukukun ihtisaslaşmış yanını ıskalayarak eksik bir tarif sunmaktadır. Küresel ekonomik işlemlerdeki standartlaşmış sözleşmeler, çok uluslu şirketlerin kodifiye ettikleri normlar ve ulusötesi düzlemde ihtisaslaşmış kurumlar (örn. FIFA) gibi teknik düzenleme ve normlar Hayek'in konstrüktivist-spontane ayrımının yetersiz olduğunun göstergeleridirler.³⁸⁶ Zira, tanıklık edilen olgu ne yalnızca spontane ne de yalnızca organize süreçlerden müteşekkildir. Bu iki dinamik ancak birlikte düşünülüp melez formüller üzerinde durulduğunda tablo belirginleşmektedir.

1.3.2. Küresel Sivil Toplum Konsepti ve Ulusötesi Hukukun Yaratıcı Öznesi

Bu çalışmada, şimdiye kadar ulusötesi alanın ortaya çıkışı ve devletin bariyerlerini yıkarak klasik hukuki geçerlilik anlayışlarını da buna paralel olarak kadükleştirdiği hususu ele alınarak alternatif teorik çerçeveler üzerinden küresel normların geçerliliği incelendi. Bu yapılırken evvela hukuki çoğulculuk literatürü

³⁸² Gunther Teubner, "Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society", Paper prepared for the Workshop on '**Globalisation and Public Governance**' 17/18 March (2000) European University Institute, Florence, 2000, s.4

³⁸³ **Ibid.**

³⁸⁴ Kavram için bkz. Henry Stuart, **Private Justice**, Boston: Routledge and Kegan Paul, 1983

³⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Friedrich Hayek, **Law, Legislation and Liberty. Volume 1: Rules and Order**, Londra: Routledge & Paul, 1973

³⁸⁶ Teubner, "Global Private Regimes", **op. cit.**

içinden bir konum tayini denenerek ortaya çıkan kaba çerçevenin küresel hukuku karakterize etmekte yetersiz kaldığı teşhis edildi. Hemen akabinde de hukuk düzeninde küresel çapta paradigmatik bir kaymayı temsil eden ve ulusötesi alanın en önemli bileşenlerinden olan küresel pazarların işleyişi ve çok uluslu şirketlerin aktiviteleri üzerinden küresel hukukun geçerliliği değerlendirildi. Daha kısa ifade etmek gerekirse, ulusötesi hukuk normları için yeni bir kuramsal çerçeve gerektiği saptanarak önce kapsayıcı ama ayrıntıları yani özü tarifte yetersiz kalan bir model önerilip daha sonra bu kez bazı ayrıntılara odaklanıp çözüm getirirse de genel manzaraya ilişkin açıklayıcılık gücü yüksek olmayan tezler öne sürüldü. Bu ve izleyen bölümlerde bu eksikliğin hangi yanlış faraziyelerden kaynaklandığı saptanarak hem kapsayıcı nitelikte hem de küresel sektörlerin ayrıntılarında temayüz eden *sui generis* yanı yansıtmaya elverişli kuramsal modeller önerilecektir. Bu itibarla öncelikle devlet-dışı hukuk konseptinin küresel ekonomik pazarların işleyiş dinamikleri tarafından domine edilmesi olgusu sorgulanarak işe başlanacaktır.

Wallerstein küresel toplumu, dünya sathında işleyen ekonomik sistemlerin bileşkesi olarak tasavvur eder. Küresel toplumun hukuki çoğulcu yapısı ekonomik parametrelere indirgenir.³⁸⁷ Oysa işin aslı bundan daha karmaşıktır. Nitekim mevzubahis olan çok merkezli bir küreselleşme sürecidir ve ekonomik parametreler bu sürecin yalnızca bir parçasıdır. Küreselleşme sürecine ilişkin yanlışlar kuşkusuz bundan ibaret değildir. Örneğin kimileri küreselleşme olgusunu, küresel pazarların norm üretiminde devletin etkisini zayıflatmasına indirgerler. Kısmen doğru olan bu önermede gözden kaçırılan husus, küreselleşme olgusunun devlet kontrolünü azaltmaktan öte hukuk yaratımında gitgide onun ikamesi haline gelen yani pozitif anlamda bir özne olduğudur. Bir diğer yanlış da yine küresel ekonominin rolünün yanlış yorumlanmasıyla ilgilidir. Buna göre bazı yazarlar, küreselleşmenin gücün politik öznelerden küresel ekonomik öznelere kaymasına denk düşen bir süreç olduğunu savlarlar. Aslında küreselleşme bu durumdan ibaret olmayan hatta onu kapsayan tüm ulusötesi otonom sektörlerin hukuk üretim süreçlerini ifade çok boyutlu bir olgudur.³⁸⁸

³⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Immanuel Wallerstein, **The Capitalist World Economy**, Cambridge: Cambridge University Press, 1979

³⁸⁸ Teubner, "Global Private Regimes", **op. cit.**, s.2

Ulusötesi hukukun devlet-dışı yanını vurgularken tüm otoriteyi ekonomik işleyişe teslim etme tuzağına düşmemek kavramın anlaşılması açısından hayli önemlidir. Nitekim, hukukun yaşadığı çözülme politikanın mevzi kaybından ibaret değildir. Bu çalışmanın ilk bölümünde de izah edildiği gibi temel geçerlilik tezleri ciddi anlamda erozyona uğratılmıştır. Yine de devletin mevzi kaybına dönülecek olursa, söylenebilir ki politika, küreselleşmeden payını alsa dahi, yerel düzlemde kendisine bağlı olan hukukun küreselleşme sürecine yön verememektedir. Ulusal düzeyi aşan politik kurumlar esasen küresel olmaktan çok uluslararası niteliktedir. Dolayısıyla ekonomi, bilim, medya, tıp, sanat, eğitim, ulaşım ve spor gibi sosyal sektörler hükümetlerin ajandasını aşarak kendi seyirlerini izlediğinden politik kurumlar dönüşüme tam anlamıyla ayak uyduramamaktadırlar. Sayılan bu küresel nitelikli özel rejimler, kendilerine özgü regülasyonlarıyla hukuk yarattıkları gibi daha önce de ifade edildiği üzere alternatif uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına dahi sahiptirler. Bu sosyal gerçekliğin bariyerleri aşması hukukun işlevine dair açıklamaları da güncellemeyi gerektirmektedir. Zira söz konusu işlev sosyal süreçlerin yasama yoluyla politikanın denetimine sokulmasına indirgenemeyecektir. Buna göre hukukun işlevi kabaca, beklentilerin güvence altına alınması ve uyumsuzlukların çözümü olarak tanımlanabilir. Ancak bu sosyolojik temelli tanımın dahi yeterli olduğunu söylemek güçtür.³⁸⁹

Ulusötesi düzende norm üretim süreçleriyle ilgili en önemli gözlemlerden biri de bu süreçlerin merkezde değil periferide gerçekleştikleridir saptaması yapılmış idi. Belirtmek gerekir ki, bu dönüşüm yaşanırken merkezdeki kurumlar tamamen yok olmamakta periferideki dinamiklerle yarışan ancak onlara hiyerarşik olarak denk sayılan bir çizgiye gerilemektedirler.³⁹⁰ Buna paralel olarak, hukuk düzeni olma vasfını en çok yansıtan simgelerden adalet dağıtım mekanizmaları da tahkim, uzlaştırma organları ve etik komiteleri gibi küresel hukukun organize (kurumsal) alt sistemleriyle temsil edilmektedir. Böylelikle küresel hukukun özerkliği gittikçe artmaktadır. Küresel hukuk bürolarının, küresel fonların ve küresel tahkim organlarının sayıca artması da bu tespiti doğrular niteliktedir. Hukukun kaynaklarının hiyerarşik biçimde kademelendiği milli hukuk düzenine mukabil, küresel düzlemde bu yapı çözülmekte özerk kurumlar, prosedürler ve genel ilkeler yeni düzenin öne çıkan unsurları olmaktadır.

³⁸⁹ Bu tanımın neden yetersiz olduğu bir sonraki bölümde ele alınacaktır.

³⁹⁰ **Ibid.**

Politika bu şekilde mevzi kaybederken yerini ekonominin aldığı savına dönülecek olursa evvela küresel pazarların, yeni dünya sistemi üzerindeki regülatif etkisinin yüksek olduğunu inkar etmemek gerekir. Ancak sisteme ait bütün konseptlerin, norm ve ilkelerin salt ekonomi ekseninde üretildiğini öne sürmek makul görünmemektedir. İşte tam da bu noktada Teubner “küresel sivil toplum” kavramını ortaya atar.³⁹¹ Nitekim incelenen olgunun dinamizmini kavramak için öncelikle değişimin motorlarını doğru konseptlerle tayin etmek gerekir.

Bir önceki bölümde teamüllerin oluşumunun spontane süreçlere endeksli olduğu ifade edilmiş, bu spontaneliğin (rastlantısallığın) ulusötesi hukuk normlarının ortaya çıkışının da bir boyutunu teşkil ettiği ifade edilmişti. Belirtmek gerekir ki, küresel düzlemde hukuk normları çift yüzü olan bir teşekkül (ortaya çıkış) sürecine tabidirler.³⁹² Bunlardan biri spontane nitelikli iken diğer yüz organize ve kurumsal niteliği temsil eder. Bu minvalde, küresel sivil toplumun dinamik seyri analiz edilirken iki kutup arasında salınım yapıldığı tespit edilmelidir. Bunun anlamı şudur, norm yaratma sürecinin öznelere tayin edilirken ya uçucu sosyal hareketler idealize edilmektedir ya da tüm eylem kabiliyeti formel bürokratik yapılara yüklenmektedir. Ancak bu iki tavır da gerçeğin yalnızca bir kısmını yansıtmaktadır. O halde küresel sivil toplumun yapıtaşları olan özne nerede aranacaktır?

Küresel sivil toplumu karakterize eden özneyi bulmak için küresel ekonomiye ve ulus devletlere alternatif olabilecek kabiliyetteki adayları gözden geçirmek faydalı olacaktır. İlk olarak protesto hareketleri ele alınabilir.³⁹³ Bu eylemler sosyal veya politik kurumlarla yönlendirilmezler. Kendileri başlı başına bir entite oluştururlar. Kurumsal bir yapı olmamalarına rağmen benzer nitelikli sosyal problemleri konsolide ederek problemin çözümüne provokatif bir şekilde odaklanırlar.³⁹⁴ Gelgelelim, dikkat çekilen problemleri çözmeye yetenekleri zayıftır. Söz konusu eylemler proaktif olmaktan ziyade yıkıcı ve iritasyon yaratıcı niteliktedir. Oluşturdukları bu zeminden müesses nizamın kurumları etkilenerken yenilenme ve reform yollarına gidebilmektedirler. Dolayısıyla protesto hareketlerinin tetiklediği

³⁹¹ **Ibid.**, s.9

³⁹² **Ibid**

³⁹³ Markus S. Schultz, “Collective Action Across Borders: Opportunity Structure, Network Capacities, and Communicative Practice in the Age of Advanced Globalization”, **Sociological Perspectives** 41, 1998, s.592

³⁹⁴ **Ibid.**

süreç başka özneleri harekete geçirmektedir. Bu durumda küresel toplumu karakterize eden özneyi başka bir yerde aramak gerekecektir.

İkinci bir öneri, küresel menfaat grupları olabilir. Nitekim bu oluşumlar, politik baskı, lobicilik vs. gibi yöntemlerle devletin politik ajandasını etkileme kudretine sahiptirler. Ancak bu grupları küresel sivil toplumun merkezine yerleştirmek sivil toplumu politikaya endeksli tali bir unsura indirgemek anlamına gelecektir.³⁹⁵

Bir başka aday olarak sivil toplum örgütleri önerilebilir. Nitekim sivil toplum örgütleri, hem içte hem dışta faaliyet gösteren, politikaya ve ekonomiye alternatif olabilecek ve kendine özgü bir düzlemi olan oluşumlardır demek mümkündür. Gerçekten de, Greenpeace, Uluslararası Af Örgütü, çeşitli insan hakları örgütleri ve çevre grupları gibi sivil toplum örgütleri küresel satıhta faaliyetler yürüten ve ulusötesi alan denilen konseptin inşasına katkıda bulunan yapılar olarak dikkati çekerler.³⁹⁶ Sivil toplum örgütleri, protesto hareketleri gibi uçucu nitelikte olmayıp eleştirel sloganları rasyonalize ederek bürokratik formatlar içinde ele alırlar. Ayrıca kurumsal yapı olarak gelişmiş vaziyettedirler. Bu yönüyle güçlü birer özne olarak boy göstermektedirler. Fakat bu kurumsal güçleri sivil toplum örgütlerinin aynı zamanda zayıf yanını teşkil ederler. Çünkü bu durum hantallaştırıcı etki yapar ve çok uluslu şirketler ile devletlerin ikamesi olmaya aday sosyal dinamikleri, bu organizasyonel yapı ile zapt etmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla sivil toplum örgütleri küresel sivil toplum içindeki önemli konumlarına rağmen, onun yapıtaşısı olarak nitelenecek vasıflardan yoksundur. O halde temeldeki özneyi yine başka noktada aramak gerekecektir.³⁹⁷

Hatırlamakta fayda var ki, küresel sivil toplum oldukça dinamik nitelikte bir yapıdır. Aynı zamanda heterojen ve çok merkezli bir harita olarak tasavvur edilebilir. Bu nedenle, küresel sivil toplumun yapıtaşındaki özneyi teşhis ederken heterojen yapının gerektirdiği bu çeşitliliği de göz önünde bulundurmak gerekir. Bu noktada

³⁹⁵ *Ibid.*, s.605

³⁹⁶ Teubner, "Global Private Regimes", *op. cit.*, s.10

³⁹⁷ Bu özne, kapsayıcı ve somut bir şekilde tayin edilebildiği ölçüde hukuki geçerlilik sorunu iradeci bir çözüm ile aşılmış olacaktır. Ancak hukuk felsefesi literatüründe önemli bir yer işgal eden bir konu olarak iradecilik-normativizm tartışması yürütmek bu çalışmanın maksadıyla örtüşmeyeceğinden konuya derinlemesine girilmeyecektir.

yine Teubner'in önerisine başvurmak yerinde olacaktır. Yazara göre küresel sivil toplum, küresel ve otonom sosyal altsistemler³⁹⁸ ile karakterize edilir.³⁹⁹ Bu sosyal altsistemler kendi otonom rasyonallikleri içinde kendilerine özgü bir evrimleşme çizgisi izlerler. Ve bu süreç politikadan ve ekonomiden tamamen bağımsız cereyan eder.

Son tahlilde, küresel sivil toplum sosyal otonomi baloncukları ile birtakım bürokratik/formel yapıların bileşkesi olarak tasarlanabilir. Bir başka ifadeyle, spontane (rastlantısal) ve organize yapılar heterarşik olarak dağılmakta, belli sosyal altsistemlerin⁴⁰⁰ bünyesinde birtakım etkileşimlere girmektedirler. Bu alt sistemler, bağımsızlaşmış aktivitelerin alelade yığılmasından ibaret değildir. Bilakis her biri kendi otonom rejimini tesis etmiştir.⁴⁰¹ Bu yeni düzen üzerindeki gözlemlere istinaden çizilen teorik çerçeve, klasik kurumların yapılarının da yeniden tanımlanmasına neden olmuştur. Dikkatlice incelendiğinde aslında politikanın ve ekonominin de yukarıda zikredilen çift yüzlü teşekkül formülüne uygun olarak bir gelişim sürecine tabi oldukları fark edilecektir. Nitekim ekonomik işleyişin bir yüzünü organizasyonel yapıları dikkat çeken formel kurumlar olarak çok uluslu şirketler temsil ederken diğer yüzünü spontane arz ve talep dengelerine dayanan küresel pazarlar temsil etmektedir. Aynı şekilde daha klasik bir örnek olarak politika sistemi de, salt yerleşik politik kurumlarla yürütülen bir rejim değildir. Sistemin stabil yüzünü hükümet ve yerleşik kurumlar temsil ederken diğer yüzünü oluşturan kamuoyu, seçimler, lobi faaliyetleri gibi unsurlar, neticesi kestirilemeyen spontane faktörler olarak öne çıkmaktadır. Özetle denebilir ki, küresel normların geçerliliği sorunsalı, bütün sistemi yeniden yapılandırmaya kadar varacak kuramsal bir izleğin tahrik edici gücü olmuştur.

³⁹⁸Burada kavramın teknik detayına girilmemesi kasıtlıdır. Nitekim bir sonraki bölümde bu konu etraflıca ele alınacaktır.

³⁹⁹ **Ibid.**, s.11

⁴⁰⁰Daha önce de belirtildiği gibi bilim, sağlık, eğitim, medya ve sanat gibi alanlar bu alt sistemlere örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁰¹Her ne kadar ulusal ölçekte bu sosyal sektörler, politikanın ve sermayenin etkisi altında olsa da küreselleşme etkisiyle özerk bir hüviyet kazanmışlardır.

2.LUHMANN'IN GENEL SOSYAL SİSTEMLER TEORİSİ BAĞLAMINDA KÜRESEL HUKUK NORMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Ulusötesi düzlemde devlet-dışı aktörlerce üretilen normların geçerli olarak kabul edilmelerine elverişli bir teorik çerçeve arayışımıza belki de en sistemli cevabı veren ve telifçi (bağdaştırmacı) bir yaklaşım görüntüsünden uzak olması yönüyle doyurucu bir kavramsallaştırma öneren modellerden biri, Niklas Luhmann'ın “Genel Sistem Kuramı”dır denebilir.⁴⁰² Özellikle Alman hukuki çoğulculuk literatüründe kurama azımsanmayacak ölçüde gönderme yapılmış olması⁴⁰³ bu tespitin altını dolduran bir veridir. O halde öncelikle yazarın formüle ettiği kuramın bir incelemesi yapılarak bunun hukuk sistemine olan yansımalarını ele alınacak oradan küresel hukuk normlarının, oluşturulan bağlamdaki analizine uzanılacaktır.

2.1. Sosyal Bilimlerde Sistem Kavramı ve *Autopoiesis*

Sistem kuramının ele aldığı anlamıyla sistem kavramının ne olduğuna cevap vermek için öncelikle onun ne olmadığına ve nasıl bir bağlam taşıdığına bakmak yerinde olacaktır. Sistem adı verilen entite, çevresiyle bir ikili oluşturarak, parça-bütün ikilisinin bir ikamesi olmakta ve “şey”lerin oluşturduğu yapıların dinamik ve karmaşık niteliklerinin açıklanması ihtiyacına cevap vermektedir.⁴⁰⁴ Luhmann burada kesinlikle idealist bir çözüm önermemektedir. Yazarın tüm çabası, toplumun devingen ve değişme hızı ile yönü hakkında *a priori* ve aşkın yargılarda bulunulamayacağını, hayatın ve gerçekliğin tesadüfi akışına tabi bir nitelikte olduğunu kabul ederek onu kolaycı bir tavırla indirgemeksizin “olduğu gibi” açıklamaya yönelmiştir. Bu yüzden incelenen gerçekliğin unsurları, barındırdıkları karmaşıklıktan mümkün olduğunca soyutlanmaksızın ele alınmaya çalışılmıştır.

Yapılar parça bütün ilişkisiyle incelendiğinde karşımıza çıkan ilk sorun, gerçekliğin (sözelimi toplumsal gerçekliğin) bütün unsurlarıyla izahının mümkün olup olmadığıdır. Zira tanımlanan belirli bir kümede mevcut olan bütünler başka bir yapının parçası niteliğinde olabilir. Ya da hiçbir bütüne ait olmayan serbest gezen parçalar da söz konusu olabilir. Tüm bunlar kümenin kapsamında yer alır ancak bu

⁴⁰²Teubner, “The Two Faces of Janus..” *op.cit.*, 1443-1448

⁴⁰³ Özellikle Gunther Teubner'in bu konuya temas ettiği birçok çalışması mevcuttur.

⁴⁰⁴Gökçe Çataloluk, **Hukuk Sistemi ve Autopoiesis**, İstanbul: On İki Levha, 2012, s.13

şekilde kümenin tamamını tarif etmek mümkün olacak mıdır? Bu soruya olumsuz bir cevap vermek gerekmektedir çünkü her zaman içeriği meçhul ve sonsuzca çeşitlilik içeren bir boşluk mevcuttur: hiçbir bütüne ait olmayan parçalar ya da yapıtaşlarına indirgenemeyen bütünsel yapılar barındıran bir boşluk.⁴⁰⁵ Kant'ın fenomen ve kavramların mümkün deneyimlerin tamamına yaygın olamayacağını teşhis etmesi gibi⁴⁰⁶ parça bütün ilişkisi de gerçekliğin tamamını açıklamakta aciz kalır. Nitekim, tanımladığımız uzaydaki kaotik yan ıskalanmaktadır. İşte sistem çevre ikilisi bize bu problemi aşan bir formül sunar. Buna göre sistem, uzamı ikiye böler: kendisi ve kendisi dışındaki şey, yani çevre.⁴⁰⁷ Bu açıdan bakınca gerçekliğin bütünüünün tek bir tanımda kapsandığı görülüyor. Sistem kuramının getirdiği radikal yenilik öncelikle bu yaklaşımdadır. Fakat şu haliyle yapılan tanım kaosu bir veri olarak almakla yetinmiş görünüyor. Bu yüzden kuramın sistem ile çevre arasındaki ilişkiyi ele alış biçimi, taşıdığı açıklama gücü bakımından hayati önem arz ediyor.

Çevre, sisteme bağlıdır ve “sistemin olmadığı şey”dir.⁴⁰⁸ Gerçekten de, sisteme göre tanımlanan çevre, sistemin içinde bulunduğu evren için dolayısıyla da onun varlığının zeminini teşkil etmesi yönüyle sistemin kendisi için kurucu bir öneme sahiptir. Bahsedilen evrende tek bir sistem yoktur ve sistemin çevresi elbette başka sistemler de ihtiva eder. Ancak bu diğer sistemler, seçili sistem nezdinde çevre niteliğindedir, çünkü çevreye aittir.⁴⁰⁹ Böylelikle ele alınan sistem, epistemolojik anlamda merkezi bir pozisyona terfi ettirilmektedir. Ve gözlemimiz bu sistemin iç işleyişinin yanı sıra onun çevre ile olan ilişkisinde yoğunlaşmaktadır. İleride izah edilecek olan *autopoietik* paradigma kırılmasına kadar, sistemler çevreden enerji girdisine tabi olup olmamalarına göre açık ve kapalı sistemler olarak ayrılmaktaydı.⁴¹⁰ Ancak yeni sistem kuramsal yaklaşım çevrenin etkilerine tamamen kapalı sistemleri reddeder ve ayrımın temeline sistemin çevre ile ilişki düzeyini oturtur.⁴¹¹ Buna göre sistemler *allopoietik*, yani kendini devam ettirebilmek ve

⁴⁰⁵V. Robert Mayhew, “Part and Whole in Aristotle’s Political Philosophy”, **The Journal of Ethics**, I, 1997, p. 327

⁴⁰⁶Gilles Deleuze, **Kant Üzerine Dört Ders**, İstanbul: Kabalcı, 2007, s.32-33

⁴⁰⁷Çataloluk, **op.cit.**, s.19

⁴⁰⁸Yunus Yoldaş, **Sistem Kuramı**, İstanbul: Alfa-Aktüel, 2007, s.54

⁴⁰⁹Yapılacak önemli tespitlerden biri de çevrenin sırf bu yüzden her zaman için sistemden daha karmaşık yapıda olduğudur. Nitekim seçili evrenin ihtiva ettiği bütün ihtimaller yelpazesi çevreye dahildir.

⁴¹⁰Ludwig von Bertalanffy, **General System Theory. Foundations, Development, Application**, New York, George Braziller, 1988, s. 39-40

⁴¹¹Niklas Luhmann, *Insistence on Systems Theory: Perspectives from Germany-An Essay*, **Social Forces**, vol. 61, 1983, s.992

değiştirebilmek için tamamen çevreye bağımlı olan sistemler ile *autopoietik*, yani kendini dahili dinamikleriyle yeniden üretme kabiliyeti olan sistemler olarak ikiye ayrılır.⁴¹²

Sistemin dahili dinamiklerinden ne anlamak gerekiyor? Parça bütün ilişkisine dönelim. Bu ayrımında bütün, parçaların alelade bir yığılması değildir, onların örgütlenmesini de içerir ve bu örgütlenme, bütünün kendine mahsus formudur. Ancak bütünün parçalara indirgenemezliği bir yere kadardır çünkü bütün, parçaların her birinin varlığına muhtaç haldedir. Yani bir parçayı eksiltmek bütünde farklılık yaratacaktır. Peki sistemin kendi unsurlarıyla yani öğeleriyle ilişkisi böyle midir? Bu soruya olumlu cevap verebilmek için sistemi statik bir forma indirgememiz gerekirdi. Ancak sistem “eyleyen” bir yapıdır. Ve sistemi karakterize eden şey öğeleri kadar -belki de onlardan daha ileri biçimde- öğeleriyle ilişki kurma biçimidir.

Sözgelimi, sistemler kendi alt sistemlerini üretebilmektedirler. “Farklılaşma”⁴¹³ (*differentiation*) adı verilen bu dinamik, sistemin alt sistem yaratırken kendini –sonsuzca gönderip alt sistemine zemin yaratmak adına- çevre olarak kullanması ve böylelikle karmaşıklık düzeyini yükseltmesidir. Burada dikkat çekilmek istenen nokta, sistemin öğeleriyle parça bütün ilişkisinde olduğu gibi “tekdüze” bir ilişki kurmadığıdır. Bu şekilde sistem kuramı karmaşık yapılar için daha kullanışlı bir model olarak karşımıza çıkar. Hayatın ve gerçekliğin sonsuzca çeşitliliği de kuramcıları, bu modeli klasik yaklaşımlara tercih etmeye motive eder.

Sistemin olanca dinamizmine rağmen kendisini çevrenin mutlak tesirine kapatmayı bildiğini not etmekte yarar var. Çevrenin barındırdığı kaos, sistemin kendine özgü intizamıyla tam olarak bağdaşmaz. Bu yüzden sistem, karakteristiğini korumak için kendisini çevreye kapatmak zorundadır. Ancak öte yandan yeni modelde mutlak anlamda kapalı sistemler olmadığı da belirtilmiş idi. Zira, sistem hayatiyetini sürdürmek için çevre ile öge ve enerji alışverişi yapmak zorundadır⁴¹⁴. Kendini farklılaştırabilen yani alt sistemler üreterek niteliğine derinlik ve kalite katan bir sistemin bunu çevrenin tesirine kendisini tam kapatarak yapabileceğini düşünmek

⁴¹² Çataloluk, **op. cit.**, s.20

⁴¹³ **Ibid.**, s.16

⁴¹⁴ **Ibid.**, s.23

onu sonsuz enerji üretebilen bir erke dönergeci⁴¹⁵ gibi tasavvur etmek anlamına geleceğinden bu varsayımın kabulü mümkün değildir.

Son tahlilde, sistemlerin öz üretim kabiliyetlerinin belli düzeyde karmaşıklık gerektirdiğini belirtmek gerekir.⁴¹⁶ Karmaşıklığın bir sistemin bünyesinde imkan dahilindeki olay ve şartların toplamı ile doğru orantılı olduğu söylenebilir. Bir başka deyişle, ögeler arasındaki ilişkiler ağı ve ilişki kurma çeşitliliği karmaşıklığın temel ölçütüdür. Bunlardan yola çıkarak karmaşıklık, bir sistemin birim uzayındaki⁴¹⁷ etkileşim ya da işlem hacmi olarak tanımlanabilir. Luhmann ise karmaşıklığı “bir sistemin, ister sistemin içinde olsun, isterse çevresinde her bir ögesini bir başka ögeyle ilişkilendirmek yolundaki yetersizliği”⁴¹⁸ olarak tanımlamaktadır. Burada önemli olan nokta, sistemsel üretim faaliyetinin, karmaşıklığın sistem tarafından indirgenerek yararlanılabilir hale getirilmesine bağlı oluşudur. Tıpkı kuramcının sınırsız rastlantısallık içeren toplumun gerçekliğini izah edebilmek uğruna onu indirgeyerek modellemesi gibi.

2.1.1. Autopoiesis ve İletişim

Şu aşamaya kadar sistem konusunda ele alınan noktaların, klasik yaklaşımların vaat ettiklerinden esaslı bir fark sunduğunu söylemek herhalde iddialı olacaktır. Modelin çıkış noktası her ne kadar bambaşka da olsa pratik anlamdaki başarısının klasik yaklaşımların yetersiz kaldığı uç noktaları izah edebilmesine bağlı olduğunu teslim etmek gerekir. İşte bu bölümde ele alınacak hususlara bakılarak Genel Sistem Kuramı’nın, ulusötesi sahada üretilen normların geçerlilik temeli bakımından bize yeni bir şeyler söylemeye başladığı öne sürülebilecektir. En azından kimi yazarların görüşü bu doğrultudadır.⁴¹⁹

Kimi sistemlerin öz üretim yani kendini inşa, kendini yenileme ve kendini değiştirme kabiliyetleri olduğuna değinildi. Sistemleri cansız sistemler ve canlı sistemler olarak ayırdığımızda, bu kabiliyeti taşıyanın ikincisi olduğu muhakkaktır.

⁴¹⁵Enerji tüketmeden bedava elektrik ürettiği öne sürülen farazi makine. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Erke_Dönergeci (Ağustos-2018)

⁴¹⁶**Ibid.**

⁴¹⁷Bu tabir ile sistemin hacimsel anlamdaki yapıtaşısı kast edilmektedir. Bir diğer deyişle birim uzay, sistem içinde hareketin ve etkileşimin gözlemlendiği en küçük uzaysal ölçektir.

⁴¹⁸Luhmann, **op. cit.**, s.993

⁴¹⁹Teubner, “The Two Faces of Janus..” **op.cit.**, 1443-1448

Hayatietini, kendini dışarıdan gelen etkenlere kapatarak idame ettirme anlamına gelen *autopoiesis*⁴²⁰ işte tam da bu türden sistemleri açıklayan bir kavramdır: *Autopoiesisi* ya da canlı sistemlerin çalışma biçimini canlılığın yapıtaşı olan hücrenin işleyişini inceleyerek tarif etmek makul bir analogi olacaktır.⁴²¹ O halde bir hücreyi ele alalım. Hücrenin canlılığını sürdürmesi için asgari çevresel koşullara ihtiyacı olduğu bilinir, bunların eksik olması halinde yaşamı son bulacaktır. O halde kendisini çevrenin etkisine tamamen kapatabilmiş değildir. Ancak şekli incelendiğinde tüm organellerini⁴²² (öğelerini) zarıyla çevreleyerek kapalı bir uzam oluşturduğu görülmektedir. Sistem içi ilişki ve etkileşimler bu zar ile kayıtlanmıştır, öğelerin zarın dışı ile bizzat kurdukları bir ilişki yoktur. Ayrıca bu öğeler hücre dışında bir anlam ifade etmemekte hayatietlerini bu kapalı sisteme borçlu durumda bulunmaktadırlar. Hücrenin organel⁴²³ çeşitliliği arttıkça hücre daha karmaşık hale gelmekte, öğeler arasında ilişki kurma biçimleri artmaktadır. Sistem kuramı anlamında bu çeşitlilik tam da karmaşıklık adı verilen şeydir. Hücrenin öz üretimi bu karmaşıklığa bağlıdır. Ve yeri geldiğinde hücre bu karmaşıklığı arttırmak için dışsal faktörlere müracaat eder. Sosyal sistemlerin paradoksal biçimde çevreye açıklığı ve kapalılığı aynı anda barındırmaları, hücre analogisiyle gayet başarılı bir şekilde somutlaşmaktadır. Gerçekten de, hücre zarı adı verilen ve sistemsel uzamı çevreden ayıran sınır, seçici geçirgen⁴²⁴ niteliğiyle, karmaşık haldeki çevreden hücrenin sistemsel yapısı içinde cereyan eden işlemlerde kullanışlı olabilecek malzemeleri transfer edebilmektedir. İşe yarar olmayanlar ise ayıklanmaktadır. Böylelikle hücre hem ihtiyacını çevreden kendi tercihlerine göre temin edebilmekte, hem de ayıklama faaliyetiyle kendisini içinde bulunduğu ortamın mutlak belirlenimine (*heteronomi*) bağışık kılmaktadır. Bu sayede öz üretim mümkün olabilmektedir. İşte *autopoietik* sistemlerin işleyişi tam olarak bu şekildedir. Yaşam kendi kendini üretir.⁴²⁵ Bu işleyiş şeması, sistemi yapıtaşı olan öğelere indirgeyerek açıklanamaz. Odak

⁴²⁰Humberto R. Maturana – Francisco J. Varela, “Autopoiesis-The Organization of Living”, **Autopoiesis and Cognition- The Realization of Living**, Boston Studies in the Philosophy of Science, D. Reidel Publishing Company Holland, 1980, s.69

⁴²¹Bu noktada belirtmek gerekir ki, kuramsal model olarak statik yapılardansa *autopoietik* sistemlerin tercih edilmesi, tam da açıklamaya çabaladığımız sosyal/hukuki gerçekliğin anlaşılmasının nihai yolunun o gerçekliği dondurup üzerinde otopsi yapmaktansa, onu, tabiri caizse nabız atışları durdurulmaksızın ameliyat eden cerrah titizliği ile ele almaktan geçtiği saptamasına dayanmaktadır. Nitekim gerçekliği dondurmak, ona niteliğinden çok şey kaybettirecektir.

⁴²²Biyolojide hücrenin öğelerine organel adı verildiğinden burada da aynı tabir kullanılmıştır.

⁴²³Bkz. supra

⁴²⁴Hücre zarının “seçici geçirgen” vasıfta oluşu, *autopoietik* bir sistemin çalışma şekli açısından çok şey anlatmaktadır.

⁴²⁵Tüm bu açıklamalar için bkz. Maturana, Humberto R. – Varela Francisco J., **Bilgi Ağacı. İnsan Anlayışının Biyolojik Temelleri**, İstanbul, Metis, 2010

noktamızın statik yapılardan dinamik süreçlere kaydığı⁴²⁶ ve sistemin hem mekansal hem zamansal bağlamlarıyla birlikte ele alındığı, bu modellemede özellikle dikkati çekmektedir.

Bir diğer husus, hücrenin çevresiyle ve diğer hücrelerle ilişkisi ne kadar yoğun olursa olsun, kendi sınırlarını çekip diğer hücrelerden keskin bir şekilde ayrılabilirdiği ve kendi özerkliğini muhafaza ettiğidir. Buradan çıkarılacak sonuç, sistemlerin birbirleriyle yoğun etkileşimlerine hatta yer yer iç içe geçmelerine rağmen ayrı olarak değerlendirilmeleri gerektiğidir. Her biri ayrı ve tekildir. Dolayısıyla birbirinden farklı sistem türleri birbirlerinin bir parçası olamaz.⁴²⁷

Genel Sistem Kuramı'ndan yola çıkıp sosyal sistemler değerlendirildiğinde, statik formlar ve yapılar yerine dinamik süreçlerle ilgilenmek ne anlama gelecektir? Toplumu yapı değil sistem olarak ele almanın bir neticesi, toplumu oluşturan temel birimin bireyler değil iletişimler olduğunu kabul etmektir.⁴²⁸ Toplumsal bir havzada meydana gelmiş ya da gelebilecek olayların bütünü iletişimsel faaliyetlerin sonucudur. Burada iletişimden kasıt salt dilsel ifade değildir, para ödeme, oy verme gibi eylemler de iletişim tanımına dahildir ve toplum bunların toplamından oluşur. Sistem kuramında zihinsel ve sosyal sistemlerin ayrılmış olması toplumsal sistem içinde bunları bütünlüklü olarak değerlendirmenin nihai yolunun, temele iletişimlerini oturtmaktan geçmesi sonucunu doğurmuştur. Moeller “İletişim halinde, sadece diğerlerinin iletişimleriyle iletişim kurarız, asla zihin ya da beyinleriyle değil hele hele herhangi bir olayın parçası olan insanlarla hiç değil.”⁴²⁹ diyerek bu zihinsel ve sosyal sistemler arasındaki keskin ayrımı teşhis etmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, toplumun dinamizmi iletişimlerin iletişim üretmesinden gelmektedir. Bu şu anlama gelir, sürekli yeniden üretilmekte olan iletişimler insan aktörler değil iletişimler tarafından üretilmektedir. Dolayısıyla “iletişimlerin yarattığı sorunlar

⁴²⁶Çataloluk, **op. cit.**, s.28

⁴²⁷ Uzayı sistem ve çevre olarak ikiye bölerek bütün gerçekliği kuramsal olarak tamamen kapsamanın bir sonucu olarak sistemin epistemolojik anlamda merkeze çekilmesi, her sistemin çalışma şekli değerlendirilirken tüm gerçekliğin o sistemin bakış açısından ele alınmasını gerektirir. Bu yüzden sistemler birbirlerine indirgenemezler. Sözelimi, bireyin toplumun yapıtaşı olarak görülmemesinin sebebi budur. Çünkü birey zihinsel bir sistemdir, toplum ise sosyal bir sistemdir. İki sistem de birbirini çevre olarak görür. Sistem kuramında bu iki bakış açısını tek formülde kapsayan objektif bir tasarımı mevcut değildir.

⁴²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hans-Georg Moeller, **Luhmann Explained. From Souls to Systems**, Illinois: Open Court, 2006

⁴²⁹ Moeller, **op. cit.**, s.9

ancak iletişimler tarafından çözülebilir. Bu, sistemin kapalı olduğunun bir göstergesidir.”⁴³⁰

2.1.2. Sosyal Sistemlerin Yapısı

Sosyal sistemler çevreleriyle ilişki kurarak onun karmaşıklığından istifade ederler ve bu karmaşıklığı kendilerini idame ettirmek ve alt sistemlerini yaratmak için kullanırlar.⁴³¹ Ancak bu karmaşıklıkla etkileşime girerken kendi özerkliğini muhafaza etmek hayatidir. İşte sosyal sistemlerin kendilerine mahsus ilişki kurma biçimleri tam da bu dengeye elverecek ölçüdedir.⁴³² Burada Luhmann'ın kuramını izlemeyi sürdürerek sosyal sistemlerin yapısını çözümlerken başvuru olan temel konseptlere kısaca değinilecektir. Buna göre, sosyal sistemler üç temel unsurla karakterize edilir: çifte olumsuzluk, yapısal eşleşme ve geçişme.⁴³³

Bunlardan ilki olan çifte olumsuzluğu anlamak için öncelikle olumsuz kavramına eğilmemiz gerekir. Olumsuz, belirli bir ihtimaller yelpazesindeki mümkün olayların tümünü ifade eder.⁴³⁴ Bunun anlamı, olumsuz bir olay, zorunlu ile imkansız arasında bir yerdedir.⁴³⁵ Yani gerçekleşmiş olduğu gibi gerçekleşmemiş olması da mümkün olan hadiseler için kullanılır. Bu tanım, bahse konu olayın, gözlemci nezdindeki rastlantısallığını da içerir. Yani gözlemcinin elindeki kavramsal enstrümanlar, gözlemin yöneldiği deneyimin içeriğini tam anlamıyla zapt edemez. Şayet zorunlu bir ilişkiden bahsediliyor olsaydı, gelecekte gerçekleşecek bir olaya ilişkin öngörü de isabetli olurdu. Ancak olumsuzlukta, olayın gözlemci nazarında tesadüfi ve sürpriz nitelikli olması söz konusudur.

İşte çifte olumsuzluk, sosyal sistemlerin birbirlerine karşı bu tesadüfiliği taşımalarını ifade eder. Yani bir sosyal sistem diğeri nezdinde kara kutudur ve bunun tersi de geçerlidir.⁴³⁶ Çifte sıfatı bu karşılıklılığı ima eder. Bu haliyle ortada başa çıkılamaz bir karmaşıklık varmış gibi görünmektedir. İşte sosyal sistemler bu karmaşıklık ile başa çıkmak için iletişimsel yollara müracaat eder. Söz gelimi,

⁴³⁰ Çataloluk, **op. cit.**, s.41

⁴³¹ Yoldaş, **op. cit.**, s.63

⁴³² **Ibid.**, s.51

⁴³³ **Ibid.**, s.51-62

⁴³⁴ kavram için bkz. <http://philosophyterms.com/contingency/> (Ağustos-2018)

⁴³⁵ Çataloluk, **op. cit.**, s.51

⁴³⁶ **Ibid.**, s.52

karşıdan gelen bir adamın yumruk mu atacağına yoksa selam mı vereceğinin belirsizliği, bize vereceği bir selam işaretiyle ortadan kalkmıştır ve geleceğin bu kaotik yanı sembolik dil ile zapt edilmiş, tehlikeli olmaktan çıkmıştır. Böylelikle iki kara kutunun bir şekilde ilişki kurma zorunluluğu⁴³⁷ iletişimsel faaliyeti ortaya çıkarmıştır.

İkinci bir unsur da yapısal eşleşmedir. Mekansal açıdan katı sınırları olmayan sistemlerin evrimleşmeleri sürecinde bazı unsurlarında ortaklaşmalar olduğu görülmektedir.⁴³⁸ Maturana ve Varela bunu şöyle tarif ederler: “Nerede iki (ya da daha fazla) sistem arasında yapısal bir uyum kurulmasına yol açan mükerrer etkileşimlerin meydana getirdiği bir tarih varsa, orada yapısal bağdaşımdan söz ediyoruzdur.”⁴³⁹ Yapısal eşleşmenin tek bir türü yoktur. Örneğin hukuk sistemi hem ekonomi sistemiyle hem de siyaset sistemiyle yapısal eşleşmeler kurabilir.⁴⁴⁰ Bu eşleşme –yani ortak unsurları kullanma- yönelimi, çevrenin karmaşıklığına adapte olma ihtiyacından gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki sistemler her ne kadar bir unsorda ortaklaşma yoluna gitseler de, bu ortak unsurun her iki sistem için de geçerli özgül bir anlamı yoktur. Yani iki sistem de ortaklaşmaya kendi gözlüğüyle bakar, onu kendine özgü diliyle irdeler. Bu subjektif değerlendirme aynı zamanda bir çarpıtma faaliyetidir ve bu çarpıtma eşleşilmiş sistem bakımından yeni bir karmaşıklık girdisidir.⁴⁴¹ Siyaset ve ekonomi sistemlerinin yapısal eşleşmesi olan vergi kurumu buna çarpıcı bir misal sunar. Siyaset sistemi, vergi salma yoluyla ekonomi sistemini “rahatsız” eder. Ekonomi sistemi de buna, vergileri satış fiyatına yansıtarak karşılık verir.⁴⁴² Fiyatların yükselmesi seçmen davranışları bakımından yeni bir girdi niteliğindedir. Böylelikle iki sistem arasında sürekli bir etkileşim kurulmuş olur.

Son olarak, sosyal sistemleri çözümlemek için geçişme (*interpenetration*) kavramından bahsetmek gerekir. Bu kavramla kastedilen karşılıklı nüfuzdur. Nüfuzdan anlaşılması gereken de, sistem kuramı terminolojisiyle bakarsak, “bir

⁴³⁷ Bu zorunluluk sistemlerin kendilerini idame ettirme ihtiyaçlarından gelir. Aksi takdirde karmaşıklık içinde boğularak kaosa eklenme riski mevcuttur.

⁴³⁸ Yoldaş, **op. cit.**, s.66

⁴³⁹ Maturana – Varela, **Bilgi Ağacı**, **op. cit.**, s.98

⁴⁴⁰ Niklas Luhmann, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, **Cardozo Law Review**, 1419, 1991 , s.1432

⁴⁴¹ Sistem kuramı dilinde buna “irritation” yani rahatsızlık verme adı verilir.

⁴⁴² Cataloluk, **op. cit.**, s.57

sistemin, başka bir sistemi yapılandırmak için kendi karmaşıklığını hizmete sunmasına verilen ad”dır. Görüldüğü gibi nüfuza maruz kalan sistem edilgen bir konumda değildir, çünkü aynı zamanda nüfuzu biçimlendirir, onun mahiyetini tayin eder. Geçişmede bu etki çift yönlüdür. Tasavvur etmesi oldukça karmaşık olan bu etkileşim türü yine de karmaşık etkileşimleri yorumlamak için başarılı bir indirgeme yapmaktadır.⁴⁴³ Sistemler eş zamanlı olarak hem özne hem de nesne konumundadırlar. Luhmann’ın yakıştırmasıyla bağımlılık arttıkça özgürlük de artmaktadır.⁴⁴⁴ Bu noktada eklemek gerekir ki geçişme, yapısal eşleşmenin özellikli bir türüdür ve sistemlerin karşılıklı ihtiyaçlarının ve ilişki düzeylerinin hayli yüksek boyutta olduğu bir ortaklaşma içerir.

2.2.Bir Alt Sistem Olarak Hukuk

Sistem kuramına göre hukuk, toplumdan bağımsız ve onunla dışarıdan birtakım etkileşimleri olan bir sistem değildir. Hukuk bizzat toplum sisteminin bir parçası olup onun alt sistemi niteliğindedir. Bu yüzden hukuku, kuram bakımından ele almak tam olarak hukuk sosyolojisinin konusu olmadığı gibi hukuk genel teorisi disiplinine de indirgenemez. Bu bakış açısı adeta kendine özgü bir disiplin vazeder. O halde sistem kuramına göre hukuk nedir? Buna verilen cevap kendine göndermeli (totolojik) bir mantığın tezahürüdür: hukukun hukuk olduğunu söylediği şey hukuktur.⁴⁴⁵ Bu tanımın bizi vardığı noktalardan biri hukukun *autopoietik* bir sistem olduğudur. Hukuk işlemleri ancak hukuk sistemi içinde gerçekleşebilir.⁴⁴⁶ Ve bu işlemlerin rolü, sosyal sistemler bahsinde değinilen iletişimlerin rolü ile paraleldir. Tıpkı iletişimlerin sosyal sistemin birliğini kurması gibi hukuki işlemlerin sürekli olarak yinelenmesi ve sonsuza uzanan bir üretim döngüsünü tetiklemesi hukuk sisteminin birliğinin garantisidir. Yineleme aynı zamanda hukuka otonomi kazandıran unsurdur.⁴⁴⁷ Kantçı *a priori* tasarıma⁴⁴⁸ ve bunun Kelsen düşüncesindeki

⁴⁴³ *Ibid*, s.58

⁴⁴⁴ Zihinsel sistemlerle sosyal sistemler arasındaki fark geçişme konsepti ile daha iyi anlaşılır. Zihinsel sistemler bilinç düzeyinde temellenirken sosyal sistemler iletişim temelinde şekillenir. Buna rağmen bu iki ayrı sistem arasında konuşma yoluyla ortak bir işlem yürütülebilmektedir. Konuşma iki sistem arasında bir geçişme sağlar. Zihinsel sisteme ait olan düşünceler, iletişimsel tedavülün konusu yapılamaz ancak düşünceyi üreten bilinçle iletişim birbirine geçer. Sistemler ayrı kalmayı başarırlar ancak geçişme yoluyla ortak işlem yürütürler.

⁴⁴⁵ Cataloluk, *op. cit.*, s.91

⁴⁴⁶ Niklas Luhmann, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, *Cardozo Law Review*, 1419, 1991, s.341

⁴⁴⁷ *Ibid*.

⁴⁴⁸ Bkz. Deleuze, *op. cit.*

yansımasına sistem kuramının sunduğu alternatif “yineleme”dir.⁴⁴⁹ Hukuku *autopoietik* bir sistem olarak tasarladığımızı tekrar hatırlatarak belirtelim ki, sistemin idamesi için önemli olan sistemin işlemlerinin yineleyen bir şekilde kendi sonuçlarına uygulanması ve bu suretle hukuk sistemini farklılaştırması⁴⁵⁰ ve yeniden üretmesidir.⁴⁵¹

Hücre zarının seçici geçirgen nitelikte olduğu ifade edilmişti. Hukuk sistemi de aynı şekilde kendi sistemsel sınırından içeri transfer edilen öğeleri kendi süzgecinden geçirip çarpıtarak, kendi sistemine entegre eder. Bunun anlamı hukuk sisteminin dışsal bir belirlenime tabi olmadığıdır. Yani sistem dışında gerçekleşen bir olay neticesinde bir hukuki işlem yaratılıyorsa burada zorunlu bir nedensellik bağı olduğu düşünülmemelidir. Hukuk sistemi kendi tutarlılığı içinde, bahse konu olayı kendi iç işlemine şart kılmıştır. İşte bu hukukun normatif olarak dışarıya kapalı olması demektir. Bu kapalılık, hukukun özerkliğini karakterize eden en temel noktadır. Ancak öte yandan dinamik bir sistem olan hukuk, bilişsel anlamda çevrenin etkisine açıktır.⁴⁵² Normatif/bilişsel ayrımı bir ölçüde normlarla olgular arasındaki farka denk düşer.⁴⁵³ Sistem dışarıdan norm kabul etmez, başka sisteme ait bir normu değerlendirmeye alması gerekiyorsa da o normu, olgusal bir malzemeye dönüştürerek kullanır. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, sistemin kendine mahsus norm üretim metotlarından taviz vermediğidir. Dolayısıyla hiçbir harici norm otomatikman transfer edilmez. Önce “olgusal bir kısıt” olarak telakki edilir daha sonra tamamen sistem içi dinamiklerin devreye girmesiyle normatif kalıplara dökülür. Burada hukuk sisteminin başka normların boyunduruğuna girmesi söz konusu değildir. Tüm olan biten, sistemin kendisini çevreye adapte etme ihtiyacının tezahürüdür. Hukukun dış olgulara müracaat etmesi, tamamen kendi enformatik gelişme ve öğrenme kabiliyetinin bir neticesidir. Çünkü normatif olarak kapalı bir sistem olan hukuk, bilişsel anlamda açıktır.

⁴⁴⁹ Çataloluk, **op. cit.**, s.93

⁴⁵⁰ Farklılaştırma tabirini daha önce izah edilen anlamıyla yorumlamak gerekir. Kapalı bir sistemin kalitatif değerini yükseltmek için mikro düzeyde (fizik bilimi terminolojisine göre konuşursak) epsilon kadar fark yaratma, böylelikle işlemsel ağı bir adım daha zenginleştirme hamlesine farklılaştırma denir. Klasik bakış açısından, mekanikten organığe doğru mikro bir adım olarak tarif etmek de mümkündür.

⁴⁵¹ Bu unsur *autopoietik* karakterin olmazsa olmazıdır.

⁴⁵² Luhmann, **op. cit.**, s.342

⁴⁵³ Çataloluk, **op. cit.**, s.95

Luhmann işlemsel/normatif kapalılığın iki ön şartı olduğunu savlar: kodlama ve işlevsel farklılaşma.⁴⁵⁴ Kodlama hücre zarının seçici geçirgenliğine tekabül etmekte olup çevreden alınan karmaşıklığın denetlenmesi anlamına gelir. Sistem çevreyle ilişkisini ancak bu şekilde kendine özgü kodlaması vasıtasıyla kurabilir. Sisteme giren bir unsurun hukuk sistemine ait olup olmadığı legal/illegal⁴⁵⁵ ikili kodlamasının kontrolünden geçirmekle anlaşılır. İfade etmek gerekir ki, hukuka ilişkin hiçbir olayın normatifliği hukuk sisteminin dışından kaynaklanmamaktadır. Hukuk sistemi legal/illegal koduyla bünyesine dahil ettiği unsurlara normatif karakteri, kendi anlamlandırma faaliyetiyle kazandırmaktadır.

Peki bu kuramsal çerçevede hukuki geçerlilik ve meşruiyet kavramları nereye oturur? Luhmann meseleye bir hayli totolojik bir genellemeyle yaklaşır: “Hukukun tamamı geçerlidir.”⁴⁵⁶ Burada geçerlilik kavramından meşruiyetin anlaşılmasını gerektirdiğinin altını çizmek gerekir. Nitekim, meşruiyet ile olan bağ kesilmiştir ve kuram bununla ilgilenmez. Bu anlamda pozitivist yaklaşımla paralellik gösterir. Ancak geçerliliğe ilişkin verdiği cevapta ondan ayrılır. Geçerlilik, sistem dışında hiçbir anlam ifade etmeyen ve sistemin birliğine katılmanın şartı olan bir değerdir.⁴⁵⁷ Teubner’a göre “hukukun yineleyen işlemlerinin oluşturduğu birliğe dahil olan her işlem geçerlidir.”⁴⁵⁸ Görüldüğü gibi yinelenme konsepti üzerinden yeni düzenlemelere, eski işlemler tarafından sürekli geçerlilik kazandırılmaktadır. Ve geçerlilik denen şey de normatif bir değer taşımayıp yineleme ile karakterize edilen bir formdur. Bu yaklaşım hukuk genel teorisinin açmazlarıyla başa çıkmak ve ekstrem noktalara çözüm getirmek bakımından kuramcılara yepyeni kapılar açar.

Geçerliliğin biçimsel bir sığata indirgendiği bu bağlamda bir işlemin “hukuk sistemine ait oluşunun” hangi enstrümanlarla değerlendirileceği sorusu önem kazanır. Bu çalışmanın kapsamı sistem kuramının bütün ayrıntılarını incelemeye elvermediğinden bunlara kısaca değinilerek küresel hukuk normlarının sistem kuramı açısından değerlendirmesine geçilecektir.

⁴⁵⁴ **Ibid.**

⁴⁵⁵ Hukuka uygun/hukuka aykırı

⁴⁵⁶ Çataloluk, **op. cit.**, s.98

⁴⁵⁷ **Ibid.**

⁴⁵⁸ Gunther Teubner, “And God Laughed: Indeterminacy, Self-Reference, and Paradox in Law” **Stanford Literature Review** 7, spring/fall 1990, s.16

Bu değerlendirme enstrümanlarından biri hukukun işlevidir. Sistem kuramı, hukukun işlevini “normatif davranış beklentilerini istikrarlı hale getirmek” şeklinde tanımlar.⁴⁵⁹ Normatif davranışlar Luhmann’ın tabiriyle “hayal kırıklığına karşı bağışık olmakla” karakterize edilir.⁴⁶⁰ Bunun anlamı şudur ki bir norm, ihlal edildiğinde de varlığını sürdürmektedir. İhlal edilmiş olmak normun emrettiği şeye ilişkin gözlemcide bir beklentinin boşa çıkması anlamı taşıyabilir, ancak bu doğru değildir. Nitekim bahse konu norm, düzenlediği alanda gelecekte gerçekleşecek olan davranışlara yönelik yine aynı buyruğu içerir ve geçerliliğini sürdürür.⁴⁶¹ Dolayısıyla normun konumu sarsılmamıştır ve ihlale rağmen geleceğin olumsuzluğunun taşıdığı risklere dair hala bir güvence sunmaya devam etmektedir.⁴⁶² Böylelikle hukukun temel işlevi, normatif davranış beklentilerimizi istikrara kavuşturmak olarak karşımıza çıkar.⁴⁶³ Bu kriter aynı zamanda hukuka özerklik kazandırmaktadır. Zira hukuktan başka hiçbir alt sistem bu güvenceyi vaat edememektedir.

Hukuk sisteminin bütünlüğünü ve kapalılığını garanti etmesinin yanı sıra, bir işlemin hukuk evrenine ait olup olmadığını tayin etmeye yardımcı bir diğer kriter de yargı sisteminin kendine özgü niteliğidir. Açmak gerekirse, uyuşmazlık çözüm mercii olan mahkemeler önlerine gelen davaları legal/illegal koduna göre değerlendirerek bir neticeye varırlar. Peki hayatın ve ilişkilerin rastlantısallığından doğan her uyuşmazlığın hukuk sisteminde bir karşılığı olmak zorunda mıdır? Yani ele alınan olay legal/illegal kodlamasıyla değerlendirmeye her durumda müsait midir? Bu noktada belirtmek gerekir ki yargıçlar uyuşmazlıkları mutlak olarak çözmezler. Bu, tarafların verilen kararın içeriğinden mutlak olarak tatmin olmaları demektir ki bunu öne sürmek abes bir iddia olurdu. Hukukun yaptığı, mevcut uyuşmazlığı sistemine olgusal bir karmaşıklık olarak dahil edip onu kendine özgü kodlamasıyla değerlendirmek ve kendi diline tercüme etmek bunun neticesinde de uyuşmazlığın yerine yeni bir hukuksal kurgu olarak “mahkeme kararı”nı ikame

⁴⁵⁹Çataloluk, *op. cit.*, s.112

⁴⁶⁰*Ibid.*

⁴⁶¹*Ibid.*, s.117

⁴⁶²Normu olgulardan ayıran çizgilerden biri de işte bu yönüdür. Zira olgulara ilişkin bilişsel beklentiler boşa çıkarıldığında, olaydan ders çıkarma gündeme gelir ve beklenti yeni bilgilere göre güncellenir.

⁴⁶³Hukuk felsefesi ve hukuk genel teorisi literatüründe hukukun işlevi, davranışların koordine edilmesi ve uyuşmazlıkların çözümü olarak gösterilir. Bunlarda haklılık payı elbet mevcuttur ve iki kriterde de hukuka mahsus yanlar vardır. Fakat son tahlilde, bu kriterler başka normatif sistemler için de geçerli olabilmeleri yönüyle hukukun otonomisini yeterince iyi tarif etmemektedirler. Sistem kuramının başka kriterler ihdas etme çabasının nedeni budur.

etmektir.⁴⁶⁴ O halde hukukun “olumsal” bir olay olarak uyuşmazlığa denk düşen bir çözümü bulunmadığında sistemin açık verdiği öne sürülebilir mi? İşte Luhmann’ın “*Das Recht der Gesellschaft*” adlı çalışmasında adaletin yerine getirilmesinden kaçınma yasağı olarak adlandırdığı ilke tam da böylesi bir açık oluşmasının önünü alır.⁴⁶⁵ Bunun anlamı şudur ki, yargıçlar önlerine gelen uyuşmazlığı bir karara bağlamak zorundadır. Karar verme zorunluluğu ele alınan olaya uygulanacak hukukun tayin edilmesi faaliyetinin ötesindedir. Nitekim hukuk dinamik de olsa normatif dağarcığı sınırlı olan bir sistemdir ve mümkün olan bütün deneyimleri yani hayatın olumsallığını tamamen kuşatması beklenemez.⁴⁶⁶ Dolayısıyla bazı durumlarda uygulanacak olan hukukun yaratılması gerekir ve bunu gerçekleştirecek olan aktör yargıçlardır. Başka bir ifadeyle yargıçlar karar verilemez olan hakkında karar verirler.⁴⁶⁷ Bu yaratma sorumluluğunun temeli de karar verme zorunluluğunda vücut bulur. Böylelikle hukuk, dokunduğu her meseleyi bu zorunluluk üzerinden hukukileştirme yeteneği sayesinde evrensellik iddiasını yerine getirmiş olur. Burada dikkati çeken nokta, karar verme zorunluluğunun hukukun bütünlüğünü ve eksiksiz kurumsallaşmasını yani *autopoiesisini* temin etmesidir.⁴⁶⁸ Buradan yola çıkılarak yapılacak en önemli tespit, yargının hukuk sisteminin merkezine yerleştiğidir. Gelgelelim, yargı organlarının hukuk sistemini karakterize edişi sadece karar verme zorunluluğu ile sınırlı değildir. Bu yüzden tespitimizi güçlendirmek adına eklenecek birtakım kıstaslar mevcuttur.

Karar verme zorunluluğu bulunan yargıç uygulanacak hukuk bulamadığında hukuk yaratacaktır. Peki bunu neye göre yapar? Bu noktada, yargıca bir özgürlük tanındığı görülmektedir. Yargıç karar verme sürecinde özneleşerek tamamen kendi tayin ettiği gerekçelere dayanacaktır. Yani gerekçe yazma konusunda kendisine geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Gerçekliğin olumsallığı, adeta yargıca tanınan bu özgürlükte tecelli etmektedir. Karar verme zorunluluğu ile olumsallık yargıcın bünyesinde toplanmıştır. Bu yönüyle yargıca bir başka açıdan da kilit bir rol yüklenmektedir. Gelgelelim, hukukun normatif olarak kapalı bilişsel olarak açık nitelikte *autopoietik* bir sistem oluşunun, sistem açısından izah edilen nedenlerle

⁴⁶⁴Tarafların hukukun otoritesine duydukları saygı bu ikameyi mümkün kılar.

⁴⁶⁵Çataloluk, **op. cit.**, s.170

⁴⁶⁶Ayrıntılı bilgi için bkz. Ronald Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara: Dost , 2007

⁴⁶⁷Çataloluk, **op. cit.**, s.171

⁴⁶⁸**Ibid.**, s.173

merkezi önem taşıyan yargı organı ve yargıç üzerinde de önemli bir yansıması vardır. O da bu özgürlüğün sınırsız nitelikte olmayışıdır. Yani yargıcın gerekçe bulma özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Sistem kuramı sınırlamanın ölçüsünü adalet nosyonu üzerinden belirler. Hukuk felsefesi ve hukuk genel teorisi tartışmaları bakımında adaletin ne anlama geldiğini ve sistem kuramının kavramı kendine özgü ele alış biçimini bir yana bırakarak belirtmekle yetinelim ki, yargıç özgürce kararına gerekçe oluştururken bunu adalete ve hakkaniyete uygun şekilde yapacaktır.⁴⁶⁹ Bunu bir anlamda tekil bir uygulamada, hukukun bütünlüğünü ve istikrarını gözetmek olarak yorumlamak da mümkündür. Ancak kavramın detaylı içeriği bize önemli tartışmalardan beslenen zengin bir dağarcık teklif etmektedir. Özetleyecek olursak, karar verme zorunluluğunu özgürlük fikri ile dolanan hukuk sistemi, adalet sınırlamasını da içine aldığı anda asıl hüviyetine kavuşur.⁴⁷⁰

Luhmann'ın Genel Sistem Kuramı'nı ve hukuku bir sistem olarak nasıl ele aldığını genel hatlarıyla anlatılmış oldu. Klasik hukuk genel teorisinden radikal bir biçimde ayrılan sistem kuramının, ulusötesi alana ve küresel normlara ilişkin söylediği net bir şey olmamakla birlikte, bu normların incelenmesinde Luhmann'ın inşa ettiği kuramsal çerçevenin dinamik niteliği nedeniyle bir hayli faydalı olabileceğini ve mevcut dağarcık ile yeni gelişmeler arasında verimli bağlantılar kurulabileceğini iddia etmek mümkündür. Bu kapsamda, Teubner'in eklektik yaklaşımları izlenerek oluşturulacak teorik çerçevenin mümkün olduğunca sistem kuramı ile ve kuramın temel öncülleriyle tutarlılık içinde olmasına dikkat edilecektir.

2.3. Hukukun Sistem Kuramsal Analizinin Küresel Normlara Etkisi

Küresel hukuk, hukuki çoğulculuk bağlamında ele alındığında hukuk ile sivil toplumun iç içe geçtiği tespiti yapılmıştı. Bu tespitin bir yansımasının, resmi normlarla gayri resmi normların; legal normlarla sosyal normların karışarak bir “corpus” meydana getirmesi olduğu öne sürülebilir. Küresel normların geçerli olduğu “ulusötesi uzam”da farklı sosyal alanlara veya sektörlere ait normlar, kendilerine özgü normatif kümelerin bir parçasıdır. Bu kümeler birbirlerinden ayrı olmalarına rağmen bir “network” düzeninde iç içe geçmişlerdir. Özerk ve kapalı yapıda olmalarına mukabil etkileşime –dolayısıyla da dış etkilere- açıktırlar. Ayrıca

⁴⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uzun, **op. cit.**

⁴⁷⁰ Çataloluk, **op. cit.**, s.176

aynı ağ sisteminde (*network*) yer almanın sonucu olarak bu normatif kümeler birbirlerine karşılıklı bağımlıdırlar.⁴⁷¹

Hukukun *autopoietik* analizinde belirtildiği üzere, hukuk sistemi işlemsel olarak kapalı nitelikte olup toplumun diğer alt sistemleriyle yapısal eşleşmeler kurmaktadır. İşlemsel ve normatif kapalılık sadece hukuka özgü değildir ve diğer sosyal sistemler için de geçerlidir. Ancak toplumun evrimsel ve dinamik yapısının bir gereği olarak bu alt sistemler çevrelerine karşı açıktırlar ve karmaşıklık adı verilen “harici gürültü”yü⁴⁷², iç düzenin yeniden üretiminin hammaddesi olarak kullanırlar. Bu harici gürültü, sistem tarafından belirlenen birtakım beklentilerin süzgecinden geçirilerek bunlarla uyumlu olup olmadığı yorumlanır ve böylece karmaşıklığın işe yaramayan kısmı elenerek sistemin bütünlüğü muhafaza edilir. Sistemler bu şekilde kendilerini bilişsel anlamda açarak birlikte evrimleşmeyi başarırlar.⁴⁷³

Modern anlamıyla sivil toplum ile hukuk, iki ayrı sistem olarak düşünüldüğünde, özellikle küreselleşme ile beraber aralarında sistem kuramsal dile göre “geçişme” olduğu öne sürülebilir. Burada alelade bir yapısal eşleşmeden fazlası ima edilmektedir. Bu farkı modellemek için “*autopoiesis* içinde *autopoiesis*” tabirini kullanan Teubner,⁴⁷⁴ iki sistem arasında gözlemlenen yoğun etkileşimin anlaşılmasının yapısal eşleşme konseptinin modifiye edilmesiyle mümkün olacağını savlar.⁴⁷⁵ Böylelikle -teorik kriz yaratan- küresel normların üretim süreçlerini izah etmeye elverecek bir modele kapı açılır. Buna göre yapısal eşleşme konsepti, şu üç nokta ile zenginleştirilmelidir: üretken yanlış okuma (*productive misreading*), bağlantı kurumları (*linkage institutions*) ve bağlamsal duyarlılık (*responsiveness*).⁴⁷⁶ Bu üç kavram, sistem kuramı ile küresel normları bağdaştırmanın anahtarıdır. Üstelik kuramın öncüllerinden radikal bir uzaklaşma da söz konusu değildir. Burada yapılan olsa olsa sistem kuramına şerh düşerek onun özgün kavramlarına yeni somut içerikler kazandırmaktan ibarettir.

⁴⁷¹ Gunther Teubner, “How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law”, **23 Law and Society Review**, 1989, s.746

⁴⁷² Karmaşıklığı bir başka tarzda ifade etmek için Maturana ve Varela bu tabiri kullanırlar. Bkz. Maturana, Humberto R. – Varela Francisco J., “Autopoiesis-The Organization of Living”, **op.cit.**

⁴⁷³ Maturana– Varela, “Autopoiesis-The Organization of Living”, **op. cit.**, s.102-11

⁴⁷⁴ Teubner, “The Two Faces of Janus...”, **op. cit.**, s.1447

⁴⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Teubner, **Law as an Autopoietic System**, **op. cit.**

⁴⁷⁶ Teubner, “The Two Faces of Janus...”, **op. cit.**, s.1447-8

Bunlardan ilki olan üretken yanlış okumayı anlamak için sistem çevre ilişkisine dönüş yapmak gerekir. Toplumu yapılarla değil sistemlerle açıklamanın bir sonucunun sistemi, gerçekliği analiz ederken epistemolojik bir merkeze oturtmak olduğu ifade edilmişti. *Autopoietik* nitelikte olan toplumsal sistem hayatietini sürdürmek için birtakım yeteneklerle donatılmıştır. Bunun bir neticesi olarak, çevresinin karmaşıklığına görece açık olsa da tamamen onun etkisine maruz değildir.⁴⁷⁷ Dolayısıyla sistem, bu filtreleme özelliği ile etken bir konuma terfi ettirilir. İşte üretken yanlış okuma ile hukuk sistemine proaktif olma yönünde bir adım daha atılmaktadır.⁴⁷⁸ Hukuk sistemi norm üretmek için, temas ettiği sosyal diskurları⁴⁷⁹ kasıtlı olarak deforme eder, çarpıtır. Düzenli ve organize nitelikteki bu diskurlar, hukuk sistemi sayesinde çevresel karmaşıklığa dönüştürülürler. Burada hukukun belli bir sosyal sektöre yönelerek onu hedef alması söz konusudur. Yani hukuk sistemi bütünlüğünü korumak ve kendini yeniden üretmek için tabiri caizse “ofansif” bir tavır takınmaktadır.

Bilinmektedir ki, sistem kuramına göre her somut iletişimsel olay farklı diskurlar tarafından işlenir.⁴⁸⁰ Yani tek bir iletişimsel unsurun birden fazla aidiyeti vardır ve bunlar çakışır. Bu durumda hukuk ile sosyal normlar arasındaki ayrım çizgisi nasıl belirlenecektir?⁴⁸¹ İşte yoğun yapısal eşleşmenin ve onun tezahürü olan üretken yanlış okumanın bir neticesi olarak, üst üste denk düşen ama birbirlerine “kapalı” olan iki diskur birbirlerini bir iç düzen yaratmak için dışsal koşul olarak kullanır ve iki sistem arasındaki sınır dinamik sürece göre belirlenir.⁴⁸² Örneğin hukuk ile ekonomi sistemlerinden söz edilecek olursa, çokuluslu bir firmanın kendine özgü işleyiş kuralları hukuki dil tarafından yeniden yorumlanarak -ve kurallar arasındaki hiyerarşik ilişki de göz önünde bulundurularak- organizasyonel hukuka (*intra-organizational law*) dönüştürülür.⁴⁸³ Görüldüğü gibi burada kasıtlı bir çarpıtma söz konusudur. Zaten var olan kurallara basit bir “kaydırma” hamlesi ile hukuki norm kimliği kazandırılmakta ve bu normlar hukuk sistemine dahil edilmektedirler. Sözgelimi bir kural, firmanın işleyiş kuralı olarak yorumlandığında

⁴⁷⁷ Çünkü bu olasılıkta kaosun içinde kaybolma riski söz konusudur.

⁴⁷⁸ Teubner, “The Two Faces of Janus...”, **op. cit.**

⁴⁷⁹ Burada kast edilen küresel hukuk bağlamında ele alınan sosyal sektörlerde üretilen sosyal normlardır.

⁴⁸⁰ Burada diskur tabiri belli bir sosyal sistemin yapıtaşısı olarak düşünülebilir.

⁴⁸¹ Sally E. Merry, **op. cit.**, s.873

⁴⁸² Teubner, “The Two Faces of Janus...”, **op. cit.**, s.1453

⁴⁸³ **Ibid.**

bilişsel⁴⁸⁴ ve normatif beklentilerin bir alaşımını bünyesinde barındırırken hukuk sistemine dahil edilmekle hakkında saf bir normatif beklenti oluşturulmaktadır. Burada hukukilik sıfatının hukukun işlevi olan normatif davranış beklentilerinin istikrarlılaştırılmasından kaynaklandığını tekrar belirtmek gerekir.

Bir diğer örnek olarak küresel ekonomik işlemler ele alınabilir. İki ekonomik aktör arasındaki karşılıklı güven ilişkisi, bu işlemin gerçekleştirilmesi için ekonomik bir parametredir ve eylemin temelini teşkil eder. Ancak bu işlem nedeniyle taraflara yüklenen hak ve sorumluluklar karşılıklı güven ilişkisinden farklı bir bağlama aittir. Ekonomi sistemine ait olan bu güven ilişkisi bir şekilde yıkıma uğrarsa hukuk sisteminin başından beri bu güven ilişkisini çarpıtarak ürettiği hak ve sorumluluklar devreye girecektir.⁴⁸⁵ Ve bunlara ilişkin tarafların beklentileri artık salt normatif nitelikte olacaktır. Bu örnek olayın *autopoietik* analizden ödünç alınan kavramlarla değerlendirildiği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla burada söz konusu olanın iki sistem arasında alelade öge transferi olmayıp içsel bir yeniden üretim faaliyetinin gündeme geldiği not edilmelidir.

İkinci bir unsur olarak sistemler arası bağlantı kurumları incelendiğinde bunların sistemlerin yapısal eşleşmesinin kalitesini tayin ettiği öne sürülebilir. Üzerinden yapısal eşleşme tesis edilen kurumlara örnek olarak; hukuk ile ekonomi arasında sözleşmeler, siyaset ile ekonomi arasında vergilendirme, hukuk ile siyaset arasında anayasa, yine hukuk ile ahlak arasında dürüstlük kuralı gösterilebilir. Kelsen'in normlar hiyerarşisi modelinde *grundnorm* katmanında hukuk ile güç ilişkilerinin yani siyasetin nasıl iç içe geçtiğini hatırlamak faydalı olacaktır. Hukukun sistemsal analizinde işte bu çakışma noktalarının anayasa düzeyinden ibaret olmadığı tespiti bir hayli önem arz eder.

Küresel hukuk, küresel ekonomik normlar (*lex mercatoria*) üzerinden incelendiğinde, göze çarpan en önemli yapısal eşleşme örneği sözleşmeler olarak

⁴⁸⁴Daha önce de belirtildiği gibi bilişsel beklenti, normlara değil olgulara ilişkindir. Örneğin unisex isimli biriyle tanışmadan önce kişinin bir kadın olduğunu düşündüğümüzü farz edelim. Tanışınca erkek olduğunu gördüğümüzde kişinin cinsiyetine dair beklentimiz boşa çıkacak ve somut olay verisiyle bilgimiz güncellenecektir. Normatif beklentiler ise olgular ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin geçerliliklerini değiştirmeksizin sürdürürler.

⁴⁸⁵ Teubner, "The Two Faces of Janus...", **op. cit.**, s.1457

karşımıza çıkacaktır.⁴⁸⁶ Önceki bölümlerde sözleşmelerin özel bir ilgiyle ele alınmasının nedeni budur.⁴⁸⁷ Teubner'e göre sistemler arası yapısal eşleşme kuran bağlantı kurumları, sosyal sistemlerin çalışma biçimlerine dair ciddi ipucu sunar.⁴⁸⁸ Öte yandan eşleşmenin süresi, niteliği ve yoğunluğu bağlantı kurumları tarafından tayin edilir. Bağlantı kurumları, sınırlı sayıda değildir. Hukukun temas ettiği herhangi bir sosyal sektörle arasında köprü kurması mümkündür. Siyaset sistemi ve ona izafe edilen yasama faaliyeti de bağlantı kurumları sayesinde kesişim kurulan unsurlardan yalnızca biridir. Görülmektedir ki siyasetin ve dolayısıyla devletin merkezi konumu, bu açıdan da sarsılmaktadır. Norm üretimi merkezde değil ancak ve ancak periferide gerçekleşir.⁴⁸⁹ Hukuk sistemi nezdinde hiçbir sistemin bir başka sisteme rüçhanıyeti yoktur. Bazı sosyal sektörlerle veya siyasetle *de facto* olarak daha fazla ortaklık kuruluyor olduğu gerçeği, normatif bir değerden değil hukukun evrimsel sürecindeki belli bir anın tesadüfî koşullarından kaynaklanır. Ve bu süreçte devlet mevzi kaybı yaşarken, hukukun geçerliliğinden bir şey eksilmemektedir.

Bağlamsal duyarlılık kavramı, bir sistem olarak ele alınan hukukun evrimleşme sürecinin, *autopoietik* sistemlerin hayatta kalma (*survival*) güdülerini ile açıklanamayacağı varsayımından yola çıkar.⁴⁹⁰ Çünkü sistemin varlığını idame ettirmesi için önüne çıkan seçenekler birden fazladır ve bu seçeneklerin her biri, sistemin içinde bulunduğu “habitat” ile uyum içinde olmasını garanti etmez. İşte Teubner buradan yola çıkarak hukuk sistemini karakterize eden şeylerden birinin de onun izlediği strateji olduğunu öne sürer. Bu da kendi bağlamına karşı duyarlı olmasını gerektirir.⁴⁹¹ Sistemin kapalılığını muhafaza etmesi kadar onun yakın çevresindeki sistemler ile ekolojik bir uyum içinde olması da önemli bir husustur. İşte bu noktada hukukun temas ettiği sosyal sektörler ve sivil toplum hakkındaki dağarcığı kendi programını belirlemesi açısından ciddi önem arz eder.⁴⁹² Bunu belirlerken politik gelişmeler ile sosyal bilimlerin verileri yol gösterici olacaktır. Yani politik ajandalar, hukukun özel ilgisine mazhardır. Bu bahisle, sosyolojik bir

⁴⁸⁶ Gunther Teubner, “Autopoiesis and Steering: How Politics Profits From the Normative Surplus of Capital, (in Autopoiesis and Configuration Theory: New Approaches to Societal Steering), **Roelan J. Int. Veld et al. eds**, 1991, s.127

⁴⁸⁷ Bkz. “Küresel Ekonomik İşlemlerde Devletsiz Geçerlilik Paradoksunun Aşılması” başlıklı bölüm

⁴⁸⁸ Teubner, “Autopoiesis and Steering, **op. cit.**, s.127-30

⁴⁸⁹ Teubner, “The Two Faces of Janus...”, **op. cit.**, s.1460

⁴⁹⁰ **Ibid.**, s.1461

⁴⁹¹ **Ibid.**

⁴⁹² Nitekim hukukun uyguladığı kodlar kadar bu kodların uygulanabilmesinin ön koşulu olarak hukuk sisteminin programları da kritik öneme sahiptir. Bu yüzden sistem kuramının üzerine eğildiği konulardan biri de “hukukun programları” olmuştur.

gerçeklik olarak küreselleşmenin dolayısıyla da küresel nitelikli normların hukuk sistemine entegre edilmesi bakımından bize teorik bir kapı daha açılır. Nitekim hukuk sistemi, bütünlüğünü korumak için kendi evrimsel rotasıyla ve bulunduğu uzamdaki bağlamıyla ilgilenmek zorundadır.

Hukuk sisteminin çevresel karmaşıklığı, uyguladığı legal/illegal koduyla kendi diline tercüme ederek sistemine dahil ettiği belirtilmişti. Bu ikili kodun en önemli özelliği, üçüncü bir olasılığa mahal verilmemesidir. Yani yarı geçerli norm yoktur ve Luhmann'ın deyişiyle hukukun tamamı geçerlidir. Bu kodun uygulanmasına içeriksel ve tarihsel arka plan sunan hukukun programlarının analizi bir yana, Luhmann hukuk sistemini incelerken oldukça orijinal bir metot teklif eder. Hukukun ne olduğunu anlamak için onun kendisini nasıl gözlemlediğini gözlemlemek gerekir.⁴⁹³ Hukuk sisteminin *autopoietik* analizinin bir yansıması olan bu öneri kuramsal yelpazenin sınırlarının dolayısıyla ekstrem noktalarda da hukuki kavramından ne anlaşılması gerektiğinin teşhis edilmesine imkan sağlar. İkinci düzey gözlem adı verilen bu konsept⁴⁹⁴ hukukun ancak kendisine yönelik telakkisinin belirlenmesi üzerinden tarif edilebileceğini savlar. Küresel hukuk normlarının, hukukun kuramsal yelpazesinin sınırlarına denk düştüğü nazara alındığında ikinci düzey gözlem yoluyla bu normların hukukun bütünlüğüne dahil olup olmadıkları tayin edilebilecektir.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Çataloluk, **op. cit.**, s.195

⁴⁹⁴ Yoldaş, **op. cit.** s.70-75

⁴⁹⁵ **Ibid**, s.195-7

SONUÇ

Çalışmanın cevap aradığı soru gerek milli hukuk gerek uluslararası hukuk kapsamında değerlendirilemeyen ulusötesi hukuk normlarının geçerli olup olmadıkları ve bu ulusötesi alanda faaliyet gösteren öznelerin norm ihdas yetkisinin nereden kaynaklandığıdır. Bunun için öncelikle hukuksal normların geçerliliği için klasik kuramsal yaklaşımların incelenmesi gerekir.

Bu kapsamda ilk olarak hukuk felsefesinin temel tartışmalarına değinilmiş ve geçerlilik sorunsalına ilk olarak doğal hukukçu ekollerin yaklaşım biçimine yer verilmiştir. Tüm doğal hukukçu ekollerde ortak olan yan, hukuku olan hukuk ve olması gereken hukuk olarak ayırarak adalet ilkesi ışığında mevcut hukuk normlarının “olması gereken” doğal hukuk kurallarına uygun hale getirilmesi gerektiğidir. Aristoteles’e göre doğal hukuk, insanın “telos”a yönelen eylemlerinden tecelli eder. İnsan iradesini aşan objektif, evrensel bir iyi vardır ve topluluklar aklın rehberliğinde adil olana yönelerek bu mutlak iyinin somut görünümünün ortaya çıkışına hizmet ederler. Aristocu geleneğin temsilcilerinden St. Thomas D’Aquin de aynı görüşü savunur. Ona göre de aklın buyruğu, olması gereken yasayı ortaya çıkaracak yegane kılavuzdur. Doğal hukukçuluğun Aristocu geleneğin dışında da türleri vardır. Özellikle pozitif hukuk ile doğal hukuk arasındaki ilişkiye yönelik yaklaşım farklılıkları doğal hukukçu ekollerin çeşitlenmesine neden olmuştur. Nazi deneyiminin yarattığı entelektüel yıkımdan etkilenen Radbruch, öne sürdüğü kendi adıyla anılan formüle göre pozitif hukuk normlarının, onları uygulayanlar tarafından iki kıstasa göre denetlenmesi gerektiğini öne sürer. Bunlar tahammül edilemezlik ve yadsımadır. İlkine göre yasanın adaletten ayrılmasının tahammül edilemez boyutta olması aranırken diğer kritere göre yasa koyucunun yasayı ihdas ederken açıkça adaleti inkar etmiş olması gerekir.

Modern doğal hukukçulardan Fuller ile Dworkin'in kuramları da pozitivist görüşü ile bilinen Hart eleştirisi ile şekillenir. Pozitif hukuka alınan mesafenin yanı sıra referans olarak gösterilen adalet ilkesinin içeriğinin tayin edilme şekli de doğal hukukçu ekollerin çeşitlenmesinin bir diğer nedeni olarak karşımıza çıkar. Bu çeşitlilik bir tarafa bırakılırsa, hukuksal normlarının geçerliliğinin soyut bir olması gereken hukuka uygunluk ile temellenmesi doğal hukukçu yaklaşımların çarpıcı yönünü teşkil eder.

Hukuksal pozitivistizme gelince ilk olarak bu kavramın farklı anlamlar barındırdığı görülür. Konuya hukuksal normların geçerliliği bağlamında yaklaşıldığından pozitivistizmin hukuk genel teorisi açısından ifade ettiği anlama odaklanılmıştır. Pozitivistizmin de tıpkı doğal hukukçu ekoller gibi çeşitlendiği görülür. Temelde iradeci pozitivistizm ve normativizm diye ayırabileceğimiz bu ekolün iradeci yanının doğal hukukçuluklar ile benzeştiği görülür. Sözgelimi Hobbes kimi yazarlara göre doğal hukukçu kabul edilirken kimileri onu iradeci pozitivistler arasında sayar. Bir başka ayırım yasaların oluşum sürecine göre şekillenir. Örneğin Savigny, hukukun bilinçli bir yasa koyucu edim olmaksızın halkın yaşayışında teşekkül ettiğini öne sürerken Jhering, Savigny'nin hukukun doğuşunu kendiliğinden gerçekleşen süreçlerle açıklamasına mukabil, evrimsel sıçramaları asıl yaratan dolayısıyla hukuku üreten nedenin kamusal otoritelerin iradi edimleri olan “yasalar” olduğunu öne sürer. Jellinek ise hukuk ve devlet ile ilgili öncülleriyle iki ekolden de oldukça farklı bir pozitivistizm anlayışını temsil eder. Ona göre “devlet iktidarı nosyonu zımnen hukuki düzen nosyonunu içerir.”

Bu tartışmaların yarattığı dağarcık içinden günümüz hukuk düzenini yansıtmaya muktedir kuramsal çerçeve olarak Kelsen'in normlar piramidi öne çıkar. Çalışmanın hukuki geçerlilik konseptine ilişkin olan kısmında tam da bu yüzden Kelsen'in kuramına etraflıca yer verilir. Nitekim devletlerin hukuki örgütlenme şekilleri büyük ölçüde piramit modeli ile örtüşmektedir. Dolayısıyla hukuksal normların geçerliliği sorunsalı ele alınırken bu model özel bir ilgiyi hak etmektedir. Bir hukuk normunun geçerli kabul edilmesi için öncelikle üç ön koşulu sağlaması gerekmektedir. Bunlar maddi varlık, normatiflik ve hukukiliktir. Hukukilik kriteri vasıflandırılırken literatürde birden fazla metodun karşımıza çıktığı görülür. Normun koyucusu, normun amacı, normun ihlali halinde karşılaşılan yaptırım veya normun

içeriği hukukiliği tayin ederken bakılan kıstaslardan bir kısmıdır. Ancak asıl önem arz eden kriter aidiyet kriteridir. Aidiyetten kasıt bir hukuk düzenine aidiyettir. Dolayısıyla tekil bir normun geçerliliği değerlendirilirken evvela onun bir hukuk düzenine ait olup olmadığına bakılacaktır. Bu durumda hukuk düzeninin nasıl tanımlanacağı sorunu gündeme gelecektir. Kelsen'in son kertede bu soruya vereceği cevap hukuk düzeninin belli bir coğrafi parça üzerinde tüm rakipleri ekarte ederek fiili etkinliğini tesis eden yapının cebir düzeni olduğudur.

Hukuki normların geçerliliği bu şekilde tarif edildikten sonra hukuk normlarının nasıl bir düzende örgütlendikleri sorusuna yine Kelsen'in kuramı içinden bir cevap sunulmuştur. Bütün normatif düzenin tabi olduğu *grundnorm* kuramın adeta temel sütunudur. Bu temel normun altında kademelenen diğer normlar geçerliliklerini bir üst normdan almakta olup üst norma aykırı nitelikteki bir norm, hukuk düzeni içinde bir anomaliye dönüşür.

Piramit modeli böylece tarif edildikten sonra piramidin sallantıya uğradığı bazı örneklerin üzerinde durulmuştur. İlk olarak normatif düzen içinde önemli bir konumu haiz olan kanunların sarsılan normatif gücünün bütün piramidi nasıl etkilediği ele alınmıştır. Kimi hukuk düzenlerinde uluslararası hukuk normlarına kanunlar karşısında üstünlük tanınması, anayasallık denetimi nedeniyle kanunların hakimlerin geçerlilik denetiminden geçirilmesi, parlamenter demokrasinin istikrarlı işleyişi adına yürütmenin yasamaya yön verme kabiliyetinin artmasının bir neticesi olarak kanun yapımının git gide hükümetin inhisarına giren bir süreç haline gelmesi gibi olgular kanunların konumunu dolayısıyla da piramit modelinin doğrusallığını etkilemektedirler.

Bu saptamayı takiben, yasa ve uygulama ilişkisi üzerinden merkezi bir role sahip olan mahkemelerin düzenin işleyişindeki etkinliğinin piramit modeline yönelik hangi itirazların dayanağı olduğu hususu üzerinde durulmuştur. Gerçekten de hukuk kurallarının uygulanması için öncelikle yorumlanmasının gerekmesi, yorum müessesesi inşai bir nitelik taşıdığı ölçüde normatif piramidin de homojenliğine halel getirecektir.

Akabinde de ulusüstü bir yapı olan Avrupa Birliği'nin, üye devletlerin hukuki düzenleri açısından tetiklediği tartışmalara yer verilmiştir. Nitekim kimi yazarlarca ulusüstü nitelikte bir yapı olarak kabul edilen Avrupa Birliği'nin regülatif gücü üye devletlerin iç mevzuatlarını standardize etmelerini teşvik etmekte egemen devletlerin norm ihdas etme konusundaki serbestisini sınırlandırmaktadır. Üye devletlerle ilişkisi bir yana, güçlü bir kurumsal mimariye sahip olan Avrupa Birliği'nin iç işleyişi de piramit modeline uymamakta, bu modele alternatif olarak öne sürülebilecek *network* sistemi açısından bir örnek teşkil etmektedir.

Piramit modelini sarsan bu örneklerin incelenmesinden sonra artık devletlerin, hukuk normlarının yaratılması hususundaki münhasır konumlarını ciddi anlamda tehdit eden ve normlar hiyerarşisini yer yer yıkıma uğratan bir konseptin analizine geçilmiştir: ulusötesi hukuk. Çok farklı sayıda disiplin barındıran bu düzlemdeki sayısız örnekten biri olarak küresel spor hukuku kurallarının (*lex sportiva*) üzerinde durulmuş, bu konsept üzerinden ulusötesi alanın hangi özelliğiyle ulusal ve uluslararası alanlardan ayrıldığı izah edilmiştir. Gerçekten de milli mahkemelere karşı bağışık normlardan oluşan ve kendine özgü yargısal işleyişi olan küresel spor hukuku, egemenlik ile coğrafi parça arasındaki ilişkiyi de yeniden düşünmeye sevk etmiş, belli sektörler üzerinde özel nitelikli öznelerin hegemonik yetkilere sahip olduğunu gözler önüne sermiştir. Üstelik bu işleyiş, bir anomali durumuna denk düşmemekte, devletler tarafından da kabul görmektedir. 2010 Dünya Kupası'nda Güney Afrika Cumhuriyeti'nin FIFA ile yaptığı işbirliği yaparak bazı kanun hükümlerini turnuva müddetince adeta askıya alması buna örnektir.

Ulusötesi alana ait bu ve bunun gibi birçok örnek artık hukuk kuramsal açıdan da esaslı bir değişikliğe gidilmesi gerektiğini, hukuk normlarının geçerliliği için farklı tanımlar üretilmesi gerektiğini göstermektedir. Somut olgunun radikal bir değişikliğe maruz kaldığı bir süreçte, teorinin buna ayak uydurması için derininde yatan öncüllerin de sorgulanması gerektiği açıktır. Bu yüzden yeni bir hukuk kuramı inşa etmek evvela kuramın temelinde yatan zihniyetsel pozisyonu ve hatta mantık ilkelerini de sorgulamayı gerektirir. Dolayısıyla bu dönüşümün bir anlamda moderniteden postmoderniteye geçişin, kartezyen mantıktan kuantum mantığa geçişin bir izdüşümü olacağı tespiti yapmaktır da mümkündür.

Çalışmanın ilk bölümünde, klasik hukuki geçerlilik perspektifinin yaşadığı kriz ve ona yol açan ulusötesi alanın ortaya çıkışı ele alındıktan sonra ikinci bölümde, bu krizi aşmak için sosyolojik temelli birtakım kuramsal yaklaşımlar önerilmiş, ulusötesi hukuk normlarının geçerliliği için bir çerçeve oluşturmaya çalışılmıştır. Aslında yapılan, ortaya konulmuş olan sorunsala kesin bir cevap üretmekten ziyade mevcut soruları derinleştirip belirginleştirmek, alternatif modellerin içermesi gereken cevapları ortaya koymaktır. Önerilen tezler de hep birtakım eksiklerle malul yarı doğrular niteliğinde olmuştur. Yöntemsel olarak sosyolojik olgu temele alındığından tekil somut örneklerden kapsayıcı kuramsal açıklamalara ulaşılmaya çalışılmıştır.

Bu kapsamda ilk olarak hukuki çoğulculuk kavramı ele alınmıştır. Sömürgecilik ile karakterize edilen klasik hukuki çoğulculuk dalgası ile modern devletlerdeki sosyal gruplara ve ekonomik bazlı sosyal iletişim ağlarına odaklanan yeni hukuki çoğulculuk dalgası incelendikten sonra küreselleşme olgusunun tetiklediği sosyal dönüşümlerin hukuk düzeni üzerindeki yansıması olarak üçüncü bir hukuki çoğulculuk dalgası analiz edilmiştir. Eugen Ehrlich'in 20. yüzyıl başlarında Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun Bukowina bölgesinde gözlemlediği çok sayıda sosyal kuruluşun kendilerine özgü hukuki düzenleri olması gibi, günümüzün sosyal ve hukuki manzarası da böyle bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla eleştirel yazarlardan Teubner günümüz dünya düzeninin "Küresel Bukowina" olarak adlandırmayı teklif eder. Küresel işleyişi tarif ederken, yeni hukuki çoğulculuk literatüründe yer verilen yarı-otonom sosyal alanlar ve özel hükümet/otorite (*private government*) gibi kavramlar da elverişli konseptler olarak değerlendirilebilir.

Ulusötesi normların geçerliliğine kuramsal çerçeve arayışını, bu alanın en çarpıcı dinamiklerini içeren ve hukuki işlemler anlamında zengin bir dağarcık vaat eden bir alt birim olarak küresel ekonomik işlemlerin hukuku diğer adıyla *lex mercatoria* kuralları incelenerek sürdürülmüştür. Bu kapsamda ilk olarak çok uluslu şirketlerin hegemonik yetkileri analiz edilmiştir. Nitekim bu şirketlerin tasarruf yetkisi, salt sahibi oldukları malvarlıkları üzerinde değildir. İç işleyişi düzenleyen kurallar bütünü olarak tarif edilebilecek *reglement interieur*, bu şirketlerin sahip oldukları otonominin işçi işveren ilişkilerini de aradaki sözleşmenin kapsamını aşacak şekilde düzenlemeler içermektedir. İşte tam da bu noktada düzenlemeden

etkilenen tarafın rızasının alınmamış olduğu dolayısıyla söz konusu normların meşruiyetinin nereden kaynaklandığı sorunsalı gündeme gelmektedir. Öte yandan, şirketlerin faaliyet gösterdikleri ülkenin normları ile iç işleyişi düzenleyen kuralların örtüşmemesi halinde ikincisinin tercih edilip ilkinin ilişkili ihlallerden kaynaklanan tazminat ödeme yükümlülüğünün salt bir maliyet kalemi olarak ele alınması şirketlerin hegemonik güçlerini pekiştiren bir husus olarak dikkat çekmektedir. İkinci olarak *lex mercatoria*'nın diğer boyutunu teşkil eden sözleşmeler, geçerlilik sorunsalını derinleştirdiği gibi taşıdığı birtakım karakteristik yönlerle de geçerlilik için farklı kuramsal yaklaşımlara kapı aralamaktadırlar. Nitekim bu sözleşmeler herhangi bir iç hukuka göre hazırlanmış değildir. Yani devletlerin hukuku referans alınmamıştır. Buna rağmen tarafların yapılan akitlere riayet ettikleri gözlemlenmektedir. O halde kendinden başka geçerlilik dayanağı olmayan yani öz-geçerliliğini kuran bu sözleşmelerin geçerli hukuk normları olarak kabul edilmelerinin dayanağı nedir? Buna cevap verebilmek için sözleşme normlarının maddi açıdan incelenmesi gerekmektedir. Bu itibarla, sözleşme hükümleri arasında kural ve meta-kural şeklinde bir hiyerarşi oluşturulması, önceden akdedilen sözleşmelerin oluşturduğu *corpus*'tan türetilen standartlaşmış ve gelecekte kurulacak sözleşme hükümleri açısından yol gösterici nitelikteki kuralların varlığı ve son tahlilde sözleşmelere aykırı davranılması halinde yaptırıma hükmedecek bağlayıcı bir tahkim organının varlığı gibi faktörler öz geçerlilik paradoksunun aşılmasına yardımcı olan unsurlar olarak kabul edilebilir.

Lex mercatoria ile ilgili bu incelemelerden sonra çalışma, hukuk normlarının geçerliliğini onların yaratılma süreçlerinde aramaya odaklanmıştır. Bu bağlamda evvela teamül hukuku kavramı ele alınmıştır. Küresel normların oluşma süreci kısmen teamüllerin oluşumuna benzese de norm üretiminin hem daha hızlı olması hem de daha organize bir şekilde belirli kurumsal yapılar aracılığıyla tesis edilmeleri önemli bir fark olarak dikkat çekmektedir. Ele alınan ikinci bir nokta da ulus devlete alternatif olabilecek norm yaratıcı öznenin ne olduğudur. Zira bu soruya sağlıklı bir cevap verilebildiği ölçüde hukuki geçerlilik sorunsalı da çözüme kavuşturulmuş olacaktır. Öznenin yetkili olduğunun kabulü ve meşru olarak görülmesi, ürettiği normların hukuki kabul edilmesini sağlayacaktır. Bu kısımda birkaç alternatif değerlendirildikten sonra yeni ortaya çıkan bir aktör olarak “küresel sivil toplum” kavramının üzerinde durulmuştur. Hukukun kendiliğinden (spontane) ve sistemli

(organize) bir üretim sürecinin alaşımı olarak tarif edilmesiyle, küresel sivil toplumun norm üretimine ne şekilde katkı sağladığı ortaya konmuştur. Bu perspektif çok sayıda aktör içeren heterojen nitelikli bir panaromanın dinamiklerini tarif etmek açısından da elverişli gözükmektedir.

Belirtmek gerekir ki, küresel sivil toplum konseptini daha kapsamlı bir şekilde kavramak için toplumu, iç içe geçmiş sosyal sistemler olarak tasavvur etmek gerekecektir. Tam da bu nedenle çalışmanın son bölümünde Niklas Luhmann'ın sistem kuramı üzerinde detaylıca durulmuştur. İlk olarak parça bütün ikilisine mukabil neden sistem çevre ikilisinin tercih edildiği açıklanmıştır. Akabinde sistemin öğeleriyle ve çevresiyle olan ilişkisi izah edilmiştir. Bu açıklamaları takiben anahtar bir konsept olan *autopoiesis* kavramı ele alınmıştır. Bu kavram kabaca kendini yeniden üretme kabiliyeti olan sistemleri tarif etmek için kullanılmaktadır. Yeniden üretim hem hayatiyetin hem de özerkliğini muhafaza etmenin bir metodu olarak dikkat çekmektedir. Sistem kuramı, sosyal sistemlerin ilişki kurma biçimlerini de izah eder. Çifte olumsuzluk, yapısal eşleşme ve geçişme kavramları bu kapsamdadır.

Hukuk da bir sosyal sistemdir ve tamamen bu konseptlere göre hareket etmektedir. Böylelikle aynı düzlemde yer alan sosyal sistemler birlikte evrimleşmektedirler. Hukuk da evrimleşirken hem form değiştiren hem de bütünlüğünü muhafaza edebilen bir sistem olarak telakki edilebilir. Bu yapıldığında sosyal yapıdaki radikal değişikliklere kuramsal çerçeve oluşturmak da daha kolay olacaktır. Ulusötesi hukuk normlarını da bu bağlamda ele almak mümkündür. Ancak bu noktada Teubner kuramda birtakım küçük değişiklikler yapılmasını önermektedir. Bu çalışmada da bu önerilerden yararlanılmıştır.

Son tahlilde, buraya kadar anlatılanlardan yola çıkarak ulusötesi/küresel hukuk normlarının geçerliliklerini test etmek için Luhmann'ın Genel Sistem Kuramı'ndan yola çıkarak bir kriterler listesi oluşturmak mümkündür. Sistem kuramı ile küresel hukuk kavramına dışarıdan bakarak ve kuramın klasik yaklaşımlara sunduğu alternatiflerden istifade ederek teorik çerçeve ile olgusal gerçeklik arasındaki bağdaşma noktaları –sınırlı sayıda olmamak kaydıyla- şu unsurlar üzerinden tesis edilebilir.

Öncelikle hukuk bir yapı değil, *autopoietik* bir sistemdir. Bu yüzden temele kaynakları ve norm üreten öznelere değil, hukuksal iletişimlere (işlemleri) alır. Bu iletişimler yeni iletişimler üretilmesini sağlarlar. Sosyal ve sektörel diskurlar üzerinden hukuk normlarının üretildiği ulusötesi düzlemde sistem kuramı bu anlamda iş görür. Hukuk bu iletişimsel aktivitelerden, kendi iletişimlerini üretir. İkinci olarak, hukuk sistemi, başka sosyal sistemlerle yapısal eşleşmeler kurarak etkileşime girer. Bu hem sistemin kendini idame ettirmesinin hem de evrimsel niteliğinin bir sonucudur. Üçüncü bir unsur ise hukukun bilişsel anlamda açık normatif anlamda kapalı bir sistem olduğudur. Bu yüzden hukuk sistemi, transfer ettiği olguları veya normları yıkıma uğratarak kendi normlarını inşa eder. Küresel hukukun varlığı da bu yıkım ve yeniden yapım faaliyetleri saptanabildiği ölçüde ileri sürülebilir. Bu minvalde gözlem yapıldığında, güven ilişkisinden normatif kodlara uzanan bir yelpazedeki olguların saf normatif kodlara dönüştürüldüğü ulusötesi uzamda hukuki bir işleyişin cari olduğunu kabul etmek gerekecektir. Dördüncü bir yön olarak da vurgulamak gerekir ki, hangi normun hukuka ait olduğu, hukukun kendisini nasıl gözlemlediğini gözlemleyerek (ikinci düzey gözlem) anlaşılabilir. Buna göre hukuk sistemi, yöneldiği bir unsuru legal/illegal ikili kodlamasına tabi tutarak ya kendi düzenine dahil eder ya da ayıklar ve dışarıda bırakır. Bir diğer saptama da şudur ki, sistem kuramına göre hukukun yineleyen işlemlerinin oluşturduğu birliğe dahil olan her işlem geçerlidir. Yani hukukun yineleyen işlemleri hukuku karakterize eder. Her yeni işlem, önceki işlemler ile paralellik taşıdığı ölçüde geçerlilik kazanır. Sistem kuramının bu yaklaşımı “*common law*” sistemini çağrıştırmaktadır. Sözelimi, içtihatların kümülatif olarak birikip hukuk “*corpus*”unu zenginleştirmesi hukuka “hukukilik” kazandırır. Bir başka dikkat çeken saptama da hukukun işlevine ilişkindir. Hukukun işlevi uyuşmazlıkların çözümü ve davranışların koordine edilmesinin ötesinde “normatif davranış beklentilerinin istikrarlılaştırılması”dır. Bu işlev hukuk sistemine mahsus olduğundan onu diğer sistemlerden (özellikle ahlaktan ve dinden) ayırır. Ve son olarak belirtilmelidir ki, hukukun sistemsal analizinde yargı kurumu, ürettiği hukuki iletişimlerle merkezi bir önemi haizdir. Küresel hukuk ile telif etmek adına, yargı organlarının gördüğü işlev üzerinden değerlendirme yapıldığında devlet erkine bağlı olmayan uluslararası tahkim organlarının küresel normlara hukukilik vasfı kazandıran bir unsur olarak karşımıza çıktığı görülecektir. Nitekim hukuk sistemi, yargıyı, hukukun eksiksiz kurumsallaşmasının aracısı kılar. Bunu sağlayan ilke de sistem kuramının vazettiği

üzere yargıcın karar verme zorunluluğudur. Tahkim organında hakem, önüne gelen uyuşmazlığı karara bağlamak zorundadır. Bu benzeşme, küresel hukuk konsepti savunucularının elini ciddi ölçüde güçlendirir. Çünkü hukukun kendi bütünlüğünü sağlama yöntemlerinden birisi ulusötesi uzamda da açıkça tecelli etmektedir.



KAYNAKÇA

1. Eserler

Akal, Cemal Bali, **Hukuk Nedir?**, Ankara: Dost, 2017

Akıncı, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Vedat, 2016

Allott, A – Woodman, G., **People's Law and State Law: The Bellagio Papers**, Dordrecht: Foris, 1985

Arnaud, A.-J., **Critique de la Raison Juridique**, Paris: LGDJ, 1981

Austin, John, **The Province of Jurisprudence Determined**, Londra: Weidenfeld& Nicolson, 1954

Austin, John, **The Province of Jurisprudence Determined**, Londra: Weidenfeld& Nicolson, 1954

Azoulai, Loic, **The Question of Competence in the European Union**, Londra: Oxford University Press, 2014

Beloff, M. - Kerr, T. - Demetriou, M, **Sports Law**, Oxford: Hart, 1999

Bertalanffy, Ludwig von, **General System Theory. Foundations, Development, Application**, New York: George Braziller, 1988

Bettini, Romano, “**Efficacité**”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**, Paris: L.G.D.J., Deuxieme Édition, 1993

Bobbio, Norberto, **Essais de Théorie du Droit**, Paris: LGDJ, 1998

Broderick, Albert, **The French Institutionalists (Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos**, Massachusetts: Harvard University Press, 1970

Corrias, Luigi, **The Passivity of Law: Competence and Constitution in the European Court of Justice**, New York: Springer, 2011

Çataloluk, Gökçe, **Hukuk Sistemi ve Autopoiesis**, İstanbul: On İki Levha, 2012

Delperée, F. – Depré, S., **Le Systeme Constitutionnel de la Belgique**, Bruxelles: Larcier, 1998

Deleuze, Gilles, **Kant Üzerine Dört Ders**, İstanbul: Kabalcı, 2007

Derrida, Jacques, ‘**Force of Law**’: **The Mystical Foundation of Authority**, Gil Anidjar (ed.), New York: *Acts of Religion*, 2002

De Schoutheete, Ph., **L’Avenir de Union**, Bruxelles: Bruylant, 1998

Durkheim, Emile, **The Division of Labor in Society**, New York: Free, 1933

Dworkin, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara: Dost, 2007

Ellickson, R., **Order Without Law: How Neighbours Settle Disputes**, Cambridge: MA: Harvard University, 1991

Erözden, Ozan, **Ulus-Devlet**, İstanbul: On İki Levha, 2013

Fontaine, Pascal, **AB Nedir?**, Brüksel: Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, 2006

Foucault, Michel, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İstanbul: İmge, 6.Baskı, 2015

Fuller, Lon, **The Morality of Law**, New Haven: Yale University, 1969

Galligan, D.J., **Law in Modern Society**, Oxford: Oxford University, 2007

Gözler, Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Ankara: US-A, 1998

Gözler, Kemal – Kaplan, Gürsel, **İdare Hukukuna Giriş**, Bursa: Ekin, 2012

Griffiths, A., **Legal Pluralism, An Introduction to Law and Social Theory**, Oxford: Hart, 2002

Güngören Bulgan, Birden, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, İstanbul: On İki Levha, 2017

Hafızoğulları, Zeki, **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara: Us-A, 1996

Halperin, Jean-Louis, **Dictionnaire des Grandes Oeuvres Juridique**, Paris: Dalloz, 2010

Hart, H.L.A., **The Concept of Law**, Oxford: Clarendon Law Series, 1961

Harvey, David, **Postmodernliğin Durumu**, İstanbul: Metis, 1997

Hayek, Friedrich Aç., **Law, Legislation and Liberty. Volume 1: Rules and Order**, Londra: Routledge & Paul, 1973

Hilav, Selahattin, **Felsefe El Kitabı**, İstanbul: Yapı Kredi, 2018

Hirst, Paul, **Globalisation in Question**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999

Hooker, M., **Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws**, Oxford: Clarendon, 1975

Kahn, Philippe, **Lex Mercatoria et Euro-obligations**, Mélanges Schmitthoff, 1969

Kelsen, Hans, **Théorie General des Normes**, Paris: Presses Universitaires de France, 1996

Kelsen, Hans, **Theorie Pure du Droit**, Neuchatel: Éditions de la Baconnière, 1953

Luhmann, Niklas, **A Sociological Theory of Law**, Londra: Routledge, 2014

Machiavelli, Niccolo, **Prens**, İstanbul: Can, 2016

Magnette P. – Remacle E., **Le Nouveau Modele Européen**, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000

Magnon, Xavier, **Le Controle de Conventionnalité depuis la QPC**, Marsilya: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015

Majone, Giandomenico, **La Communauté Européenne: un État Regulator**, Paris: Ed. Montschrestien, 1996

Malinowski, B., **Crime and Custom in Savage Society**, Totowa, New Jersey: Littlefield, Adams & Company, 1926

Malinowski, Bronislav, **Une Theorie Scientifique de la Culture**, Paris: François Maspero, 1968

Mathieu, Jean-Luc, **Avrupa Birliği**, İstanbul: Dost, 2006

Maturana, Humberto R. – Varela Francisco J., **Bilgi Ağacı. İnsan Anlayışının Biyolojik Temelleri**, İstanbul: Metis, 2010

Merlingen, Michael, **European Union Peacebuilding and Policing**, New York: Routledge, 2006

Metin, Sevtap – Heper, Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, İstanbul: Tekin, 2014

Moeller, Hans-Georg, **Luhmann Explained. From Souls to Systems**, Illinois: Open Court, 2006

Ost, François - Kerchove, Michel van de, **De La Pyramide Au Reseau**, Brüksel: Fac. St Louis Bruxelles, 2002

Ost, François - Kerchove, Michel Van De, **Entre la Lettre e l'Esprit, Les Directives d'Interpretation en Droit**, Bruxelles: Bruylant 1989

Ost, François - Kerchove, Michel Van De, **Jalons Pour Une Théorie Critique du Droit**, Brüksel: Fac. St Louis Bruxelles, 1987

Ost, François - Kerchove, **La Régulation: des Horloges et des Nuages..., in élaborer la Loi Aujourd'hui, Mission Impossible?**, Brüksel: Fac. St Louis Bruxelles, 1999

Ost, François - Kerchove, Michel Van De, **Le Droit et les Paradoxes du Jeu**, Paris: PUF, 1992

Ost, François - Kerchove, Michel Van De, **Validité**, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**, Paris: L.G.D.J., Deuxieme Édition, 1993

Öktem, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, İstanbul: Beta, 2013

Öktem, Niyazi - Türkbağ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul: Der, 2012

Özbudun, Ergun, **Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2009

Özcan, Mehmet Tevfik, **İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol**, İstanbul: On İki Levha, 2012

Özdek, Yasemin, **Şirket Egemenliği Çağı Sosyal Devletten Ceza Devletine**, İstanbul: Nota Bene, 2011

Pazarcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Ankara: Turhan, 2010

Pospisil, L., **Anthropology of Law: A Comparative Theory**, New York: Harper & Row, 1971

Radbruch, Gustav, **Hukukta Bilgelik Dolu Sözler**, çev. Vecdi Aral, İstanbul: On İki Levha, 2008

Renaut, Alain – Sosoe Lucaz, **Philosophie du Droit**, Paris: PUF, 1991

Schlink, Bernhard, **Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk**, Ankara: Dost, 2012

Schmitt, Carl, **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, Ankara: Dost, , 2010

Stuart, Henry, **Private Justice**, Boston: Routledge and Kegan Paul, 1983

Suber, Peter, **The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change**, New York: Peter Lang, 1990

Terré, François, **Introduction Générale au Droit**, Paris: Dalloz, 1991

Teubner, Gunther, **Law as an Autopoietic System**, Oxford/Cambridge: Blackwell, 1993

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2009

Troper, Michel, **Norme (en théorie du droit)**, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**, Paris: L.G.D.J., Deuxieme Édition, 1993

Troper, Michel, **Hukuk Felsefesi**, İstanbul: Dost, 2011

Uygun, Oktay, **Hukuk Teorileri**, İstanbul: On İki Levha, 2017

Uzun, Ertuğrul, **Hukuk Metodolojisinin Sorunları**, İstanbul: Nora, 2016

Van Eijken, Hanneke, **EU Citizenship and the Constitutionalization of the European Union**, Amsterdam: Europa Law, 2015

Verhoeven, J., **Droit de la Communauté Européenne**, Bruxelles: Larcier, 1996

Villey, Michel, **La Formation de la Pensée Juridique Moderne**, Paris: Montchrestien, 1968

Virally, Michel, **La Pensée Juridique**, Paris: L.G.D.J., 1961

Wallerstein, Immanuel, **The Capitalist World Economy**, Cambridge: Cambridge University, 1979

Watts, Duncan, **The European Union**, Edinburgh: Edinburgh University, 2008

Yoldaş, Yunus, **Sistem Kuramı**, İstanbul: Alfa-Aktüel, 2007

2. Makaleler

Bercusson, Brian, “Globalizing Labor Law: Transnational Private Regulation and Countervailing Actors in European Labor Law”, **Global Law Without A State**, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, 1997

Bix, Brian H., “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, çev. Ertuğrul Uzun, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 6, Sayı: 2, 2004

Domingo, Rafael, “The New Pyramid of Global Law”, **ExpressO**, 2009 (ayrıca http://works.bepress.com/rafael_domingo/1/ Erişim: Haziran-2018)

Donnelly, Jack, “Natural Law and Right in Aquinas”, **The Western Political Quarterly**, Vol. 33, No. 4, 1980

Duval, Antoine, “Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law”, **European Law Journal**, Vol.19 No.6, s.822-842, 2013

Dyzenhaus, David, “Hobbes and the Legitimacy of Law”, **Law and Philosophy**, Vol. 20, No. 5, 2001

Ehrlich, Eugen, “Fundamental Principles of the Sociology of Law”, **New Brunswick: Transaction Publishers (1936)**, 2002

Ehrlich, Eugen, “The Sociology of Law”, **Harvard Law Review**, Vol.36 No.2, 1922

Foster, Ken, “Is there a Global Sports Law”, **The Entertainment and Sports Law Journal**, Vol.2 No.1, 2003

Foster, Ken, “Lex Sportiva: Transnational Law in Action”, **SSRN Electronic Journal**, April, 2011

Friedman, L.M., “Erewhon: The Coming Legal Order”, **Stanford Journal of International Law** 2 (37), 2001

Galanter, M., “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law”, **Journal of Legal Pluralism** 19, 1981

Gözler, Kemal, “Yorum İlkeleri”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, s.15-119, 2013

Griffiths, J., “From the Editor”, **African Law Studies** 18, i-ii, 1980

Griffiths, J., “What is Legal Pluralism?”, **Journal of Legal Pluralism** 24, s.1-55, 1978

Gürten, Kadir, “Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, 2012

Hertogh, Marc, “What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World”, **The State Legislature and Non-State Law**, J. van Schooten & J.M. Verschuuren (Eds.), 2008

Houllian, B. “Governance, Globalisation and Sport”, **Anglia Polytechnic University LLM Sports Law Seminar**, Kasım, 1991

Kayhan, Fahrettin, “Özel Hukuk Uygulamalarında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1999

Lepage, Henri, “L’Analyse Économique et la Theorie du Droit de Propriété”, **Droits**, 1, 1985

Lescano, Andreas Fischer – Teubner, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search For Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, No. 4, s.999-1046, 2004

Luhmann, Niklas, “Insistence on Systems Theory: Perspectives from Germany-An Essay”, **Social Forces**, vol. 61, 1983

Luhmann, Niklas, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, **Cardozo Law Review**, 1991

Macaulay, S., “Crime and Custom in Business Society”, **Journal of Law and Society 2 (22)**, 1995

Macaulay, S., “Private Government”, **Law and Social Science**, New York: Russell Sage Foundation, 1986

Maturana, Humberto R. – Varela Francisco J., “Autopoiesis-The Organization of Living”, **Autopoiesis and Cognition- The Realization of Living**, Boston Studies in the Philosophy of Science, D. Reidel Publishing Company Holland, 1980

Mayhew, V. Robert, “Part and Whole in Aristotle’s Political Philosophy”, **The Journal of Ethics**, I, 1997

Mazzucco, Marcus F., “Lex Sportiva: Sports Law as a Transnational Autonomous Legal Order”, **academia.edu - theplayersagent.com**

Merry, Sally E, “From Law and Colonialism to Law and Globalisation”, **Law and Social Inquiry 2 (28)**, 2003

Merry, Sally E, “Legal Pluralism”, **Law & Society Review**, Vol.22 No.5, 1988

Mertens, H-J, “Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law?”, in G. Teubner (ed.), **Global Law Without a State**, Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997

Michaels, R., “The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, **Wayne Law Review 51**, 2005

Moore, S.F., “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject to Study”, **Law & Society Review 4**, 1973

Niboyet, J.P., “Territoriality and Universal Recognition of Rules of Conflict of Laws”, **Harvard Law Review**, Vol. 65, No. 4, 1952

Ost, François - Kerchove, Michel van de, “Constructing the Complexity of the Law: Towards A Dialectic Theory”, **The Law in Philosophical Perspectives**, s.147-171, 1999

Otaç, Cengiz, “Hukuka Rağmen Kanun, Hakimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 120, 2015

Ökçesiz, Hayrettin, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: Radbruch Formülü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 56, s.167, 2005

Pak, Un Jong, “Kelsen’s Pure Theory of Law from the Perspective of Globalization”, **Journal of Korean Law**, Vol.9 No.1, s.147-160, 2009

Robé, Jean-Philippe, “L’ordre Juridique et Entreprise”, **Droit et Société**, 1996

Robé, Jean-Philippe, “Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order”, **Global Law Without a State**, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, 1997

Rodiere, Pierre, “Travail et Environnement: Aspects de Droit International et Europeen”, **Droit et Ville**, 1994

Schultz, T., “The Lex Sportiva Turns Up at the Turin Olympics: Supremacy of Non-State Law and Strange Loops”, **SSRN**: <http://ssrn.com/abstract=896673> (Haziran-2018)

Schultz, Markus S., “Collective Action Across Borders: Opportunity Structure, Network Capacities, and Communicative Practice in the Age of Advanced Globalization”, **Sociological Perspectives** 41, 1998

Sfez, Lucien, “Duguit ve Devlet Kuramı. Temsil ve İletişim”, **Devlet Kuramı**, der. Cemal Bali Akal, Ankara: Dost, 2013

Shellens, Max Salomon, "Aristotle on Natural Law" *Natural Law Forum*. **40**. 1959

Siekman, Robert – Soek, Janwillem, “Models of Sports Governance in the European Union: The Relationship Between State and Sport Authorities”, **The International Sports Law Journal**, Vol.3 No.4, 2010

Snyder, Francis, “Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law”, **European Law Journal**, Volume 5, Issue 4, s. 334–374, 1999

Strijbosch, F., “The Concept of Pela and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands”, **Journal of Legal Pluralism** **23**, s. 177-208, 1985

Supiot, Alain, “La Réglementation Patronale de l’Entreprise”, **Droit Social**, 1992

Teubner, Gunther, “And God Laughed: Indeterminacy, Self-Reference, and Paradox in Law” **Stanford Literature Review** 7, spring/fall, 1990

Teubner, Gunther, “Autopoiesis and Steering: How Politics Profits From the Normative Surplus of Capital, (in Autopoiesis and Configuration Theory: New Approaches to Societal Steering), **Roeljan J. Int. Veld et al. eds**, 1991

Teubner, Gunther, “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, **Global Law Without A State**, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, s.3-28, 1997

Teubner, Gunther, “Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society”, Paper prepared for the Workshop on ‘**Globalisation and Public Governance**’ 17/18 March (2000) European University Institute, Florence, 2000

Teubner, Gunther, “How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law”, **23 Law and Society Review**, 1989

Teubner, Gunther, “The King’s Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy”, **Law & Society Review**, Vol. 31, No. 4, s. 763-788, 1997

Teubner, Gunther, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, **Cardozo Law Review**, 1991

Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)**, ed. Hayrettin Ökçesiz, Sayı 16, İstanbul, 2007

3. Elektronik Kaynaklar

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği, Council of Europe, <https://edoc.coe.int/en/index.php?controller=get-file&freeid=6615> (Ağustos, 2018)

<https://tr.motorsport.com/f1/teams/> (Mart-2018)

<https://www.telegraph.co.uk/sport/football/world-cup/7830319/world-cup-2010-police-arrest-women-in-dutch-orange-dresses.html> (Ağustos-2018)

<http://philosophyterms.com/contingency/> (Ağustos-2018)

4. Mahkeme Kararları

AİHM Kararı: Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğ. v. Türkiye kararı, 30 Ocak 1998

C.E., arret du 5 Novembre 1996,, in J.T., 1997

Cass., 27 Mai 1971, Pas., 1971, I

Mendy vs. IABA; OG, Atlanta 006



ÖZGEÇMİŞ

07 Temmuz 1989 tarihinde İzmir’de doğdu. 2007 yılında liseyi birincilikle bitiridikten sonra ÖSS’de Türkiye 101.si olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni kazandı. Buradan mezun olmasını takiben 2013 yılında Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programına kayıt oldu. Halihazırda özel bir hukuk bürosunda avukatlık yaparak kariyerini sürdürmektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Belemir ÇOBAN
Tez Başlığı : Normlar Hiyerarşisinden Küresel Hukuka: Ulusötesi Normların
Meşruluğu Sorunsalı
Savunma Tarihi : 10 / 09 / 2018
Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Birden GÜNGÖREN BULGAN

JÜRİ ÜYELERİ

Dr. Öğr. Üyesi Birden GÜNGÖREN BULGAN

Prof. Dr. Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Ozan ERÖZDEN

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK