

MARTTİ KOSKENNİEMİ’NİN ULUSLARARASI HUKUK TEORİSİNİN ANALİZİ

Bilge Sena Erdem*

Öz

Eleştirel hukuk teorisinin son dönemdeki önemli temsilcilerinden olan Martti Koskenniemi’ye göre uluslararası hukuk, hem aktörlerin davranışını meşrulaştırmak hem de eleştirmek için uygun bir hale getirilmiştir. Koskenniemi’nin “From Apology to Utopia” adlı kitabında özellikle vurguladığı husus, hukuk kurallarının şekillenmesinde siyaset ve ekonominin önemli rol oynadığı iddiasıdır. Pozitivist kuramda egemen davranışa karşı eleştirel bir yorum getirilmemesi, her türlü egemen davranışın onaylanabilmesi gibi riskleri beraberinde getirmektedir. Bu durum ise hukuki argümantasyonun doğasıyla iç içe olan “belirsizlik tezi” kavramı ile açıklanmaktadır. Koskenniemi’ye göre egemen güç olarak açıklanan devlet, aynı zamanda yasayı kabul edip etmeme yetkisini elinde bulundurmakta, bir nevi yasanın kesinlik prensibini elimine etmektedir. Zira, yasanın kesinliği egemen gücün iradesine bağlı hale getirilmiştir. Koskenniemi From Apology to Utopia adlı kitabında bu çelişkileri betimlemek adına apoloji ve ütopya zıtlığından bahsetmiştir. Apoloji Yunanca’daki “apologia”dan gelmekte olup “savunma” demektir. Daha geniş bir ifade ile insanların kusurlu olduğunu ve kusursuz bir toplumu oluşturamayacaklarını ifade eder. Ütopya ise Yunanca’daki “ou-topos” (olmayan yer-ülke) kelimesinden türemiş olup kusursuz bir toplumun kurulabileceğine dair olumlu bir inancı ifade eder. Koskenniemi’ye göre egemenlik ilkesinin kurucu ilke olması ikili karşıtlıkları üretmiş ve uluslararası hukukta uyumsuzlukların çözümlenmesini zorlaştırmıştır. Bu nedenle adalet gibi tarafların üzerinde bir ilkenin sisteme dahil edilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Martti Koskenniemi, eleştirel hukuk teorisi, egemenlik, adalet, uluslararası hukuk.

* Bilge Sena Erdem, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Milleterarası Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, <https://orcid.org/0000-0002-3418-4464>, mail: senaerdem655@gmail.com,
Bu makaleye atıf için: Erdem, Bilge Sena. (2024). Martti Koskenniemi’nin Uluslararası Hukuk Teorisinin Analizi, SDE Akademi Dergisi 4(2), 221-248

THE ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL LAW THEORY OF MARTTI KOSKENNIEMI

Bilge Sena Erdem

Abstract

According to the one of the most important representatives of critical legal theory in the late term, Martti Koskenniemi, international law is efficient to both justify the actors acts and to criticize them. In his book "From Apology to Utopia, Koskenniemi emphasizes that politics and economy plays important role during the legal norms creation. In positivist theory not many critical interpretations are brought to the sovereign behaviour. This leads to a risk that most of the sovereign behaviour getting recognition. This is explained with the term "thesis of uncertainty" which lays in the nature of legal argumentation. According to Koskenniemi sovereign states have the competence to either accept or decline the law and this extinguishes the certainty principle of law. The certainty of legal norms are thus dependent on the sovereign powers will. In his book From From Apology to Utopia he mentions apology and utopia. Apology comes from the word "apologia" in Greek meaning defence. It symbolizes that people are defected and cannot constitute a perfect society. Utopia comes from the Greek word "ou topos" meaning non existent place-state. It symbolizes a positive belief that a perfect society can be constituted. According to his view the fact that the principle of sovereignty is the constituting principle creates contradiction and makes the solutions to conflicts in international law harder. Therefore, in his theory, a principle like equity which is above the parties should be included in the international law system.

Keywords: *Martti Koskenniemi, critical legal theory, sovereignty, equity, international law*

Giriş

Eleştirel hukuk teorisinin son dönem teorisyenlerinden olan Martti Koskenniemi'nin uluslararası hukuk teorisini kavrayabilmek için öncelikle Koskenniemi'nin de farklı bir boyutunu temsil etmekte olduğu eleştirel hukuk teorisini ortaya koymak, sonrasında ise Koskenniemi'nin teorisindeki nesnellik ve egemenlik olguları ile uluslararası hukuk ilişkisini açıklamak gerekir. Eleştirel hukuk teorisi diğer hukuk teorilerine göre nispeten yeni tarihli bir teoridir. Bu teori özellikle hukuk ve siyaset ilişkisini yeniden yorumlayarak modern hukuk sistemlerine ve liberal hukuk geleneğine eleştirel bir bakış açısı sunar. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı (*Conference on Critical Legal Studies*) ile kendini gösteren eleştirel hukuk teorisi (Alan, 1986: 1-3), Marksist hukuk teorisi ile benzerlik ve farklılıklar taşır.

Eleştirel hukuk teorisinin mantığı klasik ve geleneksel hukuk teorilerini eleştirir ve birçok açıdan Frankfurt Ekolünün eleştirel görüşünü benimser. Eleştirel hukuk ekolünün bir tepki olarak doğduğu liberal ekole göre devletin hukuki ve yargısal müdahalesi bireysel özgürlüklere müdahale sonucu doğurarak piyasa düzenini bozmaktadır. Devlet müdahalesinin serbest piyasada sebep olacağı tahrif, hukuk ile siyasetinin birbirinden tam olarak ayrılması gerektiğini göstermektedir (Weinrib, 2012: 946-1016).

Uluslararası hukuk bakımından bakıldığında ise, uluslararası hukuk ve toplumun savunuculuğunu yapmasıyla tanınan liberal teoriye göre¹ eşit egemen devletler uluslararası sistemin temel sükeleri olarak görülür. Realist teorisinin hukuka bakış açısı da liberal ekolden çok farklı değildir. Ancak liberal teori uluslararası hukuka, demokrasi ve siyasal entegrasyondan kaynaklı güvenlik sorunlarının üstesinden gelinmesi hususlarında realist ekolden ayrılarak derin bir önem atfeder (Turan, 2021:10).

Eleştirel hukuk teorisi 1970'lerde ABD'de gelişmeye başlayan ve Amerikan hukuki realizminden ve sonrasında ise ondan doğan hukuki süreç

1 Liberal hukuk teorisi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Andrew Moravcsik, (1997) "Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics," *International Organization* 51 (4): 513-534.

kavramından (*legal process*) (Unger, 1986:14) etkilenen bir teoridir². Amerikan hukuki realistleri, hakimlerin hukuki uyuşmazlıkları çözerken dayanaklarını yalnızca hukuki kural ve sebeplere bağladığını iddia eden ve “formalizm” adı verilen anlayışa karşı çıkmışlardır (Golding, Edmundson, 2021:103-104).

Amerikan hukuki realizmi, uygulamayı örnek göstererek hakimlerin normlara göre bir değerlendirme yapmak yerine hangi çözümün makul olacağına dair bir muhakeme sonucu karar verdiklerini savunur. Sonrasında, hukuki olmayan mülhazalar sonucunda uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak bir karar verdikten sonra, verdikleri bu kararı hukuki kılıfa sokmak için bu sefer mevcut kuralları kullanır (Golding, Edmundson, 2021: 103-104).

Eleştirel hukuk teorisyenlerine göre temelinde uzlaşmayı yatan “hukuki süreç” ekolü, (*due diligence*) çatışmayı temel alan hukuki realizm ekolünü gölgeler. Eleştirel hukuk teorisine göre gerçek hayatta yaşanan çeşitli boyutlardaki uyuşmazlıklar çok boyutludur. Mevcut hukuk bu uyuşmazlıkları ortadan giderebilmek için tatmin edici yöntemler ortaya koyamamaktadır (Golding, Edmundson, 2021:157-158). Hukuki süreç ekolü, egemen varlık gibi bazı güçlerin toplumda baskın inanç ve fikirler oluşturarak bu dogmatik inanç ve fikirlerin sonraki nesillerce devam ettirilmesini açıklamakta yetersiz kaldığında, bu yetersizliği işaret eden eleştiriler çatışma temelli hukuki realizm teorisinin gelişmesinde rol oynamıştır. Böylece hukuk sistemleri, Marksist hukuk teorisi tarafından, belli grup veya sınıfların diğer grup veya sınıflar üzerindeki iktidarına ait bir baskı aracı olarak kullanılması üzerinden eleştirilmiştir (Cotterell, 2000:152).

Geleneksel Marksist düşünceye göre hukuk sistemi güçlülere yana olacak şekilde gelişmiştir. Geleneksel Marksist düşünceye göre bu eğimin nedeni, modern toplumda zenginlerin çıkarı olarak ifade edilen güçlü olanın menfaati lehine olacak şekilde hareket etme öz bilincidir (Golding,

2 Eleştirel hukuk teorisi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Roberto Mangabeira Unger, “The Critical Legal Studies Movement,” Cambridge, Harvard University Press, 1986.; Şefik Taylan Akman, “Hukuk Politika ilişkisi bakımından eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, sy. 4 (Aralık 2012): 1271-1306.

Edmundson, 2021:162-163). Eleştirel hukuk teorisi bu yaklaşımı tamamen reddetmemekle birlikte yetersiz bulur. Zira eleştirel hukuk teorisyenleri, hakimlerin kararlarının gerekçelerinde sınıfsal ilişkileri uygun olduğu ölçüde gözardı ederek hukuku esas aldıklarına karşı çıkmaz. Daha da önemlisi eleştirel hukuk teorisine göre iş hukuku, medeni haklar ve benzeri konularda yapılan reformlar, işçilerin ve benzer durumdaki kişilerin koşullarını iyileştirmek konusunda samimi bir niyet güder (Golding, 2021:162-163).

Hukuk ile siyaset arasında belli ölçüde bir ilişki olduğu düşüncesi genel anlamda kabul görmektedir. Zira iktidar meşru olmak adına hukuksallığa muhtaçtır, pozitif hukuk kuralları da kural olarak iktidar tarafından oluşturulur ve korunur (Taşçier, 2009 :49). Eleştirel hukuk teorisi ise hukuk ile siyasetin arasındaki ilişkiyi kaçınılmaz bir ilişki olarak değerlendirir³ (Koskenniemi, 2005:17-18). Eleştirel hukuk teorisine göre; hukukun siyaset, ekonomi, tarih ve kültür gibi yapılardan ayrı ve dokunulmaz olarak var olan üstün normlar bütünü olduğunu savunmak mümkün değildir. Eleştirel hukuk teorisi; hukukun siyasetten ayrılamaz oluşunu ileri sürerken, belirsizlik tezi kavramı, nesnellik olgusu, hukukun siyasi yönü gibi hususlara vurgu yapar (Akman, 2012:1271-1276).

1. Uluslararası Hukukta Nesnellik Meselesi

Martti Koskenniemi, “From Apology to Utopia” adlı eserinin birinci bölümünde, klasik hukuk anlayışının uluslararası hukukun uluslararası siyasetten farklı ve bağımsız olarak var olduğu iddiasını iki unsura dayandığını ve bu iki unsurun bir arada bulduklarında nesnellik kavramı ile açıklandığını ifade eder. Bu unsurlardan ilki normatifiktir. Klasik görüşe göre uluslararası hukuk, normatif kurallar bütünü oluşturarak uluslararası siyasi düzenden ayrılır. Böylece hukuk, siyasetten farklı olarak, sadece insanların yaptığını betimlemeyecek aynı zamanda süjelerine yapılması ve yapılmaması gereken davranışları açıklayacaktır. Uluslararası hukukun

3 Bkz. Koskenniemi, 2005:17-18: “*But while law emerges from politics and diplomacy, it is assumed to remain separable from them.*”

nesnel yapısını oluşturan unsurlardan ikincisi ise somutluk (kesinlik) şartı olup devletler arasındaki düzene ilişkin öznel görüşlerden uluslararası siyasete nazaran daha az etkilenmesi anlamına gelmektedir (Koskenniemi, 2005:16-22).

Eleştirel hukuk teorisi, belirsizlik tezi ile formalizm ve objektiflik gibi kavramlara karşı çıkmakta ve hukukun ötekileştirici ve baskılayıcı boyutlarını tartışarak teorinin toplumdaki bazı gruplar lehine iktidar ve meşruiyet kazandığını iddia eder (Turan, 2021:12). Kendisi de bir son dönem eleştirel hukuk teorisyeni olan Koskenniemi'ye göre uluslararası hukukun uluslararası siyasetten bağımsız olarak varlığını ispatlayabilmek için iki hususun ispatlanması gerekmektedir. Bir yandan uluslararası hukuk ile devletlerin davranışı, iradesi ve çıkarı arasında ayırım yapılarak uluslararası hukukun normatif yapısı; bir yandan da doğal hukuk ve etikten ayrılarak somutluğu ispatlanmalıdır (Koskenniemi, 2005:17-21). Bahsi geçen iki unsur bir arada nesnelliği oluşturmaktadır.

Koskenniemi'ye göre nesnellik ütopya iken, öznellik apolojidir. Açıklanan dezavantajları nedeniyle bu iki uç sistem de istenen sonucu vermemektedir. Koskenniemi'ye göre bu çıkarımdan varılması gereken sonuç, uluslararası hukukun varlığını ispatlayabilmek için hukukun aynı zamanda hem normatif hem de somut olduğunu yani devlet davranışı, iradesi veya çıkarı haricinde de devletleri bağladığını ancak yine aynı devletin davranışı, iradesi veya çıkarı ile hukukun varlığının doğrulanabilmesi gerektiğidir. Koskenniemi apoloji ve ütopya tehlikesinden ancak normatiflik ve somutluğu birleştirerek korunulabileceğini ifade etmektedir (Koskenniemi, 2005:17-21). Daha açık bir ifadeyle, devlet davranışı, iradesi veya çıkarına gereğinden fazla bağımlı olan bir hukuk sistemi normatifliğini kaybetmekte ve yalnızca sosyolojik bir analize dönüşmektedir. Koskenniemi bu durumu apoloji kavramıyla açıklamaktadır. Tam tersi durumda ise içeriğini güvenilir bir yolla ispatlamaktan aciz ve ütöpik bir hukuk sistemi ortaya çıkmaktadır.

Her ne kadar birtakım tarihi örneklere bakıldığında askeri, siyasi veya ekonomik yönden daha güçlü devletlerin gerçekleştirdikleri uluslararası

hukuka aykırı fiilleri meşru kılacak bir zemin dahi aramadığı görülse de, liberal görüş gibi kimi görüşler uluslararası hukuk sayesinde uluslararası barışın kurularak sürdürülmesinin mümkün olduğunu değerlendirir (Demirkol, 2023:42, 48). Koskenniemi'nin teorisi ise salt uluslararası hukukun barış ve adaleti sağlamak açısından yeterli olduğunu savunan görüşe karşı çıkar.

Bir görüşe göre, Koskenniemi apoloji (somutluk) ve ütopya (normatifiklik) arasındaki farkı olduğundan daha derin göstererek hataya düşmektedir (D'Aspremont, 2006:356-357). Bu görüş somutluk ve normatifiklik arasındaki uyumsuzluğun ancak tüm hukuki uyumsuzluklara salt teorik bir bakış açısından bakıldığında sorun oluşturabileceğini ifade eder.

Koskenniemi'nin uluslararası hukuka ilişkin görüşleri, diğer hukuk sistemlerinin de kusursuz olmasa dahi uygulandığı ileri sürülerek de eleştirilmektedir. Koskenniemi tarafından apolojik olarak nitelendirilse dahi uluslararası hukuk devletlere uymaları gereken ve bir yere kadar birtakım uluslararası organlar tarafından icra edilen bazı normatif düzenlemeler getirir (D'Aspremont, 2006:356-357). Uluslararası hukukun işleyişinde diğer tüm hukuk sistemleri gibi bazı problemler çıkabilecektir. Uluslararası hukuk bu tür zayıflıklara rağmen bir sistem olarak varlığını sürdürmektedir (D'Aspremont, 2006:356-357).

1.1.Hukuk Düzeninin Normatifliği

Yukarıda izah edildiği üzere, Koskenniemi'nin teorisine göre hukukun nesnel olabilmesi için hukukun hem somut hem de normatif olması gerekir. Uluslararası hukukun devlet iradesi tarafından ortaya konması somut olduğu anlamına gelmektedir. Devletlerin kendi koydukları kurallarla bağlı olmaları uluslararası hukukun normatif yönüdür. Hukukun nesnel olduğundan söz edebilmek için hukuk normatif olmalıdır yani hukuk kurallarının ortaya çıktığı toplumun sosyal koşullarından ayrı bir şekilde var olması ve bağlayıcı olması gerekmektedir. Hukukun devlet davranışından en azından bir yere kadar özerklik kazanması, yani tarafsız şekilde tespit

edilmesi ve uygulanması anlamına gelecek şekilde normatif olması gerekmektedir (Koskenniemi, 2005:38-40). Hukuk norm ve ilkeleri ne kadar somut olurlarsa o ölçüde devlet davranışının apolojisi yani bir tür savunması haline gelmektedir. Norm ve ilkeler normatifleştikleri ölçüde ütopya olmaktadır ve meşruiyet sorunu ortaya çıkmaktadır. Böylece uygulayan kişiye ve uygulanma şekline bağlı olarak hukuk, normatifik ve somutluk arasında devamlı olarak gel-git halindedir (Güneş, 2021:44-45).

Koskenniemi'nin ikili karşıtlık teorisine dair getirilen bir diğer eleştiri; adalet veya karışmama ilkesi gibi soyut ve normatif ilkelerin herhangi bir hukuki etkisi olmadığı ve bir fayda sağlamayacakları iddiasının oluşturduğu risklere ilişkindir. Bu görüşe göre, bu türden ilkelerin etki doğurmayacağına kabulü, tiranlık veya diktatörlük gibi sistemlerin ortadan kaldırılması düşüncesini zayıflatmak için kullanılmaya müsaittir (Rasulov, 2016:662). Böylece adalet kavramı gibi bazı soyut hukuki kavramların salt siyasi amaçlarla kullanıldıklarına dair bir yanlıya düşülerek içinin boşaltılması riski ortaya çıkar.

Benzer bir görüş, uluslararası hukukun belirli bir amaç gütmesi (örneğin, adaleti sağlamak gibi) gerektiğini önermektedir. Uluslararası hukuk sistemi birbirinden bağımsız egemenlerin oluşturduğu ve normatif bir sistem tarafından yönetilen bir sistem olup uluslararası hukukun işlevsel olabilmesi için değişmesi ve yeni sosyal standart ve taleplere uyum sağlayabilmesi için hukuki bir zemine ihtiyacı vardır (Desautels-Stein, 2016:691). Uluslararası hukukun normatif bir sistem olabilmesi için sonradan ortaya çıkan sosyal ihtiyaçlara uyum sağlayabilmesi gerekir. Uluslararası hukuk yeni sosyal ihtiyaçlara uyum sağlamakta yetersiz kalırsa veya amaçtan yoksun kalırsa işlevsiz ve hatta zararlı hale gelebilecektir (Alvarez, 1929:36-42).

1.2.Hukuk Düzeninin Somutluğu

Uluslararası hukukun uluslararası toplumun aktörlerinin davranışlarına dair bir neden-sonuç ilişkisi üretemeyeceğine dair yaygın görüşe rağmen uluslararası hukuk aktörlerinin söylemleri üzerinde artan bir etkiye

sahip olduğu söylenebilir (Turan, 2021:6). Koskenniemi'ye göre hukuk somut olmak zorundadır çünkü sosyal bir temele dayanmayan hukuk öz-nelleşecektir (Koskenniemi, 2005:15-21). Koskenniemi'nin somutluk (concreteness) olarak açıkladığı bu kavram aslında hukuki kesinlik (belirlilik) ilkesiyle örtüşür. Zira Koskenniemi bu ilkenin yokluğunda hukuk sisteminin belirsizlik tezi problemiyle karşılaşacağını iddia eder. Hukuki kesinlik ilkesi, bir bakıma hukukun üstünlüğü ilkesinin uzantısı olarak ortaya çıkar (Gülçür, 2018:197-214).

Venedik Komisyonunun 106. Genel Oturumunda 2016 yılında “Rule of Law Checklist” yani hukukun üstünlüğünün unsurlarını içeren bir liste kabul edilmiştir. Tüm bu şartlara uyan kurallar, hukukun üstünlüğü ilkesine uyduğundan meşrulaşacaktır. Böylece söz konusu kuralların sosyal açıdan temelini bulduğundan bahsedilebilecektir. Koskenniemi'nin bahsettiği somutluk şartı da bu sosyal temelin kurulması ile ilintilidir.

Bu metne göre hukuk kurallarının meşruluğu, birtakım ilkelere bağlanmıştır: hukuki kesinlik ilkesi, yasamaya ve mahkeme kararlarına erişim, kanunların öngörülebilirliği, hukukun tutarlı olması, hukukun meşru beklentileri karşılaması, geçmişe dönük işlem yapmama, kanunsuz suç ve ceza olmaması ilkesi, res judicata (kesin hüküm ilkesi). Böylece hukuki kesinliğin koruma altına alınabilmesi için yasama ve yargının şeffaf olması yani yasama işlemlerinin yürürlüğe girmeden yayınlanması ve ücretsiz erişime açık olması, mahkeme kararlarının istisnalar dışında kamunun erişime açık olması, kanunların anlaşılabilir şekilde yazılması gerekir.

Kanunların tutarlı şekilde uygulanması gerekse de hukukun değişen şartlara uyum sağlayabileceği göz önünde tutulmalıdır. Ancak bu değişimin kamu bilinciyle ve tartışması ile gerçekleşmesi ve meşru beklentilerin güvence altına alınarak zarar görmemesi gerekmektedir. Meşru beklentilerin karşılanması ise iyi niyetle hareket eden kişilerin meşru beklentilerinin boşa çıkarılmaması anlamına gelmektedir. Ceza hukukunda geçmişe dönük düzenlemenin yasaklanması ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi de yine hukuki belirliliğin bir kıstasıdır. Kesin hüküm ilkesi ise bir suçtan

dolayı iki defa ceza verilmemesi ilkesine uyulup uyulmadığı, nihai yargısal kararların yeniden incelenip incelenmediği ve eğer nihai kararlar yeniden inceleniyorsa hangi şartlar altında incelendiğine ilişkin bir kıstastır. Kesin hüküm ilkesi gereğince nihai kararlara saygı duyulmalıdır. İkna edici nedenler bulunmaması durumunda kesin hükümler hakkında yeniden değerlendirme yapılmamalıdır (Rule of Law Checklist:25).

1.3.Normatiflik ve Somutluk Şartlarının Değerlendirmesi

Koskenniemi'ye göre hukukun nesnellüğünden ve sosyal bilimlerden farklı olarak var olduğundan bahsedebilmek için gerekli olan somutluk ve normatifliğin aynı anda ve derecede bulunması söz konusu değildir (Koskenniemi, 2005:17-22). Böylece uluslararası siyasete de etki eden apoloji ve ütopya karşıtlığı ortaya çıkmakta ve bunlar yükselen ve alçalan argümanları, uluslararası hukuk uyuşmazlıkları çözümlenirken kullanılan meşru kılma yöntemlerini oluşturmaktadır. Özetle, devlet iradesini aşkın ve soyut bir ilke olan adalet uluslararası hukuk sisteminden çıkarılarak bu ilkenin normatif sorun çözme kapasitesine zarar verilmiştir. Koskenniemi'nin "From Apology to Utopia"da bahsettiği zıtlıklar, hukukun kendi içerisinde (hukuk dışı unsurlardan bağımsız olarak) bir çözüme ulaşılmasının imkansız olmasına neden olmaktadır.

Uluslararası hukukun iç hukuktan oldukça farklı yapısı nedeniyle normlar arasında hiyerarşi olmayışı, merkezi yapılanmanın yokluğu ve egemenler ile uluslararası toplum arasında uyumu sağlayacak adalet gibi bir aşkın ilkenin olmayışı egemenlerin keyfi kararlar almasının önünü açabilmektedir. Devletler önlerine gelen uyuşmazlıklarda ya egemenliklerini ön planda tutarak yükselen argümanlarla çözüm bulacak ya da insan haklarını egemenlikten ön planda tutarak alçalan argümanları kullanacaktır (Koskenniemi, 2005:67). Uluslararası hukuk sisteminde merkezi otorite olmadığından hukukun ne olduğuna dair tutarlı bir açıklama getirilememekte ve merkezi karar alma ve yaptırım mekanizmalarının yokluğu özneliği ön plana çıkarmaktadır (Güneş, 2010:31-58).

1.4.Koskenniemi'nin Teorisinde Yükselen ve Alçalan Argümanlar

Koskenniemi uluslararası hukukun uluslararası toplumun aktörlerinin davranışlarının hukuka uygunluğunu veya aykırılığını teşhis etmek veya eleştirmek için olduğu kadar meşrulaştırmak için de uygun olduğunu ileri sürer (Koskenniemi, 2005:67-70). Böylece doğal hukuk yaklaşımının benimsendiği bir görüşte doğal bir ahlakilik olduğu varsayımında bulunulur ve uluslararası hukukun normatif içeriği anlaşılabilir hale gelir. Tam tersi durumda pozitivist bir perspektiften bakıldığında, egemen gücün koyduğu her türlü kuralın hukuku oluşturduğu kabul edileceğinden eleştirel bir yorum getirilemeyecek ve dolayısıyla egemenin her tarafı onaylanır duruma gelecektir (Koskenniemi, 2005, 67-70,87-88; Çelebi, 2010:75).

Koskenniemi, *From Apology to Utopia*'da Water Ullmann'a atıfta bulunur ve bu iki uç sonuca neden olan ikilem halini alçalan ve yükselen argümanlar olarak açıklar (Koskenniemi, 2005:59). Böylece alçalan argümanlar adalet, ortak çıkarlar ve evrenselliği ön planda tutar. Yükselen argümanlar ise devlet davranışı, iradesi ve çıkarını diğerlerine önceler (Çelebi, 2010:75). Koskenniemi'ye göre liberal yaklaşımın getirdiği bu belirsizlik hali ve uçlarda dolanma halinin çözümünde hukuki karar alma sürecinin şekilsel olmayan veya hukuk dışı ancak hukuku etkileyen unsurları inceleyerek toplumsal düzende zayıf olan aktörler için de uygun imkanlar sunulabilecektir. Bu uluslararası hukukun iyileştirici potansiyelinden ve eleştirel yaklaşıma açık olmasından kaynaklanır (Çelebi, 2010:75-76).

2. Uluslararası Hukuk ve Egemenlik Kavramı

Hukuk kuralları değişip dönüşse dahi egemenlik, eşitlik ve özgürlük gibi kavramlar dönemler boyu hukuk sistemlerinde varlıklarını korur. Ancak hukuk kurallarındaki değişiklik, farklı dönemlerin hukuk düzenleri çerçevesinde ilerlediğinden ekonomik ve siyasi yaklaşımları yakından ilgilendirir. Değişim ilişkilerinin yapısı uluslararası toplumun temel süjesi olan devletleri belirli davranışlara zorlar (Çelebi, 2010:81). Hukuk kurallarının içeriği değişse de hukuk sistemleri içerisindeki soyut kavramlar aynı

kalır. Bu kavramlar egemenlik, eşitlik, özgürlük, sözleşme ve adalet gibi kavramlardır. Hukuk kurallarının içeriğindeki dönüşüm süjeleri değiştirir (Çelebi, 2010:81). Koskenniemi, liberal hukuk yaklaşımının egemene olan bakış açısını eleştirirken bir açmazdan bahseder. Ona göre liberalizm ya temel hak ve özgürlükler gibi egemen iradeyi sınırlandıran ahlaki ilkeyi kabul etmek suretiyle liberalizmden uzaklaşmayı kabul etmeli ya da bireyden önce dahi var olan ahlak ilkelerini reddetmelidir. Liberal yaklaşım bu ikinci ihtimalde ise toplum düzeni ile bireylerin özgür iradesi arasındaki çatışma ihtimalini çözümleyemeyecektir (Koskenniemi:85).

Koskenniemi'nin teorisinde egemenlik doktrini, etkililik ve meşruiyet arasındaki zıtlığı çözümlenmeye çalışmaktadır. Egemen haklar, yargı yetkisi, uluslararası ve ulusal organların yetkileri, dokunulmazlık gibi hususlar egemenlik doktrininden kaynaklanmaktadır. Kaynaklar ve egemenlik hukuki içerik açısından zıt başlangıç noktalarını oluşturmaktadır. İlk başta hukuk ve devlet gücü uyuşmaz ve ayrık görünse de kimi durumlar bu iki başlangıç noktasının kesişmesine neden olabilmektedir. Kaynak doktrinine göre egemenliğin bağımsız normatif bir bağlamı yoktur. Örnek vermek gerekirse yargı yetkisi; uluslararası hukukun kaynakları, yani uluslararası antlaşmalar, uluslararası örf ve adet hukuku ve hukukun genel ilkeleri tarafından tanımlanmaktadır (Koskenniemi, 1997:569-570).

Ulusal hukuk sistemlerinde yükselen ve alçalan argümanlar bireysel egemenlik kavramları üzerinden açıklanmaktadır. Bu egemenlik kişilere tanınmış olan girişim ve sözleşme serbestisi gibi bazı özgürlüklerden ibarettir. Koskenniemi'nin yükselen ve alçalan argümanları uluslararası hukukta egemenlik üzerinden açıklansa da devletleri aşkın bir kuvvet bulunmadığından bu argümanlar devletlerin birbirini üzerindeki gücü ile tanımlanmaktadır. Bu da hukukun kuvvet kullanımını içerecek bir bağlama sahip olmasına neden olmaktadır (Çelebi, 2010:82). Modern devletler sisteminin daha eski dönemlerdeki gibi yalnızca devletlerin egemen eşitliği prensibi üzerinde inşa edilmemiş olduğunu iddia eden bir görüş de vardır (Güneş, 2010:31-58).

Liberalizm Koskenniemi'ye göre iki yönlü bir zıtlığa neden olmaktadır. Zira liberal bir hukuk anlayışı benimsendiğinde iki tür sonuca varmak mümkün olacaktır. İlk varsayıma göre bireylerden önce ve onlardan üstün ahlaki bir ilkenin var olmadığı kabul edilecektir ve sosyal düzen ile bireylerin iradesi arasındaki çatışma olasılığı çözümsüz kalacaktır. İkinci varsayıma göre ise egemen iradeyi sınırlandırarak insan haklarını ön plana alan üstün bir ahlaki ilkenin varlığı kabul edilerek liberalizmden uzaklaşılacaktır (Koskenniemi, 2005, s.85).

Koskenniemi'ye göre modern uluslararası hukukta egemenlik kavramı ile ulusal hukukta liberal anlamdaki özgürlük kavramı benzer rol oynamaktadır. Egemenlik kavramı uluslararası toplumdaki düzenin normatif temelini oluşturan haklar ve görevler içermekte ve devlet olmanın şartlarına dair bazı özellikler içermektedir. Modern hukukçulara göre egemenlik bağımsız güçle ilgili olup başka bir görüş egemenlikte özgürlük ve bağımsızlığın temel alınmamasına neden olacaktır. Bu da liberal hukukun istemediği sonuçlara neden olacaktır, zira liberal anlayışa göre özgürlük kaynaklı olmayan kısıtlamalar dayanaktan yoksundur. Özgürlük kaynaklı kısıtlamalara serbest rıza ile konulan kısıtlamalar örnek olabilir (Koskenniemi, 2005:300). Örneğin devletler bir araya gelerek insan haklarını korumaya dair bir uluslararası antlaşma yaptıklarında ve uyguladıklarında rızaları ile kendilerini kısıtlamış olurlar.

Koskenniemi egemenlik temelli uluslararası hukuk anlayışının desteklenebilmesi için egemenliğe dair genelgeçer ve önceden belirgin bir kural olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kural ise ya doğal hukuk kuralı ya da diğer devletlerce oluşturulmuş bir kural olabilmektedir. Koskenniemi iki varsayımı da kabul edilebilir bulmamıştır. Koskenniemi'ye göre doğal hukuk ile egemenlik ve özgürlüğün sınırları belirlenmiş olsaydı geleneksel dönem ile modern dönem arasında fikir ayrılığı olmaması gerekirdi. Diğer varsayıma göre ise özgürlüğün sınırları diğer kişilerce belirlenmiş olsaydı başlangıçta özgürlükten söz etmek mümkün olmayacaktır. Her iki varsayım da iki uç olup tek başına yalnızca farklı kutuplardan ibaret ve çözüme uzak zıtlıkları oluşturacaktır(Koskenniemi:301-302).

Koskenniemi bu ikili ayırmadan kurtulmanın çözüm yolunun ikisinin bir sentezi olduğunu ifade etmektedir. Ona göre uluslararası hukukun içeriği öncelikle doğal ve devletleri aşkın şekilde var olan adalet kavramı ile belirlenmelidir. İkinci adımda ise maddi gerçeklikler göz önüne alınmalıdır. Uluslararası hukuk uygulamasına bakıldığında uyumsuzluk çözümlerinin her iki yol ortaklaşa kullanılarak elde edildiği gözlemlenebilir. Devletler arasında bir uzlaşma olduğundan bahsedebilmek için yargı organları tarafından devlet uygulama ve davranışları gözlemlenmekte ve yorumlanmaktadır. Yalnızca üstün adalet ilkeleri ile yapılan yorumlar devletler tarafından kabul görmemektedir. Devletler egemenlikleri hakkında önceden hazırlanmış sonuç ve kurallara izin vermemektedir. Aynı zamanda uluslararası hukukta bir varlığın egemen olup olmadığı sonucuna hem gerçeklikler hem de normatif unsurlar (örneğin 1933 Montevideo Sözleşmesindeki devlet tanımı) ele alınarak karar verilmektedir (Koskenniemi:301-302).

2.1.Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Siyaset İlişkisi

Koskenniemi hukukun devamlı olarak siyasete karşı bir koruma kalkanı gibi kullanılma tehlikesinde olduğunu söylemektedir. Hatta bu iddiasını daha da ileri götürerek hukukun “subjektif, siyasi bir seçim” (Koskenniemi, 2005:17) olduğunu ifade etmektedir. Uluslararası hukukun da uluslararası siyaset gibi öznel ve siyasi çıkarları doğrultusunda hareket eden devletlerin iradesinden ortaya çıktığı ancak hukukun siyaset ve diplomasiden ayrılabilmesi ve devletin çıkar ve düşüncelerinden bağımsız olarak bağlayıcı olabileceği varsayılmaktadır. Tam tersi durumda yani hukukun tamamen devlet davranışı, iradesi veya çıkarından ayrıldığı durumda ise hukukun kaynağını nereden alacağı ve meşruiyeti sorunu ortaya çıkmaktadır. Koskenniemi'ye göre bu durumda hukuk yalnızca doğal bir ahlakilikten ve devletlerin görüş ve çıkarlarından da önce var olan normatif kurallar bütününden ibaret olacaktır. Daha geleneksel görüşler bu varsayımda bulunuyor olsa da modern görüşe göre hukuk devletlerin somut davranışı, iradesi ve çıkarından doğan beşeri bir yapıdır. Uluslararası hukukun somutluğu hususu değişen devlet davranışı, iradesi ve çıkarından etkilenmesi

söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Bu durum hukukun siyasi yönünü yansıtmaktadır (Koskenniemi, 2005:18-19).

Koskenniemi'nin amacının yeni nesil hukukçuları sosyal teoriye açık hale getirmek olduğunu düşünen bir görüş vardır. Bu görüşe göre Koskenniemi'nin asıl amacı bu ise, çalışmaları doktrinde olumlu karşılanacaktır, zira çoğunluk uluslararası hukukun sosyal altyapısından ayrı düşünüle-meyecek sosyal bir ürün olduğunu zaten kabul etmektedir. Uluslararası hukuk kural yığını olmaktan daha fazlasıdır. Ancak bu tür bir görüş aynı zamanda karışıklığa da neden olabilecektir. Eleştirel hukuk çalışmalarının ortaya çıkarması muhtemel risk, uluslararası hukukun bir sistem olarak anlaşılmasının sona ermesi ve mantıki açıdan tutarsız olan belirsiz bir disiplin olarak yorumlanmaya başlanmasıdır (D'Aspremont, 2006:355).

Koskenniemi "From Apology to Utopia" adlı eserinde uluslararası hukukun siyasi içyüzünü ortaya çıkarmak için bir girişimde bulunmuştur. Ona göre bir uluslararası hukukçunun hukukçu kimliğini sosyal bilimci veya siyasetçi kimliğinden ayrı tutmaları imkansızdır. Ona göre siyasetin dışında tarafsız bir hukuk alanı yer almamaktadır ve avukatlar da bu temel anlayışı mesleki kimliklerine entegre etmelidir (Bernstorff, 2006:1018).

Koskenniemi'nin teorisindeki amacın yeni nesil avukatların sosyal teoriyi benimsemelerine dair bir çağrı olabileceği düşünülmektedir (D'Aspremont, 2006:355). Bu görüşe göre Koskenniemi'nin projesinin gerçekten bu sonucu amaçladığı olasılıkta Koskenniemi'nin uluslararası hukuk teorisini doktrinde geniş bir kabul görecektir zira uluslararası hukukun sosyal bağlamından ayrılması çok zor olan sosyal bir ürün olduğunu çok az kişi reddetmektedir. Koskenniemi'nin eleştirel çalışmaları doğrultusunda uluslararası hukuka bir hukuki sistem bakış açısından bakılmak yerine tutarlı bir mantıki bütünlükten yoksun belirsiz ve tek başına ayakta durmaksızın devamlı olarak çevresel etkenlerden etkilenen belirsiz bir disiplin olarak anlaşılacaktır (D'Aspremont, 2006:355).

Koskenniemi'ye göre hukukun yalnızca devletlerin veya ulusal hukuklarda bireylerin hukukun ne olduğuna dair görüşleriyle onaylanan veya meşru hale gelen bir kavram olarak yorumlanması hukukun o kişilerin

siyasi görüşlerinden ibaret olmasına neden olacaktır. Uluslararası hukukta merkezi otoritenin ve uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasını denetleyecek tek bir mekanizmanın olmayışı (Pazarcı, 2021:6-7) devletlerin kimi zaman yalnızca siyasi görüşlerine uyan ve menfaatleri ile örtüşen kuralları kabul etmelerine neden olur (Koskenniemi, 1990:11).

Hukukun yalnızca uluslararası toplumda uygulama alanı bulan ve işlevsel şekilde uygulanan kurallardan ibaret olduğu düşüncesi oldukça sorunludur. Çünkü uluslararası toplumda bazı hukuk kurallarının uygulanması devletlerin yaşamsal çıkarlarıyla örtüşmediğinde devletler hukukun başka kurumlarını bahane göstererek bu kurallara uymuyor olmalarını meşru gösterebilmektedir. Bu durumda genel bir ifade ile güçlü devletlerin yaşamsal çıkarlarına uymayan kuralların uygulanmadığı veya kuralların güçlü devletlere çıkar sağlayacak şekilde uygulandığı söylenebilir. Bu halde hukuk devamlı olarak güçlü devletlerinin çıkarlarına dair bir savunmaya dönüşme tehlikesindedir (Koskenniemi, 1990:11).

From Apology to Utopia, Koskenniemi'nin uluslararası hukuka içkin siyaseti ortaya dökme çabasıdır. Koskenniemi'ye göre uluslararası avukatlar hukukçu oldukları kadar bir sosyal bilimci veya siyasetçilerdir ve bu kimliklerinden tamamen ayrı bir hukukçu kimlikleri bulunmamaktadır (Koskenniemi, 2005, supra note 2, 1). Siyasetten ayrı bir kümede nötr ve tarafsız hukuki bir bölge bulunmamaktadır. Dolayısıyla uluslararası avukatların profesyonel mesleki kimliklerine bu varsayımı entegre etmeleri gerekmektedir (Bernstorff, 2006:1018).

2.2.Belirsizlik Tezi

Eleştirel hukuk teorisine ilişkin en önemli kavramlardan biri de “belirsizlik tezi”dir. Genel bir ifadeyle bu tez, ortalama bir hukuk sistemine ait hukuki kaynakların herhangi bir uyumsuzlukta herhangi bir sonucu haklı çıkarmak için yeterli olduğunu ifade etmektedir (Golding, Edmundson, 2021:160). İşte eleştirel hukuk, eleştirel hukuk teorisyenlerinin sistemin

ortaya çıkardığı hatalar olarak gördükleri savaş ve açlık gibi felaketlerle yine sistemin sağladığı olanaklarla mücadele etmenin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Onlara göre, eleştirel düşüncenin süzgecinden geçirilmiş hukuk kuralları iyileştirici bir etkiye sahiptir ve sistemin oluşturduğu sonuçları çözebilecek güce haizdir. Bir başka ifadeyle, uluslararası sistemin ortaya çıkardığı olumsuz etkiler normların içerisinde yer alan ve normlarla iç içe olan eşitsizlikler giderildiğinde çözüme kavuşturulmuş olacaktır (Çelebi, 2010:71-72).

Belirsizlik tezi esasında realist teoriye dayanmaktadır. Realistler hukukun belirsizliğini iddia ederken iki tür belirsizlikten bahsetmektedir. İlk olarak hukukun mantıksal belirsizliği aynı hukuki uyumsuzluğa yalnızca tek bir hükmün verilmesinin zorunlu olmayışı yani aynı sebeplere dayanılarak farklı hükümlerin gerekçelendirilebilmesi anlamına gelmektedir. Onlara göre hukuktaki kanun veya içtihatların yorumlanmasında kullanılan çelişkili olmasına rağmen geçerli yorum yöntemleri bu mantıksal belirsizliğe işaret etmektedir. İkinci olarak ise hukukun nedensel olarak belirsizliği hukuki sebeplerin hakimlerin verdikleri kararı gerekçelendirmekte yetersiz kalışını ifade etmektedir (Golding, Edmundson, 2021:105-107).

Koskenniemi'ye göre uluslararası uyumsuzlukların içerisinde taraflarının istediği yöne çekmesine imkan olan terimler ve argümanlar bulunmaktadır. Dolayısıyla kötü yöne çekilmesi mümkün olduğu gibi uluslararası hukuk haklı ancak nispeten güçsüz taraflar için iyileştirici bir müdahale zemini oluşturmaktadır (Koskenniemi, 2005:59). Eleştirel teori bu durumda hukuk normlarının içerdiği eşitsizliklerin ortaya çıkarılması ve istenilir şekilde düzeltilmesinde katkıda bulunacaktır (Çelebi, 2010:72).

Koskenniemi'nin eleştirel teorisinin Frankfurt Ekolünden etkilendiği açıktır. Koskenniemi teorisinde liberal siyasi ve uluslararası hukuk düşüncesinin asıl yüzünü ortaya çıkarmayı amaçlamıştır. Liberalizmin hukukun nesnellğine dayanması ve siyasete öncülenmesi hatalı bir varsayım olarak görülmektedir. Belirsizlik teziyle bu varsayımın yanlışlığı ispatlanmaktadır (Singh, 2016:703). Zira belirsizlik tezi kısaca uluslararası hukukun aktör-

lerinin davranışını meşrulaştırmaya da eleştirmeye de elverişli olduğunu ifade etmektedir.

Devletler uluslararası hukuk politikalarını oluştururken doğal hukuku pozitif hukuka veya uluslararası toplumun refahını devlet egemenliğine tercih ederlerse doğal hukuku kabul etmiş olurlar. Ancak bu durum uluslararası hukukun normatif içeriğini devletlerin iradesine bağlayan iradeci pozitivist anlayışa ters olduğu gibi normların kaynaklarını da belirsiz hale getirmektedir (Çelebi, 2010:82).

Tam tersi durumda ve pozitif hukuk esastan bakıldığında ise devletlerin bir araya gelerek kabul ettiği tüm normlar hukuk olarak kabul edildiğinde eleştirel yorumdan mahrum kalan uluslararası hukuk devletlerin özellikle yaşamsal çıkarlarına uygun olarak yaptıkları her tür egemen davranışın eleştirilmeksizin onaylanma riskine yol açmaktadır. Koskenniemi Walter Ullmann⁴ın teorisinden faydalanarak bu tezatlığı alçalan ve yükselen argümanlarla açıklamaktadır. Alçalan argümanlar adalet, uluslararası toplumun ortak çıkarları ve egemenlik gibi kavramları devletlerin irade ve davranışlarına incelemektedir. Yükselen argümanlar tam tersini yaparak devlet çıkarı, iradesi ve davranışlarını diğer tüm çıkar ve davranışlarından ön plana almaktadır (Çelebi, 2010:82).

Koskenniemi'ye göre belirsizlik teorisini iyileştirici yaklaşım yoluyla eleştirel hukuk teorisinin amaçladığı eşitlik ve adalete ulaşmak için kullanmak da mümkündür. Hukuki karar alma sürecinin hukuk dışı unsurları görmezden gelinmeyerek bu amaca ulaşılması mümkündür (Çelebi:75-76). Zira Koskenniemi uluslararası hukukun eşit olmasa da uluslararası uyumsuzluğun taraflarının kullanımına açık olduğunu ve kimi zaman birbiriyle çelişen ifadeler barındırdığını ve uyumsuzluğun haklı ancak güçlü olmayan tarafı için iyileştirici bir müdahale zemini oluşturduğunu savunmaktadır (Koskenniemi, 2005:59; Çelebi, 2010:72).

4 Walter Ullmann'ın alçalan ve yükselen argümlara ilişkin teorisini hakkında daha fazla bilgi için bkz. Walter Ullmann, "Law and Politics in the Middle Ages; an introduction into the sources of medieval political ideas." New York: Cambridge University Press, 1976.

2.3. Uluslararası Hukukun Bölünmesi

Egemenlik ile bağlantılı olarak ortaya çıkan bir diğer uluslararası hukuk meselesi ise uluslararası hukukun bölünmesidir. Bu husus, son zamanlarda uluslararası hukukun çeşitli alanlara ayrılması ve dallanıp budaklanması ile ortaya çıkmış olup, Koskenniemi tarafından da çeşitli makaleler ile dile getirilmiştir. Koskenniemi'ye göre, uluslararası hukukta merkezi yapılanma, otorite ve merkezi karar alma organı olmayışı ve eşit egemen devletler tarafından oluşturulan hukuk kuralları uluslararası hukukun bölünmesine neden olmuştur (Koskenniemi, 2002:567-568).

Uluslararası hukukun tüm kaynakları ve uluslararası tüm kurallar dünyadaki bütün devletler açısından bağlayıcı değildir. Örneğin uluslararası antlaşmalar yalnızca taraf devletler arasında bağlayıcıdır. Bu uluslararası antlaşmaların kimi zaman uygulanması adına bazı organlar kurulmuştur. Bu organlara da antlaşmaların yürütülmesi adına birtakım yetkiler verilmiştir. Uluslararası hukukta merkezi otorite ve karar merciinin olmaması ve farklı alanlarda yapılan çok sayıda ikili veya çok taraflı antlaşmalar uluslararası hukukun bölünmekte olduğuna dair bazı görüşleri ortaya çıkarmıştır (Koskenniemi, 2002:567-568).

Uluslararası hukukun bölünmesi farklı nedenlerle tetiklenmektedir. Uluslararası hukukun merkezi otoriteden yoksun oluşunun yanı sıra küreselleşme, devletleri ekonomik nedenlerle egemenliklerini sınırlamak ve serbest dolaşıma izin vermek zorunda bırakmıştır. Uluslararası kural koyucuların çokluğu, kural oluşturma sürecine katılan iç aktörlerin çokluğu ve uluslararası hukukta merkezi bir yargılama merciinin olmaması gibi nedenlerle uluslararası hukuk çok farklı dallara bölünmüş ve hem benzer hem farklı alanlarda birçok düzenleme ortaya çıkmıştır (Kaya, 2012:151-163).

Koskenniemi hazırlamış olduğu Uluslararası Hukuk Komisyonunun Uluslararası Hukukun Bölünmesine Dair Çalışma Grubu Raporunda (Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006) uluslararası hukukun bölünmesi hususuna değinmiştir. Böylece bu husus uluslararası hukukta daha geniş çevrelere yayılarak tartışma konusu haline

gelmiştir. Uluslararası hukukun bölünmesi bir görüşe göre artık istisnai bir durum olmaktan çıkıp kural haline gelmiştir (Broude, 2013:279-283). Koskenniemi bu çalışması ile bölünmeyi desteklemeyi veya hızlandırmayı çabalamamıştır. Bölünme uluslararası hukuk sùjeleri tarafından meydana getirilmektedir, Koskenniemi ise yalnızca uygulama üzerinde gözlemler yaparak bölünmeyi yorumlamıştır (Broude, 2013:279-283).

Koskenniemi Raporda bölünme bakımından kurumsal ve siyasi unsurlardan çok uygulanabilir çözümlere odaklanmıştır. Böylelikle Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde yer alan yorum kuralları⁵ iyileştirici özellikleri bakımından gündeme alınmıştır. Böylece hukuk kuralları arasında bölünme nedeniyle çatışma çıktığında devletlerin uluslararası sözleşmeler ile üzerinde anlaştıkları yorumlama kuralları uygulanabilecektir. İyileştirici etki kendisini bölünmeye karşı uygulanabilecek çözümler bakımından göstermektedir. Koskenniemi'ye göre bölünme zannedildiğinden daha eskiye dayanan bir olaydır. Halihazırda iç hukuk sistemlerinde kullanılmakta olan yorumlama metotları ve sair çözümler ile bölünmenin oluşturabileceği risklerin önüne geçilebilecektir (Broude:283-285).

Sonuç

Martti Koskenniemi'nin uluslararası hukuk teorisi kimi eleştirilere konu olmuş olsa da eleştirel hukuk teorileri arasındaki önemli yerini almıştır. Koskenniemi'nin uluslararası hukuk teorisi en temel olarak nesnellik ve egemenlik unsurları üzerine oluşturulmuş halde olup yoğun bir liberal hukuk eleştirisi içermektedir. Koskenniemi de diğer eleştirel hukuk teorisyenlerine benzer olarak hukuk ile siyaset arasındaki kaçınılmaz ilişkiyi

5 Bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 30: "1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States Parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be determined in accordance with the following paragraphs. 2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail. 3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty. 4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: (a) as between States Parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3; (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations."

vurgulayarak uluslararası hukukun siyaset, ekonomi ve tarihten ayrı olarak düşünölemeyeceğini savunmuştur. Bu husustaki iddiasını ispatlamak için belirsizlik tezi, nesnellik kavramına dair eleştiriler ve hukukun siyasi yönü veya hukukun siyasallaştırılması hususlarını vurgulamıştır.

Koskenniemi'ye göre uluslararası hukuk devletler için yalnızca sübjektif siyasi bir seçimdir. Eşit egemen devletler uluslararası hukuk oluşturma veya oluşturmamaya dair seçimlerini tekellerine almıştır. Modern uluslararası hukuk sisteminde adalet gibi devletleri aşkın bir ilke yoktur. Günümüzde egemenlik kaynaklı bir uluslararası hukuk sistemi hakimdir. Devletler her şeyden önce çıkarlarını ön planda tutarak uluslararası hukuk kurallarını oluşturmaktadır zira uluslararası hukukta devletleri aşkın adalet gibi bir ilke yer almadığı gibi merkezi bir karar mercii veya otorite de bulunmamaktadır. Koskenniemi uluslararası hukuk kurallarının belirsiz olduğunu, hem güçlü tarafın lehine olacak şekilde yorumlanarak güçlü olanın her türlü davranışını savunma amacıyla kullanılabileceğini hem de adil bir şekilde yorum yapılarak zayıf tarafın da korunabileceğini iddia etmiştir. Bu iddiasını belirsizlik tezi olarak ifade etmiştir.

Koskenniemi uluslararası hukukun uluslararası siyasetten bağımsız olarak var olması için ulusal hukuklarda olduğu gibi nesnellüğünün ispatlanması gerektiğini ve liberal hukuk sistemlerinin bu nesnelliği varsayarak hataya düştüklerini ifade etmiştir. Zira bir uluslararası hukuk kuralının nesnel olabilmesi için hem normatifliği hem somutluğu ispatlanmalıdır. Koskenniemi nesnellığı ütopya ile öznelliği ise apoloji ile açıklamıştır. Devlet davranışı, iradesi ve çıkarına sonuna kadar bağılı bir sistem normatif olamamakta ve apoloji haline gelmektedir. Devlet davranışı, iradesi ve çıkarından tamamen yoksun bir hukuk sisteminin içeriği ve meşruiyeti güvensiz hale gelmekte ve sistem bir ütopya haline gelmektedir. Koskenniemi Ullmann'a referans yaparak adaleti ön planda tutan ütopya sistemini alçalan argümanlar olarak, devlet iradesini ön planda tutan apoloji sistemini ise yükselen argümanlar olarak adlandırmıştır. Koskenniemi'ye göre iki uç da istenmeyen sonuçlara yol açtığından bu iki ucun sentezi yapılmalı ve uluslararası hukukun belirsizliğinden iyileştirici bir müdahale ile kaçınılmalıdır.

Koskenniemi aynı zamanda uluslararası hukukun bölünmesine dair de uluslararası hukuk doktrinini etkileyen bazı fikirler ortaya atmıştır. Uluslararası kural koyucuların çokluğu, kural oluşturma sürecine katılan iç aktörlerin çokluğu ve uluslararası hukukta merkezi bir yargılama merciinin olmaması gibi nedenlerin uluslararası hukukun bölünmesine neden olduğunu ve çok sayıda uluslararası hukuk alanı ve kaynağı ortaya çıktığını ifade etmiştir. Koskenniemi uluslararası hukukun bölünmesinin üstesinden gelinemeyecek riskler barındıran veya anormal bir durum olmadığını açıklamıştır. Uluslararası hukuk bünyesinde bulunan ve kullanılmakta olan yorum metotları ile bölünmenin çıkardığı riskler ve çatışmaları çözmek mümkün görünmektedir.

Kaynakça

Akman, Ş. T. (2012). "Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi." *AÜHFD* 61 (4), 1271-1306.

Alan, H. (1986). "The Theory of Critical Legal Studies." *Oxford J. Legal Stud.* 6 (1).

Alvarez, A. "The New International Law," *Transactions of the Grotius Society* 35, (1929): 36-42.

Bernstorf, J von. (2006). "Sisyphus was an International Lawyer. On Martti Koskenniemi's From Apology to Utopia and the Place of Law in International Politics." *Cambridge University Press* 7 (12), 1015-1035.

Broude, T. "Keep Calm and Carry on: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law." *Temple International & Comparative Law Journal* 27, No. 2, (2013): 279-292.

Cotterell, R. (2020). *Hukuk Sosyolojisi*. İstanbul: Pinhan Yayıncılık.

Çelebi, H. ve Özdemir, A. M. (2010). "Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar." *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 7 (25), 69-90.

D'Aspremont, J. (2006). "Uniting Pragmatism and Theory in International Legal Scholarship: Koskenniemi's From Apology to Utopia revisited." *Revue quebecoise de droit international* 19 (1), 353-360.

Demirkol, A. (2023). *Uluslararası Hukukun Üç Yüzü: Eleştirel Bir Yaklaşım*. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi(54), 39-76.

Desautels-Stein, J. (2016). "From Apology to Utopia's Point of Attack." *Leiden Journal of International Law* 29 (3), 677-698.

Dupuy, P.-M. (2005). "Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi." *European Journal of International Law* 16 (1) 131-138.

Golding, M. P. ve Edmundson, W. A. (2021). *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*, çev. Yılmaz Altun, İstanbul: İslık Yayınevi.

Gülçür, A. (2018). "AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24 (1) 197-214.

Güneş, Burak. (2010). "Egemenlik ve İnsancıl Müdahale: Çelişkili Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk." *Güvenlik Bilimleri Dergisi* 10 (1), 31-58.

Kaya, T. (2012). "Uluslararası Hukuk Bölünüyor Mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar." *AÜHFĐ* 61 (1), 149-173.

Koskenniemi, M. (2002). "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties," *Leiden Journal of International Law* 15 (3), 553-580.

Koskenniemi, M. (2005). *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press.

Koskenniemi, M. (1997). "Hierarchy in International Law: A Sketch." *European Journal of International Law* 8 (4), 566-582.

Koskenniemi, M. "The Politics of International Law." *European Journal of International Law* 1 (1990): 4-32.

Moravcsik, A. (1997). "Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics," *International Organization* 51 (4): 513-534.

Pazarıcı, H. (2021). *Uluslararası Hukuk Dersleri: 1. Kitap*. Ankara, Turhan Kitabevi.

Rasulov, A. (2016). "From Apology to Utopia and the Inner Life of International Law." *Leiden Journal of International Law* 29 (3), 641-666.

Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Session, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 (2006).

Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission of the Council of Europe at its 106th Plenary Session.

Singh, S. (2016). "Koskenniemi's Images of the International Lawyer," *Leiden Journal of International Law* 29 (3), 699-726.

Turan, G. (2021). "Uluslararası Hukukta Güvenlik Söylemleri: Uluslararası İlişkiler Teorileri ile Kesişen Düzlemler." *Güvenlik Çalışmaları Dergisi* 23 (1), 4-25.

Ullmann, W. (1976). "Law and Politics in the Middle Ages; an introduction into the sources of medieval political ideas." New York: Cambridge University Press.

Unger, R.M. (1986). "The Critical Legal Studies Movement," Cambridge: Harvard University Press.

Weinrib, E. J. (2012). *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford Univ. Press.

Extended Summary

In this study, in order to explain the international law theory of Martti Koskenniemi, one of the recent theorists of critical legal theory, it is firstly aimed to present the critical legal theory, of which Koskenniemi represents a different dimension, and then to explain the relationship between the phenomena of objectivity and sovereignty and international law in Koskenniemi's theory. Koskenniemi's views on the relationship between politics and law and on the division of international law are also summarized. In addition, some criticisms of Koskenniemi's views are also included.

Critical legal theory opposes concepts such as formalism and objectivity with the thesis of uncertainty and argues that the theory gains power and legitimacy in favor of some groups in society by discussing the marginalizing and oppressive dimensions of law.

According to Koskenniemi, objectivity is utopia, while subjectivity is apology. According to Koskenniemi, in order to prove the existence of international law, one must prove that the law is both normative and concrete at the same time. In other words, it is necessary to be able to verify that international law binds states even apart from state behavior, will or interest, but that the existence of international law can be verified by the behavior, will or interest of the same state. Koskenniemi argues that the danger of apology and utopia can only be avoided by combining normativity and concreteness.

According to Koskenniemi, the content of international law must first be determined by the concept of justice, which is natural and transcends states. Subsequently, material realities should be taken into account. According to Koskenniemi's theory, it is impossible for an international lawyer to separate their identity as a jurist from their identity as a social scientist or politician. According to him, there is no neutral field of law outside of politics and lawyers should integrate this basic understanding into their professional identity.

For Koskenniemi, international law is merely a subjective political choice for states. Equally sovereign states monopolize the choice of whether or not to create international law. In the modern international legal system, there is no transcendent principle such as justice. Today, a sovereignty-driven system of international law prevails. States formulate the rules of international law by prioritizing their interests above all else, since there is no transcendent principle of justice in international law, nor is there a central decision-maker or authority. Koskenniemi criticized modern law by claiming that the rules of international law are ambiguous and can both be interpreted in favor of the strong party and used to defend all kinds of behavior of the strong party, and that the weak party can also be protected by interpreting them fairly. He then referred to this claim as the principle of uncertainty.

The uncertainty principle is essentially based on realist theory. Realists talk about two types of indeterminacy when claiming the indeterminacy of law. First, the logical uncertainty of law means that it is not obligatory to give only one judgment to the same legal dispute, that is, different judgments can be justified on the basis of the same reasons. According to them, the valid, albeit contradictory, methods of interpretation used to interpret statutes or case law in law point to this logical ambiguity. Secondly, the causal indeterminacy of law refers to the insufficiency of legal reasons to justify judges' decisions. Realists have been criticized for seeming to limit the sources of law to statutes and case law.

According to Koskenniemi, it is also possible to use the theory of uncertainty to achieve the equality and justice that critical legal theory aims for through a remedial approach. This can be achieved by not ignoring the extra-legal elements of legal decision-making.

In his famous work "From Apology to Utopia", Koskenniemi argues that international law is as suitable for legitimizing as it is for diagnosing or criticizing the lawfulness or unlawfulness of the behavior of the actors of the international community. Thus, a natural law approach assumes an inherent morality and the normative content of international law

becomes obscure. On the contrary, if a positivist approach is adopted, any rule made by the sovereign power will be accepted as legal, and therefore no critical interpretation can be made and all the decisions of the sovereign will be approved without hesitation.

According to Koskenniemi, the lack of central organization, authority and central decision-making body in international law and the legal rules established by equal sovereign states have led to the division of international law into various branches. However, according to him, this is quite normal and the risks that may arise from the fragmentation of international law into different branches can be avoided with the existing solution methods.