

DEVLET İKTİDARININ TAHDİDİ VE BU HUSUSTA İLERİ SÜRÜLEN MUHTELİF NOKTAİ NAZARLAR

Prof. Dr. Recai G. Okandan

I

Devlet iktidarını tahdid meselesinin önemi

Devletin yapıcı bir unsuru olan ve onun mevcudiyetinin lüzumlu bir şartını teşkil eyliyen «iktidar», hiç bir suretle, her zaman, her türlü tahdid ve takyidden masun bir kudret olarak mülâhaza edilmemiştir. Devlet dediğimiz teşekkülün mevcudiyetini müşahede edebildiğimiz andan itibaren, Devletin fiili ve hukukî mevcudiyetini mümkün kılan «iktidar» unsurile her ne kadar fertlere nazaran onlara üstün ve onlardan müstakil bir iktidar mevzuubahs olmakta ise de, bununla keyfi bir iktidarın maksut olmadığını gösteren ve bu noktai nazarı müdafaa eden önemli bir fikrî faaliyetin mevcudiyetile karşılaşmaktadır. Bu iktidara ne kadar mutlak bir mahiyet atfedilmiş olursa olsun, onun fertlere nazaran onlara üstün ve onlardan müstakil oluşunu ifade eyliyen «mutlak» vasfı yanında, bunun keyfi bir iktidar olmayıp muayyen bazı prensiplerle tahdit edilmiş bir iktidar olduğunu göstermeye çalışan ve bu tezi müdafaa eden önemli bir doktrinal faaliyet nazarlara çarpmaktadır. Devlet iktidarının, ne kadar mutlak bir kudret olarak mülâhaza edilirse edilsin, hudutsuz bir iktidar olmadığı, onun fevkinde ona nazaran müstakil ve onu tahdit eden muayyen bazı prensiplerin mevcudiyeti ileri sürülmüş ve Devlet iktidarile her şeyi yapmağa muktedir bir kudretin bahis mevzuu olmadığı yolunda önemli fikirler serdedilmiştir.

Meselâ, ilk zamanlarda Çin filozoflarından Kong-tse, Devlet iktidarını ancak halkın refah ve saadetini mümkün kılmağa yarayan bir vasıta telâkki etmiş; bu iktidarı haiz olanların salâhiyetlerini hayır ve adalet gibi mefhumlarla takyit eylemiş; şer ve haksızlığın, fenalık ve adaletsizliğin hâkimiyetini, iktidarın onu haiz bulunanlar tarafından kaybedilmesini mucip bir durum olarak karşılamış; hattâ iktidarı haiz bulunanlara karşı halkın ayaklanarak bunları mevkilerinden uzaklaştır-

maları gerektiğinden bahseylemiştir. Keza yine Çin filozoflarından Meng-tse, iktidarın, bundan müstefit onların menfaatlerine hizmet edecek bir vasıta olmadığını; iktidarın, üzerinde icra ve istimal edildikleri kimselerin menfaatleriyle ilgili bir mefhum olduğunu tebarüz ettirmiştir.

Hinde budizm, iktidara umumun fayda ve menfaati gibi bir gaye ve hudut tesbit ederken, Yunan filozoflarından Arşitas iktidarın ilâhî kanunlarla tahdidinden; Sokrates üstün ve ilâhî bir hak ve adalet telâkkisile iktidarın tahdidi lüzumundan, gayri mektup ve mektup kanunlarla iktidarın takyit olunması mecburiyetinden; Plâton, iktidarın, mevcut örf ve âdetlerle ve keza fazilet, ahlâk ve hareket güzelliğini hâkim kılmak gibi bir gayeyi temine matuf olmak üzere yapılan kanunlarla tahdid edilmesinden bahseylemiş ve Romada da, pozitif âmme hukuku sahasında, hususile kraliyet ve cumhuriyet devirlerinde, iktidarın mevcut kanunlarla tahdidine çalışıldığı gibi doktrin sahasında da, meselâ Cicero tarafından, iktidar için, tabîî hukuk ve tabîî kanun gibi hudutları sürülmüştür.

Durum ortaçağda da aynıdır. Meselâ, Augustinus, iktidarı ona takaddüm eden adaletle tahdide çalışmış; Jean de Salisbury, iktidar için adalete uygunluk ve onunla ahenktar olmak lüzumundan bahseylemiş¹; İngiliz hukukçularından Bracton, iktidarı fertlerin hukuku ve mevcut kanunlarla tahdid etmiş²; Thomas Aquino, iktidarın tabîî hukukla tahdid edilmiş olduğunu, iktidarın müşterek menfaati teminle mükellef bulunduğunu, iktidarın yalnız insanların ihtiyaçlarını tatmin eylediği zaman meşru olacağını, iktidarın onu elinde bulunduran tarafından suiistimal edilmesine mâni olacak şekilde bir nizama bağlanması gerektiğini tebarüz ettirmiş³ ve bütün bunların yanında, yine ortaçağda, iktidarı istimal edenlerin salâhiyetlerinin gerek ilâhî kanunlarla ve gerek bu ilâhî kanunlara uygun olmaları gereken pozitif hukukla tahdidine çalışılmış, bunların kanunlara ademi riayeti halinde haklarında tatbik edilecek muhtelif müeyyidelerden bahs olunmuş ve, hattâ, Devlet iktidarına karşı müessir bir mahiyet iktisap etmemesine rağmen, fertlerin tabîî hakları üzerinde de durulmuştur⁴.

Yeni zamanların bidayetinden itibaren «hâkimiyet» kelimesile ifade edilen Devlet iktidarı ve bunun kendine hâs olan vasıfları ve hususile

1) Bk. *Crosat (Ch.)*, *Âmme Hukuku dersleri*, 1944-1946, s. 461-463.

2) Bk. *Crosat (Ch.)*, *op. cit.*, s. 80-81.

3) Bk. *Crosat (Ch.)*, *op. cit.*, s. 492-493.

4) Bk. *Crosat (Ch.)*, *op. cit.*, s. 827, 830.

Devleti kendi fiziki varlıklarile teşahhus ve tecessüm ettiren hükümdarların ferdi iradelerine bu vasıfların izafe edilmesi keyfiyeti, iktidarın tahdidini hakkında bir hayli güçlükler arz etmekten hali kalmamıştır. Devlet iktidarına atfolunan vasıflar, bu iktidara mutlak bir karakter, ona hâkim bir iktidar karakterini bahşeymiş ve bu hâkim iktidar için hiç bir tâbiyetin mevzuubahs olamayacağı lüzumu üzerinde durulmuştur. Fakat, bu durum da uzun müddet mevcudiyetini muhafaza edememiştir; içtimai, siyasî ve hukukî telâkkilerde kendini gösteren inkişaf, Devlet iktidarının üstünlüğü yine muhafaza edilmiş olmasına rağmen, onun hudutsuz bir iktidar olmayıp, fertlerin Devlete takaddüm ve tefevvük eden ve Devletin teşekkülünden sonra da mevcudiyetlerini muhafaza eyliyen tabii haklarla tahdid edilmiş olduğu telâkkisinin gelişmesini mümkün kılmıştır. Hattâ, Devlet iktidarı hâkimiyet kelimesinin ifade ettiği vasıflarile birlikte tek bir ferdden kolektiviteye intikal ettirildikten sonra da, bu iktidarın, yine mutlak olmasına rağmen, hudutsuz bir iktidar olmadığı neticesine varılmış ve Devletin hâkimiyetinin fevkinde, bu hâkimiyete nazaran müstakil ve onu tahdit eden hakların mevcudiyeti kabul edilmiştir.

Devlet iktidarının tahdidini meselesi, hususile on yedi ve on sekizinci asırlardan itibaren, Âmme Hukukunun en önemli meselelerinden biri olmuştur. Pozitif Âmme Hukuku sahasında kendisini gösteren gelişme ve tahavvüller, doktrin sahasında vukua gelen tekâmül, hemen hemen daima bu meselenin ön plânda nazara alınmasını ve ona yeni telâkkilere uygun bir hal şekli bulunmasını icap ettirmiştir. Bir taraftan on yedinci ve on sekizinci asırların liberal, rasyonalist ve ferdiyetçi telâkkileri tek bir ferdden hâkimiyet kelimesinin ifade ettiği vasıflarla birlikte kolektiviteye intikal ettirilmiş ve ona mal edilmiş olan Devlet iktidarını, ona mutlak olma vasfının izafe edilmiş bulunulmasına rağmen, muayyen prensiplerle tahdide çalışmış ve diğer taraftan da bu telâkkilere karşı hususile on dokuzuncu asrın sonlarından itibaren kendini gösteren noktai nazarlar, Devlet iktidarının mahiyeti, bünyesi, vasıfları ve sahibi hakkında olduğu gibi onun tahdidini hakkında da yeni bir görüş müdafaa etmiş ve Devlet iktidarının tahdidini meselesi, zamanımızda da, üzerinde en fazla tevakkuf edilen ve bilhassa, gerek birinci ve gerek ikinci cihan harplerinden sonra vücade getirilen Anayasalarda büyük bir öneme mazhar kılınan en ehemmiyetli bir problem halini almış ve hattâ, bu iktidara, yalnız iç hukuk bakımından değil, aynı zamanda dış hukuk sahasında da muayyen bazı tahdidlerin vaz'ı lüzumu üzerinde durulmuş ve bu keyfiyetin son senelerde vücade getirilen muhtelif demokratik

memleketlerin Anayasalarında da bir hal şekline bağlanması zarureti kendini göstermiştir.

II

Devlet iktidarının tahdidi ile ilgili muasır telâkkiler

Zamanımızın hâkim olan telâkkilerine göre, bu husustaki noktai nazarların mahiyeti ne olursa olsun, Devlet iktidarının, mahiyeti itibarile, her türlü tahdidden masun bir kudret olarak mülâhazasına imkân yoktur. Devlet iktidarı, üstün bir kudreti ifade etmesine rağmen, bununla, her türlü tahdidden uzak bir iktidarın mevzuubahs olduğunu söylemeye imkân yoktur. Hattâ, Devlet iktidarını bir kuvvet, bir fiili kudret olarak mülâhaza eden telâkkiler öyle, onun hudutsuz bir iktidar olmadığı noktasında diğer telâkkilerle birleşmiş bulunmaktadır.

Bu böyle olmakla beraber, Devlet iktidarının tahdid şekli ve bu tahdidin mahiyet ve esasları hakkında bütün müelliflerin birleştiklerini, aralarında bir fikir birliğinin mevcudiyetini söylemeye imkân yoktur. Devlet iktidarının menşei, sahibi, vasıfları hakkında olduğu gibi onun tahdidi hakkında da muhtelif noktai nazarlar serdedilmiştir. Zamanımızın bu hususta hâkim olan telâkkilerini, biri «ferdiyetçi», diğeri «kendi kendini tahdid» ve nihayet sonuncusu da «realist» veya «sosyal tesanüd» doktrini olmak üzere üç zümrede toplamak mümkündür. Şimdi, sırasile, bu muhtelif noktai nazarlardan her birini ve bunlara karşı yapılan tenkidleri tetkik edelim.

a) *Ferdiyetçi telâkki;*

aa) Kaynaklarını hususile on yedi ve on sekizinci asrın içtimaî, siyasi ve hukuki telâkkilerinde bulan bu görüş, 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinde⁵ yer almış ve ilk defa 1791 Fransız Anayasasına⁶ dercedilmek suretile pozitif Âmme Hukukunun önemli bir prensibi haline getirilmiş ve hattâ zamanımıza kadar kendi kıymet ve önemini muhafaza

5) Bu beyanname, hâkimiyetin kolektivitete aidiyeti ile birlikte, her sosyal topluluğun gayesinin ferdlerin zamanla kaybolmayan tabii haklarını himayeden ibaret bulunduğunu ilân eylemektedir [Madde 2].

6) 1791 Fransız Anayasasının üçüncü paragrafında, «Teşrii kuvvet, tabii ve medeni haklara aykırı ve onların istimaline mâni olacak hiç bir kanun yapamaz» denilmektedir.

eden bu noktai nazar, İkinci Cihan Harbinden sonra garp memleketlerinde vücade getirilen yeni Anayasalarda dahil olmak üzere, modern Anayasaların hemen hemen hepsine ithal edilmek imkânını bulmuştur.

Devleti fertlerin sübjektif, tabii haklarına istinat ettiren ve, Devlete, haiz olduğu iktidara takaddüm eden ve ona üstün olan tabii hakları mümkün olan en iyi şartlar dairesinde himaye edecek şekilde kendini organize etmek vecibesini tahmil eyleyen bu telâkkiye göre, Devletin haiz bulunduğu iktidara mutlak bir mahiyet atfedilemez⁷. Tamamen sübjektivist bir noktai nazar olan bu telâkkiye göre, Devletin emretmekten mütevellit haiz bulunduğu sübjektif hakka karşı, fertlerin de sübjektif hakkı, feragati kabil olmayan ve insan oldukça kendisine ait olan ve Devlete takaddüm eden tabii hakları vardır. Her fert, doğumile beraber, tabii kelimesile ifade olunan bir çok haklara sahip bulunmakta ve insan bu haklarını devlette de muhafaza eylemektedir.

İşte, Devlet iktidarının hudutlarını, fertlerin mevzuubahs sübjektif, tabii haklarında aramak lâzımdır; Devlet iktidarının hudutlarını bunlar yaratmaktadır. Devlet iktidarı, kendilerini Devlete empoze eden bu sübjektif, tabii haklarla tahdid olunmakta; Devlet için mevzuubahs haklara dokunamamak gibi bir mecburiyet mevzuubahs olmaktadır. Devlet, kendisini teşkil eyliyen fertlerin haiz buldukları mezkûr sübjektif, tabii haklara uygun hareket etmek, onları korumak mecburiyetindedir. Devletin faaliyetinin aynı zamanda hem hududunu ve hem direksiyonunu tayin edecek olan bu hakların devir ve ferağı, onların ihlâli imkânsızdır ve Devlet bu sübjektif, tabii haklara olduğu gibi bu haklara istinat ettirilmiş olan objektif hukuka riayet etmek, onlara kendini tâbi kılmakla mükelleftir.

Yalnız, ferdîyetçi telâkkiye göre, fertlerin mevzuubahs sübjektif, tabii haklarının Devlet tarafından tahdidi de mümkün görülmektedir. Fakat, Devletin buna muktedir olabilmesi halinde bile, bahis mevzuu tahdidin, ancak umumun haklarını himaye noktasından zarurî bulunması ve umumun haklarını himaye keyfiyetinin icap ettirdiği nisbet ve ölçüde olması lâzımdır. Tabii hakların, Devlet tarafından, mevzuubahs himayenin icap ettirdiği nisbet ve ölçüde tahdidi gerekmektedir⁸.

7) Bk. *Duguit (L.)*, *Les transformations du droit public*, s. XIII.

8) Devlet iktidarının tahdidi hususunda umumiyetle Fransız hukukçularının taraftar olduğu ferdîyetçi telâkkiye, Alman hukukçularından *Gerber*'in de temayül ettiği görülmektedir. *Gerber* Devlete kayıtsız ve şartsız, muhalefet edilemez bir iktidar tanımış olmakla beraber, bu hususta hukuki bazı tahdidlerin mevcudiyetini kabul etmektedir. Devlet iktidarı için, ona takaddüm ve tefevvük eden bir hukukun

Ferdiyetteçi telâkki Devlet iktidarını dahilde fertlerin tabii haklarile tahdid ederken, bu iktidarın haricde de yabancı Devletlere karşı hukuken tahdid olunabileceğini kabul etmektedir. Devlet için, diğere devletlere karşı bazı mükellefiyetlere tâbi kılınması mümkün bulunmaktadır. Yalnız, Devlet iktidarı için mevzuubahs olan bu harici tahdidin, ancak o Devletin hür iradesile, onun rızasile vücade gelmesi lâzımdır⁹.

bb) Devlet iktidarının tahdidi hakkındaki ferdiyetteçi telâkkiye muhtelif bakımlardan hücum edilmiş, bu noktai nazarın Devlet iktidarının tahdidi meselesini halden uzak olduğu, ne teori ve ne de tatbikat bakımından Devlet iktidarı için hakiki bir hudut tesisine muvaffak olamayıp tamamen metafizik bir görüş olduğu ileri sürülmüştür¹⁰. Meselâ Fransız hukukçularından Duguıt ve De Villeneuve'e göre, ferdi - tabii hakların Devlet iktidarının aşılması imkânsız hudutlarını teşkil eylemesi keyfiyetinden, biri «anarşi» ve diğere de «keyfilik» gibi iki önemli sonucun zuhuru mümkün bulunmaktadır. Böyle bir noktai nazarın kabulü halinde, aşağıdaki iki hal şeklinden birini tercih gerekecektir. Evvelâ, ya ferdiyetteçi telâkkinin icaplarını çok sıkı bir şekilde yerine getirerek ihlâli imkânsız görülen ferdi - tabii haklara mutlak surette riayet temin olunacaktır ki, bu tarzda bir şıkkın tercih edilmesi keyfiyeti, Devlet iktidarının ortadan kalkmasına, yani anarşinin zuhuruna müncer olacak,

tahmil eylediği hudutlar, bir hukuki tahdit mevzuubahs olmaktadır. Devleti bir iradeye ve hukuki ehliyete sahip bir hukuki şahıs olarak mülâhaza eyleyen *Gerber*, ferdlere de, Devlete takaddüm ve tefevvuk eden haklar tanımakta; Devlet iktidarının mutlak bir iktidar olmadığını, bu iktidarın tahdit edilmiş olmasının topluluklar için büyük bir ehemmiyet arzeylediğini kabul etmekte; ve, Devletin, hususile fikir, vücdan, talim ve terbiye, meslek ve san'at, matbuat hürriyetlerine hiç bir suretle tecavüz etmemesi gerektiğini müdafaa eylemektedir (Bk. *Gerber*, Grundzüge des deutschen staatsrechts, s. 31 - 37).

9) Devlet iktidarını «hâkimiyet» kelimesile ifade eden ferdiyetteçi telâkki taraftarları, hâkimiyetin de temas ettiğimiz bu hür irade ve rıza ile kalm bulunduğunu söylemektedirler. Netekim, *Le Fur*, hâkimiyetin, Devletin kendi iradesile kendini bir mükellefiyet altına sokabilmek vasfından ibaret bulunduğuna işaret etmiş bulunmaktadır (Bk. *Le Fur*, Etat fédéral et confédération d'Etats, s. 443). Yalnız, *Le Fur*'un hâkimiyet hakkındaki bu görüşleri, kendisini, bilhassa Alman hukukçuları tarafından müdafaa edilen «kendi kendini tahdit» telâkkisine yaklaştırmaktan da hâlî kalmamaktadır.

10) Bk. *Duguıt (L.)*, Les transformations du droit public, s. XV; Traité de droit constitutionnel, c. I, s. 637.

medeni ve düzenli bir cemiyeti imkânsız kılacaktır. Veyahut da, ikinci bir hal şekli olarak, mevzuubahs telâkkinin icaplarını mevcudiyeti elzem sosyal nizamın muhafazasile telife çalışılacaktır ki, bu takdirde de, insanların evvelâ ferdî - tabii haklarını cemiyetin leh ve menfaatine devretmeleri ve saniyen cemiyetin de bu ferdî - tabii haklardan sosyal bakımdan faydalanabilmesi mümkün olanlarını, fertlere iadesi gerekecektir. Bu ikinci hal tarzının kabulü halinde de, Devlet iktidarı için hakikatta bir tahdid bahis mevzuu olamayacaktır; zira, fertlerin haklarının ne nisbet ve ölçüde bir kıymet ifade edebileceklerini tayin edecek, Devletin aşamayacağı hudutları tesbit edecek olan, netice itibarile Devletin bizzat kendisi, yani hükûmet edenlerdir. Devlet iktidarının hudutlarını tamamen hâkim bir tarzda tesbit eyliyen doğrudan doğruya Devletin kendisidir. Devlet için mevzuubahs olan bu tarzda bir imkân, yani fertlerin haklarının nisbet ve ölçüsünü tayin ve aşamayacağı hudutları tesbit keyfiyeti, tamamen keyfiliğe müncer olmaktan ve bu hududlar dahilinde de ferdî hakların Devlet tarafından ihlâlini mümkün kılmaktan, Devletin mutlak despotizmine müncer olmaktan hali kalmıyacaktır. Ferdî - tabii hakları Devletin ihlâl eylemesine karşı fertler için hiç bir müessir mukavemet mevzuubahs olamayacaktır¹¹.

Keza Fransız hukukçularından Carré de Malberg de ferdiyetteci telâkkiyi tenkit etmiştir. Hâkim olan Devletin fevkinde onu hukukten tahdid edecek hiç bir iktidarın bulunmadığını söyleyen Fransız hukukçusuna göre, Devlet iktidarını tabii hukukla tahdid, mezkûr iktidarın hukukten tahdid edilmiş olduğunu ifade etmez. Devlet, onun iktidarını tahdid eden hukukun, bu iktidarı organize eden ve onu inkişaf ettiren hukukun kaynağıdır¹². Tabii hukuk tarafından Devlet iktidarının hudutlandırıldığı tarzındaki telâkkinin hukukî hiç bir kıymeti yoktur; zira, bu doktrini müdafaa eden müellifler, tabii hukukun pozitif tahakkukunu temine muktedir olacak hukukî teşkilâtın neden ibaret bulunduğunu göstermeye bile teşebbüs etmemektedirler. Bunlar, Devletin, kendi iradesine üstün bir hukuk kaidesiyle tahdid edilmiş olduğunu ve Devletin bu hukuk kaidesini tanımak ve vücade getireceği kanunlarla bu hukuk kaidesini mer'î ve muteber kılmak mecburiyetinde bulunduğunu ifade etmektedirler. Fakat, bunun için, yani ideal hukuk kaidesini pozitif hukukî realiteler sahasına intikal ettirmek için daima Devletin müdaha-

11) Bk. *Duguit (L.)*, *Traité de droit constitutionnel*, c. I, s. 633, 637; *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, *Traité général de l'Etat*, c. I, s. 415 - 417.

12) Bk. *Carré de Malberg*, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, c. I, s. 241.

lesine ihtiyaç vardır. O halde, buradan, ancak Devletin iktidar ve iradesile, bu iktidar ve irade sayesinde, hukukun teşekkülü gibi bir sonuca varılmaktadır. Tabii adaletin üstün düsturlarının ancak beşeri vasıtaların istimalile bir hukukî müessiriyet ihraz edebilecekleri kabul edilecek olursa, bu takdirde, hukuk ilminin mevzuunun, pozitif kanunlara mukaddem bir ahlâkî kanunun bulunup bulunmadığını değil, bu ahlâkî kanunun emirlerinin pozitif hukuk kaide ve müesseseleri sahasına nasıl dahil olabileceklerini taharriden ibaret bulunduğu açıkça tavazzuh etmiş olur¹³. Halbuki, bu ahlâkî kanunun emirleri pozitif hukuk kaide ve müesseseleri sahasına, Devletin iradesile dahil olabilmektedir. Hukukun fiili ihdasile ilgili vasıtalar Devlet iktidarında mündemiç bulunmaktadırlar. Bunun içindir ki, hukukî bakımdan, bu nihaî realiteye bağlı kalması gereken hukukçu, Devletin kendi iradesinin iktidarile kendisini tahdid eylediği ve bu ameliye ile aynı zamanda kendi hukukunu yarattığı neticesine varmaktan kendini alakoyamaz¹⁴.

Bu mülâhazalara itirazden denmiştir ki, Devletin iktidarına mevkii meriyette olan hukuk tarafından konan bu tahdidler, bu şartlar dahilinde, muvakkat bir mahiyet arz etmektedirler. Bunu inkâra imkân yoktur. Fakat bu itirazı yapanlara şunu hatırlatmak mümkündür ki, bunlar, Devletin iktidarı hakkında tesbit ve tayin olunan şu veya bu tahdidlerin Devlete karşı mutlak surette muhafazasını mümkün kılacak usul ve hukukî teşkilâtın neden ibaret bulunduğunu tasrih edememektedirler. Hakikat olan şudur ki, hukuk, yalnız başına, bu tarzda bir garantiyi temin edemez. Hukukun rolünün, hususile, gerek fertleri kendi karşılıklı münasebetlerinde, gerek bizzat Devleti kendi âzalarına karşı tesbit edilen hudutlar dahilinde kalmağa icbar edecek teşkilât ve kaideleri yaratmaktan ibaret bulunduğu söylenemez. Böyle bir mülâhazanın kıymeti yoktur. Zira, bu hususta hukukun mutad müessiriyeti ne olursa olsun, aynı zamanda, Devlet hakkında, onu sınırlamağa mâtuf tahdid ve mânilerin Devletin hâkim (domination) iktidarına aykırı olmaması lâzımdır.

Carré de Malberg'e göre, Devlete karşı emniyet verici bir tahdid sistemini elde edebilmek için, bizatihi hukuka, hukukî teşkilât ve müesseselere istinat edilemez. Emniyeti, burada değil, bundan gayri yerlerde aramak lâzımdır. Devlete hücum etmektense, ona hukukî sahada onun iktidarı ile gayri kabili telif şartlar tahmiline girişmektense, bu hususta hakikaten müessir olan ahlâkî nizamla ilgili bir âmili nazarı dikkate

13) Bk. Carré de Malberg, op. cit., c. I, s. 241.

14) Bk. Carré de Malberg, op. cit., c. I, s. 242.

almak lâzımdır. Yani hükümet edenlerin ahlâkî değerini ve muasır cumhuriyetlerde bizzat halkın ahlâkî kıymetini nazara almak, Devletin itidal kesbetmesinin teminatını burada aramak lâzımdır. Hukuk, yalnız başına bu tarzda bir garantiyi temine muktedir değildir¹⁵.

b) *Devlet iktidarının kendi kendisini tahdid telâkkisi;*

aa) Ferdîyetçi telâkkiye bir reaksiyon olarak on dokuzuncu asrın sonlarından itibaren Almanya'da gelişmeye başlayan Devlet iktidarının kendi kendisini tahdid eylemesi telâkkisi, bilâhare diğer memleketlerin hukukçuları arasında da kendisine taraftar kazanmaya muvaffak olmuş ve Alman hukukçuları tarafından «Selbstbindung» veya «Selbstbeschränkung» ve Fransız hukukçuları tarafından da «Auto-limitation» gibi kelimelerle ifade edilmiştir.

Gerçekten on dokuzuncu asır Alman hukukçularından Jhering, zecir salâhiyetinin organize edilmesile meydana geldiğini söylediği Devletin iktidarı için, muttarit bir surette olmamak şartile, ancak kendi mutlak iradesile meydana gelebilecek olan¹⁶ hukuk kaidelerinden ibaret bazı tahdidlerin icabında bahis mevzuu olabileceği noktası üzerinde durmuş ve Devlet iktidarı için bundan başka bir tahdidin bahis mevzuu olamayacağını tebarüz ettirmiştir. Devlet iktidarının yine Devlet tarafından vazedilen hukukî düsturlarla icabında tahdid edilmesi, Jhering'e göre, bir Devlette keyfi hareket sisteminin yerine emniyet, müsavat ve kanunun meşruiyeti prensiplerini hâkim kılacak bir sistemin ikamesini temin eyliyecektir¹⁷.

Yalnız, şuna da işaret edelim ki, Devlet iktidarı için mevzuubahs olan bu tarzda bir tahdide, Jhering, sırf Devletin menfaati mülâhazasile taraftar olmuştur. Devlet iktidarının yine bu iktidar tarafından vücade getirilen hukukî kaidelerle tahdid edilmiş olmasında Devletin menfaati hâkim bulunmaktadır. Zira, Devlet, kendisi tarafından yapılan hukuk

15) Bk. Carré de Malberg, op. cit., c. I, s. 243.

16) Devletin hâkim olduğu muayyen ve mahdud bir toprak üzerinde zecir, taziyk ve emir etmek inhisarına malik olduğundan, topluluk dahilinde mevcut olan hukukî düsturlar da, ancak, Devlet tarafından haiz olduğu iktidara müsteniden bir müeyyideye bağlanabilen kaidelerdir. Cemiyet dahilinde yalnız Devlet tarafından maddî bir müeyyideye raptedilen kaidelerdir ki hukukî prensip vasfını iktisap ederler (Bk. Duguit, La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'Etat, «Revue du droit public», 1919, s. 172).

17) Bk. Jhering, Der Zweck im Recht, c. I, 1880, s. 344, 366, 367, 417, 418.

kaidelerine ne kadar iyi riayet ederse, meydana getirdiği hukukî nizam da o nisbette fertler tarafından iyi bir hürmete mazhar olacaktır¹⁸ ve tecrübeler de bunun böyle olduğunu teyit etmektedir. O halde, Devlet iktidarının Devlet tarafından vazedilen hukukî kaidelerle tahdidine çalışılmasında âmil olan doğrudan doğruya Devletin menfaati mülâhazasıdır. Devlet, ancak, menfaatı mevcut olduğu içindir ki iktidarını bu tarzda bir tahdide tâbi tutmaktadır.

Fakat, mezkûr menfaat, mevzuubahs tahdidin devamı bakımından da kendi tesirini icra eylemektedir. Yani, Devlet iktidarı için, bu tarzda bir tahdid, ancak mezkûr menfaat mevcut oldukça, kıymetini muhafaza edebilmektedir¹⁹. Zira, Jhering'e göre, hukuk Devlet için bir gaye değil, topluluğun muhafazasına ve himayesine vasıl olabilmek için bir vasıttır. Devlet kendi menfaatine onun iktidarını tahdid eden hukukî düsturlar arasında bir zıddiyet müşahede ederse, bunlardan hukukî düsturları feda etmek suretile iktidarını mezkûr tahdidlerden her zaman kurtarabilir. Çünkü gaye hukuk değil, cemiyetin menfaatlerinin muhafaza ve himayesidir²⁰.

Devlet iktidarının tahdidi hususunda ileri sürülen bu noktai nazarın²¹, Alman hukukçularından Jellinek'in gayretile daha müttekâmil,

18) Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 231 - 232.

19) Bk. *Duguit (L.)*, R. D. P., 1919, s. 174.

20) Devletin gayesi siyasi topluluğun hayati şartlarını muhafaza ve himaye olduğuna göre, eğer, istisnal hallerde cemiyetin menfaatine hukukî düsturlar birbirleriyle karşılaşacak olurlarsa ve bunlardan birisinin feda edilmesi icap ediyorsa, Devlet hukukî düsturları cemiyete feda eder (*Duguit*, R. D. P., 1919, s. 174; *Sıddık Sami*, İdare Hukuku, 1933, s. 88); ve bu tarzda hareket etmekle de cemiyetin varlığını, menfaatini himaye ve muhafaza eder ve zaten Devletin gayesi de budur.

Acaba hukukî düsturların cemiyetin menfaatine ile halli tezadda olduğuna hükmedecek kimdir? Hukukî prensiplerin cemiyetin menfaatine karşısında feda edilmesi lâzımgeleneğine karar verecek, hukukla topluluğun menfaatlerinin halli tezadda olduğuna hükmedecek makam hâkim olan Devlettir. Devlet kendi menfaatlerine, cemiyetin menfaatlerine zıd addettiği hukuk kaidelerini tam bir serbestile ortadan kaldırır. Çünkü Devletin iradesi haricinde, ona üstün olan, onu takyid eden hiçbir prensip mevcut değildir. Devlet için kendisini çemberliyecek ferdin «tabii hukuku» da mevzuubahis değildir; çünkü fert için tabii hak değil, ancak Devletin müzaheretile meydana gelebilen bazı tasarruflarda bulunabilmek ehliyet ve iktidarı mevcuttur.

21) *Jhering*, Devlet iktidarının yalnız iç sahada değil, aynı zamanda dış sahada da bazı tahditlere maruz kalabileceği noktası üzerinde durmuştur. Ona göre,

daha hukukî ve nisbeten daha mantıkî esaslara bağlanmasına, ona daha hukukî bir şekil verilmesine çalışılmıştır. Hâkimiyeti, «münhasıran kendi kendini tayin ve tahdid etmek ehliyeti», «Devlet iktidarının, bizzat kendi kendisini, kendisinin hukuken tahdid edebilmek vasfı»dır²² diye tarif eden, hâkimiyetin bir siyasî iktidarın vasfı olduğunu ve bu iktidarın, hukuken, bu vasfa müsteniden, kendi kendisini tayin ve tahdid etmek ehliyetine malik bulunduğunu söyleyen²³, fertlerden ayrı bir hukukî şahsiyet olan Devleti âmme kudreti namı altında bir iktidara mazhar kılan ve fertlerin bu iktidara karşı gelmelerini de kabul etmeyen Jellinek, bütün bu mülâhazalarının yanında, Devletin haiz olduğu iktidarı tamamen hudutsuz bir kudret olarak karşılamamıştır. Ona göre, Devletin haiz bulunduğu kudret, aynı zamanda, kendi hududlarını ancak kendisi, kendi iradesile tayin ve tesbit edebilen bir iktidardır. Aksi takdirde, yani mezkûr hudutların Devlete kendi irade ve iktidarına üstün bir irade ve iktidar tarafından tahmil olunması halinde, Devlet, hakikatte, hâkim olma vasfını kaybeder. Zira, hâkim Devletin esas vasıflarından biri, kendisinin hâkim iktidarını tahdid edecek prensiplerin bizzat kendi tarafından, kendi iradesile vazedebilmesidir. Devletin hâkim kalabilmesi için, kendisini tahdid edecek mahiyetteki kaideleri bizzat kendisinin tesbit etmesi, bu tahdidlerin bizzat kendisinin iradesine dayanmış olmaları lâzımdır.

Jellinek, Devlet iktidarının mutlak ve hiç bir şarta tâbi olmadığını söylemesiyle, hakikatte şunu kasetmiş bulunmaktadır: Devlet iktidarı bir şarta bağlı değildir; yani, diğer bir kuvvet, kendisine yabancı diğer bir iktidar, Devletin haiz bulunduğu kudrete bir hudut koyamaz. Zira, modern Devlet için hâkimiyet, Devlet iktidarının, onun iradesi lâhik olmadan, diğer bir iktidar tarafından hukuken tahdid edilememesini

nasıl iç sahada Devlet kendi arzusuyla kendi iktidarına bazı tahditler koyabiliyor ve onlara riayet ediyorsa, aynen, dış sahada da Devletler kendi iradeleriyle hareket ederek kendi iktidamlarının tahdidini icap ettiren bazı esasların meydana gelmesine razı olmakta ve beynelmîlî münasebetlerin mahiyetlerinden doğan bu prensiplerle kendilerini bağlamaktadırlar. Devletler bir zaruret neticesi ve kendi arzularıyla kendi iktidamlarına vazeyledikleri bu dış sınırlara riayetle de mükelleftirler (Bk. Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, İstanbul 1940, s. 14). Fakat bu mükellefiyetlere mutlak bir mahiyet atfedilemez; zira, mutlak bir iktidara malik olan Devletler, kendi istekleriyle bağlandıkları bu prensipleri her zaman yine kendi arzularıyla ortadan kaldırabilirler (Bk. Cemil Bilsel, op. cit., s. 15).

22) Bk. Jellinek (G.), L'Etat moderne et son droit, c. II, s. 135 - 136.

23) Bk. Jellinek (G.), op. cit., c. II, s. 136.

ifade eder. Bir hâkim Devletin iktidarı hakkında bazı fiilî tahdidlerin mevzu bahis olabilmesi mümkündür. Fakat, bu tahdidlerin hukukî tahdidler vasfını iktisap edebilmesi ancak Devletin kendi istemesile kabildir²⁴. Bu böyle olmakla beraber, yine Jellinek'e göre, modern Devlet için hâkimiyet, aynı zamanda, Devlet iktidarı için, kendi iradesine kendisini icbar edecek bir muhteva tahmil etmek, kendine hâs hukuk nizamını her bakımdan tayin ve tesbit eylemek ehliyetini de ifade eder. Hâkim iktidar hudutsuzdur; fakat, şu mânada ki, diğer hiç bir iktidar onu kendine hâs hukuk nizamını değiştirmekten hukuken menedemez. O halde, hâkimiyet, Jellinek'e göre, Devletin mutlak iktidarından ibaret değildir; bu bir hukukî iktidardır, hukuka bağlı olan bir iktidardır. Devlet haiz bulunduğu iktidarı bizzat kendi iradesile tahdid edebilir; ona, bizzat kendisi, Devletin tâbi olduğu hukukî nizamı, hukuk kaidelerini ifade edecek olan bir hudut çizebilir²⁵.

Yalnız, Devlet, kendi iktidarının sınırlarını çizen bu hukukî nizamı, kendi iktidarına koyduğu tahdidleri, bu tahdidleri ifade eyleyen hukukî kaideleri değiştirebilir, onlara riayet etmeyebilir. Bu tahdidlerin Devlet iradesine üstün olduklarını ve Devlet tarafından tadil edilemeyeceklerini söylemek mümkün değildir; aksi takdirde Devletin hâkim olduğu söylenemez. Alman hukukçusuna göre, Devlet iktidarı için mutlak mahiyette hiç bir hukukî hudut bahis mevzuu olamaz. Devlet, kendi kendisine tahmil eylediği hudutları bertaraf edebilir, onları aşabilir. Devletin bu bertaraf edebilme, onları aşabilme keyfiyetine mâni olacak, kendisine yabancı bir iktidar mevcut değildir ve zaten hâkimiyet de, Devletin kendi iradesinden hariç bilûmum hudutlanma ve tâbiyetin inkârı demektir²⁶. Hâkimiyet, Devletin ancak kendi iradesile kendisini bir tahdide tâbi kılabilmesile kaim bulunmaktadır.

24) Bk. *Jellinek (G.)*, op. cit., c. II, s. 136.

25) Fertler için sübjektif hakların mevcudiyetini inkâr eden, fertlerin tabii hakları ve bunların Devlet tarafından himayesi gibi mülâhazaları red eyleyen *Jellinek'e* göre, yalnız objektif hukuk vardır ve bunu da Devlet bizzat kendi iradesile yaratmakta ve bu objektif hukuk da mevcudiyetini, Devletin kendi iktidarına kendi arzusile koyduğu hudutlarda bulmaktadır. Devlet, kendi iktidarından bir kısmını feda ederek, kendisini muayyen sahalarda tahdit ederek, fertlere hak temin eyleyen, fertlere serbestçe hareket imkânını bahşeden bir saha tanımaktadır ve bu da ancak ve ancak Devletin mutlak ve serbest iradesile olmaktadır. Çünkü, hâkim olan Devlettir ve Devletin hâkimiyeti ise, ancak kendi kendini tahdit edebilen bir iktidardır.

26) Bk. *Jellinek (G.)*, op. cit., c. II, s. 127.

Fakat, bu böyle olmakla beraber, modern bir Devlette, Devletin kendi iktidarına koyduğu tahdidlere ve bu tahdidlerin ifadesi olan hukuk kaidelerine kendisinin riayeti, onların Devlet için bir mecburiyet ifade etmesi kanaati hâkimdir ve bu kanaat, Devletin bu tahdidlere ve bunların ifadesi olan hukuk kaidelerine riayetini temin eylemektedir. Bundan başka, bu tarzda bir riayet, Devlet tarafından vaz edilmiş prensiplere ferdlerin de riayetini temin eylemekten hâli kalmayacaktır. Yalnız, bütün bunlara rağmen, bu riyeti umumî bir kaide haline koymak ve ifade etmek imkânsızdır.

Acaba Devletin kendi iktidarına vazettiği tahdidlere riayet eylemesi, biraz evvel bu iktidarın mümeyyiz vasıfları hakkında ileri sürdüğümüz mülâhazalara aykırı düşmeyecek midir? Jellinek böyle bir aykırılığı kabul etmemektedir. Zira, Devlet, tâbi olduğu hukuk kaidelerini, ancak, kendi iktidarına kendi iradesinin koyduğu tahdidlerle meydana getirmiştir. Bu tarzda bir mükellefiyet ve tâbiyet Devletin kendi iradesinin mahsulüdür. Bu tarzda bir mükellefiyet ve tâbiyet Devletin irade ve arzusile olmuştur. Devlet böyle bir tahdidi ve bunun ifadesi olan hukuk kaidelerini vaz ederken, o tahdide, vazettiği o hukuk kaidesine, kendisini uydurmak taahhüdünü de serbestçe, kendi rızasile aynı zamanda yapmış demektir. Devlet böyle bir tâbiyete kendi arzusile evvelden razı olmuştur ve bununla Devlet iktidarının mevzuubahs vasıflarını ihlâl etmek gibi bir durum da yaratılmış değildir. Hakikatte, Devlet kendi koyduğu tahdidlere, hukuk kaidelerine riayet etmekle, kendini yabancı bir iradeye değil, dolayısıyla yine kendi iradesine tâbi kılmış olur. Kendi iradesinden hariç bir tahdide itaat edecek değildir, Devletin kendi arzu ve iradesine uygunsuzluk yoktur.

Keza, Jellinek'e göre, Devletin kendi iktidarına koyduğu tahdidlere, hukuk kaidelerine riayeti de mutlak bir mahiyet arzetmez dedik. Meselâ, mevzuubahs tahdidlerle, hukuk kaidelerile, Devletin mevcudiyeti, menfaati birbirile çarpışacak olursa ve bunlardan birinin feda edilmesi icap ediyorsa, Devlet, mezkûr tahdidleri ve bunların ifadesi olan hukukî kaideleri serbestçe feda ederek, kendi iktidarına kendisinin koyduğu hududları serbestçe ortadan kaldırarak, kollektiviteyi siyanet mecburiyetindedir ve, bu da, doğrudan doğruya mevzuubahs tahdidlere muhalif hareket etmekle olur. Şu halde, Devlet menfaatinin başladığı her yerde Devlet kendi iktidarına koyduğu hududları ortadan kaldıracaktır. Devletin, kendi iktidarına vazettiği hudutlara tâbiyeti tamamen muvakkat olacaktır. Bunlar mevcudiyetlerini muhafaza edebildikleri müddetçe bir kıymet ifade edecek ve bu varlığını muhafaza edebilmek keyfiyeti de Devletin mutlak iradesine tâbi olacaktır. Yalnız şunu da ilâve edelim ki,

Devlet mevcut tahdidleri ve bu tahdidleri ifade eyleyen hukukî nizamı ortadan kaldırmak imkânına malik olmakla beraber, bunu yaparken, hukukun forme'larına riayet etmesi, iktidarına yeni hudutlar vazetmesi, ortadan kaldırdığı tahdidlerin yerine yenilerini koyması lâzımdır. Bu hususta daimî olan, herhangi muayyen şu veya bu tahdidin mevcudiyeti değildir. Daimî olması gereken bizatihî tahdid keyfiyetinin mevcudiyetidir²⁷. Zira, Devletin hukukî hali onun organize edilmiş vaziyetidir²⁸; anarşi ancak fiilî ve geçici bir vaziyettir²⁹. Devletin iktidarı ne kadar

27) Bk. *Jellinek (G.)*, op. cit., c. II, s. 137.

28) Bk. *Jellinek (G.)*, op. cit., c. I, s. 549 ve müt.; c. II, s. 126 ve müt. Bu hususta keza Bk. *Jellinek (G.)*, *Algemeine Staatslehre*, 1900, s. 302 - 306, 323 - 331; *Duguît (L.)*, *La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'Etat*, «*Revue du droit public*, 1919, s. 161 ve müt.».

29) *Jellinek*, Devlet iktidarının dış sahada da bazı tahditlere maruz kalabileceğinden bahseylemiştir. Gerçekten, Alman hukukçusuna göre, Devletin iradesi dışında, ona üstün gelen ve icabında onu icbar edebilen bir kuvvet mevcut değildir. Devletler birbirleriyle olan münasebetlerinde daima mutlak bir iktidarı halz bulmaktadırlar. Fakat, bu durum, hâkim olan Devletin, diğer Devletler lehine bazı vecibelerin ifasını taahhüt eylemesine bir engel teşkil edemez. Devletler, hukukan diğer Devletlere karşı bağlanmış olabilirler. Yalnız, iç hukukta olduğu gibi, dış münasebetlerde de Devlet kendi kudretini kendisi tahdit ederek, kendi arzu ve iradesile kendisini bir taahhüt altına sokabilir. Ve Devlet, kendi iradesile taahhütler altına girmekle, hiç bir zaman kendi hâkimiyetine aykırı bir harekette bulunmuş değildir ve hâkimiyet de, Devletin ancak bizzat kendi iradesile bir şey ifaya mecbur edilebilmek vasfıdır (Bk. *Jellinek*, op. cit., c. II, s. 136). Bu tahditler ve bunun bir neticesi olarak vücuda gelen beynelmîl hukuk kaideleri Devletin arzusile meydana gelmişlerdir ve Devletler bu kaidelere, bu karşılıklı taahhütlere riayetle mükellef bulunmaktadırlar. Zira, *Jellinek'e* göre, bahis mevzuu olan ancak hukukî bir Devlettir. Hukuk nasıl cemiyet hayatı için zarurî ise, beynelmîl münasebetlerde de bazı prensiplerin mevcudiyetini ve bunlara riayet keyfiyetini zarurî bir hâdis olarak karşılamak lâzımdır. Böyle bir Devletin, kendi arzusile teessüs eyliyen dış hukuk prensiplerine de riayet etmesi icap eder (Bk. *Cemil Büşel*, op. cit., s. 15).

Devletler arasındaki münasebetleri tanzim eyliyen kaidelere riayet meselesi, siyasî teşekküllerin mutlak hâkimiyetleriyle de gayri kabili telif değildir. Çünkü, Devletler aralarında karşılıklı taahhütlere girişmekle, kendi iktidalarına kendi rızalarıyla bir hudut vaz ve onun bazı prensiplerle tahdid edilmesine muvafakat etmişlerdir. Milletlerarası münasebetlere müteallik kaideler, Devletin kendi iktidarını kendisinin tahdid eylemesiyle meydana gelmişlerdir. Bundan dolayı, Devletin kendi

mutlak olursa olsun ve hattâ hukuken onun için herşeyi yapmak mümkün olsa bile, Devletin hiç bir suretle yapamayacağı bir şey vardır; o da, Devletin, mevcut hukukî nizamı yıkararak, onun yerine anarşiyi

rızasızla kendi mutlak iktidarını bir tahdide tâbi tutarak bazı taahhütler altına girmesi ve bu taahhütlere riayet eylemesi, Devletin iktidarına hiç bir zarar iras etmiş olmaz. Bilâkis, Devlet, kendi iktidarına yine kendisi bazı hudutlar çizmekle, bu iktidara tamamen tasarruf edebileceğini göstermiş bulunmaktadır. Devlet, bu hareketle, kendi iradesinden hariç bir düstura değil, yine kendi iradesine, kendi iradesinin çizdiği bir hudutla meydana gelen bir prensibe kendisini tâbi kılmaktadır.

Yeknazarda çok cazip ve çok mantıklı gözükken bu tarzı mütalâa, milletlerarası münasebetleri tanzim ve idare edecek olan prensiplerin mer'iyeti bakımından aynı cazibeyi ve aynı mantıklı bünyeyi muhafaza edememektedir. Zira, Devletler Hukukuna bu tarzda bir mahiyet atfedilmesinin doğurduğu önemli bir mahzur derhal kendisini göstermektedir; o da, Devletler Hukuku kaideleri Devletlerin arzularile vücade geldiklerinden, siyasi teşekküller istedikleri zaman kendilerini bu tahditten, bu tâbiyet keyfiyetinden kurtarabilirler. Çünkü, mutlak iktidara malik olan Devletin fevkinde diğer bir kuvvetten, onu tahdid edebilecek üstün hukukî düsturun mevcudiyetinden bahse imkân yoktur. Milletlerarası hukuk kaideleri, ancak Devletlerin kendi mutlak iktidalarına kendilerinin bir hudut vazeylemeleriyle meydana gelebildiklerine göre, bunlara Devletlerin iradelerinin üstünde bir kıymet atfına imkân yoktur. Bahis mevzuu karşılıklı taahhütler, Devletlerin iktidalarının fevkinde müşterek bir irade, Devletlerin iradelerine üstün hukukî düsturlar vücade getirmiş değildir. Devletler Hukukunun sahası içine giren prensiplerin tesisinde, belki tarafların iradeleri arasında bir iştirak vardır ve karşılıklı taahhütler altına girmek keyfiyeti de bunun bir delilidir. Fakat bu iştirak keyfiyeti Devletlerin iktidalarına üstün müşterek bir irade vücade getirmiş değildir. Bu karşılıklı taahhütlere, bunları ifade eyleyen prensiplere, Devletlerin iradelerine üstün mutlak ve daimi bir kıymet, kat'i bir mahiyet izafesine imkân yoktur.

Bu takdirde yeni bir mesele bahis mevzuu olmaktadır; acaba Devletlerin kendi iktidalarını tahdid ederek giriştikleri karşılıklı taahhütlerin, teessüsünü mümkün kıldıkları milletlerarası hukukî düsturların kendi varlıklarının muhafazası keyfiyeti ne gibi hâdiselere tâbi bulunacaktır? *Jellinek*, bu meseleyi hallederken, milletlerarası hukukî düsturların, Devletler arasındaki karşılıklı taahhütlerin vücade gelişinde âmil olan sebebi nazarı dikkate almaktadır. Ona göre, Devletler arasında, kendi iktidalarını tahdid suretiyle yapılan karşılıklı taahhütler, vücade gelen hukukî düsturlar Devletlerin *menfaatleri* icabı, onların menfaatleri için yapılmışlardır, ve bunlara riayet mükellefiyeti de bilhassa bu menfaat mefhumundan neş'et etmektedir. O halde, beynelmilel münasebetleri tanzim eden hukukî kaideler, Devletlerin

ikame edememesidir. Aksi takdirde, Devlet kendi kendisini yıkmış olur³⁰. Gerçekten, Devlet, iktidarını tahdid eden hukuku değiştirebilir; fakat, bu hukuk mevcudiyetini muhafaza ettiği müddetçe Devlet onu tanıyamamazlık edemez. Bundan başka, Devlet, iktidarını tahdid eden hukuku, ancak yeni bir hukuk yaratmak suretile ortadan kaldırabilir ve bu yeni hukuk Devlet iktidarını tahdide devam eder. O halde, Devlet iktidarı için daima bir tahdid rejimi mevzuubahs olmaktadır.

Devlet iktidarının tahdidi hakkında on dokuzuncu asrın sonlarına doğru Alman hukukçuları tarafından ileri sürülen yukarıdaki görüşler, Louter³¹, Meyer, Stenzel, Mérignhac, Carré de Malberg ve Hans Kelsen³² gibi gerek Alman ve gerek Fransız hukukçuları tarafından da benimsenmişlerdir. Meselâ, bunlardan Mérignhac, Alman hukukçuları tarafından müdafaa edilen yukarıdaki noktai nazarın hâdiselerin hakikî bünyesine tekabül ettiğini ve Devletin hâkimiyeti fikrile hukuk kaidesinin tatbiki esaslarını çok iyi bir tarzda uzlaştırdığını söylemektedir³³. Keza, Jellinek'in teorisinin tamamen hukukî ve netice itibarile de formel bir doktrin,

menfaatlerle uygun olduğu, onunla tezat halinde bulunmadıkları müddetçe mevcudiyetlerini muhafaza edebilecekler; Devletlerin menfaatlerine tekabül etmedikleri andan itibaren de kıymetlerini, mevcudiyetlerini, mecburî olmak vasıflarını kaybedeceklerdir. Böyle bir durumda, menfaatli haleldar olan Devletin mutlak iktidarı derhal kendisini gösterecek, bu beynelmîlî hukukî düsturlara üstün bir mahiyet ihraz edecektir. Yani, bu kaldelerin yerine Devletin arzu ve iradesi hâkim olacak, Devlet kendi iktidarına kendi arzusu ile vazeylediği hudutları ortadan kaldıracak ve bu suretle Devlet bu taahhütler karşısında artık tam bir serbestli iktisap eyliyecektir. Çünkü, Milletlerarası hukuk mevcudiyetini Devletlere borçludur, yoksa Devletler mevcudiyetlerini milletlerarası hukuka borçlu değildir (Bk. *Jellinek (G.)*, op. cit., c. I, s. 562).

30) Bk. *Jellinek (G.)*, op. cit., c. II, s. 129 - 130.

31) Bk. *Louter*, *Le droit international public*, 1920.

32) Bk. *Kelsen (H.)*, *Aperçue d'une théorie générale de l'Etat*, «*Revue du droit public*, 1926, s. 577 ve müt.».

33) Devlete takaddüm eden bir hukukun mevcudiyetini ve bunun kaynağının da beşerî vicdanlarda, suçlarda aranması lâzımgeldiğini söyleyen *Mérignhac*, bu mülâhazalarile, kendisinin tabii hukukun mevcudiyetine, yani ferdiyeci telâkkiye taraftar telâkki edilmemesini; insanların suçlarında meknûz bulunan bu hukukun hakikî hukuk olmadığını; bunun, ancak, nazariyat sahasında bu suretle izah olunması gerektiğini tebarüz ettirmiştir. Tatbikatta tamamen plâtonik olan bu hukukun Devlet otoritesi tarafından teyit edilmiş olması lâzımdır. Yalnız bu hukuku teyit eden Devlete, kabul ettiği prensipleri, istisnai hallerde, ortadan kaldırmak

siyasi veya ahlâkî değil münhasıran hukukî bir teori olduğunu, Devlet iktidarı için hukukun tahdidleri içinde bir mevcudiyet mevzuubahs olduğunu, Devlet iktidarının yalnız bir kuvvet ve maddî bir vakıa değil, aynı zamanda hukukî bir iktidar ve müessese olduğunu, Devlet iktidarının hukukî tahdid edilmiş, hukuka tâbi kılınmış bir iktidar olarak tezahür eylediğini, hukukî nizamın fertleri olduğu gibi âmme kudretinin icra ve istimali keyfiyetini de hukuk kaidesine tâbi kılması gerektiğini ve Devlet iktidarının tabîi hukukla tahdidi telâkkisinin hukukî hiç bir kıymeti olmadığını³⁴ söyleyen Carré de Malberg de Devlet iktidarının kendi kendisini tahdid telâkkisine bir temayül göstererek bu nazariyenin hâdiselerin hakikî bünyesine daha uygun olduğunu zikretmektedir³⁵. Devlet iktidarının ancak Devletin kendi iradesile bir tahdide maruz kalması demek, formel bakımdan, hâkim Devletin fevkinde Devleti hukukî tahdid edecek hiç bir iktidarın bulunmaması demektir ve bu keyfiyet, münakaşa edilmesi beyhude ve realitelerin ifadesi olan bir vakıadır. Devlet iktidarını tahdid eden hukukî kaideler, bizatihi bir iktidara sahip olan Devletin³⁶ mutlak iradesinin kendi kendisini tahdid etmesiyle meydana gelmişlerdir. Yalnız, şunu da ilâve edelimki, Devlet iktidarının tahdidi hakkında Devletin kendi iktidarını kendisinin tahdid etmesi şeklinde ileri sürülen noktai nazarın tatmin edici olduğunu ve ancak bu suretle Devlet iktidarına bir hudut çizilebileceğini ve yine ancak bu suretle Devlet iktidarile hukukî düsturların yekdiğerile telifine imkân hasıl olabileceğini söyleyen Carré de Malberg de, topluluk içinde tatbik olunan hukuk kaidelerile Devlet iktidarına konan hudutların muvakkat olduğu neticesine varmaktan hâli kalmamaktadır³⁷.

bb) Devlet iktidarının kendi kendisini tahdid doktrini Le Fur³⁸, Duguit³⁹, Jéze⁴⁰, Michoud⁴¹, Hauriou⁴², De Villeneuve⁴³ ve Burdeau⁴⁴ gibi tanınmış hukukçular tarafından ciddi tenkidlere maruz kalmıştır. Meselâ

hakkını vermek de çok makul bir şey olur (Bk. *Mérignhac (A.)*, *Traité de droit public international*, Paris 1907, c. I, s. 225, 227, 228, 230, 231).

34) Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 234-241.

35) Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 229.

36) Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 69, 70.

37) Bu hususta, Devlet iktidarının tahdidi hakkındaki ferdiyetçi telâkkiyi tenkit hususunda *Carré de Malberg*'in serd eylediği mülâhazalara da bilhassa bakınız.

38) Bk. *Le Fur*, *L'Etat fédérale et confédération d'Etats*, s. 422 ve müt., 438, 442, 443, 467.

39) Bk. *Duguit (L.)*, *L'Etat*, c. I, s. 122 ve müt.; *Traité de droit constitutionnel*, c. I, s. 643.

Duguit'ye göre, gerek Devleti teşkil eyliyen fertlerin hakları ve gerek Devletler arasındaki münasebetlerin istinat ettirilmesi gereken esaslar ve hususile bu hususta kendisini gösteren ve empoze eden icap ve zaruretler bakımından Devlet iktidarının kendi kendisini tahdid nazariyesini kabul imkânsızdır. Her iki bakımdan da, bu noktai nazar, Devleti mutlak bir iktidar halinde muhafaza etmektedir. Devletin iktidarı tahdid edilmeden evvel ne kadar mutlak bir mahiyet arz ediyorsa, tahdidden sonra da o derece mutlak bir mahiyet arz etmektedir. Zira, hukuku istediği gibi vücade getirebilen ve onu istediği gibi tadil ve tebdil edebilen Devletin, vücade getirdiği hukuk kaidelerile kendi üstün iktidarını tahdid edebileceği düşünülemez.

Keza, Le Fur de Devletin kendi salâhiyetlerini serbestçe tayin hakkını hâkimiyetin bir mümeyyiz vasıf olarak mülâhaza eylemesine; Devletin hâkimiyete malik olmasile onun kendi salâhiyetini kendisinin tayin etmesi hakkına malik bulunduğunu kabul etmesine; hâkimiyetin, Devletin, kendi iradesile kendisini bir şeye mecbur kılmak veya kendi iradesile kendisini tayin ve tahdid etmek vasfı olduğunu tebarüz ettirmesine rağmen Devletin kendi salâhiyetini serbestçe tayin hakkının, onun, bu hakkını, hiç bir kayıt mevzuubahs olmaksızın kullanabileceğini ifade etmediği neticesine varmıştır. Devlet, hukukun üstün prensiplerile, takip etmekle mükellef bulunduğu kollektif gaye ile, adalet ile tahdid olunmuştur. Biraz evvel temas ettiğimiz hak, Devletin kendi salâhiyetlerini kendi ihtiras ve arzularına göre tayin ve tahdid edebileceğini tazammun etmez. Devlet bu hususta hukukun ezeli prensiplerile tahdid olduğu gibi, gerek kendi teb'alarına ve gerek diğer Devletlere karşı muayyen bazı tahdidlere de rıza gösterebilir.

Diğer taraftan De Villeneuve de Devletin kendi kendisini tahdid teorisinin mantıkan Devlet iktidarını tahdid edemeyeceği mülâhazasını serd eylemiş ve Devlet iktidarı için Devletin iradesile kendisini gösterebilecek bazı tahdidlerden bahsolunabilmesinin imkânsızlığını ileri sürmüştür. Bu müellife göre, Devlet iktidarının hudutlarını bizzat Devletin tayin ve tesbite salâhiyetli olması hakikî bir tahdid olarak karşılanamaz. Böyle bir mülâhaza, hakikatte, Devlet iktidarını hududsuzluğa götürmektedir. Nihayet Burdeau (G.) da aynı noktai nazara

40) Bk. *Jèze (G.)*, Les principes généraux de droit administratif, s. 14.

41) Bk. *Michoud*, Théorie de la personnalité morale, c. II, s. 57 ve müt.

42) Bk. *Hauriou (M.)*, Principes de droit public, s. 73.

43) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeueuve*, op. cit., c. I, s. 492, 500.

44) Bk. *Burdeau (G.)*, Traité de science politique, c. II, s. 286.

muhalefet ederek, Devletin asla kendi kendisini tahdid etmediğini, Devletin tahdid edilmiş olarak doğduğunu söylemektedir.

c) *Realist veya sosyal tesanüt doktrini;*

aa) Devlet iktidarının tahdidi hakkında ileri sürülen yukarıdaki telâkkilerin her ikisinin de Devlet kudretinin hudutlarını tayin ve tesbite muvaffak olmadıkları mülâhazasını serdeden bazı müellifler, bu hususta «realist» veya «sosyal tesanüd» gibi terimlerle ifade edilen yeni bir noktai nazar vücade getirmeye çalışmışlardır. Devlet iktidarının tahdidi meselesini Devlete hâs bir iktidarın mevcudiyetini inkârla halle çalışan bu noktai nazar, hususile Fransada Léon Duguit tarafından müdafaa edilmiştir.

Gerçekten, Duguit'ye göre, her iktidar kuvvetin ifadesidir ve hiç bir iktidarın menşe ve mahiyeti itibarile meşru ve hukukî oluşundan bahse imkân yoktur. Devlet içinde hakikatte bahis mevzuu olan hükûmet edenlerin ferdî iradelerinden başka bir şey değildir ve, hükûmet edenler için, iradelerini idare edenlere, hükûmete tâbi olanlara hâkim kılmak, onlara emir vermek hususunda hiç bir sübjektif hak mevzuubahs olmamaktadır. Hükûmet eden iktidar, hakikatte, fiilî iktidardan başka bir şey değildir⁴⁵. Bundan dolayıdır ki, iktidarın menşei ve mahiyeti itibarile, onun meşruiğini mümkün kılacak hiç bir esas mevzuubahs olamamaktadır. Fakat, bu bir realite olmakla beraber, hükûmet edenlerin iktidarı, bu iktidarın icra ve istimali keyfiyetinin kendisini muayyen bazı şartlara tâbi kılması halinde, meşru ve hukukî bir mahiyet ihraz edebilir. Bu takdirde, mezkûr iktidar, hükûmet edenleri, hükûmete tâbi olanları kendilerine itaat ettirmek ve hattâ bu itaatı bir mecburiyet tahtında mümkün kılmak hakkına mazhar kılacaktır.

O halde, hükûmet edenlerin iktidarına meşru ve hukukî bir mahiyet bahsetmek üzere, bu iktidarın kendisini tâbi kılacağı şartlar, başka bir ifade ile bu iktidarı tahdid edecek olan prensipler nelerdir? Duguit, bütün bu şart ve prensipleri, sosyal bağlılığın icablarından ibaret bulunan objektif hak kaideleri gibi bir esasa irca etmiş bulunmaktadır. Hükûmet edenlerin faaliyeti için bir hukukî tahdidin lüzumuna kani olan Duguit'ye⁴⁶ göre, hükûmet edenlerin iradelerinin ancak sosyal tesanütden doğan, sosyal tesanüdü bir tezahürü olan objektif hak kaidelerine uygun olmaları halindedir ki, onların iradeleri için bir hukukilik, bir hukukî irade olabilmek, iktidarlara için bir meşruiyet, bir hukukî kıymet bahis mevzuu olabilmektedir. Bu uygunluk nisbetindedir ki, hükûmet

45) Bk. *Duguit (L.)*, *Traité de droit constitutionnel*, c. I, s. 671.

46) Bk. *Duguit (L.)*, *Traité de droit constitutionnel*, c. I, s. 65.

edenlere tabi olanlar için hükûmet edenlerin irade ve emirlerine itaat vazife ve mecburiyeti bahis mevzuu olabilmektedir. Aksi takdirde, hükûmet edenlerin irade ve emirleri için hiç bir hukukî kıymet ve mâna, hiç bir hukukî netice varit olamayacaktır⁴⁷.

Duguit'ye göre, hükûmet edenlerin iradelerinin objektif hak kaidelerine uygunluğu da, biri hükûmet edenlerin yapmamakla ve diğeri de onların yapmakla mükellef buldukları iki vazifeye tekabül edecek olan iki önemli şartın tahakkukile kendisini mümkün kılmış olacaktır. Evvelâ, mevzuubahs iradenin, bir sınıf, bir ekalliyet veya bir tek fert lehine, fertlerin heyeti umumiyesinin müşterek ihtiyaçlarının tatminine engel olacak hiç bir şey yapmaması ve, keza, yine mezkûr iradenin, sosyal tesanüdün esaslı âmili olan ferdi faaliyet ve istidadların serbestçe inkişafına hiç bir suretle mâni olmaması lâzımdır. Daha umumî bir ifade ile, mezkûr iradenin, sosyal tesanüde aykırı hiç bir şey yapmaması icap eder. Saniyen, mevzuubahs iradenin, sosyal tesanüdü geliştirmesi lâzımdır, ve, bu da, hükûmet edenlerin, haiz buldukları en büyük kuvveti, sosyal tesanüdün tahakkuku lehinde kullanmalarile mümkün bulunmaktadır. Objektif hak kaideleri hükûmet edenleri bu tarzda bir kullanmağa icbar etmekte ve hükûmet edenlerin cebir kullanma hakkı da buradan neş'et eylemektedir.

İktidarı objektif hak kaidelerile bu tarzda bir tahdide tâbi tutan Duguit, vaz'ına çalıştığı bu tahdidin müeyyidesinden de bahseylemiştir. Ona göre, hükûmet edenlerin irade ve emirleri objektif hak kaidelerine uygun değilse hiç bir hukukî netice doğuramayacak, hükûmete tâbi olanlar için böyle bir irade ve emre itaat hususunda hiç bir hukukî mecburiyet bahis mevzuu olamayacaktır. Hükûmet edenler temas eylediğimiz hak kaidelerine aykırı tasarruflar yaptıkları ve bu kaidelere aykırı emirler verdikleri takdirde, bu nevi tasarruf ve emirlere ademi riayet, onlara karşı gelme, hükûmete tâbi olanlar için meşru olmaktadır. Hattâ, böyle bir halin mevcudiyetinde, hükûmete tâbi olanlar, tamamen meşru ve hukukî olarak, kuvvete kuvvetle mukabeleye muktedir bulunmaktadır. Duguit'ye göre, hükûmet edenlerin objektif vazifelerine karşı hakikî bir müeyyidenin mevcudiyeti için, hükûmete tâbi olanların, yine Duguit tarafından fiiliyat bakımından mahzurlu ve tehlikeli telâkki edilmiş olmasına rağmen, isyan hakkına kadar gitmek lâzımdır. Objektif hak kaidelerine aykırı hareketi dolayısıyla meşru olma vasfını kaybeden her hükûmeti, hükûmete tâbi olanlar kuvvete müracaat ederek devirmek hakkına maliktirler. İşte, hükûmete tâbi olanların hükûmet edenlere karşı gelme, isyan etme, kuvvete müracaat ederek hükûmeti devirme

47) Bk. Duguit (L.), L'Etat, c. I, s. 259, 261.

hakkının mahzur ve tehlikesi gözönünde tutularak, bütün bunların zuhurunu bertaraf edebilmek gayesile, hükümet edenlerin iktidarlarının, onlar tarafından suiistimal edilmesine, keyfi bir tarzda kullanılmasına mâni olacak tarzda organize edilmesi icap eyler.

Şu halde, netice olarak, Devlet için ancak bir fiili iktidar mevzuubahs olmakta ve fakat bu iktidarın mevzu ve şumulü objektif hak kaideleri tarafından tayin ve tesbit edilmekte ve Devletin hukukla tahdidi meselesinin sağlam esaslara istinat ettirilmesi keyfiyeti de ancak bu suretle mümkün olabilmektedir⁴⁸. Hükûmete tâbi olanlar gibi hükümet edenler de objektif hak kaidelerine, camianın objektif hukukuna tâbi kılınmış bulunmakta; hukuk kaidesi mahiyetini alan sosyal kaide hükümet edenlerle idare edilenlere, sosyal camianın bütün âzalarına, seyyanen tatbik olunmakta; bir kelime ile hukuka tâbi bir Devlet mevzuubahs olmaktadır. Hükümet edenler, kendileri tarafından alınan kararların tatbik ve icrası bakımından zecir kudretini veya kendilerine inhisar ettirdikleri maddî kuvveti, ancak, mezkûr kararlar sosyal tesanüde uygun bir gaye ile ittihaz olundukları takdirde istimal imkânına sahip bulunmakta⁴⁹; Devletin dayandığı kuvvet ancak hukuka uygun olarak istimal edildiği zaman meşru olabilmektedir. Bir kelime ile, iktidar, hukukun hizmetine tahsis edilmiş bir kuvvet mahiyetini haiz bulunmaktadır⁵⁰.

bb) Duguit'nin Devlet iktidarının tahdidi ve bu tahdid keyfiyetinin müeyyidesi hakkındaki mülâhazaları da tenkit edilmiştir. Meselâ, Devlet iktidarının hakikatte en kuvvetlilerin ferdî iradelerinden ibaret bulunduğu yolunda Duguit tarafından ileri sürülen mülâhazanın, bu iktidarın objektif hukukla tahdidi hakkındaki görüşlerini tamamen kıymetsiz kılacak bir durum yarattığı söylenmekte ve fiiliyatta en kuvvetlilerin ferdî iradelerinin objektif hukukla tahdidinin ne tarzda mümkün olabileceği keyfiyeti hakkında Duguit tarafından tatmin edici bir izah tarzının vücade getirilemediği noktasına temas edilmektedir. Keza, bu tarzda bir tahdidin müeyyidesi olmak üzere ileri sürülen mülâhazalar da tenkit edilmiş ve Duguit tarafından meşru olduğu söylenen ve fertlere tanınan bazı imkânların hakikatte Devletin mevcudiyetini tehlikeye sokacak vahim neticelerin zuhuruna sebebiyet vereceğine temas olunmuştur.

R. G. Okandan

48) Bk. *Duguit (L.)*, *Traité de droit constitutionnel*, c. I, s. 550.

49) Bk. *Duguit (L.)*, *L'Etat*, c. I, s. 267; *Traité de droit constitutionnel*, c. I, s. 671 - 673.

50) Bk. *Duguit (L.)*, *Traité de droit constitutionnel*, c. I, s. 677.