

Ius Gentium ve Uluslararası Hukuk^(*),^(**)

Ius Gentium and International Law

Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI^(***)

Günümüzde insan ilişkilerinde uygulamalı bir unsur olarak uluslararası hukukun mevcudiyeti birçokları tarafından şüphe veya alaycılık ile karşılanmaktadır ve hukukun kendisi için esas teşkil ettiği iddia edilen bu gibi alanlar savaşan devletler tarafından küçümsendiği zaman uluslararası hukuk bilimini karakterize eden ilk konseptlerin ana hatlarının kullanışsız veya istenmeyen unsurlar olacağı düşünülmektedir.

“Uluslararası hukuk” terimi günümüzdeki kullanımı ile geçmişte kullanılan ve Latince bir terim olan *ius gentium*’un çevirisi olarak benimsenen “devletler hukuku” teriminin yerini almıştır. Aşına olduğumuz “uluslararası hukuk” tabiri ise tamamen farklı bir kavramı ifade etmektedir. Modern dünyada bu terim D’Aguesseau tarafından benimsenmiştir ve 1773 tarihli eserinin 337. sayfasında görülmektedir; bundan kısa süre sonra “Principles of Morals and Legislation” [Ahlak ve Kanun Prensipleri] (XVII, 326, n. 1) adlı eserinde Bentham tarafından kullanılmış ve o günden bu yana genel kullanımı yaygınlaşmıştır. D’Aguesseau’nun ifadesi (*droit entre les gens*) şüphesiz ki 1650’li yıllarda Oxford’da bir Medeni Hukuk Profesörü olan Zouche’nin, Grotius’un önemli araştırmasının amacını açıklarken *De Jure Belli Ac Pads*’ın Önsözünün ilk paragrafında ifade ettiği görüşü -*at jus illud quod inter populos plures aut populorum rectores intercedit, sire ab ipsa natura profectum, aut divinis constitutum legibus, sine moribus et pacto tacito introductum, attigerunt pauci, uni- versim ac certo ordine tractavit hactenus nemo; cum tamen id fieri intersit humani generis-* ile uyumlu olarak kullandığı *jus inter gentes* ifadesinden uyarlanmıştır.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 08.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 08.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 25.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 08.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 28.09.2019.

(**) Çevirinin kaynağı: Gordon Sheerman, “*Ius Gentium and International Law*”, *Journal of International Law*, Vol 12, pp. 56-63.

(***) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: akarakocali@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0108-5723>.



Daha sonra bu konuya geri dönmek için Grotius'un *ius gentium*'dan ziyade *ius inter populos plures* -devletler hukuku değil de devletler arasında geçerli bir hukuk- kavramına odaklandığını not etmekte fayda var. Bununla birlikte, sonraki paragrafta hukuku çeşitli yönleriyle ele alırken (pasaj 1, 1, 14) bize bir devletin medeni hukukunun niteliğini anlatır -*latius autem patens est jus gentium; id est quod gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit, multarum addidi, quia vix ullum reperitur extra jus naturale, quod ipsum quoque gentium did solet, omnibus gentibus commune.* (Cf. alıntılar ile X-XVI arası bölümler.)

Bu önemli pasajda Grotius *ius civile*, *ius gentium* ve *ius naturale* arasında uygun bir ayırım yapar -yani medeni hukuk, devletler hukuku ve doğal hukuk arasında bir ayırım yapar ve *ius gentium*'un tıpkı *ius non scriptum civile* (gelecek hukuku) gibi açıklandığını ifade eder. *prdbatur autem hoc jus gentium pan modo quo jus non scriptum civile, usu continuo et testimonio peritorum* (1, 1, XIV 2). Bundan sonra *ius gentium*'un tarihsel gelişimi gelir.

Bu terim Avrupa literatüründe ilk olarak Cicero'nun yazılarında görülmektedir ve Cicero bu terimi kendi zamanının çok öncesinde geliştirilmiş olan ve insan izni veya emrinden bağımsız olarak var olan ebedi ve egemen bir hukuk üzerine Yunan felsefi düşüncesinin spekülatif unsurlarından çıkarım yaparak benimsemiştir. Bu, gelenekler ya da insanoğlunun tesadüfleri sonucunda ortaya çıkan yazılı olmayan hukuktur; Aristoteles tarafından net bir şekilde ifade edilen ve yazılı olmayan adalet olarak adlandırılan tüm insanlar için geçerli hukuk, *ay pafos*. Hukuk üzerine incelemesinde Cicero bu doğrultuda şunları söyler: *Est enim unum ius, quo devincta est hominum societas et quod lex constituit una. Quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi* (*De Legg. I, xv, 42*): ve cumhuriyet üzerine incelemesinde de şunları ifade eder: *XJnde emim pietas? aut a quibus religio? unde ius aut gentium, aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde justitia, fides, aequitas?* (*De República, I, 2.*)

Benzer şekilde Oratorical Partitions [Nutuk Bölümleri] (XXXVII) adlı eserinde yine *ius gentium*'dan bahsederken yazılı ve yazılı olmayan hukuk hakkında konuşur: *quae sine litteris aut gentium jure aut maiorum more retinentur.*

Uygulamalı hukuk düşüncesi ve kullanımının yanısıra kendisi için de önemli olan felsefi spekülasyonlar ile Roma Barosunun gerçek uygulamalarına aşına olan Cicero bu son iki pasajda muhtemelen Yunan doğal hukukundan oldukça farklı bir şeyden bahsetmektedir. Ya şüphesiz ki birkaç yüzyıl boyunca, şehrin katı medeni hukukunun eski *actiones*'indeki ticari işlemlerin hem vatandaşlar arasında hem de İtalya ve daha uzak ülkelerden Roma'ya gelen çok sayıda yabancı uyruklu kişi (*peregrini*) arasında gerçekleşen modern ticaretin

gerekliliklerini uzun zamandır karşılayamaz hale gelmesiyle Roma hukuk dünyasının gerekliliklerinin bir sonucu olarak zaman içerisinde gelişmiş olan bir *praetorian* hukuk bilimi sisteminden bahsetmektedir.

Cicero'nun bu pasajda *ius gentium* ifadesine eklemeyi amaçladığı şeyi tam olarak belirlemek zor olabilir ancak onun uygulamalı hukuk deneyiminin zaman içerisinde oluşmuş olan ve uzun süredir kullanılan *praetorian* hukuk sistemini, yukarıda da belirtildiği üzere Yunan'dan çıkarım yapmış olduğu felsefi konsept ile birleştirerek evrensellik ışığında görmüş olması kuvvetle muhtemeldir. İlerleyen bölümde de göreceğimiz üzere birkaç sene sonra Livy ve diğer yazarların eserlerinde görüldüğü üzere bu konseptte diğer anlamlar da eklenmiştir ancak çalışmamızın amaçları doğrultusunda bu büyük hukukçu ve filozofun, adaletin gerçekleşmesinde yargının kullanımı için geliştirilmiş olan eski ve katı Roma dava *formula*'larında birçok değişiklik düşünmüş olduğunu varsaymak yerinde olacaktır. Bu aynı zamanda ikinci ve daha sonraki yüzyıllarda hukukçuların kullandıkları *ius gentium* teriminin anlamı bakımından da doğru bir yaklaşım olarak görülmektedir. Bu şekildeki kullanımıyla *ius civile*'deki bir değişiklikte eşanlamlıdır. Peki bu değişiklik neydi? MS. 2. yüzyılın sonlarında yazmış olan Pomponius, antik Roma anayasası hakkındaki tanınmış eserinde (*Digest*, 1, 2, 1-47) bizlere *praetorian* makamının konsüllerin savaş nedeniyle başka görevler başında oldukları zaman oluşturulduğunu, sulh hakiminin *praetor urbanus* ilan edildiğini söylemektedir; daha sonraki yıllarda Roma'da nüfusları artan *peregrini*'ler için ikinci bir *praetor*'un atandığını da eklemektedir (*Digest*, 1, 2, 27, 28). *Peregrini* teriminden Roma'da yaşayan ve Roma vatandaşı olmayan herkes kastedilmektedir. Pomponius'un anlatımına göre bu makamda yer alan ilk *praetor*, yetki alanının şehir ile sınırlı olması nedeniyle şehir *praetor*'u olarak adlandırılmıştır (*in urbe jus redderet*); ikinci *praetor* ise yetki alanının ağırlıklı olarak Romalılar dışındaki kişileri kapsamaması nedeniyle *peregrinus* olarak adlandırılmıştır (*quod plerumque inter peregrinos jus dicébat*).

Bununla birlikte, çeşitli kaynaklardan bu yetki alanlarının o dönemde bir tek sulh hakimi tarafından idare edildiği ve diğer sulh hakiminin bir ordunun başında yurtdışına gönderildiği ya da bir eyalet yönetiminin başına getirildiğini öğreniyoruz. Bu sulh hakimlerinin sayısı da zaman içerisinde arttı ancak bu kişilerin uyguladığı *hukuk* sisteminin birbirinden farklı olduğunu ve bir yetki alanının sadece Roma vatandaşlarını ve diğerinin de yabancıları veya yabancılar ve Romalılar arasındaki davaları kapsadığını belirtecek şekilde sadece Romalılar arasındaki davalarda kullanılan antik medeni hukuktan ayrıldığını gösteren bir kanıt bulunmamaktadır. Aslında Romalı olmayan kişilerin şehir içerisindeki nüfusunun artması kanunla ilgili gereklilikler yaratmamış bunun yerine eski günlerdeki katı kurallardan türetilmiş yöntemlerden ziyade adil prensiplere

(*bona fides*) başvurulmasını gerektiren basit ticaret uygulamalarına sahip büyümekteki bir toplumun halihazırda mevcut ihtiyaçlarını vurgulamıştır. Dolayısıyla, satış (*emptio venditio*), işten çıkarma ve işe alım (*locatio conductio*), ortaklık (*societas*), temsilcilik (*mandatum*), vb. Roma vatandaşları arasındaki dava gerekliliklerini karşılamak için bir sulh hakiminin bir davanın gidişatını adil ticaret (*ex bona fide*) prensipleri ve ortaya çıkan her duruma uygun yöntemler ile şekillendirmesi esas olacaktı; ve böylesi bir prosedür erken dönemlerden itibaren Roma vatandaşları arasında vazgeçilmez bir hal almış olmalıdır. Kısacası bu süreç Roma hukuk geleneğinin yavaş bir şekilde netleşmesi olacaktı; ve *şehir praetor*'unun ilk atanmasını takiben ikincisinin de atanmasının gerekli olduğu görüldü, şüphesiz ki *formulae ex bona fide*'nin Roma'daki yabancılar arasında mevcut benzer gereksinimlerden türetilmiş prosedürler ile büyük bir uyum içerisinde olduğu düşünülmüştür. Bu nedenle iki hukuk sisteminin bulgularına daha sık rastlanmaya başlanmıştır: bunlardan ilki dar kapsamlı ve esnek olmayan *ius civile*'nin devam ettirilmesi ve diğeri de büyüyen bir ticaret merkezinin artan ihtiyaçları ile uyumlu olacak şekilde *praetorian imperium* yetkisi ile davaların görülmesi yoluyla elde edilen praetorian adaletidir. İlk ve antik sistem hala *ius civile* olarak bilinirken ikinci sistem ise konseptlerin adalet ve iyi niyete bağlı olarak gerekli evrenselliğinin kavranması ile oluşturulan bir isim ile *ius gentium* -herkese mahsus hukuk, evrensel hukuk- olarak adlandırılmıştır. Bununla birlikte, her ne kadar Yunan tüccarların varlığının praetorian sisteminde belirgin bir şekilde Yunanistan kökenli adli prensipleri doğrudan benimsenmesini mümkün gösterse de bu *ius gentium*'un birçok hukukçunun düşünmüş olduğu üzere praetor'un gittikçe artan sayıda yabancıyı ilgilendiren dava ile karşılaşması sonucunda yabancı kaynaklara başvurma ihtiyacının arttığını hissetmesinden değil Romalılar arasındaki kullanım ile geliştirildiğini vurgulamakta fayda olacaktır. Dolayısıyla *ius gentium* ilkel ticaret ve sanayinin bir olgusu olarak görülmüştür; bunun kuralları sıkı bir şekilde yasal çizgiler üzerinde yürürlükte -*actiones in jus con- ceptae*-, Roma hukuk geleneği tarafından sabitlenmiş orijinal biçimlerinden dikkatle farklılaştırılmıştır.

Zamanla birlikte yeni veya praetorian olarak adlandırabileceğimiz bu sistem ticari hayatın hukuki boyutunda kök salmıştır. Bununla birlikte, Roma'nın birçok kişinin ticaretin (*commercium*) menfaatlerinden faydalanmasını kabul ettiği anlaşma ve *recuperatores* yolu ile uygulanan tahkim sistemi ile bu antik sistemin sıkı uygulamalarından muaf tutulan yabancıların (*peregrini*) her sınıfa ait olmadığı unutulmamalıdır.

Şehrin 6. yüzyıldaki *peregrini* nüfusunun bazı eski hukuk davalarından faydalanabildiği ve uzun vadede *ius gentium*'un düzenlemeleri ve yöntemlerinin dahi yabancı hukuk biliminin etkisi ile değişmiş olması gerektiği düşünülmek-

tedir. Caracalla imparatorluk içerisinde herkese Roma vatandaşlığı verdiği zaman bu iki sistem arasındaki fark gözden kaybolmaya başlar ve bir zamanlar tamamen yabancı olan hukuk konseptlerinin Roma hukuk düşüncesi üzerindeki süregelen etkisi Roma hukukunu değiştirmekle kalmaz, aynı zamanda Roma hukukunun dünyaya da yayılmasını kolaylaştırır.

O halde yukarıda verilen gerçekler ışığında *ius gentium*'un, praetor'un adalet ve adil ilişkileri teşvik etmek için *ius civile*'yi antik hukukun sıkı kuralları altında mümkün olmayacak bir şekilde geniş bir uygulama haline getiren uygulamalara izin verecek şekilde değiştirme çabalarından -Roma hukuk biliminin kendisini formal uygulamalar teorisi içerisinde gerçekleştirdiği unutulmamalıdır- doğan bir hukuk sistemi olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Daha önce belirtilen davaların yanı sıra diğer davalarda da *bona fide* uygulamalar yoluyla eski katılığı değiştirme yetkisi praetorian makamın bir ayrıcalığıydı. Gaius, şu şekilde başlayan pasajında (IV, 62) bu davaları titizlikle sıralamıştır: *sunt autem bonae fidei iudicia haec; et empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositae, etc.*

Bir sonraki nesilde ve Livy'nin yazılarında *ius gentium* teriminin mahkemelerin aşına olduğundan oldukça farklı anlamlar ile kullanıldığını görürüz. Livy'nin yazılarında bu terim özel ilişkiler yerine kamusal ilişkilerin açıklamasıyla daha çok bağdaşmaktadır; örneğin (IV, 1, 2) Patricilerin, Canuleius'un Pleblere *ius conubium* verilmesi doğrultusundaki projeyi uygulamaktaki çekimserliklerinden bahsederken Patricilerin bu sınıfa antik *gentes -iura gentium* hakları olarak verilmiş imtiyazları ima etmektedir. Livy çoğunlukla *ius gentium*'u savaş ya da barış ilanının yanı sıra anlaşmalar gibi konsoloslukların uygulamaları olarak kabul etmektedir.

Ius belli ya da *ius belli et pads* (savaş ve barış hukuku) ifadesi de onun aşına olduğu bir ifadedir. Dolayısıyla Tarquin büyükelçilerinin ihaneti örneğinde (II, 2, 7) *ius gentium* tarafından verilen muafiyeti, ihanet eden elçileri cezadan koruyan muafiyet olarak ifade eder. Her ne kadar Livy Porsenna'nın Mucius'u serbest bırakmasının nedenini gelenekler ya da devletler hukuku (*jure belli liberum te intactum inviolatumque hinc dimitto*) olarak ilan etmesini sağlasa da (II, 12, 14) Porsenna Mucius'u gerçekte kahramanlığı ve Roma'ya olan bağlılığı nedeniyle affeder. Yine Caudine Forks'taki ünlü olayı açıklarken Livy, Roma ve Samnium arasında bir savaş başlayabilmesi için Postumius'un elçinin sözde yaralanmasını bahane etmesini sağlar ve Postumius şunu söyler: *ilium legatum fetialem a se contra ius gentium violatum.*

Birçok başka örnek verilebilir ancak Roma'nın en azından elçileri korumak için meşru uluslararası prensiplere sahip olduğunu ve bunların devletlere savaş

ilan ve barış ederken belirli formaliteler empoze ettiğini net bir şekilde anlamamız için bu kadarının yeterli olduğunu düşünüyoruz. Bu gibi seremoniler, üyelerinin hem rahiplik hem de diplomatik işleve sahip olduğu *fetiales komitesi*'nin idaresindeydi.

Bu sisteme *jus belli* ve *jus gentium* terimleri kolaylıkla uygulanmıştı. Bunlar Livy tarafından açık bir şekilde tanımlanmıştır (I, 32). Şüphesiz ki bunlar içlerinde evrensellik fikri bulunuyordu ve bu kesinlikle günümüzde uluslararası hukuk olarak adlandırdığımız şeyin en azından bir habercisidir. Livy'nin birçok pasajı ve az sayıdaki çağdaş Romalı yazarın da belirteceği gibi *ius gentium* ifadesi erken dönem imparatorluk düşüncesine göre temel ahlaki prensiplerin net bir şekilde algılanmasına bağlı olmak üzere insanlar *arasındaki* bir kullanımı ifade ediyordu ve bu varsayım Roma tarihinin ilk ve sonraki dönemlerinde hakim olan savaşlardaki zalim kullanımları yoluyla geçerliliğini kaybetmemiştir. Aslında, Roma'nın geniş imparatorluk topraklarını işgal etmemiş olması halinde antik dünyanın net bir şekilde tanımlanmış hukuki prensipler üzerine kurulu rasyonel bir uluslararası ilişkiler sisteminin gelişimine tanıklık edebileceğini söylemek yerinde olabilir. Seville Başpiskoposu ünlü Isidore'nin ansiklopedik çalışmasındaki (*Origines*) ünlü bir pasajda *ius naturale*'den *ius civile* ve *ius gentium*'un temeli olarak bahsetmiş olması ile belki de Romalıların kullanmış oldukları her iki sistemde de bu terimin uygulanmış olduğunu ima etmektedir.

Bununla birlikte, savaş ve diplomasi hukuku üzerine bir dizi çalışma ile hukuk literatürüne girdiği 6. yüzyılın genel uyanışına kadar hakları bakımından farklı uyruklu kişileri bağlayan bir hukuk sistemi konseptine rastlamak mümkün değildir ancak ilk başta savaşın sıkıntılarını hafifletmeye çalışmış ve bu yolda insanlar ve diğer konuları düzenleyen bir devletler arası ilişkiler sisteminin dış hatlarına ulaşılmıştır. Bu gibi bir konseptte ilk olarak 55 yaşında 1566 senesinde hayatını kaybetmiş olan Ferdinand Velasquez'in eserinde rastlıyoruz. Kitabı 1564 senesinde Venedik'te yayınlanmış ve gerçek kamp hayatı deneyimi sırasında yazdığı ve Roma ve Kilise hukuku konusunda bilgili Hollanda'daki Ayala İspanyol Askeri Savcısının (*De Jure et Officiis Bellicis*) eserinde yankı bulmuştur. Onu ise Oxford'ta bir ev ve profesyonel mesleğini bulmuş olan ve büyük ölçüde Grotius'a ilham veren ünlü eserinde klasik ilim ve güçlü bir ahlaki bakış açısının unsurlarını sergileyen İtalyan Albericus Gentilis takip etmiştir. Gentilis deneyimi o kadar farklı özelliklere sahipti ki onun eserlerinin (*Jus Legationis* ve *De Jure Belli*) bir bakıma diploması ve uygulamalı hukuki ilişkilere kapsamlı katılımın birer ürünü olduğu söylenebilir. İngiliz Mahkemesinin bir danışmanı olarak Gentilis büyük bir ün kazanmıştı ve her uluslararası öğrencisinin bildiği eserleri kolaylıkla hiçbir zaman kaybolmayacak eserler arasında sayılabilir.

Grotius'un başyapıtını yazmaya başlarken vatandaşlar arasındaki özel ilişkileri düzenleyen mahkemelerin uyguladığı hukuk sistemlerinden farklı olarak devletler arasındaki bir hukukun ilk prensiplerini ortaya atmayı amaçladığını biliyoruz ancak aynı zamanda böylesi bir temeli insanoğlunun ahlaki bilinci çerçevesine yerleştirmeye de çabalamıştır. Karşılıklı ilişkilerinde devletleri düzenleyen bir hukuk sistemi dolayısıyla da haklı gerekçenin yazılı olmayan antik fikirlerinden elde edilen evrensel konseptler ışığında ve insanoğlunun kişisel ilişkilerinde adalet anlayışının geliştirilmesine çabalayan bir sistem düşündürmektedir. İşte bu şekilde gerçek *ius gentium* ve Cicero'nun düşüncelerinin yazılı olmayan kuralları, uluslararası hukukun en önemli yazarının elinde birleşerek uluslararası ilişkilere insanlık ve medeniyet ile uyumlu olmayacak bir şekilde yaptırımlar getiren savaş veya barış uygulamaları teorileri tarafından yeri kolaylıkla değiştirilemeyecek bir bilim meydana getirmiştir. Savaş gerekliliğinin zalim doktrini, hain büyükelçi, uluslararası ilişkilerin gelecekteki gelişiminde gözden kaybolacaktır. Eğer dünya üzerinde mutlak bir uluslararası hak sistemi belirlenecekse bu sistem bu gibi, başlangıcı ve gelişimi Avrupa tarihinin bilinen dönemlerinin çok daha ötesine uzanan ve medeniyetin kendisi kadar eski prensipler ışığında belirlenmelidir.¹

Gordon E. SHERMAN.

¹ Doktrinde: Agraphos Nemos, R. Hirzel; Peregrinenrecht und Jus Gentium, J. Baron; Römische Rechtsgeschichte, 1, 450 vd., Karlowa; Les Institutions Juridiques des Romains, E. Cuq., 1, 457 vd.; Le Droit des Gens dans les Rapports de Rome avec les Peuples de l'Antiquité, M. Chauveau; Mommsen, Römisches Staatsrecht, 2, 1, s. 185 vd.; Clark, Practical Jurisprudence.

