



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ULUSLARARASI YUMUŞAK HUKUK KAVRAMI: TANIMLAMA SORUNU VE
FARKLI YAKLAŞIMLAR**

Yüksek Lisans Tezi

Nurullah Yusuf ERGÜR

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Haziran 2025



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ULUSLARARASI YUMUŞAK HUKUK KAVRAMI: TANIMLAMA SORUNU VE
FARKLI YAKLAŞIMLAR**

Yüksek Lisans Tezi

Nurullah Yusuf ERGÜR

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Doç. Dr. Melek SARAL

Haziran 2025

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR	v
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI YUMUŞAK HUKUK KAVRAMI	7
1.1. Giriş.....	7
1.2. Tanımı ve Tanımlama Sorunu.....	9
1.2.1. Genişletici Yaklaşım ve Sınırlandırıcı Yaklaşım	20
1.2.2. Yumuşak Hukuku "Hukuk Olmayandan" Ayırmak.....	24
1.2.3. Devlet Dışı Yumuşak Hukuk (<i>Non-state Soft Law</i>).....	27
1.2.4. Sert Hukuk ile Etkileşimi Üzerinden Tanımlamak	31
1.3. "Hukukun Genel Teorisi" Bakımından Yumuşak Hukuk	35
1.3.1. Hukuki Geçerlilik.....	37
1.3.2. Biçimsel Geçerlilik.....	38
1.3.3. Hukuk ve Geçerlilik Konseptlerini Ayırarak Tanımlamak.....	43
1.3.4. Hukuki Argümantasyon ve Geçerlilik	45
1.3.5. " <i>Hukukun İç Ahlakı</i> " ve Yumuşak Hukuk	49
1.3.6. " <i>Normatif Rehberlik</i> ", " <i>Kurumsal Normativite</i> " ve Geçerliliğin Politikliği.....	52
1.4. Genel Değerlendirme	57
İKİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI YUMUŞAK HUKUKUN SOSYOPOLİTİK ARKA PLANI.....	59
2.1. Giriş.....	59

2.2.	Uluslararası Hukukun Dönüşümü	60
2.2.1.	Normların Göreceleşmesi.....	61
2.2.2.	Dönüşümün Dönemlendirilmesi	65
2.2.3.	Göreceli Normatiflikten Normatif Çoğulluğa.....	71
2.3.	Yumuşak Hukuk Anlayışını Ortaya Çıkartan Sosyopolitik Faktörler	76
2.3.1.	Birleşmiş Milletler Sistemi	79
2.3.2.	"Üçüncü Dünya"nın Yükselişi	82
2.3.3.	"Antroposen" Etkisi	86
2.3.4.	Küreselleşme Etkisi.....	88
2.4.	Genel Değerlendirme	89
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: BİR ARAÇ OLARAK YUMUŞAK HUKUK VE KARŞI		
ELEŞTİRİLER		91
3.1.	Giriş.....	91
3.2.	Sosyopolitik Hedefler İçin Bir Araç Olarak Yumuşak Hukuk	93
3.3.	Araçsallaştırmanın Hukukun Üstünlüğüne Zarar Vereceği Eleştirisi	104
3.4.	" <i>Kişisel Çıkara Hizmet Eden Arayış</i> " Eleştirisi	116
3.5.	Genel Değerlendirme	119
SONUÇ.....		120
KAYNAKÇA		124

ULUSLARARASI YUMUŞAK HUKUK KAVRAMI: TANIMLAMA SORUNU VE FARKLI YAKLAŞIMLAR

ÖZET

Uluslararası yumuşak hukuk kavramının öğretisel bir kurgu olarak ortaya çıkışı, beraberinde uluslararası hukukun kaynak teorisine dair derin tartışmaları getirmiştir. Fakat bu kavramın anlaşılabilmesi için yalnızca kaynak teorisi içinden değil, onu ortaya çıkaran sosyopolitik arka plan ve konseptin uluslararası hukukun tedrici gelişimi için bir araç olarak görülmesi tartışmaları üzerinden de değerlendirmeler yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda tezde uluslararası yumuşak hukuk kavramı üç katmanlı bir incelemeye tabi tutulmuştur: (1) kavramsal ve teorik konumlandırma, (2) sosyopolitik arka plan ve (3) araçsallaştırma tartışmaları. İlk bölümde kavramın tanımları ele alınıp tanımlama sorunları tartışılmış; farklı tanımlar arasındaki yaklaşım farklılıkları ortaya konulmuş ve konseptin hukukun genel teorisi bakımından konumu değerlendirilmiştir. Bu sayede kavramın hukuk olan ile hukuk olmayan arasında konumlandırılmasının neye tekabül ettiği gösterilmeye çalışılmıştır. İkinci bölümde kavram; ortaya çıkışına zemin hazırlayan uluslararası hukuktaki dönüşüm, İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası toplumun heterojenleşmesi ve devletlerin birbirine daha bağımlı hale gelmesi gibi dinamikler üzerinden analiz edilmiştir. Bu analizler kavramın doğasının ortaya koyulması bakımından oldukça önemlidir ve bu arka plan bilgileri olmadan uluslararası yumuşak hukuku doğru anlamak mümkün gözükmemektedir. Üçüncü bölümde ise yumuşak hukukun yalnızca bir dönüşümün doğal sonucu olarak ele alınmadığını, aynı zamanda belirli aktörler tarafından uluslararası hukukun tedrici gelişimini yönlendirmek amacıyla araç olarak da ele alındığı gösterilmiştir. Ardından bu yaklaşıma getirilen eleştiriler sunulmuştur. Yapılan değerlendirmeler göstermektedir ki yumuşak hukuk yalnızca hukuki değil, aynı zamanda sosyopolitik anlamlar taşıyan çok boyutlu bir konsepttir. Hakkındaki tartışmalar; uluslararası hukukun günümüzdeki işlevleri, hukukçuların ve aktörlerin yönelimi gibi hususlarla doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle kavram, uluslararası hukukun ve ilişkilerin dönüşen yapısı ile şekillenen dinamik bir doğaya sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Yumuşak Hukuk, Uluslararası Hukukun Dönüşümü, Kaynak Teorisi, Hukuki Geçerlilik, Göreceli Normatiflik

THE CONCEPT OF INTERNATIONAL SOFT LAW: THE PROBLEM OF DEFINITION AND DIFFERENT APPROACHES

ABSTRACT

The emergence of international soft law as a doctrinal construct has generated profound debates concerning the sources theory of international law. However, a comprehensive understanding of this concept requires an examination not solely within the framework of legal sources but also through its sociopolitical underpinnings and its instrumentalization as a means for the progressive development of international law. Accordingly, this thesis conducts a three-tiered analysis of international soft law: (1) its conceptual and theoretical foundations, (2) its sociopolitical context, and (3) debates on its instrumentalization. The first section explores definitional challenges, interrogates competing conceptual approaches, and situates the concept within the general theory of law. In this context, the analysis seeks to clarify the implications of situating the concept between law and non-law. The second section examines the concept through the transformative shifts in international legal theory, the post-WWII heterogenization of the international community, and the increasing interdependence among states. These analyses are of particular importance for revealing the nature of the concept, and without such background knowledge, it does not seem possible to properly understand international soft law. The third section demonstrates that soft law is regarded not only as a natural outcome of a broader transformation, but also as a strategic instrument employed by certain actors to guide the progressive development of international law. It then proceeds to examine the criticisms directed at this instrumental approach. The assessments demonstrate that soft law is a multidimensional construct with both juridical and sociopolitical implications. Debates surrounding it are intrinsically tied to the contemporary functions of international law, as well as the strategic orientations of legal scholars and practitioners. Consequently, the concept exhibits a dynamic nature, continually shaped by the evolving structures of international law and relations.

Keywords: International Soft Law, The Evolution of International Law, Theory of Legal Sources, Legal Validity, Relative Normativity

KISALTMALAR

akt.	: aktaran
bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BMGK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
bs	: baskı
c.	: cilt
ed.	: editör
m.	: madde
MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
NIEO	: New International Economic Order
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü
par.	: paragraf
PhD diss.	: Doctor of Philosophy dissertation
PISA	: Uluslararası Öğrenci Değerlendirme Programı
PM	: Pierre-Marie
RJ	: René Jean
sy.	: sayı
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UHK	: Uluslararası Hukuk Komisyonu
UK	: United Kingdom
VAHS	: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
vd.	: ve diğerleri

GİRİŞ

Konunun Takdimi ve Tezin Amacı

Yumuşak hukuk (*soft law*) kavramı, 1970’lerde, ilk kez uluslararası hukuk literatüründe ortaya çıkmış ve o tarihlerden itibaren uluslararası hukukun kaynaklarına dair öğretinin önemli tartışma konularından biri olmuştur.¹ Kavram daha sonra iç hukukların ve özellikle Avrupa Birliği hukukunun da konusu olmuştur. İfade Türkçe’ye esnek hukuk olarak da çevrilmektedir.² Literatürde kavramın tanımına dair bir uzlaşa bulunmamaktadır.³ Genel olarak uluslararası yumuşak hukuk ifadesi, hem uluslararası hukukun geleneksel kaynak kategorilerinin dışında kalan fakat hukukun oluşumu ve yorumlanmasındaki “etkileri” sebebi ile hukuken önemli olduğu düşünülen enstrümanları nitelemek için hem de hukuken bağlayıcı olsun olmasın sert hukuk (*hard law*) kurallarına göre çeşitli sebeplerle normatif değeri “düşük” olduğu düşünülen

¹ Fabien Terpan, “The Definition of Soft Law”, içinde *Research Handbook on Soft Law*, ed. Mariolina Eliantonio, Emila Korkea-aho, ve Ulrika Mörrth, Research Handbooks in Law and Politics (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023), 43. Dupuy, kavramın ilk kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ilk başkanı olan ve Uluslararası Adalet Divanı başkanlığı da yapmış olan İngiliz uluslararası hukukçu Arnold McNair tarafından kullanıldığını söylemektedir. René Jean Dupuy, “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to ‘Soft Law’”, içinde *Declarations on Principles : A Quest for Universal Peace*, ed. Robert J. Akkerman, Peter J. Van Krieken, ve Charles Olke Pannenberg (Leiden: Sijthoff, 1977). Fakat kavram McNair’in hiçbir eserinde geçmemekte, sözlü olarak kullandığı kabul edilmektedir. Onun kavramı kullanmış olsa da bugünkü anlamıyla kullandığının şüpheli olduğu görüşü için bkz. Jean d’Aspremont, “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials”, *European Journal of International Law* 19, sy 5 (2008): 1081. Kavramın bilimsel bir eserde yazıyla kayda geçmiş ilk kullanımının ise Dupuy’un 1973’te Hague Akademisi’nde “*Çevrenin Korunması ve Uluslararası Hukuk*” kolokyumunda yaptığı konuşmanın yer aldığı eserde olduğu söylenmektedir. Chris Ingelse, “Soft law?”, *Polish Yearbook of International Law* XX (1993): 76. İlgili eser için bkz. René Jean Dupuy, “General Round-Up And Prospects For The Future”, içinde *The Protection of the Environment and International Law*, ed. Kiss Alexandre-Charles, Colloques/Workshop Series Online (Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 1975). Esasen McNair literatürde sadece kavramı ilk kullanan kişi olarak değil; 1930’da yayınladığı “*The Functions and Differing Legal Character of Treaties*” makalesinde uluslararası hukuk yapımındaki farklı enstrümanların farklı fonksiyonlarına dikkat çekmesiyle, düşüncede yumuşak hukuk anlayışının şekillenmesini başlatan kişi olarak görülmektedir. McNair bu eserinde birçok yazarın çeşitli tiplerde antlaşmalar (müttefiklik antlaşması, dostluk antlaşması, barış antlaşması gibi) olduğunu dile getirdiğini; fakat bu farklılıkların sadece antlaşmaların içeriğini değil, hukuki karakterini de etkilediğinin yeteri kadar fark edilmediğini dile getirmektedir. Arnold D. McNair, “The Functions and Differing Legal Character of Treaties”, *British Year Book of International Law* 11 (1930): 100.

² Örn. Özge Yücel Dericiler, *Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka: Şirketler ve İnsan Hakları*, 1. bs (On İki Levha Yayıncılık, 2023).

³ Terpan, “The Definition of Soft Law”, 44.

kuralları nitelemek için kullanılmaktadır.⁴ Bir anlayış olarak yumuşak hukukun ise, katı biçimsellik (*formalism*) karşıtı yeni bir kaynak teorisi anlayışına tekabül ettiği söylenebilir.⁵

Yumuşak hukuk kavramının önemi, onun uluslararası hukuk sisteminde çözmeye çalıştığı ikilemin ciddiyetinden kaynaklanır. Bir yandan, yumuşak hukuk olarak nitelenen enstrümanlar hukuken bağlayıcı değildir; yani muhatapları için hukuki sonuç doğurmazlar. Diğer yandan ise, bağlayıcı olmamalarına rağmen uluslararası hukukun yapımında ve gelişiminde, tavsiye niteliğindeki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararları örneğinde zirvesini bulduğu gibi, kayda değer fiilî etkileri vardır. Kaynak teorisi ve uluslararası ilişkiler pratiği arasındaki bu gibi gerilimler, bazı yazarları teoriyi yeniden düşünmeye itmiştir. İşte uluslararası yumuşak hukuk, böyle bir gerilimin sonucu ortaya atılmıştır.

Bununla birlikte, önerilen her yeni hukuki konsept genellikle tartışma ve fikir ayrılıklarını da beraberinde getirmektedir. Söz konusu uluslararası hukuk olduğunda ise, alanın doğası gereği, görüş ayrılıklarının derinleştiği söylenebilir. Yumuşak hukuk literatürünün de hukukun temel kavramlarının yorumlanması ve uluslararası hukukun varlık sebebi ve fonksiyonu gibi meselelerde oldukça uzlaşmaz yaklaşımlar içermesi; ayrıca uluslararası ilişkiler gibi diğer disiplinlerin literatürleriyle arasındaki sınırların çoğu zaman belirsiz olması gibi hususlar sebebiyle karmaşık olduğu söylenebilir.⁶ Kavramın tanımlanmasındaki zorlukta da bu karmaşıklığın etkisi vardır. Bu durum karşısında işbu çalışmanın amacı; uluslararası yumuşak hukukun öğretisel bir kurgu olduğunu vurgulayarak, bir konsept olarak onun ne olduğunu, ne olmadığını ve farklı perspektiflerden nasıl ele alındığını ortaya koymaktır. Bunu yaparken, yumuşak hukukun ancak onu ortaya çıkaran sosyopolitik arka planın göz önünde bulundurulmasıyla anlaşılabilceği düşüncesinden hareketle, ortaya çıkmasında etkili olduğu söylenen faktörler/dinamikler de ele alınacaktır. Ayrıca çeşitli amaçlara hizmet eden spekülative bir kurgu olması sebebiyle, savunucularının argümanlarına ve karşı çıkanların eleştirilerine de yer verilecektir. Bu minvalde tezin ana sorusu şudur: Uluslararası yumuşak hukuk kavramı, uluslararası hukukun normatif yapısı içerisinde nasıl tanımlanmakta ve konumlandırılmaktadır? Bu ana sorunun cevabını ortaya çıkarmaya yardımcı alt sorular ise şu şekilde formüle edilmiştir:

⁴ Alan Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, *International & Comparative Law Quarterly* 48, sy 4 (1999): 901-13; Terpan, “The Definition of Soft Law”, 45-48.

⁵ Jean d’Aspremont, “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials”, *European Journal of International Law* 19, sy 5 (2008).

⁶ Jean d’Aspremont, “The Politics of Deformalization in International Law”, *Goettingen Journal of International Law* 3, sy 2 (2011): 537.

- 1- Yumuşak hukuk “hukukun genel teorisi” bakımından ele alındığında nasıl sunulmaktadır?
- 2- Uluslararası yumuşak hukuk anlayışının şekillenmesinde etkili olduğu söylenen sosyopolitik dinamikler nelerdir?
- 3- Konsept genel olarak hangi sebeplerle desteklenmekte ve hangi gerekçelerle eleştirilmektedir?

Kapsam ve Yöntem

Tezin araştırma nesnesi, uluslararası yumuşak hukuk enstrümanlarına dair uluslararası hukuk ve devlet pratiği değildir; kavramın kurgusal gerçekliğidir. Kavramın uluslararası pozitif hukukta doğrudan bir yeri olmadığı⁷ için inceleme alanı, mahkeme kararları veya antlaşmalar değil; ilgili literatürdür. Bu açıdan çalışma literatüre dayalı ve teoriktir. Literatür incelemesi ise genel olarak uluslararası yumuşak hukuku bir konsept olarak sunan/kritik eden, tanımına yer veren veya arkasındaki anlayışı konu edinen Türkçe ve İngilizce yayınlarla sınırlandırılmıştır. Yayın diline dair bu sınırlılığın, ilgili literatürün ağırlıklı olarak İngilizce olması ile örtüştüğü söylenebilir. Tüm yayınların ele alınması mümkün olmadığından da nicelik ve nitelik bakımından temsil gücü yüksek ve ana akım yaklaşımları yansıtan makale, kitap ve kitap bölümleri incelemeye konu edilecektir. Kavramın doğasının ortaya konulabilmesi için erken dönemli yayınlar üzerinde daha çok durulacak; genel olarak görüşlerin aktarılması ve ardından yorumlanması ile ilerlenecektir. Bunu yaparken yazarların pozisyonları bazı yerlerde sadece açıklayıcı, bazı yerlerde ise yazarların satır arası görüşlerinin ve konuya dair motivasyonlarının ortaya konulması ile yapısökümcü yaklaşımla ele alınacaktır. Mukayeseler ile farklı perspektiflerin nedenleri gösterilecek; karşı eleştiriler ve cevaplar sunulacaktır. Her bölüm sonunda ise genel değerlendirme yapılacaktır.

Tezin araştırma nesnesinin uluslararası yumuşak hukukun kurgusal gerçekliği olduğu ve bu gerçekliğin varlık sahasının ilgili literatür olduğunu söyledikten sonra kavramın akla getirebileceklerine dair bir sınırlandırma daha yapmak gerekmektedir. Yumuşak hukukun başına “uluslararası” kelimesi eklenmesiyle bu kavram diğer hukuk dallarının konusu olan yumuşak hukuktan ayrıştırılmakta ve sadece uluslararası hukuk disiplinine özgülenmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki burada kastedilen “uluslararası hukuktaki yumuşak hukuk” veya

⁷ Terpan, “The Definition of Soft Law”, 43.

“yumuşak hukukun uluslararası hukuktaki görünümü” değildir. Buradaki uluslararası ifadesi, anlamı sabit bir yumuşak hukuk konseptinin bir varyasyonuna işaret etmek için değil; onu uluslararası hukuka özgü disipliner bir terim olarak sunmak içindir. Yani uluslararası yumuşak hukuk ifadesi, uluslararası hukuka özgü ve bağımsız bir konsept olarak anlaşılmalıdır. Buna ek olarak çalışmada, devletlerin dahli olmadan ortaya çıkarılan *non-state soft law*’un (ilgili enstrümanların uluslararası hukuk disiplininin sınırları dışında kaldığını iddia etmeden) uluslararası yumuşak hukuk kavramının çatısı altında ele alınmaması gerektiği savunulacaktır.⁸

Çalışmanın Önemi

Yumuşak hukuk kavramına ders kitaplarından bazılarında uluslararası hukukun kaynakları ele alınırken ve çoğu zaman fazla detay vermeden değinilmektedir.⁹ Geçmişte, olan hukukun (*lex lata*) ne olduğunu belirlemek uluslararası hukukçular için önemli görevlerden biri iken yumuşak hukuk anlayışının etkisi ile oturaklı bir kaynak teorisi ortaya koymaya dair endişelerin azaldığı ve bunun uluslararası hukuk literatürünü etkilediği söylenebilir.¹⁰ “Olan hukukun” ne olduğu sorusu “Uluslararası hukuk (kuralları) nedir?” sorusunun cevabı olduğu için, bu anlayış değişimi uluslararası hukukun temel karakteristiğine ve fonksiyonuna dair yeni kuramsal yaklaşımların da önünü açmıştır.

Günümüze kadar uluslararası yumuşak hukuka dair çok sayıda eser kaleme alınmıştır. 1980’li yılların kavramın tartışılma ve olgunlaşma dönemi olduğu, 90’lı yıllardan itibaren ise literatürde yaygınlaşmaya başladığı söylenebilir.¹¹ Eserlerden bazıları uluslararası hukukun

⁸ Bu görüş literatürde de bazı yazarlarca dile getirilmekte veya ima edilmektedir. Bkz. İlhami Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, *Scandinavian Studies in Law* 58 (2013): 177-96.

⁹ Örn. Malcolm Evans, *International Law*, 5. bs (Oxford: Oxford University Press, 2018), 119-37; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 7. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 108-11; Professor Rebecca Wallace ve Olga Martin-Ortega, *International Law*, 8. bs (London: Sweet & Maxwell, 2016), 85-88; Alexander Orakhelashvili, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 9. bs (London: Routledge, 2022), 102-3; Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, 14. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 67; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 17. bs (İstanbul: Beta Yayınevi, 2024), 101-3; Hüseyin Pazarcı ve Erdem Denk, *Uluslararası Hukuk*, 23. bs (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 49; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 8. bs (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 84-87.

¹⁰ Jean d’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford Monographs in International Law (Oxford; New York: Oxford University Press, 2011), 1-5.

¹¹ Jan Klabbers, “Reflections on soft international law in a privatized world”, *Finnish yearbook of international law* XVI (2007): 315.

kaynak teorisi bağlamında konuya teorik çerçeveden yaklaşmakta iken¹² bazıları¹³ ise uluslararası çevre hukuku, insan hakları hukuku ve ekonomi hukuku gibi alanlarda hukuken bağlayıcı olmayan metinlerin pratik etkilerine ve ilgili enstrümanlara odaklanmaktadır. Özellikle 2000 sonrasında küresel yönetim, ulusötesi hukuk ve küresel hukuk gibi farklı disiplinler yaklaşımların uluslararası yumuşak hukuk literatüründe daha etkili olduğu ifade edilebilir. Türkçe uluslararası hukuk literatüründe ise konuya dair görece az sayıda eser¹⁴ ve bazı ders kitaplarında ayrılan kısa bölümler bulunsa da kavramın öğretiyeye ait bir kavram ve anlayış olarak bütüncül ve eleştirel bir yaklaşımla yeteri kadar ele alınmadığı söylenebilir. Uluslararası literatürün de daha çok spesifik vaka incelemelerinden oluştuğu, konuyu teorik bir perspektiften ele alan çalışmaların ise daha az olduğu söylenebilir.¹⁵ Bu sebeple bu tezin bütüncül bir yaklaşımla uluslararası yumuşak hukuk konseptine özgülenmesi; hukukun genel teorisi bakımından görünümüne yer vermesi; konsepti ortaya çıkaran arka plan anlatısını irdelemesi ve savunucularının/eleştirenlerinin gerekçe ve motivasyonlarını ele alması bakımından, Türkçe literatüre önemli bir katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Tezin Planı

Tez üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde önce kavramın ders kitaplarındaki tanımları üzerinden tanımlama sorununun mahiyeti gösterilecek; ardından farklı tanımlama

¹² Örn. Godefridus J. Hoof, *Rethinking the sources of international law* (Deventer, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983); Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, *European Journal of International Law* 4, sy 3 (1993): 305-40; Pauline Westerman vd., ed., *Legal Validity and Soft Law*, c. 122, Law and Philosophy Library (Cham: Springer International Publishing, 2018).

¹³ Örn. Ayelet Berman vd., ed., *Informal International Lawmaking: Case Studies*, Law of the Future Series, no. 3 (The Hague: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012); John Gerard Ruggie ve Tamaryn Nelson, “Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges”, *The Brown Journal of World Affairs* 22, sy 1 (2015): 99-127; Jürgen Friedrich, *International Environmental “soft law”: The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*, c. 247, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2013); Stéphanie Lagoutte, Thomas Gammeltoft-Hansen, ve John Cerone, ed., *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2016).

¹⁴ Örn. Süleyman Dost, “Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, sy 173-174 (2019): 35-74; Nabi Berkut, “Arktik İş Birliği: Esnek Hukukun Uluslararası Hukukta Değişen Konumu”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 13 (2019): 1-21; Fatma Ulutaş, *Uluslararası Hukuk Açısından Hukuken Bağlayıcı Olmayan Anlaşmalar*, 1. bs (Ankara: Adalet Yayınları, 2022); Cansu Atilgan Pazvantoğlu, “Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, sy 2 (2021): 1131-55.

¹⁵ Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho, ve Ulrika Mörtz, ed., *Research Handbook on Soft Law*, Research Handbooks in Law and Politics (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023), 6.

yöntemleri sunulup değerlendirilecektir. Son kısımda ise kavram hukukun genel teorisi bakımından ele alınacak ve farklı hukuki geçerlilik kurguları ile kavramın tanımlanma imkanları sorgulanacaktır. Bu kısmın sonunda ise geçerlilik konseptlerinin politikliği görüşü¹⁶ sunularak yumuşak hukuk kavramının tanımlama sorununun derinliği gösterilecektir.

İkinci bölümde uluslararası yumuşak hukuku ortaya çıkaran sosyopolitik arka plan ele alınarak kavramın doğası anlaşılmaya çalışılacaktır. Öncelikle bir sorun olarak onun uluslararası hukukun kaynak teorisindeki ve uluslararası hukukun dönüşümü fenomenindeki yeri izah edilecektir. Buradaki tespitler üzerinden göreceli normatiflik sorunu olan yumuşak hukuk ile normatif çoğulluk sorunu olan yumuşak hukukun (*non-state soft law*) birbirinden ayrı ele alınması gerektiği savunulacaktır. Son kısımda ise yumuşak hukuk enstrümanlarının artması ile ilişkilendirilen sosyopolitik faktörler ele alınacaktır. Bu faktörler üzerinden uluslararası topluluğun heterojenleşmesi ve devletlerin karşılıklı bağımlılıklarının artmasının, yumuşak hukuk metni enflasyonuna neden olan iki ana dinamik olduğu görüşü vurgulanacaktır.

Üçüncü bölümde yumuşak hukukun bir araç olarak görülmesi hususu sorunsallaştırarak kavramın etrafındaki bazı tartışmalar ortaya konulmaya çalışılacaktır. Önce yumuşak hukukun sadece sosyopolitik dönüşümlerin bir sonucu olarak değil; aynı zamanda bazı aktörler ve yazarlar tarafından uluslararası hukukun tedrici gelişimi için bir araç olarak görüldüğü hususu üzerinde durulacaktır. Ardından bu tür yaklaşımların nihayetinde hukukun üstünlüğüne zarar vereceği eleştirileri ve “Uluslararası hukukçunun rolü ne olmalı?” gibi tartışmalar aktarılacaktır.

¹⁶ Mátyás Bódig, “Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 221-42.

BİRİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI YUMUŞAK HUKUK KAVRAMI

1.1. Giriş

Erkiner'e göre uluslararası hukukun önce düşünürlerinin zihninde oluşması, düzenlediği sosyal ilişki türünün (uluslararası ilişkiler) karakteristikleri ve uluslararası hukukun klasik işlevi (egemen eşitlerin birlikte var olabilmelerini hukuki yollar ile temin etmek) hususları göz önünde bulundurulursa, kavramsal berraklığın uluslararası hukuk disiplini için ayrıca önemli olduğu görülecektir.¹⁷ Bununla birlikte uluslararası hukuk literatürü farklı dillerde düşünen ve farklı hukuki ekollere dayanan akademilerin ürünüdür. Bu durum hukuki kavramlarda ortaklığı bazen çözülmesi zor problemlere dönüştürebilir. Fakat her halükârda uluslararası hukukçular için kavramlarda ortaklık, izaha gerek olmayan disiplinler bir motivasyon ve gerekliliktir. Yumuşak hukuk literatürü için de kavramın tanımına dair bir uzlaşıya varmak öncelikli bir uğraş olmuştur. Hukukun ne olduğunu ortaya koymak için onun diğer normatif sistemlerden farkını ortaya koymak gerektiği gibi¹⁸, yumuşak hukuk tanımları da onun sert hukuktan ve hukuk olmayandan farkını ortaya koymaya çalışır.¹⁹ Yine de kavramın tanımında, görece, yeterli bir uzlaşıya varılamamıştır.²⁰ Yumuşak hukukun (anamlı bir analitik kategori olarak) var olup olmadığı ve ona ihtiyaç olup olmadığı tartışılmıştır.²¹ Bódig, yumuşak hukuk literatürünün bazı yazarların gözünde yanlış anlamalar ve kavramsallaştırmalar için “*bereketli topraklardan*” ibaret olduğu, bazı yazarların ise onu uluslararası hukukun kaynak teorisini

¹⁷ Hakkı Hakan Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 19.

¹⁸ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 25. bs (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2023), 40.

¹⁹ Andrew T. Guzman ve Timothy L. Meyer, “International Soft Law”, *Journal of Legal Analysis* 2, sy 1 (2010): 172. Tabii ki eğer hukuk ve ahlakın ayrılmasının mümkün olduğunu söyleyen hukuki pozitivistin ayrılabilirlik tezi (*separability thesis*) kabul edilirse. Ayrılabilirlik tezi için bkz. Giorgio Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *Ratio Juris* 27, sy 2 (2014): 190-217. Aksi takdirde yumuşak hukuk normunu da diğer sosyal normlardan ayırmanın öncelikli bir uğraş olmayacağı savunulabilir.

²⁰ Fabien Terpan, “The Definition of Soft Law”, içinde *Research Handbook on Soft Law*, ed. Mariolina Eliantonio, Emila Korkea-aho, ve Ulrika Mörtz, Research Handbooks in Law and Politics (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023), 44; İlhami Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law in International Economic Law and Regulation: From State-Centric to Globalist Paradigm” (phd, University of Kent, 2007), 32; Professor Rebecca Wallace ve Olga Martin-Ortega, *International Law*, 8. bs (London: Sweet & Maxwell, 2016), 31.

²¹ Terpan, “The Definition of Soft Law”, 44; Guzman ve Meyer, “International Soft Law”, 171.

yeniden ele almak için bir fırsat olarak gördüğünü söylemektedir.²² Klabbers'e göre bir anlayış ve kavram olarak yumuşak hukuk hem teorik hem de pratik açıdan gereksizdir.²³ Blutman ise Ockham'ın usturası prensibi gereği yumuşak hukuk kavramının kullanımını, gereksiz ve temellendirilememiş olması sebebiyle, savunulamaz bulur.²⁴ Yazar tanımlama sorununa da şöyle dikkat çeker:

*“... biri bu ifadeyi kullandığında, kavramsal tutarlılığı en azından belirli bir ölçüde sağlamak için, bir kullanım kılavuzu sunması gerekir. Yani, belirli bir olguyu tanımlamayan, her yazarın farklı anlamlar yüklediği ya da daha da kötüsü, herhangi bir kesin anlam taşımadan hukuki diskurda belirsizlikle yerleşen bir terime sahibiz.”*²⁵

Tanımlama ya da kavramsallaştırma onu yapanın bakış açısını ve pozisyonunu içerir.²⁶ Örneğin “uluslararası hukukun yapımında geleneksel kaynak teorisinin ayırmadığı bazı olguların artık diğerlerinden ayırt edilmesi gerektiği” çıkarımının, varsayımlarıyla birlikte, yumuşak hukuk kavramına içkin olduğu söylenebilir. Fakat bir sözel gerçeklik olan kavramların, zihinlerde karşılık geldiği şeyleri objektif olarak yansıtabilme kapasiteleri arttıkça onu kullananların bakış açıları o kavramı anlamak için görece önemsizleşir. Böyle bir durumda tek başına kavramı tanımlamak onun zihinde tekabül ettiğini aktarmak bakımından yeterli olabilir. Fakat Handl'ın (bu tezde de kabul edilen) görüşüne göre, bir kavram olarak yumuşak hukuk onu ortaya çıkartan sosyopolitik arka planla birlikte ele alınmadan anlaşılamaz.²⁷ Hatta yumuşak hukuku anlamak için yola çıkıldığında tanımların hiç yardımcı olmadığı bile söylenebilir. Gold'a göre yumuşak hukukun farklı tanımlarının sayısı neredeyse hakkında yazan yazar sayısı kadardır.²⁸ Bu sebeple bu bölümde yumuşak hukuku tanımlama iddiasında olmadan, farklı tanımlar ve tanımlama sorunu üzerinde durulacaktır.

²² Bódig, “Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law”, 222.

²³ Jan Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, sy 65 (1996): 167-82.

²⁴ László Blutman, “In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law”, *The International and Comparative Law Quarterly* 59, sy 3 (2010): 607.

²⁵ Blutman, 610.

²⁶ Hukuku tanımlamanın onunla ilgili pozisyon almayı gerektirdiğine dair ufuk açıcı bir çalışma için bkz. Liam Murphy, “Better to See Law This Way”, *New York University Law Review* 83, sy 4 (2008): 1088-1114.

²⁷ Gunther F. Handl vd., “A Hard Look at Soft Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 82 (1988): 373.

²⁸ Joseph Gold, *Interpretation: The IMF and International Law*, International Banking and Finance Law Series 4 (The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1996), 301.

1.2. Tanımı ve Tanımlama Sorunu

Farklı tanımları incelemeye, genellikle tartışmalara girilmeden ve öğrenciler için yalın haliyle sunulduğu için, Türkçe ve İngilizce bazı ders kitaplarından başlanıp daha detaylı analitik yaklaşımlara doğru devam edilecektir. Ders kitaplarındaki tanımlar için yapılan nitelendirme ve değerlendirmeler ilerleyen başlıklarda açılacaktır.

Wallace ve Ortega yumuşak hukuka “*Other Possible Sources of International Law*” başlığı altında bir kaynak kategorisi olarak yer vermiş ve onu “*Hukukun bağlayıcı olmayan ancak devletler ve giderek artan bir şekilde devlet dışı aktörler tarafından uyulması beklenen normlar, ilkeler, taahhütler veya standartlar içeren uluslararası enstrümanlar.*”²⁹ şeklinde tarif etmiştir. Aksar da “*Uluslararası Hukukun Diğer Kaynakları*” başlığı altında yumuşak hukuka bir kategori olarak yer vermiş ve nispeten benzer şekilde yumuşak hukuku³⁰ “*bağlayıcı nitelikli olmayan uluslararası hukuk metinlerini ifade etmek ve bağlayıcı uluslararası hukuk kurallarından (hard law) farkını belirtmek üzere kullanılan bir kavram*”³¹ olarak tanımlamıştır. İki tanımda da “hukukun bağlayıcı olmayan” ifadesi ilgili enstrümanları nitelendirmek için kullanılmıştır ve bu enstrümanların yazılı olması gerektiği söylenmiştir.³² Wallace ve Ortega’nın tanımına göre bir uluslararası enstrümanın yumuşak hukuk olabilmesi için hukukun bağlayıcı olmaması, muhataplarının uymasının beklenmesi³³ ve normatif olması gerekmektedir. Aksar’ın tanımında ise normatifliğe özel bir vurgu yoktur. Bu durum normatif olmayan herhangi bir metnin yumuşak hukuk olup olmayacağı sorusunu gündeme getirebilir. Fakat kullandığı “uluslararası hukuk metni” ifadesinin ilgili enstrümanı bir hukuk metni olarak nitelendirmesi sebebi ile tanımın normatiflik unsurunu barındırdığı söylenebilir. Bu durumda bir enstrümanın ne zaman uluslararası hukuk metni olacağı ikincil sorusu gündeme gelir. Buna mesela şu üç husus üzerinden cevap verilebilir: (1) Metnin düzenlediği konu, (2) bu konuda metnin davranışını yönlendirmeye hedeflediği özneler ve (3) metni ortaya çıkartan aktörler.

²⁹ Wallace ve Martin-Ortega, *International Law*, 31.

³⁰ Aksar, Türkçe yumuşak hukuk ifadesini tercih etmez ve uygun bir kullanım olarak görmez. *Soft law* olarak İngilizce halini kullanır ve yumuşak hukuk veya esnek hukuk ifadelerindense “*bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk metinleri*” şeklinde çevrilmesinin daha uygun olduğunu düşünmektedir.

³¹ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 108.

³² Wallace ve Martin-Ortega, *International Law*, 31; Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 109.

³³ Normatif bir belge doğası gereği davranışını yönlendirmeye yöneldiği için “uyum beklentisine” tanımda gerek olmadığı veya temel unsur olarak kullanılmadığı söylenebilir. Ancak metnin ortaya çıkarılma amacının veya niyetinin (uyum beklentisi), yumuşak hukuku hukuk olmayandan ayırmak için bir kriter olması hususu 1.2.2. başlığında ele alınacaktır.

Örneğin ilgili metnin insancıl hukuka dair normatif ifadeler barındırmasıyla uluslararası hukuka dair olduğu için uluslararası hukuk metni olduğu söylenebileceği gibi, metni ortaya çıkartan tarafların uluslararası hukuk kişisi olması veya metnin öncelikli olarak uluslararası hukuk kişilerinin davranışını yönlendirmeyi hedeflemesi nedeniyle uluslararası hukuk metni olduğu söylenebilir. Bu açıdan Wallace ve Ortega'nın tanımına tekrar bakıldığında, normlar ile davranışının yönlendirilmesi hedeflenen özneler ("devletler ve giderek artan bir şekilde devlet dışı aktörler") neden özel bir vurgu olduğu daha iyi anlaşılabilir. Görüleceği üzere tanımlardaki ikincil bir hususa nasıl bir cevabın tercih edileceği, tanımı yapanın gözünde neyin yumuşak hukuk olup neyin olmadığını belirlemek noktasında önemlidir. Örneğin Aksar'ın devam eden sayfalarda yumuşak hukuk enstrümanlarına verdiği örneklerin hepsi ya devletler ya da devletlerin dahli olan (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun (United Nations General Assembly, BMGK) bağlayıcı olmayan, tavsiye niteliğindeki kararları gibi) uluslararası örgüt kararlarıdır.³⁴ Bu durumda metni ortaya çıkartan aktörlerin niteliğinin metnin uluslararası hukuk metni olup olmadığını belirlediği söylenebilir. Fakat Aksar'ın, yine "*Uluslararası Hukukun Diğer Kaynakları*" başlığı altında (fakat yumuşak hukuktan ayrı bir kaynak kategorisi olarak) ele aldığı Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (International Law Commission, UHK) hazırladığı bağlayıcı olmayan (teamül hukuku olarak görülmediği veya bir antlaşmaya dönüştürülmedikleri sürece) metinler için de uluslararası hukuk metinleri ifadesini kullandığı görülmektedir.³⁵ UHK'nin hazırladığı metinlere devletlerin doğrudan dahli olmaz. Her ne kadar BMGK tarafından kurulmuş ve üyeleri BMGK tarafından seçiliyor olsa da bu üyeler devlet kapasitesi ile değil bireysel kapasiteleri ile hareket ederler.³⁶ Bu durumda, Aksar'ın yaklaşımında bir metnin uluslararası hukuk metni olup olmadığını belirleyen unsurun, metni oluşturan aktörlerden ziyade düzenlenen konu ve düzenleme ile hedeflen amaç olduğu söylenebilir. Aksar aynı yerde UHK'nin metinlerinin Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 38. maddesine göre yardımcı kaynak olan "öğreti" şeklinde yorumlanabilip uygulanma ihtimalinin olduğunu da belirtmektedir.³⁷ Bu durumda örneğin onun UHK metinlerini yumuşak hukuk olarak görüp görmediği hususunda şüphe oluşabilir. Burada gösterilmek istenen UHK metinlerinin hukuki niteliğinin ne olduğu değildir; uluslararası hukuk metni ifadesi gibi tanımda yer alan ikincil bir kavram üzerinden yumuşak hukuku tanımlama sorununun nasıl ortaya

³⁴ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 109-11.

³⁵ Aksar, 113.

³⁶ Aksar, 112.

³⁷ Shelton UHK metinlerini yumuşak hukuk olarak görmektedir. Dinah Shelton, "International Law and 'Relative Normativity'", içinde *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, 4. bs (Oxford: Oxford University Press, 2014), 162.

çıkabileceğidir. Aksar'ın tanımının “*artık kategori*” (*residual category*)³⁸ niteliğinde bir tanım olmasının bu duruma sebep olduğu söylenebilir. Artık kategori tanımlamaları yumuşak hukuku “sert hukukun dışında kalanlar” şeklinde sunan tanımlamalardır. Bu tür tanımlamalar sert hukuk ile yumuşak hukuku ayırabildiği fakat hukuk olmayan ile yumuşak hukuk arasındaki farkı belirgin bir şekilde ortaya koyamadığı için bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir.³⁹ Fakat 1.2.2 başlığında görülebileceği gibi hukuk olmayandan ayıramama sorunu esasen yumuşak hukuk tanımlarının genel bir sorunudur.

Her iki eserde de yumuşak hukukun önemi ve işlevleri sert hukuk ile ilişkisi içinde açıklanmaya çalışılmıştır. Yumuşak hukuk enstrümanlarının *opinio juris*'i gösterebileceği, ikincil devlet pratikleri ile antlaşmalara veya teamül hukukuna dönüşebileceği/dönüştüğü vurgulanmıştır.⁴⁰ Bunun şu bakış açısını yansıttığı söylenebilir: Yumuşak hukukun normatif bir kategori olarak kendinden bir kıymeti yoktur, ancak sert hukukla etkileşimi içinde anlam kazanabilir.⁴¹

Malcolm Shaw kitabında yumuşak hukukun doğrudan tanımını yapmasa da “*Other Possible Sources of International Law*” başlığı altında konuyu ele almıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıktıklarını söylediği “*law-making*”, “*law-determining*” ve “*law-evidencing*” ayrık uluslararası hukuku geliştirme metotlarına dikkat çekip bağlayıcı olmayan BMGK kararları ve Helsinki Nihai Senedi gibi enstrümanların uluslararası hukukun gelişimindeki etkilerini anlattıktan⁴² sonra yumuşak hukuktan şu şekilde bahseder:

“Bazen daha genel olarak, bazı bağlayıcı olmayan enstrümanların veya antlaşmalardaki bağlayıcı olmayan hükümlerin 'yumuşak hukuk' olarak adlandırılabilir özel bir kategori oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bu terminoloji, söz konusu belge veya hükmün kendi başına bir 'hukuk' olmadığını, ancak uluslararası hukukun gelişiminin genel çerçevesi içindeki öneminin ona özel bir dikkat gösterilmesini gerektirdiğini belirtmek için kullanılır. 'Yumuşak hukuk' hukuk gibi değildir. Bunun vurgulanması gerekir, ancak örneğin bir belgenin uluslararası politikada etkili olabilmesi için bağlayıcı bir antlaşma teşkil etmesi gerekmez.”⁴³

³⁸ Guzman ve Meyer, “International Soft Law”, 172.

³⁹ Guzman ve Meyer, 172.

⁴⁰ Wallace ve Martin-Ortega, *International Law*, 32; Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 109.

⁴¹ Bu literatürde tartışılan pozisyonlardan biridir ve 1.2.4. başlığında detaylı olarak ele alınacaktır.

⁴² Shaw, *International Law*, 84-87.

⁴³ Shaw, 87.

Shaw doğrudan bir tanım yapmasa da yumuşak hukuk için kullandığı ifadeler onun konuya yaklaşımına dair önemli fikirler vermektedir. Öncelikle ona göre yumuşak hukuk, direkt olarak sert hukuk ile hukuk olmayan arasındaki tüm gri alanı betimlemek için kullanılan genel bir kategoriden ziyade uluslararası hukukun gelişiminde “hukuk” olmamasına rağmen ayrı ve önemli etkisi olan bazı enstrümanların bu etkilerini vurgulamak için kullanılan bir ifadedir. Böyle bir yorumda yumuşak hukuk doğrudan “uluslararası hukukun diğer olası kaynaklarından biri” değil, bu olası kaynaklardan bazılarının “pratik etkileri” göz önünde bulundurularak verilen bir paye, etikettir. Bu yoruma göre yumuşak hukukun kaynaklar teorisine yeni bir yaklaşım getirmediği, ifadenin retorik bir kullanımdan ibaret olduğu söylenebilir.

Diğer dikkat çekilebilecek husus Shaw’ın bağlayıcı olmama niteliğini sadece “enstrümanlar” için değil, bağlayıcı antlaşmalarda yer alan hükümler (normlar, standartlar, ilkeler) içinde kullanıldığını belirtmesidir. Aksar, Wallace ve Ortega’nın tanımlarında ise yumuşak hukuk, enstrümanların bir niteliği olarak sunulmuştur. Bu durumda yumuşaklığın bağlayıcı olmayan enstrümanların bir niteliği mi, yoksa bazı bağlayıcı enstrümanlarda yer alan kuralların bir niteliğini veya her ikisi içinde kullanılabilecek bir nitelik mi olduğu sorusu gündeme getirilebilir. Aslında Wallace ve Ortega tanımlarında yer vermeseler de bağlayıcı olan antlaşmalarda yer alan fakat normatif “kalitesindeki”⁴⁴ eksikliklerden dolayı yumuşak hukuk olarak kabul edilebilecek hükümlerin varlığına dayalı *legal soft law* ayırımına itiraz etmez.⁴⁵ Bu onlar için de yumuşak hukuk ifadesinin sadece bağlayıcı olmayan enstrümanlar için değil, bağlayıcı olan enstrümanlarda yer alan normlar için de kullanılabileceği anlamına gelebilir. Bu konuya dair tercihlerin anlamı 1.2.1. başlığında detaylı olarak ele alınacaktır.

Orakhelashvili, yumuşak hukuku uluslararası hukukun kaynaklarından biri olarak ele alır.⁴⁶ Ancak kitabında kaynakları incelerken başlıklandırmada diğer yazarlar gibi “diğer olası kaynaklar” veya “yardımcı kaynaklar” gibi ayrımlar kullanmadığı için ve konuya kısaca değindiği için kavrama dair pozisyonu net değildir.⁴⁷ Doğrudan bir tanım yapmadan, onu bazı uluslararası örgüt kararları ve deklarasyonlarının hukuki statülerinin ne olduğuna dair tartışmalarla bağlantılı bir “*fenomen*” olarak sunar. Onun, yukarıdaki yazarlardan ayrı olarak,

⁴⁴ Bu husus ilerleyen sayfalarda detaylı olarak ele alınacaktır.

⁴⁵ Wallace ve Martin-Ortega, *International Law*, 31.

⁴⁶ Alexander Orakhelashvili, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 9. bs (London: Routledge, 2022), 51.

⁴⁷ Fakat yaptığı açıklamalar göz önünde bulundurulursa yumuşak hukuku uluslararası hukukun temel bir kaynağı olarak görmediği rahatlıkla söylenebilir.

yumuşak hukuku öncelikle bazı enstrümanlar için kullanılan bir sıfat veya normatif bir kategori olarak değil bir (öğretisel veya sosyal) fenomen olarak sunması önemlidir. Bu, yumuşak hukuk ifadesinin öğretisel açıdan bir perspektifi veya sosyal açıdan bir tür gayri resmî uluslararası hukuk yapma (*informal international law-making*⁴⁸) hareketini temsil eden yönünü de ortaya koyabilen daha kapsamlı bir kullanımdır. Yumuşak hukuk enstrümanlarının devletler arasında uzlaşmaya varılması zor konularda sert hukuka bir alternatif teşkil ettiğini de vurgulamaktadır.

Ona göre yumuşak hukuk terimi hukuki perspektiften çok faydalı bir kullanım değildir. Burada ne demek istediğini açmasa da bir kavram olarak yumuşak hukukun, hukukun temel kavramları bakımından çok anlamlı olmadığını düşündüğü söylenebilir. Fakat her halükârda yumuşak hukukun enstrüman merkezli değil hüküm merkezli anlaşılması gerektiğini özellikle vurgular. Yani bağlayıcı olmama niteliğinin ilgili belgelerden ziyade içerdiği normlara verilmesi gerektiğini savunur. Buna sebep olarak bağlayıcı olmadığı düşünülen (zannedilen) bir belgenin uluslararası hukuk bakımından hak ve yükümlülük doğuran kati bir hüküm içerebileceğini, bağlayıcı olan antlaşmaların da bazı hükümlerinin muayyen olmamaları sebebi ile devletlere belirli bir hak ve yükümlülük empoze etmeyeceğini sunar.

Acer ve Kaya yumuşak hukuku “*Diğer Olası Kaynaklar*” başlığı altında bir kategori olarak ele alır.⁴⁹ Tam bir tanım vermeden yumuşak hukukun genellikle uluslararası kuruluşların bağlayıcı olmayan kararlarını ifade etmek için kullanıldığını, henüz yürürlük gücü kazanmamış antlaşma hükümlerinin de yumuşak hukuk olarak değerlendirilebildiğini ve yumuşak hukukun esasen siyasi bildirilerden ibaret olduğunu söylerler. Yumuşak hukuku sadece enstrümanlar için değil, ilgili kuralları nitelemek için de kullanmaktadırlar. Bu kuralların daha sonra bir antlaşma hükmüne veya yapılageliş hukuku kuralına dönüşebileceğini; var olan uluslararası hukuk kurallarına ilişkin argümanların desteklenmesi ile yorumlamada kullanılabileceğini söylerler. “*Yeni oluşan hukuk kuralları olarak yumuşak hukuk kuralları*” ifadesini kullanırlar. Bu sebeple yumuşak hukuka dair yaklaşımları daha çok *pre-law*⁵⁰ bakış açısını içerdiği söylenebilir.

Pazarcı ve Denk kitaplarında yumuşak hukuku ayrı bir kaynak kategorisi olarak ele almaz. Ondan “*Antlaşmalar*” ana başlığı altında “... *bağlayıcı olmayan üstlenmeler ve yine uluslararası örgütler tarafından üyelerinin katılımı ile alınan ve tek taraflı örgüt işlemi olarak*

⁴⁸ Bkz. Joost Pauwelyn, Ramses A Wessel, ve Jan Wouters, “An Introduction to Informal International Lawmaking”, içinde *Informal International Lawmaking*, ed. Joost Pauwelyn, Ramses Wessel, ve Jan Wouters (Oxford University Press, 2012), 1-10.

⁴⁹ Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, 67.

⁵⁰ Bu ifadenin ne anlama geldiği 1.2.4. başlığında ele alınacaktır.

*kabul edilen aslında ortak işlemler öğretide esnek hukuk (soft law/droit mou) olarak anılmaktadır.”*⁵¹ şeklinde bahsetmişlerdir. Bağlayıcı olmayan üstlenmelerden⁵² ise bağlayıcı olmayan ancak siyasi irade uyuşması niteliği gösteren centilmenler anlaşmaları (*gentlemen's agreements*) gibi belgeleri kastetmektedirler.⁵³ Bu durumda onlara göre yumuşak hukuk bağlayıcı olmayan üstlenmelere ve ortak işlemler niteliğinde olan bazı uluslararası örgüt kararlarına öğretide verilen bir isimdir. Bu, yumuşak hukuka ayrı bir kategori olarak yaklaşan yazarlarla kıyaslandığında daha sınırlayıcı bir yaklaşımdır.

Melda Sur da kitabında yumuşak hukuka ayrı bir kaynak kategorisi olarak doğrudan yer vermez. “*Dolaylı Kaynaklar*” başlığı altında bağımsız bir uluslararası hukuk normu teşkil etmeyen fakat uluslararası hukukun bazı sonuçlar bağladığı işlemler olduğunu söyleyerek “*andlaşma niteliği taşımayan iki ve çok taraflı işlemler*” konusunu ele alır.⁵⁴ Bunlardan kısaca uluslararası örgütler çerçevesinde alınan bazı ortak kararlar, devletler arasında içeriği gizli kalan veya andlaşma niteliği taşımayan siyasi bazı mutabakatlar, uluslararası konferansların sonuç bildirileri ve uluslararası örgütlerin (iç) işleyişini ilgilendiren mutabakatlar olarak bahseder ve bağlayıcı olmayan bu tür belgelerin hukuki niteliğinin yapılarak uluslararası andlaşmalardan ayırt edilmesi gerektiğini söyler.⁵⁵ Hukuki nitelime yapılırken de “*belgenin oluşması sırasındaki koşulların özellikleri*” ve “*belgenin çeşitli hükümlerinin*” incelenmesi gerektiğini belirtir. Andlaşma niteliği taşımayan işlemlerin ise, ahde vefa ilkesine (*pacta sunt servanda*) tabi olmadığından, hukuki yönden bağlayıcı hak ve yükümlülük doğurmayacağını; bu tür işlemler için İngilizce de *soft law* denildiğini söyler.⁵⁶

⁵¹ Pazarcı ve Denk, *Uluslararası Hukuk*, 49.

⁵² Bağlayıcı olmayan üstlenmeler ifadesi yerine bağlayıcı olmayan anlaşmalar (*non-binding agreements*) ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. R. R. Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, *The International and Comparative Law Quarterly* 29, sy 4 (1980): 550; Oscar Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, *The American Journal of International Law* 71, sy 2 (1977): 296-304; Ulutaş, *Uluslararası Hukuk Açısından Hukukun Bağlayıcı Olmayan Anlaşmalar*. Buradaki anlaşma ifadesinden genel anlamda irade uyuşması kastedilmektedir. Bu ifadeyi kullanan yazarlar anlaşma ifadesinin bu kullanımda antlaşma (*treaty*) gibi zorunlu olarak hukuki bir terim olarak kullanılmadığını, sosyal bir vakayı (irade uyuşması) temsil etmek için kullanıldığını söylerler. Sosyal bir vaka olarak her irade uyuşmasının zaruri olarak hukuki sonuç doğurmayacağı düşüncesinden hareketle bağlayıcı olmayan anlaşma derken mesela Helsinki Nihai Senedi gibi bağlayıcı olmayan politik uzlaşmaları kastetmektedirler. Pazarcı ise bu kullanımı doğru bulmadığını söyleyerek özellikle üstlenme ifadesini tercih etmektedir.

⁵³ Pazarcı ve Denk, *Uluslararası Hukuk*, 48.

⁵⁴ Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 101.

⁵⁵ Sur, 102.

⁵⁶ Sur, 103.

Brownlie's Principles of Public International Law kitabında yumuşak hukuk kavramı uluslararası hukukun bir kaynağı olarak ele alınmamaktadır. Genellikle yumuşak hukuk enstrümanı olarak sunulan metinler ise yumuşak hukuk nitelmesi kullanılmadan bağlayıcı olmadıkları belirtilerek *Other Material Sources* başlığı altında ele alınmıştır.⁵⁷ Bozkurt, Poyraz ve Erdal *Devletler Hukuku*⁵⁸ kitabının 12. Baskısında, Reçber'in *Uluslararası Hukuk*⁵⁹ kitabının 5. baskısında ve Günel'in editörlüğünü yürüttüğü *Aslan Gündüz Milletlerarası Hukuk*⁶⁰ kitabının 12. baskısında uluslararası hukukun kaynakları ele alınırken yumuşak hukuk kavramına değinilmemektedir.

Buraya kadar ki kısımda sadece ders kitaplarındaki tanımlara/yaklaşımlara yer verilmiştir. Şimdi ise doğrudan kavrama özgülenmiş çalışmalara geçilecektir. Bunun öncesinde bazı tespitleri tekrarlamak da fayda vardır. Yukarıdaki tanımlarda görülebileceği gibi yumuşak hukukun bazı bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk enstrümanlarının bir niteliği mi (Yumuşaklık ve sertlik enstrümanlara dayalı bir ayrım mı?) yoksa bağlayıcı olsun veya olmasın enstrümanlarda yer alan normların veya yükümlülüklerin bir niteliği mi olduğu sorusunun cevabı, tanımları etkileyecek hususlardan biridir ve iki farklı yaklaşımı gösterir.⁶¹ Diğer bir deyişle “yumuşaklık” normların-yükümlülüklerin normatif niteliklerinden mi kaynaklanmaktadır yoksa enstrümanın biçiminin (*form*) hukuken geçerli olup olmamasından mı kaynaklanmaktadır? Buradan ikincil bir sorun da doğmaktadır. Anlaşmalar söz konusu olduğunda bir belgenin hukuki nitelendirmesinin tespitinde (uluslararası antlaşma olup olmadığının) belgeye verilen isim önemli değildir.⁶² Önemli olan tarafların belgeyi oluştururken ki iradesi ise, belgenin ismi (örneğin centilmenler anlaşması) ancak tarafların iradesinin (hukuken bağlayıcı yükümlülükler altına girip girmeme iradesi) ne olduğunun tespitinde fikir verdiği ölçüde önemli olacaktır. Böyle bir durumda, eğer tarafların iradesi o yöndeysse, bir enstrümanın içinde hem hukuken bağlayıcı normlar (sert normlar) hem de hukuken bağlayıcı olmayan normlar (yumuşak normlar) olduğu söylendiğinde bu durum o enstrümanın hukuki niteliğini nasıl etkiler? Örneğin literatürde içerisinde “yumuşak”

⁵⁷ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. bs (Oxford, New York: Oxford University Press, 2019), 39.

⁵⁸ Enver Bozkurt, Yasin Poyraz, ve Selcen Erdal, *Devletler Hukuku*, 12. bs (Ankara: Legem Yayınevi, 2023).

⁵⁹ Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 5. bs (Bursa: Dora Basım Yayın, 2023).

⁶⁰ Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, ed. Reşat Volkan Günel, 12. bs (Ankara: Savaş Yayınevi, 2024).

⁶¹ Tadeusz Gruchalla-Wesierski, “A Framework for Understanding ‘Soft Law’”, *McGill Law Journal* 30, sy 1 (1984): 44; Alan Boyle, “Soft Law in International Law-Making”, içinde *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, 5. bs (New York: Oxford University Press, 2018), 119.

⁶² Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 102; Pazarcı ve Denk, *Uluslararası Hukuk*, 51.

yükümlülükler içeren bağlayıcı anlaşmalar için “*legal soft law*” (*soft negotium*⁶³, *treaty soft law*⁶⁴) ve doğrudan bağlayıcı olmayan enstrümanlar için “*non-legal soft law*” (*non-binding soft law*⁶⁵) ifadesi kullanılmaktadır.⁶⁶ Eğer yumuşak hukuk Aksar’ın yaptığı gibi “*bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk metinleri*”⁶⁷ diye tanımlanırsa *legal soft law* ifadesi anlamsız bir hale gelecektir veya burada yumuşak hukuk derken başka bir şey kastediliyor olmalıdır ki, esasen durum böyledir.

Boyle’a göre yumuşak hukuk çok yönlü bir kavramdır⁶⁸ ve devletler arası anlaşmalar söz konusu olduğunda yumuşak hukuk ifadesinin literatürde üç ayrı perspektiften kullanımı vardır: (1) Anlaşma formunun hukuken bağlayıcı olup olmaması ayırımına göre yumuşak hukuk, (2) (spesifik) kural ve (genel) norm-prensip ayırımına göre yumuşak hukuk ve (3) uyumsuzluk durumunda çözüm yollarının “*karakterine*” göre yumuşak hukuk.⁶⁹ Boyle’un üç farklı yaklaşımını yorumlayarak incelemek literatürdeki farklı tanımlar arasındaki farkları ortaya koymak bakımından iyi bir başlangıçtır.

İlk perspektife göre eğer enstrüman biçimsel olarak bağlayıcı ise (mesela Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kapsamında “antlaşma” ise) o halde bu durumda yumuşak hukuktan söz etmek mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında Boyle’a göre antlaşmalar tanımı gereği sert hukuktur. Yumuşak hukuk ise bunların dışında kalanlardır, yani artık kategoridir ve normların değil enstrümanların bir niteliğidir. Bu “artık” kategoride de antlaşma niteliği taşımayan iki veya çok taraflı işlemlerin (centilmenler anlaşması, mutabakat zaptı, BMGK kararları gibi) yer aldığı söylenebileceği gibi (devletler ve uluslararası örgütler dışı öznelerin işlemleri de dahil edilirse⁷⁰) mesela Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün (*Institute of*

⁶³ *Legal soft law* için literatürde *soft negotium* ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Jean d’Aspremont, “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials”, *European Journal of International Law* 19, sy 5 (2008): 1084.

⁶⁴ *Legal soft law* için literatürde *treaty soft law* ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, 180.

⁶⁵ *Non-legal soft law* için literatürde *non-binding soft law* ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Alkan-Olsson, 184.

⁶⁶ Christine Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly* 38, sy 4 (1989): 851.

⁶⁷ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 108.

⁶⁸ Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, 913.

⁶⁹ Boyle, 901-2.

⁷⁰ Bu çalışmanın savunduğu görüşlerden biri, devletler ve uluslararası örgütler dışı öznelerin ortaya koyduğu ve *non-state soft law* olarak adlandırılan enstrümanların uluslararası yumuşak hukuk kavramının bir bileşeni olarak görülmemesi gerektiğidir. Bu görüş 1.2.3. ve ikinci bölümün 2.2.2. ve 2.2.3. başlıklarında detaylı olarak ele alınacaktır.

International Law) karar (*resolution*) adıyla yayınladıkları⁷¹ görüşlerine kadar normatif değeri olan geniş bir ürün yelpazesi bulunduğu söylenebilir. Bu yaklaşımda, aşağıdaki ikinci ve üçüncü yaklaşımda olduğu gibi, bağlayıcı enstrümanların yumuşaklığı söz konusu olmadığı için bu yaklaşımın “sınırlayıcı” olduğu söylenebilir.

İkinci perspektife göre enstrümanın biçiminden ziyade içinde yer alan normların⁷² “hukuki değeri”⁷³ önemlidir. Eğer ilgili norm “açık ve makul ölçüde spesifik taahhütler içeren” bir norm ise bu durumda sert hukuk normu; eğer ilgili norm veya prensip “içerik ve ifade bakımından daha muğlak veya genel” ise yumuşak hukuk söz konusudur. Bu açıdan yumuşaklık öncelikle enstrümanın değil, normun bir niteliğidir. Yani vurgu enstrümanın biçimsel geçerliliğinden ziyade barındırdığı normların niteliğinedir. Peki içerik ve ifade bakımından muğlaklığı sebebi yumuşak olarak adlandırılan bir norm hukuk normu olma niteliğini kaybeder mi? Weil’e göre bir hukuki normun içerik bakımından muğlak olması onun hukuk normu olmayacağı anlamına gelmez.⁷⁴ Boyle ise bu konuda bir şey söylemez fakat bağlayıcı bir antlaşmada yer alan bir hükmün muğlak olması sebebiyle hukuk olup olmadığı önemli bir soru/sorundur. Gözler’e göre bir işlemin hukuk normu olabilmesi için maddi varlığa sahip olması (*instrumentum*), normatif olması ve hukuki olması gerekir.⁷⁵ O halde bağlayıcı (hukuki) bir antlaşmada (*instrumentum*) yer alan bir ifade her ne kadar muğlak olsa da deskriptif⁷⁶ değil normatifse (Aksi takdirde yumuşak hukuk “normundan” neden söz edilsin?) onun hala hukuk normu olduğunu söylemek gerekir. Eğer hukuki normun normatif olması gerektiği şartından mesela öğüt veya dilekler değil, dar anlamda spesifik emirler kastediliyorsa, ki Gözler böyle düşünmektedir⁷⁷, bu durumda antlaşmalardaki öğüt veya dilek bildiren prensiplerin hukuk normu olmadığı söylenebilir. Fakat genel anlamda davranışı yönlendirme-etkileme için mutlaka emir kipine de ihtiyaç duyulmaz.⁷⁸ Bu durumda öğüt veya dilek bildiren norm veya prensiplerin hala bir dereceye kadar uluslararası hukuk kişilerinin davranışını

⁷¹ Bkz. “Resolutions – Institut de Droit International”, erişim 21 Nisan 2025, <https://www.idi-iiil.org/en/publications-par-categorie/resolutions/>.

⁷² Boyle buradaki kıyaslamada kuralın karşısına genel norm veya prensibi koyar. Eğer ilgili ifade açık seçik ve spesifik bir taahhüt barındırıyorsa ona kural, eğer içerik ve lafız bakımından muğlak ve genel bir ifade ise ona norm veya prensip demektir. Fakat bu çalışmada standart, ilke, prensip ve kural gibi farklı isimlendirmeleri olan normatif tüm ifadeler için norm ifadesi çatı bir kategori olarak kullanılmaktadır.

⁷³ Gruchalla-Wesierski, “A Framework for Understanding ‘Soft Law’”, 47.

⁷⁴ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *The American Journal of International Law* 77, sy 3 (1983): 414.

⁷⁵ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 25.

⁷⁶ Gözler, 28.

⁷⁷ Gözler, 29.

⁷⁸ Gözler, 28.

yönlendirebiliyor olması sebebiyle sert hukuk değil fakat yumuşak hukuk olarak nitelenebileceği söylenebilir. Ancak yine de bir normun öğüt veya dilek niteliğinde olması ile muğlak olmasının farklı şeyler olduğu bilinmelidir. Örneğin “Taraf devletler bu konuda elinden geleni yapacaktır.” ifadesinde her ne kadar devletlerin “elinden gelenin” ne olduğunu objektif olarak belirlemek zor olduğu için anlamlı bir yükümlülük doğup doğmadığı tartışılabilir olsa da bu ifade halen bir emirdir. “Devletlerin bu konuda elinden geleni yapması güzeldir ve tavsiye edilmektedir.” ifadesi ise bir emir değildir. Peki Boyle’un sunduğu bu ikinci yaklaşımda örneğin içinde “*açık ve makul ölçüde spesifik taahhütler içeren*” bir BMGK kararı nasıl nitelenecektir? Denilebilir ki böyle bir kararda yer alan normlarda da bir nitelik eksikliği söz konusudur: hukuki veya geçerli olmadıkları⁷⁹ için “eksiklerdir”. Bu halde yine enstrümana değil norma dair bir eksikliğe vurgu yapılmış olunacaktır fakat bu sefer eksiklik normların içeriğine dair değil biçimsel geçerliliğine dairdir. Her iki durumda da pratik netice değişmemektedir: Taraf devletin yükümlülüğünün ne olduğu pratikte objektif olarak iddia edilememektedir. Bu açıdan normların niteliğine odaklanan bu yaklaşımın pratik sonuç odaklı olduğu söylenebilir. Son olarak bu yaklaşıma göre bağlayıcı bir enstrümanın da yumuşaklığı söz konusu olabileceği için bu yaklaşımın bir önceki yaklaşıma göre daha genişletici olduğu söylenmelidir.

Boyle’un tasnifindeki üçüncü perspektif “*1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi gibi uyuşmazlık durumunda zorunlu yargıya tabi bir antlaşma ile Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü gibi uyuşmazlıkların tek taraflı olarak sadece bağlayıcı olmayan bir uzlaştırma veya bağlayıcı olmayan bir uyum prosedürüne havale edilebildiği bir antlaşma*” arasındaki ayrıma dayanmaktadır. Burada yine yumuşak hukuk bir enstrümanın niteliğidir ve “... *sert veya yumuşak hukuka sahip olup olmadığımızı belirleyen şey, uyuşmazlık çözüm sürecinin karakteridir.*”⁸⁰ Basit bir anlatımla eğer bir antlaşmaya dair uyuşmazlık söz konusu olduğunda bunu karara bağlayacak üçüncü bir taraf yoksa veya bir ihlal olduğunda yaptırım mekanizmaları öngörülmemişse bu perspektife göre bir yumuşak hukuk söz konusudur.⁸¹ Yani burada sert hukuk olma sadece enstrümanın biçimsel geçerliliği ile değil, içerdiği yükümlülüklerin uygulanılabilir olup olmadığı (“*enforceability*”) ile ilgilidir.⁸² O halde

⁷⁹ “Hukukilik” ve “geçerlilik” için bkz. Gözler, 41. Hukukilik, geçerlilik, biçimsel geçerlilik kavramları 1.3.1. başlığında detaylı olarak ele alınacaktır.

⁸⁰ Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, 902.

⁸¹ Bunun gibi icra edilebilirlik merkezli bir yaklaşım için bkz. Gruchalla-Wesierski, “A Framework for Understanding ‘Soft Law’”, 40.

⁸² Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, 181.

böyle bir yumuşaklık, tanımlı yaptırım ve uyuşmazlık çözüm prosedürlerinin niteliğine göre dereceli bir hal alabilir.⁸³ Buradaki ana fikir, eğer uyuşmazlık çözümüne dair elverişli prosedürler öngörülmemişse o antlaşmanın uygulanmasına dair herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olması ile mesela bağlayıcı olmayan bir metindeki “politik” taahhüde uymamanın sonuçları bakımından pratikte bir fark olmayacağıdır. O halde burada da ilgili enstrümanların pratik etkilerine odaklanılmaktadır. Bu perspektif daha geniş yorumlanırsa, sadece yaptırım mekanizmalarının ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının öngörülmediği durumlarda değil herhangi başka bir sebepten hükümlerin uygulanamaması da o enstrümanı yumuşak yapabilir. Baxter’a göre kolayca *rebus sic stantibus* iddia edilebilen durumlarda; bir hükmün uygulanmasının veya niyetin gerçekleşmesinin ancak tarafların ikincil bir anlaşmaya varmasına bağlanan durumlarda (*pacta de contrahendo*); son olarak uyulmadığının objektif olarak ortaya koyulmasının zor olduğu teşvik veya tavsiye niteliğindeki genel hükümler söz konusu olduğunda bir dereceye kadar yükümlülüklerden söz edilebilse bile bunlar tam anlamıyla hukuki olarak icra edilebilir değildir.⁸⁴ Bu açıdan bakıldığında bu üçüncü perspektifin yukarıdaki ikinci perspektifi de içine aldığı söylenebilir. Sonuçta bir normun muğlak olmasının sonucu da o normdan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin net bir şekilde ortaya koyulamaması ve bundan dolayı icra edilebilir olmaması sebebi ile “tam”⁸⁵ bir hukuk normundan söz edilememesidir. Fakat ikinci perspektifte yumuşaklığın esasen ikincil bir durum olan icra edilememeden değil; normların normatif niteliğinden dolayı mutlak anlamda hak ve yükümlülükler doğmamasından kaynaklandığı, yani vurgunun yükümlülük doğup doğmamasında olduğu söylenerek arada bir fark olduğu söylenebilir. Sonuç olarak icra edilebilirliğe odaklanan bu son yaklaşıma göre de hukuken bağlayıcı enstrümanların yumuşaklığı (*legal soft law*) söz konusu olabileceği için genişletici bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

O halde bu üç perspektiften yola çıkılarak yumuşak hukuku sert hukuktan ayırmak bakımından, Terpan’ın da kabul ettiği, iki ana tanımlama yaklaşımı olduğu söylenebilir:

⁸³ Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, 902.

⁸⁴ Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, 550-54.

⁸⁵ Bu tür normlar akla Roma hukukundaki *lex imperfecta*’yı (müeyyidesiz kanun, eksik kanun) getirmektedir. *Lex imperfecta* için bkz. Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, 15. bs (İstanbul: Der Yayınları, 2021), 16. *Legal soft law* ve doğrudan uluslararası hukukun kendisi için *lex imperfecta* ifadesinin kullanıldığı değerlendirmeler için bkz. Handl vd., “A Hard Look at Soft Law”, 394. Her ne kadar literatürde Roma hukukuna ait olan bu terim yer yer kullanılsa da genelde bu kullanımlar benzetme niteliğinde olup teorik bir değerlendirmenin ürünü değildir.

genişletici yaklaşım, sınırlandırıcı yaklaşım.⁸⁶ Genişletici yaklaşımlarda genel olarak ihtiva edilen normların nitelik ve pratik etkilerine odaklanılmakta ve bağlayıcı enstrümanların da yumuşaklığı söz konusu olabilmekte iken, sınırlandırıcı yaklaşımlar da ise sadece enstrümanların hukuki statüsüne odaklanılmaktadır.

1.2.1. Genişletici Yaklaşım ve Sınırlandırıcı Yaklaşım

Bazı tanımlar için genişletici yaklaşım veya geniş tanım denmesinin sebebi hukuk olmayan ile sert hukuk arasında kalan yumuşak hukukun kapsamının sert hukuk yönüne doğru (sert hukukun alanını daraltarak) genişletmesidir. Yani buradaki genişletici tanım ve sınırlandırıcı tanım ayrımı yumuşak hukukun sert hukuk ile nasıl ayrılacağını dair tercihlerle ilgilidir, yumuşak hukukun hukuk olmayanla nasıl ayrılacağına dair değildir. Chinkin'in yumuşak hukuk tanımı, erken dönem geniş tanımlarından biri olarak örnek verilebilir:

*“Yumuşak hukuk enstrümanları, yumuşak yükümlülükler (soft obligations) içeren bağlayıcı antlaşmalardan (legal soft law) başlayarak bağlayıcı olmayan kararlara (resolutions), uluslararası veya bölgesel örgütler tarafından formüle edilip kabul edilen davranış kurallarına (codes of conduct) ve devlet kapasitesi ile hareket etmeyen öznelere uluslararası prensipler oraya koyan beyanlarına kadar çeşitlilik gösterir.”*⁸⁷

Chinkin'in bu tanımının arkasındaki ana fikir her antlaşmanın sert yükümlülükler doğurmadığıdır.⁸⁸ Chinkin'in tanımını Terpan'ın kategorilendirmesine göre geniş yapan, yumuşak hukuk enstrümanlarına “yumuşak yükümlülükler” içerdiğini söylediği bağlayıcı antlaşmaları da dahil etmesidir. Bu sebeple eğer Chinkin devletlerin dahli olmayan enstrümanları (*non-state soft law*⁸⁹) yumuşak hukuk enstrümanı olarak saymasaydı da tanımının genişletici olduğu söylenecekti. Terpan'a göre genişletici tanımlama yaklaşımları arkasındaki ana fikir yumuşaklığın sadece ilgili enstrümanların bağlayıcı olup olmamasıyla değil, normların kapsamı (anlamı) ve uyuma dair güvence mekanizmalarının varlığı (*“normative safeguards”*) ile gibi hususlarla da ilgili olduğudur.⁹⁰ Abbott ve Snidal'in ortaya

⁸⁶ Terpan, “The Definition of Soft Law”, 45.

⁸⁷ Chinkin, “The Challenge of Soft Law”, 1989, 851.

⁸⁸ Christine Chinkin, “Normative Development in the International Legal System”, içinde *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, ed. Dinah Shelton (New York: Oxford University Press, 2000), 25.

⁸⁹ Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 35.

⁹⁰ Terpan, “The Definition of Soft Law”, 45.

koyduğu yaklaşım, genişletici tanımlar için literatürde önemli bir örnektir. Yumuşak hukukun tanımını yapmadan önce sert hukukun tanımını yaparak başlarlar:

*“Mevcut bağlamda sert hukuk, vazih olan (precision) (veya mahkemelerin hüküm vermesi veya daha ayrıntılı ikincil düzenlemeler vasıtası ile vazih hale getirilebilen) ve yorumlanması ve uygulanması için yetkili otoritenin belirlenmiş olduğu (delegation) hukuken bağlayıcı (obligation) yükümlülükleri ifade eder.”*⁹¹

Onlara göre sert hukuk üç boyuta sahiptir: Hukuken bağlayıcılık (*obligation*), vuzuh (*precision*) ve yetkilendirme (*delegation*).⁹² Bu haliyle ise sert hukuk düzenlemelerinin uluslararası hukukta nadiren bulunduğunu söylemektedirler.⁹³ O halde yumuşak hukuk için genişletici olan bu yaklaşımın sert hukuk için sınırlandırıcı olduğu söylenmelidir çünkü bağlayıcı olan her enstrümanı sert hukuk olarak görmemektedirler. Onlara göre, eğer bir doğru parçası alegorisi ile anlatılırsa, sert hukuk bir kemâlat noktası ve yumuşak hukuk ise bu nokta ile hukuk olmayan arasındaki dereceli alandır. *“Yumuşak hukuk alanı, yasal düzenlemelerin hukuken bağlayıcılık, vuzuh ve yetkilendirme boyutlarından bir veya daha fazlasının zayıflamasıyla başlar.”*⁹⁴ Bu zayıflamanın ise her bir boyut için farklı derecelerde ve boyutlar arası farklı kombinasyonlarla olabileceğini söylerler. Buna göre hukuken bağlayıcı olan ve yetkilendirme boyutu bulunan bir hüküm vazih olmadığı için yumuşak hukuk alanına geçebileceği gibi, hukuken bağlayıcı ve vazih olan bir norm yetkilendirme boyutundaki zayıflık sebebi ile yumuşak hukuk olabilir.

Böyle bir yaklaşımın çeşitli bakış açılarından veya arka plan anlatılarından kaynaklandığı söylenebilir. Örneğin Brus’a göre uluslararası hukukun kaynak teorisi her ne kadar genel olarak geçerli hukuku (*valid law*, dolayısı ile bağlayıcı hukuku) saptamamıza

⁹¹ Kenneth W. Abbott ve Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization* 54, sy 3 (2000): 421.

⁹² Üç boyuta dair detaylı tartışma için bkz. Kenneth W. Abbott vd., “The Concept of Legalization”, *International Organization* 54, sy 3 (2000): 401-19. Özetlemek gerekirse *precision* ifadelerin içeriğinin açıklığı ve normatif kalitesi ile ilgilidir. *Obligation* ilgili normun yer aldığı enstrümanın bağlayıcı olup olmaması ile ilgilidir. *Delegation* ise yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini denetleyecek; uyuşmazlık çıktığında çözüme kavuşturacak, yani kısaca taahhütlerin yerine getirilmesini sağlayacak otoritenin yetkilendirilmesidir.

⁹³ Abbott ve Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, 421.

⁹⁴ Abbott ve Snidal, 422.

yardımcı olsa da esasen geçerliliği belirleyen biçim değil içerik, niyet⁹⁵ ve otoritedir.⁹⁶ Çünkü ona göre bir devlet dışavurumunun hukuki olarak geçerli bir dışavurum mu olduğunu yoksa ahlaki veya politik bir dışavurum mu olduğunu belirleyecek tanımlı bir prosedür yoktur. Buna bağlı olarak uluslararası hukuk dışavurumlarının bağlayıcılığının da biçimden kaynaklanmadığını söylemektedir:

*“Hukuki dışavurumların dış ve iç yönleri arasında karmaşık bir etkileşim vardır. Hukuki bağlayıcılığın belirlenmesi tüm bu yönleri bakmayı gerektirir ve bağlayıcı olmak ya da olmamak gibi ikili bir sonuca götürmez. Spektrumun bir ucunda biçim ve içerik bakımından bağlayıcı olmaktan diğer ucunda biçim ve içerik bakımından tamamen bağlayıcı olmaya kadar değişen çeşitli bağlayıcılık dereceleri vardır.”*⁹⁷

Legal soft law enstrümanlarına çok sayıda örnek getirilmektedir. En çok verilen örneklerden biri ise 1992 BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'dir. Boyle'a göre Sözleşme'nin sera gazı emisyonları ile mücadeleye yönelik tedbir ve yönlendirmelerinin muğlak ve ihtiyatlı olması sebebiyle gerçekte anlamlı hukuki yükümlülükler doğurduğu şüphelidir.⁹⁸

Terpan'a göre, her ne kadar normatif çeşitliliği değerlendirmek için *“analitik bir alet”* görevi görse de, genişletici yaklaşımların icra edilebilir olmayan veya muğlak olan bağlayıcı normları da yumuşak hukuk sahasına sokması, hukuki taahhütlerle hukuki olmayan taahhütler arasındaki çizgiyi *“bulanık”* hale getirmesi sebebi ile eleştirilmektedir.⁹⁹ Gerçekten de norma üç boyutlu yaklaşımın kompleks yapısı, mesela taahhütte bulunan devletlere sorumluluktan kaçmak için analitik fırsatlar sunması ile uluslararası hukuk için faydalı görülmeyebilir. Fakat muhtemelen zaten bu yaklaşımın sahipleri halihazırda olanın (pratiğin) kavramsallaştırmasını yaptıklarını söyleyerek getirilen eleştirileri *“naif”* bulabilir. Sonuçta realistlere göre sadece bu

⁹⁵ Aksi görüş için bkz. Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, 172. Klabbers'e göre bir şeyin antlaşma (yani sert hukuk) olup olmadığı objektif standartlara göre belirlenmelidir, yalnızca belgenin yazarlarının niyetlerine bağlı olmamalıdır.

⁹⁶ Marcel M. T. A. Brus, “Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (New York: Springer International Publishing, 2018), 262.

⁹⁷ Brus, 263. Buradaki asıl mesele bağlayıcı olma veya olmama dikotomisine karşı çıkan anlatıların ortaya çıkmasıdır. Derecelendirebilir bir bağlayıcılığın hukuk teorisi bakımından anlamlı olup olmadığı bağlayıcı olmaktan ne kastedildiğiyle ilgilidir.

⁹⁸ Boyle, “Soft Law in International Law-Making”, 131; Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, 907.

⁹⁹ Terpan, “The Definition of Soft Law”, 46.

normlar değil, tüm uluslararası hukuk yumuşaktır.¹⁰⁰ Onlara göre, Abbott ve Snidal'den yukarıda aktarıldığı üzere, sert hukuk uluslararası hukuk için istisnadır. Her halükârda uluslararası yumuşak hukuk literatürü için yaygın olanın sınırlandırıcı tanımlar olduğu, genişletici yaklaşımın bir alternatif olarak görüldüğü söylenebilir.¹⁰¹

Sınırlandırıcı tanımın (*non-legal soft law*) yumuşak hukuk olarak gördükleri enstrümanlar, genişletici tanımın yumuşak hukuk olarak gördüğü enstrümanların alt kümesidir. Bu haliyle sınırlandırıcı tanımlar geleneksel kaynak teorisine göre bağlayıcı olan biçimleri (örneğin antlaşmalar) yumuşak hukuka dahil etmeyen, *legal soft law*'u kabul etmeyenlerdir. Diğer bir ifade ile sınırlandırıcı tanımlara göre yumuşak hukuk uluslararası hukukun (sert hukuk) dışında kalan uluslararası örgüt kararları veya bir uluslararası konferansın sonuç bildirisi gibi yarı hukuki ("*quasi-legal*") enstrümanlar veya hukuk benzeri ("*law-like*") beyanlardır.¹⁰² Bu açıdan sert hukuk biçimsel olarak bağlayıcı enstrümanlar, yumuşak hukuk ise onların dışında kalanlardır. Yukarıdaki sert hukukun üç boyutu yaklaşımına (*obligation, precision, delegation*) göre söylenirse de yumuşak hukuk bağlayıcılık boyutu olmayan "hukuktur"¹⁰³ ("*law without obligation*").¹⁰⁴ Shelton ise kısa ve daha net bir biçimde yumuşak hukukun genelde şunları işaret etmek için kullanıldığını söyler:

*"Antlaşmaların dışında kalıp prensiplerden, normlardan, standartlardan veya beklenen davranışa yönelik herhangi bir beyandan oluşan uluslararası enstrüman."*¹⁰⁵ Snyder ise *"Yumuşak hukuk, prensipte bağlayıcı olmayan fakat yine de pratik etkileri olan davranış kurallarıdır."*¹⁰⁶ şeklinde tanımlamaktadır. Fastenrath'e göre de yumuşak hukuk uluslararası

¹⁰⁰ Abbott ve Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance", 422. Reisman yumuşak hukuk kavramındaki hukuk ifadesinin bağlayıcı olmayan enstrümanlar için kullanılmasının yanlış olduğunu söylemekte çok acele edilmemesi gerektiğini, bazı "*küçük*" ve "*zayıf*" devletlerdeki akademisyenlerin de uluslararası sert hukuku aynı sebeplerle hukuk olarak görmediklerini hatırlatarak, söyler. W. Michael Reisman, "The Democratization of Contemporary International Law-making Processes and the Differentiation of Their Application", içinde *Developments of International Law in Treaty Making*, ed. Rüdiger Wolfrum ve Volker Röben (Berlin: Springer, 2005), 17.

¹⁰¹ Terpan, "The Definition of Soft Law", 46; Boyle, "Soft Law in International Law-Making", 131; Guzman ve Meyer, "International Soft Law", 174.

¹⁰² Guzman ve Meyer, "International Soft Law", 172-74.

¹⁰³ Terpan'ın burada hukuk derken biçimsel anlayışın hukukunu kastetmediği söylenebilir.

¹⁰⁴ Terpan, "The Definition of Soft Law", 46.

¹⁰⁵ Shelton, "International Law and 'Relative Normativity'", 159.

¹⁰⁶ Francis Snyder, "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques", *The Modern Law Review* 56, sy 1 (1993): 19-54.

hukukun biçimsel kaynaklarının dışında kalan (normatif) enstrümanlardır.¹⁰⁷ Bradlow ve Hunter’ın da benzer fakat daha betimleyici tanımı şu şekildedir:

“Yumuşak uluslararası hukuk, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesinde belirtilen uluslararası hukuk kaynaklarının biçimsel gereklerini karşılamadıkları için bağlayıcı olmayan¹⁰⁸, ancak yine de belli bir uyum sağlama etkisi yaratarak muhataplarının davranışlarını sınırlayan uluslararası hukuk belgelerini ifade eder. Bu belgeler, uluslararası mahkemeler ve yargı mercileri nezdinde doğrudan uygulanabilir olmamaları muhtemel olsa da, fiilen uygulanabilir olabilirler.”¹⁰⁹

Hillgenberg’e göre Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne (VAHS) bakarak antlaşmalar dışındaki anlaşma formlarının uluslararası hukukun uygulanması dışında bırakıldığını söylemek mümkün değildir.¹¹⁰ Sadece o formlara VAHS uygulanmayacağı söylenebilir. Hilgenberg şöyle devam eder: “Fakat bu, antlaşmalar dışında kalan anlaşmaların (non-treaty agreements) sadece politik veya ahlaki kuralların denetiminde olduğu anlamına gelmez. Buyruk kuralları (jus cogens) ihlal etmedikleri sürece bu tür anlaşmaların hukuk kaynağı olmasını yasaklayan bir uluslararası hukuk hükmü de yoktur.”¹¹¹ Burada Hillgenberg VAHS’nin “antlaşma” biçiminin dışında kalan fakat politik veya ahlaki manifestolardan da ibaret olmayan enstrümanlara dikkat çekmektedir. O halde sınırlandırıcı yaklaşımın yumuşak hukuku sadece tabir-i caizse arafta kalmış bu enstrümanlar mıdır yoksa politik veya ahlaki normatif manifestolar da yumuşak hukuk mudur? İşte bu soru “artık” kategori tanımlarının yumuşak hukukunun, hukuk olmayandan ayrılması sorunuyla ilişkilidir.

1.2.2. Yumuşak Hukuku “Hukuk Olmayandan” Ayırmak

Yukarıda ele alınan sınırlandırıcı tanımlar sert hukuk ile yumuşak hukuk ayırımına göre daha net pozisyonlara sahip olsa da halen “yumuşak hukuku hukuk olmayandan ayırma” sorunu

¹⁰⁷ Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, *European Journal of International Law* 4, sy 3 (1993): 305.

¹⁰⁸ Genel olarak kabul gördüğü üzere Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) 38. maddesi uluslararası hukukun kaynakları bakımından *numerus clausus* değildir. Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 73. O halde Bradlow ve Hunter’ın sanki 38. madde dışında kalan tüm işlemlerin bağlayıcı olmadığı anlamına gelebilecek bu ifadesinin, bir iddiadan daha çok retorik veya sembolik bir ifade olduğu söylenebilir.

¹⁰⁹ Daniel Bradlow ve David Hunter, *Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice Between Hard and Soft International Law* (Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2019), 284.

¹¹⁰ Hartmut Hillgenberg, “A fresh look at soft law”, *European Journal of International Law* 10, sy 3 (1999): 503.

¹¹¹ Hillgenberg, 503.

vardır.¹¹² Bu tanımlara karşın örneğin bir devlet temsilcisi kamusal bir konuşma yaptığında buradan yumuşak bir yükümlülük doğup doğmayacağı veya temsil gücü yüksek bir akademik grubun taslak madde önerilerinin veya *stare decisis* olmayan bir mahkeme kararının hükmünün ne olacağı gibi sorular halen sorulabilir. Bu açıdan bakıldığında örneğin yukarıdaki Chinkin’in “*beklenen davranışa yönelik*” ifadesinin ve Snyder’in “*pratik etkileri olan davranış kuralları*” ifadesinin hukuk olmayan ile yumuşak hukuku ayırmaya yönelik olduğu söylenebilir. Bir kere tanımlardaki ana fikir, bir enstrümanın yumuşak hukuk olabilmesi davranışı yönlendiriyor olması gerektiği şeklinde tespit edilebilir. Bu durum yer yer normatif rehberlik (*normative guidance*¹¹³) veya sadece davranışa rehberlik sağlama şeklinde de ifade edilebilmektedir.¹¹⁴ Fakat Goldmann’a göre sadece bilgi veren deskriptif bir metin dahi davranışı yönlendirebilir veya davranışa rehberlik edebilir.¹¹⁵ Goldmann örnek olarak Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı’nın (OECD) Uluslararası Öğrenci Değerlendirme Programı (PISA) sonuçlarını vermektedir ve PISA¹¹⁶ sonuçlarında derecelendirmeler dışında eğitim politikalarına dair bir tavsiye dahi olmamasına rağmen sonuçların dolaylı olarak devletlerin eğitim politikalarını etkilediğini söylemektedir. Fakat bunun normatif bir beklenti yaratımı sonucu değil, deskriptif bir metinden doğan bilişsel bir beklenti (*cognitive expectation*) yaratımı sonucu olduğunu ve hukuk kavramının herhangi bir anlamı olabilmesi için doğruluğu veya yanlışlığı değil, geçerliliği veya geçersizliği söz konusu olabilecek önermelere¹¹⁷ (yani normatif önermelere) dayanması gerektiğini söyler. O halde yumuşak hukukun normatif olması gerektiğini söylemek de bir sınırlandırmadır. Fakat “Davranışı yönlendiren her normatif enstrüman yumuşak hukuktur.” demek onu örneğin hukuk olmayan fakat uluslararası ilişkilerde etkisi olduğunu söylenen diğer sosyal davranış kurallarından¹¹⁸ ayırmaya yetmeyecektir. Bu durumda bir diğer sınırlandırıcı unsur enstrümanın etkileri üzerinden verilebilir. Snyder’in tabiri ile yumuşak

¹¹² Guzman ve Meyer, “International Soft Law”, 172-73.

¹¹³ “Normative guidance” terimi için bkz. Mátyás Bódig, “The Issue of Normativity and the Methodological Implications of Interpretivism I: The Idea of Normative Guidance”, *Acta Juridica Hungarica* 54, sy 2 (2013): 119-39.

¹¹⁴ Bodig, “Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law”, 223; Brus, “Soft Law in Public International Law”, 250-52; Jan H. Dalhuisen, *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law Volume 1. The Transnationalisation of Commercial and Financial Law. The New Lex Mercatoria and Its Sources*, 8. bs (Hart Publishing, 2022), 250.

¹¹⁵ Matthias Goldmann, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law”, *Leiden Journal of International Law* 25, sy 2 (2012): 337.

¹¹⁶ Bkz. MEB, “PISA Nedir?”, erişim 21 Nisan 2025, <https://pisa.meb.gov.tr/www/pisa-nedir/icerik/4>.

¹¹⁷ Buna dair bkz. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 27-29.

¹¹⁸ Bkz. Shelton, “International Law and ‘Relative Normativity’”, 139.

hukuk pratik etkilere sahip olmalı ve doğal olarak bu etkiler hukuki etkiler¹¹⁹ olmalı veya hukuki ilgisi¹²⁰ olmalıdır. Fakat “ne kadar” bir etkinin yeterli olduğunun adı konmamış ve tartışmaya açıktır.¹²¹ Ayrıca etkinin umulmayan veya öngörülme-yen bir etki değil, niyet edilen bir etki olması gerektiği söylenmektedir.¹²² Alkan-Olsson bu niyete “*hukuk yapımı niyeti*” demektedir.¹²³

Bir başka sınırlandırma normun maddi varlığına bağlı olarak yapılmaktadır. Örneğin yukarıda bahsedildiği üzere Wallace, Ortega ve Aksar’a göre yumuşak hukukun yazılı olma şartı vardır. Chinkin ise yazılı olmayan bazı prensiplerinde yumuşak hukuk kategorisine dahil edilebileceğini söyler.¹²⁴ Esasen literatürde yumuşak hukukun yazılı olması gerektiği genelde açıkça dile getirilmez ve nadiren tartışılır. Fakat bağlayıcı olmayan metin, enstrüman veya belge olarak anılarak; örnek olarak hep yazılı kararlar veya beyanlar verilerek dolaylı olarak yumuşak hukukun yazılı olması gerektiği söylenmiş olur. Halbuki Snyder’in tanımına baktığımızda, pratikte (hukuki) etkileri olan davranış kuralları yazılı olmak zorunda mıdır? Uluslararası hukuka dair normatif ve hukuki etkileri olan bir BM genel sekreteri açıklaması neden yumuşak hukuk olmasın? Bir normun maddi varlığa sahip olması için, örf ve âdet kurallarında olduğu gibi, onun yazılı olması gerekmez; bir söz veya ritüelde “*somut taşıyan*” (*instrumentum*)

¹¹⁹ Hukuki etkinin ancak (sert) hukuktan doğabileceği düşüncesi ile yumuşak hukuku “hukuki etkisi olan normatif enstrümanlar” şeklinde tanımlamanın doğru olmayacağı söylenebilir. Belirtmek gerekir ki buradaki hukuki etki kullanımı hukuki etkilerin sadece hukuki işlemlerden (*legal act*) değil, hukuki olaylardan da (*legal facts*) doğabileceği düşüncesine dayanır. Buna dair bkz. Joost Pauwelyn, “Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?”, içinde *Informal International Lawmaking*, ed. Joost Pauwelyn, Ramses Wessel, ve Jan Wouters (Oxford, New York: Oxford University Press, 2012), 153-57.; D’Aspremont, “Softness in International Law”, 1077-84. Higgins şöyle der: “Bağlayıcı kararların (yetkili) uluslararası bir organ tarafından yasalaştırılması hukukun gelişmesinin tek yolu değildir. Hukuki sonuçlar, resmi anlamda ‘bağlayıcı’ olmayan eylemlerden de doğabilir.” Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Oxford University Press, 1995), 24.

¹²⁰ Her ne kadar hukuki ilgi oldukça soyut bir tabir olsa da, yumuşak hukuk literatüründe kullanılmaktadır. Bkz. Daniel Thürer, “Soft Law”, içinde *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, <https://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469>.

¹²¹ Yumuşak hukukun etkilerine özgülenmiş vaka çalışmaları örnekleri için bkz. Dinah Shelton, ed., *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* (New York: Oxford University Press, 2000); John J. Kirton ve Michael J. Trebilcock, *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance* (Routledge, 2016); Ayelet Berman vd., ed., *Informal International Lawmaking: Case Studies*, Law of the Future Series, no. 3 (The Hague: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012); Cansu Atilgan Pazvantoğlu, “Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, sy 2 (2021): 1131-55; Friedl Weiss ve Armin Kammel, ed., “The Changing Landscape of Global Financial Governance and the Role of Soft Law” (Brill, 2015).

¹²² Terpan, “The Definition of Soft Law”, 47.

¹²³ Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 34.

¹²⁴ Chinkin, “Normative Development in the International Legal System”, 25.

olabilir.¹²⁵ İşte buna rağmen yumuşak hukukun yazılı olması gerektiğini söylemek, onu hukuk olmayandan ayırmak için bir sınırlandırmadır. Terpan bu tür bir sınırlandırmayı “*formalization*” (resmileştirme veya biçimselleştirme) olarak adlandırır ama nasıl veya ne kadar bir resmileştirmenin gerekli olduğuna dair nitelikli ve ortak bir görüş olmadığını söyler.¹²⁶ Fakat alışılmış enstrümanlar olan BMGK kararı gibi uluslararası örgüt kararları veya centilmenler anlaşması ve mutabakat zaptı gibi isimlendirilmiş işlemler söz konusu olduğunda bu tür belgelerin hukuk benzeri olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. O halde normatif olma, hukuk yapım niyeti sonucu ortaya çıkmış olan hukuki etki veya ilgiye sahip olma ve resmileştirilmiş olma gibi unsurların yumuşak hukuku hukuk olmayandan ayıran kriterler olduğu söylenebilir. Bu unsurlar çeşitlendirilebilir, eksiltilebilir veya farklı bakış açıları ile sunulabilir. Fakat bu haliyle hala bir sorun vardır: Bu unsurlara göre devletler ve devletlerden oluşan uluslararası örgütler tarafından ortaya çıkarılmamış veya bir şekilde devletlerin dahli olmamış enstrümanlar yumuşak hukuk olabilir mi? Bu soruya yukarıda sayılan sınırlandırma unsurları üzerinden cevap verilebilir. Örneğin hukuk yapım niyetinden bahsedebilmek için zaten ortada hukuk yapabilecek bir aktörün olması varsayıldığı söylenebilir. Veya uluslararası hukuk bakımından bir enstrümanın resmileşmesinden söz edebilmek için devlet kapasitesi ile gerçekleştirilmiş bir işlemin söz konusu olması gerektiği söylenebilir. İşte *non-state soft law* konsepti bu sorulara farklı cevaplar veren yaklaşımların ürünüdür.

1.2.3. Devlet Dışı Yumuşak Hukuk (*Non-state Soft Law*)

Yumuşak hukuka dair bir diğer kategorilendirme yumuşak hukuku ortaya çıkaran aktörlere göre yapılmaktadır. Alkan-Olsson yukarıda geniş tanımı ile sunulan yumuşak hukuku “*treaty soft law*”, sınırlandırıcı tanımı ile sunulan yumuşak hukuku “*non-binding soft law*” ve üçüncü bir kategori olarak devletlerin (veya devletlerin yetkilendirilmesi ile hareket eden uluslararası örgütlerin) dahli olmayan yumuşak hukuku “*non-state soft law*” olarak sunar.¹²⁷ Onun bu kategorilendirmesi uluslararası yumuşak hukuka üç farklı yaklaşımı temsil etmek içindir. Bu üç farklı yaklaşımın yumuşak hukukunun, birbirinden farklı yumuşak hukuklar olduğu dahi söylenebilir.

¹²⁵ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 26.

¹²⁶ Terpan, “The Definition of Soft Law”, 47-48.

¹²⁷ Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 37.

Non-state soft law mesela bir devlet dışı uluslararası örgütün (NGO) uluslararası hukuka dair bir konuda ortaya koyduğu standartlar, prensipler veya normlardır. Veya daha da ileri gidilirse, ticari ve “*ekonomik ilişkilerin ulusüstü hukuku*” olarak tanımlanan veya uluslararası ticarete geçerli olan kural, prensip ve teamüllerin adı olan *yeni lex mercatoria*¹²⁸ çatısı altında sunulan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit Prensipleri¹²⁹ gibi metinler de bu kategoriye örnek olarak verilebilir.¹³⁰ Bu durumda akla şu soru gelebilir: Devletlerin dahli olmayan veya klasik olarak uluslararası hukukun doğrudan konusu olmayan hususlarla (*lex mercatoria* gibi) ilgili olan *non-state soft law* enstrümanları uluslararası hukuka dahil midir veya uluslararası hukukun kaynağı mıdır? Alkan-Olsson’a göre *non-state soft law* konsepti, diğer yaklaşımlardan farklı olarak, uluslararası hukuka dair bir paradigma değişiminin¹³¹ sonucudur.¹³² Bu paradigma değişiminden ne kastedildiği ikinci bölümde ayrıca sorunsallaştırılarak daha detaylı ele alınacaktır. Orada anlatılacakları kısaca burada özetlemek gerekirse bu değişim, İkinci Dünya Savaşı ve giderek Soğuk Savaş sonrası dönemde uluslararası hukukun bir arada var olmadan (*law of co-existence*) iş birliği (*law of cooperation*) mekanizmasına dönüşmesi¹³³; egemenlik temelli yaklaşımdan “*gayriresmî (informal)*”, “*ulusötesi*”, “*devlet merkezli olmayan*” bir uluslararası düzen tasavvurunun gelişmesi¹³⁴ ve “*reformist*” - “*enternasyonalist*” temayüllerin oluşması¹³⁵; bunlara bağlı olarak uluslararası

¹²⁸ Işıl Özkan, Ceyda Süral Efeçinar, ve Bengül Kavlak, ed., *Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 3-4.

¹²⁹ Özkan, Efeçinar, ve Kavlak, 71.

¹³⁰ Anna Di Robilant, “Genealogies of Soft Law”, *The American Journal of Comparative Law* 54, sy 3 (2006): 500; Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 177-98.

¹³¹ Buradaki “paradigma değişimi” ifadesi bu tezin iddiaları bakımından kritiktir. Thomas Kuhn’un meşhur kavramsallaştırmasına göre, bir disiplin içerisinde paradigma değişimi yaşandıktan sonra ortaya çıkan yeni teoride hala paradigma değişimi öncesi kavramlar kullanılmaya devam etse bile, bu kavramların anlamları çoğu zaman büyük ölçüde değişmiş olur. Hacking, Kuhn’un eserine yazdığı giriş bölümünde, onun paradigma değişimine dair görüşlerini şu şekilde özetler: “İşte bilimsel devrimlerin yapısı budur: bir paradigma çerçevesinde yürütülen ve bilmece çözmeye adanmış normal bilim; ardından, bir krize yol açan ciddi anormallikler; ve nihayetinde bu krizin yeni bir paradigma ile çözülmesi. Bölüm başlıklarında geçmeyen bir başka ünlü kelime ise şudur: ölçülemezlik (*incommensurability*). Bu kavram, bir devrim ve paradigma değişimi sürecinde, yeni fikirlerin ve iddiaların eskileriyle tam anlamıyla karşılaştırılamayacağı düşüncesini ifade eder. Aynı kelimeler kullanılıyor olsa bile, bu kelimelerin anlamı değişmiştir. Bu da yeni bir teorinin, eski olanın yerine daha doğru olduğu için değil, daha çok bir dünya görüşü değişikliği nedeniyle seçildiğini gösterir.” Ian Hacking, “Introductory Essay”, içinde *The Structure of Scientific Revolutions*, yazar Thomas Kuhn, 50. Yıl Dönümü Baskısı (Chicago: University of Chicago Press, 2012), xi. Buradakine benzer şekilde *non-state soft law* konseptiyle birlikte yumuşak hukuk kavramının değişime uğradığı söylenebilir.

¹³² Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, 190.

¹³³ Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, *European Journal of International Law* 4, sy 3 (01 Ocak 1993): 340.

¹³⁴ Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, 190.

¹³⁵ Bkz. Martti Koskenniemi, “International Law in a Post-Realist Era”, *The Australian Year Book of International Law Online* 16, sy 1 (1995): 1-19.

hukukun kişilerinin ve konularının genişlemesi¹³⁶ ve kaynaklarına dair yeni yaklaşımlar¹³⁷ ortaya çıkması gibi çeşitlendirilen hususlar sebebi ile uluslararası hukukun fonksiyonu ve ne olduğuna dair yeni yaklaşımların¹³⁸ ortaya çıkmasıdır (*New Haven Okulu*¹³⁹ görüşleri ve süreç olarak hukuk (*law as process*) yaklaşımı¹⁴⁰ gibi). Bu değişimin sonucu ortaya çıkan yeni “gözlük”, uluslararası arenada yürütülen normatif faaliyetleri başka bir açıdan görmeye ve yorumlamaya başlamıştır. Örneğin NGO’ların, uzmanlık kuruluşlarının (Dünya Sağlık Örgütü, Dünya Bankası, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilatı (UNESCO) gibi) ve çok uluslu şirketlerin uluslararası hukukun şekillenmesinde artan etkileri ve kıymetleri gösterilmeye çalışılmış¹⁴¹ ve onların dahli olan “normların” uluslararası hukuk için tayin edici olabileceği yeni yaklaşımlar türetilmiştir. Örneğin süreç olarak hukuk (*law as process*¹⁴²) yaklaşımı yasallaşmanın (*legalization*¹⁴³) “sonucu” olan kurallardan çok kuralları ortaya çıkartan “süreçe” odaklanarak devlet merkezli ve biçimsel olmayan bir bakış açısı ile hukuk yapımı sürecine etki eden tüm bileşenlere kıymet ve anlam yüklemiştir.¹⁴⁴ Bu yaklaşımlar çeşitlenip ana anlatı ve geleneksel teorilerden koptukça hukuki çoğulcu yeni disiplinler yaklaşımlara evrilmiştir

¹³⁶ Bkz. Shaw, *International Law*, 32-36.

¹³⁷ Bkz. Hoof, *Rethinking the sources of international law*.

¹³⁸ Shaw, *International Law*, 40-47.

¹³⁹ Bkz. W. Michael Reisman, “The View from the New Haven School of International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 86 (1992): 118-25.

¹⁴⁰ Bkz. Higgins, *Problems and Process*.

¹⁴¹ Bkz. Chinkin, “Normative Development in the International Legal System”, 28-30. Pierre-Marie Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, *Michigan Journal of International Law* 12, sy 2 (1991): 423-24. “Politik olarak ulus devletlerin dünyasında yaşıyoruz. Ekonomik olarak ise çok uluslu şirketlerin dünyasında yaşıyoruz. Ulus devlet, kendi sınırları içinde egemenlik sahibidir; sınırlarının ötesinde ise, kendi vatandaşları üzerinde sahip olduğu yetki dışında çok az otoritesi vardır. Çok uluslu şirketler, dünya genelinde kârı ve verimliliği maksimize etmeye çalışır; nihai hedefi belirli bir ülkenin refahı değil, küresel operasyonunun başarısıdır.” Steven K. Chance, “Codes of Conduct for Multinational Corporations”, *The Business Lawyer* 33, sy 3 (1978): 1799.

¹⁴² Yumuşak hukukla ilgisi için bkz.

¹⁴³ Bkz. Abbott vd., “The Concept of Legalization”.

¹⁴⁴ Higgins, *Problems and Process*, 1-16.

denilebilir (küresel hukuk¹⁴⁵ ve küresel yönetim¹⁴⁶ gibi). İşte bu yeni yaklaşımların (içinde *non-state soft law*'u da barındıran) kapsayıcı yumuşak hukuku, devlet merkezli anlaşılan yumuşak hukuktan farklı bir konsepttir. Örneğin Özkan'a göre yumuşak hukuk ulusötesi hukukun (*transnational law*¹⁴⁷) kaynaklarından biridir.¹⁴⁸ Küresel yönetim konseptinin çerçevesinde ise yumuşak hukuk bir "yönetim modudur"¹⁴⁹ (*modes of governance*). Yeni bir kavramsal çerçevede ulusötesi hukukun ve küresel hukukun kaynağı olan veya küresel yönetişimin yönetim modu olan yumuşak hukuk ile uluslararası hukukun olası kaynaklarından biri olarak sayılan yumuşak hukukun, kesişen kümeye sahip olsalar da, aynı şeye tekabül etmedikleri söylenebilir. Çünkü "*Kavramlar atomistik mahiyette değildirler, anlamlarını ancak diğer kavramlarla spesifik ilişkileri yoluyla kazanarak var olurlar.*"¹⁵⁰ O halde yumuşak hukukun bir kategorisi olarak *non-state soft law*'u anlamak için, okuyucunun anlayışının dayandığı bakış açılarının değişmesi gerekir. Alkan-Olsson bu durumu şöyle değerlendirir:

"Ancak, tahmin edilebileceği üzere, devlet dışı aktörler tarafından ortaya konan enstrümanların hukuki statüsü, onların norm benzeri faaliyetlerinin yumuşak hukuk veya bir

¹⁴⁵ Rafael Domingo'ya göre küresel hukuk, uluslararası hukukun ötesine geçen, insanlığın ortak iyiliğini ve insan onurunu merkeze alan yeni bir hukuk düzenidir. Bu kavramsallaştırma, devlet egemenliğine dayalı uluslararası hukuk anlayışının yetersizliklerini aşmayı ve bireyleri hukukun temel öznesi olarak kabul etmeyi amaçlamaktadır. Rafael Domingo, *The New Global Law*, ASIL Studies in International Legal Theory (New York: Cambridge University Press, 2010). Goodwin ise, daha farklı bir yaklaşım önererek, şöyle söyler: "Peki, 'küresel hukuk' derken ne demek istiyorum? Sanırım 'küresel hukuk'u, ister biçimsel ister biçimsel olmayan olsun, tüm hukuk sistemleri arasındaki ilişkiler ve etkileşimler olarak anlıyorum. Örneğin, bir bireyin yerel bir bağlamda ... bir hak iddiasında bulunması, 'küresel hukuk'a bir örnektir. Bu birey böyle yaparken başka bir hukuk sistemine, örneğin uluslararası ya da bölgesel bir insan hakları sözleşmesine veya başka bir sistemin anayasa yargısına, atıf yapsa da yapmasa da durum değişmez. Kişi yalnızca bir hak iddiasında bulunmakla, bilinçli ya da bilinçsiz biçimde, hak söyleminin tarihine ve sosyolojisine hitap etmektedir; işte bu durum, söz konusu davranışı 'küresel hukuk'un bir örneği hâline getirir." Morag Goodwin, "What I Talk about when I Talk about Global Law", *Tilburg Law Review* 17, sy 2 (2012): 271.

¹⁴⁶ Küresel yönetim konsepti ikinci bölümde 2.2.3. başlığında detaylı olarak ele alınacaktır.

¹⁴⁷ Philip Jessup tarafından 1956 yılında dile getirilen ulusötesi hukuk terimi "*milli sınırları aşan her türlü olay ve faaliyetleri düzenleyen tüm kurallar*" anlamına gelmektedir. Işıl Özkan, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk*, 2. bs (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 199. Ulusötesi hukuk, "*sadece özel hukuk işlemleriyle sınırlı değildir, kamu ve özel aktörlerin düzenleme ağları içindeki etkileşimlerini de kapsar.*" Morag Goodwin, "What I Talk about when I Talk about Global Law", *Tilburg Law Review* 17, sy 2 (2012): 271.

¹⁴⁸ Özkan, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk*, 247.

¹⁴⁹ İfadenin bu kullanımı Peters'dan alındı. Bkz. Anne Peters, "Soft Law as a New Mode of Governance", içinde *The Dynamics of Change in EU Governance*, ed. Udo Diedrichs, Wulf Reiners, ve Wolfgang Wessels, Studies in EU Reform and Enlargement (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011), 21-51. Bir kavram olarak yönetim modu ifadesi için bkz. Oliver Treib, Holger Bähr, ve Gerda Falkner, "Modes of governance: towards a conceptual clarification", *Journal of European Public Policy* 14, sy 1 (2007): 1-20.

¹⁵⁰ Sahib Singh ve Jean d'Aspremont, "Introduction: The life of international law and its concepts", içinde *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2019), 6.

tür hukuk olarak sınıflandırılması durumunda uluslararası hukukun konuları ve kaynakları teorisinde bir paradigma değişikliği gerektirmesi nedeniyle, büyük tartışmalara neden olmaktadır. Bu aynı zamanda kamu/özel ayrımının azalması anlamına gelir ve bu nedenle uluslararası hukukun gayriresmîleştirilmesi (deformalisation) eğiliminin daha geniş bir bağlama oturtulması gerekir.”¹⁵¹

Başka bir deyişle; eğer yumuşak hukukun (hem tekabül ettiği pratik açısından hem de doktriner teorik bir çaba olarak) bir “*deformalisation*” hareketi olduğu söylenirse, bir konsept olarak *non-legal soft law*’un hem arkasındaki motivasyonlar hem de vadettikleri bakımından farklı bir bağlamda değerlendirilmesi gerekir. Kabaca söylemek gerekirse, *legal soft law* ve *non-legal soft law* konseptleri hala nispeten devlet merkezli olmaları (“*formal soft law*”¹⁵²) ile uluslararası hukukun geleneksel kaynak teorisini geliştirmeye, yeniden yorumlamaya veya reforme etmeye yönelik mütevazı girişimlerken *non-state soft law* devlet merkezli-biçimsel kaynak teorisi anlayışına karşı bir yapı söküm hareketinin ürünü olarak görülebilir.¹⁵³

Bu çalışmanın savunduğu görüş şudur: *Non-state soft law* konsepti, *legal soft law* ve *non-legal soft law* konseptlerinin çatısı olarak sunulabilecek uluslararası yumuşak hukuk kavramının altında ele alınmamalıdır. Diğer bir deyişle, uluslararası yumuşak hukuk konsepti devletlerin veya onların yetkilendirdiği uluslararası örgütlerin ürünü olan enstrümanlarla sınırlandırılmalıdır. Her ne kadar bu görüş doğrudan kavramın tanımına dair bir sınırlandırma olsa da, görüşün nedenleri ve savunusu ikinci bölümde detaylı olarak ele alınacaktır. Çünkü *non-state soft law*’a dair tartışmalar, konsepti ortaya çıkartan sosyopolitik arka plan sunulmadan doğru bir şekilde ele alınamaz. Bu sebeple belki de bu bölümde açıklanması gerektiği düşünüleebilecek hususlar ikinci bölümde detaylandırılacaktır.

1.2.4. Sert Hukuk ile Etkileşimi Üzerinden Tanımlamak

Terpan’a göre literatürdeki yumuşak hukuku tanımlama yöntemlerinden biri de onu sert hukukla fonksiyonel ilişkisini veya etkileşime girme biçimlerini açıklamaktır.¹⁵⁴ Ona göre yumuşak hukuk sert hukukla üç şekilde ilişkiye girer: (1) Hukuk öncesi olarak yumuşak hukuk

¹⁵¹ Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, 192.

¹⁵² Alkan-Olsson yumuşak hukukun devlet merkezli geleneksel versiyonu için bazı yazarların bu ifadeyi kullandığını söyler. Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 36.

¹⁵³ Biçimselcilğe karşı yapı söküm hareketlerine dair bir tartışma için bkz. Jean d’Aspremont, “The Politics of Deformalization in International Law”, *Goettingen Journal of International Law* 3, sy 2 (2011): 543-46.

¹⁵⁴ Terpan, “The Definition of Soft Law”, 48.

(*pre-law*¹⁵⁵), (2) hukuk sonrası (*post law*) olarak yumuşak hukuk ve (3) sert hukuk yerine yumuşak hukuk (*soft law as a substitute, para-law*¹⁵⁶). Schaffer ve Pollack ise yumuşak hukukla sert hukukun etkileşime girme biçimini (*interaction*) üçe ayırır: (1) Sert hukuka alternatif olarak yumuşak hukuk, (2) sert hukukun tamamlayıcısı olarak yumuşak hukuk ve (3) sert hukuk ile yumuşak hukukun antagonistik ilişkiye girmesi.¹⁵⁷ Yumuşak hukukun sert hukuka alternatif olmasından kasıtları, genellikle aktörlerin düzenlemek istedikleri konuda sert bir yükümlülüğe girmek istememeleri veya başkaca sebeplerle sert hukukun ortaya koyulmasının zorluğu sebebiyle yumuşak hukuk enstrümanlarının tercih edilmesidir.¹⁵⁸ Bu bir açıdan hiçbir düzenleyici enstrüman olmamasından da yumuşak da olsa bir enstrümana sahip olmanın daha iyi olacağı düşüncesine dayanır.¹⁵⁹ Onların bu birinci kategorisi Terpan'ın yaklaşımında üçüncü kategoriye tekabül etmektedir (*soft law as a substitute*). Yumuşak hukukun sert hukukun tamamlayıcısı olduğu durumları da iki ana başlık altında toplarlar: (1) yumuşak hukukun sert hukukun oluşumuna zemin hazırlaması (adeta bir hazırlık aşaması olarak) veya sonradan sert hukuka dönüşmesi (bir antlaşmaya dönüşerek veya teamül hukukuna dönüşerek), (2) yumuşak hukukun mesela var olan sert hukuku detaylandırarak veya yorumlayarak tamamlayıcı etki göstermesi.¹⁶⁰ Birinci durum Terpan'ın kategorilerine göre *pre-law*'a tekabül ederken, ikinci durum ise *post-law*'a tekabül eder. Schaffer ve Pollack'ın özgün kavramsallaştırması olarak değerlendirilebilecek üçüncü kategorileri (antagonistik ilişkiye girme), yumuşak hukuk enstrümanlarının *status quo* durumunda olan sert hukukun karşısında ve onu değiştirmek için kullanılması durumlarını betimler.¹⁶¹

¹⁵⁵ Literatürde *pre-law* yerine farklı kullanımlar da vardır: “*the law in waiting*”, “*law-in-the-making*”. Örneğin Upendra Baxi, “The Softening of Hard Law and the Hardening of Soft Law: an Extended Synopsis”, içinde *Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice Between Hard and Soft International Law*, ed. Daniel D. Bradlow ve David B. Hunter (Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2019), 17-26. Acer ve Kaya'nın yumuşak hukuktan bahsederken “*yeni oluşan hukuk kuralları olarak yumuşak hukuk kuralları*” ifadesini kullanmaları sebebiyle yaklaşımlarında *pre-law* bakış açısının olduğu yukarıda söylenmişti.

¹⁵⁶ Bu kullanım için bkz. Linda Senden, *Soft Law in European Community Law* (Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004), 457.

¹⁵⁷ Gregory Shaffer ve Mark Pollack, “Hard Vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review* 94 (2010): 706-99.

¹⁵⁸ Shaffer ve Pollack, 719.

¹⁵⁹ Buna dair bkz. Peter H. Sand, “‘To Treaty or Not to Treaty?’ A Survey of Practical Experience”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 87 (1993): 378-83.

¹⁶⁰ Shaffer ve Pollack, “Hard Vs. Soft Law”, 721.

¹⁶¹ Shaffer ve Pollack, 744. Yazarlar bu durumu, kabaca özetlenirse, çatışmacı dinamikler ve hegemonik güç ilişkileri üzerinden açıklamaktadır. Yumuşak hukukun bazı sosyopolitik hedefler için araçsallaştırılması hususu (Bu husus üçüncü bölümde ele alınacaktır.) ve Üçüncü Dünya ülkelerinin uluslararası siyaset sahnesine atıldıklarında *status quo* durumunda olan sert hukuku değiştirmek için yumuşak hukuk enstrümanlarını kullanmaları hususu (İkinci bölümde ele alınacaktır.) buna örnek olarak verilebilir.

Chinkin ve Boyle’a göre yumuşak hukuk enstrümanlarının, doğrudan hukukun kaynağı olmasalar bile, şöyle fonksiyonları vardır: *Lex lata*’nın kanıtı olabilirler (“*evidence of existing law*”); *opinio juris* ve devlet pratiği oluşturarak yeni teamül kuralı ortaya çıkarabilirler; geniş çapta kabulleri, bir davranışın meşruluğuna dair anlayışı ve diskuru şekillendirerek aksi davranışların hukukilik iddiasını sürdürmesini zorlaştırabilir (antagonistik ilişki); antlaşma kurallarının yorumu ve uygulanmasına dair ikincil devlet pratiği teşkil edebilirler (*post-law*).¹⁶²

Westerman’a göre yumuşak hukuk, “*statüsünü sert hukukla evlenerek kazanır*”.¹⁶³ Peki yumuşak hukuk ile sert hukukun ilişkiye girme biçimlerini açıklamak yumuşak hukuku tanımlamaya yardımcı olur mu? Mesela yukarıda bahsedilen *law as process* yaklaşımının gözlüğünden bakılırsa hukukun ne olduğunu ortaya koymak için kurallara değil hukuk yapımı sürecine odaklanılması gerekmektedir. Bu durumda yumuşak hukuk konseptini anlamamanın iyi yollarından biri de onun hukukun oluşumu sürecinde sert hukukla girdiği etkileşimi betimlemek olacaktır. Bu açıdan bakıldığında *pre-law* ve *post law* bakış açıları yumuşak hukukun doğrudan sert hukuka etkisi üzerinden pratik anlamını ortaya koyarken, *soft law as a substitute* ve antagonistik etkileşim yaklaşımları ise bir politika aracı olarak yumuşak hukukun uluslararası ilişkilerdeki işlevlerini ortaya koymaktadır. *Pre-law* ve *post law* yaklaşımlarının, odak noktasına doğrudan sert hukuku koymalarıyla, kaynak teorisi bakımından daha geleneksel yaklaşımlar olduğu söylenebilir. Yumuşak hukuku sert hukuka alternatif veya rakip olan gören yaklaşımların ise uluslararası hukukun oluşumuna dair görece reformist yaklaşımlar olduğu söylenebilir.

Yumuşak hukukun ne olduğunu pratikteki etkileri üzerinden açıklamak her ne kadar bir kavram olarak onu, analitik veya özcü (*essentialist*) olarak, tanımlamak anlamına gelmese de literatürde oldukça tercih edilmektedir.¹⁶⁴ Bunun sebebi olarak örneğin yumuşak hukuka hukukun temel kavramları ile genel kabul görececek bir tanım vermenin zorluğu öne sürülebilir. Bunun da bir sebebi olarak farklı hukuk geleneklerinin hukukun ne olduğu ve temel kavramları açısından farklı yaklaşımlar ortaya koymasının uzlaşmayı zorlaştırması olduğu söylenebilir.¹⁶⁵

¹⁶² Alan Boyle ve Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Foundations of Public International Law (Oxford, New York: Oxford University Press, 2007), 211-12.

¹⁶³ Pauline Westerman, “Validity: The Reputation of Rules”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 179.

¹⁶⁴ Bu yaklaşım Yargıç Potter Stewart’ın meşhur “*Onu gördüğümde bilirim.*” yöntemine benzetilebilir. Bkz. Paul Gewirtz, “On ‘I Know It When I See It’”, *The Yale Law Journal* 105, sy 4 (1996): 1023-47.

¹⁶⁵ D’Aspremont’un farklı hukuk geleneklerinin hukuki işlem teorisine dair yaklaşım farklılıklarının yumuşak hukuk tartışmalarına etkisine dair yorumu için bkz. D’Aspremont, “Softness in International Law”, 1077. Farklı

Ancak bu tartışmalara hiç gerek kalmadan (veya atlatmak amacıyla), yukarıda sayılanlar gibi fonksiyonları olan enstrümanların yumuşak hukuk olduğu savunulabilir. Yani bazı pratik sonuçlar ve işlevler var ise, o zaman yumuşak hukuk vardır denilebilir. Bu durumda bir enstrüman için yumuşak hukuk olma, sonradan belirli fonksiyonları yerine getirmekle kazanılan bir statü olur. Başka bir deyişle yumuşaklık, özel pratik bir gerçekliğe verilen ad olacaktır. Böyle bir yaklaşıma sahip bir yazardan yumuşak hukukun tanımı istendiğinde şöyle diyecektir: “İşte şu saydığım fonksiyonları yerine getiren fakat hukuken bağlayıcı olmayan enstrümanlardır yumuşak hukuk.”

Fakat her halükârda bağlayıcılık ve geçerlilik kavramları uluslararası yumuşak hukuk tartışmalarının merkezinde olmaya devam etmektedir. Örneğin bir hukuk öğrencisi kavramla ilk kez karşılaştığında doğal olarak bağlayıcı olmayan hukukun nasıl mümkün olacağını soracak veya biçimsel olarak geçerli olmayan bir enstrüman için hukuk ifadesinin kullanılmasını garipseyecektir. Neuwirth’e göre “... *yumuşak hukukun oksimoron bir ifade olduğu söylenebilir, çünkü hukuk yumuşak olduğunda (veya bağlayıcı olmadığında) hukuk değildir.*”¹⁶⁶ Klink ve Lembcke’ye göre “(Pozitivist) Hukuk perspektifinden bakıldığında, ‘yumuşak hukuk’ gereksiz bir kavramdır; ‘yumuşak’ sıfatı, ‘hukuk’ ismine anlamlı bir şey eklemesiz.”¹⁶⁷ Klabbers’e göre de ilk bakışta faydalı gözükse de yumuşak hukuk bir kavram olarak “gariptir”.¹⁶⁸ Burada akla gelebilecek ilk soru yumuşak hukuk ifadesini kullananların gerçekten bir hukuktan bahsedip bahsetmediğidir. Oradaki hukuk ifadesinin anlamı güçlendirmek için edebi bir kullanım olduğu düşünülebilir. Shaw’ın yukarıda ele alınan yaklaşımı buna benzerdi. İkinci bir ihtimal ise hukuk derken kastedilenin farklı bir hukuk konsepti olduğudur. Literatür için doğru cevabın bu olduğu söylenebilir. Yumuşak hukuku anlamlı bir ifade olarak savunanların çoğu için hukuk sadece bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan ikili (*binary approach*) analiz modlarına sahip değildir, dereceli (*continuum approach*) bir bağlayıcılığa sahiptir.¹⁶⁹ Dereceli olarak bağlayıcı olan hukukun ise farklı bir konsept olduğu söylenebilir. Fakat buradaki asıl sorun hukuken geçerli olmayan (biçimsel geçerlilik anlayışına

hukuk teorilerinin uluslararası hukuk için uzlaşabilirliğine dair bkz. Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, 332-34.

¹⁶⁶ Rostam J. Neuwirth, *Law in the Time of Oxymora: A Synaesthesia of Language, Logic and Law* (London: Routledge, 2018), 67-68.

¹⁶⁷ Bart van Klink ve Oliver W. Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 155.

¹⁶⁸ Klabbers, “The Undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law* 67, sy 4 (1998): 381.

¹⁶⁹ Pauwelyn, “Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?”, 127-29. Pauwelyn *continuum approach* görüşünü savunanları “Grey Zone School” olarak nitelemektedir. İlgili yaklaşımın eleştirisi için bkz. Jan Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), 157-62.

göre) bir enstrümanın halen hukuk olarak nitelenip nitelenemeyeceğine dairdir. Bu soru, yumuşak hukuku hukukun genel teorisi bakımından ele almayı gerekli kılmaktadır.

1.3. “Hukukun Genel Teorisi” Bakımından Yumuşak Hukuk

Pazarcı, uluslararası hukukun hukuki işlem gibi temel bir kavramının “*genel hukuk biliminden*” türetildiğini söyler.¹⁷⁰ Yani uluslararası hukuk da ulusal hukuklar gibi önemli bazı temel kavramlarını hukuk biliminden alır. Peki hukuk bilimi nedir? Gözler’e göre hukuk bilimi “*hukuk normlarını inceler*” ve ikiye ayrılır: hukuk dogmatik ve hukukun genel teorisi.¹⁷¹ Gözler’e göre hukuk dogmatik (medeni hukuk ve ceza hukuku gibi) normun içeriğini ve uygulamasını incelerken, hukukun genel teorisi ise bir normatif sistem olarak hukukun “*yapısını, biçimini*” inceler. Bu açıdan hukukun genel teorisi a-normatif, genel ve objektif olması ile “*belirli bir hukuk düzenini değil, hukuku ele alır.*” ve “*... tüm hukuk dalları için geçerli olan kavram, kurum, yapı ve ilkeleri inceler.*”¹⁷² O halde uluslararası hukuk da hukukun genel teorisi bakımından incelenebilir. Esasen geçerlilik ve bağlayıcılık gibi konseptler hukukun genel teorisine aittir.

Yumuşak hukukun (en azından ilk ortaya çıktığında) bilimsel bir spekülasyon olduğu kabul edilirse, bu kavramın; uluslararası hukukun oluşumu, pratiği, normatif işlevleri ve nelerin *lex lata* sayılacağına dair geleneksel kaynak teorisinin ve hukuki pozitivist biçimsel¹⁷³ (ve iradeci) yaklaşımın artık tatmin edici açıklamalar sunamadığı düşüncesinden hareketle bazı yazarlar tarafından ortaya atıldığı söylenebilir.¹⁷⁴ Eğer böyle ise, yumuşak hukuku 19.

¹⁷⁰ Pazarcı ve Denk, *Uluslararası Hukuk*, 42. Ayrıca bkz. D’Aspremont, “Softness in International Law”, 1077.

¹⁷¹ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 12.

¹⁷² Gözler, 8-9.

¹⁷³ D’Aspremont biçimselciliği şöyle tarif eder: “*Hukukun (lex lata) saptanmasında biçimselcilik (formalism), hukuk dışı olanı hukuktan ayırt etmek için biçimsel ölçütlerin kullanılması anlamına gelir ve bu yönüyle biçimsel olmayan veya karma hukuk tespit kriterlerinin kullanımına karşıttır. Biçimsel anlayışa göre, önceden tanımlanmış biçimsel standartları karşılayan her norm, bir hukuk kuralıdır. Bu biçimsel standartlaştırma, önceden tanımlanmış biçimsel göstergelerde somutlaşır. Bu göstergeler dilsel ya da maddi olabilir. Bu da şu anlama gelir: Bir hukuk kuralının biçimsel olarak saptanması, söz konusu kuralın yazılı bir belgede yer almasını doğrudan zorunlu kılmaz. Gerçekten de, dilsel göstergeler—yani önceden belirlenmiş bir dilin kullanımı—sözlü olabilir ve mutlaka yazılı hale getirilmesi gerekmez.*” D’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, 12. Gözler biçimsel geçerlilik anlayışını şöyle tarif eder: “*Bu anlayışta bir normun geçerliliği, o normun içeriğinden çıkan soyut veya olgusal bir nitelikte değil, onun belirli bir hukuk düzenine aidiyeti ile belirlenir. Diğer bir ifadeyle, içeriği neye ilişkin olursa olsun, eğer bir norm, belirli bir hukuk düzeninin içinde yer alıyorsa geçerlidir.*” Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 72.

¹⁷⁴ Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 179. D’Aspremont, “The Politics of Deformalization in International Law”, 2011, 507-16. Handl vd., “A Hard Look at Soft Law”, 372. Jaye Ellis, “Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law”, *Leiden Journal of International Law* 25, sy 2 (2012): 313-34.

yüzyıldan beri hukukun genel teorisinin merkez kavramlarından biri olan¹⁷⁵ hukuki geçerlilik (*legal validity*) kavramı ekseninde tartışmak öncelikli bir teorik uğraş olacaktır. Çünkü uluslararası yumuşak hukukun hukuk olup olmadığı sorusu esasen onun geçerli olup olmadığı sorusudur.¹⁷⁶ Fakat çoğu yazarın konuya hukukun genel teorisinin kavram ve araçlarının analitik imkanları ile yaklaşmadığı görülmektedir. Ancak böyle bir yaklaşım, en azından ilk bakışta, makul gözükmemektedir; çünkü ifade edildiği gibi, bağlayıcılık tartışması esasen bir geçerlilik tartışmasıdır.¹⁷⁷ D’Aspremont bu tavrı “*biçimsizleştirme politikaları*” olarak görüp eleştirmektedir.¹⁷⁸ Klabbers ise yumuşak hukuk savunularını teorik açıdan tutarsız ve zayıf görmektedir.¹⁷⁹ Fakat yumuşak hukuk konseptini savunanların metodolojik bir hata yaptıklarını veya teorik olarak zayıf olduklarını düşünmek yerine bunun bir tercih veya yaklaşım farklılığı olduğunu varsaymanın daha makul olduğu söylenebilir. Peki böyle bir tercihin sebebi ne olabilir? Buna, mesela, yumuşak hukuk kavramının zaten biçimselciliğin ve devlet merkezli iradeciliğin hakim olduğu geleneksel kaynak teorisinin yetersizliğinin oluşturduğu çıkmaz sebebi ile ortaya atıldığı ve bu sebeple “eski” konseptlerle düşünmenin faydalı olmayacağı şeklinde bir cevap verilebilir.¹⁸⁰ Diğer bir deyişle, söz konusu yumuşak hukuk olduğunda, kavramın teorik analizi sorunları aydınlatmak yerine onları hukukun genel teorisinin ve hukuk felsefesinin bitmeyen tartışmaları ile buluşturduğu söylenebilir. Bunun yerine olgulara/pratiğe odaklanan realist ve işlevselci yaklaşımlar ön plana çıkmaktadır.¹⁸¹ Öte yandan, yumuşak hukuku savunanların da teorik pozisyonlarının güçlü olduğu fakat hukuki pozitivist (biçimsel) anlayışa ve metodolojiye uygun düşünmedikleri için Klabbers gibi yazarlar tarafından zayıf bulundukları söylenebilir. Fastenrath’ın “normların göreceliliği” savunusu (ve dolayısıyla yumuşak hukuk savunusu) buna iyi bir örnektir.¹⁸² Her halükârda konuyu doğrudan geçerlilik konsepti üzerinden ele alan yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlar üçe ayrılabilir: (1) Genelde

¹⁷⁵ Dietmar von Der Pfordten, “Validity in Positive Law: A Mere Summary Concept”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd., c. 122, Law and Philosophy Library (Cham: Springer International Publishing, 2018), 8.

¹⁷⁶ Bodig, “Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law”, 222.

¹⁷⁷ Stephan Kirste, “Concept and Validity of Law”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 47.

¹⁷⁸ Jean d’Aspremont, “Formalism and the Sources of International Law: An Introduction”, *Ejil:Talk!*, 11 Aralık 2012, <https://www.ejiltalk.org/formalism-and-the-sources-of-international-law-an-introduction/>.

¹⁷⁹ Klabbers, “The Undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law* 67, sy 4 (1998): 383.

¹⁸⁰ Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, 1991, 435.

¹⁸¹ Bradlow ve Hunter, *Advocating Social Change through International Law*, 12.

¹⁸² Bkz. Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”.

hukuki pozitivist olarak anılan, biçimsel yaklaşımı koruyan ve yumuşak hukuku olgusal delil¹⁸³ olarak gören veya hukuki ilgisini reddedenler, (2) biçimsel yaklaşımların yumuşak hukukla bağdaştırılabilecek (en azından onu anlamlı kılacak) yeni bir yorumunu sunanlar¹⁸⁴ (3) katı biçimsel geçerlilik anlayışına en başından beri alternatif olarak sunulan geçerlilik yaklaşımlarını, yumuşak hukuka da uygulayanlar.¹⁸⁵ Bu görüşlere yer vermeden önce hukuki geçerlilik kavramı açıklanacaktır. Ardından hukuki pozitivistin geçerlilik anlayışı olan biçimsel geçerlilik anlatılacak ve bu anlayışa göre yumuşak hukukun niteliği ortaya konulacaktır. Sonraki başlıklarda ise yukarıdaki ikinci ve üçüncü yaklaşımlara örnekler verilecektir.

1.3.1. Hukuki Geçerlilik

Gözler, geçerliliğin tanımını “*hukuki sonuçları doğurmak için gerekli koşulları yerine getiren norma atfedilen nitelik*” olarak aktarmaktadır.¹⁸⁶ Başka bir eserde ise Gözler geçerliliği hukuk normunun ve hukuki önermenin değerlendirme kriteri olarak sunmaktadır: “*Hukuk normunun doğruluğu/yanlışı değil, sadece geçerliliği/geçersizliği araştırılabilir*”.¹⁸⁷ Bu açıklamaya göre geçerlilik bir moddur ve hangi geçerlilik anlayışının baz alındığı normun değerlendirme sonucunu değiştirecektir.¹⁸⁸ Gözler’e göre üç farklı hukuki geçerlilik anlayışı vardır: Aksiyolojik geçerlilik anlayışı (doğal hukuk teorisi), maddi geçerlilik anlayışı (hukuki realizm teorileri) ve biçimsel geçerlilik anlayışı (hukuki pozitivism).¹⁸⁹ Aksiyolojik geçerlilik anlayışına göre bir normun geçerli olabilmesi için onun içeriğinin “*birtakım değerlere veya*

¹⁸³ Anne Ruth Mackor, “What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 135-36.

¹⁸⁴ Aşağıda 1.3.3. başlığında ele alınacak olan Kirste’nin, 1.3.4. başlığında ele alınacak olan Hage’nin ve 1.3.6. başlığında ele alınacak olan Bódig’in yaklaşımları bu kategoriye örnektir.

¹⁸⁵ 1.3.5. başlığında Fuller’in geçerlilik anlayışını yumuşak hukuka uygulayan çalışma bu kategoriye örnektir.

¹⁸⁶ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 21. bs (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2024), 72.

¹⁸⁷ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 29.

¹⁸⁸ Gözler, 53. Aynı ekolün içinde de farklı geçerlilik kurguları olabilmektedir. Bodig’e göre konsept ne kadar detaylandırılırsa, o kadar belirli bir politik yapıyı/sistemi izah etmeye yönelmiş ve politikleşmiş olur. Mátyás Bódig, “Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 221. Bu tür durumlarda yazarlar genelde daha özlü veya asgari bir kavramsal çerçeve oluşturma çabasında ve iddiasında olurlar. Örneğin uluslararası yumuşak hukuku geçerlilik kavramı merkezinde anlamlandırma gayretinde olan Bódig, kendisinin önerdiği “zayıf (*thin*)” bir geçerlilik konseptinin uluslararası hukuka dair mülhazalar için yeterli olduğunu düşünüyor görülmektedir. Bódig, 223. Gerçekten de uluslararası hukukun iç hukukla kıyaslandığında kendine has durumları (merkezi otorite olmaması gibi), daha temel bir geçerlilik konseptinin yumuşak hukuku anlamlandırma konusunda yeterli rehberliği sunacağı kabul edilebilir. Bu husus 1.3.6. başlığında daha detaylı olarak ele alınacaktır.

¹⁸⁹ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 53-87.

birtakım meta-pozitif ideallere” uygun olması gerekir.¹⁹⁰ Maddi (olgusal) geçerlilik anlayışına göre bir normun geçerliliği onun etkili olup olmamasına göre değerlendirilir ve normun etkililiği “*muhatapları tarafından izlenmesine ve itaat edilmesine bağlıdır.*”¹⁹¹ Biçimsel geçerlilik anlayışına göre ise bir norm bir hukuki norm sistemine aitse (aidiyet bakımından geçerlilik) geçerlidir.¹⁹² O halde, basitçe, bir yumuşak hukuk normunun belirli değerlere uyuyorsa aksiyolojik olarak geçerli olduğu ve düzenlediği konuda muhataplarının davranışını yönlendirebiliyorsa maddi olarak geçerli olduğu söylenebilir. Fakat *non-binding soft law* ve *non-state soft law* biçimsel anlayışa göre geçerli değildir ve dolayısı ile hukuk değildir. *Legal soft law*’un ise biçimsel olarak geçerli, fakat etkili olmadığı için maddi geçerlilik anlayışına göre geçerli olmadığı söylenebilir. Gözler’e göre “... *eğer bir hukuk kuralı varsa, o kaçınılmaz olarak bağlayıcıdır.*”¹⁹³ Hukuki pozitivizme göre bir hukuk kuralının var olması için, aşağıda görüleceği üzere, biçimsel olarak geçerli olması gerekir. O halde sorunun temelde biçimsel geçerlilik sorunu olduğu söylenebilir.¹⁹⁴

1.3.2. Biçimsel Geçerlilik

Öncelikle hukuki muhakeme dilinde geçerlilik kavramının farklı anlamlara gelecek şekilde kullanıldığı belirtilmelidir. Carpentier bu durumu göstermek için şu örnekleri vermektedir:

“(a) *Metro’ya binerken daha önce kullanılmış bir bileti tekrar kullanıyorum ve bilet kontrolörü bana biletimin geçersiz olduğunu söylüyor. (b) Bir sözleşme imzalıyorum ve bu sözleşmede yemek olarak yenilmeyi kabul ettiğim belirtiliyor. Hâkim bana sözleşmemin geçersiz olduğunu söylüyor. (c) Bir mahkeme bir yasaı inceliyor ve onu anayasaya aykırı ilan ediyor: bu durumda yasa geçersiz hale geliyor. (d) Fransa’da cinayet suçlamasıyla yargılanıyorum ve Syldavya*¹⁹⁵ Ceza Kanunu’nun 213.4. maddesinde öngörülen bir mazeret

¹⁹⁰ Gözler, 56.

¹⁹¹ Gözler, 65.

¹⁹² Gözler, 72.

¹⁹³ Gözler, *Hukuka Giriş*, 72.

¹⁹⁴ Jaap Hage, “What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd., c. 122, Law and Philosophy Library (Cham: Springer International Publishing, 2018), 20.

¹⁹⁵ Syldavya, Tenten’in Maceraları çizgi roman serisindeki kurgusal Balkan ülkesidir.

hükümünü öne sürüyorum: Hâkim bana atıfta bulunduğum normun Fransız hukukunda geçerli bir norm olmadığını söylüyor.”¹⁹⁶

Carpentier’e göre bu örneklerde iki tür geçerlilik vardır: uygunluk bakımından geçerlilik (*validity as conformity*) ve aidiyet bakımından geçerlilik (*validity as membership*, biçimsel geçerlilik).¹⁹⁷ Ona göre bunlar hukuki geçerliliğin iki alt kategorisi veya madalyonun iki ayrı yüzü değildir, iki farklı mefhumdur. Yukarıdaki örneklerden a, b ve c’deki geçerlilik uygunluk bakımından geçerlilik iken d’de ise aidiyet bakımından geçerlilik söz konusudur. İlk örnekte bilet kullanımı metro şirketinin kurallarına uygun değildir; ikinci örnekte sözleşme kişilik haklarına aykırılığı düzenleyen normlara uygun değildir; üçüncü örnekte ise yasa anayasal normlara uygun değildir. Burada dikkat çekmek gerekir ki, Carpentier’e göre ilk örnekte bilet geçersiz derken ve c örneğinde yasa geçersiz derken tam olarak aynı şey söylenmektedir, “... uygunluk bakımından geçerlilik her şeye uygulanır; hukuka veya hukuk tarafından düzenlenebilecek (hukuki muhakemeye konu olabilecek) her şeye.”¹⁹⁸ Diğer taraftan bir hukukçunun X kuralının Türk Hukukuna göre geçerli bir norm olduğunu söylerkenki iddiası, aidiyet bakımından, yani biçimsel bir geçerlilik iddiasıdır.¹⁹⁹ Burada “X kuralının Türk Hukukuna göre geçerli” olmasının X kuralı için bir nitelik değil, “*özel bir varlık modu (specific mod of existence)*”²⁰⁰ olduğunu belirtmek gerekir.²⁰¹ Buna göre bir normun bir hukuk normu olarak var olabilmesi için herhangi bir hukuk sistemine ait olması gerekir.²⁰² Peki bir normun bir hukuk sistemine ait olması ne demektir veya nasıl olur? Pino şöyle açıklar: “*Biçimsel geçerlilik genellikle başarılı bir ‘yasalaşma’ (veya hukuk olarak kabul görme) ile örtüşür ve ilgili hukuk yapma prosedürlerinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine dair olgusal (factual) bir inceleme yoluyla tespit edilebilir.*”²⁰³ Sandro ise şöyle açıklar: “*Biçimsel geçerlilik, normatif kaynaklarla—yani hukukî işlemlerle—ilgili olup, hukuk tarafından tanınan bir yetkinin geçerli bir şekilde kullanılabilmesi için belirli biçimsel/prosedürel koşulların yerine getirilmesini ya*

¹⁹⁶ Mathieu Carpentier, “Sources and Validity”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 84.

¹⁹⁷ Carpentier, 85.

¹⁹⁸ Carpentier, 85.

¹⁹⁹ Tekraren belirtmek gerekir ki burada bir nüans vurgulanmamakta, iki farklı konseptten bahsedilmektedir. Carpentier, 85.

²⁰⁰ Carpentier, 86.

²⁰¹ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 72-73.

²⁰² Carpentier, “Sources and Validity”, 86.

²⁰³ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, 207.

da uygulanmasını gerektirir.”²⁰⁴ Bu açıklamalara göre biçimsel geçerliliğin olgusal inceleme sonucunda tespit edildiğini vurgulamak önemlidir. Sandro’nun “*hukuk tarafından tanınan bir yetki*” derken, Hartçı terminoloji ile ifade edilirse, “tanıma kurallarına” uygun kullanılan yetkiyi kastettiği söylenebilir. İkincil kurallar olarak da adlandırılan tanıma kuralları “*bir ülkede neyin hukuk kuralı olduğunu ya da olmadığını ayırt etmeyi*” sağlar.²⁰⁵ Diğer bir deyişle tanıma kuralları neyin hukukun kaynağı olup olmadığını belirleyen kurallardır. Burada belirtmek gerekir ki kastedilen kaynak hukukun bilgi kaynağı²⁰⁶ olan kanunlar, yönetmelikler veya antlaşma metinleri değildir. Olgusal bir gerçeklik olan yasama faaliyetleridir²⁰⁷ (*law-making facts*²⁰⁸, *law-endowing facts*²⁰⁹). Basitçe ifade edilirse bu anlamda hukukun kaynağı, tanıma kuralları tarafından yasama faaliyeti olarak önceden belirlenmiş prosedürlerdir. Bu yaklaşım (hukuki) “*pozitivizmin özü*” olarak kabul edilir ve onu biçimsel yapan da budur.²¹⁰ Bu prosedürler yetkilendirilmiş bir mecliste el kaldırma yoluyla oy kullanma olabileceği gibi, nihayetinde resmî bir gazetede yayımlanmayı da sürece dahil eden daha kompleks bir yapı teşkil edebilir. Basitleştirmek adına, BMGK’da bir devlet temsilcisinin tavsiye niteliğinde olacak bir karar için olumlu oy kullanması olgusu, bu fiili işlemin kendisi hukuk yapma faaliyeti olarak kabul edilmediği için, uluslararası hukukun biçimsel kaynağı sayılmaz. Son olarak, Carpentier önemli bir nüansa dikkat çekmek için şunu söyler: “... bir normun belirli bir hukuk sisteminin geçerlilik kriterlerini sağlamadığını söylediğimizde ... tamamen kavramsal bir iddiada bulunmuş oluruz: Bu şey o hukuk sisteminin ‘hukuk’ olarak adlandırdığı şey değildir.”²¹¹ Buna göre (bağlayıcı olmadığı söylenen) bir centilmenler anlaşmasının hukuken geçerli olmadığını söylemek, o metnin uluslararası hukuka göre hukuk olmadığını söylemektir. Bu açıdan bakıldığında klasik biçimsel geçerlilik anlayışına göre, *non-legal soft law*’un ve *non-state soft law*’un durumu yukarıda da söylendiği gibi bellidir: ya hiçbir hukuki ilgileri yoktur

²⁰⁴ Paolo Sandro, “Unlocking Legal Validity: Some Remarks on the Artificial Ontology of Law”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 111.

²⁰⁵ Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 7. bs (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 479.

²⁰⁶ Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, 1.

²⁰⁷ Uluslararası hukukta kural koyma yetkisi olan merkezi bir yasama organı olmadığı için yasama faaliyetleri olmadığı söylenebilir. Belirtmek gerekir ki burada yasama faaliyeti derken yasama erkinin varlığını zorunlu kılan bir faaliyetten bahsedilmemektedir. Geniş anlamıyla “hukuk yapan faaliyetler” kastedilmektedir. O halde devletlerin iradeleri ile oluşan uluslararası hukukta bu yasama faaliyetleri var mıdır? Buna basitçe şu şekilde cevap verilebilir: Örneğin bir devletin hukuki etki doğurmaya yönelik irade beyanıyla bir antlaşmaya taraf olması hukuki sonuç doğurur ve bu işleme *law-making facts* denilebilir.

²⁰⁸ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, 199.

²⁰⁹ Carpentier, “Sources and Validity”, 94.

²¹⁰ Öktem ve Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 476.

²¹¹ Carpentier, “Sources and Validity”, 88.

ya da geçerli olmamalarına (ve dolayısı ile bağlayıcı olmamalarına) rağmen kısıtlı da olsa dolaylı bazı hukuki sonuçları vardır²¹². Örneğin olgusal delil olarak bir rol oynarlar. Peki bu olgusal delil rolü nedir? Mackor’un örneğine göre eğer bir sert hukuk normu, davranış veya etik kuralları niteliğinde olan yumuşak hukuk kurallarına atıfta bulunuyor ya da onların tamamlayıcı bir rol üstlenmesi için alan bırakıyorsa, o kuralların ilgili konudaki teamül hukukunun olgusal kanıtı olduğu söylenebilir; fakat o kurallara uyan davranışlar sergilendiğinde bu o kuralların bağlayıcılığını değil, teamül kurallarının bağlayıcılığını gösterir.²¹³ Bu durumda Mackor’a göre yumuşak hukuk “*hukuk kaynağı değil, fakat teamül hukukunun bilgi kaynağıdır*”. Shaw, bazı uluslararası hukuk enstrümanların bu fonksiyonu için “*law-evidencing*” ifadesini kullanmaktadır.²¹⁴

Burada belirtmek gerekir ki, hukuki pozitivist yazarlar *non-legal soft law* veya *non-state soft law*’un hukuki ilgisini reddederken bu enstrümanların pratik etkilerinin önemsiz olduğunu söylemezler. Basitçe bu enstrümanların hukuki olmadıklarını söylerler. Örneğin Klabbers yumuşak hukukun ontolojisinde bir sorun olmadığını, sorunun epistemolojisinde olduğunu söyler.²¹⁵ Başka bir deyişle ona göre, yumuşak hukuk olarak adlandırılan enstrümanlar vardır ve bu enstrümanların pratik etkileri de vardır. Sorun, onun zihinlerdeki kurgusal gerçekliğine dairdir. Klabbers, sert bir şekilde, hiçbir hukuki ilgisi olmayan enstrümanlara yumuşak da olsa hukuk demenin “*iki yüzlülük*” olduğunu söyler ve onun yerine daha az iki yüzlü olduğunu düşündüğü bir terim önerir: “*Epistemik otorite*”.²¹⁶ Bu terimin neden uygun olduğunu şöyle açıklar:

²¹² Haklar ve yükümlülükler doğurmaya, bir hukuki ilişki kurmaya veya bir hukuki ilişkinin statüsünü değiştirmeye dar anlamıyla hukuki sonuç doğurma denirse, buradaki hukuki sonuç doğurmanın geniş anlamı ile kullanıldığı söylenmelidir. Geniş anlamıyla hukuki sonuç doğurmaya örnek olarak, bir hukuki işlemin veya sert hukukun yorumlanmasında rehberlik sağlamak verilebilir. Dar anlamı ile hukuki sonuçlar ise “bağlayıcı etkiden” kaynaklananlardır denilebilir. Bu husus, daha önce bahsedildiği gibi, hukuki işlemlerin (*legal acts*) hukuki sonuçları ve hukuki olguların (*legal facts*) hukuki sonuçları ayrımı ile ilgilidir. Bkz. D’Aspremont, “Softness in International Law”, 1077-82. Gözler, *Hukuka Giriş*, 459-62. Özel hukukta hukuki sonuç doğurmaya yönelik benzer değerlendirme için bkz. Rona Serozan, B. İlkey Engin, ve Yeşim M. Atamer, *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*, 9. bs (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 311-17. Gruchalla-Wesierski ise dolaylı hukuki sonuçlar (*indirect legal effects*) ve doğrudan hukuki sonuçlar (*direct legal effects*) ayrımını yapmaktadır ve bunlara örnekler vermektedir. Bu ayrım da geniş ve dar hukuki sonuç ayrımı ile örtüşmektedir. bkz. Gruchalla-Wesierski, “A Framework for Understanding ‘Soft Law’”, 52.

²¹³ Mackor, “What Is Legal Validity and Is It Important?”, 136.

²¹⁴ Shaw, *International Law*, 85.

²¹⁵ Jan Klabbers, “Soft Authority in Global Governance”, içinde *Research Handbook on Soft Law*, ed. Mariolina Eliantonio, Emila Korkea-aho, ve Ulrika Mörtz, Research Handbooks in Law and Politics (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023), 170.

²¹⁶ Klabbers, 170-71.

“Otorite kavramı, zorunlu olarak hukuki düşünce ve geçerlilikle bağlantılı değildir; influencer'lar ve hatta mafya babaları bile ... otorite kullanabilir. Hukuk kuralları tipik olarak bir hukuki dayanak gerektirirken ... bir kılavuz hazırlamak veya 'en iyi uygulamaları' toplayıp yayınlamak için genellikle ... bir hukuki dayanağa ihtiyaç duyulmaz. 'Epistemik' sıfatı ise, bilgi ve uzmanlıkla kurulan bağlantıyı ima eder. Uluslararası örgütlerin cazibesi, her zaman görünürde 'apolitik' karakterleri olmuştur: Milletler Cemiyeti ve BM gibi sınırlı istisnalar dışında, uluslararası örgütler geleneksel olarak apolitik ve teknik kuruluşlar olarak görülmüş; yalnızca şeyleri yerlerine koyma ve rasyonel yönetim işleriyle uğraştıkları düşünülmüştür.”²¹⁷

Klabbers'in bu kavramsallaştırmasının yumuşak hukuk enstrümanlarının gerçekte ne işe yaradığını iyi yansıttığı söylenebilir. Gerçekten de bu enstrümanların en önemli işlevinin “Yapılması gereken doğru şey nedir?” sorusu sorulduğunda verilebilecek cevaplar için diskur belirlemek (veya dilsel uzlaşa sağlamak²¹⁸) olduğu söylenebilir. Wittveen ve Klink de yumuşak hukukun hukuki argümantasyonda retorik oluşturma fonksiyonuna ve “koz” olarak kullanılabilme potansiyeline dikkat çeker.²¹⁹ Klabbers'in bu yaklaşımı, yumuşak hukuku hukuk teorisine başvurmadan açıklayan fakat onun hukuki pratikteki önemini de göz ardı etmeyen bir yaklaşımdır.

Son olarak, hukuki pozitivistlerin yumuşak hukuka yaklaşımları incelenirken konu *legal soft law*'un hukuki statüsüne geldiğinde ise açıklamaların değiştiği gözükmemektedir. Çünkü *legal soft law* olarak anılan enstrümanlar biçimsel olarak geçerlidir; sadece içeriğindeki normların normatif karakterleri tartışma konusudur. D'Aspremont bu tür enstrümanları “*soft negotium*” hukuki işlemler olarak adlandırır ve hukuki pozitivist bir pozisyonu tutarak bu işlemlerin hukuki statülerini tartışır.²²⁰ Ona göre bir hukuki işlemin normatif karakteri onun (biçimsel) geçerliliği için bir koşul değildir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin de konvansiyonel işlemler için “normatif karakteri” bir geçerlilik koşulu olarak sunmadığını açıklayarak *soft negotium*'un hukuki pozitivist pozisyonla uygun olduğunu söyler. Yani ona

²¹⁷ Klabbers, 171.

²¹⁸ Fastenrath yumuşak hukukun dilsel uzlaşa sağlama fonksiyonunu (“*linguistic convention*”) detaylı olarak ele almıştır. Bkz. Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, *European Journal of International Law* 4, sy 3 (1993): 305-40.

²¹⁹ Bart van Klink ve Willem Witteveen, “Why Is Soft Law Really Law?”, *RegelMaat/Journal for Legislative Studies*, sy 3 (1999): 128-29. Belirtmek gerekir ki Klink ve Witteveen bunu hukuki pozitivist bir pozisyonla söylemez. Düşüncelerini “*communicative approach to legislation*” adlı yaklaşım üzerine inşa ederler. Yani yumuşak hukukun hukuki ilgisini reddetmezler; yumuşak hukuk konseptine izin veren teorik bir yaklaşımı savunurlar.

²²⁰ D'Aspremont, “Softness in International Law”, 1084-87.

göre *legal soft law* olarak adlandırılan enstrümanlar da hukuktur ve buradaki yumuşak hukuk ifadesi onların normatif karakterini nitelemek için bir sıfat olarak kullanılabilir.²²¹ Fakat bu niteleme *non-legal soft law*'da olduğu gibi enstrümanların hukukiliğine dair bir ayrımı göstermez. Bu açıdan hukuki pozitivistlerin gözünde normların niteliğine odaklanan yumuşak hukuk anlayışı ile enstrümanların bağlayıcılığına odaklanan sınırlandırıcı tanımın (*legal soft law*) yumuşak hukuku, iki ayrı meseledir.

Biçimsel geçerlilik anlayışına dayanan veya onunla örtüşen her yaklaşım yumuşak hukuk kavramı için yukarıdaki sonuçlara varmamaktadır. Bazı yazarlar biçimsel yaklaşımların yumuşak hukukla bağdaştırılabilecek (en azından onu bir ölçüde anlamlı kılacak) yeni bir yorumunu sunmaktadırlar. Sıradaki başlıklar bu yaklaşımlara örnektir.

1.3.3. Hukuk ve Geçerlilik Konseptlerini Ayırarak Tanımlamak

Biçimsel geçerlilik anlayışının her versiyonunda yumuşak hukukun (*non-legal soft law* ve eğer tanıma dahil edilirse *non-state soft law* anlamında) hukuk olmadığı sonucu çıkmak zorunda değildir. Eğer hukuk konsepti ile geçerlilik konsepti birbirinden ayrılırsa, o halde geçerli olmayan hukuk ve dolayısıyla bağlayıcı olmayan hukuk gibi ifadeler kullanılabilir.²²² Kirste'nin yaklaşımı buna bir örnektir. O bağlayıcı olan normları şu şekilde tanımlayarak yaklaşımını açıklamaya başlar: “*Sadece, hukuk olan ve hukuki olarak geçerli olan normlar hukuki olarak bağlayıcı olan normlardır.*”²²³ Bu önerme şu anlama gelir: Hukuki olarak geçerli olmasa da hukuk olan normlar vardır. Bu, ona göre hukuk konsepti ile onun geçerliliğinin birbirinden ayrılabilir olduğu anlamına gelir. Bahsedildiği üzere aidiyet anlamına gelen hukuki geçerlilik anlayışına göre eğer bir norm hukuki olarak geçerli değilse, hukuki bir norm değildir. Bu iddiaya karşın Kirste hukuk konseptinin hukukun ne olduğuna dair kriterleri verirken, geçerlilik kavramının ise hukukun hangi “*anlam sistemine*” ait olduğunu belirtmek için kullanıldığını ve bu anlam sisteminin hukuki olabileceği gibi sosyal veya ahlaki de olabileceğini savunmaktadır.²²⁴ Bu anlayışın da sonucu şudur: Ahlaki olarak geçerli hukuk normu, sosyal olarak geçerli hukuk normu ve hukuki olarak geçerli hukuk normu ifadeleri

²²¹ D'Aspremont, 1087.

²²² Bilindiği üzere Kelsen'e göre hukukilik ve geçerlilik birbirinden ayrılamaz. Geçerli olmayan (yani bir hukuk sistemine ait olmayan norm), hukuk değildir. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 43.

²²³ Kirste, “Concept and Validity of Law”, 47.

²²⁴ Kirste, 47. Bu açıdan Kirste'nin geçerlilik yaklaşımı da, aidiyet bakımından geçerlilik olduğu için, biçimsel geçerliliktir. O halde yazarın hukuki olarak geçerlilik derken, biçimsel geçerliliği kastettiği söylenebilir.

kullanılabilmektedir. Ona göre eğer böyle olmasaydı, yani hukuk konsepti ile hukukun geçerliliği arasında zorunlu bir ilişki olsaydı o zaman geçerlilik kavramından hiç bahsetmemek açık bir seçenek olurdu. Kirste'nin son iddiası ise, ancak hukuki olarak geçerli olan bir hukuk normunun hukuki olarak bağlayıcı olduğudur.²²⁵ Bu önermeler Kirste'nin hukuk konseptinden ve hukuki geçerlilikten ne anladığı ve bu anlayışların ikna ediciliği ortaya konulduğunda önemli olacaktır. Çünkü bu önermeler kabul edilirse, hukuki olarak geçerli olmayan hukuk normu ve dolayısıyla bağlayıcı olmayan hukuk normu ifadeleri anlamsız olmaz.

Kirste'ye göre hukuk konsepti, hukuku diğer sosyal sistemlerden ayırmalıdır.²²⁶ Ona göre hukuk biçimselliği ile farklılaşır.²²⁷ Biçimsellik anlayışının merkezinde ise, Kelsen'de olduğu gibi, norm kavramı vardır. Öncelikle hukuk normatif olmalıdır ve normatif olmayan hukuk olamaz.²²⁸ Kirste normatif olmayana örnek olarak yumuşak hukuk kategorisinde sunulan ve “teknik standartlar” olarak adlandırılan belgeleri vermektedir.²²⁹ Bu tür belgeler bir hukuki normun kendisine gönderme yapması ile hukukun parçası olup işlerlik kazansa da tek başlarına hukuki sonuç doğurmazlar ve hukuk değildirler. Burada fiili sonuç doğurmakla normatif sonuç doğurmak arasındaki farkı yeniden vurgulamak gerekir. Örneğin bu standartlara uyulmaması bazı bağımsız kuruluşların teşviklerinden yararlanılamaması sonucunu doğurabilir ve böylece bilişsel olarak kişiyi yönlendirebilir fakat bu o standartlara uyma yükümlülüğünün var olduğunun düşünüldüğü anlamına gelmez.

Hukukun normatif olması gerektiği kriteri onu sadece normatif olmayan sosyal sistemlerden ayırır. Peki hukuk ile ahlaki ayıran kriter nedir? Kirste bu soruya verdiği cevapla Kelsen'den farklılaşır. Ona göre Kelsen'in “temel norm” (*grundnorm*) kurgusu hukuk ile ahlaki birbirinden ayırmaya yeterli değildir. Çünkü ona göre bu kurgu bize “*saf hukuk teorisini*” değil “*saf normativiteyi*” verir. Bu, temel normun hukuki bir norm mu yoksa herhangi bir norm mu olduğu tartışmasıyla ilgilidir. Çünkü temel norm hukuki bir norm olarak sunulamazsa, Kirste'ye göre saf hukuk teorisinden bahsedilemez. Bu sebeple o Kelsen'in teorisini modifiye etme iddiasındadır: “... *hukuk saf normativite değildir, normatifliğin özel bir biçimidir.*”²³⁰ Hukuku ahlaktan ayıracak olan da bu özel biçimdir. Kirste bu özel biçimi şu şekilde tanımlar: “*Eğer bir*

²²⁵ Kirste, 47.

²²⁶ Kirste, 49.

²²⁷ Kirste, 51.

²²⁸ Kirste, 49.

²²⁹ Kirste, 50.

²³⁰ Kirste, 52.

*normun yasalaşması ve uygulanması normlar tarafından düzenleniyorsa o norma hukuk denebilir. Hukuk normlandırılmış normlar (normed norms) sistemidir.”*²³¹

Kirste'nin hukukun yalnızca “geçerli olan” ile sınırlı olmadığını öne süren yaklaşımının, yumuşak hukukun “hukuki olarak geçerli olmayan ama yine de hukuk olan” normlar olarak düşünülmesine olanak tanıyan bir kavramsal alan açtığı söylenebilir. Burada Kirste'nin yaklaşımı oldukça özetlenerek sunulmuştur. Gösterilmek istenen, hukuk ve geçerlilik konseptlerinin birbirinden ayrılması ile yumuşak hukuk ifadesinin anlamlı olabileceği bir kavramsal çerçevenin önerebileceğidir.

1.3.4. Hukuki Argümantasyon ve Geçerlilik

Biçimsel geçerliliğe dair geleneksel yaklaşımların ötesine geçmeye çalışan Hage, bir kuralın biçimsel olarak geçerli olup olmamasını, onun hukuki argümantasyonda ne ölçüde kullanılabileceğiyle birlikte değerlendiren bir yaklaşım teklif eder. Bu açıdan yumuşak hukuku şöyle tanımlar: “*Yumuşak hukuk, hukuki argümantasyonda daha zor kullanılabilen hukuftur.*”²³² Bu tanım, buraya kadar verilenlere göre, oldukça farklıdır. Bir kere yumuşak hukuku, normu (kuralı) veya doğrudan enstrümanların biçimini merkeze koyarak değil, hukuki argümantasyonu merkeze koyarak tanımlamaktadır. Bu şekilde biçimsel bir yaklaşımla işlevselci bir yaklaşımı buluşturduğu söylenebilir. Hage'nin pozisyonunun anlaşılabilmesi için bazı hususların, basitleştirerek de olsa, açıklanması gerekmektedir.

Hage geçerlilik konseptini dahili geçerlilik iddiaları (*internal*) ve harici geçerlilik iddiaları (*external*) olarak ikiye ayırmaktadır. Dahili geçerlilik iddialarını da kaynak geçerliliği (*source validity*) ve bağlayıcılık (*binding force*) olarak ikiye ayırır. Kaynak geçerlilikten biçimsel geçerliliği kastetmektedir. Bağlayıcılığı ise, uygulandığında hukuki sonuç doğuran maddi varlığa sahip kuralların bir niteliği olarak tanımlar.²³³ Harici geçerlilik iddiaları da kuralların etkililiğine (*efficacy*) dair olgusal veya kuralların normatif varlığı ve karakteristiğine

²³¹ Kirste, 53.

²³² Hage, “What Is Legal Validity?”, 19.

²³³ “*A rule has binding force if and only if it attaches legal consequences to operative facts.*” Hage, 22. Hage de Kelsen gibi bağlayıcılığın sadece uygulanma, etkili olma (*enforcement* veya *compliance*) ile açıklanamayacağını, bunun ötesinde normatif bir işlevi olduğunu söyler. Ancak ona göre bağlayıcılık yalnızca yükümlülük doğurma ile değil, normun hukuki sonuç (*“legal consequence”*) doğurma kapasitesiyle açıklanmalıdır. Çünkü her hukuk normu yükümlülük doğurmaz; bazıları yetki verir (*competence-conferring rules*, örneğin yasama organına yasama yetkisi veren anayasal normlar), bazıları ise bir durumu niteler (*count-as rules*, örneğin bir kişinin ciddi bir suç şüphesi sebebi ile şüpheli olarak nitelenmesi).

dair iddialardır. O halde hukuk teorisyeninin²³⁴ hukuk normunun olgusal sonuçları/etkileri hakkında konuşurken kullandığı geçerlilik konsepti harici iddialara dayanır. Örneklerle açıklamak gerekirse, eğer bir avukat önündeki uyuşmazlığa A kuralının uygulanmasını istiyorsa “A kuralı geçerlidir ve uygulanmalıdır çünkü mahkeme içtihatları bunu gerektirmektedir.” veya “A kuralı geçersizdir çünkü uygulanması B kuralını ihlal etmektedir.” gibi iddialarda bulunabilir ve Hage’nin ayrımında bu iddialar dahili hukuki geçerliliğe dair iddialardır (“*claim made in legal discourse*”, hukuki söylem içinde getirilen iddialar).²³⁵ Eğer bir hukukçu, “671 Sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun her ne kadar câri olsa da uzun süredir uygulanmaması sebebi ile gerçekte geçerliliğini yitirmiştir.” şeklinde bir cümle kursa bu harici bir geçersizlik iddiasıdır (“*claim made in discourse about law*”, hukuka dışsal söylem içinde getirilen iddialar).²³⁶ Başka bir deyişle bir hukuki normun geçerlilik niteliğine sahip olduğunu öne süren bir iddianın doğruluğu veya yanlışlığı, normun ait olduğu (hukuki) normlar sistemine göre belirleniyorsa burada dahili bir geçerlilik iddiası söz konusudur. Bu durumda 671 Sayılı Kanun’un uygulanıp uygulanmadığına dair bir iddia ampirik bir iddia olması hasebiyle harici bir geçerlilik iddiasıdır. Yani Hage’ye göre hukuki pozitivist teorinin geçerlilik anlayışı ile hukuki realizm ve doğal hukuk teorilerinin geçerlilik anlayışları aynı kümenin elemanları değildir. Hukuki pozitivist teorinin geçerlilik anlayışı onun ayrımında dahili geçerliliğe dair iddialar bütününe tekabül ederken, diğer iki teorinin geçerlilik anlayışları harici geçerliliğe dair iddialar bütününe tekabül eder. “*Kelsen ve Ross ’un hukuki geçerlilik konusunda temelde farklı görüşleri yoktu, onlar esasen farklı tür hukuki geçerlilik hakkında yazıyorlardı.*”²³⁷

Hage’nin hukuki söylem içinde iddialar olarak da betimlediği dahili geçerlilik iddiaları bir mahkeme önünde bir avukatın öne sürebileceği iddialardır (Örneğin: “Bu durumda Borçlar Kanunu madde 112 uygulanacaktır, çünkü ...”). Diğer bir deyişle; dahili geçerliliğe dair bir iddia, gerçekte, bir kuralın bir hukuki argümanda kullanılıp kullanılamayacağına²³⁸ dair bir

²³⁴ Hage hukuk teorisyenini ifadesini kullanmamaktadır. “*Hukuk olgusu ile ilgilenen sosyolog*” ifadesini kullanmaktadır. Fakat kastının hukuk dogmatikliği ile ilgilenmeden hukuku olgusal veya normatif bir gerçeklik olarak ele alanların hepsinin uğraşlarını işaret etmek olduğu açıktır. Bu kişiler hukuk felsefesi, sosyolojisi ve hukukun genel teorisi çalışanlardır.

²³⁵ Hage, “What Is Legal Validity?”, 23. Yukarıda bu tür iddialar için Carpentier uygunluk bakımından geçerlilik (*validity as conformity*) demişti.

²³⁶ Hage, 23.

²³⁷ Hage, 27.

²³⁸ Geçerlilik kavramının hukuki muhakemede kullanımını Pfordten iki ana başlıkta kategorize etmektedir: normların çatışması durumlarında gündeme getirilen geçersizlik iddiaları ve normların sınırlandırılması durumunda gündeme getirilen geçersizlik iddiaları (veya sınırlılığı). Von Der Pfordten, “Validity in Positive Law”, 5-8. Ona göre bir hukuki norm kendisinden üstün bir normu ihlal ediyorsa veya o norm, normlarının oluşturulmasını düzenleyen prosedürel meta normlara uygun olarak, yani usulüne uygun olarak üretilmemişse

iddiadır.²³⁹ Basitçe “Bu kuralı uygulayamazsın çünkü ...” şeklinde bir cümle, bir geçersizlik iddiasıdır. Ona göre eğer bir kural, usule uygun olarak yürürlüğe girmemişse orada kaynak bakımından geçersiz bir kural söz konusudur (Örneğin: “Bu yönetmelik geçersizdir çünkü yetkilendirilmiş merci tarafından yürürlüğe konmamıştır.”). Fakat vurgulamak gerekir ki buradaki itiraz bir hukuk kuralının o olayda uygulanabilirliğine değildir; o kuralın hukuk kuralı olup olmadığına dairdir. Diğer bir deyişle de geçersiz olan kural değil hukuk yapma prosedürünün kendisidir.²⁴⁰ Eğer bir hukuk kuralının o olayda uygulanması üstün bir kurala aykırı ise veya o kuralın o olayda uygulanmasını sınırlayan bir husus söz konusu ise bu halde bağlayıcılık bakımından geçerli olup olmama söz konusudur (“X kuralı bu olayda iddia edilen hukuki sonucu doğurmaz (yani bağlayıcı değildir), çünkü Y kuralı ... sonucunu öngörür.”). Belirtmek gerekir ki ona göre bir kuralın bağlayıcı olduğuna dair bir iddia, o kuralın kaynak bakımından geçerli olduğunu öne sürerek başlamalıdır. Çünkü kaynak bakımından geçerli olmayan bir kural, prensipte bağlayıcı olamaz.

Dahili geçerlilik iddiaları, bir kuralın pratikte hukuki sonuç doğurma kapasitesine sahip olduğu teorik varsayımına dayanır. Hage etkililik merkezli harici geçerliliğin ne olduğunu göstermek için şu soruları sorar:

*“Peki, bir kuralın pratikte böyle sonuçlar doğurduğu nasıl tespit edilebilir? Geçerli bir kuralın bağlayıcılığının gerektirdiği şeyin gerçekleşip gerçekleşmediği kontrol edilebilir mi? Bazı yazarlar, hukuk kurallarının hukuki sonuçlara yol açmasının a priori olarak verili olduğunu ve bunun için bağımsız bir kanıtın mümkün olmadığını, hatta gerekli olmadığını iddia edebilir. Ancak daha sosyolojik bir bakış açısına sahip kuramcılar, bu sonuçların toplumsal gerçeklikteki yansımalarına ve özellikle ilgili özneler tarafından tanınıp tanınmadığına dair kanıt arayacaklardır.”*²⁴¹

İşte etkililik merkezli harici bir geçerlilik iddiası, kuralın muhatabı olan öznelerin gözünde kuralın bağlayıcı etkisinin tanınıp tanınmadığına dairdir. Bu tanınmanın olup olmadığını tespit etmek mümkündür; fakat öznelerin gözünde kuralın tanınması, o kuralın dahili geçerliliğe göre gerçekten bağlayıcı olup olmadığı hakkında bir şey söylemez.²⁴² Hage’ye

burada normların çatışması söz konusu olur. Bir hukuki normun zamansal, mekânsal veya ilgili kişi bakımından uygulanabilirliği söz konusu olduğunda ise burada normun sınırlılığı gündeme gelir.

²³⁹ Hage, “What Is Legal Validity?”, 24.

²⁴⁰ Hage, 24.

²⁴¹ Hage, 25.

²⁴² Hage, 27.

göre İskandinav hukuki realizminin önemli bir temsilcisi olan Alf Ross'un geçerlilik anlayışı etkililik merkezli harici bir geçerlik anlayışıdır. Yazar, Ross'un geçerlilik anlayışını şöyle aktarır: “Ross, bir kuralın geçerliliğini, o kuralın mahkeme kararlarında kullanılıp kullanılmama olasılığı üzerinden tanımlamış ve bu olasılığın derecesinin değişebileceğini kabul etmiştir.”²⁴³ Yani buradaki etkililik merkezli geçerlilik, aynı yumuşak hukuk anlayışını savunanların bazılarının bağlayıcılık anlayışında olduğu gibi, ikili (*binary*) değil dereceli veya spektrumludur (*continuum approach*).²⁴⁴ Hage'nin dahili ve harici geçerlilik kavramsallaştırmasını bu şekilde ortaya koyduktan sonra, yumuşak hukuku hukuki argümantasyonda kullanılabilirliği üzerinden tanımlamaktan ne kastettiği özetlenebilir. Fakat belirtmek gerekir ki burada bahsedilen hukuki argümantasyon, hukuka dışsal olan iddialardan değil; hukuki söylem içinde yapılan iddialardan oluşur. Yani Hage yumuşak hukuku harici geçerlilik ile ele almamaktadır.

Hage'nin kastının ne olduğunu ortaya koymak için bazı ön açıklamaların daha yapılması gerekmektedir. Öncelikle ona göre hukuki muhakemenin düşünce nesnesi olan hukuk sistemi, bazı hukuki pozitivistlerin savunduğunun aksine kapalı bir sistem değildir.²⁴⁵ Yani hukuki muhakemenin işlevi; olgusal gerçeklikler için kurgusal olarak önceden belirlenmiş hukuki sonuçların, doğru hukuk kaynaklarının incelenmesi ve metodun uygulanması ile zaten var olanın “bulunması” değildir. Tersine hukuki muhakeme, hukuk kurallarını argümantatif araçlar olarak kullanıp hukuki sonuçları “inşa” etmektir.²⁴⁶ Esasen bu tür bir muhakemenin temel aracının da kural değil, “gerekçe” (*reason*) olduğunu söyler.²⁴⁷ Gerekçeler, bir olguya bir hukuki sonucu bağlayan “*rabitalardır*” (*nexus*). Hukuk kuralları ise, hukuki argümantasyonda bir olguya bir hukuki sonucu bağlamak noktasındaki en güçlü gerekçelerden²⁴⁸ ibarettir.

²⁴³ Hage, 27.

²⁴⁴ Hage, 38.

²⁴⁵ Hage, 34.

²⁴⁶ Hage, 34.

²⁴⁷ “Replacing this rule-based model of legal reasoning by a model where reasons take a central place ...”. Farkı göstermek için mantık dizgelerini kullanmaktadır: “Eğer X olursa (Z kuralının öngördüğü) hukuki sonuç Y’dir.” yerine “Gerald’ın Jane’e parasını geri vereceğine dair verdiği söz, bu parayı geri vermekle yükümlü olmasının gerekçesidir. (X’in olması gerçeği Y sonucunun sebebidir.)”. Hage, 29.

²⁴⁸ Gorobets, gerekçe merkezli bir hukuki argümantasyonda/muhakemede hukuk normları için “*korunan gerekçeler*” ifadesini kullanır. *Korunan gerekçeler* (hukuk normları) hem öngördükleri hukuki sonucun gerçekleşmesi için sebeptirler hem de aynı konuda rekabet eden fakat hukuk sistemi tarafından korunmamış gerekçelerin (örneğin ahlaka veya bireysel fayda-zarar analizine dayanan gerekçeler) uygulanmaması için sebeptirler. Kostiantyn Gorobets, “The International Rule of Law and the Idea of Normative Authority”, *Hague Journal on the Rule of Law* 12, sy 2 (2020): 238.

Hage’ye göre kural merkezli değil gerekçe merkezli ve inşacı bir yaklaşımın sonuçları, hukuki muhakemeyi “muhatapları iknaya dayalı bir diyalog” olarak kabul edince ortaya çıkacaktır.²⁴⁹

Hage’nin bu yaklaşımları yumuşak hukuka uyguladığında vardığı sonuçlar²⁵⁰ basitleştirerek şu şekilde özetlenebilir: Muhatapı iknaya dayalı bir hukuki muhakemede, bir yumuşak hukuk normunun (*non-legal soft law*) kaynak bakımından geçerli olmaması (*source validity*, yani biçimsel geçerlilik), dolayısıyla da bağlayıcı olmaması, bu normun hukuki argümantasyonda kullanılamayacağına dair güçlü bir gerekçedir. Ancak bu tür normlar, bazı durumlarda genel hukuk prensipleri gibi içeriği belirlenmeye muhtaç standartların somutlaştırılmasında hâlen argümantatif olarak kullanılabilir. Bu durumda da biçimsel geçerlilik eksikliği doğrudan bir sorun teşkil etmez. Aynı yaklaşım, *legal soft law* için de geçerlidir. Örneğin biçimsel olarak geçerli bir hukuk normunun anlamının belirsiz olması, onun hangi hukuki sonucu doğuracağı konusunda muhataplarını objektif olarak ikna edecek şekilde kullanımını zorlaştırabilir. Veya bir sert hukuk normuna karşı kolaylıkla *rebus sic stantibus* itirazı ileri sürülebiliyorsa, bu normun yumuşak olduğunu söylemek mümkün olabilir. Yani ona göre bir normun hukuki muhakemede kullanımı zorlaştıkça o norm yumuşaklaşır ve hiç kullanılmadığı noktada hukuki ilgisini kaybeder.²⁵¹

Sonuç olarak Hage, yumuşak hukuku ele alırken biçimsel geçerliliği tamamen göz ardı etmeyen, fakat onu argümantatif inşacılıkla anlamlandırmaya çalışan bir yaklaşım önerir.

1.3.5. “Hukukun İç Ahlakı” ve Yumuşak Hukuk

Söz konusu yumuşak hukuk iken ünlü hukuk felsefecisi Lon L. Fuller’in hukuk konseptine dair görüşlerini incelemenin ayrı bir öneme sahip olduğu söylenebilir. Çünkü Fuller’in hukuk ve ahlak ilişkisine dair pozitivist teori ile doğal hukuk teorisinin arasında kalmış olan görüşleri²⁵², hukuk ile hukuk olmayanın arasında kalmış olan (ve bir taraftan da olması

²⁴⁹ Hage, 35.

²⁵⁰ Hage, 38-45.

²⁵¹ Hage, 44.

²⁵² E. İrem Akı, “Hukukun iç ahlakı: Lon L. Fuller’in görüşleri çerçevesinde bir inceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, sy 1 (01 Mart 2015): 4-5. Fuller klasik doğal hukukçular gibi normların içeriğinin bazı değerlere uygun olup olmamasına değil, prosedürel olarak nasıl oluşturulması gerektiği ve bu şekilde hangi değerleri koruması gerektiğine odaklandığı için görüşleri “prosedürel doğal hukuk” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, 2. bs (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024).

gereken hukuku çağırın) yumuşak hukuk kavramını anlamlandırmada faydalı bir bakış açısı sunabilir.²⁵³

Fuller'e göre amaçsal bir aktivite olan hukuk için, olan hukuk-olması gereken hukuk ayrımı gerçekliği yansıtmamaktadır: “... varlık ile değer iki farklı şey değildir, müttemmim gerçekliğin iki cihetidir.”²⁵⁴ Yani Fuller, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olmadığını öne süren ayrılabilirlik tezini mümkün kabul etmemektedir. Fakat Fuller, hukuk ile ahlakın ilişkisini kurarken klasik doğal hukukçuların aksine hukuk kurallarının ahlaki içeriğine odaklanmamaktadır.²⁵⁵ Ona göre hukuk teorisinin konusu ve odağı tek tek hukuk kurallarından ziyade hukuk sistemi olmalıdır.²⁵⁶ Teorisinin merkezinde hukuk kurallarının içeriği bakımından uyması gereken hukuka dışsal olan ahlaktansa, bir kurallar sistemi olarak hukukun uyması gereken “hukukun iç ahlakı” (*internal morality of law*) vardır.²⁵⁷ Klink ve Lembcke “*A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law*” adlı çalışmalarında Fuller'in bu görüşlerini yumuşak hukuka uygulayarak kavramı anlamlandırmaya çalışmışlardır. Önce Fuller'in görüşlerinin yumuşak hukuk için önemli olan noktaları kısaca aktarılacak, ardından yumuşak hukuk ile bu görüşler arasında Klink ve Lembcke'nin kurduğu ilişkiler sunulacaktır.

Klink ve Lembcke'ye göre Fuller'in teorisinde hukuk ve hukuk olmayan arasında ikili (*binary*) değil, etkililik ve meşruluk merkezli dereceli bir ilişki vardır.²⁵⁸ Amaçsal bir aktivite olan hukukun başlıca işlevi; bireylerin karşılıklı etkileşimlerini düzenlemeye elverişli, sağlam ve istikrarlı bir çerçeve sağlamaktır (etkililik). Hukuk bireyler arasındaki etkileşimi düzenlerken de onları pasif ve iradesiz kılacak şekilde buyurmaz. Kendilerini, kendileri kalarak, belli bir düzen içinde gerçekleştirmeleri için rehberlik sunan bir araç işlevi görür (meşruluk). Hukukun etkili ve meşru bir şekilde işlevini yerine getirebilmesi için de şu sekiz ilkeye uygun olması gerekir (hukukun iç ahlakı): (1) kurallardan oluşması gerekir (genellik şartı²⁵⁹), (2) bu kuralların yayınlanması (bilinir olması) gerekir, (3) kurallar geriye dönük uygulanmamalıdır,

²⁵³ Bart van Klink ve Oliver W. Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (Cham: Springer International Publishing, 2018), 146-47.

²⁵⁴ Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, 1. bs (Beacon Press, 1966), 11.

²⁵⁵ Akı, “Hukukun iç ahlâkı”, 4.

²⁵⁶ Jeffrie G. Murphy ve Jules Coleman, *Philosophy Of Law: An Introduction To Jurisprudence*, 1. bs (Boulder : Westview Press, 1990), 38. O halde Fuller'in yaklaşımlarının hukukun genel teorisi kapsamında olduğu söylenebilir.

²⁵⁷ Murphy ve Coleman, 39; Van Klink ve Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, 150; Akı, “Hukukun iç ahlâkı”, 5.

²⁵⁸ Van Klink ve Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, 150-51.

²⁵⁹ Kişiyi veya keyfi düzenlemeler yerine, genele uygulanabilen kurallar olmalıdır.

(4) kurallar çelişkili değil, (5) vâzih olmalıdır, (6) kurallar bireyler için uygulanabilir olmalı, imkansız istememelidir, (7) hukuk sistemi sık sık değişmemeli, istikrar sağlamalıdır, (8) yetkililerin eylemleri ve ilan edilmiş kurallar arasında ahenk olmalıdır.²⁶⁰ Görülebileceği üzere bu ilkeler hukukun normatif içeriğinden çok nasıl ortaya koyulması, yapılması gerektiğini belirleyen prosedürel standartlardır.²⁶¹ Klink ve Lembcke bu ilkelerin hukukun daha etkili olabilmesi için bazı gerekliliklerden ibaret olmadığını, hukuku hukuk yapan kurucu gereklilikler olduğunu söyler. Bu ilkelerden hareketle “yasa” olarak adlandırılan bir şeyin, gerçekte hukuk olup olmadığının değerlendirilebileceğini ve bu değerlendirmenin de sadece hukuk veya hukuk değil gibi bir sonuç yerine “daha iyi hukuk” veya “daha az hukuk” gibi dereceli sonuçlara götüreceğini söylerler. Hukuk ise çeşitli sosyal düzenleme modellerinden biridir.²⁶² Başka bir deyişle, bireyler arası etkileşimleri düzenleyen bir sosyal düzenleme eğer sayılan sekiz ilkeye uygunsa bu durumda “iyi” hukuktur. Fakat sadece devletten kaynaklanmak zorunda değildir. Hukuk, devletten kaynaklanan özel bir tür sosyal düzenleme olduğunda buna resmi hukuk (“official law”) denebilir. Fakat resmi hukuk dışında da hukuklar vardır. “Fuller, hukuki geçerliliğin pozitivist ölçütlerini bütünüyle reddetmez. Ancak, bu ölçütlerin hikâyesinin yalnızca bir yönünü –hem de en ilginç olmayan yönünü– sunduğunu düşünür.”²⁶³ Fuller daha kapsayıcı bir hukuk anlayışı önerir:

*“Ben ‘hukuk’ kelimesinin çok geniş bir şekilde anlaşılmasını kastediyorum. Bu kelimeyle yalnızca devletlerin ve ulusların hukuk sistemlerini değil, aynı zamanda sendikalarda, meslek birliklerinde, kulüplerde, kiliselerde ve üniversitelerde bulunan – en azından yapı ve işlev bakımından ‘hukuka benzer’ olan – daha küçük sistemleri de kapsamak istiyorum.”*²⁶⁴

Her ne kadar buraya kadar aktarılanlar Fuller’in kompleks ve belki de alışılmadık teorisini tam olarak ortaya koymaktan uzak ve anektodal olsa da, hukuka böyle bir yaklaşımın yumuşak hukuk kavramı için hangi imkanları barındırdığı fark edilmiştir. Öncelikle Fuller’in teorisi hukuk olan ve olmayan ayrımında dereceli bir yaklaşıma izin verdiği için, yumuşak hukuk anlayışı ile uyumludur.²⁶⁵ Fakat bu dereceli yaklaşıma göre sert hukuk (Fuller’in

²⁶⁰ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised edition (New Haven: Yale University Press, 1969), 33-94.

²⁶¹ Van Klink ve Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, 150.

²⁶² Van Klink ve Lembcke, 151-54.

²⁶³ Van Klink ve Lembcke, 157.

²⁶⁴ Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, ed. Kennet I. Winston (Durham, NC: Duke Press Paperbacks, 1981), 212.

²⁶⁵ Van Klink ve Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, 155.

yaklaşımında *official law*) aynı genişletici yaklaşımlarda olduğu gibi “*daha az serttir*”: Tam, daha iyi veya daha sert bir hukukun sekiz ilkeden oluşan iç ahlaka uyması gerekir.²⁶⁶ Yumuşak hukuk ise, iyi hukukun işlevini (özneler karşılıklı etkileşimlerinde etkili ve istikrarlı bir çerçeve sunmak) yerine getirebildiği ölçüde “*daha az yumuşaktır*”. Ancak Fuller’in yaklaşımı her zaman yumuşak hukuktan yana olmayacaktır. Klink ve Lembcke’nin aktardığına göre Fuller diğer bir sosyal düzeleme modeli olan “*idari emir*”i (*managerial direction*) tanımlamakta ve onunla hukuk arasında ayırım yapmaktadır.²⁶⁷ İdari emirler iyi hukuk gibi öznenin kendi kapasitesiyle eyleyebilmesine rehberlik etmez; onlar amir ile maiyeti arasında, amirin koyduğu hedeflere ulaşmak için getirilen dikey, hiyerarşik ve buyurgan düzenlemelerdir. Hukuk ise karşılıklılık üzerine kuruludur.²⁶⁸ O halde yumuşak hukuk ne kadar idari emir niteliği gösterirse, o kadar hukuk olmaktan çıkacaktır.

Görülebileceği üzere Kirste’nin yaklaşımında olduğu gibi Fuller’in yaklaşımında da hukuk konseptinin mahiyetinin değişmesi ile yumuşak hukukun anlamlı bir şekilde yer alabileceği kavramsal çerçeveler ortaya çıkabilmektedir. Fuller’in yaklaşımı yumuşak hukuku “eksik” ama yine de hukuk olarak düşünme olanağı verir. Belli durumlarda ise onun meşruiyetinin sorgulanmasını gerektirir. Fakat Fuller’in hukuk konseptinin uluslararası hukuk için ne ifade ettiği ve ne kadar anlamlı olduğu sorusu cevaplanmadan, yaklaşımının uluslararası yumuşak hukuk anlayışına katkısı tartışmalı olacaktır.

1.3.6. “*Normatif Rehberlik*”, “*Kurumsal Normativite*” ve Geçerliliğin Politikliği

Buraya kadar ele alınan çeşitli geçerlilik ve hukuk konseptlerinin uluslararası hukuk için ne anlam ifade ettiği ve uluslararası hukuka uyarlanabilirliği sorgulanabilir. Her ne kadar 19. yüzyıldan beri hukukun genel teorisinin merkezinde yer alan geçerlilik konseptleri hukuk olarak adlandırılan her şeye uygulanma iddiasında olsalar da bu iddiaya şüphe ile yaklaşılabılır. Örneğin Fuller’in sekiz ilkesi esasen bir toplum tasavvur etmektedir. Bu toplumun bireyleri, karşılıklı etkileşimlerini düzenleyen makul ve istikrarlı bir hukukun rehberliğinde kendilerini kendileri kalarak gerçekleştirmeli ve bu şekilde “*etken eyleyen*”²⁶⁹ olmalıdır. Peki mevcut hali

²⁶⁶ Van Klink ve Lembcke, 157.

²⁶⁷ Van Klink ve Lembcke, 159.

²⁶⁸ Akı, “Hukukun iç ahlâkı”, 18.

²⁶⁹ “*Hukuk, insan iradesine saygı göstermek zorundadır; yani yurttaşların amaç ve arzularını desteklemeli ve onları birer özne olarak tanımalı, köle ya da mülk gibi görmemelidir.*” Van Klink ve Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, 150.

ile uluslararası “topluluğa”²⁷⁰ da bu kurgu ile yaklaşılabılır mı? Uluslararası topluluğun ana aktörü olan devletler “iyi hukukla etken kılınması gereken eyleyenler” midir, yoksa egemen eşitler midir? Egemen eşitler arasındaki etkileşimin dinamikleri ile Fuller’in kurgusundaki etken eyleyen kılınması gereken bireyler arasındaki etkileşimin dinamiklerinin aynı olmadığı söylenebilir. Tam olarak burada Bódig’in şu iddiası önem kazanmaktadır: Hukuki geçerlilik konseptleri, “özeleştirilmiş” hukuk düzenlerinin politik ve kurumsal dinamiklerini açıklamaya yönelik “*politik kurgulardır*”.²⁷¹

Bódig, geçerlilik konseptlerinin politikliğini meşruiyet kavramını merkeze koyarak açıklar.²⁷² Ona göre hukuki geçerlilik konseptleri esasen bir hukuk sisteminde hangi hukuki iddiaların meşru hukuki iddialar olduğunu belirleyen konseptlerdir ki, bu da esasen politik tercihlere dayanır. Ona göre hukuk “*normatif rehberliğin (normative guidance*²⁷³)” özel bir biçimidir (Ancak normatif rehberliğin tek biçimi değildir. Örneğin ahlaki kurallar da normatif rehberlik sağlar.). Bu rehberlik ise fiziksel bir zorlama değildir; muhatap öznenin niyetlerinin/eylem planının şekillendirilmesi ile ona açık bırakılmış seçenekler arasında tercih yapması için meşru gerekçeler sunar. Normatif rehberliğin “başarısının” ön koşulu ise sunduğu gerekçelerin meşruiyetidir. Gerekçelerin meşruiyetinin ise iki boyutu vardır: rasyonellik ve yetki.²⁷⁴ Rasyonellik boyutu, normatif iddianın içeriğine dair sorunlarla ilgilidir. Bu, hukuk söz konusu olduğunda *substantive* veya *material* geçerliliğe²⁷⁵ benzetilebilir. Yetki ise, normun standart (kural) koymaya yetkili merciden kaynaklanıp kaynaklanmadığıyla ilgilidir (Hukuk söz konusu olduğunda bu biçimsel geçerliliktir.). Belirtilmelidir ki bunlar, genel olarak

²⁷⁰ Erkiner yaygın olarak kullanılan uluslararası toplum ifadesi yerine topluluk ifadesinin mevcut uluslararası ilişkileri açıklamak için daha doğru olduğunu düşünmektedir. Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*, 19-45. Çalışmada özellikle ikinci bölümde Erkiner’in eserinden önemli ölçüde yararlanıldığı için onun kullanımına sadık kalınmıştır.

²⁷¹ Bódig, “Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law”, 221.

²⁷² Bódig, 224-27.

²⁷³ Bódig, “The Issue of Normativity and the Methodological Implications of Interpretivism I”, 124.

²⁷⁴ Bódig, “Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law”, 225.

²⁷⁵ *Substantive* veya *material* geçerlilik, bir normun yürürlüğe konduğu prosedürlere uygunluğu dışında, içeriğinin de belirli değerlerle, ilkelerle ya da üst normlarla uyumlu olması koşulunu taşımasını ifade eder. Bkz. Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, 207-11. Geçerli bir kanunun anayasal bir değerle çatışması buna örnek verilebilir. Fakat Bódig’in rasyonellik boyutu daha geniş kapsamlı olabilir. Örneğin Fuller’in sekiz ilkesinden biri olan “imkansız istememek” de Bódig’in rasyonellik boyutuna dahil edilebilir. Son olarak belirtilmelidir ki *material* geçerlilik, Gözler’in hukuki realizm akımının geçerlilik anlayışlarını nitelemek için kullandığı maddi geçerlilik ile aynı şey değildir. Çünkü oradaki maddi geçerlilik anlayışı, sonucu olgusal bir değerlendirme ile belirlenen etkililik merkezli geçerliliktir. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, 63-71. Fakat *material* geçerlilik normların içeriği ve yorumu ile ilgili olduğu için olgusal değildir. Bu iki konseptin karıştırılmaması için *material* geçerlilik İngilizce olarak kullanılmıştır.

normatif rehberliğin başarı koşullarıdır; sadece normatif rehberliğin özel bir biçimi olan hukukun başarı koşulları değildir. Bu durumda hukuku diğer normatif sistemlerden ayıranın ne olduğu sorusu gündeme gelecektir. Bódig hukuku şöyle tanımlar: “*Hukuk, normatif ve kurumsal bir sosyal pratiktir.*”²⁷⁶ İşte hukukun normatif rehberliğini diğer normatif sistemlerden ayıran, onun bu rehberliği kurumsal yapı ve dinamikler aracılığıyla gerçekleştirmesidir. Hukuk, sadece davranışlara yön veren normlardan ibaret değildir; aynı zamanda bu normların hangi kurumlarca, hangi prosedürlerle, hangi yetkiye dayanılarak oluşturulacağına dair normlar bütünüdür. Bódig buna kurumsal normativite (“*institutional normativity*”) der.²⁷⁷ Bu kurumsallığın iki ana fonksiyonu vardır: yetki verme/atama ve kural koyma/sabitleme.²⁷⁸

Bódig’in hukuk konseptini bu şekilde ortaya koyduktan sonra onun geçerlilik konseptine geri dönebilir. Ona göre geçerlilik konsepti her durumda politiktir. Özetlenirse onun için geçerlilik, bir hukuk sisteminin kendi kurumsallığı içinde normatif rehberlik sağlayabilmesi için gerekli meşruiyeti sağlayan ilkedir. O buna “*geçerliliğin temel konsepti*” demektedir.²⁷⁹ Bu temel geçerlilik, farklı politik sistemler için detaylandırılarak kurgulanır.²⁸⁰ O halde her politik sistemin geçerliliğinin doğası farklı olacağı için, bir politik sistemin geçerlilik konseptini ortaya koymak için o sistemin temel politik arka planını-zeminini ortaya koymak gerekir. Peki bir politik sistem olarak uluslararası hukukta geçerliliğin zemini nedir?

Bódig’e göre çağdaş uluslararası hukukun geçerlilik konsepti biçimseldir; aksiyolojik veya maddi değildir. O, buna dair bir tartışma yürütmemektedir. Sadece onun bakış açısında her biçimsel geçerlilik aynı olmadığı için, uluslararası hukukun da biçimsel geçerliliğinin kendine has durumları olacaktır. Bu kendine has durumların ne olabileceğini ise modern ulus devlete dair bir anlatı ile betimlemektedir. Öncelikle modern uluslararası hukukun (biçimsel) geçerliliğinin merkezinde modern ulus devlet vardır.²⁸¹ Modern ulus devletin karakteristikleri (egemen olması gibi), uluslararası hukukun geçerlilik konseptinin zeminini oluşturur. O halde uluslararası hukukun kaynak teorisinin geçerlilik konsepti; egemene rağmen değil, egemen için

²⁷⁶ Bódig, “The Issue of Normativity and the Methodological Implications of Interpretivism I”, 119.

²⁷⁷ Mátyás Bódig, “The Issue of Normativity and the Methodological Implications of Interpretivism II: The Distinctive Normativity of Law”, *Acta Juridica Hungarica* 54, sy 3 (2013): 207.

²⁷⁸ Bódig, “Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law”, 225.

²⁷⁹ Bódig, 228.

²⁸⁰ “*Ancak pratikte biçimsel geçerlilik için somut ölçütler koymak, hiçbir zaman sadece kavramsal analizle açıklanamaz; bu, belirli kurumsal dinamiklerin ya da bilinçli bir kurumsal tasarımın konusudur.*” Bódig, 228.

²⁸¹ Bódig, 229.

tasarlanmış bir geçerliliktir. Egemen ulus devlet, hukukun ne olduğu ve ne olmadığı konusunda son sözü söylemek ister. Bu, hukuki normatif iddiaların olabildiğince dış etkiden uzak ve izole bir sistemden beslenmesi gerektiği anlamına gelir. Egemen ulus devlet hem son sözü söylemek ister, hem de sözün içeriğinin belirlenmesinde mümkün olduğu kadar gayri resmi etkileri sınırlandırmak ister. Bu da modern ulus devleti hukuki çoğulculuğun karşısına koyar.²⁸² Bu durumu da sadece hukuk merkezinde düşünmemek gerekir. Çünkü modern devlet sadece hukuku değil, her türlü normativiteyi ve bu şekilde otoriteyi de dağıtmak istemez. Bunun uluslararası hukuktaki bir yansıması da, yetkilendirilmediği sürece hiçbir uluslararası kuruluşun herhangi bir otoriteye sahip olamayacağıdır. Yazara göre modern ulus devleti merkeze alarak tasarlanmış bir uluslararası hukuk geçerlilik konsepti, ulus üstü normatif etkileşimlerin ulusötesi hukuka dönüşmesini engellemeye meyilli olacaktır.

Yukarıdaki anlatıya göre birisi biçimselciliğin modern devletin bir sonucu olduğunu söyleyebilir ve bu görece doğru olabilir. Fakat Bódig'e göre bu biçimselcilikten ne anlaşıldığıyla ilgilidir. Biçimsel geçerliliğin de zayıf versiyonları mümkündür. Zaten Bódig'in hukuku kurumsallaşmış normativite olarak tanımlaması bunu göstermek içindir. Ona göre biçimsel geçerliliğin görece zayıf versiyonlarında hukukun üretimi ve yorumlanması sürecinde tek kaynak devlet olmak zorunda değildir. Bu fonksiyonlar, farklı organizasyon yöntemleri ile kurumlara dağıtılabilir. Örneğin sivil fakat kurumsal oluşumların, devlet tarafından koyulmuş hukuk kurallarının içeriğini belirlemesi mümkün kılınabilir. Son olarak Bódig, yukarıda da bahsedilen, süreç olarak hukuk yaklaşımı (*law as a process*) gibi yaklaşımları uluslararası hukukun zaten halihazırda zayıf olan biçimsel geçerlilik kurgusunu açıklama çabaları olarak görmektedir.²⁸³

Her ne kadar çok detaylandırılmamış olsa da, buraya kadar anlatılanlar üzerinden Bódig'in geçerlilik ve hukuk konseptlerinin uluslararası yumuşak hukuk kavramı için ne ifade ettiği ele alınabilir. Öncelikle onun yumuşak hukuk derken ne kastettiği önemlidir. Bódig yumuşak hukuk derken tek başına hukuki yükümlülük doğurmaya elverişli olmayan enstrümanları (*non-legal soft law*) kastetmektedir, kuralları değil (*Legal soft law*'u kastetmez.).²⁸⁴ Yumuşaklığı enstrümanların bir niteliği olarak görür. Fakat yaklaşımı doğrudan artık kategori yaklaşımı değildir. Çünkü mesela bağlayıcı olmayan normatif her enstrümanın yumuşak hukuk olduğunu söylemez. Terpan'ın, yukarıda ele alınan, resmileştirme

²⁸² Bódig, 230.

²⁸³ Bódig, 232.

²⁸⁴ Bódig, 232-35.

sınırlamasına benzer bir sınırlamayı kendi kurumsallaşmış normativite yaklaşımını merkeze koyarak sunar. Buna göre yumuşak hukuk enstrümanları çoğu zaman standart koymayı hedefleyen ve kurumsal kapasitelerle ortaya konmuş “kurumsal” enstrümanlardır. Yani Bódig yumuşak hukuku hukuk olmayandan ayırmak için bir de kurumsallık kriteri getirir (“*institutionally-embedded conception of soft law*”). Bu tür enstrümanların standartlaşmış kurumsal isimlerine de dikkat çeker (*guidelines, resolutions* gibi). Bunlar tek başına hukuki yükümlülük doğuramayacakları için de her zaman sert hukukla etkileşimleri ile hukuki ilgilanlam kazanırlar (“*parasitic on hard law*”). Fakat bu, onların “uygulanmayı bekleyen” normlar olduğu anlamına gelmez. Bu normlar ya uluslararası kuruluşlar ve uzmanlarınca ya da bağlayıcı olmamasına rağmen devlet temsilcileri ve devletlerce uygulanagelmektedir. Sonuç olarak onun yaklaşımı, yumuşak hukuku belirli bir kurumsallaşma düzeyine ulaşmış özel biçimler olarak görmeyi sağlar.

Bódig, yumuşak hukuk enstrümanlarının yaygınlaşmasını ve önem kazanmasını uluslararası hukukun dönüşümü ile ilişkilendirmektedir. Bu konu bir sonraki bölümde daha detaylı ele alınacaktır. Burada örnek vermek gerekirse; uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde farklı aktörlerin etkinlikleri arttıkça, modern ulus devlet merkezli geçerlilik kurgusu çatırdamaya başlamıştır.²⁸⁵ Bódig şu soruyu sorar: Uluslararası ilişkiler giderek kurumsal kapasitelerle artan çok yönlü iş birliklerine dönüşürken ve devletler otoritelerini uluslararası kurumlara devretmeye devam ederken uluslararası hukuk klasik geçerlilik kurgusu ile fonksiyonunu yerine getirebilecek midir?²⁸⁶ Ayrıca Bódig, her geçerlilik kurgusu politik bir kurgu olduğu için, yumuşak hukuku anlamlı kılacak bir geçerlilik kurgusunun da meşruiyetini sorgular.²⁸⁷ Yumuşak hukuk, görece yetkilendirilmemiş kurumlar tarafından bazen devletlere rağmen üretilmektedir. Bu, demokratik meşruiyet ve hukukun üstünlüğü sorununu gündeme getirmektedir. Bazı yazarlar bu sorunlar sebebiyle yumuşak hukuk anlayışının uluslararası hukuka zarar verdiğini düşünmektedir. Bu yazarların görüşleri üçüncü bölümde ele alınacaktır.

²⁸⁵ Bódig, 235.

²⁸⁶ Bódig, 232.

²⁸⁷ Bódig, 240.

1.4. Genel Değerlendirme

Ders kitaplarındaki yumuşak hukuk tanımları incelendiğinde görülmektedir ki tanımlar her ne kadar birbirlerine benzese de ayrıntıya inildiğinde anlamlar bulanıklaşmaktadır. Örneğin yumuşaklığın normların bir niteliği mi yoksa enstrümanların bir niteliğini olduğu sorusu sorulduğunda aslında buna dair bir tercihin kesişim kümeleri olsa da iki farklı konseptin/anlayışın sonucu olduğu görülmektedir. Yumuşak hukuku hukuk olmayandan ayırmak da sorundur. Örneğin her ne kadar bu enstrümanların yazılı olması gerektiği söylene de bu tamamen kurgusal bir tercihtir ve sert hukuk sadece yazılı kurallardan oluşmuyorken yumuşak hukukun neden yazılı olması gerektiği sorusu sorulabilir.²⁸⁸ *Non-state soft law* söz konusu olduğunda ise konuya uluslararası hukukun yanında küresel yönetim, ulusötesi hukuk ve küresel hukuk konseptleri de dahil olmakta; bu şekilde kavramsal çerçeve değişmekte ve uluslararası ilişkilere dair politik konular gündeme gelmektedir. Disipliner sınırları korumak için konuya hukukun genel teorisi ile yaklaşıldığında ise, farklı geçerlilik ve hukuk kurgularının farklı yumuşak hukuk kurgularına götürebileceği görülmektedir. KIRSTE hukuk ve geçerlilik konseptlerini ayırarak aslında basitçe yumuşak hukuk kavramını mümkün kılacak bir çerçeve sunmuşken, HAGE ise geçerliliğe dair teoriyi ve yumuşak hukuka dair pratiği bir araya getirmeyi mümkün kılacak bir yaklaşım önermiştir. FULLER’in görüşlerinin yumuşak hukukla ilişkisinin incelendiği bölümde ise hukuk konseptinin iç ahlakına ve amaçsallığına dikkat çekilerek yumuşak hukuk kavramı için farklı bir bakış imkânı sunulmuştur. Son olarak BÓDIG hukuki geçerlilik konseptinin de aslında politik bir kurgu olduğunu söyleyerek, asıl meselenin aslında hangi geçerlilik kurgusunun uluslararası hukukun fonksiyonunu yerine getirebilmesi için daha iyi olacağı tartışması olduğunu göstermiştir. Bu açıdan yumuşak hukuk kavramının da kaderinin “uluslararası terörizm”²⁸⁹ kavramıyla benzer olduğu söylenebilir.

Eğer yumuşak hukuk mesela Aksar’ın yaptığı gibi “*bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk metinleri*” şeklinde tanımlanırsa bu tanım, her ne kadar hukukun tanımı gereği bağlayıcı olduğu düşüncesi ile çelişkili olduğunu söyleyebilecekler olsa da, müsemması hakkında muhatapına fikir vermek için görece yeterlidir. Eğer bu muhatap bir hukuk fakültesi öğrencisi ise kastedilenin hukuk benzeri veya hukuki ilgisi olan ama bir sebeple bağlayıcı

²⁸⁸ Tabii ki buna yukarıda bahsedilen *formalization* kriteri ile cevap verilebilir. Fakat bu kritere karşı da “Ne kadar bir resmileştirme yeterlidir?” sorusu sorulacaktır.

²⁸⁹ “... devletlerin çatışan menfaatleri, terörizmle mücadelede ve bunun hukuki temeli olması gereken terörizmin tanımında tam bir anlaşmaya varılmasını zorlaştırmaktadır.”. Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdâfaa*, 3. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 172.

olmayan metinler olduğunu anlayabilir. Eğer bu öğrenci uluslararası hukuk dersini almışsa, bağlayıcı olmayan metin dendiğinde de aklına tavsiye niteliğindeki BMGK kararları gelmesi muhtemeldir ve bu sayede yumuşak hukukun muhtemel işlevleri hakkında fikri olacaktır. Söz konusu insan haklarına dair aktivist bir uygulayıcı olursa; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin Genel Yorumlarındaki²⁹⁰ bir yorumu bir uluslararası konferansta dile getirirken, metnin bağlayıcı olup olmadığı hakkında bilgi dahi vermeyebilir. Asıl sorunun, bir devletin insan hakları uygulamaları bağlayıcı olmayan böyle bir metne dayanılarak eleştirildiğinde başlayacağı söylenebilir. Fakat o devletin temsilcileri mahkeme salonları dışında bağlayıcılık itirazının tek başına yetmediğini fark edeceklerdir. Çünkü karşı çıkanları tarafından yumuşak hukukun meşruiyeti ve hukukun üstünlüğüne verebileceği zararlar çeşitli şekillerde dile getirilmiş olsa da bu metinler pratikteki diskur belirleme kabiliyetini, arkalarındaki saygın kurumsal kapasiteler ve değer merkezli manifestolar ile, sürdürmektedir. O halde yumuşak hukuk konsepti değerlendirilirken uluslararası hukukun dönüşen pratikleri ve bunlara sebep olduğu söylenen sosyopolitik arka plan da göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁹⁰ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin denetim organı olan Komite, sözleşmenin yorumlanmasına yönelik bağlayıcı olmayan Genel Yorumlar (*General Comments*) yayınlar. Bkz. Ahmet Ulutaş, *Uluslararası Örgütler Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 68-69.

İKİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI YUMUŞAK HUKUKUN SOSYOPOLİTİK ARKA PLANI

2.1. Giriş

Bu bölümde uluslararası yumuşak hukukun sosyopolitik arka planı, ilgili literatüre “Yumuşak hukuka neden ihtiyacımız var veya yumuşak hukuk neden var?” sorusu sorularak, ana hatları ile ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu sorunun iki ayrı soruya tekabül ettiği söylenebilir. Birincisi, bağlayıcı olmadığı düşünülen veya bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk metinleri kavram ortaya çıkmadan çok öncesinde de varken²⁹¹ neden öğretide yumuşak hukuk diye yeni bir kavrama ihtiyaç duyuldu veya böyle bir anlayış ortaya çıktı? İkincisi ise yumuşak hukuk olarak adlandırılan uluslararası hukuk metinlerine uluslararası ilişkiler sürdürülürken neden ihtiyaç duyulmaktadır? Bu çalışma doğrudan yumuşak hukuk olarak adlandırılan metinlere değil, öğretideki yumuşak hukuk kavramına özgülendiği için bu kısımda cevabı aranan soru ilk sorudur. Fakat bu soruların ayrılabilirliği şüphelidir. Çünkü ikinci soruya benzeyen şu soruya verilecek cevapların ilk sorunun da kısmen veya tamamen cevabı olabileceği söylenebilir: Neden eskisine göre artık daha çok yumuşak hukuk olarak adlandırılan uluslararası hukuk metinleri var? Örneğin; “İşte sayılan bu sebeplerle bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk metinleri arttı ve bu ciddi artış artık bu konuda yeni bir kavramsal çerçeve inşa edilmesini gerektirdi.” denilerek yumuşak hukuk kavramına neden ihtiyaç duyulduğu sorusu cevaplanabilir. Dolayısıyla ikinci soruya cevap ararken ilk soruya cevap bulunabileceği gibi ilk soruya cevap ararken de dolaylı olarak ikinci soruya da cevaplar bulunabilir. Fakat bu çalışmada, tamamen metodolojik bir tercih olarak, vurgu ilk soruyaadır.

En baştan belirtmek gerekir ki bu bölümün amacı bu sorulara tatmin edici cevaplar bulmak değildir. Amaç, literatürde yumuşak hukuk kavramının sosyopolitik arka planı hakkında sunulan anlatıları bir ölçüde hesaba katarak kavramı daha iyi anlamaktır. Yani bu sorular kavramı anlamlandırmak için araç olarak kullanılacaktır. Fakat başka bir çalışmada

²⁹¹ Örneğin yumuşak hukuk olarak kabul edilen BMGK kararları kavramın literatürde yer almaya başladığı 70’li yıllardan öncesinde de vardı. BM öncesi örnekler için bkz. Michael Bothe, “Legal and Non-Legal Norms – a Meaningful Distinction in International Relations?”, *Netherlands Yearbook of International Law* 11 (1980): 71; Matthias Goldmann, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law”, *Leiden Journal of International Law* 25, sy 2 (2012): 336.

doğrudan bu soruların cevaplarına odaklanılması da oldukça önemlidir. Çünkü, örneğin ikinci soruyu ele alırsak, bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk metinleri enflasyonunun nedeninin detaylı açıklaması uluslararası arenada karar vericilerin bu duruma karşı nasıl tepki vermesi gerektiği konusunda rehberlik sağlayacaktır.

Uluslararası yumuşak hukuk literatürünün, özellikle erken dönemi, genellikle bu iki soruya örtülü veya açık olarak cevap vermek üzerine kuruludur. Kavramın literatürde neden ortaya çıktığı sorusuna verilen cevapların neredeyse hepsinin tek bir başlık altında toplanabileceği söylenebilir: Uluslararası hukukun dönüşümü. Bu bölümde yine çalışmanın kapsamı gereği uluslararası hukukun dönüşümü bir fenomen olarak doğrudan incelenip açıklanmayacaktır. Bunun yerine bu dönüşüm ilgili literatürde yumuşak hukukun varlık sebebi hakkında konuşulurken dayandırılan bir anlatı olarak ele alınıp sunulacaktır.

2.2. Uluslararası Hukukun Dönüşümü

Shelton yumuşak hukuku bir “*göreceli normatiflik*” sorunu olarak ele almış ve onu “*Göreceli normatiflik (relative normativity) uluslararası hukukun doğası ve yapısıyla ilgili bir konudur. Normlar hiyerarşisi ve hukukun bağlayıcı olmayan normlardan nasıl ayırt edildiğini belirleyen tanıma kuralları (rules of recognition) meseleleriyle ilgilidir.*”²⁹² şeklinde tarif etmiştir. Normların göreceleşmesi fenomenini de devlet merkezli ve rızaya dayalı bir uluslararası hukuk sisteminde uluslararası topluluğun ortak değer ve menfaatlerini korumak gibi hususlarda uzlaşmacı olmayan devletlerin tutumları karşısında zorluklar yaşanmasına karşılık getirilen iki çözümle (*jus cogens* doktrini ve yumuşak hukuk anlayışı) ilişkilendirmektedir.²⁹³ Erkiner ise uluslararası topluluk kavramını ele aldığı çalışmasında uluslararası ilişkilerde dayanışmanın, evrensel ortak değerlerin ve toplulukçu bağların gelişmesi gibi hususlar sebebiyle ile uluslararası hukukun dönüştüğünü söylemiş; bu dönüşümün uluslararası hukuk kurallarının göreceleşmesi ve uluslararası hukukun normatif değerinin zayıflaması tartışmalarına yol açtığından bahsetmiştir.²⁹⁴ Buna göre denilebilir ki göreceli normatiflik meselesi uluslararası hukukun dönüşümü sonucu ortaya çıkmıştır ve yumuşak hukuk meselesi de göreceli normatiflik meselesinin bir boyutu olduğu için o da

²⁹² Shelton, “International Law and ‘Relative Normativity’”, 137.

²⁹³ Shelton, 139-40.

²⁹⁴ Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*, 21-43.

uluslararası hukukun dönüşümü sonucu ortaya çıkmıştır. Bu durumda dönüşümün ana hatları açılmadan önce göreceli normatiflik meselesini ayrıca ele almakta fayda vardır.

2.2.1. Normların Göreceleşmesi

Göreceli normatiflik tartışmaları Prosper Weil'in 1983 yılında yayınladığı “*Towards Relative Normativity in International Law?*”²⁹⁵ makalesi ile hararetlenmiştir.²⁹⁶ Weil'e göre uluslararası hukukun fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için onun “*iyi kalitede bir normatif düzen*” olması şarttır.²⁹⁷ O, uluslararası hukukun “iyi kalitede” normatif düzen olmasını zorlaştıran ve hukukçuların çabasıyla düzelemeyecek bazı “*yapısal zayıflıklar*” olduğunu kabul eder. Bu yapısal zayıflıkları yaptırım mekanizmalarının zayıflığı, normların “*vasatlığı*” ve yumuşak-programatik hukuk normlarının yaygınlığı şeklinde özetler.²⁹⁸ Weil burada yumuşak hukuk derken *legal soft law*'u/*soft negotium*'u kastetmektedir. Bu anlamdaki yumuşak hukuku bir anomaliden ziyade uluslararası hukukun doğasının sonucu olan yapısal bir sorun olarak görür. Fakat söz konusu bağlayıcı olan-olmayan ayrımına dayalı olan *non-legal soft law* olduğunda ise onu patolojik göreceli normatiflik sorunu olarak görür. Ona göre az önce bahsedilen sorunlar uluslararası hukukun doğası gereği olan ve hukukçuların tespit etmekten başka bir şey yapmaya güçleri yetmeyeceği sorunlarken, göreceli normatiflik sorunu “*entelektüel rahavet*” sonucu olan “*kavramsal zayıflıklar*” sonucudur ve bu tür zayıflıklar hukukçuların çabaları ile düzelebilir.²⁹⁹

Weil göreceli normatifliği, kaliteli bir normatif düzen için tehdit olarak gördüğü için, uluslararası hukukun fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için bir tehdit olarak görür. Göreceli normatifliği iki boyutlu olarak sunar: normatif olup olmama (Hukuk olup olmamayı kastetmektedir.) eşiğinin bulanıklaşması (“*blurring normativity threshold*”) ve değişen

²⁹⁵ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *The American Journal of International Law* 77, sy 3 (1983): 413-42.

²⁹⁶ Weil'in bu makalesi hem yumuşak hukuku bir göreceli normatiflik sorunu olarak ele alan ilk çalışmadır hem de yumuşak hukuk anlayışını kapsamlı bir şekilde eleştiren ilk çalışmalardan biri olması ile literatür için oldukça önemlidir. Erken dönemli ve konuya eleştirel yaklaşan bir eser olması sebebi ilgili literatürün bir süre Weil'in sınırlarını belirlediği tartışma zemininde şekillendiği dahi söylenebilir.

²⁹⁷ Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 413.

²⁹⁸ Weil, 414. Weil'in burada normların vasatlığı derken; kabaca, normların düzenledikleri konular bakımından soyutluğu ve genelliği ile niceliksel yetersizliğini kastettiği söylenebilir. Normların yumuşaklaşmasını da daha ileri bir zayıflık olarak ayırır. Esasen normların vasatlığı ile yumuşaklığı sorunlarının ayrı sorunlardan ziyade madalyonun iki yüzü olduğu da söylenebilir.

²⁹⁹ Weil, 415.

derecelerde normatiflik (“*variable normativity*”).³⁰⁰ Normatiflik eşiğinin bulanıklaşması derken şunu kastetmektedir: Neyin hukuk normu olduğu ve neyin olmadığı ayrımını yapmak uluslararası hukukta zaten zor olmasına rağmen öyle ya da böyle her zaman bunu belirleyen bir eşiğin orada olduğu kabul edilirdi, fakat bazı gelişmeler bu eşiği iyice bulanıklaştırmaktadır. Bunu bulanıklaştıran ise “*patolojik*” *non-legal soft law* fenomeni ve buna bağlı kavramsal yanılgılardır.³⁰¹ Değişen derecelerde normatiflik sorunu derken ise *jus cogens* kurallar, *erga omnes* yükümlülükler, bu yükümlülüklerle karşı *omnium* hakkı ve uluslararası suç ile haksız fiil ayrımı anlayışlarının gelişmesi ile ortaya çıkan normatif belirsizlikleri kasteder.³⁰² Yani göreceli normatifliğin ilk boyutunda hukuk normu ile hukuk normu olmayan arasında ikili ve net bir ayırım yapmak yerine derecelendirme söz konusu iken, ikinci boyutunda hukuk normlarının arasında kurulan belirsiz dereceli ve hiyerarşik ilişki söz konusudur.

Peki bu göreceli normatiflik fenomeninin sebebi nedir? Weil’e göre bunun sebebi “uluslararası hukukun ne için var olduğu” sorusuna artık farklı cevap verilmesidir.³⁰³ Ona göre “klasik” uluslararası hukuk ile çağdaş uluslararası hukukun işlevleri arasında farklar olduğu düşüncesi, bir yanılgıdır. İşlev ve doğa değişmemiştir: farklı çıkarların bir arada var olabilmesini temin etmek ve “*topluluk üyelerinin (devletlerin) ortak hedeflerine hizmet etmek*”. Başkalarının aksine o, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ortaya çıkan yeni durumların bu işlev bakımından bir farklılık oluşturmadığını düşünmektedir. Uluslararası topluluk mevcut durumda egemenlerin eşitliği üzerine kurulu, heterojen ve çeşitlidir. Hatta postkolonyal süreçte yeni devletlerin ortaya çıkması ile bu çeşitlilik artmış ve bahsedilen klasik işlev daha “*hayati*” hale gelmiştir. Ona göre eğer uluslararası hukukun klasik işlevi değişmediyse o zaman onun şu üç klasik karakteristiği de değişmemelidir: hukukun devletlerin iradesi/rızası sonucu oluşması (*voluntarism*), meta değerlere karşı ideolojik nötr olması (“*neutrality*”), ve pozitivist olması. Vurgulamak gerekir ki Weil burada pozitivismi oldukça dar anlamda kullanmaktadır. Uluslararası hukuk için tamamen biçimselci bir hukuki pozitivismin gerektiğini söylemez. Fakat pozitivismin temel iki “özünün” korunması gerektiğini söyler: (1) olan hukuk (*lex lata*)

³⁰⁰ Weil, 415-23.

³⁰¹ Bu durumu şöyle betimler: “Artık bağlayıcılığın sınırlarını kesin biçimde çizebilecek elle tutulur, açık ve hukuki ölçütler kalmamıştır; onun yerine, “bulanık, ara nitelikte, geçici, henüz oluşum sürecindeki, tamamlanmamış” durumlarla karşı karşıyayız. ... Bir başka deyişle, artık uluslararası örgütlerin işlemlerinin normatif gücüne ilişkin olarak “ya vardır ya yoktur” şeklinde net bir cevap verilememektedir; her şey bir derecelendirme meselesine dönüşmüştür.” Weil, 416. “Böylece, uluslararası hukuk normu artık son derece kaçamak bir hedefe dönüşmektedir—ya da daha doğrusu, o denli her yerde mevcuttur ki, sabit bir şekilde tanımlanamaz hale gelmiştir.” Weil, 418.

³⁰² Çalışmanın kapsamı gereği bu hususlarla ilgili detaylara yer verilmeyecektir.

³⁰³ Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 418-23.

– olması gereken hukuk (*lex feranda*) ayrımı ve (2) normatif sistemin kapalı, bağımsız, kendinden menkul olması.³⁰⁴ İşte ona göre yaşanan gelişmelerle normların göreceleşmesi fenomeni uluslararası hukukun bu üç temel karakteristiğine zarar vererek onun işlevlerini yerine getirememesine sebep olmaktadır.

O halde “*hukuk vicdanına*” vurgu yapan ve meta (ahlaki) değerlere karşı nötrlüğün uluslararası hukuku “*ruhsuz kurgusal bir düzen*” yapacağı düşüncelerin yeniden gelişmesi³⁰⁵; ancak birlikte mücadele edilebilecek küresel krizler karşısında eylemlerinden endişe duyulan devletlerin davranışlarını değiştirebilmek için devlet merkezli iradeciliğe³⁰⁶ ve pozitif normlara vurgunun azaltılması gibi hususların yumuşak hukuk anlayışını ortaya çıkardığı söylenebilir. Diğer bir deyişle bu anlatıya göre Weil’in sunduğu üç temel karakteristiğin zayıflaması sonucu normların göreceleştiği ve yumuşak hukuk anlayışının ortaya çıktığı söylenebilir. Peki bu karakteristikleri zayıflatan nedir?

Erkiner’e göre özellikle İkinci Dünya Savaşı’nı takip eden dönemde uluslararası aktörlerin çeşitlenmesi ile uluslararası ilişkilerde devletlerin merkezi rolü zayıflamıştır.³⁰⁷ Ona göre uluslararası ilişkilerde toplulukçu bağlar geliştikçe uluslararası topluluk fikri yeniden şekillenmiştir. Uluslararası topluluğun bir sosyal gerçeklik olarak algılanması ise onu düzenleyen normatif gerçekliği değiştirecektir.³⁰⁸ O halde sosyal olandaki değişikliğin normatif gerçekliği değiştirmesi sonucu normların göreceleştiği ve yumuşak hukuk anlayışının ortaya çıktığı söylenebilir. Esasen Weil’in itirazı da tam olarak bu noktadır:

“‘Uluslararası topluluk’ kavramını ön plana çıkarılması, artan dayanışma bilincini ve ideolojik ve ekonomik farklılıkların ötesine geçen daha büyük bir birlik arzusunu yansıtır; aynı zamanda uzun süredir kendini güçsüz hisseden ve uluslararası örgütlerde elde ettiği yeni çoğunluk konumunu, adalet mücadelesi olarak gördüğü şeyin hizmetine sunmak isteyen Üçüncü Dünya’nın hayal kırıklığını da dile getirir. Devletlerin çoğalması ve çeşitliliğinin artması karşısında, karşı karşıya konmuş bencil çıkarlar bütününden ibaret olan geleneksel uluslararası toplumun ötesine geçme ve ‘ortak iyilik’ ile ortak ‘değerler’ arayışıyla harekete

³⁰⁴ Weil, 421. Pozitivizmin bu iki özünün de ilk iki karakteristik (*voluntarism* ve *neutrality*) için gerekli olduğu söylenebilir.

³⁰⁵ Weil, 422.

³⁰⁶ Shelton, “International Law and ‘Relative Normativity’”, 140.

³⁰⁷ Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*, 21.

³⁰⁸ Erkiner, 30.

geçen bir uluslararası topluluk oluşturma iradesi, her zamankinden daha kıymetli görülmektedir."³⁰⁹

Ona göre, kurgulanan uluslararası topluluk fikrinin ne kadar sosyal gerçekliği yansıttığı şüphelidir. *Jus cogens* kurallar doktrini ile uluslararası topluluğun temel değerlerini korumaya yönelmesine karşın, bahsedilen temel değerlere sahip bir topluluğun varlığına şüpheyile bakar.³¹⁰ "Anlatılan" uluslararası topluluğun sosyal mevcudiyetinin şüpheli olduğunu düşündüğü için de ona bırakılan normatif gücün gerçekte "*fili bir oligarşiye*" bırakılmış olduğunu ifade eder.³¹¹ O zaman Weil'in bakış açısına göre şu söylenebilir: Sosyal olan gerçeklik uluslararası hukukun klasik fonksiyonlarını değiştirecek kadar değişmedi fakat gerçekliğin nasıl algılandığı/yorumlandığı değişti. Bu kurgusal sosyal gerçeklik üzerine de normatif gerçeklik yeniden yorumlandı ve yumuşak hukuk gibi patolojik kurgular üretildi. Bu açıdan bakıldığında Weil'in neden en başta hukukçuların tespit edebileceği fakat çözemeyeceği "yapısal zayıflıklar" ve entelektüel kavrayıştaki zayıflıklar sebebi ile ortaya çıkmış fakat hukukçuların ortadan kaldıracabileceği "kavramsal zayıflıklar" ayrımına gittiği daha iyi anlaşılacaktır.

Sosyal gerçekliğin ne ölçüde değiştiği ve bunun uluslararası hukukun klasik fonksiyonunu değiştirip değiştirmediği tartışması bu çalışmanın doğrudan konusu değildir. Ancak yumuşak hukuk eğer bir sosyal gerçeklik değişiminin sonucu ise, bu değişimin yumuşak hukuk literatüründe genel olarak hangi olgu ve olaylarla ilişkilendirildiğini bilmek, kavramı anlamlandırmak için önemlidir. Fakat bundan önce, bahsedilen değişim ve dönüşümünün dönemlendirmesinin yapılması gerekmektedir.

³⁰⁹ Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", 422.

³¹⁰ Weil, 426.

³¹¹ Weil, 441. Shelton şunu söylemektedir: "*Bağlayıcı olmayan taahhütler (veya anlaşmalar), tam da uluslararası topluluğun, soruna neden olan bir ya da birkaç devletin itirazlarına rağmen acil bir küresel sorunu çözme iradesinin sonucu olarak yapılabilir; bu şekilde, ilgili devletlerin normla bağlı olma konusundaki rızalarının bulunmaması gibi doktrinel bir engelden de kaçınılmış olur.*" Shelton, "International Law and 'Relative Normativity'", 140. Weil'in bakış açısına göre burada bahsedilen uluslararası topluluğun iradesi kurgusal olacağı için, bu durumda üretilen yumuşak hukuk ise gerçekte uluslararası ilişkilerdeki oligarşik yapının dayatmak istediği hukuk olacaktır.

2.2.2. Dönüşümün Dönemlendirilmesi

“Yumuşak hukuk, uluslararası hukukun sosyal gerçekliğinin dönüşümü sonucu devlet merkezli iradeci anlayışın, uluslararası hukukun meta değerlere karşı nötrlüğünün ve (hukuki) pozitivist karakterinin zayıflaması sonucu ortaya çıkan bir konsepttir.” denildiğinde konuyu netleştirmek adına bahsedilen dönüşümün tarihsel, sosyal gerçekliğin ise içeriksel olarak sınırlandırılması gerekir. Çünkü bir şey “sonuç” olarak ele alındığında, onun nedenler silsilesi hem düne kadar götürülebileceği gibi hem de asırlar öncesine götürülebilir ve birçok olgu birbiri ile ilişkilendirilebileceği için değişim faktörleri sayısızca sunulabilir. Bu durumda ilgili literatüre şu sorunun sorulması gerekmektedir: Yumuşak hukuk kavramı/anlayışı/fenomeni, yoğunluklu olarak, ne zaman başlayan ve hangi yakın sosyal dönüşümün³¹² ve faktörlerin bir sonucudur? Örneğin Weil göreceli normatiflik sorununu ele alırken İkinci Dünya Savaşı sonrası “*derin*” dönüşüme atıfta bulunur.³¹³ Allott ise devlet merkezli ve iradeci bir uluslararası hukuk

³¹² Çalışmanın kapsamı gereği burada sadece uluslararası yumuşak hukukun uluslararası hukuktaki sosyopolitik geçmişi sorgulanmaktadır. Fakat yumuşak hukuku anlamlandırmanın tek yolunun bu olmadığı söylenmelidir. Bir anlayış veya kavram olarak onun genel hukuk teorisi ve tarihindeki “entelektüel” geçmişi de aranabilir. Öncelikle yumuşak hukuk konsepti her ne kadar ilk olarak uluslararası hukukta ortaya çıkmış olsa da, daha sonrasında Avrupa Birliği hukukunun ve ulusal hukukların da konusu haline gelmiştir ve yumuşak hukukun entelektüel geçmişi söz konusu olduğunda izlerin sadece uluslararası hukukta bulunmasını gerektirecek bir durum yoktur. Örneğin ilk kısımda yumuşak hukukun Roma hukukunda müeyyidesiz kanun anlamına gelen *lex imperfecta*’yı akla getirebileceğini ve bazı yazarların bu benzerlik ilişkisini kurduğu söylenmişti. O halde genel hukuk tarihinde yumuşak hukukun entelektüel geçmişi aramak için sebepler vardır. Örneğin karşılaştırmalı özel hukukçu Robilant yumuşak hukukun entelektüel kökenleri için Avrupa merkezinde şu iki cevabın ön plana çıktığını söylemektedir: (1) Orta Çağ Avrupa’sındaki hukuki çoğulluk (*legal pluralism*) ve *lex mercatoria*, (2) 19. yüzyıl sonunda ve 20. yüzyıl başlarında Avrupalı biçimcilik karşıtı hukukçular tarafından geliştirilen hukuki çoğulluk ve sosyal hukuk yaklaşımları (Savigny ve Ehrlich gibi). Robilant ayrıca bir konsept olarak “yumuşaklığın”, postmodern epistemolojinin birçok bilim dalını etkileyen bir ürünü olduğunu söyler. Anna Di Robilant, “Genealogies of Soft Law”, *The American Journal of Comparative Law* 54, sy 3 (2006): 499-501. Yumuşak hukuk ile postmodern hukuk anlayışının ilişkisini kuran başka bir çalışma için bkz. Ülker Yükselbaba, “Postmodernizm ve Hukuk”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 74, sy 1 (2016): 152-53. Jansen de yaptığı Avrupa merkezli tarihsel analizde modern çağa kadar tarihin önemli bir döneminde Avrupa hukukunun esasen yumuşak hukuk olduğunu söylemiştir. Bunu, “*yasal olmayan kodifikasyonlar*” olarak adlandırdığı Roma hukukunun temel metinlerinden olan *Digesta* ve kanonik hukukun temel metinlerinden olan *Decretum Gratiani* gibi kaynakların resmi-ilan edilmiş hukuk kaynakları (sert hukuk) olmasalar da sahip oldukları (epistemolojik) otoriteler sebebi ile yumuşak hukuk olarak görülebileceğini söyleyerek desteklemiştir. Ayrıca o da 20. yüzyılın erken dönemlerinde Kantorowicz ve Ehrlich gibi Alman hukukçuların başlattığı “*free law*” hareketinin hukuku yeniden (“*re-discovery*”) devlet ötesi düşünmenin yolunu açtığını söylemektedir. Nils Jansen, “Soft Law: An Historical Introduction”, içinde *Research Handbook on Soft Law*, ed. Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho, ve Ulrika Mörtz, Research Handbooks in Law and Politics (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023), 31-35. Benzer değerlendirmeler tabii ki Avrupa dışındaki hukuk sistemleri için de yapılabilir. Jansen’in kanonik hukuk üzerinden kurduğuna benzer bir anlatı, örneğin, İslam hukukunda hukuk uygulayıcıları ile epistemik otorite sahibi fıkıh metinleri arasındaki dinamik ilişki üzerinden kurulabilir. Bu açıdan yumuşak hukuk konsepti, hukukun daha sivil üretildiği çağların yeni kavramsal çerçevelerle ele alınabileceğini göstermesi bakımından ilgi çekicidir.

³¹³ Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 419.

sisteminin 1945 sonrası dönemde artık sürdürülebilir olmadığını söyler.³¹⁴ Tomuschat’e göre de BM Antlaşması’nın yürürlüğe girmesi ile rızaya dayalı bir uluslararası hukuk sistemi günün gerçeklerini yansıtmamaya başlamıştır.³¹⁵ Son olarak Hoof, “*Rethinking the Sources of International Law*” adlı kitabında İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemin uluslararası hukuk teorisinin “*rönesansı*” olduğunu ve kaynak teorisine dair tartışmaların bu sürecin önemli bir görünümü olduğunu söyler.³¹⁶ O halde mevzu edilen sosyal gerçeklik dönüşümü tarihsel olarak “İkinci Dünya Savaşı sonrası” şeklinde sınırlandırılabilir.

Bu durumda savaş sonrası dönemin genel uluslararası hukuk tarihindeki yerine dair bilinen anlatılara kısaca değinmekte fayda vardır. Çünkü bir göreceli normatiflik sorunu olarak yumuşak hukuk; Weil’in temel karakteristikler olarak sunduğu devlet merkezli iradeci anlayışın, nötrlüğün ve hukuki pozitivizmin zayıflaması ile ilişkili ise, bu karakteristiklerin uluslararası hukuk tarihinde yerinin ne olduğunun vurgulanması da yumuşak hukuku anlamlandırmada önemlidir. Bir kere uluslararası hukukun tam olarak devlet merkezli olması, bir kurum olarak devletin “egemenlik” ile donanmış uluslararası hukuk kişiliğinin belirginleşmesi ile olmuştur.³¹⁷ Uluslararası hukukun teoloji ve ahlaka karşı nötrleşmesi ve doğal hukukun pozitivizmin karşısında gerilemeye başlaması da Vestfalya Barışı (1648) sonrası olarak adlandırılan dönemde başlamıştır.³¹⁸ Bilindiği üzere bu dönemden önceki uluslararası hukuk öğretisi doğal hukuk anlayışı çerçevesinde şekillenmiştir.³¹⁹ Vestfalya’dan Viyana Kongresi’ne (1815) kadar geçen dönem ise pozitivist ve doğal hukuk anlayışlarının bir arada olduğu “*düalistik*” dönem olarak görülmektedir.³²⁰ 19. yüzyılda ise pozitivist doktrinin otoritesini sağlaması ile uluslararası hukukun devlet merkezli iradeci, nötr ve biçimsel kaynak teorisi anlayışına dayanan karakteristikleri oturmuştur.³²¹ Birinci ve İkinci Dünya Savaşı’nda yaşanan felaketler ise devleti merkeze koyan bu karakteristiklerin sorgulanmasına ve örneğin doğal hukukçu kökenlere sahip³²² insan hakları hukukunun uluslararası hukuka dahil edilmesi

³¹⁴ Philip Allott, “Power Sharing in the Law of the Sea”, *The American Journal of International Law* 77, sy 1 (1983), 25.

³¹⁵ Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States without or against Their Will (Volume 241)”, içinde *The Hague Academy Collected Courses Online / Recueil des cours de l’Académie de La Haye en ligne* (Brill | Nijhoff, 1993), 210-11.

³¹⁶ Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 1-2.

³¹⁷ Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*, 288.

³¹⁸ Erkiner, 288-92.

³¹⁹ Shaw, *International Law*, 16.

³²⁰ Stephen C. Neff, “A Short History of International Law”, içinde *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, 5. bs (New York: Oxford University Press, 2018), 3.

³²¹ Neff, 11-18.

³²² Conway W. Henderson, *Understanding International Law* (Wiley-Blackwell, 2010), 287-88.

ve yine doğal hukukçu anlayışla ilişkilendirilebilecek³²³ *jus cogens* doktrininin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.³²⁴ BM'nin öncülüğünde ise devletler arası ilişki biçimleri çeşitlenmiş ve ortak değerler etrafında iş birlikleri artmıştır.³²⁵ Bu yeni dönemde, daha önce devletlerin iç işlerine müteallik hususlar daha yoğunluklu olarak uluslararası hukukun konusu haline gelmeye başlamış; küresel toplulukçu bağlar güçlenmiş ve bu durum “uluslararası hukukçular arasında bir tür galibiyet ruhunun yayılmasına” sebep olmuştur.³²⁶ Friedmann 1964'te yayınladığı eserinde uluslararası hukukun artık sadece devletler arası diplomatik ilişkilerden ibaret olmadığını; düzenlediği konular ve etkilediği öznelerin değişmesiyle “uluslararası birlikte var olma hukukundan” (“international law of co-existence”) “uluslararası iş birliği hukukuna” (“international law of co-operation”) dönüştüğünü söylemiştir.³²⁷

Baxi, yukarıda verilen uluslararası hukukun tarihsel dönüşümü anlatısını yumuşak hukuku merkeze koyarak şu şekilde yeniden yorumlamıştır:

*“Farklı kökenleriyle uluslararası hukuk erken döneminde ... baskın bir biçimde doğal hukuka dayandığı için 'yumuşak' bir nitelik taşımıştır; özellikle 18. ve 19. yüzyıllarda ... pozitivist öğretiyile 'sertleşmiştir'; Milletler Cemiyeti'nin kısa dönemi ve Birleşmiş Milletler'in daha uzun dönemi ise 'yumuşak' hukuka saygınlığını geri vermiş; hatta bazı durumlarda en azından devlet pratiğinin kanıtı olarak statü kazandırmıştır.”*³²⁸

Ancak BM dönemi, bahsedilen hususlar bakımından yekpare değildir. Soğuk Savaş dönemi küresel topluluğa doğru ilerlemeyi yavaşlatmış, BM sistemi görece “felce uğratılarak” tam olarak fonksiyonlarını yerine getirememiştir.³²⁹ Bu sebeple Baxi, yumuşak hukukun BM dönemini; soğuk savaş dönemi yumuşak hukuku ve soğuk savaş sonrası yumuşak hukuku

³²³ Karşıt görüş için bkz. Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*, 61-62.

³²⁴ Marcel M. T. A. Brus, “Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement”, içinde *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman vd. (New York: Springer International Publishing, 2018), 247-48.

³²⁵ Neff, “A Short History of International Law”, 21.

³²⁶ Neff, 22.

³²⁷ Friedmann Wolfgang, *The Changing Structure of International Law* (New York: Columbia University Press, 1964), 60-71. Friedmann'ın bu yaklaşımının yumuşak hukuk literatüründe neredeyse her çalışmada temel anlatı olarak sunulduğu söylenebilir. Örnek için bkz. Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, *European Journal of International Law* 4, sy 3 (1993): 340.

³²⁸ Baxi, “The Softening of Hard Law and the Hardening of Soft Law”, 17-18.

³²⁹ Neff, “A Short History of International Law”, 22.

olarak ikiye ayırmaktadır.³³⁰ Soğuk Savaş sonrası yumuşak hukuku, küreselleşme döneminin yumuşak hukuku olarak görülebilir. Burada şu husus önemlidir: Yumuşak hukuk kavramı uluslararası hukuk öğretisinde 70’lerde doğmuş; 80’lerde tartışılmış ve 90’lardan itibaren muayyen bir literatüre sahip olmuştur. O halde kavram ilk olarak Soğuk Savaş dinamiklerinde (her ne kadar bu dinamikler ilgili tarihlerde git gide zayıflamış olsa da) şekillenmiştir. Küreselleşme döneminin yumuşak hukukunun ise; küreselleşmenin hukuku da küreselleştirmesi³³¹ ile somutlaşan “küresel yönetim” (*global governance*) konseptinin etkisinde şekillenmeye başladığı söylenebilir.³³² Buna bağlı olarak bu çalışmanın savunduğu iddia, Soğuk Savaş dönemi uluslararası yumuşak hukuku ile küreselleşme dönemi yumuşak hukukunun birbirinden ayrı olarak ele alınması gerektiğidir.³³³ Bu iddianın görece kompleks bir açıklaması vardır. Bu açıklamaya geçmeden önce, Alkan-Olsson’ın küreselleşmenin uluslararası hukuka etkisini anlattığı iki ayrı pasaj sunulacak ve iddia detaylandırıldıktan sonra bu pasajlar yorumlanacaktır:

“(1) *Uluslararası hukuk, küreselleşmenin yarattığı değişimlere uyum sağlamak zorunda kalmış; hızlı, esnek, takdir yetkisine dayalı ve ad hoc düzenlemelere yönelik artan talebe cevap verebilmek ve Soğuk Savaş sonrası güç ilişkilerini yansıtabilmek amacıyla değişime uğramıştır.*”³³⁴ (2) *Küreselleşme sürecindeki en önemli gelişmelerden birinin, devlet dışı aktörlerin yükselişi ve bunların uluslararası kural koyma, politika oluşturma ve uygulama süreçlerine katılımı olduğu yaygın biçimde ileri sürülmektedir. Devlet dışı aktörlerin hem resmi hem de gayri resmî hukuk yapıcı kurumlar içindeki hızla artan rolünün, iddia edildiği üzere, hukuk yapma biçimlerinde artan bir heterojenlik ve çoğulculuğa yol açtığı ve ayrıca devletlerin uluslararası hukukun içeriği üzerindeki denetimini azalttığı ileri sürülmektedir.*”³³⁵

Şöyle ki, birinci bölümde *legal soft law*, *non legal soft law* ve *non-state soft law* konseptlerinin uluslararası yumuşak hukuka yönelik birbirinden farklı üç ayrı yaklaşımı temsil ettiği söylenmişti.³³⁶ İşte bunlardan *legal soft law* ve *non legal soft law*’un Soğuk Savaş

³³⁰ Baxi, “The Softening of Hard Law and the Hardening of Soft Law”, 21.

³³¹ Gunther Teubner, ed., *Global Law Without a State*, Studies in Modern Law and Policy (Dartmouth Publishing Company, 1997), Önsöz, xiii.

³³² Bu iddia bir sonraki başlıkta açıklanacaktır.

³³³ Bkz. Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 36.

³³⁴ Alkan-Olsson, 31.

³³⁵ Alkan-Olsson, 36.

³³⁶ Bkz. Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”. Alkan-Olsson bu çalışmasında üç değil, dört rakip yaklaşımı ele alır. Dördüncü yaklaşım olarak “*yumuşak hukukun reddedilmesi*”ni sunar. Bu

dünyasında şekillenen konseptler olduğu, *non state soft law*'un ise küreselleşme döneminde ortaya çıkan bir konsept olduğu söylenebilir. Bu, küreselleşme fenomeni ile *legal soft law* ve *non legal soft law* konseptlerinin *non-state soft law*'a dönüşerek ilgi ve alakalarını kaybettiği anlamına gelmemektedir. Küreselleşmenin uluslararası hukuka etkisine dair aktarılan yukarıdaki pasajlardan ilki Soğuk Savaş dönemi yumuşak hukuku ile ilgiliyken, ikinci pasaj *non-state soft law* konseptinin doğuşu ile ilişkilidir. Burada anlatılmak istenen, Reisman'ın çağdaş uluslararası hukuk yapımını ele alırken sunduğu kavramsal çerçevenin yardımı ile açıklanabilir.

Reisman çağdaş uluslararası hukuk yapımının üç “*tarzı*” (“*modality*”) olduğunu söyler: (1) “uluslararası hukukun klasik yapım biçimi” (“*classical form of international law-making*”), (2) “yetki devri yoluyla hukuk yapımı” (“*delegated law-making*”), (3) “hukukun açık yapım süreci” (“*open process of law-making*”).³³⁷ İlkinde kastettiği, uluslararası hukukun ana aktörü olan devletlerin aralarında akdettiği bağlayıcı olan veya olmayan anlaşmalar vasıtasıyla hukukun yapılmasıdır.³³⁸ İkincisinde kastettiği, özellikle BM Güvenlik Konseyi örneğinde zirvesini bulan, hukukun devletler tarafından doğrudan veya dolaylı olarak yetkilendirilmiş organizasyonlar tarafından yapılmasıdır. Üçüncü tarzı ise şu şekilde açıklamaktadır:

“Bunların ötesinde (diğer iki tarzın), belirli ‘doğru davranış’ beklentilerinin oluşturulduğu ve bu beklentiler karşısında çeşitli yaptırımların çok farklı yöntemlerle³³⁹ uygulandığı geniş bir alan bulunmaktadır. Bu dinamik ve açık iletişim süreci, doğru davranış beklentilerinin şekillendirilmesinde ve sürdürülmesinde kritik roller üstlenen çok çeşitli devlet dışı aktörleri de kapsamaktadır.”³⁴⁰

Reisman'ın burada yaptığı ayrım, geleneksel devlet merkezli hukuk yapımının ötesine geçen bir normatif etki oluşturma süreci ile öznelerin davranışını yönlendirme fenomenini vurgulamak içindir. İlk iki hukuk yapımı tarzına “*state-made law*”, üçüncüsüne ise “*media-*

çalışmada yumuşak hukukun reddedilmesi kavrama dair aksiyoner bir yaklaşım değil, kavrama karşı duran reaksiyoner bir pozisyon olarak görülmektedir.

³³⁷ Reisman, “The Democratization of Contemporary International Law-making”, 23-24.

³³⁸ Reisman burada hukuk yapımını içinde teamül hukukunu almayan dar bir anlamda kullanmaktadır. Öncesinde buna dair kavramsal bir tartışma yapmaktadır. Reisman, 15-22. Fakat bu çalışmada ele alınan konu bakımından bu nüans önemli değildir.

³³⁹ Bahsedilen yaptırımlara örnek olarak politik yaptırımlar, ekonomik yaptırımlar ve itibar kaybettirilmesi gibi sosyal yaptırımlar (naming and shaming) örnek olarak verilebilir.

³⁴⁰ Reisman, “The Democratization of Contemporary International Law-making”, 24.

made law”³⁴¹ demektir.³⁴² Alkan-Olsson ise “*media-made law*”a karşılık olarak “*non-state law-making*” ifadesini tercih etmektedir.³⁴³ Bu çalışmanın konusu bakımından en önemli husus ise, Reisman’ın geleneksel sert hukuk-yumuşak ayrımını çağdaş uluslararası hukuk yapımını artık açıklamaya yeterli olmayan ve “*state-made law*” alanına ait bir kavramsallaştırma olarak görmesidir.³⁴⁴ Bu bakış şöyle yorumlanabilir: Geleneksel yumuşak hukuk kavramı zıttı olan sert hukuk ile kaimdir fakat *media-made law* veya *non-state law-making* alanındaki yumuşak hukukun, en azından kendi normatif evreni içinde, zıttı olarak kaim olabileceği bir “sert hukuk” esasen yoktur. Alkan-Olsson bazı yazarların bu sebeple geleneksel yumuşak hukuk için “*formal soft law*” ve onun zıttı olan *non-state law-making* alanının yumuşak hukuku için ise “*non-state soft law*” dediğini ve bunun bir paradigma değişikliğini işaret ettiğini söyler.³⁴⁵ Alkan-Olsson başka bir yerde *non-state soft law* için “*informal soft law*” ifadesini de kullanır.³⁴⁶ İşte buradaki *formal soft law*’un, Baxi’nin ayrımına göre, Soğuk Savaş döneminde şekillenen yumuşak hukuk konseptine tekabül ettiği söylenebilir.³⁴⁷ Biçimsel olarak geçerli olmadığı için bağlayıcı olmasa da veya barındırılan ifadelerin normatif karakteri zayıf olsa da devlet ve uluslararası örgütlerin ürünü olan *legal soft law* ve *non-legal soft law*’un ise *formal soft law* kümesinin elemanları olduğu söylenebilir. Bu ayrımı göz önünde bulundurarak küreselleşmenin uluslararası hukuka etkisinin anlatıldığı yukarıdaki pasajlar tekrar ele alınırsa şu söylenebilir: İlk pasaj *formal soft law*’un artan etki ve önemini işaret ederken ikinci pasaj *non-state soft law*’un belirginleşmesine ve uluslararası hukuk yapımında paradigmatik değişime işaret eder. Çünkü devletler arası ilişkilerde “*hızlı, esnek, takdir yetkisine dayalı ve ad hoc düzenlemelerin*” artması hususu halen bir göreceli normatiflik sorunu iken, “*devlet dışı aktörlerin yükselişi ve uluslararası kural koyma süreçlerine katılımı*” hususu bir göreceli

³⁴¹ Bu üçüncü tarz için, Alkan-Olsson’ın yaptığı gibi, basitçe “*state-made law*”un zıttı olarak “*non-state law-making*” denebilirdi. Reisman’ın devlet kapasitesi dışında üretilen hukuk için “*media-made*” demesinin sebebi ise, bu tarzın görece demokratikliğine (Burada medya ve demokrasinin ilişkisi göz önünde bulundurulmalıdır.) ve küreselleşmede önemli bir faktör olan enformasyon teknolojilerinin gelişimi ile ilişkisine vurgu yapmak içindir.

³⁴² Reisman, “The Democratization of Contemporary International Law-making”, 24.

³⁴³ Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 36.

³⁴⁴ Reisman, “The Democratization of Contemporary International Law-making”, 19-24. Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 36.

³⁴⁵ Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 36.

³⁴⁶ Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, 191.

³⁴⁷ Tabii ki *formal soft law* konsepti küreselleşmeden sonra anlamını yitirmedi, hatta küreselleşmenin etkisiyle daha da önem kazandı. Fakat bu, ya genel uluslararası yumuşak hukuk kavramının paradigmatik olarak değiştiği veya onun *non-state soft law*’dan tamamen ayrıştırılması gerektiği anlamına gelir. Yani eğer içinde *non-state soft law* da yer alacaksa uluslararası yumuşak hukuk kavramı artık ya sert hukukun zıddı olarak tanımlanmamalı (Çünkü *non-state soft law* sert hukukun değil *formal soft law*’un zıddıdır.) ya da *non-state soft law* derken başka bir yumuşak hukuktan bahsedildiği söylenmelidir.

normatiflik sorunundan ziyade normatif çoğulluk/hukuki çoğulluk ve uluslararası hukukun yapımında etkisi olan kişilerin artması sorunudur.³⁴⁸ Her iki sorun, uluslararası hukukun BM dönemindeki *deformalization*’u fenomeninin bileşenleri olarak görülebilir. Ancak bir hukuki çoğulluk sorunu olarak yumuşak hukuk, bu süreci farklı bir evreye taşımıştır. Bunu anlamak için hukuki çoğulluk sorununun detaylandırılması ve küresel yönetim konsepti ile ilişkisi kurulmalıdır.

2.2.3. Göreceli Normatiflikten Normatif Çoğulluğa

Klabbers, uluslararası yumuşak hukuk literatürünün erken dönemini (1980’ler) kavramı savunma, gerekçelendirme ve literatüre kazandırma dönemi olarak görürken; 90’ların sonlarına doğru kavramın genel olarak kabul görmeye başladığını, temsil ettiği anlayışın etrafında konsolidasyonun oluştuğunu ve artık sadece “*sert hukukun daha gariban kuzeni*” (“*poorer cousin to hard law*”) değil, (sanki ayrı bir normatif alan olarak) “kendinden iyi” görülmeye başladığını söyler.³⁴⁹ Alkan-Olsson bu değişimi betimlemek için şunu söyler: “*Yumuşak hukukun devletler arası ilişkilerde sert hukukun 'yedeği' veya 'ikinci en iyi seçenek' olmaktan çıktığı, özel ve kamu-özel karma aktörlerin norm benzeri faaliyetlerinin başlıca 'hukukileşme biçimi' haline geldiği söylenebilir.*”³⁵⁰ Eğer yumuşak hukuk sert hukukla ilişkisi ile ele alınmayacaksa (yani anlamını sert hukukla ilişkisi üzerinden kazanmayacaksa), bu durumun doğal sonucunun onun sert hukuktan ayrı bir normatif sistem olarak görülmeye başlanması olduğu söylenebilir. O halde normatif görecelilik sorunu olan yumuşak hukuk tek bir normatif sistem içindeki bazı yapısal veya kavramsal zayıflıkların (eğer Weil’in iddiası kabul edilirse) sonucu iken, normatif çoğulluk sorununa dönüşen yumuşak hukuk ise monolitik uluslararası hukuk normatif sistemine alternatif bir yumuşak hukuk normatif sisteminin doğuşuyla ilişkilidir. Fakat bunun olabilmesi için uluslararası hukukun bir normatif sistem olarak düzenlediği sosyal gerçekliğe, bu sosyal gerçekliği oluşturan ilişki türlerine ve bu ilişkilerin tarafları olan kişilerin kim olduğuna dair anlayışın değişmesi veya uluslararası hukukun düzenlediği sosyal gerçeklikteki tekelinin zayıflaması gerekir. Alkan-Olsson buna dair şöyle bir açıklama yapar: “... öne sürülen neden, değişen uluslararası gerçekliktir. Bu, hukukun devletten ayrıştırıldığı ve kamu/özel ayrımının aşıldığı küreselleşme sürecinde ortaya çıkan yeni dünya ile uluslararası hukukun “biçimci ve kanuncu” yapıları arasında bir uyumsuzluk

³⁴⁸ Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 35-36.

³⁴⁹ Klabbers, “Reflections on soft international law in a privatized world”, 315.

³⁵⁰ Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, 196.

yaratmıştır.”³⁵¹ Yani denilebilir ki, küreselleşme ile ortaya çıkan sosyal gerçekliğin geleneksel uluslararası hukuk normatif sistemi ile düzenlenemeyeceği düşüncesi ile yeni arayışlar ortaya çıkmıştır. Küreselleşmenin yeni sosyal gerçekliği belki de tek bir politik otoritenin altında küresel hukuk normatif sistemi ile düzenlenebilirdi; fakat Slaughter’a göre küresel devletin en azından 90’larda henüz istenmiyor oluşu sebebiyle onun yerini küresel yönetim konsepti aldı.³⁵² Küresel yönetim konseptinin çerçevesinde yumuşak hukuk, kendi başına ayrı bir normatif sistem olarak, “yönetim modlarından”³⁵³ biri haline geldi. Peki küresel yönetim konsepti³⁵⁴ nedir?

Küresel yönetim konsepti uluslararası ilişkilerin (sosyal gerçekliğin) ve sistemin doğasının ne olduğuna ve kapsamının ne olduğuna (nelerden teşekkül ettiğine) dair bir yaklaşım farklılığının sonucudur.³⁵⁵ Kavramın erken döneminde onunla ne kastedildiğini Rosenau şöyle açıklamıştır:

*“Küresel yönetim, uluslararası ilişkilerin resmî kurumlar ve örgütler vasıtasıyla yönetiminin sürdürülmesinden daha fazlasını ifade eder. BM sistemi ve ulusal hükümetler, kuşkusuz küresel yönetimin yürütülmesinde merkezi bir konuma sahiptir; ancak bunlar, bütünün yalnızca bir parçasıdır. En azından bu analizde, küresel yönetim, insan faaliyetinin tüm düzeylerinde, aileden uluslararası örgütlere kadar, hedeflerin kontrol yoluyla gerçekleştirilmesinin sınır ötesi yansımaları olan kural sistemlerini kapsayacak şekilde kavramsallaştırılmaktadır.”*³⁵⁶

Finkelstein bu açıklamadan yola çıkarak küresel yönetimi daha özlü olacak şekilde şöyle tanımlamıştır: *“Dolayısıyla küresel yönetim, ulusların yer aldığı alanda”*³⁵⁷ gerçekleşen

³⁵¹ Alkan-Olsson, 191.

³⁵² Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004), 9.

³⁵³ Bu kullanım Peters’den alındı. Bkz. Anne Peters, “Soft Law as a New Mode of Governance”, içinde *The Dynamics of Change in EU Governance*, ed. Udo Diedrichs, Wulf Reiners, ve Wolfgang Wessels, Studies in EU Reform and Enlargement (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011), 21-51. Bir kavram olarak yönetim modu ifadesi için bkz. Oliver Treib, Holger Bähr, ve Gerda Falkner, “Modes of governance: towards a conceptual clarification”, *Journal of European Public Policy* 14, sy 1 (2007): 1-20.

³⁵⁴ Bu çalışmada küresel yönetim, ulusötesi hukuk, küresel hukuk ve normatif çoğulluk (veya hukuki çoğulluk) gibi konseptler, bu tezin disipliner sınırlarını ve kapsamını korumak için, sadece uluslararası yumuşak hukuk kavramının doğasındaki değişimleri gösterme amacına hizmet edecek kadar açıklanmıştır. Bu sebeple konseptler indirgemeci bir yaklaşımla detaylandırılmadan ele alınmıştır.

³⁵⁵ Lawrence S. Finkelstein, “What Is Global Governance?”, *Global Governance* 1, sy 3 (1995): 367.

³⁵⁶ James N. Rosenau, “Governance in the Twenty-first Century”, *Global Governance* 1, sy 1 (1995): 13.

³⁵⁷ “Ulusların yer aldığı alan” ifadesi “uluslararası ilişkilerin cereyan ettiği sosyal gerçeklik alanı” şeklinde de anlaşılabilir.

ya da başka düzeylerde gerçekleşip bu alana etki eden, başkalarını “kontrol etme” veya etkileme amacı taşıyan her türlü amaçsal faaliyettir.”³⁵⁸ Her iki açıklamaya göre de kural sistemleri, başkalarını kontrol etmenin veya etkilemenin araçlarıdır. Buna göre uluslararası hukuk da küresel yönetişimi sağlayan kural sistemlerinden biridir. Kennedy küresel yönetişimi özel hukukla kamu hukukunun ve iç hukuk sistemleri ile uluslararası hukukun bir bileşimi olarak sunmaktadır.³⁵⁹ Buna göre küresel yönetişim perspektifi için kamu-özel ayrımı yoktur; tüm bu kural sistemleri uluslararası arenada cereyan eden sosyal gerçeğliği belirli hedefler için kontrol etme, etkileme araçlarıdır. O halde küresel yönetişim, ismi ile de müsemma olduğu üzere, normatif değil idari-politik bir sistemdir. Bununla birlikte uluslararası ilişkiler arenasında etkisi olan farklı normatif sistemler küresel yönetişimin bir aracıdır. Koskenniemi’ye göre küresel yönetişim bakış açısı geleneksel uluslararası hukukun uzantısı olan BM ve onun uzmanlık kuruluşları gibi çok sayıda organın çeşitli faaliyetlerinin, realist bir yaklaşımla, politik yönünün ön plana çıkarılması veya bu artan aktivitelerin idealist bir yaklaşımla uluslararası topluluğun fiili tezahürü olarak görölmesi sonucu ortaya çıkmıştır.³⁶⁰ Yani realistlerin gözünde uluslararası hukukun politik olarak kavranması; idealistlerin gözünde de uluslararası kuruluşların faaliyetlerinin uluslararası topluluğun küresel ve ortak hedeflere yönelmiş politik faaliyetleri olarak görölmesi, uluslararası hukukun bir etkileme veya kontrol mekanizması olarak ele alınmasına sebep olmuştur. Koskenniemi’ye göre uluslararası hukukun bu şekilde “teknik alet kutusu”³⁶¹ olarak görölmesi onun *deformalization*’una sebep olmuştur.³⁶² Normatif çoğulluk sorunu da burada başlamaktadır. Uluslararası hukuk teknik alet kutusu olarak göröldüğünde eldeki problemi çözmek için kutudan hangi alet alınması gerekiyorsa o alınabileceği gibi başka alet kutularına da göz atılabilir. Normatif çoğulluk sorununun küresel

³⁵⁸ Finkelstein, “What Is Global Governance?”, 368.

³⁵⁹ David Kennedy, “The Mystery of Global Governance”, içinde *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, ed. Jeffrey L. Dunoff ve Joel P. Trachtman (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 39. Kennedy, küresel hukuk ve küresel yönetişim disiplinleri bakımından önde gelen bir akademisyendir. Uluslararası hukukun kaynak teorisini eleştiren bir şekilde ele aldığı ve yumuşak hukuk konseptini de tartıştığı erken dönemli bir çalışması için bkz. David Kennedy, “The Sources of International Law”, *American University International Law Review* 2, sy 1 (1987): 1-96.

³⁶⁰ Martti Koskenniemi, “International Law as ‘Global Governance’”, içinde *Searching for Contemporary Legal Thought*, ed. Christopher Tomlins ve Justin Desautels-Stein (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 200.

³⁶¹ Uluslararası hukukun teknik alet kutusu olarak görölmesi, ona dair her şeyin teknik olarak algılanmasına sebep olmuştur. Bu durumda egemenlik konsepti dahi bir maliyet unsuruna dönüşüp (“*sovereignty cost*”) ekonomi politik bir perspektiften; uluslararası taahhütler bir kredibilite (“*credible commitments*”) ölçeğinde ve oyun teorisinin dinamikleri ile; son olarak yumuşak hukuk enstrümanlarının esnekliği bir işlem maliyeti düşüşü (“*reducing transaction costs*”) olarak ele alınmaya başlanmıştır. Bkz. Abbott ve Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”.

³⁶² Koskenniemi, “International Law as ‘Global Governance’”, 200.

yönetişim perspektifiyle ilişkisini bu şekilde ortaya koyduktan sonra normatif çoğulluk sorunu ve onun yumuşak hukuk ile ilişkisi ele alınabilir.

Klabbers ve Piiparinen normatif çoğulculuğu şu şekilde tanımlamaktadır: “*Davranışın, çeşitli normatif düzenler ya da normatif kontrol sistemleri açısından değerlendirilebileceği ve dolayısıyla, önemli olarak, bu tür çeşitli perspektiflerden de haklılaştırılabileceği düşüncesi.*”³⁶³ O halde normatif çoğulculuk, basitleştirilirse, bir davranışa aynı anda normatif sonuç bağlayan birden fazla normatif sistemin olabileceği ve o davranış örneğin bir normatif sistem olan hukukun nazarında meşru değilken ahlak gibi başka bir normatif sisteme atıfta bulunularak o davranışın meşru görülebileceği düşüncesidir. Klabbers ve Piiparinen’e göre normatif çoğulculuk düşüncesinin uluslararası hukuk düşüncesinde yükselmesinin hikayesi kısaca şöyledir³⁶⁴: İş birliği hukuku anlayışının ortaya çıkmasıyla uluslararası hukukun sadece egemen eşitler arasında bir arada var olabilmeyi sağlayan koordinasyon sisteminden fazlası olması gerektiği düşüncesi ortaya çıktı. Bunun sonucu olarak *jus cogens* kurallar ve *erga omnes* yükümlülükler konseptleri ortaya çıktı. Bu konseptler, sistemin özünde hem normatif olarak hem de (yaptırımları uygulayacak) politik otorite bakımından hiyerarşik olmaması ve bu kuralların/yükümlülüklerin içeriğinin belirlenmesine yönelik politik görüş ayrılıkları gibi hususlar sebebiyle tam işlerlik kazanamadı. Yazarlara göre bu durumun üstesinden gelmek için ise iki farklı çaba ortaya çıktı. Birincisi, insan hakları gibi evrensel ve temel değerler vasıtasıyla uluslararası hukuk sistemini anayasal bir sisteme dönüştürerek esasen onu üstün ve korunması gereken değerlere açık bir normatif sisteme dönüştürme çabasıdır. İkincisi ise, gerektiğinde uluslararası hukuk yerine (onun dominasyonunu azaltarak) başka normatif düzenler vasıtasıyla, onlara atıfta bulunarak istenilen hedeflere ulaşmaktır. Klabbers ve Piiparinen’e göre bu ikinci durum uluslararası hukuktan görece kopuş ve normatif çoğulculuk düşüncesinin yükselişi anlamına gelmektedir. Bu perspektife göre “uluslararası hukuk “imtiyazlı pozisyonunu” kaybetmiş gözükmemektedir ve diğer normatif sistemlerle rekabet etmesi gerekmektedir.”³⁶⁵ Görülebileceği gibi ilk çaba akla daha çok normatif görecelilik fenomenini getirmekteyken, ikinci çaba ise hukuki çoğulluk fenomeni ile ilgilidir. Buradaki anlatının, normatif görecelilik sorunu olan yumuşak hukuk ile normatif çoğulluk sorunu olan yumuşak hukukun ayrı ele alınması gerektiği iddiasını desteklediği söylenebilir. Çünkü yazarlar ilk çabayı adeta

³⁶³ Jan Klabbers ve Touko Piiparinen, “Normative Pluralism: An Exploration”, içinde *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, ed. Jan Klabbers ve Touko Piiparinen, ASIL Studies in International Legal Theory (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 14.

³⁶⁴ Klabbers ve Piiparinen, 15-17.

³⁶⁵ Klabbers ve Piiparinen, 26.

uluslararası hukukun sınırlarını zorlamak olarak görse de uluslararası hukuktan çıkmak olarak değerlendirmezken ikinci çabayı uluslararası hukuktan kopuş olarak görmektedir. İşte normatif çoğulluk sorunu olan yumuşak hukukun da, görece, uluslararası hukuk disiplinine dışsal bir sorun olduğu söylenebilir.

Normatif çoğulluk sorunu olarak ele alındığında *non-state soft law*, uluslararası hukukun rekabet etmesi gereken ayrı bir normatif sistem olarak görünür. Peki bu durumda *non-state soft law* halen, uluslararası yumuşak hukuk kategorisinde midir? Klabbers'e göre uluslararası yumuşak hukuk tartışmalarında her ne kadar bir tanımlama sorunu ve farklı yaklaşımlar olsa da ortak bir varsayım vardır: Yumuşak hukuk *"bir şekilde kamu otoriteleri tarafından kamusal gücün kullanımıyla ilişkili olmalıdır."*³⁶⁶ O halde buna göre *non-state soft law*'un, *state made-law* olmadığı için³⁶⁷, uluslararası yumuşak hukuk kategorisinde ele alınmaması gerekir. Fakat tartışma bu kadar basit değildir. Klabbers bazı yazarların küreselleşmenin etkisi ile kamusal fonksiyonların ve gücün artık sadece devletlerin tekelinde olmadığını, örneğin çok uluslu şirketlerin de belli ölçülerde kamusal fonksiyonları yerine getirdiğinin ve kamusal güce sahip olduğunun tartışılmaya başlandığını işaret eder.³⁶⁸ Alkan-Olsson'a göre de devlet dışı aktörler tarafından ortaya konan enstrümanları yumuşak hukuk gören bir anlayışa, aslında kamusal alan-özel alan ayrımının da reddedilmesi iması içkindir.³⁶⁹ Son olarak şöyle söyler:

*"... yumuşak hukuk kavramı başlangıçta, savaş sonrası devletler arası sosyal gerçekliğin artan karmaşıklığına karşı uluslararası hukukun yapısal yetersizliklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak, devlet dışı aktörlerin artan rolü ... uluslararası yumuşak hukukun doğası ve rolü üzerinde önemli etkiler yaratmıştır. En önemlisi, küreselleşme sürecinde yumuşak hukuk kavramı giderek daha fazla, oluşturulması, uygulanması ve denetlenmesi büyük ölçüde devlet dışı aktörlere dayanan araç ve rejimlerin geliştirilmesinde kullanılmaya başlanmıştır. Bu yeni yoruma göre, yumuşak hukuk artık uluslararası hukukun bir kavramı ve devletler ve uluslararası örgütlerin bir aracı olmaktan çıkmış; bunun yerine, kamu-özel ortaklığına dayalı ulusötesi bir düzlemde özel aktörlerin norm benzeri faaliyetleri haline gelmiştir."*³⁷⁰

³⁶⁶ Klabbers, "Reflections on soft international law in a privatized world", 317.

³⁶⁷ Alkan-Olsson, "Four Competing Approaches to International Soft Law", 192.

³⁶⁸ Klabbers, "Reflections on soft international law in a privatized world", 318-19.

³⁶⁹ Alkan-Olsson, "Four Competing Approaches to International Soft Law", 192.

³⁷⁰ Alkan-Olsson, 192.

O halde *non-state soft law*'u uluslararası yumuşak hukukun bir bileşeni olarak görmek ancak Alkan-Olsson'ın dediği gibi uluslararası hukukun kaynak ve kişiler teorisine dair bir paradigma değişimini gerektirir. Esasen Özkan'ın "*uluslararası hukuktan ulusötesi hukuka geçiş*"³⁷¹ olarak adlandırdığı süreç; küresel hukukun bir disiplin olarak boy göstermesi ve küresel yönetim perspektifinin ortaya çıkması gibi hususların, normatif çoğulluk fenomeni karşısında bir paradigma değişiminin sonucu olduğu söylenebilir. Her üç örnekte de uluslararası hukukun uluslararası hukuk olarak kalamadığı gözükmemektedir. Bu da *non-state soft law* kavramını uluslararası hukukun disipliner sınırlarına sadık kalarak açıklamanın zorluğunu göstermektedir. Örneğin Berman, küreselleşme döneminin hukukunun ve sosyal gerçekliğinin kompleks yapısını açıklamak için uluslararası hukukun kısıtlayıcı disipliner sınırlarının ötesine geçilmesi gerektiğini; ulusötesi hukuka ve yönetim konseptlerine vurgu yapmanın bu yönde adımlar olduğunu ifade eder.³⁷² İşte bu sebeplerle *non-state soft law* konseptini "uluslararası yumuşak hukuk" çatısı altında ele almamak haklı gözükmemektedir. Belirtmek gerekir ki bu, *non-state soft law*'un çağdaş uluslararası hukukun kaynak teorisi bakımından ilgisiz ve önemsiz olduğunu iddia etmek değildir; sadece kavramsal berraklık adına uluslararası yumuşak hukuk konseptini sınırlandırmaktır. O halde aynı iç hukuk sistemlerine ve AB hukukuna ait olan yumuşak hukuk konsepti bu çalışmanın kapsamı dışında bırakıldığı gibi, ulusötesi hukukun ve küresel hukukun kaynağı olarak veya küresel yönetimin yönetim modlarından biri olarak görülebilecek *non-state soft law* da bu çalışmanın disipliner sınırlarının dışında bırakılmıştır.

2.3. Yumuşak Hukuk Anlayışını Ortaya Çıkartan Sosyopolitik Faktörler

Bu bölümün buraya kadarki kısmında yumuşak hukuk anlayışının uluslararası hukukun dönüşümündeki yeri saptanmaya çalışılmıştır. Bu kısımda ise bahsedilen dönüşümün sosyopolitik ana faktörleri detaylandırılacaktır. Bunun öncesinde çalışmanın kapsamı ve metodolojisi hakkında önemli bir hatırlatma yapmakta fayda vardır. Aşağıda sayılacak faktörler örneğin şu sorunun cevabı değildir: Bağlayıcı olmayan anlaşmalar neden vardır?³⁷³ Daha önce de vurgulandığı gibi BM kurulmadan çok önce de bağlayıcı olmadığı düşünülen anlaşmalar vardı. Fakat yumuşak hukuk konsepti bu tür enstrümanlara farklı bir hukuki değer atfetmek

³⁷¹ Özkan, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk*, 105.

³⁷² Paul Schiff Berman, "From International Law to Law and Globalization", *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005): 485-86.

³⁷³ Doğrudan bu sorunun cevabını arayan bir çalışma için bkz. Charles Lipson, "Why are Some International Agreements Informal?", *International Organization* 45, sy 4 (1991): 495-538.

veya bu tür bazı enstrümanların pratik etkilerini vurgulamak için öğreti tarafından sonradan ortaya çıkarılmıştır. Yani aşağıda ele alınacak faktörler, uluslararası yumuşak hukuk literatürünün özellikle erken dönem yazarlarının anlayışlarının şekillenmesinde etkili olan sosyopolitik olgulardan ibarettir. Fakat amaç ne bu faktörleri tüm detayları ile ele almak ne de tüm faktörleri saymaktır. Bu nedenle çalışmada sadece bazı önemli olduğu söylenebilecek faktörler uluslararası yumuşak hukuk kavramını daha iyi anlamaya hizmet ettiği ölçüde ve kısaca ele alınacaktır.

Literatürde yumuşak hukuk kavramını yazılı bir eserde ilk kez kullanan kişi olan René Jean Dupuy (RJ Dupuy), gelinen noktada (1977) UAD Statüsünün 38. maddesinin “*sütunlarının çatladığını*” ve bunun şu iki olgu sebebiyle olduğunu söyler: teknolojik gelişmeler ve gelişmekte olan ülkelerin sahneye çıkışı.³⁷⁴ Pierre-Marie Dupuy (PM Dupuy) ise sosyal bir olgu olarak yumuşak hukuku ortaya çıkartan üç “*sosyal sebep*” (“*social reasons*”) olduğunu söyler: (1) İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ortaya çıkan ve “*BM ailesinin*” başını çektiği bölgesel/evrensel kurumsal ağın varlığı; (2) 1950’lerin sonlarından itibaren “*az gelişmiş*”³⁷⁵ yeni ülkelerin uluslararası arenaya katılmalarıyla “*dünya topluluğunda*” sayısal çoğunluğu teşkil etmeye başlamaları; (3) uluslararası ekonomik sistemin geçirdiği evrim, devletlerin birbirlerine daha bağımlı hale gelmesi ve bilimsel-teknolojik gelişmelerin ivmelenmesi gibi hususların sonucunda yeni faaliyet alanlarının ve bu alanlar sonucu ortaya çıkan yeni hukuk branşlarının oluşması.³⁷⁶ PM Dupuy bu sebeplerden ilkinin yapısal bir sebep olduğunu vurgular.³⁷⁷ Uluslararası örgütlerin kurumsal yapılarının; dünya topluluğunun üyesi olan devletlerin politik, ekonomik ve normatif tartışmalarını iş birliği içinde yürütmeleri için bir fırsat sunduğunu ve aynı yapıların giderek artan şekilde devlet dışı aktörlere de alan açması ile “*uluslararası kamuoyunun*” yansıtılabilme imkanının oluştuğunu söyler. İkinci sebebi ise, az gelişmiş devletlerin sayısal çoğunluğu elde ettikten sonra kendileri sahneye çıkmadan önce güçlü devletler tarafından kurulan *status quo*’yu değiştirebilmek için yumuşak hukuk enstrümanlarını araç olarak kullanması şeklinde açıklamaktadır.³⁷⁸ Son olarak üçüncü sebebin sonucunda, özellikle teknolojik-bilimsel gelişmelere ayak uydurabilecek esnek normatif

³⁷⁴ Dupuy, “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to ‘Soft Law’”, 247.

³⁷⁵ Aşağıda ele alınacağı üzere bu ülkeler için yumuşak hukuk literatüründe daha çok Üçüncü Dünya ülkeleri ifadesi kullanılmaktadır.

³⁷⁶ Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, 1991, 420-22.

³⁷⁷ Bundan kastının şu olduğu söylenebilir: Yumuşak hukuk uluslararası örgütlerin “*varlığının*” ve faaliyetlerinin “*dallanıp budaklanmasının*” doğal sonucudur; diğer bir deyişle kurulu sistemin kendisi bu sonuca götürmüştür.

³⁷⁸ Bu durum Shaffer ve Polack’ın kavramsallaştırdığı ve ilk bölümde açıklanan “yumuşak hukuk ile sert hukukun antagonistik ilişkiye girmesi” hususuna örnek olarak verilebilir.

enstrümanlara olan ihtiyacın arttığını ve bu sebeple yumuşak hukuk enstrümanlarının önem kazandığını söylemektedir. Yazar bu üç sebebin birbiriyle ilişkili olduğunu ve esasen aynı sonuca götürdüğünü iddia eder: “(ihtiyaç duyulan) *Yeni normların istikrarlı şekilde evrilmesi ve uyarlanması, genellikle uluslararası örgütlerin çeşitli organlarında gerçekleşen sürekli bir yeniden müzakere sürecini gerekli kılar.*”³⁷⁹ Başka bir deyişle bu üç sosyal sebebin, uluslararası hukukun yapımında uluslararası örgütlerin kurumsal kapasiteleri ile yürütülen “müzakerenin” ve “süreçlerin” önem kazanmasına neden olduğunu savunmaktadır.

Görüldüğü üzere RJ Dupuy iki sebep öne sürmüştür; PM Dupuy’un birinci sebebinin saymamıştır. Fakat eğer çalışması incelenirse onun da BMGK kararlarının bu süreçte önemli olduğunu vurguladığı görülecektir. Sonuç olarak bahsedilen sosyal sebepler şu şekilde özetlenebilir: İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan uluslararası sistemin dinamikleri, uluslararası topluluğun sonradan katılan devletlere göre yeniden şekillenmesi, yeni gelişmeler sonucu devletler arası iş birliği ve müzakerenin önem kazanması ve tüm bu süreçlerde BM’nin başını çektiği uluslararası örgütlerin aldıkları roller.³⁸⁰ Alkan-Olsson da benzer bir anlatı kurar:

*“Uluslararası yumuşak hukuk, savaş sonrası dönemde, uluslararası kamu hukukunun yapısal yetersizliklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu yetersizlikler, esas olarak uluslararası hukukun (konuları bakımından) kapsamının ve aktörlerinin genişlemesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu değişiklikler büyük ölçüde, BM’nin kurulmasının ardından artan ve yoğunlaşan uluslararası faaliyetlere ve Soğuk Savaş ile dekolonizasyon sürecinin tetiklediği egemen devlet sayısındaki artış sonucunda uluslararası toplumun daha heterojen hale gelmesine atfedilebilir.”*³⁸¹

Sayılan sebeplerde BM sistemine hep bir vurgu olduğu söylenebilir. Zaten geleneksel kaynak teorisinin yeniden ele alınması ve yumuşak hukuk tartışmaları, en başta bağlayıcı olmayan BMGK kararlarının hukuki etkileri üzerinden başlamıştır.³⁸² Dekolonizasyonun ardından Üçüncü Dünya ülkelerinin *status quo* ile mücadelesinde de BMGK kararlarının önemli bir yeri vardır.³⁸³ Literatürde yumuşak hukukun savaş sonrası dönemdeki ilk önemli

³⁷⁹ Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, 1991, 421.

³⁸⁰ Uluslararası hukukun yapımında uluslararası örgütlerin rollerine dair kapsamlı bir çalışma için bkz. José E. Alvarez, *International Organizations As Law-Makers* (New York: Oxford University Press, 2006).

³⁸¹ Alkan-Olsson, “Four Competing Approaches to International Soft Law”, 179.

³⁸² Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 179-80; Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, 305; Klabbers, “Soft Authority in Global Governance”, 169.

³⁸³ Chinkin, “The Challenge of Soft Law”, 1989, 853.

görünümü olarak da genelde bağlayıcı olmayan BMGK kararı olan 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi gösterilir.³⁸⁴ O halde tüm bu anlatılara göre yumuşak hukuku ortaya çıkaran ana faktörler şu başlıklar altında ele alınabilir: Birleşmiş Milletler Sistemi, “Üçüncü Dünya”nın³⁸⁵ Yükselişi, “Antroposen” Etkisi³⁸⁶ ve Küreselleşme.

2.3.1. Birleşmiş Milletler Sistemi

Yumuşak hukuk anlayışının ortaya çıkmasının sebebi olarak, uygun bir anlatı kurularak, sadece BM Sistemi’nin yapısı dahi öne sürülebilir. Bu, örneğin BM Antlaşması’nın UHK’nin de kuruluşunun [Resolution 174(II)] dayanağı olan 13. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi üzerinden bir anlatı kurarak yapılabilir. İlgili kısım şu şekildedir: “1.Genel Kurul, şu amaçlarla çalışmalar yapılmasına önayak olacak ve tavsiyelerde bulunacaktır:

a. Siyasal alanda uluslararası iş birliğini geliştirmek ve uluslararası hukukun tedrici gelişmesini (progressive development of international law) ve kodifikasyonunu teşvik etmek.”³⁸⁷

İşte Chinkin yumuşak hukuk fenomenini açıklarken bu madde ile Genel Kurul’a verilen fonksiyonlara atıfta bulunup bağımsızlığını sonradan kazanan ülkelerin Genel Kurul kararlarını uluslararası hukuku geliştirmek için doğrudan kullandığından bahseder.³⁸⁸ Başka bir eserinde ise bu devletlerin o dönemde Genel Kurul kararlarını sadece tavsiye niteliğinde görmediklerini; onları hukuk yapan enstrümanlar olarak lanse etmeye/sunmaya başladıklarını söyler.³⁸⁹ Bu trendin bir örneği olarak 1982-1985 yılları arasında UAD Başkanlığı da yapmış olan Nijeryalı

³⁸⁴ Bkz. Baxi, “The Softening of Hard Law and the Hardening of Soft Law”, 18.

³⁸⁵ Literatürde dekolonizasyon sonrası uluslararası topluluğa katılan devletler için genelde Küresel Güney (*Global South*) ve Üçüncü Dünya (*Thirld World*) ifadeleri kullanılmaktadır. Örn. Goldmann, “We Need to Cut Off the Head of the King”, 356; Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 70.

³⁸⁶ Baxi, bilimsel-teknolojik gelişmeler sonucu devletlerin iş birliği ile hareket etmesini zorunlu kılan problemlerin ortaya çıkması ve bu sebeple yumuşak hukuk enstrümanlarının önem kazanması fenomenini “*Anthropocene*” etkisi olarak sunmaktadır. Baxi, “The Softening of Hard Law and the Hardening of Soft Law”, 27-31. Crutzen tarafından yapılan kavramsallaştırmaya göre Antroposen dönemi, kısaca, insanlığın ulaştığı gelişmişlik düzeyinin doğa üzerinde geri dönülemez etkiler bıraktığı dönemdir. Bkz. Paul J. Crutzen, “The ‘Anthropocene’”, içinde *Earth System Science in the Anthropocene: Emerging Issues and Problems*, ed. Eckart Ehlers ve Thomas Krafft (Berlin, Heidelberg: Springer, 2006), 13-18.

³⁸⁷ United Nations, “Charter of the United Nations”, 1945, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>.

³⁸⁸ Christine Chinkin vd., “A Hard Look at Soft Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 82 (1988): 389.

³⁸⁹ Christine Chinkin, “Normative Development in the International Legal System”, içinde *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, ed. Dinah Shelton (New York: Oxford University Press, 2000), 22.

yargıç Taslim Olawale Elias'ın 1972 yılında yazmış olduğu “*Modern Sources of International Law*”³⁹⁰ makalesi verilebilir. Elias bu makalede, özetlenirse, BM Sistemi içerisinde UHK gibi yapıların faaliyetlerini ve Genel Kurul'un çok sayıda kararını, eski gördüğü devlet merkezli ve rızaya dayalı uluslararası hukuk yapımı karşısında uluslararası hukukun yeni kaynakları olarak sunmuştur. Bu gibi örnekler çeşitlendirilebilir.³⁹¹ Verilmek istenen ana fikir şudur: Eğer BM sistemi içerisinde BMGK gibi kolaylıkla uluslararası topluluğu temsil ettiği³⁹² iddia edilebilecek bir organ tasarlanıp bu organ “uluslararası hukukun tedrici gelişimini teşvik etme” fonksiyonu ile donatılırsa o organın demokratik meşruiyeti haiz kararlarının “kapalı” normatif sistemin dışında tutulması o kadar kolay olmayacaktır. Böyle bir durumda bazı yazarların bu kararların, her ne kadar bağlayıcı olmadığı kabul edilse de, uluslararası hukukun çağdaş yapımında önemlerini vurgulamak ya da onların fiili önemlerine hukuk teorisinde yer açmak için yumuşak hukuk kavramını ortaya atmaları şaşırtıcı olmasa gerektir.³⁹³

Tomuschat, Genel Kurul'un adeta bir parlamento gibi temsil organı olmasını fakat buna rağmen anlamlı herhangi bir hukuk yapma gücüne sahip olmamasını bir “*ikilem*” olarak adlandırır.³⁹⁴ 60'lar ve 70'ler boyunca Genel Kurul'un hukuk yapma yetkilerini genişletmek için teorik girişimler olduğunu fakat bu görüşlerin geniş destek görmediğini; bunun yerine kararların devletlerin *opinio juris*'ini gösterebileceği görüşünün daha geniş destek bulduğunu

³⁹⁰ T. Olawale Elias, “Modern Sources of International Law”, içinde *Transnational law in a changing society: essays in honor of Philip C. Jessup*, ed. Wolfgang Friedmann, Louis Henkin, ve Oliver James Lissitzyn (New York: Columbia University Press, 1972), 34-69.

³⁹¹ Bu trendin başka bir örneği olarak, 1973 yılında Genel Kurul Başkanı Leopoldo Benites'in 28. Dönemin açılışında yaptığı konuşmanın şu kesiti verilebilir: “79- BM'nin bir süper-devlet ya da dünya hükümeti olduğuna inanmaktan çok uzağım. Bununla birlikte, dünyayı baskın etki alanlarına tabi kılma eğilimi ve Genel Kurul'un yetkilerini küçümseme yönündeki genel tutum karşısında, kişisel kanaatimi bir kez daha vurgulamak isterim: Henüz emekleme aşamasında ve belirsiz bir dünya hükümeti formu olarak uluslararası kamuoyunu temsil eden Genel Kurul'un, gelecekteki acil sorunlarla başa çıkabilmek için faaliyetlerini güçlendirmek gerekmektedir. Aynı şekilde, uluslararası ekonomik iş birliğinin koordinatörü konumundaki Ekonomik ve Sosyal Konsey'in de güçlendirilmesi gerekir. 80- Yalnızca Güvenlik Konseyi kararlarının bağlayıcı olduğu yönünde bir eğilim hala mevcuttur. Bu kararların bağlayıcı olduğu açıktır ve Antlaşma'nın 25. maddesi bu bağlayıcılığı açıkça teyit etmektedir. Ne var ki bazı devletler bu bağlayıcılığı küstahça bir umursamazlıkla görmezden gelmektedir. Buna karşın ben Genel Kurul'un karar ve bildirimlerinin bağlayıcılığının hukuki temelini, çok taraflı bir antlaşma tarafları açısından nasıl bağlayıcı ise, Antlaşma hükümleri tarafından kendilerine kazandırılmış olan bağlayıcı nitelikte yattığına inanmaktayım.” United Nations Digital Library, “General Assembly, 28th Session: 2117th Plenary Meeting (Opening Meeting), Tuesday, 18 September 1973, New York”, par. 79-80, erişim 02 Mayıs 2025, <https://digitallibrary.un.org/record/646081>.

³⁹² Olawale Elias sosyalist bloktaki bazı yazarların Genel Kurul kararlarını “*insanlığın gelişen hukuk vicdanının*” göstergesi olarak gördüğünü söylemektedir. Elias, “Modern Sources of International Law”, 48.

³⁹³ Klabbers, “Soft Authority in Global Governance”, 169.

³⁹⁴ Tomuschat, “Obligations Arising for States without or against Their Will”, 331.

söyler.³⁹⁵ Kendisi ise BM Kurucu Antlaşması'nın Genel Kurulu “*evrensel yasama organı*” kılmaktan açıkça geri durduğunu; eğer böyle olsaydı demokratik açıdan örneğin Çin'in ve San Marino gibi az nüfuslu ülkelerin aynı oy hakkına sahip olmasının anlamlı olmayacağını düşünmektedir.³⁹⁶ Fakat burada fark edilmesi gereken, örneğin, Olawale Elias gibi yazarların Genel Kurul kararlarını hukuk kaynağı olarak sunarken bunu direkt olarak Kurucu Antlaşmayı yorumlayarak yapmadıkları; iş birliği hukuku gibi konseptlerin sunduğu analitik imkanlarla ve uluslararası hukukun geçirdiği evrimi vurgulayarak olması gerekeni çağırdıklarıdır.³⁹⁷ Burada bir hukuki yorum varsa bile onun reformist-ilerlemeci temayüllerle beslendiği, tartışmanın aslında BM sisteminin vaat edebileceklerine yönelik politik bir tartışma olduğu söylenebilir. Bu kısımda gösterilmek istenen, Kurucu Antlaşma'nın 13. maddesinin bu tür politik tartışmalar için nasıl bir zemin oluşturduğudur. Yine sistemin başka karakteristikleri üzerinden benzer bir anlatı kurulabilir. Önemli olan Weil'in düşündüğü gibi sadece *legal soft law* tartışmalarının yapısal sorunlardan kaynaklanmadığının, BM sistemini işaret ederek *non-legal soft law* (Genel Kurul kararları örneğinde olduğu gibi) tartışmalarının da yapısal sorunların doğal sonucu olduğunun söylenebileceğidir. Sonuç olarak, önceki başlıklarda ele alındığı gibi, *non-state soft law*'un küreselleşmenin yumuşak hukuku olduğu söylenirse *formal soft law*'un da bizzatihi BM sisteminin yumuşak hukuku olduğu söylenebilir. Fakat alternatif bir sosyal gerçeklikte BM sisteminin zorunlu olarak yumuşak hukuk fenomenini ortaya çıkarmayacağı da iddia edilebilir. Bazı yazarlar yumuşak hukuk fenomeninin ortaya çıkmasına sebep olarak sadece uluslararası topluluğun genişleyip heterojenleşmesini sunmaktadırlar.³⁹⁸ O halde eğer BMGK'yı teşkil eden devletler homojen bir yapıda kalmaya devam etseydi, belki de kararlarının bağlayıcılığı daha az tartışılacaktı. Bu açıdan bakıldığında yumuşak hukuk konseptinin ortaya çıkmasındaki en önemli faktörün dekolonizasyon sonrası Üçüncü Dünya ülkelerinin yükselişi ile uluslararası topluluğun kompozisyonunun değişmesi olduğu da söylenebilir.

³⁹⁵ Tomuschat, 331-32.

³⁹⁶ Tomuschat, 333.

³⁹⁷ Bkz. Elias, “Modern Sources of International Law”, 49.

³⁹⁸ Örn. Olufemi Elias ve Chin Lim, ““General Principles of Law”, ‘Soft’ Law and the Identification of International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law* 28 (1997): 46.

2.3.2. “Üçüncü Dünya”nın Yükselişi

Eğer *formal soft law* (ve göreceli normatiflik³⁹⁹) BM sisteminin doğal bir sonucu ise, bu sonucun yoğun olarak hissedilmeye başlanmasının Üçüncü Dünya’nın yükselişiyle olduğu söylenebilir. Çünkü Genel Kurul kararlarının hukuki niteliği en çok Üçüncü Dünya ülkelerinin yükselişi ile tartışılmaya başlanmıştır. RJ Dupuy’a göre yumuşak hukuk fenomeni, bağımsızlığını sonradan kazanmış fakir halkların devlet olabildikten sonra tarihi sosyal eşitsizlik sorunlarını düzeltebilmeleri için geleneksel kaynak teorisinin yetersiz kalması sebebiyle girilen yeni hukuk yapma enstrümanları arayışının sonucunda çıkmıştır.⁴⁰⁰ Yani antlaşmalar, teamül hukuku ve hukukun genel prensipleri *status quo*’yu değiştirmek için elverişli değillerdi ve hatta belki de en başta *status quo*’yu koruyacak şekilde tasarlanmışlardı. Bu durum şöyle açıklanabilir: İlk olarak antlaşmalar rızaya dayalıdır ve taraf olmayan güçlü devletler için etkileri sınırlıdır. Hukukun genel prensipleri ise UAD Statüsünün 38. maddesinin “*medeni milletlerce kabul edilen hukukun genel prensipleri*”⁴⁰¹ lafzı sebebiyle haddi zatında emperyal *status quo*’nun sac ayağı gibi görünmektedir. Teamül hukukunun ise, Üçüncü Dünya ülkelerinin devrimsel beklentileri bakımından, elverişli olabilmesi için onu oluşturan iki element olan devlet pratiği ve *opinio juris*’in teamül kuralının oluşumu için yakın öneme sahip olduğunu söyleyen klasik bakış açısının değişmesi gerekmektedir.⁴⁰² Yani teamül hukukunun oluşumunda zamandan ve istikrarlı devlet pratiğinden ziyade, uluslararası toplumun hukuk bilincini temsil edecek şekilde, *opinio juris*’e önem verilmeliydi. İşte RJ Dupuy o dönemde Üçüncü Dünya ülkelerinin hem teamül hukuku doktrinini yeniden formüle etmeye giriştiklerini hem de hukuk yapımı için geleneksel kaynaklar dışında yeni araçlar arayışına girdiklerini ve BMGK kararlarının bu sebeple “*programmatory law*” olarak önem kazanmaya başladığını söylemektedir.⁴⁰³

³⁹⁹ Fastenrath göreceli normatifliğin tüm hukuk teorileri için engellenemez bir sorun olduğunu; hukuki önerme ve kavramların ise bu sorundan kaynaklanan belirsizlikleri belli bir yere kadar yatıştırabileceğini söylemektedir. Uluslararası hukukun bir ölçüye kadar homojen olan Batılı devletler sisteminin sınırlarının dışına çıkması ile (yani Üçüncü Dünya ülkelerinin sahneye katılımı ile) göreceli normatiflikten kaynaklanan belirsizlerin arttığını söylemektedir. Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, 338.

⁴⁰⁰ Dupuy, “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to ‘Soft Law’”, 247-52.

⁴⁰¹ United Nations, “Statute of the International Court of Justice”, 1945, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>.

⁴⁰² Dupuy, “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to ‘Soft Law’”, 249.

⁴⁰³ Dupuy, 254.

Ingelse'e göre bu durumun arkasında, gelişmemiş ülkelerin uluslararası hukuku Batılı devletlere hizmet eden bir sömürü aracı olarak görmesi fikri vardır.⁴⁰⁴ Mevcut uluslararası hukuk kuralları onlar siyaset sahnesine çıkmadan önce (onlar sömürge altındayken), dolayısı ile onların rızası olmadan, oluşmuştu ve değişmelilerdi. Bu, *“hukukun nasıl oluşturulduğuna dair biçimsel gereklilikleri ifade eden “yasallık” (legality)”* karşısında *“hukuk ile uluslararası topluluk arasındaki maddi bağı temsil eden “meşruluk” (legitimacy)”* arasındaki gerilimi yansıtmaktaydı.⁴⁰⁵

Üçüncü Dünya'nın yükselişi ile yumuşak hukuk arasındaki ilişkiyi sadece yumuşak hukukun *status quo* niteliğinde olan sert hukukla antagonistik ilişkiye girmesi üzerinden anlatmak eksik veya hatalı olacaktır. Fastenrath, yeni ülkelerin uluslararası siyaset sahnesine katılmaları ile önceden Batılı devletler merkezli homojen olan yapının heterojenleştiğini ve yumuşak hukukun bu yeni durumda hukuki yorum aracı olarak *“paha biçilemez”* bir sorun çözücü olduğunu söyler:

*“Farklı kültürlerden kaynaklanan çıkar çatışmaları ve ayrışan hedefler karşısında, hukuki önermelerin formülasyonunda ve anlaşılmasında açıklık ancak bu yolla korunabilir: yoruma açık alanlar daraltılır ve böylece tüm aktörlerin davranışlarının öngörülebilir kalması sağlanır. İşte burada, sıkça eleştirilen yumuşak hukuk olgusu paha biçilmez bir işlev üstlenir. Yumuşak hukuk, öznel ve keyfi hukukî belirlemelerin sınırlarını daraltarak, sert hukukun içeriği konusunda küresel ölçekte uzlaşma sağlanmasına imkân tanır.”*⁴⁰⁶

Yazar burada yumuşak hukuk ile sert hukuk arasındaki tamamlayıcı ilişkiye dikkat çeker. Yumuşak hukuku, bağımsızlığını yeni kazanan ülkelerin sahneye katılması ile oluşan politik ve kültürel çeşitlilik karşısında sert hukukun yorumlanmasında uzlaşmayı sağlama aracı olarak lanse eder. Başka bir deyişle, uluslararası hukuk sistemi aktörleri bakımından Avrupa merkezli olması ile homojen bir yapı teşkil ederken klasik teorik kurgu (hukuki pozitivizm) işe yaramaktaydı. Fakat oluşan yeni durumda sosyopolitik yapı değiştiği için hukuk kurgusu da değişmeliydi (yani hukuki geçerlilik kurgusu değişmeliydi). İşte ona göre yumuşak hukuk bu ihtiyacın sonucu ortaya çıkan bir konsepttir. Hatta bu açıdan onu hukuki pozitivizmin kurtarıcısı olarak görür: *“Dolayısıyla yumuşak hukuk, hukuki pozitivizmin gözünde hukuk dışı (extra-legal)*

⁴⁰⁴ Ingelse, “Soft law?”, 87.

⁴⁰⁵ Ingelse, 88.

⁴⁰⁶ Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, 339.

sayılmakla birlikte, aslında ‘pozitivize edilmiş’ metinler olarak çoğulcu bir dünyada bizzat bu teorinin (hukuki pozitivizmin) yok olmaktan kurtulmasını sağlar.”⁴⁰⁷

Hoof ise, farklı bir görüş olarak, Üçüncü Dünya ülkelerinin o kadar da çıkarları ortak olan yeknesak bir grup olmadığını; BMGK kararlarının bağlayıcı olmasını istemek bakımından da, belki de en çok fayda görecektir onlar olmasına rağmen, etkili bir grup hareketi göstermediklerini söyler.⁴⁰⁸ Ona göre Genel Kurul kararlarının tam bağlayıcı olması her zaman Üçüncü Dünya ülkelerinin de işine gelmeyebilir ve bu sebeple onların da egemenliklerinden tamamen vazgeçmeye o kadar istekli olmadığını söyler. Tabii ki bu kadar kalabalık bir devletler grubunun tamamen dayanışmacı politikalarla ortak hareket edebileceğini söylemek zordur. Fakat buradan hareketle yeni bir soru sorulabilir: Yumuşak hukuk anlayışı en çok kimin faydasınadır? Bu soruya çok çeşitli cevaplar verilebilir. Örneğin Hoof, yumuşak hukuk anlayışının faydaları olduğunu kabul etse de tanıma kurallarının tamamen belirsizleşmesi gibi bir yan etkiye sahip olduğunu ve bunun da tüm sistem için zararlı olabileceğini işaret eder.⁴⁰⁹ O halde buradan yola çıkarak yumuşak hukuk anlayışının kısa vadede bazı devletler için faydalar getirebileceğini fakat uzun vadede sistem için zararlı olabileceği için gerçekte kimsenin o kadar da faydasına olmayacağı söylenebilir. Veya Fastenrath’ın yaklaşımı göz önünde bulundurularak, heterojenleşen devletler topluluğu karşısında bir uzlaşma aracı olarak uzun vadede herkes için faydalı olabilecek bir reçete olduğu da söylenebilir. Burada belki de yapılacak hata, iyimser bir pozisyon alarak yumuşak hukuk anlayışının Üçüncü Dünya halkları için daha adil bir dünya düzeninin “muştucusu” olduğunu ve tamamen iyi olduğunu düşünmek olabilir. Eğer sadece BMGK’nın, demokratik bir temsil yapısı olarak, uluslararası topluluğun ortak menfaatini yansıtmaya imkânı göz önünde bulundurulursa yukarıdaki anlatılara göre yumuşak hukuk anlayışı faydalı gözükmektedir. Zaten Genel Kurul kararları da meşruiyetini, Güvenlik Konseyi’nin aksine, bu eşit-demokratik temsil karakterinden almaktadır. Ancak yumuşak hukuk enstrümanları sadece Genel Kurul kararlarından oluşmamaktadır. Genel Kurul kararları alınırken Üçüncü Dünya ülkelerinin sayısal çoğunlukları Genel Kurul kararlarını onlar için iyi yapar. Fakat, “Pandora’nın kutusu” açıldıktan sonra ortaya çıkan *non-state soft law* enstrümanları da göz önünde bulundurulursa, Üçüncü Dünya ülkelerinin yumuşak hukuk çatısı altında sunulan birçok enstrümanın oluşumunda katkılarının sınırlı olduğu söylenebilir. Uzmanlık kuruluşlarının, akademilerin, çok uluslu şirketlerin; Dünya Bankası ve Uluslararası

⁴⁰⁷ Fastenrath, 339.

⁴⁰⁸ Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 186.

⁴⁰⁹ Hoof, 190.

Sivil Havacılık Örgütü gibi kurumların ortaya koyduğu *non-state soft law* enstrümanlarının oluşumunda (uzman insan kaynağı sayısı, bilginin üretimi ve küresel market üzerindeki hakimiyet gibi hususlar göz önünde bulundurulursa) hangi devletlerin daha çok dahli vardır? Bu tartışmayı açmak için, ilk bölümde ele alınan, Klabbers'in yumuşak hukuk kavramı yerine önerdiği “*epistemik otorite*” kavramından yararlanılabilir. Klabbers'e göre yumuşak hukuk enstrümanları “yapılması gerekenin ne olduğunu” ortaya koyarken⁴¹⁰ veya tartışma zeminine dair diskur belirlerken bunu politik bir dille değil, görece apolitik ve objektif bir uzmanlık diliyle yaparlar.⁴¹¹ Bu da onlara hukuka benzer bir meşruiyet verir. Çünkü ilk bakışta hukukun da politik olmadığı zannedilir.⁴¹² Fakat uzmanlık bilgisi gerçekte kültürel değerlerden veya politik tercihlerden ari değildir.⁴¹³ Eğer uzmanlık bilgisinin oligarşik yapılar vasıtasıyla üretildiği de kabul edilirse, *non-state soft law*'un BMGK kararları gibi demokratik olmadığı da fark edilecektir. Klabbers bu açıdan yumuşak hukukun bir tür “*elit yönetimine*” yol açtığını vurgular.⁴¹⁴ Reisman ise çok daha eski bir tarihte, 1988 yılında, başka bir perspektiften yumuşak hukuk ile küresel elitler arasındaki ilişkiye dikkat çekmiştir.⁴¹⁵ Reisman yumuşak hukuk olarak adlandırılan enstrümanların sayısının artmasının birkaç sebebi olduğunu, bunlardan birinin ise kendi çıkarları peşinde koşan küresel elitlerin halkların talepleri karşısında “*sahte tatmin*” oluşturmak için adeta sembolik hukuk üretimini tercih etmeleri olduğunu söyler. Başka bir deyişle, küresel güç odakları kendi çıkarlarının gereklerini yetirirken uygulanma ihtimali olmayan yumuşak hukuk enstrümanlarını bir oyalanma aracı olarak sunmaktadır. Reisman diğer bir sebebin yumuşak hukuk enstrümanlarının gelişmemiş ülkeler tarafından *status quo*'yu değiştirmek için kullanılması olduğunu ve bunun faydalarının da olduğunu belirtir. Bu iki sebebi sunarken vermek istediği mesaj, madalyonun her zaman sadece bir yüzü olmadığıdır.⁴¹⁶ Tüm bu anlatıya göre, yumuşak hukukun literatürde yansıtıldığı kadar Üçüncü Dünya ülkelerinin faydasına olmayabileceği; geline nokta onu “*dekolonizasyon aleti*” olarak görmenin⁴¹⁷ hikâyenin sadece bir kısmını yansıtacağı için naif bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

⁴¹⁰ “Yumuşak hukuk, neyin hukuki ve adil olarak kabul edilmesi gerektiğine dair yaygın ve yerleşik görüşlerin genel kabul görmüş tezahürlerini sağlayarak faydalı bir işlev görür.” Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, 323.

⁴¹¹ Klabbers, “Soft Authority in Global Governance”, 171.

⁴¹² Hukukun politikliğine dair bkz. Martti Koskeniemi, “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law* 1, sy 1 (1990): 4-32.

⁴¹³ Klabbers, “Soft Authority in Global Governance”, 172.

⁴¹⁴ Klabbers, 173.

⁴¹⁵ Handl vd., “A Hard Look at Soft Law”, 376.

⁴¹⁶ Handl vd., 377.

⁴¹⁷ Bkz. Tatiana Cardoso Squeff, “Overcoming the ‘Coloniality of Doing’ in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool”, *Revista Direito GV* 17, sy 2 (2021).

2.3.3. “Antroposen” Etkisi

Hoof’a göre uluslararası hukukun kaynak teorisine derinden etkisi olan “uluslararası ilişkilerin yapısındaki değişimler” iki ana gelişmeye indirgenebilir: devletler arası bağımlılığının artması ve uluslararası topluluğun heterojenleşmesi.⁴¹⁸ Bu indirgemenin gözlüğünden bakılırsa önceki iki başlıkta ele alınan konular uluslararası topluluğun heterojenleşmesi fenomeni ile açıklanabilir. Devletler arası bağımlılığının artmasını ise Hoof, 20. yüzyılda her türlü değişimin manivelası niteliğinde olan ve insan faaliyetinin dokunulmadık neredeyse hiçbir yerini bırakmayan bilimsel-teknolojik gelişmeler sonucu olduğunu söyler. Bu bilimsel-teknolojik devrimin daha önce devletlerin iç meseleleri olan birçok konu ve problemi uluslararası ilişkilerin konusu haline getirdiğini ve ek olarak yeni konu ve problemlerin de ortaya çıktığını söyler. Bunun sebebi olarak da devletlerin bahsedilen konuları tek başlarına düzenlemeyecek olmalarını; bahsedilen problemlerin ise tek başlarına üstlerinden gelemeyecek olmalarını sunar. Bunun sonucunda da devletler arası iş birliği ihtiyacının eskiye nazaran arttığını ve birbirlerine daha bağımlı hale geldiğini söyler. Bu bağımlılık artışının da güç ilişkileri sebebi ile her zaman eşitler arası karşılıklı bağımlılık düzeyinde olmadığını, bazı zayıf devletlerin güçlü başka devletlere daha bağımlı hale geldiğini de belirtir.⁴¹⁹ Tüm bunların sonucunda ise uluslararası hukukun fonksiyonunun değiştiğini savunmaktadır.⁴²⁰ Bu fonksiyon değişikliğini bir çok yazar gibi Friedmann’ın “uluslararası bir arada var olma hukuku” ile “uluslararası iş birliği hukuku” (*international law of cooperation*) karşılaştırması üzerinden açıklar. Bir arada var olma hukukuna karşılık gelen geleneksel uluslararası hukukun fonksiyonunun egemen eşitler arası güç dengesi sağlama sistemi olduğunu; iş birliği hukukuna karşılık gelen modern uluslararası hukukta ise egemenliğin fonksiyonunun, hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde takdir yetkisi kullanma seviyesine düştüğünü söyler.⁴²¹ Çünkü hukukun daha detaylı kurallar koyduğu alanlar genişlemiş; uluslararası örgütlerin etkinliğinin artması ve insan hakları hukuku ile bireylerin de sahneye dahil olması ile devletlerin özgür hareket edebildikleri alanlar kısıtlanmıştır. Yazar tüm bunların ise “uluslararası hukukun yapımı sürecini” etkilediğini söylemektedir.

PM Dupuy bu etkileri şu şekilde açıklar: “*Bu olgu, teknolojik gelişmeler sonucu ulaşılan her yeni başarı düzeyine uyarlanabilir ve uygulanabilir yeni hukuk branşlarının eş zamanlı*

⁴¹⁸ Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 66.

⁴¹⁹ Hoof, 67.

⁴²⁰ Hoof, 68.

⁴²¹ Hoof, 69.

*oluşturulmasını gerektirir.*⁴²² İşte Dupuy, bazen yumuşak hukuk enstrümanlarının bu ihtiyaca daha iyi cevap verebileceğini savunur. Boyle da yumuşak hukuk enstrümanlarının oluşumları, uygulamaları ve uyarlanabilirlikleri bakımından bazen antlaşmalar gibi sert hukuk enstrümanlarından daha tercihe şayan olduğunu söyler.⁴²³ Çünkü devletler; hızlı değişimler ve bu değişimlerin sonucunda ortaya çıkan yeni problemler (teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan küresel çevresel sorunlar gibi) karşısında bir taraftan iş birliği yapmaya mecburlarken bir taraftan da egemenliklerini kısıtlamaktadır. Fakat yumuşak hukuk enstrümanları teoride bağlayıcı olmadıkları için onlara taraf olmak devletler için o kadar da ürkütücü değildir. Bir taraftan da üstünde uzlaşılması gereken konuların çok detaylı ve teknik olması uzlaşmayı zorlaştırabileceken, bu enstrümanların bağlayıcı olmama niteliği daha detaylı içerikler üzerine uzlaşma yapılabilmesini sağlamaktadır. Yine aynı sebeplerle uzlaşılan hükümleri yeni gelişmeler karşısında uyarlamak için anlaşmada değişiklik yapılması, sert hukukta genelde olduğu gibi uzun prosedürler gerektirmediği için, daha kolay olmaktadır. Bir taraftan da devletler bu metinler içerisinde birçok politik taahhütte bulunurken bu taahhütlerle hukuken bağlı olmadıkları için bağlayıcı antlaşmaların yürürlüğe girmesi bakımından süreçleri zorlaştıran iç hukuk prosedürlerini de atlatmış olmaktadır. Hem Dupuy hem de Boyle çalışmalarında bu hususları uluslararası çevre hukuku enstrümanları⁴²⁴ üzerinden örneklendirmektedir. Böyle bir durumda akla şu soru gelebilir: Bağlayıcı olmadıkları sürece bu tür enstrümanların içeriklerinin detaylı olması veya uyarlanabilir olmalarının bir anlamı var mıdır? Bu soruya genelde şu cevap verilmektedir: Hiç antlaşma olmamasındansa bir antlaşma olması iyidir.⁴²⁵ Bu, ilk bölümde de (1.2.4.) ele alınan, yumuşak hukukun sert hukuka alternatif teşkil etmesi hususudur. Klabbers ise, sert hukukun dezavantajları (“uzun prosedürler, demokratik kontrol ve yargısal denetim”) sebebiyle yumuşak hukukun bir alternatif olarak yüceltilmesini “sonuç araçları meşrulaştırır” retorik argümanına (“topos”) dayandığını söyleyerek eleştirir.⁴²⁶

⁴²² Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, 1991, 421.

⁴²³ Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, 902-4. Hillgenberg bağlayıcı olmayan enstrümanların hangi sebeplerle bazen daha tercihe şayan olduğunu maddeler halinde görece uzun bir liste sunarak açıklamıştır. Hartmut Hillgenberg, “A fresh look at soft law”, *European Journal of International Law* 10, sy 3 (1999): 501.

⁴²⁴ Uluslararası çevre hukukunda yumuşak hukuk enstrümanlarının etkilerini, kullanımını ve bu enstrümanları sayesinde kabul görmüş ilkeleri ele alan Türkçe bir çalışma için bkz. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma: Kavram, İlkeler ve Yargısal Uygulama*, 1. bs (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2015).

⁴²⁵ Sand, ““To Treaty or Not to Treaty?”; Chinkin, “The Challenge of Soft Law”, 1989, 861; Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, 178.

⁴²⁶ Klabbers, “Soft Authority in Global Governance”, 166.

Baxi, bilimsel-teknolojik gelişmeler sonucu küresel iş birliğini gerektiren problemlerin doğuşunu “*antroposen*” etkisi olarak sunmakta; yumuşak hukuku da antroposen etkisi karşısında elverişli bir araç olarak sunmaktadır.⁴²⁷ Yazar tartışma zemininin artık yumuşak hukukun hukuki niteliğinden, onun pratik etkilerinin nasıl genişletilebileceğine ve sert hukukun da nasıl yumuşaklaştırılarak iklim değişikliği gibi küresel sorunlarla mücadelede daha etkili hale getirilebileceğine kayması gerektiğini söylemektedir. Yani ona göre yumuşak hukuk bu dönemin doğal sonucudur; başka bir deyişle yumuşak hukuk, antroposen döneminin hukukudur.

2.3.4. Küreselleşme Etkisi

Uluslararası yumuşak hukuk bakımından küreselleşme⁴²⁸ etkisinin, esasen bir önceki başlıkta ele alınan etki ve sonuçların daha yoğun olarak hissedilmesinden ibaret olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle küreselleşme, devletler arası bağımlılığın daha çok artması ile uluslararası hukukun daha çok uluslararası iş birliği hukuku olarak görülmesine yol açmıştır. Fakat küreselleşmenin asıl önemli etkisi, 2.2.3. başlığında vurgulandığı gibi, normatif çoğulluk fenomeninin yükselişiyle küresel yönetim gibi konseptlerin ortaya çıkması ve bunun sonucu olarak yumuşak hukukun devletsizleşmesidir. İlgili başlıkta Alkan-Olsson’dan yapılan alıntının ilk kısmı⁴²⁹ dikkate alındığında, bir önceki başlıkta Hoof’tan aktarılan devletlerin birbirine daha bağımlı hale geldiği anlatısının Soğuk Savaş sonrası düzende daha da derinleştiği görülür. Çünkü eğer uluslararası hukuk bir iş birliği hukukuna dönüşüyor ise Soğuk Savaş dinamiklerinin bunu yavaşlattığı savunulabilir.

Sonuç olarak antroposen etkisi ve küreselleşme etkisi, Hoof’un “sistemin dönüşümünün” iki sebebinden biri olarak sunduğu devletlerin birbirine daha bağımlı hale

⁴²⁷ Baxi, “The Softening of Hard Law and the Hardening of Soft Law”, 27-32.

⁴²⁸ Farklı kaynaklarda küreselleşme fenomeninin tarihi anlatılırken, genel insanlık tarihi göz önünde bulundurularak, fenomen farklı fazlara ayrılmaktadır. Burada küreselleşme derken 1980’lerde Soğuk Savaş dinamiklerinin zayıflaması ve 1991’de Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nin yıkılması ile şekillenen, Steger’ın “*contemporary period*” olarak adlandırdığı küreselleşme kastedilmektedir. Bkz. Manfred Steger, *Globalization: A Very Short Introduction*, 3. bs (Oxford: Oxford University Press, 2013), 50.

⁴²⁹ “Uluslararası hukuk, küreselleşmenin yarattığı değişimlere uyum sağlamak zorunda kalmış; hızlı, esnek, takdir yetkisine dayalı ve ad hoc düzenlemelere yönelik artan talebe cevap verebilmek ve Soğuk Savaş sonrası güç ilişkilerini yansıtabilmek amacıyla değişime uğramıştır.” Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 31.

gelmesi fenomeniyle ilişkilidir.⁴³⁰ Fakat küreselleşmenin normatif çoğulluğa sebep olan (Alkan-Olsson’dan yapılan alıntının 2. kısmında⁴³¹ işaret edilen) diğer etkileri, bu çalışmanın kavramsallaştırmasına göre, uluslararası yumuşak hukuku değil *non-state soft law*’u ortaya çıkartan faktörler olduğu için bu kısımda ele alınmamıştır.

2.4. Genel Değerlendirme

Bu bölümde görüldüğü üzere, yumuşak hukuk anlayışını ortaya çıkaran sosyopolitik arka plan uluslararası hukukun birçok “tümel” meselesi ile doğrudan ilişkilidir. Bir hukuk dalının kaynağı ve hangi kişiler arası hangi ilişki türlerini düzenlediği hususlarının, kabaca, o hukuk dalının başına getirilecek sıfatları belirlediği söylenebilir. Örneğin medeni hukuk, özel hukuk kişileri arasındaki medeni ilişkileri medeni hukukun kaynaklarına göre düzenler. İş hukuku, işveren ve işçi arasındaki iş ilişkilerini iş hukukunun kaynaklarına göre düzenler. Buna göre bir hukuk dalına karakteristiklerini onun kaynak teorisi, kişiler teorisi ve düzenlediği konular verir. İşte yumuşak hukuk meselesi uluslararası hukukun kaynak teorisinin, kişiler teorisinin ve düzenlediği konuların değişimi ile doğrudan ilgili olması sebebiyle oldukça önemli fakat çetrefilli bir konudur. Yumuşak hukuk literatürü ise, şekillenmeye başladığı 70’li yıllardan itibaren uluslararası hukukun bu çetrefilli tümel meselelerinin dönüşümüne eşlik etmeye çalışan ve bu dönüşümün “menziline” dair tartışmaların yürütüldüğü köşelerden biridir. Bu açıdan bakıldığında yumuşak hukuk kavramının tanımlanma sorununun onun statik değil, dönüşüme eşlik eden dinamik bir doğaya sahip olmasından kaynaklandığı iddia edilebilir.

Yumuşak hukuk anlayışını ortaya çıkaran sosyopolitik arka planın, uluslararası hukukun dönüşümünün sosyopolitik arka planı olduğu söylenebilir. Bu dönüşümün sonuçlarından biri olan uluslararası hukukun *deformalization*’u fenomeni ise, dönüşümün yumuşak hukuk konsepti ile rabitasıdır. Fakat tamamen kavramsal berraklık adına bu anlatı, *deformalization* fenomenini şekillendiren farklı dinamiklere vurgu yaparak özelleştirilebilir. Bu sebeple yukarıda, “normların göreceleşmesi sorunu olan yumuşak hukuk” ile “normların çoğulluğu

⁴³⁰ Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 66.

⁴³¹ “Küreselleşme sürecindeki en önemli gelişmelerden birinin, devlet dışı aktörlerin yükselişi ve bunların uluslararası kural koyma, politika oluşturma ve uygulama süreçlerine katılımı olduğu yaygın biçimde ileri sürülmektedir. Devlet dışı aktörlerin hem resmi hem de gayri resmi hukuk yapıcı kurumlar içindeki hızla artan rolünün, iddia edildiği üzere, hukuk yapma biçimlerinde artan bir heterojenlik ve çoğulculuğa yol açtığı ve ayrıca devletlerin uluslararası hukukun içeriği üzerindeki denetimini azalttığı ileri sürülmektedir.” Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 36.

sorunu olan yumuşak hukukun” birbirinden ayrı ele alınması gerektiği iddia edilmiş; uluslararası yumuşak hukuk kavramının ise bunlardan ilkinde özgülenebileceği savunulmuştur.

Son kısımda uluslararası yumuşak hukuk anlayışını ortaya çıkaran faktörler dört ana başlığa indirgenmiştir. Bu faktörler ise, Hoof’un sunduğu iki ana dinamik olan, uluslararası topluluğun heterojenleşmesi ve birbirine daha bağımlı hale gelmesi ile ilişkilendirilmiştir. Ancak yukarıda da vurgulandığı gibi, heterojenleşme veya karşılıklı bağımlılığa katkı yapan/iş birliğini gerekli kılan başka birçok faktör sayılabilir.⁴³² Önemli olan bu farklı faktörlerin hangi dinamikleri tetiklediğidir. Hoof’un sunduğu iki dinamik dışında üçüncü herhangi bir dinamiği tetiklemediği sürece, uluslararası yumuşak hukuk konseptini anlamlandırmak için sınırlı örnekler verilmesi yeterli görülmüştür. Fakat eğer bu iki dinamiğin yanına yenileri önerilirse, konseptin anlamlandırılmasına katkı sağlanmış olunacaktır.

⁴³² Örneğin küresel terörizmin yükselişi, devletleri iş birliğine zorlayan bir fenomen olarak, yumuşak hukuk enstrümanlarının önem kazanmasına sebep olan bir faktör olarak sunulabilir. Küresel terörizmin yükselişinin uluslararası hukuk yapımına etkileri için bkz. Boyle ve Chinkin, *The Making of International Law*.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: BİR ARAÇ OLARAK YUMUŞAK HUKUK VE KARŞI ELEŞTİRİLER

3.1. Giriş

Sadece bir önceki bölümdeki hâkim anlatıya bakılarak şöyle bir iddiada bulunulabilir: Uluslararası yumuşak hukuk konsepti, uluslararası ilişkilerdeki sosyopolitik dönüşümün karşısında uluslararası hukukun geleneksel kaynak teorisinin yetersizliğinin doğal bir sonucudur. Başka bir deyişle de, yumuşak hukuk kavramını ortaya atan yazarların yaptıkları pratikte cereyan edenin kavramsallaştırmasını yapmaktan ibarettir. Fakat örneğin yukarıda Weil'in, *non-legal soft law*'u (*jus cogens* kurallar, *erga omnes* yükümlülükler gibi diğer konseptlerle birlikte) yapısal bir sorundan ziyade, “entelektüel kavrayışta bir tür rehavetin” sonucu olan “kavramsal zayıflık” olarak lanse ettiği söylenmişti. Yani, kabaca, Weil'e göre yumuşak hukuk kavramı hukukçuların yanlış bir kurgusudur. Başka bir açıdan bakılırsa da kurgunun yanlış olmadığı, yumuşak hukuk kavramının idealist veya evrenselci⁴³³ motivasyonlarla uluslararası hukukun tedrici gelişimi için (hukuk konseptine kavramsal sadakat göstermeden) bir araç olarak kullanıldığı söylenebilir. Buna göre yumuşak hukuk anlayışının sadece dönüşümün bir sonucu olmadığı, aynı zamanda onun itkisi veya aygıtı olduğu da söylenebilir. Burada dikkat çekilmek istenen asıl husus, Weil'in sadece yumuşak hukuk konseptini değil; entelektüel “rehavet” diyerek onu savunanların tutumlarını, tavırlarını veya duruşlarını da eleştirdiğidir. Peki burada tam olarak ne demek istemektedir? Ona göre uluslararası topluluk fikri (ve dolayısıyla ona dayanılarak yapılan kavramsallaştırmalar) idealist bir tutumun sonucudur fakat uluslararası ilişkilerin doğasının gerçekleriyle uyumlu değildir ve bu sebeple uluslararası hukuk sistemine zarar verebilir.⁴³⁴ Erkiner ise Weil'in tutumunun şu şekilde eleştirildiğini söyler:

⁴³³ Uluslararası hukukun varlık sebebi ve fonksiyonuna dair iki farklı paradigmayı temsil eden partikülarist ve evrenselci yaklaşımlara dair detaylı bir çalışma için bkz. Armin von Bogdandy ve Sergio Dellavalle, “Universalism and Particularism as Paradigms of International Law”, History and Theory of International Law Series (New York: Institute for International Law and Justice, 2008), <https://www.iilj.org/publications/universalism-and-particularism-as-paradigms-of-international-law/>.

⁴³⁴ Akt. Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*, 42-43.

*“Weil’in tutumu, hukuk düşünürünün, ‘olan hukuk’un pozitivist katılığı ve çıplak gerçekliğine mahkûm olması, bir ‘olması gereken hukuk’ yanında pozisyon ifade edememesi örneği olmakla eleştirilmiştir. Bu eleştiri de, kime ve neye göre ‘olması gereken hukuk’ sorusuyla eleştirilebilir ve bu eleştiri zinciri fasit bir şekilde kendi kendini yeniden üretir ve takip eder.”*⁴³⁵

Fastenrath, Weil’e cevap olarak yazdığı makalesinde benzer eleştirileri pozitivist pozisyonların zayıflıklarını vurgulayarak getirmiştir.⁴³⁶ İşte bu örnekte olduğu gibi yazarların karşılıklı olarak birbirlerinin tutum, anlayış veya zihniyetlerini eleştirdikleri yayınların yumuşak hukuk literatüründe hatırı sayılır bir yeri olduğu söylenebilir. Bu eleştirileri kategorilere ayırıp belli başlıklar altında incelemek oldukça zordur. Fakat yumuşak hukuk anlayışını eleştiren yazarların (genellikle pozitivist olarak adlandırılırlar) görüşlerinin ana fikrinin, bu anlayışın hukukun üstünlüğüne ve dolayısıyla uluslararası hukuk sistemine zarar vereceği yönünde olduğu söylenebilir. Eğer bir özelleştirme yapmak gerekirse de, bu tip eleştirilerden bazıları için “araçsallaştırma eleştirisi” etiketi kullanılabilir. Araçsallaştırma eleştirilerinden kasıt, idealist/evrenselci iştiaqlarla ve genelde sosyopolitik hedefler için yumuşak hukuk konseptinin bir araç olarak kullanıldığının fakat bu tavrın nihayetinde uluslararası hukuk sistemine zarar vereceğinin iddia edilmesidir. Bu iddia her zaman direkt olarak dile getirilmemekte, çoğu zaman ima edilmekte veya dolaylı olarak söylenmektedir.

Bu bölümdeki ilk başlıkta yumuşak hukukun sosyopolitik hedefler için araç olarak görülmesinden ne kastedildiği kısa örneklerle gösterilecektir. Bu kısmın sonlarına doğru hukuk kurgusu karşısında sosyal gerçekliğe her vurgu yapan yazarın araçsallaştırma eleştirisinin muhatabı olmaması gerektiği, bunun bazen sadece bir anlayış farklılığı olarak görülmesi gerektiği savunulacaktır. İkinci başlıkta ise araçsallaştırma eleştirisi olarak nitelenebilecek eleştiriler sunulacaktır. Son başlıkta da d’Aspremont’un yumuşak hukuk anlayışını savunan bazı yazarların konsepti akademik motivasyonlarla araçsallaştırdıkları eleştirisine yer verilecektir.

Önceden belirtmek gerekir ki bu bölümün amacı, her ne kadar farklı görüşler sunulurken yorumlar yapılacak olsa da, hangi görüşlerin daha doğru olduğunu ortaya koymak değildir. Yapılmak istenen, doktriner tartışmalardan kesitler sunarak kavramın ve ilgili literatürün daha

⁴³⁵ Erkiner, 43.

⁴³⁶ Bkz. Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, *European Journal of International Law* 4, sy 3 (1993): 305-40.

iyi anlaşılmasına katkı sağlamaktır. Bu sebeple yazarların pozisyonları görece fazla detaylandırılmadan sunulacaktır. Daha önceki bölümlerde ele alınmış görüşlere ve eleştirilere değinilirken ise bu görüş ve eleştiriler tekrar açıklanmayacaktır.

3.2. Sosyopolitik Hedefler İçin Bir Araç Olarak Yumuşak Hukuk

Bradlow ve Hunter, “*Advocating Social Change Through International Law*” kitabında yumuşak hukuk konusunu ele alırken “*sosyal değişim lensini*” konuya dair anlayışı geliştiren bir bakış açısı önerisi olarak sunarlar.⁴³⁷ Bu bakış açısına göre devletler ve uluslararası örgütler (veya devlet dışı örgütler) belirli sosyal değişim hedeflerine ulaşmak için yumuşak hukuk enstrümanlarını bilinçli olarak tercih etmektedir. Yazarlara göre bu tercihlere etki eden faktörleri ve realiteleri göz ardı ederek yumuşak hukuk tartışmasını ele almak eksik bir anlayış doğurur. Çünkü onlara göre önceden belirlenmiş bir fonksiyonu yerine getirmek için kurulmuş olan uluslararası örgütler veya devlet dışı örgütler gerçekte kendilerini uluslararası ilişkilerin ve uluslararası hukukun doğası kaynaklı talepler ve formalitelerle sınırlandırılmış görmezler.⁴³⁸ Bu örgütler için uluslararası hukukun kendinden menkul bir kıymeti yoktur, kuruluş hedeflerine ulaşmak için bir araçtan ibarettir. O halde uluslararası hukuku amaç olarak görmemeleri onların doğalarından kaynaklandığı savunulabilir. Yazarlar bu örgütlerden kaynaklanan yumuşak hukuk enstrümanlarının bu gözle değerlendirilmesi gerektiğini söyler.

Bradlow ve Hunter’a göre konuya sosyal değişim lensi ile bakıldığında yumuşak hukuk enstrümanlarının kaynak teorisine göre biçimsel değerleri, sadece o enstrümanların etkililiğine (“*efficacy*”) etkileri kadar önemli olacaktır.⁴³⁹ Bu, “*pratik sonuç odaklı*” bir bakış açısıdır. Zaten bu bakış açısına göre hukuk olan-olmayan ikili ayrımı pratikte faydalı değildir; hukuk olan ile olmayan arasında kesintisiz bir spektruma dayanan anlayış, pratikte artık daha faydalıdır. Dolayısıyla ikili ayrıma dayanan bir anlayışın ve bunun üzerine bina edilmiş bir kaynak teorisinin mutlak bir kıymeti yoktur. Onlara göre eğer söz konusu sadece devletler arasındaki bire bir ilişkilerse, biçimsel bakış açısı halen önemini korumaktadır. Fakat konu devletler arası bire bir ilişkileri “sürdürmek” değil; uluslararası topluluk tarafından hukukun müşterek yapımı

⁴³⁷ Daniel D. Bradlow ve David B. Hunter, “Introduction: Exploring the Relationship between Hard and Soft International Law and Social Change”, içinde *Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice Between Hard and Soft International Law*, ed. Daniel D. Bradlow ve David B. Hunter (Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2019), 7.

⁴³⁸ Bradlow ve Hunter, 8.

⁴³⁹ Bradlow ve Hunter, 8.

olduğunda veya ilişkiye uluslararası örgütler, devlet dışı örgütler ve diğer aktörler dahil olursa bu durumda artık biçimsel bakış açısı “*eskimiştir*” ve enstrümanların fonksiyonlarına odaklanan bir bakış açısı daha uygun gözükmetedir.⁴⁴⁰

Onlara göre küreselleşme, normalde iç hukukun konusu olan alanlarda çalışan (örneğin çevre hukuku) hukukçuların “*uluslararasılaşmasına*” sebep olmuştur.⁴⁴¹ Yani çevre hukuku ve insan hakları hukuku gibi alanlar uluslararası hukukun daha çok gündemine girdikçe, normalde bunlarla bir iç hukuk alanı olarak ilgilenen hukukçular da hem zorunluluktan hem de uluslararası hukukun dönüştürücü potansiyeline inandıkları için gönüllü olarak uluslararası hukukçulara dönüşmüşlerdir. Fakat Bradlow ve Hunter’a göre onlar evleviyetle çevre hukukçusu, ikincil olarak uluslararası çevre hukukçusu olarak sahnede yer kapmışlardır, bu sebeple de uluslararası hukuka dair bir vizyona sahip değillerdir. Onu sosyal hedeflere hizmet ettiği kadar bilirler ve o hedefler için gerekirse uluslararası hukukun hukuk olmak bakımından yapısını ve pratiğini feda edebilirler.⁴⁴²

Koskenniemi, uluslararası hukukçuların reformist ve beynelmilel (Egemen devletçi anlayışının karşısında, uluslararası topluluğun tarafında olmak gibi betimlenebilir.) bir dünya görüşüne sahip olduğunu söyler: “*Uluslararası hukuk profesörleri, ulusal olan yerine uluslararası olanı, egemenlik yerine entegrasyonu tercih etme konusunda yerleşik bir eğilimi paylaşmaktadır.*”⁴⁴³ Fastenrath de yumuşak hukuk anlayışının içinde saklı olan, devlet egemenliğine dayanan klasik uluslararası hukuk anlayışına karşı olan bir reformculuğun olduğunu kabul eder.⁴⁴⁴ Fakat ona göre bu, bir tür idealizm ile olanı değiştirmeye çalışmak değildir, olanın adını koymaktır. Çünkü örneğin *erga omnes* yükümlülükler ile uluslararası topluluk ilan edilmiş, *jus cogens* normlar ile devlet üstü bir adalet vizyonu ortaya çıkmıştır.⁴⁴⁵ O halde ona göre yumuşak hukuk anlayışını savunmak; pratikte gerçekleşenin teoride adına yer

⁴⁴⁰ Bradlow ve Hunter, 12.

⁴⁴¹ Daniel D. Bradlow ve David B. Hunter, “Hard and Soft International Law and Their Contribution to Social Change: the Lessons Learned”, içinde *Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice Between Hard and Soft International Law*, ed. Daniel D. Bradlow ve David B. Hunter (Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2019), 282.

⁴⁴² Bradlow ve Hunter, 283.

⁴⁴³ Martti Koskenniemi, “International Law in a Post-Realist Era”, *The Australian Year Book of International Law Online* 16, sy 1 (1995): 1.

⁴⁴⁴ Ulrich Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, *European Journal of International Law* 4, sy 3 (1993): 339.

⁴⁴⁵ Fastenrath, 340.

açmaya çalışmak ne kadar reformculuksa, o kadar reformculuk olacaktır. PM Dupuy da yumuşak hukukun pratikte olanı açıklama girişimi olduğunu söyler:

“... hukukçuların analiz etmekte zorlandığı yeni bir normatif oluşum süreci gerçekten vardır ve yaklaşık yirmi yıldır gelişmektedir. 'Yumuşak' hukuk, günümüz hukuk yapım sürecinin bir parçasını oluşturmakla birlikte, sosyal bir olgu olarak, hukukçuların genellikle uluslararası normların oluşumunu ... tanımlayıp açıkladıkları klasik ve alışılmış hukuk kategorilerinin ötesine taşmaktadır. Başka bir deyişle, 'yumuşak' hukuk baş belasıdır, çünkü ya henüz tam anlamıyla hukuk değildir ya da sadece hukuk olmaktan öte bir şeydir.”⁴⁴⁶

Uluslararası Adalet Divanı'nda uzun süre yargıclık yapmış olan Amerikalı hukukçu Baxter'ın “International Law in ‘Her Infinite Variety’” başlıklı makalesi yumuşak hukuk anlayışını savunan literatürün önde gelen eserlerinden birisidir. Baxter bu makalesinde uluslararası hukukçuların rolleri hakkında da konuşur. Ona göre bir uluslararası hukuk metni yazılırken, müzakere sürecinde uzlaşının korunması için ne yazılması gerekiyorsa o yazılır ve ortaya çıkan ürünler her zaman hukukçuların “bağımlı” oldukları “muntazam” kategorilerden birine uygun olmayabilir.⁴⁴⁷ Ona göre hukukçuların tek görevi ortaya çıkan ürünleri hukuki olarak ele almak, nitelemek ve yorumlamak değildir; bir şekilde taraflar arası anlaşmaya varılmasını desteklemektir. Aksi bir tutum, düzenin/uzlaşının sağlanmasından yana bir tutum olmayacaktır. Burada birkaç husus açılabilir. Öncelikle Baxter, pratikte olan ile hukukçuların teorik alışkanlıkları ve kurguları arasında bir ayrıma işaret etmektedir. Onun pratikte olanı kurgusal olana öncelediğini ve hatta “bağımlı” ifadesiyle hukukçuların biçimsel kurgulardaki ısrarını eleştirdiği söylenebilir. Bu durumda onun da yumuşak hukuku, Fastenrath veya PM Dupuy gibi, pratikte olanı teorize etmek olarak gördüğü söylenebilir. Klabbers'e göre Baxter'ın ana fikri uluslararası hukukun politika ve ahlaka duyarlı olmayan yapısının gerçek hayatın sonsuz çeşitliği (“infinite variety”) karşısında yetersiz olduğudur.⁴⁴⁸ Klabbers'e göre diğer bir husus da Baxter, “düzen için ne kadar çok hukuk, o kadar iyi” şeklinde ifade edilebilecek bir anlayışa sahiptir. Bu anlayış da aslında neden onun bazı yazarlarca hukuki ilgisi reddedilen enstrümanları hukukun çatısı altında toplama motivasyonuna sahip olduğunu açıklar. Çünkü ona göre düzen namına hukukun kapsama alanını genişletmek, hukuk kendinden iyi olduğu için, iyidir.

⁴⁴⁶ Pierre-Marie Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, *Michigan Journal of International Law* 12, sy 2 (1991): 420.

⁴⁴⁷ Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, 565.

⁴⁴⁸ Klabbers, “The Undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law* 67, sy 4 (1998): 386.

Son olarak Baxter, yumuşak hukuk enstrümanlarının etki ve muhtemel faydalarını sıraladıktan sonra, hukukçunun aslında “sosyal mühendis” olduğunu söyler.⁴⁴⁹ Bir sosyal mühendis olarak hukukçu, yeri geldiğinde devletler arası uyuşmazlıkların çözülmesi, yani düzenin sağlanması için, icat çıkarabilmeye ve yeni mekanizmalar ortaya koymaya hazır olmalıdır. Ona göre hukukçu, gerektiğinde ilerleme ve değişime uyarlanabilecek bir hukuki anlayışa sahip olmalıdır. Yani hukukçu hukukçuluğunu hukuk kurgusu için yapmaz, gerektiğinde sosyopolitik hedefler için yapar. Bu ifadelerden şu çıkarım yapılabilir: Baxter yumuşak hukuku düzenin, ilerlemenin ve değişimin sağlanması için bir araç olarak görmektedir.

Christine Chinkin "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law" makalesinde yumuşak hukukun uluslararası hukuktaki rolünü uluslararası hukukun yapısal sorunları üzerinde durarak inceler. Bunu “Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen”⁴⁵⁰ (*New International Economic Order*, NIEO) hareketi bağlamındaki yumuşak hukuk enstrümanları üzerinden genellemeler yaparak yapar. Ona göre NIEO enstrümanları sadece düzenleyici nitelikte değildir, yeni bir uluslararası ekonomi yapısı kurgusu oluşturma ve inşa etme niyetinde olmalarıyla programatiktir.⁴⁵¹ Ekonomik ilişkilerde yumuşak hukuk enstrümanlarının kullanılmasına sebep olan anlayışın arka planında, onların değişim ve gelişim için itici güç olarak görülmesi vardır ve yumuşak hukuk hem değişimin sonucu hem de değişimin aracıdır. Bununla beraber Chinkin, her ne kadar bu enstrümanların fonksiyonları bakımından önemini savunsa da, yumuşak hukukun uluslararası hukukun yeni bir kaynağı olduğu iddiasına şüpheyile bakar ve bu iddianın zayıflıklarından bahseder.⁴⁵² Fakat ona göre yumuşak hukuk enstrümanlarının varlığı, uluslararası hukukun geleneksel kaynak teorisinin yapısal sorunları [örneğin değişim baskısına rağmen uluslararası hukukun etkili dönüşüm mekanizmalarına sahip olmaması, yürürlükten kaldırma (“*desuetude*”) doktrinine sahip olmaması gibi] sebebiyle kaçınılmazdır.⁴⁵³ Bu sebeple enstrümanları hukuki veya hukuk dışı

⁴⁴⁹ Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, 566.

⁴⁵⁰ “NIEO, II. Dünya Savaşı’ndan sonra ortaya çıkan ve geliştirmekte olan ülkeleri ekonomik büyüme yoluyla siyasi olarak güçlendirmeyi amaçlayan, esasen ekonomik bir harekettir. Bu hareket, mevcut siyasi ve ekonomik düzenin gelişmiş ülkeleri, geliştirmekte olan ülkeler pahasına avantajlı duruma getirdiğini eleştirir ve bu nedenle yoksul ülkelerin çıkarına olan yeni bir sistemin gerekli olduğunu savunur.” Fesseha Mulu Gebremariam, “New International Economic Order (NIEO): Origin, Elements and Criticisms”, *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding* 4, sy 3 (2017): 22.

⁴⁵¹ Christine Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly* 38, sy 4 (1989): 853.

⁴⁵² Chinkin, 857.

⁴⁵³ Chinkin, 866.

olarak etiketlemek yerine, uluslararası hukukun dönüşümündeki pratik işlevlerine odaklanmak daha doğru olacaktır. Chinkin'in yapısal sorunları işaret etmesinin üzerinde durmakta fayda vardır.⁴⁵⁴ Onun yumuşak hukukun klasik kaynaklar listesine eklenecek yeni bir kaynak kategorisi olmasına “uluslararası hukuk sisteminin yapısında devrimsel bir değişim”⁴⁵⁵ olacağı sebebiyle şüphe ile bakması, aslında yumuşak hukuk enstrümanlarının ideal düzende hukukun kaynağı olarak görülmemesi gerektiğini düşündüğü izlenimini uyandırmaktadır. Fakat uluslararası hukukun yapısal sorunları sebebi ile yumuşak hukuk enstrümanlarının kaçınılmaz olduğunu ima etmekte, yapısal sorunları yumuşak hukuk anlayışının sebebi olarak sunmaktadır ve bu enstrümanların uluslararası hukuku geliştirme ve dönüştürme konusundaki işlevlerine işaret etmektedir. Bu, şu şekilde yorumlanabilir: Eğer uluslararası hukukun yapısal sorunları çözülsediydi, yumuşak hukuk gibi hukuk düzeni bakımından ideal olmadığı söylenebilecek kavram ve araçlara ihtiyaç duyulmayacaktı. Eğer böyleyse, o zaman onun gözünde yumuşak hukukun ideal olana geçiş dönemine hizmet eden programatik bir araçtan ibaret olduğu söylenebilir. Ancak eğer yapısal sorunlar çözümü aranmasına gerek olmayan, uluslararası hukukun kaçınılmaz doğasının sonucu iseler, bu durumda bu sorun karşısında yumuşak hukukun uluslararası ilişkileri düzenlemede sert hukukun normatif otoritesi ile karıştırılmadan fakat onun gölgesindeki bir normatif araç olarak ele alınması gerektiği söylenebilir.

Philip Allott “*Eunomia: New Order for a New World*”⁴⁵⁶ adlı eserinde şu cümleyi kurar: “Yarı hukuki/hukuk benzeri işlemler⁴⁵⁷, hukuki yetki sahiplerinin irade ve eylemlerinin sosyopolitik tarafından şekillendirilmesine olanak tanır.”⁴⁵⁸ Bu cümlede sosyopolitikten kastı, uluslararası topluluğun sosyal politikasıdır. Allott, hukuki gerçeklikle hukuk dışı gerçekliği birbirinden ayırmaktadır. Hukuki gerçeklik kurgusal olduğuna göre, o zaman o hukuk dışı gerçeklik derken aslında sosyal gerçekliği kastetmektedir. Fakat buradaki sosyal gerçeklik özel bir tür sosyal gerçekliktir: sosyal olan uluslararası topluluğun sosyal gerçekliği. Çünkü yazar aynı sayfada “sosyal olmayan uluslararası topluluk” ifadesini de kullanmaktadır⁴⁵⁹ ve bununla

⁴⁵⁴ Chinkin eleştirel hukuk çalışmaları (*critical legal studies*) ekolünden bir yazardır ve özellikle uluslararası hukukun yapısal sorunlarını feminist paradigmayla ele alan çalışmaları vardır. Bkz. Hilary Charlesworth ve Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis, with a New Introduction* (Manchester: Manchester University Press, 2022).

⁴⁵⁵ Chinkin, “The Challenge of Soft Law”, 1989, 856.

⁴⁵⁶ Allott’un bu eserinin Kantçı bir ebedi barış projesi olduğu söylenebilir.

⁴⁵⁷ Allott kitabında yumuşak hukuk ifadesi yerine “*para-legal acts*” ifadesini bilinçli olarak kullanır. Yumuşak hukuk ifadesini pejoratif gördüğü için tercih etmemektedir.

⁴⁵⁸ Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World* (New York: Oxford University Press, 1990), 321.

⁴⁵⁹ Devamında aynı müsemma için “uluslararası toplumun kamusal alanı” ifadesini de kullanmaktadır.

her biri ayrı ayrı kamusal alana sahip olan devletler topluluğunu kastetmektedir. Kitabın genelinden yapılabilecek çıkarıma göre, önce sosyal olmayan uluslararası topluluk vardı; daha sonra sosyal olan uluslararası topluluk ortaya çıktı. Allott'un projesine göre, sosyal olmayan uluslararası topluluğun hukuku olan klasik uluslararası hukuk, sosyal uluslararası toplum için kısıtlayıcı bir etki doğurmaktadır ve adeta çıkarılması gereken bir gömlektir.⁴⁶⁰ O zaman aktarılan cümlelerin yorumu şudur: Sosyal uluslararası toplum kendi sosyal hedeflerini gerçekleştirmek için politik enstrümanları devletlere ("*holders of legal power*") karşı kullanmaktadır. Buna göre yumuşak hukuk enstrümanlarının klasik olanı değiştirmek için araç olarak kullanıldığı söylenebilir. Allott'un anlatmak istediklerine şöyle bir yorum yapılabilir: Önceden klasik düzen ve klasik uluslararası hukuk vardı. Fakat artık "*Eunomia*" için yeni düzen ve yeni hukuk kurulmalıydı. Yeni düzen ve yeni hukuk bir süreç içinde kurulabileceği, bir sosyal dönüşüm gerektirdiği için bu geçiş sürecini yönetecek ve dolayısıyla kendisi de geçici olan "vasita bir sistem" kurulmalıydı. İşte yumuşak hukuk enstrümanları ve anlayışı bu vasita sistemin bir aparatıdır. Fakat vasita sistemin kendisi geçici yani ideal olan olmadığı için onu mesela teorik tutarlılık bakımından masaya yatırmanın anlamı yoktur. Bu bakış açısıyla yumuşak hukuk anlayışını savunan birinin onu dört başı mamur bir kaynak teorisi içinde sunmasına da gerek olmaz.

Bir sonraki başlıkta yumuşak hukukun sosyopolitik hedefler ve dönüşüm için araç olarak görülmesini eleştiren ve genelde pozitivistler tarafından savunulan görüşlere yer verilecektir. Fakat öncesinde bazı hususların belirtilmesi gerekmektedir. Yumuşak hukuk konseptini savunurken sosyal meseleleri gündeme getiren her yazarın belli ajandalar, idealler veya ütopyalar doğrultusunda onu araçsallaştırdığını söylemek indirgemeci bir yaklaşım olabilir veya resmin bütünü görülmesini engelleyebilir. Bazı hukukçuların sosyal gerçekliğe "duyarlı" bir yaklaşım önermeleri, sadece hukuka dair bir anlayış farklılığının sonucu olarak da yorumlanabilir. Örneğin sosyal gerçekliğe özel bir vurgu yapmak, sosyal olanla zorunlu bağlantısı kurulmayan kurgusal bir hukuk anlayışından uzaklaşmak olarak görülebilir. Literatürdeki sosyolojik tandanslı dil kullanımının, bilinçli bir şekilde, hukukun kurgusal dilinin saflığı gayretinin karşısında olduğu ve tepkisel olduğu söylenebilir. Sonuçta konsepti savunan yazarların bazılarının alamet-i farikası, biçimsel anlayışın teorik kurgusunun yapıtaşları olan geçerlilik gibi kavramlara tamamen veya kısmen kayıtsız kalmalarıdır. Halbuki ilk bölümde görüldüğü üzere geçerlilik konsepti, biçimsel anlayışa göre, *lex lata* hakkında

⁴⁶⁰ Allott, *Eunomia*, 321.

konuşurken adeta dilin sınırlarını belirler. Bu sınırlara kayıtsız kalan bir yaklaşım geliştirildiğinde insana ve onun oluşturduğu kurumlara dair sosyal, politik ve ekonomik teorilerin kavramları hukuki dilde kullanılabilir hale gelir. Bu, Hans Kelsen’in saf hukuk teorisinde yapmaya çalıştığı şeyin tam aksidir. Sonuçta yumuşak hukuk anlayışının önemli önermelerinden biri, radikal biçimsel anlayışın artık uluslararası hukuk pratiğinde olanları açıklamaya yetmediğidir.

Robilant “Genealogies of Soft Law” adlı makalesinde bahsi geçen düşünce arka planını ele alır: “*Yumuşak hukuk, daha kapsamlı bir fenomeninin son örneği olarak görülebilir: 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarında Avrupalı anti-formalist hukukçular tarafından teşvik edilen “sosyal” bir hukuk bilinci tarzının gelişimi.*”⁴⁶¹ Çalışmasında Savigny’nin hukukun kaynağı hususundaki hukuk ve dil analojisini ve organik hukuk anlayışını, Ehrlich’in hukukun organik ve sosyal teorisini, Gurvitch’in sosyal hukuk teorisini ve 19. yüzyıl ve erken 20. yüzyıl hukuki çoğulluk akımlarını yumuşak hukuk anlayışı ile ilişkilendirir.⁴⁶² Bu teorilerin yumuşak hukuk savunucuları için önemli bir retorik kalkan sağladığını söyler.⁴⁶³ Bu açıdan bakıldığında dil, anlayış ve yöntemdeki farklılıkların, diğer bölümlerde de söylendiği gibi, bir paradigma değişimi sebebiyle olduğu söylenebilir. Alkan-Olsson, yumuşak hukuk anlayışını ortaya çıkaran paradigma değişiminin zihin ve dildeki etkisini “regülasyon” kavramı üzerinden örneklendirir.⁴⁶⁴ 1980 sonrasında neoliberal küreselleşme politikalarının karşısında devlet merkezci anlayışın zayıflaması ile kavramın anlam değişimine uğradığını söyler. Uluslararası ekonomik aktivitelerde devletin merkezi rolünün kaybolması ile regülasyonların zihinlerdeki karşılığının artık hukuk gibi sadece devletten sadır olan bir şey olmadığını söyler.⁴⁶⁵ Black’e göre de devlet merkezli olmayan fonksiyonel bir tanımlamada regülasyonlar “*Sadece devlet tarafından kullanılan kontrol aracı değildirler, devlet dışındakiler tarafından da kullanılan sosyal kontrol aracıdır.*”⁴⁶⁶

Bahsedilen anlayış değişikliği farklı metinler üzerinden de örneklendirilebilir. Örneğin PM Dupuy, yukarıda alıntılanan pasajında aynı anlama gelecek şekilde hem “*normatif oluşum süreci*” hem de “*hukuk yapım süreci*” ifadelerini kullanmaktadır.⁴⁶⁷ Aynı süreci betimlerken iki

⁴⁶¹ Di Robilant, “Genealogies of Soft Law”, 527.

⁴⁶² Di Robilant, 527-47.

⁴⁶³ Di Robilant, 553.

⁴⁶⁴ Alkan-Olsson, “The Changing Nature and Role of Soft Law”, 81-258.

⁴⁶⁵ Alkan-Olsson, 83.

⁴⁶⁶ Julia Black, “Critical Reflections on Regulation”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, sy 27 (2002): 23.

⁴⁶⁷ Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, 1991, 420.

farklı ifade kullanması bir nüans göstergesi olarak yorumlanabilir. İlk ifade sosyolojik bir bakış açısını yansıtmaktadır. Böyle bir bakış açısında özellikle normatiflik ve normativiteye dair ifadeler belirginlik kazanır, kural ifadesinden norm ifadesi daha çok kullanılır. Çünkü bu gibi yazarların gözünde “sosyal düzenleme formları”⁴⁶⁸ veya “sosyal kontrol formları” vardır ve hukuk da ahlak ve market mekanizmaları gibi bir kontrol formundan ibarettir.⁴⁶⁹ Hepsinin fonksiyonu ise davranışa rehberlik sağlamaktır. Bir norm, davranışa rehberlik sağlayabildiği ölçüde veya istenilen kontrol amacına matuf olduğu ölçüde kıymetlidir. Burada dikkat çekmek istenilen husus sadece hukukun sosyolojik bakış açısıyla anlaşılıp sunulması değil, tek ve nihai başvuru noktası olmadığına dair sistematik vurgudur. Örneğin Shelton göreceli normatiflik meselesini ele alırken hukukun hiçbir toplulukta sosyal problemleri çözmede yegâne araç olmadığını söyler.⁴⁷⁰ Yine ona göre, devletlerin yumuşak hukuk enstrümanlarındaki normlara uyması bekleniyorsa ve onların fiiliyatta da bu tür enstrümanlara gerçekten uyduğu görülüyorsa, bu durumda “uluslararası hukuk” konsepti değiştirilebilir (örneğin küresel yönetim gibi) veya uluslararası hukukun kaynakları listesi genişletilebilir.⁴⁷¹ Ancak geleneksel bakış açısına göre, uluslararası ilişkileri normatif olarak düzenlemenin belki de yegâne yolu hukuktur. Üstelik teamül hukukuna ve hukukun genel prensiplerine dair geleneksel anlayışın, iç hukuk sistemlerinin aksine, hukuk dışı normatif sistemlerin alanını daralttığı söylenebilir. Örneğin ahlaki prensipler hukukun genel prensipleri formunda anlaşıldığında, hukuki ilkelere dönüştürülmüş olur. Genel olarak ahlak gibi hukuk dışındaki normatif sistemler ise zaten devlet tüzel kişilerinden oluşan topluluğun doğasına uygun görülmemektedir. Örneğin Klabbers “devletlerin sadece hukuki taahhüt verebileceğini, ahlaki veya politik taahhüt diye bir şey olmadığı” görüşünü vurgular (Bunu analitik bir iddia olarak sunar).⁴⁷² Bu görüşe göre iki devlet arasında bir taahhüt varsa, bu zorunlu olarak hukukidir veya herhangi bir taahhüt söz konusu değildir. Klabbers devletlerin istedikleri her şeyi yapabileceği, örneğin “yarı hukuki” bir enstrüman oluşturmak istiyorlarsa oluşan şeyin yarı hukuki enstrüman olacağı sübjektivist görüşüne de karşı çıkar.⁴⁷³ Fakat yumuşak hukuk anlayışını savunan bazı yazarlara göre hukuk, bağlayıcı etkisinden dolayı, sadece çoğu zaman normatif rehberlikte (veya davranışı yönlendirmede) en çok verimin alındığı normlar bütününden ibarettir. Ancak değişikliği istenilen davranışın konusu, nasıl bir değişim istendiği ve bu değişimin muhatapları gibi

⁴⁶⁸ Bkz. Van Klink ve Lembcke, “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, 151.

⁴⁶⁹ Shelton, “International Law and ‘Relative Normativity’”, 139.

⁴⁷⁰ Shelton, 139.

⁴⁷¹ Shelton, 160. Ancak Shelton pratikteki durumun bu olduğuna şüphe ile bakmaktadır.

⁴⁷² Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, 215.

⁴⁷³ Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, 169.

hususlar bazen hukuku en verimli ve tek tercih olmaktan çıkarabilir ve bu durumda uluslararası ilişkilerde hazır bulunan diğer sosyal kontrol araçlarına başvurulabilir.⁴⁷⁴ Örneğin istenen davranış değişikliğinin muhatabı çok uluslu şirket veya devlet dışı örgüt ise, hukuki enstrümanların her zaman en ideal araçlar olmadığı iddia edilmektedir.⁴⁷⁵

Yargıç Baxter yukarıda da ele alınan makalesinde, teknik bir ifade olarak “antlaşmadan” (*treaty*) daha geniş kapsamlı bir anlamı olduğunu söylediği “uluslararası anlaşma” (*international agreement*) kavramı üzerinde durur ve onu şu şekilde tanımlar:

“... devletlerin veya devlet adına hareket eden kişilerin bağlayıcı olup olmadığına, uygulanabilirliğine veya iyi niyetle yerine getirilme yükümlülüğüne bakmaksızın kabul ettikleri tüm davranış normları.”⁴⁷⁶

Burada bir şekilde davranışı yönlendiren fakat bağlayıcı olmayan, hukuki yükümlülük doğurmayan normların varlığı vurgulanır. Uluslararası anlaşma ifadesi böyle tanımlandıktan sonra uluslararası hukukçunun ilgi odağına hukuk olup olmadığına bakmaksızın devlet davranışını etkileyen tüm faktörler ve sosyopolitik olgular girmiş olur. Makalenin devamında ise yumuşak hukuk olarak gördüğü enstrümanları detaylıca inceleyip kategorilere ayırdıktan sonra Baxter şunu söyler: “Önemli⁴⁷⁷ daha düşük olan enstrümanlar, normları teknik olarak bağlayıcı olmasa bile, devletlerin ve bireylerin davranışlarını belirli bir dereceye kadar etkileyebilir veya kontrol edebilir.”⁴⁷⁸

Schachter’ın 1977’de yayınladığı “The Twilight Existence of Non-Binding International Agreement”⁴⁷⁹ makalesinin yumuşak hukuk literatüründe önemli bir yeri vardır. Yazar bu çalışmasında “bağlayıcı olmayan uluslararası anlaşmalar” hakkında konuşur ve Baxter da olduğu gibi o da “anlaşma” ifadesini devletler arası bağlayıcı olsun veya olmasın her türlü mutabakat veya irade uyuşması anlamına gelecek şekilde kullanır. Makalede bağlayıcı olmayan anlaşmalara dair devlet pratiği ve yargı kararları üzerinden önemli değerlendirmeler yapmaktadır. Konu gereği ise burada yazarın bağlayıcı olmayan anlaşmaların hukuki sorumluluk doğurmayacağı çıkarımının analitik değil, devlet pratiğine dayanan empirik bir

⁴⁷⁴ Shelton, “International Law and ‘Relative Normativity’”, 163.

⁴⁷⁵ Bradlow ve Hunter, “Introduction: Exploring the Relationship between Hard and Soft International Law and Social Change”, 12.

⁴⁷⁶ Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, 550.

⁴⁷⁷ Yazarın buradaki kastının “hukuki” önem olduğu söylenebilir.

⁴⁷⁸ Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, 565.

⁴⁷⁹ Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”.

iddia olduğu düşüncesi üzerinde durulacaktır.⁴⁸⁰ Ona göre eğer bu empirik iddiayı haklı kılan devlet pratiği olmasaydı, mesela bağlayıcı olmayan anlaşmaların bağlayıcı olan fakat sona erdirmek için tek taraflı irade beyanının yeterli olduğu antlaşmalar gibi ele alınması gerektiği iddiası pek tabii savunulabilirdi. Çünkü onlar da, bağlayıcı olmayan anlaşmalar gibi, bir taraf uymaktan vazgeçene kadar anlamlıdır. Böyle bir iddiada ise “bağlayıcı olmayan” ifadesi sadece “sonradan yükümlülüğe uymaktan vazgeçebiliyor olma” (tek taraflı bildirimle veya örneğin hükümlerdeki muğlaklıklar sebebiyle kolayca *rebus sic stantibus* iddiasında bulunma ile) anlamında kullanılmış olurdu. Böylece bağlayıcı olmayan anlaşmalar için geleneksel antlaşmalar teorisinin sınırlarının dışına çıkmayan bir açıklama getirilmiş olurdu. Zaten analitik olarak da bu anlam öncelikli (Ockham’ın usturası prensibi gereği) seçenek gibi durmaktadır, aksi takdirde hukuken bağlayıcı olmayan taahhüt gibi ikincil kavramların anlamlı bir şekilde açıklanması gerekmektedir. Fakat Schacter’a göre, devlet pratiğinde bağlayıcı olmayan anlaşmalar tek taraflı irade beyanıyla sonlandırılabilen antlaşmalar gibi ele alınmamaktadır. Yani kurgusal olarak eşitlense dahi, bu tür enstrümanların pratikte aralarında fark olduğunu söyler. Peki o neden böyle bir açıklama yapmaktadır; analitik iddia-empirik iddia karşılaştırması yapmasının arka planında ne vardır? Burada o, konuyu sadece analitik olarak ele almanın hatalı çıkarımlara sebep olacağını; bağlayıcı olmayan anlaşmalar meselesini açıklamak için çıkış noktasının “pratikte olan” olması gerektiğini savunmaktadır.⁴⁸¹ Dikkati teorik olana değil, pratik olana çekmek istemektedir. Bu da bir yöntem veya anlayış tartışmasıdır. Ona göre geleneksel teorisinin kavramsal çerçevesine sadık kalmaya çalışmak, pratikte olanı doğru açıklayamama sonucuna varmaktadır. Bağlayıcı olmayan anlaşma kavramına dair iddiaların tanımsal değil; empirik olduğunu ve bu yönüyle ele alınması gerektiğini özellikle vurgular.⁴⁸² Bu durumda onun da biçimsel anlayışın devlet uygulamalarındaki değişimi açıklamak noktasında artık yetersiz kaldığını düşündüğü sonucuna varılabilir. Makalesinin sonunda şu cümleyi kurar:

⁴⁸⁰ Schachter, 300.

⁴⁸¹ Burada belirtmek gerekir ki yumuşak hukuk anlayışını savunan yazarların devlet pratiğine vurgusu tek başına onların empirik iddialarının doğru olduğu anlamına gelmez. Devlet pratiğine dair gözlemler her zaman yumuşak hukuktan yana yorumlanmamaktadır. Evet, örneğin uluslararası çevre hukuku gibi yeni alanlarda devletler çokça yumuşak hukuk enstrümanına taraf olmuş olabilir fakat bu onların zihninde hukuk olan ile olmayanın dereceli bir hal aldığını tek başına göstermeyecektir. Shelton’a göre uygulayıcıların zihninde halen yumuşak hukuk diye bir şey yoktur, hukuk olan-hukuk olmayan ikili sistemi vardır. Shelton, “International Law and ‘Relative Normativity’”, 161. Koskenniemi 1995 yılında yazdığı eserinde, esen reformist ve küreselci rüzgârın öğretideki hukuk anlayışındaki etkisinin pratikte o kadar da karşılık bulmadığını işaret eder. Koskenniemi, “International Law in a Post-Realist Era”, 2. 2025 yılına gelindiğinde devlet pratiğindeki durumun ne olduğu ayrı bir çalışma konusudur. 2012 tarihli oldukça kapsamlı bir çalışma için bkz. Berman vd., *Informal International Lawmaking*.

⁴⁸² Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, 301.

*“Sürdükleri sürece, bağlayıcı olmayan anlaşmalar bile taraflar için otoriter ve kontrol edici olabilir. Hukuki olmadıkları için taahhütlerin hayali olduğunu varsaymak için a priori bir neden yoktur. Onları değersiz görmek ‘En iyi, iyunin düşmanıdır.’ şeklindeki eski atasözünü akla getirir.”*⁴⁸³

Yazar aslında bu anekdot ile çok şey söylemektedir. Ona göre mesele anlaşmalara uyulup uyulmaması ise, zaten bağlayıcı olan anlaşmalar da realist bir perspektiften o kadar otoriter değildir. Uyuldukları sürece de bağlayıcı olmayan metinler dahi, önemlidir. Bu düşünce, metinlerin hukuki niteliğinden çok fonksiyonlarını ön plana çıkaran; etkililik merkezli bir anlayıştır.

Hukuk profesörü Abbott ve uluslararası ilişkiler profesörü Snidal’in “Hard and Soft Law in International Governance” makalesi de yöntem ve anlayış farkının sonuçlarını göstermesi bakımından literatürde önemli bir eserdir. Makalede konuyu her iki disiplinin perspektiflerini birleştirerek ele almaya çalışmışlardır. İlk bölümde de söylendiği üzere, onlara göre sert hukuk teorik idealdir ve çağdaş uluslararası hukukun önemli bir kısmı yumuşak hukuktan oluşmaktadır.⁴⁸⁴ Teorik ideal ifadesi, hem teori ile pratik arasındaki mesafeyi göstermesi hem de sert hukukun kısmen marjinalleştirilmesi adına oldukça dikkat çekicidir. Makalede sert hukuk ve yumuşak hukuk yer yer birbirini tamamlayan iki ayrı hukuk yapımı tercihi olarak sunulmakta ve uluslararası aktörlerin bu ikisi arasındaki tercihin fayda-zarar analizi gibi rasyonel ve çıkarlara odaklanan, ekonomi politik bir yaklaşımla ele almaktadırlar. Onlara göre uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk birbirinden ayrı alanlar olarak görülmemelidir ve görece gelişmemiş bir hukuk sistemi olması ile uluslararası hukukun politikaya karşı otonomisini her zaman koruyamayacağını savunmaktadırlar.⁴⁸⁵

Bu başlıkta önce yumuşak hukuk konseptini sosyopolitik hedeflere ulaşmak ve uluslararası hukukun tedrici dönüşümü için bir araç/alet olarak sunulduğu görüşlere kısaca yer verilmiştir. Ardından konsepti ele alırken görece sosyolojik tandanslı denilebilecek ve pratik gerçekliğe vurgu yapan diğer görüşlere yer verilmiştir. Her ne kadar sosyal gerçekliğe ve politikalara vurgu yapmalarıyla benzer önerme ve çıkarımlara sahip olsalar da, nüanslara dikkat çekerek, bunların iki ayrı pozisyon olarak ele alınması faydalı olabilir. Örneğin Bradlow ve Hunter uluslararası örgütlerin eğilimleri üzerinden hukuka oldukça dışsal meselelere, aktörlerin

⁴⁸³ Schachter, 304.

⁴⁸⁴ Abbott ve Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, 421.

⁴⁸⁵ Abbott ve Snidal, 455.

ajandaları gibi hususlara vurgu yaparken; Baxter veya Schachter hukuka dair bir yöntem veya anlayış tartılması yürütmektedir. Eğer radikal bir disipliner sınırlandırma önererek muhataplara sadece iki seçenek sunulsaydı, ilk iki yazarın yaklaşımının uluslararası ilişkilerci bir perspektif olduğunu; Baxter ve Schachter'ın yaklaşımının ise (hukuki pozitivist olmasa da) hukuki bir perspektif olduğunu söyleyeceklerdir. O halde biçimsel anlayışa karşı çıkan herhangi bir realist veya sosyal hukuk anlayışı ile yumuşak hukuku sosyopolitik hedefler için bir araç olarak sunan anlayışları aynı kefeye koymamak gerekmektedir.

3.3. Araçsallaştırmanın Hukukun Üstünlüğüne Zarar Vereceği Eleştirisi

Bir önceki başlıktaki gibi yaklaşımların veya genel olarak yumuşak hukuk anlayışının hukukun üstünlüğüne zarar vereceği eleştirilerine geçmeden önce, burada hukukun üstünlüğü (*rule of law*) derken ne kastedildiğinin açıklanmasında fayda vardır. Bir ilke olarak hukukun üstünlüğü, uluslararası hukuk bakımından ele alındığında iç hukuklardaki ile aynı şeye tekabül edebilir mi? Gorobets, iç hukuklar için başvurulacak hukukun üstünlüğü ilkesi ile uluslararası hukuktaki hukukun üstünlüğü konseptinin ayrıştırılması gerektiğini savunur.⁴⁸⁶ Özetle şöyle söyler: Tarihsel olarak hukukun üstünlüğü ilkesi yöneten ile yönetilen arasındaki gerilimlerle, yönetenlerin hesap verebilirliğiyle, keyfi uygulamaların önüne geçmekle ve güçler ayrılığı gibi prensiplerle ilişkilidir; fakat uluslararası hukuk söz konusu olduğunda kuralı koyanla ona uyması gereken öznenin aynı olması gibi sebeplerle bahsedilen hususiyetlerin ilkeyi tanımlamada önemi yoktur. Yazar bu sebeple hukukun üstünlüğü ilkesinin tüm hukuk sistemleri için anlamlı olabilecek “çekirdek/temel anlamını” ortaya koymaya çalışır. Bunu da “normatif otorite” kavramsallaştırması ile yapar. Buna göre hukukun üstünlüğü ilkesi, kısaca, hukukun normatif otorite olarak kabul görmesi idealidir.⁴⁸⁷ Bu, hukukun diğer normatif sistemlerden üstün olduğunun ve kendi düzenleme alanı içinde yegane başvuru noktası olduğunun kabulü şeklinde açıklanabilir. Fakat Gorobets, hukukun üstünlüğü ilkesini sadece kurgusal bir kabul olarak değil, gerçekleştirilmesi gereken bir ideal olarak sunar. Şöyle söyler:

“Hukukun üstünlüğünün, normatif otorite anlayışının ayrılmaz bir parçası olarak ele alınması gerektiğini öne sürdüm; geleneksel olarak hukukun üstünlüğünün gerekleri ya da ilkeleri olarak ele alınan şeylerin ise, aslında belirli bir normatif düzenin otorite iddiasının

⁴⁸⁶ Kostiantyn Gorobets, “The International Rule of Law and the Idea of Normative Authority”, *Hague Journal on the Rule of Law* 12, sy 2 (2020): 227-49.

⁴⁸⁷ Gorobets, 243.

hayata geçirilebileceği koşullar olduğunu savundum.⁴⁸⁸ ... Buradan hareketle hukukun üstünlüğü (ister ulusal, ister uluslararası ya da başka bir bağlamda olsun), hukuk düzeninin muhataplarının ona etkin biçimde uymalarını ve onu eylemlerine yön verecek bir rehber olarak kullanmalarını mümkün kılacak şekilde işleyebilmesine ilişkin değerleri yansıtan meta-normatif bir idealdir.⁴⁸⁹

İşte aşağıda görüşleri sunulacak yazarlar özünde yumuşak hukuk anlayışının uluslararası hukukun normatif otoritesine zarar vereceğini iddia etmektedirler. Bu açıdan bakıldığında, örneğin, yumuşak hukuk enstrümanlarının hukuki uygulamada yer bulmasının hukuk güvenliğine zarar vermesiyle hukukun üstünlüğüne zarar vereceğini söylemek, sonucu öngörülemeyen bir normatif sistemin otorite olma iddiasının/kapasitesinin zayıflayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu açıklama yapıldıktan sonra ilgili eleştirilerden kesitler sunulabilir.

İkinci bölümde detaylı olarak ele alındığı üzere Hoof, Genel Kurul kararlarına bağlayıcı etki verecek veya hukuki kıymetini arttıracak bir kaynak teorisi anlayışının yeşermesini geliştirmekte olan ülkelerin politik sebeplerle desteklediğini vurgulamaktadır.⁴⁹⁰ Çünkü eğer böyle olursa, *status quo*'yu değiştirmek için oldukça istekli olan bu ülkelerin eline, Genel Kurul'daki çoğunlukları sebebi ile oldukça elverişli bir araç geçmiş olacaktır. Buna karşılık özellikle Batılı devletlerin politik sebeplerle⁴⁹¹ birlikte teorik (hukuki) sebeplerle de Genel Kurul kararlarının bağlayıcı kabul edilmesine karşı çıktıklarını söylemektedir. Hoof'un geliştirmekte olan ülkelerin politik sebeplerinin karşısına Batılı devletlerin hem politik sebeplerini hem de teorik sebeplerini koyması, geliştirmekte olan ülkelerin gerekli teorik kaygıyı göstermediğini düşündüğü, yani hukuku ikincil plana atarak araçsallaştırdıklarını düşündüğü şeklinde yorumlanabilir. Sonuç olarak burada yumuşak hukuk anlayışının, zayıf devletler tarafından sosyopolitik hedefler için araçsallaştırılması gündeme getirilmektedir. Birazdan görüleceği üzere Weil de yumuşak hukuk enstrümanlarının güçlü devletler tarafından araçsallaştırılabileceğini söyleyecektir. Burada şunlar söylenebilir: Üçüncü Dünya ülkelerinin Genel Kurul kararlarının bağlayıcı olması yönündeki teorik yaklaşımları desteklemesini politik olarak etiketlemek sadece vurgunun neye yapılacağına dair bir polemiktir. Tüm bu girişimler

⁴⁸⁸ Gorobets, 247.

⁴⁸⁹ Gorobets, 242.

⁴⁹⁰ Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 186.

⁴⁹¹ Hoof, Batılı devletlerin itiraz etmek için politik sebepleri olduğunu doğrudan söylememektedir. “*Aşikâr sebepleri*” (“*obvious reasons*”) olduğunu söylemektedir. Fakat bağlam gereği burada aşikâr sebepler derken politik sebepleri kastettiği anlaşılmaktadır.

sadece “uluslararası hukukun geliştirilmesine yönelik teorik girişimler” olarak da adlandırılabilirdi. Çünkü topluluğa sonradan katılan devletlerin mevcut uluslararası hukukun yapısının güçlü devletlerin lehine biçimlendiğini gözlemlediklerinde, buna alternatif teşkil edecek teorik açılımlar geliştirmek istemeleri olağandır. Bu durumu bir meşruiyet tartışması yerine politika oyunu olarak sunmak da politik bir tercih olmakla eleştirilebilir. Diğer taraftan yumuşak hukuk enstrümanlarına hukuki değer atfetmenin, önceki bölümlerde ele alınan “*epistemik otorite*” kavramı ile birlikte düşünüldüğünde, sadece zayıf devletlere yarar sağlamayacağı da açıktır. Yani bu enstrümanlar nereden bakıldığına bağlı olarak herkese yarar sağlayabilir. Neticede yumuşak hukuk enstrümanları politikaya alan açma kapasitesine sahiptir. Politikaya alan açıldıktan sonra bundan kimin yarar sağlayacağı sorusunun cevabı, tamamen konjonktürelidir. İşte hukukun üstünlüğü prensibinin öne sürüldüğü yer de burasıdır. Çünkü “uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğü için verilen mücadele, politikaya karşı bir mücadele”⁴⁹² olarak görülmektedir. Fakat Koskenniemi’nin⁴⁹³ veya Anghie’nin yaptığı gibi⁴⁹⁴ hukukun üstünlüğünün de politik bir kurgu olduğu savunulduğunda, buradaki tartışmanın çıkmaza gireceği söylenebilir.

Bir önceki başlıkta Bradlow ve Hunter’ın görüşleri çerçevesinde devletler ve uluslararası örgütler gibi farklı aktörlerin uluslararası hukuka biçtikleri rollerin ve ondan ne beklediklerinin farklılaşabileceği söylenmişti. Bu da doğal olarak onların yumuşak hukuk enstrümanları ile kurdukları ilişkilerin dinamiklerini etkileyecektir. Benzer bir anlatı, farklı hukuk mesleklerini icra eden kişiler üzerinden de kurulabilir ki yazarlar çevre hukuku aktivistleri üzerinden bunu örneklendirmişlerdi. Bu noktada Reisman’ın yumuşak hukuk konusunda farklı hukuk mesleklerinin alması gereken pozisyonlara dair görüşlerine yer verilebilir. Ona göre kavramlar araçlardır fakat farklı hukuk mesleklerini icra edenlerin farklı kavramsal araçlar kullanması gerekir.⁴⁹⁵ Yumuşak hukuk kavramının ise bazı açılardan faydalı olduğunu ve bazı hukuk mesleklerini icra edenlerin ondan faydalanabileceğini söyler. Bir araç olarak kavramın muhtemel faydalarını şöyle sayar: (1) Bazı metinlerin içeriğindeki normatif belirsizlikleri göstermesi ile mesela hukuk uygulayıcılarına kullanabilecekleri takdir yetkisi

⁴⁹² Koskenniemi, “The Politics of International Law”, 5.

⁴⁹³ Koskenniemi, 7.

⁴⁹⁴ Anghie uluslararası hukukun emperyal karakteristiklerini eleştirdiği meşhur eserinde, hukukun üstünlüğü idealinin de emperyal versiyonunun olduğunu söylemektedir. Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 272.

⁴⁹⁵ W. Michael Reisman, “Soft Law and Law Jobs”, *Journal of International Dispute Settlement* 2, sy 1 (2011): 25.

hakkında fikir verebilir; (2) ilgili metnin ve ifadelerin otoritesini değerlendirmeye imkân verir; (3) son olarak ilgili metne veya ifadeye güvenerek hareket edecek muhataplara onun politik olarak ne kadar destek gördüğünü ve ne ölçüde bağlayıcı olabileceğini gösterir. Bu gibi faydaları sebebi ile yumuşak hukuk kavramının devlet temsilcisi hukukçular için veya yeni hukuki düzenlemeler önermekle görevli sivil toplum üyeleri için kullanışlı olabileceğini söyler.⁴⁹⁶ Fakat söz konusu hukuk uygulayıcısı olan hakimler olduğunda yumuşak hukukun bir alet olarak görülmemesi gerektiğini söyler. Sebep olarak yumuşak hukukun hukuki belirsizliğe neden olmasını sunar ki bu da hakimlerin mesleklerinin varlık sebebine aykırı olacaktır. Başka bir yerde şöyle söyler:

*“Yumuşak hukuk sayesinde, insanlar hâlâ hukuka yönelmekte ve hedeflerine hukuki mekanizmalar aracılığıyla ulaşmaya çalışmaktadır; bu da başlı başına hukukun sembolik değerinin güçlenmesini sağlar ve en azından amaçlara ulaşmak için şiddet kullanımını engeller ya da geciktirir. Öte yandan, bu şekilde oluşturulan hukukun büyük kısmı etkin bir şekilde yerine getirilemez ve bunun uzun vadede bir maliyeti olacaktır. Ekonomideki Gresham yasasına benzer şekilde, kötü hukuk iyi hukuku ortadan kaldırılabılır. Günümüzün bazı zorlayıcı şartları ile açıklanabilecek yumuşak hukuk enflasyonu, nihayetinde tüm uluslararası hukuk yapım sistemini zayıflatabilir.”*⁴⁹⁷

Reisman ilgili makalesinde hukukçuların kendilerine biçmeleri gereken rollere dair bir tartışma yürütmektedir. Böyle bir tartışma yumuşak hukuk söz konusu olduğunda oldukça anlamlıdır çünkü kavram hukukçu yazarlar tarafından ortaya atılmıştır. Yazarların hangi amaçla böyle bir kavramı ortaya attığı sorusu sorulduğunda ise (önceki başlıklarda da söylendiği üzere) cevap olarak basitçe “Pratikte olup biteni teoride kavramsallaştırma ihtiyacını gidermek.” verilebilir. Fakat bu yazarların bunun yanında farklı motivasyonlarla da yumuşak hukuk kavramını ortaya attığı iddia edilebilir. Örneğin Weil, göreceli normatiflik sorununun ilerlemeci bir anlayışın ürünü olduğunu vurgular.⁴⁹⁸ Uluslararası hukukun kaynaklarına dair yeni teorilere “yüksek değerler olmadan uluslararası hukukun ancak ruhsuz bir mekanizma olduğu” anlatısının hakim olduğunu vurgulayıp şöyle söyler:

⁴⁹⁶ Reisman, 26.

⁴⁹⁷ Handl vd., “A Hard Look at Soft Law”, 377.

⁴⁹⁸ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *The American Journal of International Law* 77, sy 3 (1983): 422.

“Uluslararası topluluk kavramı ön plana çıkarılarak, ideolojik ve ekonomik farklılıkların ötesinde bir dayanışma bilinci ve daha büyük bir birlik arzusu yansıtılır; aynı zamanda uzun süredir kendini güçsüz hisseden ve uluslararası örgütlerdeki çoğunluk olma bakımından yeni konumunu adalet olarak gördüğü şeye hizmet ettirme arzusu taşıyan Üçüncü Dünya'nın geçmiş hayal kırıklığını da ifade ederler. Devletlerin çoğalması ve çeşitliliğinin artması göz önüne alındığında, geleneksel ve yan yana duran bencil çıkarlar üzerine kurulu uluslararası toplumu aşma; ortak iyilik ve ortak değerler arayışıyla hareket eden bir uluslararası toplum oluşturma iradesi çok daha kıymetlidir.”⁴⁹⁹

Weil'in yaklaşımına göre uluslararası hukuk düzeninin daha ahlaki bir temele oturması ve daha üstün bir dayanışma gibi hedeflere ulaşmak için pozitif (hukuk) olanın yerine muğlak değerler koyulması; iradeci anlayış (“voluntarism”) bazılarının nüfuzu/hakimiyeti lehine önemsizleştirilmesi; son olarak tarafsızlığın yerini ideolojilerin alması tüm uluslararası hukuk sistemini istikrarsızlaştırabilir ve bu durum onu amacına hizmet etmekten alıkoyabilir.⁵⁰⁰ Bazılarının hakimiyeti/nüfuzu lehine iradeciliğin önemsizleştirilmesi derken güçlü devletlerin arzu ettikleri hukuku (ve böylece arzu ettikleri politikaları) görece zayıf devletlere, mesela uluslararası topluluğun talebi kılıfında, *lex lata* olarak dayatmasını kastetmektedir.⁵⁰¹ Tarafsızlığın yerini ideolojilerin almasını sorunsallaştırırken de bir normatif sistem olarak uluslararası hukukun politik hedefler için araçsallaştırılmasını eleştirdiği söylenebilir. Burada ve önceki bölümlerde görüldüğü üzere Weil, bir göreceli normatiflik sorunu olan yumuşak hukuk konseptinden ziyade onu savunan yazarların eğilim ve anlayışlarını eleştirmektedir. Bunu yapmasının sebebi açıktır. Ona göre yumuşak hukuk anlayışı uluslararası hukukçuların uluslararası ilişkilerde olan biteni doğru ele alamamasının ve bu olan biten karşısında uluslararası hukukun rolünü doğru konumlandıramamalarının bir sonucudur. Eğer düşüncesi daha özlü ifade edilirse, yumuşak hukuku savunan yazarların (belirli idealler uğruna) uluslararası hukuka gerçekçi olmayan ve hatta ona zarar verecek misyonlar yüklediğini düşünmektedir. Yani sorun bir ölçüde de uluslararası hukukçuların eğilimlerinden/yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır. Weil'den sonra yumuşak hukuku eleştiren birçok yazar da benzer eleştirilerle onu takip etmektedir. Örneğin Klabbers, uluslararası hukukçuların devleti kötü fakat uluslararası örgütleri iyi gören bir nevi reformist,

⁴⁹⁹ Weil, 422.

⁵⁰⁰ Weil, 423.

⁵⁰¹ Weil, 441.

enternasyonalist ve ilerlemeci eğilimlerini eleştirir.⁵⁰² Bazı uluslararası hukukçuların uluslararası hukuku ve uluslararasılaşmayı, hatalı olarak, kendinden iyi kabul ettiğini söyler. Hobezyen bir bakış açısına sahip oldukları için de, “ne kadar çok hukukileşmiş düzenleme, o kadar iyi” şeklinde düşünürler. Chinkin de hukukçuların hukuki normdan yana olduğunu, yani hukukileşmeden yana olduğunu (Bu, normatif sistemler arasında hukukun otoritesini arttırmak şeklinde de ifade edilebilir.) fakat yumuşak hukuk konusunda bunun sonucunun iyice düşünülmesi gerektiğini söyler.⁵⁰³ Klabbers’e göre ise politik veya ahlaki hedefler sebebi ile yumuşak hukuk olarak adlandırılan enstrümanları hukuk olarak kabul etmek, hukuku karar vericilerin işine gelecek şekilde bulanıklaştırabileceği için, nihayetinde hukukun üstünlüğüne zarar verecektir.⁵⁰⁴

D’Aspremont uluslararası hukukun kaynak teorisinin daha az biçimsel hale gelmesinin arkasındaki itici güçlerden biri olarak uluslararası hukukçuların programatik düşüncesini sunar.⁵⁰⁵ Bu programatik düşünüş, gelecekteki hukukun oluşumunu etkileme/ona katkı yapma motivasyonu ile gayri resmi enstrümanlara hukuki değer atfetmektedir. Bu durumda da yumuşak hukuk kuralları, oluşması istenilen gelecekteki hukuk kuralları için “*deneysel bir zemin*” oluşturmaktadır. Blutman da bu durumu “*hukuki normun muştucusu olarak yumuşak hukuk*” başlığı ile ele alıp eleştirir.⁵⁰⁶ İki yazarın görüşlerini birlikte ele alıp yorumlanırsa, programatik düşünüşü esasen bir odak sorunu olarak görmektedirler. Hukukçu hukuk yapımını bir süreç olarak ele alıp odağını hukuk kuralının ortaya çıkmasından önceki sürece koyarsa programatik düşünüş ortaya çıkar. Hukuk yapımı sürecinin aktörleri; politikalarına, stratejik ihtiyaçlarına ve beklentilerine göre pozisyonlarını alarak sürece katılırlar. Hukukçu eğer düşünüşünün merkezine daha çok uluslararası ilişkiler uzmanlarının meselesi olan bu pozisyonları koyarsa onlar gibi düşünmeye başlar. Halbuki hukukçu bu süreç bakımından kendisine bir milat koymalıdır, çünkü hukuki olmayanın bittiği ve hukuk olana doğru giden yapım sürecinin başladığı anı tespit etmek mümkün değildir.⁵⁰⁷ Blutman’ın yumuşak hukuk kavramı yerine mesela “*yumuşak kontrol*” (“*soft control*”) kavramını önermesi bu sebeptendir.⁵⁰⁸ Yumuşak hukuk kavramının tekabül ettikleri için yumuşak kontrol gibi bir

⁵⁰² Klabbers, “The Undesirability of Soft Law”, 383.

⁵⁰³ Chinkin, “The Challenge of Soft Law”, 1989, 859.

⁵⁰⁴ Klabbers, “The Undesirability of Soft Law”, 391.

⁵⁰⁵ D’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, 130.

⁵⁰⁶ Blutman, “In the Trap of a Legal Metaphor”, 617-18.

⁵⁰⁷ Blutman, 618.

⁵⁰⁸ Blutman, 612.

kavram önermenin, uluslararası ilişkilerdeki yumuşak güç kavramı akla getirilirse, onların uluslararası ilişkiler disiplinin konusu olması gerektiği düşüncesinden kaynaklandığı söylenebilir. Esasen yumuşak hukuk anlayışını savunan yazarların bir kısmının bu disiplinler sorunu farkında olduğu; yumuşak hukuk kavramını da zaten buna bir çözüm olarak kullandığı söylenebilir. Çünkü mesela yumuşak hukuk kavramı hukuk literatüründe bir kez kabul gördüğünde bu kavram ve beraberindeki anlayış vesilesi ile uluslararası hukuk disiplininin sınırları genişletilebilecektir. D’Aspremont da hukuk disiplininin sınırlarını genişletme çabasını biçimsel kaynak teorisi anlayışından uzaklaşılmasının arkasındaki ikinci itici güç olarak sunar.⁵⁰⁹ Bunun arkasındaki sebep ise, uluslararası hukukun bir sosyal organizasyon olan uluslararası ilişkiler sahasının her alanına nüfuz etmesinin daha iyi olacağı düşüncesidir: Uluslararası ilişkileri yöneten/etkileyen politik dinamikler ve hukuk dışı sosyal normlar vardır; uluslararası hukuk iyi olduğu için ne kadar bunların alanını daraltırsa, o kadar iyi olur. Uluslararası hukukun etki alanını genişletilmesi de ilerleme olarak görüldüğü için biçimsel kaynak teorisinden uzaklaşmak da faydalı bulunmaktadır. Son olarak d’Aspremont, yumuşak hukuk anlayışının uluslararası mahkemeler karşısında hukuki argümantasyon kurma konusunda avukat ve danışmanlara bir tür özgürlük sağlaması sebebi ile de desteklendiğini düşünmektedir.⁵¹⁰ Biçimsel anlayışın aksine, iddialara hukuki dayanak getirme noktasında getirdiği imkanlar ile, yumuşak hukuk yaratıcılığa izin vermektedir. Bu da kaynak teorisi bakımından tutarlı bir yaklaşım sunma konusunda, akademisyenlerin aksine, daha az kaygılanacak avukat ve danışmanlar için yumuşak hukuk anlayışının elverişli bir araç olarak sahiplenilmesine sebep olmaktadır. D’Aspremont bunlar ve benzeri düşünceler sonucu atılan adımları “*gayriresmileştirme (deformalization) politikaları*” olarak adlandırmaktadır.⁵¹¹

Blutman, yumuşak hukuku hukuk olan ile olmayan arasında ayrı bir kategori olarak varlığını savunan yazarların argümanlarını iki temel kategoriye indirgemekte ve bunlardan birine “*işlevselci argümanlar*” demektedir.⁵¹² İşlevselci olarak adlandırdığı argümanların arkasındaki ana fikir şudur: Devletler veya diğer uluslararası aktörler yumuşak hukuk kurallarına belli ölçülerde riayet etmek de, onları belli ölçülerde referans kabul etmektedir; yani yumuşak hukuk sert hukuk kuralları gibi uluslararası ilişkileri düzenleyerek onlarla aynı işlevi görebilmektedir. Eğer yumuşak hukuk kuralları onlarla aynı işlevi görebiliyor ve gerekli olduğu hallerde aynı amaçlara hizmet edebiliyorsa, o zaman bu kuralların hukuk olmayan kategorisi

⁵⁰⁹ D’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, 131.

⁵¹⁰ D’Aspremont, 134.

⁵¹¹ D’Aspremont, “The Politics of Deformalization in International Law”, 2011.

⁵¹² Blutman, “In the Trap of a Legal Metaphor”, 614.

dışında özel bir yeri olmalıdır. Yani yumuşak hukuk kurallarının işlevleri bakımından önemi, onları ayrı bir kategori olarak ele almayı haklılaştırmalıdır. Böyle bir anlayışta kuralların işlevi sadece onların ayrı bir kategori olarak varlığını haklılaştıran faktör olmaz, hangi kuralların yumuşak hukuk olup olmayacağını belirleyen faktör de olur. Blutman’a göre işlevselci bir yaklaşım hukuk olanın ne olduğuna ve ne olmadığına dair biçimsel yaklaşımlar gibi tatmin edici kriterler sunamazsa bu durumda hukuk güvenliği zarar görür çünkü bir mahkeme önündeki herhangi bir hukuki tartışmanın nereye varacağını öngörmek zorlaşır.⁵¹³ Hukuk güvenliği zarar görürse, sistem ve dolayısı ile hukukun üstünlüğü zarar görecektir.

D’Aspremont, uluslararası hukukçuların ortak ve en önemli amaçlarından biri olan *lex lata*’nın tespitine dair herkes tarafından kabul görebilecek kriterler ortaya koyma çabasının, artık olması gerektiği gibi kıymet görmediğini düşünmektedir.⁵¹⁴ Bu durumda yumuşak hukuk anlayışının etkisi olduğunu ve bunun bir “özgürleşme” olarak hissedildiğini öne sürer. Özgürleşme olarak betimlemesinin sebebi şudur: Zaten pratikte cereyan eden ve uluslararası hukukun gayri resmi yapımı olarak adlandırılan işlem ve olgular geleneksel kaynak teorisinin sınırlarını oldukça zorlamış; tabir-i caizse balıklar eldeki oltaya büyük gelmeye başlamıştır. Bu durumda balık tutmayı ve ona dair kaygıları tamamen bırakmak, sanki özgürleşmek gibi hissedilmiştir. Yazar çalışması boyunca bu vazgeçiş ve kayıtsızlığı eleştirmektedir. *Lex lata*’nın tespiti için “herkes tarafından kabul görmesi kaygısıyla kriterler belirleme amacı” önemini yitirmeye başlayınca da bu sefer herkes tarafından kabul görme kaygısı olmayan kriterlerin ön plana çıktığını söyler. Teoride ve ifadede oluşan bu esneklik ise, akademisyenlerin “*ayrı tellerden çaldıkları*” “*kaotik*” bir literatürün ortaya çıkmasına sebep olmuştur.⁵¹⁵ Ona göre biçimsel bakış açısının hâkim anlayış olduğu dönemde hukuk olanın belirlendiği kriterleri konuşurken en azından ortak bir dil vardı, ilgili yazar hâkim anlayışa karşı çıksa bile bunu ortak kavramlar üzerinden açıklardı. Fakat çağdaş yazarlar hukuki işlem, bağlayıcılık, kaynak ve normativite gibi temel kavramları birbirinden çok farklı anlamlara gelecek şekilde kullanmakta, fakat bunu açıklamadan yapmaktadırlar. Örneğin bazı yazarlar hukuk olanı tespit ederken biçimi (biçimsel geçerliliği) değil, enstrümanların etkilerini temel alıp biçimsel yöntemin etrafından dolaşmaktayken bazı yazarlar ise hukuk olanın tespiti bakımından nihai ürünü değil, fakat normların oluşum sürecini merkeze koymaktadır.⁵¹⁶ Bu

⁵¹³ Blutman, 616.

⁵¹⁴ D’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, 1.

⁵¹⁵ D’Aspremont, 3.

⁵¹⁶ D’Aspremont, 4.

sebeple bazen hangi kavramın hangi anlamda kullanıldığını anlamak için satır aralarından yazarın hangi hukuk ekolüne ait olduğunu (eğer ilgili yazarın tutarlılık namına disipliner aidiyet kaygısı varsa) çözümlemek gerekmektedir. Hatta bazen bu da yeterli olmamaktadır. Sözde aynı ekolü takip eden yazarlar dahi nüanslarda o kadar ayrışmaktadır ki, Boyle ve Chinkin tüm bu bakış açılarını tasnif edici bir yaklaşımla ele almanın imkansız olduğunu dile getirmektedir.⁵¹⁷ Onlara göre çağdaş anlayışta uluslararası hukukun yapımına dair etraflı bilimsel bir teori yoktur. Her yaklaşım kendi içinde öznel değerlendirmeler ve ön kabuller barındırmaktadır; yazarın mesleki motivasyonları (yargıç olması, insan hakları savunucusu olması, diplomatik görevli olması veya akademisyen olması gibi) savundukları pozisyonu etkilemektedir. Hatta pozitivist pozisyonların dahi görecelilikten kurtulamadığını iddia etmektedirler.⁵¹⁸

Weil, hukukçunun entelektüel çabasının yöntemi, kapsamı ve amacı hakkında ve onun sosyolog ile arasındaki (olması gereken) anlayış farkına dair şunları söyler:

*“Mesleği gereği sistem kurucu olan hukukçu, asgari düzeyde bir kavramsal iskeleden vazgeçemez. Bu nedenle onun, normatifliği farklı derecelere tabi kılan ... bir gelişme karşısında rahatsızlık hissetmemesi mümkün değildir; her ne kadar bu gelişmenin farklı perspektiflerden kıymetiharbiyesi olsa da. Dahası, ilgili çeşitli kavramlar arasındaki ilişkiler, çözümü kolay olmayan sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Aşırı incelik ve gevşek düşünmenin baş döndürücü cazibesine kapılmak, uluslararası hukukun normatif sistemini göreceli ve rastlantısal olana doğru amansız bir sürüklenişe sokma riskini almak demektir. Sosyolog için sosyal olguların sonsuz derecelerini/çeşitliliğini ele almak bir şeydir, onun basitleştirici bir titizliği esas alması gereken hukukçu tarafından takip edilmesi ise bambaşka bir şeydir.”*⁵¹⁹

Weil burada net bir biçimde hukukçu için sosyolojik tandanslı düşünme ve yöntemin uygun olmadığını söyler ve uluslararası hukukçulardaki bu eğilimi eleştirir. Sonsuz çeşitliliğe sahip gerçek hayat ile normatif kurgu arasına net bir çizgi çizilmesi gerektiğini, fakat günümüz hukukçularının normatif olan ile olmayan arasındaki çizgiyi çekmek konusunda yeterli entelektüel çabayı göstermediğini söylemektedir. D’Aspremont da onunla aynı fikirdedir:

“Gerçekten de, meşruiyet, hesap verebilirlik, katılım, şeffaflık gibi kavramlar üzerine düşünmekle fazlasıyla meşgul hale gelen veya epistemolojik ve sosyolojik iç gözlemle saplantılı

⁵¹⁷ Boyle ve Chinkin, *The Making of International Law*, 6.

⁵¹⁸ Boyle ve Chinkin, 10.

⁵¹⁹ Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 440-41.

*hale gelen uluslararası hukukçular – özellikle uluslararası hukuk akademisyenleri – çalışmalarının temel nesnesini bilişsel olarak anlamlandırmalarına olanak tanıyan en temel araç olan hukuk kaynakları teorisi üzerine düşünmeyi ciddi şekilde ihmal etmektedirler.”*⁵²⁰

Hoof, yeni gelişmeler sonucu ortaya çıkan fenomenleri ele avuca sığdırmak için kaynak teorisinin sınırlarını belli bir noktanın ötesinde genişletmenin, hukuk normunu diğer davranış normlarından ayıran ve onu öngörülebilir kılan karakteristiklerin kaybolması ile sonuçlanarak sistem için zararlı olabileceğini söyler.⁵²¹ O da geleneksel kaynak teorisinin yeniden formüle edilmesi gerektiğini düşünmektedir ve yumuşak hukuk yaklaşımının da bu açıdan faydalarını takdir eder.⁵²² Fakat bu anlayış her ne kadar hukuk olan ile olmayan arasındaki gri alanı kavrama noktasında faydalı olsa da, gri alanın sınırlarını dar tutmak için yeterli çabanın gösterilmemesi sebebi ile tanıma kurallarının daha az işe yarar hale gelmesi, (hukuki perspektiften) istenmeyecek bir durumdur.⁵²³ D’Aspremont ise gri alanları kavrayabilmek ve “modern problemleri çözebilmek için” ikili sistemden (bağlayıcı olan-bağlayıcı olmayan) vazgeçmek zorunda olunmadığını savunur.⁵²⁴ Yani paradigmayı değiştirmeden, mesela onu adapte ederek de yeni soru ve sorunlarla yüzleşilebilir. Klabbers’e göre ise gerçek hayatta ahlaki değerler akışkan yani spektrumlu iken; hukukun bu değerleri analiz edilebilir, üzerinde çalışılabilir modlar haline getirmesi zaten onun “güzelliğidir”.⁵²⁵ Yani hukuku hukuk yapan onun ikili karakteridir ve hukuk bu haliyle de yeterince işlevseldir:

*İkili hukuk sistemimiz her türlü inceliği ve hassasiyeti ele almaya fazlasıyla yetkindir; ikili sistem içinde hukuk daha az ya da daha çok belirli, daha az ya da daha çok kesin, daha az ya da daha çok belirleyici, daha az ya da daha çok kapsamlı, daha az ya da daha çok zorlayıcı, daha az ya da daha çok ciddi, daha az ya da daha çok etkili olabilir; ancak olamayacağı tek şey, daha az ya da daha çok bağlayıcı olmaktır.*⁵²⁶

Blutman, yumuşak hukuk anlayışını savunanların hayatın gerçeklerini yansıtmak noktasında başarısız olduğunu düşündükleri biçimsel teorilere arkalarını dönerken onların yerine koydukları işlevselci yaklaşımlarını hukuk olanı, hukuk olmayanı veya yarı hukuki olanı

⁵²⁰ D’Aspremont, “Formalism and the Sources of International Law: An Introduction”.

⁵²¹ Hoof, *Rethinking the sources of international law*, 179.

⁵²² Hoof, 189-90.

⁵²³ Ingelse, “Soft law?”, 79.

⁵²⁴ D’Aspremont, “Softness in International Law”, 1083.

⁵²⁵ Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, 182.

⁵²⁶ Klabbers, 181.

belirleme noktasında yeterli bir kavramsal çerçeve ile donatmadığını söyler.⁵²⁷ Yumuşak hukuk normlarının, bir uluslararası normdan beklenildiği üzere, devlet davranışını belirleme ve yönlendirme bakımından yer yer sert hukuk normlarından daha etkili olduğu ve bu sebeple daha kıymetli olduğu görüşü, ancak sosyolojik bir bakış açısını yansıtmaktadır.⁵²⁸ Yani sosyolojik bir tandansa sahip olmayan hukuki muhakeme böyle bir sonuca varmazdı veya varsa dahi buna özel bir kıymet affetmezdi. O zaman ona göre, bu anlayışı savunanların zihninde sosyolojik bakış açısı hukuki bakış açısını ekarte etmektedir. Hayatın gerçeklerini daha iyi yansıtmak adına işleve odaklanma eğilimini, geleneksel yöntemde hukuk teorisinin vazgeçilmezi olan *lex lata* 'yı belirleme kriterlerini feda etmek olarak görmektedir. Bu da uluslararası hukuk için oldukça tehlikeli olabilir. Çünkü, merkezi bir yasa koyucu olmadığı için, uluslararası hukukta *lex lata* 'yı belirlemenin çok önemli bir uğraş olduğu düşünülmektedir.⁵²⁹

İngelse, uluslararası hukukun fonksiyonunu yerine getirebilmesi için hukuk olan ile olmayan arasında net bir ayırım yapılması gerektiğini ve bu sebeple yumuşak hukuk anlayışının uluslararası hukukla uyuşmayacağını düşünür.⁵³⁰ Ona göre uluslararası hukuk belirsizliği kabul etmemeli, ederse dahi buna sebep olan uluslararası hukuk akademisyenleri olmamalıdır.

Son olarak, d'Amato, literatürdeki tüm bu yöntem, anlayış ve kavram dağınıklığının çözümü olarak arındırıcı bir filtreye ihtiyaç duyulduğunu söyler.⁵³¹ Peki bu filtre ne olmalıdır? Ona göre sert hukuk da yumuşak hukuk da hedef/amaç odaklıdır. Sert hukukun amacı (yani uluslararası hukuk sisteminin amacı) kendini sürdürme, kendini koruma veya varlığını devam ettirmedir.⁵³² Yumuşak hukukun hedefleri de öğreti tarafından belirlenmektedir. Fakat sorun bu hedeflerin birbirleriyle tutarsız/uyumsuz olmasıdır. Buna çözüm olarak da hedef odaklı bir filtre ("*goal-oriented filter*") önermektedir:

"Mevcut uluslar varoluşlarını (bu zamana kadar) hayatta kalma ve kendini koruma iç güdüsü ile sürdürmüşlerdir. Devletler, uluslararası hukukun yumuşak hukuk versiyonunun

⁵²⁷ Blutman, "In the Trap of a Legal Metaphor", 616.

⁵²⁸ Blutman, 612.

⁵²⁹ F.A. Cárdenas Castañeda, "A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 13 (2013): 357.

⁵³⁰ Ingelse, "Soft law?", 88.

⁵³¹ Anthony d'Amato, "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont", *European Journal of International Law* 20, sy 3 (2009): 904-10.

⁵³² Bu düşüncenin arka planında hukukun yokluğunun anarşi olması vardır. Anarşi en kötü durum olduğu için, hukuk öyle ya da böyle var olmalıdır. D'Amato uluslararası hukukun *raison d'être*'sini savaşı engellemek ve çatışmaların çözümüne rehberlik etmek olarak sunar. Yani ona göre gerçekte olan *law of cooperation* değil, *law of coexistence*'dir.

*kendilerini ahlaki, adil veya demokratik olana yönlendirme hedefleriyle ilgilenmek zorunda değildirler; çünkü bu tür hedefler, dış politikada onları yenilgiye veya yok oluşa götürebilecek riskler almalarına yol açabilir. Bu doğrultuda, günümüzde neredeyse tüm devletler ortak bir hedefi paylaşmaktadır: savaştan kaçınmak.”*⁵³³

D’Amato, uluslararası hukuk sistemini evrimci alegoriler üzerinden tasvir etmektedir. Onun varlığı, ancak her açıdan objektif kriterlere dayanılması ile korunabilir. Yumuşak hukuk teorisi her ne kadar uluslararası hukukun normatif alanını daha iyi anlama ve göreceli normatiflik ve normatif çoğulluk sorunlarını çözmek için iyi bir girişim olarak gözükse de, sebebiyet verdiği sübjektiflik ve belirsizlikler sebebi ile, uluslararası hukukun nihai amacı olan “kendini korumaya” zarar vermektedir. O zaman uluslararası hukukçular, yumuşak hukuku uluslararası hukukun nihai amacı olan kendini koruma ilkesi ile ele almalıdır.

*“Hukukçular akıntıya müdahil olabilir, ancak onu yönünü değiştirecek veya önüne set çekecek şekilde kontrol edemezler. Çünkü yararlandıkları akıntı, daha önce engellenmiş ya da yönü değiştirilmiş bir akıntı değil, sürekli akan bir akıntıdır. İki tarafın hukukçuları her konuda anlaşamamaları bile ortak noktaları, uluslararası hukukun varlığını devam ettirmesine birlikte katkıda bulunan ve ondan faydalanan aktörler olmalarıdır. Hukuk yaşadıkça ve gelişmeye devam ettikçe, dünya barışı da onunla birlikte ilerler.”*⁵³⁴

Klabbers yumuşak hukuku savunan yazarların, hobezyen bir bakış açısına sahip oldukları için, hukukun alanını genişletme iç güdüsüyle hareket ettiklerini söylemişti. D’Amato da hobezyen bir bakış açısına sahip olmasına rağmen, hukukun alanını genişletmenin bir nevi hukukun seyrelmesine sebep olabileceğinden endişe ile tam tersini savunmaktadır.

Görüldüğü üzere tartışmalar nihayetinde uluslararası hukukun varlık sebebi ve fonksiyonu gibi temel meselelere gelmektedir. Bu nedenle literatürdeki karşılıklı tartışmaların kaderinin, Erkiner’in önceki bölümde aktarılan deyişiyle, fasit bir döngü olduğu söylenebilir. Bu tezin amacı bakımından genel olarak bu tartışmalara dair bir pozisyon alınmamıştır. Sadece yumuşak hukuk anlayışına dair tartışmalar üzerinden kavrama dair nüanslar ortaya koyulmaya çalışılmıştır. D’Aspremont’un aşağıda ele alınacak eleştirisi ise, az öncekiler gibi hukuk teorisinin tümelleri ile ilgili değildir; uluslararası hukukçuların akademik yazım

⁵³³ D’Amato, “Softness in International Law”, 904.

⁵³⁴ D’Amato, 910.

motivasyonlarına dairdir. Bu sebeple bu eleştiri ayrı bir başlık altında ele alınacaktır ancak literatürdeki tartışmaların geldiği noktayı göstermesi açısından oldukça ilgi çekicidir.

3.4. “Kişisel Çıkara Hizmet Eden Arayış” Eleştirisi

D’Aspremont, “*Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*”⁵³⁵ adlı makalesinde yumuşak hukuk anlayışını savunan bazı yazarların “*kişisel çıkara hizmet eden*” yazım motivasyonlarını eleştirir. Peki bundan ne kastediliyor olabilir? Şu basit örnekler verilebilir: Yazmak için yazmak, akademik prestij ve statü kazanmak için yazmak. Tabii ki bir yazar bir konu hakkında yayın yaparken tek bir motivasyona sahip olmak zorunda değildir. Nihayetinde her akademisyen bir ölçüde yazmak için yazar. Fakat bu ölçünün miktarının ortaya çıkan akademik ürünü etkilediği iddiası, her ne kadar ilk bakışta *ad hominem* bir argüman gibi gözükse de, savunulamaz bir iddia değildir ve d’Aspremont makalesinde bu iddiayı uluslararası yumuşak hukuk literatürü için öne sürmektedir.

D’Aspremont’un görüşlerini ele almadan önce onun da atıf yaptığı ve muhtemelen etkilendiği Bederman’ın “*I Hate International Law Scholarship (Sort of)*”⁵³⁶ makalesinden, iddiayı sarıhlaştırmak adına, bahsetmekte fayda vardır. Uzun süre Emory Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde uluslararası hukuk alanında öğretim üyesi olarak bulunmuş olan Bederman, ilgili makalesinde Amerikan uluslararası hukuk akademisinin ve “*görünmez akademi*” olarak adlandırdığı evrensel uluslararası hukuk akademisinin zihniyetine ve yazım alışkanlıklarına dair ciddi eleştiriler yapmaktadır. Bu eleştiri ve tespitlerinden⁵³⁷ burası için önemli olanlar şu şekilde özetlenebilir: (1) Uluslararası hukuk anabilim dalı, alanına has çeşitli soru ve sorunlar sebebi ile (Örneğin “Uluslararası hukuk gerçekten hukuk mudur?” sorusu.) marjinalize edilmekte ve bu durum uluslararası hukukçuların bazı apolojik veya reaksiyoner pozisyonlar almalarına sebep olmaktadır. Bu da çalışmalarını etkilemekle birlikte şahsiyetlerinde ters bir etki yaparak elitist reflekslere ve kibre sebebiyet vermektedir. (2) Çeşitli sebeplerle, uluslararası hukuk akademisyenleri arasında nitelikten ödün veren; niceliğe odaklanan bir aşırı üretim söz konusudur. (3) Yine çeşitli sebeplerle, ilgilendikleri konularda derinlikli bir uzman dili geliştirebilmelerine rağmen bunu yaparken bütüncül yaklaşımlardan uzak durmalarına, temel

⁵³⁵ Jean d’Aspremont, “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials”, *European Journal of International Law* 19/5 (2008), 1075-1093.

⁵³⁶ David Bederman, “I Hate International Law Scholarship (Sort of)”, *Chicago Journal of International Law* 1/1 (2000), 75-84.

⁵³⁷ Bederman tespitlerini Katolik Hristiyanlığın yedi büyük günahıyla ilişkilendirerek alegorik bir dil kullanmıştır.

hukuk konularını göz ardı etmelerine sebep olan bir tür tembellik hastalığına sahiplerdir. (4) Alanın araştırma nesnesinin sınırlarına dair sorunlar sebebiyle de uluslararası hukukçular diğer disiplinlerden teoriler devşirmekte (ekonomi, siyaset, uluslararası ilişkiler gibi), fakat bunu yaparken hukukun normatif özüne dair hassasiyetleri korumamaktadırlar. İşte d’Aspremont da bu gibi tespitlerden yola çıkarak yumuşak hukuk yazarlarını eleştirmiştir.

Makalesindeki ana amaç “*yumuşak hukuk kavramının bazı savunucularının gizli ajandalarını*” veya ilgili literatürdeki “*doktriner projeyi*” ortaya çıkarmaktır.⁵³⁸ Çıkış noktası ise, kavramın savunucularının pozitivist olarak adlandırılan yazarların getirdiği teorik eleştirileri yeteri kadar dikkate almayıp yumuşak hukukun pratik faydalarına vurgu yapıp durmalarıdır.⁵³⁹ Halbuki ona göre bu eleştiriler teorik olarak göz ardı edilebilir değildir fakat buna rağmen görmezden gelinmektedir. Bunun farklı sebeplerinin olduğunu düşünmektedir. Sunduğu sebeplerden bazılarını önceki bölümlerde değinilmişti. Önemli sebeplerden biri olarak da savunucularının konsepti, uluslararası hukuk disiplininin klasik araştırma nesnesini genişletmek amacıyla, araçsallaştırmasını sunmaktadır. Genişletmek istemelerinin ise iki sebebi olduğu söyler. Birincisi şudur: Onlara göre hukuk kendinden iyidir ve iyi olduğu için hem enstrüman hem de araştırma nesnesi bakımından genişlemesi iyidir; her yeni hukuki düzenleme bir ilerleme ve Hobbesçu doğa durumundan korunmadır.⁵⁴⁰ İkinci neden olarak ise yazarların akademik motivasyonlarını sunar. Uluslararası hukuk akademisinin nicelik olarak genişlediğini ve uluslararası hukuka ilginin arttığını söyler. Her geçen gün daha fazla ihtisas kurumu kurulmaktadır ve böylece akademik çıktılar çoğalmaktadır.⁵⁴¹ Bu ona göre her ne kadar iyi olsa da Bederman’ın aşırı üretim olarak adlandırdığı sürecin yaşandığını ve bu sebeple yazarların kendilerini “gerçekleştirecek” yeni konular türetmekte zorlandığını söylemektedir. Çözümü ise araştırma konularının kapsamını, hukukun normatif özü ve geleneksel kavramlarına sadakat göstermeden, genişletmekte bulmaktadırlar. D’Aspremont’un bu açıklaması yumuşak hukuk literatüründeki (iddia ettiği) teorik derinlik eksikliğini açıklamaya yöneliktir. Gerçekten de yeni tanışanlar için bazı eserler, temel hukuk kavramlarını gelişigüzel kullanmakta ve yaklaşımları görece eklektik durmaktadır. Fakat burada şu hususu açmak da fayda vardır: D’Aspremont’un teorik kusurlardan bahsederken gerçekte kendi pozisyonu olan pozitivist eleştiriler karşısındaki kusurlardan bahsettiği söylenebilir.⁵⁴² O halde bahsedilen

⁵³⁸ D’Aspremont, “Softness in International Law”, 1075, 1081.

⁵³⁹ D’Aspremont, 1076, 1083.

⁵⁴⁰ D’Aspremont, 1088.

⁵⁴¹ D’Aspremont, 1089.

⁵⁴² Bkz. D’Aspremont, 1076.

kusurların özel olarak hukukun genel teorisi karşısındaki kusurlar olduğu söylenebilir. Eğer bir yazar hukukun genel teorisinin kavram ve argümanlarını kullanmamasını kendi içinde tutarlı bir pozisyona dayanarak savunursa, o yazara karşı yapılacak olan “Yazacak bir şey bulamadığı için teorik kusurları göz ardı ediyor.” eleştirisi haklı olmayabilir. Örneğin *New Haven* okulundan bir yazarın yumuşak hukuka dair değerlendirmelerini pozitivistlerinki gibi bir hukuki işlem teorisine dayanmadan yapmasının akademik yazıma dair kusurlarla izah edilmesi pek makul durmamaktadır. Çünkü bu gibi anlayışlar yeri geldiğinde yumuşak hukuk kavramını üretken bir spekülasyon⁵⁴³ gibi kullanmaktadır ve bu durum samimi bir teorik arayış olarak kabul edilebilir. İyi niyetli bir okumayla d’Aspremont’un da makalesinde farklı hukuk geleneklerinin, örneğin Anglo-Sakson geleneğinin teorik pozisyonlarındaki farklılıklara dikkat çekmesiyle toptancı bir yaklaşımda olmadığı söylenebilir.⁵⁴⁴ Fakat orada da yazar aslında hukuki işlem teorileri konusunda Anglo-Sakson geleneğinin eksikliğini vurgular gibi durmaktadır.

D’Aspremont’a göre uluslararası hukuk yazarları “sıyrılıp parlamak” için sadece araştırma konularını genişletmedi. Reformist reflekslerle geleneği yıkıp onun yıkıntıları üzerinde yükselerek kendilerini kanıtlamaya giriştiler.⁵⁴⁵ Bu durumda yumuşak hukuk gibi kavramlar onlara ihtiyaç duydukları malzemeleri vermekteydi. Ona göre yazarların “*kendine tapınan*” (“*self worship*”) bu tavırları, klasik yazarların alışkanlıklarından uzaktır:

“... artık hukukun kendisi hukuk akademisini şekillendirmiyor, hukuk akademisi hukuku şekillendiriyor. Bu bağlamda hukuk, yumuşak hukuk tezinin gizli ajandasının gösterdiği gibi, hukuk akademisinin yararına varlık göstermektedir.”⁵⁴⁶

D’Aspremont bu yazarların uluslararası hukuka dair çalışma ve araştırmalarının neye hizmet etmesi gerektiğini yeniden düşünmeleri ve söylemlerinin “*muhataplarına dair vizyonlarını*” değiştirmeleri gerektiğini söyler.⁵⁴⁷ Bir uluslararası hukuk akademisyeninin asıl olarak problem çözmesi ve hukuku uygulayıcıları için açıklaması gerektiğini söylemektedir. Ona göre eski uluslararası hukukçular böyle yapmaktaydı ve sorun uluslararası hukuk düşüncesinin “*postmodern*” döneminde bundan uzaklaşılması ve dolayısıyla asıl önemli olan

⁵⁴³ Bilimde “*üretken*” spekülasyonlar için bkz. Adrian Currie, “Science & Speculation”, *Erkenntnis* 88, sy 2 (2023): 597-619.

⁵⁴⁴ D’Aspremont, “Softness in International Law”, 1077.

⁵⁴⁵ D’Aspremont, 1090.

⁵⁴⁶ D’Aspremont, 1091.

⁵⁴⁷ D’Aspremont, 1092.

konuların göz ardı edilmesidir. Çözüm olarak ise, belki nostaljik olarak eleştirilebilecek ifadelerle, amaçlar ve alışkanlıklar bakımından bir tür geriye dönüşü önermektedir.

3.5. Genel Değerlendirme

Uluslararası yumuşak hukuk konseptinin sosyopolitik hedefler için veya uluslararası hukukun tedrici gelişimi için reformist bir alet olarak da ele alınması, çeşitli aktörler ve yazarların konuya dair farklı yaklaşımlarının açıklanması bakımından önemlidir. Bu durum aynı zamanda uluslararası hukuka dair tartışmaların uygulayıcılar, aktivistler, diplomatlar ve teorisyenler gibi farklı grupların gözünden de ele alınmasının önemini göstermektedir. Bununla birlikte d’Aspremont’un “*Kişisel Çıkara Hizmet Eden Arayış*” eleştirisi gibi akademik cemaatin temayüllerine dair eleştiriler de göz önünde bulundurulursa, yumuşak hukuk literatürünün, meraklısı için oldukça ilginç ve aydınlatıcı olduğu da söylenebilir.

Araçsallaştırma eleştirisi, kabaca, bir normatif sistem olarak hukukun ikinci plana atılması eleştirisi olarak da betimlenebilir. Fakat hukukun kaçınıcı planda olması gerektiğine dair tartışmaların döngüsel olmaya meyilli olduğu söylenebilir. Çünkü hukukun kaçınıcı planda olacağına dair bir tartışma, onun bir normatif sistem olarak rolü ve fonksiyonuna⁵⁴⁸ dair ikincil tartışmaları beraberinde getirir. Tek başına “Zaten uluslararası hukukun kendisi de insanlığın evrensel birliği ve ortak iyili için bir araç değil mi?” gibi bir soru karşısında araçsallaştırma eleştirilerinin anlamsız hale gelebileceği iddia edilebilir. Yukarıda bazı yazarların ise “hukuk sistemine gösterilmesi gereken sadakat” ve “hukukun hayatta kalmasını sağlayacak filtreler uygulanması” gibi hayati olduğunu iddia ettikleri konuları gündeme getirdiği görülmüştür. Bu tartışmalar karşısında bir pozisyon almak bu çalışmanın amaçlarından çok uzaktır. Burada gösterilmek istenen, yumuşak hukuk kavramına dair tartışmaların ne kadar temel sorularla ilgili olduğu ve ona dair alınan pozisyonların beraberinde farklı ekollere ve uluslararası hukukçunun rollerine dair derin tartışmaları getirdiğidir. Fakat eğer bir uluslararası hukukçu kendine “Ben mensup olduğum milletin uluslararası çıkarlarına hizmet ederim.” veya “Tarihsel olarak haksızlığa uğramış toplumların refahına hizmet ederim.” gibi roller tayin ederse, yumuşak hukuk konseptine dair alması gereken konjonktürel pozisyonlar netleşecektir.

⁵⁴⁸ Uluslararası hukukun doğası ve fonksiyonuna dair farklı yaklaşımlar için bkz. Douglas M. Johnston, “Functionalism in the Theory of International Law”, *Canadian Yearbook of International Law* 26 (1989): 3-60.

SONUÇ

Uluslararası yumuşak hukuk kavramını anlamlandırabilmek için; öğretilerdeki teorik tartışmalar, uluslararası ilişkilerdeki sosyopolitik dönüşümler ve onu uluslararası hukukun tedrici gelişimi veya uluslararası topluluğun ortak hedeflerine ulaşılması için bir araç olarak gören yaklaşımlar arasında köprü kurmak gerekmektedir. Bu sebeple bu çalışmada kavram üç yönlü bir analize tabi tutularak farklı açılardan ele alınmıştır.

Birinci bölümde yumuşak hukuku tanımlama sorununa ve hukukun genel teorisindeki görünümüne yer verilmiştir. Bu şekilde kavramın hukuk ile hukuk olmayan arasındaki gri alandaki konumu somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Önce farklı tanımlar ve tanımlama girişimleri sunulmuş ardından bunların arasındaki yaklaşım farklılıkları gösterilmiştir. Yumuşak hukukun *legal soft law*, *non-legal soft law* ve *non-state soft law* gibi farklı görünimleri sunulmuş; sonuncusunun uluslararası yumuşak hukuk kavramı çatısı altında ele alınmaması gerektiği savunulmuştur. Sonrasında kavram hukuki geçerlilik konsepti bakımından ele alınmış; yumuşak hukuk enstrümanlarının biçimsel geçerlilik anlayışı bakımından neden hukuk dışı görüldüğü açıklanmıştır. Klabbers'in "*epistemik otorite*" kavramsallaştırması ile, yumuşak hukuka tekabül eden enstrümanların hukuk konseptine başvurmadan da kavranabileceği kısaca örneklendirilmiştir. Son olarak Kirste, Hage, Fuller ve Bódig gibi yazarların farklı hukuki geçerlilik kurguları sunularak kavrama makul bir şekilde hukuk teorisinde nasıl yer açılabilceği gösterilmiştir. Özellikle Bódig'in hukuki geçerlilik konseptlerinin politik doğasına vurgu yaptığı görüşlerine yer vererek, yumuşak hukuk kavramını anlamlandırmak için onu ortaya çıkaran sosyopolitik arka planı ele almanın önemine işaret edilmiştir.

İkinci bölümde, kavramın ve anlayışın ortaya çıkışını tetikleyen sosyopolitik arka plan, uluslararası hukukun dönüşümü bağlamında ele alınmıştır. Önce yumuşak hukukun daha genel bir sorun olan normların göreceleşmesi fenomeni ile ilişkisi kurulmuştur. Ardından bu fenomenin genel uluslararası hukuk tarihindeki yeri saptanarak İkinci Dünya Savaşı sonrası değişimlere dikkat çekilmiştir. Bu yapılırken, her ne kadar *deformalization* fenomeni çatısı altında birlikte ele alınabilecek olsalar da, göreceli normatiflik sorunu olan yumuşak hukuk ile normatif çoğulluk sorunu olan yumuşak hukukun kavramsal berraklık adına birbirinden ayrı ele alınması gerektiği savunulmuştur. Uluslararası hukuk disiplininin sınırları içindeki uluslararası yumuşak hukuk konseptinin esasen bir göreceli normatiflik sorunu olduğu;

normatif çoğulluk sorunu olan *non-state soft law* konseptinin ancak küresel yönetim gibi farklı disiplinler yaklaşımlarla ele alınması gerektiği iddia edilmiştir. Ardından literatürdeki anlatılar üzerinden yumuşak hukuku ortaya çıkaran dört ana sosyopolitik faktör ele alınmış; bunların sonucunda uluslararası topluluğun heterojenleşmesi ve birbirine daha bağımlı hale gelmesi dinamiklerinin yumuşak hukuk anlayışına yol açtığı düşüncesi açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde, yumuşak hukukun sadece uluslararası hukukun dönüşümünün doğal bir sonucu olarak ele alınmadığı; onun aynı zamanda hukukun tedrici gelişimi için bir vasıta olarak görüldüğüne dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda önce onun sosyopolitik hedefler için bir araç olarak nasıl ele alındığı sunulmuştur. Ardından sosyopolitik meselelere her vurgu yapan yazarın yumuşak hukuku ilerleme için araç olarak gördüğünün söylenemeyeceği, bunun realist veya sosyolojik tandanslı hukuk anlayışlarının bir görünümü de olabileceği savunulmuştur. Sonrasında “araçsallaştırma eleştirileri” genel çatısı altında yumuşak hukuk anlayışının uluslararası hukuk sistemine ve hukukun üstünlüğüne zarar vereceği eleştirilerinden kesitler sunulmuştur. Kavramın idealist ve evrenselci motivasyonlarla araçsallaştırıldığı iddiası; beraberinde uluslararası hukukun varlık sebebi ve fonksiyonlarına dair temel soruları gündeme getirmiştir. Genel olarak eleştiriler, hukuk olan ile olmayan arasındaki ayrımın muğlaklaştırılmasının hukuki belirsizliğe sebep olacağı ve bunun da uluslararası ilişkilerin doğasındaki sorunları daha derinleştirerek sisteme zarar vereceği yönündedir. Son olarak, d’Aspremont’un yumuşak hukuk anlayışını savunan yazarların akademik yazım motivasyonlarına dair getirdiği eleştirilerin sunulması ile, hem tartışmaların geldiği nokta gösterilmiş hem de uluslararası hukuk akademisinin öncelikli amaç ve sorunlarının ne olduğu soruları gündeme getirilmiştir.

Konsepte dair literatürde getirilen eleştiriler ve savunmalar göstermektedir ki diyaloglar genelde hangi paradigmatik ön kabullerin daha doğru olduğuna dayanan nihayetsiz tartışmalara hızlıca evrilmeye müsaittir. Ancak tüm bu tartışmaların, çağdaş uluslararası ilişkilerin ve hukukun değişken ve dinamik yapısı karşısında, olağan olduğu da söylenebilir. Zaten yumuşak hukuk kavramı bir yönüyle uluslararası sisteminin değişen koşullarına hukuk teorisinin ayak uydurma çabası sonucunda ortaya atılmıştır. Esasen kavramın tanımlama sorununun da onun anlamını dinamik kılan bu varlık sebebinden kaynaklandığı söylenebilir. Yine de akademik bir disiplin içerisinde üretilen her yeni kavramın dilde ve düşüncede gerçekten faydalı bir ayrım getirip getirmediği sorusunun titizlikle sorulması elzemdir. Ne var ki uluslararası yumuşak hukuk kavramının etrafında yürütülen tartışmalar göstermektedir ki bu soruya analitik bir

yaklaşımın herkesi ikna edecek şekilde cevap vermek mümkün görünmemektedir. Çünkü yumuşak hukuk anlayışı sadece yeni bir kavramsal ayrım önermekle kalmayıp beraberinde hukukun temel kavramlarının yeniden tanımlanmasını da getirmektedir. Örneğin hukuki bağlayıcılığın ikili (mutlak) değil, dereceli (göreceli) olarak ele alınabileceği söylenmektedir. Ancak “*mutlak ve göreceli yaklaşımlar arasındaki seçim bir tanım meselesidir ve tanımlar doğru ya da yanlış olamaz. Onlar yalnızca gerçekliği anlamlandırmada daha az ya da daha çok faydalı olabilirler.*”⁵⁴⁹ Bu açıdan bakıldığında yumuşak hukuk kavramının gerçekte faydalı olup olmadığı, olgusal durumlara dayalı değerlendirmelerle anlaşılabilir. Fakat belirtmek gerekir ki uluslararası ilişkilerde bağlayıcı olmayan enstrümanların/normların zamanla işlerlik kazanarak faydalı sonuçlar doğurması, yumuşak hukuk kavramsallaştırmasının doğru, açıklayıcı ya da faydalı olduğunu göstermez. Bu enstrümanların pratikte “işe yaramaları” ile onların yumuşak hukuk olarak kavramsallaştırılması arasında nedensel ilişki kurmak oldukça zordur. O halde burada bakılması gereken, kavramın uluslararası hukuk teorisine/düşüncesine katkısı olmalıdır. Bu konuda ise farklı yorumlar yapılabilir. Birisi, ilgili literatürün karmaşıklığını öne sürerek, kavramın kaynak teorisini geliştirmekten ziyade daha karmaşık hale getirdiğini ve bu sebeple uluslararası hukukun zihinlerdeki normatif otoritesine zarar verdiğini ileri sürebilir. Ancak bu çalışmada yer verilen değerlendirmeler göz önünde bulundurularak daha iyimser yorumlar da yapılabilir. Örneğin; yumuşak hukuk kavramı sayesinde uluslararası hukukta epistemik ve kurumsal otoriteler vasıtasıyla “olması gerekene” dair diskur belirlemenin önemine daha çok dikkat çekilebildiği söylenebilir. Politika odaklı hukuk yaklaşımı (*policy-oriented approach*⁵⁵⁰), eleştirel hukuk çalışmaları⁵⁵¹ veya uluslararası hukuka Üçüncü Dünya yaklaşımları (*Third World approaches to international law*⁵⁵²) gibi eleştirel yaklaşımların elinde ise kavram, uluslararası hukuk sisteminin politik doğasını ve iç dinamiklerini açıklamaya yardımcı bir alet görevi de görebilmektedir.

Sonuç olarak uluslararası yumuşak hukuk kavramı gerek öğretideki geleneksel kaynak kategorilerini ve anlayışlarını zorlaması, gerekse uluslararası hukuku bir normatif sistem olarak yeniden düşünmeye sevk etmesi bakımından önemli bir tartışma zemini sunmaktadır. Yine de onun uluslararası hukuk düşüncesine katkısının ne ölçüde yapıcı olduğu sorusu halen tartışmaya

⁵⁴⁹ Matthias Goldmann, “Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority”, *German Law Journal* 9, sy 11 (2008): 1087.

⁵⁵⁰ Bkz. Shaw, *International Law*, 43-47.

⁵⁵¹ Bkz. Shaw, *International Law*, 47.

⁵⁵² Bkz. Bhupender S. Chimni, “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law Review* 8, sy 1 (2006): 3-27.

açıktır. Buna rağmen, her ne kadar geleneksel kaynak teorisini doğrudan geçersiz kılmamışsa da, hukuki düşünce içerisindeki sınırları, açmazları ve dönüşüm imkanlarını görünür kıldığı inkâr edilemez bir gerçektir.



KAYNAKÇA

- Abbott, Kenneth W., Robert O. Keohane, Andrew Moravcsik, Anne-Marie Slaughter, ve Duncan Snidal. "The Concept of Legalization". *International Organization* 54, sy 3 (2000): 401-19.
- Abbott, Kenneth W., ve Duncan Snidal. "Hard and Soft Law in International Governance". *International Organization* 54, sy 3 (2000): 421-56.
- Acer, Yücel, ve İbrahim Kaya. *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*. 14. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Akı, E. İrem. "Hukukun iç ahlâkı: Lon L. Fuller'in görüşleri çerçevesinde bir inceleme". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, sy 1 (01 Mart 2015): 1-36. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001772.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*. 7. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Aktaş, Sururi. *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*. 2. bs. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Alkan-Olsson, İlhami. "Four Competing Approaches to International Soft Law". *Scandinavian Studies in Law* 58 (2013): 177-96.
- . "The Changing Nature and Role of Soft Law in International Economic Law and Regulation: From State-Centric to Globalist Paradigm". PhD diss., University of Kent, 2007.
- Allott, Philip. *Eunomia: New Order for a New World*. New York: Oxford University Press, 1990.
- . "Power Sharing in the Law of the Sea". *The American Journal of International Law* 77, sy 1 (1983): 1-30. <https://doi.org/10.2307/2201196>.
- Alvarez, José E. *International Organizations As Law-Makers*. New York: Oxford University Press, 2006.
- Amato, Anthony d'. "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont". *European Journal of International Law* 20, sy 3 (2009): 897-910. <https://doi.org/10.1093/ejil/chp067>.

- Anghie, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511614262>.
- Aspremont, Jean d'. *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford Monographs in International Law. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2011.
- . “Formalism and the Sources of International Law: An Introduction”. *Ejil:Talk!*, 11 Aralık 2012. <https://www.ejiltalk.org/formalism-and-the-sources-of-international-law-an-introduction/>.
- . “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials”. *European Journal of International Law* 19, sy 5 (2008): 1075-93. <https://doi.org/10.1093/ejil/chn057>.
- . “The Politics of Deformalization in International Law”. *Goettingen Journal of International Law* 3, sy 2 (2011): 503-50. <https://doi.org/10.3249/1868-1581-3-2-aspremont>
- Atilgan Pazvantoğlu, Cansu. “Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nin Değerlendirilmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, sy 2 (2021): 1131-55. <https://doi.org/10.33433/maruhad.994733>.
- Baxi, Upendra. “The Softening of Hard Law and the Hardening of Soft Law: an Extended Synopsis”. *İçinde Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice Between Hard and Soft International Law*, editör Daniel D. Bradlow ve David B. Hunter, 16-32. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2019.
- Baxter, R. R. “International Law in ‘Her Infinite Variety’”. *The International and Comparative Law Quarterly* 29, sy 4 (1980): 549-66.
- Bederman, David. “I Hate International Law Scholarship (Sort of)”. *Chicago Journal of International Law* 1, sy 1 (2000). <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol1/iss1/8>.
- Berkut, Nabi. “Arktik İş Birliği: Esnek Hukukun Uluslararası Hukukta Değişen Konumu”. *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 13 (2019): 1-21.
- Berman, Ayelet, Sanderijn Duquet, Joost Pauwelyn, Ramses A. Wessel, ve Jan Wouters, ed. *Informal International Lawmaking: Case Studies*. Law of the Future Series, no. 3. Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.
- Berman, Paul Schiff. “From International Law to Law and Globalization”. *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005): 485-556.

- Black, Julia. "Critical Reflections on Regulation". *Australian Journal of Legal Philosophy*, sy 27 (2002): 1-36.
- Blutman, László. "In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law". *The International and Comparative Law Quarterly* 59, sy 3 (2010): 605-24.
- Bódig, Mátyás. "Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law". İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 221-42. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_12.
- . "The Issue of Normativity and the Methodological Implications of Interpretivism I: The Idea of Normative Guidance". *Acta Juridica Hungarica* 54, sy 2 (2013): 119-39. <https://doi.org/10.1556/AJur.54.2013.2.1>.
- . "The Issue of Normativity and the Methodological Implications of Interpretivism II: The Distinctive Normativity of Law". *Acta Juridica Hungarica* 54, sy 3 (2013): 207-18. <https://doi.org/10.1556/AJur.54.2013.3.1>.
- Bogdandy, Armin von, ve Sergio Dellavalle. "Universalism and Particularism as Paradigms of International Law". History and Theory of International Law Series. New York: Institute for International Law and Justice, 2008. <https://www.iilj.org/publications/universalism-and-particularism-as-paradigms-of-international-law/>.
- Bothe, Michael. "Legal and Non-Legal Norms – a Meaningful Distinction in International Relations?" *Netherlands Yearbook of International Law* 11 (1980): 65-95. <https://doi.org/10.1017/S0167676800002725>.
- Boyle, Alan. "Soft Law in International Law-Making". İçinde *International Law*, editör Malcolm D. Evans, 5. bs, 119-37. New York: Oxford University Press, 2018.
- . "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law". *International & Comparative Law Quarterly* 48, sy 4 (1999): 901-13.
- Boyle, Alan, ve Christine Chinkin. *The Making of International Law*. Foundations of Public International Law. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007.
- Bozkurt, Enver, Yasin Poyraz, ve Selcen Erdal. *Devletler Hukuku*. 12. bs. Ankara: Legem Yayınevi, 2023.
- Bradlow, Daniel D., ve David B. Hunter, editör *Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice Between Hard and Soft International Law*. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2019.

- . “Hard and Soft International Law and Their Contribution to Social Change: the Lessons Learned”. İçinde *Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice Between Hard and Soft International Law*, editör Daniel D. Bradlow ve David B. Hunter, 282-304. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2019.
- . “Introduction: Exploring the Relationship between Hard and Soft International Law and Social Change”. İçinde *Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice Between Hard and Soft International Law*, editör Daniel D. Bradlow ve David B. Hunter, 1-15. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2019.
- Brus, Marcel M. T. A. “Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement”. İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 243-66. New York: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_13.
- Carpentier, Mathieu. “Sources and Validity”. İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 75-97. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_4.
- Castañeda, F.A. Cárdenas. “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 13 (2013): 355-403. [https://doi.org/10.1016/S1870-4654\(13\)71045-6](https://doi.org/10.1016/S1870-4654(13)71045-6).
- Chance, Steven K. “Codes of Conduct for Multinational Corporations”. *The Business Lawyer* 33, sy 3 (1978): 1799-1820.
- Charlesworth, Hilary, ve Christine Chinkin. *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis, with a New Introduction*. Manchester: Manchester University Press, 2022.
- Chimni, Bhupender S. “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”. *International Community Law Review* 8, sy 1 (2006): 3-27. <https://doi.org/10.1163/187197306779173220>.
- Chinkin, Christine. “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”. *The International and Comparative Law Quarterly* 38, sy 4 (1989): 850-66.
- . “Normative Development in the International Legal System”. İçinde *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, editör Dinah Shelton, 21-42. New York: Oxford University Press, 2000. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199270989.003.0002>.
- Crawford, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 9. bs. Oxford, New York: Oxford University Press, 2019.

- Crutzen, Paul J. “The ‘Anthropocene’”. İçinde *Earth System Science in the Anthropocene: Emerging Issues and Problems*, editör Eckart Ehlers ve Thomas Krafft, 13-18. Berlin, Heidelberg: Springer, 2006. https://doi.org/10.1007/3-540-26590-2_3.
- Currie, Adrian. “Science & Speculation”. *Erkenntnis* 88, sy 2 (2023): 597-619. <https://doi.org/10.1007/s10670-020-00370-w>.
- Dalhuisen, Jan H. *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law Volume 1. The Transnationalisation of Commercial and Financial Law. The New Lex Mercatoria and Its Sources*. 8. bs. Hart Publishing, 2022.
- Di Robilant, Anna. “Genealogies of Soft Law”. *The American Journal of Comparative Law* 54, sy 3 (2006): 499-554.
- Domingo, Rafael. *The New Global Law*. ASIL Studies in International Legal Theory. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Dost, Süleyman. “Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, sy 173-174 (2019): 35-74.
- Dupuy, Pierre-Marie. “Soft Law and the International Law of the Environment”. *Michigan Journal of International Law* 12, sy 2 (1991): 420-35.
- Dupuy, René Jean. “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to ‘Soft Law’”. İçinde *Declarations on Principles : A Quest for Universal Peace*, editör Robert J. Akkerman, Peter J. Van Krieken, ve Charles Olke Pannenberg. Leiden: Sijthoff, 1977.
- . “General Round-Up And Prospects For The Future”. İçinde *The Protection of the Environment and International Law*, editör Kiss Alexandre-Charles. Colloques/Workshop Series Online. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 1975.
- Eliantonio, Mariolina, Emilia Korkea-aho, ve Ulrika Mörtz, editör *Research Handbook on Soft Law*. Research Handbooks in Law and Politics. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023.
- Elias, Olufemi, ve Chin Lim. ““General Principles of Law’, ‘Soft’ Law and the Identification of International Law”. *Netherlands Yearbook of International Law* 28 (1997): 3-49. <https://doi.org/10.1017/S0167676800000623>.
- Elias, T. Olawale. “Modern Sources of International Law”. İçinde *Transnational law in a changing society: essays in honor of Philip C. Jessup*, editör Wolfgang Friedmann, Louis Henkin, ve Oliver James Lissitzyn, 34-69. New York: Columbia University Press, 1972.

- Ellis, Jaye. "Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law". *Leiden Journal of International Law* 25, sy 2 (2012): 313-34. <https://doi.org/10.1017/S0922156512000052>.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- . *Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdâfaa*. 3. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Evans, Malcolm. *International Law*. 5. bs. Oxford: Oxford University Press, 2018. <https://doi.org/10.1093/he/9780198791836.001.0001>.
- Fastenrath, Ulrich. "Relative Normativity in International Law". *European Journal of International Law* 4, sy 3 (1993): 305-40. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a035832>.
- Finkelstein, Lawrence S. "What Is Global Governance?" *Global Governance* 1, sy 3 (1995): 367-72.
- Friedrich, Jürgen. *International Environmental "soft law": The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 247. Heidelberg: Springer, 2013. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-44946-8>.
- Fuller, Lon L. *The Law in Quest of Itself*. 1. bs. Beacon Press, 1966.
- . *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven: Yale University Press, 1969.
- . *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*. Editör Kennet I. Winston. Durham, NC: Duke Press Paperbacks, 1981.
- Gebremariam, Fesseha Mulu. "New International Economic Order (NIEO): Origin, Elements and Criticisms". *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding* 4, sy 3 (2017): 22-28.
- Gewirtz, Paul. "On 'I Know It When I See It'". *The Yale Law Journal* 105, sy 4 (1996): 1023-47. <https://doi.org/10.2307/797245>.
- Gold, Joseph. *Interpretation: The IMF and International Law*. International Banking and Finance Law Series 4. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1996.
- Goldmann, Matthias. "We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law". *Leiden Journal of International Law* 25, sy 2 (2012): 335-68.
- . "Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority". *German Law Journal* 9, sy 11 (2008): 1865-1908. <https://doi.org/10.1017/S2071832200000687>.

- Goodwin, Morag. "What I Talk about when I Talk about Global Law". *Tilburg Law Review* 17, sy 2 (2012): 269-75. <https://doi.org/10.1163/22112596-01702016>.
- Gorobets, Kostiantyn. "The International Rule of Law and the Idea of Normative Authority". *Hague Journal on the Rule of Law* 12, sy 2 (2020): 227-49. <https://doi.org/10.1007/s40803-020-00141-3>.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. 21. bs. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2024.
- . *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. 25. bs. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2023.
- Gruchalla-Wesierski, Tadeusz. "A Framework for Understanding 'Soft Law'". *McGill Law Journal* 30, sy 1 (1984).
- Guzman, Andrew T., ve Timothy L. Meyer. "International Soft Law". *Journal of Legal Analysis* 2, sy 1 (2010): 171-225.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk*. Editör Reşat Volkan Günel. 12. bs. Ankara: Savaş Yayınevi, 2024.
- Hacking, Ian. "Introductory Essay". İçinde *The Structure of Scientific Revolutions*, yazar Thomas Kuhn, 264, 50. Yıl Dönümü Baskısı. Chicago: University of Chicago Press, 2012.
- Hage, Jaap. "What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law". İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 122:19-45. Law and Philosophy Library. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_2.
- Handl, Gunther F., W. Michael Reisman, Bruno Simma, Pierre Marie Dupuy, ve Christine Chinkin. "A Hard Look at Soft Law". *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 82 (1988): 371-95.
- Henderson, Conway W. *Understanding International Law*. Wiley-Blackwell, 2010.
- Higgins, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Oxford University Press, 1995. <https://doi.org/10.1093/law/9780198764106.001.0001>.
- Hillgenberg, Hartmut. "A fresh look at soft law". *European Journal of International Law* 10, sy 3 (1999): 499-515. <https://doi.org/10.1093/ejil/10.3.499>.
- Hoof, Godefridus J. *Rethinking the sources of international law*. Deventer, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.
- Ingelse, Chris. "Soft law?" *Polish Yearbook of International Law* XX (1993): 75-90.

- Jansen, Nils. "Soft Law: An Historical Introduction". İçinde *Research Handbook on Soft Law*, editör Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho, ve Ulrika Mört, 31-42. Research Handbooks in Law and Politics. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023.
- Johnston, Douglas M. "Functionalism in the Theory of International Law". *Canadian Yearbook of International Law* 26 (1989): 3-60. <https://doi.org/10.1017/S006900580000343X>.
- Kennedy, David. "The Mystery of Global Governance". İçinde *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, editör Jeffrey L. Dunoff ve Joel P. Trachtman, 37-68. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511627088.003>.
- . "The Sources of International Law". *American University International Law Review* 2, sy 1 (1987): 1-96.
- Kirste, Stephan. "Concept and Validity of Law". İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 47-73. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_3.
- Kirton, John J., ve Michael J. Trebilcock. *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*. Routledge, 2016.
- Klabbers, Jan. "Reflections on soft international law in a privatized world". *Finnish yearbook of international law* XVI (2007): 313-28.
- . "Soft Authority in Global Governance". İçinde *Research Handbook on Soft Law*, editör Mariolina Eliantonio, Emila Korkea-aho, ve Ulrika Mört, 162-76. Research Handbooks in Law and Politics. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023.
- . *The Concept of Treaty in International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- . "The Redundancy of Soft Law". *Nordic Journal of International Law*, sy 65 (1996): 167-82.
- . "The Undesirability of Soft Law". *Nordic Journal of International Law* 67, sy 4 (1998): 381-91. <https://doi.org/10.1163/15718109820295741>.
- Klabbers, Jan, ve Touko Piiparinen. "Normative Pluralism: An Exploration". İçinde *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, editör Jan Klabbers ve Touko Piiparinen, 13-34. ASIL Studies in International Legal Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139567121.003>.
- Klink, Bart van, ve Oliver W. Lembcke. "A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law". İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage,

- Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 145-64. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_7.
- Klink, Bart van, ve Willem Witteveen. "Why Is Soft Law Really Law?" *RegelMaat/Journal for Legislative Studies*, sy 3 (1999): 126-40.
- Koskenniemi, Martti. "International Law as 'Global Governance'". İçinde *Searching for Contemporary Legal Thought*, editör Christopher Tomlins ve Justin Desautels-Stein, 199-218. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. <https://doi.org/10.1017/9781316584361.011>.
- . "International Law in a Post-Realist Era". *The Australian Year Book of International Law Online* 16, sy 1 (1995): 1-19. <https://doi.org/10.1163/26660229-016-01-900000002>.
- . "The Politics of International Law". *European Journal of International Law* 1, sy 1 (1990): 4-32. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a035781>.
- Lagoutte, Stéphanie, Thomas Gammeltoft-Hansen, ve John Cerone, ed. *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2016.
- Lipson, Charles. "Why are Some International Agreements Informal?" *International Organization* 45, sy 4 (1991): 495-538.
- Mackor, Anne Ruth. "What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law". İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 125-44. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_6.
- McNair, Arnold D. "The Functions and Differing Legal Character of Treaties". *British Year Book of International Law* 11 (1930): 100-118.
- MEB. "PISA Nedir?" Erişim 21 Nisan 2025. <https://pisa.meb.gov.tr/www/pisa-nedir/icerik/4>.
- Murphy, Jeffrie G., ve Jules Coleman. *Philosophy Of Law: An Introduction To Jurisprudence*. 1. bs. Boulder: Westview Press, 1990.
- Murphy, Liam. "Better to See Law This Way". *New York University Law Review* 83, sy 4 (2008): 1088-1114.
- Neff, Stephen C. "A Short History of International Law". İçinde *International Law*, editör Malcolm D. Evans, 5. bs, 3-27. New York: Oxford University Press, 2018.
- Neuwirth, Rostam J. *Law in the Time of Oxymora : A Synaesthesia of Language, Logic and Law*. London: Routledge, 2018.
- Orakhelashvili, Alexander. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 9. bs. London: Routledge, 2022.

- Öktem, Niyazi, ve Ahmet Ulvi Türkbağ. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*. 7. bs. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Özkan, Işıl. *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk*. 2. bs. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Özkan, Işıl, Ceyda Süral Efeçinar, ve Bengül Kavlak, ed. *Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Pauwelyn, Joost, Ramses A Wessel, ve Jan Wouters. “An Introduction to Informal International Lawmaking”. İçinde *Informal International Lawmaking*, editör Joost Pauwelyn, Ramses Wessel, ve Jan Wouters, 1-10. Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199658589.003.0001>.
- Pauwelyn, Joost. “Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?” İçinde *Informal International Lawmaking*, editör Joost Pauwelyn, Ramses Wessel, ve Jan Wouters, 125-61. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199658589.003.0007>.
- Pazarcı, Hüseyin, ve Erdem Denk. *Uluslararası Hukuk*. 23. bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Peters, Anne. “Soft Law as a New Mode of Governance”. İçinde *The Dynamics of Change in EU Governance*, editör Udo Diedrichs, Wulf Reiners, ve Wolfgang Wessels, 21-51. Studies in EU Reform and Enlargement. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011. <https://doi.org/10.4337/9780857930316>.
- Pino, Giorgio. “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”. *Ratio Juris* 27, sy 2 (2014): 190-217. <https://doi.org/10.1111/raju.12044>.
- Reçber, Kamuran. *Uluslararası Hukuk*. 5. bs. Bursa: Dora Basım Yayın, 2023.
- Reisman, W. Michael. “Soft Law and Law Jobs”. *Journal of International Dispute Settlement* 2, sy 1 (2011): 25-30. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idq014>.
- . “The Democratization of Contemporary International Law-making Processes and the Differentiation of Their Application”. İçinde *Developments of International Law in Treaty Making*, editör Rüdiger Wolfrum ve Volker Röben, 15-30. Berlin: Springer, 2005.
- . “The View from the New Haven School of International Law”. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 86 (1992): 118-25.
- “Resolutions – Institut de Droit International”. Erişim 21 Nisan 2025. <https://www.idi-iil.org/en/publications-par-categorie/resolutions/>.
- Rosenau, James N. “Governance in the Twenty-first Century”. *Global Governance* 1, sy 1 (1995): 13-43.

- Ruggie, John Gerard, ve Tamaryn Nelson. “Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges”. *The Brown Journal of World Affairs* 22, sy 1 (2015): 99-127.
- Sand, Peter H. “‘To Treaty or Not to Treaty?’ A Survey of Practical Experience”. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 87 (1993): 378-83.
- Sandro, Paolo. “Unlocking Legal Validity: Some Remarks on the Artificial Ontology of Law”. İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 99-123. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_5.
- Sarıbeyoğlu Skalar, Meltem. *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma: Kavram, İlkeler ve Yargısal Uygulama*. 1. bs. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2015.
- Schachter, Oscar. “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”. *The American Journal of International Law* 71, sy 2 (1977): 296-304. <https://doi.org/10.2307/2199530>.
- Senden, Linda. *Soft Law in European Community Law*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Serozan, Rona, B. İlkay Engin, ve Yeşim M. Atamer. *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*. 9. bs. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Shaffer, Gregory, ve Mark Pollack. “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”. *Minnesota Law Review* 94 (2010): 706-99.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*. 8. bs. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Shelton, Dinah, editör *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*. New York: Oxford University Press, 2000.
- . “International Law and ‘Relative Normativity’”. İçinde *International Law*, editör Malcolm D. Evans, 4. bs, 137-65. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Singh, Sahib, ve Jean d’Aspremont. “Introduction: The life of international law and its concepts”. İçinde *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004.
- Snyder, Francis. “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”. *The Modern Law Review* 56, sy 1 (1993): 19-54.

- Squeff, Tatiana Cardoso. “Overcoming the ‘Coloniality of Doing’ in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool”. *Revista Direito GV* 17, sy 2 (2021). <https://doi.org/10.1590/2317-6172202127>.
- Steger, Manfred. *Globalization: A Very Short Introduction*. 3. bs. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. 17. bs. İstanbul: Beta Yayınevi, 2024.
- Tahiroğlu, Bülent, ve Belgin Erdoğan. *Roma Hukuku Dersleri*. 15. bs. İstanbul: Der Yayınları, 2021.
- Terpan, Fabien. “The Definition of Soft Law”. İçinde *Research Handbook on Soft Law*, editör Mariolina Eliantonio, Emila Korkea-aho, ve Ulrika Mörtz, 43-55. Research Handbooks in Law and Politics. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023.
- Teubner, Gunther, editör *Global Law Without a State*. Studies in Modern Law and Policy. Dartmouth Publishing Company, 1997.
- Thürer, Daniel. “Soft Law”. İçinde *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009. <https://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469>.
- Tomuschat, Christian. “Obligations Arising for States without or against Their Will (Volume 241)”. İçinde *The Hague Academy Collected Courses Online / Recueil des cours de l’Académie de La Haye en ligne*, 195-374. Brill | Nijhoff, 1993. https://doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9780792329541_02.
- Treib, Oliver, Holger Bähr, ve Gerda Falkner. “Modes of governance: towards a conceptual clarification”. *Journal of European Public Policy* 14, sy 1 (2007): 1-20. <https://doi.org/10.1080/135017606061071406>.
- Ulutaş, Ahmet. *Uluslararası Örgütler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Ulutaş, Fatma. *Uluslararası Hukuk Açısından Hukukten Bağlayıcı Olmayan Anlaşmalar*. 1. bs. Ankara: Adalet Yayınları, 2022.
- United Nations. “Charter of the United Nations”, 1945. <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>.
- . “Statute of the International Court of Justice”, 1945. <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>.
- United Nations Digital Library. “General Assembly, 28th Session: 2117th Plenary Meeting (Opening Meeting), Tuesday, 18 September 1973, New York”. Erişim 02 Mayıs 2025. <https://digitallibrary.un.org/record/646081>.

- Von Der Pfordten, Dietmar. “Validity in Positive Law: A Mere Summary Concept”. İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 122:1-18. Law and Philosophy Library. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_1.
- Wallace, Professor Rebecca, ve Olga Martin-Ortega. *International Law*. 8. bs. London: Sweet & Maxwell, 2016.
- Weil, Prosper. “Towards Relative Normativity in International Law?” *The American Journal of International Law* 77, sy 3 (1983): 413-42. <https://doi.org/10.2307/2201073>.
- Weiss, Friedl, ve Armin Kammel, ed. “The Changing Landscape of Global Financial Governance and the Role of Soft Law”. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2015. <https://brill.com/edcollbook/title/24480>.
- Westerman, Pauline. “Validity: The Reputation of Rules”. İçinde *Legal Validity and Soft Law*, editör Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, 165-82. Cham: Springer International Publishing, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_8.
- Westerman, Pauline, Jaap Hage, Stephan Kirste, ve Anne Ruth Mackor, ed. *Legal Validity and Soft Law*. C. 122. Law and Philosophy Library. Cham: Springer International Publishing, 2018. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7>.
- Wolfgang, Friedmann. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964.
- Yücel Dericiler, Özge. *Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka: Şirketler ve İnsan Hakları*. 1. bs. On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Yükselbaba, Ülker. “Postmodernizm ve Hukuk”. *Journal of Istanbul University Law Faculty* 74, sy 1 (2016): 139-56.