

DEVLETİN ŞAHSİYETİ

- I - Devletin mânevî şahsiyeti, mânevî şahsiyet mefhumunun tekâmülü; II - Devletin mânevî şahsiyeti hakkında ileri sürülen muhtelif teoriler; III - Devletin mânevî şahsiyeti hakkında ileri sürülen teorilerin tenkidi; IV - Devletin şahsiyeti hakkında varılan neticeler.

Prof. Dr. Recai Galip Okandan

III

DEVLETİN MÂNEVÎ ŞAHSİYETİ HAKKINDA İLERİ SÜRÜLEN TEORİLERİN TENKİDİ

Devletin mânevî şahsiyeti ile ilgili olmak üzere leh ve aleyhte ileri sürülen muhtelif noktai nazarlari inceledikten sonra, bunlar hakkında karşılıklı olarak yapılan tenkitleri de tebarüz ettirmek lâzımdır. Zira, bu tenkitler, bizlere, aynı zamanda, devletin şahsiyeti hakkında ileri sürülen muhtelif teorilerin kıymet ve ehemmiyeti, onların eksik ve aksak tarafları hakkında daha iyi bir fikir verecek ve bu muhtelif doktrinler karşısında varılması mümkün olan neticenin daha kolayca tesbitini mümkün kılacaktır. Onun için, Devletin şahsiyeti hakkındaki incelemelerimiz bakımından, hukukçular arasında önemli bir ihtilâf mevzuu olan mânevî şahsiyete mütedair serdolunan muhtelif teoriler hakkında yapılan tenkitlere de temas etmek, bu tenkitlerin ana hatlarını da tebarüz ettirmek, bizim için faydalı olmaktan hâli kalmıyacaktır.

§ 1. Hukukî şahsiyet doktrininin tenkidi.

Şahsiyeti hukukî bir realite olarak kabul eden, Devlet için münhasıran hukukî bir şahsiyetin mevzuubahs olabileceğini müdafaaya çalışan, Devletin hakikî veya farazî bir şahıs olduğu hakkındaki mütalâaların her ikisine de muhalefet eyliyen noktai nazar, istifade edilmesi mümkün bir çok esasları ihtiva eylesine rağmen, doktrin sahasında önemli tenkitlere muhatap olmaktan hâli kalmamıştır. Meselâ bu tarzda bir teoriye

tarafıtar olmıyan ve Devletın şahsiyeti hakkında hem farazî ve hem de hakikî diye tesmiyesi mümkün muhtelit bir noktai nazar müdafaa eyliyen⁸⁹ Fransız hukukçularından Marcel de la Bigne de Villeneuve, hukukî şahsiyet teorisini muhtelif cephelerden tenkide ve duruma, realitelere uygun bir hal şekli bulmağa çalışmıştır. Hakikatte mevcut olmıyan bir şeyin hukukan mevcut olabilmesi keyfiyetini kabul etmiyen de Villeneuve'e göre, realite âleminden ayrı bir şe'nî hukuk âleminin mevcudiyeti ve münhasıran hukukî olan bu âlemde beşerî realitelerle ilgisi, rabıtası bulunmıyan münhasıran hukukî realitelere tesadüf olunabileceği yolunda ileri sürülen mülâhazalar bir garabet arz etmektedir. Zira, hukukun, daima, hakikat âlemini, realiteleri, nazara alması ve daima onlarla teması muhafaza eylemesi lâzımdır. Hukuk, esasını, temelini, mesnedini, bu hakikat âleminin ifade eylediği realitelerde bulmaktadır⁹⁰. Münhasıran hukukî olan hiç bir realite mevcut değildir ve mevcut olmasına da imkân yoktur. Düşüncelerimize, fikirlerimize uygun gelen bazı hukukî inşâlara, yapılarla tesadüf etmek kabildir; fakat, bunlar, ancak hakikati ifade eden, ona tercüman olan inşâlardır. Hakikî realiteyi nazarı itibara almadan, hakikî realite ile meşgul olmadan veyahut bu hakikî realiteyi tanıyabilmenin imkânsızlığı ileri sürülmek suretiyle, bir hukukî realitenin yaratılması şeklindeki iddianın müdafaaı mümkün değildir. Eğer hakikî realitelerin tanınabilmesi imkânsızsa, hukukçular, bu takdirde, hakikatte, ancak, ciddî bir istikrardan mahrum mütehavvil tahminlerde bulunmaktan, faraziyeler serdetmekten daha ileri gitmiş oluyacaklardır⁹¹.

Hukukî realite doktrinine dahil bazı sistemlerin bazı hususlardaki kıymet ve önemini inkâr etmediğini ve bunun da mevzuubahs hususların hakikî realiteye az çok uygun oluşundan ileri geldiğini söyleyen de Villeneuve, Devletın bünyesini onun yalnız hukukî cephesini nazarı itibara almak suretiyle izah ve tahlile çalışan Georg Jellinek ve Carré de Malberg gibi hukukçuların ve bunlardan hususiyle ikincisinin, Devletın kendi mevcudiyetini bize tezahür ettiren, meselâ, onun şahıslardan mürekkep bir vahdet arz etmesi, daimîlik vasfını haiz ve kendine has bir hüviyete malik bulunması gibi ön plânda mevzuubahs olan karakterlerini nazarı itibara alarak bunları çok vâzih bir şekilde tebarüz ettirmeğe çalışmış olmalarına rağmen, vücuda getirdikleri doktrin, tam

89) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve, Traité général de l'Etat, c. I, s. 606.*

90) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve, op. cit., c. I, s. 592.*

91) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve, op. cit., c. I, s. 592.*

ve kâfi bir teori olarak karşılanamayacağı noktası üzerinde bilhassa durmuştur. Hukukla realite arasında bir rabitanın mevcudiyetini kabul ediyen ve bu rabitanın mevcudiyetinin ve sağlamlığının tebarüz ettirilmesi lüzumu üzerinde duran de Villeneuve'e göre, eğer Carré de Malberg'in dediği gibi Devletin şahsiyeti tamamen hukuki realitelere dayanan bir hukukî mefhumdan ibaretse, netice itibariyle bu tarzda mülâhaza edilen bir şahsiyet de mevhum, mücerret, hayalî bir mahiyet arz etmekten geri kalmıyacaktır⁹².

De Villeneuve, keza, Devlete münhasır bir hukukî şahsiyet tanıyan, Devletin şahsiyetinin yalnız bir hukukî realiteden ibaret olduğunu söyleyen Georg Jellinek'in, hak sahibi olabilmek bakımından iradenin oynadığı rolü ve ona atfedilen önemi nazara alarak Devleti de kendine has bir iradeye mazhar kılmak bakımından gösterdiği ısrarda haksız oluşuna ve aynı doktrine taraftar olan Carré de Malberg'in de, Devlet için bir kollaktif menfaatin mevcudiyetini kabul etmemek gibi bir hataya düşmüş oldığına temas eylemiştir⁹³. De Villeneuve'e göre, evvelâ, Devletin kendine has bir şahsiyete sahip oluşunu bir kollaktif iradeye istinat ettirmek veyahut böyle bir şahsiyetin mevcudiyetini kollaktif irade ile mümkün kılmağa çalışmak beyhudedir. Zira, böyle bir noktai nazarı realiteler tekzip etmekte, insanların ferdi iradelerinden başka bir iradenin mevcudiyeti mevzuubahs olmamaktadır. Şahsiyeti bir kollaktif iradeye istinat ettirmek ve onunla izaha çalışmak bir hatadır; burada, mevcudiyeti zaten münakaşa mevzuu olan kollaktif irade gibi bir mefhumu istinat edilmiş olmaktadır. Böyle bir kollaktif iradenin mevcudiyetini tebarüz ettirmek, isbat eylemek imkânsızdır. Kollaktif irade, müdafaası gayri mümkün ve aslı olmıyan bir faraziyenin eseri mahsulüdür⁹⁴.

Bundan başka, Devlet için bir kollaktif menfaatin mevcudiyetini kabul etmemek de doğru değildir. Zira, Devlet için mevzuubahs olan hakların kendi temellerinden birini menfaatte bulduklarını inkâra imkân yoktur. Nitekim, de Villeneuve'e göre, Fransız hukukçularından Michoud, mevzuubahs menfaat meselesi hakkında, kıymetli görüşler serdetmiş bulunmaktadır. Fakat, Devletin haklarının mevcudiyetini mefruz bir iradeye istinat ettirmek beyhude olduğu gibi, bir hakkın doğumu bakımından yalnız bir menfaatin mevcudiyeti de kâfi değildir. Hattâ, bu tarzda bir menfaatin mevcudiyeti keyfiyetine, Michoud'nun arzu etti-

92) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 592.

93) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 594.

94) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 595.

ği şekilde bir iradenin inzımmam etmiş olması da meselenin hallini mümkün kılamaz⁹⁵.

§ 2. Hakiki şahsiyet doktrininin tenkidi.

Devletin mânevî şahsiyetinin hakikiliğini müdafaa eden teoriler de önemli, ciddi tenkitlere maruz kalmıştır. Her şeyden evvel, uzviyetçi doktrinle Devletin şahsiyetinin hakikiliği meselesinin izahına imkân bulunmadığı, Devletin organik, canlı bir varlık olarak mülâhaza edilmesi keyfiyetinin ilmî realitelere uygun düşmediği, ferdi varlıkların taaddüdünden husule gelen topluluk halinde mutlak surette organik bir mahiyet müşahede edilemediği, biyolojik uzviyetlerde olduğu gibi Devlette tam ve hakiki bir birliğin icabettirdiği neticelere tesadüf olunmadığı, Devlette kelimenin hakiki mânasiyle zihayat bir bütün mahiyetinin müşahede edilemediği, biyolojik uzviyetin selülleri arasında müşahede edilen maddî organik bağılılığın Devleti teşkil eyliyen selüller arasında bulunmadığı, biyolojik uzviyetin selüllerinin vücade getirdikleri organizm içindeki mevkileriyle Devleti teşkil eyliyen fertlerin Devlet içindeki mevkilerinin aynı olmadığı, Devleti teşkil eyliyen fertler rasyonel birer kıymet, şuur ve iradeye sahip birer varlık oldukları halde biyolojik uzviyetin selüllerinde her türlü şuur ve iradeden mahrum bir bünyenin hâkim bulunduğu, ferdi organizmin zevali keyfiyetinin onu teşkil eyliyen selüllerin zevalinin veya bunun aksi olarak ferdi uzviyeti teşkil eyliyen selüllerin zevali keyfiyetinin bunların teşkil eyledikleri ferdi uzviyetin zevalinin bir neticesi olduğu ve ferdi uzviyette onu teşkil eyliyen selüller arasında zeval bakımından karşılıklı bir ilgi bulunduğu halde aynı karşılıklı bağa Devlette tesadüf edilemediği, meselâ Devlet ortadan kalktığı halde onu teşkil eyliyen fertlerin varlıklarının devam eylediği tarzında yapılan tenkitlerle organik doktrininin reddine çahşılmıştır⁹⁶.

Devletin şahsiyetinin hakikiliğini izah hususunda ileri sürülen irade doktrini de, hususiyle zamanımızda, ciddi tenkitlerle karşılaşmıştır. Me-

95) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 594.

96) Sayın Profesör *Hüseyin Nail Kubaltı*, bu hususta şunları söylemektedirler: «... Cemiyet ve Devletle canlı varlıklar arasında bir mahiyet birliği yoktur. Mahiyet itibarıyla aynı olduklarını bir an için farzetsek dahi biyolojik izah, neticeleri itibarıyla kabul edilemez. Cermen mektebinin hükmi şahıslar ile hakiki canlı varlıklar arasında sadece bir benzetme yapmak istediğini kabul ettiğimiz takdirde ise teori hükmi şahısların hakikiliğini isbat gayesine ulaşamamış olur» [Bk. *Hüseyin Nail Kubaltı*, Devlet Anahukuku Dersleri, 1946, s. 198].

selâ Fransız hukukçularından Léon Duguit, realist doktrini izah ederken de gördüğümüz gibi, Devletin kendine has bir iradeye malik olduğunu reddetmiş ve Devlet iradesinin hakikatte hükümet edenlerin iradelerinden başka bir şey olmadığını müdafaa etmiştir⁹⁷. Keza, yine Fransız hukukçularından Carré de Malberg de, Devletin şahsiyetini kollektif iradeye istinat ettiren noktai nazara taraftar olmayarak irade doktrinini tenkit etmiştir⁹⁸. Ona göre, kollektivitenin hakiki bir iradeye sahip bulunduğu telâkkisi, hattâ böyle bir telâkki ferdi iradelerin imtizacı fikrine istinat ettirilmiş olsa bile, kabule şayan değildir. Beşerî iradeden ayrı, Devlete has bir iradenin mevcudiyeti mülâhaza edilemez. Devleti teşkil eyliyen fertlerin iradelerinin, bunların müsterek bir gayeye tevecühü zımnında birbirlerine tesir etmeleri, aralarında bir kaynaşmanın vukuu keyfiyeti, ferdi iradelerin mevcudiyeti üzerinde bir tesir husule getirmiş değildir. Kollektivitenin organları tarafından izhar olunan iradelere keline; bunlar, kendi şahsî iradelerini izhar etmekte ve bu organların şahsî iradeleri Devlet şahsının iradesi diye mülâhaza olunmaktadır⁹⁹.

Devlet şahsiyetinin hakikiliğini müdafaa hususunda ileri sürülen kollektif menfaat teorisinin de tenkitlere mevzu teşkil eylediğini görmekteyiz. Meselâ Léon Dugit kollektif menfaatin mevcudiyetini kabule hiç bir suretle imkân görmediği gibi¹⁰⁰, Carré de Malberg de Devletin şahsiyetini münhasıran Devlete has bir menfaatin, bir kollektif menfaatin mevcudiyeti esasına istinat ettiren doktrinin kabul edilmemesi gerektiğini müdafaa etmiştir. Carré de Malberg'e göre, Devlette, mevcudiyetini ferdi menfaatlerin dışında bulan bu kollektif menfaatin varlığını kabul eylemek, Devletin mevcudiyetinin ancak beşerî bir gayeye matuf oluşu

97) Bk. *Léon Duguit, L'Etat, c. I, s. 261.*

98) Bk. *Carré de Malberg, op. cit., c. I, s. 27.*

99) Uzviyetçi ve irade doktrinleri hakkında müsterek bir tenkit olmak üzere, Sayın Profesör *Abdülhak Kemal Yörük* şu mütalâayı serdetmektedirler: «... Alman hukukçularından Gierke tarafından ileri sürülen, Fransıza ve İsviçrede bir çok taraftarları olan bu teorinin başlıca yanlışlığı hükmi şahsiyetleri irade sahibi telâkki etmesidir. İnsan topluluklarının iradeleri yoktur, ancak namına hareket edenlerin iradeleri vardır... Hükmi şahsî temsil eden ya tek bir insandır veyahut bir çoğunlukla veya birlikte hareket eden insanlardır. Hükmi şahıslar hiç bir zaman ne insanın ve ne de diğer hayat sahibi uzviyetlerin vasıflarına malik olmamışlardır. Bu bakımdan yapılan temsil o kadar yerinde değildir» [Bk. *Abdülhak Kemal Yörük, Hukuk Başlangıcı Dersleri, 1946, s. 104.*]

100) Bk. *Léon Duguit, L'Etat, c. I, s. 166, c. II, s. 70.*

keyfiyetinin inkârı demektir. Ona göre, menfaat sahibi olabilmek keyfiyeti ancak insanlar için mevzuubahs olabilir. Menfaat mefhumunda insana has olmak vasfı mevcuttur. Bundan dolayı, Devletin, beşerî menfaatlerin dışında, bu vasıftan mahrum, kendine has menfaatlere malik olduğunu düşünmek mümkün değildir. Yine Carré de Malberg'e göre, Devlet, beşerî gayeler dolayısıyla meydana gelmiştir. Bu beşerî gayelerin tahakkuk edebilmeleri için, Devlete, harekete geçebilmesini, faaliyette bulunabilmesini mümkün kılacak bazı imkânların da tanınması zarurî bulunmaktadır. İşte bu imkânlar dolayısıyledir ki, Devletin kendine has bazı menfaatleri bulunduğu yolunda bir zehap hasıl olmaktadır. Fakat, hakikatte, mevzuubahs bu menfaatlerle Devleti teşkil eyliyen fertlerin menfaatleri arasında sıkı bir bağıklık mevcuttur. Devlet için mevzuubahs bu menfaatlerin tatmini keyfiyetiyle, Devleti teşkil eyliyen fertlerin menfaatlerinin tatmini keyfiyeti sıkıca yekdiğerine bağlı bulunmaktadır. Bununla beraber, mücerret ve kollektif bir varlık olan Devletin bizzat kendisi için tasarrufta bulunabilmesi gibi bir durum mevzuubahs değildir; Devlet böyle bir ehliyetten yine mahrum bulunmaktadır ve bundan dolayı da münhasıran Devlete has bir menfaatin mevcudiyeti gibi bir keyfiyeti kabule imkân görülmemektedir¹⁰¹.

• Carré de Malberg'e göre, Devlete has bir menfaat mefhumunun tavazzuhunu mümkün kılacak bir durumun mevcudiyeti halinde bile, bu mefhumun ancak zahiri bir varlık arzedebildiğini de söylemek lâzımdır. Böyle bir halde bile, yapılacak ciddi bir tetkik, böyle bir mefhumun mevcudiyetini sarsmaktan hâli kalmıyacaktır. Meselâ, Devletin hususî emlâkine dahil mallar nazarı itibara alındığı takdirde, Devletin bu mallar üzerinde mülkiyet hakkına sahip bulunduğu hukukan kabul edilmiş olmasına, yâni bu hususî emlâk Devletin mâmelekine dahil bulunmasına rağmen, bu mallar Devlete hususî bir menfaat teminine hizmet etmemektedirler. Bu mallar, esasında, millete tahsis olunmuşlardır. Bu mallardan faydalanan millettir, bu mallardan faydalananlar netice itibarıyla Devleti teşkil eyliyen fertlerdir.

Bunun için, hukukan, Devletin mallarından ve hattâ Devletin menfaatlerinden bahsedilebilir. Fakat, hakikatte, Devlete izafe edilen kollektif menfaat hiç bir tebeddüle maruz kalmadan ferdi menfaatlere müncer olmaktadır. Fiiliyatta, millî menfaat gayesiyle Devlet tarafından alınan tedbirlerden faydalanan, Devleti teşkil eyliyen fertlerdir. Millî câmia hesabına Devlet tarafından girişilen faaliyet, esasında, Devleti teşkil eyliyen ve eyliyecek olan fertlerin menfaatlerini tatmin gayesine

101) Bk. Carré de Malberg, op. cit., c. I, s. 25-26.

matuf bulunmaktadır. Milli menfaatle ilgili tedbirlerin alınmalarında hakikî hedef, Devleti teşkil eyliyen fertlerin menfaatlerini tatminden ibarettir. Devletin tatminle mükellef bulunduğu menfaatler, hakikatte, kendisini teşkil eyliyen fertlerin menfaatlerinden başka bir şey değildir; bizatihi Devlete has, «Devlet menfaati» diye bir şey yoktur¹⁰².

§ 3. Farazi şahsiyet doktrininin tenkidi.

Umumiyetle mânevî şahsiyette sun'î ve hayalî bir mahiyet gören ve Devletin şahsiyetinde de bu tarzda sun'îlik vasfının mevcudiyetini müdafaa eyliyen ve hattâ bu bakımdan dayandığı esaslar itibariyle Devletin şahsiyetini inkâra müncer olduğu bile söylenen¹⁰³ farazi şahsiyet

102) Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., s. 1, s. 26.

103) Nitekim, mevzuubahs inkârı teyit lehinde muhtelif deliller ileri sürülmüştür. Meselâ, bu hususta, Devletin bir farazi şahıs olduğunu müdafaa etmenin, hakikatte bu şahsın ademî mevcudiyetini veyahut da yine aynı şeyi ifade etmek üzere bu şahsın ancak hukukçuların keyfî ve indî görüşlerine müsteniden mevcut olabileceğini kabul etmekten başka bir şey olmadığı söylenmiş bulunmaktadır. Keza, yine aynı husus hakkında, Devletin şahsiyeti mefhumunun se'niyete dayanmadığı keyfiyeti kabul edildiği takdirde, bu şahsiyetin teyit edilmiş bulunmasının hakikî hiç bir fayda arzemediği; zira, bu şartlar dahilinde, keyfiyetin ancak bir kelime meselesi halini aldığı, yine bir mütalâa olarak ileri sürülmüş bulunmaktadır.

Yukarıda temas ettiğimiz her iki noktaya da yine hukukçular tarafından verilmiş cevaplar mevcuttur. Meselâ, Devletin şahsiyeti fikrinin doğrudan doğruya Devletin istinat eylediği hukukî nizamdaki neset etmesi, mevcudiyetini hukukî nizama borçlu bulunması, binaenaleyh hakikatte Devletin şahsiyeti diye bir şeyin mevzuubahs olamaması hususları, bu tarzdaki bir mütalâaya hücum ve onu tenkit etmenin netice itibariyle mevzuubahs hukukî nizamin ve aynı zamanda bu hukukî nizama dayanan Devletin bizatihi kendisinin tamamen yıkılmasını talep etmek demek olduğu şeklinde cevaplandırılmıştır. Devletin şahsiyeti mefhumunun se'niyete dayanmadığı, hakikate uygun bulunmadığı, onun hukukî teyit edilmiş bulunmasının hakikî bir fayda arzemediği noktasına gelince; bu mülâhazanın da varid bulunmadığı, bu itirazın da mesnedsiz olduğu ileri sürülmüştür. Zira, bir hukukî mefhum olarak, Devletin şahsiyeti realitelere tekabül eyliyen bir mahiyet arzettiğidir. Devletin şahsiyeti mefhumu, kendisini bir faraziyeye müncer kılmış değildir. Devletin şahsiyeti mefhumunun, mutlak realitelerin değil, yalnız hukukî realitelerin bir ifadesi olduğu süphesizdir ve bunun için de, Devlet hakkında hakikî değil, ancak hukukî mânada bir şahıs mevzuubahs olmaktadır. Hiç olmazsa, hukukî bakımdan, mevzuubahs şahsiyet mefhumu, kendi kuvvet ve realitesini, Devletin ana teşkilâtına

doktrinine gelince; bu da, Michoud, Saleilles, Duguít, Jellinek, G. Meyer, Rehm, O. Mayer gibi hukukçuların¹⁰⁴ muhtelif cephelerden önemli tenkitleriyle karşılaşmış¹⁰⁵ ve memleketimizde de aynı doktrin ciddi itirazlara mevzu teşkil eylemiştir.

Farazî şahsiyet doktrininin, her şeyden evvel kanun vâzının müdahalesi ve bu husustaki rolünün mahiyeti bakımından önemli tenkitlere hedef olduğunu müşahede etmekteyiz. Mânevî şahsiyet hakkında, bunun, kanun vâzının bir faraziyesinden ibaret bulunduğu şeklinde serdedilen mülâhazalarla yine aynı husus hakkında, bunun, biraz evvel serdettiğimiz mülâhazalardan daha ileri giderek, teşriî bir realite, kanun vâzının bir yaratması, müstakil bir varlık, olduğunu müdafaaya çalışan noktai nazarın her ikisinin de tenkit edildiklerini görmekteyiz. Gerçekten, mânevî şahsiyetin kanun vâzının bir faraziyesinden ibaret bulunduğunu, mânevî şahsiyetin, mevcudiyetini, Devletin bir faraziyesine borçlu olduğunu müdafaaya çalışan müelliflerin bu husustaki mülâhazaları, Devletten gayrı diğer kolektivitelerin mânevî şahsiyetleri hakkında bir an için vârit görülse, Devletin kendinden gayrı diğer kolektiviteleri bir şahıs farzedebilmesinin mümkün olabileceği bir an için düşünülse bile, aynı mülâhazaların bizatihi Devlet hakkında nazarı dikkate alınmasına, Devlet hakkında tatbik edilebilmesine, mantıkan imkân görülmemektedir. Bu tarzdaki mülâhazalar Devlete de tatbik edildiği takdirde, bu keyfiyet, Devletin kendisini bir şahıs farzeylemesi gibi oldukça garip bir duruma, gayri mantıkî bir neticeye müncer olmaktan hâli kalmıyacaktır. Eğer Devlet için bir şahsiyet mevzuubahs ise, Devletin bu şahsiyeti kendisinin kendisine izafe eylemesi, kendisinin kendisini bir şahıs farzetmesi gibi bir durumun mevcudiyetinden bahsedilemez¹⁰⁶. Zira, Devletin şahsiyeti, onun doğumiyle, teşekkülüyle birlikte, aynı anda mev-

ve hukukî faaliyetine müteallik hususların hukukan tesbít ve ifadesinin ancak bu mefhum sayesinde mümkün olabileceği esasında bulmaktadır [Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 29-30].

104) Bk. *Michoud*, op. cit., c. I, s. 18 ve müt.; *Saleilles*, *De la personnalité juridique*, s. 517 ve müt.; *Jellinek*, op. cit., c. I, s. 269, 277, 295, 296.

105) Yapılan tenkitler hakkında keza bakınız: *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 28; *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 587-588; *Jean Dabin*, op. cit., s. 101; *Sıddık Sami Onar*, op. cit., s. 374 ve müt.; *Hıfzı Veldet*, op. cit., c. I, s. 223-224; *Hüseyin Naıl Kubalı*, op. cit., s. 197; *Abdülhak Kemal Yörük*, op. cit., s. 99-100; *Ferit H. Saymen*, *Medeni Hukukumuzda hükmi şahıslar*, s. 35-36.

106) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., s. I, s. 588; *Jean Dabin*, op. cit., s. 101.

zuubahs olmaktadır; Devlet ve onun şahsiyeti birlikte kendisini göstermektedir. Henüz daha doğmıyan, henüz daha mevcudiyetini, tamamiyetini iktisap etmiyen bir Devletin, müstakbel doğumu için kendisine bir şahsiyet izafe etmesi, kendisinin bir şahıs farzedilmesini mümkün kılması, düşünülemez¹⁰⁷.

107) Sayın Profesör *Hüseyin Nail Kubah*, farazi şahsiyet teorisi hakkında yapılan tenkitlerden bahsederken, şu noktayı da tebarüz ettirmiş bulunmaktadır: «Bu teori bilhassa Alman müellifleri tarafından şiddetli tenkitlere uğramıştır. Yapılan başlıca tenkitlerden birisi, umumiyetle hükmi şahıslarda, esas olan mühim bir vaziyeti izah edememesidir. Filhakika, hükmi şahıslarda, hükmi şahsı vücade getiren muayyen şahıslara ait olmıyan bir takım mallar vardır. Hükmi şahsın farazi olduğunu söylemek bu malların sahihsizliğini ifade etmektir. Mülkiyet hakkının da diğer sübjektif haklar gibi bir sahibi olacağına göre, bu sübjektif hakkın farazi bir şahsa izafesi meseleyi halletmez. Hükmi şahsın farazliliğini iddia etmek, Alman müelliflerinden Brinz'in söylediği gibi, bir kımsenin, duvarda mevcudiyeti farzedilen bir portmantoya sapkasını asmasına benzer» [Bk. op. cit., s. 197].

Sayın Profesör *Ferit H. Saymen* de aynı teori hakkındaki tenkitlerden şu suretle bahseylemektedirler: «Bu nazariyenin evvelâ yanlış olduğu ileri sürüldü. Zira, bir medeniyet geliştikçe, bir millette hukuki hayat ilerledikçe, hükmi şahsiyet hakiki şahıs gibi doğar, lüzumunu tanıtır ve kabul ettirir. Şöyle ki, evvelâ Devlet ve Devletin tâlî taksimatı ilk olarak hükmi şahsiyet iktisap eder ve bu iktisap o kadar eskidir ki, hükmi şahsiyetin ne zaman doğduğunu tesbite imkân yoktur. Bu andan itibaren hükmi şahsiyet mefhumu genişler ve her gün yeni tatbik şekilleri bulur. Binaenaleyh, hükmi şahsiyet siyasi, içtimai ve iktisadi icaplardan doğmuştur, denebilir. Bu mefhumu kanun düşünmüş ve meydana koymuş değildir, bilakis bunu tanımak mecburiyetinde kalmıştır. Şu halde farazi şahıs nazariyesinin ancak fertlerin şahsiyeti mevcut olabileceği ve bu itibarla hükmi şahısların ancak farazi ve mevhum bir şahsiyete sahip bulunabileceği iddiası olaylarla tezat teşkil etmektedir. Haklara sahip ve borçlarla mükellef, şahsiyeti haliz varlıkların yalnız fertler olmadığının delili de, objektif hukukun aynı vasıfları diğer topluluklara da tanımak mecburiyetinde olduğudur. Bazan bunlarla mücadele etti veya mevcut değilmiş gibi hareket etti. Fakat hiç bir zaman mutlak olarak bunları ortadan kaldıramadı. Bunlar daima —gizli de olsa— yasadılar, zira bir içtimai ihtiyaca tekabül ediyorlardı. İşte farazi şahsiyet nazariyesi bu noktaları gözden kaçırdığı için yanlış yola girmiştir» [Bk. *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar*, s. 35].

Sayın Profesör *Ferit H. Saymen*, keza, daha ziyade Devletten gayri hükmi şahısları gözönünde bulundurmamak suretiyle, farazi şahıs teorisi hakkında serdolan diğer tenkitleri de şu şekilde tebarüz ettirmişlerdir: «Bu nazariyenin tehlikeli ol-

Mânevî şahsiyeti müstakil bir varlık olarak kanun vâzının ihdas ettiği, onun tarafından yaratıldığı ve netice itibariyle bunun teşrii bir realite olduğu mülâhazası da muhtelif itirazlara sebebiyet vermiş ve bu noktai nazarın da müdafaasına imkân bulunmadığı neticesine varılmıştır. Bu hususta, her şeyden evvel, kanun vâzının rolü nazarı itibara alınmış; onun ihdas edici, yaratıcı, inşai bir rol oynayabilmekten mah-

duğu söylenmiştir. Filhakika, hükmi şahıslar, cemiyetin bir ihtiyacını karşılamakta, bir çok hallerde Devletin faaliyetine yardım etmekte ise de, yâni faydalı ve lüzumlu bir varlık ise, bu varlığın doğumunu, ehliyetini, faaliyet ve ölümünü kanun vâzının tamamen keyfine bırakmanın ne kadar tehlikeli olduğu meydandadır. Zira cemiyet bünyesinin doğurduğu bu varlıkları geliş-güzel baltalamak, bunlardan beklenen faydaları elde etmemek olur.

Bundan başka, fiction nazariyesi, hükmi şahsı yalnız ortaya çıkan topluluk bakımından mütalâa etmiş, fakat bu topluluğu vücude getirmek için bir gaye etrafında toplanan fertleri veya malları tamamen ihmal etmiştir, ve bu ihmalin neticesi olarak, realiteden ayrılmış ve dolayısıyla hükmi şahsiyeti Devletin iradesine tâbi kılarak ferdi hürriyeti, yâni cemiyet, şirket veya tesis (vakıf) yaratmak hürriyetini ya tahdit etmiş veya tamamen ortadan kaldırmış bulunmaktadır. Binaenaleyh nazariye yalnız realiteden uzak kalmak ve cemiyet ihtiyaçlarını nazara almamakla kalmıyor, ferdin tabii haklarından birini de tahdit etmiş bulunuyor.

Bu nazariyenin gayri kâfi olduğu da ileri sürülmüştür. Filhakika, tarih boyunca, hükmi şahsiyetin doğumuna ilk olarak muayyen bazı malların bir kaç kişiye müşterek olarak ait bulunduğunu ve bu malların yavaş yavaş bir organizasyona sahip olarak bu kimselerin mâmelekenden Haric bir varlık iktisap ettiklerini gördük. Binaenaleyh ortada bir şahıs veya muayyen bir takım şahıslara izafe edilemiyen bir takım mallar mevcut bulunuyor demektir. Bunların kime ait olacağı sualine fiction'cular kanun vâzının yarattığı farazi şahsa ait olacağı cevabını veriyorlar. Halbuki bu, hakikati kelimeler arkasında saklamaktır; zira farazi şahsa izafe etmek demek hiç bir şahsa izafe etmemek demektir. Şu halde kimseye ait olmıyan bu malların farazi bir şahıs olan hükmi şahsa ait olduğunu söylemek, fiili vziyeti tekrar ederek kimseye ait olmadığını söylemekten başka bir şey değildir [Bk. Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, s. 36].

Sayın Profesör *Abdülhak Kemal Yörük*, farazi şahsiyet teorisi hakkındaki mülâhazalarını, âmme hukuku bakımından, «hükmi şahsiyeti kanun vâzının eseri addetmek Romalılarındanberi şahsiyeti tanınan hak sahibi olarak görülen Devletin şahsiyetini izah edemez. Devletin şahsiyeti mevcudiyetiyle birlikte doğar; Devletin gerek Devletlerarası münasebetlerde, gerek kendi içindeki fertler ve topluluklar karşısında şahsiyet ve hak sahibi olduğu hakkındaki umumî kanaatin dayandığı hakikati inkâr edenlere nâdir olarak tesadüf olunmuştur» [Bk. op. cit.: s. 99]

rum bulunduğu, ancak mevcut olanı bir nizam ve usule bağladığı, rolünün tamamen izharı olduğu, kanun vâzının bir varlık meydana getirebilmeğe muktedir bulunmadığı noktası üzerinde durulmuştur. İşte bu noktadan hareket edilerek, mânevî şahsiyet meselesinde de, kanun vâzı tarafından yaratma, ihdas gibi bir keyfiyetin mevzuubahs olamayacağı, olsa olsa realitede mevcut olan bir keyfiyetin kanun vâzı tarafından izhar edilmesi, tanınması gibi bir durumun mevcudiyetinden bahsolunabileceği neticesine varılmıştır¹⁰⁸.

Bundan başka, yukarıdaki mülâhazaların Devlete tatbik edilmesi, yâni Devlet şahsiyetinin pozitif hukukun bir eseri olarak mülâhaza olunması halinde, bu keyfiyet, gayrı mantıkî, kabulü imkânsız bir durum yaratmaktan hâli kalmamakta ve bunun için de, bu tarzdaki bir mülâhazanın, ciddi tenkitlere mevzu teşkil eylediği görülmektedir¹⁰⁹. Mademki yukarıdaki mülâhazaları serdedenlere göre mânevî şahsiyet teşriî

şeklinde tebarüz ettirdikten sonra, bu teorinin umumi olarak hükmi şahıslar bakımından doğuracağı tehlikeli sonuçlara da şu tarzda işaret eylemişlerdir: «Bu teori... tehlikeli sonuçların doğmasına da sebep olabilir. Hükmi şahsiyeti insanlar boş yere meydana getirmemişlerdir. Maddî, mânevî fakat hakikî ihtiyaçlarını karşılamak için hükmi şahsiyeti kurmağa mecbur olmuşlardır. Nasıl insanların tabii şahıslar olması itibariyle onların bir takım hak ve salâhiyetlerini kabul etmek kanun vâzının vazifelerinden ise, bu hak ve salâhiyetler ile insanlar ihtiyaçlarını temin ediyorlarsa, yine onların ihtiyaçlarını karşılamak için kurdukları hükmi şahıslara şahsiyet tanıyıp tanımamak hususunda kanun vâzını dilediği gibi hareket etmekte serbest bırakmak da tehlikeli olur. Gayelerini tahakkuk ettirmek için, bir vasıta olacak bir şahsiyet meydana getiren insanlar kanun vâzının bir müdahalesiyle bu vasıttan mahrum edilebilirler. Kanun vâzı insanlar üzerinde temin edemediği mutlak hâkimiyeti, bunlar üzerinde temin etmekle, dolayısıyla insanların haklarını ihlâl etmiş olur. Bu da teorinin tehlikeli olduğunu gösterir» [Bk. op. cit., s. 99 - 100].

108) Nitekim bu ciheti nazarı itibara alan Şayın Profesör *Abdülhak Kemal Yörük*, farazi şahsiyet teorisini «yanlıştır» diye tavsif eyledikten sonra, durumu şu şekilde bir neticeye bağlamaktadırlar: «Şahsiyetlerin kanun vâzının iradesiyle meydana getirilmiş olduğu söylenmektedir. Halbuki hükmi şahsiyet realitede mevcuttur. Bu sebeple, kanun vâzı kendisini tanımağa, hukuka ve mükellefiyetlere ehil görmeğe mecbur olmuştur. Kanun vâzı tabii şahıslar gibi onun da varlığını kabul ederek doğum, teşkilât, faaliyete ehliyet şartlarını tesbit etmiştir» [Bk. op. cit., s. 100].

109) Bu tenkitler hakkında meselâ bakınız: *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 41 - 42.

bir tasarrufla, bir kanunla doğmaktadır; mademki mânevî şahsiyet için kendiliğinden vücut bulan tabii bir varlık mevzuubahs olmamaktadır; mademki mânevî şahsiyet teşriî tasarrufa takaddüm eden bir realite mahiyetini haiz değildir; o halde, Devlet, hiç bir zaman, kendisine tanınmak istenen, kendisi hakkında yaratılmak istenen şahsiyete sahip olamayacaktır. Zira, kanunu yapan Devlet olduğuna ve böyle bir kanunun yapılmasından evvel de Devlet için müstakil bir varlık mevzuubahs olmadığına göre, Devleti şahsiyete malik kılacak olan mevzuubahs teşriî tasarrufun yapılmasına bir türlü imkân hasıl olamayacaktır. Eğer bütün bunlar muhakkak teşriî bir tasarrufla mümkün olabilecekse, o halde, her şeyden evvel, teşriî tasarrufun Devletin şahsiyetine değil, Devletin müstakil bir varlık olma keyfiyetinin, onun şahsiyetinin, teşriî tasarrufa takaddümü icap eylemektedir. Netice itibariyle, bu keyfiyet de, Devletin, şahsiyetini, kendisi tarafından yapılan bir teşriî tasarrufa borçlu olmadığını teyit etmektedir. Eğer Devlet için bir şahsiyet mevzuubahs ise, bu şahsiyetin, Devletin yapacağı teşriî tasarrufa takaddümü gerekmektedir¹¹⁰.

110) İşaret ettiğimiz bu cihete bir çok hukukçular tarafından temas olunmuş ve Devlet hakkında farazi şahsiyet doktrininin bu bakımdan arzettiği aksaklığın tebarüzüne hususiyetle büyük bir ehemmiyet atfedilmiştir. Meselâ, Fransız hukukçularından *Michoud*, mânevî şahsiyet hakkındaki farazilik doktrinine itiraz ederek, Devletten çıkan bir kanunla Devlete hukuki şahsiyetinin verilemeyeceğini, kanun yapmak için her şeyden evvel Devletin bu kanuna mukaddem bir şahsiyete sahip olması gerektiğini, Devlete onun kendine has haklarının tevdiinin ve şahsiyetinin verilmesinin kanunla mümkün olamayacağını, şahsiyetin doğrudan doğruya Devletin bir icabı, bir neticesi olarak meydana geldiğini izaha çalışmak suretiyle, farazi şahsiyet doktrininin Devletin şahsiyeti bakımından arzettiği mahzurlar üzerinde bilhassa durmuştur [Bk. op. cit., c. I, s. 27].

Sayın Ordinaryüs Profesör *Sıddık Sami Onar* da bu hususta şu mülâhazaları serdetmektedirler: «Hükmi şahsiyeti vâzu kanununun bir faraziyesi veya ihsanı sayarak Devletin hükmi şahsiyetini nasıl izah edeceğiz? Devlet de hükmi bir şahıstır, fakat Devleti vâzu kanun yaratmamıştır. Belki vâzu kanun Devletin içinde doğan ve Devlete ait bir fonksiyonu ifade eden bir uzuvdan ibarettir. Uzun asıl vücudu yarattığını iddia etmek mümkün değildir... Devleti sadece medeni hukuk bakımından bir şahsiyet sayarsak da yine kanundan ve vâzu kanundan evvel tekevvün eden bir varlık olması itibariyle vâzu kanunun yarattığı bir eser saymanın imkânı yoktur» [Bk. op. cit., s. 374 - 375].

Sayın Ordinaryüs Profesör *Hıfzı Veldet*, farazilik nazariyesinin tenkit edilen taraflarını izah ettikten sonra, durumu âmme hukuku bakımından şu şekilde mü-

Hattâ, Devletin kendi şahsiyetini kendisi tarafından yapılan bir teşriî tasarrufla elde etmiş olduğu, her Devletin o Devletin kendi pozitif hukukiyle bir şahsiyete mazhar kılındığı tarzında serdedilen mülâhazalar nazarı itibara alındıkları takdirde bile, kanun vâzının bu hususta oynayabileceği rolün çok mahdut oluşuna da işaret eylemek lâzımdır. Devlet, böyle bir halde de, kendisi tarafından yapılan bir teşriî tasarrufla kendi şahsiyetini ihdas etmiş, yaratmış değildir. Devlet, kendisi için

talâa eylemektedirler: «Bu teori Devletin şahsiyetini aydınlatamıyor. Devletin tüzel kişiliğini kanun koyucu meydana getirmedi. Devlet, sosyal bir hakikat, bir realitedir. Kanun koyucu ise Devletin bir organıdır. Gerçek bir varlık'olduğunu ve kudret sahibi bulunduğunu her gün ve her vesile ile hissettiğimiz Devlete farazi bir şahsiyettir demek, hakiki duruma uymaz ve Devlet de kendi kendine hak sahipliği sıfatını veremez» [Bk. op. cit., c. I, s. 224].

Sayın Profesör *Abdülhak Kemal Yörük* de bu hususta şunları söylemektedirler: «Devletin doğduğu andanberi şahsiyet sahibi olduğu hukuki bir realitedir. Bir teoriden beklenen, sahasına giren her şeyin izahını vermektir. Kanun vâzı, ancak Devletten sonra var olarak onun namına teşriî fonksiyonunu yapan bir uzuvdur. Herhalde, Devlete bu uzvun şahsiyet verdiğini söylemek abes olur. Devlet varlık itibarıyla tekaddüm ettiği bir uzvun iradesiyle şahsiyet sahibi olmamıştır; kendi eserinden mevcudiyet iktisap ettiğini söylemek de mantıklı olmaz» [Bk. op. cit., s. 99].

Sayın Profesör *Hüseyin Nail Kubalı* da farazi şahsiyet teorisi hakkında şu neticeye varmaktadırlar: «Farazilik teorisine tevcih edilen tenkitlerden bizce mühim olanı bu teorinin Devletin hükmi şahsiyetini izah edemeyeceğidir. Farazilik teorisinin iddia ettiği gibi, hükmi şahsiyetin kanun koyucunun iradesi mahsulü olduğunu bir an için kabul elsek bile bu takdirde ancak Devletten gayri hükmi şahısların mahiyeti izah edilebilir. Devletin şahsiyetini izah imkânsızdır. Çünkü, Devleti yaratan, ona hâkimiyet hakkını ve binnetice şahsiyetini veren kanun değildir. Biliyoruz ki, Devlet kendiliğinden meydana gelen bir sosyal vâkiadır. Şahsiyeti bizzat mevcudiyetinde mündemiçtir. Bilâkis kanunun mevcudiyeti için daha evvel Devlet şahsiyetinin varlığı lâzımdır. Kanun ancak Devletin salâhiyetlerini tanzim ve tahdit edebilir. Bu teorinin en meşhur taraftarlarından Savigny bu itirazdan kaçınmak için Devletle diğer teşekküller arasında bir tefrik yaparak Devlet için «*zarurî bir hükmi şahıs*» demekle ise de, hükmi şahsın kanundan gayri bir sebeple doğabileceğini kabul etmek farazilik teorisini temelden baltalamak demektir.»

«Hülâsa, farazilik teorisi basta Devlet olmak üzere, hükmi şahıslardan hiç birinin mahiyetini izaha muktedir değildir. Bunu anlamak için tarihe, vâkialara göz atmak kâfidir. Tarih ve vâkialar bize gösteriyor ki, hükmi şahıslardan bir çoğu kanun koyucunun iradesine rağmen teşekkül etmektedir. Zira âmme hukuku ve

haddi zatında mevcut olan şahsiyeti teyit etmiş, onu bir usul ve nizama bağlamıştır. Kanun vâzının oynadığı ve oynıyabileceği rol ancak budur. Devletin, müstakil varlığını, şahsiyetini, kendisi tarafından yapılan bu tarzda bir teşriî tasarrufla ihraz ve iktisap eylediğini söylemek mümkün değildir¹¹¹.

§ 4. Kollektif mülkiyet teorisinin tenkidi.

Devletin mânevî şahsiyeti hakkında ileri sürülen kollektif mülkiyet teorisi de, muhtelif cephelerden tenkit olunmuştur. Hususiyle mânevî şahsiyet meselesinin nihayet bir patrimovanın idaresine müncer olacak kadar basit bir problem olarak karşılanması, mânevî şahsiyetin bunu teşkil eyliyen fertlerin menfaatleri gayesine tahsis olunmuş bir mal varlığı olarak kabulü ve bunun üzerinde mevcudiyeti iddia edilen kollektif mülkiyetle izahı, mânevî şahsiyetin bu tarzda bir mal varlığına ve bununla ilgili bir kollektif mülkiyete istinat ettirilmesi, bütün bunların neticesi olarak böyle bir noktai nazarın Devleti de basit bir mal ortaklığına münker kılması keyfiyeti, gerek hususî hukuk ve gerekse âmme hukuku sahalarında bir çok hukukçuların muhalefetiyle karşılaşmıştır. Umumiyetle mânevî şahısların mahiyetini izah bakımından hususî hukuk sahasında Ambroise Colin, Henri Capitant¹¹² ve âmme hukukunu

hususî hukuk mükml şahısları bir cemiyetin siyasi, ictimal, iktisadi ihtiyaçlarının zaruri tezahürleridir. Kanun koyucu onları bir müddet tanıyamaz. Fakat hakiki bir ihtiyacı karşılamakta iseler kendilerini ergeç kabul ettireceklerdir. Kanun koyucunun yapabileceği, hükmi şahsiyetin iktisabını bazı kayıt ve şartlara tâbi tutmak, hükmi şahısların salâhiyetlerini tayin ve tanzim etmektir» [Bk. op. cit., s. 179].

Sayın Profesör Ferit H. Saymen de yukarıdaki mütalâalara uygun mülâhazalar serdetmekte ve bu hususta şunları söylemektedirler: «Nazariyenin gayri kâfi oluşu âmme hukuku bakımından da ileri sürüldü ve denildi ki: Değil mi ki hükmi şahsiyeti kanun vâzı topluluklara tanıyor ve bu tanıma haricinde hiç bir hükmi şahıs mevcut olamıyor, hükmi bir şahıs olduğu inkâr edilemeyen Devlete acaba bu sıfatı kim vermiştir? Hiç şüphesiz kanun vâzı değil, çünkü kanun vâzı Devletin içinden doğmuş olan ve bir Devlet fonksiyonunu gören bir uzuvdur. Uzun bünyeyi yarattığı iddia edilebilir mi?» [Bk. Medeni Hukukumuzda hükmi şahıslar, s. 36].

111) Bk. Marcel de la Bigne de Villeneuve, op. cit., s. I, s. 589 - 590.

112) Bk. Capitant (H.), Introduction à l'étude du droit civil, s. 170 ve müt. Colin (A.) et Capitant (H.), Droit civil, s. I., 1923, s. 664.

İlgilendiren hususlarda da Michoud¹¹³, Carré de Malberg¹¹⁴ ve Duguit¹¹⁵ gibi hukukçular, bu tarzda bir teoriye itiraz eylemişlerdir.

Kollektif mülkiyet teorisine karşı âmme hukuku bakımından yapılan tenkitlerin en başında, Devletin mânevî şahsiyeti lehindeki doktrinlere karşı serdedilen bu tarzda bir telâkinin realitelere tetabuk etmiyen bir noktaî nazar olarak itham edilmesi keyfiyeti gelmektedir. Mânevî şahsiyeti hakikatte kollektif mülkiyetin bir tezahürü olarak kabul eyliyen, Devletin bir şahıs olarak gözükmemesini nihayet o Devletin beşerî unsuruna dahil fertlerin kâffesinin muayyen bazı hususlar üzerinde müşterek hak ve menfaatlerinin bolunuşundan, muayyen bazı mallara kollektif bir tarzda sahip bulunmalarından ileri geldiğini müdafaa eden, Devletin bir şahıs olarak gözükmemesini mevzuubahs kollektif hak ve menfaatlerin mümkün kıldığını söyleyen kollektif mülkiyet teorisi, realiteler tarafından tekzip edilecek bir takım yanlış esaslara istinat ettirilmiş olmaktadır. Zira, realiteler nazarı itibara alındığı zaman, muayyen bazı mallar üzerinde temas ettiğimiz kollektif hak ve menfaatlerin, yalnız bunların taallük ettikleri câmianın fertleri için mevzuubahs olabildiklerini söylemek imkânsız bulunmaktadır. Bu câmiaya dahil bulunmayan fertlerin de, mevzuubahs kollektif hak ve menfaatlerin taallük ettikleri şeylerden bazı hallerde faydalanabildikleri müşahede edilmektedir¹¹⁶. Onun için, Devletin, mezkûr kollektif hak ve menfaatlerden dolayı bir şahıs olarak gözüktüğünü söylemek imkânsızdır. Devletin şahsiyeti meselesini sadece bir kollektif hak ve menfaat, bir kollektif mülkiyet meselesi olarak mülâhaza etmekte ve onu bu şekilde izaha çalışmakta isabet

113) Bk. *Michoud*, op. cit., c. I, s. 62 ve müt.

114) Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 18 ve müt.

115) Bk. *Duguit (L.)*, *Traité de droit Constitutionnel*, c. II, s. 36, 37, 68, 348, 349.

116) Kollektif mülkiyet teorisinin ne hususî hukuk ve ne de âmme hukuku hükmi şahıslarını izah edemediğini söyleyen sayın Profesör *Abdülhak Kemal Yörük*, mezkûr teorisinin realitelere uymayan bünyesini şu şekilde tebarüz ettirmektedirler: «âmme hukukuna gelince, kollektif mülkiyet bu sahada bir şey ifade etmez. Devletin, vilâyetin, belediyenin mallarından istifade edenler yalnız yurttaşlar, vilâyet ve belediye halkı değildir. Yabancılar, yeri olmayan diğer yurttaşlar da istifade eder. Bunların istifadesine manî olmak kimsenin aklından geçmez. İnsanların müşterek ve umumî ihtiyaçları için bir araya getirdikleri mallar üzerinde hususî hukuk hükmi şahıslarında ilgililerin mutlak ve inhisarî istifadesi temin edilebilir. Fakat umumî bir bahçeden, bir müzeden, bir yoldan ve köprüden herkes faydalanır» [Bk. op. cit., s. 103].

-yoktur. Devleti yalnız bir kollektif mülkiyetten ibaret görmek, Devleti onu teşkil eyliyen fertlerin heyeti umumiyesine ait kollektif mahiyetteki hak ve menfaatlerin bir yekûnu şeklinde mülâhaza etmek, onu Devleti vücade getiren fertlerin müşterek malik oldukları bir mal yığını olarak kabul eylemek, doğru değildir. Devlet bu kadar basit bir vâkıa olmadığı gibi, onun şahsiyetini izah hususunda ileri sürülen bu nevi mülâhazalar da realitelere uygun düşmemektedir¹¹⁷.

Berthélemy'nin, Devletin şahsiyeti hakkında, idare edenler tarafından yapılan tasarrufların mahiyetine göre ileri sürdüğü mülâhazalar da, hususiyle Duguít ve Carré de Malberg gibi hukukçuların müşterek tenkitlerine maruz kalmıştır. Bu hukukçular, hâkimiyet tasarruflarının vücade getirilişinde Devletin şahsiyetinin ademî mevcudiyeti, temşiyet tasarruflarının vücade getirilişinde Devletin şahsiyetinin mevcudiyeti keyfiyetini, anlaşılması imkânsız bir problem olarak mülâhaza etmişlerdir. Bunlara göre, Devlet ya bir şahıstır veya değildir. Eğer Devlet bir şahıs ise, o daima ve her türlü hususlarda bu şahıs olma vasfını muhafaza eylemektedir. Eğer bir şahıs değilse, hiç bir zaman ve hiç bir halde şahıs değildir. Tasarrufların mahiyetine göre Devletin bazan bir şahıs olması ve bazan da bir şahıs telâkki edilmemesi şeklinde yapılan bir tasnifin makul ve mantıkî olduğunu söylemeye imkân yoktur. Şahsiyet bölünmesi mümkün olan bir şey değildir. Devletin bazı faaliyetlerinde bir şahıs olması ve bazı faaliyetlerinde de bu vasfını kaybetmesi gibi bir ihtimalin mevcudiyetinden bahsedilemez¹¹⁸.

117) Kollektif mülkiyet teorisinin aksak taraflarını nazarı itibara alan değerli hukukçularımızın da bu doktrini kabule şayan görmediklerini müşahede etmekteyiz. Nitekim Sayın Ordinaryüs Profesör *Hıfzı Veldet*, mezkûr teorisinin hükmi şahısların gerçek durumunu izah edemediğini, bir hükmi şahıs olan Devleti bütün vatandaşların memleket üzerindeki müşterek mülkiyetli düşüncesine bağlamanın mümkün olmadığını [Bk. op. cit., c.I, s. 226]; sayın Profesör *Hüseyin Nail Kuban*, kollektif mülkiyet teorisinin Devletin hükmi şahsiyetini izah edemeyeceğini tabii gördüğünü [Bk. op. cit., s. 204-207]; sayın Profesör *Ferit H. Saymen*, bu teorisin fertlere kollektif mallar üzerinde tanıdığı mülkiyet hakkının lâfzi bir hak olduğunu, bu nokta nazarin Devleti vatandaşların müştereken malik oldukları bir mal yığınına müncer kıldığını ve böyle bir tarifi kimsenin kabul edemeyeceğini [Bk. *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar*, s. 38-39] tebarüz ettirmişlerdir.

118) Bk. *Duguít (L.)*, op. cit. c. II, 36, 37, 68, 348, 349; *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 18 ve müt. Aynı husus hakkında keza bk. *Hüseyin Nail Kuban*, op. cit., s. 207.

§ 5. Realist doktrinin tenkidi.

İster hukukî, ister hakikî, ister farazî olsun, Devletin şahsiyetini hiç bir şekilde kabule yanaşmayan, Devletin şahsiyeti mefhumunu tamamen yıkmağa çalışan realist teori de önemli tenkitlere maruz kalmıştır¹¹⁹. Her şeyden evvel, Devlette yalnız hükümet edenlerle edilenleri muhtevi bir insan yığını mahiyetini gören bu teorinin, maddî realitelere uygun hareket etmek gayesiyle hukukî realiteleri inkâra kadar gittiği ve bunun doğru olmadığı mütalâası serdedilmiştir. Maddî realitelerle hukukî realiteleri, maddî varlıkla hukukî varlığı, fizikî şahsiyetle hukukî şahsiyeti birbirine karıştırmamak lâzımdır. Fizikî âlemde Devlet şahsı diye bir şeyin mevcut olmadığı, bu âlemde yalnız maddî varlıkların yer aldığı doğrudur. Fakat, Devletin, hukuk âlemi için bir varlık, bir hukukî mevcudiyet, hukukî mücerret bir realite olduğu inkâr edilemez. Devlet için bazı hak, salâhiyet ve mükellefiyetler, bir hukukî ehliyet, hakikî şahıslar gibi hem haklardan istifade ve hem de onları istimal ehliyeti mevzuubahs bulunmaktadır. Devlet, hem pasif ve hem de aktif bir hukuk süjesidir.

Hattâ, Devletin hukukî varlığının, hukukî şahsiyetinin mücerret bir realite olması keyfiyetinin, fizikî varlıkların hukukî varlık ve şahsiyetleri için de vârid bulunduğunu nazarı dikkate almak lâzımdır. Devletin şahsiyeti mefhumunda olduğu kadar insan şahsiyeti diye ifade edilen hukukî mefhumda da mücerret bir fikir olma mahiyeti mevcuttur; her ikisinde de aynı derecede bir mücerret olma vasfı hâkim bulunmaktadır. Fizikî varlıkların hukukî mevcudiyetleri, şahsiyetleri, onların maddî varlıklarından müstakil olarak kendini tezahür ettirmekte ve bu keyfiyet, tarihin muhtelif devirlerinde, muhtelif topluluklarda, birer hukuk süjesi olarak insanlar arasında gözetilen farklarla, bunlardan bazılarının hukukî şahsiyetten mahrum edilmiş olmalarıyla de, teyyüt etmektedir. Bunun için, Devlet iradesi diye bir şeyin mevzuubahs olmaması hasebiyle Devletin bir hak sahibi, bir şahıs telâkki olunamayacağı tarzında realist teori tarafından ileri sürülen mütalâada bir isabet yoktur. Devlet şahsiyetinin esasını, temelini, onun, fert gibi kendine has bir ira-

119) Bk. *Esmeyn*, *Eléments de droit constitutionnel*, beşinci tabı, s. 31 ve müt., s. 34 ve müt.; *Hauriou (M.)*, *Principes de droit public*, s. 98 ve müt.; *Michoud*, *Théorie de la personnalité morale*, c. I, s. 44 ve müt., c. II, s. 47 ve müt., s. 70 ve müt.; *Jellinek (G.)*, *op. cit.*, c. I, s. 244; *Laband (P.)*, *Le droit public de l'Empire Allemand*, Paris 1900, c. I, s. 158 ve müt.; *Carré de Malberg*, *op. cit.*, c. 1, s. 21; *Hüseyin Nail Kubalı*, *op. cit.*, s. 210 - 211.

deye malik oluşunda aramak doğru değildir. Nasıl, fertler, hakikî şahıslar için iradenin yokluğu veya sakatlığı onların hukukî şahsiyet olmalarına bir mani teşkil etmiyorsa; nasıl, meselâ, iradeden mahrum bulunan gayri mümeyyizler ve hattâ ceninler, iradeleri sakat olan mahcurlar ve mümeyyiz küçükler, iradeden veya iradelerini kullanabilmekten mahrum buldukları halde, sırf hukuk tarafından himayesi gereken bir takım menfaatlere sahip bulunmaları dolayısıyla hukukan birer şahıs addediliyor, bunlara hukukî nizam tarafından birer şahıs nazariyle bakılıyor ve irade bakımından mevcut olan mahrumiyet ve ârizaya rağmen birer hukukî şahsiyete sahip telâkki ediliyorlarsa; aynı keyfiyetin Devlet için de varit bulunduğunu kabulde hiç bir mahzur yoktur. Devletin kendine has bir iradeye malik bulunmaması, onun bir hukukî şahsiyet olmasına engel teşkil eylemez. Devletin de, ona dahil fertlerin menfaatlerinden tamamen ayrı kendine has bir takım menfaatleri vardır; bu menfaatlerin de hukukan himaye edilmesi gerekmekte ve bütün bunlar Devletin de bir hukukî şahsiyete sahip olmasını icap ettirmektedir.

IV

DEVLETİN ŞAHSİYETİ HAKKINDA VARILAN NETİCELER

Devletin şahsiyeti hakkında ileri sürülen muhtelif doktrinlere ve bunlar hakkında yapılan tenkitlere temas ettikten sonra, bütün bu doktrinal faaliyeti ve sosyal realiteleri, tarihî vâkıaları nazara alarak bu hususta varılabilmesini mümkün gördüğümüz neticeleri de tesbit eylemek lâzımdır. Acaba, doktrin sahasında kendisini gösteren bu mebzul çalışmalardan, sosyal realiteler ve tarihî vâkıalar da gözönünde bulundurulmak suretiyle ne gibi neticeler çıkarmak, Devletin şahsiyeti hakkında ne gibi bir hüküm vermek lâzımdır? Başka bir ifade ile, bu mebzul doktrinal faaliyetin ve sosyal realitelerin, tarihî vâkıaların, bizi ulaştırabileceği neticeler nelerdir? Bugün «Devlet» dediğimiz içtimai, siyasi ve hukukî teşekkülün bünyesi, mahiyeti, faaliyeti, teşkilâtı, hak ve salâhiyetleri nazara alındığı takdirde, Devlet için mevcudiyetinden bahsedilen veya mevcudiyeti inkâr edilen şahsiyet meselesini ne gibi bir hal şekline bağlamak mümkündür? İşte, şimdi, sırasıyla, vazettiğimiz bu muhtelif soruları cevaplandırmağa çalışacağız.

§ 1. Devletin mânevî bir şahıs oluşu.

Bugün Devlet dendiği zaman, her şeyden evvel hatırıma gelen, onun, fizikî, tabii varlıklar meyanında yer alan insanların, fizikî veya

hakikî şahıslar dediğimiz kimselerin bir araya gelmelerinden teşekkül etmiş olmasıdır. Başka bir ifade, bugün Devlet dendiği zaman, bizim için, her şeyden evvel, bir fizikî, tabii, hakikî şahıslar topluluğu bahis mevzuu olmaktadır. Devlet de, bütün kollektif teşekküller gibi, birer tabii varlık olan insanlardan, fizikî şahıslardan tereküp etmektedir. Fizikî şahıslar olmadan Devletin vücut bulmasına imkân yoktur. Fakat, bugün Devlet dendiği zaman, onu yalnız bir tabii varlıklar câması, bir fizikî şahıslar yığını olarak mülâhaza etmemiz de mümkün değildir. Bu topluluğa dahil tabii varlıklar, fizikî şahıslar arasında sıkı bir yaklaşma, bir kaynaşma, bir imtizaç, bir birleşme mevcuttur. Gerek mezkûr topluluğa dahil fizikî şahıslar ve gerekse bunların vücut getirdikleri ve Devlete nazaran tâli mahiyette olan muhtelif birlikler arasında, bunların heyeti umumiyesinden müteşekkil ve fakat kendisini teşkil eyliyen unsurlardan ayrı ve müstakil, tamamen kendine has hayatiyete malik yeni bir varlığın husulünü mümkün kılacak şekilde bir kaynaşma ve bu kaynaşmanın ifade eylediği bir vahdet, bir birlik mevzuubahs olmaktadır.

Devleti teşkil eyliyen fizikî şahıslar arasında bu kadar sıkı bir yaklaşma ve imtizacın vukuunu mümkün kılan, tabii ve sosyolojik, objektif ve sübjektif muhtelif âmiller mevcuttur. Keza, biraz evvel temas ettiğimiz topluluğu teşkil eyliyen fizikî şahıslar ve bunların teşkil eyledikleri tâli mahiyetteki birlikler arasında, yukarıda zikrelediğimiz âmillerin tesiri altında filizlenen, gelişen, daimî ve müşterek bir menfaatin, hem maddî ve hem mânevî diyebileceğimiz üstün bir kollektif menfaatin vücut bulmasıyla mevzuubahs imtizaç ve kaynaşma daha müessir bir mahiyet almaktadır. Bu tarzda maddî ve mânevî bir kollektif menfaatin topluluğa dahil tabii varlıklar ve onların teşkil eyledikleri birlikler tarafından his ve idraki, onlar arasında tesanüt ve bağlılık râbitalarının daha fazla kuvvetlenmesini mucip olmaktadır. Bundan başka, topluluğa dahil fizikî varlıklar arasında kendisini gösteren mevzuubahs şü-müllü bir menfaat iştiraki, onlar tarafından bazı müşterek gayelerin takibini zarurî kılacak bir durum yaratmaktan da hâli kalmamaktadır. İşte, temas ettiğimiz bu muhtelif âmillerin bir sonucu olmaktadır ki, topluluğu teşkil eyliyen fizikî şahısların birbirlerine yaklaşımlarından, birleşmelerinden, imtizacından, kaynaşmalarından, onlardan ayrı ve müstakil, kendine has hayatiyete malik olan ve kendisini terkip eyliyen tabii varlıkların muayyen bir zaman içindeki şahıs ve mevcudiyetleriyle kaim bulunmayan yeni bir varlık kendisini göstermiş bulunmaktadır¹²⁰.

120) Bk. *Jellinek (G.)*, op. cit., c. I, s. 288 ve müt.; *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 31; *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 528 ve müt.

Şu halde, Devlet, her şeyden evvel, tabii ve sosyolojik, objektif ve sübjektif âmillerin tesiri altında ve hususiyle menfaat ve gaye iştiraki neticesi, bir çok tabii varlıkların, fizikî şahısların bir araya gelmeleriyle kendisini gösteren bir insan birliğinden ibaret bulunmakta ve bu birliğe dahil fertlerin bir araya gelmeleri keyfiyeti de, tamamen onların şuurlarına dayanan, onların şuurlarıyla vukubulan bir mahiyet arzettir. Bu birliğe dahil fizikî varlıklar tarafından, biraz evvel temas ettiğimiz âmillerin tesiri ve hususiyle menfaat ve gaye iştiraki neticesi, bunların birleşmeleri, onların kâffesini ihata eyliyen yeni kollektif bir birliğin tesisi hususunda izhar olunmuş bir arzu mevcuttur ve bu arzu, mezkûr fizikî varlıkların, bunların müşterek bir gaye etrafında birleşmeleri ve onların hepsini ihata eylemek üzere yeni kollektif bir birliğin tesisi hususunda haiz buldukları şuuru ifade etmektedir¹²¹.

Devleti teşkil eyliyen tabii varlıklar, fizikî şahıslar ve bunlardan müteşekkil tâli topluluklar arasında, kendilerinden ayrı ve müstakil, tamamen kendine has hayatiyete malik yeni bir varlığın husulünü mümkün kılacak şekilde vukua gelen birleşme ve bunun ifade ettiği vahdet ve birlik, bütün bunların tahakkukundan sonra da kendi önemlerini muhafaza ve idame ettirmektedirler. Bahis mevzuu vahdet ve birlik, bunu mümkün kılan âmillerin yine kendi tesirlerini icraya devam eylemelerinin ve hususiyle fizikî şahısların ferdî menfaatlerinin de tatmiminine yarayacak olan kollektif menfaatten, âmme menfaatinden faydalanma imkânlarının icaplarını yerine getirmeğe ve onları müdafaaya çalışmanın neticesi olarak, zamanla daha fazla kuvvetlenme, daha fazla müessir bir mahiyet kazanma imkânını bulmaktadır.

Bundan başka, Devleti teşkil eyliyen fizikî varlıkların temas ettiğimiz âmillerin tesiri altında doğumunu mümkün kıldıkları mezkûr yeni varlık için, kendisini vücade getiren fizikî şahıslardan ayrı ve onlardan müstakil olan mevcudiyetini, yine onlardan ayrı ve müstakil olarak idame ettirmek gibi bir durum da kendisini göstermektedir. Temas ettiğimiz yeni varlığı vücade getiren fizikî şahıslar oldukları halde, bu yeni varlığın doğumundan sonra, bununla onu teşkil eyliyen fizikî şahısların aynı şey olmamaları gibi bir vaziyet mevzuubahs olmaktadır. Nitekim, fizikî şahıslar münferiden nazarı itibara alındıkları takdirde bunlarda daimî bir değişiklik vukua geldiği, nesiller daimî surette birbirlerini takip eyledikleri halde, bu fizikî şahısların kendilerinden ayrı ve müstakil olarak vücade getirdikleri yeni varlık, bu değişikliklerle mukayyet ve

121) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 604.

onlardan müteessir olmaksızın, kendi mevcudiyetini idame imkânını haiz bulunmaktadır. Şu halde, fizikî şahısların vücade getirdikleri bu yeni varlık için, kendisini teşkil eyliyen tabii varlıkların mevcudiyetlerinden tamamen ayrı olarak kendi varlığını idame ettirebilmek gibi bir hususiyetin mevcudiyetine şahit olmaktayız. Başka bir ifade ile, tabii varlıkların birleşmeleri, kaynaşmaları, imtizaciyle husule gelen mezkûr yeni varlığın kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslardan ayrı ve müstakil olarak haiz bulunduğu hayatiyette, tabii varlıklardan tamamen ayrı, kendine has bir devam ve istimrar hassası mevcut bulunmaktadır.

Kezâ, tabii varlıkların birleşmelerinden, kaynaşmalarından husule gelen bu yeni varlığın, kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslardan ayrı bir hayatiyete malik olması keyfiyetinin yanında, onda, kendisini vücade getiren tabii varlıklardan ve bunların ferdî faaliyet ve gayelerinden ayrı devam edip giden, müstemir ve daimî olan bir çok olayların mevcudiyetini, onun da kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslar gibi bir faaliyet ve salâhiyet merkezi olmak vasfına malik bulunduğunu, onun da kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslardan ayrı ve hattâ bir bakımdan onlara üstün bir hak sahibi olduğunu, onun da fizikî şahıslar gibi hak ve borçlara ehil olabildiğini, onun da bir hukukî ehliyete sahip ve kendine has haklarının yine kendi organları tarafından istimalini mümkün kılacak bir ehliyete malik olduğunu müşahede etmekte ve bütün bu hususları teyit edecek, tezahür ettirecek bir çok olayların mevcudiyetiyle karşılaşmakta ve bütün bu olaylar da, netice itibariyle, bir sosyal realite, bir pozitif vâkıa olduğu şüphesiz bulunan bu yeni ve müstakil varlığın mevcudiyetini bizlere hissettirecek bir durum yaratmaktadırlar¹²².

İşte, müşterek bir menfaat ve gaye etrafında toplanan ve tek bir bütün teşkil edecek surette birbirleriyle kaynaşan tabii varlıkların doğumuna sebebiyet verdikleri bu yeni varlık, yukarıda tebarüz ettirdiğimiz hususiyetleri dolayısıyla, bizlere, kendisini vücade getiren fizikî şahıslardan ayrı, müstakil bir hak sahibi, bir hukuk sūjesi, bir şahıs olarak gözükmeğe. Yalnız, bu hak sahibinin, bu şahsın, gayri maddî oluşu, kendisinin, bir mânevî realite, bir mânevî varlık, bir mânevî şahıs diye isimlendirilmesini mucip olmaktadır¹²³. Bugün Devlet dediğimiz bu mâ-

122) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 604; *Jean Dobin*, op. cit., s. 102 - 103.

123) Müşahedelerimizle, bir salâhiyet ve faaliyet merkezinin, suur, irade, idrak gibi insan dediğimiz varlığa has vasıflardan mahrum bir gayri maddî varlığın mevcudiyetli neticesine varmak mümkündür ve bunu, onun kendine has bu hususi-

nevî varlığı, bu mânevî şahsı meydana getiren, onun mevcudiyetini idame ettiren, müşterek bir menfaat ve gaye etrafında toplanmış olan tabii varlıklar, fizikî veya hakikî dediğimiz şahıslardır.

O halde, Devletin, müstakil bir madde halinde mevzuubahs olamasına, kendine has bir maddî varlığı bulunmamasına, bizatihi mevcudiyeti haiz bir maddî varlık olamamasına rağmen, kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslardan ayrı bir sosyal realite, bir pozitif vâkıa olduğu neticesine varmış bulunmaktayız. Yalnız, biraz evvel de işaret olunduğu gibi, burada, fizikî ve maddî bir realite değil, gayri maddî, görülmiyen, el ile tutulması mümkün olmıyan, mânevî, psikolojik, mevcudiyeti ancak beşerî münasebetler âleminde aranması gereken¹²⁴, bir realite behis mevzuu olmaktadır¹²⁵. Devlet, keza, fizikî şahıslar için bahis mevzuu olabilecek önemli hususiyetlerden, meselâ, akıl, zekâ, şuur, irade gibi bir takım melekelerden bizatihi mahrum telâkki edilse ve hattâ bir an için kollektif şuur ve irade, millî şuur ve irade, Devlet şuur ve iradesi gibi mefhumların hiç bir realiteye tekabül etmedikleri kabul olursa bile, buna rağmen, onun, gerek kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslara ve gerekse diğer Devletlere karşı bir hak sahibi, bir şahıs ve şahsiyet olarak kabul edilmesini mümkün kılacak vasıflara malik olduğunu inkâr da imkânsız bulunmaktadır. Bu hüsusta, bazı hukukçuların yaptıkları gibi, ancak doğrudan doğruya şuur ve irade sahibi olanlar için hak sahibi olma ve

yeti dolayısıyla mânevî varlık, mânevî şahıs gibi terimlerle adlandırmaktan gayri makul ve gayri mantıklı bir cihet de yoktur [Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 606].

124) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 606.

125) *De Villeneuve* diyor ki, Devlet, kısmı azamî itibarıyla tabii bir realitedir. Fakat, Devlette, aynı zamanda, realite olmak bakımından bir sun'îlik de bahis mevzuu olmaktadır. Zira, Devlette, aynı zamanda, insanın fikri ve iradî faaliyetinin neticesi olmak gibi bir vasfın mevcudiyeti müşahede edilmektedir. Devlet öyle bir realitedir ki, ona vukuf, zihni faaliyetimizi yalnız tabiat üzerinde teksifle değil, onun kendine has vasıflarını, onun kendine has alâmetlerini tetkik ve mütalâa ile mümkündür. Devlet öyle bir realitedir ki, biz onun esasına, cevherine, onun hayati nüvesine vâkıf değiliz. Ona ve onun hayatına vukufumuz, ancak, onun tarafımızdan his ve idrakî mümkün ayrı bir sosyal menfaatin mevcudiyeti, sosyal menfaati koruyan, tâli otoriteleri umumun menfaat ve hayrına müteveccih kılan üstün bir iktidarın mevcudiyeti, bu üstün iktidarın hemen hemen gayri muayyen denecek derecede uzun bir müddet temadisi, Devlet birliğiyle bu birliği nüfuzu altında tutan iktidar arasında daimî bir ayniyetin mevcudiyeti gibi bir takım tezahürleriyle mümkün olabilmektedir [Bk. op. cit., c. I, s. 606].

şahıs, şahsiyet gibi vasıfların mümkün görülmesi doğru değildir. Bu gibi vasıfların mevcudiyetinden bahsedebilmek için, topluluğun varlık ve hayatîyetini temsil eyliyen ve tamamen ona has bir menfaat ve gaye etrafında, akıl, zekâ, şuur ve irade gibi vasıflara malik tabii varlıkların, fiziki şahısların birleşmeleri, taazzuvlaşmaları, onların tek bir kollektivite halinde kendilerinden ayrı ve müstakil bir varlık meydana getirmiş olmaları kâfi görülmelidir. Bir tabii varlıklar sentezi, bir fiziki şahıslar terkibi diye ifade edebileceğimiz bu varlığın aynen bir hakiki şahıs gibi tamamen kendine has bir iradeye malik bulunmadığı şeklinde ileri sürülen itirazlara bir an için kıymet verilse bile, bütün bunların yanında, mezkûr varlığın emrinde, kendisinin vücut bulmasında âmil olan gayenin tahakkukuna hizmet edecek, akıl, şuur, idrak, irade sahibi fiziki şahısların mevcudiyetini ve Devletin organları, onun zarurî unsurları ve uzuvları olan ve Devletin kendine has hak ve salâhiyetlerinin istimalini mümkün kılan bu hakiki şahısların ferdi iradelerinin¹²⁶, takip edilecek menfaat ve tahakkuk ettirilecek gayenin ne olduğunu ve bu takip ve tahakkuku mümkün kılabilmek için bu hususta kullanılacak vasıtaların, güdülecek hareket tarzının nelerden ibaret bulunduğunu bildiklerini unutmamak icap eder¹²⁷.

Yalnız, bütün bu mülâhazalarımızla, Devlet dediğimiz mânevî varlık için bahis mevzuu olan şahsiyetle, insan dediğimiz tabii varlıkların şahsiyeti arasında hiç bir ayrılık bulunmadığı, her ikisinin de yekdiğerinin

126) Mezkûr hakiki şahısların iradeleri bakımından bir noktayı tebarüz ettirmekliğimiz lâzımdır; bu nokta da, mevzuubahs iradelerde, taallük ettikleri faaliyet sahaları bakımından bir ikiliğin mevcudiyetini, onlarda bu bakımdan yekdiğerinden ayrı iki cephenin bulunduğunu nazarı dikkate almak keyfiyettir. Bu hakiki şahıslar, bir taraftan kendilerine müteallik, ve diğer taraftan da Devlet dediğimiz mânevî varlığa muzaf olmak üzere, onun gayesinin tahakkukuyla ilgili hususlarda iradelerini izhar etmektedirler. İste, bunlardan ikinci kategoriye dahil, hususlarda izhar olunan irade, onun Devlete aidiyetini ifade edebilmek için, umumiyetle «kollektif» kelimesiyle ifade edilmektedir.

127) Devlet için mevcudiyetinden bahseylediğimiz şahsiyetin tamamen mücerret bir mefhum olduğu yolunda ileri sürülen itirazları nazarı itibara alan bazı müellifler, mevzuubahs mücerret olma keyfiyetinin yalnız Devletin şahsiyeti için değil, aynı zamanda insan şahsiyeti için de var olduğunu ve her iki şahsiyette de, her ikisinin de realitelere, vâkıalara tekabül eden mefhumlar oldukları inkâr edilmemekle beraber, aynı derecede mücerret olma vasfının hâkim bulunduğunu tebarüz ettirmişlerdir [Bk. *Esmelin*, *Eléments de droit constitutionnel*, s. 34 - 35; *Michoud*, *op. cit.*, c. I, s. 47 - 48].

tamamen aynı oldukları gibi bir neticeye vardığımızı da iddia edebilecek durumda değiliz. Meselâ, hakların ihrazı bakımından bu iki nevi şahsiyet arasında önemli farkların mevcudiyetini inkâra imkân yoktur. Devlet dediğimiz mânevî varlık hakkında bahis mevzuu olan şahsiyet için, insan dediğimiz tabii varlıkların şahsiyetine nazaran, aynı hakları iktisap keyfiyetinin mevzuubahs olamadığı bir hakikattir. Tabii varlıkların bir fert, bir insan olarak, onların tabii bünyeleri, tabii varlıkları icabı haiz buldukları bazı hakların Devlet dediğimiz mânevî varlığın şahsiyeti için de mevzuubahs bulduklarını ve onun da aynı haklara sahip olabileceğini düşünmemize imkân görülememekte, bu nevi haklar ancak fizikî şahıslar için bahis mevzuu olabilmektedir. Meselâ, aile hukuku çerçevesi içinde yer alan haklar, ancak fizikî şahıslar için varit olabilmekte; Devlet dediğimiz mânevî varlık için mevzuubahs olan şahsiyet tarafından bu nevi hakların ihrazı düşünülememektedir. Fakat, Devlet dediğimiz mânevî varlık için mevzuubahs olan şahsiyetle fizikî varlıkların şahsiyeti arasında, meselâ hakların ihrazı bakımından müşahede edebildiğimiz mezkûr ayrılık, bir mânevî varlık olan Devlet için hiç bir şahsiyetin mevcudiyetinden bahsolunmamayı istilzam eylemez; bu tarzda bir fark, bir mânevî varlık olan Devletin, bünyesi icabı, bir mânevî şahıs olmasına mani teşkil etmez. Aralarında mevcut farklara rağmen, Devlet dediğimiz mânevî varlık için bahis mevzuu olan mânevî şahsiyet de fizikî şahıslar gibi bir realiteyi ifade etmekte; mezkûr mânevî varlık da bir hak sahibi olabilmekte; o da, kendisinin teşkil eylediği bütüne dahil ve onun bir parçası, bir cüz'ü, bir uzvu mesabesinde olan organlarının faaliyetiyle kendine has haklarını kullanabilmektedir¹²⁸.

Devlet dediğimiz mânevî varlık için bahis mevzuu olan mânevî şahsiyet hakkında bir noktayı daha tebarüz ettirmeliğimiz lâzımdır; o da, mevzuubahs mânevî şahsiyetin zuhuru ve hattâ tam ve mükemmeliyeti bakımından nazarı dikkate alınması gereken bazı hususların mevcut oluşudur. Gerçekten, her Devlette bir mânevî şahsiyetin mevcudiyetinden bahsedebilmek, her Devletin mânevî şahsiyet bakımından aynı derece ve seviyede olduğunu söylemek kabil değildir. Mevzuubahs mânevî şahsiyetin zuhuru ve onun tam ve mükemmeliyet derecesi, tatbik olunan hükûmet şekillerinin mahiyetine, bu hususta mevcudiyeti gereken bazı şartların tahakkukuna tâbi bulunmaktadır. Meselâ, Devleti teşkil eyleyen hakikî şahısların Devlet işlerinin görülmesinde, Devlete has vazife ve fonksiyonların ifasında tamamen pasif bir durumda kalmalarını müm-

128) Bk. *Jean Dabin*, op. cit., s. 105 - 106.

kün kılan mutlak monarşik sistemlerde, daha umumî bir ifade ile her şeyin tek bir ferdin şahsına izafe edildiği, her şeyin bu tek ferdin şahsına tâbi kılındığı, her şeyde onun aktif bulunduğu, her şeyin onun şahsı namına icra edildiği rejimlerde, Devletin mânevî şahsiyetinden bahse imkân yoktur. Bu gibi yerlerde, Devlet demek, tek bir ferdin fizikî varlığı, fizikî şahsiyeti demektir; Devletin mânevî şahsiyetinin yerine bu tek ferdin fizikî şahsiyeti kaim olmaktadır. Bu tek ferdin fizikî şahsiyeti dışında Devletin bir mânevî varlık oluşu; hattâ, onda, tek bir ferdin fizikî şahsiyeti dışında kendine has bir devam ve istimrar hassası mevcut değildir ve tarihi realiteler de bunun böyle olduğunu teyit etmektedir.

O halde, Devletin mânevî bir şahsiyet iktisap etmesi keyfiyeti, Devleti teşkil eyliyen hakikî şahısların, Devlet işlerinin rüyet ve tedvirine iştirak eylemeleriyle, Devlete has vazife ve fonksiyonların ifasında aktif bir rol oynamalarıyla mümkün olabilmektedir; mânevî şahsiyet ancak bu şartların tahakkukıyla kendisini gösterebilmektedir. Keza, mezkûr mânevî şahsiyetin tam ve mükemmeliyeti keyfiyeti de, temas ettiğimiz iştirak keyfiyetinin ve oynanacak aktif rolün, derecesine tâbi bulunmaktadır. Mevzubahs iştirak imkânı arttıkça, hakikî şahısların Devlet işlerindeki rolü genişledikçe, evvelce hükümdara, tek bir ferde, izafe edilen her şeyin bâdema Devleti teşkil eyliyen hakikî şahıslara, yâni, Devletin «âmme» dediğimiz beşerî unsuruna, kollektiviteye, ircaî mümkün olabildiği ve mezkûr unsura karşı o unsurun organlarını mesul kılacak bir teşkilâtlanma, bir taazzuvlaşma keyfiyetinin tahakkuk edebildiği nisbette, Devleti teşkil eyliyen fizikî varlıklar arasında mânevî birleşme ve iştirak de o derece kuvvetli olacak ve Devletin mânevî şahsiyeti de yine o nisbette bir mükemmeliyet arzedecektir¹²⁹. Bütün bunların tahakkukundan sonra, Devletin faaliyeti, vazife ve fonksiyonları, hak ve salâhiyetleri, tasarrufları, organları, artık tek bir ferde değil, Devleti teşkil eyliyen fizikî şahısların heyeti umumiyesine, onların vücude getirdikleri kollektiviteye tâbi kılınmış olmakta ve her şey, mezkûr kollektiviteyi çok şümüllü bir tarzda ihata eyliyen ve kendisini teşkil eden hakikî şahıslardan ayrı ve onlardan müstakil bir hayatiyete, bir varlığa ve bu varlığını idame imkânına malik bulunan Devletin mânevî şahsiyetine izafe olunmaktadır.

§ 2. Devletin aynı zamanda bir hukukî şahıs olması.

Devlet için mevcudiyetinden bahseyletiğimiz mânevî realite, mânevî şahıs gibi vasıfların yanında, aynı zamanda, Devletin bîzatikî kendi bün-

129) Bk. Jean Dabin, op. cit., s. 106.

yesi icabı, bir hukukî realite, bir hukukî şahıs olma gibi vasıfların da mevcut oluşuna ve mânevî realite ve hukukî realite, mânevî şahıs ve hukukî şahıs gibi vasıfların birlikte mevzuubahs bulunduğuna da temas etmek lâzımdır. Başka bir ifade ile, gerek Devlet mânevî şahsının ve gerekse Devleti teşkil eyliyen fizikî şahısların menfaatları iktizası, Devlet için mevcudiyetinden bahseylediğimiz mânevî şahsiyetin, ona doğrudan doğruya gerek kendini teşkil eyliyen fizikî şahıslar ve gerekse diğer mânevî şahıslarla hukukî tasarruflarda bulunmak, onlarla hukukî münasebetlere girişmek imkânını bahşedecek olan bir hukukî şahsiyete müncer olması, bir hukukî şekil alması gerektiğine de işaret eylemek icap eder. Hattâ, realiteleri nazarı itibara alarak, Devlet için mevzuubahs olan bu hukukî şahsiyetin, Devletin mânevî şahsiyetinin tam ve mükemmeliyeti hakkında ileri sürdüğümüz kriterlere tâbi olmadan, hususiyle hariçle olan münasebetleri bakımından, Devletlerin kâffesi için varit bulunduğunu; kabul ve tatbik olunan hükûmet şekilleri ne olursa olsun her Devlet için bir hukukî şahsiyetin mevzuubahs olduğunu tebarüz ettirmek gerekir¹³⁰.

Kollektif bir teşekkül olan ve mânevî şahsiyeti haiz bulunan Devletin aynı zamanda bir hukukî şahsiyeti olması demek, onun mezkûr şahsiyetinin hukukan da tanınmış olması demektir. Başka bir ifade ile, fizikî varlıkların şahsiyeti hukukan nasıl tanınmış veyahut hukuk bunların şahsiyetini nasıl tanımak mecburiyetinde kalmışsa, aynen bir mânevî varlık olan Devletin şahsiyetinin de hukukan tanınması, buna da bir hukukî şahıs nazariyle bakılması, onun da bir hukukî şahıs olarak kabulü gerekmektedir. Mânevî bir şahıs olan Devletin, bu şahsiyeti dolayısıyla hukukî bir mevcudiyete malikiyeti keyfiyetinin hukukan da tanınması, teyidi icap etmekte ve bunun böyle olmasını da realiteler zarurî kılmaktadır.

Yalnız, mânevî bir varlık olan Devletin şahsiyetinin hukukan tanınması, onun bir hukukî şahıs olarak kabulü keyfiyeti, hiç bir suretle, Devlet için, mevcudiyetini pozitif hukuka borçlu bir şahsiyetin mevzuubahs olabileceğini ifade etmez. Burada, şahsiyet bakımından, pozitif hukukun ihdas eylediği, yarattığı bir şey yoktur; bir realite olarak mevzuubahs olan şahsiyetin hukukan tanınması, mânevî şahsiyetin aynı zamanda bir hukukî şahsiyete münker olması gibi bir keyfiyet kendini göstermektedir. Başka bir ifade ile, Devletin hukukî şahsiyetine takaddüm eden mânevî şahsiyetle ilgili hususların pozitif hukuk tarafından

130) Bk. *Jean Dabin*, op. cit., s. 108.

teyidi, bunların muayyen esaslara bağlanması, mânevî şahsiyetin hukukî bir şekil alması gibi bir durum mevzuubahs olmaktadır.

Şu halde, kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslardan ayrı bir mânevî varlık ve şahsiyet olan Devlet için, aynı zamanda bir hukukî şahsiyet de¹³¹ mevzuubahs olmakta; Devlet dediğimiz mânevî varlık için mevcudiyetinden bahseylediğimiz mânevî şahsiyet, aynı zamanda, onu, gerek kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslarla ve gerekse hariçle hukukî münasebetlere girişmek, onu, gerek kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslarla ve gerekse hariçle hukukî tasarruflarda bulunmak imkânına hukukan da mazhar kılacak olan bir hukukî şahsiyete müncer olmaktadır. Başka bir ifade ile, Devlet için mevzuubahs olan mânevî şahsiyet, hukukan, kendi ifadesini, hukukî şahsiyette bulmaktadır. Nasıl fizikî varlıklar ve şahıslar için hukukta bir hukukî şahsiyet mevzuubahs oluyorsa, bu fizikî varlıkların ve şahısların bir araya gelmeleriyle meydana gelen Devletin mânevî varlığı için de, aynı zamanda hem bir mânevî şahsiyet ve hem de sırf onun bu mânevî varlık ve şahsiyetinin bir neticesi olarak, yine hukukan, bir hukukî şahsiyet bahis mevzuu olmaktadır. Aynen fizikî varlıklar ve şahıslar gibi Devletin mânevî varlığı ve şahsiyeti de bir realiteyi ifade etmekte; onun için de, aynen fizikî varlıklar ve şahıslar gibi bir hukukî şahsiyet, bir hukukî mevcudiyet mevzuubahs olmaktadır. Yalnız, biraz evvel de dediğimiz gibi, burada, hukuk tarafından yaratılmış, ihdas edilmiş bir şey yoktur; mevzuubahs olan cihet, sadece, mâne-

131) Bu keyfiyetin mânevî şahısların kâffesi için bahis mevzuu olduğu söylenemez. Meselâ, sosyal ilmin mânevî bir varlık, mânevî bir şahıs olarak kabul ettiği herhangi bir topluluğa, tamamen hukukî bazı mülahazalarla pozitif hukuk tarafından bir şahsiyet tanınmaması, bu topluluğun gayesi ve faaliyeti bakımından âmme menfaatine aykırılığı dolayısıyla hak sahibi olmak vasfından mahrum kılınması mümkündür. Bazan, bunun aksi de vârid olabilir; meselâ, ilmen şahsiyete mazhar kılınmamış olan bir topluluğa, vücade getirilen herhangi bir kanunla, pozitif hukuk tarafından, bir hukukî şahsiyet tanınabilir. Şu halde, sosyal ilmin kabul eylediği şahsiyetle hukukî şahsiyet arasında mânevî şahısların kâffesi için sıkı bir yakınlık görmek, her ikisinin de bütün mânevî şahıslar için muhakkak surette birlikte bahis mevzuu olabileceğini söylemek kabil değildir. Hatta, aynı durum, fizikî şahıslar için de vârid bulunmaktadır; meselâ, fizikî şahısların bir hukukî şahsiyete mazhar olabilmeleri ancak pozitif hukukun müdahalesine ihtiyaç göstermektedir. Keza, fizikî ve hukukî bir şahıs olan herhangi bir ferdin, meselâ ceza mahiyette olmak üzere, pozitif hukuk tarafından, bir hukukî şahıs olabilmek vasfından mahrum kılınabilmesi de mümkün bulunmaktadır.

vî bir şahıs olan Devletin, bu şahsiyeti dolayısıyla hukukî bir mevcudiyete malikiyeti keyfiyetinin hukukan tanınmış bulunmasıdır.

İşte bütün bu mülâhazalardan dolayıdır ki, Devlet için, biri sosyal mahiyette olan, sosyal bir müessese olan mânevî şahsiyet ve diğeri de, pozitif hukuk tarafından tanınan, teyit edilen¹³² ve hukukî bir müessese olan hukukî şahsiyet olmak üzere iki nevi şahsiyet kendisini göstermekte, Devlet için hem içtimaî ilmin ve hem de hukukun kabul ettiği bir şahsiyet bahis mevzuu olmaktadır¹³³.

132) Yalnız şu cihete bilhassa temas edelim ki, biraz evvel de söylediğimiz gibi, pozitif hukuk Devlete hukukî şahsiyet izafe etmekle, hakikatte bir şey yaratmış, ihdas eylemiş değildir. Pozitif hukukun buradaki rolü, mevcut bir vaziyeti, bir vâkiayı, bir fiilî durumu tanımaktan; gerek muhtelif Devletler ve gerekse bunların nüfuzları altında bulundurdukları kolektifitelere mensup fertler arasındaki münasebetleri daha iyi bir şekilde tanzim ve idare edebilmek için, haddi zatında mevcut olan bu vaziyete, bu fiilî duruma münasip bir vasıf, bir hukukî mahiyet bahşelemekten ibarettir [Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 614].

133) Başta Fransız hukukçularından *Michoud*'nun bulunduğu bir çok müellifler mânevî şahıs ve hukukî şahıs tâbirlerinin aynı mânâyı ifade ettiklerini, bunların aynı mânada kullanıldıklarını söylemiş bulunmalarına ve mânevî şahsiyet tâbirini hukukî şahsiyet mânasında kullanmış olmalarına rağmen, *Gierke*, *Hauriou (M)*, *Renard*, *de Villeneuve*, *Jean Dabin* gibi hukukçular bu iki mefhumu yekdiğerdinden tefrik ve Devlette biri mânevî ve diğeri hukukî olmak üzere iki nevi şahsiyetin mevcudiyetini kabul eylemektedirler. Nitekim, *Gierke*'ye göre, Devlette şahıs olma bakımından bir ikiliğin mevcudiyetini kabul eylemek lâzımdır; ona göre, Devlette biri kolektif, diğeri hukukî olmak üzere iki nevi şahsiyet vardır; bunlardan kolektif şahsiyet hukukî şahsiyete tekaddüm etmekte ve bu kolektif şahıs hukukî şahsın esasını, nüvesini, cevherini teşkil eylemektedir [Bk. *Jellinek (G.)*, op. cit., c. I, s. 264]. Mânevî şahsiyeti sosyal ve hukukî şahsiyeti de hukukî bir müessese olarak kabul eyllyen *Maurice Hauriou* da, daha evvelce de temas ettiğimiz gibi, Devlette şahıs bakımından ileri sürülen ikiliğe taraftar olmuştur. Ona göre, Devlet için, onun hukukî şahsiyeti altında, millet denilen objektif bir ferdiyet mevzuu-bahıs olmaktadır. Mezkûr objektif ferdiyet, hukukî şahsiyetin esasını, mesnedini teşkil eylemektedir. Devletin şahsiyeti için, millî câmiyanın hukukî teşkilâtından başka bir sosyal unsurun mevcudiyeti mevzuubahıs olmakta ve Devletin şahsiyeti bunları tazammun etmektedir [Bk. *Hauriou (M.)*, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, s. 205; *Précis de droit administratif*, 1927, s. 286; *Principes de droit public*, s. 109 ve müt]. Devlette biri mânevî ve diğeri hukukî olmak üzere iki nevi şahsiyetin mevcudiyetini kabul eyllyen, diğer müelliflerin noktaî nazarıları hakkında da bakınız:

§ 3. Kollektivitenin hukukî varlık ve şahsiyetiyle Devletin hukukî varlık ve şahsiyetinin intibak halinde bulunması.

Devlet dediğimiz mânevî varlık ve onun şahsiyeti hakkında ileri sürdüğümüz mülâhazaların ağırlık merkezini Devleti teşkil eyliyen fizikî varlıkların vücutte getirdikleri kollektivite teşkil eylemekte ve kollektivite ile Devlet arasında şahsiyet bakımından mevzuubahs münasebetler nazarı itibara alındığı takdirde, bu hususta, aralarında sıkı bir bağlılığın mevcudiyeti müşahede edilmektedir. O halde, aydınlatılması gereken bir nokta vardır; acaba, şahsiyet, hakikatte, kollektiviteye mi, yoksa bîzatihi Devlete mi aittir veyahut bunların her ikisi için de yekdiğerinden ayrı birer şahsiyet mi mevzuubahs olmaktadır? Veyahut bunların hiç biri mevzuubahs olamadığı takdirde, kollektivite ile Devlet arasında şahsiyet bakımından ne gibi bir durum kendini göstermektedir? Şimdi, vazettiğimiz bu sualleri cevaplandırmağa çalışalım.

Meselenin girift bünyesi bizleri bu hususta tereddüde sevkedecek bir durum arz etmekle beraber, realitelere nüfuz edildikte, durumu aydınlatacak bazı imkânların bulunması bizce mümkün görülmektedir. Gerçekten, Devlet, netice itibariyle, fizikî varlıklardan müteşekkil bir kollektiviteye, bu kollektivitenin kendine has vahdet ve birliğine dayanmaktadır. Fakat, her Devlet bir fizikî varlıklar câmiasına ve bunun kendine has vahdet ve birliğine dayanmakla, bir hukukî varlığa malik olmakla beraber, her fizikî varlıklar câmiasına muhakkak surette bir Devlet tekabül eder ve her fizikî varlıklar câmiası muhakkak surette bir hukukî varlıktır, denemez. Devlet kendini göstermeden evvel, kollektivite nazarı itibara alındığı takdirde, onun, bunun da kendine has bir hayatiyete malik olmasına, kendini teşkil eyliyen fertlerden ayrı bir varlık olarak mülâhazasının mümkün bulunmasına, hattâ kendi hayatiyetini hissettirecek muhtelif imkânları da haiz olmasına rağmen, kendini teşkil eyliyen fizikî varlıklardan ayrı ve hattâ bir bakımdan onlara üstün bir hak sahibi, hak ve vecibelere ehil bir şahıs, bir hukukî varlık olduğunu, bununla ilgili olmak üzere meselâ faaliyette bulunabildiğini, bu faaliyetle ilgili salâhiyetleri kullanabildiğini, bu salâhiyetleri kullanacak ve faaliyeti ifa edecek organlara malik olduğunu söylemek hukukan mümkün değildir. Devletin teşekkülünden evvel, kollektivite için, hukukan, bir faaliyet sahası, ifası gereken muayyen bazı fonksiyonlar, bunlarla ilgili salâhiyet-

ler, hak ve mükellefiyetler, şahıs ve şahsiyet gibi hususlar ve bütün bunlara müteferri' hukukî neticeler mevzuubahs olamamaktadır.

Durum, Devletin teşekkülünden sonra mütalâa edildiği takdirde, kollektivite için her ne kadar bir hukukî varlık, bir şahıs olma keyfiyetinin mevcudiyeti ileri sürülebilirse de, kollektivitenin, bu hukukî varlık ve şahsiyetini, Devletin teşekkülüyle beraber ihraz eylediğini ve kollektivite için bahis mevzuu olan bu hukukî varlık ve şahsiyetin de, hakikatte, Devletin hukukî varlık ve şahsiyetinden ayrı ve ondan müstakil olmadığını kabul etmek lâzımdır. Her şeyden evvel, kollektivite için mevcudiyetinden bahsedilen hukukî varlık ve şahsiyeti meydana getiren, kollektiviteyi bir şahsiyete, bir hukukî varlığa mazhar kılan, doğrudan doğruya Devletin teşekkülü hâdisesidir, Devletin bızatihi kendisidir. Kollektiviteyi teşahhus ettiren, onu bir hukukî varlık haline getiren doğrudan doğruya Devlettir. Bundan başka, kollektivite için bahis mevzuu olan hukukî varlık ve şahsiyetin, hakikatte, Devletin hukukî varlık ve şahsiyetinden ayrı ve ondan müstakil olduğunu söylemek de kabil değildir. Kollektivitenin, Devletten ayrı olarak, kendisini teşkil eyliyen fiziki varıkların fevkinde bir şahsiyete, bir hukukî varlığa sahip bulunduğundan bahsedilemez. Devletin teşekkülüyle beraber kollektivite bir hukukî varlık, bir şahsiyet ihraz eylemekte veyahut da kollektivitenin bir hukukî varlık ve şahsiyet iktisap eylesenlikle birlikte Devlet kendisini göstermekte¹³⁴ ve netice itibariyle de kollektivitenin hukukî varlık ve şahsiyetiyle Devletin hukukî varlık ve şahsiyeti birbiriyle tam bir intibak halinde bulunmaktadır. Kollektivite kendi hukukî varlığını ve teşahhusunu Devlette, Devlet kendi hukukî varlık ve şahsiyetini kollektivitenin hukukî varlık ve teşahhusunda bulmakta, şahsiyet ve hukukî varlık olma bakımından kollektivite ile Devlet arasında tam bir intibak kendini göstermektedir.

Şu halde, şahsiyet ve bir hukukî varlık olma keyfiyetini mümkün kılan yalnız kollektivitenin teşekkülü değildir; aynı zamanda bu kollektivitenin Devlete münkalip olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, kollektivite, ancak Devletle, Devlet dolayısıyla, Devlet şeklinde teşkilâtlandırılmak suretiyle, Devlet halinde taazzuvlaşmakla bir hak sahibi, bir hukukî varlık olabilmekte, bir şahsiyet ihraz edebilmekte ve kollektivitenin Devletin teşekkülüyle beraber iktisap eylediği hukukî varlık ve şah-

134) Nitekim, bir çok müellifler de, Devleti, kollektivitenin teşahhusundan ibaret telâkki etmişlerdir [Bk. *Esmen*, op. cit., beşinci tabı, s. 3-4, sekizinci tabı, s. 8; *Michoud*, op. cit., c. I, s. 50; *Jellinek (Gi)*, op. cit., c. I, s. 243, 246, 270; *Hauriou (M.)*, *Principes de droit public*, s. 103].

siyet de nihayet Devletin hukukî varlık ve şahsiyetinden ibaret bulunmaktadır. Kollektivitenin şahsiyeti ve hukukî varlığı için, Devletin şahsiyetinden ve hukukî varlığından ayrı ve müstakil bir mevcudiyet bahis mevzuu olamamaktadır. Devletin teşekkülünü müteakip kollektivite için mevzuubahs olan şahsiyeti ve hukukî varlığı Devletin şahsiyetinden ve hukukî varlığından ayrı olarak mülâhazaya imkân yoktur. Kollektivitenin şahsiyeti ve hukukî varlığı, Devletin şahsiyeti ve hukukî varlığıyla tam bir intibak halinde bulunmaktadır. Kollektivitenin teşahhusundan ibaret bulunan Devlet teşahhuslaşmış kollektivitenin bizzat kendisine tekabül etmekte ve Devletin hukukî varlığı ve şahsiyeti ile kollektivitenin hukukî varlığı ve şahsiyeti aynı hususları ifade etmektedir.

Yalnız şu ciheti de tebarüz ettirelim ki, bir kollektivite, Devlete münkalip olmadan, yâni bir şahsiyet ve hukukî varlık ihraz eylemeden evvel nazarı itibara alındığı takdirde, bu kollektivite için, ona dahil fizikî şahıslar tarafından izharı mümkün bir iradenin mevcudiyetinden de bahsetmek mümkün görülmektedir. Fakat, Devletin teşekkülünden evvel, bu tarzda bir iradenin hukukan kollektiviteye izafesini mümkün kılacak, onun doğrudan doğruya kollektiviteye has bir irade olabilmelerini hukukan temin eyliyecek, bu iradeyi izhar eden fizikî şahısların kollektivitenin iradesini izhar eylediklerini kabule hukukan bizi sevkedecek, bir imkânın mevcudiyetinden bahsedilemez. Bundan başka, böyle bir iradenin, hukukan, onun mahiyeti ve bünyesi icabı, kollektiviteye dahil fizikî varlıklar üzerinde, onların ferdî iradeleri fevkinde, müessir ve fiilî bir rol oynıyabileceğini de söylemek mümkün değildir. Hukukan, gerek fizikî şahıslar tarafından izhar olunan iradenin kollektiviteye izafesini mümkün kılabilmek, gerekse kollektiviteye dahil fizikî varlıkların ferdî iradeleri üzerinde müessir ve fiilî rol oynıyabilecek bir iradenin mevcudiyetinden bahsedebilmek, ancak, kollektivitenin Devlete münkalip olması, bir hukukî varlık ve şahsiyet ihraz eylemesiyle mümkün olabilir.

Demek oluyor ki, hukukan, bir kollektiviteyi teşkil eyliyen fizikî varlıkların izhar ettikleri iradenin o kollektiviteye izafesi ve keza bir kollektivite dahilinde onu teşkil eyliyen fizikî varlıkların ferdî iradelerine üstün bir iradenin mevcudiyeti, ancak, kollektivitenin teşahhuslaşmasıyla, bir hukukî varlık ihraz eylemesiyle, daha doğrusu Devletin teşekkülüyle beraber mümkün olabilmekte ve bu irade, Devletin zuhuriyle beraber, onun menşei, mahiyeti, istimal tarzı hakkında serdolunacak mütalâalardan sarfınazar, Devletin iradesi diye vasıflandırılmakta veya Devletin iradesi mahiyetinde, Devlete muzaf bir irade olarak mülâhaza edilmektedir. O halde, kollektivite için, hukukan, onun teşahhuslaşma-

siyle, bir hukukî varlık ihraz eylemesiyle, yâni Devletin teşekkülüyle beraber, kendisini teşkil eyliyen fizikî varlıkların ferdi iradelerine üstün ve kolektiviteye muzaf bir iradenin mevcudiyeti bahis mevzuu olabilmekte ve kendi ifadesini, hakikatte, Devlette, Devletin hukukî varlığında bulan, fiilî ve müessir varlığını Devlete borçlu olan bu irade, bâdema, Devlet mânevî - hukukî şahsının iradesi diyebileceğimiz bir irade mahiyetini ihraz etmektedir.

§ 4. Devletin bünyesinde fizikî - hukukî ve mânevî - hukukî şahısların birlikte yer alması.

Şimdiye kadar Devletin teşekkülü ve onun mânevî - hukukî şahsiyetinin vücut bulması keyfiyetini tetkik ederken, bu hususta, daima tabii varlıkları, fizikî şahısları nazarı itibara almış ve yalnız bunlar üzerinde durmuştuk. Fakat, Devletin teşekkülünden evvel, kolektivitenin bir mânevî - hukukî şahsiyet iktisabından evvel, bu teşekkülü ve mânevî - hukukî şahsiyeti iktisap keyfiyetini mümkün kılan unsurların, yalnız fizikî varlık ve şahıslar olduklarını ve Devletin vücut bulmasını müteakip onun bünyesinde de yalnız bunların yer aldıklarını söylemek mümkün değildir. Bu hususta, her iki bakımdan da nazarı dikkate alınması gereken diğer varlık ve şahıslar da mevzuubahs olmaktadır.

Gerçekten, Devletin teşekkülünden evvelki durumu gözönünde bulundurduğumuz takdirde, kolektiviteyi bir mânevî - hukukî şahsiyete mazhar kılacak, Devleti vücade getirecek unsur olarak, tabii varlık ve şahısların yanında bunların vücade getirdikleri diğer mânevî varlık ve şahısların birlikte yer aldıklarını, her iki kategoriye mensup şahısların da birer sosyal realite olarak Devletin teşekkülü keyfiyetine iştirak ettiklerini müşahede etmekteyiz. Bu tabii ve mânevî varlıkların, bu fizikî ve mânevî şahısların vücade getirdikleri kolektivitenin bir mânevî - hukukî şahsiyet ihraz eylemesinden, Devlete münkalip olmasından sonraki durum nazara alındığı takdirde, tabii ve mânevî varlıkların, fizikî ve mânevî şahısların yine birlikte kendi mevcudiyetlerini muhafaza ettiklerini, hattâ bunların her ikisinin durumunda da lehlerine bir değişiklik vukua geldiği, vücut bulan Devletin hukukî nizamiyle fizikî ve mânevî şahıs olan varlıkların ayn zamanda bir hukukî şahsiyete mazhar kılındıkları görülmektedir. Bir taraftan Devlete münkalip olan ve haddi zâtında tabii varlıklarla birlikte mânevî varlıklardan, fizikî şahıslarla birlikte mânevî şahıslardan terekküp eyliyen kolektivitenin bizzat kendisi için bir mânevî - hukukî şahsiyet kendini gösterirken, diğer taraftan, aynı kolektivite dâhilinde yer alan ve Devletin teşekkülünden sonra da

mevcudiyetlerini muhafaza eyliyen fizikî ve mânevî şahıslar, tesbit edilen muayyen hukukî prensipler ve muayyen esas ve şartlar dahilinde, sırf Devletin teessüsü keyfiyetinin bir neticesi olarak, aynı zamanda bir hukukî şahsiyete de mazhar kılınmış olmaktadır.

Onun içindir ki, kollektivitenin bir mânevî - hukukî şahsiyet iktisap eylesini, bir Devlete münkalip olmasını müteakip, içtimâî, ahlâkî, siyâsî ve hukukî telâkkilerde vukua gelen gelişmenin, Devlet ve fert, Devlet ve hukuk arasındaki münasebetlerin mahiyetinde fert ve hukuk lehine vukua gelen tekâmülün neticesi olarak, nasıl fizikî şahıslar için zamanla münkeşif ve hudutları yine zamanla inkişaf eyliyen bir hukukî şahsiyet mevzuubahs oluyorsa, aynı Devletin kendine has mânevî - hukukî şahsiyetinin içinde, yine aynı sebeplerin ve muhtelif cephelerden kendisini gösteren ihtiyaçların tesiri altında, mânevî varlık ve şahıslar için de, yine zamanla münkeşif ve hudutları yine zamanla gelişen bir hukukî şahsiyet bahis mevzuu olmaktadır. O halde, bugün, Devlet ve onun mânevî - hukukî şahsiyeti dendiği zaman, bunun bünyesi içinde, bir taraftan fizikî - hukukî şahıslar ve diğer taraftan, bunların yanında, mânevî - hukukî şahısların da yer aldığı, Devletin her iki kategoriye dahil hukukî şahıslardan tereküp eylediği ve Devletin mânevî - hukukî şahıs olma keyfiyetinin yalnız ona has bir vasıf olarak mülâhaza edilemediği görülmektedir. Mânevî - hukukî şahıs olan Devlet, bir taraftan fizikî - hukukî şahıslardan ve diğer taraftan yine bu fizikî - hukukî şahısların meydana getirdikleri ve fakat Devlete nazaran tâlî mahiyette olan, bünyeleri, mahiyetleri, gayeleri itibariyle yekdiğerinden farklı ve fakat her biri muayyen hak ve mükellefiyetlere ehil ve kendine has haklarını organları tarafından kullanabilmesini mümkün kılacak bir hakları istimal ehliyetine malik diğer mânevî - hukukî şahıslardan, bu vasıfları haiz diğer topluluklardan, birliklerden, kollektivitelere tereküp etmekte; Devlet, bütün bunların kâffesini ihata edebilecek, bütün bunları sinesinde barındırabilecek şümüllü bir bünyeye malik bulunmaktadır.

Fakat, şunu da ilâve edelim ki, fizikî varlıklardan tereküp eden Devlet nasıl kendini teşkil eyliyen fizikî - hukukî şahısların fevkinde gelen, onlara tefevvuk eden bir bünyeye malikse, aynı zamanda mânevî varlıklardan da tereküp eyliyen Devlet kendisini teşkil eyliyen mânevî - hukukî şahıslara da üstün bir bünyeye maliktir. Devlet, ihtiva eylediği ve kendisine nazaran tâlî mahiyette olan mânevî - hukukî şahısların da başında gelmekte ve hususiyle, haiz bulunduğu iktidarın mahiyeti ve faaliyet sahasının arzettiği şümül itibariyle, kendi içinde yaşattığı veya hukukan yaşamasını mümkün kıldığı mezkûr mânevî - hukukî şahısların en önemlisi olarak kalmaktadır. Bundan dolayı, Devlet içinde, göndük-

leri iş ve takip eyledikleri gaye itibariyle, bir çok mânevî - hukukî şahısların birlikte yer alması keyfiyeti, Devletin kendine has mânevî - hukukî şahsiyetinin icap ettirdiği vahdet, birlik esaslarında bir menfî tesir husule getirmemektedir. Nasıl Devlet fizikî - hukukî şahıslar bakımından bir taaddüde istinat etmiş olmasına rağmen bir birlik, bir vahdet arz ediyor ve bu hususta Devlet birliği aleyhine menfî bir netice husule gelmiyorsa, aynen, Devletin, mânevî - hukukî şahıslar bakımından da bir taaddüde istinat etmesi keyfiyeti, onun kendine has mânevî - hukukî şahsiyetinde ve bunun kendine has birlik, vahdet esaslarında, bir tebeddül, bir menfî tesir icra etmemektedir. Zira, Devlet içinde yer alan bu mânevî - hukukî şahıslar muayyen bir hiyerarşiye tâbi bulunmakta, aralarında hiyerarşik münasebetler bahis mevzuu olmakta ve bu hiyerarşinin zirvesinde de Devlet yer almaktadır. Devlet, kendisini teşkil eyliyen fizikî - hukukî ve mânevî - hukukî şahıslarda bir taaddüde dayanmakla beraber, onların kâffesini kendi üstün mânevî - hukukî şahsiyetine tâbi kılmakta, onların kâffesini mürakabe ve idaresi altında bulundurmaktadır. Devletin kendine has vahdet ve birliğinin muhafaza ve idamesini mümkün kılan mezkûr mürakabe ve idare, Devlete dahil fizikî - hukukî şahıslar gibi mânevî - hukukî şahısların da, bu şahsiyetlerini muhafaza edebildikleri müddetçe, kendilerine has hususiyetleriyle birlikte, yaşamalarını, varlıklarını muhafaza edebilmelerini mümkün kılmaktadır.

Görülüyor ki, bizatihi mânevî - hukukî bir şahıs olan Devlet, aynı zamanda bir mânevî - hukukî şahıslar câmiası mahiyetini de haiz bulunmaktadır. Fizikî - hukukî şahıslardan terékküp eden ve mânevî - hukukî bir şahıs olan Devlet, aynı zamanda mezkûr fizikî - hukukî şahıslar tarafından vücade getirilen ve Devlete nazaran tâlî mahiyette olan bir çok mânevî - hukukî şahısları da ihata eylemektedir. Bir kelime ile, bir fizikî - hukukî şahıslar câmiası olan Devlet, aynı zamanda bir mânevî - hukukî şahıslar manzumesi mahiyetini de taşımaktadır. Yalnız, biraz evvel de dediğimiz gibi, Devlette, gerek fizikî - hukukî ve gerek mânevî - hukukî şahıslar bakımından kendisini gösteren bu taaddüd keyfiyeti, Devletin mânevî - hukukî şahsiyetinin kendine has vahdet ve birliği üzerinde bir menfî tesir icra edecek durumda değildir. Bütün bunlar, hiyerarşik bir nizam içinde, Devlet mânevî - hukukî şahsının mürakabesi altında, kendi varlıklarını idameye muvaffak olmakta ve Devlet, kendisini teşkil eyliyen fizikî - hukukî şahısların fevkinde nasıl mânevî - hukukî bir varlıksa, aynen, kendisine dahil diğer mânevî - hukukî şahıslardan da ayrı ve onların da üstünde mânevî - hukukî bir varlık vasfına malik bulunmakta ve Devletin fiili ve hukukî varlığını mümkün kılıcı unsurlardan bir diğeri olan ve aynı zamanda Devlete onun ihata eylediği fizikî - hu-

kukî ve mânevî - hukukî şahıslara nazaran bir üstünlük temin eyliyen «Hâkimiyet» de, zamanımızın hukuk ve Devlet telâkkilerine göre, Devletin mevzuubahs mânevî - hukukî varlığına, bu varlığın ifadesi olan mânevî - hukukî şahsiyetine, bağlanmış olmaktadır.

§ 5. Devletin, mânevî - hukukî şahısların müntehasını teşkil etmesi.

Biraz evvelki izahatımız, Devlet dahilinde, fizikî - hukukî şahısların yanında mânevî - hukukî şahıslar bakımından da bir taaddüd keyfiyetinin bahis mevzuu olduğunu, mânevî - hukukî şahıslar arasında hiyerarşik bir münasebetin mevcudiyetini, Devletin mevzuubahs bu hiyerarşinin zirvesinde yer aldığını ifade etmektedir. Yalnız, bu hususta temas edilmesi gereken bir nokta daha vardır; o da, mânevî - hukukî şahısların zirvesini teşkil eyliyen Devletin, aynı zamanda, kollektiviteler için mevzuubahs olan mânevî - hukukî şahıslar serisinin de son merhalesini, müntehasını teşkil etmiş olmasıdır. Devlet mânevî - hukukî şahsı, bugün için, mânevî - hukukî şahıslar âleminin hem zirvesini ve hem de müntehasını, bu hususta varılabilen son merhaleyi ifade etmektedir. Halen, her biri birer mânevî - hukukî şahıs olan Devletlerin kâffesini ihata edecek, onların mânevî - hukukî şahıslarının fevkinde üstün bir mânevî - hukukî şahsın vücut bulması gibi bir keyfiyet bahis mevzuu olamamaktadır. Bu bakımdan, Devletlerin, kendilerini ihata eyliyen ve kendilerine üstün gelen bir mânevî - hukukî şahıs mevzuubahs olmadan, her biri müstakîl ve yekdiğerinden ayrı birer mânevî - hukukî şahsiyet olarak, yanyana, aralarında hiç bir hiyerarşik münasebet bulunmaksızın, yer aldıkları ve onların, bugün için, mânevî - hukukî şahıslar zincirinin son halkalarını teşkil eyledikleri görülmektedir.

Biraz evvel, Devletin, mânevî - hukukî şahıslar serisinin zirve ve müntehasını teşkil eylediğinden bahsederken, bu hususta, «hâlen», «bugün için» gibi ihtirazî kayıtlar serdetmiş bulunuyoruz. Bunun sebebi de, birer mânevî - hukukî şahıs olan Devletlerin, her biri yine kendi mânevî - hukukî varlıklarını muhafaza etmekle beraber, bunların kâffesini ihata ve onların cümlesine tefevvuk edecek daha üstün bir mânevî - hukukî şahsiyetin vücade getirilmesi lehinde fikir ve tatbikat sahasında önemli bir gelişmenin mevcudiyetidir. Bu hususta elde edilmiş müsbet sonuçların ademi mevcudiyetine rağmen, Devlet mânevî - hukukî şahsının vücut bulmasında âmil olan sebeplerin, Devletlerin teşekkülünden sonra da, daha geniş bir çerçeve içinde kendi tesirlerini icraya devam eyledikleri kabul edilmektedir. İçtimaî ve siyasi gelişmenin tahakkukunu mümkün

kıldığı Devlet denilen teşekkül ile, bunun vücut bulmasında âmîl olan gayelerin tamamen tahakkukuna imkân görülmemektedir. Devletlerin beşerî unsurlarını teşkil eyliyen kollektivitelerin yekdiğerlerine olan ihtiyaçlarının, onların birbirlerine yaklaşımlarını, bir çok sebep ve âmillerin onlar arasında daha mütesanit bir sosyal durumun teessüsünü zarurî kıldıkları kabul olunmaktadır. Kollektivitelerin ve bunların teşkil eydikleri Devletlerin birbirlerinden uzak kalmaları, münferit bir halde kendi varlıklarını idame ettirmeleri, mümkün görülememektedir. Nasıl Devletin vücut bulmasında, onun kendine has vahdet ve birliğinin teessüsünde fertler için bir umumî ve müşterek menfaat mevzuubahs olmuş ise, aynen, Devletlerin beşerî unsurları olan kollektiviteler ve dolayısıyla Devletler arasında da bir müşterek ve umumî menfaatin, onlar arasında da karşılıklı müzaheret, yardım ve işbirliğinin, onlar arasında da bir yakınlık ve tesanüdün mevzuubahs olduğu ve bütün bunların da Devletler ve bunları teşkil eyliyen kollektiviteler arasında bir vahdet ve birliğin tahakkukunu ve Devletlerin kâffesi üzerinde tesirini icra edecek şekilde hak ve salâhiyetlere malik, bu hak ve salâhiyetleri kullanacak organlara sahip, daha üstün, daha şümüllü bir mânevî ve hukukî varlığın, bir mânevî - hukukî şahsın mevcudiyetini zarurî kıldığı teyit edilmektedir.

Fakat, bütün bu mülâhazalar ne kadar ulvî ve ne kadar insani düşüncelerle serdedilmiş olursa olsunlar, halen, birer mânevî - hukukî şahıs olan Devletlerin fevkinde daha üstün bir mânevî ve hukukî varlığın, bu Devletleri teşkil eyliyen kollektiviteler arasında mezkûr üstün mânevî - hukukî şahsiyetin vücudunu mümkün kılacak daha şümüllü bir vahdet ve birliğin, tahakkuku mümkün kılınabilmiş değildir; bu hususta önemli teşebbüslere girişilmiş olmasına rağmen muvaffakiyetli neticelere ulaşılabilmek imkânı hasıl olamamıştır. Bunun içindir ki, Devlet mânevî - hukukî şahsı, halen, mânevî - hukukî şahısların hem zirvesini ve hem de müntehasını teşkil edecek bir durumdadır.

§ 6. Devletin şahsiyetinde teklik esasının hâkim oluşu.

Devlet mânevî - hukukî şahsının bünyesi içinde yer alan ve Devlete nazaran tâlî mahiyette olan diğerk mânevî - hukukî şahıslar, gördükleri iş ve takip eyledikleri gaye itibariyle, umumiyetle, «âmme» veya «hususî» diye iki kategoriye ayrılmakta ve hattâ bizatihi Devlet de, bunlardan birinci kategoriye dahil mânevî şahıslar meyanına ithal olunmaktadır. Yalnız, daha evvelce de temas ettiğimiz gibi, Devlet mânevî - hukukî şahsında, onun tarafından görülen işlerin ve bunlarla ilgili olmak üzere yapılan hukukî tasarrufların mahiyetine göre, bazan doğrudan doğruya

âmme hukukuna ve bazan da hususî hukuka bağı iki nevi faaliyetin, iki nevi tasarrufun mevcudiyeti müşahede edilmekte ve bu keyfiyet, Devlette, netice itibariyle, biri âmme, ve diğeri hususî olmak üzere iki nevi şahsiyetin mevcudiyeti gibi bir fikir uyandırmakta ve hattâ, doktrin sahasında bu ciheti teyit edecek bazı mülâhazalar da serdedilmiş bulunmaktadır. Bu mülâhazalara göre, Devlet hâkimiyet hakkını kullandığı ve bunun neticesi olarak hâkimiyet tasarrufları denilen hukukî muameleleri yaptığı zaman âmme hukukunu ilgilendiren ve âmme şahsı diye adlandırılan bir şahsiyete malik bulunmakta ve bunun dışında herhangi bir fizikî şahıs gibi hareket ettiği, hukukî muamelelerde bulunduğu, meselâ ticarî münasebetlere giriştiği, kendi hususî emlâkinin idaresiyle ilgili tasarrufları yaptığı zaman da, hususî hukuk kaidelerine tâbi bulunan ve hususî diye vasıflandırılan diğeri bir şahsiyete sahip bulunmaktadır.

Acaba, Devlet tarafından yapılan bu tasarrufların mahiyeti ve bunların tâbi oldukları hukuk kaidelerinin yekdiğerinden farklı oluşu gözönünde tutularak, Devletin mânevî - hukukî şahsiyetinde bir ikiliğin mevcudiyetinden bahsetmek mümkün olabilir mi? Eğer bu mümkünse, ister fizikî, ister mânevî olsun, herhangi bir varlığın yekdiğerinden farklı iki şahsiyete sahip olabilmesi keyfiyeti, şahsiyetin karakteristik vasfı olan vahdet esasına aykırı ve onunla telifi imkânsız bir mahiyet arzetmez mi? Şimdi bu noktayı tavzihe çalışalım.

Gerçekten, Devlet tarafından yapılan işler ve bunlarla ilgili tasarruflar arasında bir tefrik gözetmek mümkündür ve bunun bir hata telâkki edilmesine de imkân yoktur. Devletin hâkimiyet hakkına dayanarak, onu kullanarak yaptığı tasarruflarla, herhangi bir fert gibi hareket ederek yaptığı tasarruflar arasında bir fark bulunmadığı iddia edilemez. Birinci halde, Devlet fertlerin fevkinde gelmekte ve ikinci halde ise Devlette fert aynı seviyede bulunmaktadır. Keza, Devletin faaliyeti ve tasarrufları arasında mevcut bu fark nazara alınarak bunların mahiyetlerine göre ayrı ayrı hukukî rejimlere, hukukî kaidelere, meselâ, ikinci nevi hallerde, Devletin, onun tarafından takibi gereken âmme menfaati gayesine aykırı düşmemek ve onu ihlâl eylememek şartıyla, hususî hukuk kaidelerine tâbi kılınmasında da, mahzur telâkki edilebilecek bir cihet yoktur. Fakat, Devlet tarafından girişilen faaliyetin mahiyet itibariyle yekdiğerinden farklı oluşu ve bu husustaki tasarrufların yekdiğerinden farklı hukukî kaidelere tâbi kılınışı keyfiyeti, Devlette, hiç bir şekilde, şahıs ve şahsiyet gibi hukukî vasıfların taaddüdünü mucip bir durum ihdas etmez. Bütün bu ayrılıklara rağmen, Devletin bünyesinde bir değişiklik husule gelmemiştir. Devlet, yine tek bir şahıstır, ve yine tek bir şahıs

olarak fizikî şahıslarla mânevî şahısların fevkinde gelmektedir. Fransız hukukçularından Laferrière'le Berthélemy'nin tebarüz ettirdikleri tarzda Devlet tarafından yapılan tasarruflarda hukukî mahiyetleri itibariyle yekdiğerinden farklı bir bünyenin mevcudiyetinden bahis ve bunların birbirinden ayrı hukukî rejimlere tâbi kılınmaları keyfiyeti, Devlette, varlık ve şahıs olma bakımından bir ikiliğe müncer olmamaktadır.

Zira, icra kılınan faaliyetin, yapılan tasarrufların mahiyeti ve tâbi kılındıkları hukukî kaidelerin nevi ne olursa olsun, Devletin bütün faaliyetinde hâkim olması gereken gayede bir değişiklik kendisini göstermiş değildir. Hepsinde âmmenin menfaati, kolektivitinin menfaati gibi tek bir gaye hâkim bulunmaktadır. Yalnız, bu tasarruflarla ilgili faaliyetlerden bazıları mezkûr gaye ile doğrudan doğruya ve bazıları da dolayısıyla ilgili bulunmaktadır, mevcut ayrılık yalnız bundan ibarettir. Faaliyetin, tasarrufların ve bunların tâbi kılındıkları hukukî kaidelerin farklı oluşuna rağmen, bunların hepsinde hâkim olan, takip edilen ve bunların hepsine ilham kaynağı vazifesini gören gaye, esas, aynıdır. Bu bakımdan yine bir birlik mevzuubahs olmakta ve gayedeki bu birlik ve ayniyet, Devletin mânevî - hukukî şahsiyetinde taaddüdü önlemekte, onun şahsiyetinde birlik, teklik, keyfiyetinin muhafazasını temin eylemektedir. İşte, Devlet tarafından yapılan tasarrufların kâffesinde aynı gayenin takip olunması keyfiyettir ki, bu yekdiğerinden farklı tasarrufların aynı şahsa, tek bir şahsa izafe edilmesini mümkün kılmakta, tasarrufların mezkûr gaye ile doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili olması, o gayeye doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlı bulunması, Devletin şahsiyetinde bir ikiliğe müncer olmamakta, Devlet her iki halde de bir âmme şahsı olarak kalmaktadır.

Kısaca, Devlet tarafından yapılan hukukî tasarrufların onun tarafından takip edilen gaye ile doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili olması keyfiyeti, Devletin şahsiyetinde bir taaddüdü mucip olmamakta, Devlet şahsiyet bakımından yine bir vahdet ve birlik arzetmekte, başka bir ifade ile Devlet, yine tek bir şahıs olarak kalmaktadır. Devlet tarafından yapılan tasarrufların onun tarafından takip olunan gayeye doğrudan doğruya veya dolayısıyla merbut oluşuna göre ayrı ayrı hukukî rejimlere, hukukî kaidelere tâbi kılınması, Devletin şahsiyeti üzerinde hiç bir tesir husule getirmemektedir. Devletin şahsiyetindeki vahdet ne tasarruflar arasında temas ettiğimiz şekildeki bir tefrika, ne onların ayrı ayrı hukukî kaidelere tâbi kılınmasına mani olmakta ve ne de böyle bir tefrik ve tâbi kılınma keyfiyetinin tahakkuku Devletin şahsiyeti için bahis mevzuu olan teklik esası üzerinde bir menfî tesir icra etmektedir. Çünkü, yukarıda da tebarüz ettirdiğimiz gibi, tasarrufların ve bunların

tâbi kılındıkları hukukî kaidelerin mahiyeti ne olursa olsun, Devletin bütün faaliyetinde tek bir gaye hâkim bulunmakta; Devletin bütün faaliyeti için, onun sebebi mevcudiyetini ifade eyliyen âmme menfaatinden ibaret tek bir gayeye tâbi olması gibi bir keyfiyet mevzuubahs olmaktadır. Bu hususta nazara alınması gereken tek cihet, mezkûr gayenin ihlâl edilmemiş olması, onun takip edilmiş bulunması keyfiyetidir¹³⁵.

§ 7. Devletin mânevî - hukukî şahsiyetinin faydaları.

Devletin, kendini teşkil eyliyen fizikî varlıklardan ayrı kendine has mânevî - hukukî bir şahsiyete sahip olması keyfiyetinin temin eylediği önemli faydalar da mevzuubahs olmaktadır. Her şeyden evvel, temas ettiğimiz mânevî - hukukî şahsiyet, Devlet birliğinin ve onun müstemir olma vasfının izahını kolaylaştırmaktadır. Gerçekten, Devlet, fizikman yekdiğerinden ayrı bir çok fertlerden tereküp etmektedir. Başka bir ifade ile, Devlet için, kendisini teşkil eyliyen beşerî unsurun muhtevası bakımından bir çokluk, bir taaddüt mevzuubahs olmaktadır. Keza, gerek Devleti teşkil eyliyen fizikî varlıklar, gerekse Devletin haklarının istimalini mümkün kılan ve nihayet birer fizikî varlık olan kimseler, daimî bir tebeddül içinde bulunmakta, bunlar daimî bir şekilde yekdiğerlerini takip eylemektedirler. Hayatları, ömürleri mahdut olan bu fizikî varlıklar kendi mevcudiyetlerini kaybederken onların yerlerine yenileri kaim olmakta, nesiller daimî surette birbirlerini takip eylemektedirler. Halbuki, muayyen gayelerin tahakkukuna matuf olmak üzere vücuda gelen Devlet için, kendisini teşkil eyliyen fizikî varlıklar bakımından hem temas ettiğimiz çokluk, taaddüt ve hem de yine zikrelediğimiz mahdut bir ömre malik olma keyfiyetleri, kendine has gayelerinin tahakkuk edebilmesi bakımından bir mahzur teşkil eylemektedir. Devletin vücut bulmasında âmil olan gayelerin tahakkuk edebilmesi, onun, kendisini teşkil eyliyen fizikî varlıkların fevkinde, onlardan ayrı ve onların mahdut hayatî mevcudiyetleriyle mukayyet olmaksızın, müstakil, tek ve müstemir bir varlık olmasını, bu hususta vukua gelecek tebeddülere rağmen, kendi varlığını, bunlardan hiç müteessir olmaksızın, idame ettirmesini zarurî kılmaktadır¹³⁶.

İşte mevzuubahs çokluk ve taaddüt içinde Devletin mevcudiyeti elzem vahdet ve birliği ve keza yine mevcudiyeti elzem devam ve istim-

135) Bk. *Jean Dabin*, op. cit., s. 108 - 110.

136) Bk. *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, c. I, s. 605; *Jean Dabin*, op. cit., s. 100.

rar hassası, onun kendisini teşkil eyliyen fizikî varlıklardan ayrı bir şahsiyete sahip olmasıyla, hukukan daha mantikî ve daha vâzih bir izah ve ifade şekline mazhar kılınmış olmaktadır. Devletin şahsiyeti, onun, mevcudiyeti elzem vahdet ve istimrar vasıflarının daha bariz bir şekilde aydınlatılmasını, bunların daha vâzih bir tarzda izahını mümkün kılmaktadır. Gerçekten, bugün Devlet dediğimiz teşekkül nazarı itibara alındığı takdirde, bunun, kendisini teşkil eyliyen fizikî şahıslardan ayrı bir vahdet ve birliğe malik olduğu, onların hayatî varlıklarının idamesine bağlı olmadan kendi mevcudiyetini idame ettirdiği; onun, kendisini teşkil eyliyen ve geçici birer varlık olan fertlerden ayrı, yine fizikî varlıklar tarafından teşkil edilmiş olma vasfını muhafaza etmesine rağmen, bir mevcudiyete malik olduğu görülmektedir¹³⁷. Gerek Devleti teşkil eyliyen fertlerde, gerekse bu fertleri sevk ve idare eyliyen şahıslarda zaman mefhumu içinde daimî bir değişiklik vukubulduğu, onların hayatî varlıkları mahdut bir zamana münhasır bulunduğu halde, Devletin, bu nevi hâdiseler karşısında hiç bir değişikliğe maruz kalmadan kendi varlığını bütün şumulüyle muhafaza ve idameye muvaffak olduğu müşahede edilmekte¹³⁸ ve bu müşahedelerimizi realiteler de teyit etmektedir.

Meselâ, herhangi bir Devletin vazettiği kanunların, yaptığı hukukî tasarrufların, fertlerle akdettiği mukavelelerin, diğer Devletlerle yaptığı muahedelerin, bütün bu muamelelerin yapıldığı anda Devleti teşkil eyliyen fertlerin kendi mevcudiyetlerini kaybetmiş olmalarına ve hattâ bu nevi tasarrufları yapan ve hükümet edenler dediğimiz kimselerin de mevcudiyetlerinden bir eser kalmamış olmasına rağmen, nesilden nesile intikal ederek kendi hukukî varlıklarını muhafaza ve idame ettirebildikleri; yeni nesillerin kendinden evvelki nesillerin yaşamış oldukları zamanda giriştikleri taahhütlerle mükellef tutuldukları; varlıklarından eser kalmıyan hükümet edenlerin yaptıkları hukukî tasarrufların kendilerinden sonra da kıymetlerini muhafaza eyledikleri; Devletin faaliyet ve iradesiyle ilgili hususların, fizikî varlıklarda vukua gelen tebeddüllere rağmen, kendi tesirlerini icrada devam ettikleri görülmektedir. Bütün bunlar, Devlette, onu teşkil eyliyen fizikî şahısların hayatî varlıklarında

137) Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 48.

138) «Hükmi şahısların hayatî hakikî şahıslarinkine nazaran daha devamlıdır. Bir insan ömrüne sığmayacak işler ancak hükmi şahıslar tarafından gerçekleştirilebilir. Bunların varlığı, kendilerini meydana getiren kişilerin varlığına bağlı değildir. Yüz elli yıl önceki Devletin hudutları bugünkünün aynı olmadığı gibi o zamanki vatandaşlardan hiç birisi bugün sağ da değildir. Fakat Devletin şahsiyeti sağdır, bu kişilik yüz elli yıl önce ne ise bugün de odur» [Bk. *Hıfzı Veldet*, op. cit., s. 216].

vukua gelen tebeddüllerden hiç bir şekilde müteessir olmıyan müstemir ve daimî bir unsurun mevcudiyetini ifade eylemektedirler. Bütün bunlar, Devletin, teşekkül ettikten sonra, kendisini teşkil eyliyen fizikî varlıkların şahıslarında, ister hükümet edilenler ve isterse hükümet edenler olsun, vukua gelecek tebeddüllerden hiç bir şekilde müteessir olmadığını; Devletin, bütün bu tahavvüllere rağmen, kendine has mevcudiyetini bütün şümülüyle idameye muvaffak olduğunu teyit etmektedirler. İşte, hukukî vâkıalarla da teyyüt etmiş bulunan bu realite, hukuk ilminde, şahsiyet fikrinden faydalanılmak suretiyle, Devletin şahsiyeti fikriyle izah olunmaktadır. Devletin, kendine has bir vahdet ve birliğe malik olan kollektivitenin teşahhusundan ibaret bulunduğu, kendisini teşkil eyliyen fizikî varlıkların şahıslarından ayrı ve onlardan müstakil bir şahıs meydana getirdiği, bir hukukî varlık olduğu, mânevî - hukukî bir şahsiyete sahip bulunduğu, kabul edilmekte ve biraz evvel temas ettiğimiz vahdet, birlik, istimrar gibi vasıflarla bunlara müteferri hukukî neticelerin bu esaslardan hareket edilmek ve onlara istinat olunmak suretiyle izahına çalışıldığı görülmektedir¹³⁹.

Devletin bir mânevî - hukukî şahsiyete sahip bulunması keyfiyetinin arzylediği faydalardan biri de, nihayet birer fizikî şahıs olan hükümet ve idare edenlerin yaptıkları tasarruflardan Devlete muzaf olanların, onların fizikî şahıslarından ayrı bir şahıstan neşet etmiş gibi telâkki olunmalarını mümkün kılmasıdır. Gerçekten, fizikî birer şahıs olan hükümet ve idare edenler, kendi ferdî iradeleriyle bir çok tasarruflar yapmakta ve bu tasarruflardan bazıları doğrudan doğruya kendi şahıslarına taallük ettikleri gibi, bazıları da, Devlete, Devletin gayelerine, bu gayelerle ilgili çeşitli hizmet ve fonksiyonlara matuf ve muzaf bulunmakta ve tabiiyle, mahiyetleri yekdiğerinden farklı olan bu iki nevi tasarrufların da birbirinden tefriki, birbirinden ayırd edilmesi gerekmektedir. İşte, Devletin kendine has bir mânevî - hukukî şahsiyete sahip bulunması, hükümet ve idare edenlerin iradelerinden sâdır olan bu tasarruflardan hangilerinin kendi şahıslarına ve hangilerinin de Devlete ait bulunduğunu tâyine hizmet eylemektedir. Devletin mânevî - hukukî şahsiyeti, bu tasarruflardan Devlete, Devletin gayesine, onun hizmet ve fonksiyonlarına müteallik olanlarının, bunlar nihayet her beşeri tasarruf gibi hükümet ve idare edenler dediğimiz fizikî şahısların ferdî iradelerinden neşet etmiş olmalarına rağmen, bu hususta takip olunan gaye dolayısıyla, bu fizikî şahıslardan gayrı Devlet dediğimiz bir şahıstan sâdır olmuş, onun

139) Bk. *Carré de Malberg*, op. cit., c. I, s. 48 - 49.

isteğiyle yapılmış birer tasarruf telâkki edilmelerini mümkün kılmaktadır¹⁴⁰.

Devletin mânevî - hukukî şahsiyeti, Devlet iktidarı hakkında hâkim olan modern telâkkilerin izahını mümkün kılmak, modern Devletin mahiyetiyle, bünyesiyle, gayesiyle, teşkilâtiyle, fonksiyon ve salâhiyetleriyle, bu fonksiyon ve salâhiyetleri ifa ve istimal edecek organlarıyla ilgili hususlara nüfuz edebilmek, fert ve Devlet arasındaki münasebetlerin modern telâkkilerin icaplarına uygun esaslara istinat ettirilmesini temin eylemek bakımından da önemli roller oynamaktadır. Bu mefhum sayesinde iç hukuk bakımından bir çok hukukî güçlüklerin halli mümkün kılındığı gibi, keza, dış hukuk bakımından da muhtelif problemlerin hal ve izahını temin eyleyecek imkânların elde edilebilmesi kabil olmakta ve bu suretle Devlet için mevzuubahs mânevî - hukukî şahsiyetten, gerek iç ve gerekse dış hukuk bakımından, çok müsmir neticelerin elde edilmesi imkân dahiline girmektedir.

Her şeyden evvel, zamanımızda, hâkimiyetin, Devleti kendi fizikî varlığıyla tecessüm ve teşahhus ettiren tek bir ferde aidiyeti telâkkisi önemini kaybetmiş bulunmaktadır. İktidarın menşei, sahibi, istimal tarzı ve hudutları hakkında hâkim olan yeni telâkkiler, hâkimiyeti, netice itibariyle, Devletin şahsiyeti gibi mevcudiyeti elzem bir mesnede istinat ettirmek suretiyle izaha çalışmışlar ve bundan dolayı da, dermeyan edilen izah şekilleri ve ileri sürülen hal tarzları itibariyle mevcut farklardan sarfı nazar, Devletin bir şahıs olduğunu kabul etmek, ona bir şahsiyet tanımak, zaruretinin hisseylemişlerdir. Bundan başka, Devleti fiilî ve hukukî bir varlık, bir realite haline getiren, ona fiilî ve hukukî bir varlık bahşeyliyen, onun fiilî ve hukukî varlığının idamesini mümkün kılan mevzuubahs şahsiyet, Devletin gayesi, hizmetleri, fonksiyonları, salâhiyetleri, bu fonksiyon ve salâhiyetleri ifa ve istimal edecek organlar ve bunlarla Devlet ve fertler arasındaki münasebetler hakkında hâkim kılınan bugünkü telâkkilerin de mesnedini teşkil eylemekte; Devlete müteallik bütün bu problemlere, Devletin şahsiyeti esasına dayanmak suretiyle bir hal tarzının bulunulmasına çalışılmaktadır. Mezkûr şahsiyet, keza, Devletin, hudutları gittikçe genişliyen ve gelişen bir mesuliyete tâbi tutulmasını; onun, siyasi, idari, hukukî, cezai sahalara şâmil muhtelif hususlarda mesul kılınmasını temin etmektedir. Devletin şahsiyeti, nihayet, biraz evvel bir vesile ile temas ettiğimiz gibi, gerek dış ve gerek iç hukuk bakımından, hükümet edenler tarafından vücade getiri-

140) Bk. *Vareilles - Sommière*, op. cit., s. 224 - 225; *Marcel de la Bigne de Villeneuve*, op. cit., c. I, s. 615 ve müt.; *Jean Dabin*, op. cit., s. 99.

len tasarruflara bir devamlılık bahşeylemekte; meselâ, dış hukuk bakımından, Devletler arasında yapılan anlaşmaların, bu anlaşmaları yapan fiziki şahıslardaki tebedüllere tâbi olmaksızın, devamlı bir şekilde meriyette kalabilmelerini, keza, iç hukuk bakımından da, hükûmet ve idare edenlerin yaptıkları tasarrufların, bunları yapan fiziki şahıslardaki tahavüllere rağmen, kendi hukuki tesirlerini icraya devam edebilmelerini mümkün kılmaktadır.

Recai Galip Okandan