

Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal

Cilt: 1 - Sayı: 1 / Vol. 1 - No. 1
Ocak / January 2023

KAHD



ÇANKIRI KARATEKİN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

hukuk.karatekin.edu.tr - kahd.karatekin.edu.tr

Sahibi

Prof. Dr. Hüseyin ODABAŞ
Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editörler Kurulu

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ
Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Duygu ÇELEBİ DEMİR

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Gülen SOYASLAN

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Beyza BAYRAKTAR

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Arş. Gör. Hale ŞAHİN

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Arş. Gör. Salih YILDIZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Arş. Gör. Yusuf ÖZEL

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Yayın Kurulu Üyeleri

Prof. Dr. Constance DE LA VEGA

San Francisco Üniversitesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Özyeğin Üniversitesi

Prof. Dr. Francois du BOIS

Leicester Üniversitesi

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Kartini ABOO TALIB

Malezya Ulusal Üniversitesi

Prof. Dr. Marta Otero CRESPO

Santiago de Compostela Üniversitesi

Prof. Dr. Musa AYGÜL

Selçuk Üniversitesi

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Beykent Üniversitesi

Yabancı Dil Editörleri

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe GÜNEŞ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Şerife Esra KİRAZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Mizanpaj Editörü

Arş. Gör. Salih YILDIZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Owner

Prof. Dr. Hüseyin ODABAŞ
Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editorial Board

Editor in Chief

Assist. Prof. Dr. Serdar DEMİRCİ
Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editors

Assist. Prof. Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Assist. Prof. Dr. Duygu ÇELEBİ DEMİR

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Assist. Prof. Dr. Gülen SOYASLAN

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editorial Assistants

Res. Asst. Beyza BAYRAKTAR

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Res. Asst. Hale ŞAHİN

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Res. Asst. Salih YILDIZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Res. Asst. Yusuf ÖZEL

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Editorial Board Members

Prof. Dr. Constance DE LA VEGA

The University of San Francisco

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya University

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Özyeğin University

Prof. Dr. Francois du BOIS

The University of Leicester

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Ankara Hacı Bayram Veli University

Prof. Dr. Kartini ABOO TALIB

The National University of Malaysia

Prof. Dr. Marta Otero CRESPO

The University of Santiago de Compostela

Prof. Dr. Musa AYGÜL

Selçuk University

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Beykent University

Foreign Language Editors

Assist. Prof. Dr. Ayşe GÜNEŞ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Assist. Prof. Dr. Şerife Esra KİRAZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Layout Editor

Res. Asst. Salih YILDIZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi

Danışma Kurulu Üyeleri - Advisory Board Members

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
İstanbul Kültür Üniversitesi
Prof. Dr. Cemal OĞUZ
Çankaya Üniversitesi
Prof. Dr. Elif UZUN
Anadolu Üniversitesi
Prof. Dr. Erdal YERDELEN
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut YAVAŞI
Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Prof. Dr. Murat BATI
Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi
Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
İzmir Bakırçay Üniversitesi
Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Doç. Dr. Burçak YILDIZ
Ankara Üniversitesi
Doç. Dr. Damla KÜÇÜK
Sakarya Üniversitesi
Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Ankara Medipol Üniversitesi
Doç. Dr. İştah URHANOĞLU
Hacettepe Üniversitesi
Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA
Çankaya Üniversitesi
Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Doç. Dr. Ozan CAN
Kırıkkale Üniversitesi

Doç. Dr. Önder TOZMAN
Hacettepe Üniversitesi
Dr. Anabela Susana GONÇALVES
The University of Minho
Dr. Öğr. Üyesi Cemal DURSUN
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ŞEN BOYNUEĞRİ
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN
Atatürk Üniversitesi
Dr. Ivan TOT
The University of Zagreb
Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi İlker KILIÇ
Çankaya Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Özge ARPACI
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Özge ÇELEBİ
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Sarp ŞAHANKAYA
Çankırı Karatekin Üniversitesi
Dr. Shaimaa ABDELKARIM
The University of Birmingham
Dr. Stelios ANDREADAKİS
Brunel University London
Dr. Syed Raza Shah Gilani GILANI
The Abdul Wali Khan University Mardan
Dr. Öğr. Üyesi Taner ŞAHİN
Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Z. Özen İNCİ
Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN
Ondokuz Mayıs Üniversitesi

Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Hukuk Dergisi
*Ocak ve Temmuz aylarında yayınlanan
hakemli bir dergidir.*

*Dergide yayınlanan yazıların içeriğinden
yazarlar sorumludur.*

Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Hukuk Dergisi

Cankiri Karatekin University Karatekin Law Journal
*is an international peer-reviewed journal published
in January and July.*

*Any responsibility related to contents of papers
belong to authors.*

Cankiri Karatekin University Karatekin Law Journal

İletişim - Contact

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluyazı Kampüsü 18100 Çankırı/Türkiye

web: <https://dergipark.org.tr/kaht> - kaht.karatekin.edu.tr

e-mail: kaht@karatekin.edu.tr

EDİTÖRDEN

Değerli Okuyucularımız,

Toplum halinde yaşamak zorunda olan insanların kendilerini uymaya zorunlu saydıkları kuralların en önemlilerini hukuk kuralları oluşturur. Hukuk, hakları güvence altına alan kurallar sistemidir. Günümüz modern dünyasında devletin ve sosyo-ekonomik ilişkilerin toplumsal hayatta artan önemi hukuk kurallarının sistematikleşmesinde büyük rol oynamıştır. Bu noktada, pratikte hukukun toplumsal meseleler karşısında çözüm sağlayıcı bir sistem özelliği taşıması büyük önem arz etmektedir. Hukuk doktrinini geliştirerek, bilimsel ve toplumsal ihtiyaçlara cevap verecek bir hukuk eğitimi de bu süreçte büyük önemi haizdir. Belirtilen farkındalıkları gözeterek yakın bir tarihte eğitim hayatına başlayan Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültemiz, misyonu dahilinde üzerine düşen sorumluluklarının bilinciyle hukuk mesleğine, hukuk eğitime ve bilimine katkı sağlama adına, Karatekin Hukuk Dergisi'ni (KAHD), bilimsel yayın hayatına kazandırmayı hedeflemiştir.

Dergimiz etik ilkeler ve kurallara bağlı olarak hukuk ve hukukla ilişkilendirilebilen, disiplinler arası nitelikteki özgün ve bilimsel çalışmaların yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır. Dergimizde Türkçe veya İngilizce dillerinde yazılmış olan makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler kabul edilmektedir. Yılda iki kez düzenli olarak yayınlanmasını öngördüğümüz Dergimizde, ilk sayıda bize destek olan tüm eser sahiplerine, hakemlerimize ve özverili bir şekilde çalışan tüm editör, yayın ve danışma kurulu üyelerimize sonsuz teşekkürlerimizi iletmeyi bir borç bilmekteyim. Dergimizin siz değerli okuyucularımız, hukuka gönül veren meslektaşlarımız ve çok kıymetli akademisyenlerimizle birlikte içerik ve niteliksel anlamda daha da zenginleşeceğini ve nice sayıları birlikte inşa edeceğimizi ümit etmekteyim.

Dergimiz kapsamındaki bilimsel çalışmalarını, bu vesileyle siz değerli okuyucularımıza saygılarımla sunarım.

Dr. Serdar DEMİRCİ
KAHD Baş Editörü

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

Çalışma Hayatında Esnekleşmenin Geldiği Son Nokta: Sıfır Saat Sözleşmeleri

The Final Step of Flexibility in Working Life: Zero Hour Contracts..... 1

Arş. Gör. Burak KARAKOÇ

Roma Hukuku'nda Locatio Conductio Rei'nin Temel Özellikleri Üzerine Bir İnceleme

A Review on the Main Features of Locatio Conductio Rei in Roman Law..... 19

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet YEŞİLLER

Türk Tipi Başkanlık Sisteminde Denge ve Denetim Mekanizmaları

Check and Balance Mechanisms in Turkish Type Presidential System..... 41

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ERHAN BULUT & Arş. Gör. Vasıf İnanç DUYGULU

ÇEVİRİ / TRANSLATION

İklim Değişikliğine İlişkin Hukuki İlkeler Bildirgesi

Declaration of Legal Principles Relating to Climate Change..... 61

Dr. Öğr. Üyesi Neslihan ÖZKERİM GÜNER



Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal

Cilt/Volume: 1,

Sayı/Issue: 1, 01-17

Geliş Tarihi/Received: 07.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 08.11.2022



ÇALIŞMA HAYATINDA ESNEKLEŞMENİN GELDİĞİ SON NOKTA: SIFIR SAAT SÖZLEŞMELERİ

Arş. Gör. Burak KARAKOÇ*

Özet

Dünyada yaşanan teknolojik ve ekonomik gelişmeler çalışma hayatında esnekleşme ihtiyacını ortaya çıkarmış olup bu yönde yeni çalışma ilişkileri kurulması gündeme gelmiştir. Dünyadaki bu gelişmelere paralel olarak 4857 sayılı İş Kanunu da esnek çalışmaya ilişkin düzenlemeler hüküm altına almıştır. Çalışma hayatında ortaya çıkan değişiklikler ve yeniliklere uygun olarak ortaya çıkmaya başlayan modern ve esnek çalışma ilişkilerinin belki de en dikkat çekeni sıfır saat sözleşmeleridir. Dünyada ilk olarak Birleşik Krallık'ta ortaya çıkan sıfır saat sözleşmeleri ise söz konusu esnekleşme ihtiyacının gelmiş olduğu en son nokta olarak ifade edilmektedir. Ülkemizde uygulaması bulunmayan bu tür sözleşmeler işçilerin güvencesiz ve asgari şartlara sahip olmadan çalışmalarına sebep olduğu için eleştirilmektedir. Çalışmamızda öncelikle esnekleşme kavramı ve türleri (iç esneklik, dış esneklik, ücrette esneklik, çalışma sürelerinde esneklik) üzerinde durulduktan sonra sıfır saat sözleşmesinin tanımı ve içeriği ile türlerinden (işçinin işi kabul etmeme imkanına sahip olmadığı, işçinin işi kabul etmeme imkanına sahip olduğu) bahsedilecek olup akabinde ise Türk İş Hukuku düzleminde uygulanabilirliği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Esnekleşme, Sıfır Saat Sözleşmesi, Çağrı Üzerine Çalışma, Güvenceli Esneklik, Kısmi Süreli Çalışma

THE FINAL STEP OF FLEXIBILITY IN WORKING LIFE: ZERO HOUR CONTRACTS

Abstract

Technological and economic developments in the world have revealed the need for flexibility in working life, and the establishment of new working relations in this direction has come to the fore. In parallel with these developments in the world, the Labor Law No. 4857 also included regulations regarding flexible working. Perhaps the most striking of the modern and flexible working relations that have started to emerge in line with the changes and innovations in working life is zero hour contracts. Zero hour contracts, which emerged for the first time in the United Kingdom in the world, are expressed as the last point of the need for flexibility. Such contracts, which are not implemented in our country, are criticized because they cause workers to work insecurely and without minimum conditions. In our study, first of all, the concept of flexibility and its types (internal flexibility, external flexibility, flexibility in wages, flexibility in working hours) are emphasized, and then the definition and content of the zero hour contract and its types (the worker does not have the opportunity to accept the job, the worker has the opportunity to refuse the job). will be mentioned and then its applicability in the Turkish Labor Law will be discussed.

Keywords: Flexibility, Zero Hour Contract, On-Call Work, Assured Flexibility, Part-Time Work

*Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
e-posta: burak.karakoc@asbu.edu.tr, ORCID: [0000-0002-9225-1530](https://orcid.org/0000-0002-9225-1530)

GİRİŞ

Dünyada yaşanan teknolojik ve ekonomik gelişmeler, çalışma hayatının tüm dinamiklerine sirayet etmiş ve değişikliklere ayak uydurma zorunluluğu hasil olmuştur. Bu değişikliklere uyum sağlama sürecinde iş hukuku kurallarının katı bir şekilde uygulanmasının pratikte muhtelif zararlara ve haksızlıklara yol açmasından hareketle iş hukukunda ve çalışma ilişkilerinde esnekleşme ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Sosyal ve çalışma ilişkilerinden elde edilen kazanımların korunması için esnek çalışmaya hukuk düzenlerinde yer vermeye başlanmıştır. Esnekleşme ihtiyaçları da yeni istihdam modellerine ve yeni çalışma ilişkisi türlerine sebebiyet vermiştir. İşte bu yeni modellerden; esnek çalışmanın ulaştığı en son nokta, Birleşik Krallık'ta ortaya çıkan ve yavaş yavaş Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de görülmeye başlanan sıfır saat sözleşmesidir.

I. ESNEKLEŞME

A. KAVRAM

Teknolojinin hızlı ilerleyişi, globalleşme ve sektörel büyümeler neticesinde esneklik ihtiyacı çalışma ilişkilerinde ortaya çıkmaya başlamıştır. Kavram olarak esneklik; piyasada, ürünlerin özelliklerinde, iş pratiklerinde, teknoloji kullanımında ve iş hacminde katı düzenlemelerin yumuşatılması demektir¹.

OECD tarafından hazırlanan 1986 tarihli Dahrendorf Raporu'nda esneklik kavramının tanımı yapılmıştır. Buna göre esneklik, *“sistemlerin, organizasyonların ve bireylerin yeni yapılanmalar ve davranış biçimleri geliştirerek değişen koşullara başarılı bir şekilde uyum gösterme becerisi”* şeklinde tanımlanmıştır².

Buna göre çalışma hayatında gelişen ve değişen koşullara başarılı bir şekilde uyum gösterme becerisi, esneklik müessesesi ile mümkün olacaktır. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki, esneklik kavramının gereklerine uygun hareket edilirken iş hukukunun temel dayanak noktalarından biri olan işçinin korunması ilkesinin zedelenmemesi gerekir. Bu tarz bir zedelenmenin önüne geçilebilmesi de esnekliğin mümkün olduğunca azami miktarda güvenceli

¹ Murat İkizler, Türk Hukukunda Esnek Çalışma, Ankara, 2012, s. 21; Çağlar Doğru, “İnsan Kaynakları Açısından Esnek Çalışmanın İstihdama Etkilerinin İncelenmesi: Türkiye Örneği”, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 4, s. 7, Ocak 2015, s. 110; Begüm Şermet, “İş Hukukunda Esneklik ve Atipik İş Sözleşmeleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, s. 123, Kasım 2014, s. 141; Tolga Alkan, “Esnek Çalışma Biçimleri Ve Çağrı Merkezi Örneği”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 34.

² Dahrendorf Raporu'ndaki Tanımlama Hakkında Detaylı Bilgi İçin Bkz. Canan Erdoğan, “İş Hukukunda Esneklik İle İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, s. 170, Ekim 2020, s. 2021; İkizler, s. 21.

şekilde yapılması ile mümkündür³.

Güvenceli esnekliğin gereği olarak hem işverenin işletmesi babında özgürlüğünün hem de çalışanın menfaatlerinin korunması elzemdir ki bu sayede esneklik ile hem işçi hem de işveren korunmuş olur⁴. İş hukukunda esnekleşme, tarafların TİS veya bireysel olarak akdettikleri iş sözleşmeleri ile çalışma koşullarında ihtiyaçlara göre değişiklikler yapılması suretiyle hayat bulur⁵. Çünkü esnekleşme, iş hukuku düzenlemelerimizde var olan emredici kurallara istisnalar getirerek veya yeni esnek düzenlemeler yapılarak sağlanmaktadır.

Ancak unutulmamalıdır ki bu esnekleşme faaliyeti, tamamen bir kuralsızlaşma değildir⁶. Günlük ihtiyaçlar karşılanırken ve bu amaçla esnekleşme yoluna gidilirken işçinin korunması ilkesi tamamen göz ardı edilememeli ve işçiyi koruyucu asgari esaslar mevcudiyetini korumalıdır⁷.

Ezcümle, esnekleşme ile hedeflenen erim; sözleşme serbestisi alanının imkanlar dahilinde azami şekilde genişletilmesi ve devletin sözleşmeler üzerindeki müdahalesinin azaltılıp, taraf iradelerine uygun sözleşmelerin daha çok ortaya çıkarılabilmesidir. Bunu gerçekleştirirken de işçinin korunması ilkesinin zarar görmemesi noktasında en üst seviyede dikkat gösterilmesi gerekmektedir.

B. TÜRLERİ

İş hayatında esnekleşme ihtiyaçları, farklı esnekleşme türlerinin vücut bulmasına zemin hazırlamıştır. Esneklik genel olarak; esnek teknoloji, esnek üretim, esnek yönetim ve esnek çalışma olarak türlere ayrılır⁸. Çalışmamızın konusu olan sıfır saat sözleşmesinin içeriği uyarınca; esnekliğin türlerinden biri olan esnek çalışma ve bunun alt türleri üzerinde durulacaktır.

Esnek çalışma, geleneksel çalışma modeli haricindeki tüm çalışma sistemlerini ve modellerini içeren geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁹. Genel olarak esnek çalışma; işletmelerin işçi sayısını serbestçe belirlemesi, işletmelerin çalışma zamanlarını ihtiyaca göre ayarlayabilmesi, ücretin verimliliğe ve ödeme gücüne göre ödenmesi, lüzumu halinde işçileri

³ Gaye Baycık, “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, s. 1, Haziran 2014, s. 224; Erdoğan, s. 2022.

⁴ Erdoğan, s. 2022; Şermet, s. 142.

⁵ Doğru, s. 110; Erdoğan, s. 2022.

⁶ Şermet, s. 141; Baycık, s. 226.

⁷ Erdoğan, s. 2022; Şermet, s. 141; Baycık, s. 233.

⁸ Alkan, s. 34-35; İkizler, s. 21.

⁹ Hakan Çelenk, “Esnek Çalışmanın İşgücü Maliyetlerine Ve Rekabet Gücüne Etkisi Ve Tekstil Sektöründe Uygulaması”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 11; İkizler, s. 26-27.

bir başka işverenin emrinde görevlendirebilme vb. gibi hususları içermektedir¹⁰.

1. Fonksiyonel (İç) Esneklik

İşgücünün teknolojiye ve zamanın ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesine, çalışanların o işletme içerisinde farklı işler yapabilmesine fonksiyonel esneklik denir¹¹. Bu esneklik türü; çalışma süreleri ve işin düzenlenmesi ile ilgili olup, bu hususları esnekliğin amacına uygun şekilde uygun şekilde düzenlemeyi hedeflemektedir¹².

Fonksiyonel esneklik, işletme için önemli ve gerekli olan vasıfları haiz olan işgücünün çok sayıda işler yapabilme kabiliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır¹³. Bu tür durumlarda da talepteki değişikliklere ve sistemsel farklılıklara uyum sağlamak mümkün hale gelmektedir¹⁴.

2. Sayısal (Dış) Esneklik

İşgücü miktarının talebe, yeni üretim unsurlarına, teknolojik gelişmelere uygun hale getirilmesini amaçlayan; istihdamdaki esnekliği ifade eden esneklik türüdür¹⁵. İşletmelerin, ellerindeki iş gücü sayısına piyasa koşullarındaki değişime göre müdahale edebilmesidir¹⁶.

Bu müessese sayesinde bazı işlerin başka işletmelere yaptırılması, bazı hizmetlerin işletme dışından sağlanması, özel bürolar vb. aracılığıyla işçi sağlanması gibi hususlar olanaklı hale gelmektedir¹⁷. Ezcümle sayısal esneklik, emek gücü sayısının istenilen şekilde değiştirilebilmesini ifade etmektedir¹⁸.

3. Ücret Esnekliği

Ücret esnekliği, değişen piyasa koşullarına ve işletmelerin ihtiyaçlarına göre farklı ve

¹⁰ Bülent Turan, "Türk Çalışma Hayatında Esneklik Tartışmaları ve 4857 Sayılı İş Kanununa Yansımaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, 2005, s. 6; İkizler, s. 27.

¹¹ A. Oya Özçelik, "Güvenceli Esneklik Kavramı ve Türk Çalışma Hayatındaki Yeri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 12; Hugh Collins ve Ewing, K. D. ve Aileen Mccolgan, Labour Law, Cambridge, 2012, s. 159; Alkan, s. 36; Çelenk, s. 31-32; İkizler, s. 29; Erdoğan, s. 2023.

¹² Fevzi Demir ve Gülşen Gerşil, "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 16, 2008, s. 70-71, Erdoğan, s. 2023; Şermet, s. 142; Çelenk, s. 32.

¹³ Nurgün Kul Parlak, "İş-Yaşam Dengesi Açısından Esnek Çalışmanın Analizi", Kırklareli Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, Y. 2006, s. 112; Baycık, s. 230.

¹⁴ Yücel Öztürkoğlu, "Tüm Yönleriyle Esnek Çalışma Modelleri", Beykoz Akademi Dergisi, C. 1, S. 1, Haziran 2013, s. 110; Baycık, s. 230; Şermet, s. 142; Turan, s. 19; Alkan, s. 37.

¹⁵ Erdoğan, s. 2023; Kul Parlak, s. 112; Collins, Ewing ve Mccolgan, s. 159; Özçelik, s. 11-12.

¹⁶ İkizler, s. 27; Şermet, s. 142; Çelenk, s. 33.

¹⁷ Baycık, s.230; Öztürkoğlu, s. 110; Alkan, s. 35.

¹⁸ Alkan, s. 35; Turan, s. 21; Demir ve Gerşil, s. 69-70.

değişken ücret uygulamaları yapılabilmesidir¹⁹. Bir başka deyişle; işletmelerin, ücret düzeyini değişen şartlara göre ayarlayabilme serbestisidir²⁰. Bu müessese ile ücret ödemelerinde kişi bazlı sistemlerin uygulanması mümkün hale gelmektedir²¹.

4. Esnek Çalışma Süreleri

Esnek çalışma süreleri, klasik çalışma süresi uygulamalarından ayrılan çalışma süreleri uygulamalarını ifade eder²². Çalışma sürelerindeki esneklik, çalışma sürelerinin kısaltılmasını belirtmektedir²³.

Telafi çalışması, denkleştirme süresi, kayan iş süreleri, sıkılaştırılmış çalışma haftası, kısa çalışma, evde çalışma gibi yöntemler; işçilerin çalışma sürelerindeki değişiklikleri mümkün kılmaktadır.

C. İŞ KANUNU'NDA ESNEKLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bilindiği üzere klasik iş ilişkisi modeli; işçinin işverene bağımlı olarak, işin ona ait işyerinde ifa edilmesinin öngörüldüğü ve kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı yapılan çalışmadır. Klasik anlamda iş ilişkisi ve bu ilişkiyi düzenleyen kuralların katı şekilde uygulanması, gelişen teknoloji ve yeni taleplerin doğmasıyla zaman içerisinde esnekleşme ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

Belirtmek gerekir ki iş hukukunda esnekleşme ihtiyacı, işçinin asgari çalışma gereksinimlerinin karşılanması hususunun önüne geçmemelidir. Esnekleşme sağlanırken işçinin korunması ilkesi ihlalinin göze alınması söz konusu dahi edilememelidir. Bu sebeple İş Kanunumuz da önceki kanundan farklılığını ortaya koymuş, esnekleşme ihtiyaçlarına uygun olarak farklı düzenlemeleri hüküm altına alma yoluna gitmiş ve bunu yaparken de işçiyi güvence altına alma prensibinden de vazgeçmemiştir²⁴.

Esnekleşmeye duyulan ihtiyaç ve bu konuya ilişkin düzenlemelerin var olması gerekliliği, kanunun genel gerekçesinde de ifade edilmiştir:

“(...) otuz yıldan fazla bir süreden beri yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu, zaman zaman yapılan değişikliklere karşın çağdaş gelişmeleri yeterince yansıtamadığı gibi, içerdiği

¹⁹ İkizler, s. 29-30; Çelenk, s. 34; Collins, Ewing ve Mccolgan, s. 159.

²⁰ Hazel Başköy ve Yılmaz Kılıçaslan, “Esnek İşgücü Piyasası Politikalarının Ücret ve Kâr Üzerine Etkisi: Bir Karşılaştırmalı Ülke Analizi”, Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C. 3, S. 54, 2017, s. 1513; Alkan, s. 38.

²¹ Turan, s. 25; Baycık, s. 230; Demir ve Gerşil, s. 71.

²² İkizler, s. 31; Başköy ve Kılıçaslan, s. 1512.

²³ Demir ve Gerşil, s. 70; Turan, s. 22; Çelenk, s. 34.

²⁴ Güvenceli Esneklik ile İlgili Detaylı Bilgi İçin Bkz. İkizler, s. 36 vd.; Baycık, s. 224 vd.

*bazı hükümler uygulamada önemini tümüyle yitirmiştir. (...) çalışma hayatını yakından etkileyen ekonomik, sosyal ve siyasal koşullar, Türkiye Cumhuriyeti'nin iş hukuku alanındaki yetmiş yıla yaklaşan birikimi, uygulamada karşılaşılan sorunlar, **esnekleşme gereksinimi**, Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum sağlama zorunluluğu mevcut İş Kanunu'nda bazı değişiklikler yapılması yerine yeni bir iş yasının hazırlanmasını zorunlu kılmıştır. (...)"²⁵*

Çağa uyum sağlama ve esnekleşme ihtiyaçlarının karşılanması amaçlarıyla kanun koyucu İş Kanunu'na çeşitli kurumlar getirerek bu ihtiyaçların giderilmesini sağlamıştır. Esnekleşmeyi sağlama amacıyla getirilen bu düzenlemelere; kısmi süreli iş sözleşmesi, geçici iş ilişkisi, çalışma sürelerinin belirli günlere dağıtılmasına imkân verilmesi, uzaktan çalışma, geçici iş ilişkisi vb. kurumlar örnek verilebilir.

Bu düzenlemeler hayat bulurken işçiyi koruyucu düzenlemeler de göz ardı edilmemiş ve asgari koruyucu hükümler yine kendine yer bulmuştur. Örneğin İş Kanunu m. 5/I düzenlemesi “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. (...)” şeklindedir. Yine İş Kanunu m. 14/VI “(...) Uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür. (...)” hükmünü amirdir. Örnek kabilinde verilen bu hükümler de göstermektedir ki Türk kanun koyucu her ne kadar çağın gereksinimlerine ayak uydurmuş ve esnekleşme ihtiyaçlarına uygun hareket etmeye çalışmışsa da işçiyi koruyucu hükümleri de düzenleme altına almış ve güvenceli esnekliğin gereğini yerine getirmiştir.

²⁵ <http://www.turkis.org.tr/dosya/R9u5nthtxpp3.Pdf> (S. E. T. 10.10.2021)

II. SIFIR SAAT SÖZLEŞMESİ

A. KAVRAM

1996 yılında Birleşik Krallık'ta ortaya çıkan, en çok yine bu ülkede kullanılan bu uygulama, esnekleşmenin varmış olduğu son nokta olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶. Sıfır saat sözleşmesi henüz ülkemizde bir düzenlemeye konu olmamış ve uygulaması bulunmayan bir müessesedir.

Birleşik Krallık Employment Rights Act 27A düzenlemesi²⁷:

(1) *Bu bölümde sıfır saat sözleşmesi,*

İşverenin işçiye iş yapmayı ya da hizmet vermeyi sağlaması şartına bağlı olarak işçinin iş ya da hizmet görmeyi üstlendiği ya da

Bu tür bir iş ya da hizmetin işçiye sağlanacağına kesinliğin olmadığı, bir iş sözleşmesi ya da başka bir işçi sözleşmesi anlamına gelir.

(2) *Bu amaçla, işveren işçinin işi yapması ya da hizmeti ifa etmesini ister ya da ihtiyaç duyarsa, işçiye iş ya da hizmet sağlar.*

(3) *Sıfır saat sözleşmesinin,*

İşçinin başka bir sözleşme ya da anlaşma kapsamında iş yapmasını ya da hizmet vermesini yasaklayan ya da

İşverenin izni olmaksızın bunları yapmasını yasaklayan hükümleri, işçiye karşı uygulanmaz.

olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sıfır saat sözleşmesi; işverenin işçiye önceden çalışma süresini taahhüt etmediği, taraflar arasında asgari bir çalışma süresinin belirlenmediği, ücretlendirilecek işin asgari süre olmadan gerçekleştirildiği, işçinin sadece çalıştığı sürenin karşılığında bir ücret aldığı bir sözleşme

²⁶ Berna Öztürk, "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri", İstanbul, 2021, s. 319; Erdoğan, s. 2020.

²⁷ Düzenlemenin orijinal metni: "27a Exclusivity terms unenforceable in zero hours contracts:

(1) *In this section "zero hours contract" means a contract of employment or other worker's contract under which—*
(a) *the undertaking to do or perform work or services is an undertaking to do so conditionally on the employer making work or services available to the worker, and*

(b) *there is no certainty that any such work or services will be made available to the worker.*

(2) *For this purpose, an employer makes work or services available to a worker if the employer requests or requires the worker to do the work or perform the services.*

(3) *Any provision of a zero hours contract which—*

(a) *prohibits the worker from doing work or performing services under another contract or under any other arrangement, or*

(b) *prohibits the worker from doing so without the employer's consent,*
is unenforceable against the worker.

(4) *Subsection (3) is to be disregarded for the purposes of determining any question whether a contract is a contract of employment or other worker's contract."* şeklindedir.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/27a> (S. E. T. 10.10.2021)

olarak tanımlanabilir²⁸.

Sıfır saat sözleşmesinin en önemli ve de karakteristik olan özelliği, Employment Rights Act 27A düzenlemesinde görüleceği üzere, ortalama bir çalışma süresinin mevcut olmaması noktasında ortaya çıkmaktadır. Sıfır saat sözleşmesinin bu özelliği uyarınca, bir işverenin asgari istihdam sağlama yükümlülüğü bertaraf edilmektedir. Bu sebeple söz konusu hususun işverene büyük bir kolaylık bahşettiği izahtan varestedir.

Sıfır saat sözleşmesi ekonomik açıdan işverenin personel maliyetini azaltma amacına da hizmet etmektedir²⁹. İşveren; sadece karşılığını aldığı iş için ücret ödemesi yaptığından, işçiye ihtiyaç duymadığı zaman işçiyi çalıştırmak zorunda değildir.

İşçinin sadece kendisine ihtiyaç duyulduğunda çalışması ve sadece çalıştığı zaman ücrete hak kazanmasından ötürü; işsizlik ve çalışmama riski işverenin olmayacak, işbu risk işçinin üzerinde olacaktır³⁰. Bu durum da işçi açısından güvencesizliğin ortaya çıktığının en büyük emaresidir.

B. İÇERİĞİ

Klasik anlamdaki iş sözleşmesi; işçinin iş görme borcu altına girdiği, işverenin de işçinin yapmış olduğu bu işe karşılık ücret ödeme borcu altına girdiği bir sözleşme türüdür³¹. Sıfır saat

²⁸ Mihaela-Emilia Marica, "On Call (Zero Hour) Contractual Arrangements: A New Form Of Employment", Juridical Tribune Bucharest Academy Of Economic Studies, C. 9, S. 1, 2019, s. 72-73; Maria Koumenta, ve Mark Williams, "An Anatomy Of Zero-Hour Contracts in The Uk", Industrial Relations Journal, C. 50, S. 1, s. 21 vd.; Anni Tervamaa, "Exploring Rewarding Of The Zero-Hour Contract Employees", Bachelor's Thesis, Jamk University Of Applied Science, Jyväskylä, 2015, s. 6 vd.; Emel Okur-Berberoğlu, "Evaluation Of Zero Hour Contracts Within Ecoliteracy in New Zealand", International Electronic Journal Of Environmental Education, C. 9, S. 2, 2019, s. 73; Fuat Man, "Bir Hiper İstihdam Türü Olarak 'Sıfır Süreli Sözleşme'", Hak-İş Uluslararası Emek Ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 8, 2015, s. 95; Abi Adams ve Jeremias Prassl, "Zero-Hours Work in The United Kingdom", Cenevre, 2018, s. 1-2; Öztürk, s. 274 vd.; Erdoğan, s. 2025.

²⁹ Erdoğan, s. 2025, Öztürk, s. 275.

³⁰ Öztürk, s. 275; Erdoğan, s. 2025.

³¹ Klasik İş İlişkisi Hakkında Detaylı Bilgi İçin Bkz. H. Hadi Sümer, İş Hukuku, 21. B. Ankara, 2016, s. 37 vd.; M. Fatih Uşan, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku C. 1 İş Hukuku, 2. B. Ankara, 2009, s. 43 vd.; B. Çağla Şahin, Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2021, s. 5 vd.; M. Zahid Yener, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarına Temerrüt, Ankara, 2020, s. 25 vd.; Ömer Ekmekçi ve M. Refik Korkusuz, Turkish Individual Labour Law, İstanbul, 2020, s. 21-22; Ebru Erener, Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 5 vd.; Z. Aslı Özkan, İş Sözleşmesi Kapsamında İşçinin İş Görme Borcu, İstanbul, 2019, s. 52 vd.; Filiz Berberoğlu Yenipınar, Bireysel İş Hukuku Davaları, Ankara, 2017, s. 19 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. B. İstanbul, 2010, s. 75 vd.; C. İlhan Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 5. B. Ankara, 2015, s. 87 vd.; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 8. B. İstanbul, 2016, s. 67 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı C. 1 Bireysel İş Hukuku, 4. B. Ankara, 2020, s. 84 vd.; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, İş Hukuku, 10 B. İstanbul, 2020, s. 61 vd.; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. B. İstanbul, 2020, s. 25 vd.; M. Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 2020, s. 80 vd.; Nuri Çelik, Nürşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 33. B. İstanbul, 2020, s. 173 vd.; Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B. Ankara, 1978, s. 125 vd.; Ercan Poyraz, İş Hukuku, 7. B. Ankara, 2016, s. 27; Ercan Akyiğit, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2020, s. 97 vd.; Fahrettin Korkmaz ve N. Seyhun Alp, Bireysel İş Hukuku, 4. B. Ankara, 2019, s. 101 vd.; E. Tuncay Senyen-Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 10. B. Ankara, 2019, s. 83 vd.; Sarper Süzek, İş Hukuku, 20. B. İstanbul 2020, s. 223 vd.; Collins, Ewing ve Mccolgan, s. 93 vd.; Simon Deakin ve

sözleşmelerinin iş sözleşmesi niteliğini haiz olup olmadığı hususu, hem işçiye hem de işverene yüklenen yükümlülükler ve hem işçinin hem de işverenin elde edeceği haklar bakımından büyük önem arz etmektedir.

Ülkemizde henüz uygulama alanına sahip olmayan sıfır saat sözleşmesi, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kendine yer bulmaya başlamış ve AB'ye üye ülkelerde yargı kararlarında yer almaya başlamıştır³².

Sıfır saat sözleşmesinin bir iş sözleşmesi olup olmadığının nitelendirilebilmesi için mevzuatımızda iş sözleşmesinin ne olduğu ve hangi unsurları içermesi gerektiği hususları üzerinde durmak isabetli olacaktır.

İş Kanunu m. 8/I “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir. (...)*” ve TBK m. 393/I “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. (...)*” düzenlemeleri bu hususa ışık tutmaktadır.

Her iki düzenlemede görüldüğü üzere; iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Bu üç unsurun birlikte bulunduğu hallerde, taraflar arasındaki sözleşmeye iş sözleşmesi denir³³. Diğer bir deyişle iş sözleşmesi ve işçinin tanımı noktalarında, bir hizmetin diğer tarafa bağımlı olarak sunulmasından ve bunun karşılığında da ücret ödenmesinden bahsetmek lazım gelmektedir.

Bu hususta dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki; iş/hizmet sözleşmesinin tanımları yapılırken, asgari bir çalışma süresinin bahsi geçmemektedir. İş Kanunu'nda çalışma süreleriyle ilgili tek düzenleme çağrıya dayalı sözleşme tipinde mevcuttur³⁴. İş Kanunu m. 14/I-II düzenlemesi:

“Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı

Gillian Morris, Labour Law, 6. B. Oregon 2012, s. 147 vd.; Remy Wyler, Introduction to Swiss Law, 3. B. Lozan, 2004, (ed.: François Dessemontet ve Tuğrul Ansay), s. 234 vd.; A. C. L Davies, Employment Law, Oxford, 2015, s. 137 vd.

³² Örneğin Alman Eyalet İş Mahkemesi 07.04.2011 Tarihinde 5 Sa 637/10 numaralı kararında sıfır saat sözleşmesinin tanımına yer vermiştir. (Aktaran: Öztürk, s. 274; Erdoğan, s. 2026).

³³ İş Sözleşmesinin Unsurları Hakkında Detaylı Bilgi İçin Bkz.: Yener, s. 27 vd.; Şahin, s. 9 vd.; Sümer, s. 37 vd.; Uşan, s. 44-45; Ekmekçi ve Korkusuz, s. 21; Çelik, s. 78 vd.; Berberoğlu Yenipınar, S. 19 vd.; Özkan, s. 55 vd.; Erener, s. 9 vd.; Ekmekçi ve Yiğit, s. 25 vd.; Süzek, S. 223 Vd. Uşan/Erdoğan, s. 80-81; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan, s. 62 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 84 vd.; Tunçomağ ve Centel, s. 67 vd.; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 176 vd.; Esener, s. 126-127; Poyraz, s. 27; Akyiğit, s. 98 vd.; Korkmaz ve Alp, s. 101 vd.; Senyen-Kaplan, s. 83-84.

³⁴ Erdoğan, s. 2026.

üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır. (...) ” hükmünü havidir.

Hukukumuzda sıfır saat sözleşmesiyle ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakla beraber, hem ILO tarafından kabul edildiği üzere hem de sıfır saat sözleşmesinin uygulama alanı bulduğu ülkelerdeki düzenlemeler uyarınca; mezkûr sözleşme çağrı üzerine çalışmanın bir türü olarak görüldüğünden³⁵, İş Kanunu m. 14 düzenlemesi münhasıran bir önem kazanmaktadır. Zira sıfır saat sözleşmeleri atipik bir çalışma türü olup çağrı üzerine çalışma müessesesi ile yakından ilişkilidir³⁶.

Çağrı üzerine çalışma; işverenin, ihtiyaca göre işçiye çağrıda bulunarak işçiden iş görme edimini yerine getirmesini talep ettiği bir sözleşme türü olup bu iş sözleşmesi tipi taraflarca önceden belirlenmiş bir çalışma süresinin başlangıç noktasını işverene tanıyan bir esnek çalışma şeklidir³⁷. İş Kanunu m. 14 düzenlemesi uyarınca çağrı üzerine çalışmada işverenin işçiye belli bir süre önceden çağrı yapma zorunluluğunda olması, herhangi bir süre belirlenmediği takdirde işçinin haftalık yirmi saat çalışmış sayılması, her çağrıda işçinin en az dört saat çalıştırılma zorunluluğu gibi hususlar işçiyi koruma düşüncesinin bir ürünü olup kanun koyucunun esnekliğin gereklerini yerine getirirken güvenceli esnekliği sağlamak istediğinin göstergesidir.

Tüm bu açıklamalar neticesinde; her ne kadar ILO sıfır saat sözleşmesini çağrı üzerine çalışmanın bir türü olarak kabul etse de Türk İş Hukuku düzleminde tarafların bir süre belirlememiş olması halinde dahi asgari bir haftalık çalışma süresinin geçerli olacağı ve işçinin bu süre karşılığında ücret almaya hak kazanacağı göz önüne alındığında, sıfır saat sözleşmesinin İş Kanunu m. 14 düzenlemesinde kendisine yer bulan çağrı üzerine çalışmanın bir türü olduğu düşüncesine katılmamaktayız. Atipik özelliği haiz olan sıfır saat sözleşmesinin kendine özgü (*sui generis*) bir niteliği haiz olduğu düşüncesindeyiz.

C. TÜRLERİ

Genel olarak sıfır saat sözleşmesinin; işverenin işçiye herhangi bir iş garanti etmek

³⁵ Öztürk, s. 304.

³⁶ Öztürk, s. 310.

³⁷ Çağrı üzerine çalışma ile ilgili detaylı bilgi için bkz.: Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 224 vd.; Günay, s. 82; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Başkan, s. 98-99; Uşan ve Erdoğan, s. 89; Çelik, s. 100-101; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, s. 149 vd.; Uşan, s. 50-51; Ekmekçi ve Yiğit, s. 82; Süzek, s. 264 vd.; Sümer, s. 45-46; Poyraz, s. 33; Akyiğit, s. 131 vd.; Korkmaz ve Alp, s. 116-117; Ekmekçi ve Korkusuz, s. 48-49; Senyen-Kaplan, s. 105-106.

zorunda olmadığı ve işçinin de sadece çalıştığı sürenin karşılığında ücret almaya hak kazandığı bir sözleşme türü olduğunu belirtmiştik. Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte sıfır saat sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu açıklamadan aridir. Hal böyle iken her özel hukuk sözleşmesinde olduğu gibi sözleşme özgürlüğü ilkesi³⁸ gereği tarafların sözleşme yapma yapmama veya sözleşmenin içeriğini özgürce kararlaştırma haklarını haiz olduğu izahattan varestedir.

İşte bu noktada, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği işçinin kendisine sunulan sözleşmeyi kabul edip etmeme noktasında, sıfır saat sözleşmelerinin ikiye ayrıldığından bahsetmek gerekmektedir. Alman İş Hukuku doktrinde, işçinin işi reddetme imkanına sahip olup olmamasına göre, bu türler sıfır saat iş sözleşmeleri ve sıfır saat çerçeve sözleşmeleri olarak nitelendirilmiştir³⁹.

1. İşçinin İş Kabul Etmeme İmkanına Sahip Olmadığı Sıfır Saat Sözleşmesi (Sıfır Saat İş Sözleşmeleri)

Bu minvalde yapılan bir sıfır saat sözleşmesine göre işçi, işveren tarafından kendisine verilecek olan işi yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu tür bir sözleşmenin bir iş sözleşmesi niteliğinin haiz olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre bunun bir iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi durumunda; iş hukukunun temel prensiplerine, bilhassa, işçiyi koruyucu ve ücretini güvence altına alan yaklaşıma aykırı bir durum ortaya çıkacaktır⁴⁰.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre bu tür bir sözleşmenin varlığında; işçinin işverene karşı hukuki bağımlılığının bulunduğu, iş görme borcunun olduğu, işverenin emir ve talimat verme

³⁸ Sözleşme özgürlüğü ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. B. Ankara, 2020, s. 336 vd.; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, s. 163-164; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, 7. B. İstanbul, 2017, s. 503 vd.; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. B. Ankara, 2020, s. 33 vd.; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. B. İstanbul, 2013, s. 133; Hasan Karakılıç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2. B. İstanbul, 2017, s. 58 vd.; F. Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, 2. B. İstanbul, 1976, s. 233; Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B. Ankara, 2017, s. 6; H. Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B. İstanbul, 2018, s. 74 vd.; A. Mithat Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. B. Ankara, 2016, s. 84 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. B. İstanbul, 2018, s. 23 vd.; S. Sami Akkurt, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat, Borçlar Hukuku, 3. B. Ankara, 2020, s. 46 vd.; Nihat Yavuz, Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara, 2018, s. 155-156; İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. B. Ankara, 2019, s. 11 vd.; Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B. Ankara, 2018, s. 11 vd.; Murat Doğan, Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. B. Ankara, 2021, s. 36 vd.; O. Sadık Aydos, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 25; Ömer Ergün ve Coşkun Çaldağ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, Ankara, 2018, s. 110-111; Mustafa Ünlütepe, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 68 vd.; Eugen Bucher, Introduction To Swiss Law, 3. B. Lozan, 2004, (Ed.: François Dessemontet ve Tuğrul Ansay), s. 109; Geoffrey Samuel, Law of Obligations and Legal Remedies, 2. B. Londra, 2001, s. 287-288.

³⁹ Öztürk, s. 297.

⁴⁰ Erdoğan, s. 2027.

yetkisi ile ücret ödeme yükümlülüğünün bulunduğundan bahisle iş sözleşmesi niteliğini haiz olan sıfır saat iş sözleşmesi mevcudiyet kazanacaktır⁴¹. Bu görüşe göre sıfır saat iş sözleşmesi ile çalışan işçi de iş hukukunun sunduğu koruyucu hükümlerden faydalanabilecektir.

Kanaatimizce ikinci yaklaşım daha doğrudur. Zira sözleşme serbestisi gereği özgür iradeleri ile bu yönde bir sözleşme yapma yoluna giden taraflar, daha sonra ortaya çıkacak çalışma durumlarında nasıl pozisyon almaları gerektiğinin bilincinde olarak mezkûr sözleşmeye imza atmış olacaktır.

2. İşçinin İşi Kabul Etmeme İmkânına Sahip Olduğu Sıfır Saat Sözleşmesi (Sıfır Saat Çerçeve Sözleşmeleri)

Bu minvalde yapılmış olan bir sıfır saat sözleşmesinde ise işçi; kendisinden istenen işi yapma yükümlülüğü altında bulunmayıp, bu işi reddetme imkânını haizdir. Hal böyle olunca da ortada bir iş sözleşmesinin mevcut olmadığı açıklamadan aridir⁴².

Doktrinde Erdoğan'ın da belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre; işçinin kendisinden istenen işi yerine getirme yükümlülüğü bulunmamakla beraber, işçinin mezkûr işi kabul etmesi durumunda arada bir iş sözleşmesi kurulmuş olur⁴³. Bu tür sıfır saat sözleşmelerinde ileride yapılacak bir iş sözleşmesinin koşulları belirlenmekte olup haliyle bu sözleşmeler çerçeve sözleşme niteliğini kazanmaktadır⁴⁴.

⁴¹ Öztürk, s. 301.

⁴² Erdoğan, s. 2027; Öztürk, s. 297-298.

⁴³ Erdoğan, s. 2027.

⁴⁴ Öztürk, s. 301.

SONUÇ

Çalışma hayatında günümüz şartları gereği esnekleşme ihtiyacının kaçınılmaz olduğu bir gerçektir. Esnekleşme, çalışma hayatında gelişen ve değişen koşullara başarılı bir şekilde uyum gösterme becerisidir.

Esnekleşmenin tezahür ettiği noktalara göre iç, dış, ücret esnekliği, çalışma sürelerinde esneklik gibi türleri bulunmaktadır. Türk kanun koyucu da dünyada yaşanan gelişmelere ve esnekleşme ihtiyaçlarına kayıtsız kalmayarak İş Kanunu'nda esnekleşme ihtiyaçlarına uygun olarak muhtelif düzenlemeleri hüküm altına alma yoluna gitmiştir.

Çalışma hayatında esnekleşmenin geldiği son nokta ise sıfır saat sözleşmeleri olmuştur. Sıfır saat sözleşmeleri; işçinin çalışma süresinin belli olmadığı ve sadece çalıştığı süre, ki eğer çalışırsa, karşılığında ücret almaya hak kazandığı bir sözleşme türüdür. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu sözleşmeler istihdam ve iş temin edip çalışmanın sürdürülmesi hususlarında rizikoyu işverenden alıp işçinin üzerine yüklemektedir. Bu sebeple işçiyi koruyucu asgari şartları haiz olmaması ve esnekliğin güvenceli olarak yerine getirilmesi imkanının düşük olması sebebiyle ülkemizde uygulanması ve kabul edilmesi mümkün olmayan bir sözleşme türüdür.

Türk İş Hukukunda sıfır saat sözleşmesine dair açık bir yasal düzenleme mevcut değildir. Esnekleşmenin gereği olarak İş Kanunu'nda kendisine yer bulan çağrı üzerine çalışma ile yakından ilgili olan sıfır saat sözleşmesi atipik bir çalışma modelidir.

Belirtmek gerekir ki Türk İş Hukuku'nda esnekleşme amacıyla kendisine yer edinen kısmi süreli çalışma ve çağrı üzerine çalışma kurumları işçiyi asgari de olsa koruma ve güvence sağlasa da sıfır saat sözleşmesinde böyle bir korumanın varlığından söz edilemez. Zira sıfır saat sözleşmelerinde işverenin işçiyi işe çağırarak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır ve bu durum işçinin güvenliğini sıfıra indirmektedir.

Türk İş Hukuku düzenlemeleri göz önüne alındığında; Alman doktrininde ileri sürülen sınıflandırmanın yerinde ve fakat uygulanma ihtimalinin var olmadığı görülecektir. Çünkü işçinin kendisine teklif edilen işi kabul etmeme imkanını haiz olduğu sözleşmelerin çerçeve sözleşme olarak kabul edilmesi hukuk sistemimiz düzenlemelerine de uygun olacak olup, işçinin işi kabul etmeme imkanını haiz olmadığı sıfır saat sözleşmesinin ancak ve ancak asgari çalışma süresi gibi işçiyi ve işçinin ücretini koruyucu maddelerin mevcut olması halinde iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve iş sözleşmesinin kurulduğunun kabulü İş Kanunu düzenlemeleri ve İş Hukukunun temel prensiplerine uygun olacaktır.

Ezcümle; henüz ülkemizde uygulaması bulunmayan sıfır saat sözleşmesi müessesesinin,

işçiyi korumasız ve güvencesiz bırakması sebebiyle iş hukukunda geçerli olarak vücut bulabilme ihtimalinin düşük olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Hükümleri gereği sıfır saat sözleşmesine oldukça benzeyen çağrı üzerine çalışmaya ilişkin hükümler yedek hukuk kuralı niteliğini haiz olsa dahi asgari çalışma süresinin belirlenmediği sözleşmeler geçerli olmayacağından, hukukumuzda sıfır saat sözleşmelerinin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Adams, Abi/ Prassl, Jeremias, “Zero-Hours Work in the United Kingdom”, Geneva, 2018.
- Akkurt, S. Sami ve Erdoğan, Kemal ve Tokat, Hüseyin, Borçlar Hukuku, 3. B. Ankara, 2020.
- Akyiğit, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2020.
- Alkan, Tolga, “Esnek Çalışma Biçimleri ve Çağrı Merkezi Örneği”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. B. Ankara, 2020.
- Aydos, O. Sadık, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- Başköy, Hazel ve Kılıçaslan, Yılmaz, “Esnek İşgücü Piyasası Politikalarının Ücret ve Kâr Üzerine Etkisi: Bir Karşılaştırmalı Ülke Analizi”, Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C. 3, S. 54, 2017, s. 1507-1544.
- Baycık, Gaye, “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, Haziran 2014, s. 223-262.
- Berberoğlu Yenipınar, Filiz, Bireysel İş Hukuku Davaları, Ankara, 2017.
- Bucher, Eugen, Introduction to Swiss Law, 3. B. Lozan, 2004, (Ed.: DESSEMONTET, François/ANSAY, Tuğrul).
- Collins, Hugh ve Ewing, K. D. ve McColgan, Aileen, Labour Law, Cambridge, 2012.
- Deakin, Simon ve Morris, Gillian, Labour Law, 6. B. Oregon, 2012.
- Çelenk, Hakan, “Esnek Çalışmanın İşgücü Maliyetlerine ve Rekabet Gücüne Etkisi ve Tekstil Sektöründe Uygulaması”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23. B. İstanbul, 2010.
- Çelik, Nuri ve Caniklioğlu, Nurşen ve Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 33. B. İstanbul, 2020.
- Davies, A. C. L, Employment Law, Oxford, 2015, s. 137 vd.
- Demir, Fevzi/Gerşil, Gülşen, “Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 16, 2008, s. 68-89.
- Doğan, Murat/Şahan, Gökhan/Atamulu, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. B. Ankara, 2021.
- Doğru, Çağlar, “İnsan Kaynakları Açısından Esnek Çalışmanın İstihdama Etkilerinin İncelenmesi: Türkiye Örneği”, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 4, S. 7, Ocak 2015, s. 109-130.
- Ekmekçi, Ömer/Korkusuz, M. Refik, Turkish Individual Labour Law, İstanbul, 2020.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. B. İstanbul, 2020.
- Erdoğan, Canan, “İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 170, Ekim 2020, s. 2020-2031.

- Erdoğan, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. B. Ankara, 2019.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. B. Ankara, 2020.
- Erener, Ebru, Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul, 2017.
- Ergün, Ömer ve Çaldağ, Coşkun, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, Ankara, 2018.
- Esener, Turhan, İş Hukuku, 3. B. Ankara, 1978, s. 125 vd.
- Eyrenci, Öner ve Taşkent, Savaş ve Ulucan, Devrim ve Baskan, Esra, İş Hukuku, 10 B. İstanbul, 2020.
- Feyzioğlu, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku, 2. B. İstanbul, 1976.
- Günay, C. İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 5. B. Ankara, 2015.
- İkizler, Murat, Türk Hukukunda Esnek Çalışma, Ankara, 2012.
- Karakılıç, Hasan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2. B. İstanbul, 2017.
- Kayıhan, Şaban ve Ünlütepe, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B. Ankara, 2018.
- Kılıçoğlu, A. Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. B. Ankara, 2016.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip ve Hatemi, Hüseyin ve Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, 7. B. İstanbul, 2017.
- Korkmaz, Fahrettin ve Alp N. Seyhun, Bireysel İş Hukuku, 4. B. Ankara, 2019.
- Koumenta, Maria/Williams, Mark, “An Anatomy of Zero-Hour Contracts in the UK”, Industrial Relations Journal, C. 50, S. 1, s. 20-40.
- Kul Parlak, Nurgün, “İş-Yaşam Dengesi Açısından Esnek Çalışmanın Analizi”, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, Y. 2006, s. 109-137.
- Man, Fuat, “Bir Hiper İstihdam Türü Olarak ‘Sıfır Süreli Sözleşme’”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 8, 2015, s. 86-101.
- Marica, Mihaela-Emilia, “On Call (Zero Hour) Contractual Arrangements: A New Form of Employment”, Juridical Tribune Bucharest Academy of Economic Studies, C. 9, S. 1, 2019, s. 70-78.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi ve Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı C. 1 Bireysel İş Hukuku, 4. B. Ankara, 2020.
- Nomer; H. Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B. İstanbul, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. B. İstanbul, 2018.
- Okur-Berberoğlu, Emel, “Evaluation of Zero Hour Contracts Within Ecoliteracy in New Zealand”, International Electronic Journal of Environmental Education, C. 9, S. 2, 2019, s. 73-80.
- Özçelik, A. Oya, “Güvenceli Esneklik Kavramı ve Türk Çalışma Hayatındaki Yeri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Özkan, Z. Aslı, İş Sözleşmesi Kapsamında İşçinin İş Görme Borcu, İstanbul, 2019.

Öztürk, Berna, “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri”, İstanbul, 2021.

Öztürkoğlu, Yücel, “Tüm Yönleriyle Esnek Çalışma Modelleri”, Beykoz Akademi Dergisi, C. 1, S. 1, Haziran 2013, s. 109-129.

Poyraz, Ercan, İş Hukuku, 7. B. Ankara, 2016.

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. B. İstanbul, 2013.

Samuel, Geoffrey, Law of Obligations and Legal Remedies, 2. B. Londra, 2001.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. B. Ankara, 2019.

Sümer, H. Hadi, İş Hukuku, 21. B. Ankara, 2016.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 20. B. İstanbul 2020.

Şahin, B. Çağla, Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2021.

Şermet, Begüm, “İş Hukukunda Esneklik ve Atipik İş Sözleşmeleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 123, Kasım 2014, s. 139-169.

Tercier, Pierre ve Pichonnaz, Pascal ve Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.

Tervamaa, Anni, “Exploring Rewarding of the Zero-Hour Contract Employees”, Bachelor’s Thesis, JAMK University of Applied Science, Jyväskylä, 2015.

Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 8. B. İstanbul, 2016.

Turan, Bülent, “Türk Çalışma Hayatında Esneklik Tartışmaları ve 4857 Sayılı İş Kanunu’na Yansımaları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, 2005.

Uşan, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku C. 1 İş Hukuku, 2. B. Ankara, 2009.

Uşan, M. Fatih ve Erdoğan, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 2020.

Ünlütepe, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021.

Wyler, Remy, Introduction to Swiss Law, 3. B. Lozan, 2004, (Ed.: Dessemontet, François ve Ansay, Tuğrul).

Yavuz, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara, 2018.

Yener, M. Zahid, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarına Temerrüt, Ankara, 2020.

Yıldırım, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B. Ankara, 2017.



Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal

Cilt/Volume: 1,

Sayı/Issue: 1, 19-39

Geliş Tarihi/Received: 28.11.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 18.01.2023



ROMA HUKUKU'NDA LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN TEMEL ÖZELLİKLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Mehmet Yeşiller*

Özet

Roma Hukuku'nda *locatio conductio rei*, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile kurulan, belirli bir malı, belirli bir ücret karşılığında ve belirli bir süre için kullanmayı (*res locata*) ya da kullanıp ürünlerinden yararlanmayı (*fruenta locata*) sağlayan, tam iki tarafı borç altına sokan rızai bir sözleşmedir. Günümüz hukuklarında kira sözleşmesi ve ürün kirası sözleşmelerinin ayrı ayrı düzenlendiği görülürken; Roma'da *locatio conductio rei* her iki sözleşmeyi de içermektedir. Roma Sözleşmeler Sistemi içerisinde rızai sözleşmeler grubunda yer alan *locatio conductio rei*'nin kurulabilmesi için *locator* ile *conductor*'un kira sözleşmesi konusu ve kira bedeli üzerinde anlaşmaları gerekli ve yeterli idi. İvazlı bir sözleşme olması nedeniyle bir bedel kararlaştırılmadan *locatio conductio rei*'nin meydana gelmesi söz konusu değildi. Sözleşmenin konusunu *res mobiles* niteliğinde olan köleler ve hayvanlar ile, *res immobiles* niteliğinde olan tarım arazileri, ahırlar, konutlar ve depolar oluşturabilmekteydi. Ayrıca maddi malların yanında maddi olmayan mallar da sözleşmeye konu olabilmekteydiler. *Locatio conductio rei*'nin bir iyi niyet sözleşmesi olması nedeniyle anlaşmazlık halinde açılacak davalarda hâkimlerin iyi niyetin gereği neyi gerektiriyorsa ona göre karar verebildikleri görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Locatio Conductio*, *Locatio Conductio Rei*, Kira Sözleşmesi, *Locator*, *Conductor*, Rızai Sözleşmeler, Kira Bedeli

A REVIEW ON THE MAIN FEATURES OF *LOCATIO CONDUCTIO REI* IN ROMAN LAW

Abstract

Locatio conductio rei lets the use (*res locata*) or both use and enjoyment (*fruenta locata*) of a certain inconsumable thing. It was a consensual contract that gave rise to reciprocal debt, where the *locator* was obliged to transfer the subject matter of the hire to the *conductor* in return for an agreed payment (*merces*). Unlike today in Roman law, *locatio conductio rei* applied for either use or use and enjoyment of a thing. For the validity of *locatio conductio rei*, it was essential that the *locator* and the *conductor* agreed upon the subject matter and the remuneration of the hire. The mutual consent of the parties on the hire in return for a certain payment was essential and enough to make the contract. The subject of the contract could be slaves and animals, which were *res mobiles*, and agricultural lands, barns, houses and warehouses, which were *res immobiles*. In addition to movables and immovables, immaterial things could also be the subject of the contract. In case of breach, the parties were also given the right to sue *actio locati/actio conducti* by *Ius Civile*.

Keywords: *Locatio Conductio*, *Locatio Conductio Rei*, Contract of Lease, *Locator*, *Conductor*, Consensual Contracts, *Merces Locationis*

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı,
e-posta: myesiller@karatekin.edu.tr, ORCID: [0000-0002-7836-5654](https://orcid.org/0000-0002-7836-5654)

GİRİŞ

Günümüz hukuklarında farklı sözleşme türleri olarak düzenlenen, edimlerin ekonomik olarak değişimini hedef alan hizmet, eser, kira ve hatta ürün kirası sözleşmelerinin Roma Hukuku'nda *locatio conductio* adı altında tek bir sözleşme şeklinde ele alındığı görülmektedir¹. Roma Hukuku kaynakları incelendiğinde söz konusu sözleşmelerin ayrı ayrı unsurlarına kaynaklarda rastlanmamaktadır².

Kira, hizmet ve eser sözleşmelerinin, *locatio conductio* ifadesinin kökenini oluşturan *locare* ve *conducere* kelimelerinin anlamlarından hareketle Romalılar tarafından bir arada düzenlendikleri görülmektedir³. *Locare*, bir şeyi belirli bir yere koymak, inşa etmek, yerleştirmek, bir kimsenin emrine hazır bulundurmaktır; *conducere* ise, yanında bulundurmaktır, beraberinde götürmek anlamlarına gelmekteydi⁴. Kira sözleşmesinde bir malı kullanılmak üzere kiracı olanın emrine hazır bulunduran kimse *locator*'dur. Sözleşmenin karşı tarafı olan *conductor* ise, kira konusunu kullanabilir ve bu şeyin idaresi kendisindedir, yani bir anlamda o şeyi beraberinde bulundurmaktadır. *Locator*, hizmet sözleşmelerinde çalışma vaadinde bulunan taraftır. *Conductor* ise, işçi olan *locator*'u yanında çalıştıran kimse olarak karşımıza çıkmaktadır. Son olarak eser sözleşmesinde *locator*, yapılması için bir işi bir başkasına bırakan taraftır; sözleşmenin diğer tarafı olan *conductor* ise, işi yapmayı üstlenmiş olan, yapacağı şeyi *locator*'dan teslim alıp götüren müteahhittir⁵.

Locatio conductio, bir şeyin belirli bir ücret karşılığında kullanılması ya da o şeyden

¹Andrew Borkowski ve Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), 275; Heinrich Degenkolb, *Platzrecht und Mieth: Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie*, (Berlin: C. G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung, 1867), 130; Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, 2022), 542; Pervin Somer, *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis)*, (İstanbul: Derin Yayınları, 2008), 9.

²*Gaius*'un *Institutiones*'inde günümüzde *locatio conductio*'ya dahil sözleşme türlerine ilişkin olarak bir ayrıma rastlanmamaktadır. Ayrıca *Digesta*'da *locatio conductio* metinlerinin yer aldığı 19.2 incelendiğinde günümüzde farklı sözleşme tiplerini oluşturan hukuki işlemlerin bir arada ele alındığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arnold Vinnius, *Institutionenkommentar, Schuldrecht: Text und Übersetzung*, (C. F. Müller Verlag: Heidelberg, 2005), 386 vd.

³Mehmet Yeşiller, *Roma Hukuku'nda Kira Sözleşmesi (Locatio Conductio Rei)*, (Ankara: Yetkin Yayınları: 2019), 24; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993), 235.

⁴Diler Tamer, *Roma Hukuku/ 2: Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021), 188; Emine Sevimli, "Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi (*Locatio Conductio Rei*)", (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 7 – 8; Friedrich Endemann, *Römisches Privatrecht*, (Berlin: De Gruyter, 1925), 179; Horst Kaufmann, *Die altrömische Mieth: ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, (Köln: Böhlau, 1964), 297 – 298; Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş*, 235; Nadi Günel, "An Example of Consensual Contracts: *Locatio Conductio Rei*", *Eastern European Community Law Journal* 2, S. 2 (2005): 35; Theodor Mommsen, "Die römischen Anfänge von Kauf und Mieth", *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte/ Romanistische Abteilung* 6, (1985): 266.

⁵Ditlev Tamm, *Roman Law and European Legal History*, (Copenhagen: DJOF Publishing, 1997), 136; Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1951), 543; Sevimli, "Kira Sözleşmesi", 8; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 543-544.

yararlandırılması (*locatio conductio rei*), bir hizmetin ifa edilmesi (*locatio conductio operarum*) ve son olarak da belirli bir sürede bir eser (*opus*) meydana getirilmesinin üstlenilmesi (*locatio conductio operis*) hukuki işlemlerinde kullanılmaktaydı⁶.

Locatio conductio'nun eski tarihine ilişkin yeterli kaynak bulunmamakla birlikte doktrinde bu sözleşmelerin tarihsel kökenine ilişkin çeşitli görüşlerin ortaya atıldığı görülmektedir⁷. Roma'nın antik dönemlerinde az nüfusa sahip olan Roma toplumunun tarımla geçimini sağladığı bilinmektedir. Fazlaca nüfusu, beceriyi, ustalığı, nitelikli iş gücünü gerektiren bu sözleşmelerin Roma'nın eski dönemlerinde uygulama alanı bulamadığı anlaşılmaktadır⁸. Ancak yine de *Gaius Institutiones*'indeki bir metninde XII Levha Kanunu'nda hayvanların kiralanmasından bahsettiğine göre, bu hukuki işlemlerin Roma'nın antik dönemlerinde dahi var olduğu anlaşılmaktadır⁹. *Locatio conductio*'nun M. Ö. 3. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıktığı ve 2. yüzyılın ilk yarısında tarıma ilişkin olarak bütün türleriyle uygulandığı anlaşılmaktadır¹⁰.

Roma'nın ilk dönemlerinde iş gücü, her ailenin kendi işlerini görebilecek yeterlilikte idi ve iş ilişkilerini düzenleyecek kurallara ihtiyaç duyulmamaktaydı¹¹. Daha sonraları özellikle belli zamanlarda artan tarımsal işler nedeniyle aile babalarının daha fazla iş gücüne ihtiyaç duydukları ve bunun için başkalarının kölelerini ve hayvanlarını kiraladıkları görülmektedir¹². Kölelerin kiralanmasının ürün veren bir malın kiralanması niteliğinde olması nedeniyle, bir kölenin kiralanmasında söz konusu kölenin hizmetine de sahip olduğu anlaşılmaktadır¹³. Taşınırlara ilişkin ilk *locatio conductio rei*'lerin kölelerin ve hayvanların kiralanması nedeniyle ortaya çıktıkları düşünülmektedir¹⁴.

⁶Egon Weiss, *Institutionen des römischen Privatrechts: als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, (Stuttgart: Mittelbach Verlag, 1948), 374; Henry John Roby, *Roman Private Law/ 2, In The Times of Cicero and of the Antonines*, (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000), 169; Herbert Hausmaninger, *Casebook zum römischen Vertragsrecht*, (Wien: MANZ Verlag, 2002), 209; Max Kaser, *Das römische Privatrecht/ 1, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, (München: Verlag C. H. Beck, 1971), 562; Theo Mayer – Maly, *Locatio Conductio: eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, (Wien: Herold Verlag, 1956), 17; William Alexander Hunter, *Introduction to Roman Law*, (London: Maxwell, 1900), 117.

⁷Kaser, *Das römische Privatrecht*, 564 – 565; Kaufmann, *Die altrömische Miete*, 26 vd.

⁸Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 544.

⁹Bkz. *Gaius, Institutiones (Gaius, Inst.) 4.28.*

¹⁰Özcan Karadeniz, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976), 120 - 121; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Oxford: Clarendon Paperbacks, 1996), 341.

¹¹Karadeniz, *İş İlişkileri*, 4; Sevimli, “Kira Sözleşmesi”, 3.

¹²Günel, “Consensual Contracts”, 37; Imre Molnár, “Object of *Locatio Conductio*”, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 85, (1982): 128 – 129; Schulz, *Classical Roman Law*, 543.

¹³Sevimli, “Kira Sözleşmesi”, 5 – 6; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 543.

¹⁴Johannes Michael Rainer, “Bauen und Arbeit im klassischen römischen Recht”, *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte/ Romanistische Abteilung* 107, (1990): 377; Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş*, 238; Pieter Willem de Neeve, *Colonus: Private Farm – Tenancy in Roman Italy During the Republic and the Early Principate*, (Amsterdam: Brill Academic Publishing, 1984), 63.

Yine Roma'nın ilk dönemlerinde kamu topraklarının (*ager publicus*) tahsisine ilişkin yapılan hukuki işlemlerin *locatio conductio rei* ile benzerliği dikkat çekmektedir. Bunun nedeni hem *Censor*'ların kamu arazilerinin tahsisinde uyguladıkları beş yıllık sürenin özel kişilerin arazilerini kiralamalarında da uygulanması, hem de bu toprakların tahsisi usulünün şekle bağlı olmadan *locatio conductio rei* gibi bir rızai sözleşme olarak yapılmalarıdır. Bundan dolayıdır ki, Roma'nın eski dönemlerinde taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin ilk örneklerinin kamu topraklarının tahsisinde uygulama alanı bulduğu düşünülmektedir¹⁵.

Praetor'ların, Cumhuriyet Dönemi'nde *formula*'ların *demonstratio* kısımlarında “*locavit*” ve “*conduxit*” kelimelerini içeren bir dava tanıdıkları ve davanın *formula*'sında iyi niyet ifadesinin (*ex bona fidei*) yer aldığı görülmektedir¹⁶. Bunun kira davasının ilk *formula*'larından olduğu ve kiracıya iddiasını savunmak için *praetor*'lar tarafından bir *actio locati* tanındığı, hâkimin “*ex bona fide*”ye göre karar vermesi istendiği görülmektedir¹⁷.

İçtihatlar ile doğup gelişen Roma'da zamanla *praetor edictum*'larında söz konusu sözleşmelerin *formula*'larının *demonstratio*'larının davaların içeriklerine göre farklılık göstermelerinin ve konularının birbirlerinden farklı olmalarının *locatio conductio*'lara farklı özellikler kazandırdıkları anlaşılmaktadır¹⁸. *Pandektistler*, Romalı hukukçuların uygulayarak yerleştirmiş oldukları hukuki işlem türlerini incelemek suretiyle belirlemiş oldukları kuralları belirli bir sistem içinde toplamışlardır. Kira, hizmet ve eser sözleşmelerinin sistematik ayrımının *Pandektistler* tarafından yapıldığı görülmektedir¹⁹. Tabii Hukuk Okulu ve *usus modernus pandectarum*'un temsilcilerinin ise *locatio conductio*'yu kira sözleşmesi ve iş sözleşmesi olarak ikiye ayırdıkları görülmektedir²⁰.

Roma Hukuku'nda *locatio conductio rei*, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile kurulan, belirli bir malı, belirli bir ücret karşılığında ve belirli bir süre için kullanmayı (*res locata*) ya da kullanıp ürünlerinden yararlanmayı (*fructu locata*) sağlayan,

¹⁵John Spencer Muirhead, *An Outline of Roman Law*, (London: W. Hodge, 1947), 158; Richard Duncan – Jones, *The Economy of the Roman Empire: quantitative studies*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1974), 323 vd; Sevimli, “Kira Sözleşmesi”, 2.

¹⁶“*Quod A.A. (Aulus Agerius) N.N. (Numerio Negidio) fundum quo de agitur locavit, quidquid ob eam rem N.N. (Numerium Negidium) A.A. (Aulo Augeris) dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N.N. (Numerium Negidium) A.A. (Aulo Augeris) condemnato, si non paret, absolvito.*”: Zimmermann, *The Law of Obligations*, 341.

¹⁷Kaufmann, *Die altrömische Miete*, 349 vd; Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum*, (Aalen: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927), 229 – 230.

¹⁸Kaser, *Das römische Privatrecht*, 563; Mayer – Maly, *Locatio Conductio*, 18 vd.

¹⁹*Pandekt Hukuku*'na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eşref Küçük, “XII. yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma'yı günümüze bağlayan son halka: *Pandekt Hukuku*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, S.4 (2007): 111.

²⁰Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, (München: C. H. Beck, 1985), 456 vd.; Sir William Jones, *An Essay on the Law of Bailments*, (Philadelphia: Hogan and Thompson, 1836), 85 vd.

tam iki tarafı borç altına sokan rızai bir sözleşmedir²¹.

Günümüz hukuklarında adi kira sözleşmesi ile ürün kirası sözleşmelerinin ayrı ayrı düzenlendiği görülmekte iken²²; Roma'da ise, bir malın kullanılması ve de bir malın kullanılıp ürünlerinden faydalanılması hallerinde *locatio conductio rei* olarak ifade edilen tek bir sözleşmenin var olduğu görülmektedir.

I. LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN RIZAI, TAM İKİ TARAFAI BORÇ ALTINA SOKAN BİR İYİ NİYET SÖZLEŞMESİ NİTELİĞİNDE OLMASI

A. LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN RIZAI NİTELİK TAŞIMASI

Sözleşme, tarafların hukuki sonuç doğurmak üzere birbirlerine uygun ve karşılıklı irade açıklamaları ile meydana gelen bir hukuki işlemdir. Günümüz borçlar hukuklarında sözleşme özgürlüğü ilkesinin esas alınması nedeniyle bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için genel olarak tarafların rızalarının uygunluğu yeterlidir. Roma Hukuku'nda ise salt taraf iradelerinin uyuşması bir *contractus*'un meydana gelmesi için yeterli olmayıp, bunun mutlaka *Ius Civile* tarafından tanınan bir dava (*actio*) ile de korunması gerekmektedir. Roma'da tarafların birbirine uygun irade açıklamalarının *contractus* olarak nitelendirilmesi için; ya taraf iradelerinin belirli sözlerle ifade edilmesi ya yazılı olarak açıklanması ya sözleşme konusunun karşı tarafa teslimi ve bunun karşı taraf tarafından kabulü, ya da tarafların sadece iradelerinin uyuşması gerekmektedir²³. Dolayısıyla Roma'da sözleşmeler oluşumları bakımından sözlü (*verbis*), yazılı (*litteris*), real (*re*) ve son olarak da rızai (*consensus*) sözleşmeler olarak dörde ayrılmaktaydılar²⁴.

²¹Hunter, *Roman Law*, 117; Paul Jörs, *Römisches Recht: Geschichte und System des römischen Privatrechts*, (Berlin: Verlag von Julius Springer, 1927), 164; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 545; Yeşiller, *Locatio Conductio Rei*, 43.

²²Türk Hukuku'nda adi kira sözleşmesi ile ürün kirası sözleşmesinin mevzuatta ayrı ayrı düzenlendiği görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesinde kira sözleşmesi, "... kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı kanunun 357. maddesinde ise ürün kirası "... kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir" şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde Alman Medeni Kanunu (BGB)'de de adi kira ve ürün kirasına ilişkin ayrı ayrı düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Söz konusu kanunun "kira sözleşmesi ile birlikte kiraya veren, kiracıya kiralanan şeyin kullanım hakkını vermekle yükümlü olur ..." şeklindeki ifadelerinin yer aldığı 535. maddesi adi kiraya ilişkindir. BGB'nin 581. maddesinde ise "... kiraya veren, kiracıya kiralanan şeyin kullanılmasını ve ürünlerinden faydalanma hakkını vermekle yükümlü olur" şeklindeki hüküm ile ürün kirasından bahsedilmektedir.

²³Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 467; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 46.

²⁴*Gaius, Inst. 3.89: "Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu."* *Gaius, Inst. 3.89: "Öncelikle sözleşmeden doğanları görelim. Bunların dört türü vardır. Her borç ilişkisi ya bir şeyle (re), ya sözlerle (verbis), ya yazılarla (litteris) ya da rıza ile (consensus) meydana gelir."*; *Iustinianus, Institutiones (Iust., Inst.) 3.13.2: "... Prius est, ut de his, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut*

Locatio conductio'nun kökenine ilişkin kaynaklarda kesin bir bilgiye rastlanmamakla birlikte, Roma'nın antik dönemlerinden beri kullanılan genel sözleşme tipi *stipulatio* ile bu hukuki işlemlerin yapılmasına engel olmadığı düşünülmektedir²⁵. Bunun dışında Roma'nın ilk dönemlerinde bu sözleşmelerin bir real sözleşme niteliğinde oldukları ve sözleşme konusunun karşı tarafa verilmesiyle hukuki işlemin meydana geldiğinin savunulduğu görülmektedir²⁶.

Klasik Hukuk Dönemi'nde ise bu sözleşmeler rızai sözleşmeler arasında sayılmaktadır²⁷. *Gaius Institutiones*'inde, *locatio conductio*'nun sözlü ya da yazılı herhangi bir şekil şartına gerek olmaksızın ya da real sözleşmelerdeki gibi mülkiyetin karşı tarafa devri söz konusu olmadan, sözleşme taraflarının karşılıklı rızalarını beyan etmeleri ile meydana geleceğini belirtmektedir²⁸. *Paulus* da *Digesta*'daki bir metninde alım satım sözleşmesindeki gibi *locatio conductio*'nun da tarafların birbirine uygun iradeleri ile kurulacağını belirtmektedir²⁹. Dolayısıyla Klasik Hukuk Dönemi'nde kira sözleşmesinin kurulabilmesi için, sözlü ya da yazılı herhangi bir şekle tabi olmadan, tarafların ifa konusu ve bedel üzerinde anlaşmaları yeterliydi. Sözleşme süresinin kararlaştırılmasının ise hukuki işlemin esaslı unsurlarından olmadığı kaynaklardan anlaşılmaktadır³⁰.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise, doğu hukuklarının etkisi ile *locatio conductio*'nun yazılı şekle tabi olması yönünde bir eğilimin ortaya çıktığı³¹ ancak İmparator *Diocletianus*'un buna karşı çıktığı kaynaklardan anlaşılmaktadır³². *Iustinianus* Dönemi'nde, Klasik Hukuk

verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus." *Iust., Inst. 3.13.2*: "... Öncelikle sözleşmeden doğanlardan bahsedelim. Bunlar dört çeşittirler: Ya şey ile (*re*), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*), ya da rıza ile (*consensus*) doğarlar.": Erkan Küçükgüngör, *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), 35 vd.; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 467 vd.

²⁵Zimmermann, *The Law of Obligations*, 340 – 341.

²⁶Karadeniz, *İş İlişkileri*, 121; Sevimli, "Kira Sözleşmesi", 2.

²⁷*Gaius, Inst. 3.135*: "*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*" *Gaius, Inst. 3.135*: "Borç ilişkisinin doğması, alım satımda, *locatio conductio* (kira, hizmet, eser)'de, şirket ve vekâlette karşılıklı rıza ile olur."

²⁸*Gaius, Inst. 3.136*: "*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse ...*" *Gaius, Inst. 3.136*: "Bu hallerde borç ilişkisinin yalnız rıza ile meydana geldiğini söyleriz; ne sözlere, ne yazıya, ne de mülkiyetin devrine gerek vardır. Sözleşme taraflarının anlaşması yeterlidir ...": Fulya İlçin Gönenç, *Roma Hukukunda Şirket Akti (Societas)*, (İstanbul: Der Yayınları, 2004), 20 – 21.

²⁹*Digesta (D.) 19.2.1 (Paulus)*: "*Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.*" *D. 19.2.1*: "*Locatio conductio*'nun doğada bulunması ve tüm insanlar için geçerli olması dolayısıyla; şekle bağlı sözlerle değil, tıpkı alım satım sözleşmesinde olduğu gibi tarafların irade uyuşması ile kurulması söz konusudur."

³⁰Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2003), 198; Endemann, *Römisches Privatrecht*, 179; William Warwick Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1939), 291.

³¹ *Gaius, epitome 2.9.13*.

³² *Codex, Iustinianus 65.24*.

Dönemi'ne ait metinlerdeki ifadelerin benzerlerinin kaynaklarda yer aldığı³³ ve sözleşmenin *consensus* ile kurulması nedeniyle hazır olmayan kişiler arasında mektup ya da haberci ile de kurulabileceği görülmektedir³⁴.

B. LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN TAM İKİ TARAFI BORÇ ALTINA SOKAN BİR SÖZLEŞME NİTELİĞİNDE OLMASI

Gaius'un Institutiones'inde sözleşmelerin oluşumlarına göre sözlü, yazılı, real ve rızai olarak dörde ayrıldıkları görülmektedir³⁵. Ayrıca Roma'da sözleşmelerin kendi içinde tek tarafı borç altına sokan sözleşmeler (*contractus unilaterales*) ve iki tarafı borç altına sokan sözleşmeler (*contractus bilaterales*) olmak üzere de bir ayrıma tabi tutuldukları görülmektedir³⁶. Tek tarafı borç altına sokan sözleşmelerde taraflardan sadece bir tanesi borç altına girmektedir; iki tarafı borç altına sokan sözleşmelerde ise taraflardan her ikisi de borç altına girmektedir³⁷. Gerçekten de kira sözleşmesinde tarafların mutlaka bir bedel karşılığında kira konusunun kullanımını kararlaştırmakta oldukları, dolayısıyla her iki tarafın da karşılıklı olarak borç altında olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Tarafların edimlerinin her zaman karşılıklı değişiminin söz konusu olması nedeniyle *locatio conductio rei*'nin tam iki tarafı borç altına sokan (*synallagmatik*) sözleşmelerden olduğu görülmektedir³⁸. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık halinde *Ius Civile* tarafından taraflara karşılıklı olarak dava açabilme imkânı sağlanmıştı. Sözleşmeye aykırılık halinde *locator, actio locati; conductor* ise *actio conducti* açabilmekteydi. Kira sözleşmesinin *synallagmatik* bir hukuki işlem olması nedeniyle tarafların

³³ *Iust., Inst. 3.22 principium (pr.)*: “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*” *Iust., Inst. 3.22 pr.*: “Alım satım (*emptio venditio*), kira, hizmet, eser, şirket ve vekâlet sözleşmelerinde borç ilişkileri, sadece rıza ile meydana gelir.”

³⁴ *Iust., Inst. 3.22.1, 2*: “*Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire. 2. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per nuntium.*” *Iust., Inst. 3.22.1, 2*: “Bu hallerde borç ilişkisi rıza ile oluşur denir. Zaten borcun oluşması için ne yazıya ne tarafların hazır bulunmasına ve ne de bir şeyin verilmesine gerek vardır. Sözleşmeyi yapanların sadece rızalarını beyan etmeleri yeterlidir. 2. Bu sebepten dolayı bu sözleşmelerin hazır olmayanlar arasında mektup ya da haberci vasıtasıyla kurulabilmesi mümkündür.”

³⁵ Bkz. *Gaius, Inst. 3.89. Iust., Inst. 3.13.2*'de de sözleşmelerin oluşumlarına göre aynı sınıflandırmanın yapıldığı görülmektedir.

³⁶ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 46 – 47; Vinnius, *Institutionenkommentar*, 59; Ziya Umur, *Roma Hukuku: Ders Notları*, (İstanbul: Beta Basım, 1999), 338.

³⁷ Alan Watson, *The Evolution of Law*, (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1985), 16; Gönenç, *Şirket Akti*, 25; Özcan Karadeniz Çelebician, *Roma Hukuku: Tarihi Giriş – Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 195; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 99; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 351.

³⁸ *Iust., Inst. 3.22.3*: “*Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet ...*” *Iust., Inst. 3.22.3*: “Zaten bu sözleşmelerde taraflar, hakkaniyetin birbirlerine vermelerini gerektirdiği hususlarda borç altına girerler ...”: Deon Hurter Van Zyl, *History and Principles of Roman Private Law*, (Durban: Butterworths, 1983), 300; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 102; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 195.

sorumluluklarının ağır olduğu görülmektedir. *Iustinianus* Dönemi'nde sözleşmenin tarafları tüm kusurlardan (*omnis culpa*)³⁹ sorumluydular⁴⁰.

C. LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN BİR İYİ NİYET SÖZLEŞMESİ NİTELİĞİNDE OLMASI

Roma'nın geleneklerinde yer alan ve dinsel kökenli olan *fides*'in sözleşmeler alanındaki görünümü *bona fides* olup; günümüzde dürüstlük kuralları, objektif iyi niyet, güvenin korunması ve irade özgürlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹. *Praetor*'ların faaliyetleri sonucunda *bona fides*'in hukuki anlaşmazlıkların çözümünde iyi niyet davaları (*iudicia bonae fidei*) ile kullanılmaya başlandığı görülmektedir⁴². Roma'da dar hukuk davalarında (*iudicia stricti iuris*) hâkimlerin dava *formula*'sına bağlı olmak zorunda oldukları görülmekte iken; iyi niyet sözleşmelerinden doğan davalarda ise, hâkimlerin iyi niyetin gereği neyi gerektiriyorsa ona göre karar verebilecek şekilde geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları anlaşılmaktadır⁴³. Roma'da Cumhuriyet Dönemi sonlarından itibaren iyi niyet davalarında hâkim, objektif iyi niyete göre tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemekte ve ona göre anlaşmazlığı çözümlenmekteydi⁴⁴. Ayrıca iyi niyet davalarında taraflar, sözleşmenin karşı tarafına ayrı bir dava açmaksızın faiz ve semereye ilişkin yan yükümleri ve ek anlaşmaları (*pacta adiecta*)⁴⁵ da bu dava ile *bona fides*'e göre talep edebilmekte, ayrıca bir def'i (*exceptio*) dava *formula*'sına eklenmemiş olsa da ileri sürülebilmekte ve hâkim tarafından değerlendirilmekteydi⁴⁶. Orta çağ hukukçuları *iudicia bonae fidei* sayesinde *bona fides*

³⁹ Roma Hukuku'nda *culpa levis* (hafif ihmal), *culpa lata* (ağır ihmal) ve *dolus* 'u (kasıt) içeren bütün kusurlar için *omnis culpa* ifadesi kullanılmaktaydı: Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983), 146.

⁴⁰ Hilal Zilelioğlu, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 39, S. 1 (1987): 260; Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, (Konya: Sayram Basın Yayın, 2017), 159; Weiss, *Institutionen*, 374.

⁴¹ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 36; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 506 vd.

⁴² Gönenç, *Şirket Akti*, 21; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 35 vd.; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 508.

⁴³ Kadir Gürten, *Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), 102 – 103; Umur, *Ders Notları*, 262.

⁴⁴ İyi niyet davasının *formula*'sı "*quidquid N.N. (Numerus Negidius) A.A. (Aulo Agerio) dare facere oportet ex fide bona*" (davalının davacıya iyi niyet icabı vermesi veya yapması lazım gelen her şey) şeklindeydi: Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 303 – 304; Kaser, *Das römische Privatrecht*, 485 vd.; Somer, *Locatio Conductio Operis*, 42; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 508; Umur, *Ders Notları*, 263.

⁴⁵ *Pacta adiecta*'lar, *Ius Civile* tarafından birer iyi niyet davası tanınan sözleşmelere ilave edilen ek anlaşmalardandı. Orta Çağ'da borcu ağırlaştırmaya (*pacta ad augendum obligationem*) ve de hafifletmeye yönelik (*pacta ad minuendum obligationem*) olmak üzere ikiye ayrıldıkları görülmektedir. *Pacta ad augendum obligationem*'ler, eğer iyi niyet davası doğuran bir sözleşmeyle birlikte yapılmışlarsa sözleşmenin davası ile korunurlar; daha sonra yapılmışlarsa hüküm ifade etmezlerdi. *Pacta ad minuendum obligationem*'ler ise, ister sözleşme sırasında ona ek olarak yapılmış olsunlar, isterse de daha sonra yapılmış olsunlar bir *exceptio pacti* ile korunurlardı: Seldağ Güneş Ceylan, "Roma Hukukunda *Contractus* (Sözleşme) *Pactum* (Anlaşma) İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 1 – 2 (2005): 181; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, 149.

⁴⁶ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 292 vd.; Somer, *Locatio Conductio Operis*, 44.

düşüncesini geliştirmişler ve *bona fides* günümüz hukuklarında olmazsa olmaz bir etik ilke haline gelmiştir⁴⁷.

Görüldüğü üzere, Roma'da usul hukuku açısından tarafların yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlarda açılacak davaların kapsamı bakımından sözleşmelerin, dar hukuk sözleşmeleri ile iyi niyet sözleşmeleri olmak üzere bir ayrıma tabi tutuldukları anlaşılmaktadır. Bu ayrım *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de ifade edilmiş ve iyi niyet davalarının hangi sözleşmeler için söz konusu olduğu tek tek sayılmıştır⁴⁸. Söz konusu metinden anlaşılacağı üzere *locatio conductio* da iyi niyet davası söz konusu olan sözleşmelerdendir. Ayrıca Roma'da kira sözleşmesinin alım satıma (*emptio venditio*) yakın ve aynı hukuk kurallarına tabi olması, *locatio conductio rei*'nin bir iyi niyet sözleşmesi olduğunu ve de sözleşmeden doğan anlaşmazlıklarda iyi niyet davalarını doğuracağını göstermektedir⁴⁹.

II. LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN TARAFLARI

Locatio conductio rei'nin taraflarının *locator* (kiralayan) ile *conductor* (kiracı) olduğu görülmektedir. *Locator*'un, kendisine ait tüketime tabi olmayan bir malın kullanılmasını veya o malın kullanılıp ürünlerinden yararlanılmasını sağlayan kimse olduğu; *conductor*'un ise, kiraladığı mala karşılık olarak *locator*'a belirli bir ücret ödemekle yükümlü olan taraf olduğu görülmektedir⁵⁰.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan *locatio conductio rei*'de, tarafların karşılıklı olarak borç altında oldukları görülmektedir. *Conductor*, sözleşmede kararlaştırılan kira bedelini karşı tarafa ödeme ve kira konusu malı anlaşmaya uygun bir şekilde kullanıp *locator*'a iade etme borcu altındaydı. Buna karşılık *locator* ise, kira konusundan yararlanılmasını sağlayan ve bunun için gerekli masrafları yapmakla yükümlü olan taraftı⁵¹.

Locatio conductio rei'nin tarafı olabilmek için sözleşme taraflarından her birinin mutlaka fiil ehliyetine sahip olması gerektiği görülmektedir. Roma'da fiil ehliyetinin şartlarını taşıyan

⁴⁷ Pierre Tercier, *Traité de Droit Privé Suisse*, II/1, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008), 174 (Talya Şans Uçaryılmaz, *Bona Fides (Dürüstlük kuralı)*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 114'ten naklen alınmıştır).

⁴⁸ *Iust., Inst. 4.6.28*'de bazı davaların iyi niyet, diğer bazılarının ise dar hukuk davası olarak belirtildiği ve iyi niyet davalarının tek tek sayıldığı görülmektedir. Metne göre iyi niyet davaları: Alım satım, *locatio conductio*, vekâletsiz iş görme, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, mirasın paylaşılması, müşterek mal paylaşımı, miras nedeniyle istihkak davası ile *aestimatum*'dan ve trampadan doğan *praescriptio verbis* davalarıdır.

⁴⁹ *D. 19.2.2 pr. (Gaius)*: "*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris constitit ...*" *D. 19.2.2 pr.*: "*Locatio conductio*, alım satıma yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir ...": Borkowski ve Plessis, *Textbook on Roman Law*, 275 – 276; Günal, "Consensual Contracts", 38; Hausmaninger, *Casebook zum römischen Vertragsrecht*, 209; Watson, *The Evolution of Law*, 15.

⁵⁰ Endemann, *Römisches Privatrecht*, 179; Günal, "Consensual Contracts", 37; Hunter, *Roman Law*, 117; Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş*, 236; Schulz, *Classical Roman Law*, 544; Umur, *Ders Notları*, 367.

⁵¹ Hunter, *Roman Law*, 119 – 120; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 103; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 196.

aile evlatları ile köleler de kira sözleşmesi yapabilmekteydiler⁵².

Roma'da *conductor*'un, sözleşme süresi boyunca kira konusu malın zilyedi (*possessor*) olmadığı, elinde bulunduran (*detentor*) olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır⁵³. Bu nedenle zilyetlik *interdictum*'larından *conductor*'un değil, *locator*'un yararlanabildiği görülmektedir⁵⁴.

Roma Hukuku'nda kira sözleşmesinde *locator* ile *conductor*, birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri şahsi haklara sahip olmaktaydılar⁵⁵. *Locatio conductio rei* konusu bir malın, *emptio venditio* ile bir başka kimseye satılması durumunda malı satın almış olan yeni malik *conductor*'a karşı bir istihkak davası (*rei vindicatio*)⁵⁶ açmak suretiyle malın fiili egemenliğine kavuşabilme imkânına sahipti. Kira sözleşmesinden doğan bir şahsi hakkı olan *conductor*'un aynı hak sahibi olan yeni malike karşı bir *actio* açabilmesi ve bu suretle kira sözleşmesi nedeniyle bulunduğu taşınmazdan tahliye edilmesine engel olması söz konusu olamamaktaydı⁵⁷. Bu durumda sözleşmeden doğan bir şahsi hakkı olan *conductor*, sadece *locator*'a karşı bir *actio conductio* açarak zararının giderilmesini isteyebilmekteydi. Roma'da kiracının korunması amacıyla, kiralayan ile alıcının yapmış oldukları alım satım sözleşmesine ek bir madde koymaları suretiyle *conductor*'un kira sözleşmesi süresi boyunca kira konusunda kalabilmesi mümkün olabilmekteydi⁵⁸.

III. LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN KONUSU

Roma'da taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin ayrımın (*res mobiles/ res immobiles*) XII Levha Kanunu'ndan beri önemli bir yere sahip olduğu anlaşılmaktadır⁵⁹. Roma'da hem *res mobiles* hem de *res immobiles*, *locatio conductio rei*'nin konusunu oluşturabilmekteydi. Dolayısıyla *res mobiles* niteliğinde olan köleler ve hayvanlar ile, *res immobiles* niteliğinde olan tarım arazileri, ahırlar, konutlar ve depolar kira sözleşmesinin konusuna örnek olarak

⁵² Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 190; Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş*, 88 vd.

⁵³ Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 159; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 552; Umur, *Ders Notları*, 367.

⁵⁴ Buckland, *Roman Private Law*, 290; Van Zyl, *History and Principles*, 301.

⁵⁵ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 123; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 552; Yeşiller, *Locatio Conductio Rei*, 44.

⁵⁶ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 213 vd; Umur, *Ders Notları*, 451 vd.

⁵⁷ Gerhard Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter: Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, (Weimar: Böhlau, 1949), 41 vd.; Mayer – Maly, *Locatio Conductio*, 43 vd.

⁵⁸ *D. 19.2.25.1 (Gaius)*: “*Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*” *D.19.2.25.1*: “Bir kimse herhangi bir kimseye konut veya çiftliğini tasarrufla bulunma hakkını kullanmak suretiyle kiraya verirse ve daha sonra herhangi bir sebepten dolayı binasını ya da çiftliğini satarsa; aynı sözleşme doğrultusunda kiracı çiftçinin tasarruf etmesine izin verilmesi ve şehirdeki kiracının konutta oturması alıcıyla beraber sağlanmalıdır. Aksi takdirde kiracının tasarruf etmesi engellenirse, bu kimse bir *actio conducti* açabilir.”: Schulz, *Classical Roman Law*, 546 – 547; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 378.

⁵⁹ Umur, *Ders Notları*, 408 – 409.

gösterilebilmektedir⁶⁰.

Her hukuk düzeninde o toplumun ekonomik ve sosyal yapısı dikkate alınmak suretiyle yapılan eşyaya ilişkin temel bir mal ayrımının olduğu görülmektedir. Roma'da Eski Hukuk ve Klasik Hukuk Dönemleri'nde eşyaya ilişkin temel sınıflandırmanın *res Mancipi – res nec Mancipi* ayrımı olduğu görülmektedir⁶¹.

Roma'nın antik dönemlerinden sonra, *res Mancipi* niteliğinde olan kölelerin ve hayvanların belli dönemlerde artan tarımsal faaliyetler nedeniyle *pater familias*'ların normal dönemlerden daha fazla iş gücüne ihtiyaçlarının olması ve bundan dolayı başka kimselerin kölelerini ve hayvanlarını kiralamalarına kaynaklarda rastlanmaktadır⁶². Roma'da artan iş gücü nedeniyle akdedilen bu kira sözleşmelerinin taşınıra ilişkin ilk kira sözleşmeleri olduğu düşünülmektedir⁶³.

Roma'da kölelerin efendileri için çalışmaları kira sözleşmesini oluşturmamaktaysa da bir başkasına kiralanmalarında durum farklıydı. Roma'da kölelerin hukuken mal (*res*) sayılmaları nedeniyle, konusunu bir kölenin oluşturduğu kira sözleşmesinde⁶⁴ ürün veren bir malın kiralanmasında olduğu gibi kölenin hizmetinden de yararlanması, dolayısıyla bir ürün kirasının meydana geldiği görülmektedir⁶⁵. Ayrıca Roma'da kölelerden başka özgür kimselerin de hizmetlerinden yararlanması amacıyla bir sözleşmenin konusunu oluşturdukları görülmekte, bu durumda bir *locatio conductio rei* değil, *locatio conductio operarum*'un söz

⁶⁰ Andrew Stephenson, *A History of Roman Law: with a commentary on the Institutes of Gaius and Justinian*, (Colorado: F. B. Rothman & Company, 1992), 464; Günal, “Consensual Contracts”, 37; Molnár, “Object of *Locatio Conductio*”, 127 vd.; Roby, *Roman Private Law*, 171; Van Zyl, *History and Principles*, 301.

⁶¹ *Res Mancipi*, Roma'da Eski Hukuk ve Klasik Hukuk Dönemleri'nde eşyanın temel sınıflandırılması içinde (*res Mancipi – res nec Mancipi*) en önemli sayılan mallar grubudur. Bu ayrımın günün koşulları dikkate alındığında geçimini tarım ve hayvancılıkla sürdüren Roma toplumu için ekonomik bakımdan önemli olan malların temel alınması ile yapıldığı anlaşılmaktadır. İtalya'daki araziler ve topraklar (*fundus in italico solo*), köleler (*servi*), İtalya'daki fil ve deve hariç bütün yük ve çeki hayvanları (*animalia quae collo dorsove domantur*), eski köy taşınmaz irtifakları (*iter, via, actus*) ve su yolu irtifakları (*aquaeductus*) *res Mancipi* mallar olarak sayılmaktaydı. Bu ayrımın taşınır – taşınmaz mal ayrımından ya da malların ekonomik değerlerinden bağımsız olarak yapıldığı görülmektedir. Bir görüşe göre, bireysel mülkiyete konu olabilen ilk mallar *res Mancipi* mallardır: Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, (New York: The American Philosophical Society, 1968), 678; Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, 44 vd.; Umur, *Ders Notları*, 407; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, 185.

⁶² *Digesta*'ta *Alfenus*'a ait bir metinde kira sözleşmesinin konusunu hayvanların oluşturduğu görülmektedir. *D. 19.2.30.2 (Alfenus): “Qui mulas ad certum pondus oneris locaret ...” D. 19.2.30.2: “Bir kişi katırlarını, belli bir azami yük sınırına kadar yük taşıması için kiralar ...” Digesta'daki Paulus'a ait bir metinde ise kölelerin locatio conductio rei'nin konusunu oluşturdukları görülmektedir: D. 19.2.45 pr. (Paulus): “Si domum tibi locavero et servi mei tibi ...” D. 19.2.45 pr.: “Sana evimi ve kölelerimi kiraladığımda ...”: Schulz, *Classical Roman Law*, 542; Sibylle Bolla - Kotek, *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum*, (München: Verlag C. H. Beck, 1940), 7.*

⁶³ De Neeve, *Colonus*, 63; Rainer, “Bauen und Arbeit”, 377.

⁶⁴ Günal, “Consensual Contracts”, 37; Molnár, “Object of *Locatio Conductio*”, 128 – 129; Schulz, *Classical Roman Law*, 543.

⁶⁵ Karadeniz, *İş İlişkileri*, 48 vd.; Sevimli, “Kira Sözleşmesi”, 5 – 6; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 351 – 352.

konusu olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır⁶⁶.

Roma'da yapılan savaşlar sonucunda düşmandan ganimet olarak alınan arazilerin malik olan devlet tarafından çeşitli işlemlerle şahıslara tahsis edildiği⁶⁷, söz konusu işlemlerin içinde kısa ve uzun süreli kira sözleşmelerinin de olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Tartışmalı olmakla birlikte taşınmaza ilişkin ilk kira sözleşmelerinin bu şekilde ortaya çıktığı söylenebilmektedir⁶⁸.

Taşınmaz malların kira sözleşmesinin konusunu oluşturmasının Roma'da giderek önem kazandığı görülmektedir⁶⁹. Birçok Romalı *insula* olarak adlandırılan kalitesi düşük dairelere bölünmüş binalarda kiracı olarak oturmaktaydılar⁷⁰. *Insula*'larda oturan kiracılara bir başkasının evinde oturan olarak ifade edilen *inquilinus*; arazilerde kiracı olarak bulunanlara ise *colonus* adı verilmekteydi⁷¹. Tarım arazilerini kiralayan *conductor*, hem sözleşme konusundan hem ürünlerinden yararlanma hakkına sahip olmakta (*ius utendi/ ius fruendi*), dolayısıyla günümüz hukukuna göre bir ürün kirası sözleşmesi meydana gelmekteydi⁷².

Roma'da *Aristo* okulundaki filozoflar tarafından eşyaya ilişkin olarak *res corporales* ve *res incorporales* (maddi mallar/ maddi olmayan mallar) ayrımının yapıldığı görülmektedir⁷³. Roma'da maddi mallardan başka, maddi olmayan mallar⁷⁴ da *locatio conductio rei*'nin konusunu oluşturabilmekteydi.

Roma'da bir şeyi kiraya veren bir kimsenin o malın maliki olup olmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilememekteydi. Dolayısıyla kiracı, kiraladığı şeyi bir başkası ile alt kira sözleşmesi (*sublocatio*) yapmak suretiyle kiraya verebilmekteydi⁷⁵. Ayrıca Roma'daki metinler incelendiğinde özellikle Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde, bir kimsenin zaten maliki olduğu bir malı kiralayabilmesine rastlanabilmektedir. *Ulpianus, Digesta*'daki bir metninde alım satım

⁶⁶ Karadeniz, *İş İlişkileri*, 132; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 204 – 205.

⁶⁷ Berger, *Encyclopedic Dictionary*, 357; Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, 22.

⁶⁸ Muirhead, *Roman Law*, 158; Sevimli, "Kira Sözleşmesi", 2.

⁶⁹ De Neeve, *Colonus*, 217 vd.

⁷⁰ Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş*, 236; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 103.

⁷¹ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 103; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 545; Tamer, *Roma Hukuku*, 189.

⁷² Zimmermann, *The Law of Obligations*, 352.

⁷³ Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, 41; Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, 689.

⁷⁴ *Gaius, Institutiones*'indeki bir metninde, *res corporales* ile *res incorporales*'in hangi mallar olduklarını ifade etmiştir. *Gaius, Inst. 2.12.14*: "Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum." *Gaius, Inst. 2.12.14*: "Bundan başka bazı mallar maddi, bazı mallar da maddi olmayan mallardır. Maddi mallar; mesela bir arazi, bir köle, bir elbise, altın, gümüş ve buna benzer sayısız şeyler gibi elle tutulabilen eşyalardır. Maddi olmayan mallara ise dokunulamaz. Bunlar; miras, intifa, herhangi bir şekilde kurulmuş borç ilişkileri gibi haklardan oluşurlar. Şehir ve köy arazilerine ilişkin haklar (irtifak hakları) da bu başlık altına girer."

⁷⁵ Roma'da alt kiraya ilişkin sözleşmeler için bkz. *D. 19.2.7 (Paulus)*, *D. 19.2.8 (Tryphonus)*, *D. 19.2.58 pr. (Labeo)*; Mayer – Maly, *Locatio Conductio*, 27 vd.

sözleşmesinde olduğu gibi, bir kimse nasıl zaten kendisine ait olan bir malı satamaz ise kiraya vermesinin de mümkün olamayacağını; eğer böyle bir durum söz konusu olursa hukuki işlemin geçersiz olduğunu belirtmektedir⁷⁶.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde malların *mancipi* mallar – *mancipi* olmayan mallar (*res mancipi* – *res nec mancipi*) olarak yapılan ayırımın önemini yitirdiği ve *Iustinianus* Dönemi'nde ise *interpolatio*'lar aracılığıyla tamamen ortadan kaldırıldığı; *res mobiles* – *res immobiles* ayırımının eşyaya ilişkin temel mal ayırımı olarak yerini aldığı kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Tüketimi kullanıma bağlı olan malların *locatio conductio rei*'ye konu edinilmesi mümkün değildi⁷⁷. Roma'da ürün kirası sözleşmesinin konusunu ise sadece ürün getiren mallar oluşturabilmekteydi⁷⁸.

IV. LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN İVAZLI BİR SÖZLEŞME OLMASI

Roma Hukuku'nda *locatio conductio rei*'de kira bedelinin (*merces locationis*) sözleşmenin esaslı unsurlarından olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmede kiracı olan tarafın ödemesinin kararlaştırıldığı kira bedeli, kira konusu malın kullanılmasının karşılığı idi. Dolayısıyla *locatio conductio rei*'de *conductor*'un asli edim yükümlülüğü, kira konusu malı kullanması karşılığında *locator*'a aralarında kararlaştırmış oldukları belirli bir miktar parayı ödemektir. Bu nedenle *locatio conductio rei*'nin meydana gelebilmesi için hukuki işlemin tarafları kira konusu ile kira bedeli üzerinde anlaşmak durumundaydı⁷⁹. *Gaius*'a ait *Digesta*'daki bir metinde ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde, *locatio conductio rei*'nin tıpkı *emptio venditio*'da olduğu gibi tarafların aralarında anlaşmış oldukları bir bedel ile kurulduğu belirtilmektedir⁸⁰.

⁷⁶ D. 50.17.45 pr. (Ulpianus): “Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest.” D.50.17.45 pr.: “Ne rehnin, ne vedianın, ne *precarium*'un, ne alım satımın, ne de kiranın konusu, bir kimsenin kendisine ait bir şey olabilir.”

⁷⁷ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 103; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 545.

⁷⁸ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 103; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 545; Umur, *Ders Notları*, 367.

⁷⁹ Buckland, *Roman Private Law*, 289; Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 103; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 197.

⁸⁰ *Gaius*'a ait *Digesta*'daki bir metinde kira sözleşmesindeki kira bedelinin tıpkı alım satım sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin temel unsuru olduğu ifade edilmektedir: D. 19.2.2 pr. (*Gaius*): “*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit.*” D. 19.2.2 pr.: “*Locatio conductio* alım satıma yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. Alım satım, üzerinde anlaşılan bir bedele dayandığı gibi, *locatio conductio* da üzerinde anlaşılan bir bedele dayandırılır.” *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de benzer bir metin yer almaktadır: *Iust., Inst. 3.24 pr.*: “*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit. nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur si merces constituta sit.*” *Iust., Inst. 3.24 pr.*: “*Locatio conductio*, alım satıma yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenir. Gerçekten, nasıl alım satım bedel üzerinde anlaşma olduğu zaman kurulursa; *locatio conductio* da bedel üzerinde anlaşma sağlandığında kurulmuş sayılır.”: Hans – Peter Benöhr, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen*

Tarafların aralarında meydana getirmiş oldukları sözleşmenin bir bedel karşılığında olmaması durumunda burada bir *locatio conductio rei* değil; anlaşmanın özellikleri dikkate alınmak suretiyle bir isimsiz sözleşme, vekâlet, vedia ya da ariyet sözleşmesi söz konusu olabilmekteydi⁸¹.

Klasik Hukuk Dönemi'nde kira sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmış olan ve *merces* olarak ifade edilen bedelin mutlaka belirli (*certa*) olması gerekmektedir⁸². Eğer taraflar aralarında belirli bir bedele ilişkin olarak anlaşma yapmamışlar ise, nasıl alım satım sözleşmesi meydana gelmeyecek ise kira sözleşmesinin de meydana gelmesi mümkün değildi. Bu durumun *Gaius*'un *Institutiones*'inde de ifade edildiği görülmektedir⁸³.

Kira sözleşmesinin zorunlu unsuru olan kira bedelinin tartılabilen bir şeyden ibaret olması mümkün değildi. Kira bedelinin mutlaka sayılan paradan (*pecunia numerata*) kararlaştırılması gerekmektedir⁸⁴. Roma Hukuku'nda kira bedelinin paradan başka bir şey olmasının tek istisnası ürün kirası idi⁸⁵. Sözleşmenin tarafları tarım arazilerinin kiralanmasında para yerine kira bedeli olarak araziden çıkan ürünün bir kısmını kararlaştırabilmekteydiler. Kiralayan ile kiracı arasında akdedilen bu hukuki işlemin şirket sözleşmesine (*societas*) yakın olmasına rağmen Roma'da *locatio conductio rei* olarak nitelendirildiği kaynaklardan anlaşılmaktadır⁸⁶.

Roma'da *locatio conductio rei*'nin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olması sebebiyle bir tarafın mal varlığında karşılıksız bir kazandırma (*causa donationis*) ile hukuki işlemin akdedilmesi söz konusu değildi⁸⁷. Bundan başka eğer kiracının ödemekle yükümlü olduğu kira bedeli taraflarca sembolik bir bedel şeklinde kararlaştırılmış ise, bu durumda ivazlı bir sözleşme olan kira sözleşmesinden değil; bir bağışlama sözleşmesinin varlığından söz edilebileceği kaynaklardan anlaşılmaktadır⁸⁸.

Klasik Hukuk Dönemi'nde, sözleşme taraflarının ekonomik menfaatlerine göre *merces*'i

römischen Rechts, (Hamburg: De Gruyter, 1965), 101; Wolfgang Ernst ve Eva Jakab, *Usus Antiquus Juris Romani: Antikes Recht in Lebenspraktischer Anwendung*, (Heidelberg: Springer, 2005), 206.

⁸¹ Günel, "Consensual Contracts", 38; Küçükgüngör, *Vedia Sözleşmesi*, 35 vd; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, 197; Umur, *Ders Notları*, 367; Yeşiller, *Locatio Conductio Rei*, 53.

⁸² Buckland, *Roman Private Law*, 289; Muirhead, *Roman Law*, 159.

⁸³ *Gaius, Inst. 3.142: "Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi."* *Gaius, Inst. 3.142: "Locatio conductio da aynı kurallara göre düzenlenmiştir; gerçekten de eğer bedel belirli olarak kararlaştırılmamış ise, locatio conductio kurulmuş sayılmaz."*

⁸⁴ Vinnius, *Institutionenkommentar*, 399 vd.

⁸⁵ Yeşiller, *Locatio Conductio Rei*, 55 vd.

⁸⁶ Mayer – Maly, *Locatio Conductio*, 135 vd.; Weiss, *Institutionen*, 373.

⁸⁷ *D. 19.2.20.1 (Paulus): "Sed donationis causa contrahi non potest."* *D. 19.2.20.1: "Ancak kira, bağış amacıyla yapılamaz."*

⁸⁸ *D. 19.2.46 (Ulpianus): "Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit."* *D. 19.2.46: "Eğer bir kişi bir sesterz karşılığında bir kira sözleşmesi yaparsa, burada kiradan söz edilemez bağış söz konusu olur."*; Yeşiller, *Locatio Conductio Rei*, 54.

belirleme konusundaki serbestilerine *emptio venditio*'da olduğu gibi izin verildiği görülmektedir⁸⁹. Rayiç kira bedellerine göre kiralayanın kira konusunu mümkün olduğu kadar yüksek; kiracının ise düşük bir bedelle kiralamak istemesine hukuk düzeninin müdahale etmek istemediği anlaşılmaktadır. Çünkü bu dönemde taraf iradelerinden ziyade hukuki ilişkinin teminat altına alınmasının amaç edinildiği görülmektedir⁹⁰. Böyle bir durumda sadece hilenin söz konusu olduğu hallerde sözleşmenin feshedilebilmesi mümkün olabilmekteydi⁹¹.

Roma'da ürün kirasından başka, özellikle Klasik Hukuk Dönemi'nde kira sözleşmesinde kira bedelinin para dışında başka bir şey olup olamayacağına ilişkin tartışmaların yapıldığı görülmektedir⁹². Bu tartışmalar alım satım sözleşmesi ile trampa sözleşmesinin birbirinden ayrılmasına ilişkin tartışmalarla benzerlik göstermektedir. *Iustinianus*'un bir metninde, tarafların birbirlerinin hayvanlarını belirli bir süre için kullanıp ürünlerinden yararlanmaları konusunda anlaşmaları tartışmaya konu edinilmiştir. Tarafların aralarında böyle bir anlaşmaya varmaları halinde burada bir bedel kararlaştırılmamış olması nedeniyle bir *locatio conductio rei*'nin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir⁹³. Ayrıca ivazsız bir hukuki işlem olması

⁸⁹ *Digesta*'da *Paulus*'a bir metinde kira sözleşmesinde tarafların ekonomik menfaatlerine göre kira bedelini serbestçe belirleyebilmelerine izin verildiği görülmektedir: *D. 19.2.22.3 (Paulus): "Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est."* *D. 19.2.22.3: "Alım satım sözleşmesinin doğası gereği, kira sözleşmelerinde de olduğu gibi, daha yüksek bir değere sahip bir malın daha düşük bir fiyata ve daha düşük bir değere sahip bir malın daha yüksek bir fiyata satılmasına izin verilir. Bu durum, tarafların menfaati gereğidir."* *Pomponius*'un görüşlerinin ifade edildiği bir metinde, alım satım sözleşmesindeki semenin belirlenmesine ilişkin olarak tarafların menfaatlerine göre davranmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir: *D. 4.4.16.4 (Ulpianus): "Idem pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire."* *D. 4.4.16.4: "Pomponius'un da satım sözleşmesinin bedeli ile ilgili olarak söylediği gibi, sözleşmenin taraflarının kurnaz davranmalarına izin vermek doğaldır."* Roma'da kira sözleşmesinin alım satım sözleşmesine yakın ve aynı hukuk kuralları ile düzenlendiğinin ifade edilmesi nedeniyle, *Ulpianus*'un metni *merces locationis* için de geçerlidir.

⁹⁰ Erkan Küçükgüngör ve Haluk Emiroğlu, "Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde *Laesio Enormis* (Gabin)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, S. 1 (2004): 86.

⁹¹ *Hermogenianus*'a ait metinden anlaşılacağı üzere, taraflar arasında kira sözleşmesi akdedildikten sonra ancak bedele ilişkin olarak hilenin varlığı ispat edildiği takdirde sözleşmenin iptali istenebilmekteydi: *D. 19.2.23 (Hermogenianus): "Et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest."* *D.19.2.23: "Ve böylelikle, bir kira sözleşmesi yapıldığında, karşı tarafın hile yaptığı ispatlanmadığı sürece sözleşme, kira bedelinin çok düşük olduğu gerekçesiyle feshedilemez."*: Yeşiller, *Locatio Conductio Rei*, 63.

⁹² Kira bedelinin paradan başka bir şey olup olamayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. *D. 10.3.23 (Ulpianus 32), D. 19.2.35.1 (Africanus)*.

⁹³ Tarafların karşılıklı olarak hayvanlarını kullanıp ürünlerinden yararlanmalarının konu edinildiği bir olayda *Iustinianus*'a göre sözleşmede paradan başka bir şey kararlaştırılmış olması nedeniyle tarafların anlaşmazlık halinde kira sözleşmesinden doğan bir davadan değil, isimsiz sözleşmeden doğan bir *actio praescriptis verbis* ile kendilerini savunmalarının mümkün olduğu ifade edilmiştir: *Iust., Inst. 3.24.2: "Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. Et placuit, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periret: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est."* *Iust., Inst. 3.24.2: "Bundan başka nasıl malları trampa etmek suretiyle alım satım yapıp yapılmadığı konusunda genellikle bir uyuşmazlık söz konusu*

nedeniyle ariyet sözleşmesinin de (*commodatum*) burada söz konusu olamayacağı; burada bir isimsiz sözleşmenin (*contractus innominati*) var olduğu ve bu nedenle anlaşmazlık halinde bu sözleşmelerden doğan bir *actio praescriptis verbis*'in mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Roma'da tartışmaların sonucunda kira sözleşmesinin mutlaka ivazlı olduğunun ve kira bedelinin mutlaka paradan ibaret olması gerektiğinin kabul edildiği, bu durumun tek istisnasının ise ürün kirası olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır.

olmuşsa; aynı şekilde, mesela bir kimse sana kullanmak ve ürünlerinden yararlanmak üzere bir şey verse ve buna karşılık olarak da senden kullanmak ve ürünlerinden yararlanmak üzere bir şey alsın, bunun bir *locatio conductio* olup olmadığı konusunda uyuşmazlık vardı. Burada da bir *locatio conductio* olmadığı, fakat kendine özgü bir sözleşmenin yapıldığı kabul edildi. Mesela bir kimsenin bir tek öküzü, komşusunun da bir tek öküzü olsa ve bir iş görmek için karşılıklı olarak öküzleri onar gün süre ile birbirlerine ödünç vermek hususunda anlaşsalar ve öküzler birisinde iken diğerininki telef olsa, ne *actio locati* ne *actio conducti* ne de buradaki ödünç ivazsız olarak verilmemiş olduğu için *actio commodati* vardır; bir *actio praescriptis verbis* ikame olunur.”

SONUÇ

Roma Hukuku'nda edimlerin ekonomik olarak değişimini amaç edinen hizmet, eser, kira ve ürün kirası sözleşmelerinin *locatio conductio* adı altında tek bir sözleşme şeklinde ele alındığı görülmektedir. Zamanla *praetor edictum*'larında bu sözleşmelerin *formula*'larının *demonstratio* kısımlarının davaların içeriklerine göre farklılık göstermeleri ve konularının da birbirlerinden farklı olmaları nedeniyle bu sözleşmelerin birbirinden farklı özelliklere sahip olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Kira (*locatio conductio rei*), hizmet (*locatio conductio operarum*) ve eser (*locatio conductio operis*) sözleşmelerine ilişkin sistematik ayırım ise *Pandekt* Hukukçular tarafından yapılmıştır.

Locatio conductio rei, sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile meydana gelen, bir malı, belirli bir süre için bir bedel karşılığında kullanmayı ya da kullanıp ürünlerinden yararlanmayı sağlayan tam iki tarafı borç altına sokan rızai bir sözleşmedir. Sözleşmenin taraflarını *locator* (kiralayan) ile *conductor* (kiracı) oluşturmaktadır. *Locator*, kendisine ait tüketime tabi olmayan bir malın kullanılmasını veya o malın kullanılıp ürünlerinden yararlanılmasını sağlayan kimse; *conductor* ise, kiralamış olduğu mala karşılık olarak *locator*'a belirli bir ücret ödemek durumunda olan taraf olduğu görülmektedir.

Klasik Hukuk Dönemi'nde kira sözleşmesinin kurulabilmesi için, sözlü ya da yazılı herhangi bir şekle tabi olmadan, tarafların ifa konusu ve bedel üzerinde anlaşmalarının yeterli olduğu; bu durumun *Iustinianus* Hukuku'nda da aynı şekilde kabul edildiği görülmektedir. Sürenin belirlenmesinin ise *locatio conductio rei*'nin zorunlu unsurlarından olmadığı kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Roma'da taşınır ve taşınmaz mallardan başka, maddi ve maddi olmayan mallar da kira sözleşmesinin konusunu oluşturabilmekteydi. Roma'da ürün kirası sözleşmesinin konusunu sadece ürün getiren mallar oluşturabilmekte; bunun dışında tüketimi kullanıma bağlı olan malların sözleşmeye konu olabilmesi mümkün olmamaktaydı. *Locator*'un kiraya vermiş olduğu malın maliki olup olmaması da sözleşmenin kurulması için önem taşımamakta; dolayısıyla kiracının kiralamış olduğu malı bir başkasına alt kira sözleşmesi (*sublocatio*) ile kiraya vermesi mümkündür.

Locatio conductio rei'nin ivazlı bir sözleşme olması nedeniyle, bir tarafın mal varlığında karşılıksız bir kazandırma (*causa donationis*) ile akdedilmesi mümkün değildi. Bundan başka eğer kiracının ödemekle yükümlü olduğu kira bedeli taraflarca sembolik bir bedel şeklinde kararlaştırılmış ise, bu durumda bir kira sözleşmesinden değil; bir bağışlama sözleşmesinin varlığından söz edilebileceği kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Tarafların edimlerinin her zaman karşılıklı olarak değişiminin söz konusu olması nedeniyle *locatio conductio rei*'nin tam iki tarafı borç altına sokan (*synallagmatik*) sözleşmelerden olduğu görülmekte; bu nedenle sözleşmeye aykırılık halinde *Ius Civile* tarafından taraflara karşılıklı olarak dava açabilme (*actio locati/ actio conducti*) imkânının sağlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca sözleşmenin tam iki tarafı borç altına sokan bir hukuki işlem olması nedeniyle *Iustinianus* Dönemi'nde sözleşme taraflarının tüm kusurlardan (*omnis culpa*) sorumlu tutuldukları görülmektedir.

Roma'da *praetor*'ların faaliyetleri ile *bona fides*'in hukuki anlaşmazlıkların çözümünde iyi niyet davaları (*iudicia bonae fidei*) ile kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Bu davalarda hâkimlerin iyi niyetin gereği neyi gerektiriyorsa ona göre karar verebilecek şekilde geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları anlaşılmaktadır. Bir iyi niyet sözleşmesi olan *locatio conductio rei*'de taraflar ayrı bir dava açmadan yan yükümleri ve ek anlaşmaları da *bona fides*'e göre sözleşmeye ilişkin davada talep edebilmekte; yine bir def'i, dava *formula*'sına eklenmemiş olsa bile ileri sürülebilme ve hâkim tarafından dikkate alınmaktaydı. *Iudicia bonae fidei* sayesinde Orta çağ hukukçuları *bona fides* düşüncesini geliştirmiş, günümüz hukuklarında *bona fides* olmazsa olmaz bir etik ilke halini almıştır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin. Roma Borçlar Hukuku. Konya: Sayram Basın Yayın, 2017.
- Benöhr, Hans Peter. Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts. Hamburg: De Gruyter, 1965.
- Berger, Adolf. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. New York: The American Philosophical Society, 1968.
- Bolla - Kotek, Sibylle. *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum*. München: Verlag C. H. Beck, 1940.
- Borkowski, Andrew, ve Paul du Plessis. *Textbook on Roman Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Buckland, William Warwick. *A Manual of Roman Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.
- Coing, Helmut. *Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München: C. H. Beck, 1985.
- Degenkolb, Heinrich. *Platzrecht und Miethe: Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie*. Berlin: C. G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung, 1867.
- De Neeve, Pieter Willem. *Colonus: Private Farm – Tenancy in Roman Italy During the Republic and the Early Principate*. Amsterdam: Brill Academic Publishing, 1984.
- Duncan – Jones, Richard. *The Economy of the Roman Empire: quantitative studies*. Cambridge: Cambridge University Press, 1974.
- Endemann, Friedrich. *Römisches Privatrecht*. Berlin: De Gruyter, 1925.
- Ernst, Wolfgang, ve Eva Jakab. *Usus Antiquus Juris Romani: Antikes Recht in Lebenspraktischer Anwendung*. Heidelberg: Springer, 2005.
- Gönenç, Fulya İlçin. *Roma Hukukunda Şirket Akti (Societas)*. İstanbul: Der Yayınları, 2004.
- Günel, Nadi. “An Example of Consensual Contracts: *Locatio Conductio Rei*.” *Eastern European Community Law Journal* 2, S. 2 (2005): 35 – 42.
- Güneş Ceylan, Seldağ. “Roma Hukukunda *Contractus* (Sözleşme) *Pactum* (Anlaşma) İlişkisi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 1 – 2 (2005): 171 – 183.
- Gürten, Kadir. *Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Hausmaninger, Herbert. *Casebook zum römischen Vertragsrecht*. Wien: MANZ Verlag, 2002.
- Hunter, William Alexander. *Introduction to Roman Law*. London: Maxwell, 1900.
- Jones, Sir William. *An Essay on the Law of Bailments*. Philadelphia: Hogan and Thompson, 1836.
- Jörs, Paul. *Römisches Recht: Geschichte und System des römischen Privatrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1927.
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Hukuku: Tarihi Giriş – Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Karadeniz, Özcan. *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.

Kaser, Max. *Das römische Privatrecht/ 1, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. München: Verlag C. H. Beck, 1971.

Kaufmann, Horst. *Die altrömische Miete: ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*. Köln: Böhlau, 1964.

Koschaker, Paul, ve Kudret Ayiter. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993.

Küçük, Eşref. "XII. yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı günümüze bağlayan son halka: *Pandekt Hukuku*." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, S.4 (2007): 111 - 122.

Küçükgüngör, Erkan. *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.

Küçükgüngör, Erkan, ve Haluk Emiroğlu. "Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde *Laesio Enormis* (Gabin)." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, S. 1 (2004): 77 – 87.

Lenel, Otto. *Das Edictum perpetuum*. Aalen: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927.

Mayer – Maly, Theo. *Locatio Conductio: eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*. Wien: Herold Verlag, 1956.

Molnár, Imre. "Object of *Locatio Conductio*". *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 85, (1982): 127 – 142.

Mommsen, Theodor. "Die römischen Anfänge von Kauf und Mieth." *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte/ Romanistische Abteilung* 6, (1985): 260 – 275.

Muirhead, John Spencer. *An Outline of Roman Law*. London: W. Hodge, 1947.

Rado, Türkân. *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

Rainer, Johannes Michael. "Bauen und Arbeit im klassischen römischen Recht." *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte/ Romanistische Abteilung* 107, (1990): 376 – 381.

Roby, Henry John. *Roman Private Law/ 2, In The Times of Cicero and of the Antonines*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000.

Schulz, Fritz. *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1951.

Sevimli, Emine. "Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi (*Locatio Conductio Rei*)." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Somer, Pervin. *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis)*. İstanbul: Derin Yayınları, 2008.

Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, 2022.

Stephenson, Andrew. *A History of Roman Law: with a commentary on the Institutes of Gaius and Justinian*. Colorado: F. B. Rothman & Company, 1992.

Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2003.

Tamer, Diler. *Roma Hukuku/ 2: Borçlar Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021.

Tamm, Ditlev. *Roman Law and European Legal History*. Copenhagen: DJOF Publishing, 1997.

Uçaryılmaz, Talya Şans. *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Umur, Ziya. *Roma Hukuku: Ders Notları*. İstanbul: Beta Basım, 1999.

Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügatı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983.

Van Zyl, Deon Hurter. *History and Principles of Roman Private Law*. Durban: Butterworths, 1983.

Vinnius, Arnold. *Institutionenkommentar, Schuldrecht: Text und Übersetzung*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2005.

Watson, Alan. *The Evolution of Law*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1985.

Weiss, Egon. *Institutionen des römischen Privatrechts: als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*. Stuttgart: Mittelbach Verlag, 1948.

Wesenberg, Gerhard. *Verträge zugunsten Dritter: Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*. Weimar: Böhlau, 1949.

Yeşiller, Mehmet. *Roma Hukuku'nda Kira Sözleşmesi (Locatio Conductio Rei)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Zilelioğlu, Hilal. "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 39, S. 1 (1987): 241 – 264.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1996.



Karatekin Hukuk Dergisi Karatekin Law Journal



*Cilt/Volume: 1,
Sayı/Issue: 1, 41-59
Geliş Tarihi/Received: 25.10.2022
Kabul Tarihi/Accepted: 23.01.2023*

TÜRK TİPİ BAŞKANLIK SİSTEMİNDE DENGE VE DENETİM MEKANİZMALARI

Zeynep Erhan Bulut*, Vasıf İnanç Duygulu*

Özet

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halk oylaması neticesinde kabul edilen Anayasa değişiklikleri Türkiye'nin hükümet sisteminde köklü değişikliklere yol açmıştır. Bu değişikliklerin ardından ortaya çıkan sisteme Türk Tipi Başkanlık Sistemi adı verilmektedir. Sert kuvvetler ayrılığına dayanan başkanlık sistemlerinin bütün görünümünde olduğu gibi Türkiye'de uygulanan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde de yasama ve yürütme organları arasında dengeyi sağlayan ve organlara bir diğerini denetleme imkânı tanıyan denge ve denetim mekanizmaları mevcuttur. Bu çalışmada bu mekanizmalar yürütme denetim mekanizmaları ve yasama denetim mekanizmaları olarak sınıflandırılmış ve iki ayrı başlıkta ele alınmıştır. Buna göre yürütme denetim mekanizmaları; Cumhurbaşkanlığı kararname, veto yetkisi, fesih yetkisi ve Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu iken yasama denetim mekanizmaları; bütçe onay yetkisi ve kanun yapma yoluyla yürütmeye sınır çizme yetkisidir. Bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde öngörülen denge ve denetim mekanizmaları ve bu mekanizmalar bağlamında yasama ve yürütme organları arasındaki ilişki ele alınmıştır. Bu incelemeler neticesinde ise yeni sistemle dengeyi yürütme lehine değiştirdiği sonucuna varmak mümkün olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk Tipi Başkanlık Sistemi, Yasama, Yürütme, Denge, Denetim

CHECK AND BALANCE MECHANISMS IN TURKISH TYPE PRESIDENTIAL SYSTEM

Abstract

The constitutional amendments adopted as a result of the referendum held on April 16, 2017, have led to fundamental changes in the government system of Turkey. The system that emerged after these changes is called the Turkish Type Presidential System. As in all presidential systems based on the strict separation of powers, there are balance and control mechanisms in the Presidential Government System implemented in Turkey, which provide the balance between the legislative and executive organs and allow the organs to control one another. In this study, these mechanisms are classified as executive control mechanisms and legislative control mechanisms and discussed under two separate headings. Accordingly, executive control mechanisms are; Presidential decrees, the power of veto, the power of termination and the criminal responsibility of the President. Legislative control mechanisms, on the other hand, are the budget approval authority and the authority to set boundaries to the executive through law making. In this study, the check and balance mechanisms envisaged in the Presidential Government System and the relationship between the legislative and executive organs in the context of these mechanisms are discussed. As a result of these examinations, it is possible to conclude that the balance has changed in favor of the executive with the new system.

Keywords: Turkish Type Presidential System, Legislative, Executive, Check, Balance

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı,
e-posta: zeyneperhan@karatekin.edu.tr, ORCID: [0000-0002-5766-126X](https://orcid.org/0000-0002-5766-126X)

* Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı,
e-posta: vasifinancduygulu@karatekin.edu.tr, ORCID: [0000-0003-0960-0865](https://orcid.org/0000-0003-0960-0865)

GİRİŞ

16 Nisan 2017 tarihinde halk oylamasına sunulan ve %51.41 ‘evet’ oyuyla kabul edilen 6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Türkiye Cumhuriyeti’nin yönetim şeklinde köklü değişiklikler yapmıştır. Değişiklik kanunu ile parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçilmiştir. Yeni hükümet sistemi, öne çıkan özellikleri nedeniyle ‘başkanlık sistemi’ olarak değerlendirilse de, uygulanan diğer başkanlık sistemlerinden farklılık göstermesi ve kendine özgü bir takım özelliklere sahip olması sebebiyle ‘Türk tipi başkanlık sistemi’ olarak adlandırılmaktadır. Değişiklikler kapsamında Anayasa’nın 101. maddesi olan “Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir.” düzenlemesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı aynı zamanda partili Cumhurbaşkanı olma sıfatını da elde etmiştir. Bu nedenle yeni sistem ‘Partili Cumhurbaşkanlığı’ veya ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi’ sistemi olarak da anılmaktadır.

Türkiye’nin yakın tarihine bakıldığında, Başkanlık Sistemi tartışmalarının yeni olmadığı görülecektir. Temel tartışmalar 1970’lerde, 1961 Anayasası hükümet sisteminin yarattığı problemler sebebiyle başlamıştır¹. Bu nedendir ki 1982 Anayasası, yürütmeyi güçlendirici düzenlemelere gitmiş; ancak, sistemde herhangi bir değişiklik öngörmemiştir². Bununla beraber Necmettin Erbakan, Alpaslan Türkeş, Süleyman Demirel ve son olarak Turgut Özal da, başkanlık sisteminin Türkiye açısından uygun bir yönetim şekli olacağını ve çift başlı yürütme nedeniyle ortaya çıkan problemlerin kalkacağını işaret etmişlerdir.

Bu tartışmalar Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından tekrar Türkiye gündemine taşınmış ve 21 Ekim 2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile somut adımlar atılmıştır. Yapılan değişiklikle ilk defa Cumhurbaşkanı’nın doğrudan halk tarafından seçilebilme olanağı yaratılmış ve Yarı Başkanlığa benzer bir sistem oluşturulmuştur³. 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Anayasa referandumu ile de Türkiye açısından ilk olan bu yeni sisteme geçiş sağlanmış ve 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan seçimlerle Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilerek görev başına gelmiştir.

Türk tipi başkanlık sistemi katı kuvvetler ayrılığına (yasama-yürütme) dayanmaktadır⁴. Yeni sistemde, yürütme tek kişiden oluşmakta ve yürütme gibi yasama erki de doğrudan halk

¹ Yusuf Can Demir, “Türk Anayasalarında Hükümet Biçimleri Ve 1982 Anayasası Değişikliği Üzerine Yapılan Tartışmalar” (Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 68.

² Hüseyin Gül, “1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Cumhurbaşkanlığı’nın Denge–Denetleme Makamı Olarak Analizi,” *Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 5, S. 2 (2018): 123.

³ Hüseyin Gül, İhsan Kamalak ve Songül Sallan Gül, “Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı-Başkanlık Sistemleri Işığında Türkiye’nin Yeni Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi,” *Strategic Public Management Journal* 3, Özel Sayı (2017): 102.

⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 9. Baskı, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2017), 232.

tarafından seçilmektedir⁵. Böylelikle her iki erk de meşruiyetini halktan almakta ve yasama içinden çıkmayan yürütme organı görevde kalmak için yasama organının güvenoyuna ihtiyaç duymamaktadır⁶. Birbirinden bağımsız seçilen bu erklerin birbirine karşı siyasi sorumlulukları da bulunmamaktadır. Ancak katı erkler ayrılığı sebebiyle birbirinden bağımsız olan bu iki erkin aşırılıklarının önlenmesi amacıyla fren ve denge mekanizmaları (*checks and balances*) yaratılmıştır. Bu mekanizmaların amacı, ayrı ve tartışmalı da olsa eşit güce sahip olan bu erklerin birlikte ve uyumlu çalışmasını sağlamaktır⁷. Fren ve denge mekanizması ile bu organların birbirini baskı altına alması değil, birbirini dengelemesi ve denetlemesi hedeflenmektedir⁸.

Bu çalışmanın amacı Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile getirilmiş olan bu denge ve denetleme mekanizmalarının incelenmesidir. Zira birbirinden bağımsız nitelikteki erklerin, denge denetleme mekanizması ile birbirlerini etkileme olanağının yaratılmış olması, sistemin işleme açısından oldukça önemlidir. Bu kuvvetler her ne kadar bağımsız olsa da aralarında iş birliği sağlanamaması, sistemi çıkmaza sokabilecektir. Bu nedenle hem yasama hem de yürütme erkine, aralarındaki ilişkiyi dengeleyen mekanizmalara başvurma yetkisi verilmiştir.

Bu kapsamda çalışma ile öncelikle yürütmenin sahip olduğu ve yasamaya karşı kullanabileceği denge ve denetleme mekanizmaları olan; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (düzenleyici işlem yapma), kanunları veto yetkisi, seçimlerin yenilenmesine dair yetki ve son olarak Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu incelenecek, takiben yasamanın sahip olduğu; bütçe onay yetkisi ve kanun yapma yetkisi analiz edilecektir.

I. YÜRÜTME DENETİM MEKANİZMALARI

A. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Başkanlık sistemlerinde yürütmenin başı olan başkana, başkanlık kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiştir. Başkanlık kararnameleri ile başkanın tek başına hızlı karar alarak, bu kararlar doğrultusunda politikalarını işleme koyabilmesi sağlanmıştır⁹. Bu uygulama ile Cumhurbaşkanı'na hızlı ve etkin hukuki düzenleme (genel düzenleyici işlem) yapma yetkisi

⁵ Mehmet Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergileri* 75, S. 3 (2017): 24.

⁶ Hüseyin Gül, "Türkiye'nin Yeni Hükümet Sisteminde Siyasi Denetim: 2018 Haziran Seçim Sonuçları Üzerinde Bir Analiz," *İzmir İktisat Dergisi* 34, S. 2 (2019): 301-302.

⁷ Tekin Avaner ve Mustafa Volkan, "Hikmet-i Hükümet ve Yeni Reform: Türk Tipi Başkanlık Sistemi ve ABD Başkanlık Sisteminin Etkisi Üzerine," *Yasama Dergisi*, S. 19 (Ocak – Haziran 2019): 101.

⁸ Avaner ve Volkan, "Hikmet-i Hükümet ve Yeni Reform: Türk Tipi Başkanlık Sistemi ve ABD Başkanlık Sisteminin Etkisi Üzerine," 101.

⁹ Murat Aygen, "Başkanlık Sistemi Üzerine Bir İnceleme: Türkiye Örneği," *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 27, S: 2 (2017): 171.

verilmekte ve bu yetki Anayasa ile koruma altına alınmaktadır¹⁰. Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisi, yasamadan özerk bir yetki olmakla beraber, düzenleyici işlemleri kanun benzeridir; ancak, kanun veya kanun hükmünde değildirler.

104. maddenin 17. Fıkrasında ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şöyle düzenlenmiştir:

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir” (Anayasa Değ. Madde 104).

Diğer birçok başkanlık sisteminin aksine, Türk tipi başkanlık sisteminde Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararnamelerin yürürlüğe girmesi için meclis onayı gerekmemektedir¹¹. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanı'nın kararnameler yolu ile düzenleyici işlem yapabilme yetkisinin türevsellikten asliliğe geçtiğini ifade edilebilir, zira Cumhurbaşkanı, kararname çıkarmak için yasama organı tarafından verilecek bir yetki kanununa ihtiyaç duymamaktadır.

Birçok yazar, doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın, yürütme alanında düzenleyici işlem yapabilme yetkisini elzem görmektedirler¹². Ancak bu yetkinin sınırsız olmadığı aşikârdır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, ilk sınırlama, kararnamelerin ancak Cumhurbaşkanı'nın 'yürütme yetkisi' ile sınırlı tutulmuş olmasıdır. Buna göre başkan ancak yürütme alanında kararname çıkarabilecek, yasama alanına müdahale edemeyecektir. Her ne kadar yürütmenin yetki sahasına giren alanlar hiçbir yerde tarif edilmemiş olsa da¹³, doğrudan Anayasadan kaynaklanan 'yürütme işlemleri' mevcuttur;

“Üst kademe kamu yöneticilerinin bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair

¹⁰ Serdar Güleler, *Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme: ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Şili, Güney Kore* (Ankara: SETA Yayınları, 2016), 75.

¹¹ Ardiçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, 25-27.

¹² Gonca Bayraktar Durgun, “Anayasa Referandum ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi,” *Yeni Türkiye* 23, S. 94 (2017): 499.

¹³ Gündem Anayasa Mevzu Denge Denetleme, Anayasa Değişikliği Kanununun Denge ve Denetleme Açısından Değerlendirilmesi, Demokrasi Barometresi Analiz Raporu No: 8, Şubat 2017, Erişim tarihi: 20 Mayıs 2020, http://www.birarada.org/upload/Node/27111/files/anayasa_degisiklik_kanunun_dd_bakimindan_degerlendirilmesi_dda_demokrasi_barometresi_3-web.pdf

*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; kamu tüzeliği, oluşturan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; Devlet Denetleme Kurulunu işleyişini üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerini düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri*¹⁴”

Bu konular Anayasada düzenlenen ‘yürütme işlemleridir’, bu nedenle kararname çıkarmanın yasal dayanağı da Anayasa olmaktadır. Ancak bu işlemler dışında kalan yürütme işlemleri için Cumhurbaşkanı’na verilen yetkinin genel bir yetki olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira yürütme işlemine dair tüm konular bu kapsam içinde kalmaktadır¹⁵. Bu nedenle Özbudun, yürütme işlemi ibaresinin “belirsiz ve çok geniş bir alanı kapsadığını” ifade ederek eleştirmiştir.¹⁶

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı yasama organına verilen tek denge mekanizması, aynı konu ile ilgili kanun çıkarmaktır. Kanun yapma yetkisi yasamanın elinde bulunan güçlü bir denetim mekanizmasıdır. Bu nedenle yasama organı, yürütme organı tarafından çıkarılan kararnameyi, başka bir ifade ile düzenleyici işlemi aynı konu ile ilgili yasa çıkararak hükümsüz kılabilir¹⁷. Bu durumda tartışılması gereken konu, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde nasıl konumlandırılacağı hususudur.

1982 Anayasası (m.91/1) ile ‘Bakanlar Kuruluna’ verilen Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarma yetkisi 2017 değişikliği ile kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile olağan dönemde ‘kanun gücünde’ düzenleme yapma yetkisi yürütmenin elinden alınmıştır¹⁸. Kaldırılan kanun hükmünde kararnameler (olağan dönem), aynı konu ile ilgili bir kanun düzenlenmediği müddetçe kanunla eşdeğer statüye sahiptir. Dolayısıyla KHK’lar, yürürlükte olan kanunları kaldırma ve değiştirme gücüne de sahiptir¹⁹. Şu andaki düzenlemede ise, olağanüstü hal döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun kuvvetinde olacaktır (Anayasa m.119). Bir başka ifadeyle olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmündedir ve her ne kadar çıkarılması için yetki kanunu gerekli olmasa da meclis onayı zorunludur.²⁰ Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin resmî gazetede

¹⁴ Turan Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, S. 2 (2017): 16.

¹⁵ Mehmet Boztepe, “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1 (2018): 15.

¹⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 251.

¹⁷ Ardiçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi,” 41.

¹⁸ Boztepe, “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi,” 6.

¹⁹ Boztepe, “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi,” 11

²⁰ “Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 uncu maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.

yayınlanması ve meclis onayına sunulması aynı gün yapılacaktır; ancak meclisin onay vermemesi halinde, nasıl bir yol izleneceği düzenleme konusu yapılmamıştır. Değişiklik öncesi düzenlemede, kanun hükmünde kararname çıkarmak için ‘yetki kanunu’ zorunluydu, ancak ‘olağan dönem’ Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için herhangi bir yetki kanunu öngörülmemiştir ve kanun hükmünde olduklarına dair herhangi bir düzenleme de mevcut değildir.

Bu nedenlerle Cumhurbaşkanlığı olağan dönem kararnamelerinin hiyerarşik olarak kanunların altında yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır²¹, zira aynı konuda çıkarılacak bir kanuni düzenleme, kararnameyi hükümsüz kılacaktır. Kanunla düzenlenen herhangi bir konuda kararname çıkarılmayacağı gibi, çıkarılan kararnamenin aynı konuyu düzenleyen kanunu da hükümsüz kılması imkânsızdır. Bu kapsamda meclisin elinde bulunan ‘yasa yapma’ yetkisinin, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerinde bir denge mekanizması yarattığını ifade etmek yerinde olacaktır. Ancak yine de ifade etmek gerekir ki, bu düzenleyici işlemler her ne kadar ‘kanun hükmünde’ değılseler de, yürürlük kazanmaları halinde ‘kanun gibi’ hüküm doğuracaklardır.

Ancak şu anki mevcut yapı düşünülecek olursa, bu denge mekanizmasının ne denli işlevsel olacağı sorgulanabilir. Mevcut meclis çoğunluğu Adalet ve Kalkınma Partisi’ne aittir ve önceki sistemin aksine, yeni sistemde Cumhurbaşkanı olarak seçilen kişinin partisi ile ilişkisi kesilmemektedir. Bu nedenle, mecliste çoğunluğa sahip olan parti Cumhurbaşkanı’nın çıkardığı kararnamenin meclis tarafından hükümsüz bırakılma ihtimali de oldukça düşük gözükmektedir. Bu nedenle ilgili bu düzenlemenin Cumhurbaşkanına *de facto* yasama faaliyeti yapma yetkisi verdiği iddia edilerek eleştirilmektedir²².

Kararnameler için getirilen bir diğer sınırlama da Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi’ öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı hususudur²³. Örneğin temel hak ve özgürlüklerle yönelik anayasal düzenlemelerin birçoğunda, ilgili hak ve özgürlüğün kanunla düzenlenmesi gerektiği, madde metninde açıkça ifade edilmiştir;

“Anayasa m. 46 uyarınca kamulaştırmaya ilişkin düzenlemeler kanunla yapılır, m. 47 uyarınca devletleştirme ve özelleştirmeye ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile kamu

Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmi Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.’ Anayasa m.119/6

²¹Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 250.

²²Uluslararası Şeffaflık Derneği, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi-Şeffaflık, Hesap Verilebilirlik, Katılımcılık, Denge ve Denetleme, (2018), 18.

²³Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi,” 38.

hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi kılınması gibi konular kanunla düzenlenir, m. 42/2 uyarınca öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir, m.44 uyarınca toprak mülkiyetine ilişkin konular kanunla düzenlenir, m. 49 ve devamında yer alan çalışma hayatına ilişkin bir dizi konu (sendikal faaliyet, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt gibi) kanunla düzenlenmek zorundadır.”²⁴.

Bu nedenle Cumhurbaşkanı bu konularla ilgili kararname çıkaramayacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ve siyasi haklar ve ödevleri hususunda da düzenleme yapılamaz. Ancak münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmeyen ‘sosyal ve ekonomik haklar’ hususunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir, yani Cumhurbaşkanı bu haklar ile ilgili kararname çıkarma yetkisine sahiptir. Bu kapsamda denilebilir ki, 1982 Anayasası ile KHK’lara getirilen konu bakımından sınırlama, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de kabul edilmiştir²⁵. Böylelikle yürütme erki olan Cumhurbaşkanı’nın temel haklar ve ödevler konusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmasının önü kapatılmış ve bu yetki münhasıran yasama organına bırakılmıştır.

Temel hak özgürlüklerin koruma altına alınarak yürütmeye bu yönde bir yetki verilmemiş olması demokrasinin gereğidir. Ancak bu sınırlama yalnızca olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için öngörülmüştür. Yani Cumhurbaşkanı olağanüstü dönemde temel hak hürriyetler konusunda düzenleme yapabilecektir, zira bu dönem için Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu sınırlaması getirilmemiştir.²⁶ Daha da önemlisi olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için Anayasaya Mahkemesi denetimi de mümkün değildir.

Diğer bir sınırlama, yasama yetkisinin gaspını engellemek amacıyla getirilmiştir. Madde metninde de ifade edildiği üzere, ‘kanunda açıkça düzenlenen’ konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi düzenlenemez. Bu düzenleme de, kanunların hiyerarşik olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden üstün olduğunu göstermektedir. Ardıçoğlu’nun da ifade ettiği üzere, “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanuna eşdeğer bir hukuk kaynağı değildir.”²⁷. Bu nedenle Cumhurbaşkanı kanunda açıkça düzenlenmiş bir konu hakkında kararname çıkarma yetkisine haiz değildir.

²⁴ Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi,” 39

²⁵ Mesut Aydın, “1982 Anayasasına Göre Temel Haklar Ve Ödevlerin Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnmeleriyle Düzenlenmesi,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S.2 (2016): 4.

²⁶ Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa m.13 hükümleri saklıdır.

²⁷ Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi,” 38.

B. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, başkanlık kararnamelele ile atama gibi birel işlem ve düzenleyici işlemler yapabilmektedir.²⁸ Bu bağlamda kararnamelerin birel işlem ve düzenleyici işlem olmak üzere iki şekilde ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Anayasa m.148 “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler.” Ancak görüldüğü üzere madde metni Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği konusunda herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Bu anlamda öğretilerdeki temel görüş, düzenleyici işlemlerin Anayasa mahkemesi denetimine tabi olduğu, ancak idari birel işlem denetiminin tartışmalı olduğudur.

Cumhurbaşkanı, Anayasadan yetki alarak düzenleyici işlem yapmışsa bu işlemin Anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Örneğin “üst kademe kamu yöneticilerini ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair Cumhurbaşkanlığı kararnameleri; kamu tüzelkişiliği oluşturan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Devlet Denetleme Kurulu’nun işleyişini üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerini düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri,” (Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sayısı:1, Yayımlandığı Resmî Gazetenin Tarihi – Sayısı : 10/7/2018 – 30474)²⁹ işlemler, Anayasada sayılan yürütme işlemleridir. Bu işlemler kaynağını Anayasadan almaktadır ve bu nedenle söz konusu işlemlerin kanuna değil Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi’nce denetlenecektir³⁰. Hükümet sisteminin uygulamaya geçmesinin ardından Anayasa Mahkemesi, yirmi bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin Anayasa’ya uygunluğunu denetlemiş, bu kararların yedisinde Anayasa’da sayılan şartların taşınmadığı gerekçesiyle iptal, birinde de içerik yönünden Anayasa’ya aykırılık gerekçesiyle iptal kararı vermiştir³¹. Bu durum uygulamanın da çalışmada yer alan tespitlerle uyumlu bir şekilde ilerlediğini göstermektedir.

²⁸ Birel idari işlem, Anayasa m.104, Cumhurbaşkanı ‘üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler’ ve Anayasa m. 130/6 üniversite rektörlerinin ataması.

²⁹ Melikşah Yasin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, S.1 (2019): 316.

³⁰ Turan Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, S. 2 (2017): 17.

³¹ Taylan Barın, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin Tahlili,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 7, S: 2 (2022): 311.

Madde 148, yalnızca Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetiminden bahsetmektedir; ancak, bu yönde bir kabul görüşü ile kararnamelerin hukuki nitelikleri göz ardı edilebilir. Zira idari işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi, idari yargı tarafından yapılmalıdır³². Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Cumhurbaşkanı, Anayasadan yetki alarak bir düzenleyici işlem yapmışsa, işlemin Anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi'nce yapılacaktır. Ancak atama niteliğinde bir idari işlem yaparsa, bu işlemin Anayasaya uygunluğu denetlemek mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı'nın yürütme işlemi olarak yaptığı idari işlemlere karşı idari yargıda dava açmak gerekecektir.

İdari yargı denetimi açısından da gerekli düzenlemeler 2018 yılında yapılmıştır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1-a ve b maddesinde 2 Temmuz 2018 yılında yapılan değişiklikle "Cumhurbaşkanı kararlarına [ve] Cumhurbaşkanı'nca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere" Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı hüküm altına alınmıştır. Zira idari işlemlerin esas ve şekil yönünden Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi mümkün değildir³³.

C. VETO YETKİSİ

Başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelerin birçoğunda, erkler arası denge ve denetlemeyi sağlayan en önemli mekanizmalardan biri de başkana verilen 'veto yetkisidir'. Gülener'in de ifade ettiği üzere, "başta kanunlar olmak üzere yasama organından gelen çeşitli düzenlemeleri kabul etme ya da yasamaya geri gönderme şeklinde kullanılabilen bu mekanizma, *Başkanın [Cumhurbaşkanı'nın]* yasama organına karşı dengeleyici bir aktör olarak ortaya çıkmasını sağlamaktadır³⁴". Veto yetkisi, tek başlı yürütmeyi yasama karşısında oldukça güçlendirmektedir. Örneğin Tunç, Amerika Birleşik Devletleri tarihini 1993 yılına kadar incelemiş ve o tarihe kadar 2500 kanuni düzenlemenin veto edildiğini, ancak bunların sadece 10 tanesinin başkana rağmen kanunlaştırılabildiğini ifade etmiştir. Bu nedenle veto yetkisinin kullanılması halinde, yasama organının değil, başkanın daha etkin ve yetkin olacağı kabul edilmektedir³⁵.

Yeni düzenlemeler kapsamında, Cumhurbaşkanı bu yetkiyi kullanırsa, başka bir ifade ile kendisine onay için arz edilen kanuni düzenlemeyi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne

³² Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 16.

³³ Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 18.

³⁴ Gülener, *Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme: ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Şili, Güney Kore*, 10.

³⁵ Hasan Tunç, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 2 (2019): 575.

(TBMM'ye) iade ederse, kanunun aynen yayınlanabilmesi için meclisin salt çoğunluğunca kabul edilmesi gerekmektedir. Sayısal olarak ifade etmek gerekirse, Cumhurbaşkanı'nca veto edilen kanuni düzenlemelerin meclis tarafından aynen kabulü için üye tam sayısının (600) salt çoğunluğu yani 301 milletvekilinin onayı gerekmektedir (Anayasa Değ. Madde 16). Bu düzenleme ile Cumhurbaşkanı'nın kanunların yayınlanması konusundaki yetkisinin 'geciktirici veto' yetkisinden, 'güçleştirici veto' yetkisine dönüştürüldüğü ifade edilmektedir.

Şöyle ki, Anayasanın 96. maddesi toplantı ve karar yeter sayısını düzenlemektedir. Buna göre TBMM, "Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz." Yeni düzenleme ile 600'e çıkan milletvekili sayısı düşünüldüğünde, bir 'kanunun kabulü' için gerekli olan yeter sayısı 151 olacaktır. Ancak aynı kanunun Cumhurbaşkanı tarafından veto edilerek iade edilmesi halinde gerekli olan karar yeter sayısı 301 olacaktır. Buradaki veto yetkisi geciktirici değil, güçleştirici veto yetkisidir. Zira yeni Anayasa değişikliği, veto edilerek geri gönderilen kanuni düzenlemenin aynen kabul edilebilmesi için meclisin üye tam sayısının salt çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerektiğini öngörmektedir. Yani meclisin kanuni düzenlemeyi ilk kabul (151) ettiğinden daha fazla çoğunluk (301) gerekmektedir³⁶.

Geciktirici vetoda ise, yeter çoğunlukla meclisten geçen bir kanuni düzenlemenin veto sebebiyle geri gönderilmesi halinde, düzenlemenin kanunlaşması için ilkinden fazla olmayan bir çoğunlukla, yani aynı çoğunlukla geçmesi yeterli olacaktır³⁷. Görüldüğü üzere, kanunun meclisten tekrar çıkması için gerekli olan karar yeter sayısında herhangi bir güçleştirme söz konusu değildir, zira kanunun tekrar ve aynen kabul edilebilmesi için daha yüksek bir yeter sayısı aranmamaktadır³⁸. Bu durumda Cumhurbaşkanı, kanunun çıkmasını engelleyememekte, sadece çıkmasını bir süre geciktirebilmektedir³⁹. Teziç'in de ifade ettiği üzere, "geciktirici vetoda devlet başkanının iradesi, kanun oluşmasında sonuna değin zorunlu olma özelliğini taşımamaktadır"⁴⁰. Yeni uygulamada ise veto edilen kanunun yeniden geçmesi için daha fazla çoğunluk gerekmekte ve bu nedenle geciktirici değil, güçleştirici veto olarak kabul edilmektedir. Tunç, güçleştirici veto yetkisi uygulaması ile Cumhurbaşkanı'nın yasama

³⁶ Tunç, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye", 578.

³⁷ Erdoğan Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 52, S: 1-4 (2011): 102.

³⁸ Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri," *Ankara Barosu Dergisi* 59, (2001): 38.

³⁹ Gözler, "Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri," 38.

⁴⁰ Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi," 102.

faaliyetleri açısından güçlendirildiğini ve bu nedenle söz konusu faaliyetlerin artık yürütme ile paylaşıldığını ifade etmektedir⁴¹.

Türk sistemine benzer şekilde, Güney Kore’de de başkan, meclis tarafından gönderilen yasaları veto etme yetkisine sahiptir⁴². Yine Amerikan başkanlık sisteminde de başkana veto yetkisinin verildiğini belirtmek gerekir. ABD’de veto edilen kanun, ancak her iki mecliste (kongre ve senato) de 2/3 çoğunlukla kabul edilebilir, bu kapsamda ABD uygulamasının da güçleştirici veto niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir⁴³.

D. FESİH YETKİSİ

Üçüncü denge ve denetleme mekanizması olarak fesih yetkisini sayabiliriz. Her ne kadar fesih yetkisi, parlamenter sistemlerde uygulanagelen bir denge aracı olsa da, Türk tipi başkanlık sisteminde de öne çıkan bir denge ve denetleme mekanizması haline gelmiştir. Yeni Anayasal düzenlemede ‘fesih’ ibaresi kullanılmamış, ‘seçimlerin yenilenmesi’ ibaresi kullanılmıştır; ancak, madde metninde de görüleceği üzere yapılan işlem pratik açıdan fesih niteliğindedir. Anayasa m.116’de düzenlemeyi şu şekilde yapmaktadır:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Bu halde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır. Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır, Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir. Seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilen Meclisin ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri, yeni Meclisin ve Cumhurbaşkanının göreve başlamasına kadar devam eder. Bu şekilde seçilen Meclis ve Cumhurbaşkanının görev süreleri de beş yıldır.”

Düzenlemenin en dikkat çeken noktalarından birisi, fesih yetkisinin kullanılması için herhangi bir gerekçenin gösterilmemiş olmasıdır⁴⁴. Bu bağlamda, hem yasama organı hem de yürütme organı herhangi bir sebep göstermeksizin seçimlerin yenilenmesini sağlayabilecektir. Ancak meclisin fesih yetkisini kullanması güçleştirilmiştir, zira meclis seçimlerin yenilenmesi kararını ancak üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile yani 360 oy ile alabilecektir. Partili

⁴¹ Tunç, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye,” 578.

⁴² Güleler, *Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme: ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Şili, Güney Kore*, 49.

⁴³ Adnan Küçük, “Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler,” *Liberal Düşünce Dergisi* 22, S. 85 (Kış 2017): 180.

⁴⁴ Tunç, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye,” 583

cumhurbaşkanlığı uygulamasının varlığı ve meclis çoğunluğunun başkanın partisine ait olduğu düşünüldüğünde, ilgili bu denge mekanizmasının yasama tarafından işletilmesinin oldukça zor olduğu görülecektir. Bu durumda, mevcut mekanizmanın kullanılması halinde, yürütme organının yasama karşısında güçlü olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer başkanlık sistemi uygulamalarından farklı olarak, Türk tipi başkanlık sisteminde hem yürütme hem de yasama organına, karşılıklı olarak birbirlerini fesih etme yetkisi verilmiştir⁴⁵. Diğer yandan Başkanlık sistemi uygulayan diğer ülkelerin ‘çift yönlü fesih yetkisine’ yer verdiğini söyleyemeyiz. Zira başkanlık sistemlerinde katı erkler ayrılığı vardır ve bu nedenle seçimle meşrulaşmış bu iki ayrı erkin birbirlerinin görevlerine son verebilmeleri başkanlık sistemi uygulamaları ile örtüşmemektedir. Katı erkler ayrılığı sebebiyle bu iki erkin seçilmesi de Türkiye’deki uygulamanın aksine farklı zamanlarda yapılmaktadır. Bu yönde bir fren mekanizması, Türkiye’deki başkanlık sistemi uygulamasını diğer ülkelerden farklı kılmaktadır. Bu nedenle birçok yazar bu uygulama ile başkanlık sisteminden sapıldığını ifade etmektedir⁴⁶. Bazı yazarlar ise karşılıklı fesih yetkisini olumlu değerlendirmektedir, zira bu iki erk arasında ortaya çıkabilecek siyasal krizlerin birbirlerinin görevlerine son vermek suretiyle hızlı aşılacağı kanaatindedirler⁴⁷.

E. CUMHURBAŞKANININ CEZAI SORUMLULUĞU

Yürütme erkine tek başına yön veren Cumhurbaşkanı’nın, cezai sorumluluk kapsamı da yeni Anayasa değişiklikleri ile artırılmıştır. Zira parlamenter sistemde çift başlı yürütmenin diğer ayağı olan Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili olarak yalnızca vatana ihanetten suçlanabiliyordu; ancak, yeni düzenlemeler kapsamında Cumhurbaşkanı’nın cezai sorumluluğu işlediği tüm suçlardan dolayı işletilebilecektir. Yeni düzenleme kapsamında Cumhurbaşkanı’nın işlediği suçlar açısından kişisel suç veya görev suçu ayrımına da gidilmemiştir⁴⁸. Her iki durumda da Yüce Divan’da yargılanacaktır. Anayasa m.105’e göre, “Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.” Madde metninde de ‘bir suç’ ibaresi kullanılarak, Türk hukuk

⁴⁵ Küçük, “Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler,” 161-162

⁴⁶ Tunç, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye,” 583

⁴⁷ Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1999), 85-92.

⁴⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 318.

sisteminde suç olarak düzenlenmiş tüm eylemlerden dolayı cezai sorumluluğun doğabileceği hüküm altına alınmıştır.

Yargılama mekanizmasını harekete geçirecek organ Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. Bu nedenle bu mekanizmanın meclise verilmiş bir denetim yöntemi olduğunu söylemek mümkündür. Ancak soruşturmanın başlatılabilmesi ve yürütülebilmesi için öngörülen usul oldukça zordur. Zira aranan yeter sayıları yüksek tutulmuştur. Soruşturmanın açılmasını sağlayacak 'önerenin' kabulü için aranan yeter sayısı meclisin üye tam sayısının salt çoğunluğudur. Önerenin kabul edilmesi halinde komisyon oluşturulacaktır. Buradaki komisyon 'meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak on beş kişilik' (Anayasa m.105) bir gruptur. Ceza Muhakemesi Kanununca Cumhuriyet Savcısına ait olan soruşturma yetkisi, Cumhurbaşkanı cezai sorumluluğu mevzu bahis olunca komisyona geçmiştir.

Soruşturmayı yapan on beş kişilik bu komisyon, bir rapor hazırlayarak TBMM Başkanlığı'na sunar. Dağıtımı yapılan rapor Genel Kurul'da görüşülür ve Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevk edilebilmesi için TBMM üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyu zorunludur. Sonuç olarak Cumhurbaşkanı'na karşı soruşturmanın başlatılabilmesi için en az 301 oy, Yüce Divana sevk edilebilmesi için ise en az 400 oy gerekmektedir. TBMM çoğunluğunun Cumhurbaşkanı'nın partisine tabi olduğu düşünüldüğünde, bu yeter sayılarına ulaşarak Cumhurbaşkanı'nı Yüce Divan'a sevk edebilmek oldukça zor görünmektedir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki yeni Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi üyesi 17'den 15'e düşürülmüştür. Cumhurbaşkanlığı sistemi kapsamında, 15 üyenin 3 tanesi TBMM tarafından, geri kalan 12 kişilik çoğunluk ise Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır (Anayasa m.146, Değişik: 16/4/2017-6771/16 md.). Birçok yazar bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesinin siyasal iktidarla aynı çizgide olmasının hedeflendiğini ifade ederek eleştirmiştir, zira üyelerin iktidar partisi etkisinde kalacağı düşünülmektedir⁴⁹. Bu sebeplerle bu denetim mekanizmasının işlerliği de hala tartışma konusudur.

Aynı düzenleme kapsamında, hakkında soruşturma başlatılan Cumhurbaşkanı'nın seçim kararı alamayacağı yani meclisi feshedemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Son olarak Cumhurbaşkanı'nın görevinin seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilmesi, yani yargılama sonunda suçu sabit olması, halinde sona ereceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin masumiyet karinesi doğrultusunda yerinde bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür, ancak hakkında

⁴⁹ Uluslararası Şeffaflık Derneği, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi-Şeffaflık, Hesap Verilebilirlik, Katılımcılık, Denge ve Denetleme*, (2018) s.18

soruşturma açılmasına karar veren yasama organının yürütmeye karşı güvenini kaybetmiş olacağı aşıkârdır. Bu nedenle bu iki erk arasında dengeli bir ilişkinin yürütülüp yürütülemeyeceği ayrı bir soru işareti yaratmaktadır.

II. YASAMA DENETİM MEKANİZMALARI

A. BÜTÇE ONAY YETKİSİ

Bütçe kanunu, bir malî yıl içerisinde toplanacak gelirler ile yapılacak kamu harcamalarını, miktar ve kurumlara göre tahminî olarak belirleyen, gelirlerin toplanmasına yetki ve kamu harcamalarının yapılmasına izin veren kanundur⁵⁰. Yeni düzenlemeler kapsamında bütçe, Cumhurbaşkanı'nın politikalarını uygulayabilmesi için gerekli olan mali gereksinimlerin, yasama erki tarafından onanması anlamına gelmektedir⁵¹. Bu kapsamda, bütçenin yasama elindeki en önemli denetim mekanizması olduğunu söylemek mümkündür, zira bütçesi olmayan yürütme organı hiçbir işlem yapamayacaktır. Vergi toplayamayan yürütme, kamu hizmetlerini de yerine getiremeyecektir⁵². Yeni düzenlemeler kapsamında, Cumhurbaşkanı yürütme işlemlerini yerine getirebilmek için bütçe kanunu teklifi hazırlamaktadır ve onay için yasama organına sunmaktadır. Yeni anayasal değişikliğe göre,

“Kamu idarelerinin ve kamu iktisadî teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır..... Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifini, malî yılbaşından en az yetmiş beş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar. Bütçe teklifi Bütçe Komisyonunda görüşülür. Komisyonun elli beş gün içinde kabul edeceği metin Genel Kurulda görüşülür ve malî yılbaşına kadar karara bağlanır. Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak uygulanır.” (Anayasa m.161).

Madde metninde de anlaşılacağı üzere, şayet meclis, bütçe kanun tasarısına onay vermezse, Cumhurbaşkanı bütçe teklifini yasamanın istediği şekilde yeniden düzenleme şansına sahiptir. Ancak, yasama, Cumhurbaşkanı'nın revizesine rağmen bütçeyi onaylamazsa, bu durumda bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirme oranı doğrultusunda artırılarak uygulanabilir. Yeniden değerlendirme oranını belirleme yetkisi de Cumhurbaşkanı'ndadır. Bu

⁵⁰ Ferhat Akbey, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bütçe Hakkı ve Kanunu,” *International Journal of Public Finance* 5, S. 1(2020): 2.

⁵¹ Haluk Alkan, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yasama Denetimi,” *Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı)* 23, S. 94 (2017): 5.

⁵² Tunç, , “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye,” 578

durum, olası bir anlaşmazlıkta kamu hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini amaçlamaktadır.

Ancak Tunç'un da ifade ettiği üzere, önceki yılın bütçesini kullanabilecek olan Cumhurbaşkanı, “yedekte kullanabileceği bir bütçe olmasına güvenerek, TBMM’yi dolanabilecek, TBMM’nin denetim imkânlarını elinden alabilecektir”⁵³. Bu nedenle her ne kadar bu uygulama ile kamu hizmetlerinin aksamaması hedeflenmiş olsa da, Cumhurbaşkanı’na karşı bu denetim mekanizmasının kullanılmasının etkin bir sonuç doğurmayacağı ifade edilmektedir⁵⁴. Zira bu düzenleme ile meclisin bütçe üzerindeki izin denetim yetkisi ortadan kaldırılabilir. Yine de bu durum bütçenin önemli bir denetim mekanizması olduğu gerçeğini tamamen ortadan kaldırmamaktadır, zira Cumhurbaşkanı mali talepleri konusunda meclisi ikna etmek ve güvenini kazanmak durumundadır. Bu kapsamda, 161. maddenin düzenleniş şekli, hem yasama ve yürütme arasında çıkabilecek olası anlaşmazlıklara karşı önlem almakta hem de bütçenin bir denetim aracı olarak kullanılmasına zemin hazırlamaktadır.

B. KANUN YAPARAK YÜRÜTMİYİ SINIRLAMA YETKİSİ

Anayasa’nın 87. maddesi, Türkiye Millet Meclisinin görev ve yetkilerini düzenlemektedir. ‘Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak’ yasama organının en önemli yetkileri olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle yasama organı, Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla her konu ile ilgili kanun yapma yetisine de sahiptir, yani Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aksine yasama organına konu bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir⁵⁵.

Yürütmenin hareket alanını belirleyen kanunlara ihtiyaç duyduğu aşikârdır. Bu kapsamda yasama organı “belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş, iyice gösterilmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere, birtakım kurallar koyarak, yasanın uygulanmasını sağlayacaktır”⁵⁶. Anayasa m.8’de de ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanı, yürütme yetki ve görevini Anayasaya ve

⁵³ Tunç, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye,” 583

⁵⁴ Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 269.

⁵⁵ Yavuz Atar, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Mahkemesi* 56. Kuruluş Sempozyumu, Ankara, 25 Nisan 2019, 12-13.

⁵⁶ Selim Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi İle Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 54, S. 1-4 (1994): 34.

kanunlara uygun olarak kullanmak ve yerine getirmek zorundadır, yani kanun ve Anayasa ile çizilmiş ‘sınırların’ dışına çıkarak yürütme erkini kullanması mümkün değildir.

Bu bağlamda idari işlemlerini yürütebilmesi için yasama organı tarafından çıkarılacak veya çıkmış kanunlara ihtiyacı, dolayısıyla yasama organına bağımlılığı aşikârdır⁵⁷. Ardıçoğlu’nun da ifade ettiği üzere, “yürütme [...], egemenlikten kaynaklı kural koyucu devlet yetkilerini ilk elden kullanan bir organ olarak değil, yasama organı tarafından belirlenmiş kurallar doğrultusunda görev ifa eden bir organ olarak kurgulanmıştır”⁵⁸. Yasama organı, yürütmenin görev ve yetkilerini bu minvalde belirleme yetkisine sahip olmasının yanı sıra, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan düzenleyici işlemler üzerinde de denetim yetkisine sahiptir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer almaktadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri aynı konu ile ilgili kanun çıkarılması halinde hükümsüz kılınabilecektir. Kanunla düzenlenmiş bir konuda Cumhurbaşkanı’nın kararname çıkarmasının önü de kapatılmıştır. Yani aslında yürütme organı, ‘kanun yoluyla’ yasama erki tarafından kapsamlı bir şekilde dengelenebilmektedir⁵⁹.

⁵⁷ Gül, “Türkiye’nin Yeni Hükümet Sisteminde Siyasi Denetim: 2018 Haziran Seçim Sonuçları Özelinde Bir Analiz,” 304.

⁵⁸ Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi,” 36.

⁵⁹ Gül, “Türkiye’nin Yeni Hükümet Sisteminde Siyasi Denetim: 2018 Haziran Seçim Sonuçları Özelinde Bir Analiz,” 304.

SONUÇ

Görüldüğü üzere 6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Türkiye'nin hükümet sistemini tamamen değiştirmiştir. Çalışmamız katı erkler ayrılığına dayanan bu yeni sistemdeki denge ve denetleme mekanizmalarını incelemiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanı'nın kanunları veto yetkisi, seçimlerin yenilenmesine dair yetki çift yönlü yetki, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu incelenmiş ve sonrasında, yasamanın sahip olduğu; bütçe onay yetkisi ve kanun yapma yetkisi tartışma konusu yapılmıştır.

Yapılan incelemeler, denge ve denetleme mekanizmalarının yürütme lehine düzenlemeler getirdiğini işaret etmektedir. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, her ne kadar yürütme işlemleri ile sınırlandırılmış olsa da yasamadan alınacak yetki kanunu olmaksızın çıkarılabilecek olması nedeniyle Cumhurbaşkanı'nı oldukça güçlendirmiştir. Kanunları veto yetkisinde, geciktirici vetodan güçleştirici vetoya geçiş yapılarak, yürütmenin yasama alanında daha etkin olması sağlanmıştır. Diğer sistemlerin aksine, Türk tipi başkanlık sisteminde her iki tarafa da birbirini feshetme yetkisi verilmiştir; ancak, yasamanın fesih yetkisini kullanması için gerekli olan yeter sayısı oldukça yüksek tutulmuştur. Son olarak her ne kadar Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluk kapsamı genişletilmiş olsa da soruşturmanın açılması ve Yüce Divan'a sevk edilmesi için aranan karar yeter sayıları da nispeten yüksek belirlenmiştir.

Yasama organının yürütme karşısında elinde bulundurduğu en güçlü mekanizmanın kanun yapma yetkisi olduğunu söyleyebiliriz. Zira yürütmenin hareket alanı yasa ile sınırlandırılmıştır. Bunun yanı sıra, kanunlar, normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden üstün tutulmuş ve yasama organına yasal düzenleme ile kararnameyi hükümsüz kılma yetkisi verilmiştir. Ancak yasamanın bu alandaki münhasır yetkisi, Cumhurbaşkanı'na verilen güçleştirici veto yetkisi ile sınırlandırılmıştır. Yasamaya verilen diğer önemli yetki, yürütme tarafından hazırlanacak olan bütçenin onaylanmasıdır. Bütçe kanununun onayı, yürütmenin işlemlerini yürütebilmesi açısından oldukça önemlidir, zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bütçesi olmayan yürütme hiçbir işlem yapamayacaktır. Ancak bütçe konusunda da yürütme lehine düzenlemeler yapılmıştır. Zira bütçesi onaylanmayan Cumhurbaşkanı, bir önceki yılın bütçesini yeniden değerlendirme oranı doğrultusunda artırarak kullanabilecektir.

KAYNAKÇA

Alkan, Haluk. “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yasama Denetimi.” *Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı)* 23, S. 94 (2017): 471-476.

Akbey, Ferhat. “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bütçe Hakkı ve Kanunu.” *International Journal of Public Finance* 5, S. 1 (2020): 1-26.

Ardıçoğlu, Mehmet Artuk. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.” *Ankara Barosu Dergileri* 75, S. 3 (2017): 19-51.

Atar, Yavuz. “Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi.” *Anayasa Mahkemesi* 56. Kuruluş Sempozyumu, Ankara, 25 Nisan 2019.

Avaner, Tekin, ve Mustafa Volkan. “Hikmet-i Hükümet ve Yeni Reform: Türk Tipi Başkanlık Sistemi ve ABD Başkanlık Sisteminin Etkisi Üzerine.” *Yasama Dergisi*, S. 19 (Ocak–Haziran 2019): 105-130.

Aydın, Mesut. “1982 Anayasasına Göre Temel Haklar Ve Ödevlerin Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnemeleriyle ‘Düzenlenmesi’.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S.2 (2016): 1-38.

Aygen, Murat. “Başkanlık Sistemi Üzerine Bir İnceleme: Türkiye Örneği.” *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 27, S. 2 (2017): 167-176.

Barın, Taylan. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin Tahlili.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 7, S. 2 (2022): 289-314.

Boztepe, Mehmet. “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1 (2018): 5-30.

Demir, Yusuf Can. “Türk Anayasalarında Hükümet Biçimleri Ve 1982 Anayasası Değişikliği Üzerine Yapılan Tartışmalar.” Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2018).

Durgun, Gonca Bayraktar. “Anayasa Referandumu ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi.” *Yeni Türkiye* 23, S. 94 (2017): 494-500.

Gözler, Kemal. *Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2000.

Gözler, Kemal. “Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri.” *Ankara Barosu Dergisi* 59, S. (2001/4), 35-52.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Yayınevi, (2017).

Gözler, Kemal. *Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*. Bursa: Ekin Yayınevi, (2017).

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş*. Bursa: Ekin Yayınevi, (2018).

Gül, Hüseyin. “1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Cumhurbaşkanlığı’nın Denge–Denetleme Makamı Olarak Analizi.” *Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 5, S. 2 (2018): s.122-136.

Gül, Hüseyin, İhsan Kamalak ve Songül Sallan Gül. “Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı-Başkanlık Sistemleri Işığında Türkiye’nin Yeni Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi.” *Strategic Public Management Journal* 3, Özel Sayı (2017): s.101 – 120.

Gül, Hüseyin. “Türkiye’nin Yeni Hükümet Sisteminde Siyasi Denetim: 2018 Haziran Seçim Sonuçları Özelinde Bir Analiz.” *İzmir İktisat Dergisi* 34, S. 2 (2019): 299-310.

Gülener, Serdar. *Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme: ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Şili, Güney Kore*. Ankara: SETA Yayınları, 2016.

Gündem Anayasa Mevzu Denge Denetleme, Anayasa Değişikliği Kanununun Denge ve Denetleme Açısından Değerlendirilmesi, Demokrasi Barometresi Analiz Raporu No: 8, Şubat 2017, Erişim tarihi: 20 Mayıs 2020, http://www.birarada.org/upload/Node/27111/files/anayasa_degisiklik_kanunun_dd_bakimind_an_degerlendirilmesi_dda_demokrasi_barometresi_3-web.pdf

Kaneti, Selim. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi İle Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 54, S. 1-4 (1994): 33-44.

Küçük, Adnan. “Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler.” *Liberal Düşünce Dergisi* 22, S. 85 (Kış 2017): 157-189.

Melikşah, Yasin. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, S.1 (2019): 315-333.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

Parlamento Terimleri Sözlüğü, <https://www.tbmm.gov.tr/docs/psozluk.pdf>

Teziç, Erdoğan. “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 52, S. 1-4 (2011): 101-116.

Tunç, Hasan. “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 2 (2019): 555-602.

Uluslararası Şeffaflık Derneği, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi: Şeffaflık, Hesap Verilebilirlik, Katılımcılık, Denge ve Denetleme, Eylül 2018.

Uluşahin, Nur. *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1999.

Yıldırım, Turan. “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, S. 2 (2017): 13-28.



Karatekin Hukuk Dergisi

Karatekin Law Journal

Cilt/Volume: 1,

Sayı/Issue: 1, 61-71

Geliş Tarihi/Received: 19.12.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 30.01.2023



ÇEVİRİ: İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN HUKUKİ İLKELER BİLDİRGESİ

DECLARATION OF LEGAL PRINCIPLES RELATING TO CLIMATE CHANGE

Dr. Öğr. Üyesi Neslihan ÖZKERİM GÜNER*

GİRİŞ

Uluslararası Hukuk Derneği (*International Law Association – ILA*) 1873 yılında Brüksel’de kurulmuştur. Amacı uluslararası kamu hukukunda ve uluslararası özel hukukta çalışmalar yürütmek, açıklamalar yapmak ve bu alanların gelişimine katkıda bulunmaktır. Dünyanın her yerinden dört bini aşkın uluslararası hukukçu üyeye sahip olan Dernekte, uluslararası hukukun geliştirilmesine katkıda bulunmak için bilimsel çalışmalar yürütülmekte ve bu çalışmalar, diğer bilimsel çalışmaların gelişmesine ve hukuk kaynaklarının oluşturulmasına katkıda bulunmaktadır.

2008 yılında Dernek bünyesinde iklim değişikliği ile mücadelede hukuki ilkelerin belirlenmesi için İklim Değişikliğine İlişkin Hukuki İlkeler Komitesi kurulmuştur. Komitede uluslararası çevre hukuku alanında birçok hukukçu çalışmış ve aşağıda bulunan 10 temel ilkeyi belirlemişlerdir. Komite, 2014 yılında ilkelerin belirlenmesinden sonra görevini tamamlamıştır.

İklim değişikliği hukuku, 1992 BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, 1997 Kyoto Protokolü ve daha sonrasında kabul edilen bir dizi Protokol, Karar ve 2016 yılında yürürlüğe

* *Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı,
e-posta: nozkerim@karatekin.edu.tr, ORCID: [0000-0001-8130-9461](https://orcid.org/0000-0001-8130-9461)

giren Paris Antlaşmasını içerir. Adı geçen hukuki düzenlemelerin her birinde iklim değişikliği ile mücadeleye dair yol gösterici ilkeler bulunmaktadır. ILA tarafından yapılan bu çalışmada ise ilkeler hem ayrı ve hem de daha ayrıntılı bir şekilde ele alınarak bağımsız bir Bildirge oluşturulmuştur. Bildirge ile mevcut uluslararası hukuk sisteminde iklim değişikliği ile mücadele etmek için belirlenen ve uluslararası toplum tarafından kabul edilen ilkeler, uluslararası çevre hukukçularının katkıları ile geliştirilmiştir. Aşağıda Bildirgedeki 10 ilkenin çevirisine yer verilmiştir ancak 57 sayfalık raporda ilkelerin her biri gerekçesi ile ayrıntılandırılmıştır.

İklim değişikliği 21. YY'nin en önemli problemlerinden biri olarak görülmekte ve Türkiye'de birçok akademik çalışmaya konu olmaktadır. Çeviri ile de bu hususta yapılacak çalışmalara katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

KARAR 2/2014

İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN HUKUKİ İLKELER BİLDİRGESİ

İklim Değişikliğine İlişkin Hukuki İlkeler Komitesi

Uluslararası Hukuk Derneği

7-11 Nisan 2014 tarihlerinde Amerika Birleşik Devletleri Washington D.C.'de düzenlenen 76. Uluslararası Hukuk Birliği Konferansı:

İklim Değişikliğine İlişkin Hukuki İlkeler Komitesi'nin ardışık üç raporunu (2010-2014) ve iklim değişikliğine ilişkin uluslararası hukukun mevcut ve yeni ortaya çıkan ilkelerini belirlemeye yönelik çabalarını DEĞERLENDİREREK,

İklim değişikliğinin insan topluluğu ve gezegenin ekosistemleri için acil ve potansiyel olarak geri döndürülemez bir tehdit oluşturduğundan ENDİŞE EDEREK,

Ulusların, 1992 tarihli İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kapsamında çok taraflı, kurallara dayalı rejimi güçlendirmek için müzakereler yürüttüklerini DİKKATE ALARAK,

Adil ve etkili bir iklim değişikliği rejiminin uluslararası hukuk ilkelerine bağlı kalmaya devam etmesi gerektiğine İNANARAK,

Bu kararın ekinde yer alan İklim Değişikliğine İlişkin Hukuki İlkeler Hakkında İLA Bildirgesini KABUL EDER,

Genel Sekreterden Komite Raporunu ve bu Bildirgeyi BM Genel Sekreterine, BMİDÇS Sekreterliğine, Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli Başkanına, Küresel Çevre Fonuna, UNDP, UNEP, WTO, Dünya Bankası ve bölgesel düzeydeki kuruluşlar da dahil olmak üzere, diğer ilgili hükümetler arası kuruluşlar ve hükümet dışı kuruluşlara değerlendirilmesi için iletmesini TALEP EDER

Yürütme Konseyine, İklim Değişikliğine İlişkin Hukuki İlkeler Komitesi'nin görevini tamamlamış olarak feshedilmesini TAVSİYE EDER.

EK

İLA İklim Değişikliğine İlişkin Hukuki İlkeler

TASLAK MADDELER

Taslak Madde 1. Kapsam

1. Bu taslak Maddeler, Devletlerin iklim değişikliğini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen ve insan yaşamı, sağlığı ve Dünya'nın doğal çevresi üzerinde önemli olumsuz etkileri olan veya olması muhtemel insan faaliyetlerini yönetme ve düzenleme konusundaki davranışlarına uygulanır.

2. Taslak Maddeler, iklim değişikliğine ilişkin temel hukuki ilkelere ve bunların birbirleriyle olan ilişkilerine atıfta bulunmaktadır.

Taslak Madde 2. Amaçlar

Bu taslak Maddelerin amacı, Dünya'nın iklimindeki değişimin ve olumsuz etkilerinin insanlığın ortak bir kaygısı olduğu göz önünde bulundurularak, iklim değişikliği ve bunun olumsuz etkilerinin ele alınmasında Devletlere uygulanabilir hukuki ilkeleri ortaya koymaktır.

Taslak Madde 3. Sürdürülebilir Kalkınma

1. Devletler, uluslararası toplumun sürdürülebilir kalkınma taahhüdü bağlamında, mevcut ve gelecek nesillerin yararına ortak bir doğal kaynak olarak iklim sistemini koruyacaklardır.

2. Ortak bir doğal kaynak olarak iklim sistemi de dahil olmak üzere, doğal kaynakların sürdürülebilir ve adil kullanımında Devletler, BMİDÇS Madde 3.4'e göre iklim değişikliğinin nedenlerini öngörecektir, önleyecek ve en aza indirecek ve uygun şekilde mevcut ve gelecek nesillerin yararına olumsuz etkilerini azaltacaktır.

3. İklim değişikliği ve olumsuz etkilerinin ele alınması bağlamında, sürdürülebilir kalkınma Devletlerin ekonomik ve sosyal kalkınma ile dengelenmesini ve iklim sisteminin korunmasını gerektirir; ve tüm insanların yeterli yaşam standardı ve adil yaşama hakkının gerçekleştirilmesini ve bunun için faydaların eşit dağılımını destekler. Bu kapsamda, iklim değişikliğine yanıt olarak alınan politikalar ve önlemler, çevresel, ekonomik ve sosyal konuları bütünleştirmelidir.

4. Sosyal ve ekonomik kalkınma planları, programları ve projeleri, sürdürülebilir ekonomik büyüme ve yoksulluğun ortadan kaldırılması için gelişmekte olan ülkelerin öncelikli ihtiyaçları göz önünde bulundurularak, iklim değişikliği müdahaleleri üzerinde olumsuz

etkilerden kaçınmak amacıyla, iklim değişikliği ile mücadeleye entegre edilmelidir.

5. Sosyal ve ekonomik kalkınma planlarının, programlarının veya projelerinin önemli miktarda sera gazı salınımına yol açabileceği veya iklim değişikliği yoluyla çevreye ciddi zarar verebileceği durumlarda, Devletlerin bu tür zararları önleme veya en azından iklim değişikliğinin etkilerini hafifletmek için gerekli özeni gösterme yükümlülüğü vardır.

Taslak Madde 4. Eşitlik

Devletler iklim sistemini, Taslak Madde 5.'de ortaya konan devletlerin ortak ancak farklılaşmış sorumluluklar ve kişisel kapasiteleri ilkesinin temel bir ifadesi olan eşitlik temelinde koruyacaklardır.

Devletler, aşağıdaki hususları göz önünde bulundurarak, iklim sistemini, insanlığın şimdiki ve gelecek nesillerinin ihtiyaçlarını adil bir şekilde dengeleyecek şekilde koruyacaklardır:

(a) Gelişmekte olan Devletlerdeki mevcut nesiller, sürdürülebilir kalkınmaya adil erişim konusunda meşru bir beklentiye sahiptir. Bu, gelişmekte olan ülkelerdeki kişi başına düşen ve halen düşük ölçüde olan emisyonların, bu devletlerin sosyal ve kalkınma ihtiyaçlarını karşılamak için mantıklı ve sürdürülebilir bir şekilde artacağını ifade eder.

(b) Tüm Devletlerdeki gelecek nesiller, Dünya'nın kaynaklarına adil erişim konusunda meşru bir beklentiye sahiptir. Bu, mevcut nesillerin küresel ortalama sıcaklıktaki artışı çok taraflı olarak kabul edilen küresel hedefte tutmasını gerektirir.

Devletler, çok taraflı olarak üzerinde anlaşmaya varılan küresel hedefe ulaşmak için yeterince iddialı etki azaltma eylemini gerçekleştirmeyi geciktirdikleri ölçüde, eylem odağının değişeceğini, en kırılgan ve en az sorumlu Devletlerin uyum ve sorumluluk yükünün artacağını akılda tutarak, acil olarak iklim sistemini koruyacaklardır.

Taslak Madde 5. Devletlerin Ortak Ancak Farklılaştırılmış Sorumlulukları ve Kişisel Kapasiteleri

Devletler, iklim sistemini, ortak ancak farklılaştırılmış sorumluluklarına ve kişisel kapasitelerine uygun olarak koruyacaklardır.

Tüm Devletlerin, herkes için geçerli, adil ve etkili bir iklim değişikliği rejimi geliştirmede işbirliği yapma ve çok taraflı olarak kabul edilen küresel hedef doğrultusunda çalışma konusunda ortak bir sorumluluğu vardır. Bu ortak sorumluluğu yerine getirirken tüm Devletler, kendi ulusal koşullarına bağlı olarak:

(a) İklim değişikliğini ve olumsuz etkilerini ele almak için politikalar üretecek ve önlemler

alacak ve bunlar hakkında düzenli olarak rapor verecek;

(b) Taslak Madde 3'te belirtildiği gibi sürdürülebilir kalkınmayı teşvik edecek;

(c) Taslak Madde 8'de belirtildiği gibi özellikle aşağıdaki konularda işbirliği yapacaktır:

i. ilgili azaltma ve adaptasyon teknolojilerinin geliştirilmesi, uygulanması ve yaygınlaştırılması;

ii. iklim sistemi ile ilgili bilimsel ve teknolojik bilgi alışverişi ve iklim değişikliğine yönelik müdahale tedbirlerine ilişkin bilgilere erişim; ve

iii. iklim değişikliğinin etkilerine uyum için hazırlık alanları.

Devletlerin iklim değişikliğine tarihsel, mevcut ve gelecekteki katkıları; teknolojik, finansal ve altyapı yetenekleri ve ayrıca çeşitli ekonomik servetleri ve diğer ulusal koşulları farklı olduğundan, Devletlerin iklim değişikliği ve olumsuz etkilerini ele almak için farklı sorumlulukları vardır. Bir Devletin taahhütlerinin farklılaştırılmış sorumluluklarına uygun şekilde uyarlanıp uyarlanmadığının belirlenmesinde aşağıdakiler dikkate alınacaktır:

Gelişmiş Devletler, özellikle de aralarında en gelişmiş olanlar, daha sıkı azaltım taahhütlerini benimseyerek iklim değişikliğinin ele alınmasında ve geliştirmekte olan Devletlere, özellikle aralarında en az gelişmiş olanlara, geliştirmekte olan küçük ada Devletlerine ve diğer kırılgan Devletlere, ihtiyaçları ölçüsünde, iklim değişikliğini ele almada ve olumsuz etkilerine uyum sağlamada yardımcı olmada öncülük edeceklerdir.

(b) Geliştirmekte olan Devletler, özellikle aralarında en az gelişmiş olanlar, geliştirmekte olan küçük ada Devletleri ve diğer kırılgan Devletler, daha az katı azaltma taahhütlerine tabi olacaklar ve diğerlerinin yanı sıra, gecikmiş uyum programlarından ve finansal, teknolojik ve diğer yardımlardan yararlanacaktır.

Devletlerin taahhütleri, farklılaşan sorumlulukları göz önünde bulundurularak, bir taahhütler yelpazesi içinde yer alacak ve bu taahhütler, katkıları, kabiliyetleri, ekonomik durumları ve ulusal koşulları geliştikçe zaman içinde gelişecektir.

Taslak Madde 6. Özel Koşullar ve Kırılganlık

Devletler, özellikle En Az Gelişmiş Ülkeler ve Geliştirmekte Olan Küçük Ada Devletleri olmak üzere, iklim değişikliğinin etkilerine karşı özellikle savunmasız olan geliştirmekte olan ülkelerin özel durumlarını ve ihtiyaçlarını tam olarak dikkate alacaklardır.

Geliştirmekte olan ülkelerin iklim değişikliği ve etkilerine ilişkin hak ve yükümlülükleri, içinde buldukları özel koşullara ve kırılganlıklarına göre farklılaştırılacaktır.

Gelişmiş Devletler, Taslak Madde 5.3. uyarınca, iklim değişikliğinin etkilerine karşı özellikle kırılgan olan geliştirmekte olan ülkeleri desteklemek için sigorta mekanizmalarının

geliştirilmesine yardımcı olacaktır.

Taslak Madde 7. Önleme ve İhtiyat

Taslak Madde 7A. Önleme yükümlülüğü

Devletlerin, kendi yetki alanları veya kontrolleri dahilindeki faaliyetlerin, iklim değişikliğinden kaynaklanan hasarlar da dahil olmak üzere, diğer Devletlerin çevresine veya kendi ulusal yargı sınırlarının ötesindeki alanlara zarar vermemesini sağlama yükümlülüğü vardır.

Devletler, Taslak Madde 7A.1'de tanımlandığı gibi, iklim değişikliğinden kaynaklanan çevresel ve diğer zararları önlemek, en aza indirmek ve azaltmak için gerekli özeni göstereceklerdir. Gerekli özeni gösterirken, Devletler, özellikle sera gazı emisyonlarını azaltmaya yönelik etkili önlemler yoluyla iklim değişikliğinin nedenlerini öngörmek, önlemek veya en aza indirmek ve uygun uyum önlemlerinin benimsenmesi yoluyla iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini en aza indirmek için uygun tüm önlemleri alacaklardır.

Bir Devletin Taslak Madde 7A.2 uyarınca gerekli özeni gösterip göstermediğinin belirlenmesinde, ekonomik kalkınma ve mevcut kaynaklar, bilimsel bilgi, bir eylemin içerdiği riskler ve etkilenen devletlerin kırılganlığı dikkate alınacaktır. Devletler tarafından iklim değişikliğinin nedenlerini ve olumsuz etkilerini öngörmek, önlemek veya en aza indirmek için alınan önlemler orantılı olmalıdır.

Taslak Madde 7B. İhtiyat İlkesi

Makul olarak öngörülebilir ciddi veya geri alınamaz bir zarar tehdidinin olduğu durumlarda, iklim değişikliğinin etkilerine karşı kırılgan Devletlere ciddi veya geri döndürülemez zararlar dahil tahmin edilecek önlemler, iklim değişikliğini önleme veya uyum sağlama önlemleri, bu zararın kesin bilimsel kanıtı beklenmeksizin Devletler tarafından alınacaktır.

Taslak Madde 7B.1'in amaçları doğrultusunda ihtiyati tedbirler, sürdürülebilir kalkınmayı mümkün kılan, iklim sisteminin istikrarını koruyan ve iklim sistemini insan kaynaklı değişikliklere karşı koruyan proaktif ve uygun maliyetli tedbirleri içerecektir,

İklim değişikliğinin nedenleri veya etkilerine ilişkin yeni bilimsel bilgiler ortaya çıktıkça, Devletler sürekli olarak önleme yükümlülüklerini ve ihtiyati tedbirlerin gerekliliğini değerlendirmelidir. İklim değişikliğinden kaynaklanan hasara ilişkin bilimsel bilginin yeterince gelişmesi halinde, yukarıda Taslak Madde 7A.1'de açıklandığı gibi, çevresel zararı önleme yükümlülükleri uyarınca Devletler tarafından koruyucu tedbirler alınmaya devam edilecektir.

Yeni bilimsel bilgiler ışığında Devletler, Taslak Madde 7A.3'te listelenen faktörleri dikkate alarak emisyon azaltma standartlarını ve diğer önleyici ve uyum tedbirlerini güçlendirmelidir.

Önerilen bir faaliyetin diğer Devletlerin çevresine veya ulusal yetki alanı dışındaki alanlara ciddi zarar verebileceğine dair makul olarak öngörülebilir bir tehdidin olduğu durumlarda, iklim değişikliğinin kırılgan Devletlere ciddi veya geri döndürülemez zarar vermesi dahil, bu tür bir faaliyetin potansiyel etkilerine ilişkin bir çevresel etki değerlendirmesi gereklidir.

Değerlendirme, bu tür ciddi bir zararın makul olarak öngörülebilir bir tehdidine işaret ediyorsa, faaliyetin yargı yetkisi veya kontrolü altında gerçekleştiği Devlet, etkilenmesi muhtemel Devletlere bildirimde bulunacak ve onlarla istişarelerde bulunacaktır, ilgili bilgileri sağlayacak ve ortak bir karara varmak için iş birliği yapacaktır.

Taslak Madde 8. Uluslararası İş birliği

Devletler, iklim değişikliği ve olumsuz etkilerini ele almak için birbirleriyle ve yetkili uluslararası kuruluşlarla iyi niyetle iş birliği yapacaklardır.

İklim değişikliğine karşı etkili ve uygun uluslararası tepkiye katkıda bulunmak için, tüm Devletler ve diğer ilgili aktörler, bu Taslak Maddelerde yer alan ilkelerin yerine getirilmesinde ve iklim değişikliğine ilişkin uluslararası yasal ve yönetim çerçevesinin daha da geliştirilmesi ve daha etkin uygulanmasında iyi niyet ve ortaklık ruhu içinde iş birliği yapacaklardır.

İklim değişikliği konusundaki uluslararası iş birliği, Taslak Madde 5.3'te belirtildiği gibi, gelişmiş ülkelerin geliştirmekte olan ülkelere yardım etme sorumluluğunu yansıtacaktır.

Tüm Devletler, iklim değişikliğinin sebepleri ve etkilerine ilişkin bilimsel bilginin daha da geliştirilmesi ve bu tür bilimsel bilgilere dayalı olarak emisyon azaltma standartlarının ve diğer önleyici ve uyum tedbirlerinin geliştirilmesi ve güçlendirilmesi konusunda iş birliği yapacaklardır. Devletler, talep edilmesi halinde, bu tür bilimsel bilgilerin iklim değişikliğine karşı en kırılgan Devletlere aktarılmasını kolaylaştıracaklardır.

Devletler, uygun bir uluslararası veya bölgesel kuruluş aracılığıyla, emisyon azaltma standartlarının yerine getirilip getirilmediğini ve iklim değişikliğini ele almak için başka önleyici ve uyum sağlayıcı tedbirlerinin alınıp alınmadığını ortaklaşa izleyecektir.

İklim değişikliğine atfedilebilen bir felaketin bir Devletin müdahale kapasitesini aşması durumunda, Devletler yardım sağlamak için birbirleriyle ve yetkili uluslararası kuruluşlarla iş birliği yapacaklardır.

Devletler, iklim değişikliğine ve olumsuz etkilerine atfedilebilen uluslararası barış ve

güvenliğe yönelik yeni tehditlere yanıt vermek için, ortaya çıkan durumun tüm yönleriyle başa çıkmak için yeni yasal çerçeveler kabul edeceklerdir.

Devletler, iklim değişikliği ve olumsuz etkilerini ele alma yeterliliğini sağlamak için uluslararası hukukun yasal ve kurumsal çerçevesini sürekli olarak gözden geçirecek ve geliştirecektir.

Taslak Madde 9. İyi Niyet

Devletler, iklim değişikliği ve olumsuz etkilerini ele alırken ve uluslararası kabul görmüş hedeflere ulaşırken iyi niyetle hareket etmeyi taahhüt eder. Bu husus, söz konusu hedeflere ulaşılmasını sağlamak için hem ulusal hem de uluslararası düzeylerde sürekli izleme ve denetime dahil olma konusundaki iyi niyetli taahhütlerini içerir.

İyi niyet ilkesi, Devletleri, iklim değişikliği ve olumsuz etkilerine ilişkin başka yasal araçlar üzerindeki müzakerelerde, herhangi bir değişiklik düşünmeden kendi konularında ısrar etmeme yükümlülüğü altına sokar. Bir Devlet, diğer Devletler arasında meşru beklentiler oluşturan iklim politikalarını ve önlemlerini beyan eden tek taraflı beyanları sadakatle yerine getirecektir.

Taslak Madde 10. İlişkiler-Arası

İklim değişikliğini ve olumsuz etkilerini etkili bir şekilde ele almak için Devletler, iklim değişikliğine ilişkin uluslararası hukuku diğer ilgili uluslararası hukukla karşılıklı olarak destekleyici bir şekilde formüle edecek, detaylandırarak ve uygulayacaktır.

Devletler, ilgili uluslararası kuruluşlarla işbirliği içinde, Taslak Madde 3'e uygun olarak, iklim değişikliğinin hafifletilmesi ve uyum sağlama hususlarının ilgili tüm düzeylerdeki yasalarına, politikalarına ve eylemlerine entegre edilmesini sağlayacaklardır.

Taslak Madde 8'e göre, Devletler, aşağıdaki alanlarda gösterildiği gibi, gerektiğinde uluslararası hukukun tüm alanlarında karşılıklı ilişki ilkesini uygulamak için birbirleriyle iş birliği yapacaklardır:

(a) İklim Değişikliği ve Uluslararası Ticaret ve Yatırım: Devletler, uluslararası ticarete keyfi veya haksız bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturmamak kaydıyla, iklim değişikliği ve olumsuz etkilerini ele almak için önlemler alabilirler. Herhangi bir tutarsızlığı veya potansiyel çatışmayı önlemek için Devletler, devam eden müzakerelerde iklim, ticaret ve yatırıma ilişkin yasal ilerlemenin karşılıklı destek ilkesine uygun olmasını sağlayacaktır.

(b) İklim Değişikliği ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku: Devletler ve yetkili uluslararası kuruluşlar, iklim değişikliği ile ilgili olarak uluslararası, ulusal ve bölgesel

düzeylede politikalar ve eylemler geliştirirken ve uygularken uluslararası insan haklarına saygı göstereceklerdir. Devletler, bu politikaları ve eylemleri geliştirirken ve uygularken, sınırları içindeki nüfuslarının, özellikle yerli halkların, iklim değişikliğine karşı kırılganlık farklılıklarını dikkate alacak ve tüm halklarının haklarının tam olarak korunmasını sağlamak için önlemler alacaktır.

(c) İklim Değişikliği ve Deniz Hukuku: Devletler ve yetkili uluslararası kuruluşlar, Deniz Hukuku kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, iklim değişikliği ve olumsuz etkilerini etkili bir şekilde ele alacak şekilde başvurur, yorumlar, uygular ve yürütür. Devletler ve yetkili uluslararası kuruluşlar, iklim değişikliği ile ilgili uluslararası kuralların yanı sıra ulusal ve bölgesel politikalar ve önlemleri, deniz hukukuyla ilgili belgeler kapsamındaki hak ve yükümlülüklerle tutarlı bir şekilde geliştirecek ve uygulayacaktır.