



MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Cilt- 23

Sayı - 2

Yıl - 2017

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukuk Araştırmaları Dergisi



Yayın Sahibi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Dekan Prof. Dr. Serap HELVACI

Yazışma Adresi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Tıbbiye cad. Haydarpaşa/İstanbul
Tel.: 0216-338 7703 / Faks: 0216-338 7710
E-posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

ISSN - 2146-0590

Yıl - 2017 Cilt - 23 Sayı - 2

Basım

DOR Kitabevi Yayınevi ve Dağıtım Paz. Ltd. Şti.
Molla Fenari Sokak, Der Han 28/A, 34410 Cağaloğlu - İSTANBUL.

Sertifika No:12158

Matbaanın Adı: Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri (Sertifika No:27185)

Copyright © 2017

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi TÜBİTAK ULAKBİM
TR DİZİN Hukuk Veri Tabanında yer almaktadır.

YAYIN KURULU



Doç. Dr. İpek SAĞLAM
Yrd. Doç. Dr. Gediz KOCABAŞ
Ar. Gör. Dr. Zafer İÇER
Ar. Gör. Alper IŞIK
Ar. Gör. Asım Furkan TEKİR
Ar. Gör. İsmail DEDE

DANIŞMA KURULU



Prof. Dr. Mehmet AKAD (Kadir Has Üniversitesi)
Prof. Dr. Atilla ALTOP (İstanbul Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (İstanbul Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. Nur CENTEL (Koç Üniversitesi)
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL (Doğuş Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)
Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT (Özyeğin Üniversitesi)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Yayın İlkeleri (MÜHF-HAD)

1. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi hakemli bir dergidir.
2. Dergi yılda en az iki sayı olarak yayımlanmaktadır.
3. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın yayımlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir. Bir yazının yayımlanmasında nihai takdir Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Yayın Kuruluna aittir.
5. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine devredilir.
6. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
7. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atamasından önce eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini yayın kuruluna iletmek zorunludur.
8. Dergiye gönderilecek makaleler, Türkçe ve İngilizce başlık, özet ile anahtar kelimeleri içermelidir.
9. Dergiye gönderilecek yazılar, .doc veya .docx dosya uzantıları veya bu dosya uzantılarını yürütebilen kelime işlemcisi yazılımlarla desteklenen bir formatta hazırlanmalıdır. Yazıların gövde metni Times New Roman karakteri-12 punto; dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde, Times New Roman karakteri - 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalı ve yazılarda kesinlikle otomatik başlıklandırma kullanılmamalıdır. Yazılarda dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır.

10. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.
11. Yazılar, elektronik ortamda (CD)'ye kaydedilmiş olarak elden veya posta ile dört nüsha (üç nüshasında yazarın adı gözükmeyecek biçimde) A4 boyutunda çıktısı alınarak, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Haydarpaşa/İstanbul adresine teslim edilmelidir. Yazılar dergi adresine elektronik postayla da gönderilebilir.
12. Yazılarla birlikte, yazar veya yazarlarının iletişim bilgileri (unvanları, kurumları, açık adresleri, telefon numaraları, elektronik posta adresleri ve faks numaraları) ayrı bir sayfa halinde gönderilmelidir.

SUNUŐ



Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisinin 2017 yılı ikinci sayısını, farklı alanlara temas eden makaleler ile yayına hazırladık. Yayın tarihini geciktirmemek adına, tarafımıza ulaşan pek çok makaleyi de ilerideki sayılarımıza bıraktık.

Dergimizin 2017 yılının ikinci sayısına, kıymetli makaleleri ile katkıda bulunan hukuk yazarlarına ve makaleleri yoğun iş yüklerine rağmen, en kısa süre içerisinde titizlikle inceleyen ve bize raporlarını gönderen sayın hakemlere minnettarız.

Büyük bir özveri ile titizlikle ve ahenkli çalışmalarıyla yayınınızın tam vaktinde ve eksiksiz basılmasını sağlayan Yayın Kurulunun değerli üyelerine teşekkür ederiz.

Dergimizin basımını gerçekleştiren, basım sürecinde her isteğimizi anında yerine getiren, birlikte çalışmaktan onur duyduğumuz sayın Elif Derbeder'e ve başta Akın Sedef olmak üzere Der Yayınevi'nin değerli mensuplarına şükranlarımızı sunarız.

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Araştırmaları Dergisi Yayın Kurulu**

İÇİNDEKİLER



KAMU HUKUKU

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Prof. Dr. Turan YILDIRIM 13

Yeraltı Suyu Kira Sözleşmeleri

Prof. Dr. Turan YILDIRIM - Ar. Gör. Mehmet ARSLANOĞLU 29

Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu

Yard. Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER..... 61

Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması

Yard. Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER..... 87

Vatana İhanet Suçunun Kökenleri Üzerine Bir İnceleme

Rezzan İTİŞGEN DÜLGER..... 101

Tanrının Siyasetinden Siyasetin Tanrısına

Ar. Gör. Haşim ÖZPOLAT 143

Roma Diktatörlüğü

Ar. Gör. Selahattin EREN 167

ÖZEL HUKUK

Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğuna Etkisi Prof. Dr. Mehmet HELVACI - Ar. Gör. Raziye AKSU.....	223
Kiracının Ölümünün Her Türlü Kira İlişkisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler Doç. Dr. İpek SAĞLAM.....	249
Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN	267
Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi Yrd. Doç. Dr. Nurcan İPEK.....	295
Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk Yrd. Doç. Dr. Salımya GANIYEVA	361
4691 Sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Buna Göre Kurulan Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Yapılan Arazi Tahsis Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği Dr. Osman AÇIKGÖZ.....	389
İşe İade Davalarında Somutlaştırma Yükü Ar. Gör. Recep AŞİT	423
Kişilik Hakkı İhlallerinde Yetkili Mahkemeler Ar. Gör. Recep AŞİT	467



KAMU HUKUKU

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri



Prof. Dr. Turan YILDIRIM¹

ÖZET

16 Nisan 2017 Anayasa değişikliğiyle cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisi yeniden düzenlenmiştir. 2019 yılında yürürlüğe girecek olan bu yeni sistem beraberinde birçok belirsizliği de getirmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetim mekanizması ile cumhurbaşkanı kararnameleri ile kanun arasındaki ilişki bu belirsizliklerden bazılarıdır. Bu makalede söz konusu değişiklik ile bu değişikliğin beraberinde getirdiği sorunlar ve çözümler ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yasama Yetkisinin Devri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yürütmenin Düzenleme Yetkisi

ABSTRACT

The ordinance power of the president is rearranged by the constitutional amendment on 16th April 2017. This new system, which is going to come into force in 2019, brings along many vagueness. The control mechanism of presidential decrees, and correlation between the codes and presidential decree are some of these vaguenesses. In this article, the constitutional amendment, the problems caused by the amendment and their solutions are discussed.

Keywords: Delegation of Legislative Power, Presidential Decree, Regulatory Power of the Executive

I- GİRİŞ

16 Nisan 2017 tarihli Halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa değişikliğiyle, 1982 Anayasasının sadece 107 maddesinde zikredilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi, değişik hukuki niteliklerle hukukumu-

¹ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

za dahil olmuştur. Anayasanın çeşitli maddelerinde cumhurbaşkanlığı kararnamesi, farklı hukuki niteliklerde düzenlendiği için çalışmanın başlığı “cumhurbaşkanlığı kararnameleri” şeklinde seçilmiştir. Aşağıda, önce Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin hükümlere yer verilecek daha sonra hukuki nitelikleri ele alınacaktır.

II- CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNE İLİŞKİN ANAYASA HÜKÜMLERİ

Anayasanın 104. maddesinin 9. fıkrasına göre; Cumhurbaşkanı; üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.

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 çıkarılması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

106. maddenin 11. fıkrasına göre; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir. 123. Maddenin son fıkrası Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kamu tüzelkişiliği kurulmasına da imkan tanımaktadır. Fıkraya göre; Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.

Anayasa, Devlet Denetleme Kurulunu işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (m.108/4.) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini hüküm altına almıştır(m.118/7.).

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ilgili bir diğer önemli hüküm ise 119. maddenin 6. Fıkrasıdır. Buna göre; olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü mad-

denin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükümündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır (m.117/7.).

124. ve 137. maddelerdeki tüzük kelimeleri çıkarılmış yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ifadesi konulmuştur. Yönetmelikleri düzenleyen 124. maddede, yönetmeliklerin kanunların ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, çıkarılabileceği belirtilmektedir. Kanunsuz emre dair 137. maddeye ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi eklenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa Mahkemesinin denetleyeceği işlemler arasında da sayılmaktadır. 148., 150.,151.,152. ve 153. maddelerde daha önce mevcut olan kanun hükmünde kararname yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ibaresi konulmuştur.

Anayasanın 161. maddesine göre, bütçeyle sınırlanan harcama miktarının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamayacaktır.

Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak zikredilmese de Anayasada Bakanlar Kuruluna yapılan atıfların Cumhurbaşkanı olarak değiştirildiği dikkate alınınca iki önemli işlem türüyle daha karşılaşmaktayız: 74. maddenin tanıdığı vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi ile 167. maddeyle verilen, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırma yetkisi.

III- CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN HUKUKİ NİTELİKLERİ

Yukarıdaki Anayasa maddelerine bakıldığında, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliklerinin farklı olduğu görülmektedir.

Bazıları birel-düzenleyici idari işlem, bazıları ise kaynağını doğrudan Anayasadan alan yürütme işlemi niteliğindedirler.

Üst düzey kamu yöneticilerinin atanmaları ve görevden alınmalarına dair kararname, birel idari işlem niteliğindedir. Cumhurbaşkanlığı yardımcılarını ile bakanların atanmaları ve görevden alınmaları da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle gerçekleştirilecektir.

Bakanlar Kurulu tarafından kullanılan idari düzenleyici işlem yapma yetkisi, Cumhurbaşkanına devredildiğine göre önceden Bakanlar Kurulu Kararı olarak tesis edilen düzenleyici işlemlerde değişiklik yapan veya aynı konulara ilişkin çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de idari düzenleyici işlem niteliği taşıyacaktır. Örneğin İhracat/İthalat Rejimi Kararnameleri, vergi oranlarını belirleyen kararnameler, teşvikleri düzenleyen kararlar gibi.

Doğrudan Anayasadan kaynaklanan yürütme işlemi niteliğindeki kararnameler ise şunlardır: 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 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; kamu tüzelkişiliği, 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.

Bilindiği üzere 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 107. maddede yer almaktaydı. Madde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, çalışma esasları ve personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini öngörmekteydi. Değişiklikle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek alanlar genişletilmiştir. Şu tespiti yapmak yanlış olmayacaktır: Değişiklikle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasada sayılan birimlerin ve bakanlıkların düzenlenmesinde başvurulabilecek tek enstrüman haline getirilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konusunda akla gelen ilk önemli soru şudur: Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminde ayırım yapmaksızın Anayasa Mahkemesini görevli kılmıştır. 148. maddenin değişiklik sonrası hali şöyledir: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Tür-

kiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler.” Bu durumda idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin denetimi de Anayasa Mahkemesi tarafından mı yapılacaktır?

148. maddenin ifadesinden hareketle, tüm Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, 148. madde anayasaya uygunluk denetimini düzenlediği için, Anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemlerin, Anayasa Mahkemesinin görev alanına girdiği de söylenebilir. Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluk denetiminin idari işlemleri içermediği dikkate alındığında, ikinci yorum daha isabetli gözükmektedir.

Bu durumda bir başka soruyu daha cevaplamak gerekmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemler hangi işlemlerdir? Anayasanın Cumhurbaşkanına doğrudan düzenleme yetkisi tanıyan hükümleri gereğince çıkarılacak olan 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 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; kamu tüzelkişiliği, 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, Anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemlerdir. Çünkü yasal dayanağa ihtiyaç duyulmadan Anayasadan kaynaklanan yetkiyle tesis edilebilecek olan bu kararnamelerin kanuna değil Anayasaya uygunluğunun denetiminden söz edilebilir.

Dış ticaretin ülke ekonomisi yararına düzenlenmesi için getirilecek ek mali yükümlülükleri düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve vergi oranlarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, ithalat/ihracat rejimi kararları ile Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu gereğince çıkarılacak olan kararnamelerde, yargısal denetime elverişli kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut kanunlar sadece düzenleme yetkisi tanımlıdır. Bu sebeple bu tür kararnamelerin yürütme alanına ilişkin olduğu ve Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak, bu işlemlerin hepsinin kanuni dayanağı mevcuttur. Bu sebeple kanuna ve hukuka uygunluğundan söz etmek

daha isabetli olacağından bu tür işlemlerin Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olması gerekmez.

İdare geleneğinde ve hukuk düzenimizde düzenleyici idari işlem olarak kabul edilen, Bakanlar Kurulu kararlarının yerine getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de düzenleyici idari işlem oldukları; bu işlemlerin yargısal denetiminin idari yargıya ait olduğunu söylemek mümkündür. Bu noktada şu hususun da belirtilmesi zorunludur: İdare uygulamasının idare hukukunun kaynağı olması tartışmalıdır. Ayrıca mahkemelerin görevlerinin idare geleneğine bakılarak belirlenmesi de mümkün değildir. Ancak Anayasaya uygunluk denetimi yapılması gerekmeyen işlemler bakımından böyle bir öneride bulunmak gerekmiştir. Daha kesin çözüm, Anayasanın 148. Maddesinin yeniden düzenlenerek hangi kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin görev alanına girdiğinin açıkça belirlenmesidir².

Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın, çıkarılabilecek olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulmuştur. Uygulamada yürütme organı tüm kanunlarda değişiklik yapan, kanunları kaldıran kanun hükmünde kararnameler çıkarabilmektedir. Bu yetki Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacaktır³.

Anayasanın 104. maddesinin 17. Fıkrasında sözü edilen, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, aşağıda ayrıca inceleneceği bu başlıkta ele alınmamıştır.

IV- YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ

Anayasa değişikliğiyle, yürütmeye yetki gücü veren kurallar genişletilmiş; yürütme fonksiyonu daha da güçlendirilmiştir. Yürütme fonksiyonunun güçlendirilmesi, Anayasadan kaynaklanan doğrudan düzenleme yetkisiyle sınırlı kalmamıştır. İdare teşkilatını, özellikle

² İdare uygulamasının idare hukukundaki yeri için bkz. Yasin M., “Örf ve Adet Kuralları İle İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri” İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, 2012.

³ Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi mümkün olmamakla birlikte, çıkarılan kararnamelerin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliğini taşıyıp taşımadığı tespitini yapan Anayasa Mahkemesi, bu karardan dönmüştür.

merkezi idareyi yapılandırma yetkisinin yanı sıra, yürütmenin düzenleme yetkisinde de önemli değişiklikler yapılmıştır. 104. maddenin 17. fıkrasına göre; “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.” Bu maddenin değerlendirilebilmesi ve anlaşılabilmesi için yürütmenin düzenleme yetkisi konusunun kısaca aktarılması gereklidir.

Bilindiği üzere idarenin düzenleme yetkisi bağlamında tartışılan temel sorun, kanunla düzenlenmeyen bir alanda yürütme ve idarenin düzenleme yapıp yapamayacağıdır. İdarenin düzenleme yetkisi bir çok eserde ele alınmıştır. Bu eserlerin bazılarında yürütmenin asli düzenleme yetkisinin varlığı da savunulmuştur. 1961 Anayasasında yürütmenin görev olarak tanımlanması, kanuni dayanak olmaksızın idarenin düzenleme yapamayacağı görüşünün temel gerekçesiydi. Ancak bu dönemde dahi idarenin kanuni dayanak olmaksızın düzenleyici işlem yapabileceğine dair yargı kararları mevcuttur⁴.

1982 Anayasasında yürütmenin aynı zamanda yetki olduğunun⁵ hükme bağlanmasıyla, yürütmenin asli düzenleme yetkisi sorunu tekrar tartışılmış; 1961 Anayasası dönemindeki yorumun değişmesine gerek

⁴ Hemen tüm Anayasa hukuku ve idare hukuku kitaplarında bu konuda görüş bulunmaktadır. Dolayısıyla sadece bazı eserlere atıfla yetinilmiştir. Bkz. Güneş, T. Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, A.Ü.SBF Yay., Ankara 1965., Duran., L., Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?, İHİD, Cilt: 4, Sayı 1-3.; Gözübüyük, Ş. -Tan, T., İdare Hukuku Cilt I, Ankara, 2016, s.98. vd.; Yayla, Y., İdare Hukuku, İstanbul, 2009, s. 142. vd.; Gözler, K-Kaplan, G., İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2016, s. 416. vd.

⁵ Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.(m.8.).

olmadığı sonucuna ulaşılmıştı⁶. Yürütmenin düzenleme yetkisini, yasama yetkisinin devri yasağı kapsamında da ele alan Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası dönemindeki içtihadı benimsemiştir. Örneğin bir kararda şöyle denilmektedir: “...Anayasa'nın 7. maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelere konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir...”⁷

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, yürütmenin özerk düzenleme yetkisi olabileceği görüşünü kabul etmemiştir. Yürütmenin yetki olarak nitelenmesinin anlamı ise Anayasa Mahkemesi tarafından şöyle açıklanmıştır: “Yürütmeye yetki gücünü veren kurallara Anayasa'nın kimi maddelerinde yer verilmiştir. Bunlar, düzenleme alanında olağanüstü durumlar ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun sözü edilen durumların gerekli kıldığı konularda KHK çıkarmak (m. 121, 122); Bakanlar Kurulu'nun vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde yasanın belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak (m. 73); dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymak ve kaldırmak (m. 167) tan iba-

⁶ Duran, L., a.g.e., Bu satırların yazarı da aynı kanaattedir.

⁷ E. 2013/47

rettir. Yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin yasallığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetkidir. Bu bakımdan, Anayasa'da belirlenen yukarıdaki ayrı durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütme organının *subjektif* (özel) hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır”⁸.

Ancak özellikle 2010 yılındaki Anayasa değişikliği sonrasında, yeniden yapılanan Anayasa Mahkemesi, idarenin düzenleme alanı konusunda farklı kararlar vermeye başlamıştır. Düzenleme yetkisiyle ilgili olarak geliştirilen, temel ilkeleri koyma; çerçeveyi çizme; sınırsız, belirsiz geniş bir alan bırakılmaması esasları her uyumsuzlukta aranmamış, genel ifadelerle yetkilendirilme dahi yeterli görülmüştür.

Bu konuda örnek sayılabilecek bir kararda şöyle denilmektedir: “...Anayasa'nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoa ait olması “demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum” olarak nitelendirilmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetki-

⁸ “E. 1994/70. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankasından ulaşılabilir. Anayasa Mahkemesi kararlarında Cumhurbaşkanlığı kararnamesini düzenleyen 107. maddeye değinilmemektedir. Büyük ihtimalle Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini düzenleme yetkisi veren 107. madde “atlanmıştır”. Yürütmeye yetki olma gücü veren hükümlere 107. maddenin de eklenmesi gerekir.

lendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz..."⁹.

Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli kararlarından çıkan sonuçlar şunlardır: a) yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi, kanun koyma yetkisinin TBMM dışında bir başka organ tarafından kullanılamaması anlamına gelmektedir. Bir başka organa kanun koyma yetkisi verilmediği sürece Anayasanın 7. maddesi ihlal edilmiş olmaz. b)Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organı tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir. c) Kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yetkilendirmesi yeterlidir. d)Münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi) konularda temel esaslar, ilkeler ve çerçeveler kanunla belirlenmelidir. e) Açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda temel kuralların saptanması yeterlidir. Uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda yürütme, düzenleme yapabilir.

V- YÜRÜTMEME YETKİSİNE İLİŞKİN KONULARDA ÇIKARILACAK KARARNAMELER

104. maddenin 17. fıkrasına göre; "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

⁹ E. 2013/50. Karar tarihi, 1.4.2015., Aynı yöndeki kararlar için bkz. E. 2016/39., E. 2016/21., E. 2015/42.

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.”

Yukarıda yer verilen yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin bilgiler ışığında 104. maddenin 17. fıkrasında sözü edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bakıldığında öncelikle şu tespiti yapmak mümkündür: Anayasada düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun gücünde, kanuna eşdeğer işlemler değildir. Fıkradaki, “yürütme yetkisine ilişkin konular” sınırlaması, bu işlemlerin yasa gücünde olmayacağını göstermektedir. Çünkü yürütme yetkisi, kanunların uygulanmasına yönelik, kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetkidir.

Ayrıca, Anayasa değişikliğiyle kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin kaldırılması, yürütmenin yasama işlemi yapmasının istenmediğine işaret etmektedir. Yürütmenin kanun tasarısı hazırlama yetkisinin kaldırılmış olması da yasama-yürütme fonksiyonu ayırımının güçlendirilmesine yöneliktir.

Fıkradaki, “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.” Hükümleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun gücünde olmadığını bir başka açık delildir. Bilindiği gibi kanun hükmünde kararnameler bakımından bu tür düzenlemeler söz konusu değildi. Kanun hükmünde kararnamelerle kanunlarda değişiklik yapmak, kanunu ilga etmek mümkündü.

104. maddenin 17. fıkrasında düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun gücünde olmadığı; yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin olduğu iddiasını destekleyen bir başka değişiklik ise Anayasanın 124. ve 137. maddelerinde, tüzük yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kelimesinin konulmasıdır. Bu hükümlerden hareketle, tüzük yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adıyla yeni bir düzenleyici yürütme işlemi ihdas edildiği söylenebilir.

Anayasanın 104. maddesine bakıldığında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, yasal dayanak olmaksızın düzenleyici işlem yapma ve kanuni idare ilkesinin kapsamı tartışmalarının, Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli kararları doğrultusunda çözümlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Kanuni dayanak olmaksızın yürütme işlemi yapılabilecek mi sorusunun cevabı ise şöyle olabilir: Doktrinde, bazı hallerde yürütmenin kanuni dayanak olmaksızın düzenleme yapabileceği ifade edilmekteydi. Hocamız Yıldızhan Yayla'nın anlatımıyla: "...İdarenin görevleri gereği, özellikle sağlık, güvenlik ve esenlik gibi konularda, ilgili alanı düzenleyen bir kanun bulunmasa bile düzenleme yetkisine sahip bulunması bir zorunluluktur..."¹⁰ Anayasanın 104. maddesindeki değişikliklerle, yürütmenin kanuni dayanak olmaksızın düzenleme yapabileceği görüşü desteklenmektedir. Ancak yürütmenin düzenleme alanı çok dar ve sınırlıdır.

İlk sınır şudur: 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. Bu yasak alan, kamu düzeni gerekçesiyle veya eşyanın tabiatı gereği, yasal dayanak olmaksızın Düzenleme yapmayı neredeyse tamamen engellemektedir. Çünkü kamu düzeninin korunması amaçlı işlemler, kişi hak ve ödevlerini düzenlemeyi gerektirmektedir. İkinci önemli sınır ise kanunla açıkça düzenlenen konulardır. Bir

¹⁰ Yayla, Y., ag.e., s. 145. Hocamız bu görüşünü şöyle desteklemektedir: "R. SARI-CA, 'icra mefhumu tanzim salahiyetini de tazammun eder...Tanzim salahiyeti icra salahiyeti içinde mündemiçtir...Tanzim, icra salahiyetinin tabii ve zaruri bir neticesidir.' (Türkiye'de İcra Uzunun Tanzim Salahiyeti İstanbul 1943 s. 29.) sonucuna varmıştır. S. S. ONAR da, '...Anayasada sarıh bir hüküm olmasa da idare gene kendine düşen fonksiyonu ifa edebilmek için bir tanzim salahiyetine sahip olmak mecburiyetindedir, çünkü idare, ifa edeceği amme hizmetinin işlemesi, hatta kuruluşu, fertlerin bundan istifade tarzları hakkında umumi kaideler koymak mecburiyetindedir...' diyor. Dipnot 339.

Gözler-Kaplan, idarenin düzenleme yetkisinin "eşyanın tabiatından" kaynaklandığını belirtmektedirler. "İdarenin düzenleme yetkisi Anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Ancak idare bunların dışında, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahiptir. Eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisinin altında idarenin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması gibi ihtiyaç ve gereklilikler bulunmaktadır." ag.e., s. 421.

konu kanunla düzenlenmişse Cumhurbaşkanlığı kararı çıkarılmaz. Dolayısıyla, 104. maddeden hareketle, yürütmeye yasal dayanak olmaksızın doğrudan, genel ve asli bir düzenleme yetkisi verildiği söylenemez.

104. maddenin 17. fıkrasıyla ihdas edilen Cumhurbaşkanı kararlarının çıkarılabilmesi için kanunla yetkilendirilme gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, düzenleme yetkisini geniş yorumladığı kararlarında dahi bu hususu vurgulamıştır. 104. maddede, 108., 118. ve 106. maddelerdeki gibi doğrudan verilmiş bir düzenleme yetkisi mevcut değildir. Aksine kanunlarla bağıllığı ve sınırlılığı vurgulayan ifadeler vardır.

Bu durumda 104. maddenin 17. fıkrasının anlam ve kapsamı nedir sorusu ortaya çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki 17. fıkra, yürütmeye yetki olma gücü veren kurallardandır. Nerdeyse imkansız hale getirilmiş olsa da kanuni dayanak olmaksızın düzenleme yapma yetkisini içermektedir. “Esasen, çok geniş bir yasal düzenleme ağının hüküm sürdüğü Türkiye gibi ülkelerde, dolaylı da olsa ilgili bir kanun bulunması çoğu zaman zor değildir.”¹¹ Bu sebeple, 104. maddenin 17. fıkrasının esas önemi, kanunla düzenleme ilkesinin anlamını/kapsamını belirlemesidir. Anayasa Mahkemesi kararlarındaki, kanunla genel olarak düzenleme yetkisi verilebilir, görüşü, Anayasal dayanağa kavuşmuştur. Kanunla yetkilendirme konusunda 104. madde, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki “münhasıran” kanunla düzenlenmesi gereken konular ifadesini Anayasa hükmü haline getirmiştir. Bu ifadeyi Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda okuduğumuzda şu anlama gelecektir: Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda yürütmeye düzenleme yetkisi verilirken, temel ilkelerin belirtilmesi, çerçevenin çizilmesi gerekecektir. Münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmeyen alanlarda ise genel yetkilendirme mümkün olabilecektir.

Anayasa Mahkemesince, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular örnek olarak sayılmıştır buna göre; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi konuların, münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

¹¹ Yayla, Y., A.g.e., s.145.

Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin verdiği örnekler, münhasır kanun alanı kavramını açıklamaya yetmemektedir. Çünkü temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair 13. maddede, sınırlamanın “ancak” kanunla yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu maddedeki “ancak” kelimesi, münhasır kanun alanına işaret olarak gösterilebilir. Fakat 73. maddede vergilerle ilgili 73. maddede böyle bir vurgu yoktur. 73. maddeye göre vergi ve benzeri mali yükümlülükle kanunla konulur. Aynı şekilde 128. maddede memurların atanmaları, özlük haklarının kanunla düzenlenmesi öngörülmüş, özel bir vurgu yapılmamıştır.

Bu durumda münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların, Anayasada “kanunla düzenlenir” ifadesinin bulunduğu maddelere bakarak belirlemek gerekecektir. Bir maddede bir hususun kanunla düzenlenmesi öngörülmüşse, kanun koyucu temel esasları çerçeveyi çizerek yürütmeyi yetkilendirmelidir. Aksi takdirde, hem 7. hem de 104. maddeye aykırılık gündeme gelecektir.

Eğer Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasan kaynaklanan düzenleme yetkisi verilmesi isteniyorsa, bunun mesela Fransa’da olduğu gibi açıkça yazılması gerekmektedir. 104.maddenin yeni hali, kanuni idare tartışmalarını sonlandırmaya yetmeyecektir.

VI- KANUN-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLİŞKİSİ

104. maddedeki düzenlemeye göre, kanunla açıkça düzenlenen bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanacak; Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Bu kurallar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun gücünde olmadığını, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunların değiştirilemeyeceğini göstermektedir.

Ancak, bu noktada önemli bir soru daha karşımıza çıkmaktadır: Anayasada Cumhurbaşkanına doğrudan düzenleme yetkisi veren hükümlere dayanılarak çıkarılacak olan kararnamelerle mevcut kanunlarda değişiklik yapılabilecek midir? Hatırlamak gerekirse: Üst kade-me 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 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; kamu tüzelkişiliği, 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 doğrudan düzenleme yetkisini içermektedir. Bu konulardaki mevcut kanunların durumu nedir?

Bu sorunun ilk akla gelen cevabı şudur: 104. maddenin 17. Fıkrasına bakılarak, Hangi alanda olursa olsun Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bir kanunu değiştirmenin veya kaldırmanın mümkün olmadığı söylenebilir.

Ancak Anayasa, bakanlık kurulması, Milli Güvenlik Kurulu ile Devlet Denetleme Kurulunun yapılanması ve üst kademe yöneticilerinin bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisini açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bırakmıştır. Bu durumda yukarıda sayılan hususların Anayasa değişikliği yürürlüğe girdikten sonra Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gerekecektir.

Nitekim Anayasaya 6771 sayılı Kanunun 17. maddesiyle eklenen Geçici 21. maddenin (B) Bendine göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler, Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir. Geçici 21. madde dikkate alındığında ise şöyle bir sonuca ulaşmak mümkündür: Anayasanın Geçici 21. maddesi gereğince Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihten itibaren, bakanlıkların kuruluş kanunları, Milli Güvenlik Kurulu ve Devlet Denetleme Kurulunu düzenleyen kanunlar, altı ay içerisinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılmasıyla yürürlükte kalkarlar. Aynı durum üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin kanun hükümleri bakımından da geçerlidir. Anayasadaki altı aylık geçiş süresi sonrasında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle mevcut kanunları yürürlükten kaldırmak veya değiştirmek mümkün olamayacaktır. Çünkü yürütmeye tanınan istisnai yetki, süre kısıtlamasına tabi tutulmuştur. Bu süreden sonra, yürütme yasama işlemini kaldırma veya değiştirme yetkisini kullanamaz. Aksi takdirde Yasama yetkisinin devri yasağı ihlal edilmiş olacaktır.

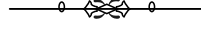
Kanunlarla kurulmuş olan kamu tüzel kişileri bakımından ise durum farklıdır. Anayasanın 123. maddesi, kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağını öngörmektedir.

Anayasa, kamu tüzel kişiliği kurma konusunda TBMM'nin yetkisine dokunmamıştır. Bu sebeple kamu tüzel kişilerinin kurulmasına ilişkin kanunlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle değişiklik yapmak veya bu kanunları kaldırmak mümkün değildir.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan bir sonuca ulaşmak kolay değildir. Çünkü Anayasada yapılan değişiklik, kamuoyunun önünde cereyan ettiği üzere, içi boş sloganlara dayandırılmıştır. Bu sebeple, aceleye gelmiş değişiklik kısaca aktarılan sorunlara yol açmıştır. Sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetim merciindeki vahim aksaklık, sorunun boyutunu ortaya çıkarmaya yeterlidir. Muhtemelen kısa süre sonra değişikliklerde değişiklik yapmayı tartışmaya başlayacağız.

Yeraltı Suyu Kira Sözleşmeleri¹



Prof. Dr. Turan YILDIRIM²

Ar. Gör. Mehmet ARSLANOĞLU³

ÖZET

Yeraltı suları, Anayasa'nın 168. maddesi kapsamında Tabii Servet ve Kaynaklar içerisinde yer almaktadır. Bu bakımdan, Devletin Hüküm ve Tasarrufu altında bulunan yer altı suları, sahipsiz kamu malları arasında kabul edilmektedir. Yeraltı sularının araştırılması, kullanılması, korunması ve tescili, 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanununda düzenlenmiştir. Kanunun 4. maddesi gereğince, yeraltı suları il özel idarelerince kiraya verilir. Özel hukuk kişisi ile idare arasında imzalanan sözleşmenin konusunu kamu malı oluşturmaktadır. Bu nedenle, özel hukuk kişisi ile idare arasındaki hukuki ilişkinin, kamu hukukuna mı tabi yoksa özel hukuka mı tabi olduğunu tespit etmek gerekmektedir. Bu makalede, yeraltı sularının hukuki niteliği, yeraltı suları kira sözleşmelerinin imzalanmasına ilişkin ihale süreci ve yeraltı suları kira sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin konular incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yeraltı Suyu, Kamu Malı, Kamu Malından Yararlanma Sözleşmesi, Kira Sözleşmesi.

ABSTRACT

Ground waters are included in the scope of Natural Wealth and resources pursuant to Article 168 of Constitution. In this respect, gro-

¹ Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan "İdare Hukukunda Su Kaynaklarının Hukuki Rejimi" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

² Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi. Yazar, bu çalışmaya doğrudan katkı sunmamış; Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin 28. Maddesi gereği makalede ortak yazar olarak yer almıştır.

³ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanı.

und waters shall be under the authority and at the disposal of the state and it is regarded as ownerless goods. Ground waters' exploration, use, preservation and registration is regulated by Ground Water Law (No:167). According to Article 4 of Groundwaters Law, it could be lease by special provincial administration. The subject-matter of the contract signed between the private legal person and the administration constitutes the public good. Therefore, it is necessary to determine whether the legal relationship between the private legal person and the administration is subject to public law or private law. In this study, legal status of groundwaters, procurement process relating to signing of groundwaters leasing contract, matters relating to legal status of groundwaters leasing contract were examined.

Keywords: Groundwater, Public Good, The Contract of Public Good Utilization, Lease Contract.

GİRİŞ

Su kavramı, “*Hidrojenle oksijenden oluşan, sıvı durumunda bulunan, renksiz, kokusuz, tatsız maddeyi*” ifade etmektedir⁴. Su kavramı, herhangi bir sınıflandırma yapılmaksızın doğada bulunan bütün su türlerini⁵ kapsayacak şekilde kullanılmaktadır⁶. Doğada bulunan su türlerinin tamamını ifade etmek için su kaynakları kavramı kullanılmaktadır.

Hukuki açıdan su kaynakları kavramı, iki anlama gelecek şekilde kullanılır. Geniş anlamda su kaynakları, Dünya’da bulunan okyanuslar, denizler, göller, akarsular, kar ve buzullar ile yeraltı sularını ifade etmektedir. Dar anlamda su kaynakları ise, yeraltı ve yerüstü sularını kapsamakta ve tatlı su kaynaklarını ifade etmektedir⁷. Suyun canlılar

⁴ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55681da01ab629.39118775 (E.T. 29.5.2017)

⁵ Doğada, tatlı-tuzlu su türleri bulunmaktadır.

⁶ Su kaynaklarının tamamı doğal bir su dolaşımının içerisinde bulunmaktadır. Buna göre, denizler ve okyanuslardan başlayan su döngüsü, buharlaşma yoluyla atmosfer tabakasına ve oradan da yağışlarla birlikte yeniden yer yüzeyine inmektedir. Yağıştan sonra su, döngü içerisinde sızma olarak hareket etmektedir. Zeminin suya doygun hale gelmesiyle, yağıştan sonra akışa geçerek yüzeysel suyollarına karışmaktadır.

⁷ Su Havzalarının Korunması ve Yönetim Planlarının Hazırlanması Hakkında Yönetmeliğinin 4. maddesinin (gg) bendinde su kaynakları, yüzeysel sular ve yeraltı

için yaşamsal bir ihtiyaç niteliğinde olmasından dolayı dar anlam ön plandadır.

Su kaynaklarına dair yapılan sınıflandırmalar, suyun nitelik ve nicelik özelliğine göre yapılmakta ve sıfatlandırma yardımıyla farklı hukuki rejimlere tabi tutulmaktadır. Bu durum, su kaynaklarının farklı hukuk bilim dallarının ilgi alanına girmesine neden olmaktadır. Örneğin, denizler uluslararası hukukun konusuna girerken⁸, iç sularını oluşturan yeraltı ve yüzey suları medeni ve idare hukukunun konusuna girmektedir.

Çalışmamızda su kaynaklarının dar anlamı içerisinde yer alan yer altı suları hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanunun⁹ 2. maddesinde yeraltı suları¹⁰, yeraltındaki durgun veya hareket halinde olan bütün sular olarak tanımlanmıştır. Benzer bir tanımlama Yeraltı Sularının Kirlenmeye ve Bozulmaya Karşı Korunması Hakkında Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin “ö” bendinde de yapılmaktadır.

Yeraltı suları, teknik olarak toprağın çökellere veya kayaçların boşluklara sahip olmasıyla gözeneklilik ve geçirimsizlik özelliği nedeniyle

suları şeklinde tanımlanmıştır. Diğer yandan, Su Kanunu Tasarısının 1. maddesi şöyledir; “(2) Bu Kanun, jeotermal sular ve denizler hariç, kıyı suları dâhil olmak üzere yüzeysel, yeraltı su kaynakları ile alakalı bütün hususları ve doğal mineralli suların tahsisi ile tahsise dair denetim hususlarını kapsar.”

⁸ Denizler, ileride yapacağımız hukuki ayırım bakımından inceleme konumuzun dışında kaldığı için, çalışmamızda daha ayrıntılı bilgi verilmeyecektir.

⁹ Bundan sonra kısaca “YAS Kanunu” olarak anılacaktır.

¹⁰ Dünyadaki bütün tatlı su kaynaklarının % 68'inden fazlası buz ve buzulların içinde hapsedilmiştir. Tatlı suyun diğer % 30'u ise yeraltında bulunmaktadır. Nehirler, göller gibi yüzeysel tatlı su kaynakları, dünyadaki toplam suyun yaklaşık % 1'ini oluşturduğu dikkate alındığında yeraltı sularının, ekonomik ve sosyal yararlar açısından önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir. Amerika Birleşik Devletleri Jeoloji Kurumu'nun verileridir. <http://water.usgs.gov/edu/earthwherewater.html> (e.t. 15.06.2017); Ülkemizde 16,4 milyar m³ yeraltı suyu rezervi bulunmakta ve mevcut rezervin 13,56 milyar m³/yıl tahsisi yapılmıştır. Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 2014 Yılı Faaliyet Raporu, s. 33.<http://www.dsi.gov.tr/docs/stratejik-plan/dsi-2014-faaliyet-raporu.pdf?sfvrsn=2#page=62>

le yer çekiminin etkisiyle yüzey sularının aşağı yönlü hareketi sonucu doyunluk tabakasında oluşturduğu su kütlesine verilen addır¹¹.

Ülkemizde yer altı suları, YAS Kanunu ve Yeraltı Suları Tüzüğü çerçevesinde pozitif düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu suların her türlü araştırılması, kullanılması, korunması ve tescili bu düzenlemeler doğrultusunda gerçekleşmektedir. Gerçek ve tüzel kişiler, idarenin tek yanlı işlemi veya sözleşmeyle yeraltı sularını kullanabilirler.

Çalışmamızda, İdare ile gerçek ve tüzel kişiler arasında imzalanan kira sözleşmesine ilişkin hususlar değerlendirileceğinden, tek yanlı işlemlere yer verilmeyecektir.

I- YERALTI SULARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Anayasa'nın "Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi" başlıklı 168. maddesi şu şekildedir; "Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir."

Anayasa'da düzenlendiği şekliyle, tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi hak ve ödevi, Devlet'tedir. Bu varlıkların işletilmesi, çıkarılacak özel kanunla gerçek ve tüzel kişilere devredilebilir. Su kaynaklarının, tabii servet ve kaynakların kapsamında olduğu mevzuatta¹², Anayasa Mahkemesi kararında¹³ ve doktrinde¹⁴ kabul edilmektedir.

¹¹ KOÇ, Erşans, Bazı Ülkelerde İçme Suyu Kaynağı Olarak Kullanılan Yeraltı Suyu Kütleleri için Koruma Alanı Yaklaşımları ve Türkiye İçin Uygulanabilirliği, Orman ve Su İşleri Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014. Sf. 3-4.

¹² 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun, Yeraltı Suları Tüzüğü

¹³ AYM, E. 1963/126, K. 1965/7, T. 16/02/1965, www.anayasa.gov.tr

¹⁴ YILDIRIM, Turan, Tabii servetler ve kaynakların Yasal Statüsü, Doğal Kaynak Kullanımında Alternatif Yöntemler, Yeni Yaklaşımlar Sempozyumu, M.Ü. Türkiye Ekonomisi Araştırma Merkezi ve Friedrich- Naumann Vakfı, S:1, s.61

YAS Kanununun “yeraltı sularının mülkiyeti” başlıklı 1’nci maddesinde, yer altı sularına ilişkin şu ifadelerde bulunulmuştur: “Yeraltı suları umumi sular meyanında olup Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu suların her türlü araştırılması, kullanılması, korunması ve tescili bu kanun hükümlerine tabidir.”

Diğer taraftan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 756. maddesinin 3. fıkrası ise şu şekildedir: “Yeraltı suları, kamu yararına ait sulardandır. Arza malik olmak, onun altındaki yeraltı sularına da malik olmak sonucunu doğurmaz. Arazi maliklerinin yeraltı sularından yararlanma biçimi ve ölçüsüne ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır.”

Yukarıda zikredilen hükümler birlikte okunduğunda, Türk Medeni Kanununun 718. maddesinde düzenlenen ve kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarının arazi üzerindeki mülkiyete dahil olduğuna ilişkin kurala, yeraltı suları bakımından istisnai bir durum getirildiği söylenebilir. Diğer bir söylemle, kanun koyucu, tabii servet ve kaynak niteliğindeki yeraltı sularının mülkiyetini veya kullanımını taşınmaza bağlı tutmamıştır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi “devletin hüküm ve tasarrufu” ifadesini tabii servetlerin ve kaynaklarının özel mülkiyetin konusu olamama şeklinde yorumlamıştır¹⁵.

Yeraltı suları, YAS Kanununun 1. maddesinde belirtildiği üzere genel sular içerisinde yer almaktadır. Genel sular, Devletin hüküm ve tasarrufunda olup, kamunun yararına ait sulardandır. Bu bakımdan, yeraltı suları, kamu malı teorisinde yapılan tasnife göre sahipsiz mal kategorisi içerisinde yer aldığı kabul edilmektedir¹⁶. Yeraltı sularının

¹⁵ AYM, E. 1963/126, K. 1965/7, T. 16/02/1965, www.anayasa.gov.tr

¹⁶ **YAZMAN, İrfan**, Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tabii Olduğu Rejim, Ankara, 1970, s.22; **YAZMAN, İrfan**, “Kaynak ve Yeraltı Sularının Tabii Olduğu Yeni Rejime Ait Bazı Sorunlar,” in Su kaynaklarının Kullanılması Hakkındaki Kanun Tasarısı, Ankara, 1972, s. 149; **SANCAKDAR, Oğuz**, Kamusal Sulardan Yararlanma, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 99; **YAŞAR, Hasan** Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 476; **KAMAN, Nur**, “Kamu Malları” (YILDIRIM, Turan /YASİN, Melikşah /KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge), İdare Hukuku, Onikilevha,6. Baskı, İstanbul 2015,s.321; **GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.964-966; **GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel**, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 18. Baskı, Bursa 2016,

içerisinde bulunduğu genel sular doktrinde kamusal su¹⁷ olarak da ifade edilmektedir. Doktrinde, Kanunda yeraltı sularının tamamının Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtildiğinden ve büyüklük-küçüklük, akarlık-durgunluk ayrımı yapılmadığından, yeraltı suları bakımından, genel su-özel su ayrımı yapılması imkânının ortadan kalktığı ifade edilmektedir¹⁸.

II- YERALTI SULARINDAN YARARLANMA

YAS Kanununun 2. maddesi, yeraltı suyunun içmede, temizlikte, belediye hizmetlerinde, hayvan sulamada, zirai sulamada, maden ve sanayide, sportif vesair tesislerde kullanılmasını, faydalı kullanım olarak tanımlamaktadır. Kanunda, faydalı kullanım tanımlanırken yeraltı sularının kullanılacağı alanlar da örnekseme yöntemiyle gösterilmiştir.

Kanununun 7. maddesinde, yeraltı suyu etüd ve araştırmaları için Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü¹⁹nün, herhangi bir yerde kuyular açmak veya açtırmak hakkına malik olduğu düzenlenmiştir. Madde devamında, DSİ tarafından açılan işletme kuyularının intifa hakkının, DSİ tarafından hakiki veya hükmi şahıslara devredilebileceği veya kiralanabileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, yeraltı sularının aranma/işletilme görev ve yetkisi, kamu tüzel kişiliğini haiz kamu kurumu niteliğindeki DSİ'ye verilmiştir.

Kanununun 8. maddesinde ise, gerçek ve tüzel kişilerin yeraltı sularını kullanmak amacıyla kuyu açması halinde DSİ'den belge alma-

s.683. **GÜLAN, Aydın**, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayınları, İstanbul 1999, s.42.

¹⁷ Bu terim doktrinde kullanılmaktadır. **AKİPEK, İlhan**, İdare Hukuku Bakımından Akarsular, İdare Dergisi, S:225, Kasım-Aralık 1953, s. 2; **AKKAYA**, s.2, **ARSEBÜK, Esat**, Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi: Kaynak ve Yeraltı Suları, AÜHFD, 1951, VIII, 3-4, s. 733; **SANCAKDAR**, s.25; Doktrinde, 167 sayılı YAS Kanunundan önce, yeraltı sularının kaynaklarla aynı hukuki rejime tabi tutulması eleştirilmiş; genel sular mahiyetinde görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Detaylı açıklamalar için bkz. **İMRE, Zahir**, Kaynak- Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951, s.151.

¹⁸ **YAZMAN**, a.g.e., s.49; **BAŞPINAR, Veysel**, Su Mülkiyeti Açısından Türk Medenî Kanunu, Yeraltı Suları Hakkında Kanun Ve Su Kanunu Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, AÜHFD, C. 65, S.4, 2016, s. 2729.

¹⁹ Bundan sonra DSİ olarak anılacaktır.

sı gerektiği düzenlenmiştir²⁰. 4'nci madde de, kişilerin faydalı ihtiyaç miktarını aşan yeraltı sularının ve sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı sularının, il özel idarelerince kiraya verileceği düzenlenmiştir.

Yukarıdaki hükümler değerlendirildiğinde, özel hukuk kişilerinin yeraltı sularını kullanması, ya DSİ'nin tek taraflı işlemi olan kullanma ruhsatıyla ya da konusuna göre il özel idaresi veya DSİ ile yapılan sözleşmeyle mümkündür.

Kanun koyucunun, “faydalı ihtiyaç miktarı”²¹ ölçüsünde yer altı sularından genel yararlanma ve özel yararlanma usulünü benimsediği söylenebilir²². DSİ tarafından belirlenen faydalı ihtiyaç su miktarı oranında kişilerin yararlanması, genel yararlanma usulü benimsenmiş ve su kolluğu²³ faaliyeti kapsamında sadece DSİ'nin tek yanlı işlemi olan kullanım ruhsatı (belgesine) öngörülmüştür. Örneğin, tarım sulaması amacıyla yeraltı suyunu kullanacak bir kişi için gerekli olan su miktarı, faydalı ihtiyaç miktarı olarak belirlenerek kullanma ruhsatına yazılmaktadır. Bu miktardaki yeraltı suyundan ilgili kişinin yararlanması, genel yararlanma usulü olarak düzenlenmiştir.

Kullanılacak alan fark etmeksizin muhtaç olunan miktarı aşan sular için ise, özel yararlanma usulünün bir görünümü olan kira sözleşmesi yapılması zorunlu tutulmuştur. Yukarıda sulama örneğinde olduğu gibi, ruhsatında yazılı olan miktarı aşan suyun kullanılması için kira sözleşmesi yapılması gereklidir.

²⁰ Yeraltı suyunun aranması için “Arama Belgesi(Ruhsat)”; Arama belgesine bağlı olarak bulunan yeraltı suyunun kullanılması halinde “Kullanma Belgesi(Ruhsat)” alınması zorunludur.

²¹ “Faydalı ihtiyaç miktarı” kavramı hakkındaki açıklamalara “Yeraltı Suyu Kira Sözleşmesinin Konusu” başlığında yer verilecektir.

²² Doktrinde, kamu mallarından yararlanma usulleri bakımından yapılan tasnif için bkz. GÜLAN, s. 179 vd. Gülan'ın yapmış olduğu ayrıma dayalı olarak, yeraltı sularından yararlanma tasnif edilmiştir.

²³ Kamu yararına ait sulardan olduğu kabul edilen yeraltı sularının kalitesinin korunması, düzenli olarak bakım ve onarımının yapılması ve sürdürülebilir olması için yetkili idare tarafından yapılan faaliyetler, su kolluğunun konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda, İdare, emniyetli verim seviyesinde su çekmeyi yasaklayabileceği gibi; kullanımını ruhsata bağlayabilir. İzinsiz kullanıldığı zaman, idari yaptırım uygulayabilir.

Bu durumda, yeraltı sularının kiraya verilmesinde ikili bir ayırım yapıldığı söylenebilir. İşletme amacına yönelik DSİ tarafından açılan kuyuların intifa hakkı, DSİ tarafından kiraya verilir iken²⁴; özel hukuk kişilerinin açtıkları kuyulardaki yeraltı suyunun kiraya verilmesinde İl Özel İdareleri yetkilidir.

Üzerinde durulması gereken husus, yeraltı suları bakımından özel hukuk kişilerinin idareyle girmiş olduğu hukuki ilişkinin, kamu mallarından yararlanma mı yoksa özel hukuka tabi kiralama mı olduğudur.

Bu sorulara verilecek olan yanıtlar, hukuki ilişkiyi ve dolayısıyla idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşmenin hukuki niteliğini de belirleyecektir.

Öncelikli olarak, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı suları, ticari bir amaca yönelik kullanıldığından özel hukuk kişisinin hukuki statüsü yararlanma esaslarına tabi olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, DSİ'nin böyle bir amaca yönelik görevinin bulunmaması nedeniyle idare ile özel hukuk kişisinin arasındaki hukuki ilişkinin kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesi olmadığı söylenebilir.

Yukarıda bahsettiğimiz sorulara verilecek cevaplar, yeraltı sularının faydalı ihtiyaç miktarını aşan miktarı ve sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere kullanılmasına yönelik olacaktır.

Aşağıda ilk olarak, yeraltı suyu kira sözleşmesinin konusundan bahsedilecek ardından yer altı suyu kira sözleşmesinin imzalanmadan önceki ihale aşamasının usul ve esasları incelenecek ve bunu takiben de kira sözleşmesinin hukuki niteliği irdelenecektir.

²⁴ Diğer yandan, DSİ tarafından açılan işletme kuyularının kiraya verilmesine ilişkin usul ve esaslar, YAS Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, DSİ tarafından açılan işletme kuyularının intifa hakkı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü tarafından hakiki veya hükmi şahıslara devredilebilecek veya kiralanabilecektir. Kanun koyucu, DSİ'nin sahibi olduğu işletme kuyularına ilişkin DSİ'ye seçimlik bir hak tanımaktadır. Ya işletme hakkının devrine dair idari süreci işletecek ya da özel hukuk kuralları çerçevesinde intifa hakkını kiraya verecektir. Tercih hakkının kullanılmasına göre, hukuki rejim farklılık göstereceğinden çalışma konumuzun dışında kalmaktadır.

III- YERALTI SUYU KİRA SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

YAS Kanununun 4. maddesinin 3. fıkrasında; Kuyu açan kimse, bulunan suyun ancak kendi faydalı ihtiyaçlarına yetecek miktarını kullanmaya yetkili olduğu ve bu miktarı aşan sular ile sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı suları, Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak suları (mazbut vakıflara ait sular hariç), 2886 sayılı Devlet İhale Kanun²⁵ hükümlerine uyularak il özel idarelerince kiraya verileceği düzenlenmiştir.

Bu hükme göre, kira ilişkisine konu olabilecek yeraltı suları şöyle düzenlenmiştir;

- Yeraltı suyundan yararlanma maksadıyla kuyu açan kişinin faydalı ihtiyacını aşan miktardaki sular, (Madde 4/3)
- Satılmak amacıyla yeraltından çıkarılan yeraltı suları, (Madde 4/3)
- Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak suları (mazbut vakıflara ait sular hariç), (Madde 4/3)²⁶

Ayrıca, YAS Kanununun 7. maddesinde, DSİ tarafından açılan işletme kuyularından çıkan yeraltı sularının intifa hakkının DSİ tarafından hakiki veya hükmi şahıslara devredilebileceği veya kiralanabileceği düzenlenmiştir.

Kanunun kapsamına hem yeraltı suları hem de kamu taşınmaz malları içerisinden çıkan kaynak suları alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, kamu taşınmaz mallarının içerisinden çıkan kaynaklar hakkında açıklamalara, konumuz dışında olduğundan burada yer verilmeyecektir²⁷.

²⁵ Bundan sonra kısaca 2886 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

²⁶ Kamu taşınmaz mallarının içerisinden çıkan kaynaklar hakkında açıklamalara, konumuz dışında olduğundan burada yer verilmeyecektir.

²⁷ Diğer yandan, DSİ tarafından açılan işletme kuyularının kiraya verilmesine ilişkin usul ve esaslar, YAS Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, DSİ tarafından açılan işletme kuyularının intifa hakkı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü tarafından hakiki veya hükmi şahıslara devredilebilecek veya kiralanabilecektir. Kanun koyucu, DSİ'nin sahibi olduğu işletme kuyularına ilişkin DSİ'ye seçimlik bir hak tanımaktadır. Ya işletme hakkının devrine dair idari süre-

Yeraltı suları kira sözleşmesinin konusunu, faydalı ihtiyaç miktarını aşan sular ve sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı suları oluşturmaktadır.

Kanaatimizce, kira sözleşmesinin konusuna girip girmemeyi belirleyen “*faydalı ihtiyaç miktarı*” kavramı, yararlanılacak alana göre değişebileceğinden açıklanmaya değer niteliktedir.

A- “*Faydalı İhtiyaç Miktarı*” Kavramı

YAS Kanununun 2. maddesinde, faydalı ihtiyaç; yeraltı suyunu kullanılacak kimsenin faydalı kullanışları²⁸ için muhtaç olduğu su miktarı, olarak tanımlanmıştır.

Yeraltı Suları Tüzüğü'nün 15. maddesi şu şekildedir; faydalı ihtiyaç miktarı, sırasıyla içme, temizlik, belediye hizmetleri, hayvan sulaması, zirai sulama ve maden ve sanayi suyu, sportif ve benzeri tesislerin faydalı kullanım miktarı göz önünde bulundurularak, tahsis edilecek maksada göre ilgili bakanlıkların mütalaası alınmak suretiyle, DSİ'nce tespit edilir²⁹.

Kanunda, DSİ'ye faydalı ihtiyaç miktarının tespitine ilişkin takdir yetkisi verilmiştir. Fakat DSİ bu miktarı belirlerken kullanılacak alandaki ilgili Bakanlığın görüşlerini dikkate almak zorundadır. Örneğin, hayvan veya tarım sulaması amacıyla yeraltı suyu kullanılacak ise, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın bitki veya hayvan türüne göre belirlediği asgari su ihtiyaç miktarı; içme-kullanma veya belediye

ci işletecek ya da özel hukuk kuralları çerçevesinde intifa hakkını kiraya verecektir. Tercih hakkının kullanılmasına göre, hukuki rejim farklılık göstereceğinden çalışma konumuzun dışında kalmaktadır.

²⁸ YAS Kanununun 2. maddesi, Faydalı kullanım: Yeraltı suyunun içmede, temizlikte, belediye hizmetlerinde, hayvan sulamada, zirai sulamada, maden ve sanayide, sportif vesair tesislerde kullanılması.

²⁹ Sakarya İl Özel İdaresinin, su ürünleri yetiştirmeciliğinde kullanılacak yeraltı sularının kiralanmasına gerek olup olmadığına ilişkin yaşadığı tereddüttün giderilmesi amacıyla İçişleri Bakanlığının istediği görüş yazısında; yeraltı sularına ilişkin faydalı ihtiyacın tespiti DSİ'ye ait olduğu, bu nedenle, DSİ ile birlikte hareket edilmesi gerektiği, belirlenmesinden sonra bu sınırı aşan miktarlar kiraya verileceği belirtilmiştir. İçişleri Bakanlığının 40468 sayı ve 10/9/2009 tarihli Görüş Yazısı.

hizmetlerinde kullanılacak ise, ilgili belediyelerin³⁰ ihtiyaç duydukları su miktarı dikkate alınacaktır. Dolayısıyla, DSİ'nin takdir yetkisinin sınırını, kullanılacak alana göre ilgili idarelerin belirlediği miktarlar oluşturmaktadır. Diğer taraftan, bu miktarın belirlenmesinde, yeraltı suyu deposu verimine zarar vermeden devamlı olarak alınabilecek su miktarı da hesaba katılmalıdır.

Aynı yeraltı suyundan yararlanmak isteyen kişiler bakımından faydalı ihtiyaç miktarlarının çatıştığı durumlarda, miktarın ve önceliğin nasıl hesaplanacağı Kanunda düzenlenmemiştir.

Yeraltı Suları Tüzüğü'nün 15. maddesinde, faydalı ihtiyacın belirlenme sırası düzenlenmiştir. Buna göre, içme, temizlik, belediye hizmetleri, hayvan sulaması, zirai sulama ve maden ve sanayi suyu, sportif ve benzeri tesislerin ihtiyaçları bu öncelik sırasına göre belirlenecektir.

Aynı yeraltı suyundan yararlanmak isteyen kişiler bakımından faydalı ihtiyaçların çatıştığı durumlarda, miktarın belirlenmesine ilişkin Yargıtay'ın farklı tarihli kararlarında³¹, suların az olduğu dönemde (Ağustos-Eylül) jeoloji, fen ve ziraat bilirkişisi eşliğinde keşif yapılarak suyun debisinin ölçülmesi, içme suyu ihtiyacı diğer su kaynakları da dikkate alınarak tespit edilmesi ve içme suyu karşılandıktan sonra artan suyun bulunması durumunda bu sudan yararlanılabilecek infaza elverişli bir su rejiminin kurulması gereğine işaret edilmiştir.

Faydalı ihtiyaç ölçüsü, uygulamada bazı belirsizliklere ve yararlananlar bakımından eşitsizliklere neden olabilecek niteliktedir. Örneğin, bugünkü uygulamada bir meşrubat firmasının sondajla çıkardığı su eğer meşrubat üretiminde dolduruluyorsa “muhtaç olunan miktar” kabul edilmekte; eğer ilgili su, satılmak amacıyla su üretiminde dolduruluyorsa “faydalı ihtiyacı aşan” kabul edileceği için İl Özel İdaresi tarafından kira ilişkisine tabi tutulacaktır. Sonuçta, her iki işletme de kar amacı güden ve su kullanmak zorunda olan işletmelerdir. Üstelik, bu ikisinden yer altı suyu dolmuş işletmesi toplum sağlığı açısından kat-

³⁰ Kanaatimizce, Kanunda ilgili bakanlıklar ifadesini, içme-kullanma ve belediye hizmetleri açısından belediyelerin görev ve yetkisi içerisinde olmasından dolayı, ilgili belediye olarak anlamak gerekir.

³¹ Ya. 14. H.D. E. 2014/6073, K. 2014/13496, T. 27.11.2014; E. 2014/9053, K. 2015/779, T. 22.1.2015; E. 2015/10531, K. 2015/10706, T. 23.11.2015; E. 2016/1423, K. 2016/6405, T. 27.5.2016

kı sağladığı halde sırtına büyük yükler konmakta iken, diğer meşrubat işletmesi DSİ'den aldıkları kuyu izinleriyle serbest, meccani olarak yararlanmaktadır.

Sonuç olarak, faydalı ihtiyaç miktarı, yeraltı suyunun kira sözleşmesine konu olup olmayacağını belirlemesi açısından önemlidir. Bu miktar, kullanılacak ihtiyacın yerine, zamanına ve içeriğine göre değişebileceğinden, ihtiyacın tüm unsurları birlikte değerlendirilerek hesaplanması gereklidir. Yeraltı suyunun emniyetli verim haddi, kamu düzeninin sağlanması açısından miktarın hesaplanmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer unsurdur.

IV- YERALTI SUYU KİRA SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASINA İLİŞKİN İHALE SÜRECİ

Bu başlık altında incelenecek olan, yeraltı sularından yararlanmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin belirlenmesine ilişkin ihale sürecidir.

A- Yetkili Makam

YAS Kanununun 4. maddesine göre, *yer altı sularının kiraya verilmesinde il özel idareleri yetkilidir*³². Buna göre, faydalı ihtiyaç miktarından fazla çıkan yeraltı suları ve satılmak amacıyla yeraltından çıkarılan suları kiraya vermeye il özel idareleri yetkilidir. İl özel idarelerin yetkisi, kiracının belirlenmesine yönelik yapılacak ihale yetkisini de kapsamaktadır.

Burada dikkati çeken husus, İl özel idarelerinin görev alanları belediye sınırları dışında kalan alanlar olduğu bilinmesine rağmen, Kanun Koyucu, bu konuda bir ayırım yapmayarak hatta yer altı suyunun çıktığı yerin belediye sınırları içinde olması durumunda ilgili belediyeye %25 oranında pay verileceğini düzenleyerek, belediye sınırları için-

³² 3.7.2003 tarihli ve 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki diğer yerler ile Hazinenin özel mülkiyetindeki yerlerde bulunan su ürünleri üretim yerleri ile kaynak ve yer altı sularının kiraya verilmesi yetkisi il özel idarelerine verilmiştir. Bu değişiklikten önce Devletin özel mülkiyetindeki yerlerde bulunan su ürünleri üretim yerleri ile kaynak ve yer altı sularının kiraya verilmesi işlemleri Maliye Bakanlığı tarafından yürütülmekteydi.

de bulunan ve Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak sularının (mazbut vakıflara ait sular hariç) da il özel idareler tarafından kiraya verileceğinin düzenlenmesidir.

Kanuni idare ilkesi gereğince³³, bu konuda il özel idarelerine yetki verildiği, başka bir idarenin kanundan almadığı yetkiyi kullanamayacağı göz önünde tutulmalıdır.

6360 sayılı Kanun³⁴ kapsamında il özel idarelerinin kapandığı illerde yeraltı sularına ilişkin kiraya verme işlemlerini yapma yetkisinin hangi idari birime geçtiği sorusu akıllara gelmektedir.

6360 sayılı Kanun ile Büyükşehir Belediyesi statüsüne getirilen illerde, il özel idareleri kaldırılmış ve her türlü taşınır ve taşınmaz malları, hak, alacak ve borçları, komisyon kararıyla ilgisine göre bakanlıklara, bakanlıkların bağlı veya ilgili kuruluşları ile bunların taşra teşkilatına, valiliklere, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığına, büyükşehir belediyesine ve bağlı kuruluşuna veya ilçe belediyesine devredilmesine karar verileceği düzenlenmiştir³⁵.

Bursa Valiliği'nin konuya ilişkin talep ettiği İçişleri Bakanlık görüş yazısına göre, İl Özel İdarelerinin YAS Kanunu kapsamındaki yetkisi, genel olarak görev ve yetkilerinin devredildiği kuruma devredilmiştir³⁶. Buna göre, 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineraller

³³ Kanuni İdare İlkesi hakkında geniş bilgi için bkz. **AKBULUT, Emre**, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare Yetkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

³⁴ Kanunun tam adı; On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi Ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur.

³⁵ 6360 sayılı Kanunun Geçici 1'nci maddesinin 4. fıkrası

³⁶ İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin 25.03.2013 tarih ve 3972 sayılı Görüş yazısı, <http://www.vilayetler.gov.tr/belgeler/G%C3%B6r%C3%BCsler/TuzelKisiligiSonaErenOzellidare.pdf>; Konuya ilişkin örnek Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir; "Takip dayanağı ilamın içeriğinden de alacaklının su işlerinde çalışmasından kaynaklı alacağı olduğu anlaşılmalı olup, yukarıda açıklanan ... nolu komisyon kararı gereğince sulama işleriyle ilgili alacak ve borçlar, ...Büyük Şehir Belediyesi ve bağlı kuruluşu olan ...'ye devredildiği, ... nolu karara göre; hizmet ve faaliyet nereye devrediliyorsa o hizmetle ilgili hak, alacak ve borçlar, icra ve haciz dosyalarının da devredilmiş sayılacağı, sonuç olarak borçtan ... Büyük Şehir Belediyesi'nin sorumlu olduğu anlaşılmalı olup şikayete konu memur işlemi hukuka uygundur. Açıklanan nedenlerle

Sular Kanunu kapsamındaki yetkiler, Valiliklere (Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı) iken; YAS Kanunu kapsamındaki yetkiler, Büyükşehirlerde Büyükşehir Belediyelerine devredilmiştir³⁷. Büyükşehir belediyesi olan illerde ayrı bir kamu tüzel kişiliğe haiz olarak kurulan Su İdareleri³⁸, uzmanlaşma esasına göre su ve kanalizasyon hizmetlerini yerine getiren ve su kaynaklarından yararlanma konusunda genel yetkilidirler. Bu nedenle, 2560 sayılı Kanun³⁹ kapsamında su ve kanalizasyon hizmetlerini yürüten bu idareler, kuruluş Kanunları kapsamında verilen diğer görev ve yetkileri yanında, il özel idarelerinin kaldırılmasıyla birlikte yeraltı sularının kiraya verilmesinde de yetkili duruma gelmişlerdir⁴⁰.

Hemen belirtmek gerekir ki, il özel idareleri kaldırılmamış olsaydı, Büyükşehir Belediyesinin görev alanında olsa dahi, Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak sularını kiraya verme yetkisi halen il özel idarelerinde olduğunu kabul etmek gerekirdi⁴¹. Nitekim, Danıştay bir kararında, yeraltı su kaynaklarının kiraya verilmesine ilişkin yetkinin, belediyelerde olmayıp il özel idaresi il encümeninde olduğuna karar vermiştir⁴².

şikayetin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.” Ya 8. H. Da., E. 2015/7148, K. 2016/3227, T. 25.2.2016

³⁷ Orman ve Su İşleri Bakanlığı'nın 140633 sayı ve 12.07.2016 tarihli Su Tahsis ve Kullanım İzinleri Genelgesi; İçişleri Bakanlığı'nın 16824 sayılı ve 02.08.2016 tarihli Su tahsis ve Kullanım İzinleri Genelgesi. <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/46355,genelge-sutahsis.pdf?0>; İl Özel idaresi ile Büyükşehir Belediyesinin birleştiğine dair bkz. Ya. 6. H. D., E. 2016/4054, K. 2016/3696, T. 05.05.2016; Ya.20. H.D. E. 2017/6313, K. 2017/3847, T. 2.5.2017, www.kazanci.com

³⁸ *İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ), Bursa Su ve Kanalizasyon İdaresi (BUSKİ), Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ), v.s. gibi.*

³⁹ Kanunun tam adı; İstanbul Su Ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun

⁴⁰ 6360 sayılı Kanununun Geçici 1'nci maddesinin 4. Fıkrası uyarınca, il özel idarelerinin yetki ve görevlerinin dağıtımını yapmak üzere, İl İdare Komisyonunun kurulacağı hükme bağlanmıştır. Komisyon bu hükümden aldığı yetki doğrultusunda, Büyükşehir Belediyelerini yetkili kılmıştır.

⁴¹ Aynı yönde kararı için bkz. Da. 8. Da., E. 2012/2450, K. 2016/48, T. 14.01.2016, (yayımlanmamış karar); Da. 13. Da. E. 2008/3503, K. 2009/8348, T. 14.09.2009; Ya. 3. H. Da., E. 2009/21450, K. 2010/5045, T. 25.03.2010, www.kazanci.com

⁴² Da. 13. Da., E. 2008/3503, K. 2009/8348, T. 14.9.2009

B- Kira Süresi

Sözleşme, 2886 sayılı Kanunun 64. maddesine göre en çok on yıllık süreye kadar yapılabilecektir. Üç yıldan fazla süreyle yeraltı suyunun kiraya verilmesi halinde önceden Maliye Bakanlığından izin alınması gereklidir⁴³.

C- Kira Bedeli

Yeraltı sularının kiraya verilmesine ilişkin yapılan ihalelerde, suyun debisi, rezerv miktarı, kalitesi, kaynakların işletme altyapısının hazır olup olmama durumu, kaynakların bulunduğu havzanın fiziki konumu, il merkezine uzaklığı ve ulaşım imkânları dikkate alınarak yıllık kira bedeli tespit edilmektedir⁴⁴.

Danıştay bir kararında⁴⁵, kira sözleşmesi olmaksızın kullanılan suya ilişkin istenilen ecrimisilin hesaplanmasında, suyun debisi değil, su kaynağını kullanmak için yapılan tesislerin işgal ettiği alan tespit edilerek bulunacak m² miktarının esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.

Kanaatimizce, *Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu karar*, Medeni Kanunun 756. maddesi karşısında isabetli değildir. Şöyle ki; Kanun hükmünde, kaynaklar, arazinin bütünüleyici parçası olarak, kabul edilmesine rağmen; arza malik olmanın, onun altındaki yeraltı sularına da malik olmak sonucunu doğurmadığı düzenlenmiştir. Buna göre, yeraltı suları taşınmazın mütemmim cüzü değil ayrı bir varlıktır. Buna göre, yararlanma bedelinin hesaplanması gerekir. Bu bağlamda, suyun debisinin 1 m³'lük kısmına denk gelen bedelin belirlenmesi sonucu ortaya çıkacak toplam bedele göre kira bedelinin istenmesi hakkaniyete daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

⁴³ Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliğinin 68. maddesi

⁴⁴ İSKİ Genel Müdürlüğü Kaynak Sularının Kiralanması ile Yeraltı Sularının Satışı, Taşınması ve Tüketilmesinin Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 8. Maddesi.

⁴⁵ Da. 6. D. E. 1998/7432, K. 2000/266, T. 20.01.2000, www.kazanci.com

Yargıtay bazı kararlarında⁴⁶, 1 m³lük kısmın belirlenmesiyle kira bedelinin hesap edilmesine hükmettiği gibi; bazı kararlarında⁴⁷ ise, sözleşmede belirlenen yıllık kira bedelinin dikkate alınarak sonraki taleplerin karşılanması gereğine işaret etmiştir.

D- Kiracının Tespitine İlişkin İhale Usulü

YAS Kanununun 4'nci maddesine göre, yeraltı suları 2886 sayılı Kanununda düzenlenen usullere uyularak kiraya verilebilecektir.

Yeraltı sularını kiraya vermeye yetkili İl özel idareleri, 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre ihale yapacak iken; Büyükşehir Belediyesine bağlı 2560 sayılı Kanun gereğince kurulan su idareleri, 2560 sayılı Kanununun 22. maddesi uyarınca, 2886 sayılı Kanuna tabi bulunmadıklarından kendilerinin tabi oldukları ihale yönetmeliklerine göre ihale yapabileceklerdir. Buna göre, yer altı sularının kiraya verilmesine ilişkin yapılacak ihalelerde, iller bazında yetkili idarelerin farklılığı nedeniyle farklı ihale usulü işletilebilecektir.

2886 sayılı Kanunun kapsamı dışında tutulmuş olmasına rağmen yetkili su idareleri, kamu kuruluşları olduklarından ve yapacakları sözleşmelerde kamu parası ve kamu yararı söz konusu olacağından, özel kişiler gibi serbestçe sözleşmeleri mümkün değildir⁴⁸. İhale usullerine ilişkin kurallar, kendi yönetmeliklerinde⁴⁹ ya da konuyu düzenleyen diğer pozitif metinlerde yer almaktadır.

İhale usulüne ilişkin, 2886 sayılı Kanununun 44'nci, 45'nci ve 51'nci maddelerinde hangi işlerin kapalı, açık veya pazarlık usulüyle yaptırılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, tahmin edilen ihale bedeli

⁴⁶ Ya.3.H.D. E. 2014/5085, K. 2014/10736, T. 1.7.2014; Ya. 13. H.D., E. 2003/2077, K. 2003/6364, T. 22.5.2003, www.kazanci.com

⁴⁷ Ya. 6. H.D. E. 2014/4772, K. 2014/14184, T. 18.12.2014

⁴⁸ GÜNDAY, **Metin**, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2015, s. 197.

⁴⁹ Örneğin; 2560 sayılı Kanununun 22. Maddesinde, Kuruluşun alım, satım ve ihalelerinde uygulanacak esas ve usullerin bir yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Bu hükme dayalı olarak, İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Taşınır, Taşınmaz, Kaynak ve Hakların Değerlendirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği çıkarılmıştır. Bu yönetmelik hükümlerine dayalı olarak ihale işlemleri yapılmaktadır.

(yıllık kira bedeli), her yıl Merkezi Yönetim Bütçe Kanunları ile belirlenen parasal limite göre ihale usulü belirlenecektir.

Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliğin⁵⁰ 67. maddesine göre; Taşınmazların kiraya verilmesinde tahmin edilen yıllık kira bedeli, Kanununun 45'inci maddesine göre her yıl merkezî yönetim bütçe kanunuyla belirlenen parasal sınıra kadar olan ihalelerde açık teklif usulü, bu sınırı aşarlarda ise kapalı teklif usulü uygulanır.

Taşınmaz Yönetmeliğinin 67. maddesine göre; 2886 sayılı Kanununun 51'inci maddesinin (a) bendine göre her yıl merkezî yönetim bütçe kanununda belirtilen parasal sınır içinde kalan ama süreklilik gösteren kiralama işlemlerinde kira ihalesi pazarlık usulü ile yapılamaz. Danıştay bir kararı⁵¹nda, yeraltı ve kaynakların kiraya verilmesini süreklilik gösteren kiralama işlemi olarak kabul ettiğinden, ihale usulünün pazarlık usulüyle yapılamayacağına hükmetmiştir. Gereğçeli karar şu şekildedir;

“Sakarya Başu Göleti'nin Sakarya Nehri'nin çıktığı kaynak noktadan başladığı ve su akışına doğru yaklaşık 500 metrelik bir alanı kapsadığı, söz konusu yerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kaynak niteliğinde olduğu, 167 sayılı Yasa hükmü gereğince bu suyun sportif veya sair tesislerde kullanılması için kiralama yetkisinin İl Özel İdaresi'ne ait olduğu sonucuna varıldığı,... Bu durumda, ihalenin İl Özel İdaresi tarafından yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamakta ve pazarlık usulünde önceki işletmecilerin haberdar edilerek tekliflerinin alınması zorunluluğu olmamakta ise de, 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (a) bendinde süreklilik arzeden işlerin bu madde kapsamında ihale edilemeyeceğinin öngörüldüğü ve Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Aynî Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliğ'i'nin 65. maddesinin 3. fıkrasında Kanun'un 51. Maddesinin (a) bendi uyarınca belirlenen tutarın altında kalsa dahi kiralama ihalesinin pazarlık usulüyle yapılamayacağı belirtildiği göz önünde bulundurulduğunda, ihalenin Kanun'un 51. maddesinin (a) bendi uyarınca yapılmasında hukuka uyarlık bulunmadığından İdare Mahkemesi kararı sonucu itibariyle hukuka uygun bulunmaktadır.”

⁵⁰ Bundan sonra kısaca Taşınmaz Yönetmeliğ'i olarak ifade edilecektir. RG. 19.06.2007/26557.

⁵¹ Da. 13. D. E. 2008/3503, K. 2009/8348, T. 14.9.2009, www.kazanci.com

E- Kira Bedelinin Tahsil Usulü

YAS Kanununda özel bir düzenleme öngörülerek, il özel idarelerince tahsil edilecek kira bedelinin, yer altı suyunun çıktığı yer, köy sınırları içinde ise o yerdeki köy tüzel kişiliğine %15'i, belediye sınırları içinde ise ilgili belediyeye %25'i oranında pay verileceği düzenlenmiştir. Kanunda yapılan bu taksimat, mahalli idarelere gelir sağlamak amacıyla yapıldığı söylenebilir.

Kira sözleşmesinden doğan kira bedellerinin ödenmemesi veya geç ödenmesi durumunda idarenin bu alacağını ne şekilde tahsil edeceği ve bu alacağın hukuki niteliğinin ne olduğu soruları akıllara gelmektedir.

İdare, özel hukuk sözleşmelerinin tarafı olduğunda, diğer bir ifadeyle özel hukuk kişisi gibi davrandığı sözleşmelerde, alacaklı olması durumunda, vadesinde ödenmeyen alacakları için özel hukuk kişileri ile aynı konumda olmaktadır. Bu bağlamda, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda belirlenen usul ve esaslar dahilinde alacağını tahsil edilmektedir⁵².

Yargıtay bir kararında⁵³, il özel idaresi tarafından yapılan ihale sonucunda kira sözleşmesinin imzalanmasının kira sözleşmesi niteliğini ortadan kaldırmayacağına; idarece yapılan icra takibinde alacağın kaynağı olarak ihale bedeli olarak belirtilmiş olmasının aslında kira alacağı olduğuna hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, il özel idaresi taraf olduğu kira sözleşmesinden kaynaklı alacağını genel hükümler çerçevesinde tahsil etmesi gerekir. Bu tür kira alacakları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun⁵⁴ kapsamında olmadığından amme alacağı olarak da nitelendirilmemektedir⁵⁵. Doktrinde⁵⁶ amme alacağı şu şekilde tanımlanmıştır:

⁵² ÜSTÜN, Gül, İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.4. Yazar, idarenin taraf olduğu kira sözleşmelerinden doğan alacaklar için 2004 sayılı Kanun usulünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

⁵³ Ya. 6. H.D. E. 2015/695, K. 2015/1635, T. 19.02.2015, www.kazanci.com

⁵⁴ Bundan sonra 6183 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

⁵⁵ 6183 sayılı Kanunun 3. Maddesi.

⁵⁶ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, İstanbul, 1966, s. 1647, 1648.

“...amme alacağı Devletin ve yetkili idarelerin amme kudretinden ceza tenfiz hakkından doğan alacaklarıyla vergi, resim, harç gibi amme hizmetlerine karşılık olmak üzere alınan paralar ve amme hizmetlerinin aynı vasıtaları olan amme emlaki makamına kaim olmak üzere muhtelif sebeplerden dolayı tekevvün eden alacaklarla idari mukavelelerden doğan ve amme hizmetinin devam ve istikrarını sağlayan alacaklar amme alacağıdır”

Buna göre, bir alacağın amme alacağı sayılabilmesi için iki şart aranmaktadır. İlki, alacağın Devlete, il özel idarelerine veya belediyelere ait olması, diğeri kamu hizmetinin uygulanmasından kaynaklanması gerektiğidir⁵⁷. İdarelerin sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan alacakları 6183 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca amme alacağı sayılmamaktadır.

Yargıtay, kira sözleşmesine aykırı izinsiz, kaçak ve fazla olarak su kullanımını haksız fiil⁵⁸; yetkisiz Belediyenin yeraltı suyunu kiraya vermesini ve bu nedenle yetkili idarenin kira bedellerini sebepsiz zenginleşme⁵⁹ hükümlerine göre tahsil etmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme niteliğinde olan su kullanımlarına ilişkin alacaklar, genel hükümlere göre tahsil edilmesi gereklidir.

Diğeri yandan, kira sözleşmesinin herhangi bir nedenden dolayı sona ermesinden sonra su kullanıcıları füzuli şağil konumuna düşeceklerdir. YAS Kanununda bu yerlerin sözleşme olmaksızın işgal edilmesi halinde ecrimisil⁶⁰ isteyebilme, işgalin tahliye edilmesi gibi yetkilerinin kim tarafından kullanılacağı konuları belirtilmemiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun⁶¹ 75. maddesinin 3. fıkrasında, “Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde,

⁵⁷ ÜSTÜN, s. 10 vd.

⁵⁸ Ya. 20. H.D. E. 2017/6313, K. 2017/3847, T. 2.5.2017.

⁵⁹ Ya. 3. H.D. E. 2009/21450, K. 2010/5045, T. 25.3.2010; Ya. 3. H.D. E. 2014/5085, K. 2014/10736, T. 1.7.2014.

⁶⁰ Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliğin 4. Maddesinin (d) bendinde ecrimisil şu şekilde tanımlanmıştır: “Hazine taşınmazının, İdarenin izni dışında gerçek veya tüzel kişilerce işgal veya tasarruf edilmesi sebebiyle, İdarenin bir zarara uğrayıp uğramadığına veya işgalcinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın İdarece talep edilen tazminat..”

⁶¹ Bundan sonra 2886 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edilir. Aksi halde ecrimisil alınır” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, İl özel idareleri işgalin devam ettiği süre kadar ecrimisil tahakkuk ettirmeye yetkilidir⁶². Bu ecrimisilin “kira parası” adı altında alınmış veya ödenmiş olması, kira sözleşmesinin yenilendiği anlamına gelmemektedir⁶³.

2886 sayılı Kanunun 75. maddesi uyarınca, ecrimisil fuzuli şağil tarafından rızaen ödenmez ise, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil olunur⁶⁴. Ecrimisilin tahsilatına ilişkin uygulanan 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir⁶⁵.

Son olarak, 2886 sayılı Kanun kapsamında kira sözleşmesi ilişkisi kurulmuş kişinin, fuzuli işgalciliğine son verilmesi, adı geçen Kanunun 75. maddesi uyarınca mümkündür. Yargıtay’ın yakın tarihli bir kararında, Türk Borçlar Kanununun 339. maddesinin İl Özel İdareleri tarafından ihale yoluyla kiraya verilen taşınmazlar hakkında uygulanamayacağına hükmetmiştir⁶⁶.

V- YERALTI SUYU KIRA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir; “*Kuyu açan kimse, bulunan suyun ancak kendi faydalı ihtiyaçlarına yetecek miktarını kullanmaya yetkilidir. Bu miktarı aşan sular*

⁶² Danıştay’a göre İl Özel İdarelerine tanınan kiralama yetkisi, Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak sularının, idarenin izni veya bilgisi dışında gerçek veya tüzel kişilerce işgal veya tasarrufu halinde bu kişilerden ecrimisil isteyebilme, taşınmazın tahliye edilmesini isteyebilme yetkilerini de kapsamaktadır. Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları 03-06 Ocak 2013 – Afyonkarahisar <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2012/idari-yargi/guz/afyonkarahisar/idare-5-dan-10.pdf>

⁶³ Ya. 6.H.D. E. 2015/2506, K. 2015/3710, T. 15.4.2015.

⁶⁴ Yargıtay’ın Kanunun açık hükmüne rağmen ecrimisilin tazminat olduğu gerekçeyle genel hükümler dahilinde takip edilebileceğine ilişkin kararı bulunmaktadır. Ya. H.G.K. E. 2004/1-294, K. 2004/320, T. 2.6.2004; Doktrinde, Yargıtay’ın bu kararı, hükmün emredici nitelikte olduğundan dolayı eleştirilmektedir. Bkz. ÜSTÜN, s. 29.

⁶⁵ Yönetmeliğin 85, 86 ve 87. maddeleri

⁶⁶ Ya. 6. H.D. E. 2015/2506, K. 2015/3710, T. 15.4.2015

ile sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı suları, Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak suları (mazbut vakıflara ait sular hariç), 2886 sayılı Kanun hükümlerine uyularak il özel idarelerince kiraya verilir.”

Bu hükme göre, İl Özel İdaresi, 2886 sayılı Kanun hükümlerine uyularak kiraya verecektir. Kanun metninde kira ilişkisinin hukuki niteliği hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuki ilişkinin konusunu yeraltı sularının oluşturması, hukuki niteliğinin belirlenmesinde tereddütlere sebep olabilmektedir.

İl özel idaresinin veya büyükşehirlerde su idarelerinin, kiraya veren sıfatıyla taraf olduğu kira sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkındaki açıklamalarımız, kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde, kamu malından yararlanma sözleşmesi⁶⁷ mi yoksa özel hukuk kuralları çerçevesinde kira sözleşmesi mi olup olmadığı temelinde yapılacaktır.

Öncelikle belirtmeliyiz ki, kamu malı olduğunda şüphe bulunmayan yeraltı sularının kiraya verilmesi, kamu mallarının kira gibi özel hukuk sözleşmelerine konu olamayacağı ilkesi⁶⁸ açısından değerlendirilmesi gerekir.

Onar bu ilke hakkında, “Amme emlaki üzerinde ipotek gibi aynı, kira gibi şahsi mahiyette bir medeni hukuk tasarrufu yapılamaz. Hiçbir irtifak hakkı tesis edilemez. Bunlar ancak idare hukukuna mahsus ve amme emlak mahiyetleri ile ve tahsis cihetleri ile telifi kabil hukuki tasarruflara mevzu olabilirler.”⁶⁹ değerlendirmesinde bulunmaktadır. Son yıllarda gerçekleşen mevzuat değişiklikleriyle bu kuralın aksi yönde düzenlemelerin kabul edilmesi, bu ilkenin mevcudiyetini gösterdiği ileri sürülmektedir⁷⁰.

⁶⁷ Doktrinde, kamu malından özel istisnai yararlanma söz konusu olduğunda bu sözleşmenin yapılabileceği kabul edilmektedir. ONAR, s. 1335; DÜREN, Akın, İdare Malları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s.83-84; GÜLAN, s. 213.

⁶⁸ ONAR, s. 1320; DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964, s. 148; DÜREN, s.77; GÜLAN, s. 143; GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.964-966.

⁶⁹ ONAR, s. 1320.

⁷⁰ AYHAN, Fatma, İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.77.

Günümüzde, gerek doktrinde⁷¹ gerekse Danıştay kararlarında⁷² gerekse de kimi kanunlarda⁷³ kamu mallarının kiraya verilebileceği kabul edilmiştir. Kanaatimizce, yasal düzenlemelerde açıkça “kiraya verilebilir” ifadesi kullanılan kamu malları için bu ilkenin istisnasının geçerli olduğunun kabulü gerekir.

Konumuz açısından YAS Kanununda, “2886 sayılı Kanun hükümlerine uyularak il özel idarelerince kiraya verilir” ifadesi kullanıldığından yer altı suları bakımından bu ilkenin istisnasının düzenlendiği söylenebilir. Nitekim Danıştay bir kararında, uyumsuzluk konusu su kaynağının kısmen özel kişilere kiralanmasında yasalara, özellikle Medeni Kanunun 641. maddesi ve bu madde delaletiyle 831 sayılı Sular Hakkındaki Kanunun 1. maddesine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddiyle sonuçlanan idare mahkemesi kararını onayarak, söz konusu su kaynağının kiraya verilebileceği sonucuna ulaşmıştır⁷⁴.

Kamu mallarından yararlanma izninin tek taraflı bir işlem ya da iki taraflı bir işlem-sözleşme-gibi idari tasarruflar ile verilmesi mümkündür⁷⁵. Kamu mallarının sözleşmeye konu olmasına ilişkin, ONAR, muvakkat işgalin bir sözleşme dahilinde yapılması durumunda dahi, kira sözleşmesi ile arasında ciddi farklar bulunduğunu söylemektedir. Yazar’a göre, kira sözleşmesinde kiralayanın da kiralananı kullanması temin etmek borcu olduğu halde, muvakkat işgalde işgal edene karşı hiçbir borcu yoktur; idarece sadece işgale izin verilmiştir⁷⁶.

⁷¹ Kamu malının tahsis amacıyla bağdaştığı ölçüde mümkün olabileceği yönündeki görüş için bkz. **GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku, C. II, s. 887.

⁷² Da. 8. Da. E. 1992/3125, K.1993/2806, T. 22.09.1993.

⁷³ 178 sayılı Maliye Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 13. maddesinde hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralanması Milli Emlak Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasında sayılmıştır. Az sayıda kanunda ise, çeşitli malların kira sözleşmesine konu olamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Örneğin 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un 1. maddesine göre, mabetler kiraya verilemez; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 79. maddesi gereği, karayolu üzerindeki park yerleri için hiçbir şekilde kiralanamaz.

⁷⁴ Da.8. D. E. 1992/3125, K. 1993/2806, T. 22.09.1993, www.kazanci.com

⁷⁵ **DURAN**, s. 614.

⁷⁶ **ONAR**, s.1335.

Doktrinde, kamu malından yararlanma sözleşmeleri, kamu mallarından özel istisnai yararlanma usullerinden biri olan ve yararlanma hakkının elde edilmesini amaçlayan idari sözleşme olarak ifade edilmektedir⁷⁷. Kamu mallarından yararlanma sözleşmeleri, idari sözleşme niteliğinde olduğundan bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar idari yargı görev alanına girmektedir.

GÜLAN, kamu malından yararlanmaya ilişkin sözleşmelerin şekil şartına bağlı olmadığı için bu sözleşmelere kira sözleşmesi gibi özel hukuku çağrıştıran isimlerin verilmiş olmasının hukuki niteliğini değiştirmeyeceğini kabul etmektedir⁷⁸. Yazar'a göre, bir sözleşmenin konusunun kamu malı olması halinde, sözleşmenin hükümleri diğer kriterler kullanılarak idari sözleşme şeklinde nitelendirmeye imkan vermiyorsa dahi; bizatihi sözleşmenin konusunun kamu malı olması nedeniyle – tek başına kriter etkisi göstererek- sözleşmeye idari nitelik kazandıracığı ve İdare'nin üstün yetkileri bulunduğunu kabul etmek gerekir⁷⁹.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 168. maddesi uyarınca devletin hüküm ve tasarrufunda olan yeraltı ve yerüstü servetlerinin işletilmesine ilişkin sözleşmeler idari sözleşme olarak kabul edilmektedir⁸⁰.

Yukarıda doktrinde kabul edilen görüşler doğrultusunda, İl özel idaresi ya da Su İdareleri ile talep eden kişi arasında imzalanan yer altı suyu kira sözleşmesi, kamu malından yararlanma sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Bu bakımdan, kira sözleşmesi, kamu malı niteliğinde olan yeraltı sularından özel-istisnai yararlanma usulünün bir görünümü olarak değerlendirilebilir.

Diğer taraftan, idarenin sözleşmede bir süre öngörülmüş olsa dahi, bu süre ile bağlı olmayıp, kamu yararının gerektiği durumlarda sözleşmeyi her zaman feshetme yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir. Özellikle başka yerden suyun sağlanamadığı durumlarda, bir kamu

⁷⁷ GÜLAN, s.215; Doktrinde, kamu mallarının herhangi bir biçimde işgalini öngören sözleşmeler idari sözleşme olarak sayılmaktadır. GÜNDAY, s. 195.

⁷⁸ GÜLAN, s.216.

⁷⁹ A.g.e., s.215.

⁸⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.492; BİLGİN, madenlerin işletilmesinin devletin görevleri arasında yer aldığını ve dolayısıyla burada bir kamu hizmetinden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. BİLGİN, Perteve, Kamu Hizmeti Hakkında, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Mart, S.1, s.116.

hizmetinin yürütülmesi için sözleşmeye dayalı yararlanmanın sonlandırılabilir olması, idareye tanınan üstün yetkilerin sonucudur.

Diğer yandan, yeraltı suyu sözleşmeleri, idareye tanınan hak ve yükümlülüklerin varlığı nedeniyle, kamu malından yararlanma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve doğan uyuşmazlıkların çözümü idari yargı tarafından kamu düzeni⁸¹ ve kamu yararı⁸² gibi idare hukuku ilkeleri çerçevesinde karara bağlanması gerekir. Bununla beraber, kamu mallarından özel biçimde yararlanmalar karşılığında alınan ücret dolayısıyla çıkan uyuşmazlıkların, sübjektif nitelik taşıdıkları ve sözleşmeden doğan özel bir duruma ilişkin buldukları için adli yargının görevine girebileceği belirtilmektedir⁸³.

Mevzuat ve uygulamadaki değişiklikler, kamu mallarının özel hukuk kuralları doğrultusunda kiralama işlemlerine konu olabilme sonucunu doğurmuştur. Uygulamadaki bu değişimi, hukukun genel ilkelerinden olan, sözleşmeye güven ve ahde vefa ilkelerinin doğurduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Diğer taraftan, son yıllarda kamu mallarına ilişkin kamu yararının genel olarak gelir elde edilebilmeye indirgenmesi⁸⁵ yeraltı sularının özel hukuk kuralları çerçevesinde kiraya verilmek istendiğinin göstergesi olarak da kabul edilebilir.

Yukarıda verdiğimiz kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde konunun değerlendirilmesine ilişkin açıklamalarımız yanında, yeraltı sularının kiraya verilmesinin özel hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği üzerinde gerekir.

⁸¹ Burada sağlanmak istenen kamu düzeni, suyun kalitesi açısından sağlık unsuru iken; suyun devamlılığı ve sürdürülebilir kılınması için ekolojik kamu düzenidir. Kamu düzeni ve özellikle ekolojik kamu düzeni kavramı için bkz. **OKAY TEKİNSOY, Özge**, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.162.

⁸² Genel kamu yararıyla birlikte, ekolojik dengenin korunmasına yönelik kamu yararı ile su kaynaklarının işletilmesiyle sağlanmak istenilen ekonomik kamu yararı olarak ortaya çıkan kamu yararadır. Ekonomik Kamu yararı kavramı için bkz. **UYANIK, Halit**, Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013.

⁸³ **ONAR**, s. 1338.

⁸⁴ **AYHAN**, s.81.

⁸⁵ **KAMAN**, “Kamu Malları” (YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY), s.333.

2886 sayılı Kanunda sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme yer almamasına rağmen, doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, Devlet İhale Kanununa göre yapılan sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmeleridir⁸⁶. Nitekim, ileride yer vereceğimiz Mahkeme kararlarında, yeraltı suları kira sözleşmeleri özel hukuk kurallarına tabi kira sözleşmesi şeklinde kabul edilmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesinde, kira sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” Bu hüküm 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'ndaki kira sözleşmesi tanımından⁸⁷ taraflardan birinin, kiraya verenin, borcunu “bir şeyin kullanılmasının yanı sıra ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmak” şeklinde düzenlediğinden daha geniş kapsamlı olduğu söylenmektedir⁸⁸.

Salt adi kira sözleşmesine dair bir tanım şu şekilde yapılmaktadır; Kira sözleşmesi; kiraya verenin kira konusunun kullanımını kiracıya bırakmayı, kiracının da bunun karşılığında kira bedelini ödemeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁸⁹.

⁸⁶ YAŞAR, s.427; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.473; GÜNDAY, s. 196; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, 2009, s.164; BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yay.,Ankara,2007, s.69; Aksi yöndeki görüşler için bkz. TAN, Turgut, İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, AÜSBFD, C. 50, S. 3-4, 1995, s.297; GÖZLER/KAPLAN, s.456; TEKİNSOY, A.M. İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD, C. 55,S.2,2006, s. 223.

⁸⁷ 818 sayılı Borçlar Kanunu, Madde 248 - Adi icar, bir akittir ki mucir onunla, müstecire ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını terk etmeği iltizam eder.

⁸⁸ TBK m. 299'da hem kira sözleşmesini hem de ürün kirasını kapsayacak şekilde geniş anlamda kira sözleşmesini tanımlamaya yönelmiş ve başarısız olmuştur. Zira (...) ürün kirasının konusunu ürün getiren eşya kadar, aynı zamanda ‘ürün getiren haklar’ da oluşturabilir. Oysa TBK m. 299'un hem kira hem de ürün kirasını kapsamayı hedefleyen tanımı sadece ‘eşya (şey)’ üzerinden yapılmış ve böylece ürün getiren haklara ilişkin ürün kirası dışarıda bırakılmıştır.” (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 22).

⁸⁹ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 9. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 180.

Konumuz açısından, YAS Kanununun 4. maddesine göre, yer altı suyu, 2886 sayılı Kanun hükümlerine uyularak il özel idarelerince kiraya verilir. İl özel idareleri, yeraltı suyunu kiraya vereceği kişiyi 2886 sayılı Kanunda düzenlenen ihale usulüne göre belirleyecektir. Doktrinde kabul edilen görüş doğrultusunda, yeraltı suları kira sözleşmelerinin özel hukuk kuralına tabi kira sözleşmeleri olduğu ifade edilebilir. Bu nedenle, doğan uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı yeri ise adli yargı olacaktır.

Konuya ilişkin Yargıtay vermiş olduğu bir kararda şu tespitlerde bulunmuştur⁹⁰;

“...Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin davalı idare tarafından yapılan ihale sonucunda düzenlenmiş olması, sözleşmenin kira sözleşmesi niteliğini ortadan kaldırmaz.”

Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme imzalanması için yapılan ihale süreci, idare hukuku kurallarına tabi olduğundan bu aşamada doğan uyuşmazlıklar idari yargının görevi içerisinde olacaktır⁹¹.

YAS Kanunu kapsamında imzalanan kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevli yargı yerinin adli yargı olduğuna ilişkin Yargıtay’ın birçok kararı bulunmaktadır⁹². Bu kararlarda, doğrudan sözleşmenin niteliği konusuna yer verilmese de; çıkan uyuşmazlıkların temelinin bedele ilişkin olduğuna, idarenin tahsis işlemine dayalı olmadığına ve sözleşme içeriğinin uygulanmasından kaynaklandığına işaret edilmiştir.

Diğer taraftan, yeraltı suları kira sözleşmelerinin, Türk Borçlar Kanunu’nun 357. maddesinde düzenlenen ürün kirası olup olmayacağı değerlendirilmeye muhtaçtır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 357. maddesinde, ürün kirası tanımına yer verilmiştir. Buna göre, *“ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir.”* Buna göre, ürün kirası; ki-

⁹⁰ Ya. 6. H.D. E. 2015/695, K. 2015/1635, T. 19.02.2015.

⁹¹ Da. 8. Da. E. 2002/4506, K. 2003/2130, T. 8.5.2003.

⁹² Ya. 6. H.D. E. 2015/2506, K. 2015/3710, T. 15.04.2015; Ya. 6. H.D. E. 2013/13264, K. 2014/4945, T. 14.4.2014; Ya. 6. H.D. E. 2012/15151, K. 2013/11043, T. 25.06.2013; Ya. 20. H.D. E. 2017/6313, K. 2017/3847, T. 2.5.2017; Ya. 3. H.D. E. 2014/20234, K. 2015/6246, T. 14.4.2015, www.kazanci.com

raciya kiralananı kullanma, semerelerinden yararlanma, işletme hakkı veren kişisel ve sürekli borç doğuran bir sözleşmedir⁹³.

Konumuz açısından, kira sözleşmesinin içeriğinde, sadece yer altı suyunun kiraya verildiği, işletme için gerekli olan dolun tesisi, isale hatları ve kaptajların kullanımına ilişkin hükümlerin bulunmaması halinde salt kira sözleşmesinin var olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay, kaynak kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta⁹⁴, sözleşmenin içeriğindeki hükümler nedeniyle hasılat kirası olduğunu şu şekilde açıklamaktadır:

“Taraflar arasındaki 1.1.1988 başlangıç tarihli kira sözleşmesi incelendiğinde, kiralanan şeyin ne için istimal edileceği hanesinde Kavacık Memba Suyu olduğu belirtilmiş, ancak özel şartlarda kiralanan yerin elektrik-su-ısıtma ve kalorifer tesisatından ve kiralanan binadan bahsedildiği görülmüş (özel sözleşmenin 1-2-3-4-9. maddelerinde) bu haliyle kiralanan sadece kuyudan ibaret olmayıp kiralanan yerin memba kuyusu değil çeşitli menbalardan ve kayalardan gelen suların dolun tesisi ve işletmesi olduğu anlaşılmıştır. Bu hale göre kiranın, hasılat kirası niteliği taşıdığı ve kiralanan yerin musakkaf bulunduğu kabulü gerekmektedir.”

Yargıtay başka bir kararında, kira sözleşmesi konusunun memba suyu dolun ve şişeleme tesisleri hasılat kirası olduğu düzenlenmişse, açıkça belirtilmemiş olsa dahi kaynak suyunun da kiralamaya dahil olduğu sonucuna, aksi kabulün hayatın olağan akışına aykırı olacağı gerekçesiyle ulaşmaktadır⁹⁵.

Yargıtay, yeraltı suyu kira sözleşmelerinin kira sözleşmesi mi yoksa hasılat kirası mı olduğunun belirlenmesine ilişkin, işletme tesislerini önemli bir unsur olarak görmektedir. Sözleşmenin konusunu tesislerin oluşturması halinde, hasılat kirası olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay’ın son verdiğimiz kararı, sözleşme içeriğini genişletmekle birlikte, sözleşme süresi boyunca yeraltı sularından yararlanma hakkını da tanımaktadır.

⁹³ URAL ÇINAR, Nihal, Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s.18.

⁹⁴ Ya.6.H.D. E. 1991/188, K. 1991/687, T. 24.01.1991

⁹⁵ Ya. 6.H.D. E. 2013/13264, K. 2014/4945, T. 14.04.2014, www.kazanci.com

Danıştay 1. Dairesince, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde, elektrik üretim tesislerinden hidroelektrik ve akarsu santralleri ile termik santrallerin ve TEDAŞ'a ait elektrik dağıtım bölgelerinin, mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmelerinin hukukun mümkün olup olmadığı hakkında doğan tereddüdün giderilmesi amacıyla idarenin isteği üzerine verilen istişari düşüncede⁹⁶; Yargıtay'ın yaklaşımına paralel bir karar vererek, işletme ve işletme birimleri ile bunların elektrik üretiminde kullandıkları ve yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksız olduğu sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, kamu mallarından yararlanma sözleşmelerinin ne idari nitelik taşıdığına dair yerleşmiş yargı kararları ne de kanun koyucuya özel hukuk sözleşmesi niteliğinde de maldan yararlanma sözleşmesi yapılabilmesine olanak tanıyan düzenleme yapma yetkisi veren bir anayasa hükmü bulunmaktadır. Ayrıca yeraltı zenginliklerimiz arasında bulunan yeraltı suları, sadece ulusal ve mali bir konu olmayıp çevre hukuku kapsamında da değerlendirildiğinden bu zenginliklerin işletme şekli ve işletme faaliyetlerinin sonuçları özel düzenlemeleri gerekli kılmaktadır.

Bu nedenledir ki, yeraltı sularının kiraya verilmesine ilişkin yapılan sözleşmelerde, idari sözleşme olup olmadığı konusunda tereddüt doğabileceğinden, sözleşme hükümlerinin içeriğine bakılarak özel hukuku aşan hükümlerin varlığında idari sözleşme olarak kabul etmek gerekir⁹⁷.

SONUÇ

Anayasamızın 168. maddesinde Tabii Servet ve Kaynakların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu düzenlenmiştir. Yeraltı suları bakımından özel kanun niteliğinde olan 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun, bu suları genel sular olarak nitelendirmiş ve her türlü araştırılmasına, kullanılmasına, korunmasına ve tesciline ilişkin kuralları düzenlemiştir.

⁹⁶ Da. 1. D. E. 2004/17, K. 2004/24, T. 5.3.2004.

⁹⁷ Aynı görüş için Bkz. AÇIMUZ, H. Bige, "İdarenin Sözleşmeleri"nin (AKINCI, Müslüm /AKTALAY, Alptekin/ SEVGİLİ, Didem/GÜNDÜZ, Fatma Ebru/AÇIMUZ, H. Bige/ BAYAR, İbrahim Nihat/ AVCI, Mustafa/YAVUZDOĞAN, Seçkin), İdare Hukuku I, Lisans Yay., 2013, s.333

Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yeraltı sularının işletilmesi, DSİ'nin açacağı kuyular ile olabileceği gibi; gerçek veya tüzel kişilerin açacağı kuyularla da mümkündür. Bu kişiler, muhtaç oldukları miktarı aşan yeraltı su miktarını, idareden kiralaması gerekir.

Yeraltı sularının kamu malı özelliği, idare ile talep eden arasındaki kira ilişkisinin ve kira sözleşmesinin hukuki rejimi hakkında duraksamaya sebep olmaktadır. Bununla birlikte, kiracının belirlenmesinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulanacak olması, bu duraksamayı kuvvetlendirecek niteliktedir.

Yukarıda değindiğimiz üzere, kamu malından yararlanma sözleşmesi olarak kabul edilecek nitelikte olan yeraltı suları kira sözleşmesi, Kanun Koyucunun madde düzenlemesi karşısında idari niteliği zayıflamaktadır. Diğer taraftan, günümüzde kamu mallarının özel hukuk işlemlerine konu edilememesi yasağının gevşediğinin kabulü ve kamu mallarına ilişkin kamu yararının genel olarak gelir elde edilebilmeye indirgenmesi, yeraltı sularının kiraya verilmek istendiğinin göstergesi olarak kabul edilebilir. Nitekim, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın konuya ilişkin yaklaşımı, özel hukuk kurallarına tabi tutulduğu yönündedir.

Kanaatimizce, pozitif metinlerde hukuki niteliğine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, "kiraya verilir" ifadesinin ve 2886 sayılı Kanun usulünün işletilecek olmasının varlığından yola çıkarak özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna varmak, kesin bir yargı olmamalıdır⁹⁸.

Ayrıca, diğer kamu mallarına nazaran toplumun yaşamsal ihtiyaçları arasında yer alan su kaynaklarından yararlanma, idarenin su kolluğunda sağlamaya çalıştığı kamu yararıyla eş değer nitelikte olduğundan, sözleşme usulü terk edilerek ruhsata dayalı bir usule bağlanması gerekir.

Diğer yandan, sözleşme usulü benimsenmek istenirse de, yeraltı suyu sözleşmeleri, idarenin sahip olduğu üstün hak ve yükümlülüklerin varlığı nedeniyle, kamu malından yararlanma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve doğan uyuşmazlıkların çözümünde kamu düzeni ve kamu yararı gibi idare hukuku ilkeleri çerçevesinde karara bağlanması gerekir.

⁹⁸ Nitekim, kiracının sorumluluğunun düzenlediği bölümlerde, kamu yararının gerektirdiği durumlarda kiraya verilen kaynaktan su teminin yapılacağına ilişkin hüküm; özel hukuku aşan hükümler olarak değerlendirilerek idari sözleşme niteliğinde kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- AÇIMUZ, H. Bige, “İdarenin Sözleşmeleri” in (AKINCI, Müslüm /AKTALAY, Alptekin/ SEVGİLİ, Didem/GÜNDÜZ, Fatma Ebru/AÇIMUZ, H. Bige/ BAYAR, İbrahim Nihat/ AVCI, Mustafa/YAVUZDOĞAN,Seçkin), İdare Hukuku I, Lisans Yay., 2013.
- AKİPEK, İlhan, İdare Hukuku Bakımından Akarsular, İdare Dergisi, S:225, Kasım-Aralık 1953.
- AKBULUT, Emre Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare Yetkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ARSEBÜK, Esat, Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi: Kaynak ve Yeraltı Suları, AÜHFD, 1951, VIII, 3-4.
- AYHAN, Fatma, İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- BAŞPINAR, Veysel, Su Mülkiyeti Açısından Türk Medenî Kanunu, Yeraltı Suları Hakkında Kanun Ve Su Kanunu Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, AÜHFD, C. 65, S.4, 2016.
- BİLGİN, Pertev, İdare Hukuku Dersleri- İdare Malları, Filiz Kitapevi, İstanbul 1996.
- BİLGİN, Pertev, Kamu Hizmeti Hakkında, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Mart, S.1.
- BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yay.,Ankara,2007.
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964.
- DÜREN, Akın, İdare Malları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 2016.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II., 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. I, 9. Baskı, Ankara 2013.
- GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul, 1999.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2015.
- KOÇ, Erşans, Bazı Ülkelerde İçme Suyu Kaynağı Olarak Kullanılan Yeraltı Suyu Kütelleri için Koruma Alanı Yaklaşımları ve Türkiye İçin Uygulanabilirliği, Orman ve Su İşleri Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014.
- İMRE, Zahit, Kaynak- Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951.
- OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, İstanbul, 1966.

- SANCAKDAR, Oğuz, Kamusal Sulardan Yararlanma, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- TAN, Turgut, İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, AÜSBFD, C. 50, S. 3-4, 1995.
- TEKİNSOY, A.M. İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD, C. 55, S.2, 2006.
- URAL ÇINAR, Nihal, Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- UYANIK, Halit, Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ÜSTÜN, Gül, İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 9. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.
- YAŞAR, Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, 3. Baskı, 2016.
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, 2009.
- YAZMAN, İrfan, Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tabi Olduğu Rejim, Ankara, 1970.
- YAZMAN, İrfan, “Kaynak ve Yeraltı Sularının Tabi Olduğu Yeni Rejime Ait Bazı Sorunlar,” in Su kaynaklarının Kullanılması Hakkındaki Kanun Tasarısı, Ankara, 1972.
- YILDIRIM, Turan, Tabii servetler ve kaynakların Yasal Statüsü, Doğal Kaynak Kullanımında Alternatif Yöntemler, Yeni Yaklaşımlar Sempozyumu, M.Ü. Türkiye Ekonomisi Araştırma Merkezi ve Friedrich- Naumann Vakfı, S:1.
- YILDIRIM, Turan /YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge), İdare Hukuku, Onikilevha, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- Funk & Wagnalls New World Encyclopedia, World Almanac Education Group, 2014.

Elektronik Kaynaklar

www.anayasa.gov.tr

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 2014 Yılı Faaliyet Raporu, <http://www.dsi.gov.tr/>

www.tdk.gov.tr

<http://www.vilayetler.gov.tr/belgeler>

<http://teftis.kulturturizm.gov.tr>

www.water.usgs.gov

www.kazanci.com

Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu



Yard. Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER*

ÖZET

Makalenin konusu, bir uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı bir davranışından ötürü bir üye devletin uluslararası sorumluluğudur. Gerek devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının gerekse uluslararası örgütlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının yazılı duruma getirilmesi için Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu taslak maddeler metinleri hazırlamıştır. Makalede, anılan metinlerde konuyla ilgili yer alan kurallar araştırılmakta ve bu kurallar belirlendikten sonra düzenlemeleri incelenmekte ve açıklanmaktadır. Daha sonra, belirlenen ve açıklanan kurallar ışığında makalenin amacı olan biçimde bir uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı bir davranışından ötürü bir üye devletin uluslararası sorumluluğunun unsurları ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Devletin Uluslararası Sorumluluğu, Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Sorumluluğu, Uluslararası Örgüt Üyesi Devletin Uluslararası Sorumluluğu.*

ABSTRACT

The subject of this article is an international responsibility of a member state, against a behavior of an international organisation contrary to international law. The United Nations International Law Commission has prepared texts of draft articles enabling confirmed. Written texts covering the international responsibility of states for the rules of international customary law and also international responsibility of international organisations covering rules of international customary law. This article also examines the rules in subject of consideration.

* TC Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

After the determination of these regulations, the rules which are being searched and examined throughly are mentioned. Later on, in the light of the above mentioned international responsibility rules, the aim of this article is, to present the established responsibility elements of a member state due to the contrary behavior of an international organisation.

Keywords: *The state's international responsibility, International responsibility of international organizations, The international responsibility of the member state of the international organization.*

Giriş

Uluslararası hukuk kişileri, uluslararası hukukta hak sahibi olabilen ve yükümlülük altına girebilen ve haklarını uluslararası hukuk düzeyinde ileri sürebilen varlıklardır.¹ Hak sahibi olabilen ve yükümlülük altına girebilen hukuk kişileri olmanın hukuken doğal sonucu uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin kendileri tarafından ihlâl edilmesi durumunda bu kişilerin uluslararası hukukta sorumluluklarının doğacak olmasıdır.² Bu

¹ Yusuf Aksar, Uluslararası Hukuk II, Seçkin, Ankara, 2013, s. 175; Süleyman Sırrı Terzioğlu, Bahadır Bumin Özarlan, Uluslararası Örgütler Hukuku, Adalet, Ankara, 2016, s. 60.

² Quoc Dinh Nguyen, Patric Daillier, Alain Pellet, Droit International Public, LGDJ, Paris, 1999, s. 740; Jean Combacau, Serge Sur, Droit International Public, Montchrestien, Paris, 2006, s. 517; Joe Verhoeven, Droit International Public, Larcier, Bruxelles, 2000, s. 609; Pierre-Marie Dupuy, Droit International Public, Dalloz, Paris, 2006, s. 412; Santiago Villalpando, L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États, Puf, Paris, 2005; Georg Nolte, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité International des États et La Prééminence de la Conception Bilatérale des Relations Inter-Étatiques", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des États, Paris, Pedone, 2003, s. 5-23; Dionisio Anzilotti, "La responsabilité international des États à raison des dommages soufferts par des étrangers", Revue Générale de Droit International Public (RGDIP), 1906; Hersh Lauterpacht, Private Law Source and Analogies in International Law, London, 1927; James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002; James Crawford, Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'État, Introduction, Texte et Commentaires, Editions Pedone, 2003.

durum devletler³ için olduğu gibi uluslararası hukuk kişisi olan uluslararası örgütler⁴ için de geçerlidir.⁵

Devletlerin ve uluslararası örgütlerin uluslararası hukukun kendilerine yüklediği yürürlükteki uluslararası yükümlülüklerini çiğnemeleri durumunda uluslararası sorumluluklarının doğacağı, uluslararası hukukta örf ve adet hukuku kuralı olarak yerleşmiş ve uygulanan bir hukuk kuralıdır.⁶ Gerek devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin örf ve adet hukuku kurallarının gerekse uluslararası örgütlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının yazılı duruma getirilmesi için Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) belgeler halinde taslak maddeler metinleri hazırlamıştır.

Bu makalede ele alınacak konu bu iki sorumluluk düzeneğinin önemli bir kesişim konusunu oluşturan, bir uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı bir davranışından ötürü bir üye devletin uluslararası sorumluluğu konusudur. Bu konu tek başına sadece ne devletin uluslararası sorumluluğu ne de uluslararası örgütlerin uluslararası sorumluluğu ele alınarak ortaya konulamaz. Hem devletin sorumluluğuna yol açan unsurların hem de uluslararası örgütün sorumluluğuna yol açan unsurların hukuksal olarak değerlendirilebilmesi gerekmektedir. Bu nedenle devletin sorumluluğuna ve uluslararası örgütün sorumluluğuna ilişkin esasların beraber incelenmesi makalede uygulanacak uygun yöntemdir.

Anılan doğrultuda makale iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde devletler ve uluslararası örgütler için uluslararası sorumluluğun temel esasları ortaya konulmaktadır. Bu yapılmazsa ikinci bölüm

³ Yücel Acer, İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk, Seçkin, Ankara, 2010, s. 403.

⁴ Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Örgütler, Turhan, Ankara, 2013, ss. 234-261. Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 1949 tarihli Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası'nda vermiş olduğu danışma görüşü ile uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği tescil edilmiştir; bkz. Yusuf Aksar, Uluslararası Hukuk II, s. 209 ve bkz. Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Cour international de justice (C.I.J.), 1949.

⁵ Süleyman Sırrı Terzioğlu, Bahadır Bumin Özarslan, Uluslararası Örgütler Hukuku, s. 71; Yusuf Aksar, Uluslararası Hukuk II, s. 209; Yücel Acer, İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk, s. 129.

⁶ Örf ve adet hukuku kuralı kavramı için bkz., Emre Öktem, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta, İstanbul, 2013.

eldeki makale bakımından temelsiz kalacaktır. İkinci bölümde ise, bir uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı bir davranışından ötürü bir üye devletin uluslararası sorumluluğu incelenerek unsurları belirlenmektedir.

I. Devletler İçin ve Uluslararası Örgütler İçin Uluslararası Sorumluluğun Temel Esasları

Bu bölümün amacı makalenin ikinci bölümünün temelini hazırlamaktır. Bu bölüm iki alt bölüme oluşmaktadır. Birinci alt bölümde uluslararası sorumluluğa ilişkin uluslararası hukuk kurallarının niteliği ve bu kuralların belirlenmesi ele alınmaktadır. İkinci alt bölümde ise, birinci alt bölümde ortaya konulan bilgiler ışığında uluslararası sorumluluğun temel esaslarının anlaşılması için gerekli olan biçimde, devletler için ve uluslararası örgütler için uluslararası sorumluluğa meydan veren unsurlar açıklanmaktadır.

A. Devletler İçin ve Uluslararası Örgütler İçin Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Uluslararası Hukuk Kurallarının Niteliği ve Bu Kuralların Belirlenmesi

Bir devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesi ile devreye girecek olan sorumluluk kuralları, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı niteliğindedir. BM UHK kendisine verilen görev ile 1949 yılından 2001 yılına kadar 52 yılda hazırladığı, devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesi durumunda uygulanacak uluslararası sorumluluk kurallarına ilişkin maddeler çalışmasını ortaya koymuştur.⁷ Bu maddelerde UHK örf ve adet hukuku kuralı olarak mevcut kuralları işlediği gibi uluslararası hukuku geliştirme görevine uygun olarak kendince olması gereken kurallara da yer vermiştir. Bu maddeler BM Genel Sekreterliği tarafından, BM Genel Kurulu'nun verdiği yetki ile 2001 yılından beri BM üyesi devletlerin görüşüne sunulmuş durumdadır.

Öte yandan UHK, 2000 yılında uluslararası örgütlerin sorumluluğu konusunun kendisinin uzun zamanlı çalışma programına dâhil edilmesi kararını almıştır.⁸ 2011 yılında UHK, uluslararası örgütlerin so-

⁷ Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 4.

⁸ UNGA, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, 1 May – 9 June and 10 July – 18 August 2000, Official Records

rumluluğu hakkındaki taslak maddeler çalışmasını tamamlamıştır. Bu maddeler de devletlerin uluslararası sorumluluğunda olduğu gibi esas olarak uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını yansıtır.

Bir uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı bir davranışından ötürü bu örgüte üye bir devletin uluslararası sorumluluğunu inceleyebilmek için UHK'nun devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin maddeler çalışması ve UHK'nun uluslararası örgütlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin maddeler çalışması ilgili maddeler belirlenerek birlikte ele alınmalıdır. Böylelikle bu makalenin ikinci bölümünde yapılmaya çalışılacağı gibi uluslararası örgütün davranışından ötürü bu örgüte üye bir devletin uluslararası sorumluluğunun uygulanan uluslararası hukuktaki çerçevesi ve kapsamı ortaya konulabilir.

BM UHK'nun 2001 yılında çalışmasını tamamladığı BM A/RES/56/83 belgesi "Uluslararası haksız fiilden ötürü devletin uluslararası sorumluluğu" (UHFÖDUS) başlığını taşır. Bu başlıktaki belge metninde 59 madde yer alır ve bu maddelerin 57'ncisi, UHFÖDUS'na ilişkin maddeler metninin 4'üncü ve son bölümü olan "genel hükümler" içerisinde yer alır. Bu 57'nci maddenin başlığı, "bir uluslararası örgütün sorumluluğudur". Madde şöyle der: "Bu maddeler, bir uluslararası örgütün davranışından ötürü bir devletin uluslararası hukuka göre sorumluluğuna dair hiçbir meseleye halel getirmez". Bu madde iki olası durumu ilgilendirmektedir. Bunlardan ilki, bir uluslararası örgütün uluslararası sorumluluğu ile ilgili bir durumken, ikincisi de, bir devletin, bir uluslararası örgütün davranışından kaynaklanan uluslararası sorumluluğu durumudur.⁹

of the General Assembly, fifty-fifth session, Supplement No. 10, Yearbook of the International Law Commission, 2000, Volume: II, Part:2, parag. 7726, UN Doc, A/55/10, s. 131. Ayrıca bkz., Selman Ögüt, BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun 2011 Yılında Yayınladığı Taslak Maddeler Çerçevesinde Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, XII Levha, İstanbul, 2014, s.1.

⁹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait Internationalement illite et commentaires y relatifs, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, sera reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2) avec une correction, s. 388, par.1; Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, Text adopted by the International Law Commission at its

UHK tarafından hazırlanan başka konulardaki maddelerle uyumlu biçimde, “uluslararası örgüt” ifadesi “hükümetlerarası örgüt” ifade-si ile eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Nitekim 22 Mayıs 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun (VAHK) 2’nci maddesinin i bendine göre “milletlerarası örgüt” bir “hükümetlerarası örgüt” demektir.¹⁰ Böyle bir örgüt, uluslararası hukukta kendi başına bir hukuki kişiliğe sahiptir¹¹ ve kendi davranışlarından yani organlarının ya da görevlilerinin davranışlarından sorumludur.¹² Buna karşın, UHFÖDUS’na ilişkin maddeler metninin ikinci bölümünde belirtildiği gibi, birden fazla devlet, bir uluslararası örgütünkinden bağımsız olarak kendilerinin organları aracılığıyla bir davranışta bulunurlarsa, bu davranış bir uluslararası örgütle ilişkili olmaksızın söz konusu devletlerin davranışı olarak değerlendirilecektir. Benzer durumda, UHFÖDUS madde 47’ye göre her devlet kendi davranışından sorumlu olacaktır.¹³

Bir devlet, görevlilerini başka bir devletin emrine verebilir. Benzeri bir durum bir devletle bir uluslararası örgüt arasında da olabilir. Birinci durum, UHFÖDUS madde 6’da öngörülmüştür. 6’ncı maddenin, “bir başka devlet tarafından bir devletin emrine verilmiş bir organın davranışı” madde başlığı altında, düzenlemesi şöyledir: “*Bir başka devlet tarafından bir devletin emrine verilmiş bir organın davranışı, bu organın emri altında bulunduğu devletin kamu gücü yetkilerini kullandığı sürece, uluslararası hukuka göre emri altında bulunduğu devletin fiili olarak kabul edilir*”.¹⁴

fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, s. 141.

¹⁰ BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf (07.09.2016).

¹¹ Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine İlişkin Danışma Görüşü, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J., 1949, s. 179.

¹² Différend relatif l’immunité de juridiction d’un rapporteur spécial de la Commission des droits de l’homme, C.I.J., 1999, ss. 88-89, par. 66.

¹³ 47. Madde: “*Sorumlu Devletlerin Çokluğu: 1. Aynı uluslararası haksız fiilden birden fazla Devlet sorumlu olduğunda, bu fiilden ötürü her devletin sorumluluğuna başvurulabilir*”; çeviri için bkz., Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 323.

¹⁴ Çeviri için bkz., Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s.129.

Bir devlet, görevlilerini, bir uluslararası örgütün emrine verdiği ve bunlar artık bu uluslararası örgütün organlarının emrinde onların görevlisi olarak hareket edecekse, bu görevlilerin davranışları devletin değil, uluslararası örgütün davranışı olarak kabul edileceklerdir.¹⁵ UHFÖDUS devletin sorumluluğuna ilişkin olduğu için bir uluslararası örgütün görevlilerinin bir devletin emrine verilmesi durumunda uluslararası örgütün sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemeyi öngörmemiştir. Ayrıca, UHFÖDUS madde 57, devletin, uluslararası örgütün davranışlarından dolayı da sorumlu olabilmesine ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır.¹⁶

B. Devletler İçin ve Uluslararası Örgütler İçin Uluslararası Sorumluluğu Meydana Getiren Unsurlar

Yukarıdaki (I.A.) bölümündeki bilgiler ışığında belirtilmesi gerekenler bu alt bölümün konusudur.

Devlet ya da uluslararası örgüt, uluslararası hukukta sorumluluğu ileri sürülebilecek bir uluslararası hukuk kişinin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için olmazsa olmaz iki unsur vardır.¹⁷

Bunlardan birincisi, bir davranış bulunmalıdır.¹⁸ Bu davranış, yürürlükteki bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan¹⁹ bir uluslararası yükümlülüğe aykırılık oluşturmaldır.²⁰ Uluslararası hukuk kişisi için davranışın işlendiği sırada yürürlükte olan²¹ bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan bir uluslararası yükümlülüğe aykırılık oluşturan bir davranış, uluslararası hukuk kişinin sorumluluğunun doğa-

¹⁵ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 388, par.3.

¹⁶ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 389, par.4.

¹⁷ Uluslararası sorumluluk hakkındaki uluslararası teamül kurallarını yansıtan UHK UHFÖDUS ve UHK UÖSHTM uyarınca.

¹⁸ UHK UHFÖDUS m. 1.

¹⁹ UHK UHFÖDUS m. 3.

²⁰ UHK UHFÖDUS m. 2.

²¹ UHK UHFÖDUS m. 13.

bilmesi için olmazsa olmaz ilk unsurdur.²² Bu davranış ihmal suretiyle ya da icra suretiyle işlenebilir.²³ Bu davranış yürürlükteki uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan uluslararası yükümlülüğe tamamen ya da kısmen aykırı olabilir. Uluslararası hukuk kişisi için yürürlükteki bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan bir uluslararası yükümlülüğe ihmal ya da icra suretiyle işlenerek yükümlülüğe tamamen ya da kısmen aykırılık oluşturan bir davranış, uluslararası haksız fiil olarak tanımlanır²⁴ ve uluslararası haksız fiil olarak tanımlanabilecek bir davranışın varlığı uluslararası sorumluluğa yol açan olaydır.²⁵

Devlet ya da uluslararası örgüt, uluslararası hukukta sorumluluğu ileri sürülebilecek bir uluslararası hukuk kişinin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için olmazsa olmaz unsurların ikincisi, uluslararası hukuk kişinin uluslararası sorumluluğuna yol açan olay olan uluslararası haksız fiil oluşturan davranışın uluslararası hukuk kişinin davranışı olarak değerlendirilebilmesi, bu davranışın uluslararası hukuk kişisine yüklenebilmesi, atfedilebilmesi yani isnat edilebilmesidir.²⁶

Uluslararası hukuka göre bütün devlet organlarının davranışları devletin bir davranışı olarak kabul edilir.²⁷ Organ, devletin iç hukukuna göre bu statüye sahip her kişi ya da birimdir.²⁸ Devlet organı olmayan fakat devletin hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da birimin davranışı, olayda bu kişi ya da bu birim bu nitelikte davrandığı sürece, uluslararası hukuka göre, bir devlet davranışı olarak değerlendirilir.²⁹

Bir başka devlet tarafından bir devletin emrine verilmiş bir organın davranışı, bu organın emri altında bulunduğu devletin kamu gücü yetkilerini kullandığı sürece, uluslararası hukuka göre emri altında bulunduğu devletin davranışı olarak kabul edilir.³⁰

²² UHK UHFÖDUS m. 1.

²³ UHK UHFÖDUS m. 2

²⁴ UHK UHFÖDUS m. 12.

²⁵ UHK UHFÖDUS m. 1.

²⁶ UHK UHFÖDUS m. 2.

²⁷ UHK UHFÖDUS m. 4.

²⁸ UHK UHFÖDUS m. 4.

²⁹ UHK UHFÖDUS m. 5.

³⁰ UHK UHFÖDUS m. 6.

Bir devlet organının davranışı ya da kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da birimin davranışı bu organ, kişi ya da birim bu nitelikte hareket ederken yetkisini aşsa ya da talimatlara aykırı hareket etse bile uluslararası hukuka göre devletin davranışı olarak kabul edilir.³¹

Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise uluslararası hukuka göre devletin davranışı olarak kabul edilir.³²

UHK'nun uluslararası örgütlerin sorumluluğu hakkında taslak maddeleri (UÖSHTM), uluslararası bir örgütün davranışı ile ilgili olan ve uluslararası haksız bir fiilden kaynaklanan, devletin uluslararası sorumluluğuna da uygulanır.³³ Devlet ya da uluslararası örgüt, uluslararası hukukta sorumluluğu ileri sürülebilecek bir uluslararası hukuk kişisinin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için olmazsa olmaz iki unsurun varlığı UHFÖDUS'dan sonra UÖSHTM tarafından da ortaya konulmuştur. UÖSHTM bakımından da bunlardan birincisi bir davranışın varlığıdır. Uluslararası örgütün her uluslararası haksız fiili o örgütün uluslararası sorumluluğunu gerektirir.³⁴ Bir davranışın uluslararası örgütün yürürlükteki³⁵ bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan³⁶ bir uluslararası yükümlülüğüne aykırı olması, bir uluslararası haksız fiil olarak değerlendirilir.³⁷ Bu davranış icra ya da ihmal suretiyle işlenebilir.³⁸

UÖSHTM bakımından da uluslararası sorumluluğun varlığı için aranan ikinci unsur isnattır. Davranışın uluslararası örgütün davranışı olarak kabul edilebilmesi gerekmektedir. Uluslararası örgütün bir temsilcisinin ya da organının, örgütün kuralları uyarınca³⁹ görevi sırasındaki davranışı, örgütün davranışı olarak kabul edilir.⁴⁰ Başka bir uluslararası

³¹ UHK UHFÖDUS m. 7.

³² UHK UHFÖDUS m. 8.

³³ UHK UÖSHTM m. 1.

³⁴ UHK UÖSHTM m. 3.

³⁵ UHK UÖSHTM m. 11.

³⁶ UHK UÖSHTM m. 5.

³⁷ UHK UÖSHTM m. 4.

³⁸ UHK UÖSHTM m. 4.

³⁹ UHK UÖSHTM m. 6.

⁴⁰ UHK UÖSHTM m. 6.

örgütün emrine verilmiş bir devlet organının ya da bir uluslararası örgütün organ ya da temsilcisinin davranışı, örgüt davranış üzerinde etkin bir kontrol uyguladığı sürece, emri altında bulunduğu örgütün davranışı olarak kabul edilir.⁴¹ Uluslararası örgütün bir organ ya da temsilcisinin davranışı, organ ya da temsilci resmi görev ve o örgütün genel işlevleri içerisinde hareket ediyorsa, davranış o organ ya da temsilcinin yetkisini aşsa ya da talimatlara aykırı olsa dahi uluslararası hukuka göre o örgütün davranışı olarak kabul edilir.⁴²

Bir uluslararası örgütün ve bir ya da birden fazla devletin aynı uluslararası haksız fiilden sorumlu olmaları durumunda uluslararası örgütün ya da devletin veya devletlerin bu uluslararası haksız fiille ilgili sorumluluğuna başvurulabilir.⁴³

Yukarıda görüldüğü üzere, 2001 yılında, UHK, uluslararası haksız fiilden ötürü devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin maddeler çalışmasını tamamlamıştır. UHK'nun bu çalışmasında belirtildiği üzere, bu maddeler, bir uluslararası örgütün ya da bir uluslararası örgütün davranışından ötürü bir devletin uluslararası hukuka göre sorumluluğuna dair hiçbir meseleye hanel getirmez.⁴⁴ Öte yandan uluslararası örgütlerin hem sayılarının hem de bunların etkinliklerinin ve etkilerinin artmasından dolayı uluslararası örgütlerin sorumluluğu konusu kendi başına ele alınması gereken özel bir konu durumuna gelmiştir. Bu nedenle UHK 2002 yılında, uluslararası hukukun yazılı kurallara bağlı duruma getirilmesine yani kodifikasyonuna katkıda bulunma görevine uygun olarak, UHFÖDUS madde 57'nin değindiği ve önemini belirterek bir tarafa ayırdığı konudan yola çıkarak, uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin çalışmasına başlamıştır.⁴⁵

⁴¹ UHK UÖSHTM m. 7.

⁴² UHK UÖSHTM m. 8.

⁴³ UHK UÖSHTM m. 48. Somut bir olay ve buna ilişkin yargı kararı hakkında önemli bir inceleme ve değerlendirmenin bulunduğu bir makale için ayrıca bkz. Meltem Sarıbeyoğlu-Skalar, "Ülke Dışındaki Askeri Faaliyetlerde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Genişleyen Yetki Alanı: Jaloud/Hollanda Kararı", Prof. Dr. Hüseyin Pazarıcı'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 614, Ankara, 2015, ss. 781-808 ve özellikle s. 804'deki tespit.

⁴⁴ UHFÖDUS madde 57.

⁴⁵ UHK'nın anılan konuda çalışmaya başlamasına ilişkin ayrıntılar için bkz., Selman Öğüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 208. Uluslararası örgütlerin

UHK'nun uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin maddeler çalışması, bu örgütlerin uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğunu düzenlemeye yöneliktir. Bu çerçevede bir devletin bir uluslararası örgütün davranışlarından dolayı sorumlu sayılması az sayıda maddede ele alınmıştır. UHK'nun hazırladığı maddeler metninin beşinci bölümü bu maddelere ayrılmıştır. Beşinci bölümün başlığı, “bir uluslararası örgütün davranışından ötürü bir devletin sorumluluğudur”.⁴⁶ Bu bölüm altında yer alan 58'inci maddeden 63'üncü maddeye kadar olan düzenlemeler, bir uluslararası örgütün davranışından ötürü bir devletin sorumluluğuna ilişkindir.

UHK'nun uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin maddeler çalışması sonucunda ortaya çıkarılan metin UHK'nun devletin haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğuna ilişkin ortaya çıkardığı maddeler metniyle aynı temel yaklaşıma sahiptir.⁴⁷ Devletin sorumluluğunu düzenlerken UHK, uluslararası hukuk kuralları arasında bir ayırım yapmıştır. Bu ayırım kuralları ikiye ayırmaktadır.

Birinci kümedeki kurallar, bir devlete bir uluslararası hukuk yükümlülüğü getiren kurallardır. Bu kümeye UHK tarafından “birincil kurallar” denilmiştir. Bu kümedeki bir kural ihlâl edildiğinde, bir uluslararası hukuk kuralının öngördüğü bir yükümlülüğe aykırı bir

genel olarak uluslararası sorumluluğu için ayrıca bkz. Süleyman Sırrı Terzioğlu, Bahadır Bumin Özarlan, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, ss. 197-222.

⁴⁶ Draft articles on the responsibility of international organizations 2011, Adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/66/10, para. 87). The report will appear in *Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two, Part Five, Responsibility of a State in connection with the conduct of an international organization*. *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales 2011, Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-troisième session, en 2011, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/66/10, para. 87). Le rapport sera reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), Cinquième partie, Responsabilité d'un État à raison du comportement d'une organisation internationale.*

⁴⁷ *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s.2, par. 3.*

davranışta bulunmuş demektir. İhlâl oluştuğunda, ihlâl oluşturan davranışın kendisine yüklenebildiği devletin uluslararası sorumluluğu meydana gelmiş demektir. Bu andan itibaren devreye ikinci kümedeki kurallar girecektir.

İkinci kümeye de UHK “ikincil kurallar” adını vermiştir. Bu “ikincil kurallar” uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin kurallardır. Bunlar sınırlı sayıda olan ve her sorumluluk durumunda uygulanacak genel ve soyut kurallardır. Hâlbuki birincil kurallar sürekli artan sayıda olabilir. Sorumluluğa ilişkin ikincil kurallar ihlâl ortaya çıktığı andan itibaren uygulanırlar ve sorumluluk durumunu ve sorumluluktan kaynaklanan sorumluluk ilişkisini düzenlerler. Sorumluluk ilişkisi, sorumlu ile sorumluluğu ileri sürebilecek hukuk kişisi ya da kişileri arasında kurulan hukuki ilişkidir. Açıkladığımız bu temel ilkesel yaklaşım uluslararası örgütlerin sorumluluğu için de uygulanmıştır.⁴⁸ UHK’nun uluslararası haksız fiilden ötürü devletin uluslararası sorumluluğu maddeler metninde olduğu gibi, UHK’nun uluslararası örgütlerin sorumluluğu hakkındaki maddeler metni de ikincil kuralları düzenlemektedir.⁴⁹

II. Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı bir Davranışından Ötürü Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Meydana Gelmesi

Bu bölüm altında bir uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı bir davranışından ötürü bir üye devletin uluslararası sorumluluğuyla doğrudan ilgili kurallar açıklanmakta ve bu kurallar ışığında üye devletin sorumluluğunun unsurları belirlenmektedir.

⁴⁸ Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 62; Selman Ögüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s.17; Draft articles on the responsibility of international organizations 2011, Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II (2), s.3, par.3; Projet d’articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s.2, par. 3.

⁴⁹ Projet d’articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s.2, par. 3.

A. Örgütün Uluslararası Haksız Fiilinden Ötürü Üye Devletın Sorumluluğuyla İlgili Kurallar

UHK'nun UÖSHTM'nin beşinci bölümünün ilk maddesi 58'inci maddedir. Uluslararası örgüt tarafından işlenen bir uluslararası haksız fiile bir devlet tarafından yardım edilmesi ya da destekte bulunması durumunda, yardım eden ya da destekte bulunan devletin sorumluluğunu düzenlemektedir. Madde başlığı da şu şekildedir: Uluslararası örgüt tarafından işlenen bir uluslararası haksız fiile bir devlet tarafından yardım ya da destek. Maddenin düzenlemesi ise şöyledir: “1. Bir uluslararası örgütün uluslararası haksız fiiline yardım eden ya da destek sağlayan bir devlet, böyle davrandığı için şu hallerde uluslararası bakımdan sorumludur: a) Söz konusu devlet uluslararası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa; ve b) fiil bu devlet tarafından yapılıyorsa dahi uluslararası bakımdan haksız olacak idiyse. 2. Bir devlet tarafından üyesi olduğu uluslararası örgütün kuralları uyarınca işlenen bir fiil, bu maddenin şartlarına göre o devletin sorumluluğuna bağlanamaz”.⁵⁰ Bu madde, UÖSHTM madde 14'e koşuttur. 14'üncü maddeye göre: “Bir devlet ya da başka bir uluslararası örgütün uluslararası haksız bir fiil işlemesine yardım eden ya da destek sağlayan uluslararası örgüt, böyle davrandığı için şu halde uluslararası bakımdan sorumludur: a) Söz konusu örgüt uluslararası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa; ve b) fiil bu örgüt tarafından işlenseydi dahi haksız olacak idiyse”.⁵¹ Her iki madde de düzenleme, UHFÖDUS madde 16'ya benzer biçimde yapılmıştır.⁵² UHFÖDUS madde 16'daki düzenleme şu şekildedir: “Bir başka devletin uluslararası haksız fiiline yardım eden devlet, böyle davrandığı için şu halde uluslararası bakımdan sorumludur: a) Söz

⁵⁰ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 99; maddenin çevirisi için bkz., Selman Öğüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 272 ve Sevda Keskin, “Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 36, Sayı 2, 2016, İstanbul, ss. 163-187.

⁵¹ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 39; maddenin çevirisi için bkz., Selman Öğüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 256.

⁵² Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 164.

*konusu devlet uluslararası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa; ve b) fiil bu devlet tarafından yapılsaydı dahi uluslararası bakımdan haksız olacak idiyse”.*⁵³

UHFÖDUS madde 16, bir devletin bir başka devletin uluslararası haksız fiil işlemesine yardım ettiği ve destek olduğu durumları kapsamaktadır. UHFÖDUS madde 16, UHK'nun maddeyle ilgili açıklamasına göre, bir devletin bir başka devlete uluslararası haksız fiil işlemesi için yardım etmesi ve destek olması durumunu düzenlerken, özellikle, yardım eden ve destek olan devletin yardım ettiği ve destek olduğu devletin, bir uluslararası yükümlülüğüne aykırılık oluşturan bir davranışı gerçekleştirmesine, kasten yardım etmesi ve destek olmasını kapsamaktadır.⁵⁴ UHK'nun maddeye ilişkin açıklamasında verdiği örnek, bir haksız fiilin oluşması için bilerek finansman sağlamak ya da gereken temel bileşeni ya da unsuru sağlamaktır.⁵⁵ UHK'na göre yardım ve destek, bir su yolunun kapatılması için gerekli olanak sağlanması, kişilerin ele geçirilmesinin kolaylaştırılması, üçüncü bir devletin uyruklarının mallarının yok edilmesine yardım edilmesi gibi durumları da içerebilir.⁵⁶ Bütün bu örnek olaylarda, asıl sorumlu devlet yardım edilen ve destek olunan devletken, yardım eden ve destek olan devlet destekçi olandır. Yardım eden ya da destekte bulunan devlet sadece katılımı ölçüsünde yani haksız fiilin gerçekleşmesindeki yardım ve desteği ölçüsünde sorumlu olacaktır.⁵⁷

Madde 16, yapılan yardım ya da bulunulan destekten ötürü doğacak sorumluluğu üç durumun varlığını arayarak sınırlandırmıştır. İlkin, yardımcı olan devletin organı ya da kurumu yardım olunan devletin

⁵³ Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, ss. 160-161.

⁵⁴ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 164.

⁵⁵ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 164.

⁵⁶ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, vol. II (2), s. 164.

⁵⁷ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 165.

davranışını uluslararası bakımdan haksız kılan koşulların bilincinde olmalıdır; ikinci olarak yardım ya da destek haksız fiilin işlenmesini kolaylaştırmak niyetiyle yapılmış olmalıdır ve bu etkili bir biçimde kolaylaştırmış olmalıdır ve üçüncü olarak, işlenen fiil yardım eden devlet tarafından işlenmiş olsaydı da uluslararası haksız fiil teşkil edecek olmalıdır.⁵⁸

UHK'na göre, olağan olarak başka bir devlete ekipman ya da finans yardımında bulunan bir devlet kendi kendisine bunun bir uluslararası haksız fiil işlenmesinde kullanılıp kullanılmayacağını sormaz. Yardım ya da desteğinin başka bir devlet tarafından ne şekilde kullanılacağını bilmeyen bir devletin uluslararası sorumluluğu doğmayacaktır.⁵⁹ Bir uluslararası haksız fiilin işlenmesini kolaylaştırmak için yapılan yardımın ya da bulunulan desteğin etkin olarak gerçekten de haksız fiilin işlenmesini kolaylaştırmış olması aranmaktadır. Böylelikle madde 16'ya göre önceki yardım ve desteğin sonraki haksız fiile bağlanması olanaklı olmaktadır.⁶⁰

Yapılan yardım ve bulunulan destek, yardım eden devletin de kendisinin bağlı bulunduğu uluslararası yükümlüklerine aykırılık oluşturmaktadır. Bir devlet, kendisinin yapmasının uluslararası hukukun ihlâlini oluşturan bir davranışı yapması için bir başka devlete ihlâl oluşturduğunu bilerek ve haksız fiil işlemesi için kasten yardım edemez. Buna karşın devletler, üçüncü bir devletle bir başka devletin yapmış olduğu uluslararası antlaşmalar ile yükümlülük altına girmekle bağlanmazlar. Bu ilke, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun (VAHK) da 34'üncü ve 35'inci maddelerinde kendisine yer bulmuştur.⁶¹ VAHK'nunun anılan maddeleri şöyledir: “*Kesim 4 Antlaşmalar*

⁵⁸ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 165.

⁵⁹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 165.

⁶⁰ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 165.

⁶¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, s. 331; Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, BM Enformasyon

ve Üçüncü Devletler; Madde 34- Üçüncü devletlerle ilgili genel kural bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır. Madde 35- Üçüncü devletler için yükümlülükler öngören andlaşmalar bir andlaşmanın tarafları bu andlaşmanın bir hükmünün bir üçüncü devlet için bir yükümlülük aracı olmasını kast ettiyse ve üçüncü devlet o yükümlülüğü açıkça yazılı bir şekilde kabul ettiyse, bu andlaşma hükmünden üçüncü bir devlet için bir yükümlülük ortaya çıkar.” Yardımda bulunan devletin sorumluluğu, şayet yardımda bulunulan devletin yaptığı davranışla ihlâl edildiği öne sürülen yükümlülük, yardımda bulunan devlet için de uluslararası hukuka göre yürürlükte bulunan ve yardımda bulunan devleti de bağlayan bir uluslararası hukuk kuralından doğan bir uluslararası yükümlülükse, yardımda bulunan devlet için yardımda bulunmuş olmak uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlidir ve yardımda bulunan devletin uluslararası sorumluluğuna yol açar.⁶²

UHK'nun UÖSHTM madde 58'in açıklamasında açıkça belirttiği gibi, madde 58, UHFÖDUS madde 16'ya benzer. Bundan ötürü madde 16'ya ilişkin açıklamalar, madde 58'in anlaşılması içinde önemlidir. UÖSHTM madde 58, UHFÖDUS madde 16'daki hukuki esaslarla UHK tarafından ortaya konduğu biçimde bilinçli bir benzerlik gösterdiği için anılan madde 16'daki esasları burada inceledikten sonra anılan madde 58'i incelemeye devam etmek artık daha isabetli olacaktır.

UÖSHTM madde 58 çerçevesinde, yardım ya da destek, devletin bağlı olduğu birincil bir uluslararası hukuk kuralının ihlâlini oluşturabilir.⁶³ Uluslararası bir örgüte yardım eden ya da destekte bulunan bir devlet, bu uluslararası örgütün üyesi olabilir ya da olmayabilir. Üye olması durumunda, bu yardım ya da destek uluslararası örgüt bünyesinde anılan devletin kendisini dışarıda tutamayacağı bir davranışın benimsenmesinin sonucu olmuş olabilir. Madde 58'in 2'nci paragrafında düzenlendiği üzere, bir devlet tarafından üyesi olduğu uluslararası

Merkezi UNIC-Ankara, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf (12.11.2016).

⁶² Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 166.

⁶³ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 99.

örgütün kuralları uyarınca işlenen bir fiil, bu maddenin şartlarına göre o devletin sorumluluğuna bağlanamaz. Bu koşulların aranması, bazı uç durumlarda yardım ve desteğin gerçekliği hakkında zorluklar ortaya çıkartabilirler. Örgütün üye sayısı ve katılımın türü olasılık olarak bu zorluklardan söz edilirken belirleyici unsurlardan olacaktırlar.⁶⁴ UHK'na göre devletin üyeliğinin boyutu ve olayların içinde ne derece yer aldığı konuları söz edilen zorluğu aşmada yardımcı olacaktır.⁶⁵

Üyesi olduğu uluslararası örgütün kurallarına uygun bir biçimde bu uluslararası örgüte yardım eden ya da destek olan devletin kendiliğinden uluslararası sorumluluğunun doğmaması bu devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı hareket edebileceği anlamına gelmez.⁶⁶ Bir uluslararası örgütün üyesi olarak da hareket ederken devlet, uluslararası yükümlülüklerine bağlı hareket etmelidir. Devlet bu biçimde bir uluslararası yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunursa, bu devletin uluslararası sorumluluğu bu madde çerçevesinde değil fakat devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin maddeler çerçevesinde belirlenecektir.⁶⁷

ÜÖSHTM madde 59, bir uluslararası örgüt tarafından işlenen uluslararası haksız bir fiil üzerinde bir devletin kontrolü ve talimatları başlığını taşımaktadır.⁶⁸ Madde şöyledir: “1. Bir uluslararası örgütün uluslararası haksız filini kontrol eden ya da talimatla yönlendiren bir devlet, böyle davrandığı için şu hallerde uluslararası bakımdan sorumludur: a) Söz konusu devlet uluslararası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa; ve b) Fiil bu devlet tarafından yapılsaydı dahi uluslararası bakımdan haksız

⁶⁴ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 99.

⁶⁵ Selman Öğüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 208.

⁶⁶ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 100.

⁶⁷ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 100.

⁶⁸ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 100. Çeviri için bkz., Selman Öğüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 210.

olacak idiyse. 2. Bir devlet tarafından üyesi olduğu uluslararası örgütün kuralları uyarınca işlenen bir fiil, bu maddenin şartlarına göre o devletin sorumluluğuna bağlamaz.”⁶⁹

ÜÖSHTM madde 15 bir uluslararası örgütün, uluslararası haksız bir fiil işleyen bir devlete ya da uluslararası örgüte talimat vermesi ya da haksız fiil işleminde devlet ya da uluslararası örgüt üzerinde denetim sahibi olması ile ilgilidir. Madde 15’e göre: “Bir devlete ya da başka bir uluslararası örgüte uluslararası haksız fiil işleminde alakalı talimatlar verip denetim yapan bir uluslararası örgüt, bu fiilden ötürü şu hallerde sorumludur: a) Söz konusu örgüt, uluslararası haksız fiil şartlarının bilincinde hareket ediyorsa; ve b) Fiil bu örgüt tarafından yapılsaydı dahi uluslararası bakımdan haksız olacak idiyse.”⁷⁰ ÜÖSHTM madde 59 ise bir uluslararası örgüt tarafından işlenen uluslararası bir haksız fiilde talimatın verilmesinin ya da denetimin uygulanmasının bir devlet tarafından yapılması durumunu düzenlemektedir. ÜÖSHTM madde 15 ve 59’un her ikisi de, UHFÖDUS madde 17’nin benzeridir.⁷¹ UHFÖDUS madde 17’ye göre: “Bir başka devlete talimatlar veren ve bu devlet üzerinde uluslararası haksız fiilin gerçekleştirilmesinde denetim uygulayan devlet, bu fiilden şu halde uluslararası bakımdan sorumludur: a) Söz konusu devlet, uluslararası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa; ve b) Fiil bu devlet tarafından yapılsaydı dahi uluslararası bakımdan haksız olacak idiyse.”⁷²

UHFÖDUS madde 17, uluslararası haksız fiilin işlenmesinde talimat ve denetim konularını düzenlemektedir. Himaye, vekâlet ya da vesayet altındaki bir devletin eylemi bir başka devletin talimatı ya da denetimi altında işlendiği durumda ve ölçüde, bu eylem haksız fiil oluş-

⁶⁹ Projet d’articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 100. Çeviri için bkz., Selman Ögüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 210.

⁷⁰ Projet d’articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 41. Çeviri için bkz., Selman Ögüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 256.

⁷¹ Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 170.

⁷² Çeviri için bkz., Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 162.

turduğunda hem bu eylemi yapan devletin hem de talimat veren ya da denetim uygulayan devletin sorumluluğu doğacaktır.⁷³ Ülkesi işgal altındaki bir devlette işgalci devletin sorumluluğu için madde 17 uygulanabilir. Egemen bir devlet başka bir devletin talimatı ya da denetimi ile haksız fiil işlerse madde 17 uygulanabilir.⁷⁴

Bir uluslararası örgüte uluslararası haksız fiil işleminde talimat veren ya da denetim uygulayan devlet, bu uluslararası örgütün üyesi olabilir ya da olmayabilir. Üye olan devletin, örgütün karar sürecine katılımı ve haksız fiilin işlenmesinin oluşumuna katılımının ölçüsü sorumluluğun belirlenmesinde değerlendirilecek konulardandır.⁷⁵

ÜÖSHTM madde 60, bir devlet tarafından uluslararası örgütün zorlanmasını düzenlemektedir. Düzenleme şöyledir: “*Bir uluslararası örgütü bir fiil işlemeye zorlayan devlet, bu fiilden dolayı şu hallerde uluslararası bakımdan sorumludur: a) Zorlanan uluslararası örgütün fiili, zorlama durumu söz konusu olmasaydı dahi bir uluslararası haksız fiil oluşturacak idiyse; ve b) Zorlama uygulayan devlet söz konusu fiile ilişkin koşulların bilincinde hareket ediyorsa.*”⁷⁶ ÜÖSHTM madde 60, UHFÖDUS madde 18’in benzeridir. 18’inci madde bir başka devleti zorlama başlığı altında şöyledir: “*Bir başka devleti bir fiil işlemeye zorlayan devlet, bu fiilden şu halde uluslararası bakımdan sorumludur: a) Zorlanan devletin fiili, zorlama olmaksızın da haksız bir fiil oluşturacak idiyse ve b) Zorlama uygulayan*

⁷³ İlgili örnek uluslararası yargı kararları için bkz., Fas’ın İspanyol Bölgesindeki İngiliz Talepleri davası; Réclamations britanniques dans la zone du Maroc espagnol, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1925, s. 649; Mavrommatis Filistin İmtiyazları davası; l’affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, 1924, Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.), Série A, n. 2; Brown davası; Brown, États-Unis d’Amérique c. Grande-Bretagne, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VI, 1923, s. 120.

⁷⁴ Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 163.

⁷⁵ Projet d’articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 100.

⁷⁶ Projet d’articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 101. Çeviri için bkz. Selman Ögüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 273.

devlet söz konusu fiile ilişkin koşulların bilincinde hareket ediyorsa.”⁷⁷ UHFÖDUS 16’ncı ve 17’inci maddelerde yardım eden, talimat veren ya da denetleyen devletin haksız fiilden sorumlu olması için haksız fiil ile ihlâl edilen yükümlülüğün kaynağı olan kural ile kendisinin de bağlı olması gerekmektedir.18’inci madde zorlayan devletin sorumluluğunun doğması için kendisinin kural ile bağlı sayılmasına gerek yoktur. Sadece zorlamada bulunduğu için onun da haksız fiilden sorumluluğu doğacaktır. Şayet zorlama kendi başına uluslararası hukukun getirdiği bir yükümlülüğe aykırı bir davranış oluşturuyorsa zorlama fiili de haksız fiil oluşturacaktır ve bundan ötürü de sorumluluk doğacaktır.⁷⁸

ÜÖSHTM madde 61 bir uluslararası örgütün üyesi olan devletin uluslararası yükümlülüklerinden kaçınması başlığını taşımaktadır. Maddenin düzenlemesi şöyledir: “1. Bir uluslararası örgütün üyesi olan bir devlet; şayet herhangi bir uluslararası sorumluluğuna ilişkin bir mevzuuyla ilgili olarak söz konusu uluslararası örgütün yetki sahibi olmasını suiistimal etmek suretiyle bir fiili gerçekleştirilmesine sebep olacak şekilde kendi yükümlülüklerinden kaçınırsa ve eğer bu fiil bir devlet tarafından işlendiğinde uluslararası sorumluluk teşkil edecek ise, bu devletin uluslararası sorumluluğu doğar. 2. 1. fıkra hükmü söz konusu fiilin uluslararası örgüt için uluslararası haksız fiil olup olmamasına bakılmaksızın uygulanır.”⁷⁹ 61’inci madde, 17’inci maddeye benzer bir durumu düzenlemektedir. 61’inci maddeye göre üç koşulun bir araya gelmesiyle devletin sorumluluğu doğar. UHK, madde ile ilgili açıklama kısmında, uluslararası bir yükümlülüğünden kaçınan devletin uluslararası sorumluluğunun doğması için üç şart ortaya koymuştur. Bu üç şart şu şekildedir:⁸⁰ 1. Uluslararası örgütün devletin uluslararası yükümlülüğü ile ilgili bir konuya dair yetkisinin olması. 2. Yükümlülüğünden kaçınan devletin davranışı ile ilgili uluslararası örgütün davranışı arasında önemli bir bağlantı olmalıdır. Uluslararası örgütün davranışına

⁷⁷ Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II (2), s. 175. Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 163.

⁷⁸ Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 164.

⁷⁹ Projet d’articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 102. Çeviri için bkz. Selman Ögüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 214.

⁸⁰ Selman Ögüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 215.

devlet neden olmalıdır. 3. Devlet tarafından işlenmesi durumunda bir uluslararası yükümlülüğün ihlâline sebebiyet verecek olan herhangi bir davranışın uluslararası örgüt tarafından işlenmesi gerekir.

62'nci maddenin başlığı, üye olduğu uluslararası örgütün haksız fiilinden ötürü bir devletin sorumluluğudur. 62'nci maddenin düzenlemesi şöyledir: "1. Bir devlet üyesi olduğu bir uluslararası örgütün herhangi bir haksız fiilinden şu hallerde sorumludur. a) Devlet, mağdur tarafa karşı işlenmiş bu fiilden kaynaklanan sorumluluğunu kabul etmişse; veya b) devlet, mağdur tarafı, kendi sorumluluğuna güvendirmişse. 2. Devletin 1'inci paragrafa dair herhangi bir uluslararası sorumluluğunun ikincil olduğu varsayılır."⁸¹

Bir uluslararası örgütün üyesi olan bir devlet 58'inci maddeden 61'inci maddeye kadar olan maddeler uyarınca sorumlu kılınabilir. 62'nci madde iki durumu öngörmektedir. Bu iki durumun varlığında 62'nci madde uyarınca, bir uluslararası örgüte üye bir devletin sorumluluğu doğabilir. 62'nci madde, UHK'nun temel yaklaşımına uygundur. Devletin sorumluluğuna yol açan olayı belirtir. Bu konuda devletlerin genelinin tutumu bellidir: Uluslararası bir örgüte üye olan bir devlet, üye olduğu bu uluslararası örgütün bir davranışından ötürü sorumlu olmayacaktır. Uluslararası örgüte üyelik, üye olunan uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı davranışlarından sorumlu olmayı gerektirmez.⁸² Genel olarak, bir devletin bir uluslararası örgüte üye olmasının, bu örgütün uluslararası hukuka aykırı davranışlarından ötürü üye devletin sorumlu olmasını gerektirmemesi, devletlerin geneli tarafından uluslararası hukukta benimsenen uygulamadır.⁸³ Bir devletin sadece bir uluslararası örgüte üye olduğu için bu uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı davranışlarından sorumlu olup olmayacağı sorusu, dev-

⁸¹ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 104. Çeviri için bkz. Selman Ögüt, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, s. 217.

⁸² Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 105.

⁸³ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 105.

letlerin uluslararası hukuktaki genel uygulamaları bakımından, devletlerin sadece üye olmak nedeniyle uluslararası örgütün davranışlarından, uluslararası örgütün kendisiyle birlikte üye devletin de sorumlu olmayacağı doğrultusunda çözümlenmektedir.⁸⁴ Buna ilişkin ayrıksı durumlar yukarıdaki maddelerde düzenlenmiştir. Aşağıdaki başlık altında yukarıda incelenen maddeler ışığında UHK ÜÖSHTM çerçevesinde bir üye devletin üye olduğu uluslararası bir örgütün davranışından sorumlu olabilmesi için aranan unsurların neler olduğu açıklanmaktadır.

B. Üye Devletin Sorumluluğunu Meydan Getiren Unsurlar

Bu başlık altında UHK ÜÖSHTM çerçevesinde bir üye devletin üye olduğu uluslararası bir örgütün davranışından sorumlu olabilmesi için aranan unsurların neler olduğu ele alınmaktadır.

Uluslararası örgüt tarafından işlenen bir uluslararası haksız fiile bir devlet tarafından yardım edilmesi ya da destekte bulunulması durumunda, yardım eden ya da destekte bulunan devletin sorumluluğu doğar. Ancak bunun için bulunması gereken unsurlar vardır. Bu unsurların birincisi yardım eden ya da destekte bulunan devletin, uluslararası örgütün haksız fiiline yardım ettiğini ya da destek olduğunu bilmesi yani haksız fiil koşullarının bilincinde hareket etmesi gereklidir. Bulunması gereken ikinci unsur ise uluslararası örgütün davranışının yardımda bulunan ya da destek olan devletinde yürürlükte olan bir uluslararası yükümlülüğüne aykırı bir davranış olması gerekmektedir yani fiil devlet tarafından yapılsaydı dahi uluslararası haksız fiil oluşturması gerekmektedir.

Bir uluslararası örgütün uluslararası haksız fiilini kontrol eden ya da talimatla yönlendiren bir devlet, böyle davrandığı için sorumludur ancak bu sorumluluğun doğması için bulunması gereken unsurlar vardır. Bu unsurların birincisi devletin uluslararası haksız fiilin bilincinde hareket etmesidir. İkincisi de fiil bu devlet tarafından yapılsaydı dahi uluslararası haksız fiil oluşturacak olmasıdır. Kontrol etmenin ya da talimat vermenin açıklanması gereklidir.

Kontrol etmek demek, emir vermek ya da denetimde bulunmak demektir. Böylelikle kontrol etmek ya da talimat vermek, devletin ta-

⁸⁴ Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), s. 106.

limatları, emri ya da denetimi altında olmak demektir. Davranış devletin talimatı, emri ya da denetimiyle yapılmışsa bu gibi durumlarda davranış ile devlet arasında bir bağ kurulabildiğinden ötürü devletin sorumluluğu doğmaktadır fakat uluslararası yargı kararlarında ortaya çıktığı gibi görülmektedir ki bu bağın tespit edilmesi ve niteliğinin belirlenmesi şarttır.

Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davasında Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) göre, devletin sorumlu olabilmesi için uluslararası haksız fiil oluşturan davranışları yapanlar üzerinde davranış yapılırken o anda ve o yerde devletin etkin denetiminin olması gerekmektedir. Genel bir bağ devletin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Her somut davranışta etkin denetimin aranması ve bunun sorumluluğu ileri süren taraf ya da taraflarca ortaya konulabilmesi, ispat edilmesi, devletin sorumluluğuna hükmedilmesi için gereklidir.⁸⁵ UAD, 2007 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dava'da da, etkin denetimin her davranış için özel olarak aranması gerektiğini belirlemiştir; buna göre genel bir denetim devletin sorumluluğunun doğumu için yetmemektedir.⁸⁶

Bir devlet tarafından uluslararası örgütün uluslararası haksız fiil işlemeye zorlanması zorlayan devletin sorumluluğuna yol açar. Bunun için bulunması gereken unsurlar devletin koşulların bilincinde davranması ve zorlama olmaksızın da fiilin haksız fiil oluşturacak olmasıdır.⁸⁷

Bir uluslararası örgütün üyesi olan bir devlet şayet herhangi bir uluslararası sorumluluğuna ilişkin bir konuyla ilgili olarak söz konusu uluslararası örgütün yetki sahibi olmasını kötüye kullanarak bir fiili gerçekleştirmesine sebep olacak şekilde kendi yükümlülüklerinden kaçınırsa ve eğer bu fiil bir devlet tarafından işlendiğinde uluslararası sorumluluk teşkil edecek ise bu devletin uluslararası sorumluluğu doğar.⁸⁸

Yukarıda unsurlarıyla birlikte açıklanan durumların dışında bir devletin üyesi olduğu bir uluslararası örgütün herhangi bir haksız fi-

⁸⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, fond, C.I.J., 1986.

⁸⁶ *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzegovine c. Serbie et Montenegro, C.I.J., 2007, par. 401-413.

⁸⁷ UHK ÜÖSHTM m. 60.

⁸⁸ UHK ÜÖSHTM m. 61.

linden sorumlu olabilmesi için bulunması gereken unsurlar vardır. Bu unsurların ilki, devletin mağdur tarafa karşı işlenmiş bu fiilden kaynaklanan sorumluluğunu kabul etmiş olmasıdır. Bu kabul yoksa devletin mağdur tarafı kendi sorumluluğuna güvencirmesi durumunda da üye devletin sorumluluğu doğacaktır.⁸⁹

Eldeki makalenin ikinci bölümünde açıklanan bu durumlar bir uluslararası örgütün uluslararası bir haksız fiilden ötürü, haksız fiil işleyen uluslararası örgütün üyesi olsun ya da olmasın bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğacağı durumlardır.

Sonuç

Bir uluslararası örgütün üyesi olan bir devlet, UHK ÜÖSHTM 58'inci maddeden 61'inci maddeye kadar olan maddeler uyarınca sorumlu kılınabilir. 62'nci madde iki durumu öngörmektedir. Bu iki durumun varlığında 62'nci madde uyarınca bir uluslararası örgüte üye bir devletin sorumluluğu doğabilir. 62'nci madde, UHK'nun temel yaklaşımına uygundur. Devletin sorumluluğuna yol açan olayı belirtir. Bu konuda devletlerin genelinin tutumu açıktır. Uluslararası bir örgüte üye olan bir devlet, üye olduğu bu uluslararası örgütün bir davranışından ötürü sorumlu olmayacaktır. Uluslararası örgüte üyelik üye olunan uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı davranışlarından otomatik olarak sorumlu olmayı gerektirmez. Genel olarak, bir devletin bir uluslararası örgüte üye olmasının, bu örgütün uluslararası hukuka aykırı davranışlarından ötürü üye devletin sorumlu olmasını gerektirmemesi, devletlerin geneli tarafından uluslararası hukukta benimsenen uygulamadır. Bir devletin sadece bir uluslararası örgüte üye olduğu için bu uluslararası örgütün uluslararası hukuka aykırı davranışlarından sorumlu olup olmayacağı sorusu, devletlerin uluslararası hukuktaki genel uygulamaları bakımından, devletlerin sadece üye olmak nedeniyle uluslararası örgütün davranışlarından, uluslararası örgütün kendisiyle birlikte üye devletin de sorumlu olmayacağı doğrultusunda çözümlenmektedir. Buna ilişkin ayrık durumlar eldeki makalenin konusunu oluşturmuş ve makalede açıklanmışlardır. Bu durumlar, haksız fiile yardım ve haksız fiile destek, haksız fiil sırasında talimat ve denetim, haksız fiile zorlama, uluslararası yükümlülükten kaçınma ve uluslararası sorumluluğu kabul ya da uluslararası sorumluluğa inandırma biçiminde adlandırılarak sayılabilir.

⁸⁹ UHK ÜÖSHTM m. 62.

KAYNAKÇA

- Birleşmiş Milletler Enformasyon Merkezi, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, UNIC, Ankara, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf
- Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, sera reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II
- Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales 2011*, Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-troisième session, en 2011, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/66/10, para. 87). Le rapport sera reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2), Cinquième partie, Responsabilité d'un État à raison du comportement d'une organisation internationale
- Cour international de justice (C.I.J.), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, fond, 1986
- Cour international de justice (C.I.J.), *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*, 2007
- Cour international de justice (C.I.J.), *Différend relatif l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 1999
- Cour international de justice (C.I.J.), *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, 1949
- Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.), *Affaire des Concessions Mavromatis en Palestine*, Série A, n. 2, 1924
- Dionisio Anzilotti, "La responsabilité international des États à raison des dommages soufferts par des étrangers", *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, 1906
- Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta, İstanbul, 2013
- Georg Nolte, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité International des États et La Prééminence de la Conception Bilatérale des Relations Inter-Étatiques", *Colloque international de Florence*, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen; *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des États*, Paris, Pedone, 2003
- Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, XII Levha, İstanbul, 2010
- Hersh Lauterpacht, *Private Law Source and Analogies in International Law*, London, 1927
- International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, 1 May – 9 June and 10 July – 18 August 2000*, Official Records of the General Assembly, fifty-fifth session, Supplement No. 10, Yearbook of the International Law Commission, Volume: II, 2000

- International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II
- International Law Commission, Draft articles on the responsibility of international organizations 2011, Adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/66/10, para. 87). The report will appear in Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two, Part Five, Responsibility of a State in connection with the conduct of an international organization
- James Crawford, Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'État, Introduction, Texte et Commentaires, Editions Pedone, 2003
- James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002
- Jean Combacau, Serge Sur, Droit International Public, Montchrestien, Paris, 2006
- Joe Verhoeven, Droit International Public, Larcier, Bruxelles, 2000
- Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Örgütler, Turhan, Ankara, 2013
- Meltem Sarıbeyoğlu-Skalar, "Ülke Dışındaki Askeri Faaliyetlerde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Genişleyen Yetki Alanı: Jaloud/Hollanda Kararı", Prof. Dr. Hüseyin Pazarıcı'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 614, Ankara, 2015.
- Nations Unies, Brown, États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne, Recueil des sentences arbitrales, vol. VI, 1923
- Nations Unies, Convention de Vienne sur le droit des traités, Recueil des Traités, vol. 1155
- Nations Unies, Réclamations britanniques dans la zone du Maroc espagnol, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1925
- Pierre-Marie Dupuy, Droit International Public, Dalloz, Paris, 2006
- Quoc Dinh Nguyen, Patric Daillier, Alain Pellet, Droit International Public, LGDJ, Paris, 1999
- Santiago Villalpando, L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États, Puf, Paris, 2005
- Selman Ögüt, BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun 2011 Yılında Yayınladığı Taslak Maddeler Çerçevesinde Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, XII Levha, İstanbul, 2014
- Sevda Keskin, "Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler" Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 36, Sayı 2, İstanbul, 2016, ss. 163-187
- Süleyman Sırrı Terzioğlu, Bahadır Bumin Özarslan, Uluslararası Örgütler Hukuku, Adalet, Ankara, 2016
- Yusuf Aksar, Uluslararası Hukuk II, Seçkin, Ankara, 2013
- Yücel Acer, İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk, Seçkin, Ankara, 2010

Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması



Yard. Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER*

ÖZET

Birleşmiş Milletler'in (BM) her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) kararına uymayı yükümlenir. Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, UAD'nın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse, öbür taraf BM Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir. Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir. Eldeki makale UAD'nın kararlarının BM Güvenlik Konseyi'ne başvurularak uygulanmasını konu edinmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Uluslararası Adalet Divanı, Güvenlik Konseyi, Veto Yetkisi, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Hukuk*

ABSTRACT

Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment. This article deals with the implementation of the decisions of the International Court of Justice by consulting the Security Council.

Keywords: *International Court of Justice, Security Council, Power of Veto, United Nations, International Law*

* TC Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Giriş

Birleşmiş Milletler'in (BM) her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) kararına uymayı yükümlenir. Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, UAD'nın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, öbür taraf BM Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir. Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir. Eldeki makale, UAD'nın kararlarının BM Güvenlik Konseyi'ne başvurularak uygulanmasını konu edinmektedir.

Makale iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde okuyucuya UAD'nın ve Güvenlik Konseyi'nin işlevleri anımsatıldıktan sonra ikinci bölümde makalenin esas konusunu teşkil eden UAD'nın kararlarının uygulanması için Güvenlik Konseyi'ne yapılabilecek başvuru işlenmektedir. İkinci bölümde başvurunun hukuki niteliği ve hukuki neticeleri açıklanmaktadır.

I. Uluslararası Adalet Divanı'nın ve Güvenlik Konseyi'nin İşlevleri

Bu başlık altında UAD'nın ve BM Güvenlik Konseyi'nin işlevleri anımsatılmaktadır.

A. Uluslararası Adalet Divanı

UAD¹, BM Antlaşması ile BM'in başlıca adli organı olarak kurulmuştur.² BM'in tüm üyeleri, bu üyeliğin bir sonucu olarak, UAD Statüsü'ne taraftırlar.³ UAD Statüsü, UAD'nın yapısını düzenlemiştir.⁴

¹ UAD hakkında bkz. Yusuf Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin, Ankara, 2007, ss. 39-96; Yusuf Aksar, Uluslararası Hukuk II, Seçkin, Ankara, 2013, ss. 249-311; UAD'nın işlevi için genel olarak şu esere de bakılması önerilir, Hersh Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, Stevens, Londres, 1958, ss. 3-400.

² BM Antlaşması madde 92 ve UAD Statüsü madde 1. BM'nin kuruluşu için bkz. Süleyman Sırrı Terzioğlu, Bahadır Bumin Özarslan, Uluslararası Örgütler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, ss. 14-19.

³ BM Antlaşması madde 93/1.

⁴ Bkz. Antônio Agusta Cançado Trindale, "Le Statut de la Cour International de Justice", United Nations Audiovisual Library of International Law, ss. 1-16, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_f.pdf (22.04.2017).

Divan'ın merkezi Lahey'dedir⁵ ve uluslararası hukuk alanında yetkin kabul edilen bağımsız yargıçlar görev yapar.⁶

Divan önündeki davalarda yalnız devletler taraf olabilirler.⁷ Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle BM Antlaşması'nda ya da yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörölmüş bütün durumları kapsar.⁸ BM'in her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, UAD'nın kararına uymayı yükümlenir.⁹ Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan'ın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlölükleri yerine getirmese, öbür taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir. Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir.¹⁰

Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi herhangi bir hukuksal sorun konusunda UAD'ndan görüş isteyebilir.¹¹ Genel Kurul'ca bu konuda herhangi bir anda yetkili kılınabilecek olan tüm BM organları ve ihtisas kuruluşları da kendi çalışma alanları içinde karşılarına çıkacak hukuksal sorunlar konusunda Divan'dan görüş isteyebilir.¹²

Divan, kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka göre çözmekle yükümlüdür.¹³ Uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık se-

⁵ UAD Statüsü madde 22.

⁶ UAD Statüsü madde 2.

⁷ UAD Statüsü madde 34/1. Ayrıca, devlet merkezli uluslararası toplum yapısının UAD'nın yargılama faaliyetleri üzerindeki etkileri hakkında bkz. Lider Bal, "Les Impacts de la Configuration État-centrique de la Communauté Internationale sur l'Exercice de la Fonction Judiciaire de la Cour Internationale de Justice", ss. 537-552, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/272559> (22.04.2017).

⁸ UAD Statüsü madde 36/1.

⁹ BM Antlaşması madde 94/1.

¹⁰ BM Antlaşması madde 94/2. Ayrıca, Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması için bkz, Ayşe Nur Tütüncü, "Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası", ss.17-26, <https://earsiv.anadolu.edu.tr/xmlui/handle/11421/195> (22.04.2017).

¹¹ BM Antlaşması madde 96/1.

¹² BM Antlaşması madde 96/2.

¹³ UAD Statüsü madde 38/1. Ayrıca bkz. Olivier Corten, Pierre Klein, "L'Efficacité de la Justice Internationale au Regard des Fonctions Manifestes et Latentes du Recours à la Cour Internationale de Justice", Justice et juridictions internationales, Pedone, Paris, 2000, ss. 34-37.

çik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;¹⁴ hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş kurallarını;¹⁵ uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;¹⁶ hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.¹⁷ Taraflar görüş birliğine vardığında, hakça ve eşitçe (*ex aequo et bono*) karar verilebilir.¹⁸

Divan durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin haklarını korumak için hangi geçici önlemlerin alınması gerektiğini belirleme yetkisine sahiptir.¹⁹ Öngörülen bu önlemler, kesin karardan önce hemen taraflara ve Güvenlik Konseyi'ne bildirilir.²⁰

Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır.²¹ Hüküm kesindir ve buna karşı başvurma yolu yoktur. Hükümün anlamı ya da kapsamı üzerinde uyuşmazlık çıkması durumunda, taraflardan herhangi birinin isteği üzerine Divan hükmü yorumlar.²² Hükümün yenilenmesi isteği ile Divan'a başvurulması ancak, kesin bir etki yapabilecek nitelikte olup hükmün açıklanmasından önce Divan'ca ve hükmün yenilenmesini isteyen taraflarca bilinmeyen bir olayın keşfedilmiş olması nedeniyle ve olayın bilinmemesi anılan tarafın kusurundan ileri gelmemişse mümkündür.²³

B. Güvenlik Konseyi

Güvenlik Konseyi, BM'nin on beş üyesinden oluşur. Çin, Fransa, Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı, Amerika

¹⁴ UAD Statüsü madde 38/1-a.

¹⁵ UAD Statüsü madde 38/1-b.

¹⁶ UAD Statüsü madde 38/1-c.

¹⁷ UAD Statüsü madde 38/1-d.

¹⁸ UAD Statüsü madde 38/2; ayrıca bkz. Yusuf Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, ss. 68-69.

¹⁹ UAD Statüsü madde 41/1.

²⁰ UAD Statüsü madde 41/2.

²¹ UAD Statüsü madde 59.

²² UAD Statüsü madde 60.

²³ UAD Statüsü madde 61/1.

Birleşik Devletleri (ABD) Güvenlik Konseyi'nin sürekli üyeleridir.²⁴ BM üyeleri, örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyi'ne bırakırlar ve bu sorumluluk gereğince görevlerini yerine getirirken Güvenlik Konseyi'nin kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler.²⁵ Güvenlik Konseyi bu görevleri yerine getirirken BM'in amaç ve ilkelerine uygun hareket eder.²⁶

Güvenlik Konseyi'nin her üyesinin bir oyu vardır.²⁷ Güvenlik Konseyi'nin usule ilişkin konulardaki kararları dokuz üyesinin olumlu oyu ile alınır.²⁸ Güvenlik Konseyi'nin diğer tüm meselelerle ilgili kararları, daimi üyelerin hepsinin oyları dahil olmak üzere dokuz üyenin olumlu oyu ile alınır.²⁹

II. Uluslararası Adalet Divanı'nın Kararlarının Uygulanması İçin Güvenlik Konseyi'ne Başvuru

Bu başlık altında UAD'nın kararlarının uygulanması için BM Güvenlik Konseyi'ne başvurunun hukuki niteliği ve bu başvurunun hukuki neticeleri açıklanmaktadır.

A. Başvurunun Hukuki Niteliği

BM Antlaşması 94'üncü madde 2'nci fıkrada "Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan'ın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse, öbür taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir, Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alacak önlemleri kararlaştırabilir" demektedir.³⁰ "Bir uyuşmazlığın

²⁴ BM Antlaşması madde 23.

²⁵ BM Antlaşması madde 24/1.

²⁶ BM Antlaşması madde 24/2.

²⁷ BM Antlaşması madde 27/1.

²⁸ BM Antlaşması madde 27/2.

²⁹ BM Antlaşması madde 27/3. Ancak, VI'ncı Bölüm ile 52'inci maddenin 3'üncü fıkrası hükümleri uyarınca alınan kararlarda bir uyuşmazlığa taraf olan oylamaya katılamaz; bkz. BM Antlaşması madde 27/3.

³⁰ BM Antlaşması madde 94: "1. Birleşmiş Milletler'in her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Uluslararası Adalet Divanı'nın kararına uymayı yükümlenir. 2. Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan'ın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse, öbür taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir Konsey de

taraflarından biri” denilmekle madde, süreci BM’ye üye olmayan fakat Divan’ın statüsüne taraf olan devletlere ya da Divan’ı *ad hoc* olarak yetkilendiren devletlere de açmaktadır.

UAD kararlarının uygulanmaması durumunda alınacak önlemler konusu, BM Antlaşması’nın, Milletler Cemiyeti (MC) Misakı’na göre daha siyasi karakterde olduğu bir konudur.³¹ Misak’ın 13’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasına göre “*Cemiyet üyeleri, verilen kararları iyi niyetle yerine getirmeği, bu kararlara uyacak hiçbir Cemiyet üyesine karşı savaşa başvurmamağı yükümlenirler. Kararın yerine getirilmemesi durumunda, konsey bunu sağlayacak önlemleri önerir.*” Sözü edilen karar MC Milletlerarası Daimi Adalet Divanı (MDAD) kararı ya da bir milletlerarası hakemlik kararıdır. Konsey alınacak önlemleri önerirken, kuvvet kullanılmasını da önerebilir. Bir uluslararası tahkim kararının da uygulanmamasının uluslararası hukukun etkinliğini azaltacağı ve dolayısıyla MC’nin de otoritesini sarsacağı için gerek MDAD gerek tahkim kararlarının uygulanmaması durumunda MC Konseyi güç kullanılması yoluna gidebilmekteydi.³² Bu husus BM Antlaşması’nda terk edilmiştir. Bu noktada barışın korunmasına dair siyasal hedef, hukuka saygı gösterilmesinin (*rule of law*) önünde tutulmuştur.³³ Bundan ötürü, UAD kararlarının uygulanmaması durumunda alınacak önlemler konusu, BM Antlaşması’nın, MC Misakı’na göre daha siyasi nitelikte olduğu bir konudur.³⁴

BM Antlaşması’nın 94’e 2 maddesi birçok hususu kapsamaktadır. Bunlardan ilkinde göre, lehine karar olan fakat uygulanmayan tarafın başvurusuyla Güvenlik Konseyi meseleye dahil olur. İkinci olarak Güvenlik Konseyi bir karar almak zorunda değildir. Üçüncü olarak Güvenlik Konseyi gereken önlemleri BM Antlaşması VII’nci bölüme göre ya da doğrudan BM Antlaşması 94’üncü maddeye göre kararlaştırabi-

gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir.” Bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/cok-taraflisoz/bm/bm_01.pdf (04.05.2017).

³¹ MC dönemi için bkz. Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Örgütler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, ss. 52-58.

³² MDAD için bkz. Yusuf Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, ss. 17-38.

³³ Robert Kolp, *Ius Contra Bellum*, Bruylant, Bruxelles, 2009, s. 191.

³⁴ Bkz. Antônio Augusta Cançado Trindale, “Le Statut de la Cour International de Justice”, s.11.

lır. Dördüncü olarak Güvenlik Konseyi sadece UAD'nın bir kararının uygulanmamasına karşı önlem kararlaştırabilir.³⁵ Bunun değerlendirilmesi sonucu olarak başvurunun hukuki niteliği, Güvenlik Konseyi'ni önlem kararlaştırma hususunda karar almaya sevk etmesidir. Konsey başvuru olmaksızın karar alamaz.

B. Başvurunun Hukuki Neticeleri

Güvenlik Konseyi UAD'nın kararının uygulanmasına karar verebilir ya da uygulanmasına yönelik önlemlerin alınmasına karar verebilir. Örneğin kararda kendisine getirilen yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınan devlete karşı ekonomik önlemler alınmasına karar verebilir.³⁶

Siyasal organ olarak Güvenlik Konseyi, UAD'nın kararının içeriğini değiştiremez. UAD Statüsü'nün 60'ıncı maddesine göre UAD'nın verdiği bir hüküm kesindir.³⁷ UAD Statüsü'nün 61'nci maddesine göre Güvenlik Konseyi hükmün yenilenmesini isteyebilir.³⁸

Güvenlik Konseyi'nin işlevi için BM Antlaşması 94/2 maddesi temel sunar.³⁹ Düşünülen eylem BM Antlaşması 39, 41 ya da 42'nci maddeye göre nitelendirilemez. Ancak, Güvenlik Konseyi kararın uygulanmamasının barış ve güvenliği tehdit ettiğini düşünürse VII'nci bölümü işletebilir. VII'nci bölüm haricinde 94/2, 25 ve 103'üncü maddeye dayanarak karar alabilir.

BM Antlaşması 39'uncü madde, "*Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde*

³⁵ Bkz. Fritz Robert Saint-Paul, *L'exécution des décisions de la Cour international de Justice: Faiblesses et malentendus*, Faculté de Droit Université de Montréal, 2006, s. 78.

³⁶ Robert Kolp, *Ius Contra Bellum*, s. 192.

³⁷ BM Enformasyon Merkezi, Ankara, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf (12.05.2017).

³⁸ http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_02.pdf (13.05.2017).

³⁹ Bkz. Security Council Report, "In Hindsight: The Security Council and the International Court of Justice", January 2007 Montly Forecast, http://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2017-01/in_hindsight_the_security_council_and_the_international_court_of_justice.php?print=true (18.11.2017).

bulunur veya 41. Ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemlerin alınacağını kararlaştırır.” demektedir. BM Antlaşması 41’inci maddeye göre, “Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve Birleşmiş Milletler üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir.” BM Antlaşması 42 maddeye göre ise, “Güvenlik Konseyi, 41. Madde’de öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir.”

Güvenlik Konseyi gerekli görürse VII’nci bölüm haricinde sadece 94’üncü maddeye dayanarak askeri önlemlere karar verebilir. BM Antlaşması 94’üncü maddenin 2’nci fıkrası UAD’nın yargısal kararlarını hedeflemektedir. Danışma görüşleri kapsanmamaktadır.⁴⁰ UAD’nın kararlarının uygulanması olanakları ve yöntemleri ayrıntılı biçimde ele alındığında karmaşıklıktaştır.⁴¹

BM Antlaşması 94’üncü maddenin 2’nci fıkrasını işletmek tercihe bağlı olduğu için nasıl uygulanacağı belirsizdir.⁴² Özellikle daimi üyelere birinin BM Antlaşması madde 94’e 2 hakkında veto yetkisini kullanıp kullanamayacağı aydınlatılmalıdır. Şayet veto yetkisi kullanılabilirse, bunu Divan’ın kendisi aleyhine vermiş olduğu bir karara karşı kullanıp kullanamayacağı da ayrıca cevaplandırılması gereken bir sorudur.

BM Antlaşması 27’nci madde 3’üncü fıkraya göre, “Güvenlik Konseyi’nin diğer tüm meselelerle ilgili kararları, daimi üyelerin hepsinin oy-

⁴⁰ Robert Kolp, *Ius Contra Bellum*, s. 193.

⁴¹ Laurence Boisson de Chazournes, Antonella Angelini, “Regard Sur La Mise En Œuvre Des Décisions De La Cour International De Justice”, *L’Observateur Des Nations Unies - Revue de l’Association française pour les Nations Unies Aix-en-Provence*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2016-1, Volume 40, s. 63, <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:93379> (25.05.2017).

⁴² Fritz Robert Saint-Paul, *L’exécution des décisions de la Cour international de Justice: Faiblesses et malentendus*, s. 79.

ları dahil olmak üzere dokuz üyenin olumlu oyu ile alınır; ancak, VI. Bölüm ile 52. maddenin 3. fıkrası hükümleri uyarınca alınan kararlarda bir uyumsuzluğa taraf olan oylamaya katılamaz.”⁴³ 27’nci madde 3’üncü fıkrada 94’üncü maddenin 2’nci fıkrası sayılmadığı için veto yetkisinin var olduğunun kabul edilmesi gereklidir. Nitekim 27’nci maddenin 2’nci maddesinde anılan “*usule ilişkin*” bir konu da bulunmamaktadır. Divan’ın kendisi aleyhine vermiş olduğu bir karara karşı veto yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı da ayrıca cevaplandırılması gereken bir sorudur.

Bu sorunun cevabı için de belirtelim ki, yazılı kurallar uyarınca veto yetkisinin kullanılmasının önünde bir engel yoktur. Nitekim ABD, 1986 tarihli Nikaragua kararının kendisine karşı sonuçlarının uygulanabilmesine karşı veto yetkisini kullanmış ve kendisine karşı olan sonuçlarının tümünün uygulanmasına engel olmuştur.⁴⁴

Uygulamada, gerçekten de, vakaların büyük çoğunluğunda, UAD’nın kararları, davacılar tarafından kendiliğinden yürütülür.⁴⁵ Birleşik Krallık, İran’la aralarında önemli diplomatik soruna yol açan *Anglo-Iranian Oil Cy.* (1951/2) olayında, Konsey’e gitmiştir. Bu esnada, Divan’ın yetkisizlik kararı vermesiyle başvuru konusuz kalmıştır.⁴⁶ Yukarıda belirtildiği gibi, ABD, 1986 tarihli Nikaragua kararının kendisine karşı sonuçlarının uygulanabilmesine karşı veto yetkisini kullanmış ve kendisine karşı olan sonuçlarının tümünün uygulanmasına engel olmuştur.⁴⁷

Uygulamada UAD’nın kararlarına uyulmayan ve BM Şartı madde 94’e 2’nin işletilmeye çalışıldığı durumları incelemek çalışmanın konusu olan UAD kararlarının BM Güvenlik Konseyi aracılığıyla uygulanmasının yani BM Şartı madde 94’e 2’deki mekanizmanın işletil-

⁴³ Bkz. <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (02.06.2017).

⁴⁴ Robert Kolp, *Ius Contra Bellum*, s. 195.

⁴⁵ Robert Kolp, *Ius Contra Bellum*, s. 196.

⁴⁶ Robert Kolp, *Ius Contra Bellum*, s. 196.

⁴⁷ Bkz. Aloysius P. Llamzon, “Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice”, *European Journal of Interantional Law*, Volume 18, Issue 5, 1 Novembre 2007, ss. 815-852, Oxford Academic, <https://academic.oup.com/ejil/article/18/5/815/398671> (18.11.2017).

mesinin uluslararası hukukun uygulaması bakımından olan etkiliğini netleştirmek bakımından gereklidir.⁴⁸

UAD, Kara, Ada ve Deniz Sınırları Davası'nda (El Salvador / Honduras) 1992 yılında, El Salvador ve Honduras arasında neredeyse bir yüzyıl boyunca süren, 1969 yılında kısa fakat kanlı bir savaşa neden olan bir anlaşmazlığı karara bağlamıştır. Karara konu olan olayda, tarihî körfez içindeki üç adanın egemenliği tartışmalıdır. Gerek El Salvador gerekse Honduras bu üç adanın, kendi egemenliğinde olduğunu iddia etmektedir. UAD, bu adalardan El Tigre için Honduras'ın egemenliğini uyguladığı ve adayı kontrol ettiği için ve El Salvador'un bu durumu protesto etmediğinden bahisle, Honduras'ın İspanya'nın halefi olduğunu belirleyerek, Honduras'ın egemenliğini tanımış; Meangueran Adası içinse, oranın ahalisinin El Salvador'un etkin idarî yapıya ve kontrole sahip olduğu konusundaki ifadelerini göz önünde tutarak, El Salvador'un egemenliğini tanımıştır. UAD, üçüncü ada olan Meanguerita'yı küçüklüğü, insan yaşamaması ve ana ada olarak nitelediği Meangueran adasına olan yakınlığını göz önünde tutarak, bu adayı Meangueran'ın uydusu olarak görmüş ve bu adada da egemenliğin El Salvador'a ait olduğunu belirtmiştir. Böylelikle, El Salvador, bu iki ada üzerinde İspanya'nın halefi olarak varlığını sürdürecektir.⁴⁹ Karardan sonra her iki devlet de UAD'nın kararını kabul ettiklerini açıklamışlardır. Sınırın belirlenmesine gelince, taraflar 1998'de kararlaştırmış olmalarına rağmen, 2002'de 233 mil sınır hattının sadece 120 mili tamamlanmıştı. Kasım 2000'de Honduras, El Salvador'u, BM Genel Sekreterine sunulan ve Güvenlik Konseyi'ne de iletilecek bir mektupla UAD kararına uymaya çağırdı. Ocak 2002'de Honduras BM Şartı'nın 94'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca Güvenlik Konseyi'nden UAD kararında El Salvador için öngörülen yükümlülüklere uyması için El Salvador'a tavsiyede bulunmasını ve bu devleti UAD kararında hükmedilen yükümlülüklerine uyması için teşvik etmesini ve şayet

⁴⁸ Aloysius P. Llamzon, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", pdf version, s. 11.

⁴⁹ <https://uluslararasıhukukcalismalari.wordpress.com/2017/02/18/kara-ada-ve-deniz-sinirlari-davasi-el-salvador-vs-honduras-1992/> (18.11.2017); Ayşe Nur Tütüncü, "El Salvador ve Honduras Arasındaki, Kara ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık (Karar tarihi: 11 Eylül 1992)", MHB, Yıl 12, Sayı 1-2, 1992, 93-101; Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), <http://www.icj-cij.org/en/case/75> (18.11.2017).

bu hususta başarılı olamazsa Konsey'in UAD kararının uygulanmasını sağlamak için uygun olacağını öngördüğü tedbirleri belirlemesini talep etmiştir. Ekim 2002'de El Salvador, Güvenlik Konseyi'ne yanıt olarak UAD kararında hükmedilen yükümlülüklerine uymayı geciktirdiği yönündeki iddiayı reddetti. Bununla birlikte El Salvador ve Honduras sınır hattını belirlemek için beraberce daha fazla çaba harcamaya karar verdiler.⁵⁰ İki devlet arasındaki yeni sınır rejimi 30 Ekim 2002 tarihinde başlatıldı. Bu olayda da görüldüğü gibi 94'e 2'nin varlığı hukukî sonuç doğurmaktan çok mevcudiyeti ve işletilmesinin olası sonuçları ile Güvenlik Konseyi'ne daimi üye olmayan ve dolayısıyla veto yetkisi bulunmayan devletler üzerinde uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuku etkin kılmak bakımından siyasal bir etkide bulunmaktadır.⁵¹

Diğer bir meselede, 20 Mart 1993 tarihinde Bosna-Hersek Cumhuriyeti, Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin 9 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiğini iddia ederek UAD'na başvurmuştur. Başvuru Soykırım Sözleşmesi'nin UAD'nın yargı yetkisine ilişkin olan 9'uncu maddesi temelinde yapılmıştır. Bu başvurudan hemen sonra Bosna-Hersek, UAD'den haklarını koruyabilmesi için geçici önlemler alması talebinde bulunmuştur. UAD bu talep üzerine tarafları dinledikten sonra 08 Nisan 1993 tarihli ara kararıyla Soykırım Sözleşmesi'ndeki hakların korunması amacıyla geçici önlemleri belirlemiş ve taraflardan mevcut uzlaşmazlıklarını ağırlaştıracak veya genişletecek herhangi bir girişimde bulunmamalarını istemiştir.⁵²

⁵⁰ Aloysius P. Llamzon, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", pdf version, s. 15.

⁵¹ Aloysius P. Llamzon, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", s. 847, s. 848, <https://academic.oup.com/ejil/article/18/5/815/398671> (18.11.2017); Attila Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", *European Journal of International Law*, Volume 6, Issue 4, 1 January 1995, ss. 539-572, <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/6/4/539/359136> (18.11.2017), <http://www.ejil.org/pdfs/6/1/1311.pdf> (18.11.2017).

⁵² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), <http://www.icj-cij.org/en/case/91/judgments> (19.11.2017); Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007; Applica-

BM Genel Sekreteri'nin BM Güvenlik Konseyi'ne 16 Nisan 1993'te sunduğu, Bosnalı Sırp paramiliter birimlerin devam eden kasıtlı silahlı saldırıları ve masum sivil nüfusu bombardımanı sonucunda, Srebrenica ve çevresindeki bölgede durumun hızla kötüye gittiği bilgisi nedeniyle Güvenlik Konseyi alarmına geçmiştir.

Aynı sırada, Güvenlik Konseyi'ne, Bosna-Hersek'in BM daimi temsilcisi, 16 Nisan 1993 tarihli bir mektup vermiştir. Mektupta, Bosnalı Sırp paramiliter birimlerin devam eden kasıtlı silahlı saldırıları ve masum sivil nüfusu bombardımanı sonucunda, Srebrenica ve çevresindeki bölgede durumun hızla kötüye gittiği bildirilmiştir.⁵³ Mektupta iletilenler, UAD'nın 8 Nisan 1993 tarihli, geçici tedbir olarak Yugoslavya (Sırbistan ve Karadağ) Federal Cumhuriyeti Hükümeti'nin, 9 Aralık 1948 Soykırım Suçunun Engellenmesi ve Cezalandırılması Konvansiyonu taahhüdüne uygun olarak, soykırım suçunun işlenmesini engellemek üzere derhal gücü dâhilindeki tüm önlemleri almasını belirten talimatına aykırı durumu belirtmekteydi. Bosna-Hersek daimi elçisi BM Şartı'nın 94'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca Güvenlik Konseyi'nden acil önlem getirmesini talep ediyordu.⁵⁴ Aynı gün 16 Nisan 1993'de Güvenlik Konseyi 819 sayılı kararını açıklamış ve UAD'nın geçici tedbir talimatına uyulmasını istemiştir. Ancak Konsey 819 sayılı kararı alırken BM Şartı madde 94'e 2'ye bir atıf yapma gereği duymamıştır. Bunun hukuki nedeni ortada UAD'nın nihai bir kararının henüz bulunmaması olarak değerlendirilebilir.⁵⁵

Güvenlik Konseyi tarafından, 16 Nisan 1993 tarihindeki 3199 sayılı toplantısında benimsenenlere göre Güvenlik Konseyi, 25 Eylül

tion de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007.

⁵³ 16 Nisan 1993 tarihli S/25616 belgesi, https://books.google.com.tr/books?id=7SczBzxA6-IC&pg=PA222&lpg=PA222&dq=S/25616&source=bl&ots=c5jgPGY8s7&sig=xv9_vshBl3qdNonOPg6NYd1B-E0&hl=tr&sa=X&ved=0ahUKEwj88c6GosnXAhWHL1AKHWmSBeoQ6AEIRTAf#v=onepage&q=S%2F25616&f=false (19.11.2017); Attila Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", s. 565.

⁵⁴ Attila Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", s. 566.

⁵⁵ Attila Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", s. 566.

1991 tarih, 713 sayılı kararını (1991) ve ilgili müteakip kararları tekrar teyit etmiştir. Konsey, UAD'nın, Soykırım Suçunun Engellenmesi ve Cezalandırılması Konvansiyonu'nun uygulanmasıyla ilgili davanın (Bosna Hersek, Yugoslavya (Sırbistan ve Karadağ) aleyhinde) 8 Nisan 1993 tarihli ilamında, geçici tedbir olarak Yugoslavya (Sırbistan ve Karadağ) Federal Cumhuriyeti Hükümeti'nin, 9 Aralık 1948 Soykırım Suçunun Engellenmesi ve Cezalandırılması Konvansiyonu taahhüdüne uygun olarak, soykırım suçunun işlenmesini engellemek üzere derhal gücü dâhilindeki tüm önlemleri almasını, oybirliğiyle belirttiğini göz önünde bulundurmakta, Bosna Hersek Cumhuriyeti'nin egemenliği, toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığını yeniden teyit etmekte, taraflara ve diğer ilgililere yaptığı, Bosna Hersek Cumhuriyeti'nin tamamında derhal ateşkes sağlanması çağrısını yinelemekte, özellikle etnik temizlik uygulamaları dâhil olmak üzere tüm uluslararası insani hukuk ihlallerini kınadığını tekrarlamakta, Bosnalı Sırp paramiliter birimlerin Bosna'nın doğusundaki şehir ve köylere karşı giriştikleri saldırgan tutumun gidişatından endişe duymakta ve bu bakımdan etnik temizlik de dâhil her tür güç kullanımı ya da tehdit yoluyla toprak ele geçirilmesinin yasadışı ve kabul edilemez olduğunu yinelemektedir. 16 Nisan 1993'teki olağanüstü toplantısında almış olduğu 819 ve 824 sayılı kararlarıyla Güvenlik Konseyi, Saraybosna, Tuzla, Jepa, Gorajde ve Bihaç ile birlikte Srebrenica'yı da güvenli bölge ilan etmiştir.⁵⁶

Sonuç

UAD, uluslararası uyuşmazlıkların barışçı bir biçimde çözümlenmesi için ve uluslararası hukukun ilerleyerek gelişmesi için önemli bir yargısal ve hukuki işlev yerine getirmektedir. UAD'nın etkin kılınabilmesi için BM Antlaşması tedbir getirmiştir. BM her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, UAD kararına uymayı yükümlenir. Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, UAD'nın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, öbür taraf BM Güven-

⁵⁶ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), <http://www.icj-cij.org/en/case/91/judgments> (19.11.2017); Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007; Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007.

lik Konseyi'ne başvurabilir. Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir.

BM Antlaşması'nın 94'e 2 maddesi birçok hususu kapsamaktadır. Bunlardan ilkinde göre, lehine karar olan fakat uygulanmayan tarafın başvurusuyla Güvenlik Konseyi meseleye dahil olur. İkinci olarak Güvenlik Konseyi bir karar almak zorunda değildir. Üçüncü olarak Güvenlik Konseyi gereken önlemleri BM Antlaşması VII'nci bölüme göre ya da doğrudan BM Antlaşması 94'üncü maddeye göre kararlaştırabilir. Dördüncü olarak Güvenlik Konseyi sadece UAD'nın bir kararının uygulanmamasına karşı önlem kararlaştırabilir.

Güvenlik Konseyi, UAD'nın kararının içeriğini değiştiremez. UAD Statüsü'nün 60'ıncı maddesine göre UAD'nın verdiği bir hüküm kesindir. UAD Statüsü'nün 61'nci maddesine göre Güvenlik Konseyi hükmün yenilenmesini isteyebilir.

Daimi üyelerden birinin BM Antlaşması madde 94'e 2 hakkında veto yetkisini kullanıp kullanamayacağı sorundur. Şayet veto yetkisi kullanılabilirse, bunu Divan'ın kendisi aleyhine vermiş olduğu bir karara karşı kullanıp kullanamayacağı da ayrıca cevaplandırılması gereken bir husustur. 27'nci madde 3'üncü fıkrada 94'üncü maddenin 2'nci fıkrası sayılmadığı için veto yetkisinin var olduğunun kabul edilmesi gereklidir. Nitekim 27'nci maddenin 2'nci maddesinde anılan "usule ilişkin" bir konu da bulunmamaktadır. Daimi üyenin Divan'ın kendisi aleyhine vermiş olduğu bir karara karşı veto yetkisinin kullanılması hususunda da, yazılı kurallar uyarınca veto yetkisinin kullanılmasının önünde bir engel yoktur. Bu husus UAD kararları ile uluslararası barış ve güvenliğin tesisi ve uluslararası adaletin sağlanması amacını zayıflatan bir hukuki vaziyettir çünkü veto yetkisinin mevcudiyeti ile UAD kararlarının bir daimi üye aleyhine uygulanmasını hukuken olanak dışına çıkarmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aloysius P. Llamzon, “Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice”, *European Journal of International Law*, Volume 18, Issue 5, 1 Novembre 2007, ss. 815-852, Oxford Academic, <https://academic.oup.com/ejil/article/18/5/815/398671>
- Antônio Agusta Cançado Trindale, “Le Statut de la Cour International de Justice”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_f.pdf
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), <http://www.icj-cij.org/en/case/91/judgments>; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007; Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007
- Attila Tanzi, “Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations”, *European Journal of International Law*, Volume 6, Issue 4, 1 January 1995, ss. 539-572
- Ayşe Nur Tütüncü, “El Salvador ve Honduras Arasındaki, Kara ve Deniz Sınırlarına İlişkin Uyuşmazlık (Karar tarihi: 11 Eylül 1992)”, *MHB*, Yıl 12, Sayı 1-2, 1992, ss. 93-101
- Ayşe Nur Tütüncü, “Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası”, <https://ear-siv.anadolu.edu.tr/xmlui/handle/11421/195>
- Birleşmiş Milletler Antlaşması, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/cokta-raflisoz/bm/bm_01.pdf; <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>
- Fritz Robert Saint-Paul, *L'exécution des décisions de la Cour international de Justice: Faiblesses et malentendus*, Faculté de Droit Université de Montréal, 2006
- Hersh Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens, Londres, 1958
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), <http://www.icj-cij.org/en/case/75>
- Laurence Boisson de Chazournes, Antonella Angelini, “Regard Sur La Mise En Œuvre Des Décisions De La Cour International De Justice”, *L'Observateur Des Nations Unies - Revue de l'Association française pour les Nations Unies Aix-en-Provence*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016-1, Volume 40, <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:93379>
- Lider Bal, “Les Impacts de la Configuration État-centrique de la Communauté International sur l'Exercice de la Fonction Judiciaire de la Cour International de Justice”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/272559>

- Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Örgütler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013
- Olivier Corten, Pierre Klein, “L’Efficacité de la Justice Internationale au Regard des Fonctions Manifestes et Latentes du Recours à la Cour Internationale de Justice”, Justice et juridictions internationales, Pedone, Paris, 2000
- Robert Kolp, Ius Contra Bellum, Bruylant, Bruxelles, 2009
- S/25616, 16.03.1993; https://books.google.com.tr/books?id=7SczBzxA6-IC&pg=PA222&lpg=PA222&dq=S/25616&source=bl&ots=c5jgPGY8s7&sig=xv9_vshB13qdNonOPg6NYd1B-E0&hl=tr&sa=X&ved=0ahUKEwj88c6GosnXAhWHL1AKHWmSBeoQ6AEIRTAf#v=onepage&q=S%2F25616&f=false
- Security Council Report, “In Hindsight: The Security Council and the International Court of Justice”, January 2007 Montly Forecast, http://www.securitycouncil-report.org/monthly-forecast/2017-01/in_hindsight_the_security_council_and_the_international_court_of_justice.php?print=true
- Süleyman Sırrı Terzioğlu, Bahadır Bumin Özarlan, Uluslararası Örgütler Hukuku, , Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, Birleşmiş Milletler Enformasyon Merkezi, Ankara, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf; <https://www.om-budsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>
- Yusuf Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin, Ankara, 2007
- Yusuf Aksar, Uluslararası Hukuk II, Seçkin, Ankara, 2013

Vatana İhanet Suçunun Kökenleri Üzerine Bir İnceleme*



Rezzan İTİŞGEN DÜLGER**

GİRİŞ

Devletlerin ve hatta devlet öncesi toplulukların tarih sayfasına çıkmasıyla birlikte grup ya da devlet içindeki otoritenin sağlanması ve bu düzeni bozmaya yönelik bireylerin cezalandırılması fikri husule gelmiştir. Bu çerçevede hırsızlık ve kasten adam öldürme gibi suç tipleri bireylerin birbirlerine yönelik hak ihlallerini cezalandırmaya yönelik olup, toplumun düzenini sağlamaya yönelik arayışlara gidilmiş ve başka suç tiplerine de ihtiyaç duyulmuştur. İşte tam bu noktada karşımıza devlete karşı işlenen suçlar ve “*vatana ihanet*” kavramı çıkmaktadır.

Klasik suç tipleri zaman içinde bazı ufak değişimler geçirmekle birlikte, devlete karşı işlenen suçlarda dönemin münhasır koşulları, modern devlet ve öncesi dönem, mutlak otorite düzenleri ya da anayasal devlet düzeni gibi faktörlere göre önemli farklılıklar yaşanmıştır. Siyaset bilimi, anayasa, ceza hukuku, hukuk felsefesi gibi birçok alanla doğrudan bağlantılı olan vatana ihanet kavramını açıklarken tüm zamanlarda ve mekanlarda geçerli olan bir tanıma, kodifiye edilmiş modern hukuk düzenleri nazara alındığında bile ulaşmak mümkün değildir. Bu nedenle “*Vatana ihanet suçunun kökenleri üzerine bir inceleme*” başlıklı bu çalışmada vatana ihanet kavramının ne olduğu ya da günümüz kanunlarında nasıl düzenlendiği değil, kavramsal olarak ortaya çıkış serüveni ve bunun tarihsel süreçte geçirdiği evrim, yabancı literatürdeki genel kabul gören inceleme anlayışına uygun biçimde başlıca hukuk

* Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Prof. Dr. Rukiye Akkaya Kia danışmanlığında tarafımda yazılmakta olan “*Parlamenter Sistemde Devlet Başkanının Cezai Mesuliyeti*” başlıklı doktora tezinin vatana ihanet suçu ile ilgili bölümlerinin tarihsel kaynaklar ile genişletilmesi suretiyle üretilmiştir.

** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

sistemleri olarak değerlendirilen Roma, Cermen ve İngiliz hukuk sistemleri baz alınarak incelenmiştir. Ardından vatana ihanet kavramının Türk hukuk tarihindeki gelişim süreci de ele alınmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede özellikle siyasal devrimler (İngiliz ile Fransız deneyimleri ve hatta Türk Kurtuluş Mücadelesi akabindeki İstiklal Mahkemeleri yargılamaları) vatana ihanet yargılamalarının pratiğini ortaya koymaları nedeniyle, kavramın doğuşuna odaklanmış bu çalışmanın dışında tutulmuştur. Nitekim söz konusu siyasal devrimlerin peşisıra gelen yargılamalar, inceleme metodolojisini de etkileyecek iç dinamikleri haiz olduğundan başlı başına ele alınmalıdır. Zira konunun bu yönünün incelenmesi söz konusu yargılamalara etki eden siyasal gelişmelerin siyaset bilimi zaviyesinden ele alınmasını gerektirmektedir.

A. ROMA HUKUKUNDA VATANA İHANET

Vatana ihanet kavramının tarihsel süreç içerisindeki gelişimini incelemek adına ilk başvuru kaynağımız, modern hukuk anlayışının atası olarak gösterilen Roma hukukudur. Nitekim devlet aleyhine suçların ilk defa Roma Ceza Hukuku yönünden belirli bir mahiyet kazandığı belirtilmektedir¹.

Bu başlık altında ilk olarak zikredilmesi gereken husus, vatana ihanet suçu tanımının ve faile uygulanacak cezaların Roma'da devletin kuruluş aşaması ve diğer süreçlerinde farklılık gösterdiği'dir. Zira vatana ihanet suçu bir devletteki egemenlik ve siyasal rejim gibi kavramların ceza hukukundaki izdüşümüdür. Siyasal çalkantılar, otoriteyi sağlama gibi ihtiyaçlar vatana ihanet kavramının evrilmesinde temel faktörler olduğundan bu kavramı incelerken konuya ceza hukukunun yanı sıra siyasal ve sosyolojik perspektiflerle yaklaşmak gerekmektedir. Bu nedenle farklı aşamalarında değişik fiilleri kapsamına alan vatana ihanetin Roma'da 3 periyotta incelenmesi mümkündür; (i) Devlet öncesi aile yönetiminde *parricide* (ii) devletin ortaya çıkmasıyla *perduellio* (iii) Cumhuriyetin ilk döneminde ise *majesteye* karşı işlenen suçlar².

¹ Çetin Özek, **Devlet Başkanına Karşı Suçlar**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, 1970, s. 15; Ümit Hassan, "Siyasi Suç Kavramı", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 26, S. 1, 1971, s. 199.

² Floyd Seyward Lear, **Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law**, Rice Institute Pamphlet - Rice University Studies, Vol. 42, No. 2 (1955), s. 15.

Roma'nın ilk dönemlerinde aile, devletin temel unsuruydu ve aile içinde babanın konumu adeta devlet içindeki kral gibiydi³. Bu nedenle aile içindeki bireyin aileye ve ailedeki yetki sahibi kişiye doğal sadakat borçu olduğu kabul edilmekteydi⁴. Roma devletinin monarşik ve erken cumhuriyet dönemlerinde *pater familias* yani aile babasının ailevi yargı yetkisi Roma toplumunda en önemli toplumsal kontrol mekanizmalarından biriydi⁵. Babanın gücü (*patria potestas*) yarı kamusal yetkileri temsil etmekteydi⁶ ve dolayısıyla bu dönemde vatana ihanet aileye karşı işlenen bir suç niteliği taşımaktaydı⁷. Nitekim Romalıların en eski ceza kanununda devlete karşı işlenen suçlar bakımından *parricidium* ve *perduellio* şeklinde iki temel kavram bulunmaktaydı⁸. Ailenin devlet otoritesini sürdürmesi için baş faktör olduğu bu dönemlerde *parricide*⁹ vatana ihanet suçunun ilkel unsurlarını içermekteydi. Bu anlayışa göre *pater familias* öldürmek ya da ona zarar vermek toplumsal istikrarı tehlikeye düşürmekteydi. Fakat zamanla devletin ortaya çıkması ve güçlenmesiyle aile içindeki *pater familias*'ın konumu değişmiş, ona ait birçok yetki devlete geçmiştir. Siyasi, toplumsal ve hukuki alandaki bu önemli değişim, kendini ceza hukuku alanında da göstermiştir. Böylece daha önceleri *parricidium* kapsamında değerlendirilen fiiller, artık öldürme suçları kapsamına alınmış ve *parricidium* suçunun vatana ihanet yönü kaybolmuştur¹⁰. Bunun yerine söz konusu fiiller katilin mağdura karşı kişisel veya ailevi sadakat yükümü olduğu Ortaçağ *petty treason* (*basit ihanet*) *suçu* gibi cezayı arttıran nitelikli hale dönüşmüştür¹¹.

³ Theodor Mommsen, *Römische Geschichte*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1856, s. 57-64.

⁴ Mischa Jayne Rose, *Malory's Morte Darthur and the Idea of Treason*, Bangor, U.C.N.W., 1992, s. 4.

⁵ Michael Brazao, "Who's your daddy ? Explaining the Rise of Roman Criminal Law", *The McGill Journal of Classical Studies*, Vol. III, 2005, s. 31.

⁶ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 6.

⁷ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 5.

⁸ Pericles Bisoukides, *Der Hochverrat, Eine Historische und Dogmatische Studie*, Berlin 1903, s. 10.

⁹ Parricidium'un eski Latincece genellikle insan öldürmeyi, sonraları ise akraba katlini ifade etmede kullanıldığı belirtilmektedir, Sadri Maksudi Arsal, *Umumi Hukuk Tarihi*, Üçüncü Tabı, İstanbul, 1948, s. 275, dipnot 2.

¹⁰ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 7.

¹¹ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 6.

Devletin oluşumu ve güçlenmesiyle vatana ihanete ilişkin suçlar temel olarak *proditio* ve *perduellio* olmak üzere 2'ye ayrıldı. *Proditio* Roma devletlerinin tüm dış varlığına karşı işlenen suçlar, savaşta düşmanı destekleme veya Roma'nın yabancı bir toplulukla birleşmesine teşebbüs etme olarak algılanırken; *perduellio* daha dar kapsamda anlaşılmıştır. Bu anlayışa göre *perduellio* devlet düşmanlığı olmaksızın devlet gücünü devirmeye yönelik hareketlerdir¹². Yani *proditio* suçunun oluşması için dış güçlerle birleşerek Roma'ya ihanet etmek gerekmektedir. Bir Roma bölgesini, çevresini veya Roma ordusunu yahut Roma vatandaşını vatan düşmanına teslim etmek temel olarak bu suç kapsamında fiillerdendir¹³. *Perduellio* ise yabancı bir güçle ittifak edilmeksizin Roma'ya ihanet etmeyi içermektedir¹⁴ ve aynı zamanda Roma'nın en eski dönemlerinde hizmetçinin efendisine karşı görevlerini yerine getirmemesi de *perduellio* olarak kabul edilmektedir¹⁵.

Siyasi iktidarın belirli kişi ya da grupların elinde toplanması, devlete karşı işlenen suçların aynı zamanda devlet başkanına karşı işlenen suçları da bünyesinde barındırmasına neden olur¹⁶. Bu durum her toplum için söz konusu olduğu gibi Roma'da da karşımıza çıkmıştır. Roma hukukunun tasnifinin ardından devlete karşı en ciddi suçlar *crimen laesa maiestas* hükümleri altında yer almıştır¹⁷. *Maiestas* yani majeste “*maior*” kelimesinden türetilmiş olup, mutlak bir değeri değil karşılaştırmalı bir dereceyi ifade eder¹⁸. *Maior* diğerlerine kıyasen daha büyük, yüce olan kişidir¹⁹.

¹² Bisoukides, s. 13.

¹³ Theodor Mommsen, **Römisches Strafrecht**, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1899, s. 547.

¹⁴ Lear, **Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law**, s. 9.

¹⁵ Lear, **Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law**, s. 10.

¹⁶ Özek, **Devlet Başkanına Karşı Suçlar**, s. 6.

¹⁷ Floyd Seyward Lear, “*Crimen Laesae Maiestatis in the Lex Romana Wisigothorum*”, **The University of Chicago Press**, Vol. 4, No. 1 (Jan.,1929), s. 77.

¹⁸ Richard Alexander Bauman, **Study of the Crimen Maiestatis Imminutae in the Roman Republic and Augustan Principate**, Thesis Submitted for the Degree of Doctor of Philosophy of the University of the Witwatersrand, October 1953, s. 1.

¹⁹ W.E. Knitschky, **Das Verbrechen des Hochverraths**, Jena Mauke's Verlag, 1874, s. 35.

Maiestas ifadesine göre Roma ile diğer insanlar arasındaki ilişki, Tanrı ile insanlar arasındaki ilişki gibidir²⁰. *Crimen laesa majestatis* Roma devletinin yüceliğine, onuruna, şerefine zarar verebilecek fiillerdir²¹. Zira Roma hukukunda majeste genel olarak Roma halkının egemenlik veya onurunu ifade etmekte ve bu nedenle söz konusu suç antik Roma’da devletin majestesine veya imparatoruna karşı saldırgan fiiller²² veya diğer türlü düşmanca davranışları içerebilmekteydi. Majestenin kamu nezdindeki imajını silme tehlikeli bir fiil olmasa da, bu kapsamda değerlendirilmekteydi²³. Dolayısıyla bu suçun oluşması için mutlak surette cebir veya silah kullanımı gerekmemekteydi.

Roma hukukundaki diğer bir kavram olan *perduellio* ise “kötü savaşçı”²⁴, “kötü savaş hali (*wicked warfare*)” anlamına gelmekte olup²⁵, “*perduellis*” veya özellikle iç düşmanla bağlantılıdır²⁶. Bu kelimenin devlete karşı savaş açmak anlamına gelen “*bellum*” fiilinin bir belirli şekli olarak kullanıldığı, *perduellio* suçu ile suçlanan kişinin düşman olarak sayıldığı ifade edilmektedir²⁷. Antik Roma’da, İngiltere’de vatana ihanet suçunu incelerken değineceğimiz üzere, vatana ihanet 1351 öncesi İngiltere’de olduğu gibi çok elastiki bir kavramdı²⁸. Yani *perduellio* antik Roma döneminden beri var olan bir suçtu fakat içeriği bakımından belirsizdi ve değişiklik göstermekteydi. Erken Roma tarihinde bu kavram yabancı düşman ile birlikte hareket ederek ihaneti içerecek

²⁰ Bauman, s. 6.

²¹ Bisoukides, s. 14.

²² Nitekim imparatorun şahsı ile de birleşen bu kavramın günümüzde de “devlet başkanına karşı işlenen suçun iade dışı bırakılması” gibi kuralda geçerliliğini sürdürdüğü belirtilmektedir, Köksal Bayraktar, *Siyasal Suç*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 6.

²³ Isaac J. Colunga, “Untangling A Historian’s Misinterpretation of Ancient Rome’s Treason Laws”, *The Journal Jurisprudence*, 2011, s. 11.

²⁴ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 537.

²⁵ Elmer Truesdell Merrill, “Some Remarks on Cases of Treason in the Roman Commonwealth”, *The University of Chicago Press Journals*, Vol. 13, No. 1 (Jan., 1918), s. 35; Rose, s. 5.

²⁶ Bauman, s. 20; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s.537.

²⁷ Özek, *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*, s. 15.

²⁸ W. D. Aston, “Law Problems of Roman Criminal Law”, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 13, No. 2 (1913), s. 217.

şekilde genişti²⁹. Cumhuriyetin ilk yıllarında ise *perduellio* fiili devlete ve onun memurlarına karşı işlenen saldırıları içermekteydi³⁰. Yani *perduellio* fiilini işleyen kişi, kendi ülkesine karşı düşmanca hareket eden Romalıydı³¹. Bu sadece dünyevi anlamda devlete değil, aynı zamanda Roma toplumu kültürüne karşı düşmanca hareketi kapsamaktaydı³² ve özellikle askeri açıdan söz konusu olurdu³³.

Oniki levhada *perduellio* ifadesi açıkça geçmemekte, sadece içerik itibarıyla yer almaktaydı³⁴. Dokuzuncu levhanın beşinci maddesine göre, toplum düşmanını teşvik veya bir toplum düşmanına vatandaşı teslim etmenin cezası ölümdür³⁵. Bunun yanı sıra Roma hukukuna göre memurların ve papazların görevlerini ağır ihlali de söz gelimi toprak sahibinin düşmandan korkakça kaçışı *perduellio* ya da *crimen laesa maiestatis* oluşturmaktaydı³⁶. Yaptırım bakımından ise ölüm cezasının yanı sıra *perduellio* suçu bakımından malvarlığının yargı yoluyla devlete geçmesi ve gömülme hakkının reddi de yer almaktaydı³⁷.

Perduellio bakımından dikkate şayan diğer bir husus da sadece dönemin devlet başkanına karşı işlenen fiillerin değil, aynı zamanda Magistra'ya karşı işlenen öldürme ve yaralama fiillerinin de bu kapsamda değerlendirilmesiydi. Yani kasten öldürme ya da yarama suçları bölge memurlarına (*gemeindebeamten*) karşı işlendiği takdirde imparatorluk döneminde *perduellio* suçunun ağır bir halini teşkil etmekteydi. Zira Roma Bölgesi'ndeki memurların yargı yolunda dokunulmaz olduğu anlayışı hakimdi³⁸. Cumhuriyetin son dönemlerinde ise hiyerarşiyi

²⁹ “Historical Concept of Treason: English, American”, *Indiana Law Journal*, Vol. 35, Iss. 1, Article 4, 1959, s. 70.

³⁰ Colunga, s. 14.

³¹ “Historical Concept of Treason: English, American”, s. 70.

³² Perné, s. 21.

³³ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 8; Merrill, s. 36.

³⁴ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 18; Bauman, s. 38; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 540.

³⁵ P. R. Coleman-Norton, *The Twelve Tables*, <https://goo.gl/PvMsZM>, e.t. 12.02.2017.

³⁶ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 555.

³⁷ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 591.

³⁸ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 580, 581.

ihlal eden fiiller, söz gelimi bir kişinin Magistra'nın gücünü ya da bir Magistra'nın diğer bir idari yöneticiye ait gücü gaspı en çok rastlanılan ihanet şekliydi³⁹.

Bu kapsamda şunu da belirtmek gerekir ki, Roma hukukunda vatana ihanet suçlarını incelerken *crimen laesa maiestatis* kavramı sıklıkla zikredilse de, bu suç tam anlamıyla vatana ihanet anlamına gelmemektedir. *Perduellio* vatana düşmanlık arz eden fiiller olduğundan, bu fiiller aynı zamanda *crimen laesa maiestatis*'i oluşturmaktaydı. Ama *crimen laesa maiestatis* vatana düşmanlık arz eden fiillerle sınırlı değildi⁴⁰. Yine vatana ihanet suçu devletin güvenliğine karşı olup, düşmanca amacı (*hostile intent*) gerektirmekteydi. *Crimen laesa maiestatis* kapsamında yer alan fiillerin bir kısmı bu iki kriteri bünyesinde barındırmamaktadır⁴¹. Dolayısıyla yukarıda değindiğimiz üzere her iki kavram da Roma'da devlete karşı işlenen suçlar bakımından kullanılan kavramlardır ve bunların dışında devlete karşı işlenen suçları ifade eden başka bir Latince ifadenin bulunmadığı ifade edilmektedir⁴². Fakat *crimen laesa maiestas* daha geniş bir kavramdı, bu nedenle fail *perduellio* suçunu işlemişse aynı zamanda *crimen laesa maiestas* suçundan yargılanıp mahkum edilmesi mümkündü⁴³. Yani *perduellio*, *crimen laesa maiestatis*'in özel bir türüydü ve Ulpiyan'ın belirttiğine göre burada düşmanca amaç unsuru bulunmaktaydı⁴⁴. Bu nedenle *crimen laesa maiestatis*'e rağmen *perduellio* varlığını korumaya devam etmiştir⁴⁵. Fakat zaman içerisinde *perduellio* fiili *crimen laesa maiestatis* içerisinde erimiş, hukuki olmayan günlük kullanım dilinden yavaşça kaybolmaya yüz tutmuştur⁴⁶.

Roma hukukunda vatana ihanetin gelişimine devam ettiğimizde M.Ö. 81'de Senato'nun Lucius Cornelius Sulla Felix'e kendi kanun-

³⁹ Rose, s. 9-10.

⁴⁰ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 539.

⁴¹ Bauman, s. v, VI.

⁴² Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 539.

⁴³ Colunga, s. 15.

⁴⁴ Knitschky, s. 17-18.

⁴⁵ Bisoukides, s. 15.

⁴⁶ Walter Perné, *Zur Entwicklung des Crimen Maiestatis von der Republik bis Zum Ende des Iulisch-Claudischen Hauses*, Diplomarbeit Zur Erlangung des Akademischen Grades Magister Philosophiae, Wien, im Jänner, 2004, s. 23.

larını oluşturma görevi verdiğini görmekteyiz. Bunun üzerine Sulla, *perduellio* ile *crimen laesa maiestatis*'i birleştirerek *lex Cornelia*'yı yapmış, hangi fiillerin bu suç kapsamına girdiği konusunda koşulları belirtmiş ve magistralardan oluşan daimi bir komisyon kurmuştur⁴⁷.

Zamanla *maiestatis* kapsamına giren fiillerde genişleme görülmüştür. Söz gelimi Roma'da imparatorluğa geçişle birlikte imparator "Görünen Tanrı" olarak algılanmaya başlanmıştır. Bu nedenle Roma devletinin yüceliğine, onuruna karşı işlenen suçların yanı sıra imparator figürüne karşı işlenen suçlar da aynı kapsamda değerlendirilmiştir. İmparatorun yaşamı ya da fiilleri hakkında eleştiri ya da kınama *crimen laesa maiestatis* teşkil etmiştir⁴⁸. Dolayısıyla imparatorun yarı-Tanrısal olarak tasviri, imparatorun kişiliği ile devlet süjesinin birleşmesine hatta imparatorun kişiliğinin devletin de üzerine çıkmasına neden olmuştur. Bu durumun aslında devleti tehlikeye düşürmeyecek nitelikteki, imparatoru eleştiri mahiyetinde fiiller ya da muhalif görüşlerin vatana ihanet şeklindeki ağır bir suçun kisvesi altında ezilmesi için önemli bir kolaylık sağladığını söyleyebiliriz. Yani suçun nasıl oluşacağı dönemin hükümdarının takdir yetkisine bırakılmıştı. Söz gelimi Roma imparatoru Tiberius bir tiran olarak tasvir edilse de *crimen laesa maiestatis*'in uygulanmasında daha adil görüldüğü ve onun döneminde bu suçtan kaynaklı mahkumiyetlerin azaldığı belirtilmektedir⁴⁹. Örneğin, bir şövalye Tiberius'un heykelini eritip gümüş plaka yapması nedeniyle suçlanmış fakat Tiberius suçun kapsamının genişlemesinin önüne geçilmesi için şövalyenin bu suçu işlemiş olamayacağını belirtmiştir. Yine başka bir örnek de, Falanius'un bahçesiyle birlikte Augustus'un heykelini satmasıdır. Bu fiilin de Augustus'un kutsallığına aykırı olduğu iddia edilmiş, fakat Tiberius sayesinde Falanius kurtulmuştur⁵⁰. Bu örnekler yorum yoluyla *crimen laesa maiestatis*'in ne derece genişleyip daralabileceğinin en güzel tasvirlerini teşkil etmektedir.

Vatana ihanet suçu Roma tarihi boyunca değişim gösterse de, *perduellio* veya *maiestatis* suçları sadece Roma vatandaşı veya müttefik

⁴⁷ Colunga, s. 15.

⁴⁸ Bisoukides, s. 21.

⁴⁹ "Historical Concept of Treason: English, American", s. 70.

⁵⁰ Colunga, s. 23.

ya da tabii bir güç tarafından işlenebilmekteydi⁵¹. Yani bir yabancı tarafından işlenen suçlar bu kapsamda değerlendirilmemekteydi.

Kanımızca vatana ihanet suçunun Roma'da gelişimini incelerken son olarak değinilmesi gereken husus, günümüzde de tartışma konusu olmayı sürdüren mevcut hükümeti veya anayasayı değiştirmeye yönelik fiillerin durumudur. Roma'da mevcut hükümeti veya anayasayı değiştirmeye yönelik fiiller, kullanılan araç kanun ihlali teşkil etse de, meşru kabul edilmekteydi⁵². Zira Roma anlayışına göre devlet magistra ya da kral değildi, kişiden bağımsızdı. Fakat söz gelimi Greklerde ise egemenlik devletin kişiliği, devlet de oligarşi ya da kral demektir. Devlet ve egemenlik anlayışının bu farklılığından dolayı mevcut yönetimi ya da anayasayı değiştirmeye yönelik fiillere Greklerin bakış açısı Romalılardan farklılık arz etmekteydi⁵³. Fakat bunun bir istisnası bulunmaktaydı. Krallığı tekrar kurmak veya benzer şekilde magistralığa yol göstermek *perduellio* teşkil etmekte, zira bunlar Roma için katlanılamaz addedilmekteydi⁵⁴.

Roma hukukunda vatana ihanetin gelişimini incelemeyi hedefleyen bu başlık altında görüldüğü üzere, Avrupa ve ABD'deki vatana ihanet düzenlemelerinin temelini teşkil eden Roma hukukunda genel geçer bir vatana ihanet tanımını vermek mümkün değildir. Devlete karşı suçlar ve vatana ihanet düzenlemeleri temel olarak *proditio*, *perduellio*, *crimen laesa maiestatis* kelimeleri ile ifade edilmekte olup, içeriği süreç içinde kimi zaman genişlemiş kimi zaman da daralmıştır. Fakat temel olarak Roma devletine ve hükümdarına karşı içten gelen saldırıların vatana ihanet addedildiğini söylemek mümkündür.

B. CERMEN HUKUKUNDA VATANA İHANET

Avrupa devletlerindeki vatana ihanet kavramına etkileri bulunan Roma'dan sonraki ikinci başvuru kaynağı Cermen hukukudur. Almanca "*verrat*" kelimesi ile ifade edilen ihanet, gizli olan şeyin yetkisizce ve vefasızca ifşasıdır⁵⁵. Yukarıda zikrettiğimiz üzere Roma devletinde

⁵¹ Rose, s. 13.

⁵² Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 550.

⁵³ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 10-11.

⁵⁴ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. 551.

⁵⁵ <https://goo.gl/cz5Zmc>, e.t. 10.03.2017.

devlete karşı işlenen suçlar ve vatana ihanet suçları bakımından, zamana göre değişim gösterse de, belirli bir şekilde kavramlar oturmuştu. M.S. 476 yılında ise barbar işgali ile birlikte Roma yıkılmış, batı Roma topraklarında Cermen devletleri kurulmaya başlamıştı. Yeni kurulan bu Cermen devletleri Romalıların gelişmiş devlet anlayışı ve hukuki mirasını almıştı⁵⁶. Bu kapsamda Roma hukukunda devlete karşı suçlar ve vatana ihanet suçu bakımından kullanılan *crimen laesae maiestatis* kavramı cermenik vatana ihanet hukukunun oluşumunda da önemli rol oynamıştı⁵⁷. Fakat Roma hukukunda vatana ihanet kavramının altında yatan temel düşünce burada farklılık göstermekteydi. Cermen hukukunda devlete karşı işlenen suçlar Roma'da bazı dönemlerde olduğu gibi hükümdarın vasfına ya da şahsına karşı işlenmiş olarak kabul edilmemekte⁵⁸, vatana ihanet bakımından sadakat ihlali esas alınmaktaydı⁵⁹. Yani Roma hukukunda da karşımıza çıkan *proditio*, *leges barbarorum* ve cermenik ortaçağ hukuk kaynaklarında ihanet veya sadakatsizlik ile başlayan bir suç halini almıştır ve zaman içinde tebaalar bakımından *hochverrat* ve *landesverrat* olmuştur. Burada *sadakat ihlali* gibi geniş bir kavramın ele alınması ilk bakışta eski *proditio*'nun sadece anavatahanan ihanet ile sınırlı kalmayacağı, aynı zamanda aile, arkadaş, efendi ve toplumu da kapsayacağı şeklinde bir varsayıma yol açabilir. Fakat Alman hukuk dilinde *proditore*'nin Roma'ninkinden farklı olmadığı ya da farklılık olduğunun en azından ispat edilemediği belirtilmiştir⁶⁰.

Roma ve Cermen hukukunda vatana ihanet anlayışındaki farklılığın temelinde aslında her iki hukukun hükümdara bakış açısı yer almaktadır. Roma anlayışına göre hükümdar Tanrı'nın temsilcisidir ve hukukun üstündedir. Cermenlerde ise bir topluluk olmakla birlikte devletin hukuki bir şahsiyeti bulunmamakta, kişiler devlet dışında

⁵⁶ Safia Hamitovna Muhametgalieva, Iskandar Gabdulvalievich Muhametgaliev, Valentina Igorevna Kuzmenko, "Influence of the Roman Law on Formation of the Romano-Germanic Legal Family", *Review of European Studies*, Vol. 7, No. 6, 2015, s. 188.

⁵⁷ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 38.

⁵⁸ Özek, *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*, s. 17.

⁵⁹ Bisoukides, s. 34; Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 33-34; Knitschky, s. 5; Bayraktar, s. 9.

⁶⁰ Knitschky, s. 5.

hür ve müşterek çıkarların konusu olmaktadır⁶¹. Hükümdarın yönetme yetkisi ilahi değil, hükümdar kendi insanların hukukuna göre yaşamakta ve ülkeyi yönetmekteydi⁶². Devleti oluşturan kişiler devletin dışında hür ve müşterek menfaatin konusu olup, suçlar hükümdarın bir vasfına karşı değil, vatana bağlılığın ve karşılıklı olarak fertlerin haklarının ihlali olarak kabul edilmekteydi⁶³. Dolayısıyla bu anlayış farklılığı nedeniyle vatana ihanet kavramının temellendirilmesinde Cermenler yukarıda değindiğimiz üzere sadakat ihlalini esas almıştır. Fakat diğer yandan Roma hukukundaki hükümdarın yetkilerini Tanrı'dan aldığına yönelik bu teokratik anlayış Orta Çağ'da monarkları etkilemekten geri kalmamış, monarklar kendi güçlerini kuvvetlendirmek için Roma hukukundaki bu silaha başvurmuşlardır⁶⁴. Nitekim devlet düşüncesinin Cermenlerde de değişimi ve kralın bütün kudretleri kendisinde toplamaya başlamasıyla birlikte, devlete karşı işlenen suçların objesi de kral olmaya başlamıştır. Böylece Roma hukukundaki *crimen maiestatis* anlayışı Cermen hukukunda da etkili olmuştur⁶⁵.

Vatana ihanet suçunu Cermen hukukunda incelerken değinilmesi gereken iki kavram *hochverrat* ve *landesverratt*ır. Bu iki kavramın tarihsel gelişimine baktığımızda şunu görürüz: Cermenler farklı halk topluluklarından oluşmaktadır ve tıpkı Roma'da krallık öncesi dönemde olduğu gibi aile toplumun temelidir. Bu farklı halk grupları ortak koruma için birleşmekteydi ve bu nedenle ortak korumaya aykırı fiiller vatana ve halka karşı ihaneti yani *landesverratt*ı oluşturmaktaydı. Buna karşılık ailenin başını öldürmek ise ağır ihanet olarak da Türkçe'ye çevirebileceğimiz ama şu an vatana ihanet olarak ifade edilen *hochverratt*ı. Yani her ikisi de vatana ihanet teşkil etmekle birlikte vatana ve halka karşı işlenen fiiller *landesverratt* iken, o grup içinde eşitler arasında birinci olan ailenin başını öldürmek *hochverratt* olarak ifade edilmekteydi. Zamanla devletin gelişimi ile birlikte bu iki kavram da içerik olarak de-

⁶¹ Özek, *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*, s. 17.

⁶² J. G. Bellamy, *The Law of Treason in England in the Later Middle Ages*, Cambridge at the University Press, 1970, s. 9.

⁶³ Çetin Özek, "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", İÜHFİM, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 608.

⁶⁴ Bellamy, s. 10.

⁶⁵ Özek, "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", s. 608; Özek, *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*, s. 20; Hassan, s. 201; Bayraktar, s. 10.

ğişikliğe uğramış, aile içinde gerçekleşen fiiller *landesverrat*, krala karşı gerçekleşen ihanet ise *hochverrat* olarak kabul edilmiştir⁶⁶.

Daha önce Roma Hukuku bahsinde zikrettiğimiz üzere vatana ihanet suçu Cermen hukukunda da siyasi gelişme, toplumsal yaşam koşulları ve egemen kavramına göre gelişim göstermiştir. Cermen hukukunda vatana ihanet kavramı Roma hukukundan farklı olsa da, istilalar ile birlikte Roma'daki *maiestas* kavramı Cermen hukukuna yansımıştır⁶⁷. Nitekim Roma hukukundaki görüşler II. Friderici ile etki kazanmaya başlamıştır (1226); İtalyan devletleri ile savaşları sonucu da Kaieser VII. Heinrichs 1313'te *Edictum de crimine laesae maiestatis* ilan ederek Roma hukukunun –herşeyden önce sadece yargılama içeren hükümlerinin geçerli olacağını açıkça bildirmiştir⁶⁸.

17. yy'ın hukuk öğretisinde ise *crimen laesae maiestatis*'te yer alan sadakat ihlali Ortaçağ anlayışından farklılaşmıştır. Daha önceleri tebaa ile toprak efendisi arasındaki ilişki kişisel iken, toprak efendisi artık tebaasıyla baba gibi ilgilenmekte ve Tanrısal hükümdarlık yapmaktadır. Bu nedenle eski sadakatsizlik anlayışında efendiye zarar veren her fiil söz konusu olabilirken, *crimen laesae maiestatis* hükümdarın kişiliğine veya hükümdarlığına karşı işlenebilen bir suç olmuş, onun şerefine ve malvarlığına karşı saldırılar bu suçun kapsamı dışında kalmıştır⁶⁹.

Cermen hukukundaki vatana ihanet anlayışının Roma'dakinden bir diğer farkı ise sonradan İngiliz hukukuna *petty treason* olarak girecek, vatana ihanetin bir başka koludur. Antik Çağ Cermen hukukunda kadının erkeğine karşı sadakat ve bağlılık (*faith ve fidelity*) borcu bulunmaktaydı. Kadın eşine bağımlı olup, onun tarafından cezalandırılmakta; hatta kadının akrabalarının rızası olduğu takdirde eşi kadına ölüm cezası dahi verebilmekteydi. Kadının eşine karşı olan kişisel bağlılığı, vassalın lorduna karşı kişisel bağlılığı gibi değerlendirilmekteydi. Bu nedenle kadının kocasına karşı işlediği suçlar lorduna karşı işlenen vatana ihanet kabul edilmekteydi⁷⁰. Nitekim dönemin Cermen hukukuna göre lorda karşı işlenen suç *petty treason* (basit ihanet) iken, aynı

⁶⁶ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 51-53.

⁶⁷ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 54.

⁶⁸ Knitschky, s. 43.

⁶⁹ Knitschky, s. 52.

⁷⁰ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 74-75.

fil krala karşı gerçekleştirilirse *high treason* (ağır ihanet) söz konusu ol-
maktaydı⁷¹.

Cermen hukukunda vatana ihanet suçunun gelişimi üzerine olan bu başlık altında görüldüğü üzere, Cermenler vatana ihanet anlayışı bakımından Roma anlayışından etkilenmiş olmakla birlikte “sadakat” kavramını esas almıştır. Burada karşımıza Roma’daki sürekli değişim gösteren vatana ihanet kavramına nazaran, nispeten daha iyi oturmuş, sınırları belirlenmiş *landesverrat* ve *hochverrat* kavramları çıkmıştır. Bunların yanı sıra sonraları İngiliz hukukunda karşımıza çıkacak olan *petty treason* kavramı da Cermen hukukunda yer alan diğer bir ihanet türüdür.

C. İNGİLİZ HUKUKUNDA VATANA İHANET

Vatana ihanet suçlarının Roma ve Cermen hukukundaki gelişiminin ardından özellikle ABD Anayasası’ndaki vatana ihanet düzenlemesine temel teşkil eden⁷² ve şahsına münhasır düzenlemeleri içeren İngiliz hukukundaki duruma da değinmek gerekir⁷³.

⁷¹ Lear, *Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law*, s. 76.

⁷² Nitekim ABD Anayasası madde 2 bölüm 4 uyarınca başkan, başkan yardımcısı ve Birleşik Devletler’in bütün kamu görevlilerinin görevlerinden alınmalarında vatana ihanet kavramı da nazara alınmaktadır ve vatana ihanet Anayasa madde 3 bölüm 3’te;

“Birleşik Devletlere ihanet, yalnız Birleşik Devletlere karşı savaş açmayı, veya yardım sağlayarak Birleşik Devletler düşmanlarının tarafını tutmayı içine alacaktır. Hiç kimse kendisini suçüstü gören iki kişinin tanıklığı olmadıkça, ya da açık mahkemede itiraf etmedikçe, ihanetten suçlu bulunmayacaktır.

İhanet suçunun cezasını belirleme yetkisi Kongre’nin olacaktır, ancak ihanetten mahkûmiyet, aile bireyleri için geçerli olmayacak, ihanetten hüküm giyen kişinin mallarına yaşam süresini aşacak şekilde el konmayacaktır.”, <https://goo.gl/x2Gnho>, e.t. 15.04.2017.

⁷³ “Historical Concept of Treason: English, American”, s. 76; Hayes McKinney, “Treason under the Constitution of the United States”, *The Virginia Law Register*, Vol. 3, No. 11 (Mar., 1918), s. 802; Kristen E. Eichensehr, “Treason in the Age of Terrorism: An Explanation and Evaluation of Treason’s Return in Democratic States”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, s. 1448; Carlton F. W. Larson, “The Forgotten Constitutional Law of Treason and the Enemy Combatant Problem”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, No. 4 (Apr., 2006), s. 869.

İngilizce *treason* olarak ifade edilen vatana ihanet kelimesi, gelenek anlamına gelen *tradition* kelimesi ile aynı Latince kaynaktan gelmektedir. Latince kelime olan *traditio* “öğretmek” veya “gelenek” anlamına gelmektedir. Zira gelenek bir kuşaktan diğer kuşağa aktarılan bilgi olup, bir bakıma ihanet de birine emanet edilen gizli bilginin diğerine aktarılması suretiyle gerçekleşmektedir. Dolayısıyla “bir şeyi teslim etme” anlamı da buradan kaynaklanmaktadır. Yine *treason* kelimesi aynı zamanda Latince *traditio* kelimesinin *traisun* şekline çevrilmiş erken fransızcasından gelmektedir⁷⁴.

Anglo-Saksonlar farklı derecede de olsa bir önceki başlıkta değindiğimiz Roma hukukundaki vatana ihanet ve *maiestas* kavramından etkilenmiştir. Söz gelimi devlete karşı düşman hareketler, devletin yapısına aykırı fiiller, Magistra’nın kötü yönetim fiilleri, seküler ve dini vatandaşlık görevlerini ihlal, Magistaraya yönelik kişisel zarar bu kapsamda yer almaktadır. Ayrıca *maiestasa* dair diğer bir kategoriye göre imparatora yönelik her türlü hakaret fiilleri söz gelimi imparatorluğa ait mor rengini giyme, prenses ile zina, devletin veya imparatorun ailesinin geleceğine ilişkin fal bakmak, para üzerindeki kralın görüntüsünün sahtesini yapma bu çerçevede değerlendirilmekteydi⁷⁵. İngiltere’de Roma hakimiyeti varlığını sürdürmekte iken, Roma’nın kurumlarından etkilenilmiş, barbar bir kavim olan Saksonların işgali (M.S. 3. ve 5. yy arasında) ile birlikte ise vatana ihanet suçu açısından da diğer kurumlarda olduğu gibi Roma hukukundan ayrılma yaşanmıştır. Söz gelimi, Roma hukukunun etkisi altında iken vatana ihanet yargılamasında suçlanan kişi işkence istisnası dışında sanıkların sahip oldukları haklara sahipti, Sakson işgali ile birlikte ise söz konusu güvenceler sanıklar için kalkmıştır⁷⁶.

Roma hukuku Cermenlere olduğu gibi İngiltere’ye de etki etmiş olmakla birlikte, Roma hukukundaki *lese majesty* kavramı İngiltere’de asla tamamiyle kabul edilmemiştir. Zira yukarıda zikrettiğimiz üzere Sakson işgali Roma hukukundan bir kopuş olmakla birlikte, bunun dışında İngiltere’nin kaderini değiştiren siyasi gelişmeler sözcügelimi Magna Carta (1215) ve baron birleşmesi kralların teokratik olmasını uzun

⁷⁴ <https://goo.gl/jfDuZz>, e.t. 10.03.2017.

⁷⁵ Bellamy, s. 2.

⁷⁶ “Historical Concept of Treason: English, American”, s. 71.

süre engellemiştir⁷⁷. Bu nedenle teokratik hükümdar anlayışına dayalı *lese majesty* burada farklılık göstermiştir.

Vatana ihaneti ile ilgili Anglo-Sakson Hukukundaki ilk detaylı referans gösterilebilecek kanun Kral Alfred döneminde çıkartılmıştır (871-899)⁷⁸ ve şu şekildedir;

*“Her kim kendisi ya da haydutları veya kralın hizmetindeki sadakatsiz kişilere yataklık ederek kralın hayatına karşı suikast yaparsa kendi hayatı ve sahip olduğu her şeyle sorumludur.”*⁷⁹.

Kral Alfred döneminde vatana ihanete dair düzenleme bu olmakla birlikte, 1351 öncesi Ortaçağ İngiliz vatana ihanet anlayışını açıklamanın güç olduğu belirtilir⁸⁰. Zira bu dönemden önce söz konusu birkaç istisna hariç vatana ihanete dair net bir kanuni düzenleme bulunmamaktaydı⁸¹. Bu dönemde daha doğrusu Orta Çağ’ın başlarında yönetici ile tebası arasındaki ilişkinin temelinde itaat değil, sadakat söz konusuydu ve her iki taraf da sadakatle yükümlüydü. Yani Anglo-Sakson İngiltere’inde de Cermenlerde olduğu gibi sadakat anlayışı vardı ama bu farklılık arz etmekteydi. Anglo-Sakson İngiltere’inde sadakat tamamiyle sözleşmesel bir konuydu ve belli bir dereceye kadar karşılıklı haklar söz konusuydu⁸². Bu nedenle 13. yy.’dan önce tebaanın sadakat yükümlülüğünü ihlal eden yöneticiye karşı isyan yoluyla karşı koyma hakkı mevcuttu. Söz gelimi 1215’te İngiltere’de gerçekleşen baron isyanında isyancılar kendilerini “Tanrı’nın Ordusu” olarak tanımlamıştı⁸³. Zira krala savaşta ve barışta sadakat gösterilmesi karşısında, kralın da

⁷⁷ Bellamy, s. 11.

⁷⁸ Bellamy, s. 1, 2; Rose, s. 14.

⁷⁹ Floyd Seyward Lear, **Treason and Related Offences In The Anglo-Saxon Doms**, The Rice Institute Pamphlet, Volume XXXVII, No. 1, July, 1950, s. 5.

⁸⁰ Karen Bosnos, **Treason and Traitors in Norman and Anglo-Norman History, c. 1066-1135: Representation, Discourse, Practice**, An Abstract of A Dissertation Submitted to the Faculty of the Graduate School of Emory University in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Department of History, 2007, s. 2.

⁸¹ C. J. Neville, “The Law of Treason in the English Border Counties in the Later Middle Ages”, **Law and History Review**, Vol. 9, No. 1 (Spring, 1991), s. 3; “Historical Concept of Treason: English, American”, s. 71.

⁸² Rose, s. 20.

⁸³ Bellamy, s. 10-11.

tebaası arasında adalet ve eşitliği sürdürme, onların menfaatine uygun olarak yönetme görevi bulunmaktaydı⁸⁴. Kralın bu görevine aykırı hareketi aynı zamanda sözleşmesel olan sadakatin ihlali anlamına geleceği için baronların isyanı alelade bir isyandan farklılık göstermiştir.

Vatana ihanetin içeriği bakımından öncelikle belirtmek gerekir ki, egemeni öldürmek ya da onu öldürmek için komplo kurmanın ağır ihanet (*high treason*) olduğu anlayışı 1351 Kanunu'ndan önce de bulunmaktaydı. Zira Kıta Avrupasında olduğu gibi İngiltere de vatana ihanet hususunda Antik Roma ve Cermen hukuk anlayışlarından etkilenmiştir. Roma hukukundaki *crimen majesty*, erken Cermen hukukunda ve bundan sonra da Anglo Sakson hukukunda yer almaktaydı⁸⁵. Fakat 1351 Vatana İhanet Kanunu öncesi asıl sorun, hangi fiillerin vatana ihanet teşkil ettiğinin net olarak tanımlanmamış olmasıydı. Nitekim bu Kanun'un giriş kısmında da bu hususa değinilmiştir⁸⁶. Hangi fiillerin vatana ihanet teşkil ettiği hususundaki belirsizlik geniş ölçüde suistimal edilmiş, muhtemelen suç teşkil eden fakat yüksek derece suçluluk içermeyen fiiller, kraliyet onuruna zarar vermesi nedeniyle mahkemeler tarafından yorum yoluyla vatana ihanet olarak addedilmişti⁸⁷. Öyle ki mahkemeler kralın ölümünü tasavvur etmeyi dahi ölüm cezası ile cezalandırmışlardır⁸⁸.

1351 Kanunu öncesi vatana ihanet suçunun tanımı belirsiz olduğu gibi, bu suça uygulanacak cezalar da değişmekteydi. Para cezası, hapis cezası, vücudun bir kısmını kesme, sürgün ve ölüm cezası vatana ihanet suçunda uygulanan cezalardı⁸⁹.

Vatana ihanetle ilgili suç ve cezadaki belirsizlik nedeniyle 1348 yılında Avam Kamarası krala bir dilekçe ile başvurarak hangi fiillerin

⁸⁴ Rose, s. 20.

⁸⁵ Graham S McBain, "High Treason: Killing the Sovereign or Her Judges", **Kings Law Journal**, Vol. 20, No. 3 (2009), s.458; Bellamy, s. 1.

⁸⁶ McBain, s. 459, 460.

⁸⁷ McKinney, s. 802; Samuel Rezneck, "The Early History of the Parliamentary Declaration of Treason", **The English Historical Review**, Vol. 42, No. 168 (Oct., 1927), s. 499; J. Taylor Mcconkie, "State Treason: The History and Validity of Treason Against Individual States", **Kentucky Law Journal**, Volume 101, s. 283.

⁸⁸ "Historical Concept of Treason: English, American", s. 73.

⁸⁹ Bosnos, s. 129.

vatana ihanet teşkil ettiği hususunun daha önceden belirlenmesini ve bunun bir düzen altına konulmasını talep etmiştir. Fakat III. Edward bu talebi reddederek, vatana ihanet teşkil eden hususların dava çıktıkça karar verileceğini belirtmiştir. 1351'de Avam Kamarası yine aynı konuda, yani aslında vatana ihanet teşkil etmeyecek fiillerin bu kapsamda değerlendirilmesi suretiyle suçun uygulama alanının genişlemesinden dolayı krala başvurmuştur. Bu sefer III. Edward'ın bu taleplere boyun eğmesiyle 1351 Vatana İhanet Kanunu kabul edilmiştir⁹⁰.

1351 tarihli Kanun İngiltere'de vatana ihanet hususunda ilk ve bugün de geçerliliğini koruyan temel kanundur⁹¹. Bu Kanun dönemin yönetim dili olan Anglo-Normanca yapılmıştır⁹² ve vatana ihanet 7 temel kategoriye ayrılmıştır⁹³: (i) kralın, kraliçenin veya en büyük oğlu ve varisinin ölümünü planlamak veya bunu tasavvur etmek; (ii) kralın eşine veya kralın en büyük oğlunun eşine tecavüz etmek; (iii) krala kendi ülkesinde savaş açmak; (iv) ülke içinde ya da başka bir yerde hükümdarın düşmanına yardım yataklık ederek bağlı olmak; (v) sahtekarlık; (vi) kralın şansölyesini, haznedarını ya da yargıçlarını öldürmek; (vii) kadının kocasını, hizmetçinin efendisini, papaz ya da rahibin üstünü öldürmesi. 16. yy'da 1351 Kanunu'nda yer alan vatana ihanet fiillerinden ilki bakımından değişik bir yaklaşım söz konusu olmuştur. Bu yeni yaklaşıma göre egemenin siyasi ya da fiziksel öldürülmesi mümkündür⁹⁴. Kralın iki vücudu anlayışına göre, kralın siyasi vücudu doğal vücudundan ayrılmazdır. Bu nedenle kralın siyasi vücuduna karşı suçların aynı zamanda onun doğal vücuduna karşı da işlenmiş olduğu kabul edilir. Böylece kralın siyasi vücuduna karşı gerçekleştirilen fiiller, söz gelimi kanunlarının işleyişine müdahale etmek aynı zamanda onun doğal vücudunun ölümünü planlamak ile aynı anlama gelecektir. Bu

⁹⁰ Neville, s. 4.

⁹¹ G. R. Elton, "The Law of Treason in the Early Reformation", *The Historical Journal*, Vol. 11, No. 2 (1968), s. 211.

⁹² McBain, s. 461.

⁹³ Larson, s. 869-870; Adele Hast, "State Treason Trials during the Puritan Revolution, 1640-1660", *The Historical Journal*, Vol. 15, No. 1 (Mar., 1972), s. 37; Taylor, s. 284.

⁹⁴ McBain, s. 471-472.

da yoruma dayalı vatana ihanetin temelini oluşturur⁹⁵. Yargısal yoruma dayalı vatana ihanet 1571-1600 yılları arasında gelişmiştir⁹⁶, 1795 yılındaki Vatana İhanet Kanunu ile mahkemelerin yorumuna bağlı vatana ihanet anlayışı ortadan kaldırılmıştır⁹⁷.

1351 Vatana İhanet Kanunu ile daha önce devlete karşı suç adedilen vatana ihanetin artık krala karşı kişisel suç yani onun egemenlik yetkisinin hukuka aykırı kullanımı olduğu belirtilmiştir⁹⁸. Tudor döneminde (1485-1603) vatana ihanet kanunlarında sadece sayısal bir artış değil, aynı zamanda vatana ihanet teşkil eden fiillerin sınırları konusunda da belirgin bir gelişim yaşanmıştır⁹⁹. 1351 ile 1640 yılları arasında birçok farklı vatana ihanet kanunu kabul edilmiş olsa da, bunlar ya III. Edward tarafından yapılan vatana ihanet kanununun bir tekrarı olmuş veyahut yürürlüğe girdikleri zamanda uygulanıp daha sonraları kaldırılmıştır. Yani III. Edward'ın vatana ihanet kanunu uzun zaman geçerliliğini korumuş, farklı düzenlemelere rağmen sonradan tekrar bu Kanun tercih edilmiştir¹⁰⁰. Örneğin, 1381'de isyan ve dedikodu, 1397-1398'de kralı görevden almak ve 1397-8 Paramentosu'nun statüsü ve kararlarının iptalini tavsiye veya temin etmek; 1414'te barış ve geçiş izninin ihlali ve İngiliz madeni parasını kırpma, yıkama veya törpüleme; 1423'te vatana ihanet ile itham edilen kişinin hapisshaneden kaçışı; 1429'da belirli bir miktar paranın belirtilen yere bırakılmadığı takdirde kundaklama yapılacağı tehditi üzerine evi yakma; 1442'de Marches veya Galler'de bir Gallerli'nin bir İngiliz ya da onun malvarlığını alması ve 1488-9'da yabancı bir madeni parayı dövme gibi fiileri içeren kanunlar vatana ihanet kapsamının ilerleyen zamanlarda ne derece genişlediğini ortaya koymaktadır¹⁰¹. Dolayısıyla zaman içerisinde vatana ihanet gibi ağır ihlal taşımayan ve farklı suç konularını içeren fiiller,

⁹⁵ D. Alan Orr, *Treason And The State-Law, Politics and Ideology in the English Civil War*, Cambridge University Press, 2002, s.46, 48.

⁹⁶ McBain, s. 476.

⁹⁷ John N. Hazard, William B. Stern, "Exterior Treason": A Study in Comparative Criminal Law, *University of Chicago Law Review*, Vol. 6, Iss. 1, Article 6, 1938, s. 80.

⁹⁸ Orr, s. 1.

⁹⁹ Orr, s. 16.

¹⁰⁰ Hast, s. 38.

¹⁰¹ Rose, s. 37.

dönemin anlayışına göre vatana ihanet gibi ağır bir suç kisvesi altına büründürülmüştür.

Vatana ihanet suçu ceza hukukuna ilişkin olmakla birlikte, daha önce de zikrettiğimiz üzere bu suçun siyasi etkilerden ve güç çatışmalarından arındırarak incelenmesi mümkün değildir. Nitekim İngiliz hukukunda da bu kavramın gelişiminin kraliyet otoritesi ve isteğine bağlı olduğu¹⁰², monarkın gücüne göre değiştiği¹⁰³ belirtilmektedir. Roma'nın çöküşü, İngiliz egemenliğinin tüm İrlanda üzerinde genişlemesi ve reform karşıtlarının artan gücü karşısında yeni vatana ihanet kanunları kabul edildiği gibi; Edward'ın vatana ihanet kanunu da değişen koşullara göre yeniden yorumlanmaya başlanmıştır¹⁰⁴. Söz gelimi 1351 Vatana ihanet Kanunu 1414'te kabul edilen bir diğer kanunla birlikte sınır ötesi suçlulukta da kullanılmaya başlanmıştır. Hırsızlık veya İngiltere'de çalınan malların İskoç suç ortaklarına satılmasında her iki kanun da uygulama alanı bulmuştur¹⁰⁵. Yine VIII. Henry'nin Anne Boleyn öncesi evliliğinin boşanma ile sonuçlanmasından dolayı bu boşanmanın meşruluğunu teyit ve Boleyn ile evliliğinin meşruluğunu pekiştirme ihtiyacı vardı¹⁰⁶. Zira oniki yaşında babasının zoru ile evlenmek zorunda olduğu ölen ağabeyi Arthur'un eski karısı Aragon'lu Catherine ile arasında Katolik nikahı yapılmıştı ve boşanamamasından dolayı Roma Kilise'sinden ayrılıp yeni bir kilise kurarak İngiltere'nin resmi dinini değiştirmişti¹⁰⁷. Bu nedenlerle ve kilisenin başı olarak üstünlüğünü sürdürmek, evliliğine yönelik yaptırımlar yoluyla halefini korumak için birçok yeni vatana ihanet kanunu kabul etmiştir¹⁰⁸. Örneğin, 1534 yılında çıkardığı kanun kralı tanrıtanımaz, bölücü, tiran, kafir veya Tac'ın gaspçısı olarak ifade etmeyi yasaklamıştır¹⁰⁹.

¹⁰² “Historical Concept of Treason: English, American”, s. 76.

¹⁰³ Eichensehr, s. 1448.

¹⁰⁴ Orr, s. 28.

¹⁰⁵ Neville, s. 17-18.

¹⁰⁶ “Historical Concept of Treason: English, American”, s. 74.

¹⁰⁷ Muzaffer Dülger, “Her Devrin Adamı-Thomas More Davası”, **Hukuku Sinemada Görmek**, (Der. Sevtap Metin), İstanbul, Tekin Yayınevi, 2005, s. 135-139.

¹⁰⁸ Hast, s. 38.

¹⁰⁹ Eichensehr, s. 1448. Türkçe çevirisi için bkz. Dülger, s. 151-152.

Vatana ihanet suçu bunların yanı sıra yani sadece merkezi İngiliz devletinin yapılanmasında değil, ayrıca İrlanda'da İngiliz etkisinde ve imraparatorluğun başlangıcında geniş rol oynamıştır. Bu suç zamanla kralın doğal kişiliğine karşı bir suç ya da sadakatın ihlali değil, fakat aynı zamanda gittikçe egemenlik veya devlet gücünün hukuka aykırı gaspı olarak kabul edilmeye başlanmıştır¹¹⁰.

Vatana ihanet suçunun faili olarak akla ilk kraliyet dışındaki kişiler gelse de, bu suçtan yargılanan kral ve kraliçe yok değildir. Nitekim İskoçya Kraliçesi Mary, İngiltere Kraliçesi 1. Elizabeth'i öldürerek İngiltere tahtına geçmeyi tasarladığı için 1586'da vatana ihanet suçundan yargılanmış, ölüm cezasına mahkûm edilmiş ve 1587'de bu cezası infaz edilmiştir¹¹¹.

Thomas Wentworth Strafford'un (1st Earl of Strafford 1593-1641) *impeachment* usulüyle görevden alınması ve idamı ile başlayan 1640 Devrim'i öncesi dönem vatana ihanet suçunu da etkilemiştir. Devrim usullerinin bir parçası olarak bu dönemde parlamento gücünü kurmak adına önemli miktarda vatana ihanet yasası yapılmıştır. Vatana ihanet suçlarının bir kısmı kralın bakanlarının siyasi faaliyetlerine, diğer bir kısmı ise iç savaş döneminde (1640-1651) parlamentoya karşı olan kraliyetçilere ilişkindi¹¹². Bu dönemde yine kraliyetten bir kişi yani Kral I. Charles ülkeye zarar vermek¹¹³, iç savaş ve masum kanı dökülmesine neden olmak gerekçeleriyle ağır ihanet ve diğer ağır suçlardan dolayı suçlanmıştır¹¹⁴.

¹¹⁰ Orr, s. 2.

¹¹¹ C. N. Trueman, "Mary Queen Of Scots", **The History Learning Site**, <http://goo.gl/g6rdZR>, e.t. 10.03.2017.

¹¹² Hast, s. 41.

¹¹³ Mary Margaret Penrose, "The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law", **Santa Clara J. Int'l L.**, Vol 7, Issue 2, 2010, s. 92.

¹¹⁴ Abbott, Jacob, **History of King Charles the First of England: with Engravings**, New York: Harper & Brothers, Publishers, 1848, s 269; W. D. Fellowes, **Historical Sketches of Charles The First, Cromwell, Charles The Second, ? and The Principal Personages of That Period; Including The King's Trial and Execution**, London, Printed For J. Murray, 1828, s. 75; Dodge, Walter Phelps, **King Charles I**, London: John Long Limited, 1912, s. 86.

Kralın idamının ardından (1649) vatana ihanetin yeniden tanımlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır. 1649-1659 yılları arasında vatana ihanete dair geniş çaplı yasama işlemleri gerçekleşmişti. III. Edward'ın vatana ihanet yasası nasıl ki hükümetin otoritesini sürdürmeyi esas aldıysa, bu dönemde çıkarılan vatana ihanet kanunları hükümetin başı olarak Koruyucu Lord (Lord Protector) Oliver Cromwell'in güvenliğini temin etmeyi hedeflemiştir¹¹⁵. Zira onyedinci yüzyılın sonları hanedanlık ve ideolojik mücadeleler, hükümet ve vatandaşlar arasındaki geleneksel güç dengesi üzerine ciddi şüpheler yaratmıştı. Bu nedenle 1680'lerde Stuart rejimi radikal düşüncelere karşı vatana ihanet yargılamalarına başvuruyordu¹¹⁶.

III. Edward'ın döneminde çıkarılan 1351 tarihli Vatana İhanet Kanunu, vatana ihanet kavramına dair muğlak kavramı berraklaştırmayı ve suistimallere son vermeyi amaçlamakla birlikte, bu Kanun'da yer alan vatana ihanet sayılan hallerin *numerus clausus* olup olmadığı tartışılmıştır. Sonuç olarak *common law*'daki vatana ihanet sayılan haller ile bu Kanun'da yer almamakla birlikte, bu Kanun'dan önce de vatana ihanet sayılan hallerin geçerliliğini koruyacağı kabul edilmiştir¹¹⁷. Nitekim 1351 Vatana İhanet Kanunu uyarınca bu Kanun'da açıkça vatana ihanet teşkil ettiği belirtilmeyen fakat vatana ihanet teşkil ettiği varsayılan bir durumla karşılaşılması halinde yargıç bildirimde bulunacak, kral parlamentoda bu fiili vatana ihanet şeklinde nitelendirirse yargıç bu konuda bir karar verebilecektir¹¹⁸.

Hangi fiillerin vatana ihanet teşkil edeceği noktasındaki belirsizliğin yanı sıra, ağır tehlike arz etmeyen fiillerin de dönemselsel olarak bu kapsamda değerlendirildiğini zikretmiştik. Bunların yanı sıra 15. yy'da sözlü ifadeler (*spoken words*) de vatana ihanet olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Aslında 1351 Kanunu öncesinde de sözlü ifadeler kralın ölümünü planlamanın dışı yansıyan fiilleri olması nedeniyle vatana

¹¹⁵ Hast, s. 39.

¹¹⁶ Alexander H. Shapiro, "Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in Criminal Procedure: The Origins of the Treason Trials Act of 1696", *Law and History Review*, Vol. 11, No. 2 (Autumn, 1993), s. 216.

¹¹⁷ Orr, s. 15; Elton, s. 212.

¹¹⁸ Rezneck, "The Early History of the Parliamentary Declaration of Treason", s. 497.

ihanet suçu bakımından aleni fiil sayılırdı¹¹⁹. Söz gelimi, 1214'te Baldwin Tyrrell, Kral John'un öldüğünü söylediği için vatana ihanetten suçlanmıştı¹²⁰. Burada temel sorun 1351 Kanunu'nda kralı öldürmenin değil, öldürmeyi planlamanın ya da tasavvur etmenin dahi vatana ihanet teşkil etmesiydi. Yani bu düzenleme uyarınca vatana ihanet suçunun işlenmiş olması için kralın ölmesi gerekli değildi, bu yönde bir plan ya da tasavvur yeterli addedildiği için, buna yönelik sözlü ifadeler de vatana ihanet teşkil etmekteydi¹²¹. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, sözlü ifadeler common law ve 1351 Kanunu uyarınca vatana ihanet için tek başına yeterli kabul edilmemekteydi¹²². Sonraları 1397 ve 1488 yıllarında yapılan kanunlar egemenin ölümünü planlamayı, aleni bir fiil olmasa da yeterli kabul etti. Nitekim 1534'teki VIII. Henry'in Kanunu kelimelerin basımını vatana ihanet bakımından aleni bir fiil olarak kafi görmüştür¹²³. IV. Henry'nin ilk parlamentosu vatana ihanet konusunda münhasıran 1351 Kanunu'nun uygulanacağını belirtmiş ise de, bu dönemde yapılan beş vatana ihanet yargılamasının dördü salt sözlü ifade biri ise yazılı ifadeden dolayı gerçekleşmiştir. Vatana ihanet suçlamasının temelinde bu kişilerin Kral Richard'ın ölmediği ve kısa zamanda geri gelerek kendi krallığını yeniden kazanacağı ifadeleriydi. Bu kişiler insanların IV. Henry'e bağlılıklarını geri çekmek amacıyla broşür dağıtmışlardır¹²⁴. Yine IV. Edward döneminde de kullandıkları ifadeler nedeniyle ilginç şekillerde vatana ihanetten mahkumiyetlere rastlanmaktadır. Söz gelimi bahçesinde beslediği beyaz geyiği av sırasında IV. Edward tarafından öldürülen Thomas Burdrett çok sinirlenir. Bunu krala kim tavsiye ettiyse geyiğin, boynuzunun ve herşeyinin onun midesinde kalmasını temenni ettiğini söyler. Avı kral kendi inisiyatifi ile yaptığı yani bu konuda kimseye danışmadığı için beddua niteliğindeki bu dileğin krala yönelmesinden dolayı Burdrett vatana ihanetten

¹¹⁹ Samuel Rezneck, "Constructive Treason by Words in the Fifteenth Century", *The American Historical Review*, Vol. 33, No. 3 (Apr., 1928), s. 543-545.

¹²⁰ Rezneck, "Constructive Treason by Words in the Fifteenth Century", s. 546.

¹²¹ McBain, s. 463.

¹²² Rezneck, "Constructive Treason by Words in the Fifteenth Century", s. 548; Isobel D. Thornley, "Treason by Words in the Fifteenth Century", *The English Historical Review*, Vol. 32, No. 128 (Oct., 1917), s. 556.

¹²³ Orr, s. 18-19.

¹²⁴ Thornley, s. 556-557.

mahkum olur¹²⁵. 1628'deki bir başka kanun ise bir filin 1351 Vatana İhanet Kanunu uyarınca vatana ihanet teşkil etmesi için söz ya da yazının tek başına yeterli olmadığını, aleni yani sözle birlikte dış dünyaya yansıyan bir filin gerekliliğini belirtmiştir¹²⁶.

Vatana ihanete dair düzenlemeleri incelerken son olarak da *petty treason* kavramına değinmek gerekmektedir. Şu ana kadar anlattığımız yani bizim genel tabir olarak vatana ihanet olarak zikrettiğimiz hususlar İngiliz hukukunda *high treason* yani ağır ihanet olarak nitelendirilmektedir. Bunun dışında *petty treason* yani basit ihanet de 1351 tarihli Vatana İhanet Kanunu'nda tanımlanan vatana ihanet suçlarındandır¹²⁷. Bu düzenlemeye göre kadının kocasını, hizmetçinin efendisini, papaz ya da rahibin üstünü öldürmesi *petty treason* teşkil etmektedir¹²⁸. Bu Kanun kağıt üstünde kalmamış olup, bundan dolayı yargılamalar da söz konusu olmuştur. Bu kapsamda 1726'da Catherine Hayes'in kocasını öldürmesi *petty treason* kapsamında meşhur bir davadır¹²⁹. 15. yy.'da vatana ihanetten dolayı suçlananların çoğunluğunu bir iç savaşın kaybeden tarafında olan erkekler olduğu belirtilirken¹³⁰, genel olarak *petty treason* davalarına bakıldığında kadın faillerin erkek faillerden daha fazla olduğu belirtilmektedir¹³¹. Bu açıdan diğer iki seçimlik harekete nazaran kadınların eşlerini öldürmesine daha çok rastlanıldığını ileri sürmek mümkündür.

1858'de yürürlükten kalkan bu Kanun uyarınca kocanın eşini öldürmesi cinayet teşkil ederken, tersine durum yani kadının eşini öldürmesi veya yukarıda zikrettiğimiz üzere hizmetçinin efendisini veya rahip ya da papazın üstünü öldürmesi egemen ve onun yönetimine tehdit veya saldırı gibi algılanmıştır. Zira burada itaat borcu yer almakta olup,

¹²⁵ McKinney, s. 805.

¹²⁶ McBain, s. 464-465.

¹²⁷ Frances E. Dolan, "The Subordinate(s) Plot: Petty Treason and the Forms of Domestic Rebellion", *Shakespeare Quarterly*, Vol. 43, No. 3 (Autumn, 1992), s. 318.

¹²⁸ Matthew Lockwood, "From Treason to Homicide: Changing Conceptions of the Law of Petty Treason in Early Modern England", *The Journal of Legal History*, Vol. 34, No. 1, s. 33.

¹²⁹ Lockwood, s. 33.

¹³⁰ Elton, s. 211.

¹³¹ Lockwood, s. 33.

buna aykırı bir şekilde kasten öldürme fiili ataerkil, hiyerarşik toplumsal düzene karşı bir hareket teşkil etmektedir¹³². Ağır ihanette olduğu gibi toplumsal düzeni yıkmak anlamına gelen basit ihanete 14. yy'da aynı gözle bakılmaktaydı. Bu suçun failleri asma, boğma ve dörde ayırma ile cezalandırılırken, kadın failler ise yakılmaktaydı¹³³. Yine koca ile kralın öldürülmesi de aynı yargılamaya tabi idi¹³⁴.

Bugünün anlayışında kasten öldürme suçunda cezayı arttıran nitelikli hal olarak kabul edilmesi gereken fiillerin *petty treason* olarak değerlendirilmesinde, suçun cezası ve yargılaması bakımından olduğu gibi diğer bazı hususlar bakımından da kasten öldürme suçundan farklı özellikler yer almaktaydı. Söz gelimi öldürme suçundaki *comman law* savunması olan tahrik burada geçerli değildi. Zira monarka karşı isyanda hiçbir tahrikin mazeret olarak ileri sürülemeyeceği anlayışı burada kendini göstermekteydi. Yine öldürme davalarında *petty treason*dan farklı olarak sanığın kasten hareket edip etmediği önem taşımaktaydı¹³⁵.

Bu başlık altında İngiliz hukukunda vatana ihanete dair incelemelerimizde görüldüğü üzere İngiliz vatana ihanet anlayışı Roma ve Cermen hukuklarından etkilenmiş, ama her iki hukuk düzeninden farklı olarak kendine has özelliklerle yeni bir anlayış vücuda getirmiştir. Yani hem Roma'daki *maiestas* kavramı hem de Cermenlerdeki *sadakat* anlayışı İngiltere'deki vatana ihanet suçunun temellerini teşkil etmektedir. Fakat İngiltere'de sadakat anlayışı iktidar ile tebaa arasında sözleşmesel ilişkiye dayandırılmıştır. Yine İngiliz hukukunda da Roma ve Cermen hukukunda olduğu gibi vatana ihanet kavramı ve içeriği sabit olmayıp, değişen siyasi konjüktüre göre şekillenmiştir. Fakat 1351 tarihli Vatana İhanet Kanunu vatana ihanet düzenlemesi bakımından bir milat teşkil etmektedir. Nitekim bu tarihten sonra vatana ihanete dair birçok düzenleme kabul edilmişse de, 1351 tarihli Kanun varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Yine bu alanda dikkate değer bir husus *petty treason*dır. Burada özellikle Cermen hukukundaki sadakat ilişkisi esas alınarak, fail ile mağdur arasındaki bu ilişki nedeniyle kasten öldürme suçu kapsamında kalması gereken haller *petty treason* olarak kabul edilmiştir. Bu hallerin arasında kadının eşine karşı işlediği fiillerin de

¹³² Dolan, s. 317.

¹³³ Dolan, s. 318.

¹³⁴ Lockwood, s. 34.

¹³⁵ Lockwood, s. 34-35.

bulunması nazara alındığında Antik Roma'daki *pater familias* kavramının varlığını yüzyıllar sonra da sürdürdüğünü ileri sürmek mümkündür. Zira *pater familias* nasıl ki devlet öncesi dönemde aile içinde adeta devlet başkanı gibi değerlendiriliyor, onu öldürmek bir çeşit vatana ihanet suçu olan *proditioyu* oluşturuyorsa, burada da kadının eşini öldürmesi bir çeşit vatana ihanet olan *petty treason* olarak kabul edilmiştir.

D. TÜRK HUKUK TARİHİNDE VATANA İHANET

Çalışmamızın ilk üç başlığında vatana ihanet kavramının Avrupa devletleri ve ABD bakımından temelini teşkil eden Roma, Cermen ve İngiliz hukukundaki gelişimlerini inceledik. Vatana ihanet kavramının bu hukuk alanlarındaki gelişimi ve evrimi hukukun resepsiyonu ve kodifikasyonu sürecinde ister istemez Türk hukuku bakımından da etkili olmuştur. Bu nedenle söz konusu başlık altında vatana ihanet kavramının Türk hukukundaki münhasır gelişimine yani diğer üç başlığın dışında kalan hususlara değinilmeye çalışılacaktır.

Türk hukuku hatta daha geniş kavramla Türk tarihini incelemeye kalkışan bir kişi bakımından karşılaşılan en çetrefilli husus, konuya ilişkin bilgilerin sınırlı olmasıdır¹³⁶. Zira gerek edebiyat gerekse de hukuk yazılıdan ziyade sözlü olup, kuşaktan kuşağa sözlü bir aktarım kültürü olmuştur. Bu sözlü kaynaklar arasında mitoloji, efsane, destan ve eski Türk inançlarını zikretmek mümkündür ki, bu kaynaklar genel itibariye Türk ulusunun gelişimini ve yayılıp devlet kurmasına ilişkin süreci efsanevi bir şekilde anlatır. Devlet öncesi durum böyle iken, devlet sonrası süreç de Orta Asya'daki en güçlü komşu ve aynı zamanda düşman olan Çinlilerle olan ilişkileri, onların Türk hükümdarları ve devletlerine etki ederek devlet içinde karışıklığa ve devletin yıkılmasına neden olması belirtilir. Bunun dışında ise Türk hükümdarlarının yarı-Tanrısal kökenlerine değinmekte, fakat yarı-Tanrısal kutlu kökene sahip bulunan bu hükümdarların aynı zamanda töre ile sıkı sıkıya bağlı olduklarını belirtmekte, iyi hükümdar figürü olarak ise devletini iyi yöneten hükümdara dikkat çekmektedir¹³⁷.

¹³⁶ Özek, "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", s. 609.

¹³⁷ Saadettin Gömeç, "İslam Öncesi Türk Tarihinin Kaynakları Üzerine", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. 20, S. 31, s. 51-61.

İslamiyet öncesi Türk tarihine ilişkin çeşitli yazılı kaynaklar bulunsa da¹³⁸, bunların birçoğu edebi eser niteliğinde olup, toplumsal kurallar Roma hukukunda olduğu gibi kodifiye edilmiş değildir. Kül tegin Yazıtı, Bilge Han Yazıtı, Uygur Yazıtı, Tonyukuk Yazıtı, Ongin Yazıtı, İhe Hüşotü Yazıtı, Suci Yazıtı, Şine-Usu Yazıtı gibi yazıtlara bakıldığında Türk liderlerinin göreve gelişi, bu süreçte Çin ile olan ilişkiler ve yaşanan önemli savaflara yer verildiğini görmekteyiz. Dolayısıyla bu kaynaklar dönemin siyasi ilişkileri ve dış politika ile ilgili önemli bilgiler vermekte ise de vatana ihanete dair bir hususa rastlamamış bulunmaktayız. Nitekim söz konusu eserlerde komşu Çin'in entrikalarına kapılan, hediyelerini kabul eden ve ülkesinde Çin kültürünü benimseyen ve Çin'e boyun eğen hükümdarlar dahi hain olarak ifade edilmemektedir¹³⁹. İslamiyet'ten önce Türk hukukunda vatana ihanet suçunun içeriğine dair bilgiye ulaşamasa da, Çin kaynaklarında bu suçun idam cezası ile cezalandırıldığı belirtilmektedir¹⁴⁰.

İslamiyetin kabulü, toplumsal düzeni ve devlet yapısını olduğu kadar, hukuk düzenini de etkilemiştir. Bu nedenle İslamiyet sonrası Türk hukukundaki vatana ihanet kavramını incelemek için İslamiyet'teki vatana ihanet kavramına bakmak gerekir.

İslamiyet'te devlet aleyhine işlenen suçların taziren cezalandırılan suçlar olduğu yani bu gibi suçların içeriğinin İslam hukukunun metin halindeki kaynaklarında düzenlenmediği belirtilmektedir¹⁴¹. Nitekim İslam hukukunun esas kaynağı Kur'an'a bakıldığında vatana ihanet kavramının açıkça geçmediğini, ancak muhtelif yerlerde hıyanete ve mevcut düzene karşı koymaya ilişkin ifadelere yer verildiğini görmekteyiz;

“Bir peygambere, emanete hıyanet yaraşmaz. Kim emanete (devlet malına) hıyanet ederse, kıyamet günü, hainlik ettiği

¹³⁸ Gömeç, s. 64-92.

¹³⁹ Bkz.Hüseyin Namık Orkun, **Eski Türk Yazıtları**, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları: 529, 1994, bkz. 1 vd.

¹⁴⁰ Sadri Maksudi Arsal, **Türk Tarihi ve Hukuk**, İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 286.

¹⁴¹ İlhan Akbulut, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S.1, 2003, s. 169; Özek, **Devlet Başkanına Karşı Suçlar**, s. 89.

şeyin günahı boynuna asılı olarak gelir. Sonra herkese -asla haksızlığa uğratılmaksızın- kazandığı tastamam verilir.”¹⁴²

*“Kendilerine hıyanet edenleri savunma; çünkü Allah ha-
inliği meslek edinmiş günahkârları sevmez¹⁴³.”*

*“Allah ve Resûlüne karşı savaşanların ve yeryüzünde
(hak) düzeni bozmaya çalışanların cezası ancak ya (acımadan)
öldürülmeleri, ya asılmaları, yahut el ve ayaklarının çaprazla-
ma kesilmesi, yahut da buldukları yerden sürülmeleridir. Bu
onların dünyadaki rüsvaylığıdır. Onlar için ahirette de büyük
azap vardır.”¹⁴⁴*

Kur’an’da durum böyle iken, İslam hukukunda vatana ihanete benzer olarak *bağy* kavramı karşımıza çıkmaktadır. *Bağy* suçu devlet başkanının otoritesine karşı güç kullanılarak isyan etmek demektir¹⁴⁵. İsyancılar kendilerince haksız, adil olmayan veya gayri meşru bir hükümetin görevde bulunmasından dolayı hareket etmektedir¹⁴⁶ yani burada *bağy* suçunu diğerlerinden ayıran en önemli motiflerden biri failin amacıdır. İsyancılar onu devirmek, değiştirmek ya da ayrı devlet kurmak ister ve yaptıklarının İslam’a uygun olduğunu düşünür¹⁴⁷. Fakat *bağy* suçunun da tam olarak vatana ihanet sayılıp sayılamayacağı hususu da kanımızca tartışmaya açıktır. Zira *bağy* suçunun tek kişi tarafından işlenemeyeceği yani topluca işlenmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁸.

¹⁴² Ali İmran süresi, 161. Ayet, Kuran-ı Kerim Diyanet Meali, <https://goo.gl/7xVLUL>, e.t. 12.02.2017.

¹⁴³ Nisa süresi, 107. Ayet, Kuran-ı Kerim Diyanet Meali, <https://goo.gl/7xVLUL>, e.t. 12.02.2017.

¹⁴⁴ Maide süresi, 33. Ayet, Kuran-ı Kerim Diyanet Meali, <https://goo.gl/7xVLUL>, e.t. 12.02.2017.

¹⁴⁵ Melikşah Aydın, “İslam Hukukuna Göre İsyan (Bağy) Suçu ve Cezası”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 2, 2015, s. 51-52.

¹⁴⁶ Aydın, s. 59-60; Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Hukuku-Adalet ve Mülk**, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2008, s. 353; Mustafa Avcı, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, İstanbul, Bilimevi Basın Yayın Ltd. Şti., 2004, s. 350.

¹⁴⁷ Akbulut, s. 178; Muhammed Ebu Zehra, **İslam Hukukunda Suç ve Ceza**, (Çev. İbrahim Tüfekçi), İstanbul, Kitabevi, 1994, s. 149.

¹⁴⁸ Aydın, s. 61; Avcı, s. 345; Bayraktar, s. 17; Zehra, s. 149.

Osmanlı Dönemine baktığımızda ise suç ve ceza alanında İslam hukukunun geçerli olmasının yanı sıra bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Vatana ihanet bakımından aklımıza ilk olarak kökenini İslam hukukundaki *bağy* suçundan aldığı iddia edilen isyan suçu ve kardeş katlini düzenleyen Fatih Sultan Mehmed'in *Kânûnnâme-i Âl-i Osman*'ı gelmektedir. Fakat bu Kanunname'nin maddelerine derinlemesine bir inceleme yaptığımızda¹⁴⁹ bugünkü anlamıyla vatana ihanete ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Batılılaşma yolunda hukukun kodifiye edilmesi çalışmaları ve Avrupa'daki kanunların iktibası suç ve cezaya ilişkin hükümler üzerinde etkili olmuştur. 1840 tarihli Kanun-u Ceza'nın Evvelki Faslı'nın 1.maddesi uyarınca¹⁵⁰;

“Bilâ istisna Tebea-ı Devlet-i Aliyyeden olanların metbuû şer’isi olan padişahına ihanet ve Devlet-i Aliyye aleyhine ikazı fitneye cesaret ve kati nefse cüret misillû bir hareket-i sarihası vuku bulup da şer’an ve kanunen ve alenen ve tahkikat-ı lazıme ve tekikat-ı mukteziye ile kiraren ve miraren davası görülerek bilâ garaz cünhası badessübut hüküm tereddüp etmeksizin hafî ve celî ve tesmîmen ve gerek her türlü suver-i mümkiine ile hiç kimsenin canına kast olunmamasına taraf-ı eşref-i Hazret-i Şâhânedan ahd ü misak buyurulmuş olduğundan Devlet-i Aliyye memurlarından ve alelülak sair eşhasdan hiç kimse diğer birisinin canına kast edemeyeceğine binaen “faraza vüzaradan birisi tarafından bir çobanın bile canına kast vukuunda ol vezirin hakında dahi kısâs-ı şer-î icra oluna”

Aynı Kanunnamenin İkinci Faslında da konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İlk iki madde suçu ve cezasını, üçüncü ve dördüncü madde ise soruşturma ve kovuşturma usulüne işaret etmektedir;

“1- Sâî bil-fesat olanlar iki suretten hâlî olmayıp birisi kavlen ve diğeri fiilen olacağından meselâ bir adam diğeri bir adamı veyahut bir takım adamları Devlet-i Aliyyeye ve kavanin ve

¹⁴⁹ Fatih Sultan Mehmed, *Kânûnnâme-i Âl-i Osman*, (Haz. Abdülkadir Özcan), Osmanlı Tarih Kaynakları 6, Kitabevi, İstanbul, 2003.

¹⁵⁰ Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987, s. 127.

nizâmâtâ mugayir harekete tergîp vadisinde fesatlı sözler söyleyecek olur ise bir seneden beş seneye kadar fesadınun derecesine göre vaz'ı kürek oluna.

2- Fiilen olduğu halde yani bir kimseyi veya bir takım adamları bağı u isyana davet etmek ve onlara esliha ve barut vermek gibi şeylere tasaddi edecek olduğu takdirde bu makule adamların cünhası pek azim olduğundan katl ve idam kılma. Şu kadar ki bu makule siyaseten katil olunacakların idamına hüküm olunduktan sonra taraf-ı eşref-i Hazret-i Padişahiye arz ve istizan olundukda sahib-i cünhanın katle bedel müebbeten kürekçe vaz'ı irade-i merâhimâde-i Cenab-ı Şahane'ye mufav-vaz ola.

3- Bu misillü fesad-ı kavli ve filiye cesaret idenler Dersaadette oldukları halde davalarının rü'yeti ve tevatüren isbatı mutlaka Meclis-i Ahkâm-ı Adliyyeye mahsus ve münhasır bulunana

4- Taşralarda vuku bulduğu takdirde dahi evvel emirde memleket meclisinde görülüp ba'dehü meclis mazbatası ile beraber ol adam ve iktiza eden şahitler Dersaadete celb ile kezalik Meclis-i Ahkâm-ı Adliyyede tekrar davası görüle."

Benzer hükümler 1851 Kanun-u Cedid'de de bulunmaktadır¹⁵¹. Bu Kanunnamenin Fasl-ı Evvel'i de 1840 tarihli Kanun ile hemen hemen aynıdır. Önemli fark, kürek cezasının yanında prangabentin¹⁵² de yer almasıdır.

1858 Osmanlı Ceza Kanunnamesi m. 55'te de vatana ihanete¹⁵³;

"Her kim bizzat veya bilvasıta tebaa-i Devlet-i Aliyye ve sekene-i memalik-i mahrûseyi, saltanat-ı seniyye aleyhine müsellehan isyan ettirmek üzere tahrik edip de maksadı olan kazıyye-i isyan tamam ile file çıkar veyahut madde-i isyanın başlanmış bulunur ise ol kimse idam olunur."

¹⁵¹ Gökçen, s. 141 vd.

¹⁵² İkinci, s. 341.

¹⁵³ Gökçen, s. 159 vd.

şeklinde yer verilmiştir¹⁵⁴. Bu madde 1876'da anayasanın kabulünün ardından 27 Mayıs 1327 (Miladî 1911) tarihli Kanun'la şu şekilde değiştirilmiştir;

*“Kanun-u esasiyi ve hükümetin şekil veya heyetini veya saltanat-ı seniyenin usul-ü verasetini tağyir ve tebdil veya imhaya cebren teşebbüsü sabit olan şahıs idam olunur.”*¹⁵⁵

Cumhuriyetin kurulduğu ilk yıllarda ise vatana ihanet 29.04.1336 (Miladi 1920) tarih ve 2 sayılı “Hiyanet-i Vataniye Kanunu” kapsamına giren fiiller olarak anlaşılmaktaydı. Bu kanununun 1. maddesine göre;

“Büyük Millet Meclisinin meşruiyetine isyana yönelik sözlü, yazılı veya eylemli muhalefet ve fesatlıkta bulunanlar vatan haini sayılır.”

Burada temel olarak anayasal düzene aykırı suçlar vatana ihanet olarak kabul edilmiş, fakat bu Kanun 1991'de Terörle Mücadele Kanunu ile yürürlükten kalkmıştır¹⁵⁶.

Yine vatana ihanete dair Askeri Ceza Kanunu'nda da düzenlemelere yer verilmiştir. “Hiyanet” başlığını taşıyan Askeri Ceza Kanunu 3. bap 1. fasılda m. 54'te vatan aleyhindeki cürümler, m. 55'te harb hiyaneti, m. 56'da milli müdafaya hiyanet, m. 57'de milli müdafaa aleyhine sair hareketler, m. 58'de milli mukavemeti kırmak, m. 59'da Milli Müdafaa vasıtalarını tahrip ve m. 60'ta söz vererek tahliye olunan harb esirleri hakkında suçlar düzenlenmiştir. Yine vatan aleyhindeki cürümler kenar başlıklı m. 54'e göre;

“Vatan aleyhinde bir cürüm yapan askeri şahıslar hakkında Türk Ceza Kanununun 125 inciden 145 inci maddeye kadar olan maddeleri hükümleri tatbik olunur.”

Bu maddenin uygulanabilmesi için failin asker olması gerekmektedir. Üstelik söz konusu madde devlet aleyhine suç işleyen askerler

¹⁵⁴ Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, s. 842'den naklen, Doğan Soyaslan, “Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması T.C.K.'nun 146. maddesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 10, 1993, s. 62.

¹⁵⁵ Soyaslan, s. 62.

¹⁵⁶ Durmuş Tezcan, “Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısına Göre Vatana İhanet Suçları ve Milli Yararlara Aykırı Hareketler”, **Manisa Barosu Dergisi**, 1988/Temmuz, No: 26, s. 4.

bakımından TCK'da yer alan hükümlerin uygulanacağını belirtmenin ötesinde bir anlam ifade etmemektedir. Ancak bu madde ve fasıl başlığından hareket ederek 765 sayılı TCK m. 125-145 arasında yer alan suçların, vatana ihanet suçları şeklinde nitelendirilmesinin mümkün olduğu ileri sürülebilir.

Askeri Ceza Kanunu'ndaki bu düzenleme dışında vatana ihanete dair TCK veya başka herhangi bir ceza kanununda belirleme bulunmamakta, bu husus Anayasa m. 105/3 uyarınca¹⁵⁷ cumhurbaşkanının sorumluluğuna gidilebilmesi açısından önem arz etmektedir. Fakat hangi fiillerin vatana ihanet teşkil ettiği hususunda 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi, 1982 Anayasası da sessiz kalmaktadır.

Vatana ihanet suçlarının tespiti bakımından gündeme gelebilecek bir düzenleme ise, 06.07.1960 tarihli 15 sayılı "Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesine fıkra eklenmesi ve 56 ncı maddesinin kaldırılması hakkında geçici Kanun" dur. Bu Kanun'a göre¹⁵⁸;

Türk Ceza Kanununun 56 ncı maddesi kaldırılmıştır.

Yukarıki madde hükmü, bu kanunun yürürlüğe girmesi tarihinden önce işlenmiş olan ve Türk Ceza Kanununun 125 -133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163 üncü maddelerinde yazılı bulunan Vatana hıyanet suçları hakkında da uygulanır.

"Madde 1- Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

«Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur.»

Madde 2- Türk Ceza Kanununun 56 ncı maddesi kaldırılmıştır.

Madde 3- Yukarıki madde hükmü, bu kanunun yürürlüğe girmesi tarihinden önce işlenmiş olan ve Türk Ceza Ka-

¹⁵⁷ "Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayımın en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayımının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır."

¹⁵⁸ 11 Temmuz 1960 tarihli 10548 sayılı Resmi Gazete, <http://goo.gl/iZRHHH>, e.t. 10.10.2015.

nununun 125 -133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163 üncü maddelerinde yazılı bulunan Vatana hıyanet suçları hakkında da uygulanır.

Madde 4- Bu kanun yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe girer.

Madde 5- Bu kanunu Bakanlar Kurulu yürütür.”.

Bu Kanun’un 3. maddesiyle TCK m. 125-133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163. maddelerde yer alan suçların vatana hıyanet suçu olduğu tespit edilerek, 765 sayılı TCK’nın 56. maddesinin geçmişe yürüyecek şekilde uygulanmasının önünde geçilmiştir. TCK’nın bu Kanun’la yürürlükten kaldırılan 56. maddesine göre;

“Cürmü işlediği vakit on sekiz yaşını bitirmiş olupta yirmi bir yaşını bitirmemiş ve hüküm zamanında altmış beş yaşını geçmiş olanlar hakkında idam ve müebbed ağır hapis cezasına bedel 24 sene ağır hapis cezası hükmolunur.

Müebbed sürgüne bedel beş sene müddetle muvakkat sürgün cezası verilir.

Sair hallerde cezanın altında biri indirilir”.

Görüldüğü üzere 15 sayılı Kanun Cumhurbaşkanı Celal Bayar’ın yargılanmasının önünü açmak ve yaş haddi nedeniyle cezasında indirimle gidilmesini engellemek adına getirilmiş, somut olaya münhasır geçici bir kanundur. Zira 1924 Anayasası m. 41’e göre Cumhurbaşkanı ancak vatana ihanetten sorumlu tutulabilmektedir. Bu nedenle Celal Bayar’a isnad edilecek suçların vatana ihanet şemsiyesi altında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla bir kanun çıkarılmak suretiyle vatana ihanet kavramının içi doldurulmuştur. Diğer yandan bu konuda geçici bir kanun yapılarak, kanunun uygulanabilirliği sınırlanmıştır. Bu nedenle doktrinde de kabul edildiği üzere bu Kanun, vatana ihanet suçu bakımından bağlayıcı bir nitelik arz etmemektedir¹⁵⁹.

Konu hakkında 13.07.1960 tarihli 10550 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 07.07.1960 tarihli Sâkıt ve sabık Cumhurbaşkanının Yüksek Adalet Divanında muhakeme edilmesine dair 2 no’lu kararına da değinmek gerekmektedir. Bu karar uyarınca;

¹⁵⁹ Çetin Özek, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler*, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967, s. 82; Zafer Gören, *Anayasa ve Sorumluluk*, 2. bs., Ankara, Adalet Matbaacılık Tic.Ltd.Şti., 1995, s. 61.

“Sâkât ve sabık Cumhurbaşkanının; ilişik gerekçe belirtilen sebepler muvacehesinde, Anayasa’nın 41 inci maddesinin 1 inci cümlesine dayanılarak, Türk Ceza Kanununun 125, 141/3, 146 ve 149 uncu maddelerinde yazılı suçlardan dolayı sorumlu olduğuna ve Yüksek Adalet Divanında muhakeme edilmesine, Türkiye Cumhuriyeti Milli Birlik Komitesinin 7 Temmuz 1960 tarihli toplantısında ittifakla karar verilmiştir.”

Bu kararlar eski Cumhurbaşkanı Celal Bayar’ın kendisine isnat edilen Türk Ceza Kanunu’nun 125¹⁶⁰, 141/3¹⁶¹, 146¹⁶² ve 149¹⁶³

¹⁶⁰ 5237 sayılı TCK kapsamında 302. maddede düzenlenen “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak” suçuna tekabül eden 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu madde 125’e göre;

“Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir Devletin hakimiyeti altına koymağa veya Devletin istiklalini tenkise veya birliğini bozmağa veya Devletin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmağa matuf bir fil işliyen kimse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasile cezalandırılır.”

¹⁶¹ 765 sayılı TCK’nın 3/12/1951 tarih ve 5844 sayılı Kanununun ile değişikliğe uğrayan 141/3. maddesine göre;

“Amacı Cumhuriyetçiliğe aykırı olan veya demokrasi prensiplerine aykırı olarak Devletin tek bir fert veya bir zümre tarafından idare edilmesini hedef tutan cemiyetleri kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler sekiz yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.”

¹⁶² 5237 sayılı TCK m. 309’da düzenlenen Anayasayı ihlal suçuna karşılık gelen 765 sayılı TCK m. 146’ya göre;

“Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men’e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkum olur.

65 inci maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek bir kaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasım toplandıği mahallerde nutuk irat veyahut yafta talik veya neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur.

(Ek fıkra: 06/07/1960 - 15/1 md.) Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer’i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur.”

¹⁶³ 765 sayılı TCK m. 149’a göre ise;

“Her kim Hükiümet aleyhine halkı silah veya uyuşturucu yahud boğucu veya yakıcı gazlar veya patlayıcı maddeler kullanmak suretile isyana veya Türkiye ahalisini birbiri

uncu maddelerinde yazılı suçlardan dolayı yargılanmasının yolu açılmıştır.

Söz konusu Kararın devamına baktığımızda, “vatana ihanet” kavramı hakkında doktrine de atıfta bulunulan açıklamalara yer verildiğini görmekteyiz. Karar gerekçesinin 5. paragrafının son cümlesine göre;

“Anayasamızda kullanılan ‘Hiyaneti vataniye’ tabiri teknik mânada muayyen bir suçun adını ifade etmeyip muhtelif kanunlarımızda mevcut birçok suçta ihtiva eden genel bir terimdir.”.

Komite bu ifadesiyle vatana ihanetin belli bir suç olmayacağı yönündeki görüşleri destekler bir şekilde karar vermiştir. Kararın devamında 1924 Anayasası’nın suç ve cezanın tespiti hususunda bilerek suskun kaldığını ileri sürerek bu görüşünü 1924 Anayasası’nın hazırlık çalışmalarındaki tutanaklara dayandırmıştır¹⁶⁴.

Komite hangi suçların vatana ihanet sayılması hususunda takdirin meclise ait olduğunu belirtmesine rağmen, söz konusu kararında bu yönde bir tespit de bulunmuştur;

aleyhine silahlandırarak mukateleye teşvik eylerse yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasile cezalandırılır.

Eğer bu teşvik neticesi olarak isyan veya kıtıl zuhur etmişse buna sebebiyet veren veya asilere kumanda eden kimseler hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası verilir. Bu cürümlere yalnız iştirak etmiş olanlar altı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasile cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada yazılı silahlar ve diğer maddeler yalnız bir yere depo edilmiş olsa dahi isyan silahlı sayılır.”

¹⁶⁴ “...Celâl Nuri Bey (Gelibolu) — **Birtakım hususatta bir hâdisе vuku bulacak, ki bu hâdisede fevkalâde, harikulade ve belki milletin tarihinde bir tek hâdisе zuhur edecek, ki onun üzerine Heyeti Celile düşünür ve bunun tarzı muhakemesini, ne yapacağını ve nasıl tesviye edeceğini o zaman tesbit eder. Yoksa ortada fol yok yumurta yok iken Reiscumhur gibi bir zatiâlinin müstelzimi mücazat bir hareketten dolayı ne suretle mesul tutulacağını tedbir etmek doğru olamaz. Lehistan Kanunu Esasisinin Feridun Fikri Bey tarafından okunan ilk maddesi bizim tanzim ettiğimiz maddeye şebihtir. Üst tarafına gelince, onlar biraz ileriye gidere bazı mesuliyetlerin nasıl Meclis tarafından ve ekseriyetle tensip edileceğini göstermişlerdir ki, bunu da biz zait görürüz. **Bu gibi şeyler hâdiseye bırakılır ve hâdisе neticesinde -hudanekerde öyle bir şey olursa o vakit tesbit edilir.**”, b.y.**

“Yürürlükte olan mevzuatımız muvacehesinde ne gibi suçların hiyaneti vataniye mefhumuna girdiğinin tesbitine gelince: 1920 tarihli ve 2 sayılı Hiyaneti Vataniye Kanununda yazılı suçlardan maada Askerî Ceza Kanununun 3 üncü babında «hiyanet» matlabını taşıyan 1 inci faslındaki cürümler ve Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci babının 1 ve 2 nci fasıllarında yer alan suçlar, vatana hiyanet teşkil ederler. Gerçekten sözü geçen suçlar Devletin iç ve dış şahsiyetini, birlik ve bütünlüğünü ve emniyetini doğrudan doğruya ilgilendirmekte olup bu fiilleri suç saymakla kanunen hukuki değer ve menfaat, Devletin esas ve temellerinin hukuka aykırı bir tarzda ihlâl edilmesini sağlamaktan ibarettir. Nitekim yabancı kanunlardan Alman Ceza Kanunu ile İsviçre Ceza Kanunu da bu suçlardan birçoğunu vatana hiyanet matlabı altında düzenlemektedirler.”

Komite vatana ihanet suçlarının içeriğine dair bu tespitlerinin ardından kararın devamında 765 sayılı TCK m. 146’da düzenlenen anayasayı ihlal suçuna değinmiştir.

Bu başlık altında görüldüğü üzere Türk hukukunda vatana ihanet tıpkı Roma, Cermen ve İngiliz hukukunda olduğu gibi devlete karşı işlenen suçlar ile bağlantılı ve zaman içerisinde değişim gösteren bir kavramdır. Fakat Türk hukukunda dikkate şayan husus, zaman içerisinde bu kavramın pozitif hukuk alanından ve ardından da ceza kanunlarından çıkarılmasıdır. Nitekim hali hazırda Askeri Ceza Kanunu’nu bir yana bırakırsak, vatana ihanet sadece 1982 Anayasası’na göre cumhurbaşkanının sorumluluğuna gidilmesi bakımından gündeme gelmekte olup, hangi fiillerin vatana ihanet arz edeceği belirli değildir. Yani tarihsel sürece baktığımızda açıkça “vatana ihanet” kavramı yerine, devlete veya devlet başkanına isyan ile devlet başkanına ihanet suçları zikredilmiş, sonraları devlet düzeni ve anayasayı ihlal suçları bunlara eklenmiştir.

SONUÇ

İhanet kavramı insan topluluklarının oluşumundan itibaren varlığını sürdüren bir kavramdır. İlkel formunu, insanların ilk olarak *aile* çerçevesinde örgütlenmesiyle *pater familias*’a karşı işlenen suç şeklinde bulguladığımız bu kavram, devletlerin güçlenmesiyle devlete ve devlet başkanına karşı işlenen suç yani vatana ihanet olarak karşımıza çıkmış-

tır. Bununla birlikte güven ilişkisi ve sadakati onun antropolojik boyutu olarak da değerlendirebileceğimiz bir tarihi birikim söz konusudur.

Günümüzde çoğu devletin anayasasında ya da ceza kanununda *vatana ihanet* yer almaktadır. Fakat tüm zamanlarda ve mekanlarda geçerli olacak bir tanım vermek mümkün değildir. Zira bu kavram dönemin siyasal ve toplumsal koşulları, özellikle egemenlik kavramı ile değişim geçirmektedir. Bu nedenle çalışmamızda, Türk hukuku ve siyaset literatüründe de sıklıkla zikredilen bu kavramın günümüz devletlerinde ne şekilde yorumlandığından ziyade, kavramın nasıl ortaya çıktığına odaklanılmıştır.

Tarihsel inceleme kapsamında yabancı literatürdeki genel inceleme anlayışı esas alınarak öncelikle Roma, sırasıyla Cermen ile İngiliz hukuku ve en son da Türk hukukunda vatana ihanetin gelişimini ortaya koyduğumuz çalışmamızda dikkate şayan husus, kavramın her dört hukuk alanında kendi içerisinde de zamanla farklılık gösterdiğiidir. Söz gelimi, tarihsel süreçte İngiltere’de çok sayıda vatana ihanet kanunu kabul edilmiş ve kimi zaman tehlike arz etmeyecek fiiller bu suç kapsamına alınmıştır. Fakat sonuç olarak belirtilmesi gerekir ki farklı zamanlarda değişik fiillerden oluşan vatana ihanet, temel olarak kişinin kendi devlet başkanı veya devleti aleyhine işlenen suçlardır.

KAYNAKÇA

- “Historical Concept of Treason: English, American”, **Indiana Law Journal**, Vol. 35, Iss. 1, Article 4, 1959, s. 70-80.
- 11 Temmuz 1960 tarihli 10548 sayılı Resmi Gazete, <http://goo.gl/iZRHHH>, e.t. 10.10.2015.
- Abbott, Jacob, **History of King Charles the First of England: with Engravings**, New York: Harper & Brothers, Publishers, 1848.
- Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, s. 842’den naklen, Doğan Soyaslan, “Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması T.C.K.’nun 146. maddesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 10, 1993, s. 57-90.
- Akbulut, İlhan, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S.1, 2003, s. 167-181.
- Arsal, Sadri Maksudi, **Türk Tarihi ve Hukuk**, İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Arsal, Sadri Maksudi, **Umumi Hukuk Tarihi**, Üçüncü Tabı, İstanbul, 1948.
- Aston, W. D., “Law Problems of Roman Criminal Law”, **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Vol. 13, No. 2 (1913), s. 213-231.
- Avcı, Mustafa, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, İstanbul, Bilimevi Basın Yayın Ltd. Şti., 2004.
- Aydın, Melikşah, “İslam Hukukuna Göre İsyân (Bağy) Suçu ve Cezası”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 2, 2015, 49-77.
- Bauman, Richard Alexander, **Study of the Crimen Maiestatis Imminutae in the Roman Republic and Augustan Principate**, Thesis Submitted for the Degree of Doctor of Philosophy of the University of the Witwatersrand, October 1953,
- Bayraktar, Köksal, **Siyasal Suç**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Bisoukides, Pericles, **Der Hochverrat, Eine Historische und Dogmatische Studie**, Berlin 1903.
- Bosnos, Karen, **Treason and Traitors in Norman and Anglo-Norman History, c. 1066-1135: Representation, Discourse, Practice**, An Abstract of A Dissertation Submitted to the Faculty of the Graduate School of Emory University in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Department of History, 2007.
- Brazao, Michael, “Who’s your daddy ? Explaining the Rise of Roman Criminal Law”, **The McGill Journal of Classical Studies**, Vol. III, 2005, s. 13-38.
- Carlton, F. W. Larson, “The Forgotten Constitutional Law of Treason and the Enemy Combatant Problem”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 154, No. 4 (Apr., 2006), s. 863-926.
- Coleman-Norton, P. R., **The Twelve Tables**, <https://goo.gl/PvMsZM>, e.t. 12.02.2017.

- Colunga, Isaac J., "Untangling A Historian's Misinterpretation of Ancient Rome's Treason Laws", **The Journal Jurisprudence**, 2011, s. 11-36.
- Dodge, Walter Phelps, **King Charles I**, London: John Long Limited, 1912.
- Dolan, Frances E., "The Subordinate(s) Plot: Petty Treason and the Forms of Domestic Rebellion", **Shakespeare Quarterly**, Vol. 43, No. 3 (Autumn, 1992), s. 317-340.
- Durmuş Tezcan, "Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısına Göre Vatana İhanet Suçları ve Millî Yararlara Aykırı Hareketler", **Manisa Barosu Dergisi**, 1988/Temmuz, No: 26, 1-17.
- Muzaffer Dülger, "Her Devrin Adamı-Thomas More Davası", **Hukuku Sinemada Görmek**, (Der. Sevtap Metin), İstanbul, Tekin Yayınevi, 2005, s. 133-154..
- Eichensehr, Kristen E., "Treason in the Age of Terrorism: An Explanation and Evaluation of Treason's Return in Democratic States", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 42, s. 1443-1507.
- Ekinci, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku-Adalet ve Mülk**, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2008.
- Elton, G. R., "The Law of Treason in the Early Reformation", **The Historical Journal**, Vol. 11, No. 2 (1968), s. 211.
- Fatih Sultan Mehmed, **Kânûnnâme-i Âl-i Osman**, (Haz. Abdülkadir Özcan), Osmanlı Tarih Kaynakları 6, Kitabevi, İstanbul, 2003.
- Fellowes, W. D., **Historical Sketches of Charles The First, Cromwell, Charles The Second, ? and The Principal Personages of That Period; Including The King's Trial and Execution**, London, Printed For J. Murray, 1828.
- Gökçen, Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987.
- Gömeç, Saadetin, "İslam Öncesi Türk Tarihinin Kaynakları Üzerine", **Tarih Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 31, s. 51-92.
- Gören, Zafer, **Anayasa ve Sorumluluk**, 2. bs., Ankara: Adalet Matbaacılık Tic.Ltd. Şti., 1995.
- Hassan, Ümit, "Siyasi Suç Kavramı", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 26, S. 1, 1971, s. 197-217.
- Hast, Adele, "State Treason Trials during the Puritan Revolution, 1640-1660", **The Historical Journal**, Vol. 15, No. 1 (Mar., 1972), s. 37-53.
- Hüseyin Namık Orkun, **Eski Türk Yazıtları**, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları: 529, 1994.
- John N. Hazard, William B. Stern, "Exterior Treason": A Study in Comparative Criminal Law, **University of Chicago Law Review**, Vol. 6, Iss. 1, Article 6, 1938, s. 77-91.
- Knitschky, W.e., **Das Verbrechen des Hochverraths**, Jena Mauke's Verlag, 1874.

- Kuran-ı Kerim Diyanet Meali, <https://goo.gl/7xVLUL>.
- Lear, Floyd Seyward, "Crimen Laesae Maiestatis in the Lex Romana Wisigothorum", **The University of Chicago Press**, Vol. 4, No. 1 (Jan., 1929), s. 73-87.
- Lear, Floyd Seyward, **Treason and Related Offences In The Anglo-Saxon Dooms**, The Rice Institute Pamphlet, Volume XXXVII, No. 1, July, 1950.
- Lear, Floyd Seyward, **Treason and Related Offences in Roman and Germanic Law**, Rice Institute Pamphlet - Rice University Studies, Vol. 42, No. 2 (1955).
- Lockwood, Matthew, "From Treason to Homicide: Changing Conceptions of the Law of Petty Treason in Early Modern England", **The Journal of Legal History**, Vol. 34, No. 1, s. 31-49.
- McBain, Graham S, "High Treason: Killing the Sovereign or Her Judges", **Kings Law Journal**, Vol. 20, No. 3 (2009), s.457-488.
- Mcconkie, J. Taylor, "State Treason: The History and Validity of Treason Against Individual States", **Kentucky Law Journal**, Volume 101, s. 281-336.
- McKinney, Hayes, "Treason under the Constitution of the United States", **The Virginia Law Register**, Vol. 3, No. 11 (Mar., 1918), s. 801-826.
- Merrill, Elmer Truesdell, "Some Remarks on Cases of Treason in the Roman Commonwealth", **The University of Chicago Press Journals**, Vol. 13, No. 1 (Jan., 1918), s. 34-52.
- Mommsen, Theodor, **Römische Geschichte**, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1856.
- Mommsen, Theodor, **Römisches Strafrecht**, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1899
- Muhametgalieva, Safia Hamitovna/ Muhametgaliev, Iskandar Gabdulvalievich/ Kuzmenko,
- Valentina Igorevna, "Influence of the Roman Law on Formation of the Romano-Germanic Legal Family", **Review of European Studies**, Vol. 7, No. 6, 2015, s. 186-193.
- Muhammed Ebu Zehra, **İslam Hukukunda Suç ve Ceza**, (Çev. İbrahim Tüfekçi), İstanbul, Kitabevi, 1994.
- Neville, C. J., "The Law of Treason in the English Border Counties in the Later Middle Ages", **Law and History Review**, Vol. 9, No. 1 (Spring, 1991), s. 1-30.
- Orr, D. Alan, **Treason And The State-Law, Politics and Ideology in the English Civil War**, Cambridge University Press, 2002.
- Özek, Çetin, "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", **İÜHFİM**, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 597-683.
- Özek, Çetin, **Devlet Başkanına Karşı Suçlar**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, 1970.

- Özek, Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler**, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967.
- Penrose, Mary Margaret, "The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law", **Santa Clara J. Int'l L.**, Vol 7, Issue 2, 2010, s. 85-143.
- Perné, Walter, **Zur Entwicklung des Crimen Maiestatis von der Republik bis Zum Ende des Iulisch-Claudischen Hauses**, Diplomarbeit Zur Erlangung des Akademischen Grades Magister Philosophiae, Wien, im Jänner, 2004.
- Reznek, Samuel, "Constructive Treason by Words in the Fifteenth Century", **The American Historical Review**, Vol. 33, No. 3 (Apr., 1928), s. 543-545.
- Reznek, Samuel, "The Early History of the Parliamentary Declaration of Treason", **The English Historical Review**, Vol. 42, No. 168 (Oct., 1927), s. 497-513.
- Rose, Mischa Jayne, **Malory's Morte Darthur and the Idea of Treason**, Bangor, U.C.N.W., 1992.
- Shapiro, Alexander H., "Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in Criminal Procedure: The Origins of the Treason Trials Act of 1696", **Law and History Review**, Vol. 11, No. 2 (Autumn, 1993), s. 215-255.
- Thornley, Isobel D., "Treason by Words in the Fifteenth Century", **The English Historical Review**, Vol. 32, No. 128 (Oct., 1917), s. 556-561.
- Trueman, C. N., "Mary Queen Of Scots", **The History Learning Site**, 17 Mar 2017, <http://goo.gl/g6rdZR>, e.t. 10.03.2017.
- <https://goo.gl/cz5Zmc>, e.t. 10.03.2017.
- <https://goo.gl/jfDuZz>, e.t. 10.03.2017.
- <https://goo.gl/x2Gnho>, e.t. 15.04.2017.

Tanrının Siyasetinden Siyasetin Tanrısına Egemenlik Kuramının Dönüşümü



Ar. Gör. Haşim ÖZPOLAT*

ÖZET

Modern bir kurgu olarak egemenlik kuramı, daima siyaset bilimi ve hukuk tartışmalarının merkezinde yer almıştır. Modern hukuk ve devletin, devletler ile muhatapları arasındaki ilişkilerin temelini teşkil eden egemenlik kuramı, pek çok yorumcu tarafından incelenmiş ve süreç içinde ciddi dönüşümlere uğramıştır. Modern siyaset ve hukuku anlayabilmek için, bu kavramın ortaya çıkışından bugüne nasıl bir değişim geçirdiğini anlamak gerekir. Egemenlik kuramı, bu makalede üç dönemde incelenecektir: Ortaya çıkmasından önceki dönem, tam olarak ortaya çıktığı dönem ve egemen devlet kurgusunun ciddi eleştirilere uğradığı dönem...

Anahtar Kelimeler: *Egemenlik, Hukuk, Devletin Dönüşümü, Ulus, Temsili Demokrasi*

ABSTRACT

As a modern concept, sovereignty has been main controversial issue of political science and law. Sovereignty, is basis of modern law, embodiment of states and relations between states and its subjects, has been interpreted by so many thinkers and changed dramatically in time. In order to understand modern politics and law, history of how concept of sovereignty has been change before and after it emerged should be understood. The history of sovereignty can be analyzed through three period: Before its appearance, its fully emergence and after harsh critiques of sovereign state system.

Key Words: *Sovereignty, Law, Evaluation of State, Nation, Representative Democracy*

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Modern devletin en önemli unsuru olan egemenlik siyaset düşüncesine 16. yüzyılda girmiştir. Bu tarihten önce de kuramın esaslı unsurları geleneksel siyaset düşüncesinin merkezinde, parçalı şekilde yer alsa da, bu unsurların bir araya gelerek bugün anladığımız manada egemenliği ortaya çıkarması oldukça yenidir. Doktrinde klasik tanımla devletin üç unsurundan biri olarak tanımlansa da, egemenliğin ne olduğu ve hatta bir efsane mi yoksa gerçekten var olup olmadığı dahi tartışmalıdır. Egemenliğin gerçekte var olmadığı, bir efsane olduğu kabul edilse bile, bu efsane dünyayı reel olan şeylerden çok daha fazla etkilemiş, ona bugün sahip olduğu kimliği vermiştir. Bu yüzden modern hukuk, siyaset ve siyasi iktidarı anlayabilmek için egemenliğin ne olduğunu, nasıl ortaya çıktığını anlayabilmek gerekir. Sahip olduğu bu hayati öneme rağmen, belki de tam bu yüzden, egemenliğin ne olduğu hususunda derin fikir ayrılıkları vardır. Kimi siyaset bilimci egemenliğin yalnızca modern siyasi iktidara özgü bir unsur olarak kullanılmasını savunurken; kimi siyaset bilimci ise onu modern öncesi dönemi tanımlarken de kullanmaktadır. Etimolojik tarihine bakıldığında ikinci tip bir kullanım doğru görünse de kelimenin modern öncesi dönemde sahip olduğu anlam ile modern dönemde kazandığı anlam arasında o kadar büyük bir uçurum vardır ki, bu kavramı iki dönem için de kullanmak, uçurumu gözden kaçırmaya, analiz ve tefekkürde bu uçuruma yuvarlanmaya sebep olabilir¹. Bu yüzden bu yazıda egemenlik kavramı yalnızca modern siyasi iktidarın sahip olduğu bir nitelik olarak kullanılacak; geleneksel siyasi iktidarların egemen olmadıkları kabul edilecektir. Klasik tanıma geri dönersek, eğer egemenlik yalnızca modern siyasi iktidarlara mahsus bir özellik ise bu durumda geleneksel siyasi iktidarların devlet olmadığı sonucu ortaya çıkacaktır. Ama yazıda bu farklılık, egemenliğe sahip modern siyasal iktidara modern devlet denilerek belirtilecektir. Son olarak metinde kullanılacak teoloji kavramı, yalnızca tanrısallıkla ilişkili bir kullanımı değil; daha geniş anlamda aşkın/ metafizik şeylere göndermeleri de kapsayan bir anlamda kullanılacaktır.

Konunun anlaşılması bakımından metodoloji ve hangi tarihsel perspektifin tercih edildiğinin belirtilmesinde yarar var. Modern devletin dönüşümünü ele alırken kullanılacak ve meselelerin birçok yö-

¹ Gerard Mairet, "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu", **Devlet Kuramı**. Akal (drl). Ankara: Dost Kitapevi, 2013, 215-245.

nünü aydınlatabilecek çeşitli metotlar vardır. Egemenliğin dönüşümü bir laikleşme anlatısı olarak ele alınabileceği gibi ulusun oluşumu perspektifinden de ele alınabilir². Hakeza iktisadi dönüşüm/ kapitalizmin ortaya çıkışı açısından sunulacak bir egemenlik anlatısı da meseleyi anlamaya yardımcı olacaktır. Ama egemenliğin dönüşümünü 'Bir' olma anlatısı olarak sunmak hem meseleyi anlamada sağlayacağı rahatlık ve hem de yukarıda sayılan metotlarda ele alınacak unsurların bu metot içerisine kolaylıkla dahil edilebilmesine imkân vermesi nedeniyle, bu yazıda egemenlik çok parçalılıktan birliğe doğru bir dönüşüm olarak sunulacaktır. Bu tür bir şemayı yazı okunurken akılda bulundurmamak ve bilgileri bu şemada bir yere oturtmak, bütünlüklü bir tarih kavrayışı için oldukça faydalı olacaktır. Başlamadan belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, izlenen tarihsel çizginin neden tercih edildiği. Egemenlik konusu Roma'daki kökenlerine inilerek ve sonrasında gerçekleşen siyasal dönüşümler ele alınarak incelenebilirdi³. Fakat egemenliğin oluşumunda esas belirleyici olan kilise iktidarı ile dünyevi iktidar arasındaki mücadele olmuştur. Bu yüzden egemenlik kuramının oluşumunu bu tartışmalar ekseninde ele alacağız. Konu edilen düşünürler, kuramın oluşumunda ciddi değişim yaratan düşünürlerdir. Bu yüzden egemenliğin fiili bir karşılık kazanmasında çok önemli bir aktör olan Hugo Grotius bu yazıda ele alınmayacağı gibi Rousseau'nun ulusal egemenlik kuramına katkısı yadsınamayacak olan Sieyes de ele alınmayacaktır. Ele alınan konularla ilgili altı çizilmesi gereken diğer bir husus ise anlatılacak olan kuramsal dönüşümün fiili dönüşüm ile paralellik arz etmediği; ortaya atılan kuramların pratik karşılığının yüzyıllar sonra karşılık bulacağıdır⁴.

A. Egemenlik

Egemenlik, en üstün buyurma yetkisidir. Batı siyaset düşüncesine 16. yüzyılda giriş yapan bu kavram, bu tarihten sonra modern siyaset, devlet ve hukuk ile ilgili her şeyin temeli olacaktır. Peki egemenle geleneksel devletlerdeki iktidarı birbirinden ayıran nedir? Egemenlik neden yalnızca modern devlete özgü bir konsepttir?

² Bu tarz bir inceleme için ibid.

³ Bu tarz bir inceleme için bkz: F. Harry Hinsley, *Sovereignty*, 2. Baskı, Cambridge: Cambridge University Press, 2009,

⁴ Ibid. s.128.

Egemenliğin klasik anlamda iki unsuru vardır: *Autocritas*, iktidarın kaynağı ve *potestas* yani iktidarın kullanımı⁵. Geleneksel dünyada iktidarın kaynağı Tanrı'da görüldüğü için siyasal mücadelenin konusu *potestas*'a kimin sahip olacağı üzerinedir. Her siyasal iktidar kaynağını Tanrı'dan alır ve iktidarının meşruiyeti bu kaynağın iradesine uygunlukla ölçülürdü. Fakat modern devlet bu iki unsuru da kendisinde toplayacak ve varlığı kendinden menkul bir iktidar olarak ortaya çıkacaktır. Bu yüzden modern devlet dışındaki devletler için egemen nitelemesini kullanmak yanlıştır zira onlar yalnızca iktidarın kullanıcılarıdır, “gerçek” sahibi değildirler.

Egemenlik kuramının ortaya çıkışından bahsedebilmek için iktidarın şu üç özelliğe sahip olması gerekir: Mutlaklık, süreklilik ve bölünmezlik. Mutlaklık iktidarın ne Tanrı ne de başka bir iktidar tarafından kısıtlanmamasını ifade ederken süreklilik, egemenliğin belli bir süre için değil, daimî olarak sahip olunması gereken bir yetki olduğunu anlatır. Bölünmezlik ise, egemenliğin tek bir merkezde odaklanması, birden fazla parçaya bölünmemesini ifade eder⁶. *Autocritas* ve *potestas*'ın birliğine doğru gelişen süreçte, bu özellikler de adım adım yapıya dahil olacaktır.

Egemenlik kuramının oluşumunda üç aşama kaydedebiliriz. Bunlardan ilki egemenlik öncesi dönemdir. Bu dönem egemenlik düşüncesini mümkün kılacak düşünsel, siyasal, iktisadi vb. faktörlerin oluştuğu dönemdir. İkinci aşama ise, kuramın ortaya çıkışından ulus egemenliğinin bir vasat olarak kabulüne kadar olan dönemdir. Bu dönemde egemenliğin siyasal dönüşümün dinamosu olduğu söylenebilir. Kiliseye karşı imparatorluk, bu ikisine karşı monarşiler ve sonra monarşiye karşı ulus hakimiyetinin sağlanmasında en önemli düşünsel araç egemenlik olacaktır. Bu dönemde egemenlik siyasal iktidara kimin sahip olacağı tartışmalarında kullanılan bir araç iken, ulus egemenliğinin ortak bir vasat olarak kabulünden sonra artık siyaset düşüncesi iktidarın kimliğinden çok niteliğine odaklanacaktır. Dolayısıyla bu iktidarların en önemli parçası olan egemenlik pek çok eleştiriye muhatap olacaktır. Bu da egemenliğin üçüncü dönemidir. Egemenliğin hedeflenen geleceğe

⁵ H. Emreh Beriş, *Küreselleşme Çağında Egemenlik*, 1. Baskı, Ankara: Lotus, 2006, s.30.

⁶ Abdurrahman Saygılı, “Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış”, *AÜHFD*, 63-1 (2014), 185-198.

değil, aşılımaya çalışılan geçmişe ait olduğu bu son dönemde, egemenlik kuramı mevcut iktidarı (kilise, imparatorluk, monarşi) zayıflatmak için kullanılan bir araç pozisyonundan, zayıflatılmak istenen iktidarın (ulus devlet) ayrılmaz parçasına evrilecek, sert eleştirilere muhatap olacaktır.

Bu yüzden ilk olarak egemenliğin kökenine inilip, egemenliğin hayat bulduğu geleneksel Hristiyan siyaset düşüncesi hakkında bir inceleme yapılacak; sonrasında egemenlik kuramının oluşumuna değinilecektir. En sonunda ise egemenlik kuramının çağdaş dönemde yaşadığı dönüşümler üzerinde durulacaktır.

B. Modern Öncesi Dönem

Egemenliğin kökenine inerken Hristiyan siyaset düşüncesinde tartışmalı bir dini-tarihi figür olarak karşımıza çıkan İsa'nın fikirleri ile başlamak yerinde olacaktır. Pagan Roma Devleti hakimiyeti altında yaşayan Yahudi halkına mensup olan İsa'nın, siyaset ile ilgili bilinen en meşhur sözü "Sezar'ın hakkını Sezar'a, Tanrı'nın hakkını Tanrı'ya"dır. Her ne kadar bu sözden din ve dünya işlerinin ayrı olduğu gibi bir anlam çıkıyorsa da böyle bir sonuca varmak yanıltıcı olacaktır⁷. İsa'nın düşüncelerine bir bütün olarak bakıldığında karşımızda dünyaya karşı pasifist duruş sergileyen bir karakter görürüz⁸. Onun için dünyevi iktidar, uğruna mücadele edilmeye değmez bir şeydir. İsa'da dünyevi iktidara karşı bir olumlama olmadığı gibi ona karşı bir mücadele çağrısı da bulunmaz⁹. İsa mistik bir figürdür. Dünya ve dünya işleri onun için olumsuz şeylerdir. Hristiyanlık siyaset düşüncesinin asıl kaynağını ise Paulus'un görüşlerinde buluruz. İsa'nın görüşlerinde "düzeni tanrısalılaştırmadan kabullenmek" ve siyasetten kendini uzat tutma şeklinde var olan tutum, Paulus'ta iktidarın niteliğine bakılmaksızın bir itaate dönüşür¹⁰. Bu aşamadan sonra, Paulus'un *omnis potestas a deo* yani bütün iktidarlar tanrıdan gelir sözü yüzlerce yıl sürecek bir düşünsel- siyasal yapı ve çatışmaların ilk adımı olacaktır.

⁷ Ayhan Yalçınkaya, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*. Ağaoğulları (drl). İstanbul: İletişim Yayınları, 2016, s.205.

⁸ Meşhur Dağdaki Vaaz okunduğunda görülecektir ki, karşımızda dünyada devrim yaratmaya çalışan bir lider değil, insanları dünyevi arzu ve ihtiraslardan kurtarmaya çabalayan bir keşiş vardır.

⁹ Ibid. s.215.

¹⁰ Ibid. s.215.

Batı Roma'nın yıkılmasından sonra, kendisini Batı Roma'nın varisi ilan eden Doğu Roma'ya karşı özerkliğini korumak için Papa 1. Gelasius 494 yılında yazdığı mektupta uhrevi otorite ile dünyevi otorite arasına çizgi çizerek, Kilise'nin özerkliğini korumaya çalıştı¹¹. Daha sonra İki Kılıç Kuramı olarak adlandırılacak bu görüşe göre, Tanrı'nın yeryüzünde iki kılıcı vardır ve bu kılıçlardan biri Kilise eliyle, diğeri ise dünyevi iktidar eliyle kullanılır. Dünyevi iktidar karşısında zayıf bir konumda bulunan Kilise'nin bu tavrı, zaman içinde gücünün artmasıyla değişecektir. Batı Roma'nın yıkılmasıyla Avrupa'nın en büyük feodal beyi ve en örgütlü yapısı olarak ortaya çıkan Kilise, daha önce mütevazı davrandığı dünyevi iktidar konusunda, daha cüretkâr davranmaya başlayacaktır. Kilise ilkin, bahsedilen iki kılıcın da Kilise'ye ait olduğunu fakat dünyevi kılıcın kirli olması nedeniyle Kilise adına dünyevi iktidar tarafından kullanıldığı iddiasını ortaya attı¹². Bu hususta en radikal iddiaları ortaya atan ve bu iddiaların pek çoğuna gerçeklik kazandıran Papa 7. Gregorius oldu. Gregorius, Kilise'nin vazifesinin yalnızca Hristiyanlar'ın ruhlarını kurtarmak olmadığını, aynı zamanda Hristiyan olmayanları da dine kazandırmak olduğunu bu yüzden Kilise'nin göklerin krallığı kadar, yeryüzünün krallığının da gerçek sahibi olduğunu iddia etti¹³.

Egemen iktidarın doğuşundan önce Kilise ile dünyevi iktidar sahipleri arasında yaşanan bu *potestas*'in kime ait olduğu sorunu Avrupa'da ciddi krizler yaratıyordu. Bu tartışmaların taraflarından birinin Kilise olması, din dışı bir siyaset düşüncesinin doğmasına neden oldu. Fakat bu süreç bir anda değil, kademeli bir şekilde gerçekleşti. Bu süreç için bir parçası (*autocritas*) aşkın bir kaynaktan, Tanrı'da olan; diğeri bir parçasının (*potestas*) kime ait olduğu büyük çatışmalar doğuran egemenlik, 14.yy'a doğru ortaya çıkmasa bile, skolasizmin doğurduğu yeni fikirlerle kokusunu duyuracaktır. Bu süreç içinde değinilmesi gereken ilk isim *autocritas*'ı tanrısal makamdan alıp, yeryüzüne indiren Padovalı Marsilius'tur.

¹¹ Ibid. s.225

¹² Ibid. s.251.

¹³ Gerard Mairet, "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu", **Devlet Kuramı**. Akal (drl). Ankara: Dost Kitapevi, 2013, 215-245.

C. Modern Egemenlik Kuramına Doğru

1. Padovalı Marsilius

Papa 7. Gregorius tarafından ortaya atılan iddialara itirazlar getiren isimlerin başında Padovalı Marsilius gelir. İtalyan şehir devletlerinden Padova'da doğan Marsilius Papa 22. John ile Kutsal Roma İmparatoru 4. Louis arasındaki mücadelede imparatorun safında yer alır. 1324 senesinde *Defensor Pacis* (Barışın Koruyucusu) adlı eserini yazan Padovalı, kendi çağı için oldukça radikal bir çözümleme ile dünyevi otoriteyi dini otoriteden ayırır. Aquinolu Thomas'ın, toplumu tanrısal bir yarar gereğince oluşmuş bir yapı olarak gören düşüncelerini eleştiren Marsilius, hiçbir toplumun böyle var olmadığını söyler¹⁴. Toplumun oluşumunu bütünüyle dünyevi bir zemine oturtarak toplumun temelinde mübadelenin bulunduğunu iddia eder. Buna göre insanlar tek başlarına karşılayamayacakları ihtiyaçlarını temin etmek için bir araya gelerek toplumu oluşturmuşlardır. Bu yapıda insanlar bir yandan kendi ihtiyaçları için üretim yaparlar, diğer yandan üretmediklerini mübadele yolu ile temin ederler. Padovalı, toplumun dua edenler (*oratores*), savaşanlar (*bellatores*) ve çalışanlar (*laboratores*) sınıflarından oluştuğunu söyleyerek geleneksel statik toplum düşüncesini devam ettirir¹⁵. Her sınıf kendi üzerine düşen vazifeyi yerine getirmek ve diğer sınıfların ihtiyaç duyduğu şeyi üretmek zorundadır. Savaşçılar kişinin maddi varlığını korumak ve kurtarmakla yükümlü iken dua edenler/ruhbanlar diğer sınıfların ruhlarını kurtarmakla yükümlüdür. Çalışanlar ise hem kendileri hem de bu diğer iki sınıf için gerekli olan gündelik ihtiyaçları üretmekle yükümlüdür. Görüldüğü gibi Padovalı'nın düşüncesinde hayat için gerekli olan şeyler arasında ruhun kurtuluşu da vardır. Toplum bu sınıfların uyumu ile var olur. Bu geleneksel statik toplum yapısı algısına rağmen onun fikirlerini seleflerinden farklı kılan bir husus vardır. Geleneksel yapıda bu statik yapının Tanrı'nın iradesi sonucu oluştuğu ve kralın kral olmasına, serfin serf olmasına neden olanın Tanrı'nın iradesi olduğu anlayışı var iken, Padovalı'da bu toplumsal sınıflar din-dışı bir yasa sonucu oluşmuşlardır. Her iki toplum tipinde de hükümdarın görevi, toplumu bir bütün olarak meydana getiren yasayı korumaktır. Ama geleneksel algıda bu yasa Tanrı'nın iradesi iken, Padovalı'da bu

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

yasa dünyevi bir yasadır, mübadeledir. Bu yüzden Padovalı'nın kuramında hükümdarın iktidarı laikleşmiş, din-dışı bir alanda konumlandırılmıştır¹⁶. Toplumun oluşumu anlatısından tanrısal iradenin çıkarılışı, ruhban sınıfını da siyaset dışına itmiştir, toplumun varlığı dünyevi zemine kaydırılmıştır. Ama yine de Padovalı'da egemenlik düşüncesinin var olduğunu söylemek doğru değildir. Çünkü her şeyden önce devletin temelinde ilahi olmasa da toplumu önceleyen bir yasa vardır. Modern devletin kaynağı kendinden menkul varlığı, Padovalı için yabancıdır. Padovalı'da *autocritas*'ın Tanrı'dan alınıp yeryüzüne indirildiği söylenebilir. Fakat bu iktidarın ilkesi/yasası hala devletin dışında bir yerdedir. Bu ilkenin oradan alınıp devletin varlığına dahil edilmesi gerekir. Zira bu unsurun devlete içkin kılınmasının imkân vereceği yasa koyma yetkisi, Padovalı için düşünülemez bir şeydir¹⁷.

2. Machiavelli

Machiavelli, 1469 senesinde, İtalya'nın Floransa şehrinde, hümanist bir çevrede dünyaya geldi. Floransa şehri, cumhuriyet niteliği ağızlarda bir sözcükten ibaret kalmış, Medici ailesi tarafından idare edilen İtalya'nın önemli şehir devletlerindendi. 1494 senesinde, bir halk isyanı sonucu Medici ailesi alaşağı edilir ve 1498 senesine kadar Savonarola idaresinde teokratik bir yönetim hakim olur. Bu tarihten sonra ise "Onlar Kurulu" adı verilen bir kurul tarafından idare edilen gerçek bir cumhuriyet haline gelen şehirde, Machiavelli bu kurulun sekreterliği görevine atanır. Bu sayede Avrupa'nın çeşitli ülkelerine gitme ve önemli isimlerle tanışma fırsatı bulur. Fakat 1512 senesinde Medici'lerin Floransa idaresini tekrar ele geçirmeleri üzerine, sekreterlik görevinden alınır. İlerleyen tarihlerde gerçekleşen bir suikast komplosuna karıştığı gerekçesiyle tutuklanan ve işkence gören Machiavelli serbest bırakıldıktan sonra, şehir dışındaki çiftliğine çekilir ve orada en önemli eseri olan Hükümdar'ı kaleme alır. II. Lorenzo Medici'ye ithaf edilen bu eseriyle Machiavelli, hem yeniden devlet mekanizmasında bir vazife almayı ve hem de yeni lideri doğru bildiği yola sevk etmeyi amaçlar¹⁸. Bu maksatlarında muvaffak olamasa da, Machiavelli bu eseriyle siyaset düşüncesi tarihinin en çok tartışılan ismi haline gelecektir. Kimileri

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ross King, *Machiavelli- İktidar Filozofu*, 1. Baskı, İstanbul: Alfa, 2011,

onu “İhtiyar Nick” (Old Nick) olarak anacaktır ki bu şeytanın isimlerinden birisidir. Kimileri ise onu despot ve tiranların dalkavuşu olarak lanetleyecek¹⁹, pek çok kişi ise onu özgürlüğün savunucusu olarak selamlayacaktır.

Machiavelli her ne kadar hümanist bir çevrede büyümüşse de, insana dair kavrayışı oldukça kötümserdir ya da belki de sadece realisttir. Machiavelli için her insan elde etme arzusu ile dolu ve bu arzuyu tatmin için her şeyi yapabilme kabiliyetine sahip bir varlıktır. Bu yüzden insanlar arası ilişkiler, aynı zamanda bu elde etme arzularının çarpıştığı bir savaş meydanı, her insan teki de bir diğeri için devrilmesi gereken bir duvar, bir engeldir. Machiavelli’nin siyaset algısının temelini bu insan algısı oluşturacaktır. Machiavelli, hükümdarlık etmek isteyen kişinin öncelikle etrafındaki insanları tüm kötülükleri ile kabul edip, tanımasını ve hareketlerini bu gerçek doğrultusunda belirlemesini tavsiye eder. Kendisinden önce yazılmış olan hükümdara tavsiye kitaplarının öngördüğü konvansiyonel ahlak kaidelerine uymaya çalışan bir hükümdarın, iktidarı arzulayan ve bunu elde etmek için her şeyi yapabilecek insanlar arasında, kurtların arasındaki koyun olacağını farkındadır. Bu koyun İsa’nın sürüsünden olsa bile, kurtların arasında payına düşecek olan, pençe ve dişlerden fazlası olmayacaktır²⁰. Bu yüzden kurtlar arasında hüküm sürmek isteyen kişi, yalan, zulüm ve iki yüzlülükten çekinmemelidir. Machiavelli için bunların iyi ya da kötü olarak kabul edilmesinin bir önemi yoktur. Doğru ya da yanlış; gerçek budur. Hükümdar yani iktidarının devamı, devletin düzen ve güvenliği anlamına gelen kişi, sadece kendisi için değil tebaası için de cehenneme gitmeyi göze almalıdır. Hükümdar bu iktidarı korumak adına ahlaken iyi kötü veya doğru yanlış olduğuna bakmaksızın, her türlü

¹⁹ Jean Bodin onu Avrupa’da yaşanan kaos ve çatışmaların müsebbibi olarak görecektir fakat bu Floransalı sekreter için haksız bir suçlama zira hiçbir makyavelist, makyavelizmi Machiavelli’den öğrenmez. Bu durumla ilgili anlatılagelen bir rivayet oldukça ilginçtir: Rivayet odur ki Kavalalı Mehmet Ali Paşa, Artin’i Hükümdar’ı peyderper tercüme etmekle görevlendirir. Artin kitabı okudukça Paşa’nın can sıkıntısı artar ve nihayet, bu adam benim bilmediğim hiçbir şey söylemiyor, hileye dair ondan daha fazla malumat sahibiyim, diyerek onu susturur. Bkz: İsmail Kara, **Amel Defteri**, İstanbul: Dergah Yayınları, 2015, Arka Kapak.

²⁰ Quentin Skinner, **Modern Siyasal Düşüncenin Temelleri- Rönesans**, 1. Baskı, Ankara: Phoenix, 2014,

aracı kullanmaktan çekinmemelidir²¹. Ama Machiavelli'nin ahlaksızlığı, kötülüğü savunduğunu söylemek yanlış olacaktır. Hatta tam tersini söylemek dahi mümkündür. Çünkü ona göre ahlak kaideleri ancak bir devlet düzeninde varlıklarını sürdürebilir. Bu yüzden devletin varlığı ahlaka mukaddemdir²². Hükümdar bu devleti korumak için siyasette dini ve ahlaki değerleri bir kenara bırakabilmeli; diğer insanlar ise düzenin devamı için arzularına ket vurup, ahlaklı bir hayat sürdürerek devlete itaat etmelidir.

Hükümdar kitabının egemenlik bağlamında işaret ettiği en önemli nokta Machiavelli'nin de tıpkı Padovalı gibi din-dışı bir iktidar anlayışı geliştirmiş olmasıdır. Ama Machiavelli'de farklı olarak bu güç bütünüyle insana ait kılınmıştır. Artık devletin meşruiyetinin kaynağı yalnızca kendisidir. Meşruiyet onun iktidarının kaynağı değildir. Bir kimsenin iktidara sahip olması onun meşru olduğunun bir göstergesidir zaten. Machiavelli ile birlikte artık iktidar için Tanrı'da ya da tabiatta meşruiyet aranmaz. Artık güç gerçek anlamda kendinden kaynaklanır²³. Modernite öncesi dünyada istediğini yapabilecek tek kaynak olarak aşkın bir odak öngörüldüğü için dünyevi eylem daima bu aşkın odak karşısında ikincil bir konumda kalıyordu. Machiavelli ise bu teokratik büyüü bozar. Aşkın dünya ile dünyevi iktidar arasındaki meşruiyet bağını keserek, siyaseti bağımsızlaştırır. Kadir-i mutlak, aşkın iktidar algısından, her şeyi yapabilen yeni bir iradeye geçilir: Önce hükümdarın, sonra monarkın sonra da ulusun iradesine... Machiavelli'de, meşruiyet kaynağı olmayan iktidar herhangi bir yasayla kayıtlı olmaksızın, onu engelleyebilecek tüm örtülerden sıyrılır ve güç tüm çıplaklığı ile ortaya çıkar²⁴. İktidara tanıdığı bu mutlaklık onu egemenlik kuramına yaklaştıracaktır. Zira egemen mutlak olandır, kendisinden daha üstün bir odağın bulunmadığı iktidardır. Machiavelli'nin Hükümdar'ı bu anlamda hiçbir dinsel, ahlaki sınırla bağlı olmayan bir mutlak iktidardır. Fakat buna rağmen Machiavelli'nin egemenliği düşünebildiğini söyleyemeyiz. Zira onda devlet sorunu devletin kurucusu açısından

²¹ M. Ali Ağaoğulları, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*. Ağaoğulları (drl). İstanbul: İletişim Yayınları, 2015, s.328.

²² Ibid.342

²³ Gerard Mairet, "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu", *Devlet Kuramı*. Akal (drl). Ankara: Dost Kitapevi, 2013, 215-245.

²⁴ C. Bali Akal, "Yasa Gücü ve Anlam Borcu", *Güncel Hukuk*, 12-156 36-38.

ele alınmıştır. Devlet denilen şey yalnızca hükümdarın faaliyetleridir²⁵. Modern devletin düşünülebilmesi için ise devletin, devlet olarak düşünülebilmesi gerekir. Onu idare edenlerin kişiliklerinden bağımsız bir yapı, bir mekanizma olarak düşünülebilmesi gerekir. Machiavelli'nin bunu düşünmesini imkânsız kılan şey ise *autocritas ile potestas*'ı birbiriyle özdeşleştirmesidir. Halbuki egemenlik kuramı için bu iki unsurun bir olması kadar, ayrı olması da gerekir. Zira *potestas* onun kullanımına ilişkin bir gereklilik iken *autocritas* ise onun sürekliliğini, kurumsallaşmışlığını, şahıslardan bağımsızlaşmışlığını sağlar. *Autocritas*'ın kuram dışı bırakılması meşruiyet düşüncesini de kuram dışı bırakmak demektir. Her ne kadar Machiavelli meşruiyet meselesine değinmişse de bunu yapmasının nedeni, geleneksel düşüncede başat bir konumu olan bir konu hakkında kendi fikrini söylemektir. Yoksa meşruiyet konusu kuramında hiçbir öneme sahip değildir. Her şey meşru ise meşruiyet devre dışı bırakılmış demektir. Hiçbir şey gayrimeşru olamıyorsa bu meşruiyet düşüncesinin fonksiyonunun devre dışı bırakılması, sözcüklerden ibaret kılınmasıdır. Meşruiyet düşüncesinin ve *autocritas*'ın devre dışı bırakıldığı bir siyasal düşünce ise, ne toplum sözleşmesinin düşünülmesine imkân verir ne de temsili demokrasiye.

3. Bodin

Egemenlik kuramını gerçek anlamda ortaya atan ilk düşünür Jean Bodin'dir. Bu kurama tutarlılık, muhteviyat ve geçerlilik kazandıran onun eseridir²⁶. Bodin'in eserinde mutlakıyetçi bir egemenlik savunusu yaptığı görülebilir fakat bu durumu yaşadığı şartlar içinde yorumlamak gerekir. Her ne kadar ciddi çatışmalara sebep olmuşsa da, Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu ve Kilise'nin universal görüşlerinin (*respublica christiana*) Avrupa'da yarattığı düzen, reform hareketleri ile yıkılmaya başlamış ve Avrupa yoğun bir din savaşları içine girmişti. Bodin'in eseri bu yeni durumda bir düzen yaratma çabasıdır²⁷.

Bodin Devletin Altı Kitabı'nı 1576 senesinde, Fransa din savaşları ile boğuşurken yazdı. Bu kitabı yazmasından 60 yıl önce iki önem-

²⁵ Gerard Mairet, "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu", **Devlet Kuramı**. Akal (drl). Ankara: Dost Kitapevi, 2013, 215-245.

²⁶ Winston P. Nagan and Aitza M. Hadda, "Sovereignty in Theory and Practice", **San Diego Int'l L.J.**, 429-519. s.438.

²⁷ Ibid. s. 439

li olay gerçekleşmişti. Bunlardan ilki önceki bölümde bahsettiğimiz Machiavelli'nin Hükümdar kitabını yazması; diğeri ise Luther'in Hristiyanlık üzerindeki Roma Katolik Kilisesi hakimiyetine karşı yazdığı 95 Tez'ini Wittenberg Kilisesi'nin kapısına asması. Her iki olay da Roma Kilisesi'nin etkisinin ciddi biçimde sorgulanmaya başladığı bir zamanda etkili oldular²⁸. Avrupa'da Protestanlığın yayılması ile beraber, mezhepler arasında yoğun çatışmalar yaşanmaya başlandı. Bodin'in bu kitabı yazmasında etkili olan olayların başında Fransa'daki Katolik ve Protestanlar arasındaki dini ve politik çatışmalar gelir. Protestanların, tirana karşı direnmenin dinsel bir vazife olduğu fikri Bodin'i ürküten fikirlereydi. Bu tür kaosu tetikleyici fikirlere karşı Bodin sınırlı devlet ve kralın katli fikirlerine karşı mutlak egemenliği savundu.

Bodin kitabına sonda söyleyeceği şeyi başta söyleyerek başlar. Devlet, ailelerin ve ailelerin ortak çıkarlarının, egemen güç eli ile adaletle yönetimidir²⁹. Tanımda bir husus dikkat çekicidir. Machiavelli'deki hükümdar vurgusuna rağmen, Bodin'de odak noktası kişi değil, faaliyettir. Devlet bir mekanizma olarak nitelenmiştir. Böylece daha önce Hükümdar kitabında tamamen hükümdarın faaliyetiyle tanımlanan devlet, Bodin'de onu uygulayan şahıslardan bağımsız olarak bir işleyişin adı olmuştur. Bodin'in devlet kurgusu, Roma hukukunun temeli olan *pater familias* kurumudur. Nasıl *pater familias* özgür bireylerin oluşturduğu bir ailede tek ve mutlak söz sahibi ise, nasıl otoritesi doğal ve tanrı kaynaklı ise; egemenin yetkisi de aynı yetkidir. Kralın egemenlik hakkı, aile içinde babanın hakkı gibidir³⁰.

Kitabında egemenliği devletteki mutlak ve sürekli güç olarak tanımlar³¹. Egemenin gücünün mutlak olmasının sonucu, egemenin hiç kimsenin onayı olmaksızın yasa yapmasıdır. Bu yasa yapma, yasayı istediği zaman değiştirme ve geri alma hakkını da kapsar. Ayrıca egemen yasayla bağlı da değildir. Zira egemenin buyruğu olan yasanın egemenin

²⁸ C. Bali Akal, "Yasa Gücü ve Anlam Borcu", **Güncel Hukuk**, 12-156 36-38.

²⁹ Jean Bodin, **Six Books of the Commonwelath**, [e-kitap] www.constitution.org/liberlib (17.10.2016), s.1.

³⁰ M. Ali Ağaoğulları and Levent Köker, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitapevi, 2009,

³¹ Jean Bodin, **Six Books of the Commonwelath**, [e-kitap] www.constitution.org/liberlib (17.10.2016), s.24

kendisini bağlaması düşünülemez³². Egemen hiyerarşik olarak en üstün konumda bulunduğu için, yasa koymak hususunda kimse tarafından kısıtlanamaz. Bodin böylece yaşadığı dönemde kralın iktidarına rakip olabilecek kilise, imparatorluk ve feodal beyler karşısında, krala üstünlük atfeder. Machiavelli’de de görülen bu devletin yegane yasa koyucu olması fikri büyük bir devrimdir. Geleneksel dünyada insanların uyması gereken yasalar onlardan üstün varlıklar tarafından konuluyor ya da meşruiyet kaynağını orada buluyorken; modern dönemde insanlar kendi kendilerine yasalar koyacak ve sonra kendi koydukları yasalara uymadıkları için kendilerini cezalandıracaklardır. Geleneksel dünyadan büyük bir kopuştur bu durum. İradeci hukukun ortaya çıkışıdır.

Bodin Roma İmparatorları ve Papa için kullanılmış olan bir kavramdan yola çıkarak (*legibus solutus*) egemenin mutlak yani sivil ya da pozitif kanunlarla bağlı olmadığını söyler ve fakat egemenin de (tıpkı diğer iki makam gibi) doğal ve kutsal kurallarla bağlı olduğunu savunur³³. Buna rağmen kutsal ve doğal yasalarla bağlı olan egemen bunlara aykırı bir yönetim icra etse de egemen olarak kalır. Bodin egemeni belli sınırlar içinde tutmak amacını gütmüş fakat bunun yerine getirilmesini egemenin kişiliğine/ inisiyatifine bırakmıştır³⁴.

Egemenliğin sürekli olması ise egemenin bu hakkını ömür boyu kullanması ve sonra yerine gelecek kişiye devretmesidir³⁵. Egemenliğin sürekliliği ilkesi Bodin’in bu kurama yaptığı en büyük katkıdır. Mutlaklık unsuru daha önce Machiavelli tarafından da öngörülmüştü fakat onda eksik olan unsur süreklilikti. Bodin bu süreklilik unsuru sayesinde Machiavelli’de ihmal edilen *autocritas*’ı devletin içine yerleştirecek ve onun sonraki aşamada ulusa geçirilmesi için gereken fikri yolu gösterecektir. Bodin egemenliğin sürekli olduğunu iddia etmiştir. Fakat eğer her kral mutlaka ölecekse ve yeni bir kral gelecekse nasıl bir süreklilikten bahsedilebilir? Her kral değişiminde bir egemenliğin dolayısıyla bir devletin sona erip yenisinin kurulduğu mu kabul edilecek? Bodin burada kralın iki bedeni kuramına başvuracaktır. Bu kurama göre kralın

³² Ibid, s.28.

³³ Winston P. Nagan and Aitza M. Hadda, “Sovereignty in Theory and Practice”, *San Diego Int’l L.J.*, 429-519. s. 441.

³⁴ Ibid. s.443.

³⁵ Jean Bodin, *Six Books of the Commonwealth*, [e-kitap] www.constitution.org/liberlib (17.10.2016), s.26

bir dünyevi bedeni vardır bir de kamusal-ölümsüz bedeni. Ölümlü olan beden yok olabilir fakat kamusal beden ölümsüzdür ve her yeni kral bu kamusal bedeni giyerek kral olur³⁶. Bu kamusal beden bizim bugün bildiğimiz makam olarak tanımlanabilir (cumhurbaşkanlığı makamı, başbakanlık makamı vb.). Böylece Bodin kendinden önce hep hükümdar üzerinden tanımlanan devleti, bu sefer soyut bir beden fikri merkezinde tanımlayacaktır.

Bu soyut beden fikri Bodin'de kralla sınırlı ise de daha sonra bu soyut bedenın sahibi ulus olacak ve daha sonra devletin kendisi şahıslardan bağımsız bir soyutlama olarak düşünülecektir. İdare hukuku denilen şey de bu soyut beden fikrinin tezahürü olarak ortaya çıkacaktır. Kişiler bir devlet vazifesi elbisesi giydikleri için farklı bir hukuka muhatap olacaklardır.

Padovalı ile başlayan *autocritas*'ı dünyaya indirme süreci, Machiavelli'de her ne kadar bazı yönlerden ihmal edilse de devletin içine alınmış fakat süreklilik unsurundan yoksun bir çıplak güç olarak kurgulanmıştır. Bodin ise buna süreklilik unsurunu da ekleyerek süreci bir adım daha ileri götürmüştür.

Bu aşamadan sonra gelecek olan Hobbes hem egemene bir hikâye kazandıracak, hem de Bodin'in taşıdığı endişelere feda ettiği egemenin varlığına, yönetilenleri de dâhil edecektir. Bu sayede ulusal egemenlik fikri için gerekli olan zemini hazırlayacaktır. O aşamadan sonra Rousseau'ya düşen Bodin'deki soyut bedeni ulus olarak doğurtacaktır.

4. Thomas Hobbes

Thomas Hobbes 1588 senesinde İngiltere'de dünyaya geldi. Rivayete göre İspanyol donanmasının İngiltere'ye saldıracağı haberi üzerine annesi erken doğum yapmıştır. Doğumundaki bu korku ögesine atıfla Hobbes "ben ve korku ikiz kardeşiz" demiştir³⁷. Tıpkı Bodin'de gibi Hobbes da ülkesinin en karışık dönemlerinden birinde yaşamıştır. 17. yüzyılın ilk yarısında İngiltere, Stuart Hanedanı ile parlamento arasında yaşanan büyük çatışmalara sahne oldu. İç savaştan sonra kral idam edilip Commonwealth kurulunca Cromwell liderliğinde bir askeri

³⁶ M. Ali Ağaoğulları and Levent Köker, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitapevi, 2009,

³⁷ Ibid.

diktatörlük tesis edildi. Tüm bu süreçten oldukça etkilenen Hobbes, bu olayların etkisiyle Leviathan'ı yazar³⁸.

Hobbes, Padova'lı'dan başlayıp Bodin'e uzanan bir eğilimi kesin olarak sistematize etmiştir. Kendinden öncekilerde eksik olan hususu modern devlete kazandırdı: Bir yaratılış öyküsü. Bodin'de tutarlı bir biçimde bulunamayacak bu unsur, Hobbes'un devletin temeline tabii hal efsanesini yerleştirmesi ile tamamlanır. Bu unsur sonraki aşamalarda ulus egemenliğinin kurucu ögesi olacaktır.

Düşünür, mutlak egemenlik fikrini temellendirmek için devletin bulunmadığı bir doğa durumu tasarlar. "*Homo homini lupus*". Plautus'un bu sözünü tekrarlayan Hobbes'a göre insanlar yalnızca kendi çıkarlarını düşünen bencil yaratıklardır. Bu bencil ve açgözlü tabiatları nedeniyle doğa durumu sürekli bir kötülük halidir ve insanlar bu güvensizlik ortamı içinde ölüm korkusu ile yaşamak zorunda kalırlar³⁹. Bu kaos ve güvensizlik ortamından kurtulmak için insanlar bir araya gelir ve bir sözleşme akdederek ölümlü tanrı Leviathan'ı yani egemeni yaratırlar⁴⁰. Sahip oldukları tüm hakları ona devrederek, onun yaratacağı düzen ve asayiş ortamına itaat etmeyi kabul ederler. Bu sözleşmeyi akdeden insanlar yarattıkları egemene itaat ile yükümlüdürler ancak egemen sözleşmenin tarafı olmadığı için onlara karşı herhangi bir yükümlülük altında değildir. Bu sözleşme ile insanlar herkesin eşit olduğu ve kuralların bulunmadığı doğal halden, egemenin üstün olduğu medeni (*civic*) hale geçerler. Fakat bu medeni halin var olması için egemenin mutlak olması gerekir. Eğer egemeni sınırlayabilecek bir irade olursa bu aslında yeni bir doğa halinin ortaya çıkması demektir. Bu iki güç birbiriyle çatışacak, yeniden kaos durumu oluşacak ve insanlar yeniden bir düzen koyucu arayışına girişeceklerdi. Bu yüzden egemenin en üstün güç olması gerekir⁴¹.

Hobbes kurguladığı egemen için, ölümlü tanrı ifadesini kullanır. Zira modern öncesi dönemde Tanrı'nın sahip olduğu mutlaklık (kadir-i mutlak), süreklilik (ezeli ve ebedi olma), bölünmezlik (kendisinden

³⁸ Ibid. s.166.

³⁹ Ibid. s. 192-93

⁴⁰ Winston P. Nagan and Aitza M. Hadda, "Sovereignty in Theory and Practice", *San Diego Int'l L.J.*, 429-519. s.445.

⁴¹ Ibid. s. 443.

başka ilah olmama), yasa koyuculuk (şeriat vaz etme) vb. pek çok özellik modern dönemde devlete verilmiştir.

Egemen, egemenliğini yasa koyarak kullanır. Hukuk egemenin iradesinden ibarettir. O her konuda istediği kuralı koyabileceği gibi kendisi de bu yasalarla bağlı değildir. Egemen ayrıca verdiği sözleri tutmakla da yükümlü değildir zira daha önce söylendiği gibi egemenin iradesi hiçbir şekilde sınırlandırılmaz.

Hobbes'ta yasa aşkın kaynağından koparılıp tamamen egemene tevcih edilmiştir. Yasa'nın bulunmadığı doğa hali, her şeyin yapılmasının mümkün olduğu, hiçbir şeyin yasak olmadığı bir haldir. Bu doğal halde iyilik ve kötülükten bahsedilemez. Çünkü iyilik ve kötülük bir yasaya göre nitelenmiştir. Bu yüzden iyilik ve kötülük toplumsal sözleşmenin bir ürünüdür. Doğa durumunda insanların tutku ve hırsları davranışlarını tayin ederken, toplumsal halde egemen tarafından insanların yararı için belirlenen değer yargıları davranışları belirler. Ama unutmamak gerekir ki egemen bu toplumsal yapının bir parçası değildir. O kendisi gibi egemenlerin bulunduğu bir zeminde varlığını sürdürür. Egemenler arasında daha üstün bir egemen bulunmadığı, dolayısıyla yasanın bulunmadığı bu zemin bir doğa halidir. Bu egemenleri bulunduğu doğa halinde her egemen kendi çıkarı için, hiçbir yasaya tabi olmaksızın, iyinin ve kötünün ötesinde hareket eder⁴².

Hobbes'un egemenlik kuramına katkısı iki bakımdan önemlidir: Her şeyden önce egemenlik kurgusu sadece yöneticiler yönünden değil, yönetilenler de dâhil edilerek oluşturulmuştur. Leviathan'ın ilk baskısında bir elinde asa bir elinde kılıç bulunduran egemenin gövdesine yakından bakıldığında gövdenin insanlardan oluştuğu görülecektir. Egemen yalnızca bir yönetici değildir o aynı zamanda yönetilenlerin iradesinin toplamıdır. Hobbes'un görüşlerini Bodin'inkinden farklı kılan budur. Bodin'de egemen bir babadır. Bir baba olarak karşısında çocukları vardır ve bu çocukların babadan farklı bir varlıkları vardır. Hobbes'ta ise egemen iradelerini ona devreden varlıkların toplamıdır. Bu düşünce devleti bir mekanizma, soyut bir bütün, şahıslardan bağımsız bir artifact olarak düşünmeyi tam anlamıyla mümkün kılan

⁴² Bu yüzden klasik egemenlik anlayışının devletler (egemenler) arası ilişkilerde anarşik bir düzen (doğal hal) öngördüğü ve uluslararası hukuku dışladığı söylenebilir. M. Ali Ağaoğulları and Levent Köker, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitapevi, 2009, s.237.

düşünceci. Bu aşamadan sonra ulus egemenliğinin kurgulanması için yapılacak şey, egemenliğin gücünü tamamen yönetilenlerin iradesine yüklemek olacaktır.

Hobbes'un kurama yaptığı diğer bir önemli katkı da, devlete bir hikâye kazandırmasıdır. Ne devlet ne de kral artık tanrısal bir düzenin kutsal temsilcisi ya da tanrısal amaçların gerçekleşmesi için var edilmiş kutsal bir bütün değil; insanların doğal halde karşılaştıkları dünyevi sorunları çözmek için var ettikleri dünyevi bir mekanizma olacaktır. Bu modern devletin din-dışı gücünün Tanrı'dan mutlak olarak kopmasını sağlayacaktır.

5. Rousseau

1712'de Cenevre'de doğan Jean-Jacques Rousseau, bir gezgin olarak sürdürdüğü hayatının önemli bir bölümünü Fransa'da geçirir. Diğer sözleşme kuramcılarından farklı olarak devletin oluşumu aşamalarına iyi vahşi imgesi ve dönemini koysa da, o da devletten önceki doğa halini olumsuz bir hal olarak kabul eder. Bu doğa halinde, birisi bir bölgenin etrafını çevirerek ilk adımı atar ve yaşanan çatışma ortamı insanları devleti kurmaya iter. Rousseau'nun ele aldığı temel politik sorun kişilerin özgürlüğü ile çatışmaları engelleyen devlet otoritesinin uzlaşmasıdır. Rousseau, çatışmaların durdurulması için kurulan devletin, bu sefer de zenginleri koruyup yoksul ve zayıf olanları ezmesini engellemek için, devletin varlığı ile insanların özgürlüğünün uzlaştırılabileceği bir genel irade teorisi ortaya atar⁴³.

Genel irade, yurttaşların şahsi isteklerinden soyutlanmış, toplumun ortak faydasıdır. Bu genel irade hiçbir zaman değişmez, bozulmaz ve hep kamusal yarara yöneliktir. Rousseau düşüncesinde egemenlik asli olarak bu genel iradeye sahip olan ulustadır. Halk bu egemenlik iradesini doğrudan kullanır çünkü Rousseau'ya göre egemenlik temsil edilemez. Eğer temsil edilmesi söz konusu olursa bu aslında ulus egemenliğinin ortadan kalkması anlamına gelir⁴⁴.

Rousseau, ulusun onu meydana getiren insanların toplamından farklı bir şey olduğunu, farklı bir kolektif varlığının bulunduğunu söy-

⁴³ M. Ali Ağaoğulları, **Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler**. Ağaoğulları (drl). İstanbul: İletişim Yayınları, 2015, s. 580.

⁴⁴ Ibid. s.586.

ler⁴⁵. Bu yüzden egemenliğin sahibi olan insanlar sayısınca egemen yoktur ya da egemenlik insanların sayısı kadar parçaya bölünüyor değildir; egemenlik bir bütün olarak farklı bir varlığa sahip olan ulusa aittir. Her ne kadar insanlardan bağımsızlaşmış ulus düşüncesi ilerde anti-demokratik rejimlere dayanak olsa da Rousseau düşüncesi buna imkân veren bir düşünce değildir. Çünkü bu düşüncede insanlar egemenlik yetkilerini doğrudan kullanırlar. Düşünür doğrudan demokrasi taraftarıdır ve bu yüzden temsili demokrasiye karşı çıkar⁴⁶. Tam bu noktada Sieyes devreye girecek ve egemenin kaynağının (*autocritas*) ulus olduğunu fakat bunun ancak temsilciler eliyle kullanılabileceğini söyleyerek Rousseau düşüncesindeki fiili imkânsızlığı aşarak, ulus egemenliği düşüncesine reel bir karşılık kazandıracaktır⁴⁷.

Rousseau (ve Sieyes) ile birlikte bir zamanlar Tanrı'da bulunan *autocritas* ulus denilen kolektif varlığın şahsına tevdi edildi. Geleneksel dünyada *potestas*'ın emanetçisi olan idareciler, yeniden fakat bu sefer Tanrı'nın değil ulusun verdiği emaneti belli bir süreliğine kullanan yetkilendirilmiş yöneticiler oldu

Fransız devrimi ile birlikte fiiliyatta da gerçeklik kazanacak bu ulus egemenliği fikri, zamanla üzerinde uzlaşmaya varılmış bir vasat olarak kabul edilecektir. Önce Kilise karşısında monarşilere bağımsızlık kazandıran egemenlik düşüncesi, sonrasında ulusa monarklar karşısında güç kazandıracak ve tarihsel misyonunu tamamlamış olacaktır. Bu saatten sonra egemenlik dönüştünden çok dönüşen, mevcut iktidarlara tahrip eden bir düşünceden tahrip edilen bir kurama dönüşecektir. Buna rağmen modern devletin temelini oluşturan bu kuram, siyaset ve hukuk düşüncesinin merkez kavramı olmaya devam edecektir.

D. Modern Egemenlik Kuramının Dönüşümü

20. yüzyıl pek çok sahada Batı için geri dönülmez dönüşümlerin yaşandığı bir yüzyıl oldu. İki dünya savaşını yaşayan Avrupa için, bu savaşlar maddi olduğu kadar manevi-düşünsel yıkımları da beraberin-

⁴⁵ Leon Duguit, "Egemenlik ve Özgürlük", *Devlet Kuramı*. Akal (drl). Ankara: Dost Kitapevi, 2013, 379-403.

⁴⁶ M. Ali Ağaoğulları, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*. Ağaoğulları (drl). İstanbul: İletişim Yayınları, 2015, s.586.

⁴⁷ Ibid. s.602.

de getirdi⁴⁸. Modern değerlere ilişkin ciddi sorgulamalardan egemenlik kuramı da nasibini aldı. Bilhassa Birinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa’da hukukçular egemenlik kuramı merkezinde oluşturulan uluslararası hukukun devletlerarası sorunların çözümünde etkisiz kalmasını eleştirerek, farklı anlayışların benimsenmesi gerektiğini savundular. Öte yandan dünyada ortaya çıkan pek çok devletin egemenlik kuramı ile açıklanmasının yarattığı zorluk da, düşünürleri bu kuramın geçerliliğini sorgulamaya itti. Egemenlik kuramının sorgulanmasında tek sebep düşünürlerin fikirleri değildi. Aynı zamanda modern devletin kazandığı yeni biçimler de egemenlik kuramı ile uyumsuzluk içinde idi. Bilhassa insan haklarının gerçek bir hukuki uygulanabilirlik kazanması ile teolojik/ dogmatik siyasete geri dönüş gerçekleşti. Bu yeni siyasetin ulus-üstü hukuki organlar ve sözleşmeler ile işlerlik kazanması, modern devletin ciddi bir dönüşümün içinde olduğunu göstermekte. Bir başka önemli dönüşüm ise sermayenin ulusal niteliğinden sıyrılıp ulus-üstü bir nitelik kazanması ile ulusal hukuku, bazı alanlarda yerini evrensel hukuka terk etmeye zorlaması, henüz farkında olmasak da yeni bir dünyanın ciddi işaretlerini vermekte. Nasıl ulus devletin oluşumunda en büyük pay burjuvazinin olduysa öyle görünüyor ki yıkımında da en büyük paya yine o sahip olacak. Şimdi bu konuları, derinliğine girmeksizin fakat biraz daha açarak ele almaya çalışacağız.

Leon Duguit ve Hans Kelsen egemenlik kuramının uluslararası ilişkilerin hukukileşmesine mani olduğu için eleştiren hukukçuların başında gelirler. Duguit, 1. Dünya Savaşı öncesinde devletlerin imzaladıkları anlaşmaları kolaylıkla çiğnemelerini, egemenlik kuramının devlete atfettiği, mutlak olma ve hiçbir sözle bağlı olmama niteliğinin sebep olduğunu söyleyerek, uluslararası hukuku yalnızca devletin keyfi iradesine tabi kılan bir anlayıştan hukukun gerçekten oluşabileceği bir anlayışa geçiş yapmayı savunur⁴⁹. Egemenlik kuramının metafizik bir kurgu olduğunu ve somut gerçeklerden bağımsız zihinde şekillenen bir hayal olduğunu iddia eder. Egemenlik kavramını ne olursa olsun savunan düşünür ve hukukçulara, bu kavramı dinsel bir kaide haline getirdiklerini söyleyerek eleştirir. Alman hukukçu Kelsen ise, monist

⁴⁸ Avrupa’da bu yüzyılda yaşanan büyük dönüşümler için bkz: Eric Hobsbawm, **The Age of Extremes**, 1. Basım, New York: Vintage Books, 1994,

⁴⁹ Leon Duguit, “Egemenlik ve Özgürlük”, **Devlet Kuramı**. Akal (drl). Ankara: Dost Kitapevi, 2013, 379-403.

hukuk telakkisinin bir uzantısı olarak, uluslararası hukukun da ulusal hukukun bir parçası olarak şekillenmesi gerektiğini; bu yüzden uluslararası arenayı yasanın bulunmadığı bir saha olarak kabul eden egemenlik teorisi kurgusunun değişmesi gerektiğini savundu⁵⁰. Bu iki hukukçu karşısında konum alan Carl Schmitt, siyasetin teolojik bir evreye girdiğini savunarak, liberal hukuk görüşlerine ciddi eleştiriler getirdi. Egemenin buyruğu olarak var olan yasanın, egemenin ölüm-kalımının söz konusu olduğu durumlarda dahi çiğnenmemesini savunan liberal insan hakları görüşünü, siyasete teolojik- dogmatik değerleri yeniden soktuğu için eleştirir. Egemenliği savunuculuğunu yapan Schmitt, yeni siyaset düzeninde egemenin iradesi üzerinde insan hakları dogmatığının varlığını çok erken bir zamanda fark etmiştir⁵¹. Buna rağmen Schmidt'i de Duguit'in ifadesiyle egemenliği dinsel bir olgu haline getirdiği için eleştirmek gerekir. Hukukçuların egemenlik hakkındaki bu tartışmaları devletler sisteminde de yankı bulmuştur.

1948 senesinde pek çok ülke Evrensel İnsan Hakları Beyanname-sini imzaladı. Başlarda hukuki bir bağlayıcılığı olmasa da bu belge giderek güçlenen bir hukuki statü kazanacaktır. 1950'de imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise tam anlamıyla bir ulus-üstü hukuk belgesi haline gelmiştir. 1948 yılında imzalanan Soykırım Sözleşmesi ile bu fiile yeltenenlerin cezalandırılması kararlaştırıldı. 1960'larda imzalanan Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi imzacı devletler için bağlayıcı bir nitelik arz ediyordu.

Bu yeni uluslararası hukuk düzeni, Westphalia düzeni ile ortaya çıkan her devletin diğer devletin egemenliğine saygı göstermesi anlayışında ciddi dönüşümler yarattı. İmzalanan sözleşmeler, egemenlik sahaları içinde devletlere sınırlamalar getiriyordu. Egemenliğin mutlaklığı sarsılmaya başlamıştı. Irak, Yugoslavya, Bosna, Kosova, Somali, Ruan-da Libya gibi bölgelere yapılan müdahaleleri klasik egemenlik konsepti içinde bir yere oturtmak mümkün değildir. 2001'de imzalanan Koruma Sözleşmesi (The Responsibility Protect) insani müdahalelere hukuki

⁵⁰ Danilo Zolo, "Hans Kelsen: International Peace Through International Law", *Ejil*, 9

⁵¹ Philpott, Daniel, "Sovereignty", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/sovereignty/>>.

bir zemin kazandırılmasını sağladı ki, bunun böylece kurumsallaşması egemenliğin mutlaklığıyla asla uzlaşmayacak bir şeydir⁵².

İnsan Hakları dogmatığının kurumsal güç kazanması, geleneksel devletten modern devlete geçişte geride bırakılan insan aklından üstün, aşkın değerlere dayalı hukuk anlayışının yeniden doğmasına neden oldu.

Egemenlik kuramını yıpratacak diğer bir olgu ise ulus devlet dışı siyasal formların ortaya çıkışıdır. Bunların başında da Avrupa Birliği gelir. Bugün bir federasyon olduğu dahi öne sürülen Birliğin oluşturduğu siyasal, hukuki ve ekonomik yapı ile bunun kurumsallaşmış cephesi, egemenlik kuramı bağlamında açıklanamayacak şeylerdir. Egemenliğin sembolik göstergeleri olan bayrak, para basma, yasa çıkarma gibi şeylerin Birlik kimliğinde de var olması bunun yeni bir olgu olduğuna işaret ediyor. Egemenlik tartışmalarındaki önemli başlıklardan biri de federal yapılanmalardır⁵³. Bilhassa Amerika'da gerçek anlamını bulan federe devletler kendi yasama, yürütme, yargı organlarına sahiptir. Genel ilgilendiren işlerde federal yapıya bağlı olsa da iç işlerinde ciddi bir bağımsızlığa sahip olan bu federe devletlerin oluşturduğu bütünün egemenlik kuramı bağlamında yorumlanması pek çok soru işareti doğurmaktadır.

Oldukça önemli diğer bir husus ise ulusal meselelerde ortaya çıkan ulus-dışı mekanizmaların kazandığı hukuksal niteliktir. Modern ulus devletin oluşumu evresinde, parçalı siyasal yapının yarattığı olumsuzluklardan rahatsız olan burjuvazi, devlet içindeki hukukta ve bilhassa ticaret hukukunda birliği temin edebilmek için çetin mücadeleler verdi. Bugün de geçmişte edindiği kazanımların ötesine geçmek isteyen burjuvazi, geçmişte feodal yapının sebep olduğu parçalı hukuku dönüştürdüğü gibi, bugün de küresel ticarete ulus devletlerin yarattığı parçalı hukuku dönüştürmek istemektedir. Bilhassa Tahkim Hukuku denilen ve egemenin kendi hakimiyet sahasında kendi koymadığı bir hukuka müsaade etmesine yol açan bu yeni global hukuk, gelecekteki büyük dönüşümlerin habercisi gibi duruyor⁵⁴.

⁵² Ibid.

⁵³ Leon Duguit, **Law in the Modern State**, [e-kitap] 2016. www.forgottenbooks.com (10.10.2016),

⁵⁴ H. Emreh Beriş, **Küreselleşme Çağında Egemenlik**, 1. Baskı, Ankara: Lotus, 2006,

SONUÇ

*modern devlet kuramının bütün önemli kavramları,
dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır*

Carl Schmitt

İnsanlık tarihinde kopuşlar ya da kırılmalar yoktur; en ciddi dönüşümler bile geçmişi kesip atarak gerçekleşmez. Çünkü hiçbir yenilik mutlak anlamda yeni bir düzlemde şekillenemez. Kimse her şeyi yeniden kurgulayarak işe başlayamaz. En yeni fikirler bile eskiye ait dünyada bir yere oturtularak şekillenir. Buna ek olarak her yeni fikir, karşı çıkılan fikir tarafından sınırlanmıştır. Zira verilecek her cevap, karşı çıkılanın olumsuz yönlerine bir cevaptır ve bu yüzden mutlak anlamda özgür değildir. Egemenlik kuramı geride bırakıldığı zannedilen geleneksel dünyanın, bugün bile düşüncenin merkezinde olduğunu göstermesi bakımından çarpıcı bir örnektir. Siyasal iktidara bir kaynak (*autocritas*) arayışı modern devletin tüm niteliğini tayin etmiştir fakat siyasi iktidarın *autocritas* ve *potestas* diye ayrılması tanrısal dünyanın bir mirasıdır ve siyaset düşüncesi bu miras üzerinde şekillenip bugün bildiğimiz devleti kurmuştur. Bu tür bir siyasi iktidar algısını metafiziğe batmakla suçlayan Nietzsche ve *autocritas*'sız, çıplak bir güç savunusu yapan Machiavelli tarihsel olarak çizginin dışında kalmak zorunda kalmışlardır. Bir zamanlar Tanrı'da bulunan tüm özellikler önce Bodin ve Hobbes eliyle monarka, daha sonra Rousseau eliyle ulusa verilmiştir. Geleneksel dünyada da insanlar var olduğuna inandıkları fakat bunun kesinliğinin asla ispatlanamadığı bir varlık tarafından iktidarın seçilmiş kişiye verildiğine inanıyorlardı. Bugün de insanlar var olduğuna ilişkin hiçbir akli, bilimsel veya sosyolojik izahın bulunamadığı ulus denilen ve bağımsız bir iradesi olduğuna inanılan soyut bir varlık tarafından iktidarın seçilmiş kişiye verildiğine inanıyorlar. Eskiden de bilimsel, akli bir temeli olmayan bir varlığın koyduğu yasalara insanlar uymak zorundaydılar; bugün de bilimsel, akli bir temeli olmayan bir varlığın koyduğu yasalara uymak zorundalar. Modern devlet fikri dünyevileştirilmiş bir tanrı fikridir. İşlediğimiz düşünürler vasıtasıyla, tanrısallığın nasıl ağır ağır devlete indiğini gördük. Yirminci yüzyıldan sonra ise modern devletin yeni bir yola girdiğine işaret ettik ve bu yolu insan hakları değerleri kaynaklı bir teoloji olarak yorumladık. Fakat burada geleneksel siyasal ilahiyatın devamı olarak yorumladığımız modern egemenlik kuramının sahip

olduğu teolojik nitelik ile yirminci yüzyıldan sonra oluşmaya başlayan bu yeni teolojik nitelik arasında bir fark vardır. Modern egemenlik kuramının teolojik niteliği insan iradesi merkezindedir. Egemenlik, ne olursa olsun insan eliyle kullanılan bir güçtür. Bu yüzden teolojik güç ilişkisi egemenlik gücüne sahip insanlar ile olmayan insanlar arasındadır. Bu yüzden insan aklından üstün olan değerlerden bahsedilemez modern egemenlik kuramında. Çünkü her yasa, sonra gelecek olanlar tarafından değiştirilebilir. Fakat yirminci yüzyıldan sonra hiç kimsenin istese de çiğneyemeyeceği yasaların/ insan haklarının oluştuğunu görmekteyiz. Artık egemen, dolayısıyla insanlar mutlak güce sahip değildir. Artık onların da üzerinde yeni teolojik-dogmatik kaideler vardır.

Yirminci yüzyılda egemenlik kuramının geçirdiği dönüşümler pek çok soruyu da beraberinde getirmektedir. Doksanlara kadar insan hakları mı egemenlik mi sorusuna uluslararası hukukçular duraklamaksızın insan hakları yanıtını verdiler. Devletler de insan hakları ihlali ile ilgili itirazlar karşısında egemenlik haklarını öne sürdüler. Fakat bilhassa iki örnek bu meselenin ne kadar çetrefilli olduğunu gösterdi. Bosna savaşı esnasında uluslararası organların müdahil olmama yönündeki tavır, egemenlik kuramının sorgulanması gerektiğini ortaya koydu. Fakat Amerika'nın Irak müdahalesi ise aynı soruna ilişkin aksi yönde bir sorunu yeniden gündeme getirdi ve egemenlik kurgusunun hala ne kadar önemli olduğunu tekrar hatırlattı. Bugün artık gerçek anlamda bir uluslararası hukuktan bahsedebiliriz. Fakat ulusal hukukun aksine bu hukukta yorumu ve değerlendirmeyi yapacak bağımsız yargısal organlar yok ve bu tür değerlendirmeler güçlü devletlerin etkisinde şekilleniyor. Bilhassa insan haklarının uluslararası arenada sömürgeciliğin yeni aracı olarak kullanıldığı örnekler egemenlik kurgusunu hâlâ ne kadar hayati bir öneme sahip olduğunu gösteriyor. Fakat devletlerin vatandaşlarına karşı gerçekleştirdikleri insan hakları ihlallerine, egemenlik hakkı gerekçesiyle suskun kalmak da bir başka büyük problem olarak karşımızda duruyor.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, M. A. (2015). *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*. M. A. Ağaoğulları (drl). İstanbul: İletişim Yayınları.
- Ağaoğulları, M. A. and Köker, L. "Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı". (çev.). 4. Baskı. Ankara: İmge Kitapevi, 2009.
- Akal, C. B. "Yasa Gücü ve Anlam Borcu". *Güncel Hukuk*. 12-156, 2016, 36-38.
- Beriş, H. E. "Küreselleşme Çağında Egemenlik". 1. Baskı. Ankara: Lotus, 2006.
- Bodin, J. "Six Books of the Commonwelath". [Electronic www.constitution.org/liberlib (17.10.2016)].
- Duguit, L. (2013). "Egemenlik ve Özgürlük", *Devlet Kuramı*. C. B. Akal (drl). Ankara: Dost Kitapevi.
- Duguit, L. "Law in the Modern State". [Electronic 2016. www.forgottenbooks.com (10.10.2016)].
- Hinsley, F. H. "Sovereignty". 2. Baskı. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Hobsbawm, E. "The Age of Extremes". (çev.). 1. Basım. New York: Vintage Books, 1994.
- Kara, İ. "Amel Defteri". İstanbul: Dergah Yayınları, 2015.
- King, R. "Machiavelli- İktidar Filozofi". (çev. V. Atmaca). 1. Baskı. İstanbul: Alfa, 2011.
- Mairet, G. (2013). "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu", *Devlet Kuramı*. C. B. Akal (drl). Ankara: Dost Kitapevi.
- Nagan, W. P. and Hadda, A. M. "Sovereignty in Theory and Practice". *San Diego Int'l L.J.* 2012, 429-519.
- Saygılı, A. "Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış". *AÜHF*. 63-1, 2014, 185-198.
- Skinner, Q. "Modern Siyasal Düşüncenin Temelleri- Rönesans". (çev. E. Buğlalılar, B. Yıldırım). 1. Baskı. Ankara: Phoenix, 2014.
- Yalçınkaya, A. (2016). *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*. M. A. Ağaoğulları (drl). İstanbul: İletişim Yayınları.
- Zolo, D. "Hans Kelsen: International Peace Through International Law". *Ejil*. 9, 1992,

Roma Diktatörlüğü

The Roman Dictatorship



Ar. Gör. Selahattin EREN*

ÖZET

Roma diktatörlüğü; yasama, yürütme ve yargı güçlerinin bir kişi, organ ya da partide birleşmesine dayalı keyfî bir yönetim sistemi değildi. Aksine diktatörlük; seçilme usulü, görev ve yetkileri, görev süresi, hukukî sorumluluğu başta olmak üzere ana hatları Roma'nın şekli olmayan anayasasınca düzenlenmiş anayasal bir kurumdu. Öte yandan bu kurum, Roma'nın kendine özgü koşullarının bir ürünü değildi. Romalılar, bu eşsiz makamı, kadim ve dinî nitelikli Latin diktatörlüğünden yola çıkarak yaratmışlardır.

Anahtar Sözcükler: *Roma diktatörlüğü, magister populi, olağanüstü magistra, imperium, diktatörlüğün kökeni*

ABSTRACT

The Roman dictatorship was not an arbitrary system of government, in which the legislative, executive and judiciary powers are concentrated in one person, organ or party. On the contrary, the dictatorship was a constitutional institution, of which its main aspects, especially the modality of election, duties and powers, term of the office, legal responsibility were regulated by the uncodified Roman constitution. On the other hand, this institution was not issued from purely Roman conditions. The Romans created this unprecedented office after the ancient and religious one of the Latin dictatorship.

Key Words: *Roman dictatorship, magister populi, emergency magistracy, imperium, origin of the dictatorship*

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Aydınlanma Çağı'ndan beri diktatörlük kavramından, yasama, yürütme ve yargı güçlerinin bir kişi, organ ya da partide birleşmesine dayalı keyfî yönetim sistemi anlaşılmaktadır. Büyük Fransız Devrimi'nden sonra özgürlük, halk egemenliği gibi liberal söylemlerin ideolojik bakımından egemen olduğu bir ortamda, "diktatör" kavramının despotik anlamı giderek pekişmiş ve bu kavram Eski Yunanlıların "tiran" kavramıyla eş anlamda kullanılır olmuştur. Nitekim Roma diktatörü, bir askeri darbe sonucu yönetime el koyarak anayasa dışı bir düzen kuran Iulius Caesar ile özdeşleşmiştir.

Buna karşın başta siyaset bilimciler olmak üzere modern yazarlar, anayasal olağanüstü yönetim şekillerinin kökenini daima Eski Roma'da aramışlar; Roma diktatörlüğünü, olağanüstü durumlarda anayasal garantilerin geçici olarak askıya alındığı, Eski Çağ'ın olağanüstü hâli ya da sıkıyönetimi olarak değerlendirmişlerdir. Klasik filologlar ve tarihçiler, Roma diktatörlüğünün kökenine ve tarihteki yerine ilişkin zengin bir literatür oluşturmuşlardır. Kurumun hukukî rejiminin sistematik biçimde ortaya koyulmasını ise "Römisches Staatsrecht" adlı başyapıtı kaleme alan büyük romanist Theodor Mommsen'e (1817-1903) borçluyuz. Ne var ki Mommsen yaşamını yitirdikten sonra yapılan Roma tarihine ilişkin sayısız çalışma; diktatörlüğün hukukî rejiminin yeni bilgiler ışığında yeniden ele alınmasını zorunlu kılmıştır.

Bu çalışmanın amacı, Roma diktatörlüğünün tâbi olduğu hukukî rejimi ve tarihsel kökenini açıklamaktır. Bu doğrultuda ilk bölümde Titus Livius, Polybius, Dionysos, Cicero gibi Roma tarihinin birincil kaynaklarından yola çıkarak diktatörlüğü düzenleyen hukuk kuralları ortaya koyulmuş; ikinci bölümde ise bu kurumun Latin diktatörlüğü ile olan ilişkisi incelenmiştir. Kurumun tarihsel kökenin daha sonra irdelenmesi mantıksal bir çelişki olarak görünse de tartışmanın sağlıklı biçimde yapılması için öncelikle kurumun maddî içeriğinin belirlenmesi zorunluydu.

Kuşkusuz bu incelemeyi gerçekleştirmekte karşılaşılan en büyük zorluklar arasında, Erken Cumhuriyet dönemine ilişkin kaynakların yarı efsane niteliği taşıyan bilgilerden oluşması, tarihsel kaynakların zaman zaman birbirleriyle çelişmesi ve bazı filî olguların hatalı biçimde birer hukuk kuralıymış gibi yansıtılmış olması sayılabilir. Bu zorlukları aşmak amacıyla, mümkün olan en fazla kaynaktan yararlanarak karşılaştırmalı inceleme yapılmış; olgular, dogmatik yöntem yerine Roma toplumunun dinamikleri ışığında yorumlanmaya çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, Eski Roma'da diktatörlük kavramından, M.Ö. 501-202 döneminde en az yetmiş altı kez uygulanan anayasal olağanüstü yönetim şekli anlaşılmaktaydı.¹ İncelemenin kapsamına, yalnızca bu yönetim şekli girmektedir. Bu çerçeveden bağımsız farklı bir hukukî kaynağa dayanan Sulla ve Caesar'ın diktatörlükleri, çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

I. ROMA ANAYASASINDA DİKTATÖR

A. *Magister Populi*'den *Praetor Maximus*'a

Diktatör (*dictator*) her zaman bu şekilde adlandırılmıyordu. Kutusal kitapların (*libri augurales*) gösterdiği gibi, bu *magistra* için kullanılan en eski sözcük, *magister populi* idi.² “Halkın efendisi” anlamına gelen bu sözcük, makamın halk üzerindeki sahip olduğu sınırsız otoriteyi göstermektedir. *Magister populi*'nin halk arasında kullanılmamasına, pleb sınıfının bu sözcüğün çağrıştırdığı otoriterliğe karşı duydukları öfkenin neden olmuş olması muhtemeldir.³ Halk arasında diktatör sözcüğü tercih edilmekteydi. Bu sözcüğün ne zaman kullanılmaya başlandığını, diğer Latin devletlerindeki aynı adla anılan *magistra*'dan alınıp alınmadığını kesin olarak söylemek mümkün değildir.⁴ Ancak Romalılar arasında yaygın bir şekilde kullanıldığı devirlerde bile *magister populi* ifadesine en azından yazı dilinde rastlamak mümkündü. Eski Yunanlar ise Roma diktatörü için *δικτάτορ*⁵, *αὐτόχρατωρ*⁶ ya da *στρατηγός αὐτοκράτωρ*⁷ ifadelerini kullanırlar.

¹ Tüm tarihler aksi belirtilmedikçe M.Ö.'ye aittir.

² Cicero, *De Re Publica*, I, 40, 63; *De Legibus*, III, 3, 9; *De Finibus Bonorum et Malorum*, III, 22, 75; Seneca, *Epistulae morales ad Lucilium*, CVIII, 31; Festus, *De Verborum Significatione*, ‘magisteria’; ‘optima lex’; Varro, *De Lingua Latina*, V, 82; VI, 61.

³ Mommsen, Theodor, *Le droit public romain*, (Çev. Paul Frédérick Girard), Paris, 1893, III, s. 164.

⁴ Ogilvie, bu sözcüğün V. yüzyılda kullanılmaya başlandığını savunmuştur (Ogilvie, Robert Maxwell, *A Commentary on Livy, Books 1-5*, Oxford, 1965, s. 281). Diktatör sözcüğünün Latin kökenine ilişkin tartışma için bkz. II/B (*Latin Diktatörlüğü*).

⁵ Polybius, III, 87, 6-9; 103, 4; 106, 2; Dionysos, V, 73; Diodorus, XII, 80, 7; Appianus, *Bellum Civile*, I, 16, 1; 98-99; Plutarkhos, *Fabius Maximus*, 3-26.

⁶ Diodorus, XII, 64; XIV, 93; 117; XIX, 72; Polybius, III, 103, 4; Dionysos, V, 73.

⁷ Polybius, III, 87, 7-8; Diodorus, XIX, 76; Dionysos, III, 5, 3; 34, 3.

Diktatör sözcüğünün etimolojik kökenine dair biri şekli diğeri esas bakımından iki farklı açıklama bulunmaktadır. İlk görüşe göre bu sözcük, konsül (*consul*) tarafından sözlü ilan yoluyla atanması usulü nedeniyle *dicere* (söylemek, ilân etmek) sözcüğünden türemiştir.⁸ Bir diğer görüşe göre ise sözcüğün kökeni, diğer *magistra*'lar ve tüm halk üzerindeki sınırsız otoritesine atıfla *dictare*⁹ ya da *edictum*¹⁰ ve *dicto audiens*¹¹ gibi bu kökenden gelen sözcüklerdir. Diktatör sözcüğünün; *dicere* değil, *dictare*'den geldiği çok açıktır. Ancak sözcüğün etimolojik kökeni ile maddi anlamı birbiriyle bağdaşmamaktadır. Tarihsel olarak *dictare*; *regere* (hükmetmek) ve tek adam yönetimi değil, yüksek sesle söylemek, tekrarlamak, yazdırmak anlamına gelmektedir.¹² Dolayısıyla bu sözcükten “emir veren” ya da “tek başına yöneten” anlamının çıkarılması mümkün görünmemektedir. Görüldüğü gibi, sözcüğün etimolojisinden yola çıkarak makamın maddi içeriğini açıklamaya yönelik çabalar sonuçsuz kalmaktadır.¹³

Anlamının belirsiz olması, bu kavramın birçok farklı makam için kullanılmasını mümkün kılmıştır.¹⁴ Alba, Aricia, Caere, Lavunium, Nomentum ve Tusculum gibi diğer Latin şehir devletlerinde, aynı adla

⁸ Cicero, *De Re Publica*, I, 40, 63: *nam dictator quidem ab eo appellatur quia dicitur*; Varro, V, 82: *Dictator, quod a consule dicebatur, cui dicto audientes omnes essent*; VI, 61: *Hinc Dictator magister populi, quod is a consule debet dici*; Plutarkhos, *Marcellus*, 24: Ὁ γὰρ δικτάτωρ οὐκ ἔστιν ὑπὸ τοῦ πλῆθους οὐδὲ τῆς βουλῆς αἰρετός, ἀλλὰ τῶν ὑπάτων τις ἢ τῶν στρατηγῶν προελθὼν εἰς τὸν δῆμον ὃν αὐτῷ δοκεῖ λέγει δικτάτορα. Καὶ διὰ τοῦτο δικτάτωρ ὁ ῥηθεὶς καλεῖται· τὸ γὰρ λέγειν δίκερε Ῥωμαῖοι καλοῦσιν; Dionysos, V, 73: εἶτε ὡς τινες γράφουσι διὰ τὴν τότε γενομένην ἀνάρρησιν, ἐπειδὴ οὐ παρὰ τοῦ δήμου τὴν ἀρχὴν εὐρόμενος κατὰ τοὺς πατρίους ἔθισμούς ἐξείν ἔμελλεν, ἀλλ' ὑπ' ἀνδρὸς ἀποδειχθεὶς ἐνόσ.

⁹ Priscianus, VIII, 14, 78: *'dictator' autem a dictando.*

¹⁰ Dionysos, V, 73; Plutarkhos, *Marcellus*, 24; Titus Livius, VIII, 34, 2.

¹¹ Varro, V, 82.

¹² Mommsen, III, s. 165; Ernout, Alfred / Meillet, Alfred, 'dictator', *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots*, Paris, 2001, s. 173. Hatta "*dictare*" fiilinin diktatör sözcüğünden daha sonra türemiş olması muhtemeldir (De Vann, Michiel, 'dico', *Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages*, Leiden, 2008, s. 170).

¹³ Mommsen, III s. 165; Smith, William, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Cilt I, Londra, 1901, s. 630.

¹⁴ Smith, a.g.e, s. 630.

anılan, Roma diktatöründen hukuksal olarak farklı bir *magistra* bulunmaktaydı. Ayrıca Romalı yazar Cato, “Latin diktatörü”nün yanı sıra, Kartaca diktatöründen söz eder.¹⁵ Kartaca’da bir diktatörlük makamı bulunmadığından, Cato’nun bu sözcükle Kartaca ordularının komutanını kastediyor olması muhtemeldir.

Öte yandan *imperium* ile donatılmış üst düzey *magistra*’lar için kullanılan *praetor* kavramı, diktatör için de kullanılırdı. Diğer *magistra*’lara göre *imperium*’u daha büyük olan diktatör, diğerlerinden ayırt edilmesi için *praetor maximus* (en büyük *praetor*) olarak adlandırılırdı.¹⁶ Ancak bu, onun resmî unvanı değildi.¹⁷

B. Seçilme Yeterliliği

Hak ehliyeti daraltılmamış Roma vatandaşı her erkek, diktatör seçilme yeterliliğine sahipti. Bir başka deyişle, azatlılar ve oğulları, hukuken şerefsiz ilan edilenler, kadınlar, *magistra*’lıkla bağdaşmayan meslekler (*pontifex maximus* vs.) yapanlar diktatör olarak atanamazdı. Buna karşın herhangi bir yaş şartı bulunmamaktaydı.¹⁸

Diktatörlüğü ihdas eden yasaya (*lex de dictatore creando*) göre yalnızca daha önce konsüllük yapmış kişilerin (*consularis*) bu göreve atabileceğini belirten Titus Livius’a (II, 18) hak vermek mümkün değildir. 434-366 döneminin neredeyse tamamında konsül yerine *tribunus militaris*’lerin görev yaptığı göz önüne alındığında, bu dönemde diktatör seçilecek bir eski konsül bulmak mümkün değildir. Dahası, Roma tarihinde konsüllük yapmamış sayısız diktatöre rastlanmaktadır. 321 yılına kadar daha önce konsüllük görevini yapmamış olan diktatörlerin çoğunlukta olduğu, daha sonra ise genellikle eski konsüllerin diktatör olarak atandıkları görülmektedir. Mommsen’e göre Geç Cumhuriyet

¹⁵ Cato, *Origines*, 58: *dictator Latinus*; 86: *dictator Karthaginiensium*.

¹⁶ Titus Livius, VII, 3, 5: *Lex uetusta est, priscis litteris uerbisque scripta, ut qui praetor maximus sit idibus Septembribus clauum pangat*.

¹⁷ Bu unvan, diktatörün, konsüllerin ve *praetor*’ların olağandışı mevkidaşı olduğunun bir kanıtı olarak gösterilmiştir. Ancak diktatör için *praetor maximus* ifadesinin Erken Cumhuriyet döneminde de kullanıldığı düşünüldüğünde, bu dönemde de diktatörün konsüllerin ve *praetor*’ların mevkidaşı olması gerekirdi. Oysa diktatör atanmasıyla birlikte konsüllerin görevinin askıya alındığı bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. I/İ (*Anayasal Konumu*).

¹⁸ Tacitus, *Annales*, XI, 22.

dönemi Romalıları, eski konsülleri diktatör atamak şeklindeki yerleşen uygulamayı, sözde bir yasaya dayandırma ihtiyacı hissetmişlerdir.¹⁹ Dolayısıyla diktatörlük makamına daha önce konsüllük yapmış kişilerin seçilmesi, bir hukuk kuralı değil, bağlayıcı olmayan bir âdettir.²⁰

Krallığın ilgası ve yerine Cumhuriyet'in kurulmasıyla seçme hakkını (*ius suffragi*) kazanan plebler, seçilme hakkından (*ius honorarum*) mahrumdular; *magistra* seçilemezlerdi. Bu durum, diktatörlük bakımından, 356 yılında pleb sınıfından C. Marcius Rutilus'un Etrüsklere karşı savaşı yönetmesi için diktatör olarak atanmasıyla sona ermiştir.²¹ Pleblerin diktatör atanmasına izin veren özel yasa bulunmamaktaydı. Buna karşın her ne kadar Senato bu en büyük makama bir plebin seçilmesinden duyduğu hoşnutsuzluğu saklamasa da atamanın hukuka aykırı olduğunu iddia etmemiştir. Dolayısıyla 356 yılında ilk pleb diktatör atandığında, pleblere diktatörlük yolunun açılmasının hâlihazırda bir hukukî dayanağı bulunuyor olması gerekmektedir. Bu hukukî dayanak, büyük olasılıkla, pleblere konsüllük yolunu açan 387 tarihli *lex Licinia*'dan ibarettir.²²

Olağanüstü bir *magistra*'lık olan diktatörlük ile üst düzey olağan bir *magistra*'lığın yığılması mümkündür.²³ Konsülün mevkidaşını diktatör olarak atama olanağına sahip olması da bunu kanıtlamaktadır.

Halk meclislerinin dahli olmaksızın bir atama işlemi yapacak olan *magistra*, bu göreve bizzat kendisini atayamazdı.²⁴ Nitekim Roma tarihinde konsül, mevkidaşını diktatör olarak atayabilirdi ama hiçbir zaman kendisini bu göreve atamamıştır.

¹⁹ Mommsen, III, s. 167.

²⁰ Willems, Pierre, *Le droit public romain*, Louvain, 1888, s. 258, dipnot 3; Bandel, Fritz, *Die Römischen Diktaturen*, Breslau, 1910, s. 3; Ogilvie, s. 282; Abbott, Frank Fost, *A History and Description of Roman Political Institutions*, Boston, 1911, s. 168; Liebenam, Willy, *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, C. 5: Demogenes-Ephoroi, Ed. G. Wissowa, Stuttgart, 1905, 'dictator', s. 372.

²¹ Titus Livius, VII, 17, 6-7.

²² Mommsen, III, s. 166.

²³ a.g.e., III, s. 167.

²⁴ a.g.e., II, s. 150.

C. Atama İşlemi ve Senato'nun Rolü

Konsülün diktatör atamak için yaptığı hukukî işleme *intercessio* uygulanmaz; işlemi yapan konsüle karşı, veto hakkı kullanılarak atanmaya engel olunamazdı. Bir başka deyişle, hiçbir organ ya da kişi, diktatör atama hakkına sahip olan konsülün bunu yapmasını engelleyemezdi.²⁵

Konsülün diktatör ataması için Senato'nun rızası gerekli değildi. Bu kural, diktatör atama işleminin *intercessio*'ya tâbi olmamasının doğal sonucudur; eğer diktatör atamak için bir *senatus consultum* aranacak olsaydı, atamayı yapan konsülün mevkidaşı ya da *tribunus plebis*'ler bu kararı veto ederek atamaya engel olabilirlerdi. Dahası, konsüllerin bir diktatör atamasını buyuran senato kararları bağlayıcı değildi.²⁶ Buna karşın hukuken böyle bir yetkisi bulunmamasına rağmen Senato, diktatör atamayı reddeden konsülleri, *tribunus*'ların *coercitio* yetkisi aracılığıyla *senatus consultum*'a uymaya zorlamıştır.²⁷

Konsülün senato kararına uymayarak diktatör atamayı reddettiği bir örneğe tarihte rastlamak mümkün değildir; konsüller, isteksiz de olsalar, senato kararına nihayetinde uyarlardı.²⁸ Diktatör atanması sürecinde Senato'nun filî rolü, bu meclisi oluşturan *patricius*'ların egemen sınıf olması nedeniyle, hukukî rolünden çok daha önemliydi. Uygulamada diktatör atanması, ancak konsüllerden bir diktatör atanmasını isteyen senato kararı ile mümkün olurdu. Nitekim Cicero (*De Legibus*, III, 3, 9), Senato'nun belirleyici rolünü şu şekilde ifade eder: *si senatus creverit* (senato karar verirse).

²⁵ Nitekim *tribunus militaris* L. Servilius Ahala, mevkidaşlarının ve *tribunus plebis*'lerin tüm itirazlarına rağmen, P. Cornelius'u diktatör olarak atamıştır (Titus Livius, IV, 57, 5). Keza 544 yılında konsül M. Valerius'un halk meclislerinin önerdiği Q. Fulvius'u diktatör olarak atamayı reddetmesine rağmen, mevkidaşı M. Claudius, bu kişiyi diktatör olarak atamaktan kaçınmamıştır (Titus Livius, XXVII, 5, 19).

²⁶ **Daremberg**, Charles Victor / **Saglio**, Edmond, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, II¹, Paris, 1873, 'dictator', s. 162; Abbott, s. 182.

²⁷ 323 yılında *tribunus*'lar, senato kararına uymayarak diktatör atamayı reddeden konsülleri hapse atmakla tehdit ederler (Titus Livius, IV, 26, 9-10). Mommsen (III s. 170), haklı olarak bu olayı, Senato'nun bu konuda konsüllere boyun eğdirmesinin hukuken mümkün olmadığını, sadece konsüllerin *tribunus*'ların otoritesine tâbi olduğu şeklinde yorumlamıştır.

²⁸ Mommsen, III, s. 170.

Diktatörlüğün özellikle son döneminde Senato, bu kararında diktatör atanacak kişiyi de belirtirdi.²⁹ Ancak Senato'nun bu önerisi konsül bakımından bağlayıcı değildi; konsül Senato'nun isteğine aykırı olarak bir başkasını da diktatör atayabilirdi. Örneğin, 415 yılında *patricius* sınıfıyla çatışan konsül Ti. Aemilius Mamercinus, konsüllerin görev sürelerinin kısılması için (*finire imperium consulibus cupiens*) bir diktatör atanmasını emreden Senato'ya rağmen, mevkidaşı Q. Publius Philo'yu bu göreve atar.³⁰

Atama Usulü

Halk meclisleri tarafından (*in comitii*) seçilen diğer *magistra*'ların aksine diktatör, kural olarak konsüllerden biri tarafından atanırdı.³¹ Atamayı uygun durumda olan konsül yapardı. Konsüllerden biri Roma ya da İtalya dışında bulunmaktaysa, bu görevi Roma'da bulunan üstlenirdi. Her ikisi de Roma'da ise diktatör atayacak konsül, aralarındaki anlaşmaya (*comparatio*) göre, görüş ayrılığının olması halinde ise kura çekimi (*sortitio*) ile belirlenirdi.³² 426 yılında danışılan *augur*'lar, kon-

²⁹ a.g.e., III, s. 172.

³⁰ Titus Livius, VIII, 12. Aynı yöndeki örnekleri çoğaltmak mümkün: 398 yılında pleb konsül, Senato'nun tepkisini çekme pahasına bir başka plebi diktatör olarak atar (VII, 17). 444 yılında Senato, şehir dışındaki konsül Q. Fabius'tan, L. Papirius Cursor'u diktatör ataması için haber gönderir. Ancak konsül bu mesaja yanıt vermez, ama ertesi sabah bu kişiyi diktatörlük görevine atar (IX, 38). 505 yılında konsül Claudius Pulcher, Senato'nun isteği dışında kişisel ulağı Claudius Glicia'yı diktatör olarak atar (Suetonius, *Tiberius*, 2; Titus Livius, *Periochae*, 19).

³¹ Niebuhr, diktatörün *comitia curiata* tarafından seçilen kişinin konsül tarafından atandığını savunur (Barthold Niebuhr, Georg, *The History of Rome*, Cilt I, [Çev. Julius Charles Hare], Londra, 1837, s. 567). Bu görüşe dayanak olarak Dionysos, V, 70, 4 (*ὄν ἂν ἥ τε βουλὴ προέλῃται καὶ ὁ δῆμος ἐπιψηφίσῃ*) ve Festus, 'optima lex' (*qui primus magister a populo creatus est*) metinlerini gösterir. Oysa Dionysos'un söylediği, Senato'nun belirlediği diktatörün *comitia curiata* tarafından onaylandığından ibarettir; bununla *curia*'ların *lex curiata* çıkarılmasını kasteder. Festus'un metninde ise "a populo" ifadesi metni tahrif edilmesinin bir sonucu olup, orjinali "*qui primus magister populi creatus est*" olmalıdır. Bu nedenlerden dolayı Niebuhr'un tezine katılmak mümkün değildir.

³² Mommsen, III, s. 167. Konsüller, yalnızca bir diktatör atamada değil, birçok hukuki işlemin kimin yapacağını belirlemek için öncelikle anlaşma sağlamaya çalışırlar; bu mümkün olmazsa kura çekerlerdi. Kura, *magistra*'lar arasındaki mevkidaşlık ilişkisinin ve *intercessio* yetkisinin sakıncalarını, mevkidaşların anlaşmazlığı düş-

sül yetkilerini haiz *tribunus*'ların (*tribunus consularis*) da diktatör atama yetkisine sahip olduğunu kararlaştırmışlardır.

Caesar örneğinde olduğu gibi, *praetor*'un tek başına diktatör ataması anayasaya aykırıydı.³³ Buna karşın Plutarkhos, *praetor*'ların da diktatör atayabildiklerini yazmıştır.³⁴ Nitekim Roma tarihi, konsülün dahil olmadan atanan diktatöre yabancı değildir. 217 yılında Kuzey İtalya'nın Hannibal'in komutasındaki Kartaca orduları tarafından işgal altında olması nedeniyle, Roma dışında bulunan konsüllerin diktatör atamak üzere kente geri çağrılmaları mümkün olmaz. Bunun üzerine Roma tarihinde ilk kez bir diktatör, Q. Fabius Maximus, bir konsül tarafından değil, halk tarafından seçilir.³⁵ Halk meclisleri de ancak *imperium*'a sahip *magistra*'ların başkanlığında toplandığı ve diktatörün bir *magistra* tarafından atanması gerektiği için, bu görevi *praetor*'un üstlenmesi bir zorunluluktur. Dolayısıyla diktatör atama yetkisi kural olarak konsüllere ait olduğu halde, konsüllerin yokluğunda *praetor*'lar ancak halk meclislerinin sürece katılımıyla diktatör atayabilirlerdi.³⁶

mesi halinde sistemdeki tıkanıklığı ortadan kaldırmak için benimsenen bir yoldu. Anlaşma ya da kura yoluyla diktatör atanmasına tarihte rastlamak mümkündür: 435'te konsül Verginius, mevkidaşının rızasını aldıktan sonra diktatör atar (Titus Livius, IV, 21, 10: *Verginius dum collegam consuleret moratus, permittente eo nocte dictatorem dixit*). 431'de konsüller diktatör atanması konusunda anlaşamazlar ve kura çekilir (Titus Livius, IV, 26, 11: *Sors ut dictatorem diceret—nam ne id quidem inter collegas conuenerat—T. Quinctio evenit*). Ancak 339'da atamayı konsüllerden birinin yapmasını, *fasces*'lere sahip olan konsül olmasıyla açıklayan Titus Livius hatalıdır (VIII, 12, 13: *Aemilius, [tum] cuius fasces erant, collegam dictatorem dixit*). Böyle bir yöntem, meslektaşlık ilkesiyle bağdaşmazdı. Bkz. Mommsen, I, s. 48, dipnot 2.

³³ Cicero, *Ad Atticum*, IX, 15, 3: *vel ut consules roget praetor, vel dictatorem dicat: quorum neutrum ius est*.

³⁴ Plutarkhos, *Marcellus*, XXIV, 7: 'Ο γὰρ δικτάτωρ οὐκ ἔστιν ὑπὸ τοῦ πλήθους οὐδὲ τῆς βουλῆς αἰρετός, ἀλλὰ τῶν ὑπάτων τις ἢ τῶν στρατηγῶν προελθὼν εἰς τὸν δῆμον ὄν αὐτῷ δοκεῖ λέγει δικτάτορα.

³⁵ Titus Livius, XXII, 8, 6: *dictatorem populus creauit Q. Fabium Maximum*; Polybius, III, 87: 'Ρωμαῖοι δὲ δικτάτορα μὲν κατέστησαν Κόιντον Φάβιον; Lydus, *De Magistratibus*, I, 38. Halk tarafından seçilen bir diğer diktatör için bkz. Titus Livius, XXVII, 5, 16.

³⁶ Mommsen, III, s. 168. Fabius Maximus'u *pro dictator* olarak adlandıran ve konsül tarafından atanmadığı için diktatör sıfatını kazanmadığını belirten Titus Livius'a (XXII, 31, 10) hak vermek mümkün değildir. Bizzat Titus Livius, birçok kez Fabius Maximus'u diktatör olarak adlandırmıştır. Bkz. Titus Livius, XXII, 8, 6: *dictatorem populus creauit Q. Fabium Maximum*; XXVII, 5, 16: *eumque quem populus*

Atama, konsülün sözlü olarak ilan etmesiyle gerçekleşirdi. Buna teknik olarak, *dictatorem dicere*³⁷, *creare*³⁸ ve nadiren de olsa *facere*³⁹, *nominare*⁴⁰ ve *legere*⁴¹ denilirdi.

Halk tarafından seçilmiş olsun olmasın bir *magistra* ataması, onu atayan *magistra* bu konuda tanrıların rızasını almadıkça geçerli değildi.⁴² Bu nedenle konsül, diktatör atamadan önce tanrıların dileğini öğrenmek amacıyla *auspicium*'a başvururdu. Diktatör atanmasına ilişkin kaynaklarda *auspicium* anlatılırken, *nocte*⁴³ (geceleyin), *nocte silentio*⁴⁴ (gecenin sessizliğinde), *silentio surgere*⁴⁵ (sessizlikte kalkmak) ve *oriens de nocte silentio*⁴⁶ (geceleyin sessizlikte kalkmak) ifadeleri kullanılır. Genel olarak *auspicium*, gece yarısından sonra ve gün doğumundan önce alınır. Peki, neden *silentio surgere*? Bu deyim, ilk bakışta, sadece konsülün gece sessizliğinde uyanıp tanrılardan atama için olumlu bir işaret beklediği olağan bir *auspicium*'u anlattığı düşünülebilir. Ancak Romalı dilbilimci Festus'un *silentio surgere* ve *silentium* tanımları, durumun böyle olmadığını gösterir:

iussisset diceret dictatorem. Polybius da Q. Fabius'tan diktatör diye söz eder (III, 87: Ῥωμαῖοι δὲ δικτάτορα μὲν κατέστησαν Κόιντον Φάβιον. Arretium'da bulunan bir yazıtta da Q. Fabius diktatör olarak adlandırılmıştır (Mommsen, Theodor, *Corpus Inscriptionum Latinarum*, Cilt I-II, Berlin, 1887-1918, levha XI, 1828: *dictator magistro equitum Minucio quoius populus imperium cum dictatoris imperio aequaverat. Pro dictator ve promagistratu kavramları için bkz. I/F [Görev Süresi] dipnot 72).*

³⁷ Titus Livius, VIII, 23, 15: *cum consul oriens de nocte silentio diceret dictatorem*; IX, 38, 14: *nocte deinde silentio, ut mos est, L. Papirium dictatorem dixit*; IV, 21, 10: *eo nocte dictatorem dixit*; IV, 57, 5: *et si maneant in sententia senatus, dictatorem nocte proxima dicturum*.

³⁸ Titus Livius, XXII, 31, 8: *populo creatum dictatorem*; II, 18: *dictator creatus, dictatore creando*; IV, 26, 6: *dictatoris creandi*; VI, 6, 8: *Ingens inde ait onus a populo Romano sibi, qui se [dictatorem] iam quartum creasset*.

³⁹ Festus, 'optima lex'.

⁴⁰ Titus Livius, IX, 28, 1: *nominatus dictator*.

⁴¹ Titus Livius, II, 18, 5: *consulares legere*.

⁴² Mommsen, I, s. 111.

⁴³ Titus Livius, XXIII, 22, 11; Cassus Dio, XXXVI, 26.

⁴⁴ Titus Livius, IX, 38, 14.

⁴⁵ Titus Livius, X, 40, 2.

⁴⁶ Titus Livius, VIII, 23, 15.

*Hoc enim est proprie silentium, omnis vitii in auspiciis vacuitas.*⁴⁷

Auspicium'da hiçbir engelin çıkmaması, sessizlik olarak adlandırılır.

*Igitur silentio surgere cum dicitur significat non interpellari, quo minus rem gerat.*⁴⁸

O halde *silentio surgere*, harekete geçmeye bir engelin olmadığını ifade eder.

Dolayısıyla konsül, diktatör atamak için tanrıların atamaya rıza gösterdiklerine dair bir işaret göndermesini beklemezdi. Geceyi *auspicium*'u alacağı yerde kurduğu çadırda geçirir, gece yarısı ile gün doğumu arasında uyanır, dua ettikten sonra tanrıların atamaya itirazlarını gösteren bir işaret gönderip göndermediklerini gözlemlerdi. Böyle bir işaret gönderilmediği, *gecenin sessizliği* bozulmadığı takdirde diktatör atardı.⁴⁹ Kuşların, dört ayaklı hayvanların ve sürüngenlerin hareketlerinin, gök gürültüsünün ve yıldırımın yorumlanması gibi olağan yöntemlerin kullanıldığı diğer *magistra*'ların atamasından farklı bir usul söz konusuydu.⁵⁰

Diktatör, şehrin kutsal kabul edilen en eski toprağında, şehrin ilk yerleşim yerinde (*in agro Romano*) atanmalıydı. Bu nedenle şehir dışındaki konsüller, diktatör atamak için sıklıkla Roma'ya çağırılırlardı.⁵¹ Ancak zamanla, şehrin kurulduğu toprak parçası, sembolik olarak tüm İtalya'yı kapsayacak şekilde yorumlanmaya başlanmıştır.⁵²

E. Göreve Başlaması, *Insignia, Magister Equitum*

Üst düzey *magistra*'ların *lex curiata* çıkarılmaksızın *imperium*'a sahip olamayacaklarına ilişkin âdet, diktatör için de geçerliydi. Konsül-

⁴⁷ Festus, 'silentio surgere'.

⁴⁸ a.g.e., 'sinistrum'.

⁴⁹ Bkz. Titus Livius, VIII, 23, 15; IX, 38, 14; IV, 21, 10; IV, 57, 5.

⁵⁰ Bu farklılığın nedeni, diktatörlük makamının çok eski ve dinî bir boyutu olmasıydı. Bkz. II/C (*Diktatörlüğün Kadim Kökleri*).

⁵¹ Bkz. Titus Livius, VII, 19, 9; XIII, 22, 11; XXII, 57, 1.

⁵² Titus Livius, XXVII, 5, 15: *patres extra Romanum agrum--eum autem Italia terminari--negabant dictatorem dici posse*. Roma dışında atanan diktatörler için bkz. VII, 21; VIII, 23; IX, 38; 44; XXVII, 29, 1-5.

lerden biri tarafından usulüne uygun olarak atanan diktatör, *imperium*'u elde etmek için *curia*'ların onayını almalıydı.⁵³ Bunun için *comitia curiata* toplanır, diktatörün *imperium* ile donatıldığına ilişkin bir yasa çıkarılırdı: Bu yasa, *lex curiata* olarak adlandırılmaktaydı. Bu şekilci işlem yerine getirildikten sonra diktatörün *imperium*'a sahip olduğu ve göreve resmen başladığı kabul edilmekteydi.

Lex curiata, diktatörün göreve başlaması bakımından tamamen bir formaliteydi. *Comitia curiata*'nın usule uygun atanan diktatöre *imperium*'u vermeyi reddettiği bir örneğe tarihte rastlanmamıştır. Kaynaklarda halk meclisinin böyle bir yetkisinin bulunduğu dair bir veri bulunmamaktadır. Dahası diktatör, atama kendisine bildirildikten sonra *magister equitum* seçimi gibi birtakım işlemleri muhtemelen *lex curiata*'yı beklemeksizin yapardı.⁵⁴

Diktatör, kendisine *imperium*'un verilmesine ilişkin işlemin yapılmasını *comitia curiata*'dan bizzat talep etmeliydi. Bu nedenle diktatör atanan kişinin Roma'da bulunması gerekirdi. Ancak bu hususun bir hukukî gereklilikten çok, bir âdet olması muhtemeldir: 390 yılında Galya istilasına uğrayan Romalılar, yurt topraklarını düşmanın elinden geri almak amacıyla, ordunun başına saygın bir komutan olan Camillus'u diktatör atarlar. Ancak *lex curiata*, Camillus Etruria sınırlarındaki Veii'de iken, onun yokluğunda çıkarılır.⁵⁵ Tıpkı diktatör atayacak olan konsülün atamayı başta yalnızca Roma'da ve daha sonraları tüm İtalya'da yapmasına ilişkin kural gibi, zaman içerisinde diktatörün İtalya sınırları içinde herhangi bir yerde bulunurken de *lex curiata* çıkarılması sonucu *imperium*'u elde edeceği kabul edilmiştir.⁵⁶

⁵³ Titus Livius, IX, 38, 15: *atque ei legem curiatam de imperio ferenti triste omen diem diffidit*; Dionysos, V, 70, 4: ὄν ἂν ἡ τε βουλή προέληται καὶ ὁ δῆμος ἐπιψηφίσῃ.

⁵⁴ Mommsen, III, s. 174. Nitekim diktatör L. Papirius, *lex curiata* çıkarılmadan önce bir *magister equitum* atar (Titus Livius, IX, 38, 15). Bu hususun açıkça belirtilmediği diğer kaynaklardan da bu sonuç çıkarılabilir; zira birçok kaynakta konsülün atamayı gerçekleştirmesi ile diktatörün *magister equitum* ataması arasında çok az zaman bulunmakta ve *lex curiata*'dan söz edilmemektedir.

⁵⁵ Titus Livius, V, 46, 11: *missique Ardeam legati ad Camillum Veios eum perduxere, seu-quod magis credere libet, non prius profectum ab Ardea quam compererit legem latam, quod nec iniussu populi mutari finibus posset nec nisi dictator dictus auspicia in exercitu habere—lex curiata lata est dictatorque absens dictus.*

⁵⁶ Iulius Caesar'ın atama sırasında İtalya dışında bulunuyor olmasından yakınan Cassius Dio (XLII, 21: καὶ ὁ τε Καῖσαρ τὴν δικτατορίαν παραχρῆμα, καίπερ ἔξω

Diktatör, en büyük kamu gücü *imperium*'un sembolü olan *fascis*'e de sahip olurdu.⁵⁷ Kral ve konsülün on iki *fascis*'inin aksine diktatör, yirmi dört *fascis*'e sahipti.⁵⁸ Buna karşın *fascis*'leri taşıyan yirmi dört *lictor*'un tamamını Roma'da yanında bulundurmaz; yalnızca askeri sefere çıktığında beraberinde götürürdü. 82'de bir askeri darbe sonucu iktidarı ele geçiren Sulla, bu makamın tarih sahnesinden silinmeye yüz tuttuğu bir dönemde, yirmi dört *lictor*'un tamamını Roma sınırları içinde yanında bulunduran ilk diktatör olmuştur.⁵⁹ *Fascis*'lerin yanı sıra diktatör, *imperium*'a sahip diğer *magistra*'lar gibi, *sella curulis*⁶⁰ ve *toga praetexta*'ya⁶¹ da sahip olurdu.

Göreve başlayan diktatör, en kısa sürede *magister equitum* (süvarilerin efendisi) olarak adlandırılan bir yardımcı seçerdi.⁶² *Magister equitum*, diktatörün talimatlarıyla bağlı olup, onun emrinde görev yapardı. Savaşta diktatör Roma lejyonlarını komuta ederken, *magister equitum*, adından anlaşıldığı gibi

τῆς Ἰταλίας ὄν), atama işleminin hukuka aykırı olduğunu ima eder. Dolayısıyla en azından I. yüzyılda, müstakbel diktatörün atama sırasında İtalya'da bulunması yeterliydi.

- ⁵⁷ *Fascis*, *imperium* sahibi *magistra*'ların önünde yürüten *lictor* adlı görevlilerin taşıdığı bir demet değneğin (*virga*) ortasına bir baltanın (*securis*) yerleştirilmesi ve kırmızı bir deri ile bağlanmasıyla elde edilen araçtı. *Fascis*, *imperium* sahibi *magistra*'nın yurttaşlar üzerindeki ölüm dirim hakkını (*ius vitae necisque*) temsil ederdi. Nitekim *lictor*'lar, kararları *provocatio*'ya tâbi olmayan *magistra*'nın hükmettiği ölüm cezasını derhal infaz ederlerdi. Mommsen'in deyimiyle, *fascis* ile *lictor* arasında o kadar sıkı bir ilişki vardı ki, *fascis*'siz *lictor*, *lictor*'suz *fascis* düşünülemezdi. Nitekim her iki kavram sıklıkla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır (II, s. 4).
- ⁵⁸ Polybius, III, 87, 7: τῶν μὲν γὰρ ὑπάτων ἑκατέρῳ δώδεκα πελέκεις ἀκολουθοῦσι, τούτῳ δ' εἴκοσι καὶ τέτταρες; Dionysos, X, 24: ; Plutarkhos, *Fabius Maximus*, 4: Οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ αὐτὸς ὁ Φάβιος εὐθὺς ἐνδείξασθαι θέλων τῆς ἀρχῆς τὸ μέγεθος καὶ τὸν ὄγκον, ὡς μᾶλλον ὑπηκόοις χρῆτο καὶ πειθηνίοις τοῖς πολίταις, προῆλθε συνενεγκάμενος εἰς τὸ αὐτὸ ῥάβδουχίας εἰκοσιτέσσαρας; Cassius Dio, LIV, 1: καὶ μετὰ ταῦτα τὰς ῥάβδους τὰς τέσσαρας καὶ εἴκοσι λαβόντες προσῆλθον αὐτῷ; Appianus, *Bellum Civile*, I, 100: πελέκεις τε γὰρ ἐφέροντο πρὸ αὐτοῦ, οἷα δικτάτορος, εἴκοσι καὶ τέσσαρες.
- ⁵⁹ Titus Livius, *Periochae*, 89, 3: *Sylla dictator factus, quod nemo umquam fecerat, cum fascibus XXIII processit.*
- ⁶⁰ Cassius Dio, XLIII, 48, 2; Titus Livius, II, 31, 3; Festus, 'sella curulis'.
- ⁶¹ Titus Livius (*Periochae*, 19, 1), Claudius Glicia'nın *toga praetexta*'yı giydiğini söyler; Glicia diktatörlükten başka bir *magistra*'lık yapmadığı için diktatörlerin de bu togayı giydiği sonucuna ulaşmak mümkündür.
- ⁶² Titus Livius, IX, 38; Dionysos, V, 75; Polybius, III, 87, 9; Seneca, *Epistulae morales ad Lucilium*, CVIII, 31.

süvari birliklerine komuta ederdi. Roma ordularının ikinci komutanı olarak diktatörün yokluğunda ordunun başına geçerdi. *Magister equitum* seçme hakkı, aynı zamanda bir zorunluluktur. Nitekim *fastus*'larda *magister equitum* kaydı bulunmayan iki diktatörlük dışında, diktatörler daima bir *magister equitum* seçmişlerdir. İlki bir zorunluluktan kaynaklanmıştır: 249'da Claudius Glicia, diktatör seçildikten kısa süre sonra, alt sınıftan olduğu için henüz bir *magister equitum* seçemeden görevini iade etmeye zorlanmıştır.⁶³ İkincisi ise bir anayasal anomaliden doğmuştur: 216 yılında bir diktatör görevdeyken diktatör unvanıyla atanan M. Fabius Buteo, halihazırda bir *magister equitum* var olduğundan, *magister equitum*'suz atanmıştır.⁶⁴

F. Görev Süresi

Magistra'ların bir yıllığına ya da belirli bir süre görev yapmasına ilişkin kural, olağanüstü bir *magistra*'lık olması nedeniyle diktatörlüğe uygulanmamaktaydı. Buna karşın diktatörlük, savaş ya da iç karışıklık gibi olağanüstü durumlarda ilan edilmesinin doğal sonucu olarak geçici bir *magistra*'lıktı. Belirli bir görevi yerine getirmesi için atanan diktatör, bu görevi tamamlar tamamlamaz iade ederdi. Görev süresine ilişkin bir mutlak sınırlama bulunmamaktaydı.

Diktatör en çok altı ay süreyle görevde kalabilmekte; bu sürenin sonunda görevini iade etmek zorundaydı.⁶⁵ Literatürde, sürenin altı ay ile sınırlı olmasının nedeni, diktatörün bir askerî önder olması ve seferlerin yaz ile sonbahar mevsimlerinde yapılması nedeniyle en

⁶³ Titus Livius, *Periochae*, 19, 1: *dictatorem dicere Claudium Gliciam dixit, sortis ultimae hominem, qui coactus abdicare se magistratu postea ludos praetextatus spectavit.*

⁶⁴ Titus Livius, XXIII, 22: *M. Fabium Buteonem ex senatus consulto sine magistro equitum dictatorem in sex menses dixit.*

⁶⁵ Cicero, *De Legibus*, III, 3, 9: *Ne amplius sex menses*; Titus Livius, XXIII, 22, 11: *M. Fabium Buteonem ex senatus consulto sine magistro equitum dictatorem in sex menses dixit*; Pomponius, D. I. 2. 2. 18: *Non erat fas ultra sextum mensem retineri*; Dionysos, V, 71, 73: χρόνου δ' εἶναι μέτρον τῆ νέᾳ ἀρχῇ μῆνας ἕξ, μετὰ δὲ τὴν ἐξάμηνον αὐθις ἄρχειν τοὺς ὑπάτους; Plutarkhos, *Camillus*, 29: Ἐκ τούτου φοβηθεῖσα τὸν θόρυβον ἢ βουλή τὸν μὲν Κάμιλλον οὐκ εἶασε βουλόμενον ἀποθέσθαι τὴν ἀρχὴν ἐντὸς ἐνιαυτοῦ, καίπερ ἕξ μῆνας οὐδενὸς ὑπερβαλόντος ἑτέρου δικτάτορος; Cassius Dio, XXXVI, 34, 1: Ἐκ τούτου φοβηθεῖσα τὸν θόρυβον ἢ βουλή τὸν μὲν Κάμιλλον οὐκ εἶασε βουλόμενον ἀποθέσθαι τὴν ἀρχὴν ἐντὸς ἐνιαυτοῦ, καίπερ ἕξ μῆνας οὐδενὸς ὑπερβαλόντος ἑτέρου δικτάτορος; XLII, 21: καίτοι τῶν οἰωνιστῶν σφοδρότατα ἀντειπόντων μηδενὶ ἐξεῖναι πλεῖω τοῦ ἐξαμήνου χρόνον ἱππαρχῆσαι.

çok altı ay sürmesiyle açıklanmaktadır.⁶⁶ Bu sürenin makamın askerî niteliğinden kaynaklandığının kanıtı, savaş dışında bir nedenle atanan diktatörün görevinde altı ay kalmasının hoş görülmemesiydi.⁶⁷ Buna karşın Niebuhr, altı aylık süreyi Latin diktatörlüğü ile açıklamıştır. Latin Konfederasyonu'nun komutasının, Roma ve diğer Latin devletleri arasında altı ay süreliğine paylaşıldığını savunmuştur.⁶⁸

Fastus'larda bir yıl süren dört diktatörlük kaydı bulunmaktadır (333, 324, 309, 301). Kayıtlara göre bu dört yılda konsül seçilmemiştir. Kayıtların doğruluğundan kuşku duymak için haklı bir neden mevcuttur. Roma arşivlerinin bir kısmı, 390 yılında Roma'nın Galyalılar tarafından yağmalanması sırasında kaybolmuş ve vakanüvislerin yıllıklarından yola çıkılarak yeniden yazılmıştır. Yeniden yazım sırasında, görev yapan konsüllerin bilinmediği bu dört yılda diktatörün altı ay değil bir yıl görev yaptığı yönünde arşivlerde bir değişiklik yapılmış olması muhtemeldir. Dahası, bu yanlış yeniden yazım masum olmayabilir; Caesar'ın, anayasa aykırı bir yıllık diktatörlüklerini meşrulaştırmak amacıyla, *fastus*'ları tahrip ederek emsal yaratmış olabileceği düşünülmektedir.⁶⁹

Diktatörün görev süresinin bir ikinci sınırlamaya daha tâbi olduğunu savunan Mommsen'e göre diktatörün görevi, konsülün mevkidaşı

⁶⁶ Mommsen, III, s. 184.

⁶⁷ 216 yılında Senato'daki eksik üye sayısının tamamlamak için atanan diktatör M. Fabius Buteo, yaptığı konuşmada askeri nedenler dışında bir nedenle atanan diktatörün altı ay görev yapmasının doğru olmadığını söyler ve yüz yetmiş yedi senatör daha atadıktan sonra görevini derhal iade eder (Titus Livius, XXIII, 23). Keza 363 yılında Tiber nehrinin taşması üzerine oyunlar yarıda kalır ve çivi çakarak tanrıların öfkesini dindirmek amacıyla L. Manlius Capitolinus Imperiosus diktatör atanır. *Tribunus plebis* M. Pomponius görevini tamamlamasına rağmen görevi birkaç gün sonra iade ettiği gerekçesiyle diktatörü görevini kötüye kullanmakla suçlar (Cicero, *De Officiis*, III, 112; Titus Livius, VII, 3, 4).

⁶⁸ Niebuhr, *H.R.*, s. 564.

⁶⁹ **Drummond**, Andrew, "The Dictator Years", *Historia*, C. 27, S. 4, 1978, s. 571. Yazara göre meşruiyet kaygısı güden Caesar, bir yıllık görev süresi bakımından Alba diktatörlüğünü emsal gösteremezdi; çünkü Licinius Macer'in iddiasına rağmen Romalılar diktatörlüğün Alba'ninkinden farklı olduğunu düşünüyorlardı. Bu nedenle Caesar, Roma tarihinde emsal olaylar yaratma yolunu seçmiştir. Bir yıllık diktatörlüklerden yalnızca Caesar döneminde söz edilmesi, Romalı devlet adamının kayıtların tahribinde parmağı olduğunu göstermektedir.

olmasının sonucu olarak, onu atayan konsülün görev süresi dolduktan sonra sona ererdi.⁷⁰ Bir başka deyişle halkın efendisi, onu atayan *magistra*'nın ölümü üzerine görevinden çekilmez, *magistra*'nın görev süresinin sonuna kadar devam ederdi. Ne var ki böyle bir sınırlamanın bulunduğunu kaynaklardan çıkarmak mümkün değildir; çünkü onu atayan konsülün görev süresi dolduktan sonra dahi makamında kalan diktatör de vardır.⁷¹

Roma'da birçok makam için söz konusu olan görev süresinin uzatılması, diktatörlük için hiçbir zaman uygulanmamıştır. Hiçbir kaynaktan diktatörlük görev süresi sona erdikten sonra *pro dictator*⁷² sıfatı ile görevde kalan bir kişiden söz edilmemektedir.⁷³

⁷⁰ Mommsen, III, s. 183. Mommsen, hiçbir kaynaktan belirtilmeyen bu hususa ilişkin iki olayı kanıt olarak göstermektedir. İlki, 389 yılında diktatör M. Furius Camillus'un konsül yılının sonunda görevinden çekilmesidir (Titus Livius, VI, 1, 4: *Ceterum primo quo adminiculo erecta erat eodem innixa M. Furio principe stetit, neque eum abdicare se dictatura nisi anno circumacto passi sunt*). Camillus'un burada bir tercihte bulunduğu anlaşılmaktadır; yoksa bu alıntıdan böyle bir zorunluluğun çıkarılması mümkün değildir (Bkz. Lintott, Andrew, *The Constitution of the Roman Republic*, Oxford, 2005, s. 111). İkincisi ise Geminus olayıdır ki, tamamen yanlış bilgiye dayanır.

⁷¹ 202 yılında fırtına nedeniyle halk meclisleri toplanamaz ve yeni yılın konsüllerini seçmek mümkün olmaz. Onu atayan önceki yılın konsülünün görev süresi dolmasına rağmen diktatör C. Servilius Geminus görevinde kalır ve Senato'nun isteği üzerine Ceres oyunlarını yönetir (Titus Livius, XXX, 39, 4-5; 40, 4).

⁷² *Pro magistratu*, *magistra* seçilmeksizin, anayasal olarak *magistra* yetkileriyle donatılan kişidir. Temel olarak iki gerekçeyle *pro magistratu* söz konusu olurdu: *prorogatio* (görev süresi uzatımı) ve *delegatio* (yetki devri). Görev süresi dolan üst düzey *magistra*, halefi göreve başlayana dek *magistra* yetkilerini kullanmaya devam eder; ancak bu yetkileri halk tarafından belirli bir süre için aldığından, süre dolduktan sonra *magistra* değil, *pro magistratu* sıfatıyla görev yapardı. Öte yandan bir üst düzey *magistra*, yokluğunda yetkilerini kullanması için bir temsilci atar; halk tarafından seçilmemiş olan bu temsilci *magistra* sıfatını kazanmadığından *pro magistratu* olarak adlandırılırdı. Bir üçüncü *pro magistratu* vardı ki, yetki alanı şehir dışı ile sınırlandırılmış, bir anayasal anomali sonucu halk tarafından özel usul ile seçilen kişiydi (Bkz. Mommsen, I, s. 11-13).

⁷³ Titus Livius'un (XXII, 31, 10-11) sözünü ettiği *pro dictator*, görev süresi uzatılan *magistra* değil, usule aykırı biçimde atanan *magistra*'dır. Bkz. I/D (*Atama Usulü*) dipnot 36. Öte yandan Mommsen, görev süresi sona eren diktatörün, görevi devredebileceği uygun bir *magistra* bulunmaması durumunda, böyle bir *magistra* gelene kadar görevi muhafaza ettiğini kanısındadır (III, s. 184). Bunun nedeni,

G. Yetki Alanı ve Unvanı

Diktatör, makamın olağanüstü bir *magistra*'lık olmasının sonucu olarak belirli bir nedenle (*causa*) atanırdı.⁷⁴ Konsüllerin yetkisinin aksine diktatör *imperium*'u, bu belirli neden ile sınırlıydı. Geleneksel deyişte belirtildiği gibi esas olarak diktatör, bir askeri işgal ya da halk ayaklanması tehdidi karşısında atanır⁷⁵; yalnızca bu tehditleri ortadan kaldırmak için yetki kullanırdı.

Diktatörün belirli bir nedenle atanması, bu *magistra*'lığın ayırt edici unsurlarından biridir. Nitekim *fastus*'larda diktatörün resmî unvanında atama nedeni ve yetki alanı da belirtilirdi. *Fastus*'larda yer alan diktatör unvanları şunlardı: (1) *rei gerundae causa*, (2) *seditionis sedandae et rei gerundae causa*, (3) *clavi figendi causa*, (4) *feriarum constituendarum causa*, (5) *comitiorum ludorumque faciendorum causa*, (6) *comitiorum habendorum causa*, (7) *senatus legendi causa*.⁷⁶ Diktatörün *quaestionibus exercendis* ve *interregni causa* unvanları ile atandığı doğru değildir.⁷⁷

Dictator rei gerundae causa (“işleri halletmek için”), devletin geleceğinin tehlikeye girdiği savaşlarda orduya komuta etmesi için atanırdı. Diktatörlük her şeyden önce askeri bir makam olarak kabul edilmiştir.⁷⁸

halk tarafından seçilmeyen bir *magistra*'nın görev süresinin halk tarafından uzatılmayacağı düşüncesi olabileceği gibi, çok geniş yetkilere sahip olan makama süreklilik kazandırılmasını önleme çabası da olabilir.

⁷⁴ Cassius Dio, XXXVI, 32: Καὶ τοῦτων μέντοι τοιοῦτον ὄντα, οὔτε ἐπὶ πᾶσι ποτε τοῖς πράγμασιν οἱ πατέρες ἡμῶν, οὔτε ἐπὶ πλείω χρόνον ἑξαμήνου κατεστήσαντο.

⁷⁵ Cicero, *De Legibus*, III, 3, 9: *Quando duellum gravius discordiaeue civium escunt*; Claudius, *Lungdunum Levhası*, I, 28: *Quid nunc commemorem dictaturae hoc ipso consulari imperium valentius, repertum apud maiores nostros, quo in asperioribus bellis aut in civili motu difficiliore uterentur?*

⁷⁶ Festus'un *optima lege* tanımından yola çıkan Willems, diktatörleri iki grupta sınıflandırmıştır. *Dictator optima lege*, *rei gerunda* ve *seditionis sedandae causa* atanan diktatörleri ifade ederdi. *Dictator imminuto iure* ise belirli bir idarî işlemi ya da dinî ritüeli yerine getirmek üzere atanan diktatörler için kullanılmıştır (Willems, s. 258-260).

⁷⁷ Cezai yargı yetkisiyle donatılan diktatör Maenius'un unvanı, *quaestionibus exercendis causa* (soruşturmaları yönetmek için) değil, *rei gerundae causa* idi (*Fasti Capitolini*, 314). *Fasti Capitolini*'deki 217'de Fabius'un *interregnum* nedeniyle diktatör atandığına ilişkin ifade yanlıştır; çünkü o yıl *interregnum* söz konusu olmamıştır. Bkz. Mommsen, III, s. 184, dipnot 1; Bandel, s. 3.

⁷⁸ Nitekim Cato (*Origines*, 58), diktatör sözcüğünü Kartaca komutanı için de kullanır.

Askerî yetki, diktatörün her dönemde sahip olduğu doğal yetki olarak görülmekteydi. Öyle ki savaş dışında bir nedenle atanan diktatörler bile savaşa gitme yetkisine sahip olduklarını iddia etmişlerdir.⁷⁹ 391'e kadar diktatörler, *rei gerundae causa* unvanıyla atanmışlar ve bu unvan, atama nedeninden bağımsız olarak bu *magistra*'nın genel unvanı haline gelmiştir. Nitekim savaş dışında bir nedenle göreve gelen diktatörlerin dahi *rei gerundae causa* unvanıyla atandığı olmuştur.⁸⁰

Diktatörlüğün bir başka kullanım amacı ise devlete yönelik iç tehditlerin yok edilmesiydi. *Dictator seditionis sedandae et rei gerundae causa*, Roma'nın ayrıcalıklı büyük toprak sahibi *patricius*'lara karşı, pleb ayaklanmalarını bastırmakla görevlendirilirdi. Bu atama nedeni, diktatörün askerî yetkisini kullanmasını gerektirdiğinden, Romalılar tarafından *dictator rei gerundae causa*'dan farklı görülmezdi. Nitekim çoğu zaman iç ve dış tehditlere aynı anda karşı konulması gerekmiş; savaş hazırlanmak amacıyla ayaklanmanın bastırılması gerekli olmuştur. Örneğin; 494'te M' Valerius Maximus, ayaklanmayı bastırarak plebleri orduya almak ve iç karışıklığı fırsat bilerek Roma'ya savaş açan Sabinler ile Aequileri yenilgiye uğratmak amacıyla *dictator seditionis sedandae et rei gerundae causa* unvanıyla diktatör atanır.⁸¹ Gerek bu benzerlik gerekse daha önce açıklandığı gibi unvanın genel niteliği nedeniyle, birçok iç karışıklığı bastırmak için atanan diktatör, *seditionis sedandae et rei gerundae causa* değil, *dictator rei gerundae causa* unvanına sahipti.

Roma tarihinde tüm diktatörlerin yarısından fazlası *rei gerundae causa* ya da *seditionis sedandae causa* unvanıyla atanmıştır. Romalılar, bu askerî ve politik durumlar dışında da bu olağanüstü *magistra*'lığa başvururlardı.

Birtakım dinî ritüellerin gerçekleştirilmesi için de diktatör atanırdı. *Dictator clavi figendi causa*, Roma'da bir salgın, doğal afet, toplumsal kriz meydana geldiğinde atanırdı.⁸² *Dictator feriarum constituendarum*

⁷⁹ 363'te *dictator clavi figendi causa* L. Manlius, görevini yerine getirdikten sonra Hernici halkıyla savaşmak için asker toplar; tepkiler üzerine görevinden ayrılır (Titus Livius, VII, 3).

⁸⁰ Bkz. Titus Livius, IX, 26.

⁸¹ Titus Livius, II, 30-31.

⁸² Eski bir yasaya göre *praetor maximus*, Jüpiter tapınağının sağ tarafına bir çivi çakarak tanrıların öfkesini dindirebilirdi. 363 yılında oyunlar sırasında Tiber Nehri taşıp *Ludus Magnus*'u sel basınca, yaşlıların eskiden bir diktatörün çivi çakmasıyla veba salgınının son bulduğunu anlatması üzerine *dictator clavi figendi causa* atanmıştır

causa, kötü alâmetlerin görülmesi üzerine kutsal günleri saptamak için atanmıştır.⁸³ *Dictator ludorum faciendorum causa*, Jüpiter'e ithafen düzenlenen olağanüstü dinî festivalin ve oyunların (*Ludi Magni*) başlama işaretini verirdi.⁸⁴

Özellikle Geç Cumhuriyet döneminde diktatör, konsüllerin yokluğunda da atanır; birtakım işlemleri yapmak için gerekli olan *imperium*'u sağlardı. Roma'da konsül ya da *praetor* bulunmadığı takdirde halk meclislerini toplamak için *dictator comitorum habendorum causa* atanırdı.⁸⁵ *Dictator senatus legendi causa*, Senato'daki boş koltukları doldurmak amacıyla yeni senatörler belirlerdi.⁸⁶

Yetki alanı sınırlaması yalnızca fiiliydi, herhangi bir hukukî sınırlama söz konusu değildi.⁸⁷ *Dictator clavi figendi causa*'nın dahi savaşa gitme yetkisine sahip olduğunu iddia etmesi ve bir *magister equitum* atama zorunluluğu, yetki alanına ilişkin bir hukukî sınırlama bulunmaksızın tüm diktatörlerin aynı yetkilere sahip olduğunu göstermektedir. Nitekim atamadan sonra Senato'nun diktatörden bir başka görevi daha yerine getirmesini istediği de olmuştur.⁸⁸ Diktatörün atama nedeni dışın-

(Titus Livius, VII, 3, 5). 331'de yüzlerce kişinin şüpheli biçimde ölmesinin nedeninin, onları zehirleyen yaklaşık yüz yetmiş kadın olduğu ortaya çıkar; bunun bir kötü alamet olduğunu düşünen Romalılar bir diktatör atarlar. Ayrıca eski zamanlarda pleb ayaklanmaları sırasında *dictator clavi figendi causa* atandığını, çivi çakılması üzerine herkesin sağduyu kazandığını öğreniyoruz (Titus Livius, VIII, 18).

⁸³ Titus Livius, VII, 28, 6-7.

⁸⁴ Titus Livius, XXVII, 33, 6: *Exitu huius anni T. Quinctius consul, dictatore comitorum ludorumque faciendorum causa dicto T. Manlio Torquato.*

⁸⁵ *Dictator comitorum habendorum causa* için bkz. Titus Livius, VII, 22; 24; VIII, 16; 23; IX, 7; 44; XXII, 33; XXV, 2; XXVII, 5; XXVIII, 10; XXIX, 11.

⁸⁶ Titus Livius, XIII, 22: *Dictatorem, qui censor ante fuisset vetustissimusque ex iis qui viverent censoriis esset, creari placuit qui senatum legeret, accirique C. Terentium consulem ad dictatorem dicendum iusserunt.*

⁸⁷ Mommsen, III, s. 180; Bandel, s. 3, dipnot 3. *Dictator immunitu iure* olarak adlandırıldığı, yalnızca belirli idarî işlem ya da dinî ritüelleri yerine getirmek amacıyla atanan diktatörün *imperium*'unun yalnızca atama nedeni ile sınırlı olduğunu savunan Willems yanılmaktadır (s. 260). Böyle bir hukukî sınırlama, ancak makam *provocatio*'ya tâbi kılındıktan sonra söz konusu olmuştur.

⁸⁸ 202'de *comitorum habendorum causa* atanan diktatör C. Servilius Geminus, senatonun emriyle oyunları düzenlemekle görevlendirilmiştir (Titus Livius, XXX, 39, 4-8).

da yetki kullanmasının uygulamada ancak Senato kararı ile mümkün olduğu göz önüne alındığında da, bu sınırlamanın hukukî değil siyasi olduğu gözlemlenebilir.

H. *Imperium*

Diktatör, tıpkı konsül ve *praetor* gibi, bir *magistra*'nın sahip olabileceği en büyük kamu gücüne, *imperium*'a sahipti. Diktatörün *imperium*'u diğer *magistra*'larinkinden daha büyüktü (*imperium maius*).⁸⁹ Daha önce gördüğümüz gibi *praetor maximus* olarak adlandırılması bundandı. Diktatörün yetkisini, konsüllerinkinden ayırt eden üç önemli özelliği vardı: (1) *Provocatio* ve *auxilium* bağıışıklığı (2) Sorumsuzluk (3) Senato'dan bağıışızlık.

Diktatörlük makamının alametifarikası *provocatio*⁹⁰ bağıışıklığıydı. Klasik görüşe göre 509 tarihli İlk Valeria Yasası'ndan beri konsülün

⁸⁹ Titus Livius, VI, 38, 3: *summum imperium*; VIII, 3: *maius imperium*; XXX, 24, 3: *pro iure maioris imperii*; Claudius, *Lungdunum Levhası*, I, 28: *imperium valentius*. *Imperium maius-minus* ilişkisi, yalnızca diktatör ve konsül-*praetor* arasında geçerli değildi. Konsül, *praetor* ve diktatör dışında *imperium*'a sahip olan *magistra*'lardan daha büyük bir *imperium*'a sahipti. Ne var ki bu diktatör-konsül ilişkisi, konsül-*praetor* ilişkisinden farklıydı. Last, ilkinde A tipi, ikincisine B tipi *imperium maius-minus* ilişkisi demektedir (Hugh Last, "Imperium Maius: A Note", *The Journal of Roman Studies*, C. 37, S. 1-2, 1947, s. 159). Ehrenberg, isabetli olarak, ilkinde "consular imperium maius", ikincisini "dictatorial imperium maius" olarak adlandırmıştır (Ehrenberg, Victor, "Imperium Maius in the Roman Republic", *American Journal of Philology*, C. 74, S. 2, 1953, s. 122-123). İlkinde, *praetor*'lar konsülden bağıışız olarak görev yaparlar; ancak iki *magistra* birlikte çalıştıklarında ya da yetki uyuzmazlığı ortaya çıktığında konsül *praetor*'a iradesini kabul ettirirdi. Ancak hiçbir halde *praetor*'un işlemlerinden dolayı konsülün sorumluluğu söz konusu değildi. Buna karşın ikinci tür ilişkide, diktatör atanması üzerine bütün *magistra*'lar ona bağıışlı bir şekilde görev yaparlar; bu *magistra*'ların bütün işlemlerinden dolayı diktatör sorumlu olurdu. Last ve Ehrenberg'in tespitlerine iki özellik daha eklenmelidir: Konsül *praetor*'un görevden ayrılmasını isteyemediği halde, diktatör konsülü istifaya zorlayabilirdi; *praetor* konsülün karşısına *fascis*'leri ile çıkabilirken, konsül diktatör huzurunda *fascis*'leri yanında bulundurmazdı.

⁹⁰ *Provocatio ad populum*, bir *magistra* kararıyla cezaya mahkûm edilmiş bir Roma vatandaşının halk meclislerinden bu cezanın ortadan kaldırılmasını istediği bir hukukî başvuru yoluydu. Bu hukukî yola konu olan cezanın kapsamı belirsizdir. Cicero (*De Re Publica*, II, 53) ve Valerius Maximus (IV, 1, 1), yalnızca ölüm ve

*coercitio*⁹¹ yetkisi, Roma sınırları içinde *provocatio*'ya tâbiydi (*provocatio domi*); konsülün bir Roma vatandaşı aleyhine verdiği cezalara karşı halk meclisleri karşısında hak aramak mümkündü.⁹² Buna karşın Roma dışında seferlerde savaş hukuku geçerli olduğundan, *imperium militiae* sahibi konsül *provocatio*'ya boyun eğmezdi. Diktatörün *coercitio* yetkisi ise ne Roma sınırları içinde ne de Roma dışında *provocatio*'ya tâbiydi.⁹³ Bu bakımdan diktatör, vermiş olduğu cezalara karşı halk meclislerine başvurulamayan bir *magistra* idi (*magistratus sine provocatione*). Bu düzenlemenin ortaya çıkışı, daha önce değindiğimiz gibi, diktatörün her şeyden önce bir başkomutan olduğu ve askerî yetkilerinin bir coğrafya ile sınırlandırılmayacağı düşüncesinden ileri gelmektedir; çünkü

kırbaçlama cezalarına karşı halk meclislerine başvurabildiğini ifade ederken; Dionysos (V, 19, 4) ve Plutarkhos (*Poplicola*, 11) ise para cezalarını da dahil ederler.

⁹¹ *Coercitio*, *magistra*'nın kişiyi kendisine itaat etmeye zorlama ve cezalandırma yetkisiydi.

⁹² Titus Livius, II, 8, 2: *Ante omnes de provocatione aduersus magistratus ad populum sacrandoque cum bonis capite eius qui regni occupandi consilia inisset gratae in uolgus leges fuere*. Çağdaş tarihçilerin neredeyse tamamı, *provocatio* denetiminin 509'da son kral kovulduktan hemen sonra benimsendiği yönündeki klasik görüşe karşı çıkmaktadır. *Provocatio*'yu düzenleyen *Lex Valeria Publicola* (509) ile *lex Valeria Horatia* (449) sahil değildir; konsül *coercitio*'su, tıpkı diktatör gibi, ancak 300 yılında *lex Valeria* ile *provocatio domi*'ye tâbi kılınmıştır. Titus Livius başta olmak üzere klasik yazarların aksi yöndeki ifadeleri, Roma Devleti'ni kuruluşundan itibaren bir halk egemenliği olarak gösterme kaygısından kaynaklanmaktadır. Krallığı ortadan kaldırdıktan sonra iktidarı ele geçiren aristokrasinin, kendi arasından seçtiği konsüllerin yetkilerini sınırlamakta hiçbir menfaati yoktu (Staveley, E. Stuart, "Provocatio during the Fifth and Fourth Centuries B.C.", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, C. 3, S. 4, 1955, s. 415).

⁹³ Cicero, *De Legibus*, I, 15, 4: *dictator quem uellet ciuium nominatim aut indicta causa in pube posset occidere*; Titus Livius, II, 18, 8: *neque provocatio*; 29, 11: *dictatorem, a quo provocatione non est, creemus*; III, 20, 8: *sine provocatione dictaturam esse*; Plutarkhos, *Camillus*, 18: γνῶμη πρὸς ἀνυπεύθυνον ἀρχὴν ἐν χερσὶ τὴν δίκην ἔχουσαν εὐτακτεῖν; *Fabius Maximus*, 9: Καὶ γὰρ εἶρξαι τῷ δικτάτορι καὶ θανατῶσαι πρὸ δίκης ἔξεστι; Dionysos, V, 75: καταλελύσθαι ἀφ' οὗ παρήλθεν ἡ τοῦ δικτάτορος ἀρχὴ τὸν φύλακα τῆς ἐλευθερίας αὐτοῦ νόμον, ὃς οὔτε ἀποκτείνειν πολίτην ἄκριτον οὐδένα συνεχῶρει τοῖς ὑπάτοις; VI, 58: ἔφεσιν δὲ τοῖς βουλομένοις ἐδίδου μεταφέρειν τὰς κρίσεις ἐπὶ τὸν δῆμον; Zonaras, *Ἐπιτομὴ Ἱστοριῶν*, VII, 13: δικάζειν δὲ καὶ ἀποκτείνειν καὶ οἴκοι καὶ ἐν στρατείαις ἡδύνατο, καὶ οὐ τοῦς τοῦ δήμου μόνους, ἀλλὰ καὶ ἐκ τῶν ἱππέων καὶ ἐξ αὐτῆς τῆς βουλῆς; Pomponius, D. I. 2. 2. 18: *a quibus nec provocandi*.

diktatör yalnızca devlete yönelik dış tehditleri değil, aynı zamanda iç tehditleri ortadan kaldırmak amacıyla atanırdı. Diktatörün *provocatio* bağısıklığı, *patricius* devletine isyan eden pleblerin en ağır şekilde bastırılması ve Roma sınırları içinde vatandaşlara savaş hukukunun uygulanmasından başka bir şey değildi.⁹⁴ Öte yandan halkın efendisi, *tribunus plebis* vetosuna, yani *auxilium*'a da tâbi değildi.⁹⁵ Bu, *provocatio* bağısıklığının mantıksal sonucuydu. Diktatör kararları *auxilium*'a tâbi olsaydı, bu kararlar halk meclislerinin denetimi kapsamında kalır ve *provocatio* bağısıklığı amacına ulaşmamış olurdu.

Diktatörün hukukî sorumluluğu bulunmamaktaydı; göreviyle ilgili işlem ve eylemlerden dolayı ne görev süresince ne de görevden çekildikten sonra yargılanabilirdi.⁹⁶ Bu kuralın tek istisnası, 314 yılın-

⁹⁴ Mommsen, III, s. 187. Diktatörlüğün siyasî niteliği, Caius Gracchus vakiasında ortaya çıkmaktadır. Gracchus'u ve üç bin destekçisinin katlinden sorumlu olan konsül Opimius'un yaptığı hukuka aykırı işlem ve eylemler, diktatörün doğal yetkileri arasında görülmüştür (Plutarkhos, *Ti. Gracchus*, 18: Οὗτος μέντοι πρώτος ἐξουσία δικτάτορος ἐν ὑπατεία χρησάμενος, καὶ κατακτείνας ἀκρίτους ἐπὶ τρισχίλιους πολίταις Γάϊον Γράγχον καὶ Φούλβιον Φλάκκον).

⁹⁵ Zonaras, VII, 13: οὐτ' ἐγκαλέσαι τις αὐτῷ οὐτ' ἐναντίον τι διαπράξασθαι ἴσχυεν, οὐδὲ οἱ δήμαρχοι, οὐτε δίκη ἐφέσιμος ἐγίνετο ἀπ' αὐτοῦ; VII, 15: ἤμυνόν τε δεμένω παντί, πάντα τὸν ἐπιβησάμενον σφᾶς ἀφηροῦιτο οὐχ ἔχ μόνων ἰδιμτῶν ἀλλὰ καὶ ἀπ' αὐτῶν τῶν ἀρχόντων, πλὴν τῶν διχτατόρων; Titus Livius, III, 29, 6: *Ea ne impedirent tribuni dictatoris obstitit metus*; VI, 38, 9: *tribuni plebis tulerunt ad plebem idque plebs sciuit, ut, si M. Furius pro dictatore quid egisset, quingentum milium ei multa esset*; VIII, 35, 5: *non iustum auxilium*; II, 18, 8: *neque ullum usquam nisi in cura parendi auxilium*.

⁹⁶ Dionysos, V, 70: ἐτέραν δὲ τινα ἀρχὴν ἀποδείξει πολέμου τε καὶ εἰρήνης καὶ παντὸς ἄλλου πράγματος κυρίαν, αὐτοκράτορα καὶ ἀνυπεύθυνον, ὧν ἂν βουλευσῆται καὶ πράξει; VI, 38: ὃς ἀνευθύνω χρώμενος ἐξουσία; VII, 56: ἀνυπεύθυνω χρώμενος ἐξουσία; Appianus, *Bellum Civile*, II, 23: Κάτωνος δ' αὐτοὺς μεταδιδάξαντος ὑπατον εἶλοντο χωρὶς συνάρχου ὡς ἂν ἔχοι τὴν μὲν ἐξουσίαν δικτάτορος, ἄρχων μόνος, τὴν δ' εὐθυναν ὑπάτου; Zonaras VII, 13; καὶ οὐτ' ἐγκαλέσαι τις αὐτῷ οὐτ' ἐναντίον τι διαπράξασθαι ἴσχυεν, οὐδὲ οἱ δήμαρχοι, οὐτε δίκη ἐφέσιμος ἐγίνετο ἀπ' αὐτοῦ. Buna karşın *lex Acilia Repentundarum*'a dayanan Lintott (s. 112), hatalı biçimde, diktatörün göreviyle ilgili işlemlerinden dolayı görevden ayrıldıktan sonra hukukî sorumluluğunun bulunduğunu iddia etmektedir. *Lex Acilia Repentundarum* 123 yılında kabul edilmiştir ve bu nedenle, ancak diktatörün Cumhuriyet'in son döneminde sorumlu hale geldiğine ilişkin bir kanıt olabilir. Bkz. I/J (Çöküş Süreci).

da diktatör C. Maenius'un politik nedenlerle görevinden çekildikten sonra yargılanmasıdır.⁹⁷

Diktatörü konsülden ayırt eden en önemli özelliklerinden biri de Senato'dan daha bağımsız olmasıydı. Konsül birçok konuda Senato ile birlikte çalışmak zorunda olduğu halde, diktatör Senato'ya danışmadan hareket ederdi.⁹⁸ Yerleşmiş uygulamaya göre konsül Senato'nun rızası bulunmadan en fazla dört lejyon oluşturabildiği halde⁹⁹, diktatör muhtemelen herhangi bir niceliksel sınırlamaya tâbi olmaksızın lejyon oluşturma yetkisine sahipti.¹⁰⁰

Patricius devletini tehdit eden iç ve dış tehditler karşısında komutada ve siyasal yönetimde birliği sağlamak için atanan diktatör, varlık amacı gereği bir tek adamdı. *Codictator* kavramı, kurumun doğasına aykırıdır. Hal böyleyken, diktatörün tek adam konumu İkinci Pön Savaşı sırasında iki kez sarsılmıştır. 216'da Hannibal'in ordusunu İtalya'dan atmak için görevlendirilen M. Junius Pera'nın diktatörlüğü sırasında M. Buteo, Cannae hezimetinin ardından boşalan Senato üyeliklerinin yerine yeni üyeler seçmek için diktatör atanmıştır.¹⁰¹ Böylece Roma tarihinde ilk kez, farklı görevleri yerine getirmek için olsa da aynı anda iki diktatör görev yapmıştır. Bir yıl sonra bu kez *Fabius Maximus*'un diktatörlüğünde *magister equitum* *Minucius Rufus*, diktatör görevden alınmaksızın onunla eşit yetkilerle (*aequatum imperium*) donatılmış,

⁹⁷ Cumhuriyet'e karşı kurulan komployu soruşturmak üzere atanan diktatör C. Maenius, *patricius* ailelerinin üyelerini de suçlayınca Roma aristokrasisinin tepkisini çeker ve görevinden çekildikten sonra *magister equitum*'u ile birlikte yargılanır (Titus Livius, IX, 26, 17-20).

⁹⁸ Polybius, III, 87, 8.

⁹⁹ Titus Livius, XLII, 35, 4: *C. Sulpicio Galbae praetori negotium datum, ut quattuor legiones scriberet urbanas, iusto numero peditum equitumque, iisque quattuor tribunos militum ex senatu legeret, qui praessent*; IX, 30, 3: *ut tribuni militum seni deni in quattuor legiones a populo crearentur, quae antea perquam paucis suffragio populi relictis locis dictatorum et consulum ferme fuerant beneficia*.

¹⁰⁰ Mommsen, III, s. 191.

¹⁰¹ Titus Livius, XXIII, 23: *Is ubi cum lictoribus in rostra escendit, neque duos dictatores tempore uno, quod nunquam antea factum esset, probare se dixit*. Buteo, aynı anda iki diktatörün var olmasından duyduğu hoşnutsuzluğu saklamamıştır; ancak hiç kimse atamanın hukuka aykırı olduğunu ileri sürmemiştir.

hatta Polybius'a göre diktatör sıfatını dahi kazanmıştır.¹⁰² Kuşkusuz Minucius'a diktatör yetkilerini veren *plebiscitum* anayasaya aykırıydı.

Olağan *magistra*'lara göre daha geniş yetkilere sahip bir tek adam olması, literatürde diktatörün sınırsız yetkileri bulunduğu şeklinde yorumlanmasına; çoğu zaman kral ile karşılaştırılmasına yol açmıştır.¹⁰³ Nitekim birçok yazar, diktatörlüğü sahip olduğu yetkiler bakımından maddi anlamda krallık olarak tanımlamıştır.¹⁰⁴ Hatta diktatörün, hiçbir yasaya dayanmaksızın keyfî yönetim sergileyen bir "seçilmiş tiran"a benzetildiği dahi olmuştur.¹⁰⁵ *Imperium*'un bölünmezliği ilkesi gereği diktatör, *imperium*'un sağladığı bütün yetkilere hukuken sahipti. Ancak

¹⁰² Minucius'un diktatör ile eşit yetkilerle donatıldığına şüphe yoktur; ancak Minucius'un diktatör sıfatını kazanıp kazanmadığı oldukça tartışmalıdır. Polybius, Minucius'u diktatör olarak adlandırır (III, 103: καὶ δὴ δύο δικτάτορες ἐγγένοιεν ἐπὶ τὰς αὐτὰς πράξεις). Oysa kaynakların neredeyse tamamı, Minucius'u diktatör değil, onunla eşit yetkilerle donatılmış *magister equitum* olarak tanımlar (Titus Livius, XXII, 25, 10: *nunc modicam rogationem promulgaturum de aequando magistri equitum et dictatoris iure*; CIL XI, 1828: *magister equitum Minucio quoniam populus imperium cum dictatoris imperio aequaverat*; Plutarkhos, *Fabius Maximus*, 9, 3: ἡς αὐτῆς ἐξουσίας τῷ δικτάτορι; Appianus, *Hannibal*, 3, 12: ἴσον ἰσχύειν αὐτῷ τὸν ἵππαρχον ἀπέφηνεν; Valerius Maximus, III, 8, 2: *dictatori ei magistrum equitum Minucium iure imperii senatus aequavit*; V, 2, 4: *dictatori ei magister equitum Minucius (...) aequatus*; Cassius Dio, fr. 57: τὴν πρὸς τὸν δικτάτορα ἰσομοιρίαν προσλαβὼν; Zonaras, VIII, 26: τῷ δ' ἱπάρχω τὴν αὐτὴν ἐξουσίαν προσένειμαν ὥστε ἄμφω ἀπὸ τῆς ἴσης ἄρχειν). Ne var ki Roma'da bulunan bir yazıtta Minucius, diktatör olarak adlandırılır (CIL, I², 607: *Hercolei sacrom M. Minucius C.f. dictator vocit*). Ancak Dorey, yazıtta bahsedilen Minucius diktatörlüğünün 220'de halk meclislerini toplamak için gerçekleştiğini, 217 yılında Minucius'un diktatör atanmadığını, yalnızca diktatör ile eşit yetkilerle donatıldığını savunmuştur (Dorey, T. A., "The Dictatorship of Minucius", *The Journal of Roman Studies*, C. 45, S. 1-2, 1955, s. 95-96).

¹⁰³ Polybius, III, 87, 8; 103, 4; *Camillus*, 18; Cicero, *De Re Publica*, II, 32.

¹⁰⁴ Mommsen, III, s. 194; Willems, s. 258.

¹⁰⁵ Dionysos, V, 73, 2: ἐπεὶ τό γε τῆς ἐξουσίας μέγεθος, ἧς ὁ δικτάτωρ ἔχει, ἥκιστα δηλοῦται ὑπὸ τοῦ ὀνόματος; Appianus, *Bellum Civile*, I, 99: ἐς ὅσον θέλοι, τύραννον αὐτοκράτορα; Plutarkhos, *Fabius Maximus*, 4: ὅτι τυραννικὸν εἰς ἅπαντα τᾶλλα καὶ μέγα τὸ τῆς ἀρχῆς κράτος ἐστίν. Tiran (τύραννος), iktidarı zor yoluyla ele geçirmiş, hiçbir yasaya bağlı olmaksızın keyfî ve şahsî yönetim sergileyen kişiyi; kral ise bir veraset sistemi dahilinde tahta oturan, yetkileri anayasada belirlenen kişiydi (Darembert / Saglio, 'tyrannus', s. 567-568). Eski Yunan tiranı ile Roma diktatörünü eş anlamlı olarak kullanılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için

Roma diktatörü, çok geniş yetkilere sahip olmasına rağmen âdetlerden doğan birtakım fiilî sınırlamalara tâbiydi. Makamın ihdas edildiği ilk dönemlerde bu sınırlamaların dahi söz konusu olmayıp, zaman içinde birer âdet olarak yerleşmiş olmaları muhtemeldir.

En önemli sınırlama, diktatörün görev süresine ilişkindi. Daha önce bahsettiğimiz gibi diktatör, görevini tamamlar tamamlamaz, her halde altı ay içinde görevden çekilirdi. Bu husus, diktatörlüğün bir olağanüstü yönetim şekli olmasının doğal sonucuydu. İkinci sınırlama, diktatörün askerî seferde ordunun başındayken devlet hazinesini ancak Senato'nun rızasıyla kullanabilmesine ilişkindi.¹⁰⁶ Buna karşın diktatör, bir kez kendisine ödenek tahsis edildiğinde harcamalarıyla ilgili Senato'ya hesap vermezdi. Üçüncüsü, diktatörün medenî yargı yetkisi bakımından durumu, *praetor* makamı yaratıldıktan sonra konsülün durumuyla benzerdi: Diktatör bu yetkiye hukuken sahip olduğu halde¹⁰⁷ bu yetkiyi fiilen kullanan *praetor* idi.¹⁰⁸ Öte yandan diktatör, *coercitio* yetkisini yalnızca görevi ile ilgili konularda kullanır; görevini yerine getirmesine engel olan, ona itaat etmeyen kişileri cezalandırırdı. Bunun dışında kalan suçlar, olağan ceza yargılamaları uygulamada diktatörün yetki alanı dışında kalırdı. Son olarak diktatörün, başkomutan olması-

bkz. Kalyvas, Andreas, The Tyranny of Dictatorship: When the Greek Tyrant Met the Roman Dictator, *Political Theory*, C. 35, S. 4, Ağustos 2007, s. 412-442.

¹⁰⁶ Kartacalılara esir düşen Romalı askerler için fidye ödemek isteyen diktatör Fabius Maximus'un hazineyi kullanması, Senato tarafından kendisine danışılmadığı gerekçesiyle engellenir (Titus Livius, XXII, 23). Buna karşın Zonaras'ın, diktatörün konsüle göre daha olumsuz bir konumda olduğu yönündeki ifadesi hatalıdır (VII, 13: πλὴν ὅτι μὴ ἐφ' ἵππον ἀναβῆναι ὁ δικτάτωρ ἠδύνατο, εἰ μὴ ἐκστρατεύεσθαι ἐμελλεν, οὕτε ἐκ τῶν δημοσίων χρημάτων ἀναλώσει τι ἐξῆν αὐτῷ, εἰ μὴ ἐψηφίσθη). Diktatörün Roma sınırları içinde bile hazineden kaynak almak için Senato'dan rızasına ihtiyaç duyması için bir neden yoktur. Diktatör ile konsül arasındaki *imperium maius-minus* ilişkisi göz önüne alındığında, diktatörün tâbi olduğu bir sınırlamanın konsül için geçerli olmaması akla uygun değildir.

¹⁰⁷ 177'de bir *senatus consultum* ile *consul*, *interrex*, *ensor* ve *praetor*'un köle azat edildiğinde, azat eden efendinin bu işlemle *civitas* değişikliğini amaçlamadığına dair yemin isteyebileceği kararlaştırılır (Titus Livius, XLI, 9, 11).

¹⁰⁸ Mommsen, I, s. 217, dipnot 3. Erken Cumhuriyet döneminde bütün *magistra*'lar görevden çekildiği için bu yetkiyi, *praetor* yerine, diktatörün seçtiği kişinin kullanıyor olması muhtemeldir.

nın barındırdığı riskler nedeniyle İtalya dışına çıkması yasaktı.¹⁰⁹ Ancak istisnai olarak, Birinci Pön Savaşları sırasında 249 yılında A. Atilius Calatinus diktatör atanarak Sicilya'ya gönderilmiştir. Kanımızca coğrafi bir sınırlamadan çok, diktatörün bir taarruz savaşı başlatmasına ilişkin bir sınırlamanın söz konusu olması muhtemeldir.¹¹⁰

Imperium sahibi diktatör, yaygın inancın aksine, halk meclislerini toplamak ve burada oylanmak üzere bir yasa önerisinde bulunma yetkisine (*ius agendi cum populo*) sahipti.¹¹¹ Nitekim diktatör yasama faaliyetinde de bulunmuş; hatta Roma tarihindeki en önemli anayasal değişikliklerden ikisi diktatörün girişimiyle yapılmıştır.¹¹²

¹⁰⁹ Cassius Dio, XXXVI, 32: ἐφ' ᾧ μήτε πλείω τοῦ τεταγμένου χρόνου, μήτε ἕξω τῆς Ἰταλίας ἄρξῃ. Diktatörün İtalya dışına çıkmasına ilişkin bir yasağın bulunmadığını savunan Mommsen'e göre, diktatörün yalnızca bir kez İtalya dışında görev yapmak için atanmış olması, Dio'nun bahsettiği siyasi nedenden değil, altı aylık azamî sürenin büyük seferler için yetersizliğinden kaynaklanmaktaydı (III, s. 193 dipnot 4). Aynı görüş için bkz. Liebenam, s. 386.

¹¹⁰ Aynı görüş için bkz. Rossiter, Clinton L., *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, 1948, s. 24. Nitekim bu yasağın kaynağı, diğer sınırlamalar gibi, yasa değil âdetlerdi (Liebenam, s. 386).

¹¹¹ Diktatörün yasama faaliyetinde bulunmadığına ilişkin görüş (Rossiter, s. 25) hatalıdır. Hiçbir kaynak diktatörün yasa önerisinde bulunma yetkisine sahip olduğunu açıkça belirtmemektedir. Bu yetki *imperium*'un sağladığı doğal yetkilerden olduğundan, kaynaklar bu hususu ayrıca belirtme ihtiyacı hissetmemişlerdir. Diktatörün girişimiyle halk meclislerinde yasaların kabul edilmesine hiçbir itirazın ifade edilmemesi, prosedürün hukuka tamamen uygun olduğunu göstermektedir. Aynı görüş için bkz. Lazar, Nomi Claire, "Making Emergencies Safe for Democracy: The Roman Dictatorship and the Rule of Law in the Study of Crisis Government", *Constellations*, C. 13, S. 4, 2006, s. 513.

¹¹² 434'te Mamercus Aemilius Mamercinus'un diktatörlüğünde çıkarılan *lex Aemilia de censoribus*, *censor*'un görev süresinin beş yıldan on sekiz aya indirilmesini düzenliyordu (Titus Livius, IV, 24: *tum dictator, ne nequiquam creatus esset, materia quaerendae bello gloriae adempta, in pace aliquid operis edere quod monumentum esset dictaturae cupiens, censuram minuere parat, seu nimiam potestatem ratus seu non tam magnitudine honoris quam diuturnitate offensus (...)* Alios magistratus annuos esse, quinquennalem censuram; graue esse iisdem per tot annos magna parte vitae obnoxios vivere. Se legem laturum ne plus quam annua ac semestris censura esset). 287'de diktatör Q. Hortensius'un girişimiyle çıkarılan *lex Hortensia*, pleb meclisi kararlarının (*plebiscitum*) Senato onayı (*auctoritas patrum*) başta olmak üzere hiçbir koşula tâbi olmaksızın bağlayıcılık kazanmasını öngörüyordu (Aulus Gellius, XV, 27: Q.

Diktatör, yetki devri konusunda da konsüle uygulanan sınırlamalardan muaftı. Konsül yokluğunda kendisini temsil etmesi için şehir yönetiminden sorumlu olan *praefectus urbi*'ye yetkisini devredebilirken, yetkisinin sembollerini olan *fascis*'leri devredebilirdi. Buna karşın diktatör, yetkisinin yanı sıra *fascis*'leri de devredebilirdi. *Magister equitum*, diktatörün yokluğunda onu temsil eder; diktatörün on iki *fascis*'ine sahip olurdu. 367'de *lex Licinia, praefectus urbis* atama yetkisini konsülden almış; buna karşın diktatör bu yetkiyi muhafaza etmiştir.

I. Anayasal Konumu

Diktatörün diğer *magistra*'lar karşısındaki anayasal konumu zaman içerisinde değişiklik göstermiştir.

Erken Cumhuriyet döneminde diktatörlük, krallığın geçici geri dönüşüydü. Devleti tehdit eden olağanüstü durumlarda, *imperium*'un iki konsül tarafından paylaşılmasının yaratacağı sakıncaları ortadan kaldırmak için bütün kamu gücü tek elde toplanır, diktatör olarak adlandırılan bir *magistra* tıpkı kral gibi mutlak yetkilerle donatılırdı. Diktatör atanması üzerine *tribunus plebis* dışında bütün *magistra*'lar görevlerinden çekilirlerdi.¹¹³ Konsüllerin *imperium*'u askiya alınır; dikta-

Hortensius dictator eam legem tulit, ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur).

¹¹³ Polybius, III, 87, 8: οὗ κατασταθέντος παραχρήμα διαλύεσθαι συμβαίνει πάσας τὰς ἀρχὰς ἐν τῇ Ῥώμῃ πλὴν τῶν δημάρχων; Dionysos, V, 70, 4: τοὺς τότε ὑπατεύοντας ἀποθέσθαι τὴν ἐξουσίαν, καὶ εἴ τις ἄλλος ἀρχὴν τινα εἶχεν ἢ πραγμάτων τινῶν κοινῶν ἐπιμέλεια; V, 72, 3: ὁ Κλοῖλιος ἀναγορεύει τ' αὐτόν, ὥσπερ εἰώθεσαν ποιεῖν οἱ μεσοβασιλεῖς, καὶ τὴν ὑπατείαν αὐτὸς ἐξόμνυται; V, 77, 2: πολλάκις ἀναγκασθείσης τῆς πόλεως καταλύσαι τὰς νομίμους ἀρχὰς καὶ πάντα ποιῆσαι τὰ πράγματα ὑφ' ἐνὶ; Plutarkhos, *Camillus*, 5: Ἡ δὲ σύγκλητος εἰς τὸ δέκατον ἔτος τοῦ πολέμου καταλύσασα τὰς ἄλλας ἀρχὰς δικτάτορα Κάμιλλον ἀπέδειξεν; 29: ἥδη γὰρ αὐτοῦ δικτάτορος ἡρημένου καὶ μηδενὸς ἄρχοντος ἐτέρου νόμῳ, πρὸς οὐκ ἔχοντας ἐξουσίαν ὁμολογηθῆναι; *Quaestiones Romanae*, 81: οὐδὲ παύονται δικτάτορος αἰρεθέντος ἀλλὰ πᾶσαν ἀρχὴν ἐκείνου μετατιθέντος εἰς ἑαυτὸν αὐτοὶ μόνοι διαμένουσιν, ὥσπερ οὐκ ὄντες ἄρχοντες ἀλλ' ἐτέραν τινὰ τάξιν ἔχοντες; *Antonius*, 8: ἡ γὰρ δημαρχία διαμένει, τὰς δ' ἄλλας καταλύουσι πάσας δικτάτορος αἰρεθέντος; *Fabius Maximus*, 3: πάντες δ' εἰς μίαν γνώμην συνήνεχθησαν, ἀνυπευθύνου τε δεῖσθαι τὰ πράγματα μοναρχίας, ἣν δικτατορίαν καλοῦσι; 9: μόνη γὰρ αὕτη δικτάτορος αἰρεθέντος ἡ ἀρχὴ τὸ κράτος οὐκ ἀπόλλυσιν, ἀλλὰ μένει τῶν ἄλλων καταλυθεισῶν; *Arrianus, Hannibal*, 12: ἀφικόμενος Φάβιος Μάξιμος ὁ δικτάτωρ Σερούιλιον μὲν ἐς Ῥώμην ἔπεμπεν ὡς

törün *imperium*'u konsüllerinkinin yerini alırdı. Böylece diktatör, görev süresinde *imperium*'a tek başına sahip olurdu. Bu bakımdan diktatör, mevkidaşı bulunmayan ve tüm yetkileri elinde toplayan bir *magistra* (*sine collega omne imperium*) idi.¹¹⁴ Diktatörün atama nedeni dışında kalan olağan işlerin ise diktatörün seçtiği kişiler tarafından yürütülüyor olması muhtemeldir.

Geç Cumhuriyet döneminde ise diktatör atandığında, konsüller görevlerini sürdürürler; diktatör gibi *imperium*'a sahip olurlardı. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi diktatörün yetkisi, konsüllerinkiyle aynı nitelikte olmasına rağmen daha büyüktü (*imperium maius*). Bu nedenle, bir diktatör atandığında konsüller, daha büyük *imperium* karşısında bağımsızlıklarını kaybeder; diktatörün emrinde görev yaparlardı.¹¹⁵ Bir başka deyişle, diktatör atanması üzerine konsüller görevden çekilmez; aksi emredilmedikçe olağan faaliyetlerini sürdürürlerdi.¹¹⁶ Buna karşın diktatörün otoritesine tâbi olan konsüller, diktatör görev yaptığı sürece *fascis*'lerini taşıyamazlardı.

οὔτε ὕπατον οὔτε στρατηγὸν ἔτι ὄντα δικτάτορος ἡρῆμένον. *Tribunus plebis*'lerin bağımsız birer *magistra* olarak görevde kalması, bu makamın diktatörlükten daha sonra yaratılmış olmasıyla açıklanmaktadır. Nitekim geleneksel tarihleri kabul edecek olursak, *tribunus plebis* makamı, diktatörlüğün ihdas edilmesinden yaklaşık yedi yıl sonra 494'te *nexum* altında ezilen pleblerin *Mont Sacra*'ya çıkarak isyan çıkarması üzerine yaratılmıştır. Bu husus, önceki yasa-sonraki yasa ilişkisinden çok, *tribunus plebis*'lerin özel anayasal statüsünden kaynaklanmaktaydı. Makamı ihdas eden *leges Sacrae*, *tribunus plebis*'lere *patricius magistra*'larına karşı mutlak dokunulmazlık sağlıyordu.

¹¹⁴ Cicero, *De Re Publica*, I, 40, 63; Polybius, III, 87, 6-9.

¹¹⁵ Bu bakımdan konsül ve *praetor*'lar, diktatör temsilcisine (*legatus*) benzetilmiştir. (Last, s. 159). Geç Cumhuriyet döneminde konsül ve *praetor*'ların görevlerinden çekilmediği düşünüldüğünde, *imperium*'a sahip *magistra*'ların *legatus* olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Aynı görüş için bkz. Ehrenberg, s. 123.

¹¹⁶ 203'te konsül Cn. Servilius Caepio'nun Senato'nun emrine uymayıp Hannibal ordularını Afrika'ya kadar takip etmeye çalışması üzerine, büyük *imperium*'u sayesinde konsülün Roma'ya dönmesini sağlaması için P. Sulpicius Galba diktatör atanır; konsül görevini sürdürür (Titus Livius, XXX, 24, 1-3). 215'te diktatör Fabius Buteo, konsül seçimlerine başkanlık etmek için Roma'ya çağrılır; konsül seçimi tamamlandıktan sonra ordunun başına döner (XXIII, 24, 1). 217'de Fabius Maximus diktatör atanmasına rağmen Titus Livius, Cneius Servilius'tan "consul" olarak söz etmeyi sürdürür (XXII, 11, 1).

Mommsen'in teorisine göre, devleti tehdit eden olağanüstü durumların üstesinden gelmek amacıyla konsüllük kurumunun güçlendirilmesi için atanan diktatör, konsül ve *praetor*'lar ile aynı kurulun (*collega*) üyesi olup, onların olağanüstü mevkidaşıydı.¹¹⁷ Diktatör, konsül ve *praetor*'dan daha büyük bir *imperium*'a sahip olduğu için konsüllerin büyük mevkidaşıydı (*collega maior*).¹¹⁸ Diktatör ile konsüller arasında mevkidaşlık ilişkisi bulunduğuna göre diktatörün konsül tarafından atanması, kooptasyondan başka bir şey değildi.¹¹⁹ Diktatörün görevinin onu atayan konsülün görev süresinin bitimi üzerine sona ermesi ve her üç *magistra* için *praetor* sözcüğünün kullanılması, bu *magistra*'ların arasındaki bu mevkidaşlık ilişkisini kanıtlamaktadır.¹²⁰ Hiçbir kaynaktan diktatörün teknik anlamda konsül ve *praetor*'un mevkidaşı olduğu açıkça belirtilmemektedir. Nitekim Mommsen'in bu görüşü destekçi bulamamıştır.¹²¹

Ayrıca Titus Livius'u kaynak alan Mommsen, diktatör atandığında konsül başta olmak üzere *magistra*'ların hiçbir zaman görevden çekilmediğini savunmuştur.¹²² Polybius, Dionysos, Plutarkhos ve Appianus

¹¹⁷ Mommsen, III, s. 175; Tighe, Ambrose, *The Development of the Roman Constitution*, New York, 1889, s. 64-65. Keyes, diktatörün yalnızca Geç Cumhuriyet döneminde konsüllerin mevkidaşı olduğunu savunmuştur; zira Erken Cumhuriyet döneminde konsüllerin yetkisi askıya alınır (Keyes, Clinton Walter, "The Constitutional Position of the Roman Law Dictatorship", *Studies in Philology* 14, 1917, s. 298).

¹¹⁸ Mommsen'in diktatörlüğün "kraliyetin geçici geri dönüşü" (III, s. 192) olduğuna ilişkin ifadesi bir çelişki olarak yorumlanmamalıdır. Bu ifadeyi diktatörün sahip olduğu yetkilerin önemini anlatmak için kullanmıştır. Yoksa diktatörlüğün, Roma'ya özgü bir Cumhuriyet kurumu olduğu ve mevkidaşları olan konsüller ile birlikte görev yaptığı düşüncesindedir.

¹¹⁹ Mommsen, III, s. 176. Kooptasyon, bir kurulunun kendi üyeleri arasından seçim yapması usulüdür.

¹²⁰ a.g.e., III, s. 85; 183-184.

¹²¹ Liebenam, s. 382; Willems, s. 259, dipnot 7; Ehrenberg, s. 122, dipnot 18; Abbott, s. 26. Diktatör atandığında konsüllerin *fascis*'lerini yanında taşıyamaması, *imperium*'larının askıya alındığı şeklinde yorumlanmasına neden olmuştur. Bu nedenle diktatörün konsüllerin büyük mevkidaşı olmadığı savunulmuştur (Darremberg / Saglio, 'dictator', s. 163).

¹²² Birçok yazar da Mommsen'i izlemiştir (Niebuhr, *H.R.*, I, s. 564; Willems, s. 259; Last, s. 159; Liebenam, s. 382; Ogilvie, s. 281; Lintott, s. 111; Smith, s. 632; Tighe, s. 64; Ihne, Wilhelm, *The History of Rome*, Cilt I, [İngilizce Baskı], Lond-

gibi Eski Yunan tarihçilerin diktatörün Erken Cumhuriyet döneminde konsüllerin yetkilerinin askıya alındığına yönelik ifadelerini hatayla açıklamıştır.¹²³ Ünlü romaniste göre Eski Yunan tarihçilerin ortak kaynağı, hata sonucu böyle bir ifade kullanan Polybius'tur. Ne var ki Polybius, Erken Cumhuriyet dönemine ilişkin en güvenilir kaynaktır.¹²⁴ Ayrıca bu dönemde diğer *magistra*'ların diktatör atanması üzerine görevlerinden çekildiğini belirtenler, Eski Yunan tarihçilerle sınırlı değildir. Titus Livius'un *Roma Tarihi*'nde de Erken Cumhuriyet döneminde diktatör atanmasının konsüllerin *imperium*'unun askıya alınması sonucunu doğurduğuna ilişkin kanıtlar bulmak mümkündür.¹²⁵ Ayrıca Ro-

ra, 1871, s. 132; **Walbank**, Frank William, *A Historical Commentary on Polybius*, Oxford, 1957, s. 422; Daremberg / Saglio, 'dictator', s. 163).

¹²³ Buna karşın Eski Yunan tarihçilerin eserlerinde, Geç Cumhuriyet döneminde dahi diktatör atandığında konsüllerin *imperium*'unun askıya alındığı ve diktatörün mevkidaşsız bir *magistra* olduğuna ilişkin ifadelere rastlamak mümkündür. Örneğin, uzun yıllar Roma'da yaşamış Eski Yunan tarihçi Appianus (*Bellum Cıvile*, VII, 12), Pön Savaşları sırasında Kartacalı Hannibal'e karşı Roma ordusuna komuta eden konsül Servilius'un, diktatör tarafından artık görevinde kalamayacağı için Roma'ya geri gönderildiğini anlatır. Appianus'a itibar edilirse, diktatörün atanmasıyla konsülün görevi askıya alındığına göre diktatör, 217 yılında dahi konsül *imperium*'undan farklı nitelikte bir yetkiye sahip, mevkidaşsız bir *magistra* idi. Ne var ki sahip olduğumuz sayısız kaynak, Geç Cumhuriyet dönemine ilişkin olarak bu sonuca varılmasını mümkün kılmamaktadır. Appianus'un bu tarihsel olayı hata sonucu önceki dönemin anlayışına uygun olarak yorumladığı anlaşılmaktadır. Titus Livius (XXII, 11, 5) ise bu olayı daha farklı biçimde aktarır. Flaminia yolunda ilerleyen Fabius Maximus, Tiber nehrinin yakınlarındaki Ocriculum'da konsülün bir grup atıyla kendisine doğru geldiğini görünce, ona bir ulak gönderip *lictor*'ları olmadan huzuruna çıkmasını söyler ve konsül bu emre uyar. *Imperium*'un sembolü olan *lictor*'ların diktatörün huzuruna kabul edilmemesi, konsüllerin *imperium*'unun askıya alındığı ve diktatörün geçici kral gibi tek başına yürütme yetkisine sahip olduğu izlenimi yaratsa da pasajın devamı durumu açıklığa kavuşturur. Titus Livius, bu olaya tanıklık eden yurtaş ve müttefiklerin uzun süredir görülmeyen diktatörün ne anlama geldiğini unuttuklarını ve bu olay sayesinde diktatörün ihtişamının hatırlatıldığını anlatır. Kuşkusuz Fabius Maximus, makamın otoritesini yeniden tesis etmek için böyle bir uygulamaya gitmiştir. Dolayısıyla bu olay Geç Cumhuriyet döneminde diktatörün, adeta bir geçici kral gibi, mevkidaşsız *magistra* olduğuna ilişkin bir kanıt değildir.

¹²⁴ Keyes, s. 300.

¹²⁵ 458 yılında diktatör L. Quinctus Cincinnatus'un konsül L. Minucius Esquilinus Augurinus'tan görevinden çekilmesini ve diktatör temsilcisi (*legatus*) olarak or-

malı ünlü hatip ve hukukçu M. Tullius Cicero, diktatörün *imperium*'un sağladığı tüm yetkileri elinde toplayan mevkidaşsız (*sine collega omne imperium*) olağanüstü bir *magistra* olduğunu belirtir.¹²⁶

Titus Livius'un ilk zamanlarda diktatörün anayasal konumuna ilişkin çelişkili ifadeleri açıklamaya muhtaçtır. Keyes, Titus Livius'un kaynağının İkinci Pön Savaşı sırasında yaşamış vakanüvisler olduğunu ve bunların Erken Cumhuriyet dönemi diktatörünü, kendi zamanlarının diktatörü ışığında yorumladığını savunmuştur.¹²⁷ Gerçekten II. yüzyılda Roma bir küresel güç haline geldiğinde, hakkında pek az şey bilinen devletin ilk zamanlarının tarihi ve özellikle devlet kurumlarının kökeni, olgular yerine, gurur kaynağı olacak bir ulusal tarih yaratmak amacıyla yeniden yazılmıştır. Bilgi eksikliğinden doğan boşluklar ise kimi zaman bireylerin ve Roma'nın önde gelen *gens*'lerinin kahramanlık hikâyeleriyle doldurulmuş; tarihsel olaylar sonraki dönemin anlayışına uygun olarak yorumlanmıştır.¹²⁸ Livius'un konsüllerin görevden çekildiğine ilişkin pasajları ise doğru ve çok eski kaynaklardan alınmış olmalıdır.

O halde Erken Cumhuriyet döneminde diktatör, mevkidaşı olmaksızın tüm yürütme yetkisini tek başına elinde toplayan bir *magistra* iken, Geç Cumhuriyet döneminde konsüller ile birlikte görev yapardı.

Diktatörün anayasal konumu bakımından iki dönem arasındaki farklılığı açıklayan Keyes'in teorisi kuşkusuz doğrudur. Erken Cumhuriyet döneminde küçük bir şehir devleti olan Roma, olağanüstü hallerde bir diktatör ve onun atadığı *magister equitum* tarafından yönetilir, bir başka *magistra*'ya gereksinim duyulmadığı için konsüllerin *imperium*'u diktatör görevini iade edene dek askıya alınır. İkinci Pön Savaşı sırasında, toprakları ve savaştığı cepheler artması üzerine olağanüstü

dunun başında kalmasını emreder (III, 29, 2). 402'de konsül yetkilerini haiz *tribunus militaris* Caius Servilius Structus Ahala, mevkidaşlarını, onları istifaya zorlayabilecek bir diktatör atamakla tehdit eder (V, 9, 6). Konsülün *praetor*'u istifaya zorlayamadığı göz önünde bulundurulduğunda, diktatör-konsül ilişkisinin, konsül-*praetor* ilişkisinden farklı bir nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır (Keyes, s. 302).

¹²⁶ Cicero, *De Re Publica*, I, 40, 63.

¹²⁷ Keyes, s. 303.

¹²⁸ Bandel, s. 4-5. Örneğin, *magistra* kararlarının *provocatio domi*'ye tâbi kılınmasına ilişkin üç farklı yasanın (509, 449, 300) da Valeria *gens*'inden gelen *magistra*'ların girişimiyle çıkarılması gerçek olamayacak kadar kusursuz bir öyküdür.

hallerde diktatör ve *magister equitum* yeterli olmadığı için konsüller de görevlerini sürdürüyorlardı. Yürütme yetkisini birlikte kullanacak konsüllere ihtiyaç duyan diktatör, göreve geldiğinde muhtemelen bir beyanname (*edictum*) yayınlıyarak, ikinci bir emre kadar konsüllerin görevlerini sürdürmelerini buyuruyordu.¹²⁹ Dolayısıyla adeta bir geçici kral gibi mevkidaşsız ve mutlak yetkilere sahip olan ilk dönem diktatörünün, III. yüzyılın ikinci yarısında mevkidaşları bulunan diktatöre dönüşmesi, Roma devletinin ekonomik, siyasi ve coğrafi gelişiminin sonucu ortaya çıkan ihtiyaçlardan kaynaklanmıştır.

J. Çöküş Süreci

Sınıfsal ve siyasî niteliği nedeniyle diktatörlük kurumunun ortadan kaldırılması, pleblerin *patricius* sınıfına karşı verdiği uzun mücadelenin temel taleplerinden biri olmuştur. Ne var ki diktatörlüğün ilgası bir anda olmamış, yetkileri adım adım sınırlanmıştır. *Coercitio* yetkisinin *provocatio*'ya tâbi kılınmasıyla, diktatörün askerî yetkisi Roma sınırları içinde (*domi*) sınırlandırılmıştır. Böylece en doğal ve vazgeçilmez yetkisi olan askerî yetkiyi yitirmiş olan diktatörün, plebler üzerinde bir anayasal baskı kurumu niteliği zayıflamıştır.¹³⁰

Diktatörlüğün *coercitio* yetkisinin ne zaman ve hangi yasayla *provocatio domi*'ye tâbi kılındığı bilinmemektedir. Halk meclislerince seçilen hiçbir *magistra*'nın *provocatio* bağımsızlığına sahip olamayacağını düzenleyen 449 tarihli *lex Valeria Horatia*, konsül tarafından atanan diktatörler için uygulanmamıştır.¹³¹ Bu yasanın yürürlüğe girmesinden

¹²⁹ Keyes, s. 304-305.

¹³⁰ *Provocatio* bağımsızlığı diktatörlüğün o denli ayırt edici niteliğiydi ki, kurum *provocatio*'ya tâbi kılındıktan sonra diktatörlük *formula*'sından “*ut optima lege*” (en iyi yasaya göre) ifadesinin kaldırılmıştır. Bkz. Festus, ‘optima lex’: *Postquam vero provocatio ab eo magistratu ad populum data est, quae ante non erat, desitum est adici “ut optima lege”, ut pote immunito iure priorum magistrorum.*

¹³¹ Titus Livius, III, 55: *ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet.* Teknik olarak “*creare*”, halk tarafından seçilen *magistra*'lar için kullanılırdı. Dolayısıyla yasa, yalnızca halk meclislerinin seçtiği *magistra*'ların kararlarına karşı halk meclislerine başvurma yolunu açmış; konsül tarafından atanan diktatörü ise uygulama alanı dışında bırakmıştır. Öte yandan daha önce belirttiğimiz gibi, *Lex Valeria Horatia*'nın sahih olmadığı kabul edilmektedir (Bkz. I/H [*Imperium*] dipnot 91).

sonra dahi birçok *dictator sine provocatione* görev yapmıştır.¹³² Halkın efendisi, muhtemelen 300'de konsül M. Valerius'un önerdiği, *lex Valeria*¹³³ ile *provocatio*'ya boyun eğmiştir.¹³⁴

Ülkenin içinden geçtiği sosyal kriz koşullarında diktatör, bilinmeyen bir tarihte *tribunus plebis*'in *intercessio*'suna da tâbi kılınmıştır.¹³⁵ Keza diktatörün sorumsuzluğu ilkesi de ortadan kaldırılmış; göreviyle ilgili işlemlerinden dolayı görevden ayrıldıktan sonra yargılanmasının önü açılmıştır.¹³⁶ Böylelikle diktatörün yetkileri halk denetimine tâbi

¹³² Bu yasadan sonra yalnızca bir olayda, diktatörün *provocatio*'ya boyun eğmesinden söz edilmektedir. 324'te *magister equitum*'u Fabius Maximus'u tutuklama emri veren diktatör L. Papirius, *provocatio*'ya tâbi kılınmakla tehdit edilir (Titus Livius, VIII, 33, 7: *tum pater M. Fabius 'quando quidem' inquit 'apud te nec auctoritas senatus nec aetas mea, cui orbitatem paras, nec uirtus nobilitasque magistri equitum a te ipso nominati ualet nec preces, quae saepe hostem mitigauere, quae deorum iras placant, tribunos plebis appello et prouoco ad populum eumque tibi*). Ancak diktatör, Senato'da yaptığı konuşmada bu tehdidi, diktatör yetkilerinin ihlali olarak nitelendirir (VIII, 34, 6: *L. Papirium nihil eius deminuturum; optare ne potestas tribunicia, inuiolata ipsa, uiolet intercessione sua Romanum imperium neu populus in se potissimum dictatore uim et ius dictaturae exstinguat*).

¹³³ Titus Livius, X, 9, 3-6.

¹³⁴ Mommsen, III, s. 189; Staveley, *Provocatio*, s. 428; Abbott, s. 183.

¹³⁵ *Tribunus*'lar, diktatör Q. Fulvius'un kendi adına oy kullanılmasına izin verdiği takdirde seçimleri durdurmakla tehdit ederler (Titus Livius, XXVII, 6, 5); Askere alımlar nedeniyle halkın tepkisini çeken diktatör Manlius; *tribunus*'lar tarafından görevden çekilmeye zorlanmış olabilir (VII, 3, 9); Bir *patricius*'un konsül seçilmesini isteyen diktatörün seçimleri düzenlemesi, *tribunus*'lar tarafından engellenir (VII, 21, 1-2). Diktatör C. Maenius'un yürüttüğü soruşturmada suçlanan *patricius* aileleri, diktatöre karşı *tribunus*'ların yardımını isterler (IX, 26, 16).

¹³⁶ Bu husus hiçbir kaynakta açıkça ifade edilmemektedir. Ancak *lex Acilia Repetundarum*'da (123-122) görev süresince yargı dokunulmazlığına sahip *magistra*'lar arasında diktatör de sayılmış; daha sonra hükmün bu *magistra*'ların görevleri bittikten sonra yargılanmalarına engel olmadığı ifade edilmiştir (CIL I², 583: *dum magistratum aut imperium habebunt, iudicium non fiet. vv dictator, consul, praetor, magister equitum, censor, aedilis, tribunus plebis, quaestor, IIIuir capitalis, IIIuir agreis dandeis adsignandeis, tribunus militum legionibus quattuor primis aliqua earum quae erit, dum magistratum aut imperium habebit, iudicium (...) nei esto. qui eorum ex eo magistratu imperioe abierit, quo minus de eo iudicium --- fiat, eius hae lege nihilum rogatur*). Diktatör sorumsuzluğunu ortadan kaldıran hukukî kaynağın, bu yasa olduğu akla gelmektedir. Ancak yasanın ifade biçiminden herhangi bir vurgu bulunmadığından diktatörün sorumsuzluğu ortadan kaldıran yasa ol-

kılınmış; diktatör *imperium*'unun konsül *imperium*'undan önemli bir farkı kalmamıştır.

III. yüzyıldan itibaren diktatörlerin çoğunluğu, savaşta orduları yönetmek ya da ayaklanma bastırmak amacıyla değil, yalnızca konsül ve *praetor*'ların yerini geçici olarak doldurarak bazı önemsiz işlemleri yerine getirmek için atanmışlardır. Birkaç istisna dışında diktatörlüğün dönemin savaşlarında kullanılmaması, kurumun çökmekte olduğunu göstermektedir.¹³⁷ Nitekim son *dictator rei gerundae causa* M. Junius Pera 216'da; son diktatör C. Servilius Geminus ise 202'de atanmıştır. Buna karşın diktatörlüğün hukukî dayanağını oluşturan yasa, Cumhuriyet döneminin sonuna kadar yürürlükte kalmıştır.¹³⁸

madığı anlaşılmaktadır. 123'e gelindiğinde, diktatörün hukukî sorumluluğunun hâlihazırda tesis edilmiş olduğu sonucuna varmak kaçınılmazdır. Diktatörün, görevinden ayrıldıktan sonra, işlemlerinden dolayı sorumluluğunu düzenleyen yasanın adı ve tarihi belirsizdir.

¹³⁷ Mommsen'e göre kurumun yok olmasında, altı aylık görev süresi uzak coğrafyalara yapılan askeri seferler için yetersiz olması rol oynamıştır (III, s. 193). Abbott'a göre kurumun yok olmasında üç neden etkili olmuştur: İlk olarak, diktatörün verdiği cezalara karşı *provocatio* yolunun açılmasıyla birlikte, kurumun *patricius*'lar açısından pleblere karşı bir silah olmaktan çıkmıştır. İkincisi, olağanüstü yetkilerinin sınırlanması üzerine diktatörün konsül farkı kalmamıştır. Son olarak, II. yüzyılın ilk yetmiş yılında İtalya'da herhangi bir olağanüstü durumla karşılaşılmasıdır (Abbott, s. 240). Ehrenberg ise kurumu yok olmasını, aristokrasi içindeki siyasî krizin, Senato'dan büyük ölçüde bağımsız ve tüm güçleri elinde toplayan bir *magistra* atamaya el vermemesiyle açıklamıştır (s. 124). Lintott, altı aylık görev süresinin yetersizliğinin yanı sıra, İkinci Pön Savaşı'ndan sonra uzun bir süre iç isyanların çıkmamasının diktatörlüğe ihtiyaç duyulmamasına neden olduğunu savunmuştur (s. 112). Kanımızca makamın sonunu getiren belirleyici neden, toplumsal tepkilerdi: Cumhuriyet'in içinde bulunduğu derin sosyal, ekonomik ve politik kriz koşullarında sınıfsal niteliği çok açık olan bir *magistra* atamak, kuşkusuz pleblerin hoşnutsuzluğundan daha fazlasını tetikleyecekti.

¹³⁸ Cicero, *De Legibus*, III, 3, 6: *Cum populo patribusque agendi ius esto consuli praetori magistro populi equitumque, eique quem patres prodeunt consulum rogandorum ergo; tribunisque quos sibi plebes creassit ius esto cum patribus agendi; idem ad plebem quod oesus erit ferunt; Varro, VI, 93: Sed ad comitia tum vocatur populos ideo, quod alia de causa hic magistratus non potest exercitum urbanum convocare; censor, consul, dictator, interrex potest. Geç Cumhuriyet dönemi yazarları diktatörü halk meclisleri ile senatoyu toplama yetkisine sahip *magistra*'lar arasında saydığına göre, diktatörlüğü ihdas eden yasa bu dönemin sonuna kadar ilga edilmemiş; diktatör atanmayan bir aşırı aşkın süre içinde yasa yürürlükte kalmıştır.*

Son diktatörün atanmasından tam 120 yıl sonra, bir askerî darbe ile iktidarı ele geçiren aristokratik karşı devrimin önderi Sulla, kendisini diktatör ilan ettirmiştir. Sulla'nın diktatörlüğü, çalışmamızın konusunu oluşturan klasik Roma diktatörlüğünden oldukça farklı bir hukukî dayanağa sahipti: *lex Valeria*. 82'de *interrex* L. Valerius Flaccus'un girişimiyle *comitia centuriata*'da kabul edilen bu yasa, Sulla'yı halk meclislerinin onayı olmaksızın anayasayı değiştirme yetkisi başta olmak üzere sınırsız yetkilerle donatıyor; görev süresine ilişkin herhangi bir sınırlama öngörmüyordu.¹³⁹ “Yasalar yapmak ve devleti yeniden kurmak amacıyla” (*legibus scribendis et rei publicae constituendae causa*) belirsiz süre için tesis edilen Sulla diktatörlüğü, gücünü anayasaya aykırı bir yasadan alan bir kurucu iktidardı.¹⁴⁰ Bu bakımdan bu diktatörlüğün, yalnızca hukukî dayanağı değil; atama nedeni, yetki ve görev süresi gibi kurumun maddî içeriği de klasik diktatörlükten farklı olup, iki kurumun adları dışında hiçbir ortak özelliği bulunmamaktaydı.¹⁴¹

C. Iulius Caesar'ın diktatörlüğü için de aynı durum geçerliydi. Marius ve Catilina'nın ardından *Populares* partisinin liderliğini üstlenen Caesar, 48-44 arasında beş kez diktatör seçilmiştir.¹⁴² Sırasıyla birer

¹³⁹ Appianus, *Bellum Civile*, 99-100-101; Plutarkhos, *Sulla*, 33; Appianus, *Bellum Civile*, Giriş, 3; XI, 98; Cicero, *De Lege Agraria*, III, 5; *Ad Atticum*, IX, 15, 2; Velleius Paterculus, II, 28; Titus Livius, *Periochae*, 89, 3; Cassius Dio, XXXVI, 32; Orosius, V, 21, 12.

¹⁴⁰ Burada söz konusu olan Romalıları dediği gibi yeni bir devlet kurmak değil, yalnızca bir siyasal rejim değişikliği idi.

¹⁴¹ Ünlü Alman hukukçu ve siyaset kuramcısı Carl Schmitt, klasik diktatörlüğü “*kommisarische Diktatur*”, Sulla ve Caesar diktatörlüklerini ise “*souveräne Diktatur*” olarak adlandırmış; ilkinin anayasayı korumak ikincisinin ise yeni bir anayasa yapmak amacını taşıdığını savunmuştur. Last'a göre Sulla ve Caesar diktatörlükleri, “yeni bir diktatörlük modeli” idi (s. 162).

¹⁴² İlk diktatörlük için bkz. Caesar, *Bellum Civile*, III, 1, 1; Plutarkhos, *Caesar*, 37, 1-2; Florus, II, 13, 21; Appianus, *Bellum Civile*, II, 48; Cassius Dio, XLI, 36, 1-4; Eutropius, VI, 20, 1. İkinci diktatörlüğü için bkz. Titus Livius, *Periochae*, 112, 6; Plutarkhos, *Caesar*, 51, 1; *Antonius*, 8, 4; Cassius Dio, XLII, 21, 2. *Dictator perpetuus* için bkz. Titus Livius, *Periochae*, 116; Plutarkhos, *Caesar*, 57, 1; Suetonius, *Caesar*, 76, 1; Appianus, *Bellum Civile*, II, 106; Zonaras VII, 13; Florus, II, 13, 91; Gellius, XIX, 8, 3; Cassius Dio, XLIV, 8. On yıllığına atanması için bkz. Cassius Dio, XLIII, 14, 4.

yıl¹⁴³, on yıl ve nihayet ömür boyu diktatör (*dictator perpetuus*) ilan edilen Caesar'ın bu diktatörlükleri, tıpkı Sulla diktatörlüğü gibi anayasaya tamamen aykırıydı.

Klasik diktatörlük, birkaç yeniden canlandırma girişiminin sonuçsuz kalmasının ardından, nihayet 44 yılında Caesar'ın ölümünden kısa süre sonra, *lex Antonia* ile ilga edilerek tarih sahnesinden silinmiştir.¹⁴⁴

II. ROMA DİKTATÖRLÜĞÜNÜN KÖKENİ

A. İlk Diktatör

Kaynaklarda ilk Roma diktatörü olarak iki farklı kişiden söz edilmektedir: Manius Valerius ve Titus Larcus. Eski Çağ yazarları ile çağdaş akademisyenlerin neredeyse tamamı, ikinci isim üzerinde uzlaşmaktadır.¹⁴⁵ Bu uzlaşımın nedeni, T. Larcus Flavus'a ilişkin bilgilerden çok, rakibinin bu makamı kendisi için yaratabilecek denli önemli bir kişilik olmamasında yatmaktadır. Manius, V. yüzyılın resmi kayıtlarının doğruladığı üzere Valeria gibi önemsiz bir *gens*'in üyesidir.¹⁴⁶

¹⁴³ Iulii *gens*'inin Alba kökenleri, Iulius Caesar'ın Roma kurallarına aykırı olarak bir yıllık diktatörlüğünün, bir yıllık olağan Alba diktatöründen esinlendiğini düşündürmektedir (Mommsen, III, s. 197).

¹⁴⁴ Cicero, *Phillipicae*, I, 1: *Dictaturam, quae iam uim regiae potestatis obsederat, funditus ex re publica sustulit*; Titus Livius, *Periochae*, 116, 6: *Dictaturae honos in perpetuum sublatus est. İlk princeps Augustus, diktatör unvanını reddetmiştir (Suetonius, Augustus, 52: Dictaturam magna vi offerente populo genu nixus deiecta ab umeris toga nudo pectore deprecatus est).*

¹⁴⁵ Titus Livius, II, 18; Cicero, *De Re publica*, II, 32, 56; Eutropius, I, 12; Dionysos, V, 71, 73; Varro (Macrobios, *Saturnalia*, I, 8, 1); Plutarkhos, *Coriolanus*, 8; Mommsen, III, s. 162; Ridley, Ronald T., "The Origin of the Roman Dictatorship: An Overlooked Opinion", *Rheinisches Museum für Philologie*, C. 122, S. 3/4, 1979, s. 303. Buna karşın Festus ('optima lex'), ilk diktatörün M. Valerius olduğunu söyler. Ayrıca Titus Livius'a (II, 18) göre, başka yazarlar da ilk diktatörün Manius Valerius olduğunu ifade etmiştir. Nitekim forumda bulunan bir *elogium*'da 494'te görev yapan M. Valerius'un Roma'nın ilk diktatörü olduğunu yazar (Dessau, Hermann, *Inscriptiones Latinae Selectae*, Cilt I, Berlin, 1892, levha 50).

¹⁴⁶ Ridley, s. 303. Ayrıca diktatörün daha önce konsüllük görevini yapmış olanlar arasından seçilmesinin zorunlu olduğunu iddiasından yola çıkan Titus Livius (II, 18), ilk diktatör Valeria *gens*'inden seçilecek olsaydı, bu kişinin daha önce kon-

Titus Larcus'un diktatör seçildiği tarih, kaynaklarda farklılık göstermektedir. Larcus'un diktatörlüğünün, ilk konsüllüğünde (501)¹⁴⁷, 500 yılında¹⁴⁸, ikinci konsüllüğü sırasında (498)¹⁴⁹ ve 497 yılında¹⁵⁰ gerçekleştiği belirtilmektedir. Geleneksel olarak, ilk diktatörün 501 yılında atandığı kabul edilmektedir.

İlk kez diktatörlük kurumuna başvurulmasının nedeni, farklı tarihsel olaylara bağlanmıştır. Diktatörlüğün kurulmasını askerî nedenlerde arayan Romalı tarihçiler, ilk Roma diktatörünün, komşu kavimlerle yapılan bir savaş için atandığı konusunda hemfikirlerdir. Titus Livius (II, 18, 3-5) ve onu kaynak alan Eutropius (Croese, II, 5) bu savaşın Sabınler ve Latinlere karşı verildiğini belirtirlerken, Pomponius (D. I, 2, 2, 18) belirli bir kavimden bahsetmez. Dönemin Eski Yunan tarihçilerine gelince, ilk diktatörlüğün nedeni konusunda Roma'daki pleb ayaklanmasının belirleyici olduğunu ileri sürerler.¹⁵¹ Dionysos, ilk diktatörün, borç sorununa bağlı olarak pleb sınıfında ortaya çıkan huzursuzluklar ve bu sınıfın askerliği reddetmesi nedeniyle seçildiğini belirtir. Ridley, ilk diktatörlüğün ilan edilmesinin nedeninin, pleblerin ekonomik hoşnutsuzluklarının olmadığını, bu iç karışıklıklardan yalnızca Latinlerle olan savaşın olumsuz etkileyeceği için bahsedildiğini savunmuştur.¹⁵²

İlk diktatör atanmasının nedenlerinin bağlandığı tarihsel olayların gerçekliğinden kuşku duyan Mommsen, diktatörlüğü ihdas eden yasanın içeriğinin ve hatta varlığının belirsiz olmasından yola çıkarak, diktatörlüğün belirli bir kuruluş tarihinden söz edilemeyeceğini, bu ku-

süllük yapmamış olan Manius Valerius değil, eski konsül M. Valerius olacağını savunan savunur. Bu tartışma için bkz. I/B (*Seçilme Yeterliliği*).

¹⁴⁷ Titus Livius, II, 18; Eutropius, I, 12.

¹⁴⁸ Cicero, *De Re Publica*, II, 32, 56.

¹⁴⁹ Dionysos, V, 71, 73; Zonaras, VII, 13.

¹⁵⁰ Varro, Forum'da yapımı tamamlanan tapınağı Saturnus'a ithaf edenin, diktatör T. Largius olduğunu söyler (Macrobius, *Saturnalia*, I, 8, 1: *quamvis Varro libro sexto, qui est de sacris aedibus, scribat aedem Saturni ad forum faciendam locasse L. Tarquinium regem, Titum vero Larcium dictatorem Saturnalibus eam dedicasse*). Saturnus tapınağının ithafı 257 yılında gerçekleşmiştir (Titus Livius, II, 21; Dionysos, VI, 1). Dolayısıyla Varro, ilk diktatörlüğün 257 yılında kurulduğunu söylemektedir.

¹⁵¹ Dionysos, VI, 3; Zonaras, VII, 14.

¹⁵² Ridley, s. 303.

rumun “başından beri Roma Anayasası’nın ayrılmaz bir parçası” olduğunu iddia etmiştir.¹⁵³

İhne ise ilk diktatörün Roma’nın büyük yasa yapımcısı Valerius Poplicola’dan başkası olamayacağını savunmuştur.¹⁵⁴ Krallık ile Cumhuriyet dönemleri arasında yaklaşık on yıllık bir geçiş dönemi bulunduğunu savunan İhne, bu dönemde devletin başında diktatör sıfatıyla Poplicola’nın olduğu kanaatindedir.

B. Latin Diktatörlüğü

Latin şehir devletleri arasında, devlet aygıtının başında konsülün ya da *praetor*’un bulunduğu bir yönetim şeklinin yanı sıra, bir diktatörün devlet hiyerarşisinin en tepesinde yer aldığı bir başka sisteme de rastlamak mümkündür. Nitekim Latium’da Aricia, Caere, Nomentum, Lanuvium, Tusculum, Alba Longa şehir devletlerinde birer diktatör bulunduğunu biliyoruz.¹⁵⁵ Ayrıca Cato, Latin Konfederasyonu diktatöründen de söz eder.¹⁵⁶

Bu noktada, Latin diktatörlüğünün hukukî çerçevesi ve Roma diktatörlüğü ile olan ilişkisi sorunu gündeme gelmektedir. Roma diktatörlüğü, Latin diktatörlüğünün öncülü müdür, yoksa tam tersi mi doğrudur? Bir başka deyişle, Latin diktatörlüğü, Roma diktatörlüğünün kökeni midir? Roma diktatörlüğünün kökeni oldukça tartışmalı bir konu olup, bu konudaki görüşler ikiye ayrılabilir. Cumhuriyetçi geleneğe göre diktatörlük, Roma Cumhuriyeti’ne özgü anayasal bir kurumdur; dolayısıyla Latin devletlerinden esinlenilmemiş, aksine Latin diktatör-

¹⁵³ Mommsen, III, s. 163.

¹⁵⁴ İhne, Wilhelm, *Researches into the History of the Roman Constitution*, (Çev. Francis Haywood), Londra, 1853, s. 62.

¹⁵⁵ Aricia diktatörü (CIL XIV, 2169; 2213; 4195); Caere diktatörü (CIL XI, 3615); Nomentum diktatörü (CIL XIV 3941; 3955; ILS [Orelli/Henzen] 7032); Lanuvium diktatörü (Cicero, *Pro Milone* 10; 27; ILS [Orelli/Henzen] 3786; 5157; 6068; CIL XIV, 2110); Tusculum diktatörü (Titus Livius, III, 18; VI, 26); Alba diktatörü (Titus Livius, I, 23, 4; Licinius Macer [Dionysos, V, 74, 4]; ILS [Orelli/Henzen] 2293).

¹⁵⁶ *Origines*, 58. Mommsen’e göre Cato’nun sözünü ettiği *dictator latinus*, Latin Konfederasyonu’nun değil, Tusculum’un diktatörüdür (VI², s. 237-238, dipnot 5). Ne var ki Latin Konfederasyonu’na üye Latin şehirlerini saydığı bir cümlede Egerius Baebius için *dictator latinus* ifadesini kullanan Cato’nun kastı çok açıktır.

lûğü Roma'nın etkisiyle ortaya çıkmıştır. Latin akımına göre ise Roma diktatörlüğü, Latin diktatörlüğünden esinlenilmiştir.

Cumhuriyetçi görüşün en önemli savunucusu Mommsen'dir. Diktatörlüğün Roma işgalinden sonra kendi anayasal düzenini koruyan Latin şehirlerinde de görüldüğünü belirten Alman romanist, bu şehirlerde Latin krallığının Roma etkisiyle bir yıl süreyle sınırlandırıldığını ve Roma'daki olağanüstü *magistra*'dan yola çıkarak "diktatör" olarak adlandırıldığını savunmuştur.¹⁵⁷ Yazara göre diktatörlükle yönetilen Latin devletleri, krallığın ilgasına Roma ile aynı yollardan varmamışlardır. Krallığın yerine, Romalılar *provocatio domi*'ye tâbi iki konsülün yürütme gücüne sahip olduğu cumhuriyeti, Latinler ise geçiş döneminde tıpkı kral gibi mutlak yetkiye sahip olmasına rağmen bir yıl süreyle sınırlandırılmış, "diktatör" denilen bir makam yaratmışlardır. Bir başka deyişle, Roma diktatörlüğü maddi anlamda krallık, şeklen bir Cumhuriyet kurumu olduğu halde, Latin diktatörlüğü gerek şeklen gerek maddî anlamda krallığın devamıdır.¹⁵⁸ Latin diktatörünün monarşik niteliği, din adamlarını atama yetkisine sahip olmasından da anlaşılmalıdır.¹⁵⁹

Ogilvie de diktatörlüğün bütünüyle bir Cumhuriyet kurumu olduğunu, krallığın doğal gelişimi sonucu ortaya çıkmadığını savunmuştur.¹⁶⁰ Yazara göre, kralın on iki, diktatörün ise yirmi dört *fascis*'i bulunması bunu kanıtlamaktadır. İddia edildiği gibi diktatörlük krallığın bir devamı olsaydı, diktatörün tıpkı kral gibi on iki *fascis*'e sahip olması beklenirdi. Yirmi dört *fascis*'in makul açıklaması, bu sayının, her iki konsülün *fascis* toplamından yola çıkarak belirlenmiş olmasıdır. Yine yazara göre, diktatörün *magister equitum* adlı bir yardımcı seçme zorunluluğu, Cumhuriyet'e özgü olan mevkidaşlık kaygısını ifade etmektedir. Diktatörlüğün Latin diktatörlüğü ile ilişkisine gelince Ogilvie, Roma diktatörünün resmî ve gerçek unvanının "*magister populi*" olduğunu hatırlatır ve diktatör unvanının, V. yüzyılda Latinlerden alındığını ifade eder. Dolayısıyla diktatörlük, tamamen bir Roma kurumu olup, Latinlerden yalnızca adı ödünç alınmıştır.¹⁶¹

¹⁵⁷ Mommsen, III, s. 196.

¹⁵⁸ Mommsen, a.g.e., III, s. 194.

¹⁵⁹ Mommsen, a.g.e., III, s. 196.

¹⁶⁰ Ogilvie, s. 281.

¹⁶¹ Ogilvie'yi, Niebuhr ve De Sanctis gibi, Roma diktatörlüğünün Latin modelinden esinlenildiğini savunan yazarlar arasında sayan Jeffrey A. Easton (A New

Benzer bir şekilde Stark, Roma diktatörlüğünün, krallığın ilgasından sonra ortaya çıkan krizlere bir çözüm olarak, Cumhuriyet'in ilk yıllarında ihdas edildiğini ve Roma'nın kendine özgü koşullarının bir ürünü olduğunu ifade etmiş; Latin kökeni olasılığını dışlamıştır.¹⁶²

Mommsen'in teorisinden yola çıkan Rudolph, Alba diktatörü gibi Roma'da diktatörlük ihdas edilmeden önce diğer Latin devletlerinde bulunan diktatörleri görmezden gelmiş; Latin diktatörlüğünü, Roma egemenliğine girdikten sonra kendi anayasal düzenini koruyamayan ve doğrudan Roma'ya bağlanan Latin şehirleriyle (*municipium*) sınırlamıştır. Buna karşın, kendi anayasalarını koruyan Latin devletlerinin hiçbirinde diktatör bulunmadığını iddia etmiştir.¹⁶³

Diktatörlüğün Cumhuriyet'in ilk yıllarında ortaya çıktığını kabul eden Liebenam ve Bandel, bu kurumun "Roma Anayasası'nın ayrılmaz bir parçası" olduğunu reddetmiş; mevkidaşlık ilkesinin olağanüstü durumlarda yaratacağı sorunlara çözüm olarak düzenlendiğini savunmuşlardır.¹⁶⁴ Buna karşın Latin diktatörü ile ilişkisini incelememişlerdir.

Niebuhr, Roma diktatörlüğünün kökenini Latin diktatörlüğünde görenlerin başını çekmektedir. Alman tarihçi, belirli süreli krallık anlamına gelen Roma diktatörlüğünün adının ve içeriğinin Latin kökenli olduğunu savunmuştur. Latin Konfederasyonu diktatörünün varlığından, Latinlerin kendi şehir devletlerinin yanı sıra bir de bütün Latin ulusu için bir diktatör atadıkları sonucunu çıkarmıştır. Roma diktatörü, Roma devleti Latin Konfederasyonu'na katıldıktan sonra, birliğin komutası Roma'ya geçtiğinde atanırdı. Nitekim Niebuhr, altı aylık görev süresini, komutanın bir yıl içinde birliğin iki eşit bileşenleri olan Roma ile Latium arasında paylaşılmasıyla açıklamıştır. Benzer bir şekilde, dik-

Perspective on the Early Roman Dictatorship 501-300 B.C., [Kansas Üniversitesi, Klasik Filoloji, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi], Kansas, 2010, s. 17; 26) yapılmaktadır. Belirttiğimiz gibi Ogilvie, diktatör sözcüğünün Latinlerden alındığını; Latinlerin diktatör dedikleri makamın Roma'nınkinden farklı dinî bir makam olduğunu ifade etmiştir.

¹⁶² Stark, Rudolf, "Ursprung und Wesen der Altrömischen Diktatur", *Hermes*, C. 75, S. 2. 1940, s. 214.

¹⁶³ Rudolph, Hans, *Stadt und Staat in Römischen Italien: Untersuchungen über die Entwicklung des Munizipalwesens in der republikanischen Zeit*, Leipzig, 1935.

¹⁶⁴ Liebenam, s. 372-373; Bandel, s. 5.

tatörün sahip olduğu yirmi dört *lictor*'un, iki unsurun ortak komutasını temsil ettiği kanaatindedir.¹⁶⁵

De Sanctis, Roma diktatörlüğünün kökenini, Latin Konfederasyonu diktatörlüğü olarak göstermiştir. Bu makamın benzerinin diğer Latin devletlerinde bulunmadığını, kaynaklarda diktatör olarak adlandırılan bazı kişilerin yetkilerinin Roma diktatörünün sahip olduğu yetkilerden çok uzak olduğunu; bu sözcüğün yalnızca askeri kumandan anlamına geldiğini savunmuştur. Romalılar böylesine eşsiz bir makamı, ancak Latin Konfederasyonu diktatörünü esas alarak ihdas etmiş olabilirler. Licinius Macer'in (Dionysos, V.74) Roma diktatörlüğünün Latin şehri Alba'dan esinlendiğine ilişkin ifadesini de hatırlatan De Sanctis, Latin diktatörlüğünün Romalılar tarafından "tamamen kopyalandığını" belirtmiştir.¹⁶⁶

Latin devletlerinde de birer diktatörün bulunduğunu tespit eden Rosenberg, Roma diktatörlüğünün Cumhuriyet'in kuruluşu sırasında bilinmeyen bir devlet adamı tarafından ihdas edildiğini savunmuştur. Yazara göre Latin diktatörlüğü ile Roma diktatörlüğü birbirinden farklı hukukî kurumlardır. Latin diktatörü olağan, Roma diktatörü olağanüstü bir *magistra*'dır. Latin diktatörü bir yıl, Roma diktatörü en çok altı ay görev yapar. Latin diktatörü bütün kamu yaşamından sorumludur; Roma diktatörünün yetkileri yalnızca belirli bir görevle sınırlıdır. Latin diktatörü krallığın doğal gelişiminin, Roma diktatörü krallığın yapay gelişiminin sonucudur.¹⁶⁷ Rosenberg, her ne kadar Roma'nın sıradan bir Latin devleti olmadığını ve kendine özgü kurumlar yarattığını savunsa da diktatörlüğün, Latin-Etrüsk modelinden ve özellikle Etrüsk'ün bir yıllığına görev yapan hükümdarı olan *zilath*'tan yola çıkılarak yaratıldığı kanısındadır.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Niebuhr, H.R., s. 564; *Lectures on the History of Rome, Volume 1: From the Earliest Times to the Fall of the Western Empire*, (Çev. L. Schmitz), Londra, 1852, s. 126.

¹⁶⁶ De Sanctis, Gaetano, *Storia dei Romani*, Cilt I, Torino, 1907, s. 424-425.

¹⁶⁷ Etrüskler, sınırsız yetkilerle ömür boyu görev yapan kralın görev süresini bir yıl ile sınırlanmış ve bu kişiyi *zilath* olarak adlandırmışlardır. Latin diktatörü de tıpkı Etrüsk *zilath*'ı gibi, bir yıl görev yapardı. Buna karşın *zilath* ve diktatör, kral gibi sınırsız yetkilere sahipti; adeta görev süresi sınırlanmış birer kraldılar. Rosenberg'in Latin diktatörlüğünün krallığın doğal gelişimi sonucunda ortaya çıktığını belirtmesinin nedeni, krallık sisteminin bütünüyle değiştirilmeden yalnızca sınırlandırılmış olmasıdır.

¹⁶⁸ Rosenberg, Arthur, *Der Staat der alten Italiker*, Berlin, 1913, s. 78.

Diktatörün anayasal konumunu tartışan Keyes, Rosenberg'in Roma diktatörlüğünün İtalyan şehir devletlerinden geldiği yönündeki düşüncesini zımnen kabul etmiştir. Alba ve Caere diktatörleri görev süresi bir yıl ile sınırlanmış birer kral olduklarına göre, bu makamlardan esinlenen Roma diktatörü de Erken Cumhuriyet döneminde bütün yetkileri elinde toplayan bir tek adam olmalıydı.¹⁶⁹

Roma diktatörlerini inceleyen Soltau, Niebuhr ile benzer şekilde, bu makama yalnızca Roma devleti Latin Konfederasyonu'nuñ komutasına sahipken başvurulduğunu iddia etmiştir. Öte yandan Rosenberg'in Latin diktatörünün olağan bir *magistra* olduğu düşüncesini çürütmüştür.¹⁷⁰ Latin Konfederasyonu diktatörü, tıpkı Roma diktatörü gibi olağanüstü durumlarda geçici olarak atanırdı.

Niebuhr ve De Sanctis'in düşüncelerini takip eden Easton, Roma diktatörlüğünün Latinlerden esinlendiğini savunmuştur.¹⁷¹ Alba Longa, Tusculum, Lanuvium ve Latin Konfederasyonu diktatörlerini inceleyen Easton, bu diktatörlüklerin Roma diktatörlüğü ile büyük benzerlikler taşıdığını ortaya koymuştur.

Diktatörlüğün kral ile *praetor*/konsül arasında bir geçiş kurumu olduğunu savunan Ihne ve Schwegler, kurumun Latin kökenli olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁷² Buna göre Cumhuriyet; konsüllük, mevkidaşlık ilkesi, *procovatio* gibi bütün kurumlarıyla beraber en başından beri mükemmel bir şekilde yapılanmamıştır. Sınırsız yetkilere ömür boyu sahip olan kralın yerini, tıpkı Latin devletlerinde olduğu gibi, görev süresi sınırlandırılmış diktatör almıştır. Dahası Schwegler, Alba Longa düşükten sonra Latin Konfederasyonu'nun başına bir diktatörün geçtiğini ifade etmiştir.¹⁷³

¹⁶⁹ Keyes, s. 303-304.

¹⁷⁰ Soltau, Wilhelm, "Der Ursprung der Diktatur", *Hermes*, C. 49, S. 3, 1914, s. 362.

¹⁷¹ Easton, s. 19.

¹⁷² Ihne, *Researches*, s. 61; Schwegler, Albert, *Römische Geschichte*, Cilt II, Tübingen, 1856, s. 92.

¹⁷³ Schwegler, II, s. 291. Buna karşın VII. yüzyılda Alba'nın Roma devleti tarafından yıkılmasından sonra Latin Konfederasyonu'nun başına iki *praetor*'un geçtiği kabul edilmektedir. Bkz. Titus Livius, VIII, 3, 9; Dionysos, III, 34; V, 61.

C. Diktatörlüğün Kadim Kökleri

Görüldüğü gibi, Roma diktatörlüğünün kökeni, daima diğer Latin devletlerinde bulunan diktatörlük ile ilişkisi bağlamında incelenmiştir. Oysa diktatörlüğün, Roma'ya Latin devletlerinden mi geldiği, yoksa tam tersine Latin devletlerine mi yayıldığı sorununun çok ötesinde bir boyutu bulunmaktadır.

Diktatörlüğe ilişkin birçok âdet, makamı Cumhuriyet dönemi *magistra*'larından farklı ve ayrık bir konuma yerleştirmiştir. Âdetler incelendiğinde bunların, makamın yöneldiği amaçtan bağımsız, şekli, katı ve çoğu zaman mantıkla açıklanamayan kurallar olduğu görülmektedir. Nitekim Titus Livius, Polybius, Dionysos gibi Eski Çağ'da yaşamış tarihçilerin yanı sıra, Mommsen gibi çağımızın önemli romanistleri de bu âdetlere tatmin edici birer açıklama getirememişlerdir. Örneğin; ordunun bir kısmı süvarilerden oluştuğu ve yaşamın her alanında atlar kullanıldığı halde, en büyük *imperium*'a sahip *magistra*'nın at binmesinin yasak olmasını nasıl açıklamalı? Peki, *magistra*'lar halk meclisleri tarafından seçilirken, neden diktatör bir konsül tarafından atanırdı?

Yapılan yeni arkeoloji araştırmaları, bu sorulara ve dolayısıyla diktatörlüğün tarihsel kökenine mantıklı birer açıklama getirmemizi olanaklı kılmıştır. Nitekim Cohen diktatörlüğe ilişkin âdetlerden yola çıkarak, Roma diktatörünün Cumhuriyet'ten çok daha eskiye dayanan dinî bir kişilik olduğunu ortaya koymuştur.¹⁷⁴ Yazar, bu konuda üç kanıt göstermiştir: at binme yasağı, konsül tarafından atanma usulü ve son olarak 24 *fasces*.

Diktatörün, bir yasa ya da senato kararı izin vermedikçe at binmesi yasaktı.¹⁷⁵ Bu yasak, diktatörün ordu kumandanı olması ve Roma ordusunun omurgasını piyade birliklerinin oluşturmasıyla açıklanmaya çalışılmıştır.¹⁷⁶ Bu görüşe katılan Mommsen, eski devirlerde subayların at binmediklerini ileri sürmüştür.¹⁷⁷ Birçok yazar, at binme yasağının,

¹⁷⁴ Cohen, David, "The Origin of Roman Dictatorship", *Mnemosyne*, C. 10, S. 4, 1957, s. 300-318.

¹⁷⁵ Titus Livius, XXIII, 14; Plutarkhos, *Fabius Maximus*, 4; Zonaras, VII, 14.

¹⁷⁶ Plutarkhos, *Fabius Maximus*, 4. Aynı görüş için bkz. Lintott, s. 110.

¹⁷⁷ Mommsen III, s. 182. Aynı görüş için bkz. Rossiter, s. 25. Diktatörlüğün kökeninin subayların at binmediği eski devirlere dek uzandığını kabul eden Mommsen, bunun bir Cumhuriyet kurumu olduğu yönündeki temel iddiasıyla çalışmaktadır.

diktatörün yetkilerine yönelik sembolik bir sınırlama olduğu savunmuştur.¹⁷⁸ At binme yasağı yalnızca diktatöre yönelik olsaydı, bu yasağı askerî ve politik nedenlere bağlayan klasik görüşün bu değişik tezahürleri isabetli kabul edilebilirdi. Ne var ki, Jüpiter başrahibi (*flamen Dialis*), Vesta rahibeleri (*virgines Vestales*) ve başrahibin (*rex sacrorum*) de aynı yasağa tâbi olması, yasağın dinî nitelikli olduğunu kanıtlamaktadır.¹⁷⁹ At ve binicilik üzerine yapılan araştırmalar, atın Avrupa'ya gelişinin oldukça geç bir döneme rastladığını ve binek hayvanı olarak kullanılmaya başlanmasının ise daha da geç gerçekleştiğini göstermektedir. Muhtemelen at, Latin inancının ve siyasi kurumlarının şekillendiği çok eski bir dönemde İtalya'ya gelmiş; yeni olan her şey gibi bir tabu olarak kabul edilip, diktatörün ve rahiplerin ruhanî güçlerini (*mana*) azaltacağı düşüncesiyle kullanımı yasaklanmıştır.¹⁸⁰

Roma diktatörünün çok eski ve dinî bir niteliğe sahip olduğunu gösteren ikinci kanıt, atama usulüdür. Daha önce belirttiğimiz gibi, diktatör halk meclislerinde (*in comitiis*) seçilmez; kural olarak konsüllerden biri tarafından atanırdı. Bu noktada şu soru akla gelir: Diktatörün dışında halk meclisleri tarafından seçilmeyen bir resmî görevli var mıydı? Jüpiter başrahibi, Vesta rahibeleri ve diğer rahipler de halk tarafından seçilmezlerdi. Tüm bu kişilerin ortak noktası düşünüldüğünde, kurumun dinî nitelikli olduğu ortadadır.¹⁸¹ Öte yandan hatırlanacağı gibi diktatör, tanrılar atamaya itiraz ettiklerine dair bir işaret göndermediği, yani *gecenin sessizliği* bozulmadığı takdirde atanırdı. Diğer *magistra*'ların ataması için başvuru, tanrılarının olumlu bir işaretinin

¹⁷⁸ Staveley'ye göre bu yasak, krallığın geri dönüşüne bir tedbir olarak Cumhuriyet döneminde benimsenen mevkidaşlık ilkesinin bir gereği; diktatörün sınırsız yetkilerine yönelik sembolik bir sınırlamadır (Staveley, E. Stuart, "The Constitution of the Roman Republic 1940-1954", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, C. 5, S. 1, 1956, s. 103). At binmek için bile izin isteyen birinin bir despot olarak tasvir edilemeyeceğini savunan Lazar, bu yasağı bir sınırlama olarak ele almıştır (s. 513); Smith ise bu yasağın, at üstündeki kral imgesine tepki olarak düzenlendiğini savunmuştur (s. 633).

¹⁷⁹ Cohen, s. 314.

¹⁸⁰ *Mana*, sahibini diğer insanlardan daha üstün bir konuma yerleştiren ruhanî güçtür. *Imperium*'un kökenini oluşturur (a.g.m., s. 307). Benzer şekilde, *flamen Dialis*'in demire dokunmasının yasak olması da bu metalin geç bir tarihte keşfedilmesinden kaynaklanmaktaydı.

¹⁸¹ Cohen, s. 317.

beklediği *auspicium*'dan farklı bir usul söz konusuydu. Bu farklı usul, çok eski zamanlardan kalma olup, atama sırasında daha kutsal bir hava yaratmak için öngörülmüş olsa gerek.¹⁸²

Son olarak Cohen, diktatörün sahip olduğu yirmi dört *fascis*'i kurumun çok eski ve dinî bir niteliğe sahip olduğuna kanıt olarak göstermiştir. İlk zamanlarda *fascis* bitki saplarından bir demet ve ortasına yerleştiren baltadan oluşurdu. Demet halkın refahını gözeten kutsal kralı; demetten çıkan baltan ise toprağı verimli hale getiren yıldırım ve yağmuru temsil ederdi. Dahası, kralın ve konsüllerin on ikişer, diktatörün ise yirmi dört *fascis*'e sahip olması, diktatörün otoritesinin diğerlerinden çok daha büyük olduğunu göstermektedir.¹⁸³ Özellikle mutlak güce sahip kraldan bile daha büyük bir otoritesinin bulunmasının tek açıklaması olabilir: Diktatör Cumhuriyet'ten çok daha eski ve dinî nitelikli bir kişilikti.

Roma tarih geleneğinde de Cohen'in teorisini destekleyen ipuçları bulmak mümkündür. Diktatörün dinî niteliği, özellikle *dictator clavi figendi causa* örneğinde apaçık ortaya çıkmaktadır. Literatürde birçok yazar, bu dinî ritüeli yerine getirmek için bir diktatör atanmasını, bu görevi yerine getirecek *pontifex maximus* ya da konsül gibi uygun kişilerin o sırada Roma'da bulunmamasıyla açıklamıştır.¹⁸⁴ Gelgelim, *dictator clavi figendi causa*, üst düzey bir *magistra*'nın yokluğunda bir görevi yerine getirmek için atanan diğer diktatörlerle aynı kapsamda değerlendirilemez. Titus Livius'un tanıklığının (VII, 3, 4-5) bu görüşü desteklediği kanaatindeyiz: 363'de Tiber Nehri'nin taşması üzerine oyunlar durmak zorunda kalır ve yaşlılar, çok eskiden bir diktatörün Jüpiter tapınağına bir çivi çakarak veba salgınının sona ermesini sağladığını anlatırlar. Bunun üzerine Romalılar, konsül ya da *praetor*'lar şehir dışında bulun-

¹⁸² Cohen, s. 316.

¹⁸³ Cohen, s. 317. *Fascis* sayısı ile *imperium*'un büyüklüğü arasında doğru orantı bulunmaktadır. Konsül prokonsülden daha büyük bir güce sahip olduğu halde her iki makamın da on iki *fascis*'e sahip olması, böyle bir orantının bulunmuyor olabileceğinin düşünülmesine neden olmuştur. Ancak Staveley'nin haklı olarak belirttiği gibi, her biri kendi alanında görev yapan konsül ve prokonsül hukuken eşit statüye sahiptirler; kaynaklarda belirtilen konsül üstünlüğü fiilî bir durumdu (Staveley, E. Stuart, "The Fasces and Imperium Maius", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, C. 12, S. 4, Ekim 1963, s. 477-478).

¹⁸⁴ Smith, s. 633; Rossiter, s. 22.

madığı halde, bu dinî ritüeli yerine getirecek bir diktatör atarlar. Konsüllerin olağan dönemlerde önemsiz bazı dinî ritüelleri yerine getirdiği, eski zamanlarda her yıl Jüpiter tapınağının sağ tarafına bir çivi çakarak yılları saydığı bilinen bir gerçektir; ancak büyük bir salgın ya da toplumsal huzursuzluk sırasında öfkeli tanrıları yatıştırmak, konsülün sahip olduğu gücü aşan bir görevdi. Konsülde bulunmayıp, diktatörde mevcut olan ise kuşkusuz ruhanî güçtü.

Latin şehir diktatörlerinden en eskisinin VII. yüzyıldaki Alba diktatörü olması dahi, makamın dinî niteliğini göstermektedir.¹⁸⁵ Alba, Roma Devleti tarafından tarih sahnesinden silinene kadar Latin ulusunun politik ve her şeyden önce dinî merkeziydi. Bu bakımdan bilinen ilk şehir diktatörünün Alba'da görev yapmış olması, bir tesadüf olmasa gerekir. Alba diktatörlüğünün dinî niteliği o denli açıktır ki, şehir Roma egemenliğine girdikten sonra yalnızca bir dinî makam olarak korunmuştur.¹⁸⁶ Benzer bir şekilde, İtalya Roma egemenliğine girdikten sonra bile bazı Latin şehirlerinde diktatörün varlığını sürdürdüğünü biliyoruz. Ancak bu diktatör, ne Latin şehir diktatörü gibi bütün kamu yaşamından sorumludur ne de Roma diktatörü gibi askeri ve politik bir kişiliktir: Yetkisi yalnızca dinî ritüellerle sınırlanmıştı. Örneğin; Cicero, Roma konsüllüğüne de aday olan Lanuvium diktatörü T. Annius Milo'nun, bir rahip (*flamen*) atamak amacıyla Roma'dan Lanuvium'a gittiğini anlatır.¹⁸⁷ Görüldüğü gibi her devirde diktatörlüğün değişmez tek niteliği, ruhani bir kişilik olmasıdır. Tıpkı askerî yetki gibi din işleri de diktatörlük makamının doğal ve vazgeçilmez yetkisiydi.

¹⁸⁵ Lanuvium diktatörüne ilişkin bilgilerimiz, Roma bu şehri egemenlik altına aldıktan sonraki döneme aittir.

¹⁸⁶ Mommsen, III, s. 195; Liebenam, s. 389; Daremberg / Saglio, 'dictator', s. 166. İmparatorluk döneminde dahi Alba'da bir diktatör vardı. Bkz. ILS (Orelli/Henzen) 2293: L. FONTEIUS FLAVIANUS HARUSPEX. AUGG. CC. PONTIFEX. DICTATOR. ALBANUS. MAG. PUBLICUS HARUSPICUM ORDINI HARUSPICI. LX. D. D.

¹⁸⁷ *Pro Milone*, X: *Interim cum sciret Clodius -- neque enim erat difficile scire -- iter sollemne, legitimum, necessarium ante diem xiii. Kalendas Februarias Miloni esse Lanuvium ad flaminem prodendum, {quod erat dictator Lanuui Milo,}. Rahip atama yetkisi kralların sahip olduğu bir yetki olarak görüldüğünden, Lanuvium diktatörünün görev süresi bir yıl ile sınırlandırılmış kral, bütün kamu yaşamından sorumlu bir olağan *magistra* olduğu düşünülebilir. Ancak görüldüğü gibi Cicero, makamın din işleriyle sınırlı olduğunu açıkça ortaya koyar.*

D. Değerlendirme

Roma diktatörlüğünün çok eski bir kurum olması, tek başına kökenini açıklamamaktadır. Titus Livius (I.23.4), Roma'da ilk diktatör atanmadan çok önce, Alba'da henüz VII. yüzyılda bir diktatör olduğunu söyler:

In his castris Cluilius Albanus rex moritur; dictatorem Albani Mettium Fufetium creant.

Alba kralı Cluilius ordugâhta öldü ve Albalılar, Mettius Fufetius'u diktatör atadılar.¹⁸⁸

Cato (*Origines*, 58) Roma henüz Latin Konfederasyonu'na katılmadan önce bir Latin diktatörünün varlığından bahseder:

Lucum Dianium in nemore Aricino Egerius Baebius Tusculanus dedicavit dictator Latinus, hi populi communiter Tusculanus, Aricinus, Lanuvinus, Laurens, Coranus, Tiburtis, Pometinus, Ardeatis Rutulus.

Latin diktatörü Tusculum'lu Egerius Baebius; Tusculum, Aricia, Lanuvium, Laurentum, Cora, Tibur, Pometia ve Ardea sakinlerinin hepsini temsilen, Aricia ormanında Diana'ya bir kuru ithaf etti.

Görüldüğü gibi VI. yüzyılın sonunda Romalılar ilk kez bir diktatör atamadan çok önce, bazı Latin devletlerinin ve Latin ulusunu temsil eden Konfederasyon'un başında bir diktatör vardı. Dolayısıyla Latin diktatörlüğünün, Roma diktatörlüğünden esinlenilmiş olması akla uygun değildir. O halde geriye bir soru kalıyor: Roma diktatörlüğü, Latin diktatörlüğünden esinlenilmiş midir?

Dionysos'tan (V.74.4) öğrendiğimize göre Licinnius Macer, Roma diktatörünün kökenini Alba diktatörü olarak göstermiştir:

¹⁸⁸ Bu çalışmadaki Latince metinler, Türkçeye yazar tarafından çevirilmiştir. Eski Yunanca metinlerin çevirisinde ise Fransızca (Dionysos, *Les Antiquités romaines*, çev. Bellanger, Chaumont, 1799; Plutarkhos, *The Parallel Lives*, çev. Alexis Pieron, Charpentier, 1853) ve İngilizce (Dionysos, *Roman Antiquities*, Loeb Classical Library edition, Harvard, 1937; Plutarkhos, *The Parallel Lives*, Loeb Classical Library edition, Harvard, 1914) çevirileri esas alınmıştır.

Ἐμοὶ μὲν δὴ παρὰ τῶν Ἑλλήνων δοκοῦσι Ῥω μαῖοι τὸ παράδειγμα λαβεῖν, ὥσπερ ἔφη, Λικίννιος δὲ παρ' Ἀλβανῶν οἶεται τὸν δικτάτορα Ῥωμαίους εἰληφέναι, τούτους λέγων πρώτους μετὰ τὸν Ἀμολίου καὶ Νεμέτορος θάνατον ἐκλιπούσης τῆς βασιλικῆς συγγενείας ἐνιαυσίους ἄρχοντας ἀποδειῖναι τὴν αὐτὴν ἔχοντας ἐξουσίαν τοῖς βασιλεῦσι, καλεῖν δ' αὐτοὺς δικτάτορας·

Daha önce dediğim gibi, Romalıların, diktatörü Yunanlılardan örnek alarak ihdas ettiğini düşünüyorum. Buna karşın Licinnius, bu *magistra*'lığı Albalılardan aldıklarını zannediyor. [Licinnius] diktatör olarak adlandırılan, kralların yetkilerine denk yetkilerle donatılan yıllık *magistra*'lığı ihdas eden ilk halkın, Amulius ve Numitor'un ölümlerinden sonra kraliyet soyunun son bulması üzerine Albalılar olduğuna inanıyor.¹⁸⁹

Romalıların diktatörlüğü Alba Longa'dan aldıklarını söyleyen Licinnius Macer'in haklı olup olmadığını saptamak için Alba diktatörlüğü, Roma diktatörlüğüyle karşılaştırılmalıdır:

Tıpkı Macer gibi, Plutarkhos (*Romulus*, 27.1) Alba'da kralın ölümü üzerine her yıl bir *magistra* atandığını ifade eder:

Ἐπεὶ δὲ τοῦ πάππου Νομήτορος ἐν Ἄλβη τελευτήσαντος, αὐτῷ βασιλεύειν προσῆκον, εἰς μέσον ἔθηκε τὴν πολιτείαν δημαγωγῶν, καὶ κατ' ἐνιαυτὸν ἀπεδείκνεν ἄρχοντα τοῖς Ἀλβανοῖς, ἐδίδαξε δὲ καὶ τοὺς ἐν Ῥώμῃ δυνατοὺς ἀβασίλευτον ζητεῖν καὶ αὐτόνομον πολιτείαν, ἀρχομένους ἐν μέρει καὶ ἄρχοντας.

Alba tahtı, büyükbabası Numitor'un ölümü üzerine Romulus'a geçti; ama o, halkın güvenini kazanmak için yönetimi halka teslim etti ve adaleti sağlamak için her yıl bir *magistra* atamakla yetindi.

Görüldüğü gibi Macer ve Plutarkhos, Alba diktatörünü bir yıl görev yapan, bütün kamu yaşamından sorumlu olağan bir *magistra* olarak tasvir ederler. Kral makamı yerine her yıl atama ile başa gelen yeni bir

¹⁸⁹ Romalıların diktatörlüğü Yunanlılardan aldığına ilişkin bir kanıt bulunmamaktadır. Nitekim Dionysos'un bu görüşü hiç destekçi bulamamıştır.

magistra söz konusudur. Bu *magistra*'nın kraldan tek farkı, görev süresinin bir yıl ile sınırlı olmasıdır. Bu tanıklıklar, Rosenberg'in çizmiş olduğu olağan bir *magistra* olan Latin diktatörü tiplemesine tamamen uygundur. Ancak Titus Livius (I.23.4), Alba diktatörü Mettius Fufetius'a ithaf ettiği şu sözlerle, onu olağanüstü bir *magistra* olarak gösterir:

Me Albani gerendo bello ducem creavere.

Albalılar beni savaşı yönetmem için seçtiler.

Tıpkı Titus Livius gibi, Dionysos (III.5.3) da Mettius Fufetius'un savaş sırasında yaşamını yitiren Alba kralı Clulius'un yerine orduya komuta etmesi için atandığını söyleyerek olağanüstü bir *magistra* olduğunu örtülü olarak ifade eder:

Εἰς δὲ τὸν ἐκείνου τόπον ἀποδείκνυται στρατηγὸς αὐτοκράτωρ ὑπὸ τῶν ἐπὶ στρατοπέδου Μέττιος Φουφέττιος.

Mettius Fufetius, kamptakiler tarafından [Clulius] yerine diktatör seçilip, mutlak yetkilerle donatıldı.

Alba diktatörü, olağan *magistra* mıydı, yoksa olağanüstü *magistra* mı? Birbiriyile çelişen bu kaynaklardan hangilerine itibar etmeli? Kesin olarak söylemek mümkün değildir. Alba diktatörü bir olağan *magistra* ise altı ay görev yapan, sınırsız yetkileri belirli bir görevle sınırlandırılan olağanüstü *magistra* olan Roma diktatörüyle adı dışında herhangi bir ortak özelliğe sahip değildir. Bu durumda, Roma diktatörlüğünün, Alba ya da herhangi bir Latin şehir-devlet diktatöründen esinlendiğini söylemek güçtür. Buna karşın Alba diktatörü olağanüstü *magistra* ise Roma'daki makama esin kaynağı olduğu düşünülebilir. Her iki olasılığın hangisi gerçeği yansıtırsa yansıtсын, Roma diktatörlüğünün kökeninin Latin Konfederasyonu diktatörü olduğu kanaatindeyiz. Bu doğrultuda birçok kanıt mevcuttur.

Birincisi, her iki hukukî kurumun maddî içeriğinin benzer olmasıdır. Latin Konfederasyonu diktatörünün belirli bir görevi yerine getirmek için geçici olarak atanan olağanüstü bir *magistra* olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Bunu anlamak için, birçok Latin devletini temsilen tanrıça Diana'ya koru ithaf etmek için atanan diktatörden söz eden Cato'ya kulak vermek yeterlidir.

Roma diktatörlüğünün Latin Konfederasyonu diktatöründen esinlenildiğini gösteren ikinci husus, Titus Livius'un (II.18.1-4) aktardığı ilk Roma diktatörünün atanma öyküsüdür:

Insequens annus Postumum Cominium et T. Largium consules habuit. Eo anno Romae, cum per ludos ab Sabinorum iuuentute per lasciviam scorta raperentur, concursu hominum rixa ac prope proelium fuit, paruaque ex re ad rebellionem spectare uidebatur. Super belli Sabini metum id quoque accesserat quod, triginta iam coniurasse populos concitante Octavio Mamilio satis constabat. In hac tantarum expectatione rerum sollicita ciuitate, dictatoris primum creandi mentio orta.

Bir sonraki yılın konsülleri Postumus Cominius ve Titus Largius oldu. Aynı yıl, Roma'da oyunların ziyafetinde Sabinli gençler, heyecana kapılarak birkaç cariyeye kaçırıp, itiş kakışa yol açan bir kargaşa yarattılar ve neredeyse dövüş meydana gelecekti. Bu önemsiz olayın yeni bir Sabin ayaklanmasına neden olacağından endişelenildi. Söz konusu olan sadece Latinlere karşı bir savaş değildi: Octavius Mamilius'un kıskırttığı otuz halk, Roma'ya karşı birlik olmuşlardı. Çok büyük olayların patlak vereceği endişesi içinde, ilk kez bir diktatör atamaktan söz edildi.

Latin ulusunu Roma'ya karşı bir araya getiren *Octavius Mamilius*... Peki, kimdir bu *Octavius Mamilius*? Titus Livius'a göre *tusculanus dux* (II.19.7), *Latinus dux* (II.19.10), *imperator Latinus* (II.20.7). Yani Latin Konfederasyonu diktatörü... 501'de ilk kez diktatör atayan Romalılar bunu yaparken tereddüt etmemişlerdir; çünkü söz konusu olan yeni bir makam yaratmak değil, bizzat düşman Latin Konfederasyonu'nun başındaki makamı taklit etmektir. Ridley, Titus Livius'un bu pasajda Roma diktatörünün Latin Konfederasyonu diktatöründen esinlenildiğini ima ettiğini söylediğinde kesinlikle yanılmışırdı.¹⁹⁰

Üçüncü ve son gerekçe, önceki bölümde ortaya koyduğumuz gibi, diktatörün çok eski ve her şeyden önce dinî bir kişilik olmasıdır. Roma dahil olmak üzere bütün Latin toplulukları aynı inancı paylaştığına göre, diktatörlüğün Latinlerin ortak değeri olduğunu kabul etmek zorunludur. Bu nedenle, Latin Konfederasyonu diktatörünün var olan

¹⁹⁰ Ridley, s. 308.

en eski diktatör olması ve Roma diktatörü dahil olmak üzere olağanüstü *magistra* olan bütün Latin diktatörlerin bundan esinlenilmiş olması muhtemeldir. Kuşkusuz Romalılar bu makamı kendi şehir devletlerinde uygulamak için taklit ederken, savaşta oldukları Latin Konfederasyonu diktatörünün meşruiyetini tanımıyor, tanrıların Roma'nın yanında olduğuna inanıyorlardı. Titus Livius'un Latin Konfederasyonu'nun başındaki Octavius Mamilius'u diktatör olarak adlandırmaktan kaçınmasının nedeni de bu olsa gerek.

Olağan *magistra* olan Latin şehir diktatörüne gelince, bu makam, Latin Konfederasyonu'ndan bağımsız olarak gelişmiş; kaynaklarda belirtildiği gibi bu şehirde kraliyet soyunun sona ermesi üzerine, Etrüsklerin bir yıl görev yapan hükümdarı *zilath*'tan yola çıkarak ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda Latin şehir diktatörüyle, Latin Konfederasyonu ve Roma diktatörleri arasındaki ortaklık, isim benzerliğinden ibarettir. Daha önce belirttiğimiz üzere diktatör sözcüğünün anlamının belirsiz olması, birçok farklı makam için kullanılmasına neden olmuştur.

SONUÇ

Diktatör, Roma devletini tehdit eden savaş ve halk ayaklanması gibi olağanüstü durumlarda, askeri komutada ve siyasal yönetimde birliği sağlamak amacıyla konsüllerden biri tarafından atanır; bunun üzerine *tribunus plebis* dışında tüm *magistra*'lar görevlerinden çekilirlerdi. Olağanüstü durumun üstesinden gelebilmek için büyük yetkilerle donatılan diktatörün, göreviyle ilgili işlemlerinden dolayı hukukî sorumluluğu bulunmaz; konsüle kıyasla senato karşısında daha geniş bir hareket alanına sahip olurdu. *Coercitio* yetkisi Roma sınırları içinde dahi *provocatio*'ya ve *auxilium*'a tâbi olmayan diktatörlük, iç karışıklıklarda savaş hukukunun vatandaşlara uygulanması anlamına gelen bir anayasal baskı kurumundan ibaretti. Bu nedenle pleblerin *patricius* sınıfına karşı verdiği mücadelenin temel taleplerinden biri bu makamın ortadan kaldırılması olmuştur.

Roma toplumsal mücadeleler tarihi, aynı zamanda diktatörlük kurumunun yok oluşunun tarihidir. Diktatörlük, bir günden ötekine ortadan kaldırılmamış, zaman içinde sınırlandırılmış; *provocatio* ve *auxilium* bağımsızlığı ile sorumsuzluğunu yitirmiştir. Adeta geçici kral gibi hareket eden Erken Cumhuriyet dönemi diktatörüyle, konsüllerle birlikte görev yapan ve çoğu zaman yalnızca belirli formaliteleri yerine getiren Geç Cumhuriyet dönemi diktatörünün pek az ortak özelliği

vardır. Ayrıcalıklarını yitirdikten sonra hızlı bir çözülme sürecine giren makam, 44'te *lex Antonia* ile ilga edilmiştir.

Roma diktatörlüğü, yalnızca Roma toplumunun kendi koşullarının ürünü değildir. Latinler, konfederasyonun kurulduğu VIII. yüzyıldan itibaren ulusun varlığını ve geleceğini tehdit eden olaylar karşısında geçici olarak bir önder atarlar; tüm Latin devletleri bu kişinin önderliği altında birleşirlerdi. Ancak 501 yılında Latin Konfederasyonu'na karşı tek başına savaşmak durumunda kalan Roma, bütün ulus için yaratılan bu kurumu, ilk kez kendi şehir-devleti ölçeğinde kullanmıştır. Ayrıca Latin diktatörü, askerî ve politik bir önderden daha fazlasıydı; konfederasyonun dinî ritüellerini yerine getiren ruhanî bir kişilikti. Nitekim hukuk, din, siyaset gibi kavramların iç içe geçtiği Eski Çağ'da, doğrudan ya da dolaylı olarak din ile bağı olmayan herhangi bir kuruma rastlamak mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- ABBOTT, Frank Fost, *A History and Description of Roman Political Institutions*, Boston, 1911.
- BANDEL, Fritz, *Die Römischen Diktaturen*, Breslau, 1910.
- COHEN, David, "The Origin of Roman Dictatorship", *Mnemosyne*, C. 10, S. 4, 1957, s. 300-318.
- DAREMBERG, Charles Victor / SAGLIO, Edmond, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, II¹, Paris, 1873.
- DE SANCTIS, Gaetano, *Storia dei Romani*, Torino, 1907.
- DESSAU, Hermann, *Inscriptiones Latinae Selectae*, Cilt I, Berlin, 1892. (ILS)
- DE VANN, Michiel, *Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages*, Leiden, 2008.
- DOREY, Thomas Alan, "The Dictatorship of Minucius", *The Journal of Roman Studies*, C. 45, S. 1-2, 1955, s. 92-96.
- DRUMMOND, Andrew, "The Dictator Years", *Historia*, C. 27, s. 4, 1978, s. 550-572.
- EASTON, Jeffrey A., *A New Perspective on the Early Roman Dictatorship 501-300 B.C.*, (Kansas Üniversitesi, Klasik Filoloji, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kansas, 2010.
- EHRENBERG, Victor, "Imperium Maius in the Roman Republic", *American Journal of Philology*, C. 74, S. 2, 1953, s. 113-136.
- ERNOUT, Alfred / MEILLET, Alfred, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots*, Paris, 2001.
- IHNE, Wilhelm, *The History of Rome*, Cilt I, ("İngilizce Baskı"), Londra, 1871. (H.R.)
- IHNE, Wilhelm, *Researches into the History of the Roman Constitution*, (Çev. Francis Haywood), Londra, 1853. (Researches)
- KALYVAS, Andreas, "The Tyranny of Dictatorship: When the Greek Tyrant Met the Roman Dictator", *Political Theory*, C. 35, S. 4, Ağustos 2007, s. 412-442.
- KEYES, Clinton Walter, "The Constitutional Position of the Roman Law Dictatorship", *Studies in Philology* 14, 1917, s. 298-305.
- LAST, Hugh, "Imperium Maius: A Note", *The Journal of Roman Studies*, C. 37, S. 1-2, 1947, s. 157-164.
- LAZAR, Nomi Claire, "Making Emergencies Safe for Democracy: The Roman Dictatorship and the Rule of Law in the Study of Crisis Government", *Constellations* C. 13 S. 4, 2006, s. 506-521.
- LIEBENAM, Willy, 'dictator', *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, C. 5: Demogenes-Ephoroi, Ed. G. Wissowa, Stuttgart, 1905, s. 370-390.
- LINTOTT, Andrew, *The Constitution of the Roman Republic*, Oxford, 2005.

- MOMMSEN, Theodor, *Le droit public romain*, Cilt I-III, (Çev. Paul Frédérick Girard), Paris, 1893.
- MOMMSEN, Theodor, *Corpus Inscriptionum Latinarum*, Cilt I-II, Berlin, 1887-1918. (CIL)
- NIEBUHR, Barthold Georg, *Lectures on the History of Rome*, Cilt I, (Çev. L. Schmitz), Londra, 1852. (*Lectures*)
- NIEBUHR, Barthold Georg, *The History of Rome*, Cilt I, (Çev. Julius Charles Hare), Londra, 1837. (H.R.)
- OGILVIE, Robert Maxwell, *A Commentary on Livy*, Books 1-5, Oxford, 1965.
- ORELLI, Johann Caspar von / HENZEN, Wilhelm, *Inscriptionum Latinarum Selectarum Amplissima Collectio*, C. 1-3, Torino, 1856. (ILS)
- RIDLEY, Ronald T., "The Origin of the Roman Dictatorship: An Overlooked Opinion", *Rheinisches Museum für Philologie*, C. 122, S. 3/4, 1979, s. 303-309.
- ROSENBERG, Arthur, *Der Staat der alten Italiker*, Berlin, 1913.
- ROSSITER, Clinton L, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, 1948.
- RUDOLPH Hans, *Stadt und Staat im römischen Italien, Untersuchungen über die Entwicklung des Munizipalwesens in der republikanischen Zeit*, Leipzig, 1935.
- SCHWEGLER, Albert, *Römische Geschichte*, Cilt II, Tübingen, 1856.
- SMITH, William, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Cilt I, Londra, 1901.
- SOLTAU, Wilhelm, "Der Ursprung der Diktatur", *Hermes*, C. 49, S. 3, 1914, s. 352-368.
- STARK, Rudolf, "Ursprung und Wesen der Altrömischen Diktatur", *Hermes*, C. 75, S. 2, 1940, s. 206-214.
- STAVELEY, E. Stuart, "The Fasces and Imperium Maius", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, C. 12, S. 4, Ekim 1963, s. 458-484. (*Imperium Maius*)
- STAVELEY, E. Stuart, "The Constitution of the Roman Republic 1940-1954", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, C. 5, S. 1, 1956, s. 74-122. (*Constitution*)
- STAVELEY, E. Stuart, "Provocatio during the Fifth and Fourth Centuries B.C.", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, C. 3, S. 4, 1955, s. 412-428. (*Provocatio*)
- TIGHE, Ambrose, *The Development of the Roman Constitution*, New York, 1889.
- WALBANK, Frank William, *A Historical Commentary on Polybius*, Oxford, 1957.
- WILLEMS, Pierre, *Le droit public romain*, Louvain, 1888.



ÖZEL HUKUK

Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğuna Etkisi

Influence of the Date of Printing in Cheque on the Liability of the Bank



Prof. Dr. Mehmet HELVACI* - Ar. Gör. Raziye AKSU**

ÖZET

Bu çalışmada, çekte baskı tarihinin muhatap bankanın sorumluluğuna etkisi incelenmiştir. Bankalar, 03.02.2012'den sonra her çek yaprağına basıldığı tarihi yazmak zorundadır. Buna karşın, baskı tarihinin bulunmaması çekin geçerliliğini etkilemez. Muhatap banka, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için belirli bir miktar ödemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, çekin, üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde muhataba ibraz edilmemesi halinde sona erer. Bununla birlikte, bankanın sorumluluğuna ilişkin sürenin başlangıcı olarak baskı tarihinin belirlenmesi yerinde değildir. Bu hüküm değiştirilmelidir. Bankanın sorumluluğuna ilişkin sürenin başlangıcı düzenleme tarihi olmalıdır; çünkü, çekte düzenleme tarihi zorunlu unsurdur.

Anahtar Kelimeler: Çek, Baskı Tarihi, Muhatap Bankanın Sorumluluğu, Ödeme, Düzenleme Tarihi

ABSTRACT

In this study, the influence of the date of printing, which is written on cheque, on the liability of the bank is examined. Banks are obliged to write the date on which each check sheet is printed after 03.02.2012. However, the absence of date of printing does not affect the validity of the cheque. The bank is obliged to make a payment to

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, raziye_aksu1905@hotmail.com.

the holder except of drawer equal to the amount of legal guarantee when there is no or inadequate provision at the account. This obligation terminates if the cheque has not been submitted to the bank within five years from the date of printing. However, it is wrong to determine the date of printing as the beginning of the liability of the bank. This provision must be changed. The term's initial of the bank's liability should be the date of issuance; because the date of issuance is a compulsory element in cheque.

Key Words: *Cheque, Date of Printing, The Liability of Bank, Payment, Date of Issuance*

1. Giriş

5941 sayılı Çek Kanunu (ÇekK) madde 2/7(d) uyarınca çek defterinin her bir yaprağına çekin basıldığı tarihin yazılması gerekmektedir. Bu kapsamda, öncelikle baskı tarihinin şekli nedir, yazılmaması çekin geçerliliğini etkiler mi, baskı tarihini kim yazmak zorundadır, kanun değişikliğinden önce bastırılan çekler geçerli midir gibi soruların yanıtları aranmıştır.

Çalışmanın ikinci kısmı, çekin, üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde ibraz edilmemesi halinde, muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğunun sona ereceğini düzenleyen ÇekK m. 3/9'un incelenmesine ayrılmıştır. Bu bağlamda, baskı tarihi yazılmayan çeklerin muhatap bankanın sorumluluğuna etkisine, ileri düzenleme tarihli çek ile baskı tarihinin ilişkisine ve hükümde öngörülen beş yıllık sürenin hukuki niteliğine değinilmiştir. Ayrıca muhatap bankanın süre geçmesine rağmen kanunen sorumlu olduğu miktarı ödemesi halinde bunun iadesini isteyip isteyemeyeceği de irdelenmiştir. Son olarak, hükmün yerindeliği değerlendirilmiş ve hükme ilişkin önerimize yer verilmiştir.

2. Çekte Baskı Tarihi

ÇekK m. 2/7(d) uyarınca, çek defterinin her bir yaprağına çekin basıldığı tarih yazılmalıdır. Çekin basıldığı tarihin, çek üzerine yazılması zorunluluğu 6273 sayılı Kanun m. 1 ile 03.02.2012 tarihinde yapılan değişiklikle getirilmiştir¹. 03.02.2012 tarihinden önce bastırılmış olan

¹ RG. S. 28193, T. 03.02.2012, 6273 Sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m. 1.

çek yapıklarında bankaların böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Getirilen bu yeniliğin uygulanmasıyla ilgili bankalara bir geçiş süreci tanınmıştır. Bankalar, 31.12.2012 tarihine kadar müşterilerine yeni çek defterlerini verecek ve müşterilerin ellerindeki eski çek defterlerini imha edeceklerdir (ÇekK g. m. 3/2). Buna göre, 03.02.2012 tarihinden itibaren bastırılan çeklerin üzerinde baskı tarihi de yazılması gereklidir. Bu tarihten önce basılıp düzenlenmiş çekler ise geçerliliğini sürdürecektir. 03.02.2012 tarihinden önceki çekler, eski çek defteri olarak nitelendirilmiştir. Zira ÇekK g. m. 3/4'te, Çek Kanununun üçüncü maddesinin yayım tarihinden önce yürürlükte bulunan hükümleri ile mülga 3167 sayılı Kanun hükümleri gereğince düzenlenmiş olan eski çeklerin hukuki geçerliliğinin devam edeceği düzenlenmiştir.

Baskı tarihi, uygulamada genellikle çek yaprağının sol alt tarafına “Çekin baskı tarihi”, “Baskı tarihi” veya “Çekin basıldığı tarih” şeklinde yazılmaktadır. Tarih, bir olayın gününü, ayını ve yılını bildiren sözdür². Buna göre, çekin üzerine çekin basıldığı tarihin ay, gün ve yıl olarak yazılması gerekir³. ÇekK m. 2/5 uyarınca çek defterleri bankalarca bastırılacağı için, baskı tarihi de çek hesabı açtırılan muhatap banka tarafından yazılacaktır⁴.

Çekin üzerine baskı tarihinin yazılmaması, çekin geçerliliğini etkiler mi? Çekin üzerine baskı tarihi yazılmasa da çek geçerlidir. Zira ÇekK m. 2/9'da, Türk Ticaret Kanunundaki unsurları taşıması kaydıyla, düzenlenen çekin ikinci maddede yer alan koşullara aykırı olmasının çeki geçersiz kılmayacağı yer almıştır. Buna göre çekin geçerliliğini etkileyen unsurlar TTK m. 780'de düzenlenmektedir. Bunlar, senet metninde “çek” kelimesi; kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havale; ödeyecek kişinin, “muhatapın” ticaret unvanı; ödeme

² TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59efa00272a7a1.10848064, ET. 24.10.2017.

³ “Çek Defterlerinin Baskı Şekline ve Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarın Belirlenmesine İlişkin 2010/2 sayılı Tebliğ” (2012/2 sayılı Tebliğ ile değişik), m. 3/1(ç).

⁴ ÇekK m. 7/8 “Çek defteri basmaya veya bastırmaya kanunen yetkili kılınanlar dışında çek defteri basanlar ve bastıranlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”

yeri⁵; düzenlenme tarihi ve yeri⁶; düzenleyenin imzası; banka tarafından verilen seri numarası ve karekodur. Şayet bir çekte sayılan bu unsurlar mevcutsa, baskı tarihinin bulunmaması çekin geçerliliğini etkilemez⁷. Bir başka deyişle çekte baskı tarihi zorunlu unsur değil, tamamlayıcı unsurdur⁸.

Çekin basıldığı tarih hakkındaki bilgi, karşılıksız kalan çekler bakımından ÇekK m. 3/3 ile öngörülen muhatap bankanın sorumluluğuna⁹ zaman yönünden bir sınırlama getirilmesi amacına hizmet etmektedir¹⁰. Ayrıca çekin basıldığı tarihin çek yaprakları üzerinde yer alması, çekin basıldığı tarihte hangi mevzuata tabi olduğunun belirlenmesi açısından da önemlidir¹¹.

⁵ Çekte ödeme yeri yazılmamışsa TTK m. 781/2 uygulanacaktır. Çekte açıklık yoksa, muhatabın ticaret unvanı yanında gösterilen yer ödeme yeri sayılır. Muhatabın ticaret unvanı yanında birden fazla yer gösterildiği takdirde, çek, ilk gösterilen yerde ödenir. Böyle bir açıklık ve başka bir kayıt da yoksa, çek muhatabın merkezinin bulunduğu yerde ödenir.

⁶ Çekte düzenlenme yeri gösterilmemişse çek, düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır (TTK m. 781/3).

⁷ ÇekK m. 2/7'de yer alan çek defterinin her bir yaprağında yer alacak hususların, TTK'nın çekin şekil şartlarında yani kurucu unsurlarında bir değişiklik yapmadığı hususunda bkz. Helvacı, Mehmet, Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi, Batider, Aralık 2009, C. XXV, S. 4, s. 243.

⁸ Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na, Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Güncellenmiş Yedinci Bası'dan Onuncu -Tıpkı- Baskı, İstanbul 2017, s. 248; Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 21. Bası, Ankara 2017, s. 235; Reisoğlu, Seza, Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 74; Bu kayıtların açıklığı sağlayıcı olup, çekin geçerliliğiyle ilgili olmadığı hususunda bkz. Poroy, Reha/Ünal, Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları Çek Kanununun Yorumu İle, Vedat Kitapçılık, Yeniden Yazılmış 21. Bası, İstanbul 2013, s. 356; Bozer, Ali/Göle, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Son Değişikliklerle Güncellenmiş ve Genişletilmiş Altıncı Baskı, Ankara 2017, s. 259.

⁹ İnceleme için bkz. aşa. 3.2. Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü.

¹⁰ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 248.

¹¹ Bozer/Göle, s. 259.

3 Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğuna Etkisi

3.1. Genel Olarak

ÇekK m. 3/3'te muhatap bankanın her bir çek yaprağıyla ilgili ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu sorumluluğa zamansal sınırlama ise ÇekK m. 3/9 ile getirilmiştir. Hüküm uyarınca,

“Çekin, üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde ibraz edilmemesi hâlinde, muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğu sona erer.”

Hükümün uygulanabilmesi için öncelikle çekin üzerinde baskı tarihinin yazılmış olması gerekir. Bu baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde hamil, çeki bankaya ibraz etmemişse bankanın her çek yaprağı için ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğu sona erecektir.

Bu bağlamda, öncelikle muhatap bankanın ÇekK m. 3/3'ten kaynaklanan ödeme yükümlülüğü incelenecektir. Daha sonra, çekin baskı tarihi ile muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü arasındaki ilişki irdelenecektir.

3.2. Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü

ÇekK m. 3/3'te muhatap bankanın, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için belirli bir miktar ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir¹². Miktar, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan fiyat endekslerindeki yıllık değişimler göz önünde tutularak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından her yıl Ocak ayında belirlenir ve Resmî Gazete'de yayımlanır (ÇekK m. 3/3-son). 2017 yılı için miktar, 1410 (bindörtüyzon) TL olarak belirlenmiştir¹³.

¹² Bu husus doktrinde bazı yazarlarca “kanuni garantili çek” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Göle, Celal, Çek Hukuku, Ankara 1989, s. 56; Bozer/Göle, s. 284; Tekil, Müge, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Beta Baskı Yayım Dağıtım Anonim Şirketi, İstanbul 1997, s. 118; Özen ikaz akçesi şeklinde adlandırılma için bkz. Poroy/Tekinalp, s. 361.

¹³ RG., S. 29954, T. 20.01.2017, Çek Defterlerinin Baskı Şekline ve Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ (Sayı: 2010/2)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Sayı: 2017/1), m. 1.

Muhatap bankanın, ÇekK m. 3/3'ten kaynaklanan ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için, süresinde ibraz edilen çekin kısmen veya tamamen karşılığının olmaması gerekir.

Süresinde ibraz edilen çekin hiç karşılığı bulunmamaktaysa, çek bedeli 1410 TL veya üzerinde ise 1410 TL; çek bedeli 1410 TL'nin altında ise çek bedeli ödenecektir. Örneğin 20.000 TL'lik bir çek söz konusuysa ve hesapta hiç karşılığı yoksa, muhatap banka bu çek yaprağı için hamile 1410 TL vermek zorundadır. Bununla birlikte muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu miktarın üst sınırını çek bedeli oluşturmaktadır. Örneğin, çek bedeli 1000 TL ve çekin hesapta karşılığı yoksa, muhatap banka hamile 1000 TL'yi ödeyecektir. Muhatap banka, çekle işleyen hesapta çekin karşılığının kısmen bulunması halinde, çek bedeli 1410 TL veya altında ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmi karşılığı 1410 TL'ye tamamlayacak bir miktarı; çek bedeli 1410 TL'nin üzerinde ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmi karşılığa ilave olarak 1410 TL, ödemekle yükümlüdür. Örneğin çek bedeli 20.000 TL'dir. Hesapta 10.000 TL bulunmaktadır. Bu durumda muhatap banka, hamile çek yaprağı için 1410 TL'yi de ekleyerek 11.410 TL vermekle yükümlüdür.

Bu düzenleme ile getirilen nakdi sorumluluk, bankaların çek ile işleyen hesabı açarken daha özenli davranmalarını sağlamak, çek hamillerine sınırlı bir miktara kadar da olsa ödeme güvencesi vermek suretiyle çek hamillerinin güvenini korumak¹⁴ ve böylece çekin yaygınlaştırılması amacıyla öngörülmüştür¹⁵. Muhatabın bu ödeme mecburiyeti hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdi kredi¹⁶ sözleşmesi hükmündedir (ÇekK m. 3/3). Gayri nakdi kredi terimi ile banka tarafından sözleşmenin başlangıcında kredi müşterisine nakdin öden-

¹⁴ Teoman, Ömer, Çek Kanunu Tasarısının Bankalara Getirdiği Yükümlülükler -Otuz Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim- C. II, Beta Baskı Yayın, 1982-2001, s. 522.

¹⁵ Arkan, Sabih, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler, Batider, Haziran 2003, C. XXII, S. 1, s. 15; Reisoğlu, s. 252; Tekil, s. 135.

¹⁶ Eski düzenlemeden farklı olarak kredinin türü belirtildiği, böylece kredinin türü açısından uygulamada karşılaşılan sorunların aşılması amaçlandığı hususunda bkz. Kendigelen, Abuzer, Çek Hukuku, Arıkan Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2007, s. 232 dnp. 139; Arkan, s. 16.

mediği; ancak bankaya sorumluluğun yüklenildiği kredi ifade edilmektedir¹⁷. Sorumluluğu yüklenen banka, isterse, her çek yaprağına ilişkin ödeme riskine karşılık hesap sahibinden aralarındaki sözleşmeye hüküm koydurarak teminat alabilir¹⁸. Hamilin talepte bulunmasına gerek olmaksızın, muhatap banka çekin ibrazı üzerine derhal 1410 TL'yi ödemek zorundadır¹⁹. Muhatap banka hamile ödeme yaptıktan sonra, çek

¹⁷ Poroy/Tekinalp, s. 360.

¹⁸ Poroy/Tekinalp, s. 361; Reisoğlu, s. 252; Uygulamada çek hesabı sahibi ile muhatap banka arasında yapılan çek sözleşmesine bankanın krediyi uygun göreceği her türlü teminat karşılığında kullanılabileceğine ilişkin hüküm konulmaktadır. Bankalar ilerde her çek yaprağı için ödeme yapmaları riskine karşılık bedelin depo edilmesini istemektedir. Sözleşme örneği için 20. maddesine bkz. <https://www.qnbffinansbank.com/bankacilik/sozlesme.aspx?id=209926>, ET. 27.10.2017; Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bankanın, her çek yaprağıyla ilgili miktarı çek hesabı sahibinden tahsil ederek depo etmesini isteme hakkı olduğuna karar vermiştir. Bkz. Y. 11. HD. E. 2015/14998, K. 2016/6763, T. 17.06.2016 (www.kazancı.com, ET. 27.10.2017); Bir başka uyuşmazlıkta, bankanın çek başına ödemesi gereken tutarı çek hesabı sahibi ve onun kefillerinden tahsil edilip bankaya depo edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Y. 11. HD. E. 2013/14244, K. 2014/3340, T. 24.2.2014 (www.kazancı.com, ET. 27.10.2017); Bununla birlikte Yargıtay'ın aksi yönde de kararı mevcuttur. Buna göre bankaya ibraz edilmemiş ve ödeme yapılmamış çeklerden kaynaklanan risk, tek başına çek yaprak bedelinin banka nezdinde faiz getirmeyen bir hesaba depo edilmesi borcunu doğurmaz. Bkz. Y. 11. HD. E. 2014/219, K. 2014/7344, T. 14.4.2014 (www.kazancı.com, ET. 27.10.2017).

¹⁹ Tekil, s. 137; Narbay, Şafak, 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, S. 43, 2010, s. 85; Çek Kanunu Tasarısının Hükümetin teklif ettiği metninde yer alan 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında, "hamilin talepte bulunması gerektiği" açıkça belirtilmiştir. Buna karşın Tasarının bu düzenlemesinin Adalet Alt Komisyonu'ndaki görüşmelerinde "...Aynı fıkreda, muhatap bankanın, hamile ödemekle yükümlü olduğu miktarı, uygulamada talep etmeden ödemediği, çoğu zaman hamilin bankanın böyle bir yükümlülüğünün olduğundan haberdar olmadığı, dolayısıyla belki de hamilin rahatlıkla kabul edebileceği kısmi ödemenin de bu şekilde gerçekleşmediği görüldüğünden, bankanın yükümlü olduğu miktarı talep olmadan da hamile ödemesi veya ödemeyi teklif etmesi gerektiği düşüncesiyle 'talep ettiği takdirde ibaresi madde metninden çıkarılmıştır" şeklinde bir sonuca varılmış; bu değerlendirme aynı şekilde Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilmiş ve fıkra hükmü bugünkü şeklini almıştır. Bkz. 7.12.2009 tarihli ve 1/710 Esas, 27 Karar numaralı Adalet Komisyonu Raporu'nun Tasarının 3'üncü maddesi ile ilgili açıklamalarına (TBMM, Dönem: 23 Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 445, s. 20); Aksi yönde Reisoğlu, s. 257.

hesabı sahibi ile aralarındaki gayri nakdi kredi sözleşmesi bağlamında hesap sahibinden ödediği bedeli talep edebilir²⁰.

Muhatabın ÇekK m. 3/3'e dayalı bu yükümlülüğü, çekin ödenmesi konusunda herhangi bir engelin bulunmaması şartına bağlıdır. Örneğin çekin zorunlu unsurlarındaki eksiklik, çeki ibraz edenin meşru hamil olmaması veya çekte düzenleyenin imzasının sahte olması gibi herhangi bir nedenle muhatap çek bedelini ödemekten kaçınma zorunluluğu altında ise, artık ondan kanunen yükümlü kılındığı asgari miktarın ödenmesi de talep edilemeyecektir²¹. Dolayısıyla ÇekK m. 3/9'un uygulanabilmesi için de, söz konusu engellerin bulunmaması gerekir.

Hamil, çeki muhatap bankanın çekle işleyen hesabın bulunduğu şubesine ödemek amacıyla ibraz edebileceği gibi, muhatap bankanın diğer şubelerine de geçerli olarak ibraz edebilecektir²² (ÇekK m. 3/1). Buna karşın, takas odaları aracılığıyla ibraz edilmiş çekler için, 3 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirlenen sorumluluk miktarı dahil, kısmi ödeme yapılmaz. Bu durum, muhatap bankanın sorumluluk tutarını ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Takas odaları aracılığıyla ibraz edilen çekin, hesapta yeterli karşılığının olmadığı belirlenmesi halinde muhatap banka tarafından, hesapta bulunan kısmi karşılık tutarı, çeki ibraz eden hamil lehine onbeş gün süreyle bloke edilir (ÇekK m. 8/4). Hamilin, takas odasına ibrazı üzerine çekin arkasına şerh düşülmesinden sonra, muhatap bankaya başvurması gerekir²³.

Hamil açısından, ÇekK m. 3/3'ten doğan hak ise bir alacak hakkıdır²⁴. Bu alacak hakkının doğumu, süresinde muhataba ibraz edilen

²⁰ Kendigelen, s. 232; Tekil, s. 137.

²¹ Kendigelen, s. 231-232; Reisoglu, s. 252.

²² Kırcı, İsmail, Çekin İbraz Edildiği Şube Muhatap Bankanın Kanunen Ödemekle Yükümlü Olduğu Tutarı Ödemelidir!, Batider, Mart 2010, C. XXVI, S. 1, s. 71-77.

²³ Poroy/Tekinalp, s. 358; Narbay, Şafak, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 10 Uncu Maddesi Hükmü Uyarınca Muhatap Bankanın Sorumlu Olduğu Miktar Hakkında Bir İnceleme, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak 2009, S. 29, s. 19.

²⁴ Alacak hakkı, dar anlamda borç ilişkisinde alacaklıya borçludan edimi yerine getirmesini isteme yetkisini sağlayan hakkı ifade eder. Bkz. Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş B. 14, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 14; Tuncomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel

çekte ilişkin hesapta kısmen veya tamamen karşılığın bulunmaması koşuluna bağlanmıştır. Dolayısıyla bu hak, geciktirici koşula²⁵ bağlı bir haktır. Bununla birlikte, hamilin bu hakkı talep edebilmesi, çekin geçerli olmasına bağlı olduğu için bir fer'i haktır²⁶. Bir başka deyişle hamilin, her çek yaprağına ilişkin 1410 TL'lik alacak hakkı, çekte mündemiç alacak hakkına bağlı, onun fer'i olan bir haktır ve bu hakkın doğumu, varlığı ve geçerliliğine tabidir. Örneğin, çekteki kambiyo alacağı, yani çek bedelinin ödenmesi şarta bağlanamaz. Şayet, çeki düzenleyen, şarta bağlı bir alacak hakkını çekte koyarsa, çek geçersiz olduğu için, hamilin ÇekK m. 3/3'ten doğan alacak hakkı da olmayacaktır.

3.3. Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü ile Baskı Tarihinin İlişkisi

3.3.1. Çekin üzerinde baskı tarihinin bulunması

Çekin üzerinde yazılı baskı tarihine bağlı olarak muhatap bankanın sorumluluğunun sona ermesine ilişkin hüküm 6273 sayılı Ka-

Hükümler, C. I, Altıncı Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 27 vd.; Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku - Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, C. I, 8. Baskıdan Tıpkı 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 164; Ayrıntılı şekilde inceleme için bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 48 vd.

²⁵ Hukuki işlemin hukuki sonucunun doğması, gelecekteki şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağlandığı koşula, geciktirici koşul denir. Bkz. İnan, Ali Naim/Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 554; Tunçomağ, s. 1006; Eren, s. 1199.

²⁶ Alacağa bağlı haklara "*fer'i haklar*" denilmektedir ve bunlar prensip olarak bağlı oldukları alacağın kaderine tâbidirler. Bkz. Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 174; Bağımsız olup olmama açısından haklar "*bağımsız haklar*" ve "*bağlı haklar*" şeklinde ikiye ayrılmaktadır (Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 172). Bunlardan bağlı haklar, hak sahipliği sıfatının, bir başka hakka sahip olunduğu veya belirli bir hukuki ilişkinin tarafı bulunulduğu için kazanılmaktadır. Bununla birlikte, kanun tarafından bazı hakların, yalnız hak sahipliği değil, varlığı da başka bir hakkın varlığı koşuluna bağlanmıştır. Örneğin, rehin hakkı her zaman bağlı haklardandır (Bkz. Dural/Sarı, s. 174-175). Bağlı hakların, bir türünü de "*alacağa bağlı haklar*" oluşturur ve bir hakkın sahibinin, belirli bir alacağa sahip olma durumuna göre belirlendiği hallerde, alacağa bağlı hak söz konusu olur (Bkz. Dural/Sarı, s. 176; Oğuzman/Barlas, s. 173).

nunla 03.02.2012 tarihinde getirilmiştir (ÇekK m. 3/9). Bankaların, 31.12.2012 tarihine kadar müşterilerine yeni çek defterlerini vermemeleri ve ellerindeki eski çek defterlerini imha etmeleri gerekmektedir (ÇekK g. m. 3/2). Bu tarihe kadar eski çekler varsa bu çeklerin geçerliliği devam edecektir (ÇekK g. m. 3/3). Dolayısıyla üzerinde baskı tarihi bulunmayan²⁷ veya 03.02.2012 öncesinde baskı tarihi olan çekler açısından ÇekK m. 3/9 uygulanmayacaktır. Buna ilişkin ÇekK g. m. 3/4 uygulanacaktır. Hüküm uyarınca bankaların müşterilerine verdikleri eski çek defterleriyle ilgili olarak, muhatap bankanın 3 üncü maddenin üçüncü fıkrasına göre ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğu 30.06.2018 tarihinde sona erer. Örneğin, çekin üzerinde baskı tarihi bölümü yoktur ve düzenleme tarihi de 01.08.2018'dir. Her ne kadar kanuni ibraz süresi henüz başlamamış da olsa, hamil 01.08.2018 tarihinde bankaya çeki ibraz ettiğinde, çek kısmen veya tamamen karşılıksız çıkarsa muhatap banka çek yaprağı için ödemedede bulunmayacaktır. Zira 30.06.2018 tarihi itibarıyla muhatap bankanın, ÇekK m. 3/3'ten doğan sorumluluğu sona ermiştir.

Muhatap banka, çek hesabı sahibine, örneğin, 2015 yılında çek defterini vermesine rağmen, çek yapraklarının üzerine baskı tarihini yazmamışsa ne olacaktır? Muhatap bankanın sorumluluğu 30.06.2018 de mi, ÇekK m. 3/9 uygulanarak bulunan tarihte mi sona erecektir, yoksa çekin üzerinde baskı tarihi hiç yazmadığı için sorumluluğu sona ermez mi denilecektir? Burada ÇekK m. 3/9 uygulanamaz. Zira hükmün uygulanması için çekin üzerinde baskı tarihinin bulunması gerekir. Kanaatimizce bankanın kanunen ödeme yükümlülüğünün sona ermesine ilişkin 30.06.2018 tarihi de uygulanmamalıdır; çünkü ÇekK m. 3/4'te baskı tarihine ilişkin maddenin yayımından yani 2012 yılından önce düzenlenmiş olan eski çeklerin hukuki geçerliliğinin devam edeceği yer almıştır. Burada amaç, baskı tarihine ilişkin maddenin yürürlüğü tarihinden önce çek hesabı sahibi tarafından düzenlenerek piyasaya sürülmüş çeklerin geçerliliği sağlanarak, ekonomik hayatı etkilememektir. Çek hesabı sahibi çeki kullanmamışsa, 03.02.2012-31.12.2012 tarihleri arasında bankanın, çek hesabı sahibinden eski defterleri alarak, ona yenisini verme yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla muhatap banka 2015

²⁷ 31.02.2012 tarihinden önce muhatap bankanın, çek hesabı sahibine verdiği çek defterlerini ifade etmektedir. Bu hususu banka, çek hesabı sahibi ile yaptığı sözleşme ile ispat edebilecektir.

yılında, baskı tarihi bulunmayan çek vermişse, bunun sonucuna katlanmalı ve ödeme yükümlülüğüne ilişkin sorumluluğu sona ermemelidir. Zira bankanın basiretli bir tacir gibi davranıp, usulüne uygun bir şekilde çek defteri bastırması gerekmektedir. Muhatap bankanın, 2015 yılında üzerinde baskı tarihi bulunmayan çek defterini çek hesabı sahibine verdiği, çek hesabı sahibi ile muhatap banka arasındaki çek sözleşmesi ile kolaylıkla ispat edilebilecektir.

Çekin üzerinde baskı tarihi bulunuyorsa, ÇekK m. 3/9 uygulanacaktır.

3.3.2. Çekin üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde ibraz edilmemesi

3.3.2.1. Çekin ibraz edileceği süre

ÇekK m. 3/9 uyarınca çek, üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde muhataba ibraz edilmezse, muhatap bankanın her bir çek yaprağıyla ilgili sorumluluğu sona erecektir. Peki çek ne zaman bankaya ibraz edilir?

Çekin ödenmek için muhataba ibraz²⁸ süresi TTK m. 796'da düzenlenmiştir. Hükümde çekin düzenleme ve ödeme yerinin farklılığına göre muhataba ibraz süresinin 10 gün veya bir ay olduğu yer almıştır. İbraz süresi, çekte yazılı düzenleme tarihinin ertesi gün başlar (ÇekK m. 796/3). Örneğin D, düzenleme ve ödeme yeri Antalya olan, 01.01.2016 baskı ve 02.01.2017 düzenleme tarihli bir çeki L'ye vermiştir. İbraz süresinin başlangıcı, 03.01.2017 olup son günü 12.01.2017 günü iş saati bitiminde olacaktır. Burada baskı tarihinden itibaren çekin ibraz süresinin başladığı güne kadar beş yıl geçmediği için, çek kısmen veya tamamen karşılıksız kalırsa banka her bir çek yaprağı için ödemede bulunmakla yükümlüdür.

Bununla birlikte, çekin baskı tarihi ile düzenleme tarihi arasındaki farkın 5 yıldan fazla olduğu durumları ikiye ayırarak incelemek gerekir:

İlki çekin baskı tarihi ile fiilen ve hukuken düzenlendiği tarih arasında beş yılın geçmesidir. Bu durumda, çek düzenlenirken bankanın sorumluluğu ortadan kalkmış olacaktır. Örneğin çek üzerinde

²⁸ İbraz, çekin ödenmesi için bankaya sunulmasıdır. Bkz. Poroy/Tekinalp, s. 300.

baskı tarihi 05.05.2012 yazmaktadır. Çek hesabı sahibi, çekle ödeme-yi fiilen 01.07.2017'de yapmakta ve çek üzerinde düzenleme tarihi de 01.07.2017 yazmaktadır. Çekin düzenlendiği tarihten iki ay önce bankanın ÇekK m. 3/3'ten doğan sorumluluğu ortadan kalkmış olacaktır.

İkincisi çekin baskı tarihi, fiilen düzenlendiği tarih ve üzerinde yazan düzenleme tarihinin farklı olmasıdır. Örneğin çekin baskı tarihi 05.05.2012, fiilen düzenlenip hamile verildiği tarih 05.05.2013, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi ise 01.07.2017'dir. Bu durumda, muhatap bankanın sorumluluğu ortadan kalkmış mıdır? Bu sorun, çekin ibraz süresinin başlangıcıyla ilgili TTK m. 795 ve ÇekK'da yapılan değişiklikler birlikte değerlendirilerek yanıtlanmalıdır. TTK m. 795 uyarınca çek görüldüğünde ödenir. Düzenleme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir. Buna göre, çekten kaynaklanan talep hakkı çekin muhataba ibrazı ile muaccel olacaktır²⁹. Şayet çekin üzerine ileri düzenleme tarihi yazılırsa da, çek, bu tarihten önce hamilin bankaya ibraz ettiği gün ödenir³⁰. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili, TTK kuralları böyle olmakla birlikte uygulamada çekin düzenleme tarihi fiili tarihten daha ileride bir tarih yazılmış³¹, buna bağlı olarak da ÇekK'da değişiklikler yapılmıştır.

31.12.2020³² tarihine kadar uygulanacak değişiklik, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazının geçersiz olmasıdır (ÇekK g. m. 3/5). Çek hamilinin 2020 yılı-

²⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 260.

³⁰ Bahtiyar, Mehmet, İleri Tarihli Çekten Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Makaleler I, Beta Baskı Yayın, İstanbul 2008, s. 46; Tekinalp, bu sözcüğün, zorunluluk ya da ödemeyi bankanın iradesine bırakma değil, düzenleme tarihinin gelmemiş olmasına rağmen ibraz edilen çekin ödenmesine engel bulunmadığı biçiminde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Tekinalp, Ünal, İleri Keşide Tarihli Çekler, Çekler Hakkındaki Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, BTHAE Yayını, Ankara 2002, s. 44.

³¹ İleri tarihli çek olarak adlandırılan bu çekler, gerçekte düzenlendiği günden daha ileri bir tarih taşıyan, gerçeğe aykırı düzenleme tarihi taşıyan çekler olduğu hususunda bkz. Göle, s. 70; Bahtiyar, Mehmet, 5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çek, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Aralık 2013, s. 47-58.

³² ÇekK g. m. 3/5'te bu tarih 31.12.2017 iken, 7061 Sayılı Kanun m. 100 ile, 31.12.2020 şeklinde, çekin muhatap bankaya ibrazını yasaklayan hükmün uygulanacağı süre uzatılmıştır. Bkz. RG. S. 30261, T. 05.12.2017, Bazı Vergi Kanun-

nın sonuna kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce muhataba yapacağı ödeme için ibraz hiçbir sonuç doğurmayacaktır³³. Örneğin D, muhatabı M olan bir çek düzenleyerek L'ye 01.01.2013 tarihinde vermiştir. Çek üzerinde düzenleme tarihi olarak 01.01.2018 yazmaktadır. L, 25.12.2017 tarihinde bankadan ödeme talep edemeyecektir. Zira çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi 2018 yılı olduğu için, ÇekK g. m. 3/5 uygulanacaktır. Geçerli bir ibraz için, 01.01.2018 tarihi beklenecektir. Bir başka deyişle, düzenleme tarihi henüz gelmediği için, hukuken geçerli bir ibraz ve buna bağlanan sonuçlar ortaya çıkmayacaktır. Bu tarihten sonra ise, ÇekK m. 3/8 uygulanacaktır. Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 795³⁴inci maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde, bu çekle ilgili olarak hukuki takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır. Bu çek, 2020 yılından sonra üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilebilecek ve kısmen veya tamamen karşılığı varsa ödenecektir. Banka hesaptaki karşılığı ödemek zorundadır³⁵. Şa-

ları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171205-12.htm>, ET. 05.12.2017.

³³ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 261; Poroy/Tekinalp, s. 342; Yasan, çekin ibrazı, ödenmesi, karşılığı yoksa tespiti şeklindeki tüm ihtimallerin, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce yasak işlem statüsünde olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yasan, Mustafa, Çek Kanunu Geçici M. 3 F. 1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenleme Tarihinden Önce İbrazı Geçersiz Olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (ve Özellikle Ödenmesi), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, s. 334; Çekin, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibrazının geçersiz sayılamayacağı, zira geçersizliğin hukuki işlemlere özgü bir müeyyide olduğu, ibrazın ise maddi bir fiil özelliği gösterdiği, bu sebeplerle ibrazın geçersizliğinden, çekin düzenleme tarihinden önce muhatap bankaya ibrazının hukuki ve cezai işlemler için sonuç doğurmayacağı kastedildiği anlamında bkz. Topçuoğlu, Metin, Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları, GÜFHD, Y. 2010, C. XIV, S. 2010/2, Ankara, s. 159 dpn. 44.

³⁴ Hükümde 6762 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 707. maddesine atıf yapılmakla birlikte, karışıklık olmaması amacıyla TTK'daki madde numara karşılığı yazılmıştır.

³⁵ Kırcı, "Aksi takdirde fıkranın ilk cümlesinde çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış sayılır. Düzenleme günü olarak gösterilen gün-

yet çek tamamen veya kısmen karşılıksız kalırsa bu çeki dayalı olarak TTK 808 vd. hükümlerinde öngörülen başvurma hakları kullanılmayacaktır³⁶. Örneğin çekin üzerinde düzenleme tarihi olarak 02.02.2021 yazmaktadır. Hamil, 01.01.2021 gününden itibaren muhatap bankaya çeki ödeme için ibraz edebilecektir. Banka, hesapta karşılık varsa ödemekle yükümlüdür; ancak karşılık yoksa hamil hukuki takip yapabilmek için 02.02.2021'i beklemek zorundadır.

Bu bağlamda çekin üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde muhataba ibraz edilip edilmediği değerlendirilirken, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinin 31.12.2020 öncesine denk gelip gelmediğine göre bir ayırım yapılacaktır.

İlk olarak, çekin üzerinde düzenleme tarihi 31.12.2020'ye kadar bir tarih yazılmışsa, uygulanacak hüküm ÇekK g. m. 3/5 olacaktır. Çek, düzenleme tarihi gelene kadar, bankaya ibraz edilemeyecektir. 31.12.2020'ye kadar düzenleme tarihi olan çekler açısından, baskı tarihine ilişkin yorum yapılırken ibraz yasağı dikkate alınacaktır. Örneğin baskı tarihi 04.02.2012 olan bir çekin, düzenleme tarihi 01.05.2017'dir. Muhatap bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktara ilişkin sorumluluk, 04.02.2017'de sona erecektir (ÇekK m. 3/9). Hamil, bu tarihe kadar çeki muhatap bankaya ibraz edemeyeceği için 01.05.2017'yi beklemek zorundadır. Şayet çek kısmen veya tamamen karşılıksız çıkarsa, artık bankanın her çek yaprağı için ödeme yükümlülüğü olmayacaktır. Zira hamilin 31.12.2020'ye kadar, henüz üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmediği için bankaya ibraz imkanı yoktur. İbraz geçersiz olmasına rağmen banka ödemedi bulunursa bundan dolayı hukuki sorumluluk muhatap bankanın olacaktır³⁷. Kanaatimizce çek ile ödemeyi kabul eden kişilerin, çekin baskı tarihini inceleyerek çeki almaları gerekir. Baskı tarihi ile düzenleme tarihi arasında beş yıldan fazla bir süre

den önce ödenmek için ibraz olunan bir çek ibraz günü ödenir" hükmünü içeren TTK m. 707'ye atıf yapılmak suretiyle, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce bankaya ibrazına izin verilmesi anlamsız olacağını ifade etmektedir. Bkz. Kırca, İsmail, 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010, s. 19-20; Narbay, Çek, s. 92.

³⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 262; Öztan, s. 294; Kırca, Konferans, s. 19-20; Bahtiyar, Çek, s. 7.

³⁷ Yasan, bu konuyu çekin ibrazı üzerine ödenmesi şeklinde geniş bir şekilde belirtmiştir. Bkz. Yasan, s. 340.

belirlenmişse, o çekle ödemeyi kabul etmemeleri gerekir; çünkü çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmeden bankaya ibraz da edemeyecekleri için 1410 TL'lik ödemededen de mahrum kalacaklardır.

İkinci olarak çekin üzerinde düzenleme tarihi 31.12.2020'den sonraki bir tarih yazılmışsa, uygulanacak hüküm ÇekK m. 3/8 olacaktır. Örneğin baskı tarihi 01.02.2016, düzenleme tarihi 01.03.2021 olan bir çek açısından bankanın her bir çek yaprağıyla ilgili sorumluluğu 01.02.2021 tarihinde sona erecektir. Dolayısıyla 01.03.2021'de kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilip çek karşılıksız kalırsa artık bankanın ÇekK m. 3/3'ten kaynaklanan ödeme yükümlülüğü olmayacaktır. Bu durumda hamil 2020'nin sonuna kadar ÇekK g. m. 3/5 uygulanacağı için muhatap bankaya ibraz dahi yapamayacaktır. Peki hamil 2021 yılının başlangıcından itibaren, üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmesede muhatap bankaya ibraz da bulunabilir mi? Bir başka deyişle, hamil düzenleme tarihi geldiğinde bankanın ödeme yükümlülüğünün kalkacağını bildiği için 2021 yılının başlangıcından beş yıllık sürenin dolmasına kadar geçen sürede (örnek olay açısından, 01.01.2021-01.02.2021 arası) bankaya başvurup her çek yaprağı için geçerli ödemeyi alabilir mi?

Doktrinde baskı tarihi ile ilişkilendirilmeksizin ileri düzenleme tarihi ile ilgili çalışmalarda iki görüş ortaya çıkmıştır. Baskın görüş, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması halinde bankanın, ÇekK m. 3/3'te yer alan kanuni sorumluluğuna ilişkin tutarı ödemek zorunda

olmadığı yönündedir³⁸. Bu durumda ödememe halinde ÇekK m. 3/7-b³⁹ de uygulanmayacaktır. Zira 2-6. fıkralarda, bankanın ödeme yükümlülüğü, karşılıksızdır işleminin yapıldığı durumlarla sınırlandırılmıştır. Oysa 8. fıkroda, ileri düzenleme tarihli çeklerde karşılıksızdır işleminin yapılması, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içerisinde bankaya tekrar ibraz edilmesi şartına bağlanmıştır⁴⁰. Kanuni ibraz süresi içinde çek ikinci kez ibraz edilerek hakkında karşılıksızdır işlemi yapılmadıkça, düzenleyenin temerrüde düşmesi, bankanın kanuni yükümlülüğünün doğması ve başvurma hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır. Diğer görüş, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibrazı halinde muhatap bankanın, hamilin herhangi bir istemi olmaksızın kendiliğinden, ÇekK m. 3/3 uyarınca kanunen ödemekle yükümlü olduğu tutarın ödemesini hamile teklif etmek zorunda olduğunu ileri sürmektedir⁴¹. Bu, bir “kanuni kısmi karşılık” ödemesidir. Muhatap banka, yaptığı bu kısmi ödemeyi çekin üzerine

³⁸ Kırca, Konferans, s. 21; Bahtiyar, Çek, s. 53; Reisoğlu, Seza, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Değerlendirmesi Toplantısında Yapılan Sunum: https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_yeni_cek_kanunu_ve_degerlendirilmesi_07012010.pdf, ET. 29.10.2017; Bozer/Göle, s. 309; Çekin arkasına karşılıksız yazılmasını talep etmeyen hamile, herhangi bir işlem yapılmadan çek iade edileceğinden, bankadan kanuni yükümlülüğünü yerine getirmesi de istenemeyeceği yönünde bkz. Reisoğlu, s. 254-255; Yıldız, Şükrü, 5941 Sayılı Yeni Çek Kanunu’nun Çek Hukukuna Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 9, S. 18, 2010, s. 83; Demirel, Duygu, 5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çekler ve Hukuki Sonuçları, Terazi Hukuk Dergisi, S. 99, Y. 2014, s. 11; Karşılığı hiç olmasa dahi muhatap bankanın kanunen ödemekle yükümlü tutulduğu miktarın talep edilebilmesi de çekin süresinde ibrazı şartına bağlı olduğu hususunda bkz. Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 264; Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkla ilgili kararının gerekçesinde aynı görüşe yer vermiştir. Bkz. Y. 23. HD., E. 2014/10833 K. 2015/1156 T. 24.2.2015 (www.kazancı.com, ET. 30.10.2017).

³⁹ Hükümde bankanın, kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın hamile ödemesinin geciktirilmesi halinde, çek hamiline, her geçen gün için binde üç gecikme cezası ödeyeceği düzenlenmiştir.

⁴⁰ Kırca, Konferans, s. 21; Bahtiyar, bu durumda bankanın söz konusu tutarı ödeme zorunluluğu olmadığını; çünkü bankanın ödeme yükümlülüğünün, karşılıksızdır işleminin yapıldığı hallerle sınırlı olarak gündeme geldiğini, özellikle ÇekK m. 3/3’te “...süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için” diyerek bunu vurgulamaktadır. Bkz. Bahtiyar, Çek, s. 54 vd.

⁴¹ Narbay, Çek, s. 93-94; Narbay, s. 20, 33.

yazacaktır. Çek, üzerine hamilin imzası alındıktan sonra, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi çekilecektir. Bu fotokopi muhatap tarafından alıkonacak, çek aslı ise, hamile iade edilecektir. Hamil bu çeki, üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden itibaren tekrar muhatap bankaya ödenmek üzere ibraz edecek ve eğer çek hesabında karşılık varsa, ilk ibrazda ödenemeyen kısım kadarı ile hamile ödeme yapılacaktır⁴².

Kanaatimizce ileri düzenleme tarihli bir çekte hamil, düzenleme tarihinden önce ibraz etmiş ve karşılığı kısmen veya tamamen bulunmuyorsa, muhatap banka ÇekK m. 3/3'ten kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmekle yükümlü değildir.

İlk olarak söz konusu sorumluluğun, “kanuni kısmi karşılık” ödemesi olduğu gerekçesine katılmıyoruz. Zira ÇekK m. 3/3'te, muhatabın süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için *karşılığının* hiç veya kısmen bulunmamasına göre belirlenecek miktarı ödeyeceği yer almıştır. Şayet ÇekK m. 3/3'ten doğan ödeme miktarı kısmi karşılık olsaydı, muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü çekin karşılıksız çıkması şartına bağlanmazdı. Bir başka deyişle ÇekK 3/3'te karşılığın kısmen veya tamamen bulunmamasından kasıt, çekle işleyen hesapta çek hesabı sahibinin parayı bulundurmaması veya muhatap bankanın çek hesabı sahibine kredi açarak onun yerine ödeme yapmaması halidir. Muhatabın kanundan kaynaklanan ödeme yükümlülüğü ise, çekin karşılığının olmaması geciktirici şartına bağlanmıştır⁴³. Dolayısıyla burada her çek yaprağı ile ilgili ödemeye ilişkin “kanuni kısmi karşılık” kavramını kullanamayız. Aksi takdirde, ÇekK 3/3'teki ödeme, çekin karşılığının olmaması şartına bağlanmazdı. Bununla birlikte, “kanuni kısmi karşılık” nitelendirmesini ancak karşılıksızdır işlemi ile ilgili yapabiliriz. Zira karşılıksızdır işlemi açısından önemli olan, çekle işleyen hesapta paranın bulunması değil, banka tarafından hamile hangi sebeple olursa olsun ödeme yapılmaması ve çek bedelinin kısmen veya tamamen ödenmemiş olmasıdır. Karşılıksızdır işlemi için de ÇekK m. 3/8 uyarınca, üzerinde yazılan düzenleme tarihi beklenilmelidir.

Bununla birlikte, ÇekK m. 3'ün incelenmesinden de, üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmedikçe, bankanın çek yaprağıyla ilgili öde-

⁴² Narbay, Çek, s. 93.

⁴³ Hamil açısından hakkın incelemesi için bkz. yuk. 3.2. Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü.

me yapmakla sorumlu olmadığı sonucuna varılabilir. Zira hükmün ilk fıkrasında, karşılığı bulunan çekin nasıl ödeneceği; ikinci fıkrasında, karşılıksızdır işleminin hangi miktar üzerinden yapılacağı; üçüncü fıkrada ise karşılığı bulunmayan çekte muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sistemik açıdan bakıldığında, ÇekK m. 3/3, karşılıksızdır işleminin hangi miktar üzerinden yapılacağını düzenleyen fıkradan sonra gelmektedir. Dolayısıyla bankanın ödeme yükümlülüğünü karşılıksızdır işleminin yapılabileceği hallerle sınırlandırmak gerekir. Karşılıksız işlemi de, üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre yapılacağı için muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü olmayacaktır.

Bu bağlamda hamil, çekin baskı tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olacağı gerekçesiyle bankadan ödeme talep edemeyecektir.

3.3.2.2. Beş yıllık sürenin hukuki niteliği

Çekin, üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde ibraz edilmemesi halinde, muhatap bankanın sorumluluğu sona erecektir. Beş yıllık sürenin hukuki niteliği açısından zamanaşımı süresi, hak düşürücü süre veya süreye bağlı hak olup olmadığı incelenmelidir.

Kanaatimizce beş yıllık sürenin hukuki niteliği zamanaşımı⁴⁴ değildir. Zamanaşımı, kanunda belirtilmiş koşullar altında ve belli bir süre içinde alacaklının, hareketsiz kalması sonucu alacağın ifasını isteme yetkisini kaybetmesidir⁴⁵. Zamanaşımında belli bir süre içinde alacağın herhangi bir suretle öne sürülmemesi sonucu alacağı isteme

⁴⁴ Zamanaşımı düşürücü ve kazandırıcı zamanaşımı olarak ikiye ayrılmakla birlikte, ÇekK m. 3/9'da sorumluluğun sona ermesi düzenlendiği için, zamanaşımına dair açıklamalarımız düşürücü zamanaşımı bağlamında olacaktır. Düşürücü ve kazandırıcı zamanaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 5 vd.

⁴⁵ Tuncomaç, s. 1233; Oğuzman/Öz, s. 586-587; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 1030; Uygur, Tanju, Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara Baro Dergisi, 1975, S. 5, s. 675; Eren, s. 1311; Zamanaşımı, kanunun öngördüğü bir zaman diliminde, borçlu veya alacaklının, kanunun öngördüğü davranışlar yerine getirmemeleri nedeniyle, alacağın, dava ve cebri icra marifetiyle elde edilebilmesi imkanının kaybedilmesidir. Bkz. Erdem, s. 7; Kanunen belirli bir süre içinde, alacağına kayıtsız kalmış bir alacaklının alacağını borçludan talep ve dava hakkını kaybetmesine zamanaşımı denir. Bkz. İnal/Yücel, s. 646.

yetkisi düşer⁴⁶. Dolayısıyla zamanaşımında, alacaklının takip ve dava etmesini engelleyen öngörülen süre içerisinde hareketsiz kalmasıdır. Oysa muhatap bankanın her bir çek yaprağıyla ilgili sorumluluğunun süresi olarak öngörülen beş yıl içinde çek kullanılmamış olabilir. Örneğin A, muhatap bankadan 01.01.2013 baskı tarihli çek defteri almıştır. 01.01.2018 tarihine kadar, çeki düzenleyip lehbara vermemiştir. Buna rağmen bankanın her bir çek yaprağına ilişkin sorumluluğu, beş yılın geçmesiyle sona erecektir. Dolayısıyla zamanaşımı süresindeki gibi hamilin hareketsiz kalmasından bahsedilemeyecektir. İkinci olarak TBK m. 149/1 uyarınca zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olduğu zamandan itibaren işlemeye başlayacaktır. Zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için alacaklı edimin ifasını istemeye ve bu amaçla dava açmaya yetkili olmalıdır⁴⁷. ÇekK m. 3/9'da 5 yılın başlangıcı, hamilin muhatap bankadan ödemeyi talep edebileceği an değil, çekin baskı tarihi olarak belirlenmiştir⁴⁸. Örneğin çekin baskı tarihi 2013, çek hesabı sahibinin çeki düzenleyerek hamile verdiği tarih fiilen 2015, üzerinde yazılı düzenleme tarihi de 2015'tir. Bu varsayımda beş yılın başladığı tarih 2013'tür; yoksa kambiyo alacağının muaccel olduğu tarih değildir.

Kanaatimizce beş yıllık sürenin hukuki niteliği hak düşürücü süre de değildir. Zira hak düşürücü süre, alacağını korumak isteyen alacaklının gerekli fiili, içinde yapmaya zorunlu olduğu süredir⁴⁹. Hak sahibinin, belli bir süre içinde hakkını ileri sürmemesi veya yapması gerekli olan işlemleri yapmaması sonucunda hakkın sona ermesine neden olur⁵⁰. Oysa muhatap bankanın sorumluluğunun sona erdiği tarih

⁴⁶ Tuncomağ, s. 1236.

⁴⁷ Tuncomağ, s. 1241; Oğuzman/Öz, s. 593; İnan/Yücel, s. 648.

⁴⁸ Şayet zamanaşımı süresi olsaydı, çekin karşılıksız çıktığı andan itibaren işlemeye başlaması gerekirdi. Zira borç bazen doğduğu anda muaccel olur. Eğer borcun doğum anı, muacceliyet anından farklıysa muacceliyet anı esas alınır. Bu yüzden, geciktirici koşula bağlı borçta koşulun gerçekleşmesiyle zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Bkz. Tuncomağ, s. 1242; Oğuzman/Öz, s. 594; İnan/Yücel, s. 648; ÇekK m. 3/3'ten doğan hakkın geciktirici koşula bağlı borç olduğu hususunda bkz. yuk. 3.2. Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü.

⁴⁹ Tuncomağ, s. 1154; Oğuzman/Öz, s. 586; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1032.

⁵⁰ Tuncomağ, s. 1236; Eren, s. 1312; Oğuzman/Öz, s. 586; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası,

itibariyle çek kullanılmamış olabilir. Dolayısıyla alacaklı o süre içinde filini yerine getirmediği için süre sona ermiş değildir.

Sonuç olarak, her iki kurumun da özünde yatan, hak sahibinin belirsiz süre hareketsiz kalması üzerine ortaya çıkan duruma karşı yanın güveninin korunmasıdır⁵¹. ÇekK m. 3/9 ile getirilen beş yıllık sürenin amacı ise, bankanın sorumluluğuna bir sınır getirmektir.

Kanaatimizce, ÇekK m. 3/9'da süreye bağlı bir hak düzenlenmiştir. Zira belirli bir süre içinde varlığını muhafaza edebilen hakka süreye bağlı hak denilir⁵². Bu sürenin durması veya kesilmesi söz konusu olmaz ve sürenin bitmesiyle de hak sona erer⁵³. Süreye bağlı haklarda, öngörülen süre zarfında hak varlığını kendiliğinden sürdürür. Hak sahibinin ayrıca bir davranışta bulunması gerekli değildir⁵⁴. ÇekK m. 3/9 uyarınca çekin, üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde ibraz edilmemesi hâlinde, muhatap bankanın sorumluluğu sona erecektir. Beş yıllık sürenin öngörülmesinin amacı muhatap bankanın ÇekK m. 3/3'ten doğan sorumluluğuna sınır getirmektir. Bu süre içinde çek kullanılmış ve gerekli şartlar mevcutsa hamil bankadan ödeme talep edebilecektir. Bir başka deyişle süreye bağlı haklarda olduğu gibi o süre içerisinde bankanın sorumluluğu devam edecektir.

3.3.3. Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğünün Sona Ermesi

Çek üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde muhatap bankaya ibraz edilmezse, bankanın ÇekK 3/3'ten doğan sorumluluğu sona erecektir. Muhatap banka, çek hesabında bulunan kısım dışında kalan miktarca karşılıksızdır işlemi yapacaktır. Esasen hamil, yine çek üzerinde yazılı bedeli alabilecektir; ancak çek hesabı sahibinin mali durumuna göre bedeli alamama riski mevcuttur.

Muhatap bankanın, beş yılın geçmesi gerekçesi ile ödeme yapmayı reddetme hakkı olduğu için, kanunen ödemekle yükümlü olduğu

Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 51; Çandarlı, Zahid, Borçlar Hukukunda Müruru Zaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1943, s. 23-25.

⁵¹ Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 458.

⁵² Oğuzman/Öz, s. 586; Tuncomağ, s. 1239; Kocayusufpaşaoğlu, s. 51-52; Erdem, s. 31.

⁵³ Tuncomağ, s. 1239.

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 51-52.

miktarın hamile ödenmesinin geciktirilmesi, halinde, çek hamiline, her geçen gün için binde üç gecikme cezası ödemeyecektir (ÇekK m. 3/7-b).

Muhatap bankanın çekin üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl geçmesine rağmen hamile ödeme yapması durumunda kanaatimizce bu ödeme geçerli olacaktır⁵⁵. Buna karşın, banka ödediği miktarın iadesini ÇekK m. 3/3'de yer alan gayrınakdi kredi sözleşmesine dayanarak isteyemeyecektir. Zira bankanın bu sözleşmeden doğan sorumluluğu sona ermiştir. Şayet çek hesabı sahibinden, çek defterini verirken söz konusu miktarı almışsa, banka takas hakkını kullanabilecektir. Yalnız burada, bu önermenin geçerliliği için muhatap bankanın karşılıksızlık dışında çeki ödemeye engel teşkil edecek bir nedeninin bulunmaması gerekir.

Bankanın hamile yaptığı ödeme geçersizse, bu miktarı hamilden veya çek hesabı sahibinden isteyebilecek midir? Burada ödemenin geçersizliğinden kasıt, çekin çek vasfını taşımaması, çekin süresinde ibraz edilmemesi, ibraz edenin yetkili hamil olmaması gibi sebeplerden kaynaklanan çek hesabı sahibinin de sorumlu olmadığı hallerdir. Kanaatimizce, bu durumlarda çek hesabı sahibi de o çekten sorumlu olmadığı için istenemeyecektir; ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak hamilden ödenilen miktarın iadesi istenilebilecektir.

4. ÇekK m. 3/9'un Eleştirisi ve Hükme İlişkin Önerimiz

Kanaatimizce muhatap bankanın, her çek yaprağıyla ilgili ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğuna zamansal sınırlama getirmek yerinde bir düzenlemedir. Buna karşın, bu sürenin başlangıcı olarak çek üzerinde yazılı baskı tarihi esas alınmamalıdır. Zira çekte

⁵⁵ *Kendigelen*, hangi saikle olursa olsun karşılık bulunmamasına rağmen hamile yapılan ödemesin hukuken geçerli olduğunu ve geçerli bir ödemenin tüm sonuçlarını doğurduğunu, ancak bu önermenin geçerliliği için muhatap bankanın karşılıksızlık dışında çeki ödemeye engel teşkil edecek bir nedeninin bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. *Kendigelen*, s. 245; *Öztan*, muhatap bankanın, düzenleyenin hesabında tasarrufa elverişli bir karşılık olmamasına rağmen ödemede bulunduğu takdirde, hamilden ödemenin iadesini talep edemeyeceğini, gerçekleşen ödemenin düzenleyen ile aralarındaki sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesi olarak kabul edileceğini ifade etmektedir. Bkz. *Öztan*, *Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 1101.

baskı tarihi zorunlu unsur değildir⁵⁶. Baskı tarihinin basılmadığı durumlarda ise hükmün uygulanma alanı kalmayacaktır. Ayrıca çek hesabı sahibi, çeki hiç kullanmasa dahi bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmak, ÇekK m. 3/3'ün getirilme amacına uygun değildir. Bu hüküm ile amaçlanan, bankaların çek ile işleyen hesabı açarken daha özenli davranmalarını sağlamak, çek hamillerine sınırlı bir miktara kadar da olsa ödeme güvencesi vermek suretiyle çek hamillerinin güvenini korumak ve böylece çekin yaygınlaştırılmasıdır. Oysa henüz çek düzenlenip hamile verilmeden bu sorumluluğun ortadan kalkması, çekle ödeme kabul edecek kişilerin güvenini zedeleyecektir. Ek olarak çek hesabı sahibi, eski baskı tarihli çek defterinin yenisiyle değiştirilmesini bankadan isteyebilir. Bu yüzden de bankanın sorumluluğuna sınır getirme amaçlı hüküm işlevsiz hale gelebilir.

Kanaatimizce bankanın sorumluluğuna ilişkin sürenin başlangıcı düzenleme tarihi olmalıdır; çünkü, çekte düzenleme tarihi zorunlu unsurdur. Ayrıca bankanın sorumluluğunun doğmasının şartlarından biri çek hesabında kısmen veya tamamen karşılığın bulunmamasıdır⁵⁷. Karşılığın bulunup bulunmamasından söz edebilmek için ise öncelikle çekin muhatap bankaya ibrazı mümkün olmalıdır. Çek kanununda ileri düzenleme tarihli çেকে cevaz verilerek, bu tarihten önce ibrazı yasaklanıyor ise muhatap bankanın sorumluluğunun başlangıcı için de çekin ibraz edilip karşılıksızdır işleminin yapılabileceği tarih dikkate alınmalıdır. Bir başka deyişle, çekteki kambiyo alacağı çekin muhataba ibrazı ile muaccel hale geldiği için, çekin karşılıksız kalması halinde bankanın ödeme yapması borcu da muacceliyetten sonra başlamalıdır. Zira hamilin muhatap bankadan her bir çek yaprağıyla ilgili ödeme isteme hakkı, bir fer'i haktır⁵⁸. Bu fer'i hakkın istenebilmesi için de öncelikle bu hakkın bağlı olduğu asıl alacak hakkının muaccel olması gerekir. Son olarak ileri düzenleme tarihli çেকে ilişkin ÇekK'da yer alan düzenlemelerle, hem hamile çekin ibrazı yasaklanıp hem de muhatap bankaya ÇekK m. 3/3'ten kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin süreyi baskı tarihinden başlatmak birbiriyle çelişmektedir. Zira hamil çeki muhatap bankaya ibraz etmek istese dahi, 2020'nin sonuna kadar bunu yapamayacak, 2020'den sonra da karşılıksızdır işlemi için düzenleme tarihini

⁵⁶ İnceleme için bkz. yuk. 2. Çekte Baskı Tarihi.

⁵⁷ İnceleme için bkz. yuk. 3.2. Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü.

⁵⁸ İnceleme için bkz. yuk. 3.2. Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü.

beklemek zorunda kalacaktır. Bu da hamili, çaresiz bırakacak ve piyasada çeke duyulan güveni azaltacaktır.

5. Sonuç

ÇekK m. 2/7(d) uyarınca çek defterinin her bir yaprağına çekin basıldığı tarihin yazılması gerekmektedir. Baskı tarihi, çek hesabı açtırılan muhatap banka tarafından yazılacaktır (ÇekK m. 2/5). Çekte, TTK m. 780'de sayılan unsurlar mevcutsa, baskı tarihinin bulunmaması çekin geçerliliğini etkilemez. Çekin basıldığı tarih hakkındaki bilgi, karşılıksız kalan çekler bakımından ÇekK m. 3/3 ile öngörülen muhatap bankanın sorumluluğuna zaman yönünden bir sınırlama getirilmesi amacına hizmet etmektedir.

Çekin, üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde ibraz edilmemesi hâlinde, muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğu sona erer (ÇekK m. 3/9). ÇekK m. 3/3'te muhatap bankanın, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için belirli bir miktar ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Beş yıllık sürenin hukuki niteliği, süreye bağlı bir hak olmasıdır. Muhatap bankanın, beş yılın geçmesi gerekçesi ile ödeme yapmayı reddetme hakkı olduğu için, kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın hamile ödenmesinin geciktirilmesi, halinde, çek hamiline, her geçen gün için binde üç gecikme cezası ödemeyecektir.

Ayrıca bankanın sorumluluğuna ilişkin sürenin başlangıcı olarak baskı tarihinin belirlenmesi yerinde değildir. Bu hüküm değiştirilmelidir. Bankanın sorumluluğuna ilişkin sürenin başlangıcı düzenleme tarihi olmalıdır; çünkü, çekte düzenleme tarihi zorunlu unsurdur.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler, Batider, Haziran 2003, C. XXII, S. 1, s. 5-22.
- Bahtiyar, Mehmet, İleri Tarihli Çekten Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Makaleler I, Beta Baskı Yayım, İstanbul 2008, s. 43-60.
- Bahtiyar, Mehmet, 5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çek, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Aralık 2013, s. 47-58. (Bahtiyar, Çek)
- Bozer, Ali/Göle, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Son Değişikliklerle Güncellenmiş ve Genişletilmiş Altıncı Baskı, Ankara 2017.
- Çandarlı, Zahid, Borçlar Hukukunda Müruru Zaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1943.
- Demirel, Duygu, 5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çekler ve Hukuki Sonuçları, Terazi Hukuk Dergisi, S. 99, Y. 2014.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku - Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, C. I, 8. Baskıdan Tıpkı 9. Baskı, İstanbul 2014.
- Erdem, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017.
- Göle, Celal, Çek Hukuku, Ankara 1989.
- Helvacı, Mehmet, Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi, Batider, Aralık 2009, C. XXV, S. 4, s. 229-251.
- İnan, Ali Naim/Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014.
- Kendigelen, Abuzer, Çek Hukuku, Arıkan Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2007.
- Kırca, İsmail, 5941 Sayılı Çek Kanunu-Konferans, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010. (Kırca, Konferans)
- Kırca, İsmail, Çekin İbraz Edildiği Şube Muhatap Bankanın Kanunen Ödemekle Yükümlü Olduğu Tutarı Ödemelidir!, Batider, Mart 2010, C. XXVI, S. 1, s. 71-77.
- Kocayusufoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Narbay, Şafak, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanununun 10 Uncu Maddesi Hükmü Uyarınca Muhatap Bankanın Sorumlu Olduğu Miktar Hakkında Bir İnceleme, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak 2009, S. 29, s. 15-44.

- Narbay, Şafak, 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 43, 2010, s. 65-97 (Narbay, Çek).
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş B. 14, İstanbul 2016.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 22. Bası, İstanbul 2016.
- Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.
- Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 21. Bası, Ankara 2017.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları Çek Kanununun Yorumu İle, Vedat Kitapçılık, Yeniden Yazılmış 21. Bası, İstanbul 2013.
- Reisoğlu, Seza, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Değerlendirmesi Toplantısında Yapılan Sunum: https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_yeni_cek_kanunu_ve_degerlendirilmesi_07012010.pdf, ET. 29.10.2017. (Reisoğlu, Çek)
- Reisoğlu, Seza, Çek Hukuku, Ankara 2011.
- Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- Tekil, Müge, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Beta Baskı Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1997.
- Tekinalp, Ünal, İleri Keşide Tarihli Çekler, Çekler Hakkındaki Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, BTHAE Yayını, Ankara 2002, s. 41 vd.
- Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Teoman, Ömer, Çek Kanunu Tasarısının Bankalara Getirdiği Yükümlülükler- Otuz Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim- C. II, Beta Baskı Yayın, 1982-2001.
- Topçuoğlu, Metin, Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi ve Sonuçları, GÜFHD, Y. 2010, C. XIV, S. 2010/2, Ankara, s. 141-167.
- Tuncomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Altıncı Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
- Uygur, Tanju, Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara Baro Dergisi, 1975, S. 5, s. 675-695.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na, Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Güncellenmiş Yedinci Bası'dan Onuncu -Tıpkı- Baskı, İstanbul 2017.
- Yasan, Mustafa, Çek Kanunu Geçici M. 3 F. 1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenleme Tarihinden Önce İbrazi Geçersiz Olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (ve Özellikle Ödenmesi), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, s. 321-354.

Yıldız, Şükrü, 5941 Sayılı Yeni Çek Kanunu'nun Çek Hukukuna Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 9, S. 18, 2010, s. 71-83.

<https://www.qnbfinsbank.com/bankacilik/sozlesme.aspx?id=209926>, ET. 27.10.2017.

TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59efa00272a7a1.10848064, ET. 24.10.2017.

KISALTMALAR

aşa.	: Aşağıda
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇekK	: 5941 Sayılı Çek Kanunu
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
ET.	: En son erişim tarihi
ETK	: 6762 Sayılı Ticaret Kanunu
f.	: Fıkra
g.	: Geçici
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
m.	: Madde
No	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
yuk.	: Yukarıda

Kiracının Ölümünün Her TürLü Kira İlişkinine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler



Doç. Dr. İpek SAĞLAM*

ÖZET

Bu çalışmada, kullandırma borcu doğuran sözleşmelerden olan kira sözleşmelerinde, sözleşme taraflarından biri konumundaki kiracının ölümünün kira sözleşmelerine etkisi ele alınmıştır. Kiranın genel hükümlerine tâbi kira sözleşmelerinde kiracının ölümü halinde kira sözleşmesi son bulmayıp, kira sözleşmesi kiracının mirasçuları ile devam etmektedir. Kiraya veren, kiracısının ölümü üzerine sözleşmeyi feshedemez. Konut ve çatılı işyeri kiralaları söz konusu olduğunda ise, kiracının ölümüne bağlanan sonuç farklıdır. Bu tip kiralarda, kiracının ölümü üzerine, konut kiralalarında kiracı ile birlikte oturanlar, çatılı işyeri kiralalarında ise ölen kiracının ortakları ya da bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçuları, kira sözleşmesini sürdürebilirler. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında ölen kiracının mirasçuları, külli halef sıfatları gereği kiracı olamazlar. Türk Borçlar Kanununun 356. maddesi bir özel intikal kuralı getirdiğinden, ölen kiracının kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkı terekesi içerisinde yer almaz ve bu sebeple mirasçularına da intikal etmez.

ABSTRACT

The aim of this study, is to focus on the impact of the death of the lessee who is one of the parties, in a lease contract. The lease contract is accepted as a form of a usage contract. According to the lease contracts that are regulated under the “General Clauses Of The Lease Contract” of the Turkish Code of Obligations, if a lessee dies, the lease

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

contract does not end and it continues with the inheritors of the lessee. The lessor on the contrary; does not have the right to annul the above mentioned contract. However when the lessee in a “Lease Contract of the Residence and The Roofed Place of Business” passes away, the impact is quite different. In a lease contract belonging to the afore said articles; upon the death of the lessee, the people living all together with the late lessee may go on with the residence lease contract and the co-partners of the late lessee and the inheritors of the co-partners dealing with the same profession and art may go on with the roofed place of business lease contract. The inheritors of the deceased lessee of a lease contract of the residence and the roofed place of business, do not become the new lessees because of their consecutive successor roles. The Article 356 of the Turkish Code of Obligations regulate a special inheritance rule, and followingly the usage right of the late lessee that arises from the lease contract does not take place in his estate and that is the reason why his lessee position is not perceived by the inheritors of the deceased lessee.

Key Words: *Lease contract, lessor, lessee, residences lease contract, roofed place of business lease contract, special inheritance rule.*

GİRİŞ

Kullandırma borcu doğuran sözleşmelerde kullanma hakkı sahibinin kişisel özellikleri etkilidir. Yani hukuki işlem, karşı tarafın kişiliği dikkate alınarak gerçekleştirilmektedir. Bir kez daha altını çizmemiz gerekirse, kullandırma sözleşmelerinden doğan kullanma hakkının, “*intuitu personae*” bir hak olduğunu söyleyebiliriz. Kullanma hakkı tanıyan kişi herhangi birine değil, güvendiği birine bu hakkı temin etmek ister. Kullanma hakkı sahibinin hak taşkınlığında bulunmayacağına ve kullanma hakkı sona erdiği zaman, iade yükümlülüğünü yerine getireceğine güvenilen bir kişi olması lazımdır. Bu ileri sürülenlerden yola çıktığımızda, kullanma hakkı sahibinin ölümüyle bu hakkın sona ermesi ve mirasçılara geçmemesi olağan bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır¹.

¹ Kullanım ödücü sözleşmesinin sürekli edimler içeren ve ödücü (ariyet) alanın kişiliğinin önem kazandığı “*intuitu personae*” bir sözleşme olduğuna ilişkin bkz: YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel

Aslında genel bir ilke olarak ifade etmek istersek kullanıma yönelik hakların mirasbırakanın malvarlığında yer almakla beraber, terekede yer almaması mutad olan haklardan sayılması uygun olacaktır. Bu söylediklerimiz kullanma ödünçü yani ariyet sözleşmesinde ödünç alanın hakkı bakımından karşımıza çıkmaktadır². Onun ölümüyle hak son bulur³. Tüketim ödünçü sözleşmesinin de benzer bir şekilde düşünülmesi amaca uygundur. Tüketim ödünçü olarak parayı veya misli bir eşyayı alanın kişiliğinin ödünç veren açısından önemli olduğu ve onun ölümüyle sözleşmenin son bulacağı, bu nitelikteki sözleşmelerin çoğunluğu için söylenebilir. Hele tüketim ödünçü sözleşmesi ivazsızsa bu sonuca ulaşılabileceğinden fazla kuşku duymamak gerekir. İvazlı tüketim ödünçü sözleşmesi bakımından, alınan ivaza göre ödünç verenin üstlendiği risklerin arttığı ve ödünç alanın ölümüyle sözleşmenin son bulmayıp onun mirasçılarıyla devam edeceğinin kararlaştırılmış sayılacağı belki söylenebilir. Ancak bu konu tartışmaya açıktır. Tipik olmayan kullandırma borcu doğuran sözleşmelerde de kullanma hakkına sahip kişinin kişisel özelliklerinin sözleşmenin kurulmasında etkili olduğu genel olarak söylenebilir. Örneğin bir kredi açma sözleşmesinde kredi alanın ölümünün sözleşmeyi sona erdireceği, kredi alanın mirasçılarıyla bankanın kredi ilişkisini devam ettirmeye zorlanamayacağı sonucuna varılabilir⁴.

I. TBK MADDE 333 DÜZENLEMESİ

Kira sözleşmelerine geldiğimizde bu konunun nasıl ele alınacağı, Yasa tarafından açıkça düzenlenmiştir. Eğer Yasada özel bir düzenleme olmasaydı, kullanma borcu doğuran sözleşmelerdeki temel ilkedен yola

Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş Ve Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 376.

² Bu konuda bkz: **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s.488; **ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 294; **ZEVKLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K.Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, s. 403.

³ TBK madde 385: "Kullanma ödünçü sözleşmesi, ödünç alanın ölmesiyle kendiliğinden sona erer."

⁴ Gerçekten de banka kredi başvurusu yapan kişiye ilişkin inceleme yapacaktır. Bankanın hedefi, bu kişinin krediyi iade edeceğine ilişkin bir güven elde etmektir. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz: **ÖZEN**, Burak, Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul 2017, s. 56 vd.; **EREN**, s. 503.

çıkarak, kiracının hakkının kişisel özelliklerinin gözönünde tutularak tanınmış bir hak olduğu ve onun ölümüyle kira sözleşmesinin sona ereceği söylenebilirdi.

Kiracının ölümünün sözleşmeye etkisi hem kiranın genel hükümleri arasında; hem de konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin düzenlemeler arasında açıkça ve ayrı ayrı ele alınmıştır. Kiranın genel hükümleri arasında yer alan TBK madde 333'de yapılmış olan düzenlemeye göre⁵, kiracının ölümüyle kira sözleşmesinin son bulmadığı ve kiracının hakkının onun mirasçılara geçeceği, ve bundan böyle kiracının mirasçılarının kira sözleşmesine kiracı sıfatıyla taraf olacağı belirtmiştir. Ne var ki, madde 333, ölen kiracının mirasçılara sözleşmeyi sona erdirmek bakımından olağanüstü bir fesih hakkı da vermiştir. Mirasçılar sözleşmeyi devam ettirmek istemiyorlarsa, feshi ihbar dönem ve sürelerine uyarak sözleşmeyi sona erdirebileceklerdir. Onlar bu olağanüstü fesih hakkını kullanmadığı takdirde sözleşme, kiracının mirasçılarıyla devam edecektir⁶.

TBK madde 333, kiraya verenin ölümüne ise herhangi bir sonuç bağlamamıştır. Zira kira sözleşmelerinde kiraya verenin şahsı önemli değildir. Yine 333. madde uyarınca, ölümle birlikte kira sözleşmesi derhal feshedilemez. Kiracının mirasçuları yasal fesih bildirim dönem ve sürelerine uymak zorundadırlar. Türk Borçlar Kanununun 329. madde-

⁵ TBK madde 333: “Kiracının ölmesi durumunda mirasçuları, yasal fesih bildirim süresine uyarak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilirler”.

⁶ Bu hüküm, İsviçre Borçlar Kanununun 266i maddesi nazara alınarak hazırlanmıştır. 818 Sayılı eski Borçlar Kanunu madde 265'den farklı olarak artık sözleşmeyi feshetme hakkı sadece ölen kiracının mirasçılara tanınmış olup, kiraya verenin elinden bu olanak alınmıştır. Eski kanundan farklı ele alınan yeni düzenlemede, kira sözleşmesinin bir yıl ya da daha uzun süreli olması şartı da kaldırılmıştır. Yeni düzenleme uyarınca artık kira sözleşmesi bir yıldan daha kısa süreli de olsa, belirsiz süreli bir kira sözleşmesi de olsa, kiracının ölümü söz konusu olduğunda kiracının mirasçuları sözleşmeyi feshedebileceklerdir. Kısacası yeni düzenleme uyarınca kira sözleşmesinin süresi ne olursa olsun fark yaratmayacak; kiracı öldüyse, kira sözleşmesi kural olarak devam edecek, ancak dilerlerse kiracının mirasçuları kendilerine tanınmış olan olağanüstü fesih hakkını kullanarak mevcut sözleşmeyi sonlandırabileceklerdir. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz: **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 318 vd.; **İNCEOĞLU**, M. Murat, Kira Hukuku, Cilt 2, İstanbul 2014, s. 278.

sine göre; kira sözleşmesi, altı aylık kira döneminin sonu için üç aylık fesih bildirim süresine uyularak feshedilebilecektir. Kiracının mirasçıları, en yakın fesih dönemi için bir fesih beyanı kullanmadıklarında; artık kiracının ölümü sebebiyle fesih hakkı ortadan kalkacaktır⁷.

Görülmektedir ki, Türk Borçlar Kanunu madde 333 düzenlemesi, kullanma hakkı tanıyan sözleşmelerdeki temel ilkeye, yani kullanma hakkı sahibinin ölümü halinde söz konusu hakkın tereke içinde yer almayacağı, kiracının ölümü üzerine sona ereceği ve mirasçılara intikal etmeyeceği kuralına, tamamen aksi yolda istisnai bir sonuç öngörmektedir.

Bu düzenlemenin ana kuralı teyit eden bir düzenleme olmayıp, bunun istisnasını getiren bir düzenleme olduğunu tespit önemlidir. Kullanma hakkı doğuran sözleşmelerde, bu hakkın, hak sahibinin kişisel özellikleri gözetilerek tanındığı ve prensip itibarıyla hak sahibinin ölümüyle son bulacağı ilkesi göz önünde tutulmazsa, hatalı yorumlar yapılabilir. Bu hatalı yorumlar özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracının ölümünün etkisi üzerine düşünürken, bizi yanlış sonuçlara götürebilir. Kullanma hakkı sahibinin ölümünün normalde sözleşmeyi sona erdireceği ilkesi göz önünde tutulmazsa, konut ve çatılı işyeri kiracısının ölümüyle onun mirasçılarını sözleşmeye taraf yapma düşüncesine kapılmak söz konusu olabilir⁸. Oysa ileride görülecektir ki; konut ve çatılı işyeri kiralaları açısından meseleleri ele alan düzenlemede de, ana ilkenin başka bir istisnası düzenlenmiş olup; kiracının mirasçılarının kira sözleşmesinden kaynaklanan kullanım hakkını, terekede yer alması mutad olan bir hakmış gibi sahiplenebilmeleri şansları yoktur.

Kiranın genel hükümlerinde, kullandırma borcu doğuran sözleşmelerle ilgili temelden ayrılıp kiracının hakkının, onun ölümüyle mirasçılara geçeceğinin kabul edilmesi çeşitli sebeplere dayanır. Bu sebeplerin başında konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin kiracıyı koruyucu düzenlemelerin henüz ortaya çıkmadığı bir dönemde, kiracının ve onun mirasçılarının özel olarak korunması amacı ağır basmıştır. Bundan başka kira sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olması, özellikle ivazsız

⁷ GÜMÜŞ, s. 318; İNCEOĞLU, s. 288; AYDIN, Gülşah Sinem, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327 – 333), İstanbul 2013, s. 146.

⁸ Bu yanlış kanaat TBK madde 356'nın gerekçesinde de kendini göstermektedir. Konu makalemizin ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınacaktır.

kullandırma borcu doğuran sözleşmelerde en sert şekliyle uygulanan kullanma hakkı sahibinin ölümünün sözleşmeye son vereceği ilkesini yumuşatmaya götürmüştür.

Ürün kiralarında da kiracının ölümünü düzenleyen hüküm, madde 371'de yer alır. Ürün kirası sözleşmelerinde kiracının ölmesi durumunda, kiracının mirasçıları ya da kiraya veren, altı aylık yasal fesih bildirim sürelerine uymaları koşulu ile söz konusu sözleşmeyi feshedebilirler. Bu tip kira sözleşmelerinde, kiracının ölümü halinde sözleşmeyi feshedebilme olanağı hem kiracının mirasçılarına; hem de kiraya verene tanınmıştır. Her iki taraf da altı aylık yasal fesih bildirim sürelerine uymak suretiyle bu imkandan yararlanabilirler⁹.

II. TBK MADDE 356 DÜZENLEMESİ

Konut ve çatılı işyeri kiralarına gelince, burada da temel ilkeye yani, kullanma hakkı sahibinin ölümünün sözleşmeyi sona erdirici etki göstermesi ilkesine istisna getiren bir diğer düzenlemeyle karşılaşmaktayız. Bu düzenlemede miras hukuku açısından özel intikal kuralı olarak değerlendirilmesi uygun olacak bir sistem öngörülmüştür.

Miras hukukunda hakim ilke, Roma-Pandekt Hukuk Sisteminin gelen külli halefiyettir. Bu ilke uyarınca bir malvarlığı, bütün olarak yani hem aktif hem de pasifile, tek bir hukuki olayla (ölümle), bir kişiden bir diğer kişiye geçmektedir¹⁰ (TMK 599). İntikalin konusu olan şeye göre devir için gereken tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılması şart değildir. Malvarlığı kapsamında yer alan taşınır, taşınmaz mallar, alacaklar ve borçlar yani intikale elverişli özel hukuk ilişkilerinin tümü ölüm üzerine kanun gereği (ipso iure) mirasçılara geçerler.

⁹ Bu konuya ilişkin olarak bkz: **SAĞLAM**, İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1015 vd (1015-1025); **ARKAN**, **SERİM**, Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, İstanbul 2010, s. 84 vd.

¹⁰ **DURAL**, Mustafa/**ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2016, s.12; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Miras Hukuku, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul 1987, s. 41; **OĞUZMAN**, M. Kemal, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, 1995, s. 6; **ANTALYA**, O.Gökhan/**SAĞLAM**, İpek, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s.13, **İNAN**, Ali Naim/**ERTAŞ**, Şeref/**ALBAŞ**, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2015, s. 59.

Kişiye sıkı biçimde bağlı hukuksal ilişkiler için ise bu söz konusu değildir. Zira bunlar intikale elverişli değildirler.

Kural bu olmakla beraber, bazı özel kanunlarda belirtilen haklar terekeden ayrılarak özel olarak intikal ederler¹¹. Özel intikal, belirli tereke değerlerinin genel külli halefiyet sistemi dışında ayrıcalıklı özel bir intikal rejimine tabi tutulmasıdır¹². Bunun en bariz örneklerinden biri de TBK 356 ve yerini aldığı mülga 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununun 13. maddesidir¹³. Mülga 6570 Sayılı GKHK madde 13: “*Kira mukavelelerinin ve Borçlar Kanununun bu kanuna mugayir olmayan vecibelerine kiracılar veya ortaklarıyla sanat, meslek ve ihtisasları dolayısıyla aynı meslek veya sanatı idame ettirecek olan mirasçuları ve meskenlerde ölen kiracı ile birlikte ikamet edenler tarafından tamamen riayet edildiği müddetçe bu kanunun yürürlükten kaldırılmasından üç ay sonraya kadar aleyhlerine tahliye davası açılmaz.*” şeklinde bir düzenleme içerirken onu yürürlükten kaldıran

¹¹ 926 Kanun Numaralı, 27/7/1967 kabul tarihli Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu madde 199: “(Değişik ikinci fıkra: 22/1/2015 – 6586/57 md.) madalya ve nişan alan veya almaya hak kazananların ölümleri halinde bu madalya ve nişanlar kendileri tarafından mirasçılarında birine bırakılmamış ise, en büyüklerinden başlamak üzere çocuklarına, çocukları yoksa babasına o da yoksa annesine, baba ve annenin boşanmış olduğu durumlarda çocuğun velayeti kimde ise ona, anne ve babanın olmadığı durumda eşine, eşinin de yokluğu halinde 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kanuni mirasçılara intikal eder.”

(Değişik üçüncü fıkra: 22/1/2015 – 6586/57 md.)Kendilerine madalya ve nişan intikal edenlerin ölümleri halinde, bu madalya ve nişanlar, en büyüklerinden başlamak üzere çocuklarına, çocukları yoksa babasına o da yoksa annesine, baba ve annenin boşanmış olduğu durumlarda çocuğun velayeti kimde ise ona, anne ve babanın olmadığı durumda eşine, eşinin de yokluğu halinde 4721 sayılı kanun hükümlerine göre kanuni mirasçılara intikal eder.”

Bu düzenlemenin ve mülga 6570 Sayılı Kanununun 13. maddesinin külli halefiyet ilkesine istisna teşkil edecek biçimde bir özel intikal kuralı olduğu görüşüne katılmayan ve bilakis birer kanuni vasiyet şeklinde yorumlanması gerektiği fikrini savunan yazarlar için bkz: İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 75.

¹² SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 88.

¹³ DURAL/ÖZ, s. 14; ANTALYA/SAĞLAM, İpek, , s. 59; AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan, Türk Boçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, 2017, s. 690.

ve yerini alan TBK madde 356: “Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler.” demektir.

Getirilen bu hüküm özel intikal kuralı içerdiğine göre, kiracının ölümü kira sözleşmesinin son bulmasına yol açmayacaktır; ne var ki kiracılık hakkı terekede de yer almayacaktır. Başka bir biçimde ifade etmek gerekirse; terekenin tümünden kira ilişkisi ayrılacak ve özel intikal kuralı uyarınca, TBK m. 356’da adı geçen kişilere geçecektir¹⁴.

Konut kiralalarında ölen kiracıyla birlikte oturan kişiler kiracılık hakkını devam ettirecekler, kira sözleşmesinin kiracı tarafını oluşturacaklardır. Bu arada kiracı ile beraber oturanların mutlaka onun mirasçısı olmaları da aranmamıştır¹⁵. Örneğin annesi (A) ile birlikte bir evde kiracı olarak yaşayan dul (B), geriye yurtdışında yaşayan oğlu (O)’yu bırakarak ölse, (B)’nin tüm terekesi tek mirasçısı olan (O)’ya kalacak, ancak oturduğu konutla ilgili olan kira ilişkisi, tereke kapsamında tutulacak ve özel intikal kuralı doğrultusunda, onunla birlikte aynı konutta oturan ancak mirasçısı olmayan annesi (A)’ya geçecektir. Tek mirasçı konumunda olan oğul (O), kira ilişkisinde kiracı olmaya bağlanan kullanım hakkının kendisine intikal ettiğini iddia edemeyecektir.

Kısacası özel intikal gündeme geldiğinde; mirasçı bile olamayacak kişilere, külli halefiyet dışında miras bırakanın yasal mirasçılarının bile ulaşamayacakları tereke ötesi özel ve ayrıcalıklı bir konum sağlanacaktır¹⁶. Bu sonucun gerçekleşmesi kiracıyla birlikte oturanların isteğinin bu yönde olmasına ve sözleşmeye uygun davranmalarına bağlıdır¹⁷.

¹⁴ TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2 Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkıbasım, Ankara 1989, s. 239; DURAL/ÖZ, s. 14; ANTALYA/ SAĞLAM, s. 59; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 43.

¹⁵ Yargıtay, 6. HD, E. 1984/ 8949, K. 1984/ 9372, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017); Yarg. 6.HD, E. 2002/ 4673, K. 2002/ 4883, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017); Yarg. 3. HD, E. 2003/ 14030, K. 2003/ 13811, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017).

¹⁶ SEROZAN/ENGİN, s. 89.

¹⁷ GÜMÜŞ, s. 361; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 689; AYDIN, s. 145.

Yukarıda verdiğimiz örnekte, kiracı ile birlikte kiralanan konutta oturan bir anne olmasaydı, kiracının ölümüyle birlikte kira sözleşmesi sona erecekti. Oğul (O)'nun kira ilişkisinin kendisine intikal ettiği yönünde bir iddiası olamayacaktı. Zira, özel intikal kuralı için aranan olgu gerçekleşmezse, kullanma hakkı sağlayan sözleşmelere ilişkin ana kural uygulanacak ve kullanma hakkı sahibinin ölümüyle birlikte sözleşme son bulacaktır.

Doktrinde konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiracının ölümü üzerine kiracı ile aynı konutta oturanların söz konusu sözleşmeye ve kanun hükümlerine uymaları halinde, yasal bir sözleşme devri meydana geleceği ve sözleşmenin kiraya veren ile ölen kiracı ile birlikte konutta oturanlar arasında devam edeceği ileri sürülmüştür. Artık taraf sıfatının ölen kiracı ile birlikte oturanlara geçeceği kabul edilmiştir¹⁸. Ölen kiracıyla birlikte oturanlar sözleşme ilişkisini kiracı sıfatıyla devam ettirmek istemiyorlarsa veya sözleşmeye uygun davranış içinde değillerse; sözleşme son bulacaktır. Kiracıyla birlikte oturanların kiracının ödemediği kira bedellerinden sorumlu olmadıklarını iddia etmeleri gibi durumlar, kira sözleşmesine uymama örneği teşkil eder ve bu tip durumlarda kira sözleşmesi sona erer.

Konut ve çatılı işyeri kiralaları bünyesinde getirilen düzenleme, ölen kiracı ile birlikte oturan ancak yasal açıdan ölen kiracıya mirasçılık bağı ile bağlı olmayan kişileri, kiracının mirasçılarına karşı korumayı amaçlamaktadır¹⁹. Ölen kiracı ile aralarında evlilik bağı olmadan birlikte yaşayan kişiler veya ölen kiracının birlikte yaşadığı yaşlı aile büyükleri de bu koruma kapsamındadır. Tabii ölen kiracı ile birlikte yaşayan kişilerin onun büyük ihtimalle mirasçuları olabileceği olasılığı da gözden kaçırılmamalıdır. Mirasçılar miras hukukunun kuralları ile zaten korunmakta olduklarından, bu hükmün asıl fayda sağladığı kişiler, ölen kiracı ile birlikte yaşayan ancak onun yasal mirasçısı konumunda bulunmayan kişilerdir.

Özel bir intikal kuralının düzenlendiği TBK madde 356 kapsamında, kiracının mirasçılarının sözleşmeye taraf olması hiçbir zaman düşünülmeyecek, kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkı hiçbir şekilde terekeye girmeyecektir. Kira sözleşmesinden kaynaklanan kulla-

¹⁸ GÜMÜŞ, s. 361; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 689.

¹⁹ İNCEOĞLU, s. 290.

nım hakkı, mirasbırakan kiracının malvarlığında yer alan; ancak terekesi içinde bulunmayan malvarlığı değerlerinden birini oluşturacaktır.

Şu halde kiracıyla birlikte oturanlara tanınan sözleşmeyi devam ettirme hakkını, öncelikle sözleşmeye taraf olmuş sanılan müteveffa kiracının mirasçılarının alacağı tutuma bağlamak, kanaatimizce doğru değildir.

Çatılı işyeri kiralarda ise, yine bir özel intikal kuralı mevcut olup, kiracının ölümüyle kiracılık hakkının ölenin terekesine girmesi hiçbir şekilde söz konusu olmayacaktır. Burada da kullandırma borcu doğuran sözleşmelerdeki ana kural olan kullanma hakkı sahibinin ölümünün kullanma hakkına son verici etkisi, önlenebilir. Bunu gerçekleştirebilecek olanlar; ölen işyeri kiracısının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçılarıdır. Eğer ortaklar sözleşme ilişkisini devam ettirmek istiyorlarsa ve sözleşmeye uygun davranışta bulunacaklarsa, kiracılık hakkı son bulmayacak, kiracılık sıfatı ortaklara geçecektir.

Çatılı işyeri kiralarda kira sözleşmesinin yasal sözleşme devri sebebiyle kiraya veren ile ölen kiracının ortağı veya mirasçıları arasında devam edeceği ileri sürülmüştür²⁰. Bu arada ölen kiracının ortaklarının gerçek ya da tüzel kişi olmaları fark yaratmayacaktır. Üstelik TBK madde 356 uyarınca; ölen kiracının ortağının da ölmesi durumunda; aynı meslek ve sanatla uğraşan kiracının ortaklarının mirasçıları da bu düzenlemeden yararlanabileceklerdir²¹. Bu madde düzenlemesinde yani çatılı işyeri kirasında, kiracının ölümü üzerine ortaklarının veya ortakların aynı meslek ve sanatla iştigal eden mirasçıları değil; ölen

²⁰ GÜMÜŞ, s. 361; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 306.

²¹ Mülga 6570 Sayılı GKHK madde 13'e baktığımızda; onu yürürlükten kaldıran TBK madde 356 düzenlemesi ile mühim bir noktada ayrıştıklarını görürüz. Mülga 6570 Sayılı Kanununun 13. maddesine göre, "*sanat, meslek ya da ihtisasları dolayısıyla aynı meslek ve sanatı idame ettirme şartı*", kiracının ölen ortaklarının mirasçılarında değil, ölen kiracının mirasçılarında aranmaktaydı. Oysa bu gereklilikler, TBK madde 356'da ölen işyeri kiracısının mirasçılarında değil, ortaklarının da ölmesi durumunda, onların (ortakların) mirasçılarında bulunmalıdır. Yürürlükten kalınan GKHK madde 13'de yer alan düzenlemenin yani ölen kiracının aynı meslek veya sanatı yürüten mirasçılarının kira sözleşmesine devam etmeleri daha yerinde olurdu diye düşünmekteyim. TBK madde 356'da yer alan "*ortakların mirasçılarınm*" ifadesinin üzerinde düşünülerek tercih edildiği kanaatimde değilim.

kiracının aynı meslek ve sanatla uğraşan mirasçılarının, mevcut olan sözleşmeyi sürdürmeleri daha doğru olurdu kanaatindeyiz.

Kalan ortak söz konusu iş yerinde tek başına devam edebileceği gibi, kendine yeni bir ortak da alabilir ya da bir tüzel kişiliğin ortaklığına dahi katılabilir²². Yargıtay, aynı meslek ve sanatı sürdürme şartını 6570 sayılı Kanunun yürürlüğü döneminde verdiği kararlarla yorumlamıştır. Bu kararların pek çoğunda, ölen kiracının ortaklarının veya mirasçılarının sadece kira konusu yerde yürütülen mesleği sürdürüyor olmaları aranmamış, bu mesleği veya sanatı başkaları ile birlikte yürütebilme olanağının bulunması halinde dahi onlar aleyhine tahliye davasının açılmayacağı sonucuna ulaşılmıştır²³. Kiracının ölümü halinde aynı mesleği kendi adına ve vasitasız olarak sürdürebilecek ortakları aleyhine tahliye davasının açılmayacağına ilişkin kararlar da çok sayıdadır²⁴.

Çatılı işyeri kiralarında kiracı ile adi ortaklık yapısı içinde bulunan ortakları, kiracının ölümüne rağmen yaptıkları işe devam etmeyi arzuluyor olabilirler. Bu durumda işyerinin bulunduğu yer büyük önem taşır. Ölen kiracının ortakları ile beraber çatılı işyeri olarak kullandığı yer, müşteri çevresinin muhafazası açısından kilit konumundadır. İşyerinin değiştirilmesi müşteri kaybına yol açabileceğinden ölen kiracının ortaklarının faaliyetlerine aynı işyerinde devam etmelerinde haklı menfaat bulunmaktadır²⁵. Gerçekten de işyerleri söz konusu olduğunda, bunların nerede buldukları ekstra önem arzeder. İşyerinin bulunduğu yere göre bir müşteri çevresi de gelişir. Ölen kiracı kira konusu yeri bir işyeri olarak kullanmaktayken öldüğünde, onunla aynı

²² TANDOĞAN, s. 239.

²³ Yarg.6.HD. 23.11.1961, 9923/592 (TANDOĞAN, Cilt 1/2, s. 239).

²⁴ Yarg. 6. HD, E. 1986/ 10938, K. 1986/ 14811, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017); Yarg. 6. HD, E. 1988/ 16078, K. 1989/ 223, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1992 / 339, K. 1992/ 421, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017); Yarg. 6. HD, E. 1993/ 3459, K. 1993/ 3626, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017); Yarg. 6. HD, E. 2000/ 2110, K. 2000/ 2330, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017); Yarg. 6. HD, E. 2001/ 5333, K. 2001/ 5555, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017); Yarg. 6. HD, E. 2008/ 13591, K. 2009/ 1629, Kazancı Mevzuat Bankası (erişim 4.02.2017).

²⁵ İNCEOĞLU, s. 291.

işyerinde çalışan ve gelir elde eden ortakları, çok büyük bir ihtimalle, aynı işyerinde kiracı olarak kalıp, mevcut düzenlerine devam etmeyi arzu edeceklerdir. Kanunun düzenlemesinden yola çıktığımızda, işyeri olarak kullanılmakta olan yerlerin uzun süre boyunca aynı kalmasının öneminin farkına varıldığını ve müşteri çevresinin sabit tutulmasında, işyeri olarak kullanan kiracının ciddi menfaatinin bulunduğu anlaşılabiliriz.

TBK madde 356 düzenlemesi, bazı tartışmalara da kapı aralamıştır. Bu tartışmanın başlamasına yol açan soru, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının ölümü üzerine kiracının mirasçılarının miras hukuku kuralları doğrultusunda kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanıp kazanmayacakları ve bu mümkün olduğu takdirde, 356. madde kapsamında ölen kiracının ortaklarının veya ortakların mirasçılarının ya da kiracı ile birlikte oturanların taraf olarak kira sözleşmesine devam etmelerinin nasıl temin edilebileceğidir²⁶? Bazı yazarlar, bu sorunun cevabını verirken ikili bir ayırımdan yola çıkmaktadırlar. Bu ayırımlardan ilki uyarınca, kiracının mirasçıları (kanuni halefleri) kira sözleşmesini feshederlerse sorun kendiliğinden çözümlenecektir. Fesih sebebiyle kiracının mirasçıları ölüm üzerine ipso iure kazandıkları taraf sıfatını kaybedeceklerdir. Kiracının mirasçılarının taraf sıfatını kaybetmeleri üzerinedir ki ölen kiracının ortakları veya ortaklarının mirasçıları ya kiracı ile birlikte oturanlar, sözleşmeye taraf olabilirler. Bu da kendiliğinden gerçekleşmez. Ölen kiracının ortaklarının veya mirasçılarının söz konusu sözleşmeye devam iradelerini açıklamış olmaları zorunludur²⁷.

Bu görüşü paylaşan yazarların üzerinde durdukları diğer ayırıma geldiğimizde ise; kiracının mirasçılarının fesih beyanında bulunmama-ları yani mirasbırakan konumundaki kiracının taraf olduğu kira sözleşmesine taraf olarak devam etmek istemeleri halinde, hem kiracının mirasçılarının; hem de TBK madde 356 gereğince kiracının ortaklarının veya onların mirasçılarının ya da kiracı ile birlikte oturanların aynı anda sözleşmeye taraf olabilecekleri gibi bir durumla karşılaşılacaktır. Yine bu yazarların tartıştıkları şekliyle ölen kiracının mirasçıları müteveffanın ortaklarını veya konut kirası ise birlikte yaşadığı kişileri,

²⁶ İNCEOĞLU, s. 291.

²⁷ Katılmadığımız bu görüş ve bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz: İNCEOĞLU, s. 291, AKYİĞİT, Ercan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012, s. 299 vd.

işyeri ya da konuttan uzaklaştırıp kira sözleşmesinin tarafı kalmaya devam edebilecekler midir? Bu yazarlar ölen kiracının taraf olduğu kira sözleşmesinin kiracı tarafının kim olacağını belirlenmesi noktasında çözümün kanunun gerekçesinde yer aldığını belirtirler²⁸.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 356. maddesinin gerekçesine göre: “... *Maddede yapılan düzenlemede, “kiracının mirasçılara” özellikle yer verilmemiştir. Çünkü mirasçı, Türk Medeni Kanununun miras hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde, mirasbırakan konumundaki “ölen kiracı”nın külli halefi olarak, söz konusu konut ya da çatılı işyeri kira sözleşmesinin tarafı haline gelmiştir. Bu nedenle, “ölen kiracının mirasçısı”, kira sözleşmesini Tasarının 332 nci maddesine dayanarak feshetmemişse, kiracı olarak kabul edilecektir.*” Gerekçeye baktığımızda madde hükmü kapsamında ölen kiracının mirasçılardan bahsedilmemiş olmasının sebebinin, onların zaten miras hukuku kuralları doğrultusunda külli halef olmaları, kendiliğinden kira sözleşmesinin tarafını oluşturacakları ve TBK madde 333 uyarınca kira sözleşmesini feshetmemeleri halinde zaten kiracı konumunda bulunacakları olduğu, belirtilmiştir.

Gerekçeden hareket eden pek çok yazar²⁹, kendi eserlerinde TBK madde 333’ün konut ve çatılı işyeri kiralarda uygulama alanı bulmayacağını çünkü konut ve çatılı işyerlerine ilişkin hükümlerin özel düzenleme olduğunu ileri sürmüş olmalarına rağmen; kendileri ile çelişkiye düşerek TBK 356 uygulamasında, hem ölen kiracının mirasçılarının hem de ölen kiracının ortaklarının ya da ölen kiracı ile birlikte

²⁸ İNCEOĞLU, s. 292; AKYİĞİT, s. 299- 300; AYDIN, s. 146.

²⁹ Kanunlar hazırlanırken yapılan çalışmalardan örneğin gerekçeler, tasarılar, komisyon ve meclis görüşmeleri gibi kaynaklardan kanunun ruhunun tespitinde yararlanılabilir. Bunlar yardımcı unsurlardır. Gerçekten de yorum yapılırken kanunun kaynak çalışmalarından, gerekçeden, tasarıların gelişmesinden ve hatta karşı fikirlerden de yararlanılabilir. Ancak bunlar yorum yapılırken bağlayıcı değildir. Bu konuda bkz: DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2016, s. 129; ANTALYA, O. Gökhan/ TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2016, s. 280-281; OĞUZMAN, M.Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 77; HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul 2016, s. 17; HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul 2017, s. 82.

oturanların aynı anda kiracı taraf olabileceği gibi şaşırtıcı bir sonuca varmışlardır³⁰.

Hatta bu yazarlar miras hukuku kurallarının ve külli halefiyet ilkesinin üstünlüğünden bahsederek, TBK madde 356'da zikredilen kişilerin kira sözleşmesine kiracı taraf olabilmeleri için ölen kiracının mirasçılarının TBK madde 333 uyarınca kira sözleşmesini feshetmiş olmaları gerektiğini; aksi takdirde kiracı taraf olamayacaklarını ileri sürmüşlerdir³¹.

Kanaatimizce ölen kiracının mirasçılarının tereke kapsamında yer alan bir hak olarak kiracılık hakkına sahip çıkmaları söz konusu olmayacaktır. Yine ölen kiracının mirasçılarının tutumuna göre müteveffanın ortaklarının ya da onunla birlikte yaşayanların kiracılık sıfatını taşıyıp taşımayacakları belirlenmeyecektir. Ortada bir özel intikal kuralı vardır. Bu kural uyarınca mirasbırakan kiracı öldüğünde, kira sözleşmesinden doğan kiracılık hakkı, ölenin malvarlığından çıkıp terekesine dahil olmayacaktır. Tereke kapsamına girmeyen bu kullanım hakkı, TBK madde 356 bünyesinde işaret edilen kimselere intikal edecektir. Mirasçıların külli halef sıfatıyla hak sahibi oldukları tereke kapsamı içinde kiracının kullanım hakkı yer almaz.

Bu sebeple ölen kiracının mirasçılarının, konut ve çatılı işyeri kiralarında, ölen kiracının kullanım hakkı üzerinde külli halef oldukları iddiasıyla adı geçen kira sözleşmesinde taraf kılınabilmeleri çabalarına; ve bu sebeple de açık bir düzenleme olmasına rağmen, TBK madde 356 uyarınca kiracının ortaklarının ya da kiracıyla birlikte yaşayanların sözleşmeye taraf yapılmamalarına ya da en azından külli halefler kira sözleşmesini feshettikleri takdirde taraf olabilecekleri görüşüne, katılmamaktayız.

³⁰ İNCEOĞLU, s. 292; AYDIN, s. 146; AKYİĞİT, s. 299. İNCEOĞLU, 356. maddenin gerekçesini kullanarak 333. maddenin konut ve çatılı işyeri kiralarında da uygulama alanı bulacağından şüphe duyulamayacağını ileri sürerek, kiracının mirasçılarının kira sözleşmesini kendileri devam ettirmek istemeleri halinde, ölen kiracının ortaklarının ya da birlikte yaşadığı kişilerin yasal bir sözleşme devri neticesinde sözleşmenin tarafı haline gelmelerine "izin verilmesinin" açıklanamaz olduğunu söylemektedir. Bunun miras hukuku ve halefiyet sistemine aykırı olduğu kanaatindedir. GÜMÜŞ, net bir şekilde TBK madde 356'nın kiracının mirasçılarını hüküm kapsamı dışında tuttuğunu belirtmiştir. Bkz. s. 362.

³¹ İNCEOĞLU, s.292.

Tıpkı madalya ve nişanların intikalinde olduğu gibi, tıpkı mülga 6570 Sayılı GKHK madde 13’de düzenlenmiş olduğu gibi, TBK madde 356’da da özel bir intikal kuralı düzenlenmiştir. Madde 356’nın özel intikal kuralı olduğunun net şekilde belirlenmesinin ardından yukarıda ortaya koymuş olduğumuz problemlerin tartışılmasına dahi gerek kalmayacaktır. Kural, özel intikale ilişkin olduğunda artık kimlerin mirasçı yani külli halef olduğunu tartışmak gereksiz hale gelir. Kanunun düzenlenmesinde işaret ettiği kişiler, hak sahibi olur ve diğer külli halefler devre dışı kalır.

SONUÇ

Kullandırma borcu doğuran sözleşmelerden doğan hak, çalışmamızın başında belirtmiş olduğumuz üzere, hak sahibinin ölümüyle ortadan kalkar, ölenin terekesi içinde bir değer olarak yer almaz ve mirasçılara miras yolu ile intikal etmez. Kira sözleşmeleri de kullandırma borcu doğuran sözleşmelerdendir. Kiranın genel hükümleri arasında yer alan 333. madde, kullandırma sözleşmelerine özgü bu ilkeye istisna teşkil eder bir nitelik taşımaktadır. Bu hükme göre, kira sözleşmesinin kiracı tarafının ölümü söz konusu olduğunda, kira sözleşmesi sona ermemekte; tam tersine kiracının mirasçıları, kira sözleşmesine kiracı sıfatıyla devam edebilmektedirler. Kira sözleşmesini sona erdirmek isteyen müteveffa kiracının mirasçıları ise; diledikleri takdirde feshi ihbar dönem ve sürelerine uymak suretiyle, mevcut kira sözleşmesini sonlandırabilmektedirler.

Konut ve çatılı işyeri kiralalarını düzenleyen hükümler arasında yer alan TBK madde 356’da da, kiracının ölümünün sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye baktığımızda bir kez daha temel ilke-den kopulduğunu ve kiracının ölümünün kira sözleşmesini sona erdirmediğini görürüz. Konut ve çatılı işyeri kiracısı ölünce, kira sözleşmesi ortadan kalkmayıp devam edecek; konut kiralalarında kiracı ile birlikte oturanlar, çatılı işyerlerinde ise, ölen işyeri kiracısının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları, kira sözleşmesini kiracı sıfatıyla sürdüreceklendir.

TBK madde 356 düzenlemesi, bir özel intikal kuralı içerir. Özel intikal kuralı bulunduğu, ölen kiracıya ait olan ve kira sözleşmesinden doğan alacak hakkı, ona ait tereke değerleri içerisinde yer almaz. Mirasçılara yani külli haleflerine intikal etmez. Ölen kiracıya ait olan kullanma hakkı, madde düzenlenmesinde işaret edilen kişilere geçer.

Konutlarda kiracı ile birlikte oturanların, çatılı işyerlerinde kiracının ortağı olanların ya da ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçılarının kiracı sıfatıyla mevcut kira sözleşmesine devam edebilmeleri için; ölen kiracının külli haleflerinin bu konudaki tavırlarına bakmak, ancak onlar kira sözleşmesine taraf olmak istemedikleri takdirde ki, bu imkanı TBK madde 356 düzenlemesinde adı belirtilenlere tanımak, bu hükmün bir özel intikal kuralını düzenlediği gerçeğinin göz ardı edilmesi anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT**, Ercan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012.
- ANTALYA**, O.Gökhan/ **SAĞLAM**, İpek, Miras Hukuku, İstanbul 2015.
- ANTALYA**, O. Gökhan/ **TOPUZ**, Murat, Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2016.
- ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015.
- ARKAN**, **SERİM**, Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, İstanbul 2010.
- AYDIN**, Gülşah Sinem, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327 – 333), İstanbul 2013.
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, 2017.
- DURAL**, Mustafa/ **ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2016.
- DURAL**, Mustafa/ **SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2016.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012.
- HATEMİ**, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul 2017.
- HELVACI**, Serap/ **ERLÜLE**, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul 2016.
- İNAN**, Ali Naim/ **ERTAŞ**, Şeref/ **ALBAŞ**, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2015.
- İNCEOĞLU**, M. Murat, Kira Hukuku, Cilt 2, İstanbul 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Miras Hukuku, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul 1987.
- OĞUZMAN**, M. Kemal, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, 1995.
- OĞUZMAN**, M.Kemal/ **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul 2016.
- SAĞLAM**, İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Prof.Dr. Mustafa Dural'a Armağan, (s. 1015-1025), İstanbul 2013.
- SEROZAN**, Rona/ **ENGİN**, Baki İlkay, Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2014.

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2 Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkıbasım, Ankara 1989.

YAVUZ, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş Ve Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2016.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K.Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.

Kazancı Mevzuat Bankası

Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu



Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN*

ÖZET

Güven ilkesi, rastlantısal temasın ötesinde aralarında özel bir bağlantı kurulan kişilere koruma yükümlülüğü yükler. Bu türde bir koruma yükümlülüğünün ölüme bağlı tasarruflar yönünden uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmaya pek az açılmış bir konudur. Sözü verilen ölüme bağlı tasarrufun, muhatapta uyandırılan güvenin aksine hiç yapılmaması veya geri alınması, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen mirasbırakanın sorumluluğuna yol açabilir. Miras sözü vermeden doğan sorumluluk olarak adlandırılabilir culpa in testando sorumluluğu, oluşan güven ilişkisinin ihlali nedeniyle meydana gelen güven zararının tazmin edilmesine yönelik bir sorumluluk türüdür.

Anahtar Kelimeler: *Güven ilkesi, aydınlatma yükümlülüğü, ölüme bağlı tasarruf, miras sözü verme, culpa in testando*

ABSTRACT

Confidence principle, impose a protection obligation to the persons who have mutual relation. Practise of this type of protection obligation for testamentary disposition seldom examined. In some cases, contrary to the confidence of the answerer, withdrawal of the promised testamentary disposition may occur liability of the legator who doesn't abide obligation to give information. Culpa in testando can be defined as the liability which compensates violation of trust relationship.

Key Words: *Confidence principle, obligation to give information, testamentary disposition, promised inheritance, culpa in testando.*

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunun katı haksız fiil ve sözleşme hukuku ayırımının yetersiz kaldığı hallerde sorunun dürüstlük kuralına dayanan güven ilkesi çerçevesinde çözümü, kendisini culpa in contrahendo ve güven sorumlulukları ile kabul ettirmiş gözükmektedir. Birbirleriyle, diğerinin hukuki alanına etki edebilecek kadar yakın temas kuran kişiler arasında oluşan güven ilişkisi, ihlali halinde sorumluluğa yol açan edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülükleri doğurur. Bu kişiler, birbirlerinin kişi ve malvarlığı değerlerini korumak, gerektiğinde birbirlerini aydınlatmakla yükümlü olurlar. Bu yükümlülüğün ihlali, oluşan güven zararının tazminini gerektirir. Doktrin ve uygulamada, sağlararası hukuki işlemler yönünden taraflar arasında kurulan güven ilişkisinin ihlalden sorumluluk doğabileceği düşüncesiyle karşılaşılsa da ölüme bağlı tasarruflar yönünden benzer bir sorumluluğun kabul edilebileceği üzerinde pek durulmamıştır. Hâlbuki müstakbel mirasbırakanın¹, miras payına ilişkin olarak verdiği birtakım sözler nedeniyle potansiyel mirasçı veya vasiyet alacaklısında (muhatapta)² yarattığı güveni boşa çıkarmasından doğan zarardan sorumlu olup olmayacağı, başlı başına tartışmaya değer hukuki bir sorundur. Bu konunun incelenmemiş olmasında; ölüme tasarruf serbestisi, tip sınırlılığı, ölüme bağlı tasarruflarda bağlayıcılığın zayıflığı gibi miras hukukuna ait özelliklerin etkili olduğu düşünülebilir. Ne var ki, miras hukuku kurallarının mirasbırakana böyle bir sorumluluğun yüklenmesine gerçekten engel oluşturup oluşturmadığı, ancak bu konuda yapılacak ayrıntılı bir incelemeden sonra tespit edilebilir. Bu makalede; mirasbırakanın, verdiği miras sözüne dayanan muhatabın birtakım tasarruflarda bulunduğunu görmesine rağmen, aralarında oluşan güven ilişkisi gereği birtakım koruma yükümlülüklerini (özellikle aydınlatma yükümlülüğünü) yerine getirmemesinden sorumlu tutulup tutulmayacağı, miras hukuku ve borçlar hukukuna ilişkin kurallar dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır. Miras sözü vermeden doğan kusurlu sorumluluğun (culpa in testando sorumluluğunun) koşulları ve kapsamı, güven ilkesinden doğan diğer sorumluluk türleriyle olan ilişkisi göz önünde bulundurularak incelenecektir.

¹ Bundan sonra sadece mirasbırakan ifadesi kullanılacaktır.

² Söz konusu adlandırmaların dışında bu kişi, vaatte bulunulan, lehtar olarak da adlandırılabilir. Ancak güven ilişkisinden doğan bir sorumluluk olarak culpa in testando sorumluluğunun kapsamına daha uygun düşeceğinden, bundan sonra sadece muhatap ifadesine yer verilecektir.

I. CULPA IN TESTANDO KAVRAMI

Mirasbırakanın, henüz hayattayken potansiyel mirasçılardan veya vasiyet alacaklılarından bazı yararlar elde etmek için miras payına ilişkin bazı sözler vermesine (birtakım vaatlerde bulunmasına), günlük hayatta sıkça rastlanır. Buna paralel olarak, potansiyel mirasçı veya vasiyet alacaklısının, mirasbırakanın sözüne dayanarak ve henüz mirasbırakan hayattayken vaat edilen şeye yönelik birtakım tasarruflarda bulunması, bir hazırlık yapmasıyla da çokça karşılaşılır. Bu hallerde, mirasbırakanın sözünde durmaması nedeniyle potansiyel mirasçı veya vasiyet alacaklısının zarara uğramasından mirasbırakanın sorumlu tutulup tutulamayacağı sorunu, culpa in testando kavramını doğurmuştur. Culpa in testando sorumluluğu, mirasbırakanın hayattayken, daha önce yapmayı bildirdiği ölüme bağlı tasarrufu artık yapmayacağı veya geri aldığı konusunda muhatabı bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilmektedir. Culpa in testando, kendisine ölüme bağlı kazandırma yapılacağına güvenen muhatabın bu güveninin boşa çıktığı hallerde (kazandırmanın şekle uygun biçimde yapılmadığının veya yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufun geri alındığının muhataba bildirilmemesi nedeniyle) başvurulabilecek bir sorumluluk sebebi olarak tasarılanmıştır³. Böyle bir sorumluluğun hangi halde ortaya çıkabileceğine ilişkin olarak doktrinde “çiftlik bırakma sözü” örneği verilmektedir. Bu örnekte, bir çiftlik sahibi olan amca yeğenine, ölüme bağlı tasarruf yoluyla çiftliğini ona bırakacağını ve ayrıca çiftliğin yönetiminden çekilmek istediğini açıkça söyler. Bunun üzerine yeğen, çiftliği yönetmek için eğitimini bırakır ve çiftlik için makine, araç gereç satın alır, çeşitli yatırımlar yapar. Ölümünden sonra amcanın, yeğenine herhangi bir bildirim yapmaksızın çiftliği kızına bıraktığı ortaya çıkar. Hâlbuki yeğen şimdiye kadar, hem zamanını hem de parasını tahsis ederek çiftliğe birçok yatırım yapmıştır. Bu halde, yeğenin güvenin korunmasından baştan yoksun bırakılması, mirasbırakanın, kendisinin yarattığı güven ilişkisi nedeniyle her türlü sorumluluktan kurtarılması anlamına gelir⁴. Bu gibi hallerde, muhatabın terekeye karşı sebepsiz zenginleşme tale-

³ **Zankl**, Wolfgang, “Culpa in testando bei Widerruf und Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen”, Österreichische Notariats Zeitung (NZ), 1995, s. 265-266.

⁴ **Misrerre**, Roman, Die “culpa in testando”-Möglichkeiten und Grenzen einer Vertrauenshaftung im Erbrecht-, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2002, s. 3.

binde bulunabileceği düşünülebilirse de mirasbırakanın zenginleşmesine yol açmayan yatırımlar⁵ nedeniyle uğranılan zararın hangi temelde ve ölçüde tazmin edilebileceği, çözülmesi gereken esas sorun olarak varlığını devam ettirir⁶.

Miras sözü vermeden doğan kusurlu sorumluluk olarak adlandırılabilir culpa in testando sorumluluğu, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf iradesini yönelttiği kişiye karşı bir koruma yükümlülüğü altına girmesini sağlar. Sorumluluğun hukuki dayanağını güven ilkesi oluşturur. Hem borçlar hukuku hem de miras hukukuna ait olan culpa in testando sorumluluğu, yürürlükteki hukuk kurallarıyla bağdaşmaz bir görünüm sunsa da esasen, uzun zaman önce teori ve uygulamada yerini almış olan culpa in contrahendo sorumluluğuna (sözleşme görüşmelerinden doğan kusurlu sorumluluğa) benzer bir sorumluluk türü olarak karşımıza çıkar.

II. CULPA IN TESTANDO SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI OLARAK GÜVEN İLKESİ

A. Güven İlkesine Dayanan Benzer Sorumluluk Türleri

Sorumluluk hukukunun klasikleşmiş haksız fiil - sözleşme sorumluluğu ayırımının yetersizliği, güven ilkesini temel alan bazı yükümlülüklerin ve yaratılan güvenin ihlali düşüncesine dayanan sorumluluk türlerinin doğmasına yol açmıştır⁷. Özellikle sosyal temasa giren kişilerin birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni gösterme yükümlülüğü, edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülüklerini doğurmuştur. Koruma (davranış) yükümlülüğü, hukuki işlem

⁵ Sözü edilen çiftlik bırakma sözü örneğinde yeğenin; kendi hesabına hareket ederek çiftlik yararına birtakım tasarruflarda bulunmasında, çiftliği daha iyi yönetmek için iradi olarak kaydolduğu ziraat okuluna eğitim masrafı yapmasında olduğu gibi.

⁶ Zankl, s. 265; Miserre, s. 85-86.

⁷ Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 252 vd.; Demircioğlu, Huriye Reyhan, "Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabasının Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumlulukları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 219 vd.; Gürpınar, Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 210.

teması olarak ortaya çıkan fiili bir duruma dayanır. Bu temas, sözleşmeler yönünden irade beyanının, haksız fiil yönünden hukuka aykırı fiilin yarattığı etkiyi, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri yönünden yaratır⁸. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerini yaratan, tarafların birbirlerinin hukuk alanına etki etme olanağına sahip olmaları nedeniyle oluşan sosyal temastır. Ancak her türlü sosyal temasın değil, “hukuki işlem temasının” haksız fiil hukukundan ayrılıp sözleşme hukukunun korumasından yararlanmayı haklı kılabilceği, genel kabul gören görüşü yansıtmaktadır⁹. Hukuki işlem temasından söz edilebilmesi için tarafların, bir hukuki işlem kurma veya en azından geniş anlamda bir işlemde bulunma amacıyla bir ilişki kurmuş olmaları gerekir¹⁰. Hukuki işlem teması nedeniyle koruma yükümlülüğü yükleyen edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisinin kurulmasının dayanağı olarak “güven unsuru” gösterilmektedir¹¹. Söz konusu temas nedeniyle oluşan haklı güvenin normatif alanda korunmasını sağlayan hüküm TMK m. 2’dir. Dürüstlük kuralı gereği hukuken korunmaya değer görülen güven, belirli bir kimseden beklenen/beklenmesi haklı görülen somut ve özel bir güvendir¹². Böylece taraflar arasında, rastlantısal temaslara ilişkin olan haksız fiil hukukunda görülen soyut, genel

⁸ Demircioğlu, Sempozyum, s. 223.

⁹ Canaris, Claus- Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971, s. 442 vd.; Kırca, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 169 vd.; Demircioğlu, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 128 vd. Sadece sosyal teması esas alan görüş için bkz. Dölle, Hans, “Aussergesetzliche Schuldspflichten”, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 103, 1943, s. 67 vd.

¹⁰ Kırca, Bilgi Verme, s. 170; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 131.

¹¹ Serozan, Rona, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968, s. 118-119; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Birinci Cilt, 5. Tıpkı Bastı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 12; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 134; Ballerstedt, Kurt, “Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter”, AcP 151 (1950/1951), s. 507-508; Dölle, s. 74-75.

¹² Serozan, MHAD, s. 122-123; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 137-138.

güvenden daha yoğun, daha somut bir güven ilişkisi doğar ki, bu ilişki “özel bağlantı” olarak adlandırılmaktadır. Bu tür bir ilişkide hukuk alanlarını birbirlerine açan taraflar, artık herhangi bir kişi olmaktan çıkmıştır. Birbirlerinin hukuki değerlerine/menfaatlerine etki etme imkânını bulan taraflar, birbirlerine karşı haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yoğun bir özen gösterme yükümlülüğü altına girerler¹³. Kurulan özel temas nedeniyle meydana gelen bu tür güven ilişkilerinin korunması gereği, kendisini ilk olarak culpa in contrahendo sorumluluğu olarak göstermiştir. Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisinin kurulmuş olmasına dayanır¹⁴. Önceleri doktrin ve uygulamada kabul gören bu sorumluluk, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 311/2’de açıkça düzenlenerek kanuni dayanağa kavuşmuştur. BGB § 241/2, borç ilişkisinin sadece edimin yerine getirilmesinden ibaret olmadığını, aynı zamanda diğer tarafın kişi ve malvarlığı değerlerine özen gösterme, menfaatini gözetme yükümlülüğü de yüklediğini öngörmektedir. BGB § 311/2’ye göre şu hallerde de BGB § 241/2 anlamında bir borç ilişkisi doğar: Sözleşme görüşmelerinin kabulü; bir tarafın, diğerinin kişi ve malvarlığı değerlerine etki etme imkânını elde ettiği hukuki işlem ilişkisine girmeyi sağlayan bir sözleşme ilişkisinin başlaması; benzer işlemsel temasa girilmesi¹⁵. Şu halde, Alman hukuku yönünden koruma yükümlülüklerini, kanundan doğan hukuki işlem benzeri borç ilişkileri olarak nitelendirmek mümkündür¹⁶.

Güven ilkesinden doğan bir diğer sorumluluk türü, culpa in contrahendo sorumluluğunu geliştiren/genişleten “güven sorumluluğu” olmuştur. Bu iki sorumluluk türünün uygulama alanı, birinin diğerini kapsamına alıp almadığı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğunu, güven sorumluluğunun bir türü ola-

¹³ Kırcı, Bilgi Verme, s. 119 vd.; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 138.

¹⁴ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 1128-1129.

¹⁵ İlgili paragraf için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>, 25.06.2017.

¹⁶ Kalkan Oğuztürk, Burcu, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 146.

rak değerlendiren görüşe¹⁷ karşılık, güven sorumluluğunun uygulama alanının culpa in contrahendo sorumluluğunun dışında olduğunu savunan görüşe göre bu sorumluluk, sözleşmeyi dışardan etkileyen üçüncü kişinin sorumluluğudur¹⁸. Her iki sorumluluk türünün kaynağında güven ilkesi/unsuru bulunmaktaysa da teknik anlamıyla güven sorumluluğunun culpa in contrahendo sorumluluğundan ayrılması ve ikinci görüş doğrultusunda ele alınması gerekir. Zira iki kişi arasında oluşan özel bağlantı nedeniyle tarafların uyması gereken koruma yükümlülüğünün ihlalinden doğan zararın tazmini için culpa in contrahendo sorumluluğunun dışında bir sorumluluk türüne başvurmaya gerek yoktur. Buna karşılık, sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte bu ilişkiyi etkileyen üçüncü kişileri (oto galerileri, seyahat acenteleri, bilirkişiler, bankalar gibi)¹⁹ culpa in contrahendo kapsamında değerlendirmek mümkün olmadığına göre, bu kişilerin yarattıkları haklı güvenin boşa çıkmasından doğan zararlar için, güven temeline dayanan bir başka sorumluluk türü olarak dar anlamda güven sorumluluğuna başvurulabilir. Şu halde ikili bir ilişki söz konusu ise, iki kişi arasında özel bir bağlantının olduğundan söz ediliyorsa, mesele dar anlamda güven sorumluluğuna göre değil, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında çözüme ulaştırılmalıdır²⁰.

B. Culpa in Testando Sorumluluğu

Miras sözü verilmesi nedeniyle muhatapta yaratılan güvenin boşa çıkarılması sorumluluk doğurmaya elverişli olmakla birlikte, bunun dayanağının klasik sorumluluk ayırımında aranmayacağı şüphesizdir. Bu tür olaylar yönünden bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Kanun boşluğu, pozitif hukukun plana aykırı eksikliği olarak tanımlanmaktadır.

¹⁷ Kırca, Bilgi Verme, s. 121, 147-148; Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 179; Gürpınar, s. 211.

¹⁸ Serozan, İfa Engelleri, s. 257; Hatemi, Hüseyin, “Emeklilik Dersi”, Maltepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, 2007/2, s. 557-558; Kalkan Oğuztürk, s. 247 vd. BGB § 311/3’e göre, BGB § 241/2 anlamında özen gösterme/koruma yükümlülüğü doğuran borç ilişkisi, sözleşmenin tarafı olmayan kişiler yönünden de oluşabilir. Bu durum özellikle, önemli ölçüde bir güven yaratarak sözleşme görüşmelerini veya sözleşmenin kurulmasını büyük ölçüde etkileyen üçüncü kişilerin sorumluluğu yönünden ortaya çıkar.

¹⁹ Serozan, İfa Engelleri, s. 257.

²⁰ Kalkan Oğuztürk, s. 259, 265.

Plana aykırı eksiklik, öngörülme amacı göz önünde bulundurulduğunda, kanuni bir düzenlemenin eksik, tamamlanmaya muhtaç olmasıdır. Pozitif hukuka dayanmayan, olması gereken hukuka ilişkin öneriler ise kanun boşluğu kapsamında değerlendirilmemektedir. Olması gereken hukukta boşluk veya kanunu aşan hukuk yaratma, hakim değil, kanun koyucunun doldurmaya yetkili olduğu boşluk olarak değerlendirilmektedir. Bunlar, hukuk politikası boşlukları veya olması gereken hukuk bakımından boşluk olarak nitelendirilirler²¹. Buna karşılık Larenz'e göre hakim, bazı istisnai hallerde anayasal prensipleri (pozitif bir dayanağı olmasa dahi) dikkate alarak hukuk yaratabilir. Bu halde kanunda plana aykırı bir eksiklik olmasa bile, hukuk düzeninin bütünü esas alındığında bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır²². Larenz tarafından "kanunu aşan hukuk yaratma tekniği" olarak ifade edilen bu yöntem, pozitif hukukta kıyasen uygulanabilecek bir kuralın bulunmadığı hallerde başvurulur. Buradaki dayanak noktaları, mevcut hukuk düzeninin genel prensipleri ile anayasal ilkelerdir. Kanun dışı, ancak hukuk içi bir hukuk yaratma söz konusudur²³. Hukuk metodolojisi bakımından culpa in testando sorumluluğunun da temelini hukuk etiğinin gerekli kılmasında bulan ve kanunu aşan bir hukuk yaratma tekniğine dayandığı ifade edilmektedir²⁴. Her şeyden önce, miras sözü vererek muhatapta yaratılan güveninin boşa çıkarılması "dürüstlük kuralı" ile bağdaşmaz.

²¹ **Kırca**, Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, 2001, s. 91 vd.; Öztan, Bilge/Öztan, Fırat, "İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun'un 24/a/III'üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu", Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991, s. 249 vd.

²² **Kırca**, Örtülü Boşluk, s. 92, dn. 9'dan naklen **Larenz**, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., München, 1991, s. 414.

²³ **Kırca**, Bilgi Verme, s. 125; **Miserre**, s. 18.

²⁴ **Miserre**, s. 271. Bu görüşün ileri sürülmesinde, dürüstlük kuralının Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenleniş biçiminin etkili olduğu söylenebilir. Gerçekten Alman Medeni Kanunu'nda dürüstlük kuralı genel bir hükümle düzenlenmiş olmayıp, çeşitli hükümlerde parça parça yer almaktadır. Türk hukukunda ise İsviçre hukukunda olduğu gibi genel bir ilke olarak medeni kanun içerisinde ifadesini bulmuştur (TMK m. 2, ZGB Art. 2). Dürüstlük kuralının Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenleniş biçimi ve eleştirisi için bkz. **Barlas**, Nami, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yaşamın Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi", İHFM, C. LV, S. 3, 1997, s. 191 vd.

Muhatabın güveninin korunması, genel hukuk prensibi olan dürüstlük kuralı gereğidir. Bu prensip, bu konuda hukuk yaratmanın dayanağını oluşturabilir²⁵. Pozitif hukuk içerisinde yer alan evrensel bir hukuk kuralı, genel etik bir ilke olarak dürüstlük kuralı, somut uyuşmazlığa uygulanabilecek pozitif bir hukuk kuralının bulunmaması halinde devreye girer. Taraflar arasında, güven ilişkisinden doğan bağımsız borç ilişkileri yaratır²⁶. Türk hukukunda dürüstlük kuralı (ve güven ilkesi) genel bir hükümlerle kanunda (TMK m. 2) düzenlenmiş olduğundan, culpa in testando sorumluluğunun hukuki dayanağı, culpa in contrahendo sorumluluğunda olduğu gibi²⁷ kanundur. Culpa in testando sorumluluğu, tıpkı culpa in contrahendo ve dar anlamda güven sorumluluğunda olduğu gibi dürüstlük kuralından doğan güven ilkesine dayanır. Ancak, bir kişinin karşı tarafta yaratmış olduğu her güven değil, sadece normatif anlamda korunmaya değer bir güven bu korumadan yararlanabilir. Kanuni dayanağını TMK m. 2’de bulan böyle bir güvenin oluşması ise, taraflar arasında özel bir bağlantının varlığını gerektirir²⁸. Culpa in testando sorumluluğunun doğması için de aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere mirasbırakan ve muhatap arasında özel bir bağlantı oluşmalıdır. Özel bağlantının varlığına temel oluşturan hukuki işlem teması, sağlararası hukuki işlemlerde olduğu kadar ölüme bağlı tasarruflar yönünden de gerçekleşebilir. İki kişi arasında kurulan özel bağlantının yarattığı bir güven ilişkisinin varlığı, culpa in testando sorumluluğunu culpa in contrahendo sorumluluğuna yaklaştırmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, taraflar arasında özel bir bağlantının kurulduğundan söz ediliyorsa uyuşmazlık, (dar anlamda güven sorumluluğuna değil) culpa in contrahendo sorumluluğuna göre çözüme ulaştırılmalıdır. Elbette culpa in testando sorumluluğu sözleşme görüşmelerine dayanmadığı, hatta bütünüyle sağlararası hukuki işlem sahasına ilişkin olmadığı için, buradaki özel bağlantı ile culpa in contrahendo sorumluluğu anlamındaki özel bağlantının içeriği birbiriyle tamamen örtüşmez. Ancak culpa in testando sorumluluğunun koşulları belirlenirken, doktrinde ve uygulamada kabul gören (hatta Alman hukukunda kanunlaşan) culpa in contrahendo sorumluluğunun koşullarından yararlanmak mümkündür.

²⁵ **Miserre**, s. 17 vd.

²⁶ **Ateş**, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB, S. 72, 2007, s. 84 vd.

²⁷ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 256; **Eren**, s. 1128-1129; **Antalya**, s. 193; **Gürpınar**, s. 143.

²⁸ **Demircioğlu**, Culpa In Contrahendo, s. 181; **Kırca**, Bilgi Verme, s. 119.

III.CULPA IN TESTANDO SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI VE KAPSAMI

A. Sorumluluğun Koşulları

Taraflar arasında sorumluluk doğuran bir güven ilişkisinin oluştuğundan söz edilebilmesi, “özel bir bağlantının” varlığını gerektirir. Birbirlerinin hukuki menfaatine etki etme imkânını elde edecek kadar yakınlaşan taraflar arasında oluşan özel bağlantı, güven ilişkisine dayanan bir borç ilişkisi yaratır²⁹. Daha önce belirtildiği üzere, aralarında özel bağlantı kurulan kişiler yönünden culpa in contrahendo sorumluluğuna mı yoksa dar anlamda güven sorumluluğuna mı dayanılacağı konusunda doktrinde bir açıklık bulunmasa da sorumluluklar arasında kesin bir ayırımın yapılabilmesi için ikili ilişkilerde sorunun çözümü culpa in contrahendo sorumluluğuna bırakılmalıdır. Culpa in testando sorumluluğu da iki kişi arasında (mirasbırakan/muhatap) gerçekleştiği için, bu sorumluluk türü yönünden özel bağlantının kurulmuş olup olmadığının belirlenmesinde culpa in contrahendo sorumluluğundan yararlanmak gerekir. Ancak doktrinde, culpa in contrahendo sorumluluğunun genellikle güven sorumluluğunun bir türü olarak değerlendirilmesi ve iki sorumluluk türü arasındaki ayırımın açıkça yapılmamış olması nedeniyle, “özel bağlantının” varlığını ispatlayacak ve yaratılan haklı güvenin korunmasını sağlayacak asgari ortak koşullara, her iki sorumluluğun doktrinde öngörülen koşullarından yararlanılarak ulaşılabılır. Her şeyden önce sorumlu kişi, hedeflenmiş-kişiselleştirilmiş yakın temas sayesinde muhatapta, kendisine isnat edilebilen özel bir *güven durumu* yaratmış olmalıdır³⁰. Oluşturulan bu güven durumu, sorumlu kişinin öngörebileceği biçimde güvenen kişinin hukuki durumunda bir değişikliğe neden olmalıdır. Bu, özellikle verilen söze güvenen kişinin

²⁹ Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 182.

³⁰ Miserre, s. 210. Güven sorumluluğu yönünden “güven durumu” için bkz. Canaris, Vertrauenshaftung, s. 491 vd.; Gürpınar, s. 220 vd.; Antalya, s. 179; Kırca, Bilgi Verme, s. 187 vd. Culpa in contrahendo sorumluluğu yönünden “güven durumu” için bkz. Serozan, Rona, “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2007, s. 717 vd.; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 178 vd.; Eren, s. 1128; Tekinay, Selahattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 975-976.

fark edilir biçimde çeşitli *tasarruflarda* bulunduğu ve bu nedenle oluşan güven durumunun dışardan görülebildiği, kanıtlanabildiği olaylarda böyledir. Başka bir deyişle yaratılan güven, güvenen kişinin tasarruflarına etki ederek somut bir hal almalı, objektifleştirilmelidir³¹. Bu iki koşulun yanı sıra, güvenin korunması, dürüstlük kuralına göre gerekli ve makul olmalıdır. Burada özellikle aydınlatma yükümlülüğü ile karşılaşılır. Bir edimi yerine getirme sözü veren kişi, açıkladığı bu iradenin artık gerçekleşmeyeceği konusunda muhatabı aydınlatmalıdır. Bu aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, yaratılan güven nedeniyle uğranılan zararın tazminine yol açar³². Son olarak, tazminat sorumluluğunun doğması için gerekli olan genel koşulların; zarar, uygun illiyet bağı ve kusur unsurlarının da gerçekleşmiş olması gerekir³³.

Yukarıda belirtilen koşullar özel olarak culpa in testando sorumluluğu yönünden değerlendirildiğinde, özel bağlantının ve güven ilişkisine dayanan bir borç ilişkisinin kurulduğundan söz edilebilmesi için yapılması gereken ilk şey, bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma sözü vermenin, muhatapta hukuken önem taşıyan bir güven durumu yaratıp yaratmayacağını araştırmak olmalıdır. Zira bu güven durumu, sorumluluğun gerekçesini oluşturan özel bağlantının temelidir³⁴. Bir kişi, kendisi tarafından seçilen birine karşı, belirli bir amaca yönelik bir açıklamada bulunursa, muhatabın davranışlarına dayanak oluşturabilecek bir beklenti yaratmış olur. Bu durum özellikle, bir hatır sözü veya şekle uygun olmayan bir bağışlama sözü vermede olduğu gibi, bir edim sözü verilmesi hallerinde görülür. Böyle bir söz, borçlar hukuku anlamında bir talebin dayanağını oluşturamazsa da edimin yerine getirileceğine ilişkin “fili bir güven” yaratmış olur. Yaratılan bu güvenin temelinde ise, kişisel bağlantı ve belirtilen türden bir edim sözü içeren, objektif olarak belirli bir amaca sahip olan beyan yer alır. Yukarıda verilen “çiftlik bırakma sözü” örneğinde olduğu gibi, bu tür olaylarda mirasbırakan kendi iradesiyle bu kişilerle yakınlık kurmakta ve onlara

³¹ **Canaris**, Vertrauenshaftung, s. 510 vd.; **Miserre**, s. 210; Kırca, Bilgi Verme, s. 196; **Demircioğlu**, Culpa In Contrahendo, s. 173.

³² **Miserre**, s. 210-211.

³³ Culpa in contrahendo ve güven sorumluluğu yönünden bkz. **Antalya**, s. 182, 191 vd.; **Demircioğlu**, Culpa In Contrahendo, s. 173, 246 vd. Ayrıca, bilgi verenlerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu yönünden bkz. **Kırca**, Bilgi Verme, s. 204 vd.

³⁴ **Miserre**, s. 218.

“kesin bir biçimde” belirli bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma sözü vermektedir. Böyle bir miras sözü, belirli bir kişiye ve belirli bir edime yönelen hedeflenmiş ve kişiselleştirilmiş bir temas kurma anlamını taşır³⁵. Şu halde, sorumluluk doğuran özel bağlantının (korunmaya değer bir güvenin) oluştuğundan söz edebilmek için muhatap, verilen sözün türüne ve kapsamına göre hukuken korunmaya değer bir etki altında kalmış olmalıdır. Bu etki, mirasbırakanda oluşan “somut ve kesin” bir biçimde ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesinden (bu irade, en azından açıklama anında bulunmalı) ileri gelmelidir. Burada mirasbırakan özellikle, belirli bir ölüme bağlı tasarrufun içeriğini “kesin” bir biçimde vaat etmiş, bir anlamda garantilemiş³⁶ olmalıdır³⁷. Mirasbırakanın, henüz hayattayken muhatabın davranışlarına, kararlarına bu şekilde etki edebileceği gerçeği, en azından “çiftlik bırakma sözü” örneğine benzer olaylar yönünden göz ardı edilemez³⁸. Özellikle aralarında ailevi ilişkiler veya sıkı bir bağ bulunan kişiler arasında daha kuvvetli bir güven durumu oluşabileceğinden, bu kişiler arasındaki hukuki işlem dışı beyanlar, bazı hallerde hukuken önem taşıyan bir niteliğe bürünebilir. Bu anlamda yapılacak nitelikli bir açıklama, muhatabı malvarlığında tasarrufta bulunmaya sevk edebilir ve bu durum, muhatabın malvarlığını olağan dışı bir tehlikeye maruz bırakabilir³⁹. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, mirasbırakanın, ileride muhatap lehine herhangi bir biçimde belirli mal bırakacağına ilişkin yalın sözüne güven, culpa in testando sorumluluğu kapsamında hukuki korumadan yararlanmaz⁴⁰.

Sorumluluğun gerekçesini oluşturan özel bağlantının varlığından söz edilebilmesi için, muhatapta subjektif bir güvenin yaratılmış olması yeterli değildir. Özel bağlantının oluşması için gerekli olan bir diğer değerlendirme kriteri; muhatabın, böyle bir güvenin oluştuğunu dışardan görülecek bir biçimde ortaya koyması ve böylece oluşan güveni bir öl-

³⁵ **Miserre**, s. 219.

³⁶ Bu garanti, ölüme bağlı kazandırmanın gerekli şekilde uygun olarak yapılacağını da kapsar (**Zankl**, s. 270).

³⁷ Belirli bir ölüme bağlı tasarrufu kesin bir biçimde vaat eden mirasbırakan, sahip olduğu “sürpriz yapma hakkını” (ölüme bağlı tasarrufu dilediği gibi geri alma hakkı vs.) kullanmak istemediği sinyalini vermiş olur.

³⁸ **Miserre**, s. 219.

³⁹ **Miserre**, s. 220, 229.

⁴⁰ **Miserre**, s. 293. Aynı yönde bkz. **Zankl**, s. 267-268.

çüde objektif kılmış olmasıdır. Bir diğere deyişle muhatap, oluşun güvene dayanarak birtakım tasarruflarda, faaliyetlerde bulunmuş olmalıdır. Mirasbırakanın, muhatabın yaptığı harcamaları görmekte yetinmeyip, söz verilen mirasa hazırlık yapılması amacıyla birtakım tasarrufları veya güven yatırımlarını açıkça teşvik etmesi ve dolayısıyla onaylaması halinde ise yaratılan güven özel bir ağırlığa erişir⁴¹.

Sorumluluğa yol açan özel bağlantının gerçekleştiğinin kabulü, üçüncü bir değerlendirme kriterine daha başvurulmasını gerektirir. O da mirasbırakandan böyle bir koruma yükümlülüğüne riayet etmesinin dürüstlük kuralına göre beklenebilir, kabul edilebilir olmasıdır. Bu yöndeki değerlendirme, içeriği ve hukuki sonucu somutlaştırılmış bir koruma yükümlülüğüne dayandırılarak yapılabilir. Muhatap lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunacağına ilişkin açıklamalarına karşı mirasbırakana nasıl bir koruma yükümlülüğünün yükleneceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Miras hukukuna ilişkin açıklamadan doğan sorumluluk⁴² ve dolayısıyla mirasbırakana yüklenebilecek koruma yükümlülüğü yönünden iki ayrı modelden yararlanılabileceği ileri sürülmektedir. Birincisi, kusurdan bağımsız olarak, bir açıklama nedeniyle yaratılan güvenin korunmasına ilişkin güven sorumluluğu; ikincisi, aydınlatma yükümlülüğü yükleyen bir kusur sorumluluğu modelidir⁴³. İlk sorumluluk modeline göre mirasbırakan, açık ve kesin bir biçimde ölüme bağlı tasarrufta bulunacağı konusunda yarattığı güveni, muhatabın buna dayanarak çeşitli yatırımlar yaptığını bildiği halde, hiçbir neden olmaksızın boşla çıkaramaz. Mirasbırakan, sözünü verdiği ölüme bağlı tasarrufu hiçbir neden olmadan geri alır veya yapmayı ihmal ederse, yaratılan bu güven

⁴¹ **Miserre**, s. 229-230.

⁴² Canaris, açıklamadan doğan sorumluluğu veya beyan sorumluluğunu (Erklärungshaftung) güven sorumluluğunun bir türü olarak değerlendirmiştir (**Canaris**, Vertrauenshaftung, s. 532 vd.). Aynı yönde bkz. Kırca, Bilgi Verme, s. 136. Buna göre açıklamadan doğan sorumluluk, yanlış bilgi verilmesinden veya verilmesi gereken bir bilginin verilmemiş olmasından doğan bir güven sorumluluğudur (**Canaris**, Vertrauenshaftung, s. 532 vd.; **Kırca**, Bilgi Verme, s. 136; **Erbek**, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Doktora Tezi, 2010, <http://acikerisim.deu.edu.tr>, s. 63). Buna karşılık, taraflar arasında özel bir bağlantının oluştuğu durumlarda açıklamadan doğan sorumluluğu culpa in contrahendo kapsamında değerlendiren görüş için bkz. **Kalkan Oğuztürk**, s. 254 vd.

⁴³ **Miserre**, s. 231.

nedeniyle muhatabın uğramış olduğu zararları tazmin eder. Ne var ki bu kadar kapsamlı bir sorumluluğun mirasbırakana isnat edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, verilen bir miras sözünün neden göstermeden geri alınamayacağı konusunda mirasbırakana böyle bir yükümlülüğün yüklenmesi, ölüme bağlı tasarruf serbestisinin ihlali anlamına gelir. Ayrıca miras sözleşmesi yapma imkânı, bu kadar kapsamlı bir sorumluluğun yaratılmasına engel olur. Miras sözleşmesi yapmaktan vazgeçen muhatap, mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarruf iradesini neden göstermeden değiştirebileceğine ilişkin riski bilinçli olarak üzerine almış olur. Bu nedenlerle ilk sorumluluk modeli, culpa in testando sorumluluğu kapsamında değerlendirilemez⁴⁴. Mirasbırakanın aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ikinci sorumluluk modeli kapsamında ise, mirasbırakanın - daha önce verdiği miras sözüne aykırı olarak - ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesindeki değişiklik hakkında muhatabı aydınlatma yükümlülüğünün olup olmadığı ve bu anlamda bir culpa in testando sorumluluğunun doğup doğmayacağı tespit edilmeye çalışılır⁴⁵.

B. Miras Sözü Veren Mirasbırakana Aydınlatma Yükümlülüğünün Yüklenip Yüklenemeyeceği Sorunu

Aralarında yoğun bir temas, özel bir bağlantı kurulan kişiler, dürüstlük kuralı gereği birbirlerine doğru bilgi vermek, birbirlerini aydınlatmak, birbirlerinin kişi ve malvarlığı değerlerini korumakla yükümlüdürler. Edim yükümlülüğünden bağımsız olarak ortaya çıkan ve davranış veya koruma yükümlülüğü olarak adlandırılan bu yükümlülüğün kaynağı, TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı, güven ilkesidir. Şu halde güven ilkesi, somut bir edim ilişkisine ihtiyaç duymaksızın yükümlülük doğuran bir işleve sahiptir. Aralarında bir sözleşme bulunmasa dahi tarafların koruma yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁶. Bu koruma yükümlülüklerinden biri de aydınlatma yükümlülüğüdür⁴⁷.

⁴⁴ **Miserre**, s. 267 vd.

⁴⁵ **Miserre**, s. 231.

⁴⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 12 vd.; **Kırca**, Bilgi Verme, s. 157; **Serozan**, MHAD, s. 122 vd.; **Eren**, s. 40; **Erbek**, s. 37 vd. Koruma yükümlülükleri hakkında ayrıca bkz. **Canaris**, Claus- Wilhelm, "Ansprüche wegen "positives Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen", JZ 1965, s. 475 vd.

⁴⁷ Aydınlatma yükümlülüğü, burada olduğu gibi dürüstlük kuralına dayandırılabilir veya bir sözleşme ya da kanun hükmü söz konusu ise gündeme gelebilecek-

Aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmenin kuruluşunu veya ifasını ilgilendirmesi yönünden farklı aşamalarda ortaya çıkabilir⁴⁸. Sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada ortaya çıkan ve culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan⁴⁹ aydınlatma yükümlülüğü, muhatabın bilmediği; ancak sözleşme kurma iradesine etkisi yönünden önemli olduğu anlaşılan hususlar hakkında, talepte bulunulmasına gerek olmaksızın bilgi verme yükümlülüğü olarak tarif edilmektedir⁵⁰. Bu tarif borçlar hukuku alanından miras hukukuna aktarıldığında, mirasbırakanın culpa in testando sorumluluğu ile karşılaşılacaktır. Gerçekten, bir ölüme bağlı tasarrufun elde edileceğine ilişkin güven durumunu, kendisine isnat edilebilen açık bir sözle kesin bir biçimde yaratan kişi, muhatabın bu sözü tasarruflarına esas aldığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bazı hususlar hakkında bilgi verilmemesi, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal edebilir. Özellikle, söz verilen tasarrufun geri alındığının veya ölüme bağlı tasarruf iradesindeki değişiklik nedeniyle artık böyle bir tasarrufta bulunulmayacağına mirasbırakan tarafından muhataba bildirilmemesi halinde aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilmiş olur. Bu yükümlülüğün ihlali halinde mirasbırakan, muhatabın miras sözüne güvenmesi nedeniyle uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olur⁵¹.

Culpa in testando sorumluluğunun esası, mirasbırakanın hayatayken yaptığı bilinçli açıklamalarla üçüncü kişilerin hukuk alanına müdahale etmesine dayanır. Bu durum sağlararası bir işlemle yaratılmış olsaydı, güveni boşa çıkan kişi culpa in contrahendo tazminatı talep edebilecekti. “Çiftlik bırakma sözü” örneği sağlararası bir işleme uyarlandığında böyle bir sonuçla karşılaşılabilir. Şöyle ki, mirasbırakan hayatayken, çiftliğini bir sözleşmeyle yeğenine devredeceğini taahhüt etmiş; fakat daha sonra bu yöndeki düşüncesini değiştirmiş olsaydı, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında yeğenin yapmış olduğu bütün tasarrufları ve harcamaları tazmin etmekle yükümlü tutulabilecek-

tir. Yoksa genel bir aydınlatma, bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaz (Eren, s. 398-399; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 223).

⁴⁸ Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 227.

⁴⁹ Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 227.

⁵⁰ Ozanoğlu, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s. 196; Erbek, s. 67; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 227, dn. 217.

⁵¹ Miserre, s. 231-232.

ti. Zira mirasbırakan, düşüncesindeki söz konusu değişikliği zamanında yeğenine bildirmemiş, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmış olacaktı⁵². Culpa in contrahendo sorumluluğunu doğuran bu duruma benzer bir ilişki türü; mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufta bulunacağını bildirerek bir tür işlem teması oluşturduktan ve muhatap da çeşitli tasarruflarda bulunarak bu teması güçlendirdikten sonra, culpa in testando sorumluluğu yönünden doğabilir. Ölüme bağlı kazandırma, hem mirasbırakan hem de muhatap yönünden bir karşı edim olarak anlaşılmasına rağmen mirasbırakanın, yatırımlarını bu tasarrufa güvenilecek yapan muhatapı aydınlatma, bilgilendirme zorunluluğu olmaksızın ölüme bağlı kazandırmayı yapmaktan vazgeçmesi kabul edilemez. Bu durum ile sağlararası hukuki işlem temasında bulunan kişiler arasındaki hukuki durumu yaratan koşullar arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki halde de korunması gereken hukuki yarar aynıdır. Ölüme bağlı tasarruf serbestisine kayıtsızca bağlı kalınması, genel hareket serbestisinin aşılması halinde olduğu gibi benzer tehlikelerin doğmasına neden olur. Şu halde ölüme bağlı tasarruflar yönünden mirasbırakana, ölüme bağlı tasarrufu geri aldığı muhataba bildirme, muhatapı aydınlatma yükümlülüğü yüklenebilir⁵³. Bunun gibi, mirasbırakanın muhatapta geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yapılmış gibi bir görüntü uyandırdığı, şekil şartının yerine getirilmesi konusunda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçındığı hallerde de culpa in testando sorumluluğu gündeme gelebilir. Mirasbırakan, kendi yararına olabilecek bir şeyin yerine getirilmesini kabul ederek muhataptan bir yarar elde eder ve ona geçerli bir ölüme bağlı kazandırma yapılacağını tatmin edici biçimde garanti ederse, taraflar arasında bir güven ilişkisi doğmuş olur. Böyle bir durumda muhatapın güveni, sağlararası işlemler bakımından geçerli bir sözleşmenin kurulacağına olan güven kadar korunmaya değerdir. Objektif olarak geçersiz olan bir tasarrufun geçerliliği konusunda güven yaratılması, culpa in testando sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilir⁵⁴. Keza şekle tabi bir sözleşmenin ileride şekle bağlı olarak geçerli bir biçimde yapılacağı konusunda karşı tarafta bir güven yaratan kişi-

⁵² **Miserre**, s. 243-244; **Zankl**, s. 267. Sözleşme görüşmeleri aşamasında aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağı konusunda bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, s. 256; **Demircioğlu**, Culpa In Contrahendo, s. 222 vd.

⁵³ **Zankl**, s. 268, 270.

⁵⁴ **Zankl**, s. 269.

nin daha sonra şekle uygun bir sözleşme yapmaktan kaçınması culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabiliyorsa⁵⁵, mirasbırakanın benzer bir davranışla muhatapta geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yapılacağı konusunda güven tesis ettikten sonra bunu yapmaktan kaçınması, culpa in testando sorumluluğunu doğurabilir. Hatta sözü verilen ölüme bağlı tasarruf, muhatapla ileride geçerli bir miras sözleşmesi yapılmasına ilişkinse, culpa in testando sorumluluğuna dahi gitmeye gerek kalmaz. İleride geçerli olarak yapılacağına ilişkin bir güven uyandırılmasına rağmen, daha sonra geçerli bir miras sözleşmesi yapmaktan kaçınılması halinde mesele, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında çözülür. Zira burada artık mirasbırakanın sözleşmenin kurulması aşamasındaki kusurlu davranışı söz konusudur.

Mirasbırakana aydınlatma yükümlülüğünün yüklenmesi, ilk bakışta ölüme bağlı tasarruf serbestisinin ihlaline yol açacağı gerekçesiyle itiraza uğrayabilir. Ne var ki culpa in testando sorumluluğu, tasarrufun geri alınmasına değil, aydınlatma, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesine dayanır⁵⁶. Miras sözü vererek üçüncü kişinin zarara uğramasına yol açan kişinin (mirasbırakanın), miras hukukunda ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi ilkesinin, mirasbırakanı koruma düşüncesinin hakim olması nedeniyle sorumluluktan tamamen muaf tutulması haklı görülemez⁵⁷. Sağlararası hukuki işlemler yönünden, güven ilkesine dayanan sözleşme öncesi aydınlatma, açıklama yükümlülüğünün ihlali culpa in contrahendo sorumluluğuna neden olabiliyorsa, ölüme bağlı tasarruflar yönünden meydana gelebilecek benzer bir durumun da culpa in testando sorumluluğuna yol açabileceği kabul edilmelidir. Culpa in contrahendo sorumluluğu sözleşme serbestisine aykırı düşmüyorsa, culpa in testando sorumluluğu da ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine aykırı düşmez⁵⁸. Zira sözleşme serbestisi gibi, ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi de hukuk düzeninin sınırları içerisinde geçerli olup, dürüstlük kuralının ihlaline yol açacak biçimde kullanılamaz. Ölüme bağlı tasarruf serbestisinin saklı pay oranlarını ihlal etmediği ölçüde geçerli olması da bu serbestinin sınırsız olmadığını bir

⁵⁵ Eren, s. 1136-1137; Kocayusufpaşaoğlu, s. 327.

⁵⁶ Zankl, s. 265-266.

⁵⁷ Miserre, s. 243-244.

⁵⁸ Zankl, s. 265-266; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkey, Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 274.

başka yönden gösterir. Kaldı ki, verilen miras sözünden dönüldüğü konusunda muhatabın aydınlatılması yükümlülüğü, ölüme bağlı tasarruf iradesini değiştirme hakkını sınırlandırmaz⁵⁹. Mirasbırakan, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği sürece ölüme bağlı tasarruf serbestisi kapsamında dilediği gibi tasarrufta bulunabilecek, yaptığı tasarrufu herhangi bir yaptırım olmaksızın geri alabilecektir⁶⁰. Aksi halde, muhatabın yaratılan güvene dayanarak tasarrufta bulunduğunu görmesine rağmen, ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesinde değişiklik yaptığını bildirmeyen mirasbırakan, aydınlatma yükümlülüğüne aykırı biçimde ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisini kötüye kullanmış olur. Tasarruf serbestisi mirasbırakana, asılsız bir miras sözü vererek muhatabın malvarlığı alanına müdahale etme hakkını vermez. Mirasbırakana böyle bir koruma (aydınlatma) yükümlülüğünün yüklenmesi düşüncesi, başkalarının sömürülerek zarara uğramasının önüne geçilmesini sağlaması yönünden dikkate değerdir⁶¹. Aynı gerekçelerle, ölüme bağlı tasarruflarda tip sınırlılığı ilkesinin geçerli olması ya da tasarrufun karşılıksız olma özelliği de mirasbırakana böyle bir aydınlatma yükümlülüğünün yüklenmesine engel oluşturmaz. Ancak bu tür bir sorumluluğun doğması, mirasbırakana isnat edilebilmesi için, ihlalin özel bir ağırlıkta olması gerekir. Kural olarak, mirasbırakanın ihmali bir davranışı yeterli olmayıp, taraflar arasında oluşan bağlılığın kasıtlı bir davranışla ihlal edilmiş olması gerekir. İhtiyatsızca yapılan açıklamalar nedeniyle bir miras beklentisi yaratılmış olması, sorumluluğu doğuran özel bağlantının gerçekleşmiş sayılması için yeterli değildir⁶². Aksi halde, ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğüne kolaylıkla müdahale edilebilmesinin yolu açılmış olur. Ölüme bağlı tasarrufun her zaman serbestçe geri alınabilmesi, şekil zorunluluğu, yerine getirilmesi sözü verilen edimin karşılıksız olması karşısında güven ilişkisinin ihlali nedeniyle zararın doğduğunun kabulü, ancak özel bazı koşulların gerçekleşmesi halinde ve dar bir alana hasredilmek suretiyle mümkün olabilir. Bunun için, yalın bir miras sözünün ötesinde, bağlılık (sadakət) borcunun kasıtlı olarak ihlal edildiğini kanıtlayan bir davranışın mirasbırakana yüklen-

⁵⁹ **Miserre**, s. 237 vd.

⁶⁰ **Zankl**, s. 266; **Miserre**, s. 244.

⁶¹ **Miserre**, s. 243-244, 301.

⁶² **Miserre**, s. 256 vd.

nebilmesi özel bir önem taşır⁶³. Dikkat edilmesi gerek şey ise, kastın, bağlılık borcunun ihlal edilmesine yönelik olmasıdır. Yoksa muhatabı kasıtlı olarak zarara uğratma amacı varsa, artık culpa in testando sorumluluğu yaratmaya gerek kalmadan zarar, TBK m. 49/2 hükmüne göre haksız fiil tazminatı ile giderilir.

Mirasbırakana, sözü verilen tasarrufu geri aldığı veya ölüme bağlı tasarruf iradesindeki değişiklik nedeniyle söz verdiği gibi bir tasarrufta bulunmayacağını muhataba bildirme yükümlülüğünün yüklenmesi, ölüme bağlı tasarruf serbestisini sınırlandıran bir taahhüt olarak nitelendirilemez. Mirasbırakanı sağlararası bir işlemle ölüme bağlı tasarrufta bulunma veya tasarrufu geri alma konusunda yükümlülük altına sokan taahhütler bağlayıcı değildir⁶⁴. BGB § 2302 bu hususu açıkça düzenlemektedir. Buna göre; birini, bir ölüme bağlı tasarrufta bulunup bulunmama veya bu tasarrufu geri alıp almama hususunda yükümlülük altına sokan taahhütler geçersizdir⁶⁵. Bu hükümle amaçlanan, henüz somut olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesi oluşmadan önce, mirasbırakanın karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmasının önüne geçmektir. Aksi halde, borçlar hukukuna özgü bir taahhülle, henüz belirli bir biçime bürünmemiş olan ölüme bağlı tasarruflarda bulunma tehlikesinin doğacağı kabul edilmektedir. BGB § 2302 sadece, verilen miras sözünün yerine getirilmesi konusunda mirasbırakana borçlar hukuku anlamında bir yükümlülük yüklenmesine karşı genel bir yasak getirmektedir⁶⁶. Culpa in testando sorumluluğu ise, henüz yeterince

⁶³ **Miserre**, s. 267.

⁶⁴ **Serozan/Engin**, s. 273.

⁶⁵ Benzer bir düzenleme, Avusturya Medeni Kanunu'nda (ABGB) da yer almaktadır. ABGB § 879/2, b. 3'e göre, henüz hayattayken, üçüncü kişinin isteği doğrultusunda miras payı veya belirli mal bırakmaya ilişkin açıklamalar geçersizdir (<https://www.jusline.at>, 26.03.2017).

⁶⁶ **Miserre**, s. 291-292. Alman doktrininde, "testiervertrag" olarak adlandırılan ve mirasbırakanın, vasiyetname yapma taahhüdü veya vasiyetnameyi geri almama ilişkin taahhüdünün (kısaca vasiyetname sözleşmesi) geçerli olabileceğine, bu kurumun BGB § 2302'ye aykırı olmadığına ilişkin yeni bir görüş ileri sürülmüştür. Bu düşünceye, İngiliz hukukunda "contract to make a will" olarak ifade edilen ve bir ölüme bağlı tasarrufun yapılmasına, yapılmamasına veya bunun geri alınmamasına ilişkin sözleşmesel bir yükümlülüğü geçerli kabul eden anlayış öncülük etmiştir. Buna göre, sözü edilen biçimde bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunulması, ölüme bağlı tasarruf serbesti ilkesi ile çelişmez. Bu sonuç,

oluşmuş bir ölüme bağlı tasarruf iradesi olmaksızın, belirsiz bir miras bildirimi nedeniyle mirasbırakanın bağlanması sonucunu doğurmaz. Zira daha önce de belirtildiği üzere miras sözü, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf iradesini dilediğinde somutlaştırmasına veya değiştirmesine engel değildir⁶⁷. Bu nedenle culpa in testando sorumluluğu kapsamında mirasbırakana aydınlatma yükümlülüğünün yüklenmesi, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflara ilişkin olarak sağlararası bir işlemle yükümlülük altına sokulamayacağı kuralına (ve BGB § 2302'ye) aykırı düşmez. Bunun gibi culpa in testando sorumluluğu, miras sözleşmesinin koruyucu hükümlerinin dolanılması veya belirsiz birtakım miras bildirimlerinin hukuken bağlayıcı niteliğe dönüşmesi tehlikesini de yaratmaz⁶⁸. Sadece, muhatapla kurulan özel bağlantı nedeniyle mirasbırakana aydınlatma yükümlülüğü yükler.

C. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Culpa in Testando Sorumluluğunun Sınırı

Mirasbırakan, kapsamı yukarıda belirtilen aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle muhatabın uğradığı güven zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Buradaki zararının tazmini, sözü verilen karşılıksız kazandırmanın değerinin tazmini değildir. Bu nedenle, muhatabın mirası elde etmeye ilişkin bir beklenen hakkının bulunmadığı⁶⁹ gerekçeyle miras hukuku alanında güvenin korumasından söz edilemeyeceği

Testiervertrag'da olduğu gibi borçlandırıcı bir bağlılık yaratan hallerde öncelikle kabul edilmelidir. BGB § 2302 ile amaçlananın, miras sözleşmesinin müstesnalığını, mirasçılarının temel haklarını, hukuki belirliliği koruma altına almak olmadığı belirtilmektedir (**Kaulbach**, Ann-Marie Cathérine, *Gestaltungsfreiheit im Erbrecht*, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 2012, s. 241-242, 56 vd.). Testiervertrag kavramı yerine aynı anlama gelecek biçimde miras hukukuna ilişkin borç sözleşmesi (erbrechtliche Verpflichtungsvertrag) ifadesinin kullanımı için bkz. **Battes**, Robert, "Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts – Ziele, Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2302 BGB –", *AcP* 178, 1978, s. 337 vd.

⁶⁷ **Miserre**, s. 293. Benzer biçimde bkz. **Zankl**, s. 269.

⁶⁸ **Miserre**, s. 292.

⁶⁹ Mirasbırakan hayattayken müstakbel mirasçı veya vasiyet alacaklısının bir beklenen hakkı bulunmaz (**Dural**, Mustafa, Öz/Turgut, *Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku*, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 50; **Serozan/Engin**, s. 72-73; **Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek, *Miras Hukuku*, Legal Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2015, s. 45 vd.).

itirazında bulunulamaz. Keza burada söz konusu olan, ifa etmeme nedeniyle birincil talebin yerine geçen tazminat talebi olmadığından, güven zararının tazmini ikincil nitelikte bir talep değildir. Culpa in testando sorumluluğu, bir ilk (birincil) talebin varlığını gerektirmez. İfa talebi ve korunmaya değer bir ifa çıkarı bulunmadığından hak sahibinin ifa davası açma yetkisinin olmaması, culpa in testando sorumluluğunun ilk doğal sınırı olarak tayin edilebilir. Bundan başka culpa in testando sorumluluğu, uygulama alanının kesin bir biçimde belirlenebilmesi amacıyla çeşitli yönlerden sınırlandırılmalıdır. Sadece illiyet bağı bulunan güven tasarruflarının tazmin edilebilir nitelikte olması gereği, bu sınırlardan biridir. Söz gelimi, miras sözüne uygun olarak yapılmış bir vasiyetnamenin geri alınmasında, mirasbırakanın vasiyetnameyi geri aldığı muhataba bildirmesi gerektiği andan sonra yapılan tasarruflar için culpa in testando sorumluluğu gündeme gelebilir. Muhatabın geri almadan önce yaptığı masraflar bu kapsamda yer almaz. Zira mirasbırakan, sorumluluğa uygun olarak daha sonra aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirse bile bu tür tasarruflar muhatap tarafından yapılabileceğinden, bu ana kadar ihlal ile zarar arasında sorumluluk doğuran bir illiyet bağının bulunduğundan söz edilemez. Keza muhatabın tasarrufları miras sözüne güvenden kaynaklanmıyorsa veya muhatap, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş olsaydı dahi aynı tasarrufları yine de yapacak idiyse, illiyet bağı bulunmadığından zararın tazmininden söz edilemez⁷⁰.

Culpa in testando sorumluluğunun bir diğer sınırını, güven zararının tazmininin farazi ifa yararı yoluyla sınırlandırılması gerekliliği oluşturur. Ölüme bağlı kazandırmayla elde edilecek yararı ekonomik olarak işlevsiz kılacak kadar yüksek olan masraflar “tasarruf” olarak değerlendirilmezler. Sorumluluğa objektif bir sınır çizilebilmesi yönünden, yapılacağı bildirilen kazandırma ile bu kazandırmanın potansiyel alıcısının yaptığı tasarruflar arasında maddi bir bağlantının olması gerekir. Bu bağlamda culpa in testando sorumluluğu sadece, beklenen kazandırmaya karşılık verilen tipik bir tepkinin sonucunda meydana gelen zararları kapsar. Yoksa “çiftlik bırakma sözü” örneğinde yeğenin, ölüme bağlı tasarrufla kendisine bırakılmasını beklediği çiftliğin geliriyle masrafını karşılamayı düşündüğü lüks bir otomobil satın alması halinde, korunmaya değer bir kazanç beklentisi bulunmaz⁷¹.

⁷⁰ Miserre, s. 262 vd.

⁷¹ Zankl, s. 268.

Miras sözleşmesi yapma imkânı, culpa in testando sorumluluğunu sınırlandırabilecek bir başka unsur olarak değerlendirilebilir. Öyle ki, muhatabın miras sözleşmesi yapmaktan feragat etmiş olması, bazı hallerde tazminatın belirlenmesinde ortak kusur olarak dikkate alınabilir. Bununla birlikte, muhataptan miras sözleşmesi yapılmasında ısrarcı olmasını beklemek, özellikle güvenin ailevi ilişkilerden ileri geliyor olması, miras sözünün ispatındaki zorluk, ölümün tabu olarak görülmesi gibi özel durumlarda mümkün olmayabileceği gözden uzak tutulamaz⁷². Kaldı ki culpa in testando sorumluluğu, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline ilişkindir. Aydınlatma yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde muhatap, karşı tarafın kendisini aydınlatmakla yükümlü olduğundan, bu kapsamda kendisine verilmesi gereken bilgiden haberdar değildir. O ancak, bu yükümlülüğün ihlal edilmesi nedeniyle bir zarara uğradığında durumdan haberdar olur⁷³. Bu nedenle muhataba, sözü verilen şeyin geçerli bir ölüme bağlı tasarrufla yapılmasını sağlama ya da bunu kontrol etme yükümlülüğü yüklenemez. Muhatabın bu yükümlülüğü yerine getirmemesi, culpa in testando sorumluluğu kapsamında hükmedilecek tazminat miktarını etkilemez⁷⁴.

Mirasbırakanın miras sözünü yerine getirmemesinin haklı bir nedene dayanması, culpa in testando sorumluluğuna dayanan tazminat taleplerine engel olur. Miras sözünün yerine getirilmemesi, muhatabın bizzat kendi yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle meydana gelmişse, mirasbırakan tazminatla yükümlü olmaz. Miras sözünün verilmesi, muhatabın hileli davranışına veya hukuka aykırı korkutmasına dayanıyorsa da sorumluluk söz konusu olmaz⁷⁵. Keza muhatabın bir davranışı mirastan yoksunluk veya çıkarılma sebebi oluşturuyorsa, mirasbırakanın aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmalıdır⁷⁶.

⁷² **Miserre**, s. 264.

⁷³ **Erbek**, s. 70-71.

⁷⁴ Muhatabın, söz verilen kazandırmaya ilişkin ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakan tarafından ibraz edilmesinde ve bunun gerekli şekilde uygun olarak yapıp yapılmadığını kontrol etmede ihmalinin olması halinde ortak kusurun göz önünde bulundurulması düşünülebilirse de muhataba böyle bir yükümlülüğün yüklenebileceği yönünde bkz. **Zankl**, s. 270.

⁷⁵ **Miserre**, s. 265.

⁷⁶ **Zankl**, s. 266, dn. 6.

IV. CULPA IN TESTANDO SORUMLULUĞU KAPSAMINDA HÜKMEDİLECEK TAZMİNAT

Edim yükümlülüğünden farklı olarak, güven ilişkisinden doğan koruma yükümlülüğünün bağımsız olarak ifası talep edilemez. Ancak bu yükümlülüğün ihlal edilmesi nedeniyle tazminat talebinde bulunulabilir⁷⁷. Bir koruma yükümlülüğü olan aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden doğan culpa in testando sorumluluğu da muhataba, bu yükümlülük kapsamında bilgilendirme yapılması amacıyla dava açma hakkı tanımaz. Aynı sonuç, gelecekte miras hakkına sahip olunup olunmayacağına tespitine ilişkin bir davanın açılmasının hukuken mümkün olmamasından⁷⁸ da çıkarılabilir. Culpa in testando sorumluluğu, bir koruma yükümlülüğünün ihlali halinde oluşan güven zararının (olumsuz zararın)⁷⁹ tazmin edilmesinden başka bir şey değildir⁸⁰. Koruma yükümlülüğü, edim yükümlülüğünde olduğu gibi ifa çıkarına değil, güven ilişkisinin ihlalinden doğabilecek zarardan uzak tutma çıkarına yönelir⁸¹. Bu nedenle muhatap, verilen sözün yerine getirilmesini (aynen ifayı) isteyemeyeceği gibi, borcun ifa edilmediği gerekçesiyle tazminat da isteyemez⁸². Gerçekten burada hukuka aykırı olan davranış, mirasbırakanın söz verdiği tasarrufu geri alması veya tasarrufu yapma konusundaki iradesini değiştirmesi değil, bunu geri aldığı veya tasarrufu artık yapmayacağı konusunda muhatapı aydınlatmamış olmasıdır. Mirasbırakanın aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranışı, söz verilen şeyin ifa edilmemesinden doğan bir zarara yol açmaz⁸³. Culpa in

⁷⁷ Eren, s. 41; Kırcı, Bilgi Verme, s. 157; Demircioğlu, Sempozyum, s. 223.

⁷⁸ Bu konuda bkz. Antalya/Sağlam, s. 52.

⁷⁹ Hukukumuzda güven zararı, olumsuz zarar kavramıyla aynı anlamda kullanılmaktadır (Serozan, İfa Engelleri, s. 178; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 263; Antalya, s. 192). Buna karşılık, taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmadığı, sadece koruma veya özen yükümlülüğünün ihlal edildiği hallerde güven zararı yerine olumsuz zarardan söz edilmesinin isabetli olmadığı yönünde bkz. Kırcı, Bilgi Verme, s. 207, dn. 1121; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 270.

⁸⁰ Miserre, s. 264-265, 293.

⁸¹ Serozan, MHAD, s. 118.

⁸² Zankl, s. 268; Miserre, s. 293.

⁸³ Zankl, s. 268. Canaris güven sorumluluğu yönünden güvenin pozitif ve negatif koruması ayırımını yapmaktadır. Güvenin pozitif korumasında güvenenin güvendiği duruma uygun olan hal sağlanır. Bu durumda ifa talebinde bulunulabilir. Buna karşılık güvenin negatif koruması (negatif güven zararının tazmini), güve-

testando sorumluluğu, söz verilen şeyin elde edilebilmesini sağlamaya yönelik olmayıp, haksız olarak uyandırılmış olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Kaldı ki muhatabın, söz verilen ölüme bağlı tasarrufun güvenine uygun olarak yapılmasını istemesi, mirasbırakanın tasarruf serbestisini ihlal eder⁸⁴. Aynı nedenlerle culpa in testando sorumluluğu muhataba, sözlü olarak verilen tek taraflı vaadi teknik anlamda bir mirasçı atama olarak yorumlama imkânını tanımaz. Zira culpa in testando sorumluluğu, miras hukukuna ilişkin sıkı şekil kurallarını zayıflatma amacına yönelemez. Sorumluluk, koruma yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle meydana gelen güven zararın tazmin edilmesine ilişkindir⁸⁵. Culpa in contrahendo sorumluluğu ile dar anlamda güven sorumluluğunda da tazmin edilecek olan zararın kural olarak güven zararı olduğu kabul edilmekte⁸⁶ ve bu zarar, koruma yükümlülüğü ihlal edilmesiydi uğranılmayacak olan zarar olarak tanımlanmaktadır⁸⁷.

Culpa in testando sorumluluğu, ihlalin gerçekleştiği; yani mirasbırakanın, muhatabı bilgilendirmeksizin ve bu tasarrufların karşılığını ödemeksizin, söz verilen ölüme bağlı tasarrufu geri aldığı veya bu yöndeki iradeden vazgeçtiği anda doğar. Bu anlamda bir güven zararının doğduğunun açıklığa kavuşması, çoğu zaman ölümden sonra mümkün olur. Zira ancak bundan sonra kesin bir biçimde kimlerin mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğu tespit edilebilir. Bu halde güveni boşa çıkan muhatap, mirasbırakanın terekesine başvurabilir, onun mirasçılarında

nenin, güvendiği duruma güvenmeseydi hangi durumda bulunacak idiyse o durumun yeniden sağlanmasına ilişkindir. Başka bir ifadeyle, güvenin boşa çıkmasından doğan zararın giderilmesi amaçlanır. Yoksa güvenin pozitif korumasında olduğu gibi muhatap (güvenen kişi), güvendiği durumun korunması ve güvendiği durumun kendisinin güvendiği biçime uygun hale getirilmesini talep edemez (**Canaris**, Vertrauenshaftung, s. 5-6, 526 vd. Ayrıca bkz. **Kırca**, Bilgi Verme, s. 135-136). Güven sorumluluğu, çoğu zaman negatif güven koruması biçiminde ortaya çıkar (**Erbek**, s. 64).

⁸⁴ Ayrıca gerçek durumun öğrenilmesi çoğu zaman ölümden sonraya isabet ettiğinden, böyle bir talebin icra edilme olanağı fiili olarak da imkânsızdır.

⁸⁵ **Miserre**, s. 293.

⁸⁶ **Antalya**, s. 182, 192; **Demircioğlu**, Culpa In Contrahendo, s. 263 vd.; **Kırca**, Bilgi Verme, s. 207.

⁸⁷ **Kırca**, Bilgi Verme, s. 207; **Demircioğlu**, Culpa In Contrahendo, s. 270. Benzer biçimde bkz. **Antalya**, s. 182, 192.

karşı tazminat talebinde bulunabilir. Zira güven zararını tazmin etme borcu mirasbırakana aittir⁸⁸. Terekeye yöneltilecek bu tür taleplere engel olunması için, mirasbırakanın hayattayken aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması yeterli olacaktır⁸⁹. Muhataba, mirasbırakanın sorumlu olduğu güven zararı nedeniyle mirasçılara başvurma imkânının tanınmasının, mirasçılarla muhatap arasındaki menfaat dengesini dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak biçimde bozduğundan da söz edilemez. Bir tarafta, sadece payına düşen bir menfaatten (mirastan) kısmen vazgeçmek durumunda olan mirasçı, diğer tarafta ise bir zarara uğrayan muhatap (mirasçı veya vasiyet alacaklısı) bulunmaktadır. Böyle bir durumda asıl mirasçının tam mirası elde etmeye olan çıkarı, güveni boşa çıkan muhatabın (mirasçı veya vasiyet alacaklısının) çıkarına üstün tutulamaz⁹⁰.

Culpa in testando sorumluluğu kapsamında hükmedilecek tazminata hangi hükümlerin uygulanacağı sorunu, yine güven ilkesinden türetilen sorumluluk türlerinde benimsenen görüşe uygun olarak çözülmelidir. Güven ilkesinden doğan sözleşme benzeri borç ilişkileri olarak nitelendirilen⁹¹ culpa in contrahendo sorumluluğu ile güven sorumluluğu kapsamında hükmedilecek tazminata sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanacağı genellikle kabul edilmektedir⁹². Zira sözleşmesel güvene yakın ilişkilerin kurulduğu ve güven ilkesinin dayanak yapıldığı bu tür sorumlulukların temelinde haksız fiil hukukunun yetersizliği yatmaktadır⁹³. Şu halde bu sorumluluk türlerinde de ispat yükü, zamanaşımı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk yönünden, haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha üstün olan sözleşme sorumluluğu hükümleri

⁸⁸ **Miserre**, s. 266.

⁸⁹ **Zankl**, s. 266.

⁹⁰ **Miserre**, s. 266. Benzer biçimde bkz. **Battes**, s. 380.

⁹¹ **Antalya**, s. 179, 194; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 253-254; **Eren**, s. 1131.

⁹² Culpa in contrahendo yönünden bkz. **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2012, N. 48.07; **Eren**, s. 1131; **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 431; **Hatemi**, s. 557; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 979; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 254 vd.; **Antalya**, s. 194; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 9. Güven sorumluluğu yönünden bkz. **Demircioğlu**, Culpa In Contrahendo, s. 174; **Antalya**, s. 183; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 261.

⁹³ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 261.

uygulanabilecektir⁹⁴. Bu sonuç, benzer bir sorumluluk türü olan culpa in testando sorumluluğu yönünden de kabul edilmelidir.

SONUÇ

Culpa in testando sorumluluğu, güven ilkesinden ve hukukumuz yönünden kanundan doğan bir sorumluluk türüdür. Verilen miras sözünün boşa çıkarılması, temelini güven ilkesinin oluşturduğu culpa in contrahendo ve güven sorumluluğunda olduğu gibi normatif anlamda korunmaya değer bir güven yaratabilir. İki kişi arasında oluşan yoğun temas nedeniyle taraflara koruma yükümlülüğünün yüklenmesi sağlararası hukuki işlemler yönünden kabul edilebiliyorsa, ölüme bağlı tasarruflar yönünden kabul edilmesinde de bir sakınca bulunmaz. Yeter ki güven ilkesinden doğan sorumluluklarda aranan özel bağlantı gerçekleşmiş olsun. Bu özel bağlantının tespitinde esas olarak culpa in contrahendo sorumluluğundan yararlanılabilecekse de uygun düştüğü ölçüde güven sorumluluğuna da başvurulabilir.

Culpa in testando sorumluluğu, mirasbırakana bir koruma, muhatabı aydınlatma yükümlülüğü yükler. Bu yükümlülüğün ihlalden bir sorumluluğun doğabileceği; ölüme bağlı tasarrufların karşılıksız olma özelliği, mirasbırakanın tasarruf serbestisi ileri sürülerek reddedilemez. Aydınlatma yükümlülüğü, mirasbırakanın serbestçe ölüme bağlı tasarrufta bulunmasına engel değildir. O, dilediği gibi tasarrufta bulunmakta serbesttir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme serbestisini ihlal etmemesinde olduğu gibi culpa in testando sorumluluğu da ölüme bağlı tasarruf serbestisini ihlal etmez. Buna karşılık, mirasbırakanın, yarattığı güvene aykırı olarak ölüme bağlı tasarruf iradesindeki değişikliği bildirmemesi nedeniyle muhatabın zarara uğramasına göz yumulmasının dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı açıktır. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması, mirasbırakana aydınlatma yükümlülüğünün yüklenmesini gerekli kılar. Bu yükümlülüğün ihlali nedeniyle muhatabın uğradığı güven zararı, culpa in testando sorumluluğu kapsamında tazmin edilir. Sağlararası hukuki işlemler yönünden kabul gören culpa in contrahendo sorumluluğuna koşut olan culpa in testando sorumluluğunun mevcut hukuk sistemine yabancı, yadırganan bir sorumluluk türü olduğundan söz edilemez.

⁹⁴ Schwenzer, N. 48.03; Eren, s. 1131; Demircioğlu, Culpa In Contrahendo, s. 174, 259 vd.; Serozan, İfa Engelleri, s. 261.

KAYNAKÇA

- Antalya**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek, Miras Hukuku, Legal Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2015.
- Ateş**, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB, S. 72, 2007.
- Ballerstedt**, Kurt, “Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter”, AcP 151 (1950/1951).
- Barlas**, Nami, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İHFM, C. LV, S. 3, 1997.
- Battes**, Robert, “Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts – Ziele, Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2302 BGB –“, AcP 178, 1978.
- Canaris**, Claus- Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971 (Vertrauenshaftung).
- Canaris**, Claus- Wilhelm, “Ansprüche wegen “positives Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen”, JZ 1965.
- Demircioğlu**, Huriye Reyhan, “Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabasının Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumlulukları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009 (Sempozyum).
- Demircioğlu**, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 (Culpa In Contrahendo).
- Dölle**, Hans, “Aussergesetzliche Schuldpflichten”, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 103, 1943.
- Dural**, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- Erbek**, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Doktora Tezi, 2010, <http://acikerisim.deu.edu.tr>.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Gürpınar**, Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.
- Hatemi**, Hüseyin, “Emeklilik Dersi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, 2007/2.
- Kalkan Oğuztürk**, Burcu, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

- Kaulbach**, Ann-Marie Cathérine, *Gestaltungsfreiheit im Erbrecht*, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 2012.
- Kırca**, Çiğdem, *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004 (Bilgi Verme).
- Kırca**, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 1, 2001 (Örtülü Boşluk).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Birinci Cilt*, 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Miserre**, Roman, *Die “culpa in testando”-Möglichkeiten und Grenzen einer Vertrauenshaftung im Erbrecht-*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2002.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Ozanoğlu**, Hasan, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999.
- Öztan**, Bilge/Öztan, Fırat, “İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun’un 24/a/III’üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun’un 85/II’inci Maddesinin Durumu”, *Jale G. Akipek’e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991.
- Schwenzer**, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2012.
- Serozan**, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014 (İfa Engelleri).
- Serozan**, Rona, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyeye Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, *MHAD*, 1968 (MHAD).
- Serozan**, Rona, “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2007.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Tekinay**, Selahattin S./**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- Zankl**, Wolfgang, “Culpa in testando bei Widerruf und Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen”, *Österreichische Notariats Zeitung (NZ)*, 1995.

Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi



Yrd. Doç. Dr. Nurcan İPEK*

ÖZET

Romalıların kabul ettikleri efsanevi kuruluş hikâyesinin kahramanları: Romulus ve Remus kardeşler. Onlar da terk edilen ve mucizevi bir şekilde hayatta kalmayı başarmış yeni doğmuş bebeklerdi.

Romalı tarihçi ve hukukçuların ayrıntılı olarak tartışmadıkları “yeni doğan bebeğin terki” meselesi, demografik bakımdan önem taşıması yanında; sosyolojik ve hukuki olarak da değerlendirilmesi gereken bir konu. Bu meselenin mümkün olduğunca iyi anlaşılabilmesi sağlamak için, çalışmamızda, önce Roma ailesine ve Romalı çocuğun hukuki durumuna kısaca değinmenin faydalı olacağı düşünülmüştür. Ardından çağdaş toplumlarda da var olan ve benzer nedenlerle gerçekleşen “yeni doğan bebeğin terki”; sebepleri, etkileri ve sonuçları bakımından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Roma ailesi, çocuğun terki, *ius exponendi*, *familia*, *patria potestas*, *pater familias*, *infans*, *impubes*, *filia familia*, *filius familias*,

ABSTRACT

The protagonists of the legendary foundation story that Romans accept: Romulus and Remus brothers. They were also newly born babies who were abandoned and survived in a miracle way.

The issue of “abandonment of newborn babies”, which was not discussed in detail by the Roman historians and jurists, is not only of demographical importance, but also a subject that should be evaluated from sociological and legal aspects. In order to ensure that this subject be understood as fully as possible, we thought that it would be useful

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

to begin our work with touching briefly upon the Roman family and the status of the Roman child. Subsequently, the “abandonment of the newborn baby”, which also exists in modern societies with similar reasons, was evaluated in terms of its reasons, effects and consequences.

Keywords: Roman family, abandonment of the child, *ius expouendi*, *familia*, *patria potestas*, *pater familias*, *infans*, *impubes*, *filia familia*, *filius familia*,

GİRİŞ

Antik dünyanın diğer toplumlarına ilişkin kaynaklarda olduğu gibi, Roma toplumuna yönelik olanlarda da “çocuklar”, ayrıntılı olarak tartışılmayan alanı oluşturmaktadır. Romalı tarihçi ve yazarların eserleri yanında hukuki metinler, mektuplar, söylevler ve anılar incelendiğinde¹, Roma toplumundaki çocukların yaşamlarına ilişkin kaynakların azlığı dikkat çeker. Söz konusu yazılı belgelerde “çocuk” nadiren görülür. Bunun en önemli nedeni arkaik dönemde Roma ailesinin statüsü² aşamasından geçmesidir³. Özellikle bu dönemde; aile kurumunun, kamusal alanla kesişemeyeceği bir eşik oluşturması ve mahremiyetin iyi korunduğu aile kurumunu her durumda soruşturmanın zorluğu⁴ kaynaklara da

¹ Roma tarihine ilişkin yazılı eserleri iki grupta toplayabiliriz: Birinci grupta antik edebiyat kapsamına giren tarih, felsefe, drama eserleri, destanlar, biyografyalar, şiirler yanında hukuk, coğrafya, ulaşım, tarım, mimari, tıp, matematik ve teknik konulardaki ihtisas eserleri ikinci grupta ise resmi belgeler, yasalar, idari evraklar, mektuplar, propaganda yazıları, söylevler ve anılar yer alır. Roma ailesinde çocuk ve çocuğun durumu incelenirken her iki grup eserden yararlanılmıştır. Yazılı kaynakların değerlendirilmesi ve sınıflandırılması için bkz. İplikçioğlu B., *Eskibatı Tarihi I, Giriş, Kaynaklar, Bibliyografya*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1997, s. 42-47.

² “*Status familiae*” kavramı, bir Romalının özel hukuk (*ius privatum*) kapsamında aile içindeki durumuna göre haklarını ve borçlarını belirler. Romalılar aile içinde ya *sui iuris* (kendi hukukuna tâbi olan) ya da *alieni iuris* (başkasının hukukuna tâbi olan) olarak yer alırlar. Haklara ve borçlara ehil olanlar *sui iuris*’dir. *Alieni iuris* ise hak sahibi olamaz, borç altına giremez. Dolayısıyla *alieni iuris*, bir *sui iuris*’in hâkimiyeti altındadır. Diğer bir anlatımla onun hukukuna tâbidir.

³ **Plescica J.**, *Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini*, çev. Diler Tamer Güven, Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.925.

⁴ **Boswell J. E.**, *Expositio and Oblatio: The Abandonment of Children and the Ancient and Medieval Family*, *The American Historical Review*, Vol. 89, No. 1 (Feb., 1984), Oxford University Press on behalf of the American Historical Asso-

yansımıştır. Kaynakların, çocukların aile ve toplum içindeki durumlarına yeteri kadar ışık tutmadığı açıktır. Üstelik tarihi ve edebi kaynaklar, özellikle belirli bir zamana ve toplumun küçük bir grubuna ait bilgiler içermektedir. Eserler, M.Ö.2.yy.⁵ ve M.S.3.yy. arasında Roma şehrinin elit aristokratlarının yaşamlarına değindiğinden, toplumun alt sınıfına dahil olan çocuklar hakkında bilgimiz sınırlıdır. Diğer taraftan Roma İmparatorluğu geniş bir coğrafi alanda üstünlük gösterdiği için çocukların durumu bir eyaletten diğer eyalete farklılık gösterebilir. Nitekim çocukluk evresine ait bazı konularda birkaç yüzyıldır süren bilimsel tartışmaların varlığı, belli konuların açıklığa kavuşturulmadığına işaret etmektedir. Diğer taraftan Romalıların yaşamında büyük bir güç olan gelenek, Roma aile kurumunu da etkisi altına almış ve aile kurumunun gelişimi köklü müdahalelerle kesilmemiş ya da en azından müdahaleler aniden gerçekleşmemiştir. Aile kurumu içinde çocukların hukuki statüsünde de bu özelliği görmek mümkündür⁶. Ancak, klasik dönemde sözleşme dönemine giren Roma toplumunda, çocuklar üzerindeki baba

ciation, s. 10 (<http://0210k5bq8.y.https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/1855916.pdf?refreqid=search%3Aefc800071e30cc2f98e17fe0887e863b>).

- ⁵ Kendilerine özgü bir tarih yazma biçimi geliştirmeyen Eski Romalılar, Greklerin tarih yazımından büyük ölçüde etkilenmiştir. Tarih yazımında, başlangıç sayılabilecek girişimler olmakla birlikte, edebi eserlerin başlangıcı çok daha sonradır. Roma'da özellikle tarih yazımı M.Ö.3.yy.da, Kartaca savaşları sırasında başlamıştır. Bu dönemde yaşamış olan senatörlerin ilk tarih yazarları olması tesadüf değildir. Çünkü Romalılar tarih yazımını bir bilim değil, siyasetin bir parçası olarak görüyorlardı. Bu yazarlar, Roma politikasını açıklamak ve haklı göstermek istediklerinden Grek dünyasının Roma düşmanlığına karşılık vermek amacıyla Roma'yı tanıtmak ve ona karşı sevgi ve saygı uyandırmak için yazı dili olarak Grekçeyi kullanmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demiriş B.**, Grek'lerde ve Romalı'larda Tarih Yazımı 2: Romalı'larda Tarih Yazımı, Anadolu Araştırmaları Dergisi (İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Hititoloji, Protohistorya ve Önasya Arkeolojisi ve Eskiçağ Tarihi Anabilim Dalları Tarafından Yayınlanır), S. XV, Edebiyat Fakültesi Basımevi, İstanbul 1999, s.431-459 (ayrı basım); İplikçioğlu B., s.59.
- ⁶ Roma aile kurumu uzunca bir zaman dilimi içinde önemli bir gelişim kaydetmiş, başlangıçtaki yapısından farklı bir görünüm kazanmıştır. Roma aile kurumunun değişiminin sebepleri şunlardır: Yabancı kavimlere mensup kişilerle gerçekleşen ticari ilişkilerin ortaya çıkması ve artması; ordunun ve meslek haline gelmiş askerliğin önem kazanması; aile reisinin, aile evlatlarına yönetmeleri ve işletmeleri için malvarlıklarından ayırarak verdikleri, mülkiyeti aile reisine ait olmakla bera-

hâkimiyeti (*patria potestas*), yerini kamu hâkimiyetine (*publica potestas*) bırakmıştır. Böylelikle aile reisi, *patria potestas* kapsamındaki yetkilerini, *publica potestas* yararına yitirmiştir⁷. Bir başka anlatımla, babanın aile evlatları üzerindeki mutlak hâkimiyetine zamanla gedikler açılmaya başlanmış ve çocukların hukuki durumu da değişmiştir.

Roma toplumuna ve hukukuna baktığımızda, Romalıların, “çocukluğu”, hayatın bir evresi olarak görmeyi ihmal etmediklerini görürüz. Nitekim gerek hukuki metinler gerekse tarihi ve edebi metinler, çocuğun hukuki durumu, bakımı, eğitimi, evlat edinilmesi, terk edilmesi ve istismarı hakkında bize az çok bilgi vermektedir. Söz konusu eserlerde, üzerinde durulan temel konuları şu şekilde sıralayabiliriz: Yeni doğan bebeğin aileye kabulü; çocuğun eğitiminin önemi; infantisid ve çocuğu terk etme olayları; çocuğun tanınması, babanın ölümünden sonra doğan bebeğin yasal mirasçılığı, kadının doğmamış çocuğu adına mülkiyet hakkına sahip olması ya da doğmamış çocuğu adına yalan beyanla mülkiyet hakkı edinmesi, bir kadının başkasının çocuğunu kendi çocuğu gibi göstermesi ve bu yönde kadına yapılan suçlama vb.

Arkaik ve klasik dönem Roma ailesinde çocuğun hukuki durumunu ve terk edilen çocuk meselesini ele alan bu çalışmamızda; ayrıca onun, sosyal ve hukuki statüsünde değişikliğe yol açan Hıristiyanlık düşüncesinin etki ve sonuçlarına sınırlı olarak değinilmiştir. Dolayısıyla Romalının “çocukluk” evresini ve terk edilen çocukların durumunu incelediğimiz tarihsel dönem, esas olarak M.Ö.2.yy. – M.S.3.yy. arasındır.

I-) ROMA AİLESİ

1-) GENEL OLARAK

Arkaik dönemde Roma toplumunun örgütlenmesinde aileden önce soy’un birim olarak ele alındığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle Roma devleti, kabile temelinde kurulmuş bir toplumdur. Roma’nın kuruluşundan sonra bir kaç yüzyıl soy örgütlenme canlılığını sürdürebilmiş⁸ ancak M.Ö. 2.yy.dan itibaren ataerkil kabile ve sülalelere verilen

ber aile evladının fiilen kullandığı, yararlandığı mallar veya ekonomik değeri olan hakların (*peculium*), aile evlatlarına ekonomik anlamda hukuki serbesti sağlaması.

⁷ Plescia J., s.926.

⁸ Morgan L.H., Ancient Society (Eski Toplum), C.II, çev. Ünsal Özkay, İstanbul 1998, s.17.

önem azalmış ve akrabalık, yakın akrabalarla sınırlanmaya başlamıştır⁹. Soy örgütlenme, bazı âdetlerini korumakla birlikte¹⁰ zaman içinde gerilemiş¹¹ ve toplumsal örgütlenmede, aile ön plana çıkmıştır. *Gens*'lerin¹² yok oluşu sonucunda, hâkimiyet esasına dayalı hısımlığın terk edilerek kan hısımlığının ortaya çıktığı iddia edilmektedir¹³. Anaerkil rejimden de geçtiği kabul edilen¹⁴ ancak hukuk tarihinde ataerkil aile sisteminin örneğini teşkil eden Roma ailesi¹⁵, toplumsal dönüşümler ve zihniyet değişimleri yüzünden, diğer kurumlara oranla, çok daha fazla etkilenip

⁹ Goody J., Avrupa'da Aile, çev. Serpil Arısoy, İstanbul 2004, s.7.

¹⁰ Dinsel ritüellerin yerine getirilmesi yükümlülüğü; aile içinde evlenme yasağı; özellikle devletin çok güçlü olmadığı ilkel dönemlere ait bir usul olarak kişilerin haklarını takip etmede, soy'a dahil olan üyelerin yardımına ve korumasına ihtiyaç duyulması (devletin güçlenip kişilerin artık vatandaş durumuna gelmesi, bu korumayı devletten beklemesine neden olmuştur; bu nedenle değişen âdetlerden biri de budur) ve aile üyeleri üzerinde erkek üst soyun hâkimiyet esasının kabul edilmesi uygulanmaya devam etmiştir.

¹¹ Morgan L.H., s.23.

¹² *Gens* (kabile) şehir devletinden (*civitas*) önce var olan devlete dahil bir birliktir. Genellikle kabul edilen görüşe göre aynı soydan gelen ya da aynı soydan geldiğine inanan kişilerin oluşturduğu topluluktur. Bu topluluğun kendine özgü ilahları ve tapınma âdetleri vardır. Bu topluluk *civitas*'lar ortaya çıktıktan sonra da onun içinde yaşamaya devam etmişler ancak bağımsızlıklarını kaybetmişlerdir.

¹³ Goody J., s.7.

¹⁴ Roma ailesinde klasik devre kadar özellikle büyü formüllerinde anaerkil rejimin izleri görülür. Büyücülerin hedef aldıkları kişinin ismine babasının değil, annesinin ismini eklemeleri, çocukların anneleriyle ilişkilendirildiğini göstermektedir. Huvelin P., La notion de l' "Iniuria" dans le très ancien Droit Romain, Paris 1903, s.95, dn.2 (naklen Tahiroğlu B., Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969, s.105).

¹⁵ Engels'i takiben Thompson da Roma'nın ataerkil toplum olduğunu ileri sürmüş ancak Goody gibi bazı yazarlar, Roma ailesinde ataerkil yapı yanında çift yanlı bağın (*cognatio*) da kabul edildiğini; ancak çift yanlılığın çok daha sonraki dönemlere ilişkin olarak ortaya çıktığı görüşünün yaygın olarak benimsendiğini, ifade etmektedirler. Söz konusu yazarlara göre bunun nedeni bir taraftan ilk hukuki düzenlemelerin akrabalık sistemini tam olarak yansıtmaması diğer taraftan eski kanunların seçici olmasından dolayı akrabalık ilişkilerinin bütünüyle tanımlanmamasıdır. Bunlara göre hemen hemen tüm ataerkil kabileler (Roma *gens*'leri gibi) aynı zamanda ebeveyne göre izlenebilen çift yanlı bağları da kabul etmişlerdir. Goody J., s.23-24.

farklılaşmıştır. Ancak bu farklılaşma Roma ailesinin gelenekselliğine uygun olarak aniden değil, uzunca bir sürenin sonunda gerçekleşmiştir.

M.Ö.3.yy.dan itibaren Roma devletinin siyasi, ekonomik ve hukuki alandaki değişimi, Roma ailesini de etkilemiş gerek *patria potestas* gerekse ailenin ekonomik birliği konusunda ortaya çıkan gelişmeler, aile yapısının değişmesine neden olmuştur¹⁶. Özellikle aile reisleri (*pater familias*)¹⁷ tarafından aile evlatlarına, hatta kölelere verilen mallar (*peculium*)¹⁸ aile evladı ve köle için iş alanında hareket serbestisi sağ-

¹⁶ Roma Devletinin yaptığı büyük savaşlar sonucu doğu ile özellikle Mısır ve Yunan ile ilişkisi sonucunda bu toplumlardan gelen bazen iyi, fakat Roma ailesinin yapısını yıpratması nedeniyle genellikle kötü âdetler Roma ailesini etkilemiştir. Savaşlar sonucunda zenginleşen Roma ailesi doğudan gelen yeni etkilerle bozulmaya başlamış ve manen sarsılmıştır. **Selek H.**, Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 1936, s.221.

¹⁷ *Pater familias*: Aile babası (aile reisi). Roma aile yapısı içinde aile üyeleri üzerinde hâkimiyet esasına dayalı yetkilere sahip olan tek *sui iuris* kişidir. Sadece erkekler, aile reisi olabilir. Bir Romalı vatandaşı kaç yaşında olursa olsun aile reisi hayatta ise hâkimiyet altından çıkmadığı sürece baba hâkimiyeti altındadır, yani *alieni iuris* (başkasının hukukuna tâbi) durumundadır.

¹⁸ *Peculium*: Aile reisinin veya efendinin aile evlatlarına veya kölelerine yönetmeleri ve işletmeleri için malvarlıklarından ayırarak verdikleri, mülkiyeti aile reisine veya efendiye ait olmakla beraber aile evladı veya kölenin fiilen kullandığı, yararlandığı mallar veya ekonomik değeri olan haklar olarak ifade edilmektedir. Bunlar para olabileceği gibi ticari işletme, bina, arazi, köle veya hayvan da olabilirdi. Tarıma dayalı ekonomiden ticarete dayalı ekonomiye geçişte ortaya çıkan hukuki sorunları çözmek amacıyla benimsenmiş olan bu kurum, hukuken kişi sayılmayan diğer bir ifadeyle hak ehliyetine sahip olmayan aile evlatlarının ve kölelerin, üçüncü kişilerle hukuki muamele yapabilmelerini sağlıyordu. Önceleri aile evladı veya köle üçüncü kişilerle hukuki muamele yaptıklarında bu muamelelerden doğan haklar doğrudan aile reisine veya efendiye ait olurken, borçlardan dolayı aile reisi veya efendi sorumlu tutulmuyordu. Kölelerin borçları dava ile takip edilemeyen tabii borç, eksik borç (*obligatio naturalis*) kabul edildiğinden; aile evlatlarının borçları ise dava ile takip edilebilmelerine rağmen (*obligatio civilis*) aile evlatlarının malvarlığına sahip olmamaları nedeniyle, davadan sonuç çıkmamasından Roma ticari hayatı olumsuz etkileniyor ve kişiler, aile evladı veya kölelerle hukuki muamele yapmak istemiyorlardı. Aile evladı veya kölelere verilen *peculium* aile reisine veya efendiye karşı dava açma imkanı vererek, onların, aile evlatlarının veya kölelerin yaptıkları hukuki muamelelerden doğan borçlardan sorumlu tutulmalarını sağlıyordu. Diğer bir ifadeyle aile evladı veya köle ile hukuki muamele yapmış olan kişi, alacaklarını aile reisinden veya efendiden dava

lamış; bu şekilde hak ehliyetine sahip olmayan aile evlatları ve köleler, kısmen fiil ehliyetine sahip olarak bir takım hukuki muameleleri geçerli olarak yapabilmişlerdir. Ayrıca imparatorluğun ilk zamanlarından itibaren yapılan savaşlar ve askerliğin meslek olarak önem kazanmaya başlaması, uzun yıllar askerde bulunmaları nedeniyle, aile evlatlarının, hâkimiyetleri altında buldukları babalarına karşı bağlarının zayıflamasına neden olmuştur¹⁹. Diğer taraftan kadını, kocasının veya kocasının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altına sokan muamele şekillerinin²⁰ yerini *manus*'suz evlenmenin²¹ alması ve bunun yanı sıra kadının sosyal ve hukuki durumundaki değişiklikler²²; *pater familias*'ın

(*actio de peculio*) ile talep edebiliyordu. Böylelikle aile reisi veya efendi, üçüncü kişiye karşı kanuni bir sorumluluk altına giriyordu. *Peculium* sayesinde özellikle aile evlatlarının kısmen kazandığı fiil ehliyeti aile malvarlığının parçalanmasına ve eski Roma ailesinin dağılmasına neden olmuştur. Bkz. **Karadeniz Ö.**, Roma Hukukunda “*Peculium*” Müessesesi, AÜHKFD, C.XXV, S.3-4, 1968, s.179-194; Özdemir **Türkoğlu G.**, Roma Hukukunda *Actio De Peculio*, DEÜHFD, C.7, S.2, 2005, s.103-136; **Fınley M.I.**, Antik Çağ Ekonomisi, çev.Hatice Palaz Erdemir, İstanbul 2007, s.65.

¹⁹ **Pugliese G.**, Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış, çev. Ziya Umur, İHFM, C.XXII, S.1-4, 1957, s.343.

²⁰ Roma hukuku, eski zamanlardan itibaren kadını kocasının hâkimiyetine (*manus*) sokan üç farklı hukuki muamele benimsemiştir: *Confarreatio*, *coemptio* ve *usus*. Söz konusu muameleler hakkında bkz. **Somer P.**, Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, s.161-164; **Ceylan Güneş S.**, Roma Hukukunda Evlenme (*Matrimonium*), Ankara 2010, s.93-96.

²¹ Evlilikten tamamen farklı olan *manus*, evlenmenin bir şekli olmayıp, kadının malvarlığı bakımından başka bir aileye girmesini ifade eder. Roma'da evliliğin *manus*'lu olması evli kadının kocasının ailesine girdiğini, *manus*'suz olması ise kadının evlenmesine rağmen kendi aile reisinin hakimiyeti altında kalmaya devam ettiğini ya da zaten hakimiyet altında değil ise bu durumun devam ettiğini göstermektedir. Roma hukukunda evlenmenin tek bir şekli vardır. Bu da tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına (*consensus*) dayanır. Başka bir muamenenin yapılmasına ihtiyaç yoktur. *Manus*'suz evlenme denildiğinde evlenen eşlerden kadının, kocasının veya kocasının tâbi olduğu kişinin hakimiyeti altına girmediği anlaşılır. Diğer bir ifadeyle evlilik ile *manus* bir arada değildir. Ancak *manus*'lu evlilikte, evlilik ile *manus* bir aradadır. Bu nedenle biz de evliliği, bu ayrımı ifade edebilmek için *manus*'lu ve *manus*'suz evlilik olarak belirtmekteyiz.

²² Kadının sosyal seviyesinin yükselmesi ve bir çeşit kadın-erkek eşitliğine doğru gelişme hareketinin, toplum içerisinde başlaması, beraberinde mal ayrılığı rejimini

hâkimiyeti üzerine kurulmuş Roma'nın, eski aile yapısını tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte, onun sarsılmasını engelleyememiştir.

Aile yapısındaki bu değişiklikler, daha önce kanunlarla düzenlenmemiş olan Roma aile kurumu üzerinde birtakım reformların yapılmasını âdeta zorunlu kılmıştır. Augustus (M.Ö.63 - M.S.14) devrine kadar, Roma hukuku, aile kurumunun sorunları ile ilgilenmemiş, dolayısıyla Roma yargı erki, Roma ailesinin içine girmemiştir. Augustus devrinden itibaren, bir taraftan Roma ailesini ilgilendiren hukuki düzenlemelerin yapılması, farklı hukuk alanlarını etkilemiş; diğer taraftan farklı hukuk alanlarında yapılan değişiklikler, Roma aile yapısında birtakım yeniliklere neden olmuştur.

Roma ailesi gerek çağdaşı gerekse kendinden önceki toplumların aile yapılarından çok farklıdır. Toplumların farklı sosyal, siyasi, kültürel ve ekonomik özelliklere sahip olması nedeniyle tek bir temel üzerinde düşünilemeyen aile kurumu, Roma'da ataerkil yapıya sahipti. Ataerkilliğe tartışılmaz bir şekil kazandıran ve yaşamın bütün alanlarına sokarak gelişmesine neden olan Roma siyasi düşüncesi, baba hâkimiyetini hem tabii hem de hukuki bir temele dayandırmıştır. Özellikle Roma ailesinde söz konusu hâkimiyetin sınırsız oluşu, bu hâkimiyetin babanın ölümüne kadar erkek çocuklar üzerinde yaşları ne olursa olsun devam ediyor olması; evli kadınların ve evlatlıkların tabii çocuklar gibi hâkimiyet altında bulunmaları, aslında Roma ailesinin toplum içerisindeki ekonomik fonksiyonu ile ilgilidir.

Roma devleti, kuruluşundan başlayarak, tarım toplumu olma özelliğine sahipti. Bu özellik, aile bireylerini, tarımsal faaliyet alanında âdeta bir iş ortaklığı yapmak zorunda bırakmış ve ortaklığın aile reisi tarafından idare edilmesini gerekli kılmıştır. Ataerkilliğin gelişimine neden olan Roma siyasi düşüncesi gereğince, erkek evlada önem veren Roma toplumunda amaç, aile ocağının sönmemesi ve ailenin tarımsal malvarlığı üzerinde devamlılığın sağlanmasıdır. Nitekim Yunanca bir kelime olan ekonomi (*oeconomia*); aile, ev halkı anlamına gelen *oikos*

ortaya çıkarmıştır. Kadın (babasının veya erkek üst soyunun ölmesi halinde) *sui iuris* olduğu takdirde mallarına sahip olduğu gibi yenilerini de iktisap edebilmiştir. Gerçi Roma toplumunda hiçbir zaman kadınla erkek tam olarak eşit duruma gelmemiştir. Kadınlar, manevi otoriteye sahip olsalar bile, çocukları üzerinde, babalarının ölümü halinde hukuki hâkimiyete sahip olamamışlardır. Pugliese G., s.347.

ve oldukça karışık bir kökten gelen “tanzim etme, idare etme, düzenleme” anlamlarını içeren *nem* kelimelerinin birleşmesinden oluşmaktadır. Aileye ilişkin davranış kurallarını ve aile dengesini düzenleyen *oconomia* aile hâkimiyetinin temel alanını oluşturmaktadır²³. Pagan toplumlarında olduğu gibi Roma’da da önceleri, evlilik az olmasına rağmen, zaman içerisinde nüfusun önemli kesimlerinde yaygınlaşmıştır. Evliliğin, ailenin adının gelecek kuşaklara aktarılması, miras ve akrabalık sisteminin düzenlenmesi şeklinde hukuki amaçları yanında; malvarlığının dağılmasının önlenmesi şeklinde ekonomik amacı da vardır. Bu amaç; malvarlığının, ailenin diğer üyeleri ya da dostların çocuklarına değil; kendi soyundan gelenlere aktarılması şeklindedir.

Gerek Yunancada gerekse Latince de bugün bizim anladığımız anlamda “aile” kelimesine karşılık gelecek bir kelime yoktur. “*Familia*” kelimesinin köken olarak tanımı, kölelik ve bağımlılık kavramlarını anımsatır. Latince’de *famul* kelimesi serfler, uyruklar topluluğu demektir, daha ilkçağdan beri bir soya kişiliğini kazandıran temeli oluşturmaktadır²⁴. İleride üzerinde duracağımız gibi özellikle Latince’de *familia* kelimesi oldukça geniş bir anlam içermektedir²⁵. *Familia* kelimesi içerdiği bu anlam nedeniyle, bir taraftan aile reisinin; çocukları²⁶, torunları, eşi, oğullarının eşleri ve malvarlığı üzerinde hâkimiyete sahip olmasını diğer taraftan ekonomik, kişisel ve sosyal davranışları arasında fark gözetmeden, aile reisinin hâkimiyeti altındakileri ve malvarlığını denetlediği bir çiftlik evindeki durumunu, tanımlamaktadır²⁷.

Bazılarına göre Romalılar arasında aile ilişkisi güzel ve özgür bir sevgi ve duygu ilişkisi olarak görülmez; aksine güvenin yerini sertlik, bağımlılık ve alt güdüm ilkesi alır²⁸. Nitekim bu sertlik Roma örf ve âdetlerinin, kanunlarının anlamını, içeriğini, sınırlarını oluşturur.

²³ Solinas P., Fernand Braudel Yönetiminde Akdeniz Tarih, Mekân, İnsanlar ve Miras, çev. Aykut Derman, İstanbul 2007, s.191.

²⁴ Solinas P., s.191.

²⁵ Bkz.(I/B)- *Familia* kavramı.

²⁶ Roma toplumunda ölüm oranının çok yüksek olması ve karısı ölen erkeğin çoğunlukla yeniden evlenmesinden dolayı, çocuklar da aile içinde genellikle üvey kardeş durumunda birlikte yaşarlardı. Blanck H., Eski Yunan ve Roma’da Yaşam, çev.İslam Tanrıcut, İstanbul 1999, s.186.

²⁷ Finley M.I., s.2-3.

²⁸ Hegel G. W. F., Tarih Felsefesi, çev. Aziz Yardımlı, İstanbul 2006, s.213.

Roma'da âdeta bir vatandaşlık görevi olarak görülen evlenme, vatana vatandaşlar sunma için gerçekleşir²⁹. Evlilikten birinci sınıf vatandaşlar, nikâhsız birlikteliklerden ise ikinci sınıf vatandaşlar doğar³⁰. Hatta M.Ö. 100 yıllarında nüfus, mülk ve töre işlerine bakan bir görevlinin, evliliği; öncelikle bir dert kaynağı, bir vatandaşlık görevi, hatta askeri bir görev olarak tanımladığı, söylenmektedir³¹. Nitekim komutan ve bir devlet adamı olan Scipio Aemilianus'un³² arkadaşı ve başyardımcısı şair Gaius Ennius Lucilius³³, "evliliği bir bela ve sıkıntı" olarak nitelendir-

²⁹ M.S. 1.yy.da (55-140) yaşayan ünlü satirist (yergi yazarı) Decimus Iunius Iuvenalis, Saturae adlı eserinde (ki bu eserde toplumun elit aristokrat sınıfından en alt sınıfına kadar Roma toplumunun bütün kesimlerine mensup olan insanlar incelenmiş, toplumdaki ahlaki ve zihni çöküş ile bunların nedenleri ele alınmıştır) çocuklara verilen yanlış ve kötü eğitimin doğuracağı olumsuz kişilik yapısından söz ederken, vatana vatandaş kazandırmanın öneminden bahsetmektedir. Iuvenalis Saturae V.14.70-75:*gratum est quod patriae ciuem populoque dedisti, si facis ut patriae sit idoneus, utilis agris, utilis et bellorum et pacis rebus agendis. Plurimum enim intererit quibus artibus et quibus hunc tu moribus instituas*: "Minnettar kalırız sana, vatana millete birini kazandırdın diye hayırlı bir evlat yetiştirirsen vatan için, yetenekli bir çiftçi, hem savaş, hem barış sanatında usta bir evlat. Çok büyük önem taşır çünkü, çocuğunu hangi sanatlarla, hangi âdetlerle yetiştirdiğin ". Türkçe çevirisi **Iuvenalis**, Yergiler-Saturae (Latince-Türkçe), Latince Aslından Çevirenler: Çiğdem Dürüşken – Aiova, Hasan Âli Yücel Klasikler Dizisi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006, s.165. Ayrıca Stoa öğretisini benimseyen Latin filozof Musonius (M.S.1.yy.), vatandaşlık görevinin büyük aileler gerektirdiğini iddia etmiş ve bu amaca destek veren kanun koyuculara karşı saygı gösterilmesini istemiştir. **Harris W.V.**, Child-Exposure, in the Roman Empire, The Journal of Roman Studies, Vol. 84 (1994), s.15 (<http://0210k4fif.y.https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/300867.pdf?refreqid=search:3c1bcdc8b0d72749bcfe90c83a6fed8c>)

³⁰ **Veyne P.**, Aşkın En Güzel Tarihi, çev.Saadet Özen, İstanbul 2005, s.32 (Aşkın Tarihi)

³¹ **Veyne P.**, Aşkın Tarihi, s.31.

³² Scipio Aemilianus, M.Ö. 2.yy.da yaşamış, *ensor*, *consul* gibi *magistra*'lık makamına seçilmiş devlet adamı ve hatiptir.

³³ Gaius Ennius Lucilius: Komutan ve devlet adamı Scipio Aemilianus'un önemli bir arkadaşıdır. Hayatının büyük bir kısmını Roma'da geçirmiş olan şair *Lucilius*, dış siyaset bakımından Roma gücünün Helen'e yayıldığı, İtalya'da da Helen etkisinin arttığı dönemde yaşamıştır. Kendinden sonraki kuşaklarca iyi eğitim görmüş, nükteli, kibar, akıllıca düşünebilen, toplumu ve siyaseti yakından izlemiş biri olarak tanınır. *Lucilius*'un hiç evlenmediği söylenir. Ayrıntılı bilgi için bkz.

mektedir; “insanlar kendi rızalarıyla bu bela ve sıkıntıyı bulur, evlenir ve çocuk yaparlar”³⁴. Q. Caecilius Metellus Macedonicus³⁵ ise kadınlar için “ne onlarla ne onlarsız yaşanabilir” demiş ve Augustus, aile hukukuna ilişkin çıkardığı kanunların hazırlanışı sırasında Metellus’dan alıntılar yapmıştır³⁶. Bu şekilde bir taraftan eleştirilirken diğer taraftan vatandaşlık görevi olarak görülen evlilik ve dolayısıyla aile kurumu, Roma toplumunun önemli unsurlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

2- *FAMILIA* KAVRAMI

Romalılarda günümüzde kullanılan “aile” terimini tam olarak karşılayan latince bir kelime yoktu. Latince *familia*³⁷ kelimesi bugün anladığımız aile kavramından daha geniş bir anlam içermekteydi. Roma *familia*’sı, günümüzdeki anlamı ile sadece dar bir çevredeki bireylerden oluşan aileyi belirtmekle kalmaz, aynı zamanda onun malvarlığını, dolayısıyla kölelerini de içine alırdı³⁸. *Familia* kelimesi başlangıçta mülk edinilmiş köleler (*famul*) yani *gens*’in ortak mülkiyetinden ayrı olarak edinilmiş mallar anlamına gelmekte idi³⁹.

Familia kelimesi biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki anlamda kullanılırdı. Geniş anlamdaki *familia* aynı soydan gelen insanların oluşturduğu topluluktan (*communi iure*). Ortak bir ataya bağlılık çerçevesinde hâkimiyet esasına göre belirlenen şahıs topluluğu aynı soyadını taşımaktaydı. Erkek üst soy dikkate alınarak yapılan bu bağda, erkek

Sandalcı S., Eski Roma Yazınında Satir Türü ve Kadın, İstanbul 1999 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s.34-55.

³⁴ **Sandalcı S.**, s.47.

³⁵ Q.Caecilius Metellus Macedonicus, M.Ö.2.yy.da yaşamış, *praetor*, *consul*, *ensor* gibi *magistra*’lık makamına seçilmiş devlet adamıdır. Makedonya’yı Roma eyaleti yapmıştır.

³⁶ **Sandalcı S.**, s.47, dn.148.

³⁷ Romalılara göre çok çeşitli anlamlara sahip olan *familia* terimi sözlük anlamı itibarıyla de hizmetçi, eve ait köleler; aile mülkü, çiftlik; aile, ev; okul, mezhep anlamlarına gelmektedir.

³⁸ **Blanck H.**, s.184.

³⁹ **George T.**,Tarih Öncesi Ege, çev. Celal Üster, C.I, İstanbul 1995, s. 104.

çocukların mutlaka kan hısımlı olmaları gerekmektedir. *Ius civile*⁴⁰ kapsamında ortaya çıkan bu *familia*, doğum ya da hukuki muamele (evlat edinme gibi) sonucunda bir aile reisinin hâkimiyeti altında bir araya gelen kişilerin oluşturduğu topluluktur⁴¹. *Communi iure* olarak belirlenen bu topluluk birarada yaşamak zorunda olmayıp, özellikle aile reisi ölünce erkek evlatlar sayısınca küçük gruplara bölünerek ufak birer aile teşkil etmekteydi. Bu şekilde ortaya çıkan küçük gruplar aynı soyadını taşımakla birlikte dar anlamda aile kavramını (*proprio iure*) oluşturmaktadır. Roma hukukunun bütün devirlerinde evlilik, dar anlamda ailenin (*familia proprio*) temelini oluşturuyordu⁴².

Pater familias biyolojik babalık olmadığı gibi, ev halkından olanların birbirleriyle biyolojik ilişki içinde olması da zorunlu değildi. Köleler, evlatlıklar, efendilerin özgür çocuklarıyla aynı süt anneyi paylaşan köle çocukları, sokakta bulunmuş çocuklar da aileye dahil olurdu⁴³. Bu nedenle *pater familias* (aile reisi) kavramı ile *parens* (ebeveyn)⁴⁴ kavramı birbirinden farklı anlamlar içermekteydi.

Roma'da insan ömrünün kısa olması sebebiyle, bir *pater familias*'ın, çocuklarının yetişmesinden, evlenmesinden ve kendilerine ait bir ev kurmalarından sonra uzun yıllar yaşaması çok ender görüldüğünden; Roma ailesi genelde küçük, dar bir aileydi. Bu aile anne, baba ve çocuklardan meydana geliyordu. Roma ailesi aslında bugün anladığımız anlamda erkek kardeş, kız kardeş, amca, dayı, hala, teyze, kuzenlerden

⁴⁰ Roma vatandaşlarına uygulanan hukuk anlamına gelen *ius civile*; Roma halkının karakteri, örf ve âdetleri, XII Levha Kanunu'nda yer alan hukuk kuralları ve bu kuralların yorumlanmasıyla elde edilen hükümler dikkate alınarak oluşturulmuştu. Halk meclisi tarafından çıkarılan kanunlar, *senatus* kararları, hatta imparator emirnameleri *ius civile*'yi yaratan kaynaklar içinde sayılmaktadır.

⁴¹ **Karadeniz Ö.**, Roma Hukukunda Aile, Türk Hukuk Ansiklopedisi, C.I, Ankara 1962, s.456 (Aile).

⁴² **Beltrani S. - Lirer R. - Malagrida I.**, Istituzioni di Diritto Romano, Napoli 1992, s.360.

⁴³ **Gardner J.F.- Wiedemann T.**, The Roman Household A Sourcebook, London-Newyork 1996, s.3.

⁴⁴ D.50.16.51: *Appellatione "parentis" non tantum pater, sed etiam avus et proavus et deinceps omnes superiores continentur: sed et mater et avia et proavia*: Ebeveyn ifadesi sadece baba değil, hatta büyükbaba ve büyük büyükbaba ve nihayet tüm büyükleri içerir: fakat anne ve büyükanne ve büyük büyükanneyi de. Türkçe metin için İpek N., Hısımlık, s.178, dn.32.

oluşan genişletilmiş aile kavramının dışında kalıyor, dolayısıyla çekirdek aileye dayanıyordu.

Familia'nın yukarıda belirttiğimiz anlamları dışında başka anlamları da vardı. Aslında genelde *familia* kelimesi ev halkının içindeki köleleri nitelerdi. Diğer bir anlatımla *pater familias*'a ait çocuklar (aile evladı) olarak *köleleri* kapsardı⁴⁵. *Digesta*⁴⁶'da ve XII Levha Kanunu⁴⁷'nda bu durumu açıkça görüyoruz :

D.47.8.2.16 : *Ex hac actio noxae deditio non totius familiae, sed eorum tantum, vel eius qui dolo fecisse comperietur, ferri debet.*

“Bu davadan *noxa deditio* bütün kölelerin değil, fakat onlardan büyük bir kısmının ya da kasıt ile yapmış olduğu güvenilir bir kaynaktan öğrenilen kişinin olması gerekir”⁴⁸.

⁴⁵ Grubbs J. E., *Women And The Law In The Roman Empire*, London and New York 2002, s.17.

⁴⁶ *Digesta* (D): M.S.6yy.da İmparator Iustinianus zamanında hazırlanan ve XVI. yy.da *Corpus Iuris Civilis* adı verilen kanunnamenin bölümlerinden biridir. Klasik devir hukukçularının eserlerinden zamanın ihtiyaçları için kullanılabilir parçaları derlemek suretiyle ortaya konan *Digesta* hazırlanırken 2000 kadar kitap ve 30.000'den fazla satır elden geçirilmiştir. Klasik devirde yaşamış 40 kadar hukukçunun eserlerine yer verilmiş, ancak bu eserlerin tamamı *Digesta*'ya alınmamıştır. 50 kitaba ayrılan *Digesta*'da her kitap fasıllara, fasıllar parçalara, uzun parçalar paragraflara ayrılmıştır. Klasik devir hukukçuların eserleri *Digesta*'ya alınırken zamanın ihtiyaçları dikkate alınarak metinler üzerinde baz değişiklikler yapılmıştır. Metinler üzerinde yapılan bu değişikliklere de *interpolatio* denmektedir.

⁴⁷ XII Levha Kanunu (*Lex Duodecim Tabularum*): Roma'nın en eski kanunlaştırma hareketi olarak bilinen bu derlemenin M.Ö.451-449 yılları arasında düzenlendiği kabul edilmektedir. XII Levha Kanunu hakkında bazı noktalar şüpheli olmasına ve bazı tarihçi ve hukukçular tarafından bu kanunun yapıp yapılmadığı, yapıp tarihine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmesine rağmen, bu eleştiri temayülü artık tamamıyla aşılmıştır. Roma Hukukunun ilk sistematik eseri olan XII Levha Kanunu, aslında Roma'nın o zamanki örf ve adet hukukunun yazılı hale getirilmesidir. On iki bronz levha üzerinde kazılı olarak asılan kanun, M.Ö.4.yy.da Galyalıların Roma'yı istilası sırasında tahrip edilmiş olmasından ve başka nüsha ve kopyalarının bulunmamasından dolayı elimizde mevcut değildir. Bu nedenle XII Levha Kanunu hükümlerine, kanuna yapılan atıflar dolayısıyla ulaşılmıştır. Bkz. İpek N., XII Levha Kanunu, *Argumentum*, Mayıs 1993, Yıl 3, S.34, s.609-616.

⁴⁸ Türkçe metin İpek N., *Roma Hukukunda Gasp*, İstanbul 2001 (*Gasp*), s.99

D.50.16.195.3: *Alia autem parte edicti omnes servi continentur, ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera, aut familiae eius, et interdicto unde vi, familiae appellatio omnes servos comprehendit: sed et filii continentur.*

“*Edictum*’un diğer kısmında bütün köleler dahil edilir. İnsan toplama konusuyla ilgili kısımda olduğu gibi hem malların gasbı ile ilgili olarak alıcının veya kölesinin gayreti ile bozuk mal geri veriliyorsa *redhibitoria* dava, hem de *interdictum unde vi*’de *familia*’dan maksat bütün köleler(dir)i kapsar. Fakat çocukları da kapsamaktadır”⁴⁹.

Familia bazen kişiler anlamına da gelebilir. Eğer hukuk, veli veya vasiden bahsediyorsa: bu aileden ya da bu aileye dediğinde, burada kişilerin kastedildiği üzerinde mutabık kalınmıştır. Aşağıdaki metinler *familia*’nın bu anlamına örnek verilebilir:

XII Levha Kanunu, V. Levha, 3. *Uti legasit super (familia) pecunia tatalave suae rei, ita ius esto.* 4. *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.* 5. *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

“V. Levha, 3. (Kişi) (ev halkının), taşınır malları ya da mülkünün vasiliği üstüne nasıl talimat verirse, öyle hak sayılsın. 4. Eğer (kişi) vasiyet bırakmadan ölürse, onun erkek mirasçısı yoksa, baba tarafından en yakın akrabası ev halkının hâkimiyetine sahip olsun. 5. Baba tarafından akrabası yoksa, ev halkının hâkimiyetini (ölen kişinin) klan üyeleri alsın”.

XII Levha Kanunu, V. 8: *Civis Romani liberti hereditatem lex XII tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit. Cum de patrono et liberto loquitur lex, ex ea familia, inquit, in eam familiam.*

“XII Levha Kanunu, eğer vasiyet bırakmadan ve mirasçısı olmadan ölürse, Roma vatandaşı bir azatlının mirasını onun eski efendisine devreder. Kanun, eski efendi ve azatlı hakkında o aile halkından ve o aile halkına der”.

Familia, aile topluluğundan ziyade bir taşınmaza da karşılık gelebilirdi⁵⁰. Bazen de günümüzde kullandığımız akrabalığa dayalı aile kavramına yakın anlamda da kullanılırdı. Ancak bu, birincil anlamı

⁴⁹ Türkçe metin İpek N., Gasp, s.76.

⁵⁰ Grubbs J.E., s.17.

değildi. Bu durumda *domus*⁵¹ kelimesinin kullanılması daha olasıdır⁵². Bugün bizim “aile” olarak belirttiğimiz topluluk, Romalılarda *domus* olarak adlandırılırdı⁵³. Aynı zamanda *pater familias*’a ait aile malvarlığının tamamı anlamına gelen *familia*, bu anlamda bazen, tereke (*hereditas*) yerine de kullanılmakta idi⁵⁴.

M.S.3.yy. hukukçusu Ulpianus, *familia*’nın farklı anlamlarını D.50.16.195.15’ de açıklamıştır. Buna göre;

“*Familia* hem nesnelere hem de kişilere karşılık gelebilir, *familia*’nın bir kişinin hâkimiyeti altındaki birkaç kişi olduğu belirtilmiştir. Bu doğal yoldan ya da hukuki yoldan olabilir: Örneğin ailenin babası (*pater familias*), ailenin annesi (*mater familias*)⁵⁵, ailenin oğlu (*filiius familias*), ailenin kızı (*filia familias*) ve bunların ardılları, torunlar ve benzerleri. Fakat ailede kontrolü elinde bulunduran kişi *pater familias* ve hâkimiyet *potestas* olarak adlandırılır. *Pater familias*, kişinin oğlu olmasa da kullanılır. Burada kastedilen kişi değil, hukuki statüdür. Babasız bir *pupillus*⁵⁶ bile *pater familias* olarak adlandırılır ve *pater familias* öldüğü zaman ona bağlı olanlar da kendi ailelerini kurmaya başlarlar. Birey-

⁵¹ *Domus*: Ev, yurt, asıl memleket, aile, mezhep.

⁵² Grubbs J.E., s.17.

⁵³ Blanck H., s.184.

⁵⁴ Gaius, Institutiones (Gai.I.) 2, 14 :...*familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua costoelaque mea esse aio, eaque, quo tu ure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere esto mihi empta* : “malvarlığının ve paranın senin emrin ve benim nezaretim altında olduğunu beyan ediyor, kanuna uygun olarak vasiyet-nameni yapabilmen için onları bu külçe ile satın alıyorum. Ayrıca bkz. D.20.2. 9.

⁵⁵ *Mater familias* kavramının gerçek anlamı tam olarak aydınlatılmamıştır. Eserlerinde bu kavramla ilgili herhangi bir tarif vermeyen hukukçular bunun örf âdet meselesi olduğunu söylemektedirler (D.50.1.16.46). Ayrıca “saygı duyulan kadının, *mater familias* denilmeye hak kazandığını, çünkü şerefli olduğunu” belirtmektedirler (D.7.8.7 ve D.23.2.41.1). Edebi eserlerde açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir. Cicero’un bu kavramdan *manus* altındaki kadından söz ettiği ifade edilmektedir. Bazı yazarlar *mater familias*’ı *matrimonium* kelimesine dayandırmaktadırlar. Bkz. Gaudemet J., Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHF-MHAD, Yeni Seri, S.9, 1972’den ayrı bası, s.218.

⁵⁶ *Pupillus*: Ergenlik çağına ulaşmamış, *sui iuris* olduğu için vesayet altında bulunan erkek küçükler.

ler *pater familias* olma konumuna erişirler. *Emancipatio*'ya⁵⁷ maruz kalan kişi hukuki olarak hür *kılndığı için (sui iuris)* kendi ailesini kurabilir. Bir köle güruhunu da aile olarak adlandırmamız mümkündür. Aynı şekilde aynı atanın kanından gelen bir grup insana aile denir. Tıpkı Iulianus ailesinden bahsedildiği gibi. Ancak bir kadın, ailesinin hem başlangıcı hem de sonudur. Ancak bir kadının *pater familias*'ı ölürse ya da kadın aile reisi tarafından *emancipatio* ile hâkimiyet altından çıkarılırsa hukuki olarak bağımsız olur, fakat hiçbir zaman *pater familias* olamaz. Çünkü hiçbir zaman *potestas*'a sahip olamaz. Çocukları bile onun *potestas*'ı altında sayılmazlar"⁵⁸.

⁵⁷ *Emancipatio*, baba hâkimiyetinden çıkarmaktır. XII Levha Kanunu'ndaki bir hükümden hareket ederek bir *pater familias*, bir *filius familias*'ı (erkek aile evladını) üç kez satarsa o *filius familias* aile reisinin hâkimiyetinden çıkmış olurdu. (XII Levha Kanunu IV. Levha, 1: *Si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto*: Eğer baba oğ(u)lu(nu) üç defa satarsa, oğul babasından bağımsız olsun). XII Levha Kanunu'ndaki bu düzenlemeyle; *pater familias*'ın, oğlunu satarak aile evladından yararlanmasının kötüye kullanımı engellemek istenmiştir (Ayiter K., Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara 1963, s.51). Böylece üç satıştan sonra aile evladı üzerindeki *patria potestas* sona erecek ve aile evladı *sui iuris* olacaktır. *Filia familias*'ların (kız aile evlatlarının) ise *pater familias*'ın hâkimiyeti altından çıkmaları için bir kez satış yeterliydi.

⁵⁸ D.50.16.195.1: "*Familiae*" appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis "adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: "ex ea familia", inquit, "in eam familiam": et hic de singularibus personis legem loqui constat. 2. Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognitionis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. 3. Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. Sed ibi non omnes

Aslında *familia* kelimesi bedensel bir kavramdır ve bu nedenle başlangıçta sadece anayla ilgilidir. *Pater familias* kelimesi *ius civile*'de benimsenmiş, ancak sonraları hukuk ile ilgisi olmayan genel kullanıma geçmiş, türetilmiş bir kelimedir⁵⁹. Roma'daki *familia* kavramı, aile reisi olan babanın (*pater familias*) hâkimiyetini kapsar. Kelime olarak "aile babası" (aile reisi) anlamına gelmekle beraber *pater familias*, biyolojik bir babalık olmayıp, aile üzerindeki hâkimiyeti ifade etmektedir. Bu nedenle aile evladı (*filius familias/filia familias*) doğal bir fûrû olmayıp, baba hâkimiyeti altında (*alieni iuris*) herhangi bir kişi, yani bir yeğen ya da torun vb. olabilir⁶⁰. Roma hukuku, bu hâkimiyeti üç bölüme ayırmıştır: Babanın çocukları⁶¹, torunları üzerindeki hâkimiyeti (*potestas*)⁶², eşi ve oğullarının eşleri üzerindeki hâkimiyeti (*manus*)⁶³ ve malvarlığı (özellikle de köleleri) üzerindeki hâkimiyeti (*dominium*)⁶⁴ ⁶⁵. *Familia* kelimesinin değişik anlamları içermesi, Roma hukukunda hâkim olan ataerkil aile prensibinin bir sonucudur⁶⁶.

servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. Sed et filii continentur. 4. Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae. 5. Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

- ⁵⁹ **Bachofen J.J.**, Söylence, Din ve Anaerki, çev. Nilgün Şarman, İstanbul 1997, s.163.
- ⁶⁰ **Corbino A.**, Roma'da Arkaik ve Cumhuriyet Dönemleri'nde, Anayasal-Politik Dengeler-Hukuksal Gelişim, Hukukçuların Hukuk Yaşamındaki Roller, çev. Özcan Çelebican, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C.44, S.1-4, s.66.
- ⁶¹ Evlatlıkları da bu kapsamda değerlendiriliyordu. Evlat edinme kurumu Roma Hukukunda oldukça önemli bir yere sahipti. Bu yolla ailenin devamı sağlanıyordu.
- ⁶² *Potestas*: *Pater familias*'ın diğer aile üyeleri üzerindeki hâkimiyeti. Ayrıntı için bkz.I/3'deki açıklamalar.
- ⁶³ *Manus*: Sözlük anlamı "el". Buradaki anlamı ise evlenen kadın üzerinde kocasının veya kocasının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti. Bkz.dn.21'deki açıklamalar.
- ⁶⁴ *Dominium* : Maddi mallar üzerindeki hâkimiyet yetkisi.
- ⁶⁵ **Finley M.I.**, s.3.
- ⁶⁶ **Karadeniz Ö.**, Aile, s.456.

Roma ailesinin erkek aracılığıyla izlenen patriyarkal özelliği, M.S.5.yy.ın sonları, 6.yy.ın başlarında devam etmekle birlikte kan hısımlığının kabul edilmesiyle eski gücünü kaybetmiştir. Baba hâkimiyetine dayanan hısımlık (*agnatio*), Iustinianus devrinde yerini *ius gentium*'un tanıdığı kan hısımlığına (*cognatio*) bırakmıştır. Aslında daha İmparatorluk devrinde, Roma ailesinin ataerkil yapısı yok olmaya başlamış hatta bazı hak ve yükümlülükler yanında evlenme engelleri gibi konularda kan hısımlığı (*cognatio*) Romalılar tarafından dikkate alınmıştır.

Roma'da *pater familias* evin lideri olduğu kadar, dinsel görev ve sorumluluklara sahip olması nedeniyle aynı zamanda aile dininin yöneticisidir⁶⁷.

3-) PATRIA POTESAS:

Patria potestas, *pater familias*'ın agnatik anlamda ailesine dahil bulunan çocukları, torunları ve köleleri⁶⁸ üzerindeki hâkimiyeti (*potestas*) ifade ediyordu⁶⁹. *Patria potestas*, babaya yalnız hak verir, borç yüklemezdi⁷⁰. Hukukçu Gaius tarafından bir Romalı babanın çocukları ve torunları üzerindeki otoritesi “tipik Romalı” olarak adlandırılmaktadır. Gaius, *Institutiones* adlı eserinde “bizim kadar, oğlan çocukları üzerinde güç kullanan çok az insan vardır” demektedir⁷¹.

I.1.9.2: *Ius autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus.*

⁶⁷ Dürüşken Ç., Antik Çağ'da Yaşamın ve Ölümün Bilinmezine Yolculuk, Roma'nın Gizem Dinleri, İstanbul 2000, s.21.

⁶⁸ Önceleri çocuklar ve köleler üzerindeki hâkimiyetin birbirinden farklı olmadığı kabul ediliyor, köleler üzerindeki hâkimiyet de *patria potestas* olarak ifade ediliyordu. Ancak zamanla köleler üzerindeki hâkimiyetin mülkiyet hakkına dayandığı, çocuklar üzerindeki ise *patria potestas* olduğu hususu benimsenmiştir. Ancak ilk devirde kabul edilen görüşün, Roma Hukuku kaynaklarında karşımıza çıktığını görmekteyiz.

⁶⁹ Grubbs J. E., s.20.

⁷⁰ Selek H., s.223.

⁷¹ Rawson B., Marriage, Divorce And Children In Ancient Rome, Oxford 1991, s.114.

“Çocuklar üzerinde sahip olduğumuz hâkimiyet hakkı, Roma vatandaşlarına özgüdür; gerçekten diğer insanlar, bizim, çocuklarımız üzerinde sahip olduğumuz gibi bir hâkimiyete sahip değildirler”⁷².

Patria potestas, Romalı aile reisine çocuklarının⁷³ yaşamını kullanabilme hakkını vermektedir⁷⁴. Baba onlara yaşamlarını vermiştir, geri alabilir. Bu, yaşam ve ölüm üzerindeki haktır (*ius vitae ac necis*). Romalı *pater familias*'a devletten gördüğü sertliğin karşılığında kendi ailesi üzerinde kullanmak üzere aynı sertlik tanınmıştı: *Pater familias* bir yandan köleyken öte yandan despottu⁷⁵. Bu durum, Roma'nın efsanevi kurucuları olan Romulus ve Remus'a dayandırılmaktadır. Efsaneye göre Romulus ve Remus, aileden atılmış olmaları nedeniyle aile sevgisi içinde büyümemişlerdir⁷⁶. Ayrıca ilk Romalılar kadınlarını karşılıklı irade

⁷² Türkçe metin **Iustinianus Institutiones**, çev. Umur Z., İstanbul 1968, s.33.

⁷³ *Patria potestas* altında bulunanlar şu kişilerdir : *Manus* altındaki evli kadın, erkek veya kız çocuklar, çocukların *manus* altındaki karıları, erkek çocukların çocukları, evlatlık alınan çocuklar, meşrulaştırma suretiyle (nesebin tashihi) aileye girmiş olan *concupinatus* çocukları.

⁷⁴ **Foucault M.**, Cinselliğin Tarihi, çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul 2007, s.99.

⁷⁵ **Hegel H. W. F.**, s.214.

⁷⁶ Titus Livius'un, *Ab Urbe Condita* (Şehrin Kuruluşundan İtibaren) adını taşıyan eserinin ilk kitabında Roma şehrinin kuruluş efsanesi ayrıntısıyla anlatılmaktadır. Romalıların kabul ettiği kurgusal hikayeye göre; Roma'nın kurucusu olan Romulus ve ikiz kardeşi Remus'un anneleri Rhea Silvia, amcası tarafından şeref bahanesiyle Vesta rahibelğine tayin edilir ve kendisine devamlı bakirelik bahşedilerek, çocuk sahibi olmaktan mahrum edilir. Ancak Vesta rahibesi zorla kaçırılarak ikiz çocuk dünyaya getirir. İkizlerin babası savaş tanrısı Mars sanılmaktadır. Mars'ın tanrı olması daha az bir kusur sayılarak, anne ve çocuklar kralın zalimliğinden kurtulamazlar. Kral; rahibelere, annenin zincire vurulup zindana atılmasını, çocukların da nehrin sularına bırakılmasını emreder. İkizlerin nehre bırakıldıkları yerde kutsal bir zeytin ağacının (Rumina) var olduğu şeklinde bir efsaneden bahsedilir. İçinde ikizlerin bulunduğu sepet bırakıldığında su yüksek olup, sepet suyun üzerinde yüzmektedir. Suların çekilmesi ile nehir sığ olur ve tepelerden susuzluğunu gidermek için inen bir dişi kurt, ikizlerin ağlaması üzerine onların yanına giderek onları emzirir. Kralın sürülerinin bakıcısı (Faustus), kurdu, ikizleri diliyle yalarken bulur ve onları besleyip büyütmesi için karısı Larentia'ya verir. Dağlarda büyüyen ikizler hem kuvvet hem de azim kazanırlar. Efsaneye göre onlar hayduttur. Haydutlara saldırmakta ve haydutların çaldıkları eşyayı onlardan alarak çobanlara paylaştırmaktadırlar. Yağma ettikleri ganimetin kaybı nedeniyle öfkelenen birkaç haydut ikizlere tuzak kurar. Romulus kendisini

uygunluğu ile değil, zor kullanarak kazandıklarından⁷⁷ bu durum aile içi ilişkilerin sert olmasını beraberinde getirmiştir.

Cicero (M.Ö106-43), ünlü avukat Appius'dan şu şekilde söz eder: “Dört güçlü oğlunu, beş kızını, öyle koca bir evi, o kadar müvekkili, ilerlemiş yaşında, hem de kör olmasına karşın yönetir; evindekilerden yalnızca saygı görmekle kalmaz; onlara, üstelik hükmeder; köleleri ondan korkar, çocukları çekinir; o evde, dedelerden kalma göreneklere ve düzene uyulur”⁷⁸.

M.Ö.1.yy. sonlarında yaşamış Yunan tarihçi ve retorik ustası Halikarnaslı Dionysius, Romalı babanın hâkimiyetini sıra dışı ve istisnai olarak ifade eder. Yunan ve Roma dünyası arasındaki farklara değinirken, Yunan toplumunda çocuk üzerindeki hâkimiyetin kısa bir süre devam ettiğini; çocuğun, evlenmediği sürece veya on sekiz yaş altına kadar ya da adı toplum kayıtlarına girene kadar baba hâkimiyeti

başarıyla savunur ancak Remus esir düşer ve kral Amilius'a teslim edilir. Numitor tapınağına hücum ettiği ve birlikte olduğu arkadaşlarıyla onları yağmaladığı için Remus cezalandırılması için Numitor'a verilir. Başından beri ikizlerin kralın emriyle terkedilen çocuklar olduğunu bilen ancak olayın zamansız aydınlığa kavuşmasını istemeyen çoban Faustulus gerçeği açıklar. Rhea Silvia'nın babası Numitor, ikizlerin kendi torunları olduğunu öğrenir. Romulus, kardeşine yardım etmek üzere topladığı grupla krala hücum eder ve onu öldürür. Terkedildikleri ve büyütüldükleri bölgede şehir kurmak arzusuyla bırakılan Romulus, Palatinus'u (Capitolium tepesiyle birlikte Roma'nın ilk kurulduğu tepeye verilen isim) Remus Aventinus'u (Roma'daki yedi tepeden biri) alır. Krallık için her biri kendinde hak bulan kardeşler arasında çıkan tartışma sonucunda, bir darbeyle surların üzerinde bulunan Remus, Romulus tarafından aşağıya yuvarlanarak öldürülür. Böylelikle Romulus, bütün hak ve yetkiye sahip olur ve yeni kurulan şehir onun adını alır. Bkz. **Titus Livius**, Roma Tarihi Şehrin Kuruluşundan İtibaren (*Ab Urbe Condita*), Kitap I, çev. Sabahat Şenbark, İstanbul 1984, s.23-34.

⁷⁷ Söylendiğine göre, kendisinin gibi halkının da eşi olmadığı için, komşu kavimleri şehrine, gösterilere davet eden Romulus, o arada onların genç kadınlarını kaçıır. Şehrin kuruluşundan birkaç ay sonra gerçekleşen ve Romalılar ile Sabinler arasında savaflara neden olan Sabina kadınlarının kaçırılma olayı iki kavim arasında uzlaşmaya neden olmuştur. Romalılar ve Sabinler arasındaki bu uzlaşma Romulus ve Titus Tatius'un ortak yönetimine yol açmıştır. **Cornell T.-Matthews J.**, Roma Dünyası, İletişim Atlaslı Büyük Uygarlıklar Ansiklopedisi, C.V, çev. Şadan Karadeniz, İstanbul 1988, s.17.

⁷⁸ **Cicero**, Yaşlılık-Dostluk, çev. Ayşe Sarıgöllü-Türkân Tunga, Dünya Klasikleri Dizisi :12, Cumhuriyet, İstanbul 1998, s.31.

altında olduğunu, Roma'da ise bu hâkimiyetin süreklilik taşıdığını, açıklar. Gerçekten de *patria potestas* yaşla veya evlenme ile son bulmayan, süresi belli olmayan bir hâkimiyettir⁷⁹. Aile reisinin ölümüne kadar devam eden tabii ve hukuki temellere dayanan bu hâkimiyet⁸⁰ ⁸¹; Roma'da evlenmenin önemini ikinci dereceye düşürecek, hatta onu kuvvetli bir şekilde sarsacak niteliktedir. Gerçekten de Roma ailesinin esası evlenme değil, *patria potestas*'dır. Bu hâkimiyet sebebiyle aile, âdeta ekonomik bir işleve âlet olmuş ve yapısını bu işleve en iyi uyacak şekilde biçimlendirmiştir⁸². Dolayısıyla *patria potestas* aslında toprağı ve aileyi ayırım gözetmeksizin içine alan bir sahip olma duygusunu barındırır. Aile bireyleri de dokusu ne kadar sert olursa olsun aile kozasının sağladığı korumayı özgürlükten daha fazla arzu eder.

Yunan dünyasında baba, çocuğunu dize getirmek için evden kovma, mirastan men etme gibi hafif cezalar verebilir⁸³. Bu durum, Roma toplumunda babanın yaşam ve ölüm üzerinde sahip olduğu hakla (*ius vitae ac necis*) karşılaştırıldığında, Yunan toplumdaki cezaların hafifliği, dikkat çekicidir. Romalı Stoacı filozof Seneca⁸⁴, en basitinden

⁷⁹ Selek H., s.223.

⁸⁰ Gai.I.1.127: *Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt*: “ Aile babasının hâkimiyeti altında bulunan kişiler, aile babasının ölümüyle sui iuris duruma gelirler ”. (Gordon W.M.- Robinson O.F., *The Institutes Of Gaius*, Cornell University Press, Ithaca, New York 1988, s.34)

⁸¹ Aile reisinin Roma vatandaşlığını kaybetmesi de, hâkimiyeti altındaki çocukları üzerindeki *patria potestas*'in kaybına neden oluyordu. Bkz. Gai.I.1.128 (Gordon W.M.- Robinson O.F., s.34).

⁸² Aileyi oluşturan tüm bireyler ortak bir faaliyet etrafında iş ortaklığı yapmak zorunda idiler. Bu faaliyet aile reisi tarafından düzenleniyor ve idare ediliyordu. Aile reisi içerde düzeni sağladığı gibi dışarda da aileyi ilgilendiren bütün muameleleri tek başına yapıyor, üçüncü kişilere karşı sadece aile reisi alacaklı ve borçlu oluyordu. Hatta hâkimiyeti altında bulunanların işlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı zarar görene karşı aile reisi sorumlu tutuluyordu. Pugliese G., s.341-342.

⁸³ Rawson B., s.115.

⁸⁴ Aynı zamanda ünlü bir hatip olan Seneca (M.Ö.4 – M.S.65) Yaşlı Seneca'nın ortanca oğludur. Babası aynı adla anılır (Babası Yaşlı Seneca olarak bilinir). İmparator Nero'nun eğitimini üstlenmiş ve Nero'ya karşı düzenlenen suikast girişimine adı karışınca intihar etmiştir. Seneca, *De Providentia*, Tanrısal Övgü, çev. Çiğdem Dürüşken, Humanitas Yunan ve Latin Klasikleri, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2007, s.7-24.

çocukların eğitiminde bile babaların gösterdiği bu sertliği yerinde bulduğunu şu cümlelerle belirtir:

“Evlatlarını ortalık yerde kamçılıyıp ruhlarındaki azmi sınayan Lacedaemonialılar’ın (Spartalılar’ın) onlardan nefret ettiğine mi inanıyorsun? Babalar evlatlarını kamçı darbelerine cesurca dayanmaya teşvik eder, paramparça olup yarı ölü hale geldiklerinde bile yaralı bedenlerini yeni yaralara sunmalarını ister...”⁸⁵; “Babaların ne kadar başka, anaların ne kadar başka sevgi gösterdiklerini görmüyor musun? Babalar evlatlarının bir an önce çalışmaya başlaması için erkenden uyandırılmalarını emreder, tatil günlerinde bile aylıklık yapmalarına izin vermez, zaman zaman ter döktürür zaman zaman gözyaşı. Ama analar evlatlarını bağrına basmak, gölgelerinden ayırmamak ister; üzülmelerine, ağlamalarına, eziyet çekmelerine dayanamaz. Tanrı iyi insanlara karşı babaların ruhuna sahiptir, onları mertçe sever ve gerçek güçlerini toplamaları için sıkıntılarla, ısıraplarla, kayıplarla boğuşsunlar, der...”⁸⁶.

Gerçi Roma’da babanın aile evladı üzerinde teorik olarak sahip olduğu bu hakkı (*ius vitae ac necis*) kullanıldığına ilişkin çok az sayıda metin bulunmaktadır. Sınırsız *patria potestas*’ın ahlaki hikâyeleri, ideal bir geçmişe dayanmakta, Roma babasının çoğunlukla bir aile *consilium*’u ile işbirliği içinde çocuklarının refahı konusunda kararlar aldığı belirtilmektedir⁸⁷.

Arkaik dönem *pater familias*’ının *patria potestas* kapsamında sahip olduğu *ius vitae ac necis* yanında, yeni doğan çocuğu kabul etmeme hakkı (*ius exponendi*), her yaştaki çocuğu satma hakkı (*ius vendendi*)⁸⁸, *noxa*

⁸⁵ Seneca (I.Kitap, 4, 11), s.57-59

⁸⁶ Seneca (I. Kitap, 2, 5), s.35-37.

⁸⁷ Bernstein N. W., Adoptees and Exposed Children in Roman Declamation: Commodification, Luxury, and the Threat of Violence, Classical Philology, Vol. 104, No. 3, The University of Chicago Press Stable URL (July 2009), s.349. (<http://0210k3611.y.https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/10.1086/650144.pdf?refreqid=search:59b466d85e619d9e5516f43cfd4df706>).

⁸⁸ *Pater familias*’ın Roma sınırları içinde (Roma sınırları dışında çocuğun satılması hürriyetin kaybına neden olur ve çocuk köle olurdu) çocuk çeşitli amaçlarla satı-

olarak verme hakkı (*ius noxae dandi*)⁸⁹, evlatlık olarak verme hakkı (*ius adoptionis dandi*), hâkimiyetten çıkarma hakkı (*ius emancipandi*)⁹⁰ bulunmakta idi. *Pater familias*'ın ayrıca, çocuklarını üçüncü kişilerden istihkak iddiasıyla geri isteme hakkı da vardı. Önceleri *rei vindicatio* (istihkak davası) ile korunan bu hak, klasik hukuk devrinde “*vindicatio patriae potestatis*” (veya *vindicatio in potestatem*)⁹¹ ismindeki davayla korunmuştur⁹². Bu davanın yanı sıra *pater familias*'a bir de *interdictum*⁹³ tanınmıştı:

İrdi. Çoğu zaman *pater familias* çocuğunu bir ustanın yanına çirak olarak verirdi. Çocuğu bir evladı gibi yetiştiren usta, çocuk üzerinde terbiye etme hakkına sahipti. Ustanın bu hakkı kullanırken, *pater familias*'a müracaat etmesi gerekli değildi. İlk devirlerde çok yaygın olarak uygulanmayan hizmet sözleşmesi niyetiyle de çocuk satılabilir. Bu durumda çocuk başkası yanında hizmet görür, *pater familias* da bu hizmete karşılık belli bir miktar para alırdı. Ustanın yanındaki eğitimi veya işveren yanındaki hizmeti bittiğinde serbest bırakılan çocuk, *patria potestas*'a dönmüş olurdu. Bazen de çocuğun satışı kesin ve nihai bir amaçla yapılabilir. Bu durumda çocuk yeni katıldığı ailede ne tam anlamıyla hür ne de köle olarak kabul edilirdi. Bu çocuklar *servi loco* (köle yerine geçen) ismini alırlardı; onu edinen kişi tarafından serbest bırakıldıklarında da tekrar *patria potestas*'a geri dönerlerdi. **Ayiter K.**, s.51-52.

⁸⁹ Noxa sorumluluk kapsamında, *pater familias* tarafından, zarar gören mağdura bırakılacak olan aile evladının devri, hukuki muameleyle (*mancipatio*) yapılmalıydı. Devir muamelesinin kullanılmasının nedeni, çocuğu mağdura terk eden *pater familias*'ın, çocuğu sonradan, *rei vindicatio* ile mağdurdan geri istemesini engellemektir. Ancak aile evladı haksız fiil mağdurunun yanında uygun bir zaman kaldıktan ve hizmetleriyle zararı telafi ettikten sonra, azat edilmesini talep hakkına sahipti. Bu durumda azat edilen çocuk *pater familias*'ın *patria potestas*'ına geri dönerdi. Klasik hukuktan sonra çocukların satılması sınırlanmış, sadece yeni doğanlar ve yoksul *pater familias*'lar için kabul edilmiştir. **Ayiter K.**, s.52.

⁹⁰ *Ius emancipandi* için bkz. 57.

⁹¹ Bkz. dn.225.

⁹² **Ayiter K.**, s.50.

⁹³ *Interdictum*, *formula* usulünde *praetor*'un ya da eyaletlerde valilerin devleti fiilen idare etme (*imperium*) yetkisine dayanarak, hâkimin kararına ihtiyaç duyulmaksızın, uyuşmazlığı, bir işin yapılmasını yasaklamak veya emretmek biçiminde sonuçlandırmalarıydı. **Umur Z.**, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, “*Interdicta*”.

“*Interdictum de liberis exhibendis item ducentis*”^{94 95}. Aslında kamu otoritesinin, araya girerek, *pater familias*'ın bu mutlak hâkimiyetini sınırladığı bazı istisnalar da vardı: Roma ailesinin korunması adına alınan önlemlerin uygulayıcısı olan *censor*⁹⁶lar; aile evlatlarının eğitimi, terbiyesi ya da cezalandırılmaları gibi aile reisinin kontrolüne bırakılmış alanlarda, *patria potestas*'ın kötüye kullanılması halinde örneğin zalimlik veya çocukları ihmal etme gibi durumları değerlendirirler, yetkilerin kötüye kullanımını engelleyerek, kişilere dini nitelikte ceza verirlerdi⁹⁷. *Nota* ya da *notatio* olarak adlandırılan ceza sonucunda kişi şerefsiz (*infamis*)⁹⁸ addedilirdi. Ayrıca bazı imparatorlar tarafından *patria potestas*'ın kötüye kullanımları, somut olaylar kapsamında, alınan tedbirlerle önlenmeye çalışılmıştır. Örneğin imparator Traianus'un (M.S.98-117), oğluna kötü davranan bir *pater familias*'ı, oğlunu hâkimiyet altından çıkarması için zorladığı; oğlunu öldüren bir başka *pater familias*'ı sürgün cezasına

⁹⁴ *Interdictum de liberis exhibendis item ducentis*: *Pater familias*'ın, çocuklarından birini haksız olarak yanında, gözetiminde bulunduran kişiye karşı ileri sürdüğü *interdictum* (Umur Z., Lügat, “Interdictum De Liberis Exhibendis.”) Bu *interdictum*'a göre öncelikle çocukların gösterilmesi zorunludur. İstenilen çocuğun hangisi olduğu konusundaki şüphe, böylelikle giderilmiş olur, sonra *pater familias* çocuğu bulmuşsa, onu alıp götürülebilir. Ayiter K., s.51.

⁹⁵ Ayiter K., s.51.

⁹⁶ Roma toplumunun ahlaki ve mali yaşantısını denetleyen *censor* makamı, M.Ö.443 yılında ihdas edilmiştir. Diğer Cumhuriyet devri *magistra*'lıklarında olduğu gibi *censor* makamında iki kişi vardır. Ancak *imperium*'a sahip olmamakla beraber oldukça önemli bir *magistra*'lıktır. Onsekiz ay görevde kalan *censor*, beş yılda bir yapılan nüfus ve istatistik cetveline benzeyen liste hazırlar. Bu listeye *census* denir. *censor*'ların verdikleri cezalar *nota* olarak adlandırılmaktadır.

⁹⁷ Plescia J., s. 933; Türkoğlu Özdemir G., Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara 2008, s.99-100; Ayiter K., s.53.

⁹⁸ *Infamia* (şerefsizlik), bir kişinin Roma toplumunda sahip olduğu saygınlığı yitirmesidir. Roma hukukunda *infamis* (şerefsiz) kabul edilen kişiler şunlardır: Askerlikten kovulanlar, kadın ticareti yapanlar, sahne oyunculuğu yapanlar, gladyatörler, faizin faizini alan tefeciler, vesayeti altındaki kızla evlenenler veya oğlunu evlendirenler, iki kadınla birden aynı anda evlenenler, bazı haksız fiil ya da sözleşmelerden doğan davalar sonucunda mahkûm olanlar. *Infamia*, hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında sonuç doğurur. Örneğin kamu hizmetlerinden yoksun bırakılırlar, seçme ve seçilme haklarını yitirirler, mahkemelerde kendi adlarına dava açamazlar, başkalarını temsil etmek hakkından yoksundurlar, bu kişilerin tanıklıkları dinlenmez, vasi olarak atanamazlar. Türkoğlu Özdemir G., s.17-18.

çarpıttığı belirtilir⁹⁹. Ancak bu tür tedbirlerin genel olarak uygulama alanı bulduğunu söylemek mümkün değildir.

Önceleri *ius civile* ve *ius publicum* tarafından sınırlandırılmamış olan aile reisinin hâkimiyeti, zaman içinde değişime uğramış; eski mutlak halini¹⁰⁰ kaybederek, kademeli olarak kaybolmuş, *Iustinianus* devrinde ise âdeta çocukları terbiye etme, eğitme şekline bürünmüştür¹⁰¹.

II-) ROMA AİLESİNDE ÇOCUK

1-) ETİMOLOJİK, SOSYOLOJİK VE HUKUKİ ANLAMDA ÇOCUK

Romalı hukukçular fiil ehliyetine etki eden en önemli unsur olarak “yaş” kavramını ele aldıklarında, ergen olmayan küçükleri (*impubes*) iki çağa ayırarak incelemişlerdir: 0 – 7 yaş arasındaki ergen olmayan küçükler (*infans*) ve 7 – 12/14 yaş arasındaki ergen olmayan küçükler (*impubes infantia maiores*). *Impubes*’ler üzerindeki *patria potestas* ortadan kalktığı zaman ergen hale gelmemiş *sui iuris* küçüklerin şahsını ve malvarlığını korumak için *vesayete* ihtiyaç duyulurdu. Romalılar henüz ergenlik çağına ulaşmamış, *sui iuris* olduğu için vesayet altında bulunan erkek küçüklere *pupillus*, kız küçüklere da *pupilla*¹⁰² diyorlardı.

Çocukluk (*infantes*) çağı 7 yaşına varmamış küçüklerin içinde bulunduğu devredir¹⁰³. *Infans*, suskun, dilsiz; yavru, bebek, dili tutulmuş anlamında kullanılmaktadır¹⁰⁴. Nitekim Roma hukuku anlayışına göre *infans*’lar şekilci hukuki muamelelerinin geçerliliği için gerekli olan sözleri söyleyemeyen (*qui fari non possunt*) küçük çocuklardır¹⁰⁵. Klasik

⁹⁹ Çelebican Ö. Karadeniz, Roma Hukuku, Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2014, s.169-170.

¹⁰⁰ Yukarıda belirtildiği gibi önceleri *patria potestas*, yeni doğan bebeği kabul etmeme hakkı (*ius exponendi*), her yaştaki çocuğu satma hakkı (*ius vendendi*), *noxa* olarak verme hakkı (*ius noxae dandi*), evlatlık olarak verme hakkı (*ius adoptionis dandi*), hâkimiyetten çıkarma hakkı (*ius emancipandi*) hatta öldürme hakkı (*ius vitae ac necis*) verecek kadar geniş ve mutlaklı.

¹⁰¹ Çelebican Ö. Karadeniz, s.170.

¹⁰² Umur Z., Lügat, “Pupillus”.

¹⁰³ Tahiroğlu B./Erdoğan B., Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, s.186.

¹⁰⁴ Kabağaç S./Alova E., Latince Türkçe Sözlük, s.300.

¹⁰⁵ Tahiroğlu B./Erdoğan B., s.300.

devir hukukçusu Gaius'a göre de, *infans* ve *infans* çağına yakın olanlar, akıl hastalarından çok farklı değildir.

Gai. I. 3, 109: *Sed quod diximus de pupillo, utique de eo uerum est, qui iam aliquem intellectum habet; nam infans et qui infanti proximus est non mutuum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. Sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.*

“Vesayet altındaki çocuklar hakkında bu söylediklerimiz, bir şeyler anlayabilenler için doğrudur; zira çocuk (*infans*) ve çocukluk çağına yakın bir yaşta bulunanlar (*infanti proximus*), akıl hastasından pek farklı değildir, bu yaştaki vesayet altındaki çocukların hiçbir ayırt etme gücü yoktur. Fakat vesayet altındaki çocuklar hakkında, kendi menfaatleri için, hukuk yararlarına yorumlandı ”¹⁰⁶.

Roma toplumunda çocukluk çağını aşmış, ergen hale gelmemiş *küçükler* (*impubes infantia maiores*) de hukuk düzeni tarafından koruma altındadır. Ergen olmayan *sui iuris kız ya da erkek küçükler üzerindeki vesayete tutela impuberum*, çocukluk çağını aşmış olan ancak yine vesayet altında bulunan bu *sui iuris küçüklere* de *pubertatis proximus* denirdi. Sınırlı ehliyetli olarak nitelendirebileceğimiz bu çocuklar evlenmek ve vasiyette bulunmak dışında vasisinin yardımıyla (*auctoritas*) bütün hukuki muameleleri yapabilirlerdi. Kendi lehlerine olan hukuki muameleleri *auctoritas*'a ihtiyaç duymadan tek başlarına geçerli bir şekilde yapabilen bu çocuklar, tam iki taraflı sözleşmeleri tek başlarına yaptıklarında alacak hakkına sahip olurken, borçlarından sorumlu tutulmazlardı. Bu nedenle bu tür hukuki muamelelere total muamele (*negotium claudicans*) denmekte idi¹⁰⁷.

Ius civile'ye göre geçerli bir evlilikten doğan çocuklar (*fili iusti*) kız olsun erkek olsun aile reisinin *hâkimiyetinden çıkana*¹⁰⁸ veya çıkarılana (*emancipatio*) kadar yaşlarına bakılmaksızın *patria potestas* altındadırlar. Baba *hâkimiyetinden* çıkmaları durumunda ise yaşlarına göre onlara vasi (*tutor*) veya kayyım (*curator*) atanırdı.

¹⁰⁶ Krş. I.3.19.10

¹⁰⁷ Total muamelenin sonuçları için bkz. **Tahiroğlu B./Erdoğan B.**, s. 187.

¹⁰⁸ *Pater familias*'ın ölümü halinde bütün çocuklar veya evlenerek kocasının ya da kocasının tâbi olduğu *hâkimiyet* altına girmesi durumunda kız çocukları üzerindeki *hâkimiyet* sona ererdi.

Çocuk aynı zamanda *ius civile*'ye göre geçerli bir evlilikten yani belirli bir ana ve babadan türeyen “evlat” (*puer*) anlamında da kullanılır. Ancak Roma hukukunda, hukuka uygun evlilik içinde doğmuş çocuklara *filii iusti* veya *filii legitimi*¹⁰⁹ deniyordu.

Roma hukukunda “aile evladı” (*filius familias/filia familia*) ile *infans* ve *impubes infantia maiores* kavramları farklı anlamlar içerir. Çünkü “aile evladı” kavramının yaşla bir ilgisi yoktur. Aile içinde bir kişi kaç yaşında olursa olsun; örneğin beş yaşında bir çocuk da otuz yaşında bir adam da aile reisinin hâkimiyeti altında ise “aile evladı” kabul edilir. Bu kişiler aile içinde *alieni iuris*¹¹⁰ olarak nitelendirilir. Dolayısıyla Roma ailesinde “aile evladı” terimi günümüzdeki “evlat” teriminden farklılık göstermektedir.

Roma toplumunda “yaş” unsuru dikkate alındığında, çocukluk çağında değişik kategoriler karşımıza çıkar: Yeni doğan bebek (*infans natus*), bebek (*infans*), küçük çocuk (*puerulus*), küçük oğlan (*puellus*), küçük kız (*puellula*), genç (*puer*), yetişkin (*adultus*) gibi. Hatta zamanla, on dört yaş¹¹¹ tamamlamakla ergen olmalarına ve fiil ehliyetini tam olarak elde etmelerine rağmen yaşlarının küçüklüğünden ötürü bilgisizlikleri ve tecrübesizlikleri nedeniyle ticari ilişkilerde kolaylıkla aldatılan yirmi beş yaş altı *sui iuris* ergen erkeklerin korunması gerektiği düşüncesi, Roma hukukuna hâkim oldu. Bundan dolayı ergen erkek küçükleri himaye etmek amaçlı M.Ö.2.yy.da *lex Plaetoria* isimli bir kanun yürürlüğe girdi. *Sui iuris* ergen erkek küçüklerin söz konusu kanun kapsamında korunması, onlarla hukuki muamele yapacak kişilerin,

¹⁰⁹ Evliliğin başlangıcından itibaren 180 gün sonra veya sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuklara verilen isim. Baba hâkimiyeti altında olan bu çocuklar *alieni iuris*, hür Roma vatandaşı idiler. **Umur Z.**, Lügat, “*Filii Iusti* veya *Filii Legitimi*”.

¹¹⁰ *Alieni iuris*, bir aile reisinin hâkimiyeti altında (*patria potestas*) bulunan ve onun (başkasının) hukukuna tâbi olan aile evladıdır. Hür, Roma vatandaşı bir kişi *alieni iuris* olması durumunda haklara ve borçlara ehil değildir.

¹¹¹ Klasik dönem Romalı hukukçular arasında, “kişinin ne zaman ergin olacağı” konusu tartışmalıydı. Sabinianus mektebi taraftarları, erkeklerde ergenliğin kişiden kişiye değişebileceğini, Proculianus mektebi taraftarları ise on dört yaşın bitirilmesiyle ergenliğin tamamlandığını kabul ediyorlardı. Proculianus mektebi taraftarlarının görüşü sonraki dönemlerde de kabul edildi. Kız çocuklarının ise on iki yaş bitirmekle ergenliği tamamladıkları her iki mektep taraftarlarınca kabul ediliyordu.

bundan kaçınması sonucunu doğurdu. Bu nedenle baba hâkimiyeti altında olmayan bu çocuklara kayyım (*curator*) atanması usulü benimsendi. Dolayısıyla M.Ö.2.yy.dan itibaren erginliğini kazanmış olmalarına rağmen zayıflığı (bilgisizliği ve tecrübesizliği) nedeniyle 14-25 yaş arası erkeklere “ergen küçükler” (*puberes minores*) denmiştir. Diğer bir anlatımla altı yüzyıl kadar sonra ergen olmalarına rağmen bu yaş grubu hukuki koruma altına alınmıştır. “Ergen küçük” üzerindeki bu koruma bir taraftan onun malvarlığına diğer taraftan az da olsa şahsına yöneliktir. Ergen kız çocuklarına ise her daim vasi (*tutor*) atanır. Böylelikle kız çocukları on iki yaşını tamamladıklarında *tutela impuberum*¹¹²’dan, *tutela mulierum*¹¹³’a geçerdi¹¹⁴.

Roma’da evlilik dışı çocuklar ise yasal olarak babasızdı, dolayısıyla aile reisi hâkimiyetine giremiyorlardı. Bu nedenle evlilik dışı ilişkinin özelliğine göre bu çocuklara farklı isimler veriliyordu: *Spurii*¹¹⁵, *liberi naturales*¹¹⁶ veya *vulgo conceptus*¹¹⁷ gibi. Bu çocukların durumu, geçerli bir evlilikten doğan çocukların durumundan oldukça kötüydü. Evlilik dışı çocuklardan sadece *liberi naturales* olanlar, “meşrulaştırma”¹¹⁸ yoluyla

¹¹² *Sui iuris* ergen olmayan (*impubes*) küçükler (*pupillus*) üzerindeki vesayet.

¹¹³ *Sui iuris* kadınlar üzerindeki vesayet.

¹¹⁴ **Göneç F.İ.**, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s.54.

¹¹⁵ *Spurii*, babası kim olduğu belli olmayan çocuklar için kullanılan bir terimdir. Ayrıca bu terim babaları savaş esiri iken doğan çocuklara da, babanın esareti sırasında ana ile baba arasında geçerli evlilik olamayacağından *spurii* denirdi. **Umur Z.**, Lügat, “*Spurii*”.

¹¹⁶ *liberi naturales*, klasik sonrası hukuk devrinde *concubinatus*’tan (sosyal statüleri eşit olmayan kişilerin evlilik olmadan gerçekleştirdiği birlikte yaşama halidir. Bkz. İpek N., *Concubinatus*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S.2, Yıl 2008, s.15-37) doğan çocuklara verilen isim. Bu çocuklar üzerindeki baba hâkimiyeti ancak meşru kılma yoluyla kazanılıyordu. **Buckland W. W.**, *A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Justinian*, Cambridge 1932, s.128. Klasik devirde ise bu isim, kölelerden doğan çocuklara veriliyordu. **Umur Z.**, Lügat, “*Liberi Naturalis*”.

¹¹⁷ *Vulgo conceptus*, geçerli evlilik, *concubinatus* veya *contubernium* (köleler veya bir köle ile hür kişi arasında evlilik olarak nitelendirilmeyen karı koca ilişkisidir. Bkz. **Umur Z.**, “*Contubernium*”) dışı dünyaya gelmiş çocuklara verilen isim. **Umur Z.**, Lügat, “*Vulgo Conceptus*”.

¹¹⁸ Iustinianus döneminde meşrulaştırma yöntemleri hakkında bkz. **İpek N.**, *Concubinatus*, s.33-34.

baba tarafından tanınabiliyor ve aile içine dahil olabiliyorlardı. Ayrıca meşrulaştırma kapsamında değerlendirilmeyen çocuklar da vardı. Zina veya enest ilişkiden doğan bu çocuklara *adulterini*¹¹⁹ veya *incestuosi*¹²⁰ denirdi¹²¹.

2-) YENİ DOĞAN BEBEĞİN ROMA AİLESİNE KABLÜ

Roma toplumunda “çocukluk” doğumla başlar. Çocuğun doğumu ile tarım arasında benzerlik kuran Romalılara göre toprak kadındır, babanın ise sabandan ya da sürülmüş tarladan geçerken tohum saçıp giden ekimciden farkı yoktur. Hatta bu bağlantı hukuki terimlerle izah edilmiştir.

D.22.1.25: *Omnis fructus non iure seminis, sed iuresoli percipitur; ... in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, aspicitur.*

“Bütün ürün tohum hakkına göre değil, toprak hakkına göre devşirilir;...meyveler toplanırken, alındıkları ağacın hakkına, büyüdükları tohumun hakkından daha fazla dikkat edilir”.

Anne olmak doğa gereği, baba olmak ise *ius civile* gereğidir. Nitekim Paulus, “kim tarafından gebe bırakıldığı açık olmasa da ananın hep belli olduğunu, babanın ise yalnız evlilik belgesinde adı geçen kişi olduğunu” belirtir¹²². Evliliğin olmadığı yerlerde ise hukuki kurgunun yerini başka bir olasılık alır: Çocuğun babasına bedensel benzerliği¹²³. Bu durumla bağlantılı olarak, Roma’da bir bebeğin doğumu sadece biyolojik bir olay değil, babanın kabulüne bağlı “hukuki bir fiil” olarak kabul edilir. *Çünkü yeni doğanlar* babanın vereceği karar gereğince dün-

¹¹⁹ *Adulterini*, aralarında evlilik engeli bulunan kimselerin ilişkileri sonucunda, özellikle de zina ürünü olarak doğan çocuklara verilen isimdir.

¹²⁰ *Incestuosi*, yakın akrabalar arasında cinsi ilişki sonucu doğan çocuklara verilen isimdir.

¹²¹ **Lorio K.V.**, Roman Sources and Constitutional Mandates: The Alpha and Omega of Louisiana Laws on Concubinage and Natural Children, Louisiana 1995, s.321.

¹²² D.2.4.5

¹²³ **Bachofen J.J.**, s.172.

yaya gelirler, topluma kabul edilirler¹²⁴. Dolayısıyla Roma hukukunda evlilik içindeki çocuklar üzerinde baba hâkimiyetinin kurulması ve soy bağının tesisi için doğum yeterli değildir.

Bir Romalının doğumunu, sadece biyolojik bir olgu olarak kabul etmeyen ve aile reisinin onayını arayan Roma toplumu, doğuma bağlı bir ritüel benimsemiştir¹²⁵. Doğan bebeği, ebenin bıraktığı yerden kolları arasına alarak yukarı kaldıran (*tollere liberum*)¹²⁶ ve onu aileye kabul ettiğini gösteren babanın bu hareketi; Romalıların, “çocukluk” çağının farkında olduklarını ve bu dönemi hayatın diğer bölümlerinden ayırt ettiklerini gösterir¹²⁷. Bu ritüel biraz da Roma ailesinin gelenekselliğinden kaynaklanmaktadır.

Doğum, yeni doğan bebek ile anası arasındaki soy bağının kurulması için yeterlidir¹²⁸. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere yeni doğan bebek (*infans natus*) üzerinde *patria potestas*'ın ve soy bağının tesisi için, doğumdan sonra babanın kendisine gösterilen çocuğu kabul etmesi şarttır¹²⁹. Bu nedenle Roma toplumunda, yeni doğan bebeğin, babanın

¹²⁴ Veyne P., Roma İmparatorluğu, Editörler: Ariès P./Dubry G., Özel Hayatın Tarihi 1, Roma İmparatorluğu'ndan 1000 Yılına, çev.Turhan Yıldız, Yapı Kredi Yayınları İstanbul 2002, s.21.

¹²⁵ Doğan bebeğe yönelik festival havasında geçen kutlama olayları (kapı girişinin çiçeklerle süslenmesi, kurban kesilmesi, aile ve yakınlarının hediye verme töreni) söz konusu ritüelin devamı niteliğindedir. Dixon S., The Roman Family, London 1992, s. 101.

¹²⁶ “Erkek çocukları yetiştirmek” anlamında kullanılan bu zorunluluk, kız çocukları için sadece en büyük kız çocuğu için vardı. Villers R., s.4.

¹²⁷ Dixon S., s. 101; Veyne P., Özel Hayatın Tarihi, s.21.

¹²⁸ Roma hukukunda çocuk ile anası arasındaki kan hısımlığının (*cognatio*) kurulması için doğum yeterli olduğu halde, hâkimiyet esasına dayanan hısımlığın (*agnatio*) kurulabilmesi için; ananın, kocasının veya kocasının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altında olması gerekirdi. Aksi halde yeni doğan bebek ile anası arasında *agnatio* kurulmazdı. Ancak çocuğun hukuken geçerli olmayan bir birleşmeden doğması durumunda anası ile arasında hem *cognatio* doğar hem de çocuk anasının tâbi olduğu kişinin (aile reisinin) hâkimiyeti altına girerdi. Örneğin anne tarafından dedesinin. İpek N., Roma Hukukunda Hısımlık, MÜHF-HAD, C.21, Yıl 2015, S.1, s.180.

¹²⁹ Watson, baba hâkimiyetinin yeni doğan bebeğin ebenin bıraktığı yerden kaldırılmasıyla değil, doğumla kurulduğunu belirtir. Watson A., The Law of Person in the Later Roman Republic, Oxford 1967, s.81-82.

iradesine dayalı olarak bir seleksiyona tâbi tutulduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Yeni doğan bebeğin (*infans natus*), aileye kabul edilip edilmemesi şeklindeki bu zor kararda; baba, akrabalarından ve komşularından oluşan bir *consilium*'un görüşünü alabilir¹³⁰. Doğum yapacak olan kadın çocuğunu aldırırsa; kocasını, evliliğin *partum*'undan, yani ürününden mahrum bıraktığı için kocası tarafından terk edilebilir¹³¹.

Yeni doğanın aileye kabulüyle ailenin büyüdüğü, ev kapısının dışına asılan gösterişli bir çelenkle duyurulur¹³². Roma toplumunda özellikle bir erkeğin ölümsüz olabilmesi için, bir erkek çocuğa sahip olması gereklidir. Bu erkek çocuk, babasını gömecek, mezarına ot dikecek, anılarını yaşatacak, adını ya da unvanını sürdürecektir, böylece onu yaşatacaktır¹³³.

Kız çocukları için doğumlarından sekiz, erkek çocukları için ise dokuz gün sonra isim verme töreni yapılırdı. Bu sürelerin sebebi özellikle yaşamının ilk haftasında bebeğin ölme olasılığının yüksek olmasıdır. Doğumu izleyen birkaç gün içinde de çocuğun boynuna muskalardan (*amulet*) oluşan bir zincir veya mühür (*bulla*) takılırdı¹³⁴. Bunlar çocuğun hür doğduğuna dair bir işaretti¹³⁵. Muska veya mühürler ailenin zengin ya da fakir olmasına göre değişik malzemelerden¹³⁶ yapılırdı.

¹³⁰ **Blanck H.**, Roma'da Yaşam, s.185.

¹³¹ **Rousselle A.**, Eski Roma'da Beden Siyaseti, Kadınların Tarihi, Ana Tanrıçalardan Hıristiyan Azizlere, Cilt I, Editörler: DUBY G./Perrot M., Bölüm Editörü: Pantel P. S., çev. Ahmet Fethi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, s.313.

¹³² **Blanck H.**, s.189.

¹³³ Nitekim arkaik dönemde Romalılar ölen atalarına yiyecek ve içecek sunumu yaparlardı, bunu ihmal ettikleri takdirde atalarının kötü ruhlar haline geldiklerine inanırlardı. Daha sonraki dönemlerde Romalı soyluların, atalarını büstlerle yaşattıkları bilinmektedir. **Couch J.A.**, Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın, çev. Söğüt S.İ., Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.2, İstanbul 2010, s.1491-1492; **Reed E.**, Kadının Evrimi, Anaerki Klandan Ataerki Aileye II, çev. Şemsa Yeğin, Payel Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2014, s.157.

¹³⁴ Kız bebeklere *amulet*, erkek bebeklere ise *bulla* takılırdı. **Blanck H.**, s.189.

¹³⁵ **Dixon S.**, s.101

¹³⁶ Soylu doğumlarında altın kılıfta, fakir doğumlarında deri kılıfta saklanan muska veya mühürlerin özgür Romalı çocuğu daima koruyacağına inanılırdı. **Deighton H.J.**, Eski Roma Yaşantısında Bir Gün, çev. Hande Kökten Ersoy, İstanbul 1999, s.7.

Babanın yeni doğanın meşruiyetini tanımasıyla, baba ile *çocuk arasında agnatio* (hâkimiyet esasına dayanan hısımlık) doğardı. Ancak baba hâkimiyet altında ise yeni doğan bebek de babanın tâbi olduğu kişinin hâkimiyeti altına girer ve erkek soydan gelenlerin kan hısımlığına (*agnatio*) dahil olurdu.

Roma hukukunda evlilik sırasında doğan çocuğun babası, kural olarak kocadır. Roma hukukundan günümüze kadar gelmiş olan bu kural sadece *ius civile*'ye göre geçerli olan evliliklerde, evlilik içi çocukları kapsayan bir karine olarak kabul edilmiştir¹³⁷.

Ius civile'ye göre geçerli bir evlilikten doğan çocuğun *patria potestas* altına girebilmesi ve çocuk ile baba arasında soy bağının kurulabilmesi için, evlilikten itibaren 180 gün sonra veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğması gerekirdi. *Çocuk evlilikten itibaren 180 günden önce veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün sonra doğmuşsa, kural olarak babalık karinesinden faydalanamazdı. Bu durumda, çocuk ile baba arasında soy bağının kurulması için kadına veya çocuğa babalık davası*¹³⁸ *açma hakkı tanınmıştı. Dava sonunda hâkimin vereceği hüküm, çocuk ile baba arasında soy bağını kurardı*¹³⁹. Davada koca, çocuğun başka bir kişiden olduğunu, kendi çocuğu olmadığını iddia ettiği takdirde, bunu ispat etmeliydi¹⁴⁰. Ancak Hadrianus'un (M.S.76-138) imparatorluğundan önce¹⁴¹, imparator Vespasianus (M.S.9-79) zamanında¹⁴² çıkarılan *senatus consultum Plancianum* ile üzerinde babalık karinesi bulunan kimsenin, evlilik sırasında ana rahmine düşüp, boşandıktan sonra doğan

¹³⁷ *Pater est, quem nuptiae demonstrant*: "Evliliğin gösterdiği kimse babadır". Ayiter K. – Koschaker P., *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir 1993, s.81.

¹³⁸ Evlilikten itibaren 180 günden önce veya boşanmadan itibaren 300 gün sonra doğan çocuğu babanın kabul etmesi için kadın tarafından kocaya karşı açılan dava *actio de partu agnoscendo*, çocuk tarafından babaya karşı açılan dava *actio de liberis agnoscendis* olarak adlandırılır. Umur Z., *Lügat*.

¹³⁹ İpek N., *Hısımlık*, s.177.

¹⁴⁰ Bunun ispatına kadar çocuğun babadan olduğu karinesi geçerliydi. Bu karinenin dayanağı evlilikti. Ayiter K., s.46.

¹⁴¹ Berger A., *Encyclopedic Dictionary Of Roman Law*, NewYork 1953, s.699.

¹⁴² Umur Z., *Lügat*, "*Senatus Consultum Plancianum*".

çocuğun belli şartlar altında kendisine ait olmadığını iddia edebileceği, diğer bir anlatımla soy bağıını reddedebileceği kabul edilmiştir¹⁴³.

Aile reisinin hâkimiyeti o kadar kapsamlıdır ki, bu hâkimiyet herhangi bir kurumun veya kişinin aile idaresine karışmasına izin vermezdi. Bu nedenle de çocukların doğumuna ve yetiştirilmesine ilişkin devlet tarafından yapılan düzenlemelerden çok fazla söz edilmez¹⁴⁴. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere *patria potestas*'ın kötüye kullanımı halinde yetki sınırlanabilirdi¹⁴⁵.

Önceleri evlilik içi çocuk doğumlarının resmi makamlara bildirilme zorunluluğu yokken, bu zorunluluk Augustus döneminde getirilmiş¹⁴⁶ ve Roma'da *praefectus aerarius*¹⁴⁷ makamına bildirimlerin yapılacağı kabul edilmiştir. Marcus Aurelius döneminde ise bildirim zorunluluğu meşru olmayan çocukları da kapsamıştır¹⁴⁸.

¹⁴³ Çocukların ebeveynler tarafından kabul edilmesi ve gayrimeşru çocukların tanınmasına ilişkin olmak üzere iki bölümden oluşan *senatus consultum Plancianum* ve uygulanma şartları için bkz. İpek N., Hısımlık, s.172-177.

¹⁴⁴ Paribeni R., s.240-241.

¹⁴⁵ Bkz.I/3.

¹⁴⁶ Roma nüfusunun azalmasına çare bulunması ve bozulan aile ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi amacıyla Augustus zamanında aile hukuku ile ilgili üç kanundan söz edilir. Augustus, M.Ö.18 (evlenmeleri düzenleyen kanun/*lex Iulia de Maritantis Ordinibus*), M.Ö.17 (zinalara ve tecavüzlere ilişkin kanun/*lex Iulia de Adulteriis Coercendis*) ve M.S.9 (evli ve çocuk sahibi olanları koruyan kanun/*lex Iulia et Pappia Poppaea*) yıllarında çıkarttığı bir dizi kanunla, Roma'nın aristokrat kesiminde ve İtalya'nın yerlileri arasında ahlak düzeyini yükseltmeye ve doğum sayısını arttırmaya çalışmıştır. Tamer D., Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007, s.23. Evliliği ve çocuk sahibi olmayı özendirici kanun (*lex Iulia et Pappia Poppaea*) kapsamında örneğin "aristokratlara üst düzey görevlere gelmek için şart koşulan yaş sınırı, otuz yaşından önce dünyaya getirilen her çocuk için bir yıl indiriliyordu". Jackson R., Roma İmparatorluğu'nda Doktorlar ve Hastalıklar, çev. Şenol Mumcu, İstanbul 1999, s.103.

¹⁴⁷ *Praefectus aerarius*: *Principatus* devrinde *praetor* veya *questor*'lar arasından seçilen vergi işleriyle ilgilenen *magistra*.

¹⁴⁸ Blanck H., s.190.

III- ÇOCUĞUN AİLE DIŞINDA BIRAKILMASI VE YENİ DOĞAN BEBEĞİN TERK EDİLMESİ MESELESİ

1-) ÇOCUĞUN AİLE DIŞINDA BIRAKILMASI

Roma'da çocuğun aile dışında bırakılması üç şekilde karşımıza çıkar: 1- Doğum ebeveyninin yeni doğanı bir yere bırakarak terk etmesi (*ius exponendi*). 2- Doğum ebeveyninin yasal olarak çocuğu başka birinin gönüllü ve kalıcı kontrolüne bırakması (*ius adoptionis dandi*). 3- Doğum ebeveyninin çocuğu satması (*ius vendendi*)¹⁴⁹.

Yeni doğan bebeğin terki meselesi aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği için burada çocuğun aile dışına bırakılması kapsamında yer alan diğer durumlar kısa bir karşılaştırma ile incelenecektir.

Doğum ebeveyninin çocuğu başka bir kişiye satması ve dolayısıyla onu aile dışında bırakması, *patria potestas* kapsamında ona tanınan bir yetkiydi (*ius vendendi*). Dolayısıyla çocuk, para ile değiştirilecek insan mülkünün bir biçimi olarak görülürdü. Diğer bir anlatımla çocuğun doğum ebeveyni ve onu yetiştirecek kişi arasında âdeta kölelerin satışı-na benzer, doğrudan bir ilişki kurulurdu¹⁵⁰. Yeni doğan bebeğin bir yere bırakılarak terk edilmesi, satıştan ayrı olarak değerlendirilse bile, hukuki düzenlemelerin yüzyıllar boyunca nasıl geliştiği açık değildir¹⁵¹. Dolayısıyla bir dereceye kadar konuyla ilgili “literatür zenginliği”, “terk” kavramının çocukların ebeveyni tarafından satılmasını kapsayabileceği gerçeği ile açıklanabilir^{152 153}. Diocletianus (M.S.244-311) M.S.3.yy.’in

¹⁴⁹ Boswell J. E., s.12.

¹⁵⁰ Bernstein N.W., s.344. Çocuğun satışı için bkz. dn.88.

¹⁵¹ Tate J.C., Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire, Journal of Law and Religion, Vol. 24, No.1 (2008/2009), s.125 (<http://0210k3611.y.https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/27639134.pdf?refreqid=search%3A59b466d85e619d9e5516f43cfdddf706>).

¹⁵² Tate J.C., s.124.

¹⁵³ M.S.1.yy.da yaşamış olan iyi bir Roma yaşamı gözlemcisi olan Marcus Valerius Martialis, bir epigramında şöyle demektedir: “ Tarla satıp oğlan çocuğu aldı Artemidorus; bir tarla aldı Calliodorus oğlana karşılık. Söyle, Auctus, hangisi daha iyi yaptı sence: Artemidorus çocuk seviyor, Calliodorus tarla sürüyor”. **Marcus Valerius Martialis**, Epigramlar, çev. Güngör Varınlıoğlu, Kâzım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi-58, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2005, s.309 (Epigramlar).

sonunda, hür doğan çocukların ebeveyni tarafından satılmasının meşru olmadığını belirtmiş, ancak yasaklamamıştır. Bu tür satışlar nadiren antik dünyada gerçekleşmiştir. Bunun nedeni hür sınıfların, soylarının köle statüsüne geçme ihtimalinden korkmalarıdır¹⁵⁴. M.S.4.yy.da hem Constantinus'un (M.S.272-337) hem de Theodosius'un (M.S.347-395), ailelerin "aşırı ihtiyacı" sebebiyle çocuk satmasına izin verdikleri, ancak satışın geçerliliğinin "bir çocuğun emeğiyle" sınırlandığı belirtilmektedir¹⁵⁵. Bununla birlikte yeni bilimsel görüş birliği, Constantinus ile Iustinianus (M.S.482-565)'un imparatorlukları arasındaki yıllar boyunca hukuki düzenlemelerde önemli ölçüde değişiklik yapılmadığı, sadece var olanların düzeltildiği ve açıklandığı şeklindedir. Kaynaklardan tespit edildiği kadarıyla M.S.331'de Constantinus zamanında gerçekleştirilen dikkate değer bir reformun ardından¹⁵⁶, M.S.4.yy. ve 5.yy'larda konuya dair birkaç kanun çıkarılmış olduğudur. Ancak Iustinianus devrine kadar terk edilmiş çocukların hukuki durumu büyük ölçüde değiştirilmemiştir¹⁵⁷.

Roma toplumunda terk edilen çocuk ile evlatlık karşılaştırıldığında; terk edilen çocukların kaderinin, evlatlık verilenlerden oldukça farklı olduğunu söylemek isabetli olacaktır.

*Çocuğunu ius adoptionis dandi'*ye dayanarak evlatlık veren doğum ebeveyni, beslenme ve yetiştirme şartlarını bilerek, başka bir aile reisinin kontrolüne çocuğunu bırakır. Yeni doğan bebeği *ius exponendi* kapsamında terk eden ve çocuğunun hayatta kalacağını ümit dahi edemeyen ebeveyn ise onu, kimin bulacağını bilemez¹⁵⁸. Diğer taraftan doğum ebeveyni, bebek ya da küçük çocukları terk etme; daha büyük çocukları veya tam yetişkinleri evlatlık olarak verme eğilimindedir¹⁵⁹. Ayrıca sınıfsal ayırım da burada önemlidir. *Çünkü* yoksullara kıyasla üst sınıfa dahil çocukların çok daha küçük bir yüzdesi terk edilirken, çok daha büyük bir yüzdesi terk edilmekten ziyade evlatlık olarak verilmektedir¹⁶⁰. Terk edi-

¹⁵⁴ Boswell J. E., s.16.

¹⁵⁵ Boswell J. E., s.17.

¹⁵⁶ Bkz.III/2/E

¹⁵⁷ Tate J.C., s.125.

¹⁵⁸ Bernstein N. W., s.343.

¹⁵⁹ Bernstein N. W., s.344.

¹⁶⁰ Bernstein N. W., s.344.

len çocuklarda doğum ebeveyni ile çocuğu sahiplenen ebeveyn arasında alış-veriş (veya ilişki) dolaylıdır. Ayrıca ikinci bir alış-veriş (ilişki), daha önce bilinmeyen doğum ebeveyninin tesadüfen ortaya çıkmasından sonra; onun, “*alimenta*” masrafları¹⁶¹ çocuğu sahiplenene ödemeyi tercih etmesi halinde ortaya çıkar. Bu durumda çocuğun doğum ebeveynine dönmesi, sonuç olarak görülecek bir değişim biçimidir. Evlat edinme ise taraflar arasındaki müzakere sürecinden sonra gerçekleşir¹⁶². Diğer bir anlatımla ilişki doğrudandır. İlişkilerin değerlendirilmesi bakımından da farklılıklar söz konusudur. Terk edilen çocuklarda, çocuk ile onu sahiplenen ebeveyn arasındaki ilişkinin “geçici” ve ortaya çıkma ihtimali olan doğum ebeveyni nedeniyle “bozulmaya mahkûm olduğu” algısı, çocuk ve sahiplenen arasında güçlü “aile benzeri” duygusal bağların kurulmasını zorlaştırır. Doğum ebeveyni tarafından, çocuğun evlatlık verilmesinde ise evlatlığın, doğum ebeveynine dönmesi kabul edilemez¹⁶³.

2-) YENİ DOĞAN BEBEĞİN TERK EDİLMESİ MESELESİ

A-) GENEL OLARAK

“Romulus’un çocuklara yönelik kurgusal yasaları”nda ebeveyne, doğan tüm erkek çocuklarını ve ilk doğan kız çocuklarını yetiştirmeleri öğütlenmesine rağmen uygulamada M.S.4.yy.’a kadar bu öğüt dikkate alınmamıştır. Kaç yeni doğan bebeğin terk edildiğini ve toplumun farklı sınıf katmanları arasında nasıl bir dağılım gösterdiğini bilmemekle birlikte, kaynaklarda sözü edilecek kadar yaygın olduğunu ancak arkaik ve klasik dönemde bunun önlenmesi ve/veya yasaklanması için kayda değer bir düzenleme yapılmadığını biliyoruz.

Yaşlı Seneca¹⁶⁴, terk edilen çocuklar için “onlar herhangi bir yerde sayılmazlar; bunları, nüfus sayımında veya herhangi bir vasiyetname

¹⁶¹ *Alimenta* masrafları; çocuğun beslenmesi, yetiştirilmesi için ebeveynin yükümlülüğü kapsamında yaptığı harcamaları ifade eder.

¹⁶² Bernstein N. W., s.344.

¹⁶³ Bernstein N. W., s.344.

¹⁶⁴ M.Ö.54 – M.S.39 yılları arasında yaşamış olan Lucius veya Marcus Annaeus Seneca, ortanca oğlu aynı adla anılır. Yaşlı Seneca olarak bilinen ünlü hatip İspanya kökenlidir.

içerisinde bulamazsınız” der¹⁶⁵. Gerçekten de demografik ve ekonomik sistemin bir parçası olan terk edilen çocuklar hakkında kayıtlar yetersizdir. Buna rağmen geniş bir coğrafyada üstünlük gösteren Roma İmparatorluğu’nun farklı birçok yerinde önemli demografik, ekonomik ve psikolojik etkilere sahip ortak bir mesele olarak “terk edilen çocuk” sorununu varsaymak için güçlü nedenler mevcuttur¹⁶⁶. Bazı yazarlar Yunan ve Roma dünyasında çocukların maruz kaldıkları ihmalin “göz ardı edilebilir önemde” olduğunu belirtse¹⁶⁷ de, diğer pek çok tarihçi ve antropolog tarafından toplanan karşılaştırmalı bilgiler bu yönde değildir¹⁶⁸. Bu nedenle antik ve klasik Roma hukukunun terk edilmiş çocuklar sorununun çözümünde nasıl bir yaklaşım izlediği, cevaplanması gereken bir soru olarak kabul edilmelidir. Bu soru elimizdeki mevcut sınırlı kaynaklar kapsamında cevaplandırılmaktadır.

Antik dünyada en iyi bilinen terk edilen çocuklar mitolojik karakterlerdi: Hephaistus, Asclepius, Oedipus ve Romulus ile Remus gibi. Efsanevi ve kurmaca hikâyeler çocuk terkinin biçimleri, nedenleri ve etkileri hakkında çeşitli sonuçlar önermekle birlikte ne kadar terk gerçekleştiği konusunda bizi kesin bir sonuca götürmemektedir. Ayrıca bu kurgusal ve efsanevi hikâyelerdeki mutlu son, bunun antik çağda meydana gelme ihtimalini de yansıtmamaktadır. Ancak Roma’da çocuk terki ile ilgili kanıtlar sayısal biçime çevrilememekle birlikte, herkes Roma toplumunda çocuk terkinin bilindiğini kabul etmektedir¹⁶⁹. Yeni doğan bebeğin ölümüne neden olan tek sebep olmasa da, en yaygın ola-

¹⁶⁵ L. Annaeus Seneca Maior *Controversiae* 10.4.13: “..expositi in nullo numero sunt..”; 10.4.14: “..non in censu illos invenies, non in testamentis..” (<http://www.thelatinlibrary.com/seneca.contr10.html>)

¹⁶⁶ **Harris W.V.**, *The Theoretical Possibility of Extensive Infanticide in the Graeco-Roman World*, *The Classical Quarterly*, Vol. 32, No. 1 (1982), Cambridge University Press on behalf of The Classical Association, s.114 (<https://www.jstor.org/proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/638743.pdf?refreqid=search%3Aa5bf1d848c5b040df3756c0a9d5b59f7>).

¹⁶⁷ **Engels, D.**, *The problem of female infanticide in the Greco-Roman world*, *CPh* 75, 1980, s.112-120 naklen **Konijnenberg M.**, *Infanticide and the social status of children*, 2014, s.6-7; 9 (http://www.academia.edu/12940592/Infanticide_and_the_social_status_of_children); **Harris W.V.**, *Infanticide*, s.114.

¹⁶⁸ Donald Engels’in görüşlerinin eleştirileri için bkz. **Harris W.V.**, *Infanticide*, s.114-116.

¹⁶⁹ **Harris W.V.**, *Child-Exposure*, s.3.

nı bebeğin terk edilmesiydi. Efsanevi ve kurgusal hikâyeleri bir tarafa bırakacak olursak gerçek hayatta terk edilen çocuklar için ölüm oranlarının çok daha yüksek olduğunu ve doğum ebeveyni ile daha sonra karşılaşma olasılığının da çok daha düşük olduğunu varsaymak zorundayız¹⁷⁰. Çocuğun terki onaylanmasa bile, yaygın ölçüde ve kaçınılmaz olarak kabul edildiği açıktır. Ancak özellikle Stoik felsefe ve Yahudiler çocuk terkinde itiraz etmişlerdir. Onlara göre tüm bebekler ya da en azından yaşayabilir ve meşru bebekler canlı tutulmalıydı¹⁷¹.

Babanın antik dönemden itibaren sahip olduğu *ius exponendi*¹⁷² (yeni doğan bebeği kabul etmeme hakkı) kapsamında yeni doğan bebeği terk etmesi, çocuk bakımından, tehlikeli bir duruma maruz kalma riski taşırdı. Tehlikeli durumdan kastedilen ölüm veya yaralanmadır. Çağdaş toplumlarda (çocuk) “bırakmak” diye bilinen biçime dönüşen bu eylem sonucunda, canlı olarak terk edilen çocuk, birisinin onu bulması halinde yaşama tutunabilmektedir. Böylelikle doğum ebeveyni, belki de çocuğunu, tanrıların merhametine, kendisinin sunabileceğinden daha iyi bir imkâna ya da şansa terk etmektedir. Ancak ebeveynlerin bu şekilde düşündüğünü tasavvur etmek çok da yerinde olmasa gerek. Çoğu terk edilen bebeğin köle talebinin yüksek olduğu zamanlarda yaşadığını dikkate aldığımızda, bebeklerin “ortak şansının” “köleleştirme” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁷³. Nitekim Roma toplumunda çocuk terkinin kabul edilmesinin nedenlerinden biri şüphesiz emeğin sağlanmasına yardımcı olmasıdır¹⁷⁴. Ancak *ius exponendi*'nin kullanılması bir çocuğun, ailenin sorumluluğundan uzaklaştırılmasına yardımcı olmakla kalmayıp, onun hayattan uzaklaştırılmasına da neden olabilirdi. Bundan dolayı babaya tanınan *ius exponendi*, *ius civile*'ye göre geçerli bir evlilikten doğan her “çocuğun kaderini belirleme yetkisinin” kocaya ait olduğunu göstermektedir¹⁷⁵. Koca yeni doğanı isterse aileye kabul eder

¹⁷⁰ Bernstein N.W., s.344

¹⁷¹ Harris W. V., Child-Exposure, s.1.

¹⁷² Latince “*exponere*” fiili, diğer farklı anlamları yanında dışarıya koymak ya da yerleştirmek, çıkarmak; (çocuk) bırakmak; sergilemek, teşhir etmek, göstermek gibi anlamlarda kullanılmaktadır.

¹⁷³ Harris W.V., Child-Exposure, s.9.

¹⁷⁴ Harris W.V., Child-Exposure, s.10.

¹⁷⁵ Rousselle A., Eski Roma’da Beden Siyaseti, Kadınların Tarihi, Ana Tanrıçalardan Hıristiyan Azizlere, Cilt I, Editörler: Duby G./Perrot M., Bölüm Editörü:

isterse ondan vazgeçer. *Çocuğun baba tarafından* aileye kabul edilmesi durumunda çocuk sahipsiz olur, terk edilebilir veya öldürülebilir.

Genellikle doğumu gerçekleştiren ebenin bıraktığı yerden baba tarafından alınıp yukarı kaldırılmayan çocuk, evin kapısının önüne bırakılır. Hatta doğum sırasında orada bulunmayan baba, doğan bebeğin sokağa terk edilmesi yönünde eşine talimat verdiyse, çocuk yine kapının önüne bırakılır. Daha da ileri gidilebilir: Baba ölümünden sonra ailesi üzerindeki kontrolünü sürdürebilir ve vasiyetnamesinde, ölümünün ardından doğacak bir çocuğun terk edilmesini isteyebilir ya da bir erkek çocuğun doğması durumunda, çocuğu terk edip etmeme kararını anneye bırakmakla birlikte, çocuğun mirastan mahrum bırakılmasını isteyebilir¹⁷⁶.

Yeni doğan bebeğin terk edilmesi durumunda, küçümsenmemesi gereken fiziksel riskler sebebiyle, kurbanların çoğunun muhtemelen öldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Bu konu, çoğu yazarın görmezden geldiği bir meseledir. Aslında her zaman ölümle sonuçlanmasa bile bebeğin terki, onu öldürmenin bir alternatifidir¹⁷⁷.

Harris W.V., terk edilen bebeğin hayatta kalma şansını, “onun şansına” ek olarak, beş değişkene bağlamıştır: 1-) *Yeni doğanın başlangıçtaki fiziksel durumu* 2-) *Terk edenlerin*, bebeğe, hayatta kalması konusunda nasıl yardımcı oldukları¹⁷⁸ 3-) Topluluğun, çocuğu “köle” olarak yetiştir-

Pantel P. S., çev. Ahmet Fethi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, s.312.

¹⁷⁶ Rousselle A., s.313.

¹⁷⁷ Boswell J.E., s.13.

¹⁷⁸ Özellikle yeni doğanın terk edildiği yer zimni olarak terk edenin niyetini ve terk etme sebebini gösterirdi. Bebeğini ekonomik sebeplerle terk ediyor ve onun bulunmasını istiyorsa geleneksel bir ortama örneğin Forum Holitorium’daki Columna Lactaria’ya bırakırdı; bebeği gayrimeşru olması veya sakatlıkla doğması nedeniyle terk ediyor ve yaşamasını istemiyorsa kasaba veya köyün dışında bir yere, örneğin bir yamaca, yolun kenarına, ormana bırakırdı. Harris W.V., *Child-Exposure*, s.9.

tirmek için yatırım yapmaya istekli kişiler içerip içermediği¹⁷⁹ 4-) Köle emeği talebi düzeyi 5-) Terk edilen bebeğin cinsiyeti^{180 181}.

Roma'da, Forum Holitorium'da dikilmiş Columna Lactaria (Süt Sütünü)'nın altı gibi, bebeklerin bırakılmaları için özellikle ayrılmış yerler bulunurdu. Yeni doğum yapmış Romalı kadınların uğrak yeri olan kamuya açık yerlerin çevresine bırakılan bebeklerin çoğunun kız olduğu söylenir. Yoksulluk, gayrimeşru doğum, anomali doğum gibi çeşitli sebeplerle besleyemedikleri bebeklerine imkan sağlamaya çalışan Romalı kadınlar, aileye kabul edilmemiş bebeklerini buralara terk ederek, o dönemin şartlarında açık alanda bir "çocuk borsası ya da piyasası" oluşturulmasına neden olmuşlardır¹⁸².

B-) YENİ DOĞAN BEBEĞİN TERK EDİLMESİNİN NEDENLERİ

Roma toplumunda yeni doğan bebeğin terk edilme nedenlerini beşe ayırarak inceleyebiliriz: a-) Yeni doğan bebekteki deformite veya diğer fiziksel yetersizlikler. b-) Kadının utanç duyması ya da ailenin ayıbı sayılması nedeniyle *çocuğun aileye kabulüne onay verilmemesi*. c-) Algılanan ya da var olan ekonomik kaygılar. d-) Yeni doğan bebekteki kötü alâmetler. e-) Cinsiyet ayırımı.

a-) Doğum sırasında sakatlanmış ya da deformitesi veya kusuru görülen bebekler terk edilirdi. Seçkin bir jinekolog ve zamanının en ünlü hekimi olan Soranus, bir bebeğin yetiştirilebilecek kadar sağlıklı olup olmadığına karar vermek için kapsamlı ve katı bazı ölçütler koymuş olmasına rağmen, Cermenlerin ve Yunanlıların; yeni doğan bebeği soğuk suya bastırarak kuvvetlendirmek istemelerini ve soğuğa dayanamayıp moraran veya konvülsiyon geçiren *çocukları beslemektense ölüme* terk etmelerini *kınamıştır*¹⁸³. Bebekte deformite olduğunu söylemek

¹⁷⁹ Terk edilen bebeklerin yetiştirilmesinin yaygın olduğu yerler Roma'nın Mısır ve küçük Asya (Anadolu) eyaletleri, mutemelen Achaea (Mora) ve Suriye ve İtalya'dır. **Harris W.V.**, Child-Exposure, s.11.

¹⁸⁰ Bir kız çocuğunun bir erkek çocuğa göre kurtarılma ihtimali daha düşüktür.

¹⁸¹ **Harris W.V.**, Child-Exposure, s.11.

¹⁸² **Erdemir H. P.**, Roma Vatandaş Hukukunun Konusu Olarak Kadın, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, İstanbul 2016/1, S.63, s.4, dn.14 (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iutarih/article/view/5000208162/5000176364>).

¹⁸³ **Jackson R.**, s.96.

yeterli değildi. Fiziksel olarak kusurlu görülmeleri sebebiyle öldürülmelerine veya terk edilmelerine izin verilen çocuklar, onayları alınmak üzere en az beş komşuya gösterilmeliydi¹⁸⁴. Ancak erken imparatorluk yazarları, bu *düzenlemelere Roma'da dahi* uyulmadığını belirtmektedir¹⁸⁵.

b-) Yeni doğan bebeğin, tecavüz veya gayrimeşru ilişki sonucunda dünyaya gelmiş olması sosyal utanca neden olan bir olaydı. Tecavüze maruz kalan kadın *sui iuris* ise *çocuk düşürme kendisi için hayati risk taşıdığından doğumdan sonra çocuğu terk edebilirdi*. Kadın *alieni iuris*, yani evli ve kocasının *hâkimiyeti altında ya da bekâr* veya evli ama babasının *hâkimiyeti altında* ise onlar ailenin ayıbını ortadan kaldırmak için *çocuğun terkinini isteyebilirlerdi*. Ayrıca karısının ihanetinden şüphelenen koca da, zina ürünü olduğuna inandığı çocuğu sokağa bıkabırdı¹⁸⁶. Bu durumda kadın hakkında ölüm cezası da uygulanırdı¹⁸⁷. Nitekim Romalıların kuruluş hikâyesinde de Romulus ve Remus adlı ikizlerin Vesta Bakiresi Rhea Silvia¹⁸⁸'nin çocukları olarak yoğun bir utanç kaynağı

¹⁸⁴ Jackson R., s.103.

¹⁸⁵ Iuvenalis, Saturae adlı eserinde Roma'da kanuna aykırı olmasına rağmen, infantisid ve ölüme terk etmenin, istenmeyen çocuklardan kurtulmanın yolu olarak benimsendiğini, belirtmiştir. Örneğin Iuvenalis Saturae II.6. 602-609'da bebeklerin kasaba veya köylerin dışında "iğrenç su birikintilerinde ("spurci lacus") bırakıldıklarını, böylece sonucun ölümcül olduğunu, ebeveynin sahte dualarını ve yeni doğan terk edilmiş çocukların varlıklı kadınlar tarafından toplandıklarını, onları evlat edindiklerini ima etmektedir.

Iuvenalis, Saturae II.6.602-609: *Transeo suppositos et gaudia uotaque saepe ad spurcos decepta lacus, saepe inde petitos pontifices, salios Scaurorum nomina falso corpora latus. stat Fortuna improba noctu adridens nudis infantibus: hoc fouet omni inuoluitque sinu, domibus tunc porrigit altis secretumque sibi mimum parat; hos amat, his se ingerit utque suos semper producit alumnos*: "Şimdilik gayrimeşru çocukları, doğumdan duyulan sevinçleri bir kenara bırakıyorum, ve iğrenç su birikintilerindeki sahte duaları, bu birikintilere arkasını dayayan din adamlarıyla Scaurus ailesinin adını yalandan taşıyacak olan Mars rahiplerini. Acımasız kader geceleyin kalker, çıplak bebeklere gülererek; hepsini kucaklayıp, bağrına basar, sonra da soylu evlere uzatır onları, böylece gizemli bir oyun oynar kendine; onları sever, armağanlara boğar, hep kendi evlatları gibi çıkarır ortaya". Türkçe çevirisi **Iuvenalis**, Yergiler-Saturae (Latince-Türkçe), s.79.

¹⁸⁶ Veyne P., (Ariès P.- Duby G.), s.23.

¹⁸⁷ Tamer D., s.139-148.

¹⁸⁸ Roma Forum'unun güneybatı köşesinde bulunan Vesta Tapınağı'ndaki devlet ocağının ateşine göz kulak olmakla görevlendirilen rahibeler, soylu Romalı aile-

olduğu farz edilmişti¹⁸⁹. Ancak Roma’da kızların erken yaşta evlilik yapması nispeten az sayıda gayrimeşru gebelik yaşandığı sonucuna bizi götürebilir. Gayrimeşru çocukların *Digesta*’da çok fazla yer almadığını görürüz. *Digesta*’da çocukların tanınması konusundaki düzenlemeleri D.25.3’te görmekteyiz. D.25.3.1-3, boşanmış olan kadının, hamile olduğunu düşünmesi üzerine izlenecek usulü ayrıntısıyla anlatılmaktadır¹⁹⁰.

c-) Yeni doğan bebeğin terkinin en yaygın nedeni gerçek ya da algılanan ekonomik kaygılardır. Yoksulluk veya bir ailenin parçalanabilir miras sistemi karşısında mülkünü koruma arzusu çocuk terkine neden olabilmektedir. Yunan ve Roma kaynaklı çeşitli eserlerde, yoksulluğun çocuk terki için olağan bir neden olduğu varsayılmaktadır. Bu kaynaklarda, yoksulların *büyük ölçüde* sağlıklı ve meşru bebeklerini terk ettikleri yönünde kuvvetli kanıtlar vardır. Bireyleri neredeyse açlıktan ölecek olan yoksul ailelerde “bir çocuğu daha beslemek” diğer aile mensuplarından yiyecek almak anlamına gelir ki; zaten ailenin diğer bireyleri de açtır ve üstelik kötü bir hasat her şeyi altüst etmiştir. Bu nedenle ebeveyn, yeni doğanın terki yönündeki seçimini *hızlı bir şekilde* yapmalıdır¹⁹¹. Ancak çocuklarını terk edenler sadece, geçinmek için devlet yardımına muhtaç olan ve bir ailenin yükünü mali olarak kaldıramayan yoksul sınıf değildir. Roma toplumunu oluşturan diğer sınıflar da çeşitli nedenlerle geniş aileler tercih etmemektedir. Romanın üst sınıf vatandaşları olan *nobilitas* ve *equester*’lerin ölüm oranının yüksek olduğu savaş dönemleri dışında, iki oğlu yeterli gördükleri belirtilmektedir. Bunlardan biri vâris, diğeri ise onun başına bir şey gelmesi durumunda yedek olarak kabul edilendir. Yeni bir vârisin doğması miras paylaşımı ve iş bölümümü bakımından her şeyi altüst edebilir. Diğer bir anlatımla, aile-

lerden belirlenen on ya da daha küçük yaştaki adaylar arasından kurayla seçilirlerdi. Vesta Bakireleri’nin hizmet verdikleri süre boyunca bakire kalmaları gerekliyordu. Romulus ve Remus’un anneleri Rhea Silvia da, amcası tarafından şeref bahanesiyle Vesta rahibeliğine tayin edilmiş ve kendisine devamlı bakirelik bahşedilerek, çocuk sahibi olmaktan mahrum edilmişti. Ancak Vesta Bahibesi Rhea Silvia zorla kaçırılarak ikiz çocuk dünyaya getirmişti (hikâyenin ayrıntısı için bkz. dn.76). İpek N., Roma Hukukunda Kadının Cezai Sorumluluğu, Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, C.I, İstanbul 2011, s.778-779.

¹⁸⁹ Harris W.V., *Child-Exposure*, s.5.

¹⁹⁰ İpek N., *Hısımlık*, s.172-174.

¹⁹¹ Harris W.V., *Child-Exposure*, s.13.

nin daha müreffeh olması halinde bile çocuk terkinin nedenleri ekonomik olabilir. Ailelerdeki çok fazla mirasçı büyük zorlukları beraberinde getirir. Mirasçıların fazlalığı sebebiyle arazi ve diğer malları kapsayan mütevazı bir servet, yalnızca birkaç kuşak içinde yetersiz kalan kısımlara bölünebilir. Dolayısıyla zenginlerin bile, mirasın çok fazla bölünmesini önlemek için siyasi, mali veya kişisel nedenleri vardır. Bu gibi durumlarda çocukları terk ederek mirasçı sayısının azaltılması, ideal bir çözüm sağlamıştır¹⁹². Nitekim Romalı soylu ve zengin bir aileden gelen, iki oğlu olan ünlü filozof Boethius¹⁹³ *Philosophiae Consolatio* (Felsefenin Tesellisi) adlı eserinde, “çocuksuz adamın talihsizliğinin ne mutlu talihsizlik olduğunu, çocuk yapanın kesinlikle kendisine işkence olsun diye yapmış olduğunu” belirtmektedir¹⁹⁴. Orta sınıf olarak adlandıracağımız hali vakti yerinde olan meslek sahipleri veya genellikle parasız olan entellektüel ve edebi simalar, evlilik kurumunu şiddetle eleştirmekte ve ailevi bir hırsıla, çabalarını, kaynaklarını az sayıda çocuk üzerinde yoğunlaştırmaktaydı. Bunlar, çocuklarının saygınlık ve nitelikten yoksun sıradan bir eğitim almalarını ve yozlaşmalarını istemiyorlar, bu nedenle çocuklarını sokağa terk ediyorlardı. Roma devleti, üst sınıfları en az üç çocuğu olmaya ikna etmek için çok uğraşmasına rağmen, böyle bir baskı etkili olmamıştır.

d-) Roma toplumunda kehanetlerin dikkate alındığını, yeni doğan bebeğin kötü alâmetler taşıdığı gerekçesiyle terk edilmesinde de görüyoruz. M.Ö.63'te Augustus'un azatlısı tarafından ortaya atılan bir hikâyede, üzerinde “kötülük yazısı” olduğu iddia edilen herhangi bir çocuk için, “o yıl doğan çocukların yetiştirilmesini yasaklayan” bir *senatus consultum*'tan söz edilir¹⁹⁵. Ayrıca Suetonius da, M.S.19'da gerçekleşen çocuk terki vakıalarını, Germanicus'un ölümüyle bağdaştırmakta-

¹⁹² Boswell J.E., s.23.

¹⁹³ Romalı bir filozof olan *Boethius* (*Anicius Manlius Severinus Boethius*) M.S 480-524 tarihleri arasında yaşamış olup, pek çok ünlü Yunan düşünürün eserlerini latinceye aktararak Antik Yunan kültürünün ortaçağ felsefesine aktarılmasına yardımcı olmuştur. En önemli yapıtı “*Philosophiae Consolatio*” (Felsefenin Tesellisi) dur. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Boethius**, Felsefenin Tesellisi, çev. Çiğdem Dürüşken, İstanbul 2006, s.11-28; 103.

¹⁹⁴ **Boethius**, s.183. Dürüşken, bu sözün gerçek kaynağının bilinmediğini, bu düşüncüyü çağrıştıran bir ifadenin Sophokles'in *Antigone*'sinde görüldüğünü ifade etmektedir. **Boethius**, s.376, dn.201.

¹⁹⁵ **Harris W.V.**, *Child-Exposure*, s.14.

dır. Muhtemeldir ki, ebeveynler tarafından, o gün doğan çocukların kötü alâmetle doğması sebebiyle “kusurlu” oldukları düşünülmüştür. Suetonius’un bu tespiti yanlış olsa bile, açıktır ki; kendi umutlarını, sevdikleri bir hükümdarın sağlığıyla tanımlayan Romalılar, umutsuzluğun, yeni doğanların yaşamlarını tehdit etmesini istememektedirler. Dionysius da köle annelerin yeni doğan bebeklerini “köleliğe maruz bırakmamak için” terk ettiklerini söyler¹⁹⁶

e-) Cinsiyet ayırımından kaynaklı tercihlerle, yeni doğan bebek, baba tarafından istenmeyebilir; aileye kabul edilmeyebilirdi¹⁹⁷. Romalıların, erkek çocuklar bakımından kayırmacı davrandıkları kesin olmakla beraber¹⁹⁸, sokağa bırakılan veya boğulan bebeklerin çoğunun kız olmasına karşın erkek çocukların da terk edildiği belirtilmektedir. Dolayısıyla Roma toplumunda erkek çocukların terk edilmesi, kız çocukların terk edilmesi kadar yaygındır. Bu nedenle Roma ailesinde, erkek çocukların da çoşkuyla karşılandığı pek söylenemez. Ancak erkek çocuğun, ona bakanın, onu büyütenin gelecekte soyunu devam ettirmesi, dolayısıyla erkek çocuklara daha yüksek bir değer atfedilmesi; kız çocukların, erkeklere oranla daha çok terk edildikleri yönünde güçlü bir emare oluşturmaktadır¹⁹⁹. Roma İmparatorluğu’nda yeni doğan bebeğin terkinin, erkek bebeklerde, kızlar kadar sık görüldüğünü *düşünmek kesinlikle zor olacaktır*. Buna rağmen *yüzdelik oran vermek mümkün değildir*. Özellikle Roma’nın eski devirlerinde, erkek çocuklarına kızlardan

¹⁹⁶ Harris W.V., Child-Exposure, s.14.

¹⁹⁷ Hatice Palaz Erdemir-Halil Erdemir, “Antikçağ’da Çocuk Olmak: Ölmek ya da Ölmemek”, Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Şiddet Sempozyumu Bildiri Kitabı, 26-27 Nisan 2012, Mutlu Çocuklar Derneği ve Kırıkkale Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi, yay. haz. Dolunay Şenol, Sıtkı Yıldız, Talat Kıymaz, Hasan Kala, Ankara 2012, c. II, s. 648-649. http://www.academia.edu/5630860/Palaz_Erdemir_Hatice_Erdemir_Halil_Antik%C3%A7a%C4%9F_da_%C3%87ocuk_Olmak_%C3%96lmek_Ya_da_%C3%96lmemek_Uluslararası%C4%B1_Kad%C4%B1na_ve_%C3%87ocu%C4%9Fa_%C5%9Eiddet_Sempozyumu_Bild_Kit_Mutlu_%C3%87ocuklar_Derne%C4%9Fi_ve_K%C4%B1r%C4%B1kkale_%C3%9Cniv_KAUAM_Yay%C4%B1na_Haz%C4%B1rlayanlar_Dolunay_%C5%9Eenol_vd_26-27_Nisan_2012_II._Cilt_Ankara_2012_643-659

¹⁹⁸ Veyne P., (Ariès P.- Duby G.), s.21; Rousselle A., s.306.

¹⁹⁹ Harris W.V., Child-Exposure, s.3.

daha çok önem verildiği, bazı mezar taşlarındaki yazılarda belirtilmiştir²⁰⁰. Bununla birlikte bu kötü durumdan “iyi şeyler” de doğmuştur: Roma’da kadınların sayıca azlığı Roma hukukunda evliliğin tek kadınla oluşunu da açıklayabilir²⁰¹. Kızların sayısı az olduğu için hepsi evleniyor, hem de bu sebeple küçükken evleniyorlardı²⁰². Ayrıca, Roma’da âdeta ölüme terk edilen kız çocukları nedeniyle²⁰³ gelecek kuşaklarda anne adayı yokluğu çekilmiştir.

C-) YENİ DOĞAN BEBEĞİN ÖLDÜRÜLMESİ

Pater familias’ın, *patria potestas* kapsamında sahip olduğu “*ius vitae ac necis*”, arkaik dönemden itibaren var olan bir haktır. Ancak bununla birlikte bu hakkın keyfi kullanımını engellemek amaçlı çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Özellikle, *pater familias*’ın bu hakkı, aile evlatlarının suç işlemesi durumunda kullandığı bilinmektedir²⁰⁴. Bu durumda dahi hakkın kullanımına müdahale edildiğini görüyoruz: Ölüm cezasının aile evladına uygulanabilmesi için aile meclisinin (*iudicium domesticum*) kararının gerekliliği gibi.

Ius vitae ac necis üzerindeki ilk önemli değişikliği imparator Hadrianus (M.S.76-138) yapmıştır. Hadrianus tarafından, aile evladının öldürülmesinde hakkını kötüye kullanan *pater familias*’ın, cezayı gerektiren bir fiilde bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak bu düzenlemeye rağmen bu hakkın varlığını devam ettiği muhakkaktır. Dolayısıyla hakkını kötüye kullanmayan *pater familias*’ın Contantinus zamanında da, hâlâ bu hakka sahip olduğu belirtilmektedir²⁰⁵.

Roma toplumunda terk etme yanında, çok eski devirlerden itibaren bilinen yeni doğan bebeğin öldürülmesi (infantisid) sıkça rastlanılan bir durumdur. Romulus’un terk edilen çocuklarla ilgili kurgusal

²⁰⁰ Civelek A., Roma Cenaze Törenler ve Gömme Geleneği, Arkeoloji ve Sanat Dergisi, Yıl 29, S.124, İstanbul 2007, s.66.

²⁰¹ Villers R., Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu, çev.Bülent Tahiroğlu, İHFM, C.XXXIX, S.1-4 Ayrı bası, s.5.

²⁰² Villers R., s.4.

²⁰³ Şehrin belli yerlerine bırakılan bu bebekler hava şartları ve açık yüzünden âdeta ölüme terk edilirdi. Tannahill R., s.109.

²⁰⁴ İpek N., Ceza, s.777.

²⁰⁵ Ayiter K., s.53.

kanunları; bazen ebeveynin, aileye kabul ettiği üç yaşın altındaki çocukları öldüreceğini varsayıyor görünse de, aslında üç yaşın altındaki “normal çocukların” öldürülmesinin yasak olduğunu görüyoruz.

Romulus’a atfedilen kurgusal yasalara (*örf ve âdet kurallarında*) ve daha sonra bunların yazılı hale getirilmesinden öteye gitmeyen XII Levha Kanunu’na göre, yeni doğan çocuğun öldürülmesine iki şekilde izin verilirdi: a-) Bebeğin doğumda sakatlanmış olması. b-) Deformiteli olması²⁰⁶.

XII Levha Kanunu IV. 1 (de legibus 3, 8,19): ...*cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer,...*

“...XII levhalarda işaret edildiği gibi, çok kötü sakatlığı nedeniyle (öldürülmesi gereken) çocuk hemen öldürülür...”

Yaş şartının amacı, muhtemelen, ebeveynin, çocuğu öldürmek, terk etmek veya ona bağlanmak konusunda kendisinden emin olmasını sağlamaktı²⁰⁷. Aslında istenmeyen çocuklar gebelik anından itibaren istenmezlerdi; fakat çocuk düşürmenin anne bakımından arz ettiği ölümcül risk sebebiyle gebeliklerin doğuma kadar sürmesi tercih edilirdi. Kadın, kocasından habersiz gebeliğini sonlandırırrsa, bu, kocanın karısını terk sebebiydi. Ancak sakat bebekler konusunda baba, çocuğu kabul veya reddetme fırsatı bulmadan, doğumu gerçekleştiren ebe çocuğun hayatına son vererek onun kaderini belirlemiş olurdu²⁰⁸. Özellikle kız çocuklarının, istenmemeleri nedeniyle yaşamlarına kasıtlı olarak son verildiği ve bunun çocuk ölümlerindeki fazlalığın bir nedeni olduğu belirtilmektedir²⁰⁹.

Ölüme terk etme yanında infantisid de, özellikle yoksullar arasında istenmeyen çocuklardan kurtulmanın en etkili yolu görülmüş²¹⁰, Cumhuriyet ve İmparatorluk dönemi boyunca önlenememiştir²¹¹. Yeni

²⁰⁶ Jackson R., s. 103-104.

²⁰⁷ Harris W.V., Child-Exposure, s.3.

²⁰⁸ Rouselle A., s.312.

²⁰⁹ Civelek A., s.66.

²¹⁰ Ekmek yardımı sadece erkekler içindi ve kadınlarla çocukların beslenmesi bu kapsam dışında idi. Bu nedenle yoksul kesim besleyemeyeceği çocukları terk ediyordu. Tannahill R., s.109.

²¹¹ Jackson R., s. 103

doğan bebeklerin öldürülmesinin önüne geçmek için Constantinus zamanında yoksullara, çocukları için yiyecek ve giyecek verilmeye başlanmıştır²¹². Yeni doğan bebeklerin öldürülmesi ancak M.S.4.yy.da yasaklanmıştır²¹³. İmparator Valentinianus *pater familias*'ın *patria potestas* kapsamında sahip olduğu *ius vitae ac necis*'i ortadan kaldırmış; bir babanın terbiye etme hakkını aşan cezaları düzenlenme ve cezalandırma yetkisi mahkemelere tanınmıştır²¹⁴.

D-)YENİ DOĞAN BEBEĞİN TERK EDİLMESİNİN SONUÇLARI

Antik dünyada en yaygın terk etme yöntemi ebeveynin, çocuğu herhangi bir yere örneğin bir yamaca, yolun kenarına ya da en yaygın edebi motif olarak tıpkı Roma'nın kurucusu Romulus ve Remus kardeşlerin gibi bir sepet içinde belki de suya, bırakılmasıdır²¹⁵.

Ebeveyni tarafından çeşitli nedenlerle terk edilmiş çocuklar eğer şansları varsa, yabancılar tarafından evlat edinilip veya köle olarak yetiştirilip hayatta kalıyor ya da sokakta açlık, uygun olmayan hava koşulları veya başka sebeplerden ötürü ölüyorlardı. Sokağa bırakılan çocukların yabancılar tarafından kötü emeller²¹⁶ için kullanıldıkları da oluyordu²¹⁷.

Hukuki ve edebi kaynaklar, hür doğmuş çocukları (biyolojik veya evlat edinen) kölelerden ayırma endişelerini belirtmektedir. Çünkü her iki grup, aile reisinin hâkimiyetindedir. Aileye kabul edilenler babanın, terk edilenler ise onu sahipnenenin hâkimiyeti altındadır. Roma söylev literatüründe, terk edilen çocukla doğum çocuğu ve köle karşılaştırılır. Bu karşılaştırmada terk edilen çocuğun, köleye göre daha az,

²¹² Rousselle A., s.313.

²¹³ Tannahill R., s.109.

²¹⁴ Ayiter K., s.53.

²¹⁵ Boswell J. E., s.14.

²¹⁶ Sahiplenilen çocuklar onları yetiştirenler tarafından cinsel istismarın kurbanı olabilirlerdi. Nitekim M.S.3.yy.da yaşamış Hıristiyan yazar ve hatip Lactantius, *Divinae Institutiones* (Tanrısal Kurumlar) adlı eserinde, sahiplenen çocukların fahişe olarak yetiştirilebileceğini ve ebeveynleri ya da kardeşleriyle farkında olmadan enstest ilişkide bulunabileceklerini iddia etmiştir. Boswell J.E., s.13.

²¹⁷ Erdemir H. P., s.4, dn.14.

doğum çocuğuna göre daha fazla şiddete ve yabancılaştırmaya maruz kaldığı hususu üzerinde durulur. Söylevlerde konuşmacılar, koruyucu ailenin doğum ebeveynine göre, şiddet uygulamaya daha istekli olduğu iddiasını da ileri sürerler²¹⁸.

Roma toplumunda her zaman bir sorun olan terk edilmiş çocuklar, sosyal konumları belli olmadığı gibi hukuken köle olup olmadıkları da tartışma konusu oluşturmuştur²¹⁹. Gerçekte elbette birçok hür terk edilmiş çocuk ya doğum durumları bilinmediği ya da hürriyet durumlarını kanıtlayamadıkları için köle muamelesi görmüşlerdir²²⁰. Örneğin imparatorluk döneminin ünlü yazarlarından biri olan ve hiç çocuğu olmadığı halde kendisine, imparator Traianus (M.S.98-117) tarafından, *ius trium liberorum* (üç çocuk hakkı)²²¹ tanınan Gaius Suetonius Tranquillus, gramer ve retorik ustalarının yaşamlarını anlattığı eserinde, gramerci Marcus Antonius Gnipho'dan söz ederken, özellikle onun "Gallia'da "hür olarak doğan ama terk edilen bir çocuk" olduğundan bahseder. Gnipho, sahiplenen ebeveyni tarafından hürriyetine kavuşturulmuş ve eğitilmiştir. Büyük yetenek sahibi olan Gnipho, Grekçe'de de, Latince'de olduğundan daha az eğitilmiş değildir²²². Yine Suetonius, aynı eserinde bu sefer Spoletum'da doğmuş olan hür doğumlu ancak ana-babasının anlaşmazlığı nedeniyle terk edilen gramerci Gaius Melissus'tan da bahseder. Ebeveyni tarafından terk edilen Gaius Melissus, daha sonra annesi tarafından sahip çıkılmasına rağmen, yine de köle olarak kalmakta ısrar etmiş ve o anki durumunu gerçek kökenine yeğlemiştir²²³.

²¹⁸ Pseudo-Quintilian, *Minores Declamationes* 358 ve 372; Seneca, *Controversiae* 10.4. Bernstein N.W., s.348; 345.

²¹⁹ *Plinius, Epistulae*, 10. Kitap, Genç *Plinius*'un Anadolu Mektupları, çev.Çiğdem Dürüşken-Erendiz Özbayoğlu, İstanbul 1999, s.85-86, dn.101 (*Epistulae*).

²²⁰ **Tate J.C.**, s.129.

²²¹ Bkz.III/2/D

²²² **Gaius Suetonius Tranquillus**, Gramerciler ve Retorik Ustaları Üzerine (De Grammaticis Et Rhetoribus), Şairler Üzerine (De Poetis), çev. Bedia Demiriş, İstanbul 2006, s.29.

²²³ **Gaius Suetonius Tranquillus**, s.51.

Terk edilen ve sonrasında başkası tarafından bulunan hür çocuklar *vindicatio in libertatem*²²⁴ yoluyla hürriyetlerine veya *vindicatio in potestam*²²⁵ yoluyla doğum ebeveyni babalarının hâkimiyetine geri dönebilirlerdi. Oysa efendi, bilgisi veya izni olmaksızın terk edilen köle çocuk üzerinde mülkiyet hakkını korur ve bu şekilde mülkiyet hakkını koruyan davayla (*rei vindicatio*) köle çocuğu geri alabilirdi²²⁶. Ancak terk edilmiş çocuklar ve ebeveynler arasındaki ilişkilerden kaynaklanan hukuki problemleri içeren Roma hukuku metinleri oldukça azdır.

Terk edilmiş çocuklara ilişkin bir *Digesta* metni (D.25.3.4.1), sadece, çocuğu boğan kişinin onu öldürmekle suçlanmayacağını; aynı zamanda çocuğu terk edenin, onu beslemeyenin veya kendinde olmayan merhameti başkasının göstermesi için onu halka açık yerlerde bırakanın davranışının da cinayet olarak değerlendirileceğini, belirtir. Dolayısıyla sokağa bırakılmış çocuğun, aslında ölüme terk edilmiş olduğu düşüncesinden hareket edilmektedir. Bu düşüncüyü ilk olarak benimseyen Constantinus'un oğlunun latince öğretmeni Hıristiyan yazar Lactantinus'tur. Constantinus'un M.S.315 yılında gerçekleştirdiği reforma paralel bir düzenleme içeren D.25.3.4.1, Constantinus ile Iustinianus dönemleri arasındaki gerçekleşen gelişimin bir sonucudur.

D.25.3.4.1: *Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.*

“Çocuğu öldürmekle suçlanan kişi sadece onu boğan değildir, fakat aynı zamanda onu terk eden, ona yemek vermeyen veya kendinde olmayan merhamet uğruna kamusal alanda onu bırakan kişidir”.

Yukarıdaki metin dışında terk edilmiş çocuklara ilişkin iki hukuki metin daha karşımıza çıkmaktadır: D.40.4.29 (metin, vasiyetle azat etme muamelelerini konu edinen fasılda yer almaktadır) ve Diocletianus'un bir emirnamesi olan C.5.4.16. Modern literatürde, bu metinlerde formüle edilen ve cevabı aranan soru, *pater familias*'ın terk edilen çocuk üzerinde *patria potestas*'ının hâlâ bulunup bulunma-

²²⁴ *Vindicatio in libertatem*, hürriyet durumu davasıdır. Bu dava fiilen köle durumunda bulunan hür bir kimsenin, hür olduğunun tespit edilmesi için açılır.

²²⁵ *Vindicatio in potestam*, baba hâkimiyeti altında olmayan bir kişinin baba hâkimiyetine dönmesini talep etmek üzere açılan davadır.

²²⁶ Tate J.C., s.129.

dığdır. Bu soruya verilen cevap olumludur²²⁷. Eski tarihli olan metin D.40.4.29'dur. Bu metin bir taraftan terk edilmiş çocuklara diğer taraftan azat edilmiş kölelere ilişkin bilgi kaynağı olarak kullanılmaktadır²²⁸.

Hukukçu Scaevola²²⁹'ya ait olan bu parçada, ebeveyni tarafından terk edilmiş ve onun geçmişi hakkında fikir sahibi olan birisi tarafından yetiştirilmiş bir oğlun, babasının ölümünden sonra hem babasının mirasçısına hem de azat edilmiş kölelerine dava açarak vasiyetnamenin geçersizliğini ileri sürmesi konu edilmektedir. Muhtemelen terk edilen oğul, yetişkin olduğunda geçmişi hakkında fikir sahibi olmuş ve ailesinin izini sürerken, annesinin ve babaannesinin hâlâ hayatta olduğunu; ancak babasının öldüğünü, malvarlığını, vasiyetnameyle başka birine bıraktığını ve kölelerini bu vasiyetnameyle azat ettiğini öğrenmiştir.

D.40.4.29: *Uxorem praegnatem repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris vocitatus usque: ad vitae tempus patris tam ab eo quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab avia paterna adgnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet. Quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint. Respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non valere. Servi autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studium favore libertatis est.*

“Bir adam hamile karısını boşayarak, başka bir kadınla evlenmişti. İlk karısı, bir erkek çocuk doğurduktan sonra, çocuğu terk etti. Çocuk, başkaları tarafından alınıp eğitildi ve ona her daim babasının adıyla hitap edildi. Babasının hayatı boyunca, ebeveyninin ikisi de çocuklarının sağ olup olmadığını bilmiyorlardı. Babası öldükten ve vasiyeti okunduktan sonra (vasiyetnamede çocuk, ne mirasçı olarak atanmıştı ne de mirastan men edilmişti); çocuk, annesi ve babaannesi tarafından tanındı ve çocuk, *heres legitimus* olarak kabul edilerek, baba-

²²⁷ Tellegen-Couperus O., Father and Foundling in Classical Roman Law, The Journal Of Legal History, Volume 34, Issue 2, 2013, s.130 (<http://dx.doi.org/10.1080/01440365.2013.810372>).

²²⁸ Tellegen-Couperus O., s.130.

²²⁹ Doğum ve ölüm tarihi tam olarak bilinmeyen hukukçu Quintus Cervidius Scaevola M.S.2.yy.'ın ikinci yarısında yaşamıştır.

sının mirasçısı oldu. Vasiyetle azat edilen kölelerin, hür mü yoksa köle mi olduğu sorusu ortaya çıktı. Scaevola bu soruyu kesin olarak şöyle cevaplandırmaktadır: Babanın oğlundan hiç haberi olmasaydı, çocuk gene de hiçbir zarara uğramazdı ve hem bunun sonucu hem de nedeni olarak, babası onu bilmeseydi dahi babasının *potestas*'ı altındaydı ve vasiyet geçersizdi. Ancak eğer azat edilmiş olan köleler, hür olarak beş yıl yaşamışlarsa, azatlı olmalarının geçersiz hale gelmesi, hürriyetin lehine yorum ilkesine aykırılık teşkil edecektir”.

Terk edilen çocuk, vasiyet dışı mirasçı olduğu iddiasına (ya *ius civile*'ye göre ya da *ius honorarium* göre) dayanarak vasiyetnamenin geçersizliği için vasiyet alacaklısına karşı dava açmıştır. Terk edilen çocuk *ius civile*'ye göre vasiyet dışı mirasçı olarak kabul edilen kategorilerin hiçbirine girmez²³⁰. Terk edilen çocuk, *ius honorarium*'un belirttiği kategoriler²³¹ dışında başka bir imkândan yararlanabilirdi. *Ius honorarium*, çocuk sahibi bir mirasçının, çocuklarını vasiyetinde mirasçı olarak atamasını ya da onları mirastan men etmesini istemiştir. Eğer miras bırakan bu ikisinden birini yapmazsa, *praetor*, vasiyeti geçersiz sayacak ve vasiyetnamede belirtilmeyen çocuğa *bonorum possessio contra tabulas*²³² taahhüt edecektir. *Praetor* bu hakkı önceleri *sui heredes* olan çocuklara tanırken, daha sonra diğer çocukların da bu yetkiye başvurabileceği hususunu kabul etmiştir. Nitekim metindeki “*quasi legitimus*” ifadesi terk

²³⁰ XII Levha Kanunu V.4'e göre ilk kategoride yer alan *sui heredes* denilen mirasçılar aile evlatları, evlatlıklar, babaları tarafından hâkimiyet altından çıkarılmış torunlar, *manus* altındaki kadınlardır. Bunların bulunmaması halinde baba tarafından en yakın agnatik hısım ve gens üyeleri (*gentiles*). **Umur Z.**, Roma Miras Hukukunun Ana Hatları, İÜHF, 1966, CXXXI, S.1-4, s.182.

²³¹ *Ius civile*'nin kanuni miras dışında bıraktığı bazı kişilere, *ius honorarium* mirasçılık hakkı tanımıştır. Bunlar baba hâkimiyetinden çıkarılmış aile evlatları ve bunların alt soyu, vefat edenin çocuğu yoksa agnatik hısımlar, daha önceki sınıflarda mirasçı yoksa *ius civile*'ye göre mirasçı olamayan kan hısımları, sağ kalan eş mirasçısıdır. **Umur Z.**, Miras, s.183.

²³² *Bonorum possessio contra tabulas*: Miras bırakan yapmış olduğu vasiyetnamede çocukları arasından bazılarını mirasçı tayin etmemiş veya mirastan men etmemişse; *praetor*'un vasiyetnamedeki tasarruflar aleyhine, o kişilere tereke mallarının zilyetliğini vermesi. **Umur Z.**, Lügat.

edilen çocuğun *heredes legitimi*'ye dahil olmadığı, yani kanuni mirasçı olmadığı ancak böyle “varsayıldığı” anlaşılacaktır²³³.

Scaevola, burada, vasiyetin geçersiz olduğunu, çünkü babanın haberi olmasa dahi; terk edilen oğlun, babasının *potestas*'ı altında bulunduğunu, belirtmektedir. Terk edilen çocuk, babasının *potestas*'ı altında bulunduğunu ve bu nedenle babasının onu, vasiyetinde mirasçı olarak atamış ya da mirastan men etmiş olması gerektiğini ileri sürmektedir. Tellegen-Couperus, Scaevola'nın bu gerekçelendirmesinin yanlış olduğu kanatindedir²³⁴. Ona göre “muhtemelen terk edilen çocuğun annesi ve babaannesi tarafından tanınması, terk edilen çocuğun (davacı) vasiyetname düzenleyen babanın oğlu olduğuna kanıt olarak gösterilmiştir. Çocuğun avukatı, babanın, karısından boşandığı sırada, kendi çocuğuna hamile olduğunu bildiğini ve bu vasiyette bulunduğu sırada, çocuğun akıbetini araştırması gerektiğini savunmuş olabilir. Baba, hiçbir çocuğu bulunmadığından emin olmadığı ve oğlunu ne mirastan men ettiği ne de onu mirasçı olarak atadığı üzere, vasiyetname kesin hükümsüzdür”²³⁵. Metinden, yargılama sonunda hâkimin, terk edilen çocuğun, babasının mirasçısı olması gerektiğine karar verdiğini, anlıyoruz. Çocuğun, ebeveyninin mirasçısı olma hakkı; ebeveynin, malvarlığı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkından daha güçlüydü.

Geçersiz olan bu vasiyetnameyle azat edilen köleler hür mü köle mi sayılacaklardır? Terk edilen çocuğun, babasının vasiyetnameyle azat ettiği kölelere karşı açtığı davada ise Scaevola, azat edilen köleler lehine yorum yapmış ve vasiyet geçersiz olmasına rağmen, azat etme muamelelerinin geçersiz sayılmayacağı sonucuna varmıştır. Ancak tabii ki, Scaevola'nın ulaştığı sonuç tartışmalıdır. Çünkü geçersiz olan bir vasiyetnamenin tüm hükümleri geçersiz olmalıdır. Ancak Scaevola, vasiyetnameyle azat edilen kölelerin, hürriyetlerine kavuşmuşken köle statüsüne geri döndürülmelerinin *favor libertates*²³⁶'e aykırı olacağını sa-

²³³ Watson ve Ankum, terk edilen çocuğun babası ölünceye değin, onun *potestas*'ı altında olduğu, *suus heres* ve dolayısıyla *heres legitimus* olduğu esasına dayanmaktadır. Tellegen-Couperus O., s.134.

²³⁴ Tellegen-Couperus O., s.135.

²³⁵ Tellegen-Couperus O., s.135.

²³⁶ Hürriyet durumunu kayırmak amaçlı, hamileliği sırasında bir süre hürriyetine kavuşmuş olan kadının çocuğu hür kabul ediliyordu. Benzer bir durum da Iustinianus hukukunda kabul edilmiştir: Müşterek mâliklerden birinin köleyi azat etmesi

vunmaktadır. Nitekim hâkimler de bu yönde hüküm tesis ederek, hukuk yaratmışlardır²³⁷.

C.5.4.16'da ise incelenen dava, terk edilen bir kız çocuğunu yetiştiren kişinin, kimliğini bildiği doğum ebeveyninden *dos*²³⁸ talep etmesi üzerine ortaya çıkmıştır. Kızını terk eden baba, kızını yetiştiren kişinin *dos* talebini reddetmekle kalmamış; *kızının, ona bakan onu yetiştiren kişinin oğluyula evlenmesine* de karşı çıkmıştır. Diocletianus'a göre, doğum ebeveyni (baba), ancak, terk ettiği kızını yetiştiren tarafından yapılan masrafları (*alimenta*)²³⁹ karşıladığı takdirde, bu evliliğe karşı çıkma hakkı vardır²⁴⁰.

E-) YENİ DOĞAN BEBEĞİN TERK EDİLMESİNİ ÖNLEME VE/VEYA YASAKLAMA YÖNÜNDEKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

Krallık ve Cumhuriyet dönemi Roma'sında çocuk terkiyle ilgili kaynakların çok sınırlı olduğunu daha önce belirtmiştik. Cumhuriyetçi Roma'yla ilgili en önemli kaynak Halikarnaslı Dionysius'un açıklamasıdır. Halikarnaslı Dionysius'a göre, Roma'nın en eski yasaları olan Romulus yasaları, ana-babalara (vatandaşlara) *tüm erkek ve ilk doğan kız çocuklarını yetiştirmelerini* ve deforme olmuş olanlar hariç üç yaşın altındaki çocukları öldürmemelerini öğütler. Harris W.V.'e göre Dionysius'un bu açıklaması arkaik Roma hakkında bir kanıt olarak değer taşımamaktadır. Bu iki sebebe dayandırılabilir: a-) O dönemde *patria potestas*'ın bu şekilde sınırlanması mümkün değildir 2-) Bebekte “deformite” olduğu kararını onaylayacak beş komşudan oluşan ko-

durumunda, azat eden mâlikin diğerlerinin hissesi kadar onlara borçlanması şartıyla köle hürriyetine kavuşuyordu. **Umur Z.**, Lügat.

²³⁷ **Tellegen-Couperus O.**, s.138.

²³⁸ *Dos*, evlenen kadının, koca evinde aile masraflarına katılması için kadın tarafının verdiği para veya diğer mallardır. Ahlaki bir borç olarak görülen *dos*'a ilişkin düzenlemeler *Digesta*'da da ayrıntılı olarak yer almaktadır. Roma toplumunda kız babaları için sıkıntı kaynağı olan *dos*, aynı zamanda her baba için bir haysiyet meselesidir. **Ayiter K.**, s.17-18.

²³⁹ “*Alimenta*” için bkz.dn.161.

²⁴⁰ C.5.4.16: *Patrem, qui filiam exposuit, at nunc adultam sumptibus et labore tuo factam matrimonio coniungi filio desiderantis favere voto convenit. qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet.*

mite uygulaması, Romalı gibi gözükmemektedir. Ancak muhtemelen Dionysius'un açıklamasının arkasında bazı Roma düşünceleri vardır: Romaya Roma vatandaşı kazandırma arzusu gibi. Ancak her hâlükârda, geç Cumhuriyetçi Romalıların sağlıklı tüm erkek bebeklerini ve ilk doğan kız bebeklerini yetiştirmediklerini ve diğer kız bebeklerini doğumlarının ertesinde şehirlerde özel olarak ayrılmış yerlere, evlerinin kapı önlerine hatta çöplüğe terk ettiklerini²⁴¹, bunun yaygın olduğunu ve yaptırımsız olduğunu ileri sürmek yerindedir²⁴².

Augustus'un M.Ö.18 yılında çıkarttığı emirnamelerle başlayarak M.S.9 yılında çıkarılan kanunla evlilik ve baba olma, mirasın koşulları haline gelmiş, bu şekilde bu hukuki düzenlemeler evliliği ve çocuk sahibi olmayı teşvik etmiştir. M.S. 9 yılında çıkarılan *lex Iulia et Papia Poppaea*, üç çocuklu babalara bazı ayrıcalıklar getirmiştir. Ancak çocuk ölümlerinin çok yaygın olması nedeniyle üç yaşına kadar yaşamış iki çocuk ya da en az üç gün yaşamış üç bebek dünyaya getirmiş olan kişiler de anne-baba sayılmışlardır²⁴³. Ayrıca *lex Iulia et Papia Poppaea* çerçevesinde, yapay bir hakla, bazı çocuksuz, hür Roma vatandaşları da bu ayrıcalıktan yararlandılar. Nitekim, imparator Traianus (M.S.98-117) üç çocuk hakkını (*ius trium liberorum*) Plinius²⁴⁴'a tanımıştır. Plinius, imparator Traianus ile mektuplaşmalarını içeren, *Epistulae* (Mektuplar) adlı eserinin 10. kitabında (Anadolu Mektupları), kendisine üç çocuklu babalara verilen hakkın bahşedilmiş olması nedeniyle imparator Traianus'a teşekkür etmektedir²⁴⁵. Plinius, imparator Traianus'a yazdığı bir başka mektupda da arkadaşı Suetonius Tranquillus'a bu hakkı tanıması için

²⁴¹ Tannahill R., s.109; Veyne P., (Ariès P.- Duby G.), s.21.

²⁴² Harris W.V., Child-Exposure, s.5

²⁴³ Rousselle A., s.312.

²⁴⁴ Plinius Minor (Genç Plinius) olarak tanınan, Gaius Plinius Secundus, M.S. 61-113 yılları arasında yaşamış, babasının erken ölümü üzerine annesi ve edebiyata düşkün dayısı tarafından yetiştirilmiştir. Çeşitli devlet kademelerinde (*quaestor*, *praetor*, *consul*, *proconsul*) görev almış olan Plinius, üç defa evlenmiş olmasına rağmen çocuğu olmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Epistulae*, s.9-16.

²⁴⁵ Plinius, *Epistulae* 10.2: "Efendim, üç çocuklu babalara verilen hakka layık olduğumu düşünmen, beni ne kadar mutlandırdı, kelimelerle anlatamam. Bu lütuf, bana senin çok iyi ve değerli dostun Iulus Servianus'un ricaları sonucu bahşedilmiş olsa da, yine de resmi yanıtından, şahsının da bu ricayı, benim yararına olduğuna için, seve seve yerine getirmiş olduğunu anlıyorum... sahip olmayı arzuladığım evlatları şimdi daha fazla istiyorum..." *Epistulae*, s.19.

imparatorun talepte bulunmuş²⁴⁶, Traianus da bu isteği onayladığını Plinius'a bildirmiştir²⁴⁷. İmparator Titus (M.S.39-81) da, bu hakkı, evli olmamasına rağmen Marcus Valerius Martialis'e tanımıştır²⁴⁸.

İmparator Traianus tarafından, Anadolu'nun kuzeybatı eyaleti olan Bithynia'ya (Prusa/Bursa, Myrleia/Mudanya, Kios/Gemlik, Nicæa/İzmit, Nicomedia/İzmit, Khalkedon/Kadıköy ve Herakleia Pontica/Karadeniz Ereğlisi bu eyaletin önemli kentleridir²⁴⁹) M.S.111 yılında *proconsul*²⁵⁰ olarak atanan Plinius, yine imparatora yazdığı mektupların birinde, Traianus'a, *threptoi*²⁵¹ hakkında danışır. Çünkü terk edilen çocuklar (*threptoi*) meselesi, Bithynia eyaletinin büyük bir sorunudur.

Hukuki statüleri belli olmayan bu çocukların köle olup olmadıkları tartışma konusudur. Aynı konu kapsamında bir diğer tartışma ise bu çocukları bulup yetiştiren kişilerin, *çocukların hürriyet taleplerine*

²⁴⁶ Plinius, *Epistulae* 10.94 : “ Efendim, çok açık sözlü, çok dürüst, çok bilgili insan *Svetonius Tranquillus*'u, davranışlarını ve çalışmalarını uzun zamandan bu yana izlemiş olarak yakın çevreme kattım ve yakından tanıdıkça daha çok sevmeye başladım. İki neden onun üç çocuk yarasından yararlanmasını gerekli kılıyor: dostlarının iyi yargılarını hak etmesi yanında pek az mutlu bir evliliği var ve kötü talihin geri çevirdiğini benim aracılığım ve senin iyilikseverliğinin sayesinde elde etmeyi umut ediyor. Efendim, ne kadar büyük bir lütf istediğimi biliyorum ancak tüm isteklerimde hoşgörünü gördüğüm senden bunu talep ediyorum. Bundan öte, sıradan bir istek olsaydı, uzakta olduğum halde, bunu istemeyeceğime bakarak konunun ne kadar çok üstünde durduğumu anlayabilirsin”. *Epistulae*, s.65.

²⁴⁷ Plinius, *Epistulae* 10.95: “ Çok aziz *Secundus*'um, toplantıların çok seçkin safları önünde benim için yeterli olacağını açıkladığım o sayıyı aşmadığımı senatoda bile bildirmekte olduğuma göre, bu tür lütufları ne kadar az ihsan ettiğimi aklından çıkarma. Yine de, isteğini onayladım ve *Svetonius Tranquillus*'a, olağan koşullar doğrultusunda, üç çocuk hakkını tanıdığının kayıtlara geçirilmesini emrettim”. *Epistulae*, s.65.

²⁴⁸ *Epigramlar*, s.11.

²⁴⁹ *Epistulae*, s.13.

²⁵⁰ *Proconsul*: Cumhuriyet devrinden itibaren Roma eyaletlerine atanan ve *imperium* yetkisi sebebiyle İtalya yarımadası dışındaki eyaletler üzerinde her türlü iktidarı kullanan görevli. *Umur Z.*, Lügat.

²⁵¹ *Threptoi*, Yunan ve Roma İmparatorluğu'nun doğu eyalet kentlerinde anne ve babası dışındaki kişiler tarafından bulunup yetiştirilen bireyler için kullanılan bir terimdir. The Encyclopedia of Ancient History, (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/9781444338386.wbeah22265/abstract?userIsAuthenticated=false&deniedAccessCustomisedMessage=>).

karşı; yetiştirme, besleme masraflarını (*alimenta*) isteyip isteyemeyecekleri meselesidir. Plinius mektubunda, bu konuda önceki *procurator*²⁵²ların kararlarını okumasına rağmen kesin bir bilgiye sahip olmadığını ve imparatorun görüşüne ihtiyaç duyduğunu, belirtir²⁵³.

Bithynia eyaletinde yeni doğduklarında terk edilen ve daha sonra onları bulup kurtaranlar tarafından köle olarak yetiştirilen çocukların önemli bir mesele olduğunu belirten imparator Traianus'a göre, Augustus'tan beri imparatorlar sık sık diğer eyaletleri etkileyen kararlar vermiş olmalarına rağmen, bu kararlar arasında asla Bithynia'yla ilgili olanı yer almamaktadır.

Plinius, Epistulae 10, 66, TRAIANUS PLINIO: 1 *Quaestio ista, quae pertinet ad eos qui liberi nati expositi, deinde sublati a quibusdam et in servitute educati sunt, saepe tractata est, nec quicquam invenitur in commentariis eorum principum, qui ante me fuerunt, quod ad omnes provincias*

²⁵² *Procurator*: Eyaletlerin mali sorunları çözmek üzere imparatorlar tarafından görevlendirilen kişi. **Umur Z.**, Lügat., “*Procurator Imperiali*”.

²⁵³ Plinius, Epistulae 10. 65, C. PLINIUS TRAIANO IMPERATORI: 1. *Magna, domine, et ad totam provinciam pertinens quaestio est de condicione et alimentis eorum, quos vocant ‘threptous’*. 2 *In qua ego auditis constitutionibus principum, quia nihil inveniebam aut proprium aut universale, quod ad Bithynos referretur, consulendum te existimavi, quid observari velles; neque putavi posse me in eo, quod auctoritatem tuam posceret, exemplis esse contentum*. 3 *Recitabatur autem apud me edictum, quod dicebatur divi Augusti, ad Andaniam pertinens; recitatae et epistulae divi Vespasiani ad Lacedaemonios et divi Titi ad eosdem et Achaeos et Domitiani ad Avidium Tigrinum et Armenium Brocchum proconsules, item ad Lacedaemonios; quae ideo tibi non misi, quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur, et quia vera et emendata in scripsiis tuis esse credebam*: “1.C. Plinius'tan İmparator Traianus'a: Efendim, halkın buluntu çocuklar (“threptous”) dediği çocukların durumu ve beslenmeleleriyle ilgili, tüm eyaleti ilgilendiren büyük bir sorun baş gösterdi.2.Bu konuda ben, önceki yöneticilerin konuyla ilgili uygulamalarından haberdar olduktan sonra, Bithynialılara ilişkin özel ya da genel hiçbir şeye rastlamadığımdan, hangi yöntemin izlenmesini talep ettiğini şahsına danışmaya karar verdim; çünkü senin yetkenin gerektiği bu konuda, öncekilerin kararlarını izlemekle yetinemeyeceğimi düşündüm.3.Ayrıca Augustus'un, Asia'yla ilgili verdiği bir buyruk okundu. Tanrısal Vespasianus, Lacedaimonialılara (Spartalılar) ve tanrısal Titus'un da aynı kişilere sonra Achaealılara (Akhalar) yazdığı mektuplar da okundu. Ama bunlar, kötü kopya edilmiş olduklarından ve bazıları da güven vermiyor gördüklerinden, ayrıca aslının ve düzeltilmiş kopyalarının arşivinde olduğunu bildiğimden, sana göndermedim” .Türkçe metin, **Epistulae**, s.53-54; s.85, dn.101: s.86, dn.102.

sit constitutum. 2 Epistulae sane sunt Domitiani ad Avidium Nigrinum et Armenium Brocchum, quae fortasse debeant observari: sed inter eas provincias, de quibus rescripsit, non est Bithynia; et ideo nec assertionem denegandam iis qui ex eius modi causa in libertatem vindicabuntur puto, neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum.

“Traianus’tan Plinius’a:1.Doğuştan terk edilip sonra da kendilerini kurataranlar tarafından köle olarak eğitilen çocuklarla ilgili olan sorun, sık sık gündeme geldi. Ama benden önceki yöneticilerin yorumlarında, bütün eyalette bu sorunla ilgili nasıl bir uygulama getirildiği öğrenilemedi. 2. Belki de incelenmesi zorunlu olan Domitianus’un, Avidius Nigrinus’a ve Armenius Brocchus’a yazdığı mektuplarına gerçekten sahibim. Ama söz konusu edilen o eyaletler arasında, Bithynia yer almıyor. Bu yüzden, böyle bir nedenden ötürü özgürlük talep edenlerin resmi beyanlarının reddedilmemesi gerektiğini düşünüyorum ve özgürlüklerine karşı beslenme bedelinin fidye olarak kullanılmaması gerektiğini düşünüyorum”²⁵⁴.

İmparator Traianus, Plinius’a mektupla verdiği cevapta (*rescriptum*)²⁵⁵; terk edilen çocukların hürriyetlerine kavuşmalarının, *alimenta* (beslenme masrafı) ödenmesi şartına bağlanamayacağını, hürriyet taleplerinin dinlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Elbette, verilen bu cevaplar (*rescriptum*) belirli bir eyaletin veya belirli bir şehrin vatandaşlarına yönelikti.

Stoacı ahlâk anlayışının Roma toplumunda yaygınlaşması ile daha önce kabul gören bazı düzenlemeler ya da engellemesi gereken ancak yeteri kadar çaba sarfedilmeyen durumlar zaman içinde kınanmıştır²⁵⁶. Filozoflardan ve moralistlerden gelen eleştiriler pragmatik zihniyetin önde geldiği Romalılar arasında yayılmıştır. *Yeni doğan bebeğin terk edilmesine yönelik yapılan eleştiriler, nüfus artışı hedefleyen imparator-*

²⁵⁴ Türkçe metin, *Epistulae*, s.52.

²⁵⁵ İmparator emirnameleri (bunlar beyanname/*edictum*, karar/*decretum*, yazılı cevap/*rescriptum* ve talimat/*mandatum* olarak ayrılmaktadır) kapsamında yer alan *rescriptum*, imparatorun kendisine başvuran bir memurun, eyalet valisinin vb. mektubunda sorduğu meseleye verdiği yazılı cevaptır. İmparatorların verdikleri bu cevaplar mahkeme kararı olmamakla birlikte, imparatora doğru anlatılması ve ispatlanması durumunda hâkimler için bağlayıcı nitelik taşıyordu. **Tahiroğlu B.- Erdoğmuş B.**, s.76.

²⁵⁶ Veyne P., (Ariès P.- DUBY G.), s.21.

luğu harekete geçirmiş, imparatorları *çocuk yetiştirmeyi teşvik etmek için tedbirler almaya* itmiştir. İmparator Nerva (M.S.30-98) zamanında başlatılan hayır işleri²⁵⁷ imparator Traianus tarafından devam ettirilmiştir. Traianus, yoksul çocuklara yönelik özel bir fon ayırmış ve nüfus artışını teşvik etmek, doğum oranını arttırmak için nüfus başına ek para yardımını konu alan kanunları yürürlüğe koymuştur²⁵⁸. Ancak Traianus döneminde kabul edilen *alimenta* (beslenme) projesi sadece sokağa bırakılan “erkek çocukların” korunup, meslek edinmesini esas almıştır²⁵⁹.

İmparator Constantinus, biri M.S.315 (? 329) diğeri 322 yılında, çocuklarını destekleyemeyecek, onlara bakamayacak açlık çeken yoksul ebeveynlere yardım etmek amacıyla imparatorluk deposundan yiyecek ve giyecek yardımı yapılmasına izin veren iki emirname ihdas etmiştir²⁶⁰. Bunlardan 322 yılındaki *edictum* kapsamında, Afrika’daki yoksul ailelere imparatorluk yardımı sağlanmıştır. Benzer yardımları İtalya’daki yoksul aileleri de içine alacak şekilde genişleten (? 329) Constantinus; bütün bunları çocuk terki konusundaki cesareti kırmak ve çocukların satılmasını, rehin olarak verilmesini²⁶¹ engellemek amacıyla yapmıştır. Söz konusu emirnameler belirli bir krizi çözümlmek için getirilen “geçici tedbirler” niteliğinde olmasa da, Traianus’un geliştirdiği yardım fonunu anımsatmaktadır²⁶². Bu düzenlemeleri takiben Constantinus 331 yılında yayınladığı *edictum*’a göre; terk edilmiş kız veya erkek çocuğunu bulan, yetiştiren ve besleyen; çocuğu sahiplendiği anda hangi düşünce içindeyse (çocuğu “oğul” olarak mı “köle” olarak mı istiyor) çocuğu, o durumda tutacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla onu sahiplenenin tercihine göre çocuğun hukuki durumu belirlenecek ve artık çocuk ile onu sahiplenen arasındaki ilişki hukuken korunan

²⁵⁷ Nerva döneminde İtalya’da yoksul ailelerin çocuklarını terk etmemeleri ve çocuklarını aile ortamında yetiştirmeleri amacıyla kızlar için 12 *sestertius*, erkekler için 34 *sestertius* ödenmesi kararı alınmıştır. Erdemir H. P., s.5.

²⁵⁸ Epistulae, s.12.

²⁵⁹ Erdemir H.P., s.5

²⁶⁰ Rousselle A., s.313.

²⁶¹ Roma toplumunda, çocukların, *pater familias* tarafından rehin olarak verildiği bilinmektedir. Ayiter K., s.51.

²⁶² Tate J.C., s.130; Harris W.V., s.20.

tek ilişki olacaktır²⁶³. Doğuda *praefectus praetorio*²⁶⁴ olan Ablabius'a yönelik yayınlanan bu *edictum* ayrıca, terk edilmiş çocukların doğum statülerini koruyan kuralın kaldırıldığını da açıklamaktadır²⁶⁵. Terk edilmiş olan çocukların doğum babaları asla onların hür olduğu iddiasında bulunamayacaklardır. Costantinus bu *edictum*'la bir taraftan “terk edilen çocukları sahiplenilenlerin çıkarları için, hür doğanın hürriyetini koruma geleneğini feda etmiş”²⁶⁶ diğer taraftan “terk edilmiş çocukların sahiplenilmesini teşvik etmiştir”²⁶⁷. Aslında çocuğu köle olarak tutma olasılığı fiilen her zaman vardı. Nitekim klasik dönemde dahi, sahiplenilenin, çocuğu hizmeti altında tutma kararına, ancak doğuştan hür olduğu ispatlandıktan sonra itiraz edilebilirdi. Zaten bu durumu ispatlamak da oldukça güçtü.

Ebeveyn tarafından yeni doğan bebeğin terk edilmesi, *parricidum*²⁶⁸dan vazgeçmek olarak kabul edildiğinden, sonucunda ölüme maruz kalma ihtimali yüksek olsa da çocuk terki yasal olarak *parricidum* değildi. Ancak Constantinus ve sonrasındaki imparatorlar tarafından sadece hukuka aykırı fiil olarak ilân edilmiş, buna rağmen bir ceza öngörülmemişti. Yukarıda belirttiğimiz gibi ilk olarak imparator Costantinus devrinde kabul edilen “çocuğunu terk eden *pater*

²⁶³ Tate J.C., s.131.

²⁶⁴ İlk imparatorluk devrinde ihdas edilen bir magistalıktır. İmparator muhafızlarının komutanı olan bu *magistra*'lık, idari alanda diğer eyalet memurlarının hepsinin üstünde yer alırdı. **Umur Z.**, Lügat.

²⁶⁵ CTh.5.9.1 [=brev.5.7.1]: *Imp. constantinus a. ad ablavium pf. p. quicumque* puerum vel puellam proiectam de domo, patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus summovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint. dat. xv. kal. mai. constantinopoli, basso et ablavio coss.*

²⁶⁶ Harris W.V., s.21.

²⁶⁷ Tate J.C., s.131.

²⁶⁸ Kapsamının tam olarak belirlenmesinde güçlük çekilen *parricidum*, genellikle ebeveynini veya yakın akrabalarını öldürmek olarak açıklanmaktadır. Arkaik dönemde bir aile reisini öldürmek suçu anlamına gelirken, daha sonraki dönemlerde, alt ve üst soyun birbirlerini öldürmesi ya da azatlının eski efendisini öldürmesi şeklini almıştır. **Türkoğlu H.G.**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara 2017, s.61.

familias'ın, onun üzerindeki *patria potestas*'ının sona ereceği" şeklindeki düzenleme, daha sonraki imparatorlar Theodosius (M.S.347-395) ve Honarius (M.S.384-423) tarafından da benimsenmiştir²⁶⁹. Aslında yeni doğan bebeğin terk edilmesi meselesinde önem arz eden konu, çocuğun hukuki durumunun tespiti ve terk edilen çocuğu sahiplenen kişinin zararının tazmininden öteye gitmemiş ve yapılan hukuki düzenlemeler de bu konulara yönelik olmuştur.

Gerçek anlamda çocuk terkine yönelik hukuki düzenleme imparator Valentinianus (M.S.321-375)'tan gelmiştir²⁷⁰. Valentinianus'un, her insanın çocuklarını beslemesi, onlara bakması gerektiğini beyan eden *edictum*'u, aksi durumu cezaya tâbi tutmuştur. Diğer bir anlatımla yeni doğan çocukların terk edilmesi veya satılmaları yasaklanmıştır. Ayrıca bir bebeğin ölümüne neden olan kişilerin veya yeni doğan çocuklarını öldüren doğum babalarının ölüm cezasına mahkûm olacakları belirtilmiştir²⁷¹. Böylelikle Valentinianus tarafından *pater familias*'ın *patria potestas* kapsamında sahip olduğu "*ius vitae ac necis*" ortadan kaldırılmıştır²⁷².

²⁶⁹ Söğütlü Ö., Roma Hukuku'nda Aile Babasının Egemenliği Altında Bulunanların Fiillerinden Sorumluluğu İle Türk Hukuku'nda Ev Reisinin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1993, s.39 (naklen Ceylan S. Güneş, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s.37).

²⁷⁰ Harris W.V., Child-Exposure, s.1; 19.

²⁷¹ Çelebican Ö. Karadeniz, s.170.

²⁷² Ayiter K., s.53.

KAYNAKLAR

- Ayiter K. – Koschaker P.**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.
- Ayiter K.**, Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara 1963.
- Bachofen J.J.**, Söylence, Din ve Anaerki, çev. Nilgün Şarman, İstanbul 1997.
- Beltrani S. - Lirer R. - Malagrida I.**, Istituzioni di Diritto Romano, Napoli 1992.
- Berger A.**, Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, NewYork 1953.
- Blanck H.**, Eski Yunan ve Roma'da Yaşam, çev.İslam Tanrıku, İstanbul 1999.
- Buckland W. W.**, A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Justinian, Cambridge 1932.
- Ceylan (Güneş) S.**, Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2010.
- Ceylan S. Güneş**, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004
- Civelek A.**, Roma Cenaze Törenler ve Gömme Gelenekleri, Arkeoloji ve Sanat Dergisi, Yıl 29, S.124, İstanbul 2007, s.61-70.
- Corbino A.**, Roma'da Arkaik ve Cumhuriyet Dönemleri'nde, Anayasal-Politik Dengeler-Hukuksal Gelişim, Hukukçuların Hukuk Yaşamındaki Roller, çev. Özcan Çelebican, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C.44, S.1-4, s.61-78.
- Cornell T.-Matthews J.**, Roma Dünyası, İletişim Atlaslı Büyük Uygarlıklar Ansiklopedisi, C.V, çev.Şadan Karadeniz, İstanbul 1988.
- Couch J.A.**, Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın, çev. Söğüt S.İ., Prof.Dr.Ali Güzel'e Armağan, C.2, İstanbul 2010, s.1491-1505.
- Çelebican Ö.** Karadeniz, Roma Hukuku, Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2014.
- Deighton H.J.**,Eski Roma Yaşantısında Bir Gün, çev.Hande Kökten Ersoy, İstanbul 1999.
- Demiriş B.**, Grek'lerde ve Romalı'larda Tarih Yazımı 2: Romalı'larda Tarih Yazımı Anadolu Araştırmaları Dergisi (İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Hititoloji, Protohistorya ve Önasya Arkeolojisi ve Eskiçağ Tarihi Anabilim Dalları Tarafından Yayınlanır), S. XV, Edebiyat Fakültesi Basımevi, İstanbul 1999, s.431-459 (ayrı basım).
- Dixon S.**, The Roman Family, London 1992.
- Dürüşken Ç.**, Antik Çağ'da Yaşamın ve Ölümün Bilinmezine Yolculuk, Roma'nın Gizem Dinleri, İstanbul 2000.
- Finley M.I.**, Antik Çağ Ekonomisi, çev.Hatice Palaz Erdemir, İstanbul 2007.
- Foucault M.**, Cinselliğin Tarihi, çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul 2007.

- Gardner J.F.- Wiedemann T.**,The Roman Household A Sourcebook, London-Newyork 1996.
- Gaudemet J.**, Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFHAD, Yeni Seri S.9, 1972'den ayrı bası.
- George T.**,Tarih Öncesi Ege, çev. Celal Üster, C.I, İstanbul 1995.
- Goody J .**, Avrupa'da Aile, çev. Serpil Arısoy, İstanbul 2004.
- Gönenç F.İ.**, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010.
- Grubbs J. E.**, Women And The Law In The Roman Empire, London and Newyork 2002.
- Hegel G. W. F.**, Tarih Felsefesi, çev. Azız Yardımlı, İstanbul 2006.
- İpek N.**, Roma Hukukunda Hısımlık, MÜHFHAD, C.21, Yıl 2015, S.1, s.167-204 (Hısımlık).
- İpek N.**, Roma Hukukunda Kadının Cezai Sorumluluğu, Prof.Dr.Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, C.I, İstanbul 2011, s.773-784 (Ceza).
- İpek N.**, Concubinatus, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S.2, Yıl 2008, s.15-37.
- İpek N.**, Roma Hukukunda Gasp, İstanbul 2001 (Gasp).
- İpek N.**, XII Levha Kanunu, Argumentum, Mayıs 1993, Yıl 3, S.34, s.609-616.
- İplikçioğlu B.**, Eskibatı Tarihi I, Giriş, Kaynaklar, Bibliyografya, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1997.
- Jackson R.**, Roma İmparatorluğu'nda Doktorlar ve Hastalıklar, çev. Şenol Mumcu, İstanbul 1999.
- Karadeniz Ö.**, Roma Hukukunda "*Peculium*" Müessesesi, AÜHKFD, C.XXV, S.3-4, 1968, s.179-194.
- Karadeniz Ö.**, Roma Hukukunda Aile, Türk Hukuk Ansiklopedisi, C.I, Ankara 1962 (Aile).
- Le Roux P.**, Roma İmparatorluğu, çev.İsmail Yerguz, Ankara 2006.
- Lorio K.V.**, Roman Sources and Constitutional Mandates: The Aipha and Omega of Louisiana Laws on Concubinage and Natural Children, Louisiana 1995.
- Morgan L.H.**, Ancient Society (Eski Toplum), C.II, çev. Ünsal Özkay, İstanbul 1998.
- Özdemir G.H.**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara 2017.
- Özdemir Türkoğlu G.**, Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara 2008.
- Özdemir Türkoğlu G.**, Roma Hukukunda *Actio De Peculio*, DEÜHFD, C.7, S.2, 2005, s.103-136.
- Plescia J.**, Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini, çev. Diler Tamer Güven, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

- Pugliese G.**, Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış, çev.Ziya Umur, İHFM, C.XXII, S.1-4, s.339-349.
- Rawson B.**, Marriage, Divorce And Children In Ancient Rome, Oxford 1991.
- Reed E.**, Kadının Evrimi, Anaerkil Klandan Ataerkil Aileye II, çev. Şemsa Yeğin, Payel Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Rousselle A.**, “Eski Roma’da Beden Siyaseti”, Kadınların Tarihi, Ana Tanrıçalardan Hıristiyan Azizelere, Cilt I, Editörler: DUBY G./Perrot M., Bölüm Editörü: Pantel P. S., çev. Ahmet Fethi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, s.302-340.
- Sandalcı S.**, Eski Roma Yazınında Satir Türü ve Kadın, İstanbul 1999 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Selek H.**, Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 1936.
- Serozan R.**, Çocuk Hukuku, İstanbul 2017.
- Solinas P.**, Fernand Braudel Yönetiminde Akdeniz Tarih, Mekân, İnsanlar ve Miras, çev. Aykut Derman, İstanbul 2007.
- Somer P.**, Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, s.155-180.
- Tahiroğlu B./Erdoğan B.**, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.
- Tahiroğlu B.**, Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969.
- Tamer D.**, Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007.
- Tellegen-Couperus O.**, Father and Foundling in Classical Roman Law, The Journal Of Legal History, Volume 34, Issue 2, 2013, s.129-138 (<http://dx.doi.org/10.1080/01440365.2013.810372>).
- Umur Z.**, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983.
- Umur Z.**, Roma Miras Hukukunun Ana Hatları, İÜHFM, 1966, CXXXI, S.1-4, s.159-195 (Miras).
- Watson A.**, The Law of Person in the Later Roman Republic, Oxford 1967, s.81-82.
- Veyne P.**, Aşkın En Güzel Tarihi, çev. Saadet Özen, İstanbul 2005 (Aşkın Tarihi).
- Veyne P.**, Roma İmparatorluğu, Editörler: Ariès P./Duby G., Özel Hayatın Tarihi 1, Roma İmparatorluğu’ndan 1000 Yılına, çev. Turhan Yıldız, Yapı Kredi Yayınları İstanbul 2002, s.17-250 (Özel Hayatın Tarihi)
- Villers R.**, Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu, çev.Bülent Tahiroğlu, İHFM, C.XXXIX, S.1-4 Ayrı bası.

ANTİK KAYNAKLAR

- Cicero**, Tanrıların Doğası (*De Natura Deorum*), çev. F. Gül Özaktürk-Fafo Telatar, Ankara 2006.
- Cicero**, Yaşlılık-Dostluk, çev. Ayşe Sarıgöllü-Türkân Tunga, Dünya Klasikleri Dizisi :12, Cumhuriyet, İstanbul 1998.

- Gaius Suetonius Tranquillus**, Gramerciler ve Retorik Ustaları Üzerine (De Grammaticis Et Rhetoribus), Şairler Üzerine (De Poetis), çev.Bedia Demiriş, İstanbul 2006.
- Iuvenalis**, Yergiler-Saturae (Latince-Türkçe), Latince Aslından Çevirenler: Çiğdem Dürüşken – Aiova, Hasan Âli Yücel Klasikler Dizisi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.
- Marcus Valerius Martialis**, Epigramlar, çev. Güngör Varınlıoğlu, Kâzım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi-58, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2005, s.309 (Epigramlar).
- Plinius, Epistulae**, 10.Kitap, Genç *Plinius*'un Anadolu Mektupları, çev.Çiğdem Dürüşken-Erendiz Özbayoğlu, İstanbul 1999 (Epistulae).
- Seneca**, De Providentia, Tanrısal Övgü, çev. Çiğdem Dürüşken, Humanitas Yunan ve Latin Klasikleri, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2007 (Seneca)
- Titus Livius**, Roma Tarihi Şehrin Kuruluşundan İtibaren (*Ab Urbe Condita*), Kitap I, çev.Sabahat Şenbark, İstanbul 1984.

YARDIMCI KAYNAKLAR

- Gordon W.M.- Robinson O.F.**, The Institutes Of Gaius, Cornell University Press, Ithaca, New York 1988.
- Iustinianus Institutiones**, çev. Umur Z., İstanbul 1968.
- Kabağaç S./Alova E.**, Latince Türkçe Sözlük

İNTERNET KAYNAKLARI

- Bernstein Neil W.**, Adoptees and Exposed Children in Roman Declamation: Commodification, Luxury, and the Threat of Violence, Classical Philology, Vol. 104, No. 3, The University of Chicago Press Stable URL (July 2009), s.343 (<http://0210k3611.y.https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/10.1086/650144.pdf?refreqid=search:59b466d85e619d9e5516f43cfdd706>).
- Boswell J. E.**, Expositio and Oblatio: The Abandonment of Children and the Ancient and Medieval Family, The American Historical Review, Vol. 89, No. 1 (Feb., 1984), Oxford University Press on behalf of the American Historical Association, (<http://0210k5bq8.y.https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/1855916.pdf?refreqid=search%3Aefc800071e30cc2f98e17fe0887e863b>).
- Erdemir H. Palaz – Erdemir H.**, “Antikçağ’da Çocuk Olmak: Ölmek ya da Ölmemek”, Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Şiddet Sempozyumu Bildiri Kitabı, 26-27 Nisan 2012, Mutlu Çocuklar Derneği ve Kırıkkale Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi, yay. haz. Dolunay Şenol, Sıtkı Yıldız, Talat Kıymaz, Hasan Kala, Ankara 2012, c. II, s. 648-649.
- http://www.academia.edu/5630860/Palaz_Erdemir_Hatice_Erdemir_Halil_Antik%C3%A7a%9F_da_%C3%87ocuk_Olmak_%C3%96lmek_Ya_da_%C3%96lmemek_Uluslararası%C4%B1_Kad%C4%B1na

ve_%C3%87ocu%C4%9Fa_%C5%9Eiddet_Sempozyumu_Bild_Kit_Mutlu_%C3%87ocuklar_Derne%C4%9Fi_ve_K%C4%B1r%C4%B1kkale_%C3%9Cniv_KAUAM_Yay%C4%B1na_Haz%C4%B1rlayanlar_Dolunay_%C5%9Eenol_vd_26-27_Nisan_2012_II._Cilt_Ankara_2012_643-659

Erdemir H. Palaz, Roma Vatandaş Hukukunun Konusu Olarak Kadın, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, İstanbul 2016/1, S.63 (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iutarih/article/view/5000208162/5000176364>)

Konijnenberg M., Infanticide and the social status of children, 2014 (http://www.academia.edu/12940592/Infanticide_and_the_social_status_of_children).

Harris W.V., Child-Exposure in the Roman Empire, The Journal of Roman Studies, Vol. 84 (1994) (Child-Exposure) (<http://0210k4ff.y.https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/300867.pdf?refreqid=search:3c1bcd8b0d72749bcfe90c83a6fed8c>).

Harris W.V., The Theoretical Possibility of Extensive Infanticide in the Graeco-Roman World, The Classical Quarterly, Vol. 32, No. 1 (1982), Cambridge University Press on behalf of The Classical Association (Infanticide) (<https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/638743.pdf?refreqid=search%3Aa5bf1d848c5b040df3756c0a9d5b59f7>).

Tate J.C., Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire, Journal of Law and Religion, Vol. 24, No.1 (2008/2009), (<http://0210k3611.y.https.www.jstor.org.proxy2.marmara-elibrary.com/stable/pdf/27639134.pdf?refreqid=search%3A59b466d85e619d9e5516f43cfddd706>).

Tellegen-Couperus O., Father and Foundling in Classical Roman Law, The Journal Of Legal History, Volume 34, Issue 2, 2013 (<http://dx.doi.org/10.1080/01440365.2013.810372>)

<http://www.thelatinlibrary.com/seneca.contr10.html>

<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg3.shtml#3>

<http://www.thelatinlibrary.com/pliny.ep10.html>

<http://perseus.uchicago.edu/perseus-cgi/citequery3.pl?dbname=LatinAugust2012&query=Sen.%20Controv.&getid=0>

http://www.academia.edu/12940592/Infanticide_and_the_social_status_of_children

<http://www.thelatinlibrary.com/theodosius/theod05.shtml>

* web site ve sayfalarına en son erişim tarihi 12.11.2017'dir.

* İmparator isimlerinin yanında belirtilen tarihler doğum ve ölüm yıllarını göstermektedir.

Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk



Yrd. Doç. Dr. Salimya GANIYEVA *

ÖZET

Türk mahkemelerinde yabancı unsurlu boşanma davası açıldığında, 5718 sayılı ve 2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) “Boşanma ve Ayrılık” başlıklı 14/1. maddesi gereğince boşanmaya uygulanacak hukuk tayin edilmektedir.

Bununla birlikte bir grup “özel statülü yabancı” ya da “imtiyazlı yabancı” vardır ki, bunların kendi arasında veya bunlarla Türk vatandaşları arasındaki boşanma davalarında Yargıtay, “yabancılık unsuru”nu reddetmekte ve MÖHUK’un 14/1.maddesinin tatbik edilmeyeceği yönünde karar vermektedir. Çalışmamızda özel statülü yabancılar ile kastedilen “Mavi Kartlılar”dır.

Türkiye’de hangi grup yabancıların Mavi Kartlılar ya da imtiyazlı yabancılar olarak sınıflandırılacağı, kanun koyucunun neden Mavi Kartlıları diğer yabancıardan ayırdığı ve Türkiye’de açılmış Mavi Kartlılar ile Türk vatandaşları veya Mavi Kartlıların kendi aralarındaki boşanma davalarını Yargıtay’ın neden yabancı unsurlu boşanma olarak nitelendirmediği açıklanmalıdır.

İşte bu çalışmanın amacını da yukarıda belirtmiş olduğumuz soruların yanıtlanması ile Mavi Kartlıların boşanma davalarına uygulanacak hukukun tayin edilmesi teşkil etmektedir.

Anahtar kelimeler: 5718 sayılı MÖHUK, Mavi Kartlılar, yabancı unsurlu boşanma davası, boşanma davasında müsterek mutad mesken hukuku, Yargıtay kararları.

* Yrd.Doç.Dr. Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (s.ganiyeva@atauni.edu.tr). Bu çalışma, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde düzenlenmiş olan II. Türk Özel Hukuku ve Yargılamasındaki Güncel Sorunlar Sempozyumu’nda sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

ABSTRACT

When a divorce case with foreign element is filed in Turkish courts by foreigners, the applicable law to the divorce is determined according to the clause 14/1 of International Private and Civil Procedure Law (MÖHUK (IPCPL)) number 5718, dated 2007, titled “Divorce and Separation”.

There are also a group of “*foreigner designated with special status*” or “*privileged foreigner*”. In their divorce case among themselves or with Turkish citizens, the Court of Cassation rejects “foreign element”, making decisions that the clause 14/1 of MÖHUK cannot be applied. In our study, Blue Card Holders meant by foreigner designated with special status.

It must be explained what groups of foreigners in Turkey are classified as Blue Card Holders or Privileged Foreigners, why the lawmaker distinguishes the Blue Card Holders from other foreigners and why the Court of Cassation does not describe the divorce cases filed in Turkey between Blue Card Holders and Turkish citizens or between the Blue Card Holders themselves as a divorces case including foreign element.

The aim of the study is to find answers to the above-mentioned questions and to determine the applicable law to the divorce cases of Blue Card Holders.

Key words: *Number 5718 MÖHUK (IPCPL), Blue Card Holders divorce case including foreign element, the law of the common habitual residence, decisions of the Court of Cassation.*

GİRİŞ

Milletlerarası aile hukuku kapsamında en çok karşılaşılan sorunlardan birinin “boşanma” olduğu söylenebilir¹ ve bu durumda mahkemelerin, yabancılık unsurunu içeren boşanma davalarında uygulayacağı hukuk önem arz etmektedir.

Türk mahkemelerinde görülen boşanma davalarında taraflardan biri ya da her ikisinin de yabancı olduğu hallerde mahkeme, Türk hukukunu direkt uygulamamaktadır. Zira yabancı unsurlu boşanma da-

¹ AKINCI, Ziya/DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 28.

valarında uygulanacak hukuk 5718 sayılı ve 2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un² ilgili kuralları uyarınca tayin edilmektedir.

Fakat Türkiye'de görülen bazı boşanma davalarında taraflardan biri ya da her ikisinin özel statülü yabancı kapsamındaki *Mavi Kartlı* olması da mümkündür. Bu kişiler, yabancı devlet vatandaşı olmakla birlikte, Türk vatandaşlarına özgü bir takım haklardan da yararlanabilmektedirler. Hal böyle olunca, bahsi geçen kişilerin taraf olduğu boşanma davalarında uygulanacak hukukun belirlenmesi önem kazanacak ve çalışmamızda da bu yönde inceleme yapılacaktır. Konuyu incelerken de özellikle Yargıtay'ın konu ile ilgili yaklaşımına dikkat çekilecektir.

Esas konuya geçmeden önce Türk hukukunda yer alan “Mavi Kartlı” kavramı ile Mavi Kart uygulamasına değinmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Ayrıca önemle belirtmeliyiz ki çalışmamızda, konumuz itibariyle, yalnızca Mavi Kartlıların boşanma davalarında uygulanacak hukuk ile ilgili inceleme yapılacak ve mahkemelerin milletlerarası yetkisi ile Mavi Kartlılarla ilgili diğer konular üzerinde durulmayacaktır.

I. Mavi Kartlılar

A. Türk Vatandaşlığı Kanunu Madde 28'deki Düzenleme

Mavi Kartlıların tanımı ve hukuki durumu 5901 sayılı ve 2009 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun³ 28. maddesinde belirtilmiştir. Hükme göre: “1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan alt-soyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır.

(2) Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, maaş ve ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler.

² RG:12.12.2007-26728. Bundan sonra kısaca 5718 sayılı MÖHUK olarak anılacaktır.

³ RG:12.06.2009-27256. Bundan sonra kısaca 5901 sayılı TVK olarak anılacaktır.

(3) *Bu madde kapsamında bulunan kişiler, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler.*

(4) *Bakanlar Kurulu gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir.*

(5) *Bu madde hükümlerinden yararlanacak olan altsoyun, üstsoyu ile soy bağıny belgelendirmesi şarttır.*

(6) *Bu madde kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi Kart düzenlenir. Bu Kart, 21/2/1963 tarihli ve 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu kapsamındadır.*

(7) *Bu maddenin sağladığı hakların kullanılmasında Mavi Kartın ibrazı yeterlidir. Kartın ibraz edilememesi durumunda Kimlik Paylaşımı Sistemi aracılığıyla Mavi Kartlılar Kütüğünden alınacak kayıt örneği ve uyuğunda bulunulan devlet makamlarınca verilmiş kimlik bilgilerini gösteren belge ile işlem yapılır. Bu kişilerin kimlik bilgilerinde değişiklik olması durumunda uyuğunda bulunduğu devlet makamından alınmış eski ve yeni kimlik bilgilerini gösteren belgenin usulüne göre tasdik edilmiş Türkçe tercümesi ile birlikte ibrazı zorunludur.*

(8) *Bu madde kapsamında bulunan kişilere Bakanlığın tespit edeceği esaslar çerçevesinde kimlik numarası verilir. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası aranan yerlerde bu kimlik numarası kullanılır.*

(9) *Mavi Kartın düzenlenmesi ve dağıtılması ile Mavi Kartlılar Kütüğünün elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.*

(10) *Kamu kurum ve kuruluşları, bu madde hükümlerinin uygulanması amacıyla her türlü tedbiri alır ve gerekli düzenlemeleri yapar”.*

Görüldüğü üzere, TVK madde 28’de özel statülü yabancılar niteliğindeki Mavi Kartlıların, birkaç hakkın haricinde diğer haklardan aynen Türk vatandaşları gibi yararlanacakları hüküm altına alınmıştır. Söz konusu haklardan yararlanmak için de bahsi geçen kişilere talepleri üzerine “Mavi Kart” denilen bir belge verilmekte ve kendileri de *Mavi Kartlı* olarak adlandırılmaktadır.

Mavi Kartlılar ile ilgili iki hususa değinmekte yarar vardır:

- İlk husus, vatandaşlığın kazanılmasına ilişkindir; TVK'nın madde 28 hükmünden de anlaşıldığı üzere, Mavi Kart sahibi olmak için öncelikle Türk vatandaşlığının doğumla ya da başka bir anlatımla soy bağı (kan) veya doğum yeri (toprak) esasına istinaden kazanılmış olması gerekmektedir. Yani Türk vatandaşlığını sonradan⁴ kazanmış olan kişilerin Kanun'a göre Mavi Kart sahibi olması söz konusu değildir.

- İkinci önemli husus ise Türk vatandaşlığının kaybı ile ilgilidir; şöyle ki, Mavi Kart sahibi olmak isteyen kişinin, doğumla kazandığı Türk vatandaşlığından yetkili makamdan çıkma izni almak suretiyle ayrılmış olması gerekmektedir. Hal böyle olunca, Türk vatandaşlığını doğumla kazanmış olup da yetkili makamdan çıkma izni almaksızın, yani izinsiz olarak vatandaşlığından ayrılan kişinin, Mavi Kart sahibi olma hakkının bulunmadığını söylemek mümkün olacaktır⁵.

Böylece, Kanunun aradığı şartları sağlamak suretiyle Mavi Kart sahibi olanlar, TVK madde 28'de belirtilmiş olan haklar haricinde diğer haklardan aynen Türk vatandaşı gibi yararlanabilecektir.

B. Mavi Kart Uygulamasının Nedenleri

Aslında Mavi Kart (eski Pembe Kart) sahipleri ile ilgili ilk düzenleme mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na⁶ 07.06.1995 tarihli ve 4112 sayılı⁷ Kanun ile getirilmiştir. Daha sonra 5203 sayılı ve

⁴ DOĞAN, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 13.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 136. Burada evlenme (m.16), genel olarak (m.11), istisnai (m.12) veya evlat edinilme (m.17) gibi yollardan kazanılan vatandaşlık örnek olarak gösterilebilir. Parantez içinde verilen maddeler 5901 sayılı TVK'ya aittir.

⁵ Burada belirtmek gerekir ki, mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun "Kaybettirme" başlıklı 25. maddesi uyarınca, izin almaksızın başka bir devlet vatandaşlığına geçmeyi kanun koyucu, "vatandaşlığı kaybettirme" sebebi olarak kabul etmiş idi (RG: 22.04.1964-11638. Bundan sonra kısaca 403 sayılı TVK olarak anılacaktır). Ancak bu hüküm, yürürlükte olan 5901 sayılı Kanun'a alınmadığı için, kişi lehine olan yeni bir düzenleme niteliğindedir. Böylece, izinsiz olarak başka devlet vatandaşlığına geçmenin yasal yaptırımı olmasa da, doğumla Türk vatandaşı olanların "Mavi Kart" sahibi olma hakkı engellenmiş olacaktır.

⁶ Bkz.dip.5.

⁷ RG: 12.12.1995-22311. Kanun'un genel gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiş idi: "Yurtdışındaki vatandaşlarımız buldukları ve çalıştıkları ülkelerde daha iyi ya-

2004 tarihli Kanun⁸ ile mülga 403 sayılı TVK'nın 29.maddesinde değişiklik yapılmış ve son olarak da 2012 tarihli ve 6304 sayılı Kanun'un⁹ 14.madde hükmü ile yürürlükte olan 5901 sayılı TVK'nın 28.maddesinde yapılan değişiklik ile Mavi Kartlıların kapsamı genişletilmiş ve Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin üçüncü dereceye kadar olan alt-

şam şartlarına kavuşmak, ekonomik, sosyal ve siyasi haklardan yararlanmak amacı ile yabancı devlet vatandaşlığına geçmek istemektedirler. Ancak, Avusturya, Danimarka ve İsveç gibi yaklaşık iki buçuk milyon vatandaşımızın yaşadığı Almanya'nın da çifte vatandaşlığı kabul etmeyen, yani Alman vatandaşlığını kazanmak isteyen vatandaşlarımızdan Türk vatandaşlığından çıkma şartı arayan bir ülke olduğu bilinmektedir. Bu nedenle yukarıda belirtilen ülkelerde bulunan vatandaşlarımız buldukları ülkenin vatandaşlığına geçebilmek için zorunlu olarak «Türk vatandaşlığından çıkma izni» talep etmektedirler. Alman Yabancılar Yasasında yapılan yeni düzenlemelerden sonra Alman vatandaşlığına geçmek üzere Türk vatandaşlığından çıkma izni talebinde büyük bir artış olmuştur. Ancak, çok sayıda Türkün 30 yıldan beri yaşadığı, sayılarının her geçen yıl arttığı, yarımından çoğunun bu ülkede doğduğu ve yetiştiği Almanyada Alman vatandaşlığını kazanan Türklerin sayısının önemsenmeyecek boyutta olmadığı bir gerçektir. Esas olan sadece çifte vatandaşlık değil, yani Alman vatandaşlığına geçen Türklerin yeniden Türk Vatandaşlığına alınmaları kadar, Almanyada yerleşen vatandaşlarımızın idari ve yasal engeller olmaksızın ve Türkiye'deki hakları ile tasarrufları konusunda herhangi bir endişeye kapılmaksızın Alman vatandaşlığını kazanmak üzere Türk vatandaşlığından çıkma izni alabilmeleri de önemlidir. Buldukları ülkenin vatandaşlığını kazanabilmek amacıyla zorunlu olarak Türk vatandaşlığından çıkma izni alan kişilerin nüfus kütüklerindeki kayıtları kapatılmakta ve 403 sayılı Kanununun 29 uncu maddesi uyarınca Türkiye'de yabancı muamelesine tabi tutulmakta, ikamet, gayrimenkul edinme, miras ve çalışma gibi konularda ancak Türk Kanunlarının yabancılara tanıdığı haklardan faydalanabilmemektedirler. Bu uygulama ise vatandaşlarımızın başka bir devlet vatandaşlığına geçmekten sarfınazar etmelerine ve dolayısıyla yurtdışındaki haklardan feragat etmelerine neden olmaktadır. Türk vatandaşlarının bazı müktesep haklarının yitirilmesi anlamına gelen bu uygulamayı düzeltmek, mülk, miras, ikamet ve çalışma haklarını aynen muhafaza etmek için madde hükmü değiştirilmekte ve bu imkânlar sağlanmaktadır. Tasarı, bu sorunları, eşitsizlikleri, tereddütleri ve çelişkileri ortadan kaldırmak amacıyla hazırlanmıştır»; TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, Yasama Yılı 4, S. Sayısı 842, Cilt:88, Birleşim 120, 07.06.1995, Türk Vatandaşlığı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonları Raporu (1/846).

⁸ RG:06.07.2004-25514.

⁹ Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG:18.05.2012-28296).

soyları da Kanunda öngörülen istisnai haklardan yararlanmaya hak kazanmışlardır (TVK m.28/1).

Farklı tarihlerde mülga 403 sayılı ve yürürlükte olan 5901 sayılı Kanunlarda yapılan bu değişikliklerin gerekçesinin ise, çalışmak için Avrupa ülkelerine göç etmiş eski Türk vatandaşlarının çok önemli haklardan mahrum edilmemesi olduğu söylenebilir.

Bilindiği gibi, 1970’li yıllardan itibaren Türkiye’den Avrupa ülkeleri ve özellikle Almanya’ya çalışmak için çok sayıda Türk işçi göç etmiş bulunmaktadır. Ancak başta Almanya, Avusturya, Norveç gibi ülkeler olmak üzere, çoğu Avrupa ülkeleri çifte vatandaşlığı kabul etmemektedir. Bunun neticesinde de Türk vatandaşı işçi ve işverenler, sosyal ve ekonomik hayatlarına gittikleri ülkelerde yabancı olarak devam etmek zorunda kalmışlardır. Türk vatandaşlığını kaybetmek istemeyen bu kişiler, gittikleri ülkeleri kalkındırdıkları halde, o ülke vatandaşları gibi haklara sahip olamıyorlardı¹⁰.

Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, gerek mülga 403 sayılı ve gerekse yürürlükte olan 5901 sayılı TVK’nın ilgili hükümlerine değişiklik getirmiştir. Buna göre, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan kişilere, yaşadıkları ülkenin vatandaşlığına geçmelerini teşviki amacıyla Türkiye’deki hukuki durumlarına, ülkede bulunan diğer yabancılara nazaran, imtiyaz tanımış ve böylece Türkiye’de özel statülü yabancılar kategorisi yaratılmıştır¹¹. Yapılan değişiklikler neticesinde yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının, yaşadıkları ülke vatandaşlığını kazanma hususundaki “çekingen tutumlarının” belli ölçüde aşıldığını söylemek mümkün-

¹⁰ ERDEM, B.Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, 3. Baskı, BETA Yayınları, İstanbul, 2013, s. 224; 4112 Sayılı Kanunun hazırlandığı yıl olan 1995 yılında Almanya’da yaşayan vatandaşlarımızın sayısı iki buçuk milyonu geçkin olduğu halde, bunlar içinde Alman vatandaşlığına geçenlerin sayısının sadece kırk bin olması da bu gözlemi doğrulamaktadır; TURHAN, Turgut, Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, (TVK (403 sayılı) m.29 Üzerine Bir İnceleme), AÜHFĐ, 1997, Cilt 46, Sayı 1-4, s. 59.

¹¹ TURHAN, s. 59; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 134; ERDEM, s. 224; ÇİÇEKLİ, Bülent, “Türk Vatandaşlığından İzin Alarak Çıkma. İzin Alarak Çıkmanın Hukuki Sonuçları ve TVK.29. Madde Uygulamasından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, 2000-4, s. 70.

dür¹². Zira Mavi Kart uygulaması sonucunda gurbetçi Türklerin çoğu, gittikleri ülkenin vatandaşlığını kazanarak, o ülkenin sosyal ve siyasi hayatında da söz sahibi olabilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 2012 tarihinde yapılan son değişiklik ile Mavi Kart sahibi olabilecek kişilerin kapsamı genişletilmiş ve ayrıca üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar altsoyların ayrıcalıklı haklardan faydalanabileceği hususunda Bakanlar Kurulu'na takdir hakkı da tanınmıştır (TVK m.28/4). Bununla birlikte, Kanunda öngörülen haklardan yararlanmak isteyen altsoyun, Türk vatandaşlığından çıkan kişi ile soy bağıını kanıtlaması da gerekmektedir¹³.

Mavi Kart sahipleri, her ne kadar Türk vatandaşlığını kaybetmiş ve gittikleri ülkelerin vatandaşlığını kazanmış olsalar da, Türk Devleti ile bağlarını koparmamaktadırlar. Nitekim bu kişilere, talepleri halinde Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı¹⁴ ile ferağı gibi konulara yönelik işlemlerin, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülmesi hüküm altına alınmıştır (Yönetmelik¹⁵, m.52/2, m.53/1). Bununla birlikte, bu kişilerin sosyal güvenlik hakları da saklı tutulmuştur (TVK m.28/3).

Bunun yanı sıra Mavi Kartlılar, aile hukuku kapsamında da Türk vatandaşları ile evlilik yaparak aile kurmaktadır. Ancak bu evliliklerden bir kısmı farklı nedenlerden ötürü boşanma ile sona ermektedir.

İşte bu noktada konumuz açısından önem arz eden hususun, Mavi Kart sahiplerinin taraf olduğu boşanma davalarında uygulanacak hukuken açıklığa kavuşması gerektiğini yukarıda da belirtmiştik.

¹² CİN, Mustafa, "Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Türkiye'de Çalışma Hakkı", MHB, Yıl:24, 2004, (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan), s. 341.

¹³ Doğan, Vatandaşlık, s. 137.

¹⁴ Ayrıca, TVK madde 28 kapsamındaki kişilerin, Türkiye'deki kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinimlerinin, şirkette yabancı ortak olmaması şartıyla Türk vatandaşlarının tabi olduğu hükümler çerçevesinde değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Bkz: Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik, madde 1/2, (RG:06.10.2010-27721).

¹⁵ Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG: 06.04.2010-27544. Bundan sonra kısaca Yönetmelik olarak anılacaktır.

Mavi Kart sahiplerinin yabancı devlet vatandaşı olduğunu dikkate alacak olursak, bunların taraf olduğu boşanma davalarında uygulanacak hukukun 5718 sayılı MÖHUK çerçevesinde tayin edilmesi gerekmektedir. Zira bahsi geçen Kanun'un madde 1/1'e göre: "*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir*".

O halde aşağıda, yabancı unsurlu boşanmalara ilişkin uygulanacak hukuk ile ilgili 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan düzenlemeye değinmek yerinde olacaktır.

II. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a Göre Boşanmaya Uygulanacak Hukuk

Belirtildiği üzere, MÖHUK kuralları, yabancılık unsurunu içeren hukuki işlem ve ilişkilerde uygulama alanı bulmakta ve uygulanacak hukukun tayini de bu Kanun'a göre yapılmaktadır. Söz konusu yabancı unsurlu boşanmalarda uygulanacak hukuk olunca, konunun daha iyi anlaşılması bakımından aşağıda, "yabancı unsurlu boşanma" kavramını kısaca ele almanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

A. Yabancı Unsurlu Boşanma

"Boşanma" Türk hukukunda tanımlanmamış olsa da, bu kavram Türk doktrininde: "*eşler henüz hayatta iken, kanunda belirtilmiş bir sebebe dayanarak eşlerden birinin açacağı dava sonucunda hâkimin kararı ile geçerli bir evlilik birliğine son verilmesi*" olarak tanımlanabilir¹⁶.

¹⁶ AKINTÜRK, Turgut /ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku (Aile Hukuku), 18. Bası, İkinci Cilt, BETA Yayınları, İstanbul, 2016, s. 235; DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan /GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 102; ZEVLİLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, Kadir Emre, Medeni Hukuk, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 967. Zevkililer'e göre, "*Boşanma, sosyal bir problem olduğu kadar, hukuken de büyük önemi olan bir kurumdur. Boşanma, toplumsal yaşamda, üzerinde çok tartışılan ve fikirler üretilen bir olay olma niteliğini, eskiden olduğu gibi günümüzde de sürdürmektedir*", ZEVLİLİLER, Aydın, Medeni Hukuk, 2. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 1989, s. 871.

Boşanacak eşler Türk vatandaşı iseler davaya bakan hâkim, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹⁷ ilgili hükümleri doğrultusunda boşanma ile ilgili karar verecektir. Buna karşın, yabancı unsurlu boşanmalarda (yabancılık unsuru içeren boşanma) Türk hâkimi, 5718 sayılı MÖHUK'un ilgili kurallarından hareketle uygulanacak hukuku tayin ederek, o hukukun maddi kurallarını uygulayacaktır.

Yukarıdaki ifadede yer alan “yabancılık unsuru”ndan kasıt nedir ve hangi durumlarda boşanma “yabancı unsurlu boşanma” olarak nitelendirilmektedir?

Yabancılık unsuru (yabancı veya milletlerarası unsur), en basit anlatımla “*bir olayı, bir hukuki ilişkiyi birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı haline getiren bir husustur*”. Yani yabancılık unsurunun söz konusu olabilmesi için, davaya konu olan hukuki olay veya ilişkinin, davaya bakan hâkimin hukukundan (lex fori) başka, diğer bir hukuk düzeni veya düzenleri ile bağlantılı olması gerekmektedir. Bu halde, dava konusu olan olay veya ilişkiye, bağlantılı olduğu birden çok hukuk düzenlerinden hangisinin uygulanacağı önem kazanacaktır¹⁸.

Doktrinde yabancılık unsurunu içeren hukuki ilişkilere çeşitli örnekler verilerek, bu kavramın neyi ifade ettiğini açıklığa kavuşması hedeflenmektedir. Evlenmede eşlerden birinin yabancı olması, evlenmenin yabancı bir ülkede yapılması, sözleşme taraflarından birinin yabancı devlet vatandaşı olması, yerleşim yerinin yabancı devlette bulunması, ihtilaf konusu “şey”in yabancı ülkede bulunması, uyumsuzluğu konu olan olay veya ilişkinin kısmen veya tamamen yabancı ülkede meydana gelmiş olması, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları¹⁹, yabancılık unsuruna örneklerdir. Belirtmek gerekir ki, olay veya hukuki ilişkinin içerisinde “yabancılık unsuru”nun yer alıp almaması bakımından, söz konusu olay veya hukuki ilişkinin coğrafi anlamda ille de for devlet dışında her

¹⁷ RG: 08.12.2001-24607.

¹⁸ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21. Bası, BETA Yayınları, İstanbul, 2015, s. 5; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 25; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, BETA Yayınları, İstanbul, 2016, s. 10.

¹⁹ NOMER, s. 5; TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 22; ÇELİKEL/ERDEM, s. 9-10; DOĞAN, MÖH, s. 26-27.

hangi bir devlette gerçekleşmiş olması aranmamaktadır. Aksine, “*olay veya ilişkinin yabancı bir hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesi gerekli ve yeterlidir*”²⁰.

Toparlayacak olursak, yabancılık unsuru, milletlerarası özel hukuk alanında içinde bulunduğu özel hukuk ilişkisini, şahsî, coğrafi veya konu itibarıyla yabancı bir hukuk düzeni ile irtibatlı haline getiren unsur²¹ olarak ifade edilebilir.

Bu bağlamda, yabancı unsurlu boşanmadan söz etmek için de, boşanacak eşlerin vatandaşlığının (uyrukluk) dikkate alınması gerekecektir. Zira yukarıdaki örneklerden anlaşıldığı üzere, hukuki olay veya ilişki taraflarından en az birinin yabancı devlet vatandaşı, yani “yabancı”²² olduğu halde de, söz konusu olay veya ilişkinin yabancılık unsurunu içerdiği sonucuna varılabilecektir. Başka bir ifade ile boşanan eşlerden en az birinin yabancı devlet vatandaşı olduğu tespit edilirse, bu halde “*yabancı unsurlu boşanma*”dan söz etmek mümkün olacak ve uygulanacak hukukun MÖHUK kurallarına istinaden tespit edilmesi gerekecektir.

B. MÖHUK Uyarınca Boşanmaya Uygulanacak Hukuk

Bahsi geçen Kanun’un “*Boşanma ve Ayrılık*” başlıklı madde 14/1’de:” “(1) *Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır*” hükmü yer almaktadır.

²⁰ DOĞAN, MÖH, s. 26-27; “yabancılık unsuru” ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYGÜN, Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Hakan Pekcanitez’e Armağan, C 16, Özel Sayı, 2014.

²¹ ŞANLI Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 5.

²² Türk hukukunda “yabancı: “*Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” olarak tanımlanmıştır; 5901 sayılı TVK m.3/1(d); 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, m. 3/1(ü) (RG: 11.04.2013-28615), Bundan sonra kısaca 6458 sayılı YUKK olarak anılacaktır. “Türk vatandaşı” da bunun aksine “*Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi*” olarak tanımlanmıştır (TVK m.3/1(ç)).

Hükümden de anlaşıldığı üzere, Türk mahkemelerinde açılan yabancı unsurlu boşanma davalarında Türk hukuku direkt uygulanmamaktadır. Zira bahsi geçen maddede yer alan üç basamaklı bağlama kuralına göre, öncelikle tarafların müşterek milli hukuklarına başvurulacak, bu hukukun bulunmaması halinde boşanmaya, ikinci basamak olarak, müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Müşterek mutad mesken hukuku yabancı hukuk olabildiği gibi, Türk hukuku da olabilmektedir. Tarafların müşterek mutad meskenlerinin bulunmaması halinde ise son basamak olarak Türk hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Belirtmek gerekir ki, aile hukuku kapsamına giren meselelerde “*vatandaşlık*” çok önemli bir bağlama noktasıdır²³ ve aile hukuku ilişkileri Türk Milletlerarası Özel Hukukunda öncelikle *milli hukuk*²⁴ esasına tabi tutulmuştur²⁵. Bunun yanı sıra, boşanma veya ayrılık gibi olayların, iki kişiyi aynı derecede ilgilendirdiği ve menfaatlerin de eşit ağırlıkta olduğu gerekçesiyle Türk kanun koyucu, eşler bakımından *müşterek hukuk* tayinini tercih etmiştir. Aynı esasa karşılaştırmalı hukukta yer alan pozitif düzenlemelerde de rastlanmaktadır²⁶.

Böyle bir yaklaşımın amacı ise gerek karşılaştırmalı ve gerekse de Türk hukukunda eşler arasındaki eşitliğin zedelenmemesi ve her iki taraf menfaatlerinin de eşit şekilde korunmasıdır. Nitekim Türk hukukunda eşler arasındaki eşitlik göz önünde bulundurularak, eşleri ilgilendiren meselelerde aynı doğrultuda düzenleme yapıldığı görülmektedir.

²³ *Bağlama noktası* (bağlama kriteri veya bağlama sebebi), “*milletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu ilişkiye uygulanacak hukuku tayin etme hususunda ihtiyaç duyulan unsurlar veya kriterler*” olarak tanımlanabilir. *Kişinin hukuku ve aile hukuku ilişkilerinde bağlama noktasının belirlenmesinde kişinin menfaati dikkate alınır ve uygulanacak hukuk, kişinin en sıkı bağlı olduğu kabul edilen vatandaşlık veya mutad mesken bağlama noktasına göre belirlenmektedir*; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 38.

²⁴ Milli hukuk esası, başlangıcını Mancini (Pasquale Stanislao, 1817-1888) doktrininin almıştır. 1851 yılında Turin Üniversitesi’nde vermiş olduğu meşhur konferansıyla Mancini, milletlerarası özel hukuk alanında “*tabiiyet*” prensibinin kabul edilmesini sağlamıştır; NOMER, s. 55-56; Ayrıca Mancini doktrini ile ilgili bkz: ÇELİKEL/ERDEM, s. 53.

²⁵ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 38; ÇELİKEL/ERDEM, s. 62.

²⁶ DOĞAN, MÖH, s. 291.

Örneğin evlenmenin genel hükümleri²⁷ bakımından yetkili olan hukuk, boşanma ve ayrılık bakımından da yetkili kılınmıştır²⁸.

Bundan dolayı, yabancı unsurlu boşanma davalarına ilişkin MÖHUK madde 14/1’de yer alan düzenlemeye göre, sırasıyla eşlerin müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde son basamak olarak Türk hukuku uygulanacaktır. Esas kural bu olmakla birlikte Yargıtay, özel statülü yabancı olan Mavi Kartlıların taraf olduğu boşanma davalarında, yabancılık unsurunu taşımadıkları gerekçesiyle madde 14/1’in tatbikinin de mümkün olmayacağı yönünde kararlar vermiştir.

Konumuz açısından önem arz ettiği düşüncesiyle aşağıda Yargıtay’ın bahsi geçen konu ile ilgili uygulamasına yer verilecektir.

C. Yargıtay’ın Uygulaması

1. Yargıtay Kararları

Bu başlık altında Mavi Kartlıların taraf olduğu boşanma davalarına ilişkin Yargıtay’ın iki kararına değinilecek ve söz konusu kararlarda yabancılık unsurunun nazara alınmadığına ayrıca dikkat çekilecektir.

Bu bağlamda Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin konu ile ilgili 2013²⁹ ve 2014³⁰ tarihlerinde vermiş olduğu kararlarına değinmeyi uygun görmekteyiz³¹. Bu kararlara konu olan boşanma davalarında boşanan eşlerden biri (2013 tarihli karar) ya da her ikisinin de (2014 tarihli karar) Mavi Kart sahibi olduğu, yani bunların doğumla Türk vatandaşı olup

²⁷ MÖHUK madde 13/3e göre: “Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır”.

²⁸ DOĞAN, MÖH, s. 291.

²⁹ 2.HD: 2012/23566 E. 2013/8998 K. 01.04.2013 T., bu karar için ayrıca bkz. ÇİÇEKLİ, Bülent, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Yargıtay Kararları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 13-14.

³⁰ Yargıtay 2.HD: 2013/24136 E. 2014/7745 K. 03.04.2014 T., bu karar için ayrıca bkz. ÇİÇEKLİ, s. 56-57.

³¹ Bu iki karar dışında Yüksek Mahkeme’nin aynı konuya ilişkin ve benzer hükmü içeren başka kararları da mevcuttur. Örneğin 2.HD: 2007/4200 E. 2008/3495 K. 17.03.2008 T; bu karar için ayrıca bkz. ÇİÇEKLİ, s. 13-14.

da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybettikleri ve dava tarihinde Alman vatandaşı olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, her iki karara konu olan boşanma davalarının yabancılık unsurunu taşımadığı ve dolayısıyla 5718 sayılı MÖHUK'un madde 14/1'de yer alan kuralının da uygulanmayacağına karara bağlamıştır. Bahsi geçen kararların hüküm kısmında benzer ifadeye³² yer verilmiştir: *"Dava tarihinde yürürlükte olan 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 6304 sayılı Kanunla değişik 28'nci maddesinin (1.) fıkrası uyarınca: "...doğumla Türk vatandaşı olup da, vatandaşlıktan çıkma izni alanların ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı ergin olmayan çocuklarının, Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafien araç ve eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaya devam edecekleri"* hükme bağlanmıştır. *Bu durumda tarafların doğumla Türk vatandaşı olduğuna göre, sözü edilen değişiklik gereğince Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacağı ve boşanma davasında "yabancı" muamelesine tabi tutulamayacağı açıktır. Bu durumda dava, "yabancılık unsuru" taşımadığından, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkındaki Kanunun madde 14/1'in bu davaya tatbiki mümkün değildir".*

Hükümden de anlaşıldığı üzere Yargıtay, boşanan eşlerden biri ya da ikinci kararda olduğu gibi her ikisinin de Alman vatandaşı olduğunu değil de bilakis Mavi Kart sahibi olduklarını dikkate almış ve söz konusu boşanma davalarının yabancılık unsurunu taşımadığını ve MÖHUK'un ilgili kurallarının da uygulanmayacağını belirtmiştir.

2. Yargıtay'ın Gerekçesi

Yukarıdaki kararlarda Yüksek Mahkemenin, Mavi Kartlıların taraf olduğu boşanma davalarını "yabancı unsurlu boşanma" olarak nitelendirmediği görülmektedir.

Böyle bir yaklaşımın hukuki dayanağını TVK madde 28 hükmünün teşkil ettiği söylenebilir. Zira Yargıtay, söz konusu madde hük-

³² Yargıtay'ın her iki kararında da benzer esaslara yer verildiğinden, bunların teker-rüründen kaçındığımız için burada yalnızca Yüksek Mahkeme'nin 2014 tarihli kararındaki esaslara yer verilmiştir.

münden hareketle, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin Türkiye’de özel statülü ya da imtiyazlı yabancı olarak kabul edildiklerine ve bunların birkaç hak haricinde diğer haklardan aynen Türk vatandaşları gibi yararlandıklarına³³ işaret etmektedir. Nitekim Yargıtay, Mavi Kartlıların bu ayrıcalıklı durumunu dikkate alarak, bunların taraf olduğu boşanma davalarının, yabancılık unsurunu taşımadığına ve dolayısıyla MÖHUK kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Başka bir ifadeyle, Türk hukundaki Mavi Kart uygulamasını esas alan Yargıtay, Mavi Kart sahiplerini “*milli*” muameleyle tabi tutmuştur.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın bahsi geçen her iki kararı da tartışmaya açık niteliktedir. Zira bir yabancıнын Türkiye’de belli haklardan yararlanarak, diğer yabancılara nazaran ayrıcalıklı statüye sahip olması (eski vatandaş da olsa), o kişinin *yabancı* statüsünün ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Bundan dolayı aşağıda yapılacak olan açıklamaların bu doğrultuda gerekçelendirilmesine gayret edilecektir.

D. Görüşümüz

Bu başlık altında Mavi Kartlıların hukuki durumuna farklı açılardan yaklaşarak, Türk Devleti nezdinde *yabancı* statüde olduklarına dikkat çekilecektir. O halde, bahsi geçen kişilerin taraf olduğu boşanma davaları da *yabancı unsurlu boşanma* olduğu gerekçesiyle, uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK’un ilgili kurallarına tabi kılınabilecektir³⁴. Zira hukuki ilişkinin taraflarından birinin yabancı uyruklu olması, söz konusu ilişkinin yabancı unsurlu olduğuna delalet etmektedir.

Bundan dolayı aşağıda, Mavi Kart sahiplerinin değişik açılardan *yabancı* statüsüne vurgu yapılarak, bunların taraf olduğu boşanma davalarında uygulanacak hukuk ile ilgili değerlendirmelerde bulunulacaktır.

³³ Belirtmek gerekir ki, benzer haklar bugün Türk Hukukunda uzun dönem ikamet izni (6458 sayılı YUKK, m.44), süresiz çalışma izni (6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m. 10 ((kisaca 6735 sayılı UİK); RG:13.08.2016-29800) ve Turkuaz Kart sahiplerine (6735 sayılı UİK, m. 11) de tanınmıştır.

³⁴ Görüldüğü üzere burada, yabancılar hukuku ile kanunlar ihtilafı hukuku arasındaki sıkı bir ilişkiden söz etmek mümkün olabilmektedir. Şöyle ki, kanunlar ihtilafı kuralları yabancı unsurlu hukuki olay veya ilişkilerde uygulama alanı bulduğundan, yabancılar hukuku ile ilgili sorunlar, kanunlar ihtilafı bakımından ön sorun teşkil etmektedir; DOĞAN, MÖH, s. 38.

1. Vatandaşlığın Kaybı Bakımından

Yürürlükte olan Vatandaşlık Kanunu'nun "*Türk vatandaşlığından çıkma*" başlıklı 25. maddesinde³⁵ çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığının kaybı düzenlenmiştir. Madde hükmünde yer alan şartları yerine getirenler vatandaşlıktan izinle ayrılabilir ve bunlara imza karşılığında Kanun'un 26.maddesinde öngörülen "*çıkma belgesi*" verilmektedir. Bu belgenin imza karşılığı ilgiliye verilmesiyle de Türk vatandaşlığı kaybedilir. Böylece "*Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin nüfus aile kütüklerindeki kayıtları kapatılır ve kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi tutulurlar*" (TVK m.27/1, Yönetmelik, m.47).

Dolayısı ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler, "*kayıp tarihinden itibaren (diğer Türk vatandaşlığını kayıp hallerinde olduğu gibi) yabancı statüsünde kabul edilirler*"³⁶.

Türk vatandaşlığından izinle ayrılmış bu kişiler, Türk vatandaşlarına tanınan birtakım haklardan yararlınsalar dahi, Türk Devleti nezdinde yabancı statüsündedirler³⁷.

Bundan dolayı, kanaatimizce, Yargıtay'ın yukarıda belirtilmiş olan her iki boşanma kararında da yabancılık unsurunun kabulü ile birlikte, uygulanacak hukuk bakımından yürürlükte olan MÖHUK kurlarının devreye girmesi isabetli olurdu.

2. Taraf Menfaati Bakımından

Konuyu *taraf menfaati* açısından ele aldığımızda görünen o ki kişinin, milletlerarası özel hukuk bağlamında *aile* ve şahsın hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda sıkı ilişki içerisinde bulunduğu bir hukuka tabi olmasında³⁸ menfaati söz konusudur. Zira kişiler, içinde yaşadığı,

³⁵ TVK madde 25'e göre: "(1) *Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere aşağıdaki şartları taşımaları halinde Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilir*
a) *Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak* b) *Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak* c) *Herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak* ç) *Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmamak*".

³⁶ ERDEM, s. 224; AYGÜN, s. 1039.

³⁷ TURHAN, s. 58.

³⁸ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 31; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 26; CAN, Hacı/TOKER, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, Ders Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 54.

bildiği, ona göre hareket ettiği ve güvendiği hukukun uygulanmasını arzu etmektedir³⁹. Bu hukuk, ya o kişinin vatandaşı olduğu devletin hukuku (milli hukuk) ya da kişinin yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukukudur⁴⁰. Bunun yanı sıra son dönemlerde mutad mesken hukukunun uygulanmasının da taraf menfaatlerine hizmet edeceği kabul edilmeye başlanmıştır⁴¹. Nitekim kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenirken, şahsın ve aile hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından taraf menfaatinin esas alındığı görülmektedir⁴².

Ayrıca, evlenme veya boşanma gibi durumlarda, yukarıda da belirtildiği üzere, taraflardan birinin menfaati diğerine nazaran tercih edilmekte, bilakis müşterek esasların kabulü söz konusu olabilmektedir⁴³. Yani eşleri ilgilendiren konularda kanun koyucu, taraf menfaatinin eşitlik ilkesi çerçevesinde dikkate almıştır (MÖHUK m.14/1).

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki kanunlar ihtilafı kurallarının temel amacını, *milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin* sağlanması teşkil etmektedir. Bu da ancak yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarına, uyuşmazlık ve uyuşmazlığın tarafları ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasıyla gerçekleşebilmektedir⁴⁴. Gerçekten de *taraf menfaatinin*⁴⁵ gözetilmesi milletlerarası özel hukuk alanında büyük önem taşımaktadır. Zira uyuşmazlığın tarafları, konumuz açısından boşanan eşler, tarafı olduğu uyuşmazlığa en iyi bildiği, en sıkı ilişki içerisinde bulunduğu hukuk kurallarının uygulanmasını arzu ederler. Hiç bilmedikleri bir hukukun uygulanması kişileri tedirgin etmekte ve ayrıca güvensizlik yaratmaktadır ki, milletlerarası özel hukukun amacı bu değildir.

Bu bağlamda, yukarıda belirtmiş olduğumuz Yargıtay kararlarına dönecek olursak, her ne kadar Mavi Kartlılar doğumla Türk vatandaşı

³⁹ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 31.

⁴⁰ NOMER, s. 15; DOĞAN, MÖH, s. 145.

⁴¹ DOĞAN, MÖH, s. 145. Bu bağlamda 5718 sayılı MÖHUK'un "Boşanma ve Ayrılık" başlıklı 14/1. maddesinde yerleşim yeri hukukunun yerine "mutad mesken" hukukuna yer verilmiştir.

⁴² ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 26.

⁴³ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 31.

⁴⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 24-25.

⁴⁵ Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasında taraf menfaati yanı sıra, işlem menfaati, devlet (otorite) menfaati gibi düzen menfaatinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. S. 24-27.

olsalar da bu durum, “*ilgili kişilerin dava tarihinde yabancı konumunda olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır*”⁴⁶. Hal böyle olunca da bu kişilerin, *taraf menfaati* bakımından vatandaşlığında buldukları devlet⁴⁷ veya müşterek mutad meskeninin bulunduğu devletin⁴⁸ hukuk sistemine, Türk hukukuna nazaran, daha aşinalı veya daha sıkı bağlı olduğu göz ardı edilmemelidir. Aksi takdirde *taraf menfaatinin* zedelenmesi ve bunun sonucunda *milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin* sağlanması⁴⁹ engellenmiş olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 5901 sayılı TVK’nın 28.madde hükmüne göre, imtiyazlı yabancılar olarak Mavi Kartlıların, birçok haktan Türk vatandaşları gibi yararlanmaları hususunda kanun koyucu, doğumla Türk vatandaşı olan kişinin yanı sıra çocuğu ile torunlarını da imtiyazlı yabancılar kapsamına dâhil etmiş ve doğumla Türk vatandaşı olanların üçüncü dereceye kadar altsoyların da bu haklardan yararlanması hüküm altına alınmıştır. Bu durumda ikinci veya üçüncü derece olan altsoyların, yani çocukları ile torunlarının, doğumdan itibaren yabancı devlet vatandaşlığını kazanmaları yüksek olasılıktır. Dolayısıyla, ilgili kişiler bakımından *sıkı ilişkili hukuk* kavramı özellikle büyük önem taşımaktadır.

Nitekim Yargıtay kararlarına konu olan boşanma davalarında, her ne kadar Mavi Kart sahipleri doğumla Türk vatandaşı iseler de büyük olasılıkla uzun yıllardan beri hayatlarını Almanya’da idame ettiren ve neticede Alman vatandaşlığına geçmiş olan kişilerdir ve belki de Alman hukukuna daha aşinadılar.

Bundan dolayı, Mavi Kartlıların boşanma davasında yabancılık unsurunun dikkate alınması ve 5718 sayılı MÖHUK’un 14/1.maddesinden hareketle uygulanacak hukukun tayin edilmesi gerektiğinin kanaatindeyiz.

⁴⁶ AYGÜN, s. 1040.

⁴⁷ Daha önce de belirtildiği üzere, Yargıtay’ın 2014 tarihli kararına konu olan boşanma davasında taraflardan her ikisi de Alman vatandaşı Mavi Kart sahibi kişilerdir.

⁴⁸ Şayet bu devlet Türkiye değil ise.

⁴⁹ NOMER, s. 14; ÇELİKEL/ERDEM, s. 34-35; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 24-26.

3. Uygulanacak Hukukun Yeknesaklığı Bakımından

Mavi Kartlıların yabancı devlet vatandaşı olduğunu dikkate alacak olursak, boşanma davaları müşterek vatandaşlıklarının veya müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu devletlerde⁵⁰ de açılabilmektedir. Böyle bir durumda söz konusu boşanma davasına yabancı hâkimin uygulayacağı hukuk önem arz etmektedir.

Fakat çok muhtemeldir ki, Yargıtay kararlarına konu olan eski Türk vatandaşlarının boşanma davaları başka bir ülkede açılmış olsaydı, uygulanacak hukuk farklı olabilirdi. Bunun nedeni ise yabancı hâkimin, yetkili hukuku tayin ederken Türk hukukunda yer alan Mavi Kart uygulamasını dikkate almaması olacaktır⁵¹. Oysa milletlerarası özel hukuk alanında uygulanacak hukukun yeknesaklığı da önem arz etmektedir.

Bu nedenle Türkiye’de görülen ve Mavi Kart sahiplerinin taraf olduğu boşanma davalarında uygulanacak hukukun MÖHUK kuralları çerçevesinde tayini gerektiğinin isabetli ve yerinde olacağının altını tekrar çizmekte yarar vardır.

4. Siyasi Haklar Bakımından

Konuya siyasi haklar açısından yaklaşıldığında, yukarıdaki sonuçlardan farklı bir sonuç elde edilemeyeceği aşikârdır.

Zira daha önce de bahsedildiği üzere, 5901 sayılı TVK’nın 28. maddesinde yer alan düzenlemeye göre Mavi Kart sahibi kişilerin, dört hak haricinde diğer haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanacakları hüküm altına alınmıştır. Fakat hariç tutulan haklardan seçme-seçilme (Anayasa, m.67), askerlik yükümlülüğü (Anayasa, m. 72) ve kamu hizmetinde kadrolu olarak görev yapma hakları (Anayasa, m. 70)⁵², vatan-

⁵⁰ Bu devlet, Türkiye dışında her hangi bir devlet de olabilir.

⁵¹ Zira bu uygulama, Türkiye’nin iç hukukunu ilgilendiren bir durum olmakla birlikte, milletlerarası özel hukuk alanında Mavi Kart sahibi kişinin milli hukukunun belirlenmesine tesir etmemektedir.

⁵² Mavi Kartlıların çalışma hakkı ve özellikle kamu görevi ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. AYGÜL, Musa, “*Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C.XIV, Y.2010, S.1; CİN, Mustafa, “*Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak*

daşların “*olmazsa olmaz*” siyasi haklarından⁵³. Bu da demek oluyor ki kanun koyucu, söz konusu düzenlemeye yer verirken, Mavi Kartlıların *yabancı* statüsünü de göz önünde bulundurmuştur.

Başka bir ifadeyle, Mavi Kartlıların durumu özellikle siyasi haklar ekseninde ele alındığında, bu kişilerin *yabancı* statüde kabul edildiğinden şüphe duyulmamaktadır. Bu nedenle de Mavi Kartlıların taraf olduğu boşanma davalarında yabancılık unsurunun dikkate alınması ve buna göre uygulanacak hukukun tayin edilmesi yerinde olacaktır.

5. Sınır Dışı Etme Bakımından

Öncelikle belirtmek gerekir ki sınır dışı etme işlemi, kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığını kısıtladığı gerekçesiyle, Türkiye'nin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere konu olmuştur⁵⁴. Ancak bu sözleşmelerle devletlerin, hangi hallerde yabancıları ülkelerinden sınır dışı edebileceği değil de, bilakis bu yetkilerini kullanırken uymaları gereken kurallar tespit edilmiştir. Bu bağlamda milli kanun koyucular, sınır dışı ile ilgili iç hukuk kurallarını düzenlerken, milletlerarası sözleşmelerde yer alan ilkeleri de dikkate almaktadırlar⁵⁵.

Sınır dışı etme, “uluslararası hukukta devletlere tanınmış bir yetki olarak *yabancı*nın zorla ülke sınırlarından dışarı çıkarılmasını”⁵⁶ ifade etmektedir.

Kaybeden Kişilerin Türkiye’de Çalışma Hakkı”, MHB, Yıl:24, 2004, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan.

⁵³ Güngör’e göre, “*Bu sınırlama, Türk soylu yabancılarla karşılaştırıldığında, konu itibarıyla daha geniştir*”, GÜNGÖR, Gülin, *Tabiiyet Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 166; Türk soylu yabancılara Türkiye’de tanınan haklar bakımından ayrıca bkz. 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalışabilmelerine İlişkin Kanun (RG:29.09.1981-17473), m. 1. Ayrıca, Türkiye’de Mavi Kartlıların yararlandığı hakların hemen hemen aynısının, “*yabancı*” statüsünde olan uzun dönem ikamet izni, süresiz çalışma izni ve Turkuaz Kart sahiplerine de tanındığını yukarıda da belirtmiştik; bkz.dip.33.

⁵⁴ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, Sedat, “*Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı:3, 2009.

⁵⁵ DOĞAN, Vahit, *Türk Yabancılar Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 119.

⁵⁶ ÇİÇEKLİ, Bülent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 165.

Peki, hangi durumlarda yabancıların ülkeden sınır dışı edilmesi söz konusu olabilmektedir? İşlemin adından da anlaşıldığı üzere sınır dışı etme, devletlerin yabancılara uyguladığı bir yaptırımdır.

Buna göre devletler, kamu güvenliğini korumak amacıyla, kendi menfaatlerine aykırı davranış veya faaliyetlerde bulunan ve tehlikeli gördüğü yabancıları ülkesinden çıkarma yetkisine sahip olabilmektedir ki, bu da sınır dışı etme yetkisini ifade etmektedir⁵⁷.

Türk Hukukunda sınır dışı etme ile ilgili olarak 1982 tarihli Anayasa⁵⁸, 6458 sayılı YUKK⁵⁹ ve 5237 sayılı ve 2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'nda⁶⁰ hükümler yer almaktadır ve her üç düzenlemede de *yabancıların* sınır dışı edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Yani sınır dışı işlemine tabi tutulacak kişilerin Türk Devleti ile vatandaşlık bağı söz konusu değildir⁶¹. O halde Türkiye'de kimlerin “yabancı” olarak kabul edildiklerine göz atmakta yarar vardır.

Buradaki *yabancı* kavramı, dar bir kavram olmayıp, bünyesinde yabancı devlet vatandaşları yanı sıra, hiçbir devlet ile vatandaşlık bağı bulunmayan vatansızları, mültecileri, Türk vatandaşlığı haricinde birden çok devlet vatandaşlığına sahip olanları ve özel statüdeki yabancıları da barındırmaktadır⁶². Yukarıdaki cümlede yer alan özel statülü ya-

⁵⁷ AYBAY, Rona, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 251-252; ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, BETA Yayınları, İstanbul, 2015 s. 139; ÇİÇEKLİ, *Yabancılar*, s. 165.

⁵⁸ RG: 09.11.1982-17863; “*Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz*” (Anayasa m.23/son).

⁵⁹ 6458 sayılı YUKK'nın sınır dışı etme ile ilgili hükümleri madde 52 vd. yer almaktadır. Madde 52'ye göre: “*Yabancılar, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir*”.

⁶⁰ RG: 12.10.2004-25611. 5237 sayılı TCK'nın 59. maddesi uyarınca “İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlanırdıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir”.

⁶¹ “Yabancı” tanımı için bkz. dip. 22.

⁶² KABAALIOĞLU, Haluk/EKŞİ, Nuray, “*Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi*”, MHB, Yıl 24, 2004, (Prof.Dr. Sevin Toluner'e Armağan), s. 504; EKŞİ, Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 4. Baskı, BETA Yayınları, 2016, s. 107-108. Ayrıca bunların yanı sıra şartlı mülteci, ikincil koruma statüsü yabancı gibi geçici koruma kapsamında olanlar vb. yabancı statüsündedirler.

bancı kavramı ile Mavi Kartlıların ifade edildiğini söylemek mümkün olacaktır⁶³. Zira bizim de katıldığımız görüşe göre kişiler, vatandaşlığını kaybettiği devlet karşısında *yabancı* statüde kabul edilmektedirler. Bundan dolayı *eski vatandaşların*, aksi öngörülmedikçe, sınır dışı edilme bakımından diğer yabancılara nazaran ayrıcalıklı durumu söz konusu değildir⁶⁴.

Ayrıca, 6458 sayılı YUKK'nın “Sınır dışı etme kararı alınmayacaklar” başlıklı 55. maddesinde⁶⁵, sınır dışı etme şartları oluşursa dahi, haklarında sınır dışı kararı alınmayacak yabancılar belirtilmiştir. Fakat bu kapsamda yine Mavi Kartlılara yer verilmemiştir ki bunun anlamı da, şartları gerçekleştiği takdirde Mavi Kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı verilebilecektir.

Bundan dolayı, Mavi Kart sahiplerinin Türkiye’de görülen boşanma davalarını yabancı unsurlu boşanma olarak nitelendirilmesi gerektiğinin kanısındayız.

6. Suçluların İadesi Bakımından

Suçluların iadesi, *sınır dışı* ile birlikte kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığının diğer istisnai durumunu ifade etmektedir. Bu iki işlem arasında hem ortak nokta hem de farklılıktan bahsetmek mümkün olabilmektedir. Örneğin her iki işlemin de *yabancılara* yönelik olması, söz konusu iki işlem arasındaki ortak noktayı teşkil etmektedir. Fakat sınır dışı etme tek taraflı bir yaptırım niteliğini taşıdığı halde, suçluların iadesi iki devletin karşılıklı anlaşmasına bağlı olan ve suçluların cezasız kalmasını önlemek amacıyla uygulanan bir yöntemdir⁶⁶.

⁶³ TURHAN, s. 59.

⁶⁴ AYBAY, s. 256.

⁶⁵ Madde 55 “(1) 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz: a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar; b) Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler; c) Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar; ç) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları; d) Tedavileri tamamlanuncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları”.

⁶⁶ EKŞİ, s. 108.

Bir kişinin, başka bir ülkede işlemiş olduğu bir suçtan dolayı verilen cezaı çekmesi veya cezai takibat yapılabilmesi için, o ülkeye gönderilmesine suçluların iadesi veya geri verilmesi denmektedir⁶⁷. Suçluların iadesi⁶⁸, hukuki yardım niteliğini de taşımakla birlikte devletin, kendi ülkesinde suçlu barındırmaması ve ülke dışındaki suçluları da takip edebilmesi için getirilmiş bir müessesedir⁶⁹.

Suçluların iadesine ilişkin olarak 1982 tarihli Anayasa⁷⁰, 6706 sayılı ve 2016 tarihli Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu⁷¹ ve Türkiye Devleti tarafından akdedilmiş iki ve çok taraflı⁷² sözleşmelerde hükümlere yer verilmiştir. Tüm bu düzenlemelerde, istisna haricinde⁷³, *vatandaşın iade edilmeyeceği* hüküm altına alınmıştır. İadesi söz konusu olan kişinin vatandaşlığının tespiti ise, SİDAS'ın 6/1(c).maddesine göre, kişinin iadesine ilişkin kararın alınması anında saptanacaktır. Ancak Sözleşmede, karar anı ile teslim tarihi arasında kişinin vatandaşlığında değişiklik olması halinde, kendisinden teslim edilmesi talep edilen devletin, teslim tarihinden önce vatandaşlığına geçmiş olan kişiyi de geri vermeme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir (m.6/1(c)).

⁶⁷ SEVİÇ, Vedat Raşit, Türkiye'nin Yabancılar Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 87; AYBAY, s. 277; DOĞAN, Yabancılar, s. 129; ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 177.

⁶⁸ Dünyanın bilinen en eski yazılı anlaşması olan M.Ö. 1294 tarihli Kadeş Anlaşmasında suçluların iadesi kurumunun ilk izlerine rastlanmaktadır, ÇİÇEKLİ, Yabancılar, s. 177.

⁶⁹ AYBAY, s. 277; DOĞAN, Yabancılar, s. 129.

⁷⁰ Anayasa madde 38/son'a göre: "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez*".

⁷¹ RG: 05.05.2016-29703. Kanun'un "İadenin kabul edilemeyeceği haller başlıklı" madde 11/1(a)'ya göre: "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, iadesi talep edilen kişinin Türk vatandaşı olması*".

⁷² Suçluların iadesine ilişkin iki taraflı sözleşmeler birçok devlet ile akdedilmiştir. Çok taraflı sözleşmelere 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi örnek olarak gösterilebilir. (SİDAS Türkiye tarafından 18.11.1959 tarihinde 7376 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. RG: 26.11.1959-10365). Sözleşmenin madde 6/1(a)'ya göre: "*Her Akit Taraf tebaasını iade etmemek hakkını haiz olacaktır*".

⁷³ "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler*" (Anayasa m.38/son, 6706 s. Kanun m.11).

Acaba Mavi Kartlılar işlediği suçtan dolayı Türk Devleti tarafından iade edilirler mi?

Anayasa ve diğer düzenlemelerde yalnızca Türk vatandaşlarının iade edilmeyeceği hükme bağlanmış ve aynı doğrultuda Adalet Bakanlığı'nın mütalaasının⁷⁴ yanında yargı kararları da bulunmaktadır⁷⁵. Bundan dolayı bizim de katıldığımız görüşe göre, eski Türk vatandaşları olan Mavi Kartlıların, yabancı bir ülkede suç işlediği iddiası ile iadesi talep edilir ise, bunlar iade kapsamında değerlendirilecek ve şartların oluşması halinde talep eden devlete iade edilebileceklerdir⁷⁶. O halde Mavi Kartlıların, talep eden devlete iadesi söz konusu olabiliyor ise, bunların Türk Devleti nezdinde “yabancı” olarak kabul edildiği de şüphesizdir.

7. Diplomatik Koruma Bakımından

Son olarak, Mavi Kartlıların Türk Devleti nezdindeki konumuna diplomatik koruma açısından değinilecektir.

Diplomatik koruma, bir devletin kendi vatandaşlarından birinin, bir başka devletin uluslararası hukuk açısından meşru sayılmayan bir eyleminden veya ihmalden zarar görmesi durumunda, bu zarardan sorumlu sayılan devlete karşı, söz konusu zararın giderimi için uluslararası

⁷⁴ Adalet Bakanlığı tarafından: “Anayasanın 38.maddesi ile TCK'nın 18 inci maddesinin 2.fıkrasında (6706 sayılı Kanun m.11/1 a) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, Türk vatandaşının yabancı bir ülkeye iade edilemeyeceğinin öngörüldüğü, söz konusu düzenlemenin yalnızca Türk vatandaşlığına sahip olanları kapsadığı, Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip şahısların bu kapsamda mütalaa edilemeyeceği, 403 sayılı TVK'nın 29 uncu maddesi (5901 sayılı TVK m.28) uyarınca çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığına kazanan kişilerin ikamet, seyahat, çalışma, miras ve taşınmaz mal iktisabı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceğinin öngörüldüğü, bu hükmün daha ziyade bu durumdaki kişilerin ülkemizdeki ikamet ve seyahatleri ile ilgili olduğu ve Türk vatandaşının başka ülkeye iade edilmemesine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeden yararlanma hakkı vermediği” mütalaasında bulunulmuştur; bkz. ULUTAŞ, Ahmet, Suçluların Geri Verilmesi, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2012, s. 144.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ULUTAŞ, s. 143-145.

⁷⁶ DOĞAN, Yabancılar, s. 132-133; ULUTAŞ, s. 138-145.

bir talepte bulunma hakkı olarak tanımlanabilmektedir⁷⁷. Yani her kişinin, ülkesinin dışında ve başka bir ülkede bulunduğu sırada haklarının ihlâli durumunda vatandaşlık bağı ile bağlı bulunduğu devletten diplomatik koruma talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu bağı olmaması halinde, devletin diplomatik himaye girişimi uluslararası hukuk tarafından desteklenmemektedir⁷⁸. Örneğin, hiçbir devlet ile vatandaşlık bağı olmayan, yani vatansız olan kişi, herhangi bir ülkede haklarının ihlâli durumunda diplomatik korumadan yoksun kabul edilmektedir⁷⁹. Devletin diplomatik koruma yetkisi, vatandaşının haklarının ihlâl edildiği ülkede konsüler ya da diplomatik yetkilileri aracılığıyla kullanılır⁸⁰.

Açıklamalardan hareketle Mavi Kart sahibi kişinin, yabancı bir devlet topraklarında bulunduğu sırada haklarının ihlâlinden dolayı Türk Devleti'nden diplomatik koruma talep etme hakkının bulunmadığı söylenebilir. Bu durum da yine özel statülü yabancı olan Mavi Kart sahiplerinin, Türkiye'de *yabancı* konumda olduklarına işaret etmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızda Mavi Kartlıların taraf olduğu boşanma davalarında *yabancılık unsurunun* mevcut olup olmadığına ve buna istinaden uygulanacak hukuka yönelik incelemelerde bulunulmuştur. İnceleme sebe-

⁷⁷ AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet, Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 35; DOĞAN, İlyas, Devletler Hukuku, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2013, s. 189; GÖÇER, Mahmut, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Koruma Hakkı”, AÜHFD, Yıl 2008, C:54, S:4, s. 221.

⁷⁸ AYBAY/ÖZBEK, s. 35; ERDEM, s. 19.

⁷⁹ AYBAY/ÖZBEK, s. 38; DOĞAN, İlyas, s. 190; Ayrıca, mültecilerin diplomatik korunması ile ilgili 1950 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Tüzüğü ile mülteciler, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği'nden koruma talebinde bulunabilirler, ÇİÇEKLİ, Yabancılar, 342-343; birden çok vatandaşlığa sahip kişilerin diplomatik korunması bakımından bkz. Vatandaşlık Kanunlarının Çatışmasıyla İlgili Bazı sorunlara İlişkin 1930 tarihli La Haye Sözleşmesi, orijinal metin için bkz: <http://eudo-citizenship.eu/InternationalDB/docs/Convention%20on%20certain%20questions%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT.pdf>; Ayrıca mülteciler ile vatansızların diplomatik korunması bakımından farklı görüşler için bkz, GÖÇER, s. 229.

⁸⁰ AYBAY/ÖZBEK, s. 35; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 25.

bini ise konu ile ilgili Yargıtay'ın vermiş olduğu kararları teşkil etmektedir. Söz konusu kararlarında Yargıtay, Mavi Kartlıların taraf olduğu boşanma davalarını yabancı unsurlu boşanma olarak nitelendirmemiş ve bundan dolayı MÖHUK'un 14/1. maddesinin uygulanmasına da ihtiyaç duymamıştır.

Kanaatimizin aksi yönde olduğu gerekçesi ile çalışmamızda, Mavi Kartlıların Türkiye'de *yabancı* statüde kabul edildikleri ve bu bağlamda bahsi geçen kişilerin taraf olduğu boşanma davalarının yabancı unsurlu boşanma olarak nitelendirilmesi ve uygulanacak hukukun da 5718 sayılı MÖHUK çerçevesinde tayin edilmesi gerektiğinin isabetli olacağına dikkat çekilmiştir.

Bu bağlamda öncelikle Mavi Kart sahipleri ile ilgili TVK madde 28'de yer alan düzenlemeye değinilmiş ve bu kişilerin Türkiye'de ayrıcalıklı ya da imtiyazlı statüye sahip olduğu belirtilmiştir. Bahsi geçen kişilere ayrıcalıklı hukuki rejim bahşeden böyle bir düzenlemenin olumlu olduğu şüphesizdir. Zira bu düzenleme ile özel statülü yabancı olan Mavi Kartlıların Türkiye'de mağdur edilmemesi amaçlanmıştır.

Ancak Mavi Kart sahiplerine, diğer yabancılardan farklı olarak, Türkiye'de birçok hakların tanınması ve avantajlı statünün sağlanmasını olumlu nitelendirmemizle birlikte, bu kişilerin taraf olduğu boşanma davalarında *yabancılık unsurunun* reddedilmesini doğru bulmuyoruz. Zira mülga 403 sayılı TVK madde 29 ve 5901 sayılı TVK madde 28'de farklı tarihlerde getirilmiş değişiklikler ile Mavi Kart sahiplerine tanınan haklardan bahsedilirken, bu kişilerin *yabancı* oldukları da göz ardı edilmemiş ve her vatandaş bakımından büyük önem taşıyan siyasi haklar (seçme-seçilme, askerlik yükümlülüğü, kamu görevlerine kadrolu olarak girme), Mavi Kart sahiplerine tanınmamıştır.

Bunun yanı sıra Mavi Kart sahiplerinin hukuki durumu çeşitli açılardan incelendiğinde de (Türk vatandaşlığının kaybı, taraf menfaati, sınır dışı ve suçluların iade edilmesi vs.) bu kişilerin Türk Devleti nezdinde *yabancı* olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle Mavi Kartlıların taraf olduğu boşanma davalarında, çalışmamız boyunca sıkça ifade edildiği gibi, *yabancılık unsurunun* kabul edilmesi ve uygulanacak hukukun da MÖHUK kuralları çerçevesinde tayini gerektiğinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya/ Demir Gökyayla, Cemile**, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya**, Türk Medeni Hukuku (Aile Hukuku), 18. Bası, İkinci Cilt, BETA Yayınları, İstanbul, 2016.
- Aybay, Rona**, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Aybay, Rona/Özbek, Nimet**, Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.
- Aygül, Musa**, “Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, Y.2010, S.1, s. 31-60.
- Aygün, Mesut**, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 1025-1066.
- Can, Hacı/Toker, Ali Gümrah**, Milletlerarası Özel Hukuk, Ders Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Cin, Mustafa**, “Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Türkiye’de Çalışma Hakkı”, MHB, Yıl: 24, 2004, (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan), s. 337-352.
- Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli**, Yabancılar Hukuku, BETA Yayınları, İstanbul, 2015.
- Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır**, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, BETA Yayınları, İstanbul, 2016.
- Çiçekli, Bülent**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Yayıncılık Kararları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Çiçekli, Bülent**, “Türk Vatandaşlığından İzin Alarak Çıkma. İzin Alarak Çıkmanın Hukuki Sonuçları ve TVK. 29. Madde Uygulamasından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, 2000-4, s. 63-75.
- Çiçekli, Bülent**, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Doğan, İlyas**, Devletler Hukuku, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2013.
- Doğan, Vahit**, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Doğan, Vahit**, Türk Vatandaşlık Hukuku, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- Doğan, Vahit**, Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

- EKŞİ, Nuray**, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 4. Baskı, BETA Yayınları, 2016.
- Erdem, Bahadır**, Türk Vatandaşlık Hukuku, 3. Baskı, BETA Yayınları, İstanbul, 2013.
- Göçer, Mahmut**, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Koruma Hakkı”, AÜHFD, Yıl 2008, C: 54, S: 4, s. 219-236.
- Güngör, Gülin**, Tabiiyet Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Kabaalioglu, Haluk/ Ekşi, Nuray**, “Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, MHB, Yıl 24, 2004, (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan), s. 503-522.
- Nomer, Ergin**, Devletler Hususi Hukuku, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Seviğ, Vedat Raşit**, Türkiye’nin Yabancılar Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.
- Sirmen, Sedat**, “Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 3, 2009, s. 29-45.
- Şanlı Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci**, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Turhan, Turgut**, “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK (403 sayılı) m. 29 üzerine bir inceleme)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C. VLI, S. 1-4, s. 41-66.
- Ulutaş, Ahmet**, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2012.
- Zevkililer, Aydın**, Medeni Hukuk, 2. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 1989.
- ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, Kadir Emre**, Medeni Hukuk, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

4691 Sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Buna Göre Kurulan Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Yapılan Arazi Tahsis Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği



Dr. Osman AÇIKGÖZ

ÖZET

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'na göre kurulan Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nde, Yönetici Şirket ile girişimciler arasında araştırma-geliştirme (AR-GE) faaliyetlerinin yapılması amacıyla "Arazi Tahsis Sözleşmesi" yapılmaktadır. Sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkla karşılaşıldığında, uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi önem taşımaktadır. Bu nedenle sözleşmenin temel öğeleri ile hukuki niteliğinin belirlenmesine ihtiyaç vardır. Çalışmamızda önce kanunun amacı, kapsamı ve uygulama alanı belirlenecek, daha sonra arazi tahsis sözleşmesinin temel unsurları ile hukuki niteliği belirlenerek sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünde yararlanılacak hukuk kuralları tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: 4691 Sayılı Teknoloji Bölgeleri Kanunu, Arazi Tahsis Sözleşmesi, Sözleşmenin Temel Öğeleri, Sözleşmenin Hukuki Niteliği

ABSTRACT

Law Number 4691 on Technology Development Zone establishment and management, allows the Technology Park managing companies to make "land allocation contracts" with entrepreneurs for their Research and Development (R&D) activities. These contracts fall under the scope of Law of Obligations in Turkey. When a disagreement among parties arises it is important to determine the provisions in the

* Avukat, İstanbul Barosu

contract that relate to the disagreement. For this reason, it is important to identify the principle items of the contract and relate them to the legal aspects. In our study, we will first describe the aims, scope and application of the aforementioned 4691 law, then discuss the land allocation related provisions, disagreements as well as suggested solutions in relation to the legal aspects.

Keywords: *Technology Development Zones Law No. 4691, Land Allocation Agreement, Legal Nature of the Contract, Basic Features of Contract*

GİRİŞ

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'na¹ göre kurulan Teknoloji Geliştirme Bölgeleri; akademik, ekonomik ve sosyal yapının bütünleştiği site ya da bu özelliklere sahip teknoparklardır. Bölge içerisinde ileri teknoloji kullanan ya da yeni teknolojilere yönelik firmalar, belirli bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da ar-ge merkez veya enstitüsünün imkânlarından yararlanmak suretiyle teknoloji veya yazılım üretmekte ya da geliştirmektedir. Söz konusu firmalar, teknolojik bir buluşu ticari bir ürün, yöntem veya hizmet haline dönüştürmek için faaliyet göstererek bölgenin kalkınmasına katkıda bulunmaktadır.

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nde girişimcilerin faaliyet göstereceği alanlar, genellikle bölgenin Yönetici Şirket'i tarafından finanse edilerek inşa edilmektedir. Yönetici Şirket, Teknoloji Geliştirme Bölgesi'nin kurulması amacıyla kendisine tahsis edilen kamuya ait arazi üzerinde inşa ettiği binalarda yer alan alanları, belirli bir kullanım ücreti ve ortak giderlere katılım payı karşılığında girişimcilere kiralamaktadır. Bu şekilde, kanunda ve ilgili mevzuatta belirlenen amaçlar doğrultusunda girişimcilerin faaliyette bulunmasına olanak sağlamaktadır.

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'ndeki alanlardan yararlanmanın yaygın türü uygulamada bu olmakla birlikte, girişimcilere tanınan bir diğer imkân ise bölgede ada ve paftası belirlenmiş bir arazinin sözleşme ile girişimciye tahsis edilerek, girişimcinin mevzuatta belirlenen amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunacağı binayı önce inşa etmesi, sonrasında ise belirli bir kullanım ücreti karşılığında kullanarak faaliyette

¹ RG. T. 6.7.2001, S. 24454.

bulunmasıdır. Bu çerçevede taraflar arasında “*Arazi Tahsis Sözleşmesi*” yapılmaktadır. Tarafların aslı edim yükümlülükleri ile diğer yan yükümlülükleri sözleşme kapsamında detaylı bir şekilde düzenlenmektedir.

Sözleşme kapsamında belirlenen farklı sürelerde tarafların farklı yükümlülükleri söz konusudur. Bu nedenle sözleşme karmaşık bir hukuki yapı arz etmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmediği için sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkla karşılaşıldığında uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi önem taşımaktadır². Bu nedenle sözleşmenin temel öğeleri ile hukuki niteliğinin belirlenmesine ihtiyaç vardır. Çalışmamızda önce kanunun amacı, kapsamı ve uygulama alanı belirlenecek daha sonra sözleşmenin temel unsurları ile hukuki niteliği belirlenerek, sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünde yararlanılacak hukuk kuralları tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. 4691 SAYILI TEKNOLOJİ GELİŞTİRME BÖLGELERİ KANUNU’NUN UYGULAMA ALANI

1. Kanunun Amacı ve Kapsamı

Kanunun amacı; ülke sanayisinin uluslararası rekabet edebilmesi ve ihracata yönelik bir yapıya kavuşturulması amacıyla üniversiteler, araştırma kurum ve kuruluşları ile üretim sektörlerinin işbirliğinin sağlanmasıdır. Bu işbirliği sonucunda; teknolojik bilginin üretilmesi, ürün ve üretim yöntemlerinde yeniliklerin geliştirilmesi, ürün kalitesi veya standartının yükseltilmesi, verimliliğin artırılması, üretim maliyetlerinin düşürülmesi, teknolojik bilginin ticarileştirilmesi, teknoloji yoğun üretim ve girişimciliğin desteklenmesi, küçük ve orta ölçekli işletmelerin yeni ve ileri teknolojilere uyumunun sağlanması, teknoloji yoğun alanlarda Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu’nun kararları da dikkate alınarak yatırım olanaklarının oluşturulması, araştırmacı ve vasıflı kişilere iş imkânının sağlanması, teknoloji transferine yardımcı olmak suretiyle yüksek/ileri teknoloji sağlayacak yabancı sermayenin ülkeye girişini hızlandıracak teknolojik alt yapının sağlanması hedeflenmektedir³.

² OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Yargıtay Uygulamasında TKHK’nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimli Sözleşmeler”, Ankara Barosu Dergisi 2000-3, s. 53.

³ Bkz. m. 1.

Kanunun kapsamı ise Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nin kuruluşu, işleyişi, yönetim ve denetimi ile bunlarla ilgili kişi ve kuruluşların görev, yetki ve sorumluluklarını içermektedir⁴.

2. Kanun'un Uygulama Alanı olarak Teknoloji Geliştirme Bölgeleri

Kanun, Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nde uygulanmaktadır. Teknoloji Geliştirme Bölgeleri ise akademik, ekonomik ve sosyal yapının bütünleştiği site ya da bu özelliklere sahip teknoparklardır. Bölge içerisinde ileri teknoloji kullanan ya da yeni teknolojilere yönelik firmalar, belirli bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da ar-ge merkez veya enstitüsünün imkânlarından yararlanmak suretiyle teknoloji veya yazılım üretmekte ya da geliştirmektedir. Söz konusu firmalar, teknolojik bir buluşu ticari bir ürün, yöntem veya hizmet haline dönüştürmek için faaliyet göstermekte ve bu şekilde bölgenin kalkınmasına katkıda bulunmaktadır⁵.

II. ARAZİ TAHSİS SÖZLEŞMESİNİN TEMEL UNSURLARI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Tanımı

Arazi Tahsis Sözleşmesi; alan bilgisi ile vaziyet planının proje ve paftalarda gösterildiği Teknoloji Araştırma ve Geliştirme Bölgesi'ndeki bir arazinin, sözleşmedeki inşaat ve amorti süreleri boyunca⁶ bölgenin Yönetici Şirket'i tarafından girişimciye tahsis edildiği, bunun karşılığında girişimcinin sözleşmenin ilk dönemini oluşturan inşaat süresi içerisinde söz konusu arazi üzerinde ar-ge tesisi, laboratuvar, ar-ge ve tasarıma dayalı ofis, üretim ve atölye alanı olarak kullanacağı binanın yapımını (inşasını) ve teslimini borçlandığı, binanın alt ve üst yapı inşasının tamamlanmasından sonra sözleşmenin ikinci dönemini oluşturan amorti süresi içerisinde ise rayiç bedeli yansıtmayan (düşük) bir kullanım bedeli ile ortak alanlara katılım payı karşılığında binanın kul-

⁴ Bkz. m. 2.

⁵ Bkz. m. 3/ (b).

⁶ Tahsis süresi, sözleşme kapsamında iki farklı dönemi kapsayan inşaat ve amorti süresinden oluşmaktadır. Söz konusu süreler uygulamada yapılan sözleşmelerde "başa baş süre" şeklinde tanımlanmaktadır.

lanımını borçlandığı sözleşmelerdir. Bu çerçevede Yönetici Şirket'in sözleşme kapsamındaki temel yükümlülüğü girişimciye arazi tahsisini yapmaktır. Girişimcinin ise sözleşmede belirlenen farklı sürelerde iki ayrı temel yükümlülüğü bulunmaktadır. İlki, sözleşmeyle kendisine tahsis edilen arazi üzerinde ar-ge tesisleri, laboratuvar, ar-ge ve tasarıma dayalı ofis, üretim ve atölye alanı olarak kullanacağı binayı kararlaştırılan inşaat süresi içerisinde inşa edip Yönetici Şirket'e teslim etmedir. İkincisi ise amorti süresi boyunca rayiç bedeli yansıtmayan⁷ (düşük) kullanım bedeli ile ortak giderlere katılım payı karşılığında binayı kullanmadır.

Kullanım bedelinin düşük tutulmasının nedeni, amorti süresi boyunca binanın inşaat maliyetinin karşılanacağı düşüncesidir. Bir başka ifadeyle, Yönetici Şirket inşa edilecek binanın maliyetini girişimciye önceden ödeme yerine, girişimcinin tahsis süresi boyunca ödeyeceği kullanım bedelini düşük tutarak tarafların edimlerin bu şekilde dengelenmesini sağlamaktadır. Zira amorti süresinin sonunda Yönetici Şirket'in, söz konusu binayı eksiksiz ve bedelsiz olarak devralma hakkı olduğu için bu durum her iki tarafın da menfaatlerine hizmet etmektedir. Girişimci, amorti süresi boyunca çok düşük bir kullanım bedeli ödemek suretiyle inşaat maliyetlerini karşılamaktadır. Taraflarca sözleşmede amorti süresi belirlenirken bu anlayış doğrultusunda hareket edilmektedir.

Amorti süresi bittikten sonra girişimci, binada faaliyetlerine devam etmek istediği takdirde, rayiç kira bedeli üzerinden kullanım bedeli ödeyerek söz konusu binayı kullanmaya devam edebilmektedir. Kiralama süresinin sonunda ise her türlü borç, taahhüt ve kısıtlamadan ari olarak söz konusu binayı tam ve bedelsiz bir şekilde Yönetici Şirket'e teslim etmekle yükümlüdür.

B. Sözleşmenin Temel Unsurları

Yönetici Şirket ile girişimci arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Arazi tahsis sözleşmesi olarak adlandırılan bu hukuki ilişki, esas itibarıyla Borçlar Hukuku'na tabi bir sözleşmedir. Sözleşme, Borçlar Kanunu'nda dü-

⁷ Uygulamada söz konusu oran, amorti süresi boyunca binanın inşaat maliyetini karşılama esası düşüncesiyle m2 esas alınarak belirlenmektedir. Genellikle binanın rayiç kira bedelinin 1/20'si oranında belirlenmektedir.

zenlenmediği için sözleşmeden kaynaklanabilecek muhtemel bir uyuşmazlığın çözümünde hangi kuralların uygulanacağını tespit edilmesi gerekir. Bu nedenle sözleşmenin varlığı için temel unsurlarının belirlenmesi gerekir.

a. Taraflardan Birisinin Yönetici Şirket Diğ erinin Giriş imci Olması

aa. Yönetici Şirket

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği'nin⁸ “*kısaltmalar ve tanımlar*” başlığını taşıyan m. 3 /z (pp)'de Yönetici Şirket; kanuna uygun olarak anonim şirket şeklinde kurulan, bölgenin yönetim ve işletmesinden sorumlu şirket olarak tanımlanmıştır. Yönetici Şirket'in görev ve sorumlukları, Kanun'un 5. maddesinde kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir⁹. Buna göre Yönetici Şirket, Teknoloji Geliş-

⁸ RG. T. 10.7.2016, S. 29797; Metin içerisinde bundan sonra “*Uygulama Yönetmeliği*” şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

⁹ m. 5: “Bölgenin yönetimi ve işletmesinden sorumlu Yönetici Şirket'in kurucuları arasında, Bölgenin içinde veya bulunduğu ilde yer alan en az bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da kamu AR-GE merkez veya enstitüsü bulunur. Yönetici Şirket'e ayrıca, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine bağlı odalar ve borsalar, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonuna bağlı odalar, birlikler ve federasyonlar, yerel yönetimler, bankalar ve finansman kurumları, yerli ve yabancı özel hukuk tüzel kişileri, AR-GE ve teknoloji geliştirme ile ilgili vakıf, kooperatif ve dernekler, ilgili kamu kuruluşları ve ihracatçı birlikleri kurucu ya da sonradan ortak olabilir. Yerel yönetimler, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendi meclis kararına binaen Yönetici Şirket'e ortak olabilir. Yabancı özel hukuk tüzel kişileri 5/6/2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde Yönetici Şirket'e iştirak edebilir. Yönetim Kurulu tarafından Yönetici Şirket genel müdürlüğü üst yönetimine atanacaklarda aranacak nitelikler yönetmelikle belirlenir. Yönetici Şirket; Bölgeye ait planlama ve projelendirmenin yapılması, gerekli alt yapı ve üst yapı hizmetleri ile Bölge için gerekli her türlü hizmetlerin yürütülmesi, kuluçka merkezi ve teknoloji transfer ofislerinin kurulması, AR-GE veya tasarım projelerinin değerlendirilmesi ve projesi uygun görülen girişimcilere yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslara göre Bölge içerisinde yer tahsis edilmesi, Bölgenin bu Kanun ve ilgili yönetmeliklerde gösterilen amaca uygun olarak yönetilmesi, girişimcilerin ve üçüncü şahısların buna aykırı davranışlarının önlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması ile yükümlüdür. Kamu yararı kararı, Yönetici Şirket'in başvurusu üzerine Bakanlıkça verilir. Bakanlık, Bölgede bu Kanunda belirtilen amacın dışında faaliyet gösteren

tirme Bölgesi'ne ait planlama ve projelendirmelerin yapılması ile bölge için gerekli her türlü hizmetlerin yürütülmesi, gerekli alt yapı ve üst yapı hizmetleri ile kuluçka merkezi ve teknoloji transfer ofislerinin kurulması, araştırma- geliştirme tasarım projelerinin değerlendirilerek, projesi uygun görülen girişimcilere yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde bölge içerisinde yer tahsis edilmesi, bölgenin ilgili kanun ve yönetmeliklerde gösterilen amaca uygun bir şekilde yöne-

Yönetici Şirketi uyarır ve belirli bir süre vererek, amacına uygun faaliyette bulunulmasını ister. Bu sürenin sonunda, Yönetici Şirket'in, amacı doğrultusunda faaliyet göstermediğinin tespit edilmesi durumunda, Bakanlık görevli mahkemeye başvurarak mevcut Yönetici Şirket'in yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin sona erdirilmesini, şirketin yönetimi için kayyum tayin edilmesini ve Yönetici Şirket'in tasfiyesini ister. Yönetici Şirket'in tasfiyesine mahkemece karar verilmesi halinde, şirket ve yöneticilerin hak ve yükümlülükleri ile sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla, Bakanlık, Yönetici Şirket'in mülkiyetinde olan Bölgeye ait araziye ve üzerindeki taşınmazları kamulaştırır ve Bölgenin yönetimini başka bir Yönetici Şirket'e verebilir. (Değişik dokuzuncu fıkra: 16/2/2016-6676/10 md.) Bölge kuruluş kararının Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren; Yönetici Şirket kuruluşu bir yıl içerisinde sonuçlandırılır ve Bölge en fazla üç yıl içerisinde faaliyete geçirilir. Mücbir sebepler dışında, belirtilen süreler içerisinde; Yönetici Şirket kuruluşunun tamamlanamaması, Bölgenin faaliyete geçirilememesi hallerinde, Kurucu Heyet ya da Bölge Yönetici Şirketi süre uzatımı için Bakanlığa müracaat eder. Bakanlıkça uygun görülmesi halinde bir defaya mahsus olmak üzere Yönetici Şirket kuruluşu için en fazla altı ay, Bölgenin faaliyete geçirilmesi için en fazla bir yıl ek süre verilebilir. Bu ek süreler içerisinde; Bölge Yönetici Şirket'inin kurulamaması durumunda Bakanlar Kurulunun Bölgenin ilanına ilişkin kararı, Bölge alanında faaliyete geçilememesi durumunda ise Bakanlar Kurulunun Bölge alanının ilanına ilişkin kararı hüküm ve sonuçları ile birlikte ortadan kalkar. Yönetici Şirket ortaklarından; üniversiteler, yüksek teknoloji enstitüleri ya da kamu AR-GE merkez veya enstitüleri, Yönetici Şirket'e taahhüt ettikleri sermaye payını döner sermaye gelirlerinden ödeyebilir. (Değişik onbirinci fıkra: 16/2/2016-6676/10 md.) Yönetici Şirket, kendisine ve Bölgede bulunan girişimcilerin faaliyetlerine ilişkin verileri Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirime ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. Yönetici Şirket, her türlü hesap ve işlemlerini yıllık olarak 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre yetkilendirilmiş yeminli mali müşavire inceletir. Yeminli mali müşavir, düzenlediği denetim raporunun birer örneğini aynı süre içinde Yönetici Şirket'e ve Bakanlığa gönderir. Yönetici Şirket, her yılın sonunda kendisine ve Bölgede yer alan AR-GE veya tasarım faaliyetinde bulunan işletmelere sağlanan destek ve muafiyetlerin etki değerlendirmesini yapar ve bu konuda düzenlenen raporun bir örneğini Bakanlığa gönderir.”

tilerek girişimcilerin ve üçüncü şahısların buna aykırı davranışlarının önlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması ile görevli ve yükümlü kılınmıştır¹⁰.

bb. Girişimci

Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan girişimci ise hem kanunda hem de kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Buna göre girişimci, Teknoloji Geliştirme Bölgesi'ndeki hizmet ve imkânlardan yararlanmak isteyen veya yararlanmakta olan gerçek ya da tüzel kişilerdir¹¹.

b. Yönetici Şirket'in Bina Yapılması Amacıyla Girişimciye Arazi Tahsis Etmesi ile Binayı Teslim ve Kullandırması

aa. Bina Yapılması Amacıyla Girişimciye Arazi Tahsis Etme Borcu

Yönetici Şirket'in sözleşme kapsamındaki asli edim yükümlülüğü; ar-ge tesisi, laboratuvar, ar-ge ve tasarıma dayalı ofis, üretim ve atölye alanı olarak kullanılacak binanın inşa edileceği arazinin girişimciye tahsis edilmesidir. Yönetici Şirket, mülkiyeti kamuya ait bir araziye ve/veya arazi üzerine yapılmış binanın tahsisini girişimciye borçlanmaktadır. Söz konusu arazi üzerindeki tasarruf hakkı, Yönetici Şirket'in sermaye çoğunluğuna sahip kamu ortağı tarafından Teknoloji Geliştirme Bölgesi'nin kurulması amacıyla taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile Yönetici Şirket'e devredilmektedir. Bunun karşılığında, girişimcilerden tahsil edilen kira gelirinin belirli bir oranı Yönetici Şirket tarafından kamu ortağına ödemektedir¹².

Sözleşme kapsamında Yönetici Şirket'in ana borcu girişimciye arazinin tahsisini sağlamakla birlikte, diğer bir borcu ise binanın yapımının tamamlanıp kendisine tesliminden sonra binanın ayıplı olup olmadığını muayene etme ve herhangi bir ayıpla karşılaşılmaması duru-

¹⁰ Bkz. m. 5/f. 6.

¹¹ Bkz. 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu m. 3/(f), Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği m. 3/(n).

¹² Bu uygulama, Teknoloji Geliştirme Bölgesindeki tüm kiralamalar bakımından geçerlidir. Zira tahsis edilen kamu arazisinin bir tür karşılığı olarak Yönetici Şirket'in kamu ortağına ödenmektedir.

munda bunun girişimciye ihbar edilmesidir. Ayıpsız olarak binanın teslim edilmesi, Yönetici Şirket'in sözleşme kapsamındaki haklarından birisini oluşturmaktadır¹³. Dolayısıyla Yönetici Şirket, binanın girişimcinin bizzat kendisi veya yönetimi altında özen gösterilerek sözleşmeye uygun bir şekilde süresinde tesliminin talep etme hakkına sahiptir¹⁴. Girişimci, Yönetici Şirket'in bu şekildeki haklarının karşılığını oluşturan yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, Yönetici Şirket'in bir takım diğer hakları gündeme gelecektir. Yönetici Şirket, sözleşmeyi feshedebileceği¹⁵ gibi binadaki ayıpların giderilmesini isteme¹⁶ ya da ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini taleplerinde bulunma haklarına sahiptir¹⁷.

bb. Binayı Teslim ve Kullanırma Borcu

Girişimci, binanın inşaatını tamamlayıp Yönetici Şirket'te teslim ettikten sonra ikinci dönem olarak belirlenen “*amorti süresi*” içinde rayiç bedeli yansıtmayan bir kullanım bedeli ile ortak giderlere katılım payı karşılığında binayı kullanma hakkına sahiptir. Söz konusu kullanım bedeli, kanaatimizce TBK m. 299'da tanımlanan kira sözleşmesindeki¹⁸ kiracının ödemeyi üstlendiği kira bedeli borcudur. Bunun karşılığında Yönetici Şirket, amorti süresi boyunca binayı kullanması

¹³ Girişimcinin ayıba karşı tekeffül borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. **TANDOĞAN, Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 1989 yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 160 vd.

¹⁴ Girişimcinin işe zamanında başlama ve devam etme borcu ile teslim borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. **YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, s. 1041; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 112 vd. ile 124 vd.

¹⁵ Yönetici Şirket'in fesih hakkını kullanması ve sonuçları hakkında bkz. **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 287 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1058 vd.

¹⁶ Girişimcinin ayıba karşı tekeffül borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1024 vd.; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 160 vd.

¹⁷ Ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini talebi hakkında geniş açıklamalar için bkz. **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 204 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1031.

¹⁸ Kira sözleşmesinin tanımı için bkz. **ACAR, Faruk**, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-m.326), Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 64; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 371.

için girişimciye teslim etmektedir¹⁹. Bu çerçevede Yönetici Şirket'in sözleşme kapsamındaki en önemli borcu²⁰, binanın kullanımını girişimciye bırakmak dolayısıyla binayı girişimciye teslim etmektir²¹. Nitekim TBK m. 301'e göre Yönetici Şirket, binayı kararlaştırılan tarihte ve sözleşmede belirlenen amaca uygun bir şekilde binayı girişimciye teslim etmekle yükümlüdür²². Ayrıca, sözleşme süresince de binayı bu halde bulundurmakla yükümlüdür²³. Bir başka ifadeyle Yönetici Şirket, binayı sözleşmede kararlaştırılan tarihte teslim etme yükümlülüğü yanında TBK m. 301'e göre sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir şekilde yani sözleşmeye uygun şekilde teslim etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde binanın ayıplı teslimi gündeme gelecek ve ayıplı ifa söz konusu olacaktır²⁴. Dolayısıyla Yönetici Şirket, gereği gibi borcunu ifa etmiş sayılmayacaktır. Yönetici Şirket'in bu durumu, TBK m. 304/f.1 uyarınca borçlunun temerrüdü olarak da değerlendirilebilecektir²⁵. Böyle bir durumda, girişimcinin kira ödeme borcu doğmayacaktır²⁶.

Yönetici Şirket'in binayı kararlaştırılan tarihte girişimciye teslim etmesi öncelikli ifa borcudur. Buna aykırı davrandığı takdirde TBK m. 97'de düzenlenen ödemelik def'isi nedeniyle girişimciden kira bedeli talep edemeyeceği gibi teslim borcunu zamanında yerine getirmediği için TBK m. 123-126 uyarınca temerrüd hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Bu çerçevede Yönetici Şirket'in temerrüd hükümleri nedeniyle girişimcinin uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için öncelikle te-

¹⁹ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 309; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 376.

²⁰ Yönetici Şirket'in diğer borçları hakkında geniş açıklamalar için bkz. **EREN**, Özel Hükümler, s. 327 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 394 vd.; **ACAR**, s. 143 vd.

²¹ Yönetici Şirket'in teslim borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 394-395; **ACAR**, s. 121 vd. ile 127 vd.

²² **ACAR**, s. 123 ve 128.

²³ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 395; Yönetici Şirket'in "Bulundurma Borcu" ile "Teslim ve Bulundurma Borcunun Özellikleri" hakkında geniş açıklamalar için bkz. **ACAR**, s. 130 vd. ile 132 vd.

²⁴ **EREN**, Özel Hükümler, s. 326; Yönetici Şirket'in ayıptan sorumluluğu hakkında geniş açıklamalar için bkz. **EREN**, Özel Hükümler, s. 329 vd.

²⁵ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 395.

²⁶ **ACAR**, s. 127.

merrüdün şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Daha sonra Yönetici Şirket'in kusursuzluğunu ispat edememiş ve girişimci tarafından kendisine ek süre verilmiş olması gerekir. Verilen ek süre içerisinde Yönetici Şirket teslim borcunu yerine getirmediği takdirde girişimci, her zaman binanın teslimini ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın kaybını Yönetici Şirket'ten isteyebilecektir. Ayrıca kira sözleşmesini feshederek, süresinden önce sona erdiği için TBK m. 126 uyarınca uğradığı zararların tazminini de talep edebilecektir. Ancak temerrüd nedeniyle doğan zararların tazmininde Yönetici Şirket'in kusurlu olması ve bu bağlamda söz konusu zararların doğmasında kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat edememiş olması gerekir. Sözleşmenin feshi halinde meydana gelen zarar müspet zarardır²⁷.

Yönetici Şirket, bina teslim borcunu hiç yerine getirmediği takdirde girişimci TBK m. 117 hükümlerine başvurabilecektir. Teslim borcunun zamanında yerine getirilmemesi halinde ise TBK m. 112'ye dayanarak tazminat isteyebilecektir²⁸.

Binanın Yönetici Şirket'in kusuru nedeniyle teslimi imkânsız hale gelmesi durumunda da Yönetici Şirket TBK m. 112 vd. hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Buna karşılık bina tesliminin imkansızlığı Yönetici Şirket'e yükletilemeyen bir sebepten ortaya çıkması durumunda, Yönetici Şirket sonraki imkansızlık nedeniyle teslim borcundan kurtulacaktır. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşme sona erecek ve Yönetici Şirket tazminatla sorumlu tutulamayacaktır²⁹.

c. Girişimcinin Tahsis Edilen Arazide Bina Yapma ve Teslim Borcu (İnşaat Yapma Borcu) ile Tahsis Amacına Uygun Olarak Kullanım Bedeli Karşılığında Binayı Kullanma Borcu

aa. Tahsis Edilen Arazide Bina Yapma (İnşaat Etme) ve Teslim Borcu

Yönetici Şirket ile girişimci arasında yapılan arazi tahsis sözleşmesinde, daha önce de belirtildiği üzere tahsis süresi iki farklı döne-

²⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 325-326.

²⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 395.

²⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 326.

mi kapsamaktadır. İnşaat süresinin belirlendiği ilk dönemde girişimci, kendisine tahsis edilen arazi üzerinde ar-ge tesisi, laboratuvar, ar-ge ve tasarıma dayalı ofis, üretim ve atölye alanı olarak kullanacağı binanın yapımını (inşasını) borçlanmaktadır. Bu çerçevede girişimcinin bu dönemde iki temel borcu söz konusudur³⁰. Bunlardan ilki, mevzuatta belirlenen amaçlar doğrultusunda faaliyet göstereceği binanın yapımı borcudur³¹. İkincisi ise inşası tamamlanan binanın Yönetici Şirket'e teslimi borcudur³². Bu iki ana borçtan doğan ve bunların sözleşmeye uygun şekilde ifasını sağlamak amacıyla gerek Türk Borçlar Kanunu'nda³³ düzenlenen gerekse işin mahiyetinden doğan bir takım yan borçları da söz konusudur. Bunlar; binanın sözleşmeye uygun olarak inşası, işin sadakat ve özenle yapılması³⁴, bizzat yapması gereken borçlar varsa bunları yapması³⁵, araç ve gereçler ile malzemeye ilişkin borçlar³⁶, işe zamanında başlama ve devam etme borcu ile genel ihbar yükümlülüğüdür³⁷. Teslim borcuna bağlı olarak ortaya çıkan temel borcu ise ayıba karşı tekeffül borcudur³⁸.

³⁰ Girişimcinin sözleşmeden ve TBK'dan doğan borçları hakkında geniş açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 48 vd.

³¹ ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2017, S. 490; EREN, Özel Hükümler, s. 607; Bu husus, TBK m. 470 de "Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği..." ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır.

³² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 496; Teslim borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 124 vd.

³³ RG. T. 4.2.2011, S. 27836; Söz konusu kanun bundan sonra metin içerisinde "TBK" şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

³⁴ Girişimcinin binayı sadakat ve özenle yapması hakkında geniş açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1000 vd.; TANDOĞAN, Cilt II, s. 48 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 524 vd.

³⁵ Girişimcinin binayı kendisinin yapması ya da kendi yönetimi altında yaptırmak borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 70 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1007 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 536 vd.

³⁶ Geniş açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 101 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542 vd.

³⁷ Girişimcinin genel ihbar yükümlülüğü hakkında geniş açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1017 vd.; TANDOĞAN, Cilt II, s. 111 vd.

³⁸ TANDOĞAN, Cilt II, s. 48 vd.; Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, s. 153 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1024 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 551 vd..

Girişimci, binanın yapımını tamamlayarak Yönetici Şirket'e teslim etmekle borcunda kurtulacaktır. Binanın tesliminin bir takım önemli sonuçları vardır. Teslimle birlikte ücret alacağı muaccel hale gelebileceği gibi ayıptan sorumluluk ve zamanaşımı süreleri işlemeye başlayacaktır. Nitekim ayıp ihbarı da ancak teslimden sonra gerçekleşebilecektir³⁹.

Teslim zamanı gelmesine rağmen binayı tamamlamayan ya da tamamladığı halde binayı teslim etmeyen girişimci, temerrüde düşecektir. Bunun için girişimcinin kusuru şart değildir. Temerrüde ilgili olarak kanunda özel bir hüküm olmadığı için genel olarak borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117-119 ve karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 123-125 hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴⁰. Binayı yapma borcuna aykırılık halinde ise TBK m. 473 hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Bu çerçevede, temerrüdün koşulları bakımından TBK m. 117 vd. hükümleri, eser sözleşmesinin teslim borcunun ifasında temerrüde düşme halinde de uygulanacaktır. Dolayısıyla gecikme nedeniyle meydana gelen zararı TBK m. 118 uyarınca girişimci karşılamakla yükümlüdür. Ayrıca beklenmedik halden de TBK m. 119 uyarınca sorumludur. Gecikme tazminatı, fiili zarar ve yoksun kalınan kârı kapsayacaktır. Yönetici Şirket, aynen ifadan vazgeçerek ifa yerine olumlu zararının tazminini talep edebilecektir. Ek sürenin TBK m. 124 uyarınca faydasız kalacağı haller dışında Yönetici Şirket, girişimciye uygun bir süre tanımalıdır. Yönetici Şirket, aynen ifadan eğer vazgeçip olumlu zararı talep ederse, bu durumda TBK m. 486 kıyasen uygulanmak suretiyle binanın kullanılması mümkün olan kısımlarını kabul ederek bunların bedelini ödemekle yükümlü olacaktır. Yönetici Şirket, girişimcinin ifa borcunda temerrüde düşmesi durumunda girişimciye ihtar çekerek, ek sürenin sonuçsuz kalması nedeniyle sözleşmeden döndüğünü bu nedenle menfi zararın tazminini talep edebilecektir. İhtar çekmeden ve ek süre vermeden sözleşmeden dönme yoluna başvuramayacaktır⁴¹.

³⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 513.

⁴⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1023.

⁴¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 520 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1023.

bb. Tahsis Amacına Uygun Olarak Kullanım Bedeli Karşılığında Binayı Kullanma Borcu

Girişimci, binanın alt yapı ve üst yapı inşaatını tamamlayıp kullanıma hazır hale getirdikten sonra söz konusu binayı Yönetici Şirket'e teslim etmekle yükümlüdür⁴². Taraflar arasındaki sözleşmede “*amorti süresi*” olarak belirlenen ikinci dönemde ise rayiç bedeli yansıtmayan (düşük) kullanım bedeli ile ortak giderlere katılım payı karşılığında söz konusu binayı mevzuatta belirlenen amaçlar doğrultusunda kullanmak üzere borçlanmaktadır. Bu çerçevede, inşaat süresi boyunca girişimcinin temel yükümlülüğü, sözleşmede belirlenen sürede binanın TBK ve sözleşmeye uygun olarak inşa edilmesi ve Yönetici Şirket'e teslim edilmesidir. Amorti süresi boyunca temel yükümlülüğü ise rayiç bedeli yansıtmayan düşük bir kullanım bedeli ile ortak alanlara katılım payı karşılığında binanın kullanılmasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere kira bedelinin rayiç bedeli yansıtmayan düşük bir bedel olarak belirlenmesinin nedeni, amorti süresi boyunca binanın inşaat maliyetlerini karşılması düşüncesidir. Bir başka ifadeyle, binanın inşaat maliyetinin bu sürede karşılanması hedeflenmektedir. Ortak katılım gideri ise binanın amorti süresinin başlangıcından itibaren yani binanın kullanılması amacıyla girişimciye devrinden itibaren Yönetici Şirket'e ödenmektedir. Söz konusu gider, Yönetici Şirket tarafından sağlanan su, doğalgaz, merkezi ısıtma-soğutma, havalandırma, atık su, tamirat, bakım, çevre düzenlemesi, güvenlik, park alanları ve yolların temizliği, çöplerin atılması, ilaçlama ve genel sigortalama primleri gibi fakat bunlarla sınırlı olmayan masrafların karşılığı olarak sözleşmeye konu tahsis alanının toplam metrekaresine göre belirlenmektedir. Söz konusu gider borcu, kanaatimizce TBK m. 341/f.1'de düzenlenen bir borç mahiyetindedir⁴³.

Girişimcinin kullanım bedelini ödeme borcu, kanaatimizce TBK'da düzenlenen kira sözleşmesindeki kiracının borcu mahiyetindedir⁴⁴. Bu çerçevede amorti süresince girişimcinin en önemli borcu binanın kira bedelini ödemektir⁴⁵. Nitekim TBK m. 313'e göre “*Kira-*

⁴² Girişimcinin eseri teslim borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1020 vd.; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 513.

⁴³ Bkz. ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 307.

⁴⁴ Kiracının kira bedelini ifa borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 477 vd.; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 303 vd.

⁴⁵ Kira bedeli kavramı hakkında geniş açıklamalar için bkz. ACAR, s. 330 vd.

cı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür.” Bu borç, girişimcinin sözleşme kapsamındaki asli edim borçlarından bir diğerini oluşturmaktadır. Yönetici Şirket'in binanın kullanılmasını devretme borcunun karşılığını oluşturmaktadır. Zira sözleşme, tam iki tarafa borç yüklemektedir⁴⁶. Girişimci bu bedeli, para olarak ödeyecektir. Girişimcinin kira bedelini ödeme borcunun doğabilmesi için Yönetici Şirket'in binayı sözleşmeye uygun bir şekilde kullanabileceği şekilde ifa amacıyla girişimcinin fiili hâkimiyet alanına sunması gerekir. Nitekim TBK m. 324'e göre Yönetici Şirket, binayı kullanıma elverişli bir şekilde bulundurduğu sürece, girişimcinin kendisinden kaynaklanan bir sebeple bina kullanılmazsa ya da sınırlı olarak kullanılrsa bile girişimci kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Ancak bu durumda Yönetici Şirket'in yapmaktan kurtulduğu giderler kira bedelinden indirilecektir⁴⁷.

Girişimcinin kira bedeli ve yan gider ödeme borcunu (TBK m. 314) ifade temerrüde düştüğü durumlarda TBK m. 315 uygulama alanı bulacaktır⁴⁸. Buna göre Yönetici Şirket, girişimciye yazılı olarak süre verip⁴⁹, verilen süre içerisinde borcun ifa edilmemesi halinde sözleşmenin feshedileceğini bildirebilecektir⁵⁰. Söz konusu süre, girişimciye yazılı bildirim yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Kiralamanın konusu taşınmaz olduğu için en az on gündür⁵¹. Bu çerçevede girişimcinin temerrüde düşebilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, 1) Girişimcinin, kira bedeli ve yan gider borcu bulunmalıdır, 2) Girişimci, kira bedeli ile yan gider borcunu ifade gecikmeli ya da ifa etmemelidir, 3) Yönetici Şirket girişimciye yazılı bildirimde⁵² bulunmalıdır⁵³.

⁴⁶ ACAR, s. 331.

⁴⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 351.

⁴⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 353; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 505 ve 510.

⁴⁹ Yönetici Şirket'in süre tayini hakkında geniş açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 513.

⁵⁰ Söz konusu fesih hakkının olağanüstü fesih hakkı olduğu ve kira sözleşmesine özgü bir sona erme sebebi olduğu hakkında bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 506.

⁵¹ EREN. Özel Hükümler, s. 386.

⁵² Kanun'un düzenlediği bildirim basit bir bildirim değildir. İçerik olarak bir takım özellikler taşınmalıdır. Buna göre bildirimde; ifa talebi, süre ve fesih uyarısı yer almalıdır. Bildirimin içeriği hakkında geniş açıklamalar için bkz. ACAR, s. 357 vd.

⁵³ Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. ACAR, s. 376 vd.

Türk Borçla Kanunu m. 315'ye uygun bir şekilde gerekli koşulları içeren bildirim yapılarak süre tanınmasına rağmen girişimcinin bu süre zarfında kira gideri ile yan giderleri tamamen veya kısmen ifa etmemesi durumunda Yönetici Şirket sözleşmeyi feshedebilecektir. Fesih iradesi, TBK m. 315'te yapılan bildirimle birlikte yapılabileceği gibi ayrı bir şekilde de açıklanabilir. Sözleşmenin feshiyle birlikte girişimcinin binayı geri verme yükümlülüğü doğacaktır⁵⁴.

Yönetici Şirket'in fesih işlemiyle birlikte sözleşme, ileriye etkili (*ex nunc*) şekilde ortadan kalkacaktır. Bundan sonraki aşamada sözleşme tasfiye sürecine girecektir. Girişimcinin binayı teslim etmemesi halinde Yönetici Şirket tahliye davası dahi her türlü yasal yola başvurabilecektir⁵⁵.

Girişimci, TBK m. 325'e göre sözleşme süresine ve fesih dönemine uymadan binayı geri verdiği takdirde, sözleşmeden doğan borçları binanın makul bir süre için benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Eğer girişimci bu süre geçmeden önce Yönetici Şirket'ten kabulü beklenebilecek, ödeme gücü yerinde olan ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması durumunda, girişimcinin sözleşmeden doğan borçları sona erecektir. Bu durumda Yönetici Şirket, yapmaktan kurtulduğu giderler ile binayı başka şekilde kullanmakla elde ettiği ve elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür⁵⁶.

d. Tarafların Anlaşması

Sözleşme kural olarak herhangi bir geçerlilik şartına bağlı olmakla birlikte özellikle ispat kolaylığı sağlaması bakımından uygulamada yazılı şekilde yapılmaktadır.

İnşaat süresinin belirlendiği ilk dönemde girişimci, Yönetici Şirket'in tahsis ettiği arazi üzerinde bir bina inşa etmeyi yani bir eser

⁵⁴ ACAR, s. 381 ve 386; Girişimcinin binayı geri verme yükümlülüğü hakkında geniş açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 526 vd.

⁵⁵ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 354; ACAR, s. 382.

⁵⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 351.

meydana getirip⁵⁷ Yönetici Şirket'e teslim etmeyi⁵⁸ borçlanmaktadır. Kanaatimizce, bu şekilde taraflar arasında bir “*eser sözleşmesi*” kurulmaktadır⁵⁹. Tarafların, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun irade beyanında bulunmasıyla sözleşme kurulmaktadır. Bu nedenle rızaî bir sözleşmedir⁶⁰. Zira sözleşme, tarafların yalnızca irade açıklamaları sonucu meydana gelmektedir⁶¹. Söz konusu sözleşme, borçlandırıcı bir sözleşmedir. Zira tarafların borçlandıkları asli edimler sözleşmenin esaslı noktalarını meydana getirmektedir. Bu bağlamda Yönetici Şirket bina yapılması amacıyla girişimciye arazi tahsis etmektedir. Girişimci ise bunun karşılığında bina yapımını ve teslimini üstlenmektedir. Tarafların edimleri, birbirinin karşılığını oluşturduğundan aynı zamanda tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir⁶². Zira sözleşmenin ikinci dönemi için belirlenen amorti süresi boyunca binanın kullanım bedelinin rayiç kira bedelinin çok altında olması yani rayiç bedel ile sözleşmede belirlenen düşük bedel arasındaki fark, aslında Yönetici Şirket'in sözleşme kapsamında girişimciye ödemekle yükümlü olduğu ücretin bir karşılığını oluşturmaktadır⁶³. Sözleşme aynı zamanda ani edimlidir. Fakat bazı hallerde uzun süreli bir sözleşmedir. Borçlanılan binanın yapımı, bazen uzun süre olsa da bu durum sözleşmenin ani edimli olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır⁶⁴.

Amorti süresinin belirlendiği ikinci dönemde ise taraflar arasındaki borç ilişkisi, kanaatimizce “*kira sözleşmesi*” mahiyetindedir. Zira Yönetici Şirket ile girişimci, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmaktadır. Yönetici Şirket, kiralanan binayı kullanmaya elverişli şekilde devir ve tahsis süresi boyunca da bu şekilde bulundurma borcunu

⁵⁷ Girişimcinin eseri meydana getirme borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 512.

⁵⁸ Girişimcinin eseri teslim borcu hakkında geniş açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1020 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 513.

⁵⁹ Eser sözleşmesinin tanımı için bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 489; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 984-985; Ayrıca Bkz. TBK m. 470.

⁶⁰ TANDOĞAN, Cilt II, s. 28-29.

⁶¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 53.

⁶² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 505; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 994.

⁶³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 994.

⁶⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 994; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 506-507; EREN, Özel Borç İlişkileri, s. 584 vd.;

yüklenmektedir. Girişimci ise bunun karşılığında belirli bir kullanım bedeli (kira) ödemektedir⁶⁵. Girişimci, ödemeyi borçlandığı bedel karşılığında belirli bir süre için binayı kullanma ve ondan yararlanma hakkına sahip olmaktadır. Yönetici Şirket ise bu süre zarfında rayiç bedeli yansıtmasa da girişimciden kullanım bedeli yani kira almaktadır⁶⁶. Bu nedenle taraflar arasında borçlandırıcı bir işlem söz konusudur. Yönetici Şirket, binanın kullanılmasını devretmektedir. Bunun karşılığında girişimci ise kira bedeli ödeme borcu altına girmektedir. Edimler birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşme söz konusudur⁶⁷. Tarafların, sözleşme kapsamındaki edimlerini birbiriyle değiştirme konusunda anlaşmalarıyla sözleşme kurulmaktadır. Bu nedenle rızâ bir sözleşmedir. Yönetici Şirket, tahsis süresi boyunca binayı, girişimcinin kullanımına uygun ve elverişli bir şekilde bulundurmakla yükümlüdür. Yönetici Şirket, bu borcunu tahsis süresi boyunca yerine getirmek zorunda olduğu için taraflar arasında sürekli borç doğuran bir hukuki ilişki söz konusudur⁶⁸.

C. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1. Türk Borçlar Kanunu'nda Sözleşmelerin Düzenlenmesi

a. İsimli Sözleşme - İsimsiz Sözleşme Ayırımı

Kanun Koyucu, bir takım sözleşmeleri Türk Borçlar Kanunu'nun⁶⁹ özel borç ilişkileri bölümünde bazılarını ise özel kanunlarda düzenlemiştir. Bu şekilde düzenlenen sözleşmelere "*isimli sözleşme*" denilmektedir⁷⁰. Bu tür sözleşmelerin isimli sözleşme olarak adlandırılmasının

⁶⁵ EREN, Özel Hükümler, s. 321-322.

⁶⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 309.

⁶⁷ ACAR, s. 331 ve 345.

⁶⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 311-313.

⁶⁹ RG. T. 4.2.2001, S. 27836; Söz konusu kanun, metin içerisinde bundan sonra "TBK" şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

⁷⁰ EREN, **Fikret**, "İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 85; EREN, Özel Hükümler, s. 17 ve 933; OKTAY, **Saibe**, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Doldurulması", İHFM, C. LV (1996), s. 263; ANTALYA, **Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2016, s. 79; ARAL, **Fahrettin**/AYRAN-

nedeni, unsurları ile bunların bir araya geliş tarzının kanunda açıkça düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁷¹. Bu çerçevede, bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için Kanun Koyucu tarafından sözleşmeden sadece bahsedilmesi yeterli değildir. Sözleşmenin asli edim ve esaslı unsurlarının (*Essentialia negotii*)⁷² da kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir⁷³. Öğretide bu tür sözleşmelere, “*yasal tipik sözleşmeler*” de denilmektedir⁷⁴.

Bir takım sözleşmeler ise ne TBK’da ne de özel bir kanunda düzenlenmiştir⁷⁵. Bu tür sözleşmelere ise “*isimsiz sözleşme*” denilmektedir⁷⁶. İsimli sözleşmelerin unsurları ve bunların bir araya geliş tarzı ne Borçlar Kanunu ne de başka özel bir kanunda düzenlenmiştir⁷⁷. Dolayısıyla isimsiz sözleşmeleri, isimli sözleşmelerden ayıran temel fark, bunlarla ilgili kanuni bir düzenlemenin olmamasıdır⁷⁸. Söz konusu sözleşmeler kanun koyucu’nun iradesi sonucu değil tarafların iradesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim kişiler, TBK m. 26’nın tanıdığı sözleşme özgürlüğü⁷⁹ çerçevesinde kanunda düzenlenmiş sözleşmeler dışında bir

CI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2015, s. 53.

- ⁷¹ **KUNTALP, Erden**, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2013, s. 3; **PAPP, Tekla**, New trends of atypical contracts in Hungary, Acta Juridica Hungarica 52, No 2, pp. 171–182 (2011), s. 174.
- ⁷² “*Essentialia negotii*” kavramı hakkında geniş açıklamalar için bkz. **OKTAY**, s. 264-265.
- ⁷³ **KUNTALP**, s. 4; **EREN**, Özel Hükümler, s. 934; **OKTAY**, s. 264-265; **GÜMÜŞ**, s. 4; **YÜCER AKTÜRK**, s. 36.
- ⁷⁴ Bkz. **EREN**, İsimli Sözleşme, s. 85.
- ⁷⁵ Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. **ANTALYA**, s. 82.
- ⁷⁶ **ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2015, s. 53; **EREN**, Özel Hükümler, s. 933; **EREN**, İsimli Sözleşmeler, 85; **OKTAY**, s. 263; **ANTALYA**, s. 215.
- ⁷⁷ **PAPP**, s. 173; **KUNTALP**, s. 3.
- ⁷⁸ **KUNTALP**, s. 6.
- ⁷⁹ Sözleşme Özgürlüğü ve kapsamı hakkında geniş açıklamalar için bkz. **GREINER, Stefan**, Schuldrecht Besonderer Teil- Vertragliche Schuldverhältnisse, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011, s. 243; **TANDOĞAN, Halûk**, Borçlar Hukuku Öze Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci

takım başka sözleşmeler de yapabilme imkânına sahiptir⁸⁰. Söz konusu düzenlemeye göre taraflar, yapacakları sözleşmenin içeriğini kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde⁸¹ serbestçe belirleme hakkına sahiptir⁸². Kanunun öngördüğü sınırlar ise yapılacak sözleşmenin; emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka, kişilik haklarına aykırı olmaması ve konusunun imkânsız olmamasıdır⁸³. Bu çerçevede kalmak şartıyla kişiler, kanunda düzenlenmiş olan sözleşme türlerinden farklı sözleşmeler de yapabilme imkânına sahiptir. Koşullarını sadece kendilerinin belirlediği, o zamana kadar hiç duyulmamış bir sözleşme yapabilecekleri gibi başkaları tarafından daha önce yapılmış bir sözleşmenin benzerini de yapabilirler. Sözleşmenin bütün koşulları yeni olabileceği gibi kanunda düzenlenmiş sözleşme türlerinin unsurları bir araya getirilmek suretiyle meydana getirilen yeni bir sözleşme türü de olabilir⁸⁴. Bunun dışında taraflar, kanunda düzenlenmiş birkaç sözleşme tipini birleştirmek suretiyle bunlardan meydana gelen bileşik bir sözleşme de yapabilirler. Zira sözleşme özgürlüğü bu imkânı da taraflara tanımakta-

Bası, İstanbul 1988, s. 9-13; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 14 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 7 vd.; EREN, Özel Hükümler, s. 18 vd.; EREN, İsimli Sözleşme, s. 87 vd.

⁸⁰ REICH, Dietmar O./SCHMITZ, Peter, Einführung in das Bürgerliche Recht, 3., aktualisierte und erweiterte Auflage, Wiesbaden 2000, s. 177-178; EREN, İsimli Sözleşme, s. 86-87; ARAL/AYRANCI, s. 53; KUNTALP, s. 2-3; YÜCER AKTÜRK, İpek, İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 30 ve 33.

⁸¹ Bkz. TBK m. 27; Alman Hukuku bakımından bkz. BGB § 134, § 138 veya § 242, GREINER, s. 243.

⁸² MUGELE, Karl, Vertragsrecht, Wiesbaden 1961, s. 49; REICH, O./SCHMITZ, s. 178; TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nev'ileri), II. Cild, İstanbul 1967, s. 5; EREN, Özel Hükümler, s. 936; EREN, İsimli Sözleşme, s. 90; ATAMER, Yeşim M., "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Düşünceler", İÜHFİM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 172; ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27", İÜHFİM C. LXXIV S. 2, 2016, s. 711; YÜCER AKTÜRK, s. 30.

⁸³ OKTAY, s. 268-270; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 6-7; ÖZER, Fatma Dilek, s. 72; Sözleşme özgürlüğü ve isimli sözleşme özgürlüğünün sınırları hakkında geniş açıklamalar için bkz. OKTAY, s. 268 vd. ile 270 vd.; YÜCER AKTÜRK, s. 31; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 723 vd.

⁸⁴ ARAL/AYRANCI, s. 54.

dır⁸⁵. Dolayısıyla kişiler, kanunda düzenlenen çeşitli sözleşmelere ilişkin farklı unsurları bir araya getirmek suretiyle yeni bir sözleşme yapabilecekleri gibi kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarına tamamen yabancı, kendi öğelerinden meydana gelen sözleşmeler de yapabilirler⁸⁶. Sözleşmeye tipini veren unsurlar TBK'nın özel hükümlerinde ve diğer kanunlarda özel ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediği için bu şekilde yapılan sözleşmeler, “*isimsiz (adsız) ya da atıptik sözleşmeler*” olarak adlandırılmaktadır⁸⁷. Söz konusu sözleşmelerin bu şekilde adlandırılmasının nedeni, kanun koyucu tarafından bunlara bir isim verilmesinden kaynaklanmaktadır. Oysa bu tür sözleşmelerin uygulamada birer ismi (*factoring, franchising, pansiyon v.s.*) bulunmaktadır⁸⁸.

aa. İsimsiz Sözleşmelerin Çeşitleri

Öğretide ve içtihatlarda isimsiz sözleşmeler; “*kendine özgü (sui-generis) sözleşmeler*”, “*karma sözleşmeler*” ve “*bileşik (mürekkep) sözleşmeler*”⁸⁹ şeklinde ayırmalara tabi tutulmakta, bu konuda neredeyse görüş birliği bulunmaktadır⁹⁰. Bunların dışında, “*eksik sözleşmeler*” de

⁸⁵ İsimsiz sözleşmelerin geçerlilik nedeninin sözleşme özgürlüğü olduğu hakkında bkz. OKTAY, s. 267 vd.

⁸⁶ REICH, O./SCHMITZ, s. 178; TANDOĞAN, s. 7.

⁸⁷ GREINER, s.245; PAPP, s.173; TUNÇOMAĞ, s. 5; EREN, Özel Hükümler, s. 934; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 22-23; ANTALYA, s. 215; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, İstanbul 2012, s. 4; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 10-11; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2017, s. 25.

⁸⁸ REICH, O./SCHMITZ, s. 177-178; PAPP, s. 173; EREN, Özel Hükümler, s. 934-935; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 26; YÜCER AKTÜRK, s. 33-34; Çeşitli isimsiz sözleşmeler hakkında geniş açıklamalar için bkz. GREINER, s.245 vd.

⁸⁹ İsimsiz sözleşmelerde uygulanacak hukuk bakımından bir problem olmadığından bunların isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesin tereddüt doğurduğu hakkında bkz. ARAL/AYRANCI, s. 56; Öğretide EREN, Bileşik sözleşmelerin isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 938.

⁹⁰ ANTALYA, s. 215; ARAL/AYRANCI, s. 56; OKTAY, s. 272; İsimsiz sözleşmelerin çeşitli ayırımları hakkında bkz. EREN, İsimsiz Sözleşme, s. 90-91; İsimsiz sözleşmelerin türleri hakkında öğretideki görüşler için bkz. YÜCER AKTÜRK, s. 41; Öğretide isimsiz sözleşmelerin alt kategorileri, karma ve kendine özgü söz-

bir kısım yazarlar tarafından isimsiz sözleşmelerin bir türü olarak öğretilmektedir⁹¹.

aaa. Kendine Özgü (sui-generis) Sözleşmeler

İsimsiz sözleşmelerin bu türü, kendilerine özgü öğelerden meydana gelmektedir. Bu nedenle kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelere ilişkin unsurları bütün ya da bölüm olarak içermezler⁹². Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi meydana getiren unsurlar, kısmen ya da tamamen kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinde bulunmamaktadır⁹³. Taraflar, tamamen kendilerinin öngördüğü yeni unsurları bir araya getirmek suretiyle yeni bir sözleşme meydana getirmektedir⁹⁴. Bu nedenle tamamen yeni bir oluşumu yansıtan sözleşmelerdir. Sözleşmenin unsurları, karma sözleşmelerde olduğu gibi özgün bir bağlılık içerisinde birbirine bağlıdır. Ancak içerdiği özgün unsur ya da unsurlar nedeniyle karma sözleşmeden ayrılmaktadır⁹⁵.

İsimsiz sözleşmelerin bu türü, tamamen uygulamanın ihtiyaçları sonucunda ortaya çıkmıştır. Kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını taşımadıkları için uyumsuzluk halinde uygulanacak hükümler ile sözleşmedeki boşlukların tamamlanması, bu sözleşmeler bakımından temel sorunu oluşturmaktadır⁹⁶. Bu sözleşmeler, dürüstlük kuralına ve

leşmeler şeklinde ikiye ayrılarak da incelenmektedir. Bkz. KUNTALP, s. 13; YÜCER AKTÜRK, s. 13.

⁹¹ Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 22; YÜCER AKTÜRK, s. 47.

⁹² BELOW, Karl-Heinz, Bürgerliches Recht-Schuldrecht, Besonderer Teil, Wiesbaden 1978, s.193; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 29; EREN, İsimsiz Sözleşme, s. 99; EREN, Özel Hükümler, s. 949; OKTAY, s. 275; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 12; ARAL/AYRANCI, s. 56; YÜCER AKTÜRK, s. 51; KUNTALP, s. 14; Kendine özgü isimsiz sözleşmeler hakkında geniş açıklamalar için bkz. YÜCER AKTÜRK, s. 52-53.

⁹³ WIRTH, Axel/FALK, Würfel/BROOCKS, Stefan, Rechtsgrundlagen des Architekten und Ingenieurs Vertragsrecht — Haftungsrecht — Vergütungsrecht, 1. Auflage, Wiesbaden 2004, s. 42; TANDOĞAN, s. 13; ANTALYA, s. 217; GÜMÜŞ, s. 10-11; Kendisine özgü (Sui Generis) sözleşmeler hakkında öğretilen tartışmalar için bkz. GÜMÜŞ, s. 10 vd.

⁹⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 949.

⁹⁵ GÜMÜŞ, s. 10-11.

⁹⁶ OKTAY, s. 275; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 12; EREN, İsimsiz Sözleşme, s. 99; Söz konusu sözleşmelere uygulanacak hükümler hakkında geniş açıklamalar

işlerde yaygın olan teamüllere uygun olarak yorumlanarak tamamlanır. Sözleşmenin niteliği elverdiği ölçüde benzedikleri sözleşme tipine uygun kanun hükümleri kıyas yoluyla da uygulanır. Sözleşmeyle ilgi karşılaşılan sorunlarda gerektiğinde TBK hükümlerinden de yararlanılır. Ancak bu tür sözleşmelerden doğan sorunlarda özellikle mahkeme içtihatları ile tespit edilmiş âdet hukukunda çözümler yer almaktadır⁹⁷. Karşılaşılan sorunlarda âdet hukukunda bir çözüm bulunmadığı takdirde, Türk Medeni Kanunu⁹⁸ m. 1 uyarınca hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacaksa ona göre hareket edip bir çözüm oluşturacaktır⁹⁹.

bbb. Karma Sözleşmeler

Karma sözleşme¹⁰⁰; kanunlarda düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin öğelerin, kanunda öngörülmeyle şekilde bir araya getirilmesi sonucu oluşturulan sözleşmelerdir¹⁰¹. Bu tür isimli sözleşmeler, farklı sözleşmelere ilişkin öğeleri bünyelerinde taşıya da öğelerini taşıdıkları bu sözleşmelerden bağımsız bir sözleşme niteliğindedir¹⁰². Bu çerçevede, bir karma sözleşmeden söz edilebilmesi için çeşitli sözleş-

için bkz. GREINER, s.245; EREN, İsimli Sözleşme, s. 100; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 29; OKTAY, s. 275 vd.

⁹⁷ Örneğin, sulh sözleşmesi, satış için bırakma ve garanti sözleşmeleri hakkındaki bir çok kural bu şekilde mahkeme içtihatları ile belirlenmiştir, TANDOĞAN, s. 13; Garanti sözleşmesi ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. BELOW, s. 193 vd.

⁹⁸ RG. T. 08.12.2001, S. 24607.

⁹⁹ TANDOĞAN, s. 13; EREN, Özel Hükümler, s. 951; Alman Hukuku'ndaki uygulama ve konuyla ilgili Federal Mahkeme kararı için bkz. WIRTH/FALK / BROOCKS, s. 42.

¹⁰⁰ Karma sözleşme hakkında öğretilerdeki tartışmalar için bkz. GÜMÜŞ, s. 8.

¹⁰¹ KUNTALP, s. 15-16; TANDOĞAN, s. 69; EREN, Özel Hükümler, s. 939; EREN, İsimli Sözleşme, s. 91; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 25; OKTAY, s. 273; ANTALYA, s. 216; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 40; YÜCER AKTÜRK, s. 42.

¹⁰² PAPP, s.173; EREN, Özel Hükümler, s. 939; OKTAY, s. 275; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 18; ARAL/AYRANCI, s. 57; Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler hakkında geniş açıklamalar için bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 945 vd.; EREN, İsimli Sözleşme, s. 96 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 28 vd.; OKTAY, s. 275 vd.; ANTALYA, s. 216; Alman Hukuku'nda karma sözleşme çeşitleri ve uygulanacak hukuk hakkında geniş açıklamalar için bkz. GREINER, s. 243 vd.

melere ait unsurlar kaynaşmış ve karışmış olmalıdır¹⁰³. Bunun neticesinde ortaya çıkan sözleşmenin kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden birisine uymaması gerekir¹⁰⁴. Bu nedenle söz konusu sözleşme, bir bütün olarak değerlendirildiğinde kanunda düzenlenen sözleşmelerin hiçbirine uymamaktadır. Kendisinden doğan edimler bakımından değerlendirildiğinde ise kanunda düzenlenen bir sözleşmenin karakterini göstermektedir¹⁰⁵.

Karma sözleşmeler, değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁶. Bunlardan ilki, “*çift mahiyetli ya da çifte tipli karma sözleşmeler*”¹⁰⁷dir. Bu tür karma sözleşmelerde, taraflardan her birinin edimi ya da edimleri kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerine aittir. Söz konusu edimler karşılıklı değiştirilmektedir¹⁰⁸. Taraflar, kanunda düzenlenmiş farklı isimli sözleşmelere ait asli edimleri karşılıklı olarak üstlenerek yeni bir sözleşme meydana getirmektedir¹⁰⁹. Tarafların edimleri, edim karşı edim ilişkisi içerisinde birbiriyle değiştirilmektedir. Bu nedenle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler niteliğindedir¹¹⁰.

¹⁰³ REICH O./SCHMITZ, s. 177; GREINER, s. 243; EREN, İsimli Sözleşme, s. 91; Karma sözleşmenin tanımı, unsurları ve şekli hakkında ileri sürülen geniş açıklamalar için bkz. KUNTALP, s. 37 vd.; YÜCER AKTÜRK, s. 43.

¹⁰⁴ OKTAY, s. 274.

¹⁰⁵ KUNTALP, s. 16.

¹⁰⁶ BELOW, s.191; ANTALYA, s. 216.

¹⁰⁷ Öğretide TUNÇOMAĞ, söz konusu sözleşmeleri “*iki tipli sözleşme (melez sözleşme)*” şeklinde adlandırmaktadır. Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 11.

¹⁰⁸ TUNÇOMAĞ, s. 11; TANDOĞAN, s. 69; EREN, Özel Hükümler, s. 941; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 27; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 18; ARAL/AYRANCI, s. 58; OKTAY, s. 274; GÜMÜŞ, s. 9; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 41; Örneğin, kapıcı sözleşmesinde, taşınmaz malın bir kısmının kullanılmasının devrinde kira sözleşmesine ait unsur bulunmaktadır. Buna karşılık kapıcının merdivenleri temizlemesi, kaloriferleri yakması hizmet sözleşmesine ait unsurları taşımaktadır. Bkz. TANDOĞAN, s. 69; BELOW, s. 192.

¹⁰⁹ GREINER, s.244; EREN, İsimli Sözleşme, s. 92; YÜCER AKTÜRK, s. 49; Karma sözleşmenin iki özelliği hakkında geniş açıklamalar için bkz. KUNTALP, s. 21 vd.

¹¹⁰ EREN, İsimli Sözleşme, s. 92.

İkincisi, “*bileşik (kombine) tipli karma sözleşmeler*”dir¹¹¹. Bu tür karma sözleşmelerde, taraflardan biri kanunda düzenlenmiş bulunan iki veya daha fazla sözleşmeye ait birden fazla asli edimi bir araya getirerek üstlenmekte, diğer taraf ise genellikle para ödeme şeklinde tek bir edimi üstlenmektedir¹¹². Bir başka ifadeyle, taraflardan biri isimli sözleşme tiplerine ait birden fazla edim yükümlülüğünü borçlandığı halde diğer taraf genellikle bedel ödeme borcu şeklinde tek bir edim yüklenmektedir¹¹³.

Üçüncüsü, çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların birbirine karışarak meydana getirilen karma sözleşmelerdir¹¹⁴. Bu tür karma sözleşmelerde taraflardan birisinin edimi, farklı sözleşme tiplerine ait unsurları bünyesinde ayrılmaz bir şekilde kaynaştırmak suretiyle ivaz oluşturmaktadır¹¹⁵. Bir başka ifadeyle, kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar birbirine eklenerek karma bir sözleşme meydana getirilmektedir¹¹⁶. Bu tür sözleşmelere öğretilde, “*Eklemli karma sözleşme*”¹¹⁷ ya da “*kaynaşık sözleşme*”¹¹⁸ de denilmektedir¹¹⁹.

¹¹¹ Öğretilde TUNÇOMAĞ, söz konusu sözleşmeyi “*ikiz sözleşme (tiplerin birleştirilmesi sözleşmesi)*” başlığı altında incelemektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 10; EREN ise “*Bileşik (kombine) tipli karma sözleşme*” başlığı altında incelemektedir. Bkz. EREN, İsimli Sözleşme, s. 94.

¹¹² BELOW, s.191; TUNÇOMAĞ, s. 10; EREN, Özel Hükümler, s. 942-943; EREN, İsimli Sözleşme, s. 94; OKTAY, s. 274; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 27; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 19; ARAL/AYRANCI, s. 58; GÜMÜŞ, s. 8; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 41.

¹¹³ EREN, İsimli Sözleşme, s. 94; YÜCER AKTÜRK, s. 48; Çeşitli örnekler için bkz. BELOW, s. 191-192.

¹¹⁴ TANDOĞAN, s. 72; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 20; OKTAY, s. 274; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 27; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 42; Örneğin, Karma bağışlamalarda, bir şey kısmen başka bir edim karşılığı kısmen de bağışlama kasıtlı karşılıksız olarak temlik edilmektedir. Bkz. TANDOĞAN, Cilt: I/1, s. 72; EREN, Özel Hükümler, s. 944.

¹¹⁵ GREINER, s.244-245; BELOW, s. 192; GÜMÜŞ, s. 9-10.

¹¹⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 944.

¹¹⁷ Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 944; EREN, İsimli Sözleşme, s. 95; YÜCER AKTÜRK, s. 50.

¹¹⁸ GÜMÜŞ, s. 9-10.

¹¹⁹ EREN, İsimli Sözleşme, s. 95; YÜCER AKTÜRK, s. 50; Öğretilde GÜMÜŞ, söz konusu sözleşmeyi “*kaynaşık sözleşme*” şeklinde adlandırmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, s. 9.

Dördüncüsü ise kendilerine yabancı yan edimleri içeren yani yabancı unsur içeren sözleşmelerdir¹²⁰. Bu tür karma sözleşmelerde¹²¹ belli bir sözleşme tipine ilişkin edim asli edim olarak düzenlenmekte, bununla birlikte ona yabancı başka bir sözleşmeye ilişkin edim ise tâli edim olarak düzenlenmektedir¹²². Bir başka ifadeyle taraflar, kanunda düzenlenmiş isimli bir sözleşme kurmaktadır. Ancak taraflardan birisi başka bir isimli sözleşme tipine ait unsuru da yan edim olarak üstlenmektedir¹²³.

ccc. Bileşik Sözleşmeler

Hukuki nitelik ve vasıfları itibariyle kanunda düzenlenmiş olan birbirinden tamamen farklı çeşitli sözleşme tiplerinin unsurlarını değil de bu sözleşmelerin bütünüdür bir araya getirilmesi suretiyle yeni bir sözleşme oluşturulması durumunda bileşik sözleşme söz konusudur¹²⁴. Bileşik sözleşmenin temel özelliği, onu oluşturan sözleşmelerin kendilerine özgü vasıfları değişmeden tek bir amaç etrafında toplanıp birbirlerine bağlanmış olmasıdır. Yani tıpkı karşılıklı sözleşmelerde edim ve karşı edimin birbirine bağlı olması gibi bir durum söz konusudur. Bu şekilde ortak bir bağlılık yoksa ya da söz konusu bağlılık tek taraflı ise bileşik sözleşmeden söz edilemeyecektir¹²⁵. Bir başka ifadeyle, bu tür isimsiz sözleşmelerde sözleşmeyle bağlılıktan söz edilebilmesi için diğer sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması gerekir. Aksi takdirde sözleş-

¹²⁰ Öğretide TUNÇOMAĞ, bu tür sözleşmeleri “çeşitli tipleri bir arada toplamış sözleşme (dar anlamda karma sözleşme)” başlığı altında incelemektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 13.

¹²¹ Bu tür sözleşmelerin karma sözleşme olarak kabul edilmesinin tartışmalı olduğu hakkında bkz. TANDOĞAN, s. 73; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 28.

¹²² TANDOĞAN, Cilt: I/1, s. 73; ARAL/AYRANCI, s. 59; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 20; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 42; Örneğin, ısıtılması da ev sahibine ait olan bir dairenin kiralanması gibi. Bkz. TANDOĞAN, Cilt: I/1, s. 73.

¹²³ GÜMÜŞ, s. 10.

¹²⁴ PAPP, s. 173; OKTAY, s. 275; EREN, Özel Hükümler, s. 951-952; EREN, İsimsiz Sözleşme, s. 100; ARAL/AYRANCI, s. 60; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 21; ANTALYA, s. 215; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 42; YÜCER AKTÜRK, s. 38; Bileşik sözleşmelerin üç biçimde ortaya çıktığı hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, s. 9.

¹²⁵ TANDOĞAN, s. 76; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 23; ANTALYA, s. 215; GÜMÜŞ, s. 6-7; YÜCER AKTÜRK, s. 38-39.

melerden birisinin geçersiz olması, diğer sözleşmenin de kendiliğinden geçersiz olması sonucunu doğuracaktır¹²⁶. Dolayısıyla sözleşme kapsamındaki her bir sözleşme diğeri ile bağlantılı olmakla birlikte kendi bağımsızlığını korumaktadır. Sözleşmeden bir uyuşmazlık doğduğu takdirde, ilgili sözleşme tipine ilişkin kanun hükümleri uygulanarak çözüm bulunmaktadır¹²⁷.

ddd. Eksik Sözleşmeler

Eksik sözleşmeler de isimsiz sözleşmelerin bir türü olarak öğretide kabul edilmektedir. Kanunda düzenlenmiş bir sözleşmenin kanunda öngörülen bir ya da birkaç unsuruna yer verilmemesi durumunda eksik sözleşme söz konusudur¹²⁸. Bu bağlamda eksik sözleşme, sadece kanunda düzenlenen sözleşmeler bakımından söz konusu olmaktadır. Ancak kanunda düzenlenmiş bir sözleşmenin eksik sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için eksik unsuru bünyesinde barındıran başka bir sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş olması gerekir¹²⁹.

2. Arazi Tahsis Sözleşmesinin İsimsiz Sözleşmelerin Bir Türü Olan Çift Mahiyetli ya da Çift Tipli Karma Sözleşme Niteliğinde Olması

Yukarıda da ifade edildiği üzere Arazi Tahsis Sözleşmesi'nde girişimcinin iki temel yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bunlardan ilki; ar-ge tesisleri, mevzuatta belirlenen amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunmak üzere kullanacağı binanın inşasını sözleşmede belirlenen sürede tamamlayıp Yönetici Şirket'e teslim etmektir. İkincisi ise binanın inşaatının tamamlanmasından sonra binayı fiilen kullanmaya başladığı tarihten itibaren rayiç bedeli yansıtmayan

¹²⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 952; EREN, İsimsiz Sözleşme, s. 101; TANDOĞAN, s. 76; ARAL/AYRANCI, s. 60; Örneğin, bir tesisatçının tesisatını yaptığı evlerden birisinin kendisine satılacağını göz önüne alarak tesisatı yapması durumunda satış ve eser sözleşmelerinin kendilerine özgü vasıfları değişmeden tek bir amaç etrafında toplanmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, s. 77.

¹²⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 21; Bileşik sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralları hakkında geniş açıklamalar için bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 886-887.

¹²⁸ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 43; YÜCER AKTÜRK, s. 47.

¹²⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 22; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 44; Eksik sözleşmeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. YÜCER AKTÜRK, s. 47-48.

düşük bir kira bedeli¹³⁰ (örneğin, güncel kira bedelinin 1/20'si) ve ortak giderlere katılım payı karşılığında kullanmaktır¹³¹. Girişimcinin ilk yükümlülüğünü sözleşmede belirlenen “*inşaat süresi*” içerisinde yerine getirmektedir. Bu süre zarfında girişimcinin Yönetici Şirket'e karşı başka bir mali yükümlülüğü bulunmamaktadır. Girişimci, inşaat süresinin bitiminden önce binanın inşaatını tamamlayıp faaliyete başladığı takdirde, sözleşmede belirlenen inşaat süresinin dolmasına kadar kullanım bedeli ile katılım payını ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. İkinci yükümlülüğünü ise “*amorti süresi*” içerisinde yerine getirmesi gerekir¹³². Amorti süresince girişimcinin temel yükümlülüğü, rayiç bedeli yansıtmayan kullanım bedeli ile ortak giderlere katılım payını Yönetici Şirket'e ödemektir.

Girişimci, inşaat süresi ile amorti süresi sona erdikten sonra binayı tam ve bedelsiz olarak Yönetici Şirket'e devredebileceği gibi rayiç bedel üzerinden binayı kullanmaya devam etme hakkına da sahiptir. Diğer bir ifadeyle binanın maliyetlerini amorti edeceği sürenin dolmasından sonra girişimci iki seçeneğe sahiptir. Eğer Teknoloji Geliştirme Bölgesi'nden ayrılmak istiyorsa, sözleşmede kararlaştırılan koşullar çerçevesinde binayı Yönetici Şirket'e devredecektir. Ancak faaliyetlerine devam etmek istiyorsa, bu defa rayiç kira bedeli üzerinden kullanım bedeli ödeyerek faaliyetlerine devam edebilecektir. İkinci seçeneği tercih ettiğinde ise belirlenen kiralama süresinin ermesinden sonra binayı tüm alt ve üst yapıları, malzeme ve tesisatı ile birlikte bakımlı, kullanılabilir ve çalışır halde, boyası badanası tadilatı yapılmış şekilde her türlü borç, taahhüt ve kısıtlamadan âri olarak herhangi bir bedel talep etmeksizin Yönetici Şirket'e devredecektir.

Tarafların sözleşmedeki temel hak ve yükümlülükleri ışığında arazi tahsis sözleşmesinin hukuki niteliği değerlendirildiğinde, kanaa-

¹³⁰ Uygulamada söz konusu bedel, yanlış bir tanımlama ile sözleşme “*iz bedeli*” kavramıyla ifade edilmektedir. Oysa iz bedeli, muhasebe ile ilgili bir kavram olup ekonomik ömrünü tamamladığı halde kullanılmaya devam edilen, rayiç bedeli tespit edilemeyen ya da edilmesi sakıncalı bulunan taşınırların ve sair demirbaşların muhasebe kayıtlarına işlenen değeridir. Bkz. <http://alonot.com/muhasebede-iz-bedeli-nedir/>

¹³¹ Belirtmek gerekir ki, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini kanunda düzenlenen sınırlamalara uymak kaydıyla farklı şekillerde düzenlemelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

¹³² İnşaatı süresi ile amorti süresi, sözleşmenin tanımlar kısmında “*başba baş süresi*” kavramıyla ifade edilmektedir.

timizce söz konusu sözleşme isimsiz karma sözleşmenin bir türünü oluşturan “çift mahiyetli ya da çifte tipli karma sözleşme”nin özelliklerini taşımaktadır. Zira tarafların sözleşme kapsamındaki temel yükümlülükleri, inşaat süresi ve amorti süresi bakımından birden çok isimli sözleşmeye ait unsurları bünyesinde taşımaktadır. Şöyle ki,

Girişimcinin “*inşaat süresi*” içerisinde sözleşmedeki temel edim yükümü, kanunda düzenlenen isimli bir sözleşme olan eser sözleşmesindeki yükleniciye ait “*bir eser meydana getirme ve teslim borcu*”nun temel unsurlarını taşımaktadır. “*Amorti süresi*” içerisinde ise kira sözleşmesindeki kiracıya ait “*ücret ödeme borcu*”nun temel unsurlarını taşımaktadır. Böyle girişimci, kanunda düzenlenmiş birden çok isimli sözleşmenin temel yükümlülüklerini sözleşme kapsamında Yönetici Şirket’e karşı aslî edim olarak borçlanmaktadır.

Yönetici Şirket ise “*inşaat süresi*” içerisinde binanın yapılacağı yani bir eserin meydan getirileceği araziyi girişimciye tahsis etmektedir. Ancak girişimciye baştan bir ücret ödeme yerine, amorti süresi boyunca rayiç bedeli yansıtmayan düşük bir kullanım bedeli karşılığında binanın kullanım hakkını girişimciye bırakmaktadır. Böylece söz konusu süre zarfında binanın inşaat maliyetlerinin karşılanması sağlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle Yönetici Şirket, eser sözleşmesi bağlamında iş sahibi olarak en önemli yükümlülüğünü oluşturan ücret ödeme borcunu, tahsis süresi boyunca düşük miktarlı bir kullanım bedeli karşılığında binanın kullanım hakkını girişimciye bırakmak suretiyle yerine getirmektedir. Yani girişimcinin amorti süresi boyunca ödediği düşük miktarlı kullanım bedeli ile rayiç bedel arasındaki fark, aslında iş sahibi olarak Yönetici Şirket’in eser sözleşmesi kapsamında girişimciye baştan ödemekle yükümlü olduğu ücret borcunun karşılığını oluşturmaktadır. Eser sözleşmesi kapsamında Yönetici Şirket’in girişimciye ödemekle yükümlü olduğu ücret borcu bu şekilde ifa edilmektedir. Tarafların edimleri arasındaki denge bu şekilde sağlanmaktadır. Dolayısıyla Yönetici Şirket’in inşaat süresi boyunca edim yükümlülüğü, işverenin eser sözleşmesindeki temel edim yükümlülüğü olan “*ücret ödeme borcu*”na ait unsurları taşımaktadır.

Yönetici Şirket’in “*amorti süresi*” içerisinde ise girişimciye karşı temel yükümlülüğü ise inşaatı tamamlandıktan kendisine teslim edilen binayı, rayiç bedeli yansıtmayan düşük miktarlı bir kullanım ücreti karşılığında girişimciye teslim ve kullandırma borcudur. Bu bağlamda

Yönetici Şirket'in amorti süresi boyunca sözleşmedeki temel edim yükümü, kanunda düzenlenen isimli bir sözleşme olan kira sözleşmesinde kiralayanın “*eseri teslim ve kullandırma borcu*”nun temel unsurlarını taşımaktadır

Binanın inşaat süresi ile maliyetlerini amorti ettiği sürenin bitiminden sonraki dönemde taraflar arasında kurulan borç ilişkisi ise kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerden kira sözleşmesi mahiyetindedir.

SONUÇ

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu, Teknoloji Geliştirme Bölgelerinin kuruluşu, işleyişi, yönetimi ve denetiminin ile bunlarla ilgili kişi ve kuruluşların görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektedir. Bu bağlamda kanunun uygulama alanı, Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'dir. Teknoloji Geliştirme Bölgesi ise yüksek/ileri teknoloji kullanan ya da yeni teknolojilere yönelik firmaların, belirli bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da AR-GE merkez veya enstitüsünün olanaklarından yararlanarak teknoloji veya yazılım ürettikleri/geliştirdikleri, teknolojik bir buluşu ticari bir ürün, yöntem veya hizmet haline dönüştürmek için faaliyet gösterdikleri ve bu yolla bölgenin kalkınmasına katkıda buldukları, aynı üniversite, yüksek teknoloji enstitüsü ya da ar-ge merkez veya enstitüsü alanı içinde veya yakınında akademik, ekonomik ve sosyal yapının bütünleştiği siteyi veya bu özelliklere sahip teknoparkları ifade etmektedir.

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nin yönetim ve işletilmesinden “Yönetici Şirket” sorumludur. Yönetici Şirket, anonim şirket şeklinde kurulmaktadır. Yönetici Şirket'in temel sorumluluğu, bölgeye ait planlama ve projelendirmelerin yapılması ile bölge için gerekli her türlü hizmetin yürütülmesidir. Bu kapsamda; gerekli alt yapı ve üst yapı hizmetleri ile kuluçka merkezi ve teknoloji transfer ofislerinin kurulması, araştırma- geliştirme tasarım projelerinin değerlendirilmesi, projesi uygun görülen girişimcilere yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde bölge içerisinde yer tahsis edilmesi, bölgenin ilgili kanun ve yönetmeliklerde gösterilen amaca uygun bir şekilde yönetilerek girişimcilerin ve üçüncü şahısların buna aykırı davranışlarının önlenmesi ve bu bağlamda gerekli önlemlerin alınmasını sağlamaktır.

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'ndeki hizmet ve imkânlardan yararlanmak isteyen veya yararlanmakta olan gerçek ya da tüzel kişiler ise

“girişimci” olarak adlandırılmaktadır. Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde, araştırma-geliştirme (AR-GE) faaliyetlerinin yürütüleceği binanın inşası amacıyla Yönetici Şirket ile girişimciler arasında “Arazi Tahsis Sözleşmesi” yapılmaktadır.

Sözleşme; teknoloji araştırma ve geliştirme bölgesinde alan bilgisi ile vaziyet planının proje ve paftalarda gösterildiği bir arazinin, ilgili mevzuat kapsamında yürütülecek faaliyetler için Yönetici Şirket tarafından belirli bir süre için girişimciye tahsis edilmesi, girişimcinin söz konusu arazi üzerinde ar-ge tesisleri, laboratuvar, ar-ge ve tasarıma dayalı ofis, üretim ve atölye alanı olarak inşaat yapım şartları ile sınırlarının belirlenmesi, alt yapı ve üst yapı tesislerin inşasının bitiminden sonra söz konusu yerlerin mevzuatta belirlenen amaçlar doğrultusunda kullanılması amacıyla girişimciye kiralınması, kiralama süresinin bitiminden sonra ise binanın eksiksiz, bedelsiz, her türlü borç, taahhüt ve kısıtlamadan arı olarak Yönetici Şirket'e devriyle ilgili tarafların hak ve yükümlülüklerini içermektedir.

Arazi Tahsis Sözleşmesi, tek bir sözleşme içerisinde farklı sürelerde (inşaat ve amorti süresi) farklı yükümlülükleri içermektedir. Bir başka ifadeyle sözleşme kapsamında belirlenen farklı sürelerde ifa edilmesi gereken iç içe geçmiş ve birbirini tamamlayan farklı taraf yükümlülükleri söz konusudur.

İnşaat süresi içerisinde Yönetici Şirket'in temel yükümlülüğü, iş sahibinin eser sözleşmesi kapsamındaki “ücret ödeme borcu”nun unsurlarını taşımaktadır. Amorti süresi içerisindeki temel yükümlülüğü ise kiraya vereninin “*eseri teslim ve kullandırma borcu*”nun unsurlarını taşımaktadır.

İnşaat süresi içerisinde girişimcinin temel yükümlülüğü, yüklenicinin eser sözleşmesi kapsamındaki “*bir eser meydana getirme ve teslim borcu*”nun unsurlarını taşımaktadır. Amorti süresi içerisindeki borcu ise kiracının “ücret ödeme borcu”nun unsurlarını taşımaktadır. Bu çerçevede Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmelerin düzenlenmesi ışığında sözleşmenin hukuki niteliği değerlendirildiğinde, Arazi Tahsis Sözleşmesi isimli karma sözleşmenin bir türünü oluşturan “çift mahiyetli ya da çifte tipli karma sözleşme”nin özelliklerini taşımaktadır.

Binanın inşaat süresi ile maliyetlerini amorti ettiği sürenin bitiminden sonraki dönemde rayiç kullanma bedeli üzerinden taraflar arasında kurulan borç ilişkisi ise kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerden “*kira sözleşmesi*” mahiyetindedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk**, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-m.326), Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2016.
- ANTALYA, Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2016.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2015.
- ATAMER, Yeşim M.**, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Düşünceler”, İÜHF, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 171-191.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2017.
- BELOW, Karl-Heinz**, Bürgerliches Recht-Schuldrecht, Besonderer Teil , Wiesbaden 1978.
- ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra**, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, İÜHF C. LXXIV S. 2, 2016, s. 709-737.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017. (Özel Hükümler).
- EREN, Fikret**, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s. 85-111.(İsimsiz Sözleşme).
- GREINER, Stefan**, Schuldrecht Besonderer Teil- Vertragliche Schuldverhältnisse, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, İstanbul 2012.
- KUNTALP, Erden**, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2013.
- MUGELE, Karl**, Vertragsrecht, Wiesbaden 1961.
- OKTAY, Saibe**, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Doldurulması”, İHF, C. LV (1996), s. 263-296.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, “Yargıtay Uygulamasında TKHK’nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimsiz Sözleşmeler”, Ankara Barosu Dergisi 2000-3, s. 53-69.
- PAPP, Tekla**, “New trends of atypical contracts in Hungary”, Acta Juridica Hungarica 52, No 2, pp. 171–182 (2011).
- REICH, Dietmar O./SCHMITZ, Peter**, Einführung in das Bürgerliche Recht, 3., aktualisierte und erweiterte Auflage, Wiesbaden 2000.
- TANDOĞAN, Halûk**, Borçlar Hukuku Öze Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 1988.
- TANDOĞAN, Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 1989 yılı Dördüncü Tıpkı Basım’dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010. (Cilt II).

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nev'ileri), II. Cild, İstanbul 1967.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014.

YÜCER AKTÜRK, İpek, İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara 2016.

WIRTH, Axel / FALK, Würfel / BROOCKS, Stefan, Rechtsgrundlagen des Architekten und Ingenieurs Vertragsrecht -Haftungsrecht - Vergütungsrecht, 1. Auflage, Wiesbaden 2004.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2017.

İşe İade Davalarında Somutlaştırma Yükü

The Burden of Concretisation in Reemployment Lawsuits



Ar. Gör. Recep AŞİT*

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. maddesi ile birlikte hukukumuzda ilk defa açık bir şekilde düzenlenen somutlaştırma yükü, bu yükün tamamlayıcısı nitelikte olan HMK m. 119/1/e- f ile m.129/1/d-e, düzenlemeleri ile birlikte ele alınmalıdır. Buna göre taraflar iddiada bulunurken ve savunma yaparken soyut ve genel geçer ifadelerle değil, ispat faaliyetine elverişli olarak somut ve açık bir şekilde, ilgili delilleri ile de eşleştirerek, vakıalarını ileri sürmelidirler. İşe iade davaları bakımından da işçi, iş güvencesi kapsamında bir işçi olduğunu somut ve açık bir şekilde ileri sürmelidir. İşveren ise, iş sözleşmesinin feshinde gereken usule uygun hareket ettiğini ve iş sözleşmesinin feshi sebebinin geçerli bir sebep olduğunu somut ve açık bir şekilde ispat faaliyetine uygun olarak ortaya koymalıdır. Bu bağlamda somutlaştırma yüküne uyulmaması halinde öncelikle hâkim, aydınlatma ödevi ve ön inceleme aşamasındaki görevi gereği taraflara, somutlaştırma yükünü yerine getirmeleri bakımından, gerekli imkânı vermelidir. Taraflar buna rağmen somutlaştırma yükünü yetirmezse davanın esasın reddi gündeme gelecektir.

Anahtar kelimeler: somutlaştırma yükü, işe iade, dava dilekçesi, hâkimin aydınlatma ödevi, davanın esasın reddi.

ABSTRACT

The burden of implementation is provided by the Turkish civil code of procedure and these provisions should be considered and interpreted with Articles 119 paragraph 1 and 129 paragraph 1. While the parties as they produce their claim and base their defenses, they

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku ABD.

must pretend the facts are sufficient for a procedure of investigation and clear enough for an activity of proof and they still have to add the evidence that supports the facts they claim. In reemployment lawsuit the employee must claim it is clearly an employee under labor safety regulations. As for the employer, it should emphasize the facts about the legitimacy of the contract termination and appropriate these facts for proof activity. The judge must give the parties as part of its duty to clarify the nécessaire opportunity. Despite this has opportunity if the parties do not reach their load realization, the claim may be denied by the court.

Key words: *burden of implementation, reemployment lawsuit, lawsuit petition, obligation of clarification, dismissal of action.*

GİRİŞ

Dünya nüfusu ile birlikte ülkemiz nüfusunun da hızla artması, beraberinde bireyler arasındaki ilişkilerin artması ve gerek sınır içi gerekse de sınır ötesi mal, hizmet ve para akışının yukarı yönlü bir seyir izlemesi sonucunu getirmiştir. Bu gelişmeler, aynı zamanda hukuk davalarındaki sayının hızla artmasına, uyuşmazlık konularının fiili ve hukuki yönden daha ağırlaşan sorunlar içermesine, hukuk kurallarının sürekli olarak daha karışık hale gelmesine ve yargılamanın uzun sürmesine neden olmuştur. Söz konusu gelişmeler hiç şüphesiz iş hukuku yargılamasını da ciddi oranda etkilemiştir¹. Bu durum, çeşitli düzenlemelerle yargılamanın daha hızlı yapılmasına yönelik “tedbirler demetini” kaçınılmaz kılmıştır. Zira yargılamanın uzaması, hayat olayının doğru tespit edilmesi imkânını azaltmakta ve bireylerin adalete olan inancının kaybolmasına neden olmaktadır. Aynı zamanda ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi ve Anayasa’nın 141. maddesine göre herkes “makul bir sürede” yargılanma hakkına sahiptir. Hemen belirtelim ki, yargılamanın hızlandırılmasının katı bir şekilde uygulanması hayat olayının mükemmelleştirilmesini ve doğruluğunu olumsuz

¹ Nitekim çalışma konumuz olan işe iade davaları bakımından da her ne kadar İK m. 20/3 uyarınca feshin geçerli olmadığı iddiası ile açılan davanın seri muhakeme usulüne göre (HMK uyarınca artık basit yargılama usulü) iki ay içinde sonuçlandırılacağı ve mahkemece verilen hükmün temyizi halinde Yargıtay’ın bir ay içinde kesin olarak karar vereceği düzenlemiş ise de uygulamada bu davalar oldukça uzun sürmektedir. Bkz. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, İstanbul 2015, s. 368.

yönde etkiler. Bu nedenle yargılamanın hızlandırılmasına yönelik alınacak tedbirlerin, elverdiği ölçüde hem bir hayat olayının mükemmel bir şekilde tespitini hem de yargılamanın hızla yapılmasını sağlayacak bir “dengeleyici sistem” sunması daha da önem kazanmaktadır².

Çalışmamızda, hayat olayının mükemmelleştirilmesine, yargılamanın hızlandırılmasına ve aynı zamanda gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik tedbirlerden biri olarak nitelendirebileceğimiz somutlaştırma yükünün işe iade davası bakımından yansımaları incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle genel olarak somutlaştırma yükü (HMK m. 194), bu yükün tamamlayıcısı nitelikte olan HMK m. 119/1/e- f ile m. 129/1/d-e düzenlemeleri ile birlikte ele alınacak, daha sonra somutlaştırma yükünün kapsamı ve işe iade davası bakımından bu yükün ne anlam ifade ettiği irdelenecek ve nihayet somutlaştırma yüküne uyulmaması durumunda neler yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

I. GENEL OLARAK SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ

A. Somutlaştırma ve Somutlaştırma Yükü Kavramı

1. Somutlaştırma Kavramı

Somutlaştırma, ayrıntılı olarak tanımlamak, temellendirmek, belirginleştirmek ve gerekçelendirmek anlamalarına gelmektedir. Hukuki bir terim olarak somutlaştırma ise, somut münferit vakıalar hakkında bilgi verilmesi veya somut ve detaylı olarak bilgi verme olarak tanımlanır³.

Somutlaştırma, bir davada ileri sürülen vakıa iddiaları hakkında taraflarca, mahkemeye somut detaylı bilgi vermek ve açıklama yapmaktır. Bu işlem, davada sadece iddia için değil aynı zamanda ispat yükünü taşımayan taraf bakımından savunma için de geçerlidir. Zira iddia, bir davada tarafların talep ve karşı taleplerine ilişkin beyanları anlamına gelir ve her iki tarafında beyanları iddia olarak değerlendirilmelidir. Çünkü bir vakıanın inkârı, o vakıanın aksinin iddiası anlamına gelir ve bu nedenle de davalının savunması, aslında davacının iddiasına karşı

² **Rechberger**, Walter H., *Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması* (çev. Kamil Yıldırım), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (der. Kamil Yıldırım), 5. Bası, İstanbul 2006, s.3 vd..

³ **Atalay**, Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001, s. 31.

bir iddiadır. Dolayısıyla iddianın somutlaştırılmasının yanı sıra savunmanın da somutlaştırılması gündeme gelebilecektir⁴.

2. Somutlaştırma Yükü Kavramı

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim, taraflardan biri tarafından ileri sürülmeyen şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m. 25). Bu nedenle taraflar, hâkimin kararına esas alabileceği maddi vakıaları iddia etmek ve gerekiyorsa savunma yapmak yükü altındadır. Ancak dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi bu iddia ve savunmanın içeriğine ilişkin yeterlilik ölçüsü noktasında bir belirleme yapmaz. Bu ölçünün belirlenebilmesi için kural olarak, yasada açık kanun hükümlerinin varlığı gereklidir⁵. Bu konuda HMK m.194'de yer alan somutlaştırma yükü ile HMK m. 119 ve m.129'da düzenlenen dava dilekçesi ve cevap dilekçesinin içeriğine ilişkin düzenlemeler iddia ve savunma yüklerinin nasıl yerine getirileceği konusunda esas alınması gereken hükümlerdir.

İddia ve savunmanın somutlaştırılması ihtiyacının temelinde, ispatın konusunun mahkeme tarafından tespit edilebilmesi için vakıanın somut bir biçimde ayrıntılarıyla taraflarca mahkemeye bildirilmesi zorunluluğu yatmaktadır⁶. Zira ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur (HMK m. 187). Taraflarca ileri sürülen vakıaların ispatının gerekip gerekmediği konusunda karar verilebilmesi, iddia olunan bir vakıa için delil ikamesinin gerekli olup olmadığının tespit edilebilmesi, mahkeme ve karşı tarafça vakıanın tam olarak algılanabilmesi ve vakıa üzerinde tartışma yapılabilmesi için iddia ve savunmanın somutlaştırılması gerekir. İddia olunan bir vakıanın tartışmalı ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olup olmadığına, ancak o vakıanın tam

⁴ **Pekcanitez**, Hakan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1673; **Atalay**, s. 31.

⁵ **Atalay**, s. 31-32.

⁶ **Börü**, Levent, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016; s. 184; **Atalay**, s. 32; **Özekes**, Muhammet, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan s. 292.

ve belirli olarak somut ve açık bir şekilde ileri sürülmesinden, başka bir ifadeyle somutlaştırılmasından sonra karar verilebilir⁷.

Bir davada haklı çıkmak için soyut ve genel ifadelerle iddiayı veya savunmaya ileri sürmek yeterli değildir⁸. Genel olarak örneğin “iş sözleşmesi feshedildi ve karşı taraf borcunu ödenmiyor” veya “trafik kazası sonucunda yaralandım” şeklindeki bir iddia yeterli değildir. Bu örneklerde, iş sözleşmesinin varlığı, sözleşmenin ne zaman feshedildiği, ne kadar süre çalışıldığı, işverenin kim olduğu vs. belirtilmeli; ilaveten trafik kazasının ne zaman ve nasıl olduğu, nerede gerçekleştiği, karşı tarafın kim olduğu gibi hususlara da yer verilmelidir. Somutlaştırmak, bir iddiayı veya savunmayı zaman, mekân, konu, kişi, oluş şekli vs. unsurlarıyla anlamaya, algılamaya, tartışmaya, ispata elverişli şekilde ortaya koymaktır. Ancak bu hususlar taraflarca yerine getirilirse iddialara karşı sağlıklı bir şekilde somut olarak cevap verilebilir ve mahkeme de kendisine yöneltilen talebi tam ve doğru bir şekilde değerlendirerek davanın hangi delillerle ve kural olarak nasıl ispat edilebileceğini belirleyebilir⁹.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda somutlaştırma yükü, vakıa iddiaları ve savunma sebeplerinin, ispat ve delil ikame faaliyetine esas teşkil edecek biçimde münferit vakıaların bildirilmesi yoluyla kanunun veya usulî ilkelerin gerekli kıldığı ölçüde somutlaştırılması hususunda taraflara düşen usulî yük olarak tanımlanabilir¹⁰. Somutlaştırma yükü, genel anlamda tarafların açıklama ödevinin bir parçası ve dilekçeler aşamasındaki görünüm şeklidir¹¹.

B. Yasal Düzenleme

Somutlaştırma yükü, HMK’da “İspat ve Deliller” başlıklı Dördüncü Kısımın “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Bölümü’nde (HMK

⁷ Atalay, s. 32; Özekes, Dilekçeler, s. 292; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1682; Börü, s. 184.

⁸ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1681.

⁹ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1681; Özekes, Dilekçeler, s. 264.

¹⁰ Atalay, s. 32-33; Börü, s. 185.

¹¹ Atalay, s. 33; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1682; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 797, Börü, s. 185; Yardımcı, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, 2017, s. 3-8.

m. 194) düzenlenmiştir¹². Bu düzenleme ile HMK m. 119/1/e-f ve m. 129/1/d-e'de yer alan düzenlemeler birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğundan birlikte ele almak gerekmektedir.

HMK m.194'e göre; taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur. HMK m. 119/1/e-f'ye göre ise davacı, iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini ve iddia ettiği her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği dava dilekçesinde belirtmek zorundadır. Cevap dilekçesinin içeriğini düzenleyen HMK m.129/1/d-e'ye göre ise de davalı, savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini ve savunmasının dayanağı olarak ileri sürdüğü her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği cevap dilekçesinde göstermek zorundadır.

Somutlaştırma yüküne ilişkin yapılan ve yapılacak olan açıklamalar işe iade davası bakımından da geçerlidir. Şöyle ki; İK m. 20/3 gereğince işe iade davası seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte HMK m. 316/1/d-g ve HMK m. 447 uyarınca işe iade davalarında basit yargılama usulü uygulanır¹³. Basit yargılama usulünde dava açılması ve dilekçelerin verilmesi HMK m. 317'de düzenlenmiştir. HMK m. 317/1'de dava açılması

¹² HMK m. 194'ün gerekçesinde, her ne kadar bunun yeni bir düzenleme olduğu belirtilmiş ise de bu madde HUMK m. 179 bent 3, m. 200 ve m. 201'i karşılamaktadır (**Yıldırım**, Kamil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 49). Ancak HMK m. 119 ve 129'daki düzenlemeler HMK m.194'teki düzenlemeyle birlikte ele alındığında açıkça taraflara, hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme, yani somutlaştırma yükü getirilmiş ve bu şekilde HUMK'taki düzenlemeye göre daha açık ve kesin bir düzenleme yapılmıştır (**Karlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 488).

¹³ **Kuru**, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 877; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 2091; **Tanrıver**, s. 204, 1060; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 368; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 641-642; **Bozkurt**, H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, 4. Baskı, 2012, s. 247-249; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 204; **Aktay**, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, E. Tuncay, İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, 2012, s. 185.

ve cevap verilmesinin dilekçe ile olacağı belirtilmiş ancak dilekçenin unsurları tek tek sayılmamıştır. Fakat HMK m. 322’de, basit yargılama usulüne ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu sebeple HMK m. 119, m. 129 ve m. 194’te yer alan unsurlar basit yargılama için de geçerlidir¹⁴.

C. Somutlaştırma Yükünün Kuramsal Dayanağı ve Amacı

1. Somutlaştırma Yükünün Kuramsal Dayanağı Olarak Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesi ve Doğruluk Ödevinin Bu Kapsamdaki İşlevi

Somutlaştırma yükü, hukukumuzda kabul edilen dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin bir sonucudur. Zira taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda, taraflar, talebinin dayanağını oluşturan ve onu haklı gösteren vakıa ve delilleri mahkemeye getirmelidir. Bu ilkenin uygulandığı davalarda, hâkim taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları araştıramaz. Buna göre, mahkeme karar verirken sadece tarafların getirdiği vakıaları dikkate alabilir. Ayrıca mahkemenin delilleri ikame etmesi, başka bir ifadeyle taraflarca getirilen bir vakıanın gerçek olup olmadığı yönünden incelenmesi, ancak bu hususun taraflar arasında ihtilafı olması halinde mümkündür¹⁵. Başka bir ifadeyle, mahkeme, taraflar arasında çekişme olmayan vakıaları gerçek olup olmadığını incelemeksizin kabul etmek zorundadır^{16 17}. Bu nedenle dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine tabi olan davalarda, mahkemeden talepte bulunan tarafın, talep sonucunun dayanağı olan vakıaları ve bu vakıalara ilişkin delillerini gösterme, başka bir ifadeyle “iddia etme yükü” ve bu iddialarını ispata elverişli hale getirecek

¹⁴ Özkes, Dilekçeler, s. 268.

¹⁵ Becker-Eberhard, Ekkehard, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (çev. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 5. Bası, İstanbul 2006, s. 17.

¹⁶ Becker-Eberhard, s. 23.

¹⁷ Bu durumun gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın tespiti ve tanınması olan usulün amacını engeller nitelikte olduğu hususu için bkz. Gaul, Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu (çev. Nevhis Deren Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 5. Bası, İstanbul 2006, s.72.

zaman, mekân, kişi ve içerik bakımından belirginleştirme yükü, yani “somutlaştırma yükü” (HMK m. 194) bulunmaktadır¹⁸.

Taraflar bu vakıa ve delilleri genel geçer ifadelerle değil, her bir vakıayı ispata elverişli bir şekilde somutlaştırarak ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmek suretiyle mahkemeye sunmalıdır.

Hemen belirtelim ki, dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi uyarınca dava malzemesini mahkemeye getirme konusunda tarafların yetkisi sınırsız değildir. Zira taraflara bu konuda sınırsız bir yetkinin verilmesi mahkemenin yanlış dava malzemesine göre hüküm vermesi sonucu ortaya çıkarabilir. İşte bu gibi durumların ortaya çıkmaması için taraflarca getirilme ilkesine bazı sınırlamalar getirilmiş ve ilke yumuşatılmıştır. Bu bağlamda doğruluk ödevinin kabulü, dava malzemesi hakkında tarafların tasarruf yetkisini sınırlamaktadır¹⁹.

Doğruluk ödevi, HMK'nın 29. maddesinde “Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: “*taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar*”. Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler. Bu ödev, Alman Medeni Usul Kanunu'nda § 138 I ZPO'da düzenlenmiştir. Hükme göre: taraflar vakıalar hakkında açıklamalarını tam ve gerçeğe uygun yapmalıdırlar²⁰.

Doğruluk ödevinin konusunu, tarafların uydurma vakıa iddia etmemesi, hasmın vakıa iddiasına uydurma vakıalarla karşı çıkmaması oluşturur. Doğruluk ödevi ile taraflardan objektif hakikati sunmaları istenmemiş, sadece usulî doğruluk ödevi kabul edilmiştir. Bu ödev ile taraflardan istenen şey şudur: taraf, eğer bir vakıa hakkında kendi iddiasının yanlış, hasmın iddiasının doğru olduğunu biliyorsa, artık iddiada bulunmamalı ve vakıaya itiraz etmemelidir. Yoksa tarafın gerçekliğine emin olmadığı vakıaları ve delilleri ileri sürmesi bu ödevde aykırılık sayılmamalıdır. Doğruluk ödevi ile yasaklanan sadece bilinçli olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunma, yani usulî yalandır²¹. Gerek ZPO'da

¹⁸ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1682, s. 1982; Karşlı, s. 564.

¹⁹ Becker-Eberhard, s. 23-25.

²⁰ Becker-Eberhard, s. 23.

²¹ Alangoya, H.Yavuz/Yıldırım, Kamil M./Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s.283; Becker-Eberhard, s. 26; Karşlı, s.

gerekse de HMK'da doğruluk ödevi düzenlenmekle beraber, bu ödevde aykırılığın yaptırımını belirtilmemiştir. Bu konuda doktrine göre; uydurma vakıalar iddiaları ve bilinçli olarak gerçeğe aykırı yapılan itiraz geçersizdir ve bunlar mahkeme tarafından dikkate alınmaz, göz önünde tutulmaz, değerlendirilmez. Ayrıca tarafın bilinçli olarak yalan söylemesi, bir usul hilesini oluşturur ve duruma göre suç olarak da kabul edilebilir²².

Taraflar, somutlaştırma yükünü yerine getirirken HMK m. 29 gereği, taleplerinin dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir şekilde yapmakla yükümlüdürler. Buna aykırı davranılması halinde, mahkeme tarafından, yapılan açıklamalar dikkate alınmaz. Başka bir ifadeyle, taraflar, ileri sürdükleri her bir vakıayı, yer, zaman, kişi, mekân gibi unsurlarla somutlaştırmaya yönelik açıklamalar yaparken, bilinçli olarak gerçeğe aykırı iddiada bulunur veya itiraz ederse, bunlar geçersiz kabul edilir ve mahkeme tarafından dikkate alınmazlar²³.

2. Somutlaştırma Yükünün Amacı

Somutlaştırma yükü dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin bir sonucu olmakla birlikte, bu yükün dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinden ayrı bir usulî yük olarak kabul edilmesi ve düzenlenmesi birden fazla nedene dayanmaktadır.

İlk olarak, yukarıda ifade ettiğimiz üzere; taraflarca davaya getirilen vakıaların ispatının gerekip gerekmediği konusunda karar verilebilmesi, iddia olunan bir vakıa için delil ikamesinin gerekli olup olmadığının tespit edilebilmesi, mahkeme ve karşı tarafça vakıanın tam olarak algılanabilmesi ve vakıa üzerinde tartışma yapılabilmesi için bu vakıaların ispata elverişli bir şekilde somutlaştırılması gerekir. Ancak bu şekilde somutlaştırılan bir vakıanın ispatının konusunu oluşturup oluşturmadığı mahkemece tespit edilebilecektir²⁴. Nitekim HMK

304; **Arslan**, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 117; **Tanrıver**, s. 417; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s. 918.

²² **Becker-Eberhard**, s. 27; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s. 920-921.

²³ İş güvencesi ve işe iade davasının koşulları bakımından dürüstlük kuralı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Canbolat**, Talat, İşe İade Kararlarının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, İstanbul Barosu/ Kadir Has Üniversitesi 2010 Yılı İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri, s. 86 vd..

²⁴ **Atalay**, s. 32; **Börü**, s. 185; **Yardımcı**, s. 9.

m.194'ün gerekçesinde de; "...bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Genel geçer ifadelerle, somut bir şekilde ortaya koymadan iddia veya savunma amacıyla vakıaların ileri sürülmesi durumunda, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün olmayacaktır..." denilerek bu husus ortaya konulmuştur.

İkinci olarak, somutlaştırma yükünün ayrı bir yük olarak kabul edilmesinin nedeni, hukukumuzda geçerliliği çoğunluk²⁵ tarafından kabul edilen²⁶ vakıalara dayandırma teorisidir²⁷. Bu teoriye göre, davanın sebebi (temeli) hukuki sebep değil, talep sonucunu haklı gösteren gerekli tüm vakılardır²⁸. Bu nedenle mahkemeden talepte bulunan tarafın, bu talebine dayanak oluşturacak vakıaları ortaya koyması ve bunları somutlaştırması gerekir²⁹.

²⁵ **Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması-na İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 106; **Alangoya**, Yavuz, Dava Temeli, Hakimın Dava Malzemesinin Toplanmasıındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Makaleler, İstanbul 2012, s. 284; **Kuru**, Baki, Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, AD, 1967/4, s. 240; **Üstündağ**, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967, s. 32 vd., 50 vd.; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 23. Baskı, Ankara 2012, s. 286; **Karslı**, s. 487; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 223; **Atalay**, s. 32; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1682; **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 318; **İyilikli**, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme, TBB Dergisi 2013, S. 106, s. 143. Dava temelinin ferdileştirme teorisi uyarınca hukuki sebep olduğunu savunan yazarlar için bkz. **İyilikli**, s. 147, dp. 25.

²⁶ "...Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir..." (1.HD 30.04.2007, 2006/16588, 2007/7268). Aynı yönde bkz. HGK, 12.04.2006, 21-104/174; 13. HD., 22.03.1974, 621/680.

²⁷ **Atalay**, s. 32; **Karamercan**, Fatih, Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları- Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 342.

²⁸ **Üstündağ**, s. 32 vd.; **Alangoya**, İlkeler, s. 103, **Yılmaz**, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Değiştirilmiş 2. Bası, Ankara 2010, s. 121-122.

²⁹ **Akil**, Cenk, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Dilekçesinin Unsurları Bağlamında Somutlaştırma Yükü, MÜHFD, 2012, S. 1, s. 86.

Üçüncü olarak, HMK m.194 düzenlemesinin uygulamada genel geçer, soyut ve belirsiz ifadelerle dava açılması ve savunma yapılmasına karşı bir “tepki hükmü” olduğu ileri sürülmüştür³⁰. Madde gerekçesinde “...maddenin amacı, diğer yandan da uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçmektir...Uygulamada, tarafların iddia ve savunmada bulunurken yeterli araştırma yapmadan vakıalar ileri sürdükleri veya bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdikleri görülmektedir...” denilerek bu husus üzerinde durulmuştur.

Dördüncü olarak, HMK m. 194 ile ayrıca ve açıkça somutlaştırma yükü düzenlenerek vakıaların genel ve soyut ifadelerle değil aksine somut ve belirginleştirilmiş ifadelerle, deliller ile olan ilişkileri de ortaya konularak, ispata elverişli bir şekilde davaya getirilmesi ve bu şekilde davaların daha çabuk³¹ sonuçlanması amaçlanmıştır. Nitekim madde gerekçesinde de “...Genel geçer ifadelerle, somut bir şekilde ortaya koymadan iddia veya savunma amacıyla vakıaların ileri sürülmesi durumunda, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün olmayacağı gibi, vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ve zaman kaybedilmesi söz konusu olacaktır. Taraflar, haklarını dayandırdıkları hukuk kuralının aradığı koşul vakıalara uygun, somut vakıaları açıkça ortaya koymalıdır... Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandırdıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmelerıyla mümkündür...” denilerek bu nokta vurgulanmıştır³².

³⁰ Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1027.

³¹ Akil, s. 86; Bolayır, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 85-86.

³² Umar’a göre uygulamada somutlaştırmanın ciddi yararının görüleceğini beklemek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Zira her iki taraf da, özellikle de deneyimli vekili olan taraflar, ileride iddiasını/savunmasını genişlettiği hatta değiştirdiği itirazına maruz kalmamak için iddiasının yahut savunmasının dayanaklarını olabildiğince geniş anlamli deyişlerle açıklayacaktır. Yargıtay içtihatları da geçmişten bu yana, bir vakia iddiasının zimnen kapsamında bulunan vakia iddiasını başka vakia iddiası ve dolayısıyla iddianın/savunmanın genişletilmesi saymamak çözümünü haklı olarak benimsemekte olduğundan; iddiaların somutlaştırılmasını ve sınırlandırılmasını sağlamak yargıcın çabasıyla ve özellikle HMK m. 30’dan al-

Kanaatimizce de yasa koyucu, bu düzenlemeler ile (HMK m. 119/1/e-f, HMK m. 129/1/d-e ve HMK m. 194) genel geçer ifadeler ve soyut vakıaların ileri sürülmesi suretiyle adeta bir “genel vakıalar havuzunun” yaratılmasının önüne geçmek istemektedir. Taraflar, taleplerinin dayanakları olan hukuk kuralının koşul vakıalarına uygun somut vakıaları ispata elverişli bir şekilde somutlaştırarak ve bu somutlaştırılan vakıaları da ilgili delilleriyle bağlantı kurmak suretiyle açıkça ortaya koymalıdır. Böylelikle hem dava temeli olan hayat olayının gerçeğe uygun bir şekilde ortaya çıkarılması sağlanacak hem de davaların gereksiz yere uzaması engellenerek davaların yürütülmesi usul ekonomisine uygun hale gelecektir.

II. SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN KAPSAMI VE İŞE İADE DAVASINA YANSIMASI

A. Genel Olarak Somutlaştırma Yükünün Kapsamı

Somitlaştırma yükünün kapsamı iddia ve savunma bakımından farklılık arz eder. Şöyle ki, iddianın somutlaştırılmasında ölçü, uygulanacak olan hukuk normunun koşul (şart) vakiasının yanı sıra, karşı tarafın tepkisine göre de değişebilirken, savunmanın somutlaştırılmasının ölçüsü daima iddiaya göre belirlenir³³.

İddianın somutlaştırılmasında, vakıa iddiasına uygulanacak hukuk normunun aradığı koşul (şart) vakiasının unsurlarını karşılayabilecek somut vakıaların ne ölçüde bildirilmesi yeterlidir? Bu konuda bir görüşe göre, davacı iddiasında uygulanacak hukuk normunun koşul vakiasını karşılayacak bütün unsurları somut bir biçimde bildirmelidir. Yeterli bir vakıa iddiasından söz edebilmek için iddianın hâkimin altlama (substumtion) faaliyetine imkân verecek ölçüde somutlaştırılması gerekir. Bu ölçüdeki somutlaştırma ancak o iddia bakımından hukuken önem arz eden vakıaların bildirilmesi ve bunların eksiksiz olması durumunda gerçekleşmiş olur³⁴.

Doktrinde bizim de katıldığımız hakim görüşe göre, davacı, dava dilekçesinde, talep sonucunu dayandırdığı hayat olayını teşkil eden

dığı yetkiyi kullanıp belirsizlikleri giderici açıklamalar istemesiyle sağlanacaktır (Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 564).

³³ Atalay, s. 33.

³⁴ Üstündağ, s. 32 vd..

bütün vakıaları eksiksiz bir biçimde bildirmek zorunda olmayıp, talebi belirlemeye yetecek derecede önemli olan ve vakıanın diğerlerinden ayrılmasına imkan verecek unsurları bildirmesi yeterlidir³⁵. Bu vakıalar dava açılmasına neden olan tüm vakıalar olmayıp, davanın davacı lehine hükme bağlanabilmesi için doğrudan doğruya önemli olan vakılardır³⁶.

Bir normun koşul vakıasının bir hukuki kavram olarak düzenlendiği hallerde, örneğin kusur, haklı sebep, ihmal vs., söz konusu hukuki kavramın soyut olarak belirtilmiş olması somutlaştırılma bakımından yeterli değildir. Zira hukuki kavramlar ispatın konusunu oluşturan vakıalar değildir. Bu hukuki kavramların, kendilerinden bir altlama faaliyeti sonucu anlaşılabilceği somut vakıalarla, örneğin kusur teşkil eden veya haklı sebep teşkil eden vakıalarla yahut ihmal sayılabilecek somut davranış biçimleriyle, açıkça bildirilmesi gerekir³⁷.

İddianın somutlaştırılması yükünün kapsamı, ilk olarak uygulanacak hukuk normunun koşul vakıasını göre belirlenir. Yani, öncelikle iddiada bulunan taraf, bu iddiasının dayanağı olan hukuk normun koşul vakıasına göre iddiasını somutlaştırmalıdır³⁸. Başka bir ifadeyle, iddiada bulunan taraf, talebini haklı çıkaracak vakıa iddialarını kendi lehine bir altlama faaliyetine imkân verecek ölçüde somutlaştırmalıdır³⁹. Bu noktada, iddiada bulunan tarafın vakıa iddialarını genel geçer ifadelerle veya içi boş bir takım vakıalarla değil, açık ve algılanabilir bir şekilde ortaya koyması ve ispata elverişli bir şekilde somutlaştırması gerekir⁴⁰. Ancak asgari düzeyde yapılan bu somutlaştırmadan sonra karşı tarafın

³⁵ **Alangoya**, İlkeler, s. 106 vd.; **Alangoya**, Dava Temeli, s. 285; **Kuru**, Dava Sebebi, s. 242; **Yılmaz**, Islah, s. 130; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 223; **Atalay**, s. 33; **Börü**, s. 217; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1683; **Yardımcı**, s. 56-57.

³⁶ **Yılmaz**, Islah, s. 130. **Yıldırım**'a göre ise, davacı dava dilekçesini haklı gösterecek şekilde değil, olayı açıklayacak ölçüde detaylı bir biçimde vakıalandırmalıdır (**Yıldırım**, Kamil M., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 110).

³⁷ **Atalay**, s. 34.

³⁸ **Atalay**, s. 34; **Börü**, s. 189.

³⁹ **Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, s. 108.

⁴⁰ **Özekes**, Dilekçeler, s. 275; **Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 220; **Börü**'ye göre somutlaştırmının ölçütü kural olarak ispata elverişlilik kriterine göre belirlenmelidir. Zira ispat faaliyetinin yürütüle-

bu iddiaya vereceği cevap önem arz eder. Şayet karşı taraf sadece inkâr ile yetinir başka bir savunma yapmazsa, iddia da bulunan tarafın, iddiasını daha fazla detaylandırmasına gerek kalmaz⁴¹. Fakat karşı taraf, iddia olunan vakıaların talebi haklı göstermeye yetecek derecede olmadığını ve bazı vakıa unsurlarının zaten iddia edilip somutlaştırılmadığını, bu sebeple uygulanacak hukuk normunun koşul vakıasının somut olayda gerçekleşmiş sayılmayacağını ileri sürerse, bu halde iddianın yeni bilgilerle daha üst düzeyde somutlaştırması zorunlu olur⁴². Diğer bir ifadeyle, karşı tarafın savunma vakıaları ne ölçüde detaylı ve somut ise, iddiada bulunan taraf da vakıa iddialarını o oranda tafsilatlı bir biçimde somutlaştırmalıdır^{43 44}.

Savunmanın somutlaştırılması yükünün kapsamı daima iddiaya göre belirlenir. Çünkü yeterli bir iddia olmadan, yani hangi vakıaların tartışılacağı belli olmadan savunmanın somutlaştırılması tam olarak gerçekleştirilemez⁴⁵. Muğlâk, açık olmayan ve çok genel ifadelerle ileri sürülmüş bir vakıa iddiasına karşı, diğer taraftan o vakıanın hiç olmadığını veya öyle olmadığını ileri sürmesi, savunma yapması ve ispat faaliyetini yerine getirmesi beklenemez. Böyle bir durumda karşı tarafın HMK m. 27’de düzenlenen hukuki dinlenilme hakkının zedelenmesi durumu da ortaya çıkar. Zira karşı taraftan bilgisinde olmayan ve somut

bilmesi ancak ispata konu olan vakıanın tam olarak tespit edilmesi halinde mümkün olur (Börü, s. 220).

⁴¹ Atalay, s. 34; Karaaslan, s. 108.

⁴² Atalay, s. 34.

⁴³ Karaaslan, s. 208.

⁴⁴ “...Dava dilekçesi ve yargılamanın devamında davadaki talebin 100.000 TL’ye yönelik olduğu, bu miktar üzerinden harçın tamamlandığı açık ise de, Mahkemece, davacı tarafa süre ve imkan verilerek dört parça oldukları anlaşılan davaya konu taşınmazlardan hangi taşınmaz için ne miktar katkı payı alacağı isteğinde bulunulduğu açıklanılmamış, davacının talebi somutlaştırılmamıştır. (H.M.K.m.194). Öncelikle, davaya konu taşınmaz mallar bakımından dava dilekçesinde gösterilen dava değerinin kalem kalem açıklanması, hangi uyumsuzluk konusu mal bakımından ne kadar istenildiğinin Lira olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu husus yani dava dilekçenin açıklanılarak talebin somutlaştırılması 6100 Sayılı H.M.K.nun 31, 33, 147, 169 ve 194/1. maddelerinin (H.U.M.K. m.75/2, 76, 213/1, 230) gereğidir. Mahkemece, bu husus da gözden kaçırılmıştır...” 8. HD. 17.9.2013, 2013/5338 E., 2013/12401 K., Kazancı Bilgi Bankası.

⁴⁵ Atalay, s. 35; Börü, s. 191.

olarak açıklanmayan bir konuda savunma yapmasını beklemek, esasen onu tuzağa düşürmeye çalışmak, karanlığa kılıç sallamasına sebebiyet vermek anlamına gelir⁴⁶. Bu durum da karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkı kapsamındaki önce bilgilenme, sonra da açıklama ve ispat hakkının ihlaline yol açar⁴⁷. Savunmanın somutlaştırılması yükü genel olarak karşı tarafın dayandığı hak doğurucu vakıalara karşı hakkı sona erdiren, etkisiz kılan veya engelleyen vakıaların tam olarak somutlaştırılması şeklinde belirlenemez. Zira savunmanın mutlaka bu şekilde yapılması zorunlu değildir. Bu noktada savunmanın somutlaştırılması yükünün kapsamı bakımından yeteri kadar somutlaştırılmış bir iddia karşısında, aleyhte bir sonuçla karşılaşmamak için savunmamanın da yeteri kadar somutlaştırılması gerektiği söylenebilir⁴⁸.

Somitlaştırma yükü kural olarak iddia yükünü taşıyan tarafa düşer. Ancak, bazı istisnai durumlarda, iddia eden, iddiasına temel teşkil eden vakıayı genel hatları ile ortaya koyabilse de somutlaştırma bakımından karşı tarafın yardımına ihtiyaç duyabilir. Böyle bir durumda, karşı taraf, somutlaştırma yükü çerçevesinde bu yardımı yerine getirmek durumundadır⁴⁹. Örneğin, davacı dava açarken aralarındaki belirli bir sözleşmeyi ve bu sözleşmeden doğan alacağını belirtip dava açtıktan sonra, tek nüsha olarak düzenlenen ve davalının elinde olan sözleşme, hem delil ikame yükünün bir gereği olarak hem de somutlaştırma yükü çerçevesinde, davalı tarafından mahkemeye sunulduğunda sözleşmenin içeriği tam olarak somutlaştırılabilir. Bu halde, davacı iddia yükü ve belirli bir oranda somutlaştırma yükü altında olmakla birlikte, sözleşmenin tüm unsurları bakımından somutlaştırma yükü davalı tarafa düşmektedir⁵⁰.

B. Vakıaların İlgili Delillerle Eşleştirilerek Somutlaştırılması

Somitlaştırma yükü bir yönüyle tarafların talep sonucunu dayandırdıkları vakıaları ispata elverişli bir şekilde somutlaştırarak davaya getirmesi hususunu ifade ederken diğer yönüyle bu vakıalarla onu is-

⁴⁶ Özkes, Dilekçeler, s. 275-276.

⁴⁷ Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 91 vd.; Özkes, Dilekçeler, s. 276.

⁴⁸ Atalay, s. 35.

⁴⁹ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1685; Özkes, Dilekçeler, s. 290.

⁵⁰ Özkes, Dilekçeler, s. 290-291.

pata yarayan deliller arasında bağlantı kurulmasını ifade etmektedir⁵¹. HMK m. 119/1/e'de davacının HMK m. 129/1/d' de ise davalının, iddia ve savunmalarının dayanağı olan bütün vakıaları sıra numarası altında açık özetlerini dilekçelerinde belirtmesi gereği ifade edildikten hemen sonra HMK m. 119/1/f ve HMK m. 129/1/e'de bu iddia ve savunmaların dayanağı olan her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin dilekçelerde belirtilmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Yine HMK m. 194/1'de tarafların, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmaları gerektiği belirtildikten sonra HMK m.194/2'de tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmelerinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Nitekim HMK m. 194/2'nin gerekçesinde de bu fıkayla, somutlaştırma yükünün delillerle olan ilişkisinin ortaya konulduğu belirtilmiştir. Dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmek zorundadırlar. Delil bir ispat aracı olarak, ileri sürülen bir vakıanın doğruluğunu ispat etmeye yarar. Dolayısıyla her bir vakıa bakımından o vakıayı ispata yarayan ispat araçlarının da belirtilmesi önemlidir. Uygulamada, tarafların iddia ve savunmada bulunurken yeterli araştırma yapmadan vakıalar ileri sürdükleri veya bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdikleri görülmektedir. Özellikle taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür.

Söz konusu düzenlemeler birbirini tamamlar nitelikte olduğundan birlikte ele almak gerekir. Somutlaştırma yükü sadece vakıaları değil aynı zamanda delilleri de içermektedir. Tarafların dilekçede sadece deliller başlığı altında sırasıyla dayanılan delilleri belirtmesi yeterli değildir, ayrıca her bir delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğinin

⁵¹ Özekes, Dilekçeler, s. 290; Yardımcı, s. 97; Muşul, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 326; Börü, s. 207. Tanrıver'e göre, somutlaştırma yükü, dava malzemesinin maddi vakıalar kısmıyla ilişkili olup, delillerle doğrudan bir bağlantı halinde değildir. Ancak HMK m. 194/2, m. 119/1/f ve m. 129/1/e'de yer alan delillerin gösterilme biçimini belirleyen bu düzenlemeler somutlaştırma yükünü tamamlayıcı bir işlevi de yerine getirmektedir (Tanrıver, s. 797).

açıkça belirtilmesi gerekir⁵². Bu noktada delillerin gösterilmesi bakımından hangi delillere dayanılıyorsa, bu delillerin tek tek gösterilmesi ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğinin açıkça belirtilmesi gerekir⁵³. Dolayısıyla artık tarafların tüm delillerini dilekçelerinde bildirmesi zorunlu olduğundan “vs. deliller” veya “diğer kanuni deliller” gibi ifadelerin kullanılması halinde açıkça belirtilmeyen bazı delillere başvurulamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır⁵⁴. Ancak hemen belirtelim ki delilin dilekçede gösterilmesi ve hangi vakıanın ispatı için kullanılacağına belirtilmesi ile onun mahkemeye ibrazı, dinlenilmesi ve değerlendirilmesi ayrı şeylerdir⁵⁵. Konumuz bakımından önem arz eden tanık deliline değinmekte fayda vardır. Tanık deliline dayanılması durumunda tarafların başlangıçta dava ve cevap dilekçelerinde tanık deliline dayanıldığını ve hangi vakıaların ispatı için tanık dinletilmek istendiğinin belirtilmesi yeterli olup tüm tanıkların isim

⁵² **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1878; **Karşlı**, s. 489; **Özekes**, Dilekçeler, s. 276.

⁵³ **Özekes**, Dilekçeler, s. 276-277; **Yardımcı**, s. 122.

⁵⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.287; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1878; **Karşlı**, s. 489; **Yılmaz**, Ejder, HMK Uyarınca Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesinde Gösterilmesi ve Eklenmesinin Zorunlu Olup Olmadığı, İstanbul Barosu Dergisi, C: 86, S: 5, 2012, s. 263; **Erdönmez**, Güray, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD, C: 87, S: 5, 2013, s. 19; **Börü**, s. 208; **Kılıç**, Halil, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı HMK, C: 2, 2011, s. 1886; **Bolayır**, s. 382-385. Ancak uygulamada halen ısrarla “sair kanuni deliller”, “tüm yasal deliller” ve “her türlü delil” gibi yukarıda açıklanan HMK düzenlemelerine uymayan ibareler kullanılmaktadır (**Karamercan**, s. 182-183). Yargıtay’ın HMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra açılan hukuk davalarında “sair deliller”, “her türlü delil” gibi kavramların yemin delilini kapsadığı ve hâkimin bu çerçevede yemin delilinin hatırlatması gerektiği şeklinde yerinde olmayan kararları olduğu gibi bu kavramların yemin delilini kapsamadığı ve hâkimin bu çerçevede hatırlatma yapamayacağı şeklinde yerinde kararları da mevcuttur. Bu hususta detaylı bilgi ve kararlar için bkz. **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1140 özellikle dp. 56; **Karamercan**, s. 202 vd. Fakat son olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 3/3/2017 tarih 2015/2 E. ve 2017/1 sayılı kararında; tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde “sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller” gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline başvurmuş sayılamayacakları ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa “yemin teklifinde bulunma hakkı”nı hatırlatamayacağına karar vererek bu husustaki tartışmayı sonlandırmıştır.

⁵⁵ **Özekes**, Dilekçeler, s. 277; **Börü**, s. 211.

ve adreslerinin bildirilmesine gerek yoktur⁵⁶. Çünkü hâkimin o tanık delilini kabul edip etmeyeceği henüz belirli değildir. Tanık tahkikat aşamasında dinlenir ve henüz tahkikat için duruşma zamanı gelmeden tanıkların tek tek belirtilmesi taraflardan beklenemez⁵⁷. Taraflar dava ve cevap dilekçelerinde tanık deliline dayanmış ve tanıkları hangi vakianın ispatı için dinletmek istediklerini belirtmişlerse daha sonra tahkikat aşamasında, mahkemece tanık dinlenilmesine karar verildiğinde, taraflara tanık listelerini sunmaları için kesin süre verilir⁵⁸.

C. İşe İade Davaları Bakımından Değerlendirme

1. Genel Olarak

İş güvencesinin kapsamı ve işe davasının koşulları 4857 Sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. İK m. 18/1'de, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu belirtilmiştir. İK m. 18/son'da işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin hakkında bu maddede, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz denilerek bu kişiler iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁵⁶ "...Davalı-davacı kadın birleştirilen boşanma davasında; iddiasını dayandırdığı vakıaları göstermiş ve bu vakıaları hangi delillerle kanıtlayacağını da, diğer bir ifade ile dayandığı delilleri belirtmiş, ön inceleme duruşmasından önce de tanıklarının isim ve adreslerini gösteren listeyi mahkemeye vermiştir. Bu durumda gösterilen tanıkların, dava dilekçesinde yer alan vakıalar konusunda dinletilmek istendiği açıktır. Hal böyleyken davalı-davacı kadın vekilinden, gerekmediği halde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 194. maddesi gereğince "hangi tanığın hangi vakianın ispatı için gösterildiğini belirtmesinin" istenmesi ve bu yönde açıklamada bulunması için süre verilmesi hukuki sonuç doğurmaz. Bu bakımdan, davalı-davacı kadın vekilinin gösterdiği tanıklar usulince dinlenmeli ve tüm delilleri birlikte değerlendirilerek tarafların kusurları saptanmalı ve tazminat talepleri buna göre sonuca bağlanmalıdır. Bu yapılmadan tazminatlar hakkında eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..." HGK., 13.4.2016, 2014/2-693 E., 2016/499 K., Kazancı Bilgi Bankası.

⁵⁷ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1892; Özekes, Dilekçeler, s. 277; Erdönmez, s. 25.

⁵⁸ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1892.

Yine İK m. 20/1-2’de, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu ancak işçinin, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda işçinin bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. İlâveten İK m. 19’da feshin biçimsel koşulları düzenlenmiştir. Buna göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez⁵⁹.

İş güvencesi ve işe iade davasına ilişkin hükümlerin her birinin detaylı olarak ele alınması çalışmanın kapsamını aşacağından bu hususta ilgili noktalar çalışmanın kapsamı nispetinde incelenecektir.

2. İşe İade Davalarında Tarafların Somutlaştırma Yükü ve Kapsamı

İşe iade davaları bakımından da davacı işçi ve davalı işverenin somutlaştırma yükü bulunmaktadır. Somutlaştırma yüküne ilişkin yaptığımız açıklamalar işe iade davasının niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır⁶⁰. Bu bağlamda ilk olarak işe iade davasını açan işçinin dava dilekçesinde soyut ve genel ifadelerde “iş sözleşmem geçersiz sebeplerle feshedildi bu yüzden işe iademi talep ediyorum” veya sadece “iş sözleşmem geçersiz sebeplerle feshedildi” şeklinde dava açması veya işçinin ileri sürdüğü iddialarını delillerle eşleştirmemesi halinde somutlaştırma yükünün ihlali durumu ortaya çıkar.

Bu noktada işe iade davasını açan işçi, bir iş sözleşmesinin mevcut olduğunu, iş güvencesi hükümlerinden yararlanan bir işçi olduğunu (işyerinde otuz veya daha çok işçi çalıştığını, işyerinde en az altı

⁵⁹ Bu hususlarda detaylı bilgi için bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 335 vd.; **Çelik**, Nuri, İş Güvencesi, İstanbul 2003, s. 10 vd.; **Süzek**, s. 571 vd.; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 183 vd.; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 171vd.; **Şakar**, Müjdat, Gereğçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2015, s. 369 vd..

⁶⁰ **Çil**, Şahin, 6100 Sayılı HMK’ya Göre İş Yargısında İspat Yükü Ve Deliller, İÜHFMC: LXXII, S: 2, 2014, s. 87.

aylık kıdemi bulunduğunu ve işveren vekili durumunda olmadığını), işverenin fesih bildiriminde bulunduğunu ve feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını ya da herhangi bir sebep gösterilmediğini iddia yükü altındadır⁶¹. İşçi iddia yükü altında olduğu bu hususlara ilişkin vakıaları açık ve somut bir şekilde ortaya koymalıdır. Zira bu hususlar işçinin lehine hak çıkarabilmesi için kanunda belirlenmiş olan koşul vakıalardır ve işçi bu koşul vakıalara uygun somut vakıaları açık ve anlaşılabilir bir şekilde somutlaştırmak zorundadır. İşçi, Kanun'un aradığı bu koşul vakıalara uygun somut vakıaları dilekçesinde belirtmelidir. İşçi, Kanun'un aradığı bu koşul vakıalara uygun somut vakıaları dilekçesinde belirtmedikçe, yargılamanın yürütülmesi ve ispat faaliyetinin yerine getirilmesi mümkün değildir. Ancak hemen belirtelim ki bu vakıaları ileri sürme hususunda iddia yükü altında olan işçi bunların tamamı bakımından ispat yükü altında değildir⁶².

Uygulamada ise Yargıtay, işe iade davalarında, kapsama ilişkin koşulların gerçekleşmesi bakımından deyim yerindeyse re'sen araştırma faaliyetine girişilerek inceleme yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁶³. Bu noktada Yargıtay, ispatsızlığın riskinin, işçi veya işveren üzerinde bırakmamakta, mahkemenin bütün delilleri değerlendirerek, iş

⁶¹ Özkes, Muhammet, İş Kanunu'nun 20 ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağan, Ankara 2004, s. 490; Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s. 171; Akı, Erol/Altıntaş, H. Olcay/Bahçivanlar, İbrahim, Uygulamada İş Güvencesi, Legal Yayınları 2005, s. 138. "İşyerinde çalışan işçi ölçütü açısından, iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiğini ileri süren işçi, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür" (Güzel, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, s. 32).

⁶² Özkes, İş, s. 484-490.

⁶³ Bu yönde kararlar için bkz. Özdemir, s. 294-295. Bu hususta doktrinde Kar'a göre de, iş hukukunun hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri dikkate alındığında, işe iade davalarında kendiliğinden araştırma ilkesinin ağır bastığı görülmektedir. Genel kural kapsamında iş sözleşmesi ile çalışma ve yasa ile işverene yüklenen feshin haklı veya geçerli nedenle gerçekleşmesi gibi taraflarca hazırlanma ilkesinin kapsamında kalan olgular dışında genelde kendiliğinden araştırma ilkesi söz konusudur (Kar, Bektaş, İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, Legal İHD, 2005/7, s. 1011-1012).

güvencesine ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda, kesin bir sonuca ulaşılmamasını istemektedir⁶⁴.

İşe iade davaları bakımından ele alınması gereken diğer bir husus feshin usulî koşulları bakımından iddia ve somutlaştırma yükünün belirlenmesidir. İK m. 19'a göre, haklı nedenlerle fesih dışında, hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır⁶⁵. Feshin yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir⁶⁶. Buna göre işçinin işe iade talebiyle açtığı bir davada mahkeme öncelikle usul koşullarının varlığını denetleyecektir. İşçi bakımından feshin usulüne ilişkin iddia ve somutlaştırma yükü somut duruma göre değişir. Bu hususta esas somutlaştırma yükü davalı işveren üzerindedir. İşverence iş sözleşmesinin İK m. 19'da öngörülen bir şekilde yazılı olarak veya geçerli bir sebep belirtilmeksizin feshedilmediği durumlarda işçinin iş sözleşmesinin fesih usulünün kanunda öngörülen şartları taşımadığını iddia etmesi yeterlidir⁶⁷. Asıl ispat ve somutlaştırma yükü üzerine düşen taraf olan işverenin fesih bildirimini yazılı bir şekilde yaptığını ispat etmesi, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirttiğini somut ve detaylı bir şekilde ortaya koyması gerekir. Yine işveren işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesini feshedecekse, fesihten önce işçinin savunmasını almak zorundadır⁶⁸. İşveren işçi bu hususta savunmasını almadan iş sözleşmesini feshetmişse, bu durumda işçinin bu hususu iddia etmesi yeterli olup savunmanın alındığını ve bu savunmayı alırken gerekli şekilde hareket ettiğini somut bir şekilde iddia ve ispat işverence yapılmalıdır⁶⁹.

⁶⁴ Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006 s. 295.

⁶⁵ Düzenlemenin detayı ve isabetsiz olduğu hususunda bkz. Canbolat, s. 89 vd..

⁶⁶ Bkz. Canbolat, s. 89 dp. 8. Uygulamada Yargıtay da fesih geçerli bir sebebe dayansa bile feshine ilişkin usulî koşulların ihlali halinde feshin geçersizlik sonucunu doğuracağını kabul etmektedir. Bu yöndeki kararlar için bkz. Özdemir, s. 295-296.

⁶⁷ Özekes, Dilekçeler, s. 484.

⁶⁸ Bu savunmanın ne şekilde alınması gerektiği yönünde detaylı bilgi için bkz. Canbolat, s. 90-91.

⁶⁹ Özdemir, s. 297.

Feshin esası bakımından geçerliliği konusunda İK m. 18/1'e göre, iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması zorunludur. Yine İK m. 20/2'ye göre ise, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Buna göre işe iade davasında feshin esasının geçerliliği konusunda, iş sözleşmesinin geçersiz olarak feshedildiğini iddia etme yükü işçi üzerinde olmakla birlikte bu noktada, işçi fesih bildiriminde yer alan sebeplerden başka bir sebebe dayanmadığı takdirde, ispat yükü altında değildir. Bu durumda da ispat ve somutlaştırma yükü işveren üzerindedir. İşveren iş sözleşmesini kanunda yer alan geçerli sebeplerden birine dayanarak yasal düzenlemeye ve ilkelere (fesihte son çare ve objektif seçim ilkelerine) uygun şekilde feshettiğini⁷⁰, genel ve soyut ifadelerle değil, somut ve açık bir şekilde detaylandırarak somutlaştırmak ve ispat etmek yükü altındadır⁷¹. Şayet işçi, feshin işveren tarafından iddia edilen sebepten başka bir sebebe dayandığını, örneğin işletmenin gereklerinden değil de sendikal nedenlerle yapıldığını iddia ederse bu durumda söz konusu hususu somut ve açık bir şekilde ortaya koyarak somutlaştırmak ve ispat etmek işçi üzerine düşen bir yüküdür.

İşe iade davasında da taraflar dilekçelerinde ileri sürdükleri iddiaları, ilgili delilleri ile eşleştirerek, ispata elverişli bir şekilde ileri sürmek zorundadırlar. Bu nedenle “yasal her türlü delil” veya “sair kanuni deliller” şeklinde ifadelerin varlığı halinde kural olarak açıkça belirtilmeyen delillere başvuru imkânı mevcut olmamalıdır. Ancak yukarıda

⁷⁰ Feshin esası bakımından geçerli sebeplerden ne anlaşılması gerektiği ve bu sebeplerden her biri bakımından ispat yükünün kime ait olduğu hususunda detaylı açıklamalar için bkz. **Özdemir**, s. 298 vd..

⁷¹ “...*Davalı işveren işçinin davranışlarından kaynaklanan haklı fesih olgusuna dayanmış olup bunun kanıtlanması yönünden dinlettiği müşterek tanık S... P... fesih nedeni olarak gösterilen davacı eylemlerinin gerçekleştiği yönünde bir beyanda bulunmamıştır. Davalı, haklı ve geçerli fesih nedenlerini somut veriler ile kanıtlayamamış, kanıtlayamadığı gibi müşterek tanık işverence yapılan soruşturma sonucunda gerçekten ifade etmediği bazı hususların işyeri yetkililerince iradesi dışında tutanağa geçirtildiğini açıklamıştır. Tüm bu olaylar ışığında feshin haklı ya da geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır...*” 9. HD., 19.12.2014, 2014/27284 E., 2014/38761 K., Kazancı Bilgi Bankası.

ifade ettiğimiz üzere uygulamada Yargıtay, işe iade davalarında bir nevi re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu şeklinde hareket etmekte ve dolayısıyla bu şekilde delillerin eşleştirilmeden genel geçer ifadelerle belirtilmesi durumunda da hâkimin dilekçede açıkça belirtilmeyen delillere de başvurabileceğini kabul etmektedir⁷².

⁷² Bkz. yuk. II/C/1 “...İşverence, feshin son çare olması ilkesine uyulduğu ve alınan işletmesel kararın, objektif ve tutarlı bir biçimde uygulandığı, yerel mahkemece kabul edilmiş ise de; bu hususlarda yeterli araştırma yapılmamıştır. Uzman bir bilirkişi heyeti ile yerinde inceleme yapılarak, davalının norm kadro çalışması sonucunda istihdam fazlası olarak gösterdiği kişilerin çalışmaya devam edip etmedikleri, devam ediyorlar ise eski görevlerinde mi yoksa başka görevlerde mi çalıştıkları, davacının fesihden önceki çalıştığı pozisyon ile kendisine teklif edilen pozisyon arasında çalışma şartları bakımından esaslı değişiklik niteliğinde farklılıkların bulunup bulunmadığı, bulunuyor ise fesih tarihi itibari ile davacıya çalıştığı pozisyona uygun başkaca bir işin teklif edilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak, işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olduğu net bir biçimde tespit edilmeksizin, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine hükmedilmesi hatahdır...” (9. HD., 24.06.2014, 2014/6652 E., 2014/21383 K., Kazancı Bilgi Bankası). Yargıtay genel olarak iş hukukuna ilişkin uyumsuzlukları kamu düzeninden kabul etmekte ve bu davalarda hakimin aydınlatma ödevini delillerin ikamesi bakımından daha geniş yorumlamaktadır; “...6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun konuya ilişkin ve “Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi” başlıklı 194. maddesi uyarınca: “(1) Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. (2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.” Hükümün gerekçesine göre: “Bu hükümle, somutlaştırma yükünün (194/1) delillerle ilişkisi ortaya konulmuştur. Dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmek zorundadırlar... Belirtilmelidir ki, tanık beyanları arasında veya tanık beyanı ile diğer deliller arasında çelişki bulunduğu takdirde, sadece tanık sözlerine dayanılarak hüküm tesis edilmesi mümkün değildir. Bu durumlarda, hâkimin davayı aydınlatma yükümü kapsamında, tanık anlatımları diğer delillerle desteklenmelidir. Taraflarca delil olarak dayanan tanık ifadelerinde tutarsızlık söz konusu ise, davayı aydınlatma yükümü kapsamında hâkim, bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabilir (m. 266 ve m. 288), isticvaba kendiliğinden karar verebilir (m. 169,1), davanın her aşamasında, iki tarafın iddiaları sınırları içinde olmak üzere, tarafları dinleyebilir ve gerekli olan delillerin gösterilmesini ve verilmesini emredebilir (m. 31). Özellikle, fazla çalışma iddialarının konu olduğu uyumsuzluklarda, fiili çalışma olgusunun ispatı söz konusu olduğundan ve İş Hukuku'nun hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri nedeniyle iş yargılamasında hâkimin davayı aydınlatma yükümü daha ağır bastığından, işyerinin kapasitesi, niteliği, işçi sayısı ve davacının yaptığı işler bakımından fazla çalışma yapılması gerekip gerekmediği gibi diğer özel koşullar açıklığa kavuşturulduktan sonra değerlendirme yapılmalıdır. Belirtilmelidir ki, işyeri kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak işyeri kapasitesinin belirlenmesi ve fazla

III.SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUCU

A. Genel Olarak

HMK m. 194'te: taraflar, dayandıkları vakıaları ispata elverişli bir şekilde somutlaştırmalıdır ve tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini “açıkça belirtmeleri zorunludur” denmektedir. Madde gerekçesinde “bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır” denmekte ise de, bu yükün yerine getirilmemesi durumunda nasıl bir yaptırım söz konusu olacağı açıkça düzenlenmemiştir. Ayrıca somutlaştırma yükünü tamamlayıcı nitelikte olan HMK m. 119/1/e-f ve HMK m.129/1/d-e bentlerinde dava ve cevap dilekçesinde iddia ve savunmanın dayanağı olan vakıaların açık özetlerinin yer alması ve her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmesinin zorunlu olduğu düzenlemekle beraber buna aykırı bir dilekçenin varlığı halinde bunun yaptırımının ne olacağı belirtilmemiştir. Bu noktada somutlaştırma yüküne aykırı davranılması halinde bunun yaptırımının ne olacağının belirlenmesi önem kazanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, tarafların dilekçelerinde vakıaları hiç belirtmemesi veya hiçbir delile dayanmaması ile belirli vakıaları gösterip bunları somut ve açık bir şekilde belirtmemesi veya delillerle bağlantılı şekilde göstermemesi birbirinden farklıdır. İlk durumda iddia yükünün yerine getirilmemesi söz konusu iken ikinci durumda somutlaştırma yü-

çalışma yapılmasını gerektiren bir çalışma düzeninin bulunup bulunmadığının tespiti, öncelikle asıl ve alt işverenlere ait işyerinde üretilen mal ve hizmet miktarı ile çalışma düzeninin belirlenmesini gerektirir. Sonuç olarak, tanık anlatımlarının işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığını belirleme konusunda yeterli olamadığı durumlarda, hâkimin kendiliğinden başvurabileceği deliller olan bilirkişi ve keşif delillerine başvurması, işçinin filen yaptığı işin niteliği, işyeri kayıtlarının incelenmesi, işyerinde keşif yapılarak işyerinin hacmi ve yoğunluğu gibi hususlar belirlenerek sonuca gidilmesi gerekmektedir...” HGK., 14.5.2014, 2013/22-1920 E., 2014/666 K., Kazancı Bilgi Bankası. Yargıtay her ne kadar bu kararında tanık beyanları arasında veya tanık beyanları ile diğer deliller arasında çelişki bulunduğu durumlarda hakimin aydınlatma yükü kapsamında hareket etmesi gerektiğini ifade etmekteyse de bu husus esasen hakimin delilleri değerlendirmesi ile ilgilidir. Bu hususta ve delillerin değerlendirilmesi ile hakimin aydınlatma ödevi arasındaki ilişki bakımından detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, Deliller, s. 23 vd..

künün yerine getirilmemesi söz konusudur⁷³. Her iki hususu birbirinden ayrı olarak ele almak gerekir⁷⁴.

B. Dilekçede Hiçbir Vakıa Gösterilmemesi (İddia Yükünün Hiç Yerine Getirilmemesi)

Tarafların hiçbir vakıa veya delil ileri sürmemesi durumda aslında iddia yükünün yerine getirilmemesi durumu söz konusudur. İddia yükü, maddi meseleye ilişkin olup bir hukuk normunun aradığı koşul vakıalara karşılık gelen somut vakıaların mahkemeye bildirilmesi, ileri sürülmesi hususundaki tarafların ödevlerine denir⁷⁵. İddia yükü kural olarak ispat yükünü taşıyan taraftadır. Ancak istisnaen ispat yükü altında olmayan taraf da iddia yükü altında olabilir⁷⁶. Örneğin, zilyetliğin mülkiyete bir karine teşkil etmesine dayanan tarafın, zilyet olması durumunda malik olduğunu ispat yükü bulunmamakla birlikte, kendisinin zilyet ve dolayısıyla malik olduğunu iddia etmesi ve ileri sürmesi gerekir; aksi halde mülkiyete dayanılan bir davada lehine karar verilmesi söz konusu olmayacaktır⁷⁷. Yine işe iade davasında, işçi başka bir sebebe dayanmadıkça, iş sözleşmesinin geçerli sebeplerle feshedildiğini ispat yükü işveren üzerinde olmakla birlikte, işe iade davasını açan işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olarak feshedildiğinin ileri sürmesi gerekir; aksi halde işe iade davasında lehine karar verilmesi mümkün olmayacaktır.

Böyle bir durumda, yani hiçbir vakıa veya delilin ileri sürülmemesi halinde, davacının göstermediği bir vakıayı veya delili mahkemenin araştırması ya da dikkate alması ancak re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mümkündür⁷⁸. Zira dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine tabi olan davalarda hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırla-

⁷³ Özkes, Dilekçeler, s. 285; Karamercan, s. 160-161.

⁷⁴ Yılmaz, herhangi bir ayırım yapmadan vakıaların sıra numarası altında ve açıkça özetlerinin belirtilmemesi durumunda HMK m.119/2 hükmünün kıyasen uygulanarak süre verilmesinin yerinde olacağını belirtmektedir. Yılmaz, Şerh, s. 823.

⁷⁵ Atalay, s. 22 vd..

⁷⁶ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1675; Atalay, s. 24 vd..

⁷⁷ Özkes, Dilekçeler, s. 287.

⁷⁸ Özkes, Dilekçeler, s. 285.

tabilecek davranışlarda dahi bulunamaz⁷⁹. Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m. 25).

Tarafların dilekçelerinde hiç vakıa veya delil göstermemesi durumunda ne yapılacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, vakıaların sıra numarası altında ve açıkça özetlerinin belirtilmemesi durumunda HMK m.119/2 hükmünün kıyasen uygulanarak taraflara süre verilmesi gerekir⁸⁰. Başka bir görüşe göre ise, tarafın iddia etme yükünü ne zaman hiç yerine getirmemiş sayılacağı, diğer bir ifadeyle hangi durumda iddiaların somutlaştırılması yükünün eksik yerine getirilip hangi durumlarda hiç yerine getirilmemiş sayılacağı meselesinin tespiti kolay olmayıp, bu durum hâkimin keyfi davranışına davetiye çıkarabilir. Bu durumda da hâkimin aydınlatma ödevi gereği tarafları uyararak tarafların bunu somutlaştırması sağlanmalıdır⁸¹. Diğer bir görüşe göre, tarafın, dava sebebine ilişkin iddia etme yükünü yerine getirmeyi tamamen ihmal etmesi halinde doğrudan talebin reddedilmesi gerekir⁸².

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir durumda, hukuki dinlenilme hakkı kapsamında öncelikle davalı tarafın kendisine karşı açılan davadan haberdar olabilmesi için içerisinde hiç vakıa içermeyen dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmelidir⁸³. Daha sonra basit yargılama usulü bakımından karşı tarafın cevapları da alındıktan sonra başka bir inceleme yapılmaksızın davacının davası reddedilmelidir. Yazılı yargılama usulü söz konusu ise davalının cevapları sonrasında davacının cevaba cevap dilekçesinde yeni vakıalar ileri sürmesi halinde davanın devamı gerekir ancak davacı cevaba cevap dilekçesinde de hiçbir vakıa belirtmezse bu durumda hâkimin inceleme yapamaması ve davayı reddetmesi gerekir⁸⁴. Burada davanın reddi ile kastedilen esastan değil

⁷⁹ **Schilken**, Eberhard, Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü Konu (çev. Nevhis Deren Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 5. Bası, İstanbul 2006, s.58 vd..

⁸⁰ **Yılmaz**, Şerh, s. 823.

⁸¹ **Karaaslan**, s. 114.

⁸² **Umar**, s. 354-355, 378-379.

⁸³ **Özekes**, Dilekçeler, s. 288; **Karamercan**, s. 159.

⁸⁴ **Aşık**, İbrahim, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı XI) S:3 Y: 2014, s. 160.

usulden reddir. İddia yükü usulî bir yüküdür ve bu yükün yerine getirilmemesi durumunda davanın usulden reddi kararı verildikten sonra davacı talep sonucunu haklı gösteren vakıa iddialarını ispat faaliyetine esas alınabilecek derecede açık ve somut bir şekilde ortaya koyarak ve delillerle de eşleştirerek, yeni bir dava dilekçesi hazırlamak suretiyle yeniden dava açabilir ve bu durumda önceki usulden ret kararı olumsuz dava şartı olarak kesin hüküm etkisi göstermez⁸⁵.

Basit yargılama usulünün uygulandığı işe iade davasını açan işçi de dava dilekçesinde hiçbir vakıa belirtmemiş veya hiçbir delil göstermemişse, dava dilekçesi davalı işverene tebliğ edilmeli ve davalı işverenin cevapları alındıktan sonra da başkaca bir inceleme yapılmaksızın dava usulden reddedilmelidir. Zira bu durumda esasa girip ne ön inceleme ne tahkikat konusu yapılacak bir vakıa mevcuttur. İşçi daha sonra işe iade davasının koşul vakıalarına uygun somut vakıaları ispat faaliyetine esas alınabilecek derecede açık ve somut bir şekilde ortaya koyarak ve delillerle de eşleştirerek yeniden işe iade davası açabilir ve bu durumda önceki karar olumsuz dava şartı olarak kesin hüküm etkisi göstermez.

C. Dilekçede Gösterilen Vakıaların Açık ve Somut Olmaması veya Deliller İle Eşleştirilmemesi (Somutlaştırma Yükünün Yerine Getirilmemesi)

1. Genel Olarak

Daha önce ifade ettiğimiz gibi somutlaştırma yükü kural olarak vakıa bakımından iddia yükünü taşıyan tarafa düşen bir yüküdür. İddia yükü de kural olarak ispat yükünü taşıyan tarafa düşen bir yük olduğundan hem iddia yükü hem de somutlaştırma yükü kural olarak ispat yükünü taşıyan taraftadır. Ancak ispat yükünden farklı olarak hem iddia yükü hem de somutlaştırma yükü maddi hukuk kaynaklı olmayıp tamamen usulî gereklilikler nedeniyle kabul edilen bir yüküdür. Bu çerçevede somutlaştırma yükü esasen usulî bir yüküdür⁸⁶.

Bu noktada cevaplanması gereken soru usulî bir yük olan somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi halinde bunun yaptırımının ne

⁸⁵ Özokes, Dilekçeler, s. 288; Karamercan, s. 159.

⁸⁶ Atalay, s. 32-33; Özokes, Dilekçeler, s. 291.

olacağıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere tarafların hiçbir vakıa veya delili ileri sürmemesi durumunda iddia yükü yerine getirilmemiştir ve bu durumda davanın usulden reddedilmesi gerekir. Tarafların iddia yükünü yerine getirip vakıaları ileri sürmesine rağmen bu vakıaları genel olarak, ana hatları ile soyut bir şekilde ileri sürmesi durumu ise somutlaştırma yükü ile ilgilidir⁸⁷. Bazı durumlarda ise, mahkemeye sunulan vakıalar açık ve anlaşılır olmasına rağmen yeterince somutlaştırılmamış ve bu nedenle de talep sonucunu haklı çıkarmaya yetmemektedir⁸⁸. İlâveten taraflar HMK m. 194 uyarınca vakıalarını ispata elverişli bir şekilde somutlaştırmalıdır. Bu noktada, delil bir ispat aracı olarak ileri sürülen vakıanın doğruluğunu ispat etmeye yaradığından, her bir vakıa bakımından o vakıayı ispat etmeye yarayan ispat araçlarının da gösterilmesi önem taşır. Taraflar dava ve cevap dilekçelerinde talep sonucunu dayandırdıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini belirtmek zorundadırlar⁸⁹.

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmemesi durumunda iddia yükünün yerine getirilememesi durumunda olduğu gibi hemen davanın reddine karar verilmemelidir. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi durumunda davanın reddine karar verilmeden önce bazı işlemlerin yapılması, buna rağmen somutlaştırma yükü yerine getirilmemişse davanın reddine karar verilmelidir. Çünkü iddia yükünün yerine getirilememesinde, mahkeme önüne getirilmiş hiçbir vakıa veya delil bulunmamaktadır ve tarafların getirmediği vakıalara hâkimin dayanması ve onları hatırlatması dahi mümkün değildir (HMK m. 25). Ancak somutlaştırma yükünde, davacının ileri sürdüğü ve iddia ettiği vakıalar mevcut olmakla birlikte bu vakıalar ispata elverişli bir biçimde açık ve somut değildir⁹⁰ veya deliller ile eşleştirilmemiştir⁹¹.

⁸⁷ Özekes, Dilekçeler, s. 285.

⁸⁸ Karaaslan, s. 107.

⁸⁹ Bolayır, s. 87-88.

⁹⁰ Özekes, Dilekçeler, s. 292.

⁹¹ Şeker'e göre, delillerin vakıalarla eşleştirilerek somutlaştırılması, başka yerlerdeki delillerin toplanması için gerekli bilginin mahkemeye sunulması gerektiğine ilişkin uyarı ile bu ödevden imtina edilmesinin yaratacağı etki ve sonuçlar hakkında ilgililerin uyarılması zorunludur. Şeker, Hilmi, İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul Barosu Yayınları, 2012/2, s. 265.

2. Vakıalar Bakımından Somutlaştırma Yükünün Yerine Getirilmemesi

Taraflar iddia ve savunmalarını ispat faaliyetine esas teşkil edecek şekilde ve talep sonucunu haklı kılacak ölçüde açık ve somut bir şekilde somutlaştırmadığı takdirde hâkim aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafların bu konuda dikkatini çekebilir ve somut olmayan vakıaların açıklanmasını ve delillerle bağlantı kurulmasını isteyebilir^{92 93}. HMK m. 31 uyarınca hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil göstermesini isteyebilir. Bu noktada hâkimin iddia yükü bakımından bir ödevi bulunmamakla birlikte somutlaştırma yükü bakımından ciddi bir ödevinin bulunduğu söylenebilir⁹⁴.

⁹² **Karaaslan**, s. 107 vd.; **Özekes**, Dilekçeler, s. 295; **Börü**, s. 251; **Yardımcı**, s. 229, **Budak/Karaaslan**, s. 166. **Karlı/Koç/Konuralp**'e göre bu düzenlemenin (HMK m.194) herhangi bir yaptırımı yoktur. Zira bir yaptırım söz konusu olsaydı bunun maddelerde düzenlenmesi gerekirdi. Somutlaştırma yükümlülüğünün işlev kazanabilmesi için bu yükümlülüğe aykırılık halinde uygulanacak yaptırımın belirlenmesi gerekirdi (**Karlı**, Abdurrahim/**Koç**, Evren/**Konuralp**, Cengiz Serhat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, İstanbul 2014, s. 112). Yine aynı yazarlara göre, dilekçesinde vakıalarını belirten davacı ayrıca delil-vakıa eşleştirmesi yapmak zorunda değildir. Üstelik bu durum bir eksiklik olarak kabul edilse bile HMK m.31'e göre hâkim belirsiz veya çelişik gördüğü hususlar hakkında taraflardan açıklama yapılmasını isteyebilir (**Karlı/Koç/Konuralp**, s. 113).

⁹³ "...Dava, iflas davasına ilişkindir. Somut uyuşmazlıkta, davacının dayandığı anılan maddi vakıalar hem doğrudan iflas, hem de iflas yoluyla adi takibe itiraz edilmemesi üzerine iflas istemine uymakta olup, uyuşmazlığın aydınlatılması için zorunlu olarak davacıdan açıklama istenmelidir. Hakim, tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve bunlara bağlı netice-i taleplerle bağlı ve fakat hukuki tavsiyelerle bağlı olmayıp, kanunları re'sen uygulamakla ve neticeye vardırma yükümlüdür. Her iki iflas talebinin koşulları ve sonuçları farklı olduğundan, mahkemece, açıklama alınıp, sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekir..." 23. HD., 11.03.2013, 857/1445 Kazancı Bilgi Bankası.

⁹⁴ **Özekes**, Dilekçeler, s. 294. Bu çerçevede hâkimin aydınlatma ödevinin bir fonksiyonu olan bilgilendirme ve tamamlama fonksiyonu devreye girecektir. **Karaaslan** s. 109 vd.; **Alangoya**, İlkeler 147 vd.; **Karlı**, s. 311, **Meriç**, Nedim, Hakimın Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı 2009 (Basım Yılı 2010), s. 397 vd..

Hemen belirtelim ki taraflar dilekçelerin verilmesi aşamasında (yazılı yargılamada HMK m. 118-136; basit yargılamada HMK m. 317) eksik bıraktıkları hususları tamamlayabilir veya somutlaştırmadıkları belirsiz veya çelişkili noktaları giderebilirler. İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı da bu aşamadan sonra başlayacağı için bu yönde bir sınırlama söz konusu değildir. Hâkim, gerek bu aşamada gerekse de daha sonraki aşamalarda aydınlatma ödevi çerçevesinde olmak üzere, tarafların bu konuda dikkatini çekebilir ve somut olmayan vakıaların açıklanmasını ve delillerle bağlantı kurmasını isteyebilir. Dilekçelerin verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra hala somutlaştırma yüküne ilişkin bir eksiklik söz konusu ise o zaman hâkimin aydınlatma ödevinin yanı sıra ön inceleme sebebiyle hem görevi hem de sorumluluğu da devreye girecektir. Zira HMK m. 137'e göre hâkim ön inceleme uyuşmazlık konularını tam olarak belirlemek zorundadır ve ön incelemeyi tamamlamadan ve bu konuda karar almadan tahkikata geçemez. Nitekim HMK m. 140'a göre de, hâkim ön inceleme aşamasında tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları ve anlaşmadıkları hususları tek tek tespit etmek zorundadır⁹⁵.

Dolayısıyla tarafların iddia ve savunmalarında yer alan maddi vakıaların somutlaştırılmadığı kanaatinde olan hâkimin, iddia ve savunmalardaki belirsizliklerin giderilmesi hususunda taraflara uyarıda bulunmadan bu belirsizlikleri yargılamanın ileri noktalarına taşıması, hüküm kurması, hem kendi ödev ve sorumluluğunu yerine getirmeyip görevini ihlal ettiği anlamına gelir hem de hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açar⁹⁶. Unutmamak gerekir ki, hâkimin somutlaştırma yükü konusunda taraflara uyarıda bulunması, belirsiz ve çelişik olan hususlarda açıklama yaptırması veya delil istemesi iki tarafın iddia ve savunmaları sınırı içerisinde olabilir⁹⁷. Başka bir ifadeyle, hâkim, iki tarafın iddiaları sınırı içerisinde, mevcut olan vakıa ve taleplere ilişkin taraflara soru sorabilir ve açıklama yaptırabilir. Yoksa tarafın hiç ileri sürmediği bir vakıanın, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafça ileri sürülmesi veya getirilmesi talep edilemez⁹⁸. Aksi halde bu durum hem iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına

⁹⁵ Özkes, Dilekçeler, s. 294-295.

⁹⁶ Karaaslan, s. 113; Özkes, Dilekçeler, s. 295.

⁹⁷ Karaaslan, s. 111.

⁹⁸ Schilken, s. 47 vd..

aykırı olur, hem de hâkimin taraflardan birine yol göstermesi anlamına gelebilir ki, hâkimin taraflardan birine yol göstermesi, onun reddi sebebidir⁹⁹ (HMK m. 36/1-a).

Hâkim, tarafların iddia ve savunmalarında yer alan maddi vakialarda eksiklikler bulunduğu ve yeterince somutlaştırılmadığı hususunda yapacağı uyarının açık ve belirli olmasına dikkat etmelidir. Dolayısıyla hâkimin genel geçer bir şekilde, tensip veya ön inceleme aşamasında soyut ve genel ifadelerle vakıaların somutlaştırılmasını istemesi, tarafların dilekçelerine atıfla yetinmesi, aydınlatma ödevini yerine getirdiğini göstermez. Bu durumda hâkim, hangi vakianın açık ve somut olmadığını tespit ederek açık olmayan bu vakianın somutlaştırılmasını istemelidir¹⁰⁰. Ayrıca hâkim, bu yükün yerine getirilmemesinin yaratacağı etki ve sonuçlar hakkında tarafları uyarmalıdır¹⁰¹. Hâkimin dilekçeler aşamasında veya daha sonraki aşamalarda davacı tarafı, dilekçesinde yer alan vakıalar arasındaki belirsiz veya somut olmayan noktaları işaret ederek uyarmasına ve bu hususu gidermesi için tarafa imkân tanımamasına rağmen, davacı tarafın somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi halinde dava esastan reddedilmelidir¹⁰². İddia yükünün yerine getirilmemesi durumunda dava usulden reddedilmesine rağmen somutlaştırma yükünün davacı tarafından yerine getirilmemesi durumunda dava esastan reddedilmelidir. Çünkü somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinde bir vakia iddiası mevcuttur ancak bu vakia somut ve açık değildir, hâkimin uyarısına rağmen de somutlaştırılmamıştır. Bu durumda ise aslında davacı ileri sürdüğü vakıayı ispata elverişli bir şekilde ortaya koymamakta ve ispat faaliyetini doğru bir biçimde gerçekleştirmemektedir. Böyle bir durumda talebin haklılığı konusunda mahkemenin ikna edilmemesi sonucu ortaya çıkar. Dolayısıyla bunun

⁹⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.286; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 823; Karslı, s. 308.

¹⁰⁰ Karaaslan, s. 113; Özekes, Dilekçeler, s. 295, dp. 57.

¹⁰¹ Şeker, s. 265.

¹⁰² Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1691; Atalay, s. 36; Özekes, Dilekçeler, s. 296; Karamercan, s. 351.

sonucu ispat yükünün yerine getirilmemesinde olduğu gibi belirsizlik rizikosuna katlanma yani davanın esastan reddi şeklinde olacaktır^{103 104}.

Somutlaştırma yükünün hâkimin uyarısına rağmen davalı tarafından yerine getirilmemesi halinde ise, ikili bir ayrıma gidilmelidir. Şayet davacının iddia ettiği vakıalar bakımından somutlaştırma yükü davalı üzerinde bulunuyorsa ve davalı gerekli yardım ve açıklamaları yapmıyorsa, o zaman davalının aleyhine karar verilmesi, o vakıa bakımından davacının ileri sürdüğü hususun kabul edilmesi riski ortaya çıkar¹⁰⁵. Ancak şayet davalı kendi cevap dilekçesinde ileri sürdüğü ve somutlaştırması gereken vakıalar hakkında yeterli açıklamalarda bulunmazsa, bu durumda davalının HMK m. 128 gereğince, davacının iddialarını inkâr etmiş olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁶.

¹⁰³ **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usul*, s. 1675; **Atalay**, s. 36; **Özekes**, *Dilekçeler*, s. 296; **Tanrıver**, s. 798; **Umar**, s. 130, 353, 564, 565. **Karamercan**, s. 351.

¹⁰⁴ Vakıaların ispata elverişli bir şekilde somutlaştırılmaması halinde hâkimin HMK m. 119/2 uyarınca taraflara süre vermesi yerinde bir yaklaşım değildir (**Özekes**, *Dilekçeler*, s. 282, 286). Zira HMK m. 119/2 uyarınca davacıya süre verilmesine rağmen davacının vakıaları ispata elverişli bir şekilde somutlaştırmaması ve bu eksikliği gidermemesi halinde HMK m. 119/2 gereği davanın açılmamış sayılması durumu gündeme gelecektir. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce bu durumda hâkim aydınlatma ödevi ve ön inceleme aşamasındaki görevi gereği tarafa vakıalarını somutlaştırması için imkân tanımalı ve taraf bu imkâna rağmen somutlaştırmazsa davanın esastan reddi gerekir. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılması kararı verilmesi yerinde değildir (**Pekcanitez**, *Pekcanitez Usul*, s. 1139). "...HMK. da ise ilk itirazlar arasında dava dilekçesindeki eksiklikler sayılmadığı gibi, HMK 119/2 maddesinde, dava dilekçesindeki eksikliklerin tamamlanması için bir haftalık kesin süre verilip bu süre içerisinde eksikliğin tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılacağı durumlar arasında "Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri", "iddia edilen her bir vakıanın hangi delil ile ispat edileceği" (m. 119/1-e,f) sayılmamıştır...O halde mahkemece kesin süre içerisinde eksikliğin giderilmediğinden bahisle davanın 6100 Sayılı HMK.'nın 119/2. maddesi hükmü gereğince açılmamış sayılmasına karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..." 3. HD., 11.03.2014, 2013/19323 E., 2014/3734 K. (**Karamercan**, s. 184-186).

¹⁰⁵ **Atalay**, s. 36; **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usul*, s. 1691; **Özekes**, *Dilekçeler*, s. 297. **Börü**'ye göre, savunmayı somutlaştırma yükü üzerine düşen taraf bir bütün olarak savunmasını somutlaştıramamışsa, bu halde onun aleyhine karar verilmesi sonucu doğar, böyle bir durumda karşı tarafın iddiasına ilişkin vakıanın doğru olduğu ihtimalinin, fiili bir karine (veya emare) olarak kabul edilmesi gerekir (**Börü**, s. 257).

¹⁰⁶ **Özekes**, *Dilekçeler*, s. 297; **Börü**, s. 256.

Uygulamada Yargıtay'ın vakıalar bakımından somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi durumunda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği hususunda farklı yönde kararları mevcuttur. Bazı kararlarında Yargıtay, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini, dava dilekçesinde belirtmemiş olması durumunda davacıya HMK m. 119/2 gereğince süre verilmesi gerektiğini belirtirken¹⁰⁷, bazı kararlarında böyle bir durumda davacıya HMK m. 119/2 gereğince süre verilmesine gerek olmadığını belirtmiştir¹⁰⁸. Yine Yargıtay'ın somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi halinde öncelikle hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflara uyarıda bulunması gerektiği, bu uyarıya rağmen tarafların somutlaştırma yükünü

¹⁰⁷ "...HMK'nın 119/2 maddesinde birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentlerinde yer alan hususların eksik olması halinde ne şekilde karar verileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından bu hallerde mahkemenin ne şekilde karar vermesi gerektiği sorusunun yanıtı Yasa'nın diğer hükümleri de gözönünde tutularak belirlenmelidir. HMK'nın 119/e bendine göre "Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri" dava dilekçesinde bulunmalıdır. Somut olayda davacı, iddiasının dayanağı olan vakıaları dava dilekçesinde açıklamıştır. Vakıalar davanın gerçek sebebi ve temeli olup HMK'nın 119. maddenin (e) bendine göre vakıaların dava dilekçesinde tutarlı ve anlaşılabilir şekilde özet halinde yer alması yeterli ve gereklidir. Yasa metninde yer alan "vakıaların sıra numarası altında açık özetleri" ile amaçlanan da budur. Öte yandan, vakıaların dava dilekçesinde bulunmaması halinde dahi bu eksikliğin tamamlanması mümkün olduğundan Yasa'nın 119/2 maddesine kıyasen davacıya bir haftalık kesin süre verilmeli, bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılmalıdır. HMK'nın 119/e bendinde yer alan hüküm ile davaların usul ekonomisi ilkesine uygun bir biçimde makul bir sürede sonuçlanması amaçlandığından tamamlanması mümkün bir eksiklik bulunması halinde davanın açılmamış sayılması yerine bu eksikliğin tamamlanması için davacıya kesin süre verilmesi hukuk devletine ve yasa koyucunun amacına daha uygun olacaktır..." 21. HD., 05.12.2012, 16743/22172 Kazancı Bilgi Bankası. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. **Karamercan**, s. 164-165.

¹⁰⁸ "...HMK. da ise ilk itirazlar arasında dava dilekçesindeki eksiklikler sayılmadığı gibi, 119/2 maddesinde, dava dilekçesindeki eksikliklerin tamamlanması için bir haftalık kesin süre verilip, bu süre içerisinde eksikliğin tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılacağı durumlar arasında "Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri", "iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği" (m. 119//e.f) sayılmamıştır..." 3. HD., 11.03.2014, 2013/19323 E.-2014/3734 K. Bkz. **Karamercan**, s. 167.

yerine getirmemesi halinde davanın reddedilmesi gerektiği yönünde isabetli kararları da mevcuttur¹⁰⁹.

3. Deliller Bakımından Somutlaştırma Yükünün Yerine Getirilmemesi

Tarafların ilgili vakıalarla bağlantı kurmadan ve eşleştirme yapmadan delillerini ileri sürmeleri halinde ise hâkim aydınlatma ödevi ve ön inceleme aşamasındaki görevi gereği taraflara delilleri somutlaştırmaları ve açıkça hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini belirleme-

¹⁰⁹ “...Dava dilekçesinde, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 119/1-e gerekse madde 194 gereğince somutlaştırma yükünün yerine getirilmemiş olması halinde, önce hakim davayı aydınlatma ödevi ve ön incelemedeki görevi gereği, somut olmayan hususların belirlenmesinin (yeni bir vakia meydana getirmeden, sadece mevcut vakia kapsamında) davacıdan istemeli, bu eksiklik tamamlanırsa yargılamaya devam edilerek karar vermeli, bu eksiklik tamamlanmaz, somutlaştırma gerçekleşmezse, ispatsız kalan davanın reddine karar verilmelidir...” 22 HD., 07.04.2015, 8250/12884. Bu karar ve bu yöndeki kararlar için bkz. **Karamercan**, s.375-394. Yine Yargıtay 22. HD'nin 14.10.2014 tarih ve 19856/27673 sayılı kararı şu şekildedir: “...Sonuç olarak dava dilekçesinde, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 119/1-e gerekse m. 194 gereğince somutlaştırma yükünün yerine getirilmemiş olması halinde, önce hâkim davayı aydınlatma ödevi ve ön incelemedeki görevi gereği, somut olmayan hususların belirlenmesini (yeni bir vakia meydana getirmeden, sadece mevcut vakia kapsamında) davacıdan istemeli, bu eksiklik tamamlanırsa yargılamaya devam edilerek karar verilmeli, bu eksiklik tamamlanmaz, somutlaştırma gerçekleşmezse, ispatsız kalan davanın reddine karar verilmesi gereklidir. Somut olayda, dava dilekçesinde, davacının bir kısım işçilik alacaklarının, işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmelerine uygun şekilde hesaplanmadığı ve ödenmediği ileri sürülerek, yevmiyesinin toplu iş sözleşmelerine uygun şekilde belirlenmesiyle varsa işverence yapılmış ödemelerin mahsup edilmek suretiyle dava konusu alacakların hükmü altına alınması talep edilmiştir. Dava dilekçesi, soyut ve genel anlatımlar içermektedir. Hangi toplu iş sözleşmesine dayanıldığı, ödenmeyen unsurların neler olduğu belirtilmemiştir. Keza “varsa işverence yapılmış ödemelerin mahsup edilmesi” gibi belirsiz ve soyut vakia ileri sürülmüştür. Davacının yevmiyesinin ne suretle eksik belirlendiği, işçilik alacaklarının hesaplanmasında ve ödenmesindeki toplu iş sözleşmelerine aykırılıkların neler olduğu ile ilgili maddi olgular ve olaylar hakkında bir açıklama yapılmayarak davanın dayandırıldığı vakıalar açık ve somut olarak ortaya konulmamıştır. Anılan sebeple, dava dilekçesinde, somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlaşıldığından, öncelikle hâkimin bu konuda somutlaştırma yapması için tarafı uyarması ve bu vakıaları tüm unsurlarıyla belirlemesini istemesi, özellikle ön inceleme aşamasında bu belirlemenin yapılması, buna rağmen davacının somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi durumunda davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi, usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...” Kazancı Bilgi Bankası.

leri için imkân tanımalı ve uyarıda bulunmalıdır¹¹⁰. Hâkimin delilini somutlaştırması için uyarıda bulunması ve imkân vermesine rağmen taraf, ilgili delilini somutlaştırmadığı takdirde somutlaştırılmayan delil

¹¹⁰ **Umar**, s. 354; **Karslı**, s. 490; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1139; **Erdönmez**, s. 21; **Akil**, s. 98; **Özsumcu**, Seda, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2013/101, s. 56; **Yardımcı**, s. 249. **Yılmaz**, bu durumda HMK m. 119/2 hükmünün kıyasen uygulanarak süre verilmesinin yerinde olacağını belirtmektedir (**Yılmaz**, Şerh, 823). Nitekim Yargıtay 2. HD., 15.03.2014, 2012/25321 E., 2013/10648 K. sayılı kararında "...Tahkikat, ön incelemede saptanan çekişmeli hususlar üzerinden yürütüleceğine (HMK.md. 140/3) göre mahkemece, taraflara dilekçelerinde dayandıkları, ancak somutlaştırmadıkları delillerini açıklaması, tanık deliline dayanılmakla tanık listesi verilmesi, gösterdikleri tanıkların adı ve soyadı ile adreslerini hangi tanığın hangi vakıya ilişkin olduğunu içeren dilekçe vermesi için kesin süre verilerek sonucuna göre hareket edilmesi gerekirken açıklanan hususlar gözetilmeden davanın neticeye bağlanması doğru bulunmamıştır..." (Kazancı Bilgi Bankası) demek suretiyle aynı yönde yaklaşım sergilemiştir. Benzer yöndeki kararlar için bkz. **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1139, dp. 52. Ancak hemen belirtelim ki Yargıtay'ın vakıalarla delillerin eşleştirilmemesi durumundan HMK 119/2 gereğince süre verilmesi gerektiği yönünde kararları da mevcuttur. ("... Gerçekten de, her ne kadar, H.M.K.nm gerekçesinde 119/I. maddenin f fıkrasındaki iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği hususu bir zorunluluk olarak zikredilmiş ise de, yukarıda da değinildiği üzere, bu hususun eksikliğinin maddenin 2. fıkrasında müeyyideye bağlanmamış olması nedeniyle, davada ön inceleme aşamasında iddia ve savunmanın netleştirilmesi çerçevesinde ikmalinin mümkün olduğunun düşünülmediği, bu sebeple de belirtilen eksikliğin bu madde kapsamında davanın açılmamış sayılmasını gerektirir bir eksiklik olarak öngörülmediği sonucuna varılmalıdır..." 11. HD., 10.06.2014, 8828/10987). Bu yöndeki kararlar için bkz. **Karamercan**, s.191-198. Yine Yargıtay'ın bu hususta delillerin ön inceleme aşamasında iddia ve savunmanın netleştirilmesi çerçevesinde ikmalinin mümkün olduğu ve eksikliğin bu şekilde düzeltilebileceği yönünde de kararları mevcuttur ("...Diğer yandan, her ne kadar, HMK'nın gerekçesinde 119/I. Maddenin f fıkrasında iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği hususu bir zorunluluk olarak zikredilmiş ise de, yukarıda da değinildiği üzere, bu hususun eksikliğinin maddenin ikinci fıkrasında müeyyideye bağlanmamış olması nedeniyle, davada ön inceleme aşamasında iddia ve savunmanın netleştirilmesi çerçevesinde ikmalinin mümkün olduğunun düşünülmediği, bu nedenle de belirtilen eksikliğin bu madde kapsamında davanın açılmamış sayılmasını gerektirir bir eksiklik olarak öngörülmediği sonucuna varılmalıdır..." 11. HD. 05.02.2013, 2012/720 E., 2013/1952 K). sayılı kararı ve aynı yöndeki kararlar için bkz. **Karamercan**, s. 186-191.

göz önüne alınmadan karar verilir^{111 112}. Şayet taraf, ispat yükü altında olduğu davada hiçbir delilini ilgili vakıalarla bağlantı kurmadan ve somutlaştırma yapmadan ileri sürer ve hâkimin somutlaştırma yapması için verdiği imkânı da değerlendirmez ve bu eksikliği tamamlamazsa ispat yükünü yerine getirmediği için davayı kaybedecektir¹¹³.

4. İşe İade Davası Bakımından Somutlaştırma Yükünün Yerine Getirilmemesi

İşe iade davası bakımından da yukarıda ifade ettiğimiz şekilde talep sonucunu haklı gösteren vakıalar bakımından iddia ve somutlaştırma yükü altında bulunan işçi veya işverenin iddialarını veya savunmalarını yeterli ölçüde somutlaştırmamış bir şekilde yargılamaya getirmesi halinde öncelikle hâkimin somutlaştırılmamış vakıalar ve eşleştirilmemiş deliller bakımından taraflara aydınlatma ödevi çerçevesinde uyarıda bulunması ve bu hususlardaki eksiklikleri gidermesi için imkân tanınması gerekir. Bütün bunlara rağmen eksik veya çelişik olup somutlaştırılmamış olan vakıalar somut ve açık bir şekilde ortaya konulma-

¹¹¹ Erdönmez, s. 21; Akil, s. 98; Yardımcı, s. 254.

¹¹² Tarafın delilini ilgili vakıalarla eşleştirmeden sunması halinde hâkimin HMK m. 119/2'yi uyarınca tarafa süre vermesi yerinde bir yaklaşım değildir (Özekes, Dilekçeler, s. 286). Zira HMK m. 119/2 uyarınca davacıya süre verilmesine rağmen davacının delilini somutlaştırmaması ve bu eksikliği gidermemesi halinde HMK m. 119/2 gereği davanın açılmamış sayılması durumu gündeme gelecektir. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce bu durumda hâkim aydınlatma ödevi ve ön inceleme aşamasındaki görevi gereği tarafa delilini somutlaştırması için imkân tanınmalı ve taraf bu imkâna rağmen delilinin somutlaştırmazsa somutlaştırılmayan delil dikkate alınmadan mevcut delillerle karar verilmelidir. Aksi durumda aşırı şekilcilikten dolayı ciddi hak kayıplarına sebebiyet verebilir. "... Mahkemeye davacının dava dilekçesinde HMK'nun 194'üncü maddesinde öngörülen somutlaştırma yükünü yerine getirmediği veya yeterince yerine getiremediği durumlarda davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğine dair bir kanun hükmü bulunmadığı gözetilmeden, mahkemenin kanısına göre eksik addedilen husus nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi isabetsizdir. Dava dilekçesinde HMK'nun 219 maddesine aykırı olarak, toplanması gereken belgelerin dava dilekçesinde ayrı ayrı gösterilmediği gerekçesiyle de davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinin yasal bir dayanağı yoktur..." 19. HD., 22.01.2013, 14885/1040 (Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1139, dp. 52).

¹¹³ Erdönmez, s. 21.

mıssa yahut deliller ilgili vakıalarla eşleştirilmemişse ispat faaliyetine esas teşkil edecek şekilde davranılmadığının kabulü gerekir.

Burada özellik arz eden durum iş hukuku alanında özellikle belgelerin ve delillerin işverende olduğu ve kayıt dışı çalışmanın yaygın olması hususlarıdır. İşçi tarafından somutlaştırma yükünün yerine getirilip getirilmediği hususu yukarıda belirttiğimiz şekilde her bir vakıa bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır¹¹⁴. Bu noktada işçinin somutlaştırma yükü altında bulunduğu vakıalar bakımından işverenin yardımı gerekebilir. Bu durumda somut olaya göre işçi bakımından somutlaştırmanın zorluğu¹¹⁵ söz konusu olabilir. Somutlaştırmanın zorluğu halinde vakıanın karşı tarafça ortaya konulması gerekir¹¹⁶. Eğer işveren bu hususta gereken açıklamaları ve yardımı yapmazsa, başka bir ifadeyle karşı taraf olarak vakıaların aydınlatılmasına katılma yükünü¹¹⁷ yerine getirmese, işçinin ileri sürdüğü iddialarının gerçek olduğunun kabulü ve dolayısıyla işverenin davayı kaybetme riski doğar.

SONUÇ

Somitlaştırma yükü, kendisini tamamlayıcı nitelikte olan hükümlerle birlikte ele alındığında iki açıdan incelenmelidir. Bunlardan ilki, vakıaların; yer, zaman, kişi, konu, mekân vs. unsurlarla algılamaya, anlamaya, tartışmaya ve ispata elverişli bir şekilde ortaya konulmasıdır (HMK m. 194/1). Bu yönüyle yapılan düzenleme, genel geçer ifadeler ve soyut vakıaların ileri sürülmesi suretiyle adeta bir “genel vakıalar havuzunun” yaratılmasının önüne geçmek işlevini üstlenir. Zira dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi gereği dava malzemesi üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan tarafların, sınırsız bir şekilde bu yetkilerini kullanarak soyut ve genel ifadelerle vakıalar ileri sürmesi,

¹¹⁴ Bkz. II/C/1-2.

¹¹⁵ Somutlaştırmanın zorluğu iddia yükünü taşıyan tarafın, dava sebebine ilişkin vakıaların kendi yaşam, algı veya etki alanı dışında cereyan etmesi durumunda söz konusu olur. Somutlaştırmanın zorluğunun mevcut olduğunun kabul edilebilmesi için, a) vakıanın tarafça ortaya konulmasının beklenilememesi, b) karşı tarafça vakıanın ortaya konulabilmesi ve c) menfaat dengesinin sağlanabilmesi unsurlarından oluştuğu hususunda detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. **Börü**, s. 226-234; **Yardımcı**, s. 257 vd..

¹¹⁶ **Börü**, s. 226 vd..

¹¹⁷ **Pekcanitez**, **Pekcanitez Usul**, s. 1685.

yargılamanın “makul bir sürede” sonuçlanmasını engeller niteliktedir. Ayrıca tarafların talep sonucunu dayandırdıkları hukuk kuralını karşılayan koşul vakıalara uygun somut vakıaları ispat faaliyetine esas teşkil edecek biçimde açık ve anlaşılır şekilde ileri sürmemesi hayat olayının gerçeğe uygun bir şekilde tespit edilmesi imkânını güçleştirdiği gibi sağlıklı bir ispat faaliyetinin yapılması imkânını da ortadan kaldırır.

Tarafların vakıalar bakımından somutlaştırma yükünü yerine getirmemeleri halinde hâkim, aydınlatma ödevi kapsamında ve ön inceleme aşamasında görevi gereği ilgili vakıaları somutlaştırması hususunda taraflara açıkça uyarıda bulunmalı ve bunun için imkân vermelidir. Davacıya uyarıda bulunmasına rağmen davacının vakıalarını açık ve somut bir şekilde ortaya koymaması vakıaların ispata elverişli bir şekilde ileri sürülmediği sonucunu doğurur ve davanın esastan reddi gerekir. Davacının ileri sürdüğü iddiaları somutlaştırma yükü davalının üzerinde bulunuyorsa ve davalı bu hususta gereken yardımı ve açıklama yapmıyorsa davanın aleyhine sonuçlanma riski ortaya çıkar. Fakat davalı savunmasında kendi ileri sürdüğü hususları somutlaştırmıyorsa bu durumda davalının, davacının iddialarını inkâr ettiği kabul edilmelidir.

İkinci olarak, her bir delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğinin açıkça belirtilmesi gerektiği somutlaştırma yükünün delillerle olan ilişkisini ifade etmektedir (HMK m. 194/2). Bu açıdan dikkat edilmesi gereken nokta ispat hakkının engellenmemesidir. Zira HMK’da yer alan düzenlemeler ve yukarıda yapılan incelemeler ışığında artık tarafların, dayandıkları delillerini genel geçer ifadelerle ileri sürmemesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Taraflar, ayrıca hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gerekli olduğunu açıkça belirtmelidir. Bu bakımdan tarafların, delilleri vakıalarla eşleştirerek somutlaştırmaması halinde, doğrudan vakıaları ispata elverişli şekilde ortaya koymadıkları, adeta ispat yükünü yerine getirmedikleri belirtilerek esastan aleyhe karar verilmesi ispat hakkını engeller niteliktedir. Bu durumda yapılması gereken hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflara soru sormak, açıklama yaptırmak suretiyle “deliller havuzunda” yer alan her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirlemesi olmalıdır. Hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında ve ön inceleme aşamasındaki görevi gereği eşleştirilmemiş deliller bakımından soru sorması, uyarıda bulunması ve delilin somutlaştırılması için imkân tanınmasına rağmen delil somutlaştırılmaz ve ilgili vakıa ile eşleştirilmezse somutlaştırılmayan delil dikkate alınmadan somutlaştırılmış diğer mevcut delillerle

yargılamaya devam edilmelidir. Şayet ispat yükü altında olan taraf, hiçbir delilinin eşleştirmese ve bu konuda yapılan uyarıyı dikkate almaz ve somutlaştırma yapılması için hâkim tarafından verilen imkânı değerlendirmez ve bu eksikliği gidermezse davayı kaybedecektir.

İşe iade davaları bakımından da işçi ve işveren soyut ve genel ifadelerle değil, somut ve açık bir şekilde vakıalarını somutlaştırarak ileri sürmelidir. İlaveten taraflar vakıa iddialarını ilgili delilleri ile eşleştirerek ileri sürmelidir. Bu şekilde işe iade davası bakımından da daha kolay ispat faaliyetine geçilebilecek ve davanın daha kısa sürede sonuçlanması sağlanabilecektir. İşe iade davasında işçi ve işverenin somutlaştırma yükü ve kapsamı her bir vakıa ayrı ayrı belirlenmelidir. Bu noktada özellikle ülkemizde kayıt dışılığın yaygın olması, işçinin işveren karşısında zayıf konumda olması ve bilgi ve belgelerin çoğunlukla işverende bulunması nedeniyle işveren sadece kendisinin somutlaştırma yükü altında olduğu vakıalar bakımından değil aynı zamanda işçinin somutlaştırma yükü altında bulunduğu vakıalar bakımından da gerekli yardımı ve açıklamayı yapmalıdır. Aksi halde genel olarak iddia yükü altında bulunduğu vakıalar bakımından somutlaştırma yükünü belge ve delillerin işverende olmasında dolayı yerine getiremeyen işçinin iddia ettiği hususların doğru olduğunun kabulü ve işverenin davayı kaybetme riski ortaya çıkar.

KAYNAKÇA

- Akı, Erol/Altıntaş, H. Olcay/Bahçivanlar, İbrahim, Uygulamada İş Güvencesi, Legal Yayınları, İstanbul 2005.**
- Akil, Cenk, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Dilekçesinin Unsurları Bağlamında Somutlaştırma Yükü, MÜHFD, 2012, S. 1.**
- Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay, İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, 2012.**
- Alangoya, H.Yavuz/Yıldırım, Kamil M./Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.**
- Alangoya, Yavuz, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Makaleler, İstanbul 2012 (Dava Temeli).**
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 (İlkeler).**
- Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989,**
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.**
- Aşık, İbrahim, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı XI) S:3 Y: 2014.**
- Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.**
- Becker-Eberhard, Ekkehard, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (çev. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 5. Bası, İstanbul 2006.**
- Bolayır, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014.**
- Bozkurt, H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, 4. Baskı, 2012.**
- Börü, Levent, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.**
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.**
- Canbolat, Talat, İşe İade Kararlarının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, İstanbul Barosu/ Kadir Has Üniversitesi 2010 Yılı İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri.**
- Çankaya, Osman Güven/ Günay, Cevdet İlhan/ Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.**
- Çelik, Nuri, İş Güvencesi, İstanbul 2003.**
- Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, İstanbul 2015.**

- Çil, Şahin**, 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü Ve Deliller, İÜHFM C: LXXII, S: 2, 2014.
- Erdönmez, Güray**, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD, C: 87, S: 5, 2013.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- Gaul, Hans Friedhelm**, Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu (çev. Nevhis Deren Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 5. Bastı, İstanbul 2006.
- Güzel, Ali**, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu/ Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı.
- İyilikli, Ahmet Cahit**, Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme, TBB Dergisi 2013, S. 106.
- Kar, Bektaş**, İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, Legal İHD, 2005/7.
- Karaaslan, Varol**, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- Karamercan, Fatih**, Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları- Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.
- Karlı, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Karlı, Abdurrahim/Koç, Evren/Konuralp, Cengiz Serhat**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, İstanbul 2014.
- Kılıç, Halil**, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı HMK C: 2, 2011.
- Kuru, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016 (Usul).
- Kuru, Baki**, Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, AD, 1967/4 (Dava Sebebi).
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 23. Baskı, Ankara 2012.
- Meriç, Nedim**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı 2009 (Basım Yılı 2010).
- Muşul, Timuçin**, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Özdemir, Erdem**, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
- Özekes, Muhammet**, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan (Dilekçeler).
- Özekes, Muhammet**, İş Kanunu'nun 20 ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağan, Ankara 2004 (İş).

- Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Hukuki Dinlenilme).
- Özmumcu**, Seda, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkameleri Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2013/101.
- Pekcanitez**, Hakan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Rechberger**, Walter H., Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (çev. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 5. Bası, İstanbul 2006.
- Schilken**, Eberhard, Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü Konu (çev. Nevhis Deren Yıldırım), İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 5. Bası, İstanbul 2006.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2015.
- Şakar**, Müjdat, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2015.
- Şeker**, Hilmi, İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul Barosu Yayınları, 2012/2.
- Tanrıver**, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.
- Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.
- Üstündağ**, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.
- Yardımcı**, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, 2017.
- Yıldırım**, Kamil M., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2008 (Değerlendirme).
- Yıldırım**, Kamil M., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Deliller).
- Yılmaz**, Ejder, HMK Uyarınca Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesinde Gösterilmesi ve Eklenmesinin Zorunlu Olup Olmadığı, İstanbul Barosu Dergisi, C: 86, S: 5, 2012 (Deliller).
- Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 (Şerh).
- Yılmaz**, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Değiştirilmiş 2. Bası, Ankara 2010 (Islah).

KISALTMALAR CETVELİ

AD	: Adalet Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
çev.	: Çeviren
der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	: Dipnot
E.	: Esas
HD.	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İK	: 4857 Sayılı İş Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBB Dergisi:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

Kişilik Hakkı İhlallerinde Yetkili Mahkemeler

Place of Jurisdiction in Case of Violation of Personal Rights



Ar. Gör. Recep AŞİT*

ÖZET

Kişilik hakkı ihlallerinin sayısındaki artış ve bu ihlallerin gerçekleştirilmesi ile etki ve sonuçlarının farklı ülkelerde meydana gelmesi bu konularda başvurulacak yetkili mahkemelerin tespitinin önemini artırmaktadır. Kişilik hakkı ihlalleri durumunda başvurulacak yetkili mahkemeler konusunda hukukumuzda esas alınması gereken düzenlemeler, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 25/son ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 16'dır. Bu düzenlemeler, aynı zamanda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uyarınca Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlediğinden özellikle üzerinde durulması gereken düzenlemelerdir.

Anahtar kelimeler: *kişilik hakkı ihlali, yetkili mahkeme, aşkın yetki, haksız fiillerde yetki, tenfiz engeli*

ABSTRACT

The importance of determination of place of jurisdiction in the case of violation of personal rights is getting more important issue because of the increasing number of the violation of personal rights and state difference between the venue of the violation and the place that its effects and results has been occurred. In Turkish Law, Turkish Civil Code (TMK) Art. 25/5 and Turkish Civil Procedure Code (HMK) Art. 16 are the articles that determine the place of jurisdiction in the case of violation of personal rights. These articles determines also international place of jurisdiction according to Code of International Private and Civil Procedural Law (MÖHUK).

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku ABD.

Key words: *Violation of Personal Right, Place of Jurisdiction, Excessive Jurisdiction, Place of Jurisdiction in the case of Actions of Tort, Execution Obstacle*

GİRİŞ

Teknolojideki hızlı ilerlemeler, insanların birbirleri ile olan ilişkilerindeki artış, yazılı ve görsel basının gelişmesi ve internet kullanımının çok geniş kitlelere yayılmasıyla beraber kişilik hakkı ihlallerinin sayısı artmakta ve bu ihlallerin gerçekleştirilmesi ile etki ve sonuçları farklı ülkelerde meydana gelebilmektedir. Bu gelişmeler bağlı hukuk düzeninin yalnızca zararın ortaya çıktığı eylemler bakımından değil, aynı zamanda henüz zararın ortaya çıkmadığı eylemler bakımından da koruyucu mekanizmalara sahip olması ve bu mekanizmalara başvuru noktasında düzenlemeler yapması gerektiği açıktır. Bu bakımdan özel bir haksız fiil türü olan kişilik hakkı ihlallerinde yetkili mahkemelerin tespiti önem arz etmektedir.

Kişilik hakkı ihlali özel bir haksız fiil şekli olduğundan, haksız fiillerde yetkiye ilişkin HMK m. 16'daki düzenleme ile TMK m. 25/son'da yer alan düzenleme, kişilik hakkı ihlallerinde yetkili mahkemelerin tespiti noktasında esas alınması gereken düzenlemelerdir. Ayrıca Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 40 uyarınca Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenir. Bu noktada haksız fiillerde yetkiye ilişkin iç hukuktaki düzenlemeler aynı zamanda içerisinde yabancılik unsuru barındıran olaylar bakımından da uygulanacağından ayrıca bir öneme sahiptir.

Yapılacak olan incelemede; öncelikle genel olarak yetkili mahkemelerin tespitine değinilecek, daha sonra Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) döneminde haksız haksız fiillerde yetki sorunu ele alınacak, ardından Eski Medeni Kanun (EMK) ve TMK'da bu konuya ilişkin mevcut bulunan düzenlemeler ile HMK'daki düzenleme ve bu düzenlemeler arasındaki ilişki değerlendirilecektir.

I. YETKİLİ MAHKEMELERİN TESPİTİ

A. Genel Olarak

Bir davaya, yer itibariyle bakma iktidarına sahip görevli mahkemeye yetkili mahkeme, bu hususu düzenleyen kurallara ise yetki kural-

ları adı verilir. Mahkemelerin yetkisi, mahkemelerin iş sahasının belli bir coğrafi bölge ile sınırlandırılmasını ifade eder¹.

Yetki kavramı, milletlerarası yetki ve iç yetki olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Buna göre; bir davaya hangi devletin mahkemelerinde bakılacağı milletlerarası yetki ile belirlenirken, bir davaya belirli bir devletin ülkesi içinde hangi yerdeki mahkemede bakılacağını iç yetki belirler².

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'unuzun (MÖHUK) 40. maddesine göre; Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder. Bu hüküm uyarınca, içerisinde yabancılik unsuru bulunan bir olay veya ilişki sebebiyle açılan bir davada Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığı, iç hukuk kurallarıyla bir mahkemenin yetkili kılınıp kılınmadığına bağlıdır. İç hukuk kuralları ile yer itibarıyla yetkili bir Türk mahkemesinin varlığı milletlerarası yetkinin de doğumu için gerekli ve yeterlidir³. MÖHUK haksız fiillerle ilgili bir yetki kuralı getirmemiştir. Buna göre haksız fiillerle ilgili bir davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukumuzda yer alan düzenlemelere göre (HMK, TMK) belirlenecektir. Bu nedenle çalışmamızda iç yetki kuralları ağırlıklı olarak incelenecektir. Zira haksız fiillerde yetkiye ilişkin iç yetki kuralları için

¹ Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 148; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s.194; Alangoya, H.Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s.83; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 23. Baskı, Ankara 2012, s. 131; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 103; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 135; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 205; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2016, s. 226; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 42; Bolayır, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 29

² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 131.

³ Ekşi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, 2000, s. 81 vd.; Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, 2010, s. 435 vd..

yapılan açıklamalar aynı zamanda haksız fiillerle ilgili bir davada Türk mahkemelerinin milletlerarası bakımından da geçerli olacaktır.

Yetki kuralları bakımından yapılan bir diğer ayrım; genel yetki kuralı- özel yetki kuralı ayrımıdır. Kural olarak bütün davalar için uygulanan yetki kuralına genel yetki kuralı ve bu mahkemeye de genel yetkili mahkeme denir. Buna karşılık, genel olmayıp, yalnız belirli dava veya dava çeşitleri için kabul edilen istisnai nitelikteki yetki kurallarına özel yetki kuralları ve bu mahkemelere de özel yetkili mahkemeler denir. Dolayısıyla bazı davalar için birden fazla mahkeme yetkili olabilir. Kural olarak, özel yetki genel yetkiyi kaldırmaz, onunla birlikte uygulanır. Bu durumlarda davacı için bir seçimlik hak söz konusu olur. Davacı isterse genel yetkili mahkemede, isterse özel yetkili mahkemede dava açabilir. Ancak kanunla bazı davaların mutlaka belirli bir yer mahkemesinde açılması öngörülmüştür ki, bu hallerde kesin yetki söz konusudur. Bu hallerde genel yetki kaldırılmış olup, dava yalnız bu özel ve kesin yetkili mahkemede açılabilir⁴.

B. Genel Yetki Kuralı

Mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabidir (HMK m.5). Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m.6/1)⁵.

⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 83; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 132; Kuru, Usul, s. 104; Üstündağ, s. 200 vd.; Karanlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 263; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 211.

⁵ HMK m. 6'ya karşılık gelen HUMK m.9/1 'in genel yetkili mahkeme olduğu konusunda Yargıtay içtihatlarında ve doktrinde herhangi bir duraksama söz konusu olmamıştır. Yalnızca 4. HD'nin 31.10.1996 T., 96/8565 E., 96/10514 K. sayılı kararında "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça" ifadesinden yola çıkarak farklı bir çözüm kabul edilmiştir. Buna göre "...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 1711 sayılı Yasa ile değişikliğinden önceki durumu şöyleydi: "Her dava ikame edildiği tarihte müddeaaaleyhin Kanunu Medeni mucibince ikametgah addolunan mahal mahkemesinde bakılır". Maddenin bu biçimiyle ikametgah mahkemesi, genel yetkili mahkemeydi... Nevar ki, 8.6.1973'te yürürlüğe giren 1711 sayılı Yasa ile bu madde değiştirilmiş ve bir eklenti ile şu duruma getirilmiştir: "Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Kanunu Medenisi gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülür". Eklenti, "Kanunda aksine hüküm bu-

Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4271 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümlerine göre belirlenir (HMK m.6/2).

Bir kimsenin yerleşim yeri, sürekli kalmak niyeti ile oturduğu yerdir. Tüzel kişilerin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir (TMK m. 19, 51). HMK m. 6'da açıkça belirtildiği üzere genel yetkili mahkeme davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerine göre belirlenir. Dolayısıyla davalının dava açıldıktan sonra yerleşim yerini değiştirmesi, yetkili mahkemeyi etkilemez.

Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir (HMK m. 9). Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse⁶, davaya o yer mahkemesinde bakılır (HMK m. 7/1).

lunmadıkça” biçimindeki sözcük dizisidir. Eklentiye ikametgah mahkemesi, genel yetkili mahkeme olmaktan çıkartılmış ve bir kural mahkemesine dönüştürülmüştür. Kuralın istisnaları “kanunda aksine hüküm bulunan” durumlardır. İşte onlardan biri de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 21. maddesinde yer almıştır. Sözü edilen 21. maddede, haksız bir filden mütevellit dava o filin vuku bulduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir» denilmektedir... (Karar metni ve kararın eleştirisi için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 83 vd.; **Alangoya**, H. Yavuz, Bir Karar Dolayısıyla HUMK. M. 9/1'deki Mahkemenin Yetkisi Hakkında, İstanbul Barosu Dergisi, S. 1999/7-8-9, s. 642 vd.) HMK m. 6'da “kanunda aksine hüküm bulunmadıkça” eklentisi yer almamaktadır ve bu hususta kökten bir çözüm getirilmiştir. **Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 29-30.

⁶ “...Dava, mahkemenin vasıflandırması uyarınca haksız filden kaynaklanan ölümlü nedeniyle ölenin yakınları (ana-babası) tarafından açılan maddi-manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, yazılı gerekçe ile yetkisizlik kararı verilmiş ise de, zararlı sonuca yol açan ölümlü olayının Antalya'da vukubulması nedeniyle, gerek davanın açıldığı tarihteki 1086 sayılı Yasa'nın 21. maddesi (bkz. Kuru, B., HMU, 4.bası, c.1, sh.319) ve gerekse de kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 6100 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin açık hükmü uyarınca, zararlı sonucu doğuran ölümlü olayının meydana geldiği yer mahkemesinin, eş deyişle Antalya mahkemesinin tüm davalılar bakımından ortak yetkili mahkeme olduğunun kabulü gerekmekte, mahkemece yanılgılı değerlendirmeye ve yasaya aykırı gerekçeye dayanılarak yetkisizlik kararı verilmiş olması doğru olmamış, davacılar vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazının kabulü ile yerel mahkeme kararı-

HMK m. 6'da düzenlenen genel yetki, kural olarak bütün davalar için geçerlidir. Ancak kesin yetki halleri genel yetkiye istisnadır. Kesin yetki hallerinde dava genel yetkili mahkemede açılmaz. Yalnızca kanunda belirtilen kesin yetkili mahkemede açılabilir. Bunun dışında bir dava için özel yetkili mahkeme bulunması genel yetkili mahkemeyi ortadan kaldırmaz. Bu durumlarda davacı bir seçimlik hakka sahiptir, dilerse davasını genel yetkili mahkemede dilerse özel yetkili mahkemede açabilir. Taraflar aralarında yaptıkları yetki sözleşmesi ile yetkili olmayan bir mahkemeye yetkili kılmışlarsa, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, dava sadece sözleşmeyle belirlenen mahkemede açılabilir, yani genel yetkili mahkemenin yetkisi ortadan kalkar⁷.

C. Özel Yetki Kuralı

Genel olmayıp, yalnız belirli dava veya dava çeşitleri için kabul edilen istisnai nitelikteki yetki kurallarına özel yetki kuralları ve bu mahkemelere de özel yetkili mahkemeler denir. Kanun'da genel yetki kuralı (HMK m.6) dışında, genel yetkiyi ortadan kaldırmayan özel yetkili mahkemeler kabul edilmiştir (örneğin HMK m.8,10,16). Kural olarak, özel yetki genel yetkinin yanında onunla birlikte uygulanır. Bu durumlarda davacı için bir seçimlik hak söz konusu olur. Davacı isterse genel yetkili mahkemede, isterse özel yetkili mahkemede dava açabilir⁸.

Bazı hallerde özel yetki kuralları, genel yetkili mahkemenin yetkisini bertaraf eden, yani kesin yetkili mahkemeler tesis eden nitelikte kurallar da olabilir (örneğin HMK m. 12/1, 15/2). Bu durumlarda dava sadece kanunda öngörülen mahkeme veya mahkemelerde açılabilir, başka bir yerde açılmaz. Kanunun ifadesinde, kanunda belirtilen yer veya yerler dışında başka bir yerde dava açılmayacağı anlaşılan davalarda yetki kuralları kesin yetki kurallarıdır. Kesin yetkili olarak kanunda bir tek mahkeme belirtilmiş olabileceği gibi birden fazla mahkeme de belirtilmiş olabilir. Burada önemli olan kanunda kesin yetkili olarak belirtilen yer veya yerler dışında dava açılmamasıdır⁹.

nın bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." 11. HD, 11.7.2012 T., 2012/8559 E., 2012/12239 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası).

⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 138-139; **Tanrıver**, s.237, 249; **Aşık**, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, TBB, S. 97, Y. 2011, s. 41 vd..

⁸ **Kuru**, Usul, s. 104; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 139; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 94; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 211-212.

⁹ **Karslı**, s. 282; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 143; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 94,101; **Tanrıver**, s. 237.

II. HAKSIZ FİİLLERDE YETKİ

A. HUMK Döneminde Haksız Fiillerde Yetki Sorunu (HUMK m. 21)

Haksız fiillerden doğan davalarda özel yetkili mahkeme HUMK döneminde, HUMK m. 21’de düzenlenmişti. Düzenlemeye göre: “*haksız bir fiilden mütevellit dava o fiilin vuku bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir*”.

Madde metninde yer alan “fiilin vuku bulunduğu yer” deyiminden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Doktrinde bu deyim, “*haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı, sonucun meydana geldiği yer*”¹⁰ ya da “*haksız fiil olayının esaslı unsurlarından birinin gerçekleştiği her yer*”¹¹ olarak açıklanmaktadır. Bu nedenle haksız fiil bir gazete veya dergi aracılığıyla işlenmişse gazetenin yayımlandığı ve dağıtılarak satıldığı yerlerdeki mahkemeler, bu haksız fiilden doğan davalar için yetkilidir¹². Aynı şekilde eğer haksız fiil, bir televizyon kanalı aracılığıyla işlenmişse, bu televizyon kanalının ulaştığı her yerde bu hükme dayanılarak dava açılabilir¹³.

Yargıtay “haksız fiilin vuku bulunduğu yer” ifadesini, “zararın tecelli ettiği ve bu suretle haksız fiilin tamam olduğu yer” şeklinde anlamaktadır¹⁴. Başka bir ifadeyle Yargıtay’a göre “haksız fiilin vuku bulunduğu yer”, “haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı, sonucun meydana geldiği yer” olarak anlaşılmalıdır¹⁵.

¹⁰ **Ansay**, Sabri Hukuk Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 96; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 483; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 125; **Bilgiç**, Haluk, İnternet Üzerinden İşlenen Yabancı Unsurlu Haksız Fiilden Doğan Davalarda Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi (Türk, Amerikan ve Fransız Sistemleri), Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 225-226.

¹¹ **Bilge**, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 199; Üstündağ, s. 227; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 101.

¹² **Ansay**, s. 96; **Kuru**, C. I, s. 483.

¹³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 125.

¹⁴ 3. HD 24.12.1956, 8766/6523 (**Kuru**, C.I, s. 483).

¹⁵ “...HUMK’nun 21. maddesinde, haksız eylem zararından doğan davaların, eylemin vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilceği ilkesi benimsenmiştir. Fiilin işlendiği yer deyiminin, fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı sonucunun meydana geldiği yer olarak kabulü gerekmektedir. Gerçekten de, genellikle bütün yurt çapında adı bilinenler dışında bir kimse, en çok oturduğu yerde tanınır. O kişiye ilişkin yayın organı

Yargıtay HUMK m. 21’de yer alan “haksız fiilin vuku bulunduğu yer” deyimini “fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı yer” olarak yorumlamak suretiyle hem “eylem yeri” hem de “zarar yerine” eşit derece önem vermiş ve her iki yerde de dava açabilmesini kabul etmiştir¹⁶. Ayrıca Yargıtay zarar yeri olarak, davacının ikametgâhı veya sakin olduğu yeri kabul etmektedir¹⁷.

Kanaatimizce HUMK m. 21’de yer alan “haksız fiilin vuku bulunduğu yer” deyimini hem eylem yeri hem de zararın meydana geldiği yer şeklinde yorumlanmalıdır. Zira sadece eylem yeri mahkemesini veya sadece zararın meydana geldiği yer mahkemesini yetkili kılmak, kişilere etkin hukuki koruma sağlamaya yetmeyecektir. Aksi durumun kabulü halinde örneğin, Almanya’da basılan ve Türkiye’de de satılan bir gazete ile Türkiye’de ikamet eden birinin kişilik hakkı ihlal edildiğinde, sadece eylem yeri mahkemesinin yetkili kılındığı olasılıkta, kişilik hakkı ihlal edilen kişi açısından Türkiye’de yetkili bir mahkeme olmayacaktır. Yine Türkiye’de basılan ve Almanya’da da satılan bir dergi ile Almanya’da bulunan iş çevresi sebebiyle kişilik hakkı ihlale uğrayan kişi, sadece zararın meydana geldiği yer mahkemesinin yetkili kılınması ihtimalinde Türkiye’de dava açmak için yetkili bir mahkeme bulamayacaktır.

B. HUMK m. 21’in Kesin Yetki Kuralı Olup Olmadığı Sorunu

HUMK m. 21’de düzenlenen haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi, kesin bir yetki

nerede basılırsa basılısın, yayının konusu olay nerede geçerse geçsin, bu yayının sonunda daha çok onu bilenlerin ve tanıyanların çoğunlukla bulunduğu yer çevresinde kötü tanınması sonucunu doğurabilirler. Kişinin bu yolla halele uğrayan kişilik hakları da yayın sonucunda onun bulunduğu yerde zararı meydana getirmiş olur...” (4. HD 21.9.1979, 8610/10172 (Kuru, C. I, s. 483); “... Davaya konu olan eylem, yayın yolu ile kişilik haklarının saldırıya uğradığı nedenine dayanmaktadır. Dava, bir dergideki yazı nedeniyle açılmıştır. Bu derginin davacının oturduğu yerde dağıtılmadığı ve okunulmadığı savunulduğuna göre, davacının oturduğu yerde zarara uğradığı ve böylece haksız eylemin orada gerçekleştiği kabul edilmelidir...” (4. HD 9.11.1999, 10296/10912, YKD 200/3, s.363).

¹⁶ Bkz. II/A bölümündeki kararlar.

¹⁷ Özel, Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Kişilik Hakkının Korunması, 2004, s. 139.

kuralı da değildir. Bu nedenle kişilik hakkının ihlali sebebiyle açılacak davalarda, HUMK m. 21 gereği haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı, sonucun meydana geldiği yer mahkemesi yetkili olduğu gibi bunun yanında (buna ek olarak) HUMK m. 9 (HMK m.6)'da düzenlenen ve genel yetkili mahkeme olan, davanın açıldığı tarihteki davalının yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir¹⁸.

Yargıtay'da HUMK döneminde verdiği kararlarda HUMK m. 21'in kesin yetki kuralı olmadığını hükme bağlamıştır¹⁹.

¹⁸ **Kuru**, C. I, s. 486; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 99; **Helvacı**, Serap, Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt:2, 2001, s. 909; **Özel**, Sibel, Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum: Fiona Shevill and Others v. Press Alliance SA Davası, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, 2003, s.277.

¹⁹ "...Öte yandan, Usulün 21. maddesi hükmünce, haksız eylemden doğan tazminat davaları haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde de görülebilir. Ancak, anılan madde de öngörülen yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi, kesin bir yetki kuralı da değildir. Hal böyle olunca haksız eylemden kaynaklanan bu davanın davalının ikametgâhi mahkemesinde dahi görülmesine yasal bir engel yoktur..." HGK 28.12.1983 T., 1981/3-644 E., 1983/1408 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası); "...Davacı, Çaycuma İlçesinde satın aldığı ve Tuzla'da yediği, davalı şirket tarafından üretilen çikolatanın içinden cam kırıkları çıktığını, bu nedenle yaralandığını belirterek oturduğu Kartal İlçesinde tazminat davası açmıştır. Davalı, süresinde ve usulüne uygun biçimde yetki itirazında bulunarak kendi ikametgahının bulunduğu "Karaman" mahkemelerinin yetkili olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece yetki itirazı kabul olunarak, yargılama sırasında "Tuzla Mahkemelerinin yetkili olduğunu" bildiren davacının istemi gibi Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesinin yetkili olduğuna karar verilmiş, kararı davalı vekili temyiz etmiştir. HUMY'nun 9. maddesi uyarınca her dava; "yasada açık hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının TMK. gereğince ikametgâhi sayılan yer mahkemesinde" görülecektir. Davanın haksız eylemden kaynaklanması halinde ise, HMUK.nun 21. maddesi uyarınca haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde de dava açılabilir. Somut olayda davacı, dava açarken tercih hakkını kullanmış ve yetkisiz mahkemede dava açmıştır. Böylece tercih hakkı davalıya geçmiştir. Davalı da yetki itirazında bulunurken tercihinin "Karaman" mahkemeleri yönünde kullanmıştır. Böylece; yetkili mahkemeyi belirleme konusundaki seçme hakkı davalıya geçtiği gözetilmeden, daha önce bu hakkını kullanan davacının bildirimine uyularak yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..." 4. HD 1.3.2001 T., 2001/1333 E., 2001/2207 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası); "...Davacı, evlilik dışı birlikte yaşadığı davalının kendisine hakaret ederek kişilik haklarına saldırıda bulunduğunu, ev ve ziynet eşyalarını da alarak götürdüğünü iddia ederek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Her dava, yasada ak-

III. Kişilik Hakkı İhlalinde Yetkili Mahkemeye İlişkin Medeni Kanun'da Yer Alan Düzenleme

A. Eski Medeni Kanun Madde 24/a Fıkra IV,V' e Göre Yetkili Mahkeme

743 sayılı Medeni Kanun'a (EMK) 3444 sayılı kanunla ilave edilen EMK 24/a maddesinin IV. fıkrasına göre: “*davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgâhı veya davalının ikametgâhı mahkemesinde de dava açabilir*”.

Doktrinde yer alan baskın görüşe göre, EMK 24/a maddesinin IV. fıkrası sadece kişilik haklarına hukuka aykırı tecavüzün söz konusu olduğu durumlarda açılacak olan tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması ve tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davaları açısından uygulanabilir. Başka bir deyişle, yalnızca kişilik haklarına hukuka aykırı saldırı nedeniyle açılacak tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması veya tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davasını bakımından EMK 24/a maddesinin IV. fıkrası uygulanabilir ve davacı bu fıkra gereğince, dilerse davayı davalının ikametgah mahkemesinde dilerse kendi ikametgah mahkemesinde açabilir²⁰. EMK 24/a maddesinin IV. fıkrası tazminat davaları açısından yetkili mahkemeyi düzenlememektedir²¹.

Bizim de katıldığımız doktrindeki ağırlıklı görüşe, EMK 24/a maddesinin IV. fıkrası ile getirilen yetki kuralı bir kesin yetki değildir. Zira fıkra metninde yer alan “*mahkemesinde de*” ifadesi HUMK da yer

sine hüküm bulunmadıkça davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılır. Haksız eyleme dayalı tazminat davaları haksız eylemin gerçekleştiği yer mahkemesinde de açılabilir. Böyle durumlarda, davacının yetki hususunda seçimlik hakkı bulunmaktadır. Dosya kapsamından, seçimlik hakkın doğru yönde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yetki itirazının reddi gerekir...”4. HD 26.6.2010 T., 2010/6681 E., 2010/7497 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası).

²⁰ **Helvacı**, Yetkili Mahkeme, s. 910, 912; **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 6. Baskı, 1999, s. 156,157; **Oğuzman**, Kemal, İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırası-na Armağan, 1990, s. 31; **Helvacı**, Serap, Kişilik Hakkına Hukuka Aykırı Saldırı Halinde Açılacak Davalarda Yetkili Mahkeme, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, 2006, s. 655.

²¹ **Helvacı**, Yetkili Mahkeme, s. 910.

alan yetki kurallarını dışlayıcı bir ifade değildir. Aynı zamanda kanun koyucunun amacı HUMK'daki yetki kurallarını bertaraf etmek değil aksine HUMK'daki yetki kurallarını muhafaza etmek ve davacıya daha fazla seçim hakkı tanımaktır. Dolayısıyla davacı davayı, dilerse HUMK da dilerse de EMK 24/a maddesinin IV. fıkrasında düzenlenmiş olan mahkemelerden birinde açabilir²².

Doktrinde yer alan diğer görüşe göre, EMK 24/a maddesinin IV. fıkrası ile kesin yetki kuralı getirilmiştir. Bu kural genel yetki kuralı olan HUMK m. 9'u ve haksız fiillerde yetkili mahkemeyi düzenleyen HUMK m. 21'i kişilik hakkının korunması için açılacak olan tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması ve tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davalarında bertaraf etmiş, işlemez hale getirmiştir²³.

EMK 24/a maddesinin V. fıkrasına göre: “*davacı aynı zamanda maddî ve manevî tazminat ile vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgâhı mahkemesinde de açabilir*”.

EMK, kişilik hakkının hukuka aykırı olarak tecavüze uğramasından kaynaklanan tazminat davalarında yetkili mahkemeyi 24/a maddesinin V. fıkrasında düzenlemektedir. Bizim de katıldığımız ağırlıklı görüşe göre, 24/a maddesinin V. fıkrası, tazminat davalarının EMK 24/a maddesinin I. fıkrasında yer alan davalarla birlikte açılması durumunda uygulama alanı bulabilir. Buna göre davacı maddî tazminat, manevî tazminat ve vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca kazancın geri verilmesi davasını EMK m. 24/a –I’deki davalarla birlikte açtığı takdirde kendi ikametgâh mahkemesi yetkili olur²⁴. Dolayısıyla tek başına açır-

²² Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 157; Oğuzman, s. 32; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 2001, s. 164; Tekinay, Selahattin Sulhi, Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, 1990, s. 63-64; Özel, Haksız Fiilin İka Yeri, s. 278.

²³ Helvacı, Kişilik Haklarına Saldırıda Yetki, s. 655; Helvacı, Yetkili Mahkeme, s. 912.

²⁴ Dural/Öğüz, bu durumu sadece durdurma davası ile birlikte maddi ve manevi tazminat davası ile kazancın iadesi için öngörmektedir (Bkz. Dural/Öğüz, s. 164); Helvacı, Yetkili Mahkeme, s. 914; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s. 140; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 157; Oğuzman, s. 32. Bununla birlikte Oğuzman/Seliçi/Oktay, sona eren tecavüzün devam eden etkisinin bertarafı için hukuka aykırılığın tespiti ve kararın yayınlanması ile birlikte manevi tazminat istenmesi

lan bir tazminat davasında EMK 24/a maddesinin V. Fikrasına dayanılmaz. Kişilik hakkına hukuka aykırı olarak yapılan tecavüz sonucu zarar gören kimse manevi tazminat davasını ya davalının ikametgâhı mahkemesinde (HUMK m.9/1) ya da haksız fiilin işlendiği yer (HUMK m. 21) mahkemesinde açabilecektir²⁵.

Yargıtay'a göre EMK 24/a maddesinin IV. fıkrasında yer alan düzenleme emredici nitelikte değildir. Ayrıca Yargıtay EMK 24/a maddesinin IV. fıkrasında yer alan yetkiye ilişkin düzenlemeyi, sadece kişilik haklarına hukuka aykırı tecavüzün söz konusu olduğu durumlarda açılacak olan tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması ve tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davaları açısından uygulanabilir olarak görmemektedir. Yargıtay'a göre, koruyucu davalarla birlikte açılmayan manevi tazminat davaları bakımından da davacının kendi ikametgâh mahkemesi yetkilidir, EMK 24/a maddesinin IV. fıkrası tek başına açılacak manevi tazminat davaları bakımından bir alternatif yetki tesis etmiştir²⁶.

halinde de davacının ikametgâh mahkemesinde dava açabileceğini öngörmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 157).

²⁵ Helvacı, Yetkili Mahkeme, s. 914.

²⁶ "...Dava, sözlü hakaret nedeniyle kişilik haklarına yapılan saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalı süresi içerisinde oturduğu ve olayın gerçekleştiği yerin Sarıyer olduğunu belirterek yetki itirazında bulunmuş ve mahkemece dava yetki yönünden reddedilmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere dava, yüze karşı hakaret eylemi ile kişilik haklarına yapılan saldırıdan kaynaklanmaktadır. Davalının oturduğu yer ile olayın gerçekleştiği yerin Sarıyer ilçe sınırları içerisinde kaldığı ve davacının ise davanın açıldığı Ankara il sınırları içerisinde oturduğu konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Uyuşmazlık mevcut yasal düzenleme itibarıyla, yetkili mahkemenin belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Genel Kural HUMK'nun 9. maddesinde ifade edildiği üzere davanın davalının oturduğu yer mahkemesinde açılacağıdır. Ancak, aynı yasanın 21. maddesi bu genel düzenlemeye yeni bir seçenek getirmek suretiyle haksız eylemden kaynaklanan davaların eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açılabilceğini öngörmüştür. Daha sonra ve Medeni Kanun'un 3444 sayılı yasa ile değişik 24/a maddesinin 4. bendinde ifade edildiği üzere, kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece anılan madde ile HUMK'nun 9. maddesindeki genel kurala ve yine haksız eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri ile ilgili bulunan ve yedek kural niteliğindeki aynı yasanın 21. maddesine bir ayrıcalık getirilmiş bulunmaktadır. Medeni Kanununun 3444 sayılı kanun ile değişik 24/a maddesinin 4. bendi ile getirilen bu yetki kuralı kişilik haklarına yapılan her türlü saldırı halinde uygulanması gereken genel bir hukuk normudur. Bu

yetki kuralı sadece yayın yolu ile kişilik haklarına yapılan saldırıda değil başkaca ve herhangi bir durumda ve davaya konu edilen olay nedeni ile de uygulanabilir niteliktedir. Kaldı ki yayın yolu ile kişilik haklarına yapılan saldırıların sonucu davacının ikametgâh yerinde de doğmuş olacağı için bu özel yetki kuralı olmasa bile davacının oturduğu yer mahkemesi HUMK'nun 21. maddesine göre zaten yetkili olacağından ayrı bir düzenleme gerekmemekte idi. Bu nedenlerle Medeni Kanun'un 24/a maddesinin 4. bendinin kişilik haklarına yapılan saldırılarda uygulanması gereken genel bir kural olduğu kabul edilmelidir. Şu durumda kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda zarar gören davayı kendisinin veya davalının oturduğu yer mahkemesinde veya haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açabilir. Bu seçeneklerden herhangi birini kullanmak bu tür davalarda davacıya tanınmış bir haktr. Somut olayda davacı bu seçimlik hakkını oturduğu yer mahkemesinde kullanmıştır. Bu hakkını kullanmanın yasal dayanağı yukarıda belirtilmiştir. Bu bakımdan işin esasının incelenerek karar verilmek gerekirken yasa hükümlerine aykırı olarak yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” 4. HD 17.1.2000 T., 1999/11171 E., 2000/78 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası); “...Davacı, davalılardan A.... Ajansı kaynak gösterilerek diğer davalı S.... Gazetesinde “Musluklardan Yılan Çıktı” başlığı altında yayımlanan haber nedeniyle İl’de panik yaratıldığını, su dağıtımını durdurup depoları boşalttıklarını, yapılan inceleme sonunda haberde belirtilen durumun olmadığını anlaşıldığını ileri sürerek uğradıkları maddi ve manevi zararın giderilmesini istemiş; yerel mahkemece, S.... Gazetesi aleyhine açılan davanın husumet yönünden A.... Ajansı aleyhine açılan davanın ise yetki yönünden reddine karar verilmiş; hükmü davacı temyiz etmiştir... Davacının davalılardan A.... Ajansına ilişkin temyiz itirazlarına gelince; davaya konu haksız eylem davacının ikametgahının bulunduğu yerde işlenmiştir. Davacı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 21. maddesinde ifade edildiği üzere haksız eylemin meydana geldiği yerde dava açabileceği gibi Medeni Kanunun 24/a-4 maddesi gereğince kendi ikametgahında da dava açabilir. Mahkemenin açıklanan bu yasal düzenlemeyi gözeterek işin esasını incelemek ve varılacak sonuca göre bir karar vermesi gerekirken yazılı olduğu şekilde yetki yönünden davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” 4. HD 28.1.1999 T., 1998/8346 E., 1999/326 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası); “...Dava yayın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğradığı nedenine dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalı, süresi içinde oturduğu yerin Nevşehir olduğunu belirterek yetki itirazında bulunmuştur. Mahkemece dava yetki yönünden reddedilmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanmaktadır. Davacı, davayı açtığı ilçe sınırları içinde oturmaktadır. Davaya konu edilen yayının bölgesel bir televizyon kanalından yapıldığı kabul edilmiş olsa dahi, Medeni Kanunun’un 3444 sayılı Yasa ile değişik 24/a maddesinin 4. bendinde ifade edildiği üzere, kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de dava açabileceği hükmüne bağlanmıştır. Böylece anılan madde ile HUMK.nun 9. maddesindeki genel kurala ve yine haksız eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri ile ilgili bulunan ve yedek kural niteliğindeki aynı yasanın 21. maddesine bir ayrıcalık getirilmiş bulunmaktadır. Şu durumda, kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda

B. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 25/son'a Göre Yetkili Mahkeme

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 25. maddesinin son fıkrasına göre: “*davacı kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir*”. EMK'dan farklı olarak TMK da tek bir fıkrada yetkili mahkeme düzenlenmiştir.

TMK m. 25/son ile EMK'dan farklı bir düzenleme yapılmıştır. Şöyle ki, TMK m. 25/son bağımsız bir yetki kuralı olarak davacının ikametgâh mahkemesini maddi ve manevi tazminat ile kazancın iadesi talepleri için de kabul etmiştir. Buna göre bu davaların davacının ikametgâh mahkemesinde açılabilmesi için koruyucu davalar ile birlikte açılma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla TMK m. 25'te sayılan tüm davalar tek tek de açılacak olsa davacının yerleşim yeri mahkemesi artık bu davalar bakımından yetkili mahkemedir²⁷. Bu şekilde esasen kanun koyucu Yargıtay uygulamasında zaten benimsenen²⁸ esası hukuki kural haline getirmiştir.

Doktrinde yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, EMK m. 24/a kişilik hakkı ihlallerinde bir kesin yetki kuralı getirmediği²⁹ gibi TMK m. 25/son da bir kesin yetki kuralı getirmemektedir. Buna göre davacı dilerse HUMK m. 9'a göre davalının yerleşim yeri mahkemesinde, dilerse HUMK m. 21'e göre haksız fiilin vuku bulduğu yer olarak kabul edilen eylem veya zarar yeri mahkemelerinde veya TMK m. 25/

zarar gören, davayı kendisinin veya davalının oturduğu yer mahkemesinde veya haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açabilir. Bu seçeneklerden herhangi birini kullanmak, bu tür davalarda, davacıya tanınmış bir haktır. Somut olayda davacı, bu seçicilik hakkını oturduğu yer mahkemesinde kullanmıştır. Bu hakkını kullanmanın yasal dayanağı da yukarıda belirtilmiştir. Bu bakımdan işin esasının incelenerek karar vermek gerekirken yasa hükümlerine aykırı olarak yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir...”4. HD 3.11.1999 T., 1999/7133 E., 1999/9341 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası).

²⁷ **Helvacı**, Kişilik Haklarına Saldırıda Yetki, s. 657; **Özel**, Kişilik Hakkının Korunması, s. 140.

²⁸ Bkz. yuk. Ⅲ/A.

²⁹ Bkz. yuk. Ⅲ/A.

son'a göre kendi ikametgâh mahkemesinde açabilir³⁰. Ayrıca doktrinde bu hükmün (TMK m. 25/son) amacının HUMK m. 21 ile yetkili kılınan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisini kaldırmaktan ziyade, davacıya kendi yerleşim yerinde de dava açmak hakkı vererek ona kolaylık sağlamak olduğunu, bu nedenle “*davacı kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilir*” şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağını savunan bir görüş de mevcuttur³¹.

Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre, TMK m. 25/son'da yer alan emredici ifade ve kanun koyucunun eski düzenlemedeki “*de*” ekini çıkararak ortaya koyduğu irade dikkate alındığında TMK m. 25/son ile getirilen düzenlemenin bir kesin yetki kuralı olduğu ortaya çıkmaktadır. TMK m. 25/son ile kişilik hakkının hukuka aykırı olarak saldırıya uğraması halinde açılacak davalar bakımından bir kesin yetki kuralı getirilmiş ve bu hususta HUMK da yer alan yetki hükümleri bertaraf edilmiştir. Dolayısıyla kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı halinde açılacak davalar bakımından sadece davalı veya davacının yerleşim yeri mahkemesi yetkili kılınmıştır³².

Yargıtay'a göre ise, TMK m. 25/son ile getirilen yetki kuralı bir kesin yetki değildir. Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimse kendi yerleşim yerinde, davalının yerleşim yerinde veya haksız eylemin meydana geldiği yerde dava açabilir. Yetkili mahkeme açısından belirtilen seçeneklerden birini kullanmak davacıya tanınmış bir haktır³³.

³⁰ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s. 141; Dural/Öğüz, s. 152; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 163; Karslı, s. 271; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 141.

³¹ Konuralp, Haluk/Tercan, Erdal, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Açısından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-1, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Eskişehir 2003, s. 7.

³² Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, 2. Baskı, 2006, s. 132; Helvacı, Kişilik Haklarına Saldırıda Yetki, s. 657-659.

³³ “...Dava, basın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğramasından doğan manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalı, süresi içinde verdiği cevap dilekçesi ile, yetki itirazında bulunmuş, mahkemece dava yetki yönünden reddedilmiştir. Dava konusu yayının yapıldığı “Ç B. Gazetesi” Burdur İl Merkezinde yayınlanmakta olup davalıların ikametgâh adresleri de Burdur İlimdedir. Davacı ise, Ankara ilinde ikamet etmektedir. Davacı, davayı açtığı il sınırları içinde oturmaktadır. Dava konusu edilen yayının bölgesel olup

Ankara iline ulaşmadığı kabul edilmiş olsa dahi, Medeni Kanun'un 3444 Sayılı Yasa ile değişik 24/a-IV. (22.11.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanun'un 25/ son) maddesinde ifade edildiği üzere, kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece anılan madde ile HUMK'nun 9. maddesindeki genel kurala ve yine haksız eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri ile ilgili bulunan aynı yasanın 21. maddesine bir ayrıcalık getirilmiş bulunmaktadır. Şu durumda, dava konusu olayda, kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddia edildiğinden zarar gören, davayı kendisinin veya davalının oturduğu yer mahkemesinde veya haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açabilir. Bu seçeneklerden herhangi birini kullanmak, bu tür davalarda, davacıya tanınmış bir haktır. Somut olayda davacı, bu seçimlik hakkını oturduğu yer mahkemesinde kullanmıştır. Bu hakkını kullanmanın yasal dayanağı da yukarıda belirtilmiştir. Bu bakımdan işin esası incelenerek karar vermek gerekirken, yasa hükümlerine aykırı olarak yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir..."4. HD 29.3.2007 T., 2007/3113 E., 2007/4145 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası); "...743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 24/a maddesinde gösterilen, kişiliğin korunmasına ilişkin önleme, durdurma ve tespit davası ile, bu davalarla birlikte düzeltmenin ve kararın üçüncü kişilere bildiri ve yayımlanması istekleri ve yine bu nedenle açılacak maddi, manevi tazminat davaları ile saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın geri verilmesi davası, anılan maddeyi karşıladığı açıkça gerekçede vurgulanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25. maddesinde aynen muhafaza edilmiş; yeni 25. maddenin son fıkrasında, eski 24/a maddesinin 4. fıkrası ile paralel bir düzenlemeye gidilerek, sayılan tüm bu dava türlerini kapsar şekilde davacının kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabileceği öngörülmüştü... Kısaca, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 24/a maddesindeki kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de manevi tazminat davası açabileceğine ilişkin düzenleme içeriğinin, dava tarihinden önce yürürlüğe giren ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisini yürürlükten kaldıran 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25. maddesinde de aynen korunduğu açıktır...Sonuç olarak; haksız eylem niteliğindeki kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat davasının, genel yetkili mahkemeyi düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9/1. maddesi uyarınca davalının ikametgahı mahkemesinde açılacağı gibi, aynı Kanunun 21. maddesi uyarınca haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde de açılacağı; kişilik hakkı ihlaliyle ilgili özel yetki kuralı getiren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25/son maddesine göre davacının, kendi yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabileceği, bu bağlamda kişilik hakları saldırıya uğrayan kimseye, yetki konusunda geniş bir seçimlik hakkının tanındığı her türlü duraksamadan uzaktır...Somut olaya gelince; kişilik haklarına saldırı iddiasıyla manevi tazminat talebinde bulunan davacı, dilerse davalının ikametgahı mahkemesinde, dilerse haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde dava açabileceği gibi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25/son maddesi gereğince kendi yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilir..." HGK 13.2.2008 T., 2008/4-127 E., 2008/130 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası).

IV.HMK Döneminde Haksız Fiillerde Yetki Sorunu (HMK m. 16)

A. Genel Olarak

“Haksız fiilden doğan davalarda yetki” başlıklı HMK m. 16’ya göre; haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

HMK m. 16’da yapılan düzenleme ile HUMK m. 21’de yer alan haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi, kapsamı biraz daha genişletilerek, yeniden düzenlenmiştir. Öncelikle, haksız fiilden doğan dava, haksız fiilin işlendiği yerde³⁴ açılabilir. Uygulama ve doktrinde oluşan görüşler dikkate alınarak ayrıca, haksız fiilin işlendiği yer ile, zarar farklı bir yerde gerçekleşmişse, zararın gerçekleştiği yerde de dava açılacağı, hükümde belirtilmiştir. Özellikle, yabancı hukuk sistemlerindeki gelişmelere paralel olarak, muhtemel zarar yeri mahkemesi de yetkili kılınmış, henüz bir zarar meydana gelmeden “zararı önleme amacı” ile açılacak davalar için yetkili mahkeme açıkça gösterilmiştir. Haksız fiilin işlendiği yerin Türkiye dışında olduğu hallerde, bu yetki kuralı özellikle önem arz edecektir³⁵.

HMK m. 16 ile haksız fiilden doğan davalarda haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili kılınması etkin hukuki koruma ve hak arama

³⁴ **Tanriver**’e göre, HMK m. 16’da yer alan haksız fiilin işlendiği yer tabiri, haksız fiil kavramının bir üst kavram olması sebebiyle, onun bir unsuru konumunda bulunan davranışa vurgu yapmak suretiyle “hukuka aykırı davranışın işlendiği yer” şeklinde bir düzeltim tabi tutulması amaca daha uygun bir durum olur. Bu kuralın uygulanması bağlamında da haksız fiilin işlendiği yer tabiri, haksız fiilin kurucu öğelerden biri olan “hukuka aykırı fiilin işlendiği yer” şeklinde anlaşılacak zorundadır. Zira aksine bir anlayışın kabulü haksız fiilin işlendiği yer, hukuka aykırı fiilin işlendiği yer midir; yoksa, zararın meydana geldiği yer midir şeklinde, uygulama bağlamında ortaya çıkacak tereddütlerin, yeniden yaşanmasına sebebiyet verebilir. (**Tanriver**, s. 236).

³⁵ Bkz. HMK 16. madde gerekçesi. (**Yıldırım**, M. Kamil/**Demirhan**, Gülcan/**Özkaya-Ferendeci**, **Özden/Tunç-Yücel**, Müjgan/**Kale**, Serdar/**Gören-Ülkü**, Nazlı, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 2013e göre, HMK m. 16’ meydana geldiği yer midir şeklinde, uygulama bağlamında ortaya çıkacak tereddütlerin, yeniden yaşanmasına, s. 23.

özgürlüğü bakımından yerinde düzenlemelerdir. Örneğin bir fabrikadan zararlı atıkların doğrudan havaya bırakıldığı ve bu atıkların yağmurla birlikte tarlaya düşerek ürünlere zarar vermesi halinde, zarar verene karşı ürünlerin zarar gördüğü yerde veya fabrikanın bulunduğu yerde dava açılabilir. Henüz bu zehirli atıklara tarlaya zarar vermeden de bu atıkların yağmurla ürünlere zarar verebileceği ihtimalinde tarla sahipleri zararın meydana gelme ihtimalinin olduğu tarlanın bulunduğu yerde de dava açılabilir. Düzenleme bu haliyle AB ve İsviçre hukukuna paraleldir³⁶.

HMK m. 16 ile yapılan düzenlemede asıl önemli değişiklik zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin haksız fiilden doğan davalarda yetkili kılınmasıdır. Her ne kadar Yargıtay HUMK döneminde MK m. 25/son (ve EMK m. 24/a-IV)'u dayanak göstererek davacının kendi yerleşim yerinde dava açabileceğini belirtmekte ise de bunu sadece kişilik hakkı ihlalleri için uygulamaktaydı³⁷. Yeni düzenleme bunun kapsamını daha da genişleterek tüm haksız fiil türleri için zarar görenin yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılmıştır. Ayrıca bu düzenleme MK m. 25/son'un kesin yetki kuralı olup olmadığı tartışmalarını da ortadan kaldırır mahiyettedir.

HMK tasarısında haksız fiilden doğan davalarda yetki bakımından sonradan Adalet Komisyonunda değişikliği gidilmiş ve önceki metinde yer almayan “ya da zarar görenin yerleşim yeri” ibaresi eklenmiştir. Değişiklik gerekçesinde de şu ifadelerle yer verilmiştir; haksız fiilden doğan davalarda haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yerde dava açılmasına ilişkin kural bazen

³⁶ Özel, Sibel, Haksız Fiiller İlişkin Davalarda Türk Mahkemesinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 8, S. 91-92, 2012, s. 32. HMK m. 16'daki düzenlemenin paraleli İsviçre Federal Usul Kanununun 36. Maddesinde yer almaktadır. İsviçre Hukuku'nda da haksız fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesi ile birlikte, zararın, sonuçlarının meydana geldiği yer mahkemesi ve ayrıca zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Alman Hukuku'nda ZPO § 32, Türk ve İsviçre Hukuklarından farklı olarak sadece haksız fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesini yetkili mahkeme olarak kabul etmiştir. (Karlı, s. 271); Yıldırım/Demirhan/Özkaya-Ferendeci/Tunç-Yücel/Kale/Gören-Ülküe göre, HMK m. 16'. . meydana geldiği yer midir şeklinde, uygulama bağlamında ortaya çıkacak tereddütlerin, yeniden yaşanmasına, s. 23.

³⁷ Bkz. yuk. III/A-B.

zarar gören açısından külfet oluşturabilecek niteliktedir. Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler de dikkate alınarak haksız fiilden doğan davalarda zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili hale getirilmesinin işin niteliğine daha uygun olacağı düşünülerek maddeye “ya da zarar görenin yerleşim yeri” ibaresi eklenmiştir. Bu çerçevede, zarar gören somut olarak doğmuş bir zarar üzerine kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açabileceği gibi, henüz somut şekilde gerçekleşmemesine rağmen, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu durumlarda da bu yetkiden yararlanabilecektir. Örneğin, kişi hakkında yapılacak bir yayının kişilik hakkına zarar verebileceği durumlarda, kişinin yerleşim yerinde dava açılabilmesi, henüz doğmamış zararın gerçekleşme ihtimalinin önleyebilecek, bu yönde hak aramayı kolaylaştırabilecektir. Haksız fiilin, hukuki işlemden farklı olması sebebiyle, özellikle mağdur olan açısından, bir irade veya önceden planlama söz konusu değildir. Kişi, öngöremediği bir zarar veya zarar tehlikesi altında olduğuna göre, zararı verenin veya zararın gerçekleştiği yer mahkemesinin dışında kendi yerleşim yerinde dava açabilmesi, onun hak aramasını kolaylaştıracaktır³⁸.

HMK m. 16 zarar göreni korumak, zarar görenin mağduriyetini bir an önce gidermek ve zarar görenin yetki problemi ile karşılaşmasını önlemek amacıyla getirilmiştir³⁹. HMK m. 16 ile zararı önleme amacıyla zararın meydana gelme ihtimali bulunan yer mahkemesinin de yetkili kılınması özellikle basın veya internet yoluyla yapılan kişiliğe saldırılar bakımından zararının Türkiye’de gerçekleşmesi ihtimalinde ve ihtiyati tedbirler bakımından önem arz etmektedir⁴⁰. Örneğin Amerika’da basılan ve kişiliğe saldırı teşkil eden bir gazetenin, Türkiye de kişinin zarar görme ihtimali olan bir ilde dağıtımı dava yoluyla engellenebilir. HMK m. 16 ile zarar görenin yerleşim yerinin hiçbir koşul aranmaksızın yetkili kılınması bazı durumlarda sıkıntıya yol açabilecektir⁴¹. Şöyle

³⁸ Bkz. Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi. (**Yıldırım/Demirhan/Özkaya-Ferendeci/Tunç-Yücel/Kale/Gören-Ülkü**’ye göre, HMK m. 16’ . meydana geldiği yer midir şeklinde, uygulama bağlamında ortaya çıkacak tereddütlerin, yeniden yaşanmasına, s. 23).

³⁹ **Tanrıver**, s. 235.

⁴⁰ **Süral**, Ceyda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi, TBB, 2012 (100), s. 184.

⁴¹ **Budak/Karaaslan**’a göre, zarar görenin (ki bu ifade yerine “zarar gördüğü iddiası ile dava açanın” şeklinde düzenlenmeliydi) yerleşim yeri mahkemesinin yetkili kılınması henüz haklılığı belli olmayan davacının, davanın başka yerde açılması-

ki; zarar yeri veya eylem yerinin davacının ikametgâhı olmadığı durumlarda, davacıya kendi ikametgâhı mahkemesinde dava açma hakkı verilmesi, haksız olup olmadığı henüz belli olmayan davalı açısından güçlük arz edebilecek ve hatta savunma hakkının kısıtlanmasına yol açabilecektir. Örneğin, bir Türk vatandaşının turist olarak gittiği Almanya'da, çıkan bir tartışma sonrası bir Alman vatandaşı tarafından yaralanması durumunda, Türk vatandaşının Türkiye'ye döndükten sonra kendi ikametgâhı mahkemesinde dava açması durumunda davalının Türkiye'ye gelmesi, kendisini savunması güçlük arz edecektir. İşte bu gibi durumlarda, davacı açısından sağlanan etkin hukuki korunmanın davalı açısından da sağlanması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

HMK m. 16 bir kesin yetki kuralı değildir⁴². Bu nedenle HMK m.6 ve TMK m. 25/son'u bertaraf etmez, onlarla birlikte uygulanır. Buna göre kişilik hakkı hukuka aykırı saldırıya uğrayan bir kişi, isterse HMK m. 16'ya göre, isterse HMK m. 6'ya göre veya TMK m. 25/son'a göre yetkili olan mahkemelerin birinde davasını açabilir⁴³. Şayet kişilik hakkının ihlali sebebiyle yetkisiz bir mahkemede dava açılması durumunda davalının esasa cevap süresi içerisinde yetki ilk itirazında bulunması gerekir; aksi halde yetkisiz mahkeme yetkili hale gelecektir (HMK m.19, 116, 117).

B. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Bakımından

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'unuzun (MÖ-

nı haklı gösteren bir sebep söz konusu olmadıkça, davalının yerleşim erine giderek dava açması kuralına aykırı bir hükümdür. (Budak/Karaaslan, s. 46).

⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 141; Kuru, Usul, s. 113; Karslı, s. 271; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 213; Tanrıver, s. 236; Budak/Karaaslan, s. 46.

⁴³ "...Dava, haksız eylem sebebiyle maddi ve manevî tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, yetkisizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiş; hükiim, davacılar tarafından temyiz olunmuştur. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca, haksız fiilden doğan davalarda, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Diğer yandan, kişilik haklarına saldırı halinde, davacı kendi yerleşim yerinde de dava açabilir. (T.M.K.m.25/son). Her iki halde de mahkeme yetkili olup; davacı, Kanunun kendisine tanıdığı seçim hakkını kullanan durumundadır. Şu durumda, işin esasının incelenmesi gerekir. Mahkemece, yetersiz ve yanlış gerekçeler ile yazılı biçimde yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir..." 4. HD 12.3.20012 T., 2012/2472 E., 2012/3840 K. (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası).

HUK) 40. maddesine göre; Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder. MÖHUK haksız fiillerle ilgili özel bir yetki kuralı getirmemiştir. Bu nedenle içinde yabancılik unsuru bulunan haksız fiillerle ilgili bir davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukumuzda yer alan TMK m. 25/son ile HMK m. 16'ya göre belirlenecektir.

HMK m. 16'ya göre uluslararası alanda meydana gelen kişilik hakkı ihlallerinde zarar görenin yerleşim yeri Türkiye de ise, başka herhangi bir şarta gerek olmaksızın, Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Avrupa Adalet Divanının, Brüksel Konvansiyonun amacına aykırı bulunduğu davacının ikametgâh mahkemesi Türk hukukunda kabul edilmiştir⁴⁴. HMK m. 16'daki düzenlemeye göre, Türkiye'de satılmayan bir gazete için veya Türkiye de yayınlanmayan bir radyo ya da TV programı için, davacı Türkiye'de bir yerleşim yerine sahipse, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi vardır ve bu durumlarda Türkiye'de bir yabancıya karşı dava açılması mümkün olacaktır.

HMK m. 16 ve TMK m.25/son ile yetkili kabul edilen davacının yerleşim yeri mahkemesi, kişilik hakkının özellikle medya araçlarına karşı korunması açısından yerinde bir hükümdür. Ama aynı kuralın milletlerarası yetki tesisi için de uygulanacağı düşünülürse, yayım yapılmayan bir yerde kişilik hakkı ihlali sebebiyle dava açılmasının kabulü hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu durumda esasen zarar meydana gelmemiştir. Zararın meydana gelebilmesi için davacının tanındığı bir yerde gazetenin satılması veya radyo ya da TV programının yayınlanması gerekir Bu nedenle içinde yabancılik unsuru bulunan olaylar bakımından, davacının ikametgâhı mahkemesinin orada yayım yapılması (gazetenin satılması veya TV programının izlenmesi) şartıyla yetkili kılınması doğru olur⁴⁵.

Milletlerarası yetki bakımından aşkın yetki, mahkeme ile uyumsuzluk arasında bağlantının zayıf olması durumunu ifade eder. Aşkın yetki hallerinde mahkeme ile uyumsuzluğun tarafları, konusu ve nedeni arasında yeterli ilişki bulunmamakta veya bu ilişki zayıf, geçici veya

⁴⁴ **Eksi**, Nuray, Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları, Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 255; **Özel**, Haksız Fiilin İka Yeri, s. 278; **Süral**, Ceyda, Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007, s. 126-128.

⁴⁵ **Özel**, Kişilik Hakkının Korunması, s. 141-142.

tesadüfi ölçülere göre tesis edilmektedir⁴⁶. HMK m. 16'ya göre uluslararası alanda meydana gelen kişilik hakkı ihlallerinde zarar görenin yerleşim yerinin Türkiye olması halinde, başka herhangi bir şarta gerek olmaksızın, Türk mahkemelerinin yetkili olması, milletlerarası yetki bakımından aşkın yetki olarak nitelendirilebilir. Türkiye'nin davacının yerleşim yeri olması dışında, haksız fiille hiçbir bağlantısının olmadığı durumda, Türk mahkemesinin yetkisi aşkın yetki olarak değerlendirilebileceği için bu durumda Türk mahkemesinden verilen kararın yabancı ülkede tenfiz edilememesi tehlikesi ortaya çıkar⁴⁷. Ancak davalının Türkiye'de malvarlığı bulunuyorsa, kararın yabancı bir ülkede tenfiz edilememe riski anlamını yitirir. Türkiye'de bir taşınmazı, bankada parası veya şirkette hissesi bulunan davalıya karşı Türkiye'de dava açmak, davacı için avantajlı olur. MÖHUK da haksız fiillerde yetkiye ilişkin özel bir düzenleme getirilene kadar HMK m. 16 Türkiye'de yerleşim yeri bulunan davacılar lehine Türkiye'de bir mahkemeye hazır tutmaktadır⁴⁸.

SONUÇ

HMUK döneminde Yargıtay gerek EMK m. 24/a'yı gerekse de TMK m. 25/son'u kesin yetki kuralı olarak kabul etmemiş, kişilik hakkı ihlalleri bakımından bu düzenlemelerde yer alan "davacının yerleşim yeri mahkemesini" alternatif bir yetki kuralı uygulamıştır. Ayrıca doktrindeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay HUMK m. 21'de yer alan "haksız fiilin vuku bulunduğu yer" deyimini hem "eylem yeri" hem de "zarar yeri" mahkemesinin yetkili olacağı şeklinde yorumlamıştır. Buna göre Yargıtay uygulamasında kişilik hakkı ihlallerinde davacı, zararlı sonuca yol açan eylem yeri mahkemesinde veya zararın meydana geldiği yer mahkemesinde ya da kendi yerleşim yeri mahkemesinde yahut davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir. Davacının bu hususta bir seçimlik hakkı mevcuttur.

⁴⁶ **Ekşi**, Yetki, s. 50 vd.; **Ekşi**, Aşırı Yetki, s. 248-250; **Özel**, Haksız Fiillerde Yetki, s. 27.

⁴⁷ Aşkın yetkiyi MÖHUK m. 54/b gibi bir tenfiz engeli gören ülkelerde bu nedenle, aşkın yetkinin tenfiz engeli olarak açıkça belirtilmediği ülkelerde ise kamu düzenine aykırılık, adil yargılanma hakkının ihlali gibi gerekçelerle Türk mahkemesince verilen kararın tenfiz edilmeme ihtimali mevcut olacaktır. **Özel**, Haksız Fiillerde Yetki, s. 34; **Süral**, HMK, s. 174.

⁴⁸ **Özel**, Haksız Fiillerde Yetki, s. 34.

HMK m. 16'daki düzenlemede “haksız fiilin vuku bulduğu yer” deyimini kapsamı biraz daha genişletilerek açıklığa kavuşturulmuş “haksız fiilden doğan davalarda fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer mahkemeleri de” yetkili kılınarak esasen Yargıtay uygulamasında zaten benimsenen esas hukuki kural haline getirilmiştir. HMK m. 16 da ayrıca “ zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi de” yetkili kılınmış böylece mukayeseli hukuka paralel bir düzenleme yapılmıştır.

HMK m. 16 ile yapılan düzenlemede asıl önemli değişiklik “zarar görenin yerleşim yeri” mahkemesinin haksız fiilden doğan davalarda yetkili kılınmasıdır. Her ne kadar Yargıtay HUMK döneminde TMK m. 25/son (ve EMK m. 24/a-IV)’u dayanak göstererek davacının kendi yerleşim yerinde de dava açabileceğini belirtmekte ise de bunu sadece kişilik hakkı ihlalleri için uygulamaktaydı. Yeni düzenleme bunun kapsamını daha da genişleterek tüm haksız fiil türleri için zarar görenin yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılmıştır. Bu düzenlemeler davacının kişilik hakkının özellikle medya araçlarına karşı korunması bakımından yerindedir. Ancak TMK m. 25/son ve HMK m. 16 aynı zamanda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi için de uygulanır. TMK m. 25/son ve HMK m. 16’ya göre içinde yabancılik unsuru bulunan bir olay bakımından kişilik hakkı ihlalinde zarar görenin yerleşim yerinin Türkiye olması halinde, Türk mahkemelerinin başka bir şart aranmaksızın yetkili olması, milletlerarası yetki bakımından aşkın yetki olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde Türk mahkemesinden verilen kararın yabancı ülkede tenfiz edilememesi tehlikesi ortaya çıkar. Ancak davalı tarafın Türkiye’de malvarlığı bulunması halinde, Türk mahkemesinin verdiği kararın yabancı bir ülkede tenfiz edilememe riski önemini kaybeder. Zira mahkemece verilen (özellikle tazminat davaları bakımından) kararın cebri icraya konu edilmesi halinde davalının Türkiye’de bulunan malvarlığı üzerinde tahsil imkanına sahip olunması pratik olarak kararın tenfiz edilememe tehlikesini önemsizleştirir.

KAYNAKÇA

- Alangoya**, H. Yavuz, Bir Karar Dolayısıyla HUMK. M. 9/I'deki Mahkemenin Yetkisi Hakkında, İBD, S. 1999/7-8-9.
- Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/ **Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Ansay**, Sabri Hukuk Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Aşık**, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, TBBD, S. 97, Y. 2011.
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978.
- Bilgiç**, Haluk, İnternet Üzerinden İşlenen Yabancı Unsurlu Haksız Fiilden Doğan Davalarda Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi (Türk, Amerikan ve Fransız Sistemleri), Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.
- Bolayır**, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, Kişiler Hukuku, 2001.
- Ekşi**, Nuray, Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları, Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999 (Kısaltma: Aşırı Yetki).
- Ekşi**, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, 2000 (Kısaltma: Yetki).
- Helvacı**, Serap, Gerçek Kişiler, 2. Baskı, 2006 (Kısaltma: Gerçek Kişiler).
- Helvacı**, Serap, Kişilik Hakkına Hukuka Aykırı Saldırı Halinde Açılabilir Davalarda Yetkili Mahkeme, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, 2006 (Kısaltma: Kişilik Haklarına Saldırıda Yetki).
- Helvacı**, Serap, Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt:2, 2001 (Kısaltma: Yetkili Mahkeme).
- Karslı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Konuralp**, Haluk/**Tercan**, Erdal, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Açısından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-1, 2002-2003.
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Kısaltma, C.I)
- Kuru**, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016 (Kısaltma: Usul).

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 23. Baskı, Ankara 2012.**
- Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, 2010.**
- Oğuzman, Kemal, İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990.**
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 6. Baskı, 1999.**
- Özel, Sibel, Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Teşisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum: Fiona Shevill and Others v. Press Alliance SA Davası, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan (Kısaltma: Haksız Fiilin İka Yeri).**
- Özel, Sibel, Haksız Fiiller İlişkin Davalarda Türk Mahkemesinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 91-92, 2012 (Kısaltma: Haksız Fiillerde Yetki).**
- Özel, Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Kişilik Hakkının Korunması, 2004 (Kısaltma: Kişilik Hakkının Korunması).**
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.**
- Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.**
- Süral, Ceyda, Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007 (Kısaltma: Tanıma-Tenfiz).**
- Süral, Ceyda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi, TBBD, 2012 (100) (Kısaltma: HMK).**
- Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2016.**
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990.**
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.**
- Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.**
- Yıldırım, M. Kamil/Demirhan, Gülcan/Özkaya-Ferendeci, Özden/Tunç-Yücel, Müjgan/Kale, Serdar/Gören-Ülkü, Nazlı, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 2013.**

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
Dp.	: Dipnot
E.	: Esas
EMK	: 743 Sayılı Medeni Kanun
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
vd.	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarıda
TBBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)