

Hacettepe

Cilt 8, Sayı 2, Yıl 2018

ISSN 1302-4868

Hukuk Fakültesi

Dergisi

Hacettepe Law Review



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8, Sayı 2, Yıl 2018
ISSN 1302-4868

Hacettepe Law Review



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

YAYININ ADI	HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YIL	2018 CİLT (8) SAYI (2) AY ARALIK
YAYIN SAHİBİNİN ADI	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına Prof. Dr. A. Haluk ÖZEN
SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ	Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
YAYIN İDARE MERKEZİ	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Beytepe Kampüsü 06800/ANKARA
YAYIN İDARE MERKEZİ TEL.	+90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAKS	+90 (312) 297 62 93
İNTERNET ADRESİ	http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr
E-POSTA	hukukdergi@hacettepe.edu.tr
YAYIN DİLİ	Türkçe ve yabancı diller
YAYIN TÜRÜ	Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, <i>ULAKBİM (Tr-Dizin)</i> indeksinde taranan ve <i>DERGİPARK</i> altyapısı kullanılarak hazırlanan akademik süreli bir yayındır.
YAYINLANMA BİÇİMİ	Haziran ve Aralık aylarında yılda iki kez sadece elektronik ortamda yayımlanır.
YAYIM TARİHİ	28.02.2019
e-ISSN	1302 - 4868

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yahut bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 Sayılı Yasa'nın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara ait olup, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, dergi editörünü, yayın kurulunu veya danışma kurulunu bağlayıcı etkiye sahip değildir

NAME OF THE PUBLICATION	HACETTEPE LAW REVIEW
YEAR	2018 VOLUME 8 NUMBER 2 MONTH DECEMBER
PUBLISHER	On behalf of Hacettepe University Faculty of Law Deanship Prof. Dr. A. Haluk ÖZEN
RESPONSIBLE MANAGER	Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
ADDRESS	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Beytepe Kampüsü 06800/ANKARA
PHONE	+90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAX	+90 (312) 297 62 93
URL	http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr
E-MAIL	hukukdergi@hacettepe.edu.tr
LANGUAGE	Turkish and foreign languages
TYPE OF THE PUBLICATION	Hacettepe Law Review is an academic periodical journal indexed by <i>ULAKBİM (Tr-Dizin)</i> . <i>DERGİPARK</i> system is being used throughout both in preparation and publication processes.
DATE OF THE PUBLICATION	02.28.2019
FORM OF THE PUBLICATION	Only published online, twice a year in June and December.
e-ISSN	1302 - 4868

Hacettepe Law Review

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review can be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means of electronic / mechanical copying unless the prior written permission of the Faculty has been obtained. The views expressed in the Hacettepe Law Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the editors, editorial and advisory boards.

Editör / Editor

Dr. Onur Can SAATCIOĞLU

Editör Yardımcısı / Editorial Assistant

Arş. Gör. Aydın KAYA

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çetin ARSLAN	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Sedat ÇAL	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Onur Can SAATCIOĞLU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Erdal ONAR	(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA	(TOBB ETÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gülriz UYGUR	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Rauf KARASU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çetin ARSLAN	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Öykü Didem AYDIN	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Müjde KURT	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Sedat ÇAL	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Gökhan ERBAŞ	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Önder TOZMAN	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. İştah CENGİZ	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Muammer KETİZMEN	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul AKÇAOĞLU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Şefik Taylan AKMAN	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Levent BÖRÜ	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Bahadır Bumin ÖZARSLAN	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Elif Cemre HAZIROĞLU	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER	(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Hakemli Makaleler / Peer-Reviewed Articles

- 1- ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN KOSTA RİKA-NİKARAGUA KARARINDA ADALAR HAKKINDAKİ TESPİTLERİNE İLİŞKİN BAZI GÖZLEMLER
SOME OBSERVATIONS CONCERNING DETERMINATIONS OF INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ON ISLANDS IN THE COSTA RICA NIKARAGUA JUDGEMENT
Uğur BAYILLIOĞLU 94 - 137
- 2- İNTİFA HAKKININ DENKLEŞTİRİLMESİ VE TENKİSİ
THE EQUALIZATION AND REDUCTION OF USUFRUCT
Salih POLATER 138 - 166
- 3- TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİK POLİTİKASI OLARAK EBEVEYN İZİNİ
PARENTAL LEAVE AS A GENDER EQUALITY POLICY
Ahu SUMBAS 167 - 194
- 4- MUTAD İŞYERİ KAVRAMI ve MÖHUK m. 27/f. 3'ÜN UYGULANMASI SORUNU
THE CONCEPT OF HABITUAL WORK PLACE AND THE APPLICABILITY PROBLEM OF TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL AND PROCEDURAL LAW ACT ART. 27/3
A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP 195 - 248
- 5- ROMA HUKUKUNDA AİLE KURUMU
THE INSTITUTION OF FAMILY IN ROMAN LAW
Sevgi KAYAK 249 - 302
- 6- FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN YENİ HUKUKİ REJİMİ VE FİİLİ YOLUN TÜRKiYE UYGULAMASI
THE NEW LEGAL REGIME OF ASSAULT (VOIE DE FAIT) IN FRENCH LAW AND ITS IMPLEMENTATION IN TURKEY
Hayrettin YILDIZ 303 - 336
- 7- THE CRIME OF MIGRANT SMUGGLING IN TURKISH LEGAL SYSTEM IN THE LIGHT OF RECENT DEVELOPMENTS
GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDA TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU
Yusuf BAŞLAR 337 - 366

**ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN KOSTA RİKA–NİKARAGUA
KARARINDA ADALAR HAKKINDAKİ TESPİTLERİNE İLİŞKİN BAZI
GÖZLEMLER**

*SOME OBSERVATIONS CONCERNING DETERMINATIONS OF INTERNATIONAL COURT OF
JUSTICE ON ISLANDS IN THE COSTA RICA NIKARAGUA JUDGEMENT*

Hakemli Makale
Uğur BAYILLIOĞLU*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	96
I. GENEL HATLARIYLA DENİZ YETKİ ALANI SINIRLANDIRMA HUKUKU	96
II. BMDHS DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE ADA VE KAYA STATÜSÜ VE BU STATÜNÜN SONUÇLARI	99
III. DİVAN'IN SINIRLANDIRMA ALANINDA BULUNAN ADALAR HAKKINDAKİ TESPİT VE DEĞERLENDİRMELERİ	103
A. İlgili Sahillerin Tespiti ve Adalar	103
1. Corn Adaları ve Cayos de Perlas'ın Durumu Hakkındaki Tartışma ve Tespitler	103
2. Cayos de Perlas Bağlamında BMDHS'nin 121. Maddesi ile Sınırlandırma Arasındaki Bağ Meselesi	105
a. Divan'ın Cayos de Perlas'ın Durumu ve BMDHS'nin 121/3. Maddesi Çerçevesindeki Gerekçesiz Tespitlerine İlişkin Değerlendirmeler	105
b. Divan'ın Önceki İçtihadı Çerçevesinde BMDHS'nin 121. Maddesi ile Sınırlandırma Arasındaki Bağa İlişkin İkircikli Yaklaşımı	108
B. Geçici Eşit Uzaklık Çizgisinin Çizimi ve Adalar	112
1. Corn Adaları Bağlamında BMDHS'nin 121. Maddesi ile Sınırlandırma Arasındaki Bağ Meselesi	112

DOI: 10.32957/hacettepehdf.481790

Makalenin Geliş Tarihi: 12.11.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 29.01.2019

* Doç. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı. Eposta: ugurbayil@cankaya.edu.tr

a. Divan'ın Corn Adaları'nın Etkisi ve BMDHS'nin 121/3. Maddesi Çerçevesindeki Gereksiz Tespitlerine İlişkin Değerlendirmeler.....	112
b. BMDHS'nin 121/3. Maddesi ile Sınırlandırma Arasındaki Bağın Yorumu.....	115
2. Palmenta Cays ve Paxaro Bovo'nun Durumu Hakkındaki Tartışma ve Divan'ın Civar Adalar Kumesi İçtihadına Başvurusu	118
C. Geçici Eşit Uzaklık Çizgisinin Düzeltilmesine Adaların Etkisi	122
1. Corn Adaları'nın Etkisine İlişkin Tartışma ve Genel Tespitler	122
2. Divan'ın Corn Adaları İçin Yarım Etki Uygulaması ve Gerekçe Sorunu.....	125
SONUÇ	131
KAYNAKÇA.....	134

ÖZ

Uluslararası Adalet Divanı, 2 Şubat 2018 tarihli kararı ile Kosta Rika ile Nikaragua arasında Karayip Denizi ve Pasifik Okyanusu'nda karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması yapmıştır. Kararda, Karayip Denizi'nde konumlanmış bulunan adaların statüsü ve münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına etkileri meselesi gündeme gelmiştir. Divan, söz konusu adaların deniz yetki alanı sınırlandırmasına etkileri açısından, uluslararası yargı içtihadında bulunan farklı yöntem ve değerlendirmelere başvurarak, tespitler yapmıştır. Çalışmada, Divan'ın bu tespitleri, önceki içtihat ile beraber değerlendirilerek, somut davada nasıl sonuca ulaşıldığı gösterilmiştir. Fakat özellikle bazı noktalarda gereksizlik ve eksik gerekçe eleştirisi yapılmış ve bunun sakıncalarına değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kosta Rika–Nikaragua Kararı, Deniz Yetki Alanı Sınırlandırması, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121. Maddesi, Ada, Kaya, Adaların Sınırlandırmaya Etkisi.

ABSTRACT

The International Court of Justice, delimitate territorial sea, exclusive economic zone and continental shelf of Costa Rica and Nicaragua in the Caribbean Sea and Pacific Ocean with its judgment of 2 February 2018. The judgment has brought in the question of the status of the islands situated in the Caribbean Sea and their effect on the delimitation of exclusive economic zone and continental shelf. The Court has made determinations by referring to different methods and evaluations in the international jurisprudence in terms of the effects on the maritime jurisdiction of the islands in question. In this article, these determinations of the Court are evaluated together with the previous jurisprudence, showing how the result was reached in the concrete case. However, at some points criticism is made due to the lack of reasoning and missing reasoning and, drawbacks the resultant are mentioned.

Key Words: Costa Rica–Nicaragua Judgment, Maritime Delimitation, Article 121 of United Nations Convention on the Law of the Sea, Island, Rock, Effects of Islands on Delimitation.

GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı (bundan sonra Divan), Kosta Rika ile Nikaragua arasındaki kara hududu ve egemenlik ihlali gibi uyuşmazlıklar yanında karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırma uyuşmazlığının da bulunduğu davaya ilişkin kararını 2 Şubat 2018 tarihinde açıklamıştır.¹ Söz konusu kararda Divan, taraflar arasında, Karayip Denizi ve Pasifik Okyanusu'nda karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırması yapmıştır. Kararda, Karayip Denizi'nde konumlanmış bulunan adaların² statüsü ve münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına etkisi meseleleri tarafların çeşitli iddialarına konu olmuş ve Divan tarafından değerlendirilmiştir. Şüphesiz bu iddia ve değerlendirmeler sınırlandırma hukukuna ilişkin ilke ve kurallara dayandırılmıştır. Dolayısıyla bunları incelemeden önce sınırlandırma hukukunun bazı temel ilke ve kurallarına değinmek gerekir. Böylece Divan'ın inceleme konusu kararda, adalara ilişkin olarak yaptığı ve yapmadığı tespit ve değerlendirmelerin, büyük resmi oluşturan, sınırlandırma hukuku ve adaların deniz yetki alanları üzerindeki hak sahipliği ve sınırlandırmaya etkileri içindeki yeri daha kolay anlaşılacaktır. Yine bu şekilde, karardaki gerekçe sorunları da daha açık görülebilecektir.

I. GENEL HATLARIYLA DENİZ YETKİ ALANI SINIRLANDIRMA HUKUKU

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (bundan sonra BMDHS),³ münhasır ekonomik bölge sınırlandırması (m. 74) ile kıta sahanlığı sınırlandırması (m. 83) aynı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre sahilleri bitişik veya karşılıklı bulunan devletler arasında münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılması,

¹ Karar metni için bkz: International Court of Justice, Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos, 2 February 2018, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20180202-JUD-01-00-EN.pdf> (erişim tarihi 16.02.2018).

² Adalar konusunda çalışmada kullanılan terminoloji için bkz: 17 no'lu dipnot.

³ Çalışmada, BMDHS'den yapılan alıntılarda, şu çeviri esas alınmıştır: ÖZMAN, M. Aydoğan (çev.), **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.

hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla antlaşma ile gerçekleştirilecektir. Madde metninde yer alan hakkaniyete uygun çözümler, hakça ilkelerle tekabül eder ve Divan Statüsü'nün 38/2. maddesinde yer alan *ex aequo et bono* yönteminden farklıdır.⁴ Bu anlamda hakça ilkeler uluslararası hukukun bir şekli kaynağını teşkil eden hukuk genel ilkesidir ve pozitif hukuk kuralıdır.⁵

Sınırlandırma hukukunun kalbinde yatan hakça ilkeler bağlamında hakça çözümler açısından ihtiyaç duyulan temeli, ilgili şart değerlendirmeleri oluşturmaktadır. İlgili şart ibaresinin, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı davası hakkındaki kararda Divan tarafından kullanıldığı ve III. Deniz Hukuku Konferansı müzakerelerinde de gündeme geldiği görölmektedir.⁶ İlgili şartların, sınırlandırmada hakça bir çözüme ulaşılması konusunda belirleyici etkisi bulunmaktadır ve aralarında sıkı bir ilişki olduğu açıktır. Weil, her ne kadar aralarında teorik açıdan fark bulursa da uygulamada, ilgili şartlar ve hakça ilkelerin ele ele olduğunu ve biri olmadan diğersinin mümkün olmayacağını belirtmiştir.⁷ Yazara göre hakça ilkeler olmadan ilgili şartlar hakça sonuç üretmez ve hakça ilkeler, sınırlandırma hattının hakça bir sonuç oluşturması için gerçeklerle hukuki ilgi kurulmasını mümkün kılar.⁸ Bir başka ifadeyle hakça ilkeler, ilgili şartlar olarak temellendirilen sınırlandırma alanının maddi veri ve gerçeklerine, hukuki nitelik ve

⁴ Söz konusu terimlere ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: ÇELİK, Edip, **Milletlerarası Hukuk Birinci Cilt**, İkinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969, s. 89–96; PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 224–226; AKSAR Yusuf, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 58 ve 82–84.

⁵ Hakça ilkelerin sınırlandırma hukukuna uygulamaları ve rol ve nitelikleri hakkında bkz: KWIATKOWSKA Barbara, “Equitable Maritime Boundary Delimitation–A Legal Perspective”, **International Journal of Estuarine and Coastal Law**, Year: 1988, Vol: 3, s. 287–304; NELSON, L.D.M., “The Roles of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries”, **American Journal of International Law**, Year: 1990, Vol: 84, s. 837–854; GÖKALP, İbrahim, **Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler**, Beta, İstanbul, 2008, s. 59–62; AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre, **Deniz Yetki Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması**, Legal, İstanbul, 2012, s. 44–64; ACER, Yücel, “Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Hukuku”, **Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset**, (Yayıma Hazırlayan: S.H. Başeren), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 307–309.

⁶ Bkz: JAYEWARDENE, Hiran W., **The Regime of Islands in International Law**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990, s. 328.

⁷ WEIL, Prosper, **The Law of Maritime Delimitation–Reflections**, Grotius Publications Ltd, Cambridge, 1989, s. 211.

⁸ Ibid, s. 211–212.

sonuç bağlanması anlamına gelir. Evans, ilgili Şartların, biri eşit uzaklık çizgisinde düzeltme veya iyileŐtirme, diğerleri hakça bir sınırlandırma için gereken yöntemi işaret etme olarak iki işlevi olduğunu belirtirmiŐtir.⁹ Demek ki ilgili Şartlar, sınırlandırmada, bir hukuk kuralı ve hukuki sonuç olan hakça ilkelere ulaşılması için yöntemi belirleyen hayati bir etken işlevi icra etmektedir.

Hakça ilkeler, uluslararası yargı içtihadı ışığında, deniz yetki alanı sınırlandırmasını düzenleyen temel bir örf ve adet hukuku kuralı niteliğindedir ve tüm ilgili Şartların dikkate alınarak hakça bir zme ulaşılmasını sağlar.¹⁰ İlgili Şartlar dikkate alınarak hakça zme ulaşılması, ilgili Şartların tespitini gerektirir ve bu konuda geniş bir yelpaze sunulabilir. Nitekim Evans, uygulamada ilgili Şart olarak diğerleri arasında, jeoloji, jeomorfoloji ve coğrafya yanında (ki coğrafya açısından, sahillerin uzunluğu, kapatmama veya kesme etkisi, adaların durumu ne çıkmaktadır), jeopolitik etken ve meşru çıkarlar, güvenlik ve savunma çıkarları, seyrüsefer çıkarları, ekonomik çıkarlar ve doğal kaynakların varlık ve konumu gibi argümanların ileri sürüldüğünü belirtmiştir.¹¹ Son tahlilde bu konudaki iddia ve argümanlar, uluslararası yargı organları tarafından, somut olayın Şartları çerçevesinde hakça zme ulaşmak nihai amacı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Divan, Romanya–Ukrayna kararında, önceki içtihadına dayanarak, sınırlandırma açısından üç Őamalı bir yöntemin uygulandığını belirtmiştir.¹² Buna göre, ilk Őamada sahiller arasında geçici eşit uzaklık çizgisi çizilecektir. İkinici Őamada, hakça bir sonuca ulaşmak için geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanması veya düzeltilmesini gerektiren ilgili Şartlar bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir. nc ve nihai Őamada ise

⁹ EVANS, Malcolm D., **Relevant Circumstances and Maritime Delimitation**, Clarendon Press, Oxford, 1989, s. 79–83.

¹⁰ KWIATKOWSKA, **1988**, s. 289.

¹¹ Bkz: EVANS, **1989**, s. 99 vd. Ayrıca bkz: GÖKALP, **2008**, s. 63–86 ve 131–139; AÇIKGÖNÜL, **2012**, s. 103–147. Sınırlandırma hukuku açısından hakça ilkeler ve ilgili Şartlar hakkında genel bir değerlendirme için bkz: ACER, **2013**, s. 307–317. Özellikle kesme etkisinin ilgili Şart olarak değerlendirilmesi ve bu konudaki yargı kararları örnekleri için bkz: AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre, “Reflections on the Principle of Non–Cut Off: A Growing Concept in Maritime Boundary Delimitation”, **Ocean Development & International Law**, Year: 2016, Vol: 47, s. 52–71.

¹² Bkz: Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009, para, 115–122.

orantılılık testi yapılacaktır. Buna göre, tarafların sahil uzunlukları arasındaki oran ile kendilerine verilen deniz yetki alanları arasında dikkat çekici bir orantısızlık olup olmadığı incelenecektir.

İnceleme konumuz olan kararda da Divan, yukarıda belirtilen sınırlandırma kural ve ilkeleri çerçevesinde ve “üç aşama yaklaşımına” göre sınırlandırma yapmıştır. Sınırlandırma alanının Karayip Denizi kısmında adalar yer almaktadır ve kararda bunlara ilişkin tespitler bulunmaktadır. Kararda statüleri ve sınırlandırmaya etkileri gündeme gelen ve haklarında tespit yapılan adalar, hepsi de Nikaragua’ya ait olan Corn Adaları, Cayos de Perlas, Paxaro Bovo ile Palmenta Cays olarak adlandırılan coğrafi formasyonlardır. Aşağıda bunlara yönelik yapılan tespitler önceki bazı kararlar çerçevesinde incelenecektir. Fakat bundan önce BMDHS’ye göre ada ve kaya statülerine ve bu statülere bağlanan hukuki sonuçlara değinmek gerekir.

II. BMDHS DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE ADA VE KAYA STATÜSÜ VE BU STATÜNÜN SONUÇLARI

Sınırlandırma alanında adaların bulunması, sınırlandırma işini karışık ve zorlu bir hale getirmektedir. Bu karışıklık ve zorluk, sadece bir adaya ne kadar deniz yetki alanı verilip verilmeyeceği ile ilgili değildir; bunun yanında, kimi zaman bir adanın hangi şartlar altında deniz yetki alanlarına sahip olacağına veya olmayacağına da tespitini gerektirmesinden kaynaklanmaktadır.

Bir adanın deniz yetki alanlarına sahip olup olmadığı konusundaki belirleyici düzenleme, uluslararası deniz hukukunun teori ve uygulamasında en çok gündeme gelen ve tartışılan BMDHS’nin “Adaların Rejimi” başlıklı 121. maddesidir. Söz konusu madde, adaların rejimini şu şekilde düzenlemektedir:

“Bir ada, sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş kara parçasıdır.

3. paragraf hükümleri saklı kalmak üzere, bir adanın karasularının, bitişik bölgesinin, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının sınırlandırılması,

işbu Sözleşmenin diğer kara parçalarına uygulanabilir hükümlerine uygun olarak yapılır.

İnsanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların münhasır ekonomik bölgeleri veya kıta sahanlıkları olmayacaktır.”

Görüldüğü gibi etrafı sularla çevrili bir coğrafi formasyonun hukuken ada statüsünde kabul edilebilmesi için ilk olarak, doğal yollarla meydana gelmiş olması, dolayısıyla insan eliyle yapılmamış olması gerekir. İkinci olarak, med zamanı sular yükseldiğinde, su üstünde kalması gerekmektedir. Aranılan bu özellikler nedeniyle bir ada, yapay adalar ve cezir yüksekliklerinden ayrılır.

Maddenin 2. paragrafı, 3. paragraf uyarınca kaya olarak nitelendirilmeyen adaların deniz alanlarının, diğer kara parçaları (anakaralar) ile aynı sınırlandırma kuralına bağlı olduğunu belirtmiştir.

Maddenin 3. paragrafı ise, adaların sahip olacakları deniz alanlarını hüküm altına almıştır. Söz konusu düzenlemeye göre insanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine has ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalar, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakkına sahip değildir. Dolayısıyla bu neviden kayalar dışındaki tüm adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakları bulunmaktadır. Ayrıca bu neviden kayalar da dahil olmak üzere tüm adaların iç suları, karasuları ve bitişik bölge alanları bulunmaktadır.¹³

Söz konusu düzenleme, madde metninde kullanılan insan oturmasına elverişli olma ve kendine has ekonomik yaşam ibarelerinin muğlak olması nedeniyle farklı değerlendirmelere konu olabilme ihtimali çerçevesinde yetersiz bulunmuş ve eleştirilmiştir.¹⁴ BMDHS'nin 121/3. maddesi ve maddede yer alan şartlar, aşağıda belirtileceği gibi Filipinler ile Çin arasındaki Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik

¹³ Ada tanımının unsurları, adaların sahip oldukları deniz alanları ve deniz alanlarının sınırlandırılması konularında, söz konusu hüküm ve öncesindeki düzenleme ve faaliyetler hakkındaki genel açıklamalar için bkz: DURAN, Gökhan Yaşar–ERGÜN, Çağdaş Evrim, **Uluslararası Hukukta Adalar**, Çakmak Yayınevi, Kocaeli, 2011, s. 3–33.

¹⁴ CHURCHILL, R.R.–LOWE, A.V., **The Law of the Sea**, Third Edition, Manchester University Press, Manchester, 2014, s. 50.

Mahkemesi tarafından yorumlanmıştır.¹⁵ Söz konusu karar ile Hakemlik Mahkemesi, madde metninde yer alan ibareleri değerlendirmek suretiyle hukuken “kaya” ile “tam yetkili ada” arasında ayrımı yapmayı sağlayan ltleri tespit etmiştir. Böylece maddede yer alan şartlara ilişkin muğlaklık ve belirsizliğin büyük oranda giderildiği söylenebilir.

Söz konusu kararda Hakemlik Mahkemesi, öncelikle terminolojiye ilişkin bir tespit yapmıştır.¹⁶ Hakemlik Mahkemesi’ne göre BMDHS’de cezir zamanı ortaya çıkan, fakat med zamanı su altında kalan yapılar, cezir yükseklikleri olarak ifade edilmiştir. Med zamanı su üstünde kalan yapılar ise genel olarak ada şeklinde ifade edilmiştir. Fakat adanın sahip olacağı deniz alanları, BMDHS’nin 121/3. maddesi çerçevesinde insan oturmasına elverişli ve kendine has bir ekonomik yaşama sahip olma kapasitesine göre değişmektedir. Hakemlik Mahkemesi söz konusu tespiti yaptıktan sonra, kararın bu bölümünde kullanacağı terminolojiyi açıklamıştır. Buna göre Hakemlik Mahkemesi BMDHS’nin 121/1. maddesinde yer alan ve adanın şartlarını karşılayan yapılar için “med yüksekliği” veya “med zamanı yapısı” olarak Türkçeye çevrilebilecek “hide–tide features” ibaresini benimsemiştir. Böylece Hakemlik Mahkemesi med zamanı, yani sular yükseldiği zaman su üstünde kalan tüm adasal yapıların hepsini bu kategori altında ve bir üst terim olarak kullanmıştır. Bu çerçevede med yüksekliklerini, iki alt kategoriye ayırmıştır. Hakemlik Mahkemesi, ilk alt kategori olarak belirlediği “kaya” terimini, insan oturmasına elverişli olmayan veya kendine has bir ekonomik yaşamı bulunmayan ve dolayısıyla münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakları bulunmayan med yükseklikleri için kullanmıştır. Hakemlik Mahkemesi, med yüksekliği teriminin ikinci

¹⁵ Karar metni için bkz: PCA Case No: 2013–19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration – before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People’s Republic Of China, Award, 12 July 2016, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>. (erişim tarihi 1.10.2016). Karar hakkında tespit ve değerlendirmeler için bkz: BAYILLIOğLU, Uğur, “Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi’nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlandırılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 130, s. 419–456.

¹⁶ The South China Sea Arbitration Award, para, 280.

alt kategorisi olarak da kaya olmayan ve BMDHS'nin 121/2. maddesine göre diğer kara parçaları ile aynı haklara sahip, “tam yetkili adalar” ifadesini benimsemiştir.¹⁷

Şu halde bir ada, kaya olarak nitelendiriliyor ise bu kayanın, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına bir etkisi bulunmamaktadır; zira zaten söz konusu deniz yetki alanları üzerinde hak sahibi değildir. Fakat eğer tam yetkili bir ada söz konusu ise bu, maddenin 2. paragrafı çerçevesinde sınırlandırmada anakaralarla aynı hükümlere tabi olacaktır. Dolayısıyla burada tam yetkili adaların sınırlandırmaya etkisi meselesi gündeme gelmektedir. Şartlara bağlı olarak adalara tam veya kısmi etki verilebileceği gibi ihmal edilmeleri ve çevreleme (enclave) yöntemine konu olmaları mümkündür.¹⁸ Bu şartlar, değişken olabilmekle birlikte esas itibariyle adaların coğrafi özellik ve anakaralara göre coğrafi konumları çerçevesinde değerlendirilmektedir.¹⁹ Bu bağlamda, adaların, sınırlandırmada hakça bir czm için ilgili şart veya özel şart olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim Churchill–Lowe, içtihadın, bazı ilgili şart veya özel şart değerlendirmesi bakımından bir tutarlılık gösterdiğini, bunlardan birinin de adaların varlığı olduğunu belirtmiştir.²⁰ Şu halde BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları karşılayan bir tam yetkili ada, her ne kadar maddenin 2. paragrafı gereği anakaralarla aynı sınırlandırma hükümlerine tabi kılınmışsa da bu, sınırlandırmada mutlaka tam etki göstereceği anlamına gelmemektedir.

¹⁷ Hakemlik Mahkemesi'nin terminolojiye ilişkin söz konusu tespitlerini içeren paragraf, bu konudaki önceki çalışmamızda da aynen kullanılmıştır. Bkz: BAYILLIOĞLU, 2017, s. 429–430. Hakemlik Mahkemesi'nin terminolojiye ilişkin bu tespiti çerçevesinde, biz de çalışma boyunca BMDHS'nin 121/3. paragrafında yer alan şartları taşımayan coğrafi formasyonlar için kaya, taşıyanlar ve dolayısıyla 2. paragraf hükmüne dahil olanlar için ise tam yetkili ada; med zamanı su üstünde kalan tüm coğrafi formasyonlar için de bir üst terim olarak ada ibaresini kullanıyoruz. Bir başka şekilde; ada, kaya ve cezir yüksekliklerini kümülatif olarak ifade etmek üzere coğrafi bir terim olarak adasal yapı ibaresi de kullanılabilir. Fakat inceleme konusu kararda cezir yüksekliklerine ilişkin önemli bir uyumsuzluk ve tartışma bulunmadığı için bu çalışmada, Hakemlik Mahkemesi'nin terminolojik tespitiyle paralel bir terminoloji benimsedik.

¹⁸ WEIL, 1989, s. 230.

¹⁹ Bkz. ACER, 2013, s. 318.

²⁰ CHURCHILL–LOWE, 2014, s. 188. Adaların sınırlandırmaya etkilerine ilişkin görüşler, devletlerarası uygulamalar ve yargı kararları için genel olarak bkz: WEIL, 1989, s. 229–23; EVANS, 1989, s. 133–151; JAYEWARDENE, 1990, s. 349–489; BOWETT, Derek, “Islands, Rocks, and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitations”, **International Maritime Boundaries Volume, I** (ed. J. I. Charney–L. M. Alexander), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1996, s. 134–151; GÖKALP, s. 2008, 80–85; DURAN–ERGÜN, 2011, s. 185–246 ve 281–286; AÇIKGÖNÜL, 2012, s. 116–130; ACER, 2013, s. 317–322.

Genel tespitlerden sonra, inceleme konusu kararda, Divan'ın sınırlandırma alanında bulunan ada ve kayaların sınırlandırmaya etki ve etkisizlik uygulamalarını, BMDHS hükümleri ve uluslararası yargı içtihadı çerçevesinde incelemek gerekecektir.

III. DİVAN'IN SINIRLANDIRMA ALANINDA BULUNAN ADALAR HAKKINDAKİ TESPİT VE DEĞERLENDİRMELERİ

A. İlgili Sahillerin Tespiti ve Adalar

1. Corn Adaları ve Cayos de Perlas'ın Durumu Hakkındaki Tartışma ve Tespitler

Yukarıda da belirtildiği gibi sınırlandırmanın ilk aşaması, ilgili sahillerin tespitidir ve Divan da inceleme konusu kararda, ilk önce tarafların ilgili sahillerini tespit etmiştir. İnceleme konusu kararda, ilgili sahiller açısından taraflar arasındaki uyuşmazlık, Nikaragua'nın, Corn Adaları'nın ve Cayos de Perlas'ın bazı sahillerinin de dahil edilerek, ilgili sahilinin geneline birkaç kilometre daha eklenmesi yönündeki iddiasından kaynaklanmaktadır.²¹ Divan, Nikaragua ile Kolombiya arasındaki davaya ilişkin kararına atıf yaparak, söz konusu kararda, Cayos de Perlas'ın değil ve fakat Corn Adaları'nın geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak dikkate alındığını ve ilgili sahilin bir parçası kabul edildiğini belirtmiştir.²² Gerçekten de söz konusu kararda Divan, Büyük ve Küçük Corn Adaları ile beraber diğer bazı adaları, geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde dikkat almıştır, fakat bunlar içinde Cayos de Perlas bulunmamaktadır.²³ Demek ki Divan, Cayos de Perlas'ı ilgili sahile ilave etmemiştir.

Yine Nikaragua–Kolombiya kararında Divan, Corn Adaları bağlamında, her ne kadar bu adalar esas nokta olarak dikkate alınsa da adaların doğu sahillerinin, anakaraya paralel olması nedeniyle ilgili sahile ilave edilmediğini belirtmiştir.²⁴ Divan da söz konusu karara atıf yaparak, Nikaragua–Kolombiya arasındaki davada verilen karardaki

²¹ Costa Rica–Nicaragua, para, 112.

²² Ibid, para, 112.

²³ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, ICJ Reports 2012, para, 201.

²⁴ Ibid, para, 145.

bu tespitlerin, halihazırda önünde bulunan davaya uygulanamayacağını, zira Nikaragua–Kolombiya kararında, Corn Adaları'nın ilgili sahil uzunluğuna ilave edilmemesinin nedeninin, bu adaların Kolombiya adaları ile ilişkisi ve anakaraya paralel konumlanması olduğunu belirtmiştir.²⁵ Gerçekten de Nikaragua–Kolombiya kararında temel konu, Nikaragua'ya ait adalarla Kolombiya'ya ait adalar arasındaki, karşılıklı sahillerdeki sınırlandırmaydı.²⁶ Fakat Kosta Rika–Nikaragua kararında temel uyuşmazlık noktası farklıdır. İnceleme konusu davada mesele, adaların, bitişik sahillerdeki sınırlandırmada, bir anakara karşısındaki etkisidir. Ayrıca, Corn Adaları'nın Nikaragua anakara sahiline bakan doğu sahillerinin de sınırlandırma alanına projeksiyonları olmadığı için ilgili sahil uzunluklarında esas alınmamıştır. Sadece diğer sahilleri buna dahil edilmiş ve geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak dikkate alınmıştır. Görüldüğü gibi burada her sınırlandırma alanının coğrafi özelliklerinin farklı olduğu ve hakça sonuca ulaşmak için farklı uygulamalar yapılması gerektiği konusundaki sınırlandırma hukukunun temel ilkesi gündeme gelmektedir. Zira deniz yetki alanı sınırlandırmalarında, her vaka benzersiz olarak ele alınmalıdır ki zaten Divan da aşağıda belirtileceği gibi adalar bağlamında bu tespite kararda yer verecektir.

Divan, Nikaragua–Kolombiya kararında, Corn Adaları'nın anakaraya bakan doğu sahillerini, sahil uzunluklarına ilave etmediği gibi inceleme konusu kararda da söz konusu adaların kuzey yönüne bakan sahillerini dışlayarak, diğer sahillerinin ilgili sahil uzunluklarının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁷ Divan'ın bu tespiti sınırlandırma konusu alanın coğrafi verilerine uygundur; zira coğrafi konumları itibariyle Corn Adaları'nın kuzey sahilleri dışındaki sahillerinin sınırlandırma alanına projeksiyonu bulunmaktadır. Gerçekten de bitişik konumdaki Nikaragua ile Kosta Rika sahilleri açısından Corn Adaları'nın projeksiyonu, esas itibariyle güney–güneybatı istikametindedir.

²⁵ Costa Rica–Nicaragua, para, 112.

²⁶ Divan'ın, söz konusu adaların coğrafi özellikleri ve sahip olabilecekleri deniz alanları konusundaki değerlendirmeleri için bkz: Nicaragua–Colombia, para, 167–183.

²⁷ Costa Rica–Nicaragua, para, 113.

2. Cayos de Perlas Bağlamında BMDHS'nin 121. Maddesi ile Sınırlandırma Arasındaki Bağ Meselesi

a. Divan'ın Cayos de Perlas'ın Durumu ve BMDHS'nin 121/3. Maddesi Çerçevesindeki Gerekçesiz Tespitlerine İlişkin Değerlendirmeler

Corn Adaları'nı ilgili sahil uzunluğuna ilave eden Divan, Cayos de Perlas açısından bunun söz konusu olmadığını belirtmiştir.²⁸ Demek ki Divan, Cayos de Perlas'ı Nikaragua'nın ilgili sahil uzunluklarına dahil etmemiştir. Divan, buna gerekçe olarak BMDHS'nin 121. maddesini dayanak almıştır. Gerçekten de Divan'a göre Cayos de Perlas'ın söz konusu maddede yer alan insan yerleşimi veya kendine has bir ekonomik yaşam şartlarını karşıladığına ilişkin bir delil bulunmamaktadır; bu bağlamda, Nikaragua, salt söz konusu adaların deniz yetki alanı sahibi olduğu iddiasını desteklemek için Cayos de Perlas'a kaynak sağlamaktadır.²⁹

Görüldüğu gibi Divan, Cayos de Perlas'ı, BMDHS'nin 121/3. maddesinde öngörülen şartları taşımadığı gerekçesiyle Nikaragua'nın ilgili sahillerine dahil etmemiştir. Divan, Cayos de Perlas'ın, söz konusu maddenin 3. paragrafına atıf yapmadan ve hukuken kaya statüsünde değerlendirdiğini ve bu nedenle de münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olamayacağını açıkça vurgulamadan, sadece söz konusu paragraftaki şartları karşılamadığını belirtmiştir. Fakat 3. paragraftaki insanların oturmasına elverişli olma ve kendine has ekonomik bir yaşama sahip olma şartlarına yaptığı vurguyla da aslında bunların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olmayan, hukuken kaya statüsündeki coğrafî formasyonlar olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Zaten Divan, Cayos de Perlas'ı, bu hukuki niteliği nedeniyle Nikaragua sahilinin uzunluğuna ilave etmemiştir. Zira Divan'ın zımni değerlendirmesi ile ulaştığı sonuç, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olmayan kayaların, sınırlandırmada sahil uzunluğuna bir etkisi bulunmadığı ve dolayısıyla esas nokta olarak da dikkate alınmamaları gerektiği şeklindedir. Bu tespit hukuken doğru olabilir; fakat gerekçe eksikliği nedeniyle eleştiriye açıktır. Divan'ın tespiti gerekçesizdir; zira sadece maddede belirtilen şartların varlığına ilişkin delil olmadığını belirtmek, bir gerekçe

²⁸ Ibid, para, 113.

²⁹ Ibid, para, 113.

olarak nitelendirilemez. Neden bu şartların var olmadığı, söz konusu şartlara ilişkin ölçütlerin değerlendirilmesi suretiyle açıklanmalıydı. Gerçekten de Divan, Cayos de Perlas'ın neden BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan insanların oturmasına elverişli ve kendine has ekonomik bir yaşama sahip olma şartlarını karşılamadığını açıklamadığı gibi söz konusu coğrafi formasyonların neden ve nasıl Nikaragua'nın dışardan yürüttüğü kaynak tedariki faaliyeti ile ayakta kaldığını da yeterli delille ortaya koymamıştır. Bu bağlamda, Divan kararına bu açıdan yöneltilebilecek temel eleştiri noktasının, Filipinler ile Çin arasındaki uyuşmazlıkta Hakemlik Mahkemesi'nin verdiği karara atıf yapmaması olduğu söylenebilir. Gerçekten de Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi, birçok önemli konu yanında, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar bağlamında, hukuken kaya ile tam yetkili ada arasındaki ayrımı yapmayı sağlayan ölçütleri, somut adalar için tespit etmiştir. Aynı şekilde bazı adalar ve cezir yükseklikleri üzerindeki Çin'in arazi ıslahı, tesisleşme ve dışardan kaynak tedariki faaliyetlerini de değerlendirmiş ve BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartların yapay olarak karşılanmasının, adaların ve cezir yüksekliklerinin statülerini etkilemeyeceğini belirtmiştir.³⁰ Çin'in bu faaliyetleri, Divan'ın yorumu çerçevesinde, Nikaragua'nın Cayos de Perlas'ın statüsünü tam yetkili adaya çevirme yönündeki dışardan kaynak tedarikiyle aynı amaca yöneliktir. Fakat Divan, bunu sadece bir cümle olarak belirtmiş ve Nikaragua'nın bu faaliyetinin niteliği ve bunun hukuki sonuçsuzluğu üzerine gerekçeli bir tespit yapmamıştır. Sadece hukuki sonuçsuzluğu belirtmekle yetinmiştir. Ama bu sonuçsuzluğa neden olan verileri ve bu verilerden ulaştığı delilleri ortaya koymamıştır. Divan sadece, peşinen Cayos de Perlas'ın BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları karşılamadığına hükmetmiştir. BMDHS'ye göre bir adanın, kaya mı yoksa tam yetkili ada mı olduğu ve bu bağlamda sahip olduğu veya olmadığı deniz alanlarını tespit gibi çok temel ve önemli bir konuda hiçbir ölçüte dayanmadan peşin hüküm vermek, hukuken sorunlu olarak değerlendirilebilir ve gelecekteki uyuşmazlıklar açısından iyi bir emsal olarak görülmeyebilir. Cayos de Perlas, gerçekten de BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde hukuken kaya olarak nitelendirilebilir. Divan bu konuda haklı olabilir. Fakat bu kadar önemli bir meselede sadece maddedeki

³⁰ Hakemlik Mahkemesi'nin söz konusu tespitleri ve bu konudaki değerlendirmeler için bkz: BAYILLIOĞLU, 2017, s. 419–456.

şartlara atıf yaparak, fakat bu şartları dzenleyen maddenin 3. paragrafına ayrıca ve açıkça atıf yapılmadan, üstelik kısa bir süre önce hukuken kaya ve tam yetkili adanın belirlenmesine ilişkin ltleri yorumlayan bir karar varken buna hiç değinmeden ulaşılan hüküm, Divan açısından bir eksikliktir ve eleştiriyi hak etmektedir. Güney Çin Denizi Tahkiminden nceki kararlar açısından, içtihat henüz gelişme aşamasında olduğu için bu eksiklik mazur görülebilir. Fakat inceleme konusu kararda Divan'ın, Hakemlik Mahkemesi'nin BMDHS'nin 121/3. maddesini yetkin bir şekilde yorumlayan kararına atıf yapmaması, mazur görülemez.

Bu eleştiriye karşı, uyuşmazlıkta asıl meselenin sınırlandırma olması nedeniyle Divan'ın BMDHS'nin 121/3. maddesini ayrıntılı şekilde değerlendirmesi gerekmediği söylenebilir. Fakat Cayos de Perlas'ın Nikaragua'nın ilgili sahiline ilave edilmeme gerekçesi, Divan'a göre BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartları taşımamasıdır. Madem Divan bu gerekçeyle ilgili sahile ilave etmemiştir, o halde bu gerekçeye ulaşmasına neden olan verileri, Cayos de Perlas'ın somut özellikleri çerçevesinde, BMDSH'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları değerlendirerek ifade etmeliydi.

Demek ki sınırlandırmanın ilk aşamasında Divan, Corn Adaları'nın sınırlandırma alanına projeksiyonu olmayan kuzey sahilleri dışındaki sahillerini, Nikaragua'nın ilgili sahiline ilave etmiş ve fakat Cayos de Perlas'ın, her ne kadar açıkça bu nitelemeyi yapmasa da BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde, kaya olduğuna hükmederek, yine açıkça münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olmadığını belirtmeden, zımnen böyle kabul ederek, ilgili sahil uzunluklarına ilave etmemiştir.

Görüldüğü gibi Divan, Cayos de Perlas'ı kaya olarak nitelemiş ve zaten hak sahibi olamayacağı gerekçesiyle ilgili sahile ilave etmeyerek ve esas nokta yapmayarak sınırlandırmada etki tanımamıştır. Böylece sınırlandırmada etkisizliğinin dayanağı olarak, BMDHS'nin 121/3. maddesine göre hukuken kaya teşkil etmesi olduğunu kabul etmiştir. Böylece Divan, BMDHS'nin 121/3. maddesi delaletiyle sınırlandırmada etkisizlik uygulaması yapmıştır. Bir başka ifadeyle Divan, Cayos de Perlas'ın sınırlandırmadaki etkisizliğini BMDHS'nin 121/3. maddesine dayandırmıştır. Aslında Divan'ın bu uygulaması, inceleme konusu karara has değerdir. Gerçekten de Divan'ın önceki bazı kararlarında da BMDHS'nin 121/3. maddesinin sınırlandırmaya etkisi

meselesi gündeme gelmiştir. Divan'ın BMDHS'nin 121/3. maddesi ile sınırlandırma arasındaki bağ ve ilişkiye ilişkin önceki kararlarına bakılınca, her ne kadar aynı sonuç ortaya çıkmış olsa da ikircikli bir yaklaşımın sergilendiği ve iki ayrı yorum şeklinin benimsendiği görülmektedir.

b. Divan'ın Önceki İctihadı Çerçevesinde BMDHS'nin 121. Maddesi ile Sınırlandırma Arasındaki Bağa İlişkin İkircikli Yaklaşımı

Divan, Romanya–Ukrayna kararında, Serpents Adası'nın, geçici eşit uzaklık çizgisi üzerinde bir düzeltme yapılmasını gerektirip gerektirmediği meselesini incelerken, BMDHS'nin 121. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapmamıştır. Gerçekten de Divan'a göre, Serpents Adası'nın BMDHS'nin 121. maddesinin 2 veya 3. paragraflarına dahil olup olmadığı açısından bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı gibi bu husus, eldeki davayla ilgisizdir.³¹ Divan buna gerekçe olarak, Ukrayna sahilinin yaklaşık 20 mil açığında bulunan Ada'nın sahip olabileceği muhtemel deniz yetki alanlarının, zaten Ukrayna anakara sahili tarafından kapsanmış olmasını göstermiştir.³² Demek ki Divan'ın yorumuna göre Serpents Adası, ister BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartları karşılansın ister karşılamasın, sahip olabileceği deniz yetki alanları, Ukrayna anakarası tarafından kapsandığı için zaten sınırlandırmaya etkisi olmayacaktır.³³ Görüldüğü gibi Divan, Ada'nın sınırlandırmadaki etkisizliğini (kararın o aşamasında geçici eşit uzaklık çizgisi üzerinde bir düzeltme yapılmasını gerektirmemesini) BMDHS'nin 121. maddesine dayanarak değil, ilgili sınırlandırma alanındaki muhtemel münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanlarının, zaten Ukrayna anakara sahili tarafından kapsanması şeklindeki tespit ile aslında, sınırlandırma alanının coğrafi özelliklerine dayanarak gerekçelendirmiştir. Böylece Divan, Kosta Rika–Nikaragua kararının aksine adaların sınırlandırmadaki etkisizliğini, BMDHS'nin 121/3. maddesine dayandırmamıştır; bu konuda, söz konusu madde ile bağ kurmamıştır.

³¹ Romania–Ukraine, para, 187.

³² Ibid, para, 187.

³³ Divan'ın Serpents Adası'nın etkisine ilişkin tespitleri hakkında bir değerlendirme için bkz: BAYILLIOĞLU, Uğur, "Uluslararası Adalet Divanının Romanya ile Ukrayna Arasındaki Deniz Alanı Sınırlandırmasında Serpents Adasının Etkisine İlişkin Tespitleri", *Çankaya University Journal of Law*, Yıl: 2010, Vol: 7, s. 23–41.

Bununla beraber, Divan'ın ulaştığı çözümlün Serpents Adası'nın bir kaya gibi işlem görmesi ile aynı etkiye sahip olduğu belirtilmiştir.³⁴ Zira Divan, her ne kadar Serpents Adası'nı, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya olarak nitelemese de tıpkı bir kaya gibi sınırlandırmada etki göstermemesini sonuçlayan bir hükme varmıştır.

Divan, Nikaragua–Kolombiya kararında ise sınırlandırmadaki etkileri açısından, bazı adalar için BMDHS'nin 121. maddesi ile bağ kurmuş bazıları için Serpents Adası uygulamasını benimseyen karma bir tutum belirlemiştir. Divan söz konusu kararda, Quitasueno adasal yapılarını oluşturanlar arasında sadece QS32 adı verilenin, cezir zamanı su üstünde kaldığını ve bu bağlamda BMDHS'nin 121/1. maddesi anlamında hukuken ada olduğunu tespit etmiştir.³⁵ Divan, Quitasueno'yu BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya olarak niteleyerek, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olamayacağını belirtmiş ve sadece QS32 ve buna 12 mil uzaklık dahilinde konumlanmış cezir yüksekliklerine 12 millik karasuları alanı vermiştir.³⁶ Görüldüğu gibi Divan, tıpkı Cayos de Perlas için olduğu gibi QS32 için de kaya nitelemesi yaparken, bir gerekçe ortaya koymamıştır. Sadece kararın önceki bölümlerinde, davanın taraflarının QS32'nin insanların oturmasına elverişli veya kendine has bir ekonomik yaşama sahip olma şartlarını karşıladığını öne sürmediklerini belirtmiştir.³⁷ Fakat bunun bir gerekçe oluşturmadığı açıktır. Dolayısıyla BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde gerekçesizlik bağlamında yukarıda yapılan eleştiriler, bu karar için de geçerlidir.

Divan, Nikaragua–Kolombiya kararında, sınırlandırma alanındaki diğer adaların durumu için ise Ukrayna–Romanya kararına atıf yaparak, Divan'ın yukarıda değinilen Serpents Adası'nın durumuna ilişkin yorumunu benimsemiştir. Gerçekten de Divan, Rondocor, Serena, Albuquerque Cays ve East–Southeast Cays'ın statülerini, BMDHS'nin 121. maddesi çerçevesinde tespit etmeye ihtiyaç olmadığını, zira bunların sahip olması muhtemel münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanlarının zaten söz

³⁴ TANAKA, Yoshifumi, “Reflection on Maritime Delimitation in the Romani/Ukraine Case Before the International Court of Justice”, *Netherlands International Law Review*, Year: 2009, Vol: 56, s. 409.

³⁵ Nicaragua–Colombia, para, 32 ve 181.

³⁶ Ibid, para, 238.

³⁷ Ibid, para, 183.

konusu deniz yetki alanlarına sahip olabilecekleri taraflarca kabul edilmiş olan San Andres, Providencia ve Santa Catalina adalarının sahip olabilecekleri münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanları ile örtüştüğünü belirtmiştir.³⁸ Demek ki Divan, Romanya–Ukrayna kararında, Serpents Adası'nın sahip olabileceği deniz yetki alanlarının zaten Ukrayna anakarası tarafından kapsanmış olduğunu ve böylece sonuca bir etkisi olmadığını beyan ederken, Nikaragua–Kolombiya kararında da söz konusu adaların sahip olabilecekleri deniz yetki alanlarının sonuca bir etkisi olmadığını, zira zaten diğer bazı tam yetkili adalar tarafından bu sonucun gerçekleştiğini ifade etmiştir. Bir başka ifadeyle Divan, tıpkı Romanya–Ukrayna kararında olduğu gibi sınırlandırma alanının coğrafi özelliği çerçevesinde bu sonuca ulaşmıştır. Bu bağlamda Divan, Serana'nın, BMDHS'nin 121. maddesi çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulmasına gerek olmadığını yeniden vurgulamış ve küçüklük, uzaklık ve diğer karakteristik özellikleri nedeniyle, hakça bir çözüm için sadece karasularına sahip olmasına hükmetmiştir.³⁹

Burada gündeme gelen soru şudur: Divan, Quitasueno'yu BMDHS'nin 121. maddesi çerçevesinde değerlendirirken ve maddenin 3. paragrafı çerçevesinde kaya olarak nitelerken, neden Serana için bu değerlendirme ve nitelemeyi yapmamıştır? Divan'ı Serana'yı kaya olarak nitelemekten alıkoyan etken ve veriler nelerdir? Veya Divan'ın Quitasueno'yu kaya olarak nitelemesine neden olan veriler nelerdir? Bunların arasında ne gibi farklar vardır da farklı değerlendirmelere maruz kalmışlardır? Her şeyden önce Divan, neden böyle bir ayırım yapmıştır? Bu soruların cevabı kararda tam olarak bulunmamaktadır; karar bu sorular açısından gerekçeden yoksundur. Yukarıda belirtildiği gibi Divan, Serana'ya, BMDHS'nin 121. maddesine dayanarak değil, küçüklüğü ve anakaraya uzaklığı nedeniyle münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı vermemiştir. Quitasueno'ya ise kaya olarak değerlendirdiği için münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı vermemiştir. Oysa Divan'ın Quitasueno'yu oluşturan adasal yapılar arasında, BMDHS'nin 121/1. maddesine göre ada olarak kabul ettiği QS32, mesela Serana'yı oluşturan en büyük adasal yapıdan daha küçüktür ve kıl payı cezir

³⁸ Ibid, para, 180.

³⁹ Ibid, para, 238.

yüksekliği olarak değerlendirilmemiştir.⁴⁰ Ayrıca QS32, Serana'ya göre ait olduğu Kolombiya anakara sahiline daha uzaktır. Görüldüğü gibi Divan, söz konusu adaların farklı değerlendirmesine neden olan coğrafi şart ve verileri ortaya koymadığı gibi neden böyle bir ayırım yaptığını da açıklamamıştır.

Aslında Divan, coğrafi verileri dayanak almadan ortaya koyduğu farklı hukuki nedenlerle aynı sonuca ulaşmıştır (Mesela QS32 ve Serena için çevreleme yöntemi uygulanmıştır). Fakat buradaki sorun, bu farklı hukuki nedenlerin gerekçelerinin ortaya konmamış olmasıdır. Bir başka ifadeyle sorun, benzer olarak kabul edilebilecek veya edilemeyecek coğrafi formasyonlar arasındaki bu farklı yorumların nedenlerinin, bir gerekçe oluşturacak şekilde, Divan tarafından açıkça gösterilmemiş olmasıdır. Demek ki Divan kararlarındaki BMDHS'nin 121. maddesi ve özellikle maddenin 3. paragrafına ilişkin değerlendirmelerdeki gerekçesizlik, sadece inceleme konusu Kosta Rika–Nikaragua kararına has değildir.

Gerekçesizlik eleştirisine ve gerekçesiz bir şekilde farklı nedenlere bağlanmalarına rağmen, Divan'ın yukarıda değinilen her üç kararda adalar hakkında ulaştığı sonuç, aslında hakça ilkelere uygundur. Zira bahsi geçen kararlarda gündeme gelen adaların küçük boyutları ve coğrafi durum ve konumları itibarıyla nihai olarak sınırlandırmayı etkilemeleri hakça bir çözüm olmayacaktır. Hakça bir çözüme ulaşmak nihai amacı doğrultusunda, bunların deniz yetki alanı sınırlandırmasını etkilememelerini sağlamak için uygulanan yöntemlerden birisi de ilgili sahile ilave edilmemeleridir ki yukarıda değinilen Divan kararları bu açıdan farklı nedenler ortaya koymuştur.

Şu halde Divan'ın BMDHS'nin 121/3. maddesine ilişkin gerekçesiz tespitleri ve söz konusu madde ile sınırlandırma arasındaki bağ ve ilişkiye ilişkin ikircikli yaklaşımına rağmen, ulaştığı sonuçlar hukuken fark yaratmamakta ve hakça ilkeleri tatmin ettiği için sınırlandırma hukukuna uygun bir görünüm arz etmektedir. Fakat sorun, Divan'ın, BMDHS'nin 121/3. maddesine ilişkin ölçütleri açıkça ortaya koymayarak, ilerisi için bir belirsizlik ve öngörülemezlik yaratmasıdır. Oysa

⁴⁰ QS32'nin coğrafi özellik ve cezir zamanı su üstünde kalıp kalmaması hakkında değerlendirmeler için bkz: Ibid, para, 24 ve 31–38. Serana'nın coğrafi özellikleri için bkz: Ibid, para, 24.

öngörülebilirlik, sınırlandırma hukukunun önemli bir bileşenidir ve hukukun üstünlüğünün sağlanmasında temel bir gerekliliktir.⁴¹

B. Geçici Eşit Uzaklık Çizgisinin Çizimi ve Adalar

Divan, ilgili sahillerin tespitinden sonra, diğer aşamaya geçmiş ve geçici eşit uzaklık çizgisini çizmiştir. Adalar üzerindeki esas noktaların tayini konusunda taraflar arasındaki temel uyumsuzluk noktaları, Corn Adaları ile Paxaro Bovo ve Palmenta Cays hakkındadır.⁴² Divan, söz konusu adaların geçici eşit uzaklık çizgisi üzerindeki etkilerini tespit ederken, içtihat da yer alan farklı değerlendirmelere başvurmuştur. Çalışmanın bu aşamasında, Divan'ın söz konusu tespit ve değerlendirmeleri incelenecek ve bir takım eleştiriler yapılacaktır.

1. Corn Adaları Bağlamında BMDHS'nin 121. Maddesi ile Sınırlandırma Arasındaki Bağ Meselesi

a. Divan'ın Corn Adaları'nın Etkisi ve BMDHS'nin 121/3. Maddesi Çerçevesindeki Gereksiz Tespitlerine İlişkin Değerlendirmeler

Corn Adaları açısından tarafların iddiaları şu şekildedir:⁴³ Kosta Rika, Corn Adaları'nın esas nokta olmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Kosta Rika'ya göre Nikaragua–Kolombiya kararında, bu adalar tam etki sahibi olarak kabul edilmiştir. Fakat o davada sınırlandırma bitişik sahillerle ilgili değil, karşılıklı konumlanmış olan adaların karşılıklı sahillerinin sınırlandırılması ile ilgiliydi. Buna karşın Nikaragua, Corn Adaları'nın anakaraya yakın olduğunu ve bunların esas nokta olarak ihmal edilmesinin Nikaragua sahilinin bütünleyici bir parçasının haritadan silinmesi anlamına geleceğini, bu nedenle de Corn Adaları'nın münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı üretmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu noktada Corn Adaları'nın coğrafi ve demografik özelliklerine değinmek gerekir. İki adadan oluşan ve Nikaragua egemenliğine tabi Corn Adaları, Nikaragua

⁴¹ AÇIKGÖNÜL, 2012, s. 56–57.

⁴² Bkz: Costa Rica–Nicaragua, para, 139 ve 141.

⁴³ Ibid, para, 139.

sahilinin 26 mil açığında bulunmaktadır. Büyük Corn Adası, 9.6 km² Küçük Corn Adası ise 3 km² yüzölçümüne sahiptir ve yaklaşık 7400 kişilik nüfusları bulunmaktadır.⁴⁴

Divan'a göre Corn Adaları, geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak dikkate alınmalıdır. Bu adalar hatırı sayılır bir nüfusa sahiptir ve bir ekonomik yaşamı sürdürmektedir. Bu nedenle bu adalar, BMDHS'nin 121. maddesinde yer alan bir adanın münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olması için gereken şartları fazlasıyla karşılamaktadır.⁴⁵

Görüldüğü gibi Divan, Corn Adaları'nı, BMDHS'nin 121 maddesi anlamında, tam yetkili adalar olarak kabul etmiştir. Fakat Divan'ın bu kabulü açısından da tıpkı Cayos de Perlas'ı kaya olarak kabulünde olduğu gibi gerekçesizlik eleştirisi yapılabilir. Dolayısıyla Divan kararına, Cayos de Perlas'a ilişkin tespitleri açısından yukarıda yapılan eleştiriler, Corn Adaları'na ilişkin tespitleri açısından da geçerlidir. Bu bağlamda, Divan, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartların Corn Adaları tarafından karşılandığına hükmetmiştir. Gerçekten de Divan, Corn Adaları için hatırı sayılır bir nüfus vurgusu yapmış ve kendine has bir ekonomik yaşamı bulunduğunu belirtmiştir; fakat bu kabule gerekçe olacak ölçütleri değerlendirme gereği duymamıştır. Söz konusu adalarda, neden ve nasıl bir ekonomik yaşam bulunduğunu ve bunun o adalara has olup olmadığını derinlemesine incelememiş, bu konuda bir veri ortaya koymamıştır. Sadece nüfusun hatırı sayılır olduğu vurgusuyla nüfusa ilişkin bir nitelime yapmıştır. Burada şöyle bir soru gündeme gelebilir: Divan, Corn Adaları'nın, 7400 kişilik nüfusu nedeniyle zaten kendine has bir ekonomik yaşama mazhar olduğunu mu kabul etmiştir? Yoksa BMDHS'nin 121/3. maddesine yer alan şartları kümülatif olarak değerlendirmeyip, sadece 7400 kişilik nüfusa sahip olmayı, tam yetkili ada statüsü elde etmek için yeterli mi saymıştır? Divan, kararda, hatırı sayılır nüfus vurgusu ile kendine has ekonomik yaşam ifadesi arasında "ve" bağlacını kullanmıştır. Bu da bize, Divan'ın Corn Adaları'nın her iki şartı da karşıladığı anlayışında olduğunu gösteren bir veri sunmaktadır. Demek ki Divan, 7400 kişilik nüfus barındıran inceleme konusu adalarda, kendine has bir ekonomik yaşamın bulunduğunu kabul etmiştir. Fakat bunun bilinçli bir

⁴⁴ Ibid, para, 49.

⁴⁵ Ibid, para, 140.

değerlendirme olup olmadığı tartışmaya açıktır, zira kendine has bir ekonomik yaşam şartına ilişkin hiçbir veri ortaya koymamıştır. Bu da Divan'ın, Corn Adaları'nın tam yetkili ada statüsünü haiz olduğuna hükmederken, nüfusa ilişkin nitelemesi ile sonuca gittiğini düşündürtmektedir. Divan kararının, BMDHS'nin 121. maddesine ilişkin tespitlerinde baştan beri bulunan eksiklik burada da kendisini göstermektedir. Gerçekten de Divan, Güney Çin Denizi uyuşmazlığına ilişkin Hakemlik Mahkemesi kararına atıf yapmayarak, söz konusu karardaki insan yerleşimi ve kendine has bir ekonomik yaşam şartlarını tespit eden ölçütleri değerlendirmediği gibi Hakemlik Mahkemesi'nin bu iki şartın kümülatif olmadığı yönündeki değerlendirmesini de dikkate almamıştır.⁴⁶ Böylece Divan, son derece önemli bir konuda, hiçbir veri ve değerlendirme ortaya koymaksızın, emsal bir karara dayanmadan, gerekçesiz bir hükme imza atmıştır. Hüküm doğru olabilir; fakat gerekesizdir.

Demek ki Divan, gerekçesiz bir şekilde Corn Adaları'nın, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları karşıladığını ve böylece münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanlarına sahip olabilecek tam yetkili ada statüsünde olduğunu kabul etmiştir. Bununla beraber Divan, Corn Adaları'nın geçici eşit uzaklık çizgisinin çizimini etkilemeyeceğini belirtmiş ve fakat düzeltilmiş sınırlandırma açısından söz konusu adalara atfedilen etkinin ise başka bir mesele olduğunun altını çizmiştir.⁴⁷ Yani burada Divan, Corn Adaları'nın esas nokta olarak geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde dikkate alınmasının, sınırlandırmanın bir sonraki aşaması olan geçici eşit uzaklık çizgisinin hakça ilkelere ulaşmak için düzeltilmesi gerektiği halde, aynı sonucu doğurmayabileceğini kastetmektedir. Dolayısıyla Divan, adaların deniz yetki alanlarına sahip olmasının başka, sınırlandırmaya etkilerinin ise başka bir mesele olduğu yönündeki sınırlandırma hukukunun yerleşmiş anlayış ve kuralını, sınırlandırma aşamaları arasındaki ayırım çerçevesinde vurgulamış olmaktadır. Divan, Cayos de Perlas'ı kaya olarak nitelemek suretiyle zaten hak sahibi olamayacağı için ilgili sahile dahil etmemiş, esas nokta olarak dikkate almamış ve sınırlandırmada etki tanımamıştır. Corn Adaları'nı ise BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartları taşıdıkları için tam yetkili

⁴⁶ Hakemlik Mahkemesi'nin söz konusu tespitleri ve bu konudaki değerlendirmeler için bkz: BAYILLIOĞLU, 2017, s. 437 vd.

⁴⁷ Costa Rica–Nicaragua, para, 140.

ada olarak kabul etmiş ve sınırlandırmanın ilk aşamasında ilgili sahile ilave ederek, geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak dikkate almıştır. Fakat Divan, Corn Adaları'nın, sınırlandırmanın ikinci aşamasında, yani geçici eşit uzaklık çizgisinin düzeltilmesindeki etkisinin başka olabileceğini belirtmek suretiyle söz konusu adaların esas nokta olarak dikkate alınmasının, sınırlandırmada tam etki sahibi olarak kabulü sonucunu doğurmayabileceğini belirtmiş olmaktadır. Böylece bir sınırlandırma uyumsuzluğunu çözerken, kaya olarak nitelediği Cayos de Perlas için BMDHS'nin 121/3. maddesini dolaylı yoldan dayanak olarak kullanmış ve bu şekilde sınırlandırma ile hak sahipliği arasında dolaylı bir bağ kurmuştur. Fakat söz konusu maddedeki şartları taşıdığı için tam yetkili olan bir adanın, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı için hak sahibi olmasının, sınırlandırmada mutlaka tam etki göstereceği anlamına gelmediğini de vurgulamıştır. Bu şekilde de BMDHS'nin 121. maddesi ile sınırlandırmanın ilgisizliğini zımni bir şekilde belirtmiş olmaktadır. Geline aşamada, sınırlandırma ile hak sahipliği arasındaki ilişki konusunda ortaya çıkan tablo, kısa bir açıklamayı hak etmekte ve gerektirmektedir.

b. BMDHS'nin 121/3. Maddesi ile Sınırlandırma Arasındaki Bağın Yorumu

Bu noktada bir parantez açıp genel bir tespit yapmak gerekmektedir. BMDHS'nin 121/3. maddesi, adaların sahip olacakları deniz yetki alanlarını düzenlemektedir. Bu düzenleme, sınırlandırmayla doğrudan ilgili değildir ve sınırlandırmayı düzenleme amacı da gütmemektedir. Fakat yukarıda belirtildiği gibi Cayos de Perlas örneğinde yapıldığı şekliyle dolaylı olarak sınırlandırma ile ilgi ve bağ kurulması mümkündür. Bu bağlamda BMDHS'nin 121. maddesi ile sınırlandırma arasında kurulan bağın sadece kayalar için sonuç doğurduğu görülmektedir. Gerçekten de Divan'ın Cayos de Perlas'a ve QS32'ye ilişkin yaptığı değerlendirme çerçevesinde olduğu gibi eğer bunlar, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya statüsünde ise zaten münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakkına sahip olmayacaklardır. Bir kaya, hak sahibi olamayacağına göre sınırlandırma açısından da etki doğurmayacaktır. Bu, BMDHS'nin düzenlemelerinin doğal ve makul bir sonucudur. Dolayısıyla bir adanın, insan oturmasına elverişli olma ve kendine has bir ekonomik yaşam şartlarını taşımadığı değerlendirilmesi yapılması ve dolayısıyla kaya statüsünde kabul edilmesi durumunda,

her ne kadar BMDHS'nin 121/3. maddesi sınırlandırma ile ilgisiz olsa da dolaylı yoldan sınırlandırmaya ilişkin bir sonuç doğurmaktadır. Fakat eğer bir ada, Corn Adaları örneğinde olduğu gibi BMDHS'nin 121/3. maddesinde öngörölen şartları taşıdığı için söz konusu maddenin 2. paragrafı anlamında tam yetkili ada olarak değerlendiriliyor ise durum değişmektedir. Bu durumda sınırlandırma açısından BMDHS'nin 121/3. maddesi tamamen ilgisiz ve sonuçsuz bir görünüme bürünecektir. Ancak bu durumda adaların deniz yetki alanına sahip olmasının başka, deniz yetki alanı sınırlandırmasına etkisinin ise başka olduğu yönündeki yerleşmiş kural işlerlik kazanacaktır. Bir başka ifadeyle adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı için hak sahibi olmasının, söz konusu deniz yetki alanlarının sınırlandırılması üzerinde etkisi olmayacağı kuralı, sadece insanların oturmasına elverişli olan veya kendine has bir ekonomik yaşamı bulunan tam yetkili adalar için geçerli bir anlayışın tezahürüdür. Gerçekten de tam yetkili bir adanın, bir başka devlete ait bir anakara veya ada ile deniz yetki alanları çakıştığı zaman o adanın hak sahibi olması, sınırlandırma bakımından doğrudan etki ve sonuç doğurmaz. Zira yukarıda da belirtildiği gibi BMDHS'nin 121/2. maddesi, maddenin 3. paragrafını saklı tutarak, bir adanın karasularının, bitişik bölgesinin, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının sınırlandırılmasının, BMDHS'de düzenlenen diğer kara parçalarına uygulanabilir hükümlerine uygun olarak yapılacağını belirtmiştir. Şu halde, tam yetkili adalar, karasuları, bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlamalarında diğer kara parçaları ile eşit tutulmuştur. Dolayısıyla diğer kara parçalarının (anakaraların) deniz yetki alanları nasıl sınırlandırılıyorsa tam yetkili adalarinki de öyle sınırlandırılacaktır. Böylece münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasında BMDHS'nin 74., kıta sahanlığı sınırlandırmasında ise 83. maddelerine müracaat edilecek ve bu maddelerde yer alan kural ve yöntemler uygulanacaktır. Zira BMDHS'nin 121/2. maddesi ile tam yetkili adalar, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından diğer kara parçaları ile aynı hükümlere tabi kılınmış ve böylece münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına ilişkin kurallara atıf yapılmıştır.

Şu halde tam yetkili adaların, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından ilgili şart olarak değerlendirilmeleri ve hakça ilkeleri tatmin açısından hiç etki göstermemeleri veya sınırlı etki göstermeleri mümkündür. Bu durum,

BMDHS'nin 121/3. maddesi ile çelişmemektedir. Zira söz konusu madde, tam yetkili adaların sahip olacağı deniz alanlarını genel bir hüküm olarak düzenlemektedir. Fakat münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmalarına ilişkin BMDHS'nin, yukarıda belirtilen, 74 ve 83. maddeleri özel hüküm niteliğindedir ve Sözleşme'nin 121/2. maddesi bu hükümlere atıf yaparak, tam yetkili adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmalarında söz konusu özel düzenlemelerin uygulanacağını kabul etmektedir. BMDHS'nin 121/2. maddesinde, 3. paragrafın saklı tutulması da bu değerlendirmeye çelişmez. Zira söz konusu maddede 3. paragraf saklı tutularak, genel hüküm olarak insanların oturmasına elverişli olmayan veya kendine has bir ekonomik yaşamı bulunmayan kayalar dışındaki adaların (tam yetkili adaların) münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olacağı kabul edilmektedir. Bununla beraber bu düzenlemenin, söz konusu adaların, sınırlandırma açısından bir başka devletin karşılıklı ya da bitişik sahiline bakan sahillere ilişkin bir sonucu yoktur. Bu duruma ilişkin sonuç, yukarıda belirtildiği gibi BMDHS'nin 121/2. maddesinin tam yetkili adalarla diğer kara parçalarını münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmalarında eşit tutan düzenlemesinde bulunmaktadır.⁴⁸

Demek ki BMDHS'nin 121/2. maddesinin anakaralar ile adaları eş tutan düzenlemesi, sınırlandırma açısından değil, sadece hak kazanım esası bakımından geçerlidir.⁴⁹ Sınırlandırma açısından BMDHS'nin 121/3. maddesi ile kurulan bağ da sadece kayalar için sınırlandırmada etkisizlik sonucunu doğurur. Tam yetkili adalar için BMDHS'nin 121/3. maddesi ile sınırlandırma arasında bir bağ yoktur. Bu durumda sınırlandırmaya ilişkin özel hüküm teşkil eden kurallar uygulanacaktır. Divan da inceleme konusu kararında, Cayos de Perlas ve Corn Adaları için aynen bu uygulamayı yapmış, fakat bu uygulamayı açıklayan ayrıntılı tespit ve gerekçe ortaya koymamıştır; mesela BMDHS'nin 121/2. maddesini değerlendirmemiştir. Sadece yerleşmiş kuralı ifade etmekle yetinmiştir.

⁴⁸ BMDHS'nin 121/2 ve 3. maddeleri ile sınırlandırma arasındaki ilişkiye ilişkin bu alt başlık altındaki tespitler, daha önceki bir çalışmamızdan kısmen alınmıştır. Bkz: BAYILLIOĞLU, 2010, s. 25-26.

⁴⁹ DURAN-ERGÜN, 2011, s. 186.

2. Palmenta Cays ve Paxaro Bovo'nun Durumu Hakkındaki Tartışma ve Divan'ın Civar Adalar Kumesi İctihadına Başvurusu

Divan, Cayos de Perlas ve Corn Adaları'nın durumunu yukarıdaki şekilde tespit ettikten sonra, taraflar arasında esas noktaların tespiti konusundaki bir diğer uyuşmazlık konusunu teşkil eden, Nikaragua'ya ait ve Nikaragua sahiline son derece yakın şekilde konumlanmış küçük boyutlu adalar olan Paxaro Bovo ve Palmenta Cays'ın durumuna değinmiştir. Kosta Rika, söz konusu adaların sahil boyunca uzanan konumları ve nitelikleri gereği, adacık, mercan kayalığı ve kaya niteliğini taşıdıkları, dolayısıyla münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahibi olamayacakları gerekçeleriyle, bunların esas nokta olarak dikkate alınmaması gerektiğini iddia etmiştir. Zira Kosta Rika'ya göre söz konusu adalar üzerinde esas nokta tayin etmek, geçici eşit uzaklık çizgisinde aşırı ve orantısız bozma etkisi yaratacaktır.⁵⁰ Nikaragua ise söz konusu adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olduklarını iddia etmemekle birlikte, bunların, Nikaragua sahilinin bütünleyici bir parçasını oluşturan civar adalar olduğunu ve bu nedenle de geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde dikkate alınmaları gerektiğini ileri sürmüştür.⁵¹ Yani, Nikaragua bunların, anakara sahilinin yakın civarında bulunmaları nedeniyle anakara sahilinin bünyesinde değerlendirilmesi gereğini ifade etmiştir. Kosta Rika ise söz konusu adaların Nikaragua sahili bünyesinde değerlendirilmesine, yani sahile ilave edilmesine karşı çıkmıştır.⁵²

Divan'ın Palmenta Cays ve Paxaro Bovo'nun sahile ilave edilmesi ve geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak dikkate alınmasına ilişkin tartışmada yaptığı tespitleri iki noktada incelemek gerekir. Bir defa Divan, Palmenta Cays'ın, sahilden 1 mil açıktaki bulunan adacıklar olduğunu, Paxaro Bovo'nun ise sahilden 3 mil açıktaki bulunan bir kaya olduğunu belirtmiştir.⁵³ Burada Divan'ın Palmenta Cays'ı oluşturan formasyonlar için adacık (islet) ibaresini kullanması eleştiriye açıktır. Zira "adacık" BMDHS'de yer alan ve hukuki nitelik ve sonuç atfedilen bir coğrafi

⁵⁰ Costa Rica–Nicaragua, para, 141.

⁵¹ Ibid, para, 141.

⁵² Ibid, para, 141.

⁵³ Ibid, para, 142.

formasyon değildir. Bu çerçevede, I. ve III. Deniz Hukuku Konferanslarında ve hazırlık çalışmalarında her ne kadar “adacık” ibaresine yer veren ve bunu niteleme amacına yönelik çeşitli teklifler gündeme gelmişse de⁵⁴ bu tekliflerden hiçbiri madde metnine yansımamıştır. Dolayısıyla pozitif hukuk anlamında, BMDHS’de hukuki nitelik ve sonuç atfedilen coğrafi formasyonlar sadece ada, kaya ve cezir yükseklikleridir. Dolayısıyla BMDHS’ne göre bir formasyon, ya tam yetkili adadır ya kayadır ya da cezir yüksekliğidir. Yani BMDHS’nde “adacık” diye bir kavram bulunmamaktadır. Aslında daha önceki bazı uluslararası yargı kararlarında da adacık ibaresinin kullanıldığı görülmektedir.⁵⁵ Uluslararası yargı organlarının, adacık ibaresini coğrafi bir terim olarak kullandıkları açıktır. Fakat bir coğrafi formasyonun, hangi şartlar altında ada veya kaya değil de adacık olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin üzerinde mutabık kalınmış bir coğrafya verisi de yoktur. Eğer olsaydı, BMDHS’nin 121. maddesi metnine yansıtılırdı. Dolayısıyla inceleme konusu kararda Divan’ın, adacık ibaresini kullanması, bu bakımdan eleştiriyeye açıktır.

Yine Divan’ın Paxaro Bovo’yu kaya olarak nitelerken bunun dayanak ve gerekçesini belirtmemesi için yukarıda Divan kararına bu açıdan yapılan eleştiriler, burada da tekrarlanmalıdır.

İkinci önemli nokta ise Divan’ın Romanya–Ukrayna ve Kolombiya–Nikaragua kararlarına atıf yaparak ulaştığı “civar adalar kümesi” özelliğini, bu iki formasyon için

⁵⁴ Bu tekliflere ilişkin örnekler için bkz: JAYEWARDENE, 1990, s. 5–6; Adacık tekliflerini de içeren Deniz Yatağı Komitesi ve III. Deniz Hukuku Konferansı’nın 121. maddeye ilişkin hazırlık çalışmaları için ayrıca bkz: **The Law of the Sea Regime of Islands, Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations Convention on the Law of the Sea**, Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, United Nations, New York, 1988, *passim*.

⁵⁵ Mesela bkz: Eritrea–Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings (Maritime Delimitation), para, 119 ve 139, <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/518> (erişim tarihi 19.06.2017); Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007, para, 136. Divan, Libya–Malta kararında (bkz: Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, ICJ Reports 1985), Filfla’yu önce üzerinde yerleşim bulunmayan bir kaya olarak nitelemiş (Ibid, para, 15) ve fakat kararın sonraki paragraflarında adacık ibaresini kullanmıştır. (Bkz: Ibid, s. 64, 68, 70, 72 ve 79.). Divan yine Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı kararında da adacık ibaresini, ortay hat üzerinde orantısız bozma etkisi bağlamında kullanmıştır. Bkz: North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, para, 13 ve 57.

de geçerli kılması ve uygulamasıdır.⁵⁶ Bir başka ifadeyle Divan'ın değerlendirmesine göre, Palmenta Cays ve Paxaro Bovo, anakara sahilinin bünyesiyle kaynaşmıştır. Anakara sahilin bir parçasıdır ve bu nedenle esas nokta olarak dikkate alınacaktır. Divan'ın atıf yaptığı Romanya–Ukrayna davasında uyuşmazlık konusu Ukrayna'ya ait Serpents Adası'nın durumudur. Romanya–Ukrayna kararında Divan, sahil adalarının bazı örneklerde, sahilin bir parçası olarak değerlendirildiğini, bunun özellikle sahilin civar adalar kümesinden oluşması halinde böyle olduğunu vurgulamış ve bu uygulamanın yapıldığı Eritre–Yemen Tahkimini emsal olarak göstermiştir.⁵⁷ Gerçekten de Eritre–Yemen kararında Hakemlik Mahkemesi, Dahlak Grubu'nu oluşturan formasyonları, ki bunların sayısı 350 olup büyüklerinde hatırı sayılır bir nüfus bulunmaktadır,⁵⁸ sahilin genel uzanımının bütünleyici parçalarını oluşturan adaların tipik bir rneği olarak değerlendirmiş ve karasuları açısından esas noktaların, bu ada sisteminin dış kümesinde bulunabileceğini belirtmiştir.⁵⁹ Bu bağlamda Hakemlik Mahkemesi, Eritre sahilinin bu kısmındaki esas noktaların, en dıştaki Dahlak adacıkları üzerindeki en düşük cezir hattı olduğuna hükmetmiştir.⁶⁰ Görüldüğü gibi Hakemlik Mahkemesi, Dahlak Grubu'nu, Eritre sahilinin bir parçası olarak kabul etmiştir.

Divan'ın inceleme konusu kararda, civar ada kümeleri çerçevesinde atıf yaptığı bir diğer karar olan Nikaragua–Kolombiya kararında ise Divan, Nikaragua'nın sahip olduğu 200 millik münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının, Nikaragua sahilindeki civar adalardan itibaren ölçüleceğini belirtmek suretiyle söz konusu ada kümelerini ilgili sahilin bir parçası olarak kabul etmiř⁶¹ ve yukarıda belirtildiği gibi Cayos de Perlas dışındakileri geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde dikkate almıştır.⁶²

⁵⁶ Costa Rica–Nicaragua, para, 142. Civar adalar meselesinin Norveç–İngiltere Balıkçılık davasında da düz esas hatlar bağlamında Norveç'in Skjaergaard sahili açısından gündeme geldiği görülmektedir. Bkz: JAYEWARDENE, 1990, s. 64. Ada kümelerine ilişkin değerlendirme ve bazı devletlerin ulusal hukuk düzenlemeleri için bkz: Ibid, s. 65.

⁵⁷ Romania–Ukraine, para, 149.

⁵⁸ Eritrea–Yemen, para, 14.

⁵⁹ Ibid, para, 139.

⁶⁰ Ibid, para, 146.

⁶¹ Nicaragua–Colombia, para, 145.

⁶² Ibid, para, 201.

Ŗu halde Divan, Palmenta Cays ve Paxaro Bovo'yu, civar ada kumesi içtihadını dayanak alarak, sahilin bir parçası olarak kabul edip, ilgili sahile ilave etmiŖ ve geçici eŖit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak dikkate almıŖtır. Fakat aŖađıda görüleceği gibi geçici eŖit uzaklık çizgisini düzeltirken bunların durumuna hiç deđinmemiŖtir. Bunun nedeni, söz konusu adaları, Nikaragua anakara sahilinin içinde deđerlendirmiŖ olmasıdır. Aslında civar ada kumesi içtihadı, hak sahibi olmayan adalara, sınırlandırmada dolaylı yoldan etki vermek sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten de sahilin civarında bulunan ve ada kumesi olarak değerlendirilmese, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olamayacak ve sınırlandırmada da etki gösteremeyecek adalar, salt anakara sahilinin genel uzanımının bir parçası olarak değerlendirmeleri neticesi, dolaylı yoldan sınırlandırmayı etkilemektedirler. Bu bir eliŖki olarak görülebilir. Zira hak sahibi olmayanlar, sınırlandırmayı etkilemektedir. Fakat bu neviden adalar, anakara sahilleriyle iliŖkileri gereği, sahilin genel uzanımı içinde kalmaları nedeniyle sahilin bünyesine dahil olarak değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmede temel etken, deniz yetki alanı sınırlandırmalarında içtihadın ortaya koyduğu coğrafyanın üstünlüğü ilkesi ve bu ilkenin temel unsuru olan ilgili sahillerin uzunluğudur. Böylece ilgili sahilin uzunluğu tespit edilirken, anakara sahili ile yakın iliŖkisi olan adalar, sahilin bir parçası olarak kabul edilebilir ki bu da deniz yetki alanı sınırlandırmalarında temel kural olan hakça bir çözüme ulaŖılmasını sağlayabilir.

Fakat burada sorun, civar ada kümelerinin tespitinde objektif bir ltn bulunmayıŖtır. Gerçekten de bu özelliği gösteren adaların coğrafi konumları ve uzanım istikametlerinin neresi olması gerektiği, anakara sahilinden veya kümeyi oluŖturan bir diğer adadan itibaren hangi mesafede bulunmaları gerektiği veya bunların sayısı ve üzerlerinde yerleŖim olup olmasının önem arz edip etmediği gibi sorulara verilecek objektif ölçtüler içeren cevaplara ihtiyaç bulunmaktadır. Fakat uluslararası yargı organlarının kararlarından, bu konuda objektif bir lte iliŖkin bir tespit çıkarılamamaktadır. Aslında bu konudaki objektif lt yokluğu da tıpkı yukarıda belirtilen BMDHS'nin 121. maddesi açısından söz konusu olduğu gibi uluslararası yargı kararlarındaki gerekesizlikten kaynaklanmaktadır. Söz konusu kararlarda bir ada kumesinin neden civar adalar olarak değerlendirildiğine iliŖkin gerekçe ortaya konmamıŖtır. Mesela Eritre–Yemen Tahkiminde, taraflar, Dahlak Grubu'nun Eritre

sahilinin bir parçasını oluşturduğu konusunda uyuşmazlık halinde değillerdir.⁶³ Bu bir ölçüt müdür? Mesela yukarıda belirtildiği gibi inceleme konusu kararda Divan, Paxaro Bovo'yu bir kaya olarak nitelemiş, sahilden itibaren 3 mil uzakta olduğunu belirterek, Nikaragua sahilinin civarında kabul etmiş ve geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak dikkate almıştır. Divan'ın ortaya koyduğu bu veriler, bir gerekçe olarak kabul edilebilir mi? Mesela Paxaro Bovo, sahilden itibaren 4 mil mesafede konumlanmış olsaydı, Divan yine de aynı sonuca ulaşacak mıydı? Bu çerçevede Tanaka, Eritre–Yemen kararında, Serpents Adası'na nazaran anakaraya daha uzak adaların, civar adalar değerlendirmesi ile sahile ilave edilerek geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak alınmasına karşın, anakara sahiline daha yakın konumlanmış Serpents Adası için bu uygulamanın yapılmamasını eleştirmiştir.⁶⁴ Bu da bize ölçüt yokluğunu göstermektedir ki aslında bunun kaynağı, gerekçesizlik veya gerekçe eksikliğidir. Gerekçesizlik veya gerekçe eksikliğinin doğal sonucu da belirsizlik ve öngörülemezlik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sonuç olarak Divan, Palmenta Cays ve Paxaro Bovo'yu, BMDHS'nin 121. maddesine göre tam yetkili ada olarak kabul etmemiş olmakla birlikte civar adalar kümesi içtihadı ile ilgili sahile ilave ederek ve geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde dikkate alarak, bu adalara münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasında dolaylı etki vermiştir. Bu etki az ve küçüktür; fakat mevcuttur. Bu küçük etki, kendisini özellikle söz konusu adalar, Nikaragua'nın ilgili sahili içinde değerlendirildikleri için sınırlandırmanın nihai aşaması olan orantılılık testinde göstermektedir.⁶⁵

C. Geçici Eşit Uzaklık Çizgisinin Düzeltilmesine Adaların Etkisi

1. Corn Adaları'nın Etkisine İlişkin Tartışma ve Genel Tespitler

Divan, geçici eşit uzaklık çizgisinin çizimini tamamladıktan sonra, sınırlandırmanın diğer aşamasına geçmiştir. Bu aşamada, geçici eşit uzaklık çizgisi

⁶³ Eritrea–Yemen, para, 14 ve 114.

⁶⁴ TANAKA, 2009, s. 406–407.

⁶⁵ Divan'ın orantılılık testine ilişkin tespitleri için bkz: Costa Rica–Nicaragua, para, 159–166.

üzerinde bir düzeltme gerekip gerekmediği tespit edilecektir. Divan'ın geçici eşit uzaklık çizgisinin düzeltilmesi konusundaki tespitleri, esas itibariyle Corn Adaları'nın durumu ve sınırlandırmaya etkisine ilişkindir.

Bir defa Kosta Rika, Corn Adaları'na sınırlandırmada hiçbir etki tanınmaması gerektiğini iddia etmiş ve buna gerekçe olarak da adaların coğrafi konumlarının özellikle de anakaraya uzaklıklarının geçici eşit uzaklık çizgisinde düzeltme yapılmasını gerektiren bir ilgili şart oluşturduğunu ileri sürmüştür.⁶⁶ Nikaragua ise bu görüşe karşı çıkmış ve Corn Adaları'nın, tıpkı Kosta Rika sahili üzerindeki esas noktalar gibi eşit uzaklık çizgisinin istikameti üzerinde etki icra ettiğini ve bu etkinin karşılıklı ve dengeli olduğunu iddia ederek, Corn Adaları'na sınırlandırmada tam etki verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁷

Divan, Corn Adaları'nın geçici eşit uzaklık çizgisinde bir düzeltmeye neden olup olmadığı ve sınırlandırmaya etkisini tespit etmeden önce Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Bangladeş–Mynmar arasındaki davada verdiği karara atıf yapmıştır.⁶⁸ Bangladeş–Mynmar kararına⁶⁹ esas teşkil eden Mahkeme'nin önündeki uyuşmazlık konusu, Mynmar sahilinin hemen önünde konumlanmış olan Bangladeş'e ait St. Martin Adası'nın münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına etkisinin nasıl olacağına ilişkindir.⁷⁰ Mahkeme bu konuda hüküm vermeden önce, son derece açıklayıcı genel bir ilkesel tespit yapmıştır. Mahkeme'ye göre bir adanın münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasında etkisi, coğrafi gerçeklikler ve somut olayın özelliklerine göre değişir; bu bağlamda bu konuda genel bir kural bulunmamaktadır. Her somut olay eşsizdir ve spesifik bir muameleyi gerektirir; temel

⁶⁶ Ibid, para, 151.

⁶⁷ Ibid, para, 152.

⁶⁸ Ibid, para, 153.

⁶⁹ Karar metni için bkz: Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012.

⁷⁰ Bu konuda tarafların argümanları için bkz: Ibid, para, 298–315. Karar hakkında bir değerlendirme için bkz: ERDEM, Merve, “Bangladeş–Mynmar Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası Işığında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Kuruluşuna İlişkin Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 64, s. 342 vd.

amaç ise hakça bir çözüme ulaşmaktır.⁷¹ Mahkeme'nin bu tespiti, deniz alanı sınırlandırmalarındaki temel bir ilkeyi veciz bir şekilde ortaya koymuştur. Böylece zaten genel kabul gören, yerleşmiş bir ilkeyi ayrıca ve açıkça vurgulaması bakımından önem taşımaktadır. Münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından St. Martin Adası'nın durumu, esas noktaların belirlenmesi sırasında gündeme gelmiştir. Mahkeme, Ada'nın, kara sınırının bitiş noktası olan Naaf Nehri'nin Mynmar tarafında ve Mynmar anakara sahilinin hemen önünde konumlanması neticesi, Mynmar sahilinin deniz yönü projeksiyonunu bloke etmesi nedeniyle, aksi kabulün, sınırlandırma çizgisi üzerinde haksız bozma etkisi yaratacağı gerekçesiyle Ada'yı, esas nokta olarak dikkate almamıştır.⁷² Mahkeme bu noktada, Romanya–Ukrayna kararında, Divan'ın bir tespitini dayanak olarak kullanmıştır. Gerçekten de yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu kararda Divan öncelikle, Serpents Adası sahillerinin çok kısa olması nedeniyle ilgili sahillerinin toplam uzunluğu açısından gerçek bir fark yaratmayacağını belirtmiştir.⁷³ Akabinde ise Serpents Adası'nın, ilgili sahil kapsamında kabulünün, Ukrayna sahiline haksız ve ilgisiz bir unsur eklemek anlamına geleceğini, bunun da deniz yetki alanı sınırlandırma hukuku ve uygulamasına aykırı şekilde coğrafyanın yeniden şekillendirilmesi sonucunu doğuracağını belirterek, geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde, Ada'yı, esas nokta olarak dikkate almamıştır.⁷⁴ Görüldüğü gibi Mahkeme, Divan'ın bu kararına atıfla, sınırlandırmanın ilk aşamasında, St. Martin Adası'nı, aksi kabulün, coğrafyanın yeniden şekillendirilmesi sonucunu doğuracağı gerekçesiyle dikkate almamıştır.

Akabinde, sınırlandırmanın ikinci aşamasında, St Martin Adası'nın, geçici eşit uzaklık çizginin düzeltilmesini gerektiren bir ilgili şart oluşturup oluşturmadığı meselesi üzerinde durulmuştur. Mahkeme, konumu nedeniyle Ada'ya münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasında etki tanımının, Mynmar sahilinin deniz yönü projeksiyonunu bloke edecek şekilde sınırlandırma çizgisi üzerinde haksız bozma etkisi yaratma sonucu doğuracağını, eşit uzaklık çizgisi üzerindeki bu bozma etkisinin de

⁷¹ Bangladesh–Myanmar, para. 317.

⁷² Ibid, para, 265.

⁷³ Romania–Ukraine, para, 102.

⁷⁴ Ibid, para, 149.

sahilden itibaren 12 milden sonra daha da artacağını belirtmiştir.⁷⁵ Bu nedenle de Mahkeme, Ada'nın ilgili şart oluşturmadığını belirtmiş ve münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırma çizgisinin çiziminde Ada'ya etki verilmemesine hükmetmiştir.⁷⁶ Churchill, Divan'ın kararda, Ada'nın geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta olarak dikkate alınmaması ile aynı nedenle, ilgili şart olarak kabul edilmediğini belirtmiştir.⁷⁷ Yazara göre bu tespit, adaların hem geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde hem de ilgili şart olarak düzeltilmesinde etken olması nedeniyle kafa karıştırıcı gözükmektedir; fakat burada adaların bu uygulamalardan sadece birisi için dikkate alındığı yorumu yapılabilir.⁷⁸ Böylece Mahkeme, esas nokta olarak dikkate almamak suretiyle adaya sınırlandırmada etki vermemiştir. Kararda söz konusu etkisizliğinin, ağırlıklı olarak kesme etkisine dayandığı belirtilmiştir.⁷⁹

2. Divan'ın Corn Adaları İçin Yarım Etki Uygulaması ve Gerekçe Sorunu

İnceleme konusu kararda ise Divan, Corn Adaları'nın etkisine ilişkin olarak, söz konusu adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı için hak sahibi olsa da anakara sahillerinden 26 mil uzaklıkta konumlandıklarını ve geçici eşit uzaklık çizgisine etkilerinin, boyutları itibariyle orantısız olduğunu belirtmiştir.⁸⁰ Bu nedenle Divan, sınırlı boyutları ve anakara sahillerinden hatırı sayılır uzaklıkları göz önüne alındığında, söz konusu adalara yarım etki verilmesinin uygun olacağını, bunun da Kosta Rika lehine geçici eşit uzaklık çizgisinin düzeltilmesi anlamına geleceğini belirtmiştir.⁸¹

Görüldüğü gibi Divan, kararın önceki aşamasında Corn Adaları'nı geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde esas nokta almakla ve tam etki vererek çizgiyi çizmekle beraber, bu tam etkinin, aslında açıkça altını çizmese de hakça bir sonuç

⁷⁵ Bangladesh–Myanmar, para, 318.

⁷⁶ Ibid, para, 319.

⁷⁷ CHURCHILL, Robin, “The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation”, **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, Year: 2012, Vol: 1, s. 144.

⁷⁸ Ibid, s. 144.

⁷⁹ AÇIKGÖNÜL, 2016, s. 62.

⁸⁰ Costa Rica–Nicaragua, para, 153.

⁸¹ Ibid, para, 154.

doğurmayacağını ifade etmiştir. Buna dayanak olarak da söz konusu adaların anakaraya uzaklıklarını ve küçük boyutlarını vermiştir.

Divan bu noktada Kosta Rika'nın içbükey sahilinin ilgili şart olarak kabulü (kesme etkisi nedeniyle) ve sahilin bu uzanımı nedeniyle geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanması talebi ile Corn Adaları'na verilen yarım etkiyi telif eden bir yorum yapmıştır. Divan'a göre iddia edilen kesme etkisi, Corn Adaları'na bir kez yarım etki verilmek suretiyle daha da az önemli hale gelmiştir.⁸² Böylece Divan, kesme etkisine dayanarak geçici eşit uzaklık çizgisini dzeltmemek ve kesme etkisi ile doğrudan bağlantı kurmamakla beraber, Corn Adaları'na yarım etki vererek, Kosta Rika sahilinin oluşturduğu dezavantajı, Kosta Rika lehine dengelemiştir. Bunun hakça bir sonuç olduğu kabul edilebilir. Zira zaten sahilinin genel uzanımı nedeniyle dezavantajlı olan Kosta Rika sahili karşısında, Corn Adaları'na bir de tam etki vermek, hakça bir sonuç doğurmazdı. Divan, Corn Adaları'na yarım etki verilmesi ile kesme etkisinin daha az önemli hale geldiği yönündeki tespiti ile kesme etkisinin varlığını kabul etmiştir. Fakat Divan, kesme etkisini açıkça değerlendirip, Corn Adaları'na yarım etki vermesinin temel dayanağı yapmamıştır. Divan'ın temel dayanağı, Corn Adaları'nın boyut ve anakaraya uzaklığıdır ki aslında bu, ilgili şartlara tekabül eder. Aslında burada Divan, her ne kadar Corn Adaları için açıkça ilgili şart tespiti yapmasa da benimsediği üç aşama yaklaşımının ikinci aşamasından çıkan sonuç nedeniyle söz konusu adalar için bu tespiti yaptığı söylenmelidir. Bu bağlamda Divan, söz konusu adalara yarım etki vermek suretiyle, ilgili şart olarak sonuç doğurmalarını sağlamıştır.

Son olarak Divan'ın Corn Adaları'nın sınırlandırmadaki etkisine ilişkin ulaştığı hükme değinmek gerekir. Burada gündeme gelen soru şudur: Divan neden sınırlandırma açısından Corn Adaları'na yarım etki vermiştir? Divan kararda, yukarıda da belirtildiği gibi Bangladeş–Mynmar kararındaki, Mahkeme'nin bir adanın münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasında etkisi konusunda genel bir kural bulunmadığı, bunun coğrafi gerçeklikler ve somut olayın özelliklerine göre değişeceği, her somut olayın eşsiz olduğu ve spesifik bir muameleyi gerektirdiği, temel amacın ise hakça bir çözüme ulaşmak olduğu şeklindeki genel tespitine atıf yapmıştır. Bu tespitten çıkan

⁸² Ibid, para, 156.

sonuç, her sınırlandırma alanının farklı coğrafi özellikler gösterdiği ve nihai amaç olan hakça ilkelere ulaşmak için adalara her somut olayda farklı muamele yapılması gerektiği şeklinde dir. Divan da Corn Adaları'nın, anakaraya hatırı sayılır uzaklıkları ve sınırlı boyutları nedeniyle geçici eşit uzaklık çizgisi üzerindeki etkilerinin orantısızlık doğuracağını ve bu adalara yarım etki vermenin uygun olacağını belirtmek suretiyle yarım etki uygulaması yapmıştır. Fakat bu, söz konusu adalara sınırlandırma açısından verilen yarım etkinin gerekçesini tam olarak ifade etmekten uzaktır. Madem söz konusu adalar, anakaradan hatırı sayılır bir uzaklıkta konumlanmıştır ve kuktur, o halde neden ihmal edilmemişlerdir? Spesifik bir muamele olarak yarım etki değerlendirmesine neden olan inceleme konusu somut olayın eşit nitelik ve farklı coğrafi özellik ve verileri nelerdir? Divan, spesifik olarak çok açık ve kesin bir şekilde Corn Adaları'nın sınırlandırmada yarım etki göstermesinin uygun olacağını belirtmiştir. Fakat bunun neden hakça bir sonuç olduğunu tam olarak açıklamamıştır. Söz konusu adalara yarım etki tanımakla hakça çözüm arasında bağlantı kurmamıştır. Divan'ın Corn Adaları'nın sınırlandırmaya etkisine ilişkin olarak ulaştığı zm, hakça ilkeleri tatmin eden bir sonuç doğurabilir ve sınırlandırma hukukuna uygun olabilir. Fakat kararda, bunun kaynak ve nedenini tam olarak belirtmeme eksikliği bulunmaktadır. Grldği gibi kararın adaların durumuna ilişkin olarak geneline hakim olan gerekçesizlik olgusu, burada da kendini göstermiştir.

Divan kararında, Corn Adaları'na yarım etki verilmesini haklı çıkaran bir gerekçe olarak kabul edilebilecek en önemli husus, kanımızca, kararın 62. sayfasında yer alan haritadır.⁸³ Söz konusu haritada, Corn Adaları'na, tam etki ve yarım etki verilmesi ile hiç etki verilmemesi ihtimallerine göre yan sınırın istikameti gösterilmiştir. Haritadan açık şekilde, söz konusu adalara tam etki verilmesinin, haksız olacağı ve Kosta Rika anakara sahilinin deniz yönü projeksiyonunu kapatarak kesme etkisini arttıracaağı görülmektedir. Söz konusu adalara hiç etki verilmemesi halinde ise Kosta Rika'ya önemli miktarda münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanı kazandırılacaktır. Fakat bu durum, her ne kadar kuk ve ait olduğu devletin (Nikaragua'nın) anakarasından belli bir uzaklıkta olsa da yanlış tarafta konumlanmamış ve önemli

⁸³ Harita için bkz: Ibid, s. 62.

sayılabilecek bir nüfusa ve sosyo–ekonomik hayata sahip bir ada grubunun sınırlandırmada ihmali anlamına gelecektir ki bunun, hakça bir çözüm olduğunu varsaymak, sınırlandırma alanının somut özellikleri bağlamında (mesela bu adalar sınırlandırma alanındaki en büyük adalardır) pek mümkün gözükmemektedir. Fakat kanımızca karardaki sorun, Divan’ın bunu, haritadaki açıklıkla açıklamayıp, hakça ilkelere ve sınırlandırma hukukunun verilerine tam olarak dayandırıp tatmin edici bir gerekçe oluşturacak şekilde ortaya koymamasıdır.

Divan kararında bu açıdan görünen bir diğer eksiklik, uluslararası yargı içtihadında daha önce adaların sınırlandırmadaki etkisine ilişkin olarak yapılan yarım etki uygulama ve değerlendirmelerine hiç değinilmemesidir. Gerçekten de yarım etki uygulaması, İngiltere–Fransa Tahkiminde verilen Hakemlik Mahkemesi kararında da yapılmıştır.⁸⁴ Hakemlik Mahkemesi, İngiltere’ye ait Scilly Adaları’nın konumunun, katı bir ortay hat yönteminden başkasını haklı çıkaran bir özel şart olduğunu kabul etmiştir.⁸⁵ Bu çerçevede, Hakemlik Mahkemesi en uygun yöntemin, Scilly Adaları’nı İngiliz anakara sahili olarak dikkate almakla beraber eşit uzaklık çizgisinin çiziminde söz konusu adalara tam etkiden daha az etki vermek olduğunu belirtmiştir.⁸⁶ Hakemlik Mahkemesi nihai olarak devletlerarası uygulamalarda, anakara karasularının dışında bulunan adaların sınırlandırma açısından kısmi etkili değerlendirildiği birçok örnek olduğunu vurgulayarak, söz konusu adalara yarım etki vermiş ve bunun hakça ilkelere hizmet eden ve haksızlığı azaltan bir sonuç olduğuna hükmetmiştir.⁸⁷ Söz konusu kararda Hakemlik Mahkemesi’nin Scilly Adaları’nın kıta sahanlığı sınırlandırmasında yarım etkili olarak değerlendirmesi için karar metninde akademik nitelikli tartışmalara giriştiği ve derinlikli değerlendirmeler yaptığı görülmektedir.⁸⁸ Bu bağlamda, ilgili şart değerlendirmeleri yapmış ve hakça ilkelerle bağlantı kurarak sonuca ulaşmıştır.

⁸⁴ Metin için bkz: Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic on the Delimitation of Continental Shelf, Decisions of the Court of Arbitration dated 30 June 1977 and 14 March 1978, **International Legal Materials**, Year: 1979, Vol: 18, s. 397–494.

⁸⁵ Ibid, para, 245.

⁸⁶ Ibid, para, 249.

⁸⁷ Ibid, para, 251.

⁸⁸ Bkz: Ibid, para, 243–251.

Dolayısıyla yarım etki değerlendirmesi için bu çerçevede gerekçe ortaya koyabilmiştir ve bu değerlendirmelerin toplamı olan gerekçe, tatmin edicidir. Karardaki değerlendirmelerin, meseleye ışık tutan didaktik yönü bulunduğu ve adaların etkisine ilişkin önemli bir emsal ortaya koyduğu açıktır. Fakat Hakemlik Mahkemesi kararındaki derinliğin, inceleme konusu Divan kararında bulunduğu söylenemez.

Adalara sınırlandırmada yarım etki verilmesi yönünde gösterilebilecek bir diğer örnek, Divan'ın Tunus-Libya davasında verdiği karardır.⁸⁹ Kararda, Tunus'a ait ve Tunus anakarasının hemen yakınında konumlanmış bulunan 180 km² yüzölçümüne sahip Kerkennah Adaları'nın sınırlandırmaya etkisi meselesi gündeme gelmiştir.⁹⁰ Divan, Kerkennah Adaları ve çevresindeki cezir yükseklikleri ve adacıkların, boyut ve konumları itibariyle sınırlandırma açısından Divan tarafından nitelenmesi gereken ilgili şart olduklarını vurgulamıştır.⁹¹ Divan, devletlerarası uygulamalarda, sahile yakın konumlanan adaların sınırlandırma açısından kısmi etkili değerlendirildiği birçok örnek olduğunu vurgulamış ve Kerkennah Adaları'nın konumunu dikkate alarak, sınırlandırma açısından yarım etki atfetmenin yeterli olduğunu belirtmiştir.⁹² Divan nihai olarak, söz konusu adaların mevcudiyet ve konumlarını ilgili şart olarak değerlendirip, hakça ilkelere dayandırmıştır.⁹³

Adalara sınırlandırmada yarım etki verilmesi yönünde gösterilebilecek bir diğer örneğe, Divan'ın Kanada ile ABD arasındaki, Maine Körfezi davasında verdiği kararda tesadüf edilmektedir.⁹⁴ Kararda, Kanada'ya bağlı Nova Scotia'nın güneybatısında konumlanmış Seal Adası'nın durumu, eşit uzaklık çizgisinin düzeltilmesi açısından orantıyı sağlamak için gündeme gelmiştir. Seal Adası, üzerinde yerleşim bulunan, 2,5 mil uzunluğunda ve deniz seviyesinden 50 feet yukarıda yer alan bir adadır.⁹⁵ Divan,

⁸⁹ Metin için bkz: Continental Shelf, (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriye), Judgement, ICJ Reports, 1982.

⁹⁰ Libya ve Tunus'un söz konusu adaların etkisine ilişkin temel argümanları için bkz: Ibid, para, 79.

⁹¹ Ibid, para, 128.

⁹² Ibid, para, 129.

⁹³ Bkz, Ibid, para, 133 (A ve B).

⁹⁴ Metin için bkz: Delimitation of Maritime Boundary in Gulf of Maine Area, Judgment, ICJ Reports, 1984.

⁹⁵ Ibid, para, 222.

sınırlandırma açısından, Nova Scotia sahili ile sahilin önünde konumlanan Seal Adası'nın güney batı istikametindeki mesafenin tümünde birlikte değerlendirilmesinin, aşırı ve ölçüsüz olacağını belirtmiş ve bu nedenle de Seal Adası'na yarım etki vermenin uygun olacağına hükmetmiştir.⁹⁶ Divan bu uygulama ve değerlendirme için teknik uzmanlar raporunu dayanmış ve orantılılığı ön plana çıkarmıştır.⁹⁷

Tunus–Libya ve Kanada–ABD kararlarındaki yarım etki uygulama ve değerlendirmeleri, her ne kadar İngiltere–Fransa kararındaki kadar derinlikli değilse de Kosta Rika–Nikaragua kararındaki kadar da gerekçe fukarası değildir. Şüphesiz, Kanada–ABD kararında Seal Adası'na sınırlandırmada yarım etki verilmesinin gerekçesi, Tunus–Libya kararında Kerkennah Adaları için yapılan yarım etki uygulamasına nazaran daha esaslı dayanaklı ve ikna edicidir. Yine de Tunus–Libya kararında en azından, ilgili şart değerlendirmeleri ve hakça ilkeler bağlamında bir gerekçe ortaya koyma çabası olduğu söylenebilir. Dolayısıyla inceleme konumuz karara nazaran, her iki karardaki yarım etki uygulamasını haklı çıkaran daha sağlam dayanak ve gerekçelerden söz edilebilir. Bu, özellikle Seal Adası için yapılan değerlendirmeler açısından böyledir.⁹⁸

Divan inceleme konusu kararda, daha önce adaların sınırlandırmadaki rolleri konusunda yarım etki uygulamasının yapıldığı bu örnek kararlara atıf yapmamış ve bu kararları emsal olarak göstermemiştir. Hatta devletlerarası uygulamalara bile vurgu yapmamıştır. Divan, bu tutumu ile sanki adaların sınırlandırmada yarım etki göstermesini, verili bir değer olarak kabul etmiştir. Divan'ın bu tutumu, tıpkı BMDHS'nin 121/3. maddesini yorumlayan Güney Çin Denizi Tahkimindeki Hakemlik Mahkemesi kararına hiç değinmemesine benzemektedir.

Demek ki Divan, içtihatla yarım etki uygulamasına ilişkin örnekler bulunmasına rağmen, bu içtihadı görmezden gelmiş ve dayanak alma, en azından atıf yapma ihtiyacı

⁹⁶ Ibid, para, 222.

⁹⁷ Bkz: Ibid, para, 222 ve s. 347–352.

⁹⁸ Adalara sınırlandırmada yarım etki verilmesine ilişkin olarak burada genel hatlarıyla incelenen üç örnek karar hakkında doktrindeki görüşler çerçevesinde yapılan ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: DURAN–ERGÜN, 2011, s. 198–222.

duymamıştır. Bu, hüküm verme tekniği açısından ilginçtir ve bir eksiklik nedenidir. Zaten bu eksiklikler, yukarıda belirttiğimiz diğerleriyle beraber, gerekçesizlik ve eksik gerekçe olgusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Adaların deniz yetki alanı sınırlandırmalarındaki etkisi, çokça gündeme gelen ve tartışılan bir meseledir. Deniz yetki alanı sınırlandırmalarında adaların etki göstermesi veya göstermemesi açısından, nihai olarak hakça ilkelere uygun bir çözüm çerçevesinde uluslararası yargı organları farklı yöntem ve değerlendirmeler benimsemiştir. Bu yöntem ve değerlendirmeler, bazen sınırlandırmanın ilk aşamasında ilgili sahiller tespit edilirken, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya olarak niteleyip dikkate almamak veya dikkate alıp geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde tam etki verip sonradan hakça bir sonuç için hiç etki vermemek veya yarım etki vermek şeklinde olabilmektedir. Bunun gibi bir ada, etki sahibi kabul edilmekle beraber, sahip olması muhtemel münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığı alanlarının zaten bir başka anakara veya ada ile örtüşmesi nedeniyle coğrafî nedenlerle de sınırlandırmada dikkate alınmayabilmektedir. Bu ihtimalde ada, sanki kayaymış gibi işlem görmektedir. Bir başka değerlendirme şekli de aslında, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları karşılamadığı için kaya statüsünü haiz ve münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığı sahibi olmayan adaları, civar ada kümesi içtihadı ile anakara bünyesinde değerlendirip, ilgili sahile ilave ederek, sınırlandırmada dolaylı etki verilmesidir.

İnceleme konumuz olan Kosta Rika–Nikaragua kararında da Divan, bu yöntem ve değerlendirmelere başvurmuştur. Bu bağlamda Cayos de Perlas'ı, BMDHS'nin 121/3. maddesinde şartları taşımadığı gerekçesiyle kaya statüsünde kabul etmiş ve münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olamayacağı gerekçesiyle Nikaragua'nın ilgili sahiline ilave etmemiştir. Aynı şekilde Paxaro Bovo'yu da kaya statüsünde değerlendirmiştir. Corn Adaları'nı ise BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları karşılayan tam yetkili adalar olarak niteleyerek, bu adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olabileceklerini kabul etmiştir. Bununla beraber, Divan'ın BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesindeki bu kabul ve değerlendirmeleri, açık ve

doyurucu gerekçeden yoksundur. Hangi neden ve veriler çerçevesinde, söz konusu adaların, üzerinde insan oturmasına elverişli veya kendilerine has bir ekonomik yaşam sahibi olup olmadıkları değerlendirilmemiştir. Bu bağlamda Divan, Güney Çin Denizi Tahkiminde, Hakemlik Mahkemesi'nin BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar için ortaya koyduğu ölçüt ve yorumlara hiç değinmemiş ve bunları, incelediği davadaki adalar için esas almamıştır. Söz konusu karara atıf bile yapmamıştır. Bu, çok ciddi bir eksiklik olarak kabul edilmelidir.

Divan, Paxaro Bovo ve Palmenta Cays açısından, uluslararası yargı içtihadında bulunan civar adalar kümesi içtihadını uygulamak suretiyle, söz konusu adaları Nikaragua'nın ilgili sahiline ilave etmiştir. Böylece, aslında münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına sahip olamayacak söz konusu adaların, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında dolaylı yoldan etki doğurmasını sağlamıştır. Bununla beraber uluslararası yargının, civar adalar kümesi içtihadında en başından itibaren bulunan ve bu nitelermeyi sonuçlayan etken ve veriler konusundaki objektif ölçüt eksikliği, bu kararda da göze çarpmaktadır.

Divan'ın, Corn Adaları ve Cayos de Perlas için BMDHS'nin 121. maddesi çerçevesinde yaptığı gerekçesiz tespitler neticesi, söz konusu düzenlemenin 2. ve 3. paragrafları ile sınırlandırma arasındaki ilişki meselesi gündeme gelmiştir. Her ne kadar BMDHS'nin 121/3. maddesinin sınırlandırmayla doğrudan bir ilgisi bulunmasa da Divan'ın Cayos de Perlas örneğinde ve önceki bazı kararlarındaki gibi bir ada için kaya nitelmesi yapılıyor ise o halde söz konusu düzenleme sınırlandırma açısından dolaylı yoldan etki doğurmaktadır. Zira bir kaya, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı üzerinde hak sahibi olamadığına göre bu alanların sınırlandırılmasında da etkisiz olacaktır. Fakat eğer ortada bir tam yetkili ada mevcut ise o halde BMDHS'nin 121. maddesi ile sınırlandırma tamamen ilgisiz hale gelecek ve maddenin 2. paragrafı çerçevesinde tam yetkili adalar, sınırlandırmada anakaralarla aynı hükümlere tabi kılındığı için sınırlandırma hükümleri uygulanacaktır. Bu sınırlandırma faaliyeti esnasında tam yetkili adaların, ilgili şart olarak değerlendirilmeleri ve hakça ilkeleri tatmin için sınırlı etki doğurmaları veya hiç etki doğurmamaları mümkündür ve bazı vakalarda gereklidir. Zira sınırlandırma konusundaki BMDHS hükümleri ve örf ve adet

hukuku kuralları ile doktrin ve içtihadın açıkça ortaya koyduğu gibi bir adanın tam yetkili ada şeklinde nitelenmesi ve bunun sonucu olarak münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olarak kabulü, söz konusu adanın sınırlandırmada mutlaka tam etki doğurması zorunluluğunu beraberinde getirmemektedir. Dolayısıyla ancak tam yetkili adalar için Divan'ın Corn Adaları için vurguladığı gibi adaların hak sahibi olmasının başka sınırlandırmaya etkisinin ise başka olduğu şeklindeki yerleşmiş ilke işlerlik kazanacaktır.

Nitekim Divan, Corn Adaları'na, geçici eşit uzaklık çizgisinin çiziminde tam etki vermekle beraber, sınırlandırma sürecinin ikinci aşamasında, bu etkinin, söz konusu adaların, anakaraya uzaklık ve boyutları itibariyle orantısız olduğunu değerlendirmiştir. Böylece söz konusu adalara yarım etki verilmesine hükmetmiş ve Kosta Rika lehine geçici eşit uzaklık çizgisini düzeltilmiştir. Fakat Divan'ın, söz konusu yarım etkinin nedenlerini karar metninde açıkça gerekçelendirmesi, yarım etki uygulaması ile hakça bir sonuç arasında bağlantı kurması beklenirdi. Ayrıca Divan'ın, adalara sınırlandırmada yarım etki verilen önceki kararlara hiç değinmemesi de bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnceleme konusu kararda, yukarıda belirtilen muhtelif yönlerde tesadüf edilen gerekçesizlik veya eksik gerekçe örneklerine rağmen, Divan'ın sınırlandırma hukukunun temeli olan hakça bir çözüme ulaştığı kabul edilebilir. Fakat bu gerekçesizlik ve eksik gerekçe olgusunun belirsizlik yarattığı ve öngörülebilirlik açısından risk taşıdığı açıktır. Dolayısıyla her ne kadar yukarıda etraflıca açıklandığı gibi Divan'ın inceleme konusu kararında ve değinilen uluslararası yargı içtihadında, adalara ilişkin farklı değerlendirmelerle birçok vakada hakça olarak değerlendirilebilecek sonuçlar ortaya çıkmışsa da eleştiri konusu gerekçesizlik veya eksik gerekçe olgusunun sürmesi halinde, ilerideki davalar için hakça sonuçların devamının bir garantisi olmayabilir. Böylece sınırlandırma konusunda komşu bir devletle anlaşamayan devletler açısından uluslararası yargıya başvuru, riskli hale gelebilecektir. Zira uluslararası yargı organlarının, bundan sonraki kararlarında şapkadandan tavşan çıkarma ihtimali bulunmadığı, kanımızca ileri sürülemez.

KAYNAKÇA**Kitap ve Makaleler:**

ACER, Yücel, “Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Hukuku”, **Doğu Akdeniz’de Hukuk ve Siyaset**, (Yayıma Hazırlayan: S.H. Başeren), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 2013, (s. 307–326).

AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre, **Deniz Yetki Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması**, Legal, İstanbul, 2012.

AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre, “Reflections on the Principle of Non–Cut Off: A Growing Concept in Maritime Boundary Delimitation”, **Ocean Development & International Law**, Year: 2016, Vol: 47, (s. 52–71).

AKSAR, Yusuf, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

BAYILLIOĞLU, Uğur, “Uluslararası Adalet Divanının Romanya ile Ukrayna Arasındaki Deniz Alanı Sınırlandırmasında Serpents Adasının Etkisine İlişkin Tespitleri”, **Çankaya University Journal of Law**, Yıl: 2010, Vol: 7, (s. 23–41).

BAYILLIOĞLU, Uğur, “Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi’nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 130, (s. 419–456).

BOWETT, Derek, “Islands, Rocks, and Low–Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitations”, **International Maritime Boundaries Volume, I** (ed. J. I. Charney–L. M. Alexander), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1996, s. (131–151).

- CHURCHILL, Robin, “The Bangladesh/Mynmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation”, **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, Year: 2012, Vol: 1, (s.137–152).
- CHURCHILL, R.R.–LOWE, A.V., **The Law of the Sea**, Third Edition, Manchester University Press, Manchester, 2014.
- ÇELİK, Edip, **Milletlerarası Hukuk Birinci Cilt**, İkinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969.
- DURAN, Gökhan Yaşar–ERGÜN, Çağdaş Evrim, **Uluslararası Hukukta Adalar**, Çakmak Yayınevi, Kocaeli, 2011.
- ERDEM, Merve, “Bangladeş–Mynmar Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası Işığında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi’nin Kuruluşuna İlişkin Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 64, (s. 329–364.)
- EVANS, Malcolm D., **Relevant Circumstances and Maritime Delimitation**, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- GÖKALP, İbrahim, **Milletlerarası Adalet Divanı’nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler**, Beta, İstanbul, 2008.
- JAYEWARDENE, Hiran W., **The Regime of Islands in International Law**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990.
- KWIATKOWSKA, Barbara, “Equitable Maritime Boundary Delimitation–A Legal Perspective”, **International Journal of Estuarine and Coastal Law**, Year: 1988, Vol: 3, (s. 287–304).
- NELSON, L.D.M., “The Roles of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries”, **American Journal of International Law**, Year: 1990, Vol: 84, (s. 837–854).

ÖZMAN, M. Aydoğan (çev.), **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

TANAKA, Yoshifumi, “Reflection on Maritime Delimitation in the Romani/Ukraine Case Before the International Court of Justice”, **Netherlands International Law Review**, Year: 2009, Vol: 56, s. (397–427).

WEIL, Prosper, **The Law of Maritime Delimitation–Reflections**, Grotius Publications Ltd, Cambridge, 1989.

Kararlar:

North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969.

Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic on the Delimitation of Continental Shelf, Decisions of the Court of Arbitration dated 30 June 1977 and 14 March 1978, **International Legal Materials**, Year: 1979, Vol: 18, (s. 397–494).

Continental Shelf, (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriye), Judgement, ICJ Reports, 1982.

Delimitation of Maritime Boundary in Gulf of Maine Area, Judgment, ICJ Reports, 1984.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, ICJ Reports 1985.

Eritrea–Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings (Maritime Delimitation), <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/518> (erişim tarihi 19.06.2017) (Eritrea–Yemen).

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007.

Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009. (Romania–Ukraine).

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, ICJ Reports 2012. (Nicaragua–Colombia).

Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012. (Bangladesh–Myanmar).

PCA Case No: 2013–19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People’s Republic Of China, Award, 12 July 2016, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>. (erişim tarihi 1.10.2016). (The South China Sea Arbitration Award).

International Court of Justice, Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos, 2 February 2018, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20180202-JUD-01-00-EN.pdf> (erişim tarihi 16.02.2018). (Costa Rica–Nicaragua).

Birleşmiş Milletler Yayını:

The Law of the Sea Regime of Islands, Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, United Nations, New York, 1988.

İNTİFA HAKKININ DENKLEŞTİRİLMESİ VE TENKİSİ

THE EQUALIZATION AND REDUCTION OF USUFRUCT

Hakemli Makale

Salih POLATER*

İÇİNDEKİLER

I. GİRİŞ	140
II. GENEL OLARAK İNTİFA HAKKI	141
A. İntifa Hakkı Kavramı	141
B. İntifa Hakkının Kazanılması	143
C. İntifa Hakkının Sona Ermesi	145
III. İNTİFA HAKKININ DENKLEŞTİRİLMESİ	146
A. Genel Olarak Denkleştirme	146
B. İntifa Hakkının Denkleştirmeye Konu Olması	149
C. Denkleştirme Şekli	151
IV. İNTİFA HAKKININ TENKİSİ	153
A. Genel Olarak Tenkis Davası	153
B. İntifa Kazandırmasının Saklı Paylı Mirasçı Tarafından Reddi	155
C. İntifa Hakkının Tenkisinde Mirasçıların Seçimlik Hakları	157
V. SONUÇ	160
KAYNAKÇA	162

DOI: 10.32957/hacettepehdf.484514

Makalenin Geliş Tarihi: 17.11.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 27.01.2019

* Dr. Öğr Üyesi. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Anabilim Dalı. Eposta: spolater@erzincan.edu.tr.

ÖZ

Mirasbırakan, bir kimseye ölüme bağlı tasarruf ile terekedeki bir malın mülkiyetini bırakabileceği gibi terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasını da sağlayabilir (Türk Medeni Kanunu – TMK m. 517/II). Sınırlı aynı haklardan biri olan intifa kazandırmasının denkleştirilmesi ve tenkisi, bir malın mülkiyetinin kazandırılması şeklinde gerçekleşen sağlararası ve ölüme bağlı tasarrufların denkleştirilmesi ve tenkisinden farklı olarak kendine özgü belli başlı problemleri içinde barındırmaktadır. Sağlararası bir işlemle ve herhangi bir süre belirlemeksizin yapılan intifa hakkının denkleştirilmesinin nasıl yapılacağı; saklı paylı mirasçı, lehine yapılan intifa kazandırmasını reddederek saklı payını mülkiyet şeklinde talep edip edemeyeceği; saklı paylı mirasçıların TMK m. 568'in intifa hakkının tenkisi bakımından tanıdığı seçimlik haklar hususunda anlaşmazlığa düşmeleri durumunda mahkemenin hangi yönde karar vereceği, bu kapsamda tartışılan hususlardan öne çıkanlarıdır.

Anahtar Kelimeler: Miras hukuku, İntifa hakkı, Denkleştirme, Tenkis, Saklı pay

ABSTRACT

Testator may transfer the ownership of a heritage property to a person or may also provide total or partial usufruct right on some of them because of testamentary disposition. The equalization and reduction of usufruct that is one of the limited real rights contains specific problems of its own different than the equalization and reduction of inter vivos and testamentary disposition. In this context, the issues that need to be clarified are as follows: How the usufruct that is granted without any time limit and legator's transaction will be made? May a person entitled to a compulsory portion demand his/her compulsory portion as ownership instead of the usufruct? How will the court decide if there are more than one person entitled to a compulsory portion and each of them wants to use the different rights in Article 568 of TCC?

Keywords: Inheritance law, Usufruct, Equalization, Reduction, Compulsory portion.

I. GİRİŞ

Mirasbırakan, yapmış olduğu sağlararası kazandırmalarla veya ölüme bağlı tasarruflarla mirasçılardan bir kısmını diğerlerine göre daha avantajlı bir konuma getirebilmekte ve hatta diğer mirasçılardan saklı paylarını ihlal edebilmektedir. Yasal mirasçılar arasında ortaya çıkan bu tür eşitsizliklerin giderilmesi ve saklı paylı mirasçılardan saklı paylarının korunması için kanun koyucu denkleştirme ve tenkis müesseselerini düzenlemiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, denkleştirme müessesesi ile mirasbırakanın sağlararası işlemlerle karşılıksız olarak kazandırmada bulunduğu mirasçılar ile diğer mirasçılar arasında mirasın paylaşılmasında denkliğin ve eşitliğin sağlanması amaçlanmaktadır¹. Tenkis müessesinin amacı ise mirasbırakanın, mirasçılarının saklı paylarını ihlal eden ölüme bağlı veya sağlararası kazandırmalarının yasal sınıra çekilmesidir².

Miras hukukunda denkleştirme ve tenkis bakımından ne tür kazandırmaların denkleştirmeye ve tenkise konu olacağı ve denkleştirmeye ve tenkise konu olan kazandırmaların değerinin tespiti büyük bir önem arz etmektedir. Bu kapsamda öne çıkan hususlardan biri de intifa kazandırmalarının hangi şartlar altında denkleştirilmeye ve tenkise tabi olacağı ve yapılan bu kazandırmanın değerinin nasıl tespit edileceği konusudur. Bu çalışmada önce intifa hakkından kısaca bahsedildikten sonra şu soruların cevapları aranacaktır:

¹ ANTALYA, O. Gökhan, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 451; BOSSHARDT, Martina, “Art. 626-640 ZGB”, **ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (der. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, Art. 626 ZGB pn. 2; KÖPRÜLÜ, Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 410; ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2016, s. 506 vd.; TURAN BAŞARA, Gamze, **Miras Hukukunda Denkleştirme**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s. 5, 19.

² FANKHAUSER, Roland, “Art. 519-533, 626-632 ZGB”, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Vorb. Zu Art. 522-533 ZGB pn. 1; KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Miras Hukuku**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 236; MINNIG, Yannick, “Art. 522-536 ZGB”, **ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (der. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, Art. 522 ZGB pn. 1; OĞUZMAN, Kemal, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, 1995, s. 246; ÖZTAN, **2016**, s. 121; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV – Miras Hukuku**, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 275 vd.; NAR, Ahmet, **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 12.

- Mirasbırakanın kullanmayacağı bir malvarlığı değeri üzerinde intifa hakkı tesisi ile, denkleştirmenin şartlarından biri olan, malvarlığında bir azalmanın meydana gelmesi şartı gerçekleşecek midir ve dolayısıyla yapılan bu kazandırma denkleştirmeye konu olacak mıdır?

- Mirasbırakanın sağlığında mirasçısı lehine herhangi bir süre belirlemeksizin yaptığı intifa kazandırmasına yönelik denkleştirilme nasıl yapılacaktır?

- Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla bir tüzel kişi lehine herhangi bir süre belirlemeksizin yaptığı intifa kazandırmasının tenkisinde TMK m. 568'in intifa hakkının tenkisine ilişkin hükümleri uygulama bulacak mıdır?

- Saklı paylı mirasçı, lehine yapılan intifa kazandırmasını reddederek, saklı payını mülkiyet şeklinde talep edebilecek midir?

- Saklı paylı mirasçıların TMK m. 568'in intifa hakkının tenkisi bakımından tanıdığı seçimlik haklar hususunda anlaşmazlığa düştükleri durumda mahkeme hangi yönde karar verecektir?

II. GENEL OLARAK İNTİFA HAKKI

A. İntifa Hakkı Kavramı

Bir eşya üzerinde kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarrufla bulunma (abusus) yetkilerini veren mülkiyet hakkından (TMK m. 683/I) farklı olarak sınırlı ayni haklar, hak sahibine eşya üzerinde kullanma, yararlanma veya belirli sınırlar dâhilinde eşya üzerinde tasarruf edebilme yetkilerinden sadece bir veya birkaçını kullanma yetkisini verir. Sınırlı ayni haklar TMK'da sınırlı sayıda öngörülmüştür. Bunlar irtifak hakkı, taşınmaz yükü ve rehin hakkıdır. TMK'da öngörülen sınırlı ayni haklar dışında bir sınırlı ayni hak oluşturulamaz³.

³ AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku – Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 3 vd.; GÜRİSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret /CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 693; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, **Sınırlı Ayni Haklar**, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983, s. 1 vd.; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 767 vd.; SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 479 vd.

Bu çalışmanın konusunu teşkil eden intifa hakkı, TMK'nın Dördüncü Kitabı olan Eşya Hukuku'nun İkinci Kısım Birinci Bölümü'nde yer alan "İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü" kapsamında düzenlenen bir irtifak hakkıdır⁴. İntifa hakkı TMK'da tanımlanmamış olup sadece konusu, kurulması, sona ermesi ve hükümleri düzenleme altına alınmıştır. TMK m. 794'e göre:

"İntifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir.

Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar".

TMK m. 796/II'ye göre ise:

"Sürenin dolması veya hak sahibinin vazgeçmesi ya da ölümü gibi diğer sona erme sebepleri, taşınmazlarda malike terkini isteme yetkisi verir".

TMK m. 794 vd.'deki hükümler dikkate alındığında intifa hakkı şu şekilde tanımlanabilir:

İntifa hakkı, gerçek veya tüzel kişiler lehine, başkasına ait taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilen, sahibine tam yararlanma yetkisi veren, devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen irtifak hakkıdır⁵.

⁴ İrtifak hakkı bir eşya üzerinde hak sahibine o eşyadan belli bir şekilde yararlanma yetkisi veren veya eşyanın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya mecbur kılan sınırlı aynı bir haktır. TMK irtifak hakkının çeşitlerini taşınmaz lehine irtifak, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifaklar olarak düzenlemiştir; ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku – III (Sınırlı Aynı Haklar)**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 37 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, **1982-1983**, s. 41 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **2017**, s. 827 vd.; SİRMEN, **2015**, s. 507 vd.; karşı. GÖKSU, Tarkan, "Art. 667-712, 730-744, 780-792 ZGB", **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Sachenrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 730 ZGB pn. 1 vd.; LIVER, Peter, **Die Grunddienstbarkeiten – Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 730-792 ZGB)**, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1980, Art. 730 ZGB pn. 1 vd.

⁵ Kanun'daki düzenlemeler dikkate alınarak doktrinde intifa hakkı çeşitli şekillerde tanımlanmıştır:

- "İntifa hakkı, belirli bir gerçek veya tüzel kişiye hakkın konusu üzerinde tam bir yararlanma yetkisi veren, devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen bir aynı haktır", KÖPRÜLÜ/KANETİ, **1982-1983**, s. 95; SİRMEN, **2015**, s. 507 vd.
- "İntifa hakkı başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkânı sağlayan bir irtifak hakkıdır", OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **2017**, s. 827 vd.
- "İntifa hakkı, sahibine, konusunu oluşturan şeyi kullanma ve ürünlerinden istifade etme (tam bir

TMK'daki düzenlemelere göre intifa hakkının nitelikleri genel olarak şu şekilde sıralanabilir:

- İntifa hakkı diğer irtifak haklarından farklı olarak sadece taşınmazlar üzerinde değil aynı zamanda taşınırlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir.
- İntifa hakkı bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişi lehine kurulabilir.
- İntifa hakkı devredilemez ve miras olarak geçmez.
- İntifa hakkı sahibi, üzerinde intifa hakkı kurulan malvarlığı değerinden tam bir yararlanma yetkisine sahiptir. TMK m. 803/I'e göre, intifa hakkı sahibi hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahiptir. Bu kapsamda intifa hakkı sahibinin eşyanın doğal ürünlerinden faydalanma hakkı olduğu gibi (TMK m. 804) intifa hakkına konu olan sermayenin faizleri ve diğer dönemsel gelirleri de kendisine aittir (TMK m. 805)⁶.

B. İntifa Hakkının Kazanılması

İntifa hakkı, sağlararası bir hukuki işlemle kazanılabileceği gibi malikin ölüme bağlı tasarrufu sonucunda da kazanılabilir⁷. TMK m. 517/II'ye göre, mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf ile bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetini bırakabileceği gibi terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasını da sağlayabilir. Ölüme bağlı tasarrufla terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde lehine intifa kazandırması yapılan vasiyet alacaklısı, mirasçılar gibi miras bırakanın ölümü ile mirasa konu tüm malvarlığı üzerinde hak sahibi olmayıp TMK m. 600'e göre sadece vasiyet borcunun yerine getirilmesine ilişkin bir hak elde eder. İntifa hakkının vasiyet alacaklısı TMK m. 600/I'e göre vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona; yoksa yasal

yararlanma) yetkisi veren sınırlı aynı haktır", AYAN, 2017, s. 68.

- "İntifa hakkı, başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkânı sağlayan bir irtifak hakkıdır", Yargıtay 14. HD., T. 13.03.2008, E. 2008/1826, K. 2008/3216; bkz. Yargıtay 14. HD., T. 25.09.2008, E. 2008/8875, K. 2008/10834.

- "İntifa hakkı, gerçek veya tüzel kişi lehine kurulabilen, devredilemeyen ve mirasla geçemeyen bir başkasın ait malvarlığı değeri üzerindeki kullanım ve yararlanma haklarıdır", BGE 122 V 394 E 6a.

⁶ AYAN, 2017, 78 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 2017, s. 827 vd., 837, 839; SİRMEN, 2015, s. 518, 519.

⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 1982-1983, s. 112 vd.; ÖZEN, Burak, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 123.

veya atanmış mirasçılara karşı kişisel bir istem hakkına sahip olur. Ayrıca vasiyet alacaklısı mirasçılar gibi külli halef olmadığı için, miras bırakanın borçlarından sorumlu değildir⁸. TMK m. 600/II'ye göre, vasiyet borcu kural olarak miras bırakanın ölümü ile doğar ve borçlunun mirası kabul etmesi ya da ret hakkının düşmesi ile muaccel olur. TMK m. 602'ye göre, vasiyet alacaklısının vasiyet alacağını talep hakkı, ölüme bağlı kazandırmayı öğrenmesinin veya vasiyet borcu daha sonra muaccel olacaksa muaccel olma tarihinin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar⁹.

Vasiyete konu olan intifa hakkı, taşınırlarda zilyetliğin devri, alacaklarda alacağın devri, taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil ile kurulur¹⁰. Vasiyet yükümlüsünün yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda vasiyet alacaklısı, TMK m. 600/III'e göre vasiyet yükümlüsüne karşı, intifa hakkının kurulmasını dava yolu ile talep edebilir¹¹. Bu durumda, intifa hakkının kurulmasına yönelik mahkeme kararının varlığı halinde intifa hakkı tescilden önce kazanılır. İntifa hakkı sahibi mahkeme kararı ile intifa hakkının tapu kütüğüne tescil edilmesini sağlayabilir (TMK m. 601/I ve kıyasen TMK m. 705/I)¹².

⁸ ANTALYA, **2015**, s. 53 vd.; AYAN, **2017**, s. 38 vd.; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, 13. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, 2017, s. 11; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, **Türk Medeni Hukuku – Miras Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 71, 228 vd.; KILIÇOĞLU, **2017**, s. 32 vd., 271, 297; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1987, s. 49 vd.; KÖPRÜLÜ, **1985**, s. 9; OĞUZMAN, **1995**, s. 5 vd.

⁹ ANTALYA, **2015**, s. 355 vd.; AYAN, **2017**, s. 131; DURAL/ÖZ, **2017**, s. 152, 405 vd.; GÖKSU, Tarkan, “Art. 457-466, 560-579, 598-601, 634-640 ZGB”, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 562 ZGB pn. 1 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 228 vd.; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey, **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 555 vd.

¹⁰ KÖPRÜLÜ/KANETİ, **1982-1983**, s. 122 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **2017**, s. 831; ÖZEN, **2008**, s. 123, 126 vd.; SİRMEN, **2015**, s. 511 vd.

¹¹ GÖKSU, **2016**, Art. 563 ZGB pn. 3; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 231; SEROZAN/ENGİN, **2018**, s. 560 vd.

¹² AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) – Mülkiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 121; HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/Zobl, Dieter, **Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht**, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1977, Art. 656 ZGB pn. 25 vd.; HITZ, Flurina, “Art. 655-666b, 713-729 ZGB”, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Sachenrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 656 ZGB pn. 14 vd.; KERNEN, Alexander, “Art. 655-666b ZGB, SchIT Art. 18-19”, **ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (der. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, Art. 656 ZGB pn. 9 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **2017**, s. 834; RUMO-JUNGO, Alexandra

İntifa hakkının yasadan kaynaklanan bir hakkın kullanılması sonucu kazanılması da mümkündür. Örneğin, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı durumda sağ kalan eş, ölen eşi ile birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa hakkı tanınmasını isteyebilir (TMK m. 240). Ayrıca, TMK’da öngörülen şartların varlığı halinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılardan birinin istemi üzerine terekeye ait mallar arasında yer alan ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut üzerinde sağ kalan eş lehine intifa hakkı tanınmasına da karar verilebilir (TMK m. 255, 279, 652)¹³.

İntifa hakkı TMK m. 798’e göre yasa gereği de kazanılabilir. Buna göre, malikin yararlanılamayacak derecede harap olan intifa konusu malı yararlanılacak hâle getirmesi durumunda intifa hakkı yeniden kurulmuş sayılacaktır. Ayrıca sigorta ve kamulaştırma gibi durumlarda intifa hakkı, hakkın konusu yerine geçen karşılık üzerinde devam edecektir¹⁴. TMK m. 795/II’nin mülkiyete ilişkin hükümlere yaptığı atıf dolayısıyla intifa hakkının zamanaşımı sonucu kazanılması da mümkündür¹⁵.

C. İntifa Hakkının Sona Ermesi

İntifa hakkı konusunun tamamen yok olması; taşınmazlarda tescilin terki, kamulaştırılması, alacağın sona ermesi, taşınırın işlenmesi, başka eşya ile karışması,

“Nutzniessung in der Erbteilung”, **Successio**, Yıl: 2011, Sayı: 5, s. 9 vd.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 369 vd., 395 vd.; DOĞAN, Murat, “Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu”, **AÜEHFD**, Yıl: 2003, Cilt: 7, Sayı: 3-4, s. 655 vd.; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk Özel Hukuku, C. III – Aile Hukuku**, 13. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2018, s. 241 vd.; KILIÇOĞLU, M. Ahmet, **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 89 vd.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, **1982-1983**, s. 119; ÖZEN, **2008**, s. 129.

¹⁵ TMK m. 777’ye kıyasen, başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve intifa hakkı sahibi sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın intifa hakkı sahibi olur. Taşınmazlarda ise TMK m. 712’ye kıyasen, geçerli bir hukukî sebep olmaksızın tapu kütüğüne intifa hakkı sahibi olarak yazılan kişi, taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle ve iyiniyetle sürdürürse, onun bu yolla kazanmış olduğu intifa hakkına itiraz edilemez. Ayrıca TMK m. 713’e kıyasen, tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve intifa hakkı sahibi sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki intifa hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir; Ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, **2017**, s. 72 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **2017**, s. 834; ÖZEN, **2008**, s. 126 vd.; SİRMEN, **2015**, s. 513.

birleşmesi, hak sahibinin vazgeçmesi halinde veya yasal intifa hakkı sebebinin ortadan kalkması ile sona erer. İntifa hakkı ayrıca süreye bağlı ise sürenin dolması ile de sona erer. Ancak intifa hakkı için herhangi bir süre öngörülmemiş ise hak sahibinin ölmesi ve tüzel kişilerde tüzel kişiliğin sona ermesi veya intifa hakkı süresinin yüz yılı bulması ile intifa hakkı sona erer (TMK m. 797). Ayrıca TMK m. 869'a göre, tarihi daha eski olan rehin hakkı, aynı taşınmaz üzerinde alacaklının izni olmadan daha sonra kurulan irtifak haklarından önce gelir. Sonradan kurulan ve rehnin paraya çevrilmesi sırasında daha eski tarihli rehinli alacaklılara zarar veren irtifakların terkinini istenebilir. Buna göre bir taşınmaz üzerinde intifa hakkından önce gelen bir rehin hakkı varsa, taşınmazın üzerinde kurulmuş olan ve rehinli alacaklılara zarar veren intifa hakkı terkin edilebilecektir¹⁶.

III. İNTİFA HAKKININ DENKLEŞTİRİLMESİ

A. Genel Olarak Denkleştirme

TMK m. 669'a göre:

“Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler.

Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir”.

TMK m. 669'da denkleştirme yükümlülüğü bakımından altsoy mirasçılar ile diğer yasal mirasçılar arasında bir ayırım yapılmış ve farklı hükümler öngörülmüştür. Her ne kadar altsoy mirasçılara ve diğer yasal mirasçılara yapılan kazandırmalar farklı

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. CANARSLAN, Gökçe, **İntifa Hakkının Sona Ermesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, 46 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, **1982-1983**, s. 120 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **2017**, s. 827 vd.; ÖZEN, **2008**, s. 147 vd.; SİRMEN, **2015**, s. 515 vd.

hükümlere tabi olsa dahi denkleştirmenin yapılabilmesi için aşağıdaki şartların varlığı her iki durumda da gereklidir:

- Kazandırma karşılıksız olmalıdır.
- Kazandırma sağlararası bir işlemle yapılmış olmalıdır.
- Karşılıksız kazandırma mirasbırakanın malvarlığından yapılmış olmalı ve bu kazandırma neticesinde malvarlığında bir azalma meydana gelmelidir.
- Karşılıksız kazandırmanın mirasçuya miras payına mahsuben yapılmış olması gereklidir¹⁷.

Denkleştirmeye tabi olacak kazandırmalar sadece sağlararası kazandırmalardır. Tenkisten farklı olarak ölüme bağlı kazandırmalar denkleştirmenin konusunu oluřturmaz¹⁸. Kazandırma, bir kişinin bir başkası lehine malvarlığına ilişkin bir menfaat sağlamasıdır. Kazandırma mülkiyetin veya sınırlı bir aynı hakkın devri yahut da bir kişiyi borcundan veya yapması zorunlu bir masraftan kurtarma şeklinde gerçekteşebilir. Kazandırmanın kişinin iş gücünden yapılabileceği de kabul edilmektedir¹⁹.

Aşağıda ele alınacağı üzere²⁰, tenkis yasal mirasçılar arasında sadece saklı paylı mirasçılar ve ayrıca mirasçıların alacaklıları ve iflas masası tarafından talep edilebilir. Ancak denkleştirme saklı paylı olsun veya olmasın bütün yasal mirasçılar tarafından talep edilebilir. Tenkisten farklı olarak, mirasçıların alacaklılarının ve iflas masasının denkleştirmeyi talep etme hakları yoktur. Tenkis davasında davalılar mirasçı olsun ya da

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. EITEL, Paul, **Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB - BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/2/3**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004, Art. 626 ZGB pn. 30 vd.; FANKHAUSER, **2016**, Art. 626 ZGB pn. 1 vd.; İMRE/ERMAN, **2017**, s. 517 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 568 vd.; KILIŐOĐLU, **2017**, s. 467 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **1987**, s. 464; TURAN BAŞARA, **2013**, s. 45 vd.; TURANBOY, K. Nuri, **Miras Bırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlar Arası Hukuki İşlemleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 34 vd.

¹⁸ NAR, **2016**, s. 39; GÜNAY, Erhan, **Miras Hukukunda Tenkis (İndirim) Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 155.

¹⁹ EITEL, **2004**, Art. 626 ZGB pn. 19; EREN, Fikret, "Mirasta İade", **Adalet Dergisi**, Yıl: 1963, Cilt: 54, Sayı: 3-4, s. 354; FANKHAUSER, **2016**, Art. 626 ZGB pn. 4; İMRE/ERMAN, **2017**, s. 505; TURAN BAŞARA, **2013**, 46, 116 vd.

²⁰ Bkz. IV, A.

olmasın saklı paya tecavüz eden kazandırmanın lehine yapıldığı kişiler olmasına rağmen denkleştirmeye yükümlü olan davalılar sadece yasal mirasçılardır²¹.

TMK m. 669/I altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan karşılıksız kazandırmaların denkleştirilmesini düzenlemektedir. Buna göre, altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan karşılıksız kazandırmaların denkleştirmeye tabi tutulabilmesi için mirasbırakanın karşılıksız kazandırmaları miras payına mahsuben yaptığını beyan etmesi gereklidir. Bu yönde bir irade açıklaması yoksa yapılan kazandırmalar denkleştirmeye tabi olmayacaktır²².

TMK m. 669/II ise altsoya yapılan kazandırmaların denkleştirilmesini düzenlemiştir. Buna göre, mirasbırakanın yapmış olduğu kazandırmaların denkleştirmeye tabi olacağını beyan etmesine gerek yoktur. Denkleştirmenin yapılabilmesi için mirasbırakanın söz konusu kazandırmaların denkleştirmeye tabi olamayacağına yönelik beyanda bulunmaması yeterlidir. Bu sebeple mirasbırakan, altsoy mirasçılara yaptığı kazandırmaların denkleştirmeye tabi olmamasını istiyorsa buna yönelik iradesini açıkça beyan etmesi gereklidir²³.

TMK m. 669/II'de denkleştirmeye tabi olacak kazandırmalar örnek olarak sayılmıştır. Bunlar; çeyiz, kuruluş sermayesi, malvarlığını devretmek, borçtan kurtarmak ve benzeri kazandırmalardır. Doktrinde tartışmalı olan husus “benzeri... kazandırmalar” kavramı ile ifade edilmek istenenin ne olduğu ve çeyizin, kuruluş sermayesinin, malvarlığını devretmenin, borçtan kurtarmanın hangi şartlar altında denkleştirmeye konu olacağıdır²⁴. Doktrinde ve mahkeme kararlarında hâkim olan görüşe göre, denkleştirmeye tabi olabilecek kazandırmalar mirasbırakanın yaptığı her

²¹ DURAL/ÖZ, **2017**, s. 321 vd.; İMRE/ERMAN, **2017**, s. 512 vd.; KILIÇOĞLU, **2017**, s. 469 vd.; TURAN BAŞARA, **2013**, s. 32 vd.; TURANBOY, **2010**, s. 31 vd.; NAR, **2016**, s. 33 vd.

²² ANTALYA, **2015**, s. 453; DURAL/ÖZ, **2017**, s. 323; EITEL, **2004**, Art. 626 ZGB pn. 5 vd.; EREN, **1963**, s. 340 vd.; FANKHAUSER, **2016**, Art. 626 ZGB pn. 5; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 571; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **1987**, s. 444.

²³ ANTALYA, **2015**, s. 453; DURAL/ÖZ, **2017**, s. 324; EITEL, **2004**, Art. 626 ZGB pn. 5 vd.; EREN, **1963**, s. 340 vd.; FANKHAUSER, **2016**, Art. 626 ZGB pn. 5; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 571; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **1987**, s. 444; KÖPRÜLÜ, **1985**, s. 412.

²⁴ Doktrinde savunulan bir görüşe göre sadece bakım ve yardım amaçlı değil tüm karşılıksız kazandırmaların TMK m. 669/II kapsamında kazandırma sayılacaktır, ayrıntılı bilgi için bkz. EITEL, **2004**, Art. 626 ZGB pn. 93 vd.; EREN, Fikret, “Mirasta İade”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 1963, Cilt: 54, Sayı: 5-6, s. 726; SEROZAN/ENGİN, **2018**, s. 641 vd.

türlü kazandırmalar değil, sadece altsoyun bağımsız bir hayat kurmasını, muhafaza etmesini veya iyileştirmesini sağlamak amacıyla yapılanlardır²⁵.

B. İntifa Hakkının Denkleştirmeye Konu Olması

Yukarıda yapılan açıklamalara göre, mirasbırakan tarafından sağlararası işleme kendisine intifa hakkı bırakılmış olan kişiye karşı denkleştirme davası açılabilmesi birtakım şartlara bağlıdır. Buna göre, denkleştirme borçlusunun mirasbırakanın yasal mirasçısı ve sağlararası karşılıksız kazandırma ile lehine intifa hakkı tesis edilmiş olması gereklidir. İntifa hakkı tesis edilen mirasçı altsoy dışındaki bir yasal mirasçı ise mirasbırakan, tesis ettiği intifa hakkını mirasçının miras payına mahsuben yaptığıı beyan etmelidir. İntifa hakkı tesis edilen mirasçı altsoy mirasçı ise mirasbırakan, yaptığıı kazandırmanın denkleştirmeye tabi olmadığını açıkça belirtmemiş olmalıdır. Ayrıca mirasbırakan, intifa kazandırmasını altsoy mirasçının ekonomik bağımsızlığını kazanması veya devam ettirmesi amacıyla çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek, borçtan kurtarmak ya da diğer benzeri amaçlarla yapmış olmalıdır.

Mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçılara yaptığıı karşılıksız kazandırmalar, yukarıda da belirtildiği üzere, mirasbırakanın malvarlığından yapılmış olmalı ve bu kazandırma neticesinde malvarlığında bir azalma meydana gelmelidir. Denklemeye konu olacak karşılıksız kazandırmalar genel olarak malvarlığına ait bir değerin mülkiyetinin bir kişiye karşılıksız olarak geçirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu şekilde yapılan bir kazandırma sonucunda mirasbırakanın malvarlığının aktif kısmı azalmaktadır. İntifa hakkının denkleştirmenin konusu olup olmayacağı bakımından tartışmalı olan husus, mirasbırakanın bir hakkını veya eşyasını mirasçısına karşılıksız olarak kullandırmasının veya yararlandırmasının kazandırmayı yapanın malvarlığında

²⁵ ANTALYA, 2015, s. 456; BOSSHARDT, 2016, Art. 626 ZGB pn. 10; DURAL/ÖZ, 2017, s. 331 vd.; FANKHAUSER, 2016, Art. 626 ZGB pn. 6; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1987, s. 473 vd.; STICHER, Walter, “Die erbrechtliche Problematik lebzeitiger Zuwendungen – mit Blick auf den Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)”, *Anwaltsrevue*, Yıl: 2016, Sayı: 10, s. 409; TURAN BAŞARA, 2013, s. 91 vd.; TURANBOY, 2010, s. 74 vd.; WILDISEN, Christoph, “Art. 470-480, 537-550 ZGB”, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht*, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 626 ZGB pn. 2; karş. BGE 116 II 667 E 3a; BGE 118 II 282; BGE 131 III 49, 55; Yarg. 2. HD., T. 01.02.2007, E. 9746, K. 1025; Yarg. 2. HD., T. 15.11.2005, E. 9791, K. 15742; Yarg. 2. HD., T. 15.11.2005, E. 9791, K. 15742.

bir azalmaya sebep olup olmadığı ve denkleştirmeye tabi bir kazandırma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre, mirasbırakanın ekonomik olarak değerlendirmeyeceği bir taşınmazını karşılıksız olarak altsoyunun kullanımına bırakması durumunda herhangi bir gelir kaybına uğramayacak ve malvarlığında bir azalma meydana gelmeyecektir. Zira mirasbırakan taşınmazını ekonomik olarak değerlendirmemekte ve ileride değerlendirmeyi de düşünmemektedir. Bu sebeple mirasbırakanın bu şekilde mirasçısının yararlanmasına tahsis ettiği taşınmaz sebebi ile denkleştirmeye tâbi bir kazandırmanın varlığından söz edilemez²⁶. Bu görüş kabul edildiği takdirde mirasbırakanın malvarlığına ait ve ekonomik olarak değerlendirmeyeceği bir hak veya eşya üzerinde altsoyu için sağlığında tahsis ettiği intifa hakkı denkleştirmenin konusu olmayacaktır.

Doktrinde haklı olarak bu görüş eleştirilmektedir. Zira mirasbırakanın kendisine ait olan taşınmazı ekonomik olarak değerlendirip değerlendirmeyeceğinin ve bu sebeple gelir kaybına uğrayıp uğramadığının tespiti çok zordur. Burada önem arz eden husus mirasbırakanın piyasa değeri olan bir taşınmazını, taşınmazını, hakkını veya bir malvarlığını sağlararası işlemle karşılıksız olarak mirasçının kullanımına veya yararlanmasına sunup sunmadığıdır. Mirasbırakanın bir hakkı veya eşyasını mirasçısının kullanması veya yararlanması için devretmesi durumunda mirasbırakanın malvarlığında bir azalma meydana gelmektedir. Zira söz konusu kazandırma olmasaydı mirasbırakanın malvarlığı daha fazla olacakken; mirasbırakanın malvarlığı üzerinde kullanma veya yararlanma yetkisini karşılıksız olarak mirasçısına devretmesi ile malvarlığını ekonomik olarak değerlendiremeyecek ve dolayısıyla malvarlığının miktarı azalmış olacaktır. Bu sebeple yapılan bu türden kazandırmalar kanunen denkleştirmeye tâbi olacaktır²⁷.

²⁶ EREN, 1963, s. 355; MÜLLER, Jakob Arnold, **Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung im Schweizerischen Erbrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 1949. s. 41 vd.; BGE 76 II 196, 198.

²⁷ ANN, Christoph, “§§ 2042-2063 BGB”, **Münchener Kommentar zum BGB, Band 10: Erbrecht**, (der. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut), 7. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 2017, § 2050 BGB pn. 8; EITEL, 2004, Art. 626 ZGB pn. 102 vd.; FANKHAUSER, 2016, Art. 626 ZGB pn. 4; FLECHTNER, Ursula, “§§ 1624, 2032–2063 BGB”, **Erbrecht**, (der. Burandt,

Mirasbırakanın mirasçısı lehine intifa hakkı tesisi durumunda mirasçı, intifa hakkı tahsis edilen malvarlığı değerinden karşılıksız olarak faydalanıp yapması gereken masraflardan tasarruf etmekte ve malvarlığında bir artış meydana gelmektedir. Ayrıca mirasbırakan da söz konusu malvarlığı değerini başka bir şekilde değerlendiremediği için malvarlığında bir azalma meydana gelmektedir. Burada ayrıca intifa hakkı sebebi ile üzerinde intifa hakkı kurulan malvarlığının piyasa değerinde de bir azalma meydana gelmektedir. Bu sebeplerle mirasbırakanın karşılıksız olarak yasal mirasçılara yaptığı intifa kazandırması denkleştirmenin konusu olacaktır.

Mirasbırakan, hayatta iken yasal mirasçısı lehine yaptığı intifa kazandırmasını belirli bir süre ile sınırlandırabileceği gibi bu konuda herhangi bir süre de öngörmeyebilir. Mirasbırakanın herhangi bir süre öngörememesi durumunda mirasbırakan ölse dahi intifa hakkı, yukarıda da açıklandığı üzere, TMK m. 797/II'ye göre hak sahibinin ölümü ile sona erer. Burada cevaplandırılması gereken soru, mirasbırakanın herhangi bir süre öngörmeksizin ve dolayısıyla ölümünden sonra da devam edecek olan intifa kazandırmasının sermaye değerinin nasıl tespit edileceğidir. Kanun'da bu konuya ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte intifa hakkının sermaye değerinin tespitinde, aşağıda inceleneceği üzere²⁸, intifa hakkının tenkisini düzenleyen TMK m. 568 hükmü kıyasen uygulanabilir. Buna göre intifa hakkının tahmini olarak devam edeceği süre tespit edildikten sonra intifa hakkının karşılığı olan sermaye değeri hesaplanmalıdır. Söz konusu bu sermaye değeri intifa hakkı sahibinin PMF (Population Masculine et Feminine) yaşam tablosuna göre tahmini yaşam süresi dikkate alınarak hesaplanabilir.

C. Denkleştirme Şekli

TMK m. 671/I denkleştirme borçlusu mirasçıya denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmek için iki seçimlik hak sunmuştur. Buna göre denkleştirme borçlusu

Wolfgang/ Rojahn, Dieter), 2. Baskı, Verlag C.H. BECK, München 2014, § 2050 BGB pn. 16; PIOTET, Paul, **Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Das Erbrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Stuttgart, 1978, s. 208 vd., 301; SCHINDLER, Andreas, "Zuwendungsarten bei der Ausgleichung unter Miterben nach § 2050 BGB", **ZEV**, Yıl: 2006, Cilt: 9, s. 389-394; TURAN BAŞARA, 2013, s. 119 vd.; WINISTÖRFER, Michèle, **Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, s. 8, 115 vd.

²⁸ Bkz. IV, C.

mirasçı, dilerse aldığı aynen geri verebilir veya dilerse payından fazla olsa bile değerini miras payına mahsup ettirebilir. TMK m. 671/II'ye göre, mirasbırakan denkleştirme borçlusunun bu seçimlik haklardan hangisini kullanabileceğini kendisi de belirleyebilir.

Bu kapsamda, mirasbırakanın denkleştirme şekli hakkında herhangi bir beyanı bulunmadığı takdirde, kendisine karşılıksız olarak intifa hakkı tanınmış olan yasal mirasçı, söz konusu bu seçimlik haklardan birini kullanabilir. Buna göre, lehine intifa kazandırması yapılmış olan mirasçı aldığı aynen geri verme hakkını kullanmak istediği takdirde, geri verme borcunu şu şekilde yerine getirecektir: Mirasçı ilk olarak intifa hakkından vazgeçmelidir. Ancak mirasçının sadece intifa hakkından vazgeçmesi yeterli değildir. Aynı zamanda intifa hakkı tahsis edilen zamandan intifa devam ettiği süre dikkate alınarak hesaplanacak olan intifa hakkının karşılığı olan sermaye değerini de geri vermelidir.

İntifa hakkı sahibi mirasçı, ikinci seçimlik hakkını kullanıp intifa hakkının değerini miras payına mahsup ettirebilir. Yasal mirasçı lehine yapılan intifa kazandırmasının sermaye değeri, intifa kazandırmasının yapıldığı tarihten yasal mirasçının PMF yaşam tablosuna göre tahmini yaşam süresinin sonuna kadar geçen süre dikkate alınarak hesaplanır. Örneğin: A ölmeden beş sene önce bağımsız bir hayat kurması amacıyla çocuklarından biri olan B lehine taşınmazı üzerinde herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın intifa hakkı tesis etmiştir. Bu durumda B'nin tahmini yaşam süresi hesaplandıktan sonra intifa kazandırmasının yapıldığı tarihten B'nin tahmini yaşam süresinin sonuna kadar geçecek süre dikkate alınarak intifa kazandırmasının sermaye değeri hesaplanmalıdır. Eğer denkleştirme borçlusu B'nin miras payı intifa kazandırmasının sermaye değerinden az ise terekeden herhangi bir şey talep edemeyip aradaki fark kadar terekeye ödeme yapacaktır²⁹.

Denkleştirme borçlusu, mirasçıya yapılan kazandırmanın miras payından fazla olması halinde kural olarak bu fazlalığı terekeye geri vermekle yükümlüdür. Ancak

²⁹ Karş. DURAL/ÖZ, 2017, s. 344 vd.; EITEL, 2004, Art. 628 ZGB pn. 4 vd., 40; FANKHAUSER, 2016, Art. 628 ZGB pn.3; İMRE/ERMAN, 2017, s. 512, 513; KILIÇOĞLU, 2017, s. 472; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1987, s. 482 vd.; PIOTET, 1978, s. 337; TURAN BAŞARA, 2013, s. 221 vd.

TMK m. 672'ye göre, denkleştirme borçlusu mirasçı, mirasbırakanın miras payını aşan kazandırmayı kendisine bırakmak istediğini ispat ederse, bu fazlalık denkleştirmeye tâbi olmaz. Ancak diğer mirasçıların tenkise ilişkin hakları saklıdır³⁰. Örneğin, mirasbırakanın mirasçısı olarak sadece üç çocuğu vardır. Mirasbırakan ölmeden beş yıl önce araba tamircisi olan oğlu K'ya sahip olduğu dükkânı üzerinde intifa hakkı tanımıştır. Söz konusu bu intifa hakkının sermaye değeri K'nın tahmini yaşama süresi dikkate alınarak 250.000 TL olarak hesaplanmıştır. Mirasbırakan ayrıca K'nın elde ettiği bu kazandırmanın miras payını aşması halinde bu kısmın K'ya kalacağını beyan etmiştir. Mirasbırakan diğer iki çocuğuna herhangi bir kazandırma yapmamıştır. Mirasbırakan öldüğünde bankada sadece 80.000 TL.'si vardır. Ancak burada tereke hesaplanırken ayrıca üzerinde intifa hakkı tahsis edilmiş dükkânın değeri de dikkate alınmalıdır. Dükkânın intifa hakkı tahsis edildikten sonraki değeri 350.000 TL'dir. Buna göre denkleştirmeye tâbi kazandırmanın eklenmesiyle birlikte paylaşma konusu tereke $250.000 + 350.000 = 600.000$ TL'dir. Mirasçıların miras payı miktarı $600.000/3=200.000$ TL.'dir. K'nın mahsuben denkleştirme yolunu seçmesi durumunda, dükkân üzerindeki intifa hakkını muhafaza eder ve 250.000 TL olan intifa hakkının sermaye değeri miras payından indirilir. Mirasbırakan yapılan kazandırmanın K'nın miras payını aşan kısmının kendisine bırakmak istediğini beyan ettiği için K bu durumda miras payını aşan 50.000 TL'yi miras ortaklığına geri vermekle yükümlü olmayacaktır. Ancak diğer mirasçıların tenkise ilişkin hakları saklıdır.

IV. İNTİFA HAKKININ TENKİSİ

A. Genel Olarak Tenkis Davası

TMK m. 560 ve 562'ye göre, saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, saklı paylı mirasçıların alacaklıları veya iflas dairesi,³¹ mirasbırakanın tasarruf

³⁰ ANTALYA, 2015, s. 457; DURAL/ÖZ, 2017, s. 341; EITEL, 2004, Art. 629 ZGB pn. 8, 12; FANKHAUSER, 2016, Art. 629 ZGB pn. 1; İMRE/ERMAN, 2017, s. 512, 511; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1987, s. 480; OĞUZMAN, 1995, s. 329; ÖZTAN, 2016, s. 511 vd.; PIOTET, 1978, s. 333 vd.; WINISTÖRFER, 2000, s. 111.

³¹ Tenkis davası TMK m. 562'ye göre saklı paylı mirasçıların alacaklıları tarafından da açılabilir. Saklı paylı mirasçı, iflası halinde iflas dairesi veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemedi aciz belgesi bulunan alacaklılar tarafından yapılan ihtara rağmen tenkis davası açmazsa,

edebileceği kısmı aşan ölüme bağlı veya sağlararası tasarruflarının tenkisini dava edebilirler. Tenkis davasını her saklı paylı mirasçı, diğerlerinden bağımsız olarak tek başına açabilir. Davayı mirasçılardan sadece biri veya birkaçı açmış ise sadece bu mirasçıların saklı payını karşılayacak miktar tenkis edilebilecek, diğer mirasçılar bu tenkis kararından yararlanamayacaktır³². Tenkis davası, mirasbırakanın tasarruf oranını aşarak tenkise tabi olan kazandırmaların yapıldığı kişilere karşı açılabilir. Bu kişiler mirasçı sıfatına sahip olabilecekleri gibi mirasçı sıfatına sahip olmayan üçüncü kişiler de olabilir³³.

Ölüme bağlı tasarrufların tenkisinden farklı olarak sağlararası kazandırmaların tenkise tabi olabilmesi sadece TMK m. 565 öngörülen kazandırmaların varlığı halinde mümkündür³⁴. TMK m. 565'e göre:

“Aşağıdaki karşılıksız kazandırmalar, ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tâbidir:

1. Mirasbırakanın mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya, miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi,

2. Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar,

3. Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar,

söz konusu bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler, BAYGIN, Cem, **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 155 vd.; FANKHAUSER, **2016**, Art. 524 ZGB pn. 1 vd.; NAR, **2016**, s. 98 vd.; DURAL/ÖZ, **2017**, s. 280 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 380 vd.; SEROZAN/ENGİN, **2018**, s. 259 vd.

³² ANTALYA, **2015**, s. 292; BOSSHARDT, **2016**, Art. 522 ZGB pn.4; DURAL/ÖZ, **2017**, s. 278; FANKHAUSER, **2016**, Art. 522 ZGB pn. 3; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 381; NAR, **2016**, s. 138; OĞUZMAN, **1995**, s. 247.

³³ ANYALYA, s. 292; FANKHAUSER, **2016**, Art. 522 ZGB pn. 4; NAR, **2016**, s. 120 vd.; İMRE/ERMAN, **2017**, s. 265.

³⁴ BOSSHARDT, **2016**, Art. 527 ZGB pn.1; DURAL/ÖZ, **2017**, s. 299 vd.; MINNIG, **2016**, Art. 527 ZGB pn. 2 vd.; İMRE/ERMAN, **2017**, s. 269; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 336; KILIÇOĞLU, **2017**, s. 213 vd.; KÖPRÜLÜ, **1985**, s. 299; NAR, **2016**, 152.

4. Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar”.

TMK m. 565’te düzenlenen “tenkise tabi sağlararası kazandırmalar”a ek olarak TMK. m. 509 ve 567’de mirasbırakanın kendi ölümünde ödenmek üzere üçüncü kişi lehine yaptığı hayat sigortası alacağıının satın alma değerinin de tenkise tabi bir sağlararası kazandırma olduğu düzenlenmiştir³⁵.

B. İntifa Kazandırmasının Saklı Paylı Mirasçı Tarafından Reddi

Mirasbırakanın sağlararası veya ölüme bağlı tasarruf yolu ile yaptığı intifa kazandırmasının tasarruf edebileceği kısmı aşması durumunda, saklı paylarının karşılığı alamayan mirasçılar intifa hakkının tenkisini talep edebileceklerdir³⁶. Bu durumda tenkis talebinde bulunacak kişinin sadece “saklı paylı mirasçı” olması yeterli olmayıp aynı zamanda saklı payının karşılığını alamaması gereklidir. Mirasçının saklı payın karşılığını elde edip edemediği tespit edilirken saklı paylı mirasçının yasal mirasçılık sıfatıyla elde ettiği değerler ile birlikte ölüme bağlı ve sağlararası kazandırmalar yolu ile elde ettiği değerler de dikkate alınır. Saklı paylı mirasçı tüm bu değerleri mahsup etmesine rağmen saklı payını tam olarak elde edemiyorsa geri kalan kısım için tenkis talebinde bulunabilir. Aksi halde tenkis talebinde bulunma hakkı yoktur. Mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı lehine belirli mal vasiyetinde bulunması halinde mirasçı elde ettiği kazandırmaları reddederek saklı payını istemesi söz konusu olmayacaktır³⁷.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, 2017, s. 192; BAYGIN, Cem, “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, EÜHFD, Yıl: 2008, Cilt: 12, Sayı: 3-4, s. 174; DURAL/ÖZ, 2017, s. 270; EITEL, Paul, “Lebensversicherungsansprüche und erbrechtliche Ausgleichung”, ZBJV, Yıl: 2003, Cilt: 139, s. 349 vd.; FANKHAUSER, 2016, Art. 529 ZGB pn. 1 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, 2015, s. 347; NAR, 2016, s. 215 vd.

³⁶ BAYGIN, 2008, s. 138; İMRE/ERMAN, 2017, s. 269; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, 2015, s. 328, 398; KILIÇOĞLU, 2017, s. 242 vd.; KÖPRÜLÜ, 1985, s. 299; NAR, 2016, 152.

³⁷ BAYGIN, 2005, s. 157; ÇAĞA, Tahir, **Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılarının Hukuki Vaziyeti**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950, s. 17 vd.; DURAL/ÖZ, 2017, s. 278; FANKHAUSER, 2016, Art. 522 ZGB pn. 11; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, 2015, s. 378, 379; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1987, s. 413, 414; MINNIG, 2016, Art. 522 ZGB pn. 5; NAR, 2016, s. 91 vd.; OĞUZMAN, 1995, s. 248; SEROZAN/ENGİN, 2018, s. 259 vd.; WEIMAR, Peter, **Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB**, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014, Art. 470 ZGB pn. 19.

Burada tartışmalı olan konu, ölüme bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçı lehine yapılan intifa kazandırmasında saklı paylı mirasçının bu kazandırmayı reddedip saklı payını mülkiyet şeklinde talep etmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, saklı payın karşılığının mülkiyet veya bunun dışındaki ekonomik değeri olan bir malvarlığı değeri olması yeterlidir. Bu sebeple saklı paylı mirasçıya tahsis edilen intifa hakkının sermaye değeri en az saklı payına tekabül ediyorsa mirasçı bu kazandırmaları reddederek, saklı payının terekede yer alan diğer unsurlardan karşılanmasını talep edemez. Bu durumda intifa hakkı tahsisi şeklinde yapılan kazandırma saklı payına mahsup edilecektir³⁸.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında savunulan ve bizim de katıldığımız hakim görüşe göre ise saklı payın karşılığının kolay bir şekilde temlik edilebilir ve ekonomik olarak değerlendirilebilir bir mülkiyet hakkı olması gereklidir (Recht auf leicht veräusserbare Werte – biens aisément negociables). Saklı payın karşılığını oluşturan değerlerin intifa hakkı olması durumunda mirasçı elde ettiği kazandırmaları kolay bir şekilde temlik edemeyecek ve ekonomik olarak değerlendiremeyecektir. Ayrıca intifa hakkı, lehine intifa kazandırması yapılmış olan mirasçının ölümü ile sona ereceği için intifa kazandırması kendi mirasçılara da intikal etmeyecektir. Saklı paylı mirasçıyı hem kolay bir şekilde ekonomik menfaate çeviremeyeceği veya mirasçılara intikal ettiremeyeceği bir kazandırmaya razı olmaya hem de bunların farazi değeri kadar saklı paydan mahrum kalmaya zorlanmak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu sebeplerle mirasçı, intifa hakkı tahsisi şeklinde yapılan kazandırmaları reddederek, saklı payını mülkiyet şeklinde talep edebilmelidir³⁹. Doktrinde savunulan bir diğer görüş ise lehine

³⁸ ÇAĞA, 1950, s. 21; DUREY, Jean Nicolas, **Grundriss des Erbrechts**, 5. A., Stämpfli Verlag AG., Bern, 2002, § 6 pn. 42; karş. EITEL, Paul/ANDERER, Karin, “100 Jahre Begünstigung des Ehegatten nach Art. 473 ZGB”, **ZGB: Gestern–heute–morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007**, (der. Girsberger, Daniel/Luminati, Michele), Zürich/Basel/Genf, 2007, s. 152 vd.; RUMO-JUNGO, 2011, s. 11 vd.; EITEL, Paul, “KMU und Pflichtteilsrecht”, **Neue Rechtsfragen rund um die KMU**, (der. Schmid, Jörg/Girsberger, Daniel), Zürich/Basel/Genf, 2006, s. 63 vd.

³⁹ BAYGIN, 2005, s. 157; DURAL/ÖZ, 2017, s. 279; EITEL, 2006, s. 63 vd.; HERZOG, Sabine, **Trusts und schweizerisches Erbrecht Einschränkungen bei der Anerkennung von Trusts aus der Perspektive des schweizerischen Erbrechts - unter besonderer Berücksichtigung von Pflichtteilen und deren prozessualer Durchsetzung**, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, s. 245 vd.; FANKHAUSER, 2016, Art. 522 ZGB pn. 11; BGE 70 II 142 E. 2; Bu görüşün mutlak bir şekilde kabulü doktrinde eleştirilmiştir. Zira ZGB m. 530’ya göre saklı paylı mirasçılar intifa hakkı ile sınırlandırılmış malvarlığı değerleri üzerinde de mirasçı olabilirler. ZGB’de bunun aksine bir düzenleme yoktur, RUMO-JUNGO, 2011, s. 11 vd.; THOMAS, Geiser, “Artikel 473 ZGB und das

intifa kazandırması yapılan kişinin intifa kazandırmasını reddetme hakkını daha farklı bir şekilde gerekçelendirmektedir. Buna göre intifa kazandırmasının saklı payın karşılığını oluşturup oluşturmadığı, yukarıda da açıklandığı üzere, muhtemel yararlanma süresi dikkate alınarak hesaplanacaktır. Söz konusu bu süre farazi bir süre olduğu için saklı paylı mirasçının intifa hakkından, muhtemel yararlanma süresinden daha kısa bir süre için yararlanması ve dolayısıyla saklı payın karşılığını tam olarak alamaması söz olabilir. İntifa kazandırmalarının saklı paya mahsubunun zorunlu olduğunun kabul edilmesi saklı payın dokunulmazlık niteliğine aykırı olacaktır. Bu sebeple saklı paylı mirasçı mahsubu kabul edebileceği gibi, kazandırmayı reddederek saklı payının karşılığını isteyebilir⁴⁰.

C. İntifa Hakkının Tenkisinde Mirasçıların Seçimlik Hakları

TMK m. 568'e göre:

“Mirasbırakan, tahmin edilen devam sürelerine göre sermayeye çevrilmeleri hâlinde tasarruf edilebilir kısmı aşan intifa hakkı veya irat borcu ile terekesini yükümlü kılarsa, mirasçıları, intifa hakkının veya irat borcunun tenkisini ya da tasarruf edilebilir kısmı vererek bu yükümlülüğün kaldırılmasını isteyebilirler”.

Buna göre mirasbırakanın terekesini intifa hakkı ile yükümlü kılması ve bu sebeple tasarruf edilebilir kısmı aşarak mirasçıların saklı paylarını ihlal etmesi durumunda tenkis talebinde bulunabilecek mirasçıların iki seçimlik hakkı vardır: Mirasçılar intifa hakkının tenkisini ya da tasarruf edilebilir kısmı vererek bu yükümlülüğün kaldırılmasını isteyebilirler⁴¹. Saklı paylı mirasçıların bu hakları kullanabilmesi, yukarıda açıklandığı üzere⁴², kendisine intifa kazandırmasında bulunan saklı paylı mirasçının söz konusu bu kazandırmayı reddetmemesi ve yapılan

neue Ehe recht”, **ZBJV**, Yıl: 1989, Sayı: 122, s. 126 vd.

⁴⁰ NAR, **2016**, s. 96 vd.

⁴¹ ANTALYA, **2015**, s. 302; AYAN, **2017**, s. 214; DURAL/ÖZ, **2017**, s. 309 vd.; FANKHAUSER, **2016**, Art. 530 ZGB pn. 1 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **2015**, s. 401; KAYIKET, Hasan, “İntifa ve İratlar Üzerinde Tenkis”, **TBBD**, Yıl: 2007, Sayı: 72, s. 330; MINNING, **2016**, Art. 530 ZGB pn. 1 vd.; NAR, **2016**, s. 294 vd.; OĞUZMAN, **1995**, s. 256; RUMO-JUNGO, **2011**, s. 10 vd.; SEROZAN/ENGİN, **2018**, s. 256; TURAN BAŞARA, Gamze, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi Ve Tenkis Davası”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 27, s. 383.

⁴² Bkz. IV, B.

kazandırmanın saklı payına mahsubunu kabul etmesi halinde mümkündür. Saklı paylı mirasçının intifa kazandırmasını reddetmesi ve saklı payını mülkiyet şeklinde talep etmesi durumunda diğer saklı paylı mirasçılar TMK m. 568'deki seçimlik hakları kullanamayacaklardır. Zira artık tenkisi talep edilebilecek bir intifa kazandırmasının varlığından bahsedilemeyecektir.

Mirasbırakanın terekesini, yükümlü kıldığı intifa hakkının saklı payları ihlal edip etmediğini tespit etmek için intifa hakkının tahmini olarak devam edeceği süre, bir başka ifadeyle muhtemel yararlanma süresi belirlendikten sonra bu süre boyunca bundan elde edilecek ekonomik menfaatin toplam sermaye değeri (kapitalize değer) hesaplanır. Kişilerin ortalama yaşam süreleri kural olarak PMF yaşam tablosuna göre tespit edilir. Bu sebeple buradaki süre tahmini bir süredir⁴³.

Mirasbırakanın intifa kazandırmasını bir tüzel kişi lehine yapması durumunda TMK m. 568'in uygulama bulup bulmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, TMK m. 568'nin uygulanabilmesi için intifa kazandırmasının kesin bir süre için değil belirli olmayan bir süre için yapılması gereklidir. Zira TMK m. 568'deki "tahmin edilen devam süreleri" ibaresi, TMK m. 568'in sadece belirli olmayan bir süre için yapılan intifa kazandırmalarında uygulanabileceğini göstermektedir. TMK m. 797'e göre tüzel kişilerin intifa hakkı, en çok yüz yıl devam edeceği için intifa hakkının devam edeceği süre tahmini değil, kesindir. Bu sebeple intifa hakkının bir tüzel kişi lehine kurulması durumunda TMK m. 568 uygulanmayacaktır⁴⁴. Diğer bir görüş ise TMK m. 797'de intifa hakkının devam edeceği azami bir süre öngörülmüş olup, bu süre kesin bir süre değildir. Zira tüzel kişinin kişiliği bu süreden önce sona erebilir; dolayısıyla intifa hakkının ne zaman sona ereceği kesin olarak belirli değildir⁴⁵. Ayrıca intifa hakkının tenkisinde mirasçılara tanınan bu seçimlik hakkın tüzel kişiler tarafından kullanılamayacağına ilişkin TMK'da bir düzenleme de mevcut değildir. Bu sebeple bir tüzel kişi lehine yapılan intifa

⁴³ Bkz. Dipnot 41.

⁴⁴ Karş. MINNIG, 2016, Art. 530 ZGB pn. 2.

⁴⁵ Karş. MINNIG, 2016, Art. 530 ZGB pn. 2.

kazandırması herhangi bir süre ile sınırlandırılmamışsa intifa hakkının yüz yıl devam edeceği öngörülerek sermaye değeri hesaplanır.

Saklı paylı mirasçının tek kişi olması durumunda mirasçı seçimlik hakkını istediği gibi kullanabilir. Saklı paylı mirasçıların birden fazla olması durumunda bunlardan her biri, birbirinden bağımsız olarak seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağına karar verebilirler. Ancak saklı paylı mirasçıların seçimlik haklarını farklı şekillerde kullanmak istemeleri durumunda hangi seçimlik hakka öncelik verileceği hususu TMK'da düzenlenmemiştir. Burada çeşitli ihtimallerden bahsedilebilir:

- Mirasçılardan sadece bir kısmı, tenkis davası açıp tasarruf edilebilir kısmın verilerek intifa hakkının kaldırılmasını talep edebilir. Tasarruf edilebilir kısmı vererek intifa hakkının kaldıran mirasçılar sadece kendi paylarını talep edebileceklerdir. Tenkis talebinde bulunan mirasçılar, diğer mirasçılardan intifa hakkının kalkmasından yararlandıkları gerekçesiyle intifa hakkının kaldırılması için ödedikleri paranın belirli bir kısmının kendilerine ödenmesini isteyemez. Zira mirasçılar, seçimlik haklarını kullanıp intifa hakkının kaldırılmasına yönelik ödeme yaparken diğer mirasçılara karşı böyle bir sonucu sağlama borcu altında olmadıkları için sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.); ayrıca diğer mirasçıların böyle bir ödemeye rızalarının bulunmadığını bilecek durumda oldukları için de vekâletsiz iş görme hükümlerine (TBK m. 526 vd.) göre bir talepte bulunamazlar⁴⁶.

- Tenkis davası açan saklı paylı mirasçılardan bir kısmının intifa hakkının tenkisini bir kısmının ise tasarruf edilebilir kısmı ödenerek intifa hakkının kaldırılmasını istemesi durumunda ise tüm tasarruf oranını ödeyerek intifa hakkını kaldırmak isteyen mirasçıların seçim hakkına üstünlük tanınmalıdır. Zira burada intifa hakkı tesis edilmek istenen mal yükten kurtarılmakta ve tenkis talep eden mirasçılar da bundan herhangi bir ödeme yapmadan faydalanmaktadırlar. Ancak burada intifaya konu olan değer yükten kurtarılması için sadece bu yönde talepte bulunan mirasçılar ödeme yapacak olup tenkis yapılmasını isteyen diğer mirasçılardan bu yönde bir talepte bulunulamayacaktır⁴⁷.

⁴⁶ DURAL/ÖZ, 2017, s. 310.

⁴⁷ DURAL/ÖZ, 2017, s. 311; NAR, 2016, s. 297.

V. SONUÇ

Bu çalışma ile kendine özgü birçok problemi ve çözümünü içinde barındıran intifa hakkının denkleştirilmesi, tenkisi ve bu konuya ilişkin doktrinde ve yargı kararlarında ortaya çıkan tartışmalar ve bu tartışmalara yönelik çözüm önerileri incelenmiştir.

Mirasbırakanın sağlararası kazandırma yolu ile kullanmayacağı bir hakkın veya eşyanın yararlanma yetkisini karşılıksız olarak devretmesi durumunda malvarlığında bir azalmanın meydana gelip gelmeyeceği ve bunun sonucu yapılan bu kazandırmanın denkleştirmeye konu olup olmayacağı intifa hakkının denkleştirilmesi kapsamında doktrinde ve yargı kararlarında tartışılan konulardan biridir. Doktrinde hakim olan görüşe göre mirasbırakanın piyasa değeri olan bir hakkının veya eşyasının kullanma ve yararlanma yetkisini karşılıksız olarak mirasçısına devretmiş olması denkleştirmeye tabidir. Zira yapılan bu devir işlemi bir kazandırmadır ve bu kazandırma mirasbırakanın malvarlığında bir azalmaya sebep olmaktadır. Bu sebeple bir hak, eşya veya bir malvarlığı üzerinde tam bir yararlanma yetkisi veren intifa kazandırmaları da TMK'da aranan diğer şartların varlığı halinde denkleştirmeye tabi olacaktır.

İntifa kazandırmasının sermaye değerinin tespiti, intifa kazandırmasının denkleştirilmesinde önem arz eden bir diğer konudur. Mirasbırakan, hayatta iken yasal mirasçısına intifa kazandırmasında bulunmuş ise denkleştirmeye konu olan kazandırmanın hesaplanmasında iki durum söz konusu olacaktır. Bunlardan biri; mirasbırakanın mirasçısına sadece belirli bir süreliğine intifa kazandırmasında bulunmuş olmasıdır. Bu durumda belirlenmiş olan bu süre dikkate alınarak intifa kazandırmasının sermaye değeri hesaplanacaktır. Bir diğeri de mirasbırakanın herhangi bir süre ile sınırlandırmaksızın intifa kazandırmasında bulunmasıdır. Mirasbırakanın bu şekilde yapacağı bir intifa kazandırması TMK m. 797/II'ye göre hak sahibinin ölümüne kadar devam eder. Bu durumda denkleştirmeye tabi intifa kazandırmasının sermaye değeri, intifa kazandırmasının yapıldığı tarihten itibaren denkleştirme borçlusunun tahmini yaşam süresinin sonuna kadar geçecek süre dikkate alınarak hesaplanır.

Mirasçının ölüme bağlı tasarruf yolu ile kendi lehine yapılan intifa kazandırmasını reddederek, saklı payını mülkiyet şeklinde talep edip edemeyeceği, intifa kazandırmasının tenkisinde tartışmalara sebep olan konulardan bir diğeridir. Saklı paylı

mirasçı, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarruf yolu ile saklı payını elde etmiş ise tenkis davası açamayacaktır; ayrıca elde ettiği kazandırmaları reddederek saklı payını istemesi de kural olarak söz konusu olmayacaktır. Ancak ölüme bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçı lehine yapılan intifa kazandırmasında saklı paylı mirasçının bu kazandırmayı reddedip saklı payını mülkiyet şeklinde talep edebileceği doktrinde hakim olan görüştür. Zira saklı payın karşılığının kolay bir şekilde temlik edilebilir ve ekonomik olarak değerlendirilebilir bir mülkiyet hakkı olması gereklidir. Saklı payın karşılığını oluşturan değerlerin intifa hakkı olması durumunda mirasçı, elde ettiği kazandırmaları kolay bir şekilde temlik edemeyecek ve ekonomik olarak değerlendiremeyecektir.

TMK m. 568 intifa hakkının tenkisinde mirasçılara iki seçimlik hak tanımıştır. Bunlar ya intifa hakkının tenkisinin ya da tasarruf edilebilir kısmının verilerek bu yükümlülüğün kaldırılmasının talep edilebilmesidir. Ancak mirasçılar, bu seçimlik hakları farklı şekillerde kullanma konusunda anlaşmazlığa düşebilirler. Bu takdirde seçimlik haklardan hangisine üstünlük tanınacağı konusu, intifa hakkının tenkisinde tespiti gereken diğer bir husustur. Bu durumda tasarruf edilebilir kısmı vererek yükümlülüğün kaldırılmasını isteyen mirasçılardan seçim hakkına doktrinde üstünlük tanınmaktadır. Ancak tasarruf edilebilir kısmı ödeyerek yükümlülüğün kaldırılmasını isteyen mirasçılar diğer mirasçılardan yükümlülüğün kaldırılması yönünde yapılan ödemeye katılmalarını talep edemeyeceklerdir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) – Mülkiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.
- AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku, Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- ANN, Christoph, “§ 2042-2063 BGB”, **Münchener Kommentar zum BGB, Band 10: Erbrecht**, (der. Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut), 7. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 2017.
- ANTALYA, O. Gökhan, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku – III (Sınırlı Ayni Haklar)**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- BAYGIN, Cem, **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.
- BAYGIN, Cem, “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, **EÜHFD**, Yıl: 2008, Cilt: 12, Sayı: 3-4, (s. 137-179).
- BOSSHARDT, Martina, “Art. 626-640”, **ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (der. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.
- CANARSLAN, Gökçe, **İntifa Hakkının Sona Ermesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÇAĞA, Tahir, **Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılarının Hukuki Vaziyeti**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950.
- DOĞAN, Murat, “Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu”, **AÜEHFD**, Yıl: 2003, Cilt: 7, Sayı: 3-4, (s. 651-696).

- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV – Miras Hukuku**, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk Özel Hukuku, C. III – Aile Hukuku**, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- DUREY, Jean Nicolas, **Grundriss des Erbrechts**, 5. A., Stämpfli Verlag AG., Bern, 2002.
- EITEL, Paul, “Lebensversicherungsansprüche und erbrechtliche Ausgleichung”, **ZBJV**, Yıl: 2003, Cilt: 139, (s. 325-362).
- EITEL, Paul, “KMU und Pflichtteilsrecht”, **Neue Rechtsfragen rund um die KMU**, (der. Schmid, Jörg/Girsberger, Daniel), Zürich/Basel/Genf, 2006, (s. 43 – 92).
- EITEL, Paul, **Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB - BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/2/3**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004.
- EITEL, Paul/ANDERER, Karin, “100 Jahre Begünstigung des Ehegatten nach Art. 473 ZGB”, **ZGB: Gestern–heute–morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007**, (der. Girsberger, Daniel/Luminati, Michele), Zürich/Basel/Genf, 2007, (s. 138-180).
- EREN, Fikret, “Mirasta İade”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 1963, Cilt: 54, Sayı: 3-4, (s. 340-358).
- EREN, Fikret, “Mirasta İade”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 1963, Cilt: 54, Sayı: 5-6, (s. 720-741).
- FANKHAUSER, Roland, “Art. 519-533, 626-632 ZGB”, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- FLECHTNER, Ursula, “§§ 1624, 2032–2063 BGB”, **Erbrecht**, (der. Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter), 2. Baskı, Verlag C.H. BECK, München 2014.
- GÖKSU, Tarkan, “Art. 457-466, 560-579, 598-601, 634-640 ZGB”, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- GÖKSU, Tarkan, “Art. 667-712, 730-744, 780-792 ZGB”, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Sachenrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3.

Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

GÜNAY, Erhan, **Miras Hukukunda Tenkis (İndirim) Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret /CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.

HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/Zobl, Dieter, **Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht**, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1977.

HERZOG, Sabine, **Trusts und schweizerisches Erbrecht Einschränkungen bei der Anerkennung von Trusts aus der Perspektive des schweizerischen Erbrechts - unter besonderer Berücksichtigung von Pflichtteilen und deren prozessualer Durchsetzung**, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

HITZ, Flurina, “Art. 655-666b, 713-729 ZGB”, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Sachenrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, 13. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, 2017.

İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, **Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

KAYIKET, Hasan, “İntifa ve İratlar Üzerinde Tenkis”, **TBBD**, Yıl: 2007, Sayı: 72, (s. 327-337).

KERNEN, Alexander, “Art. 655-666b ZGB, SchIT Art. 18-19”, **ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (der. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Miras Hukuku**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet, **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, 2. Baskı, Ankara, 2004.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1987.
- KÖPRÜLÜ, Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, **Sınırlı Ayni Haklar**, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983.
- LIVER, Peter, **Die Grunddienstbarkeiten – Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 730-792 ZGB)**, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1980.
- MINNIG, Yannick, “Art. 522-536 ZGB”, **ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (der. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.
- MÜLLER, Jakob, Arnold, **Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung im Schweizerischen Erbrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 1949.
- NAR, Ahmet, **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, Kemal, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, 1995.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ÖZEN, Burak, **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, Vedat Kitapçılık, 2008.
- ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2016.
- PIOTET, Paul, **Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Das Erbrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Stuttgart, 1978.
- RUMO-JUNGO, Alexandra, “Nutzniessung in der Erbteilung”, **Successio**, Yıl: 2011, Sayı: 5, (s. 5-18).
- SCHINDLER, Andreas, “Zuwendungsarten bei der Ausgleichung unter Miterben nach § 2050 BGB”, **ZEVI**, Yıl: 2006, Cilt: 9, (s. 389 – 394).
- SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- STICHER, Walter, “Die erbrechtliche Problematik lebzeitiger Zuwendungen – mit Blick auf den Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)”, **Anwaltsrevue**, Yıl: 2016, Sayı: 10, (s. 408-410).
- THOMAS, Geiser, “Artikel 473 ZGB und das neue Eherecht”, **ZBJV**, Yıl: 1989, Sayı: 122, (s. 126-132).
- TURAN BAŞARA, Gamze, **Miras Hukukunda Denkleştirme**, Turhan Kitapevi, Ankara 2013.
- TURAN BAŞARA, Gamze, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi Ve Tenkis Davası”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 27, (s. 365-407).
- TURANBOY, K. Nuri, **Miras Birakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlar Arası Hukuki İşlemleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- WEIMAR, Peter, **Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB**, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014.
- WILDISEN, Christoph, “Art. 470-480, 537-550 ZGB”, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht**, (der. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- WINISTÖRFER, Michèle, **Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.

TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİK POLİTİKASI OLARAK EBEVEYN İZİNİ

PARENTAL LEAVE AS A GENDER EQUALITY POLICY

Hakemli Makale*
Ahu SUMBAS**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	169
I. EBEVEYN İZİNİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ	171
II. EBEVEYN İZİNİ VE ULUSLARARASI ANTLAŞMALARDAKİ YAKLAŞIM	175
III. EBEVEYN İZİNİNDE BAŞARILI UYGULAMALAR: TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİK İLKESİ VE İSKANDİNAV ÜLKELERİ	178
IV. TÜRKİYE’DE EBEVEYN İZİNİNE DAİR DEĞERLENDİRME	182
SONUÇ	189
KAYNAKÇA	191

DOI: 10.32957/hacettepehdf.480992

Makalenin Geliş Tarihi: 09.11.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 29.11.2018

* Maddi ve manevi destekleriyle bu makalenin yazımını mümkün kılan sevgili ebeveynlerim Suzan Yavaşoğlu ve Ahmet Yavaşoğlu’na teşekkürü bir borç bilirim.

** Dr. Öğr. Üyesi. Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Yerel Yönetimler ve Siyaset Anabilim Dalı. Eposta: asumbas@hacettepe.edu.tr

ÖZ

Kadın ve erkeğin iş gücü piyasasına birlikte katılmasıyla ailedeki çocukların bakımı sosyo-politik ve ekonomik bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim, refah devletlerindeki önemli politika alanlarından birisi iş-aile yaşamının uzlaştırılması ve bununla yakından bağlantılı olan çocukların bakım hizmetleriyle ilgili düzenlemelerin yapılmasıdır. Bu düzenlemeler içinde ebeveyn izni önemli bir yere sahiptir. Bu makalenin amacı, dünyadaki başarılı uygulamaları dikkate alarak ebeveyn iznini, toplumsal cinsiyet eşitlik politikaları çerçevesinde değerlendirmektir. Makalenin temel argümanı, ebeveyn izninin, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik dönüştürücü sosyal politikalar içinde ele alınması gereken bir mesele olduğudur. Toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesi üzerine kurulu bir ebeveyn izni modeli, hem kadın-erkek eşitliğine hizmet etmekte hem de istihdam politikaları açısından olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Bunların yanında, ortaya çıkan yeni aile modelleri açısından da toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı bir ebeveyn izni modeli daha kullanışlıdır. Bu bağlamda, bu çalışma toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik bir ebeveyn izni yaklaşımını ortaya koymayı ve Türkiye'deki ilgili uygulamayı bu açıdan incelemeyi konu edinmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ebeveyn izni, analık izni, çocuk bakım hizmetleri, iş ve aile yaşamının uzlaştırılması, sosyal politika ve toplumsal cinsiyet.

ABSTRACT

The involvement of men and women in the labor market makes the issue of childcare a critical social-political and economical problem in the welfare regimes. Since then, welfare states develop social policies to achieve the reconciliation of work and family life, and to provide the childcare services. Among these policies, parental leave is crucially important. Therefore, the aim of this article is to examine the issue of parental leave as a gender equality policy considering various successful implementations across the world. The main argument is based on the idea that parental leave can be regarded as one of the transformative social policies to promote gender equality. The adoption of gender-sensitive approach in the formulation of parental leave helps to the enhancement of gender equality as well as the improvement of policies addressing women's employment. In addition to them, this sort of approach in the implementation of parental leave is more transitable for the new emergent family types. Thus, the article intends to explain the principal characteristics of gender sensitive parental leave, and thereby to scrutinize the implementation of the parental leave in Turkey from a gender equality eye.

Keywords: Parental Leave, maternity leave, childcare, reconciliation of work and family life, social policy and gender.

GİRİŞ

Kadın ve erkeğin iş gücü piyasasına birlikte katılması üzerine kurulu refah devleti işleyişinde, ailedeki çocukların bakımı ve iş-aile yaşamının uzlaştırılması, önemli sosyal politika öncelikleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu makalenin amacı, bu sosyal politikalar arasında dönüştürücü bir işlevi olan ebeveyn iznini, toplumsal cinsiyet eşitlik politikaları çerçevesinde ve bu alanda dünyadaki eğilimleri dikkate alarak açıklamaktır. Çocuk bakım hizmetlerinin ve aile-iş yaşamına dair sosyal politikaların hukuki çerçevesi, devletlerin refah rejimlerine ve toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda siyasa koyucuların yaklaşımlarına bağlı olarak farklılaşmaktadır. Bu nedenle, ilgili düzenlemeler kadın istihdamıyla, kadın işçilerin çalışma hayatındaki haklarıyla ve kadınların toplumsal konumuyla bağlantılıdır. Bu bağlamda, bu çalışma hem toplumsal-kültürel düzeyde hem de politika ve çalışma hayatı düzeyinde toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik bir ebeveyn izin modelini/yaklaşımını ortaya koymayı ve Türkiye’deki ilgili uygulamayı bu açıdan incelemeyi konu edinmektedir.

Ebeveyn izni hakkındaki literatür konuyu genel olarak iş hukuku ve çalışan işçi, özellikle işçi kadınların hakları bağlamında² veya çalışma ekonomisi alanında iş-aile

² UĞUR, Suat/ UĞUR, Ömer, “İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 663-684; UĞUR, Suat/YİĞİT, Yusuf, “İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, **Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 71-100; ULUSOY, Tülay, “Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 2, Sayı:53, s.741-766; EKİN, Ali/KAYIRGAN, Hasan, “Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 15, s. 1045-1066; EKONOMİ, Münir, “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt:14, Sayı: 53, s. 21-59; HÜSEYİNLİ, Namık, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Kapsamında Ebeveyn İzninin Uygulamadaki Yeri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 23, Sayı: 1, s. 271-311; HÜSEYİNLİ, Namık/YİĞİT, Yusuf, “İş Hukuku’nda Kadın Çalışanların Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler (Azerbaycan ve Türk İş Hukuku Karşılaştırmalı Olarak)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 25, Sayı: 2, s. 279-328; BAKIRCI, Kadriye, “Türk Hukukunda İş ve Aile Sorumluluklarının Uzlaştırılması: Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, **Emek Piyasasında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Doğru İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma Politikaları**, (der. İ. İlkkaracan), İTÜ Bilim, Mühendislik ve Teknolojide Kadın Araştırmaları ve Uygulamaları Merkezi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 59-86.

hayatının uzlaştırılması ve kadın istihdamı meselesi odağında³ ele almaktadır. Sosyal politika ve bakım hizmetleri çerçevesinde ebeveyn iznine kısmen değinen bir literatür de söz konusu tartışmayı refah rejimleri ve/veya toplumsal cinsiyet eşitliği/eşitsizliği üzerinden yürütmektedir.⁴ Bu çalışmaysa, toplumsal cinsiyet eşitlik politikaları çerçevesinde özellikle ebeveynlik izni modellerine odaklanması ve konuyu Türkiye’de 2016 yılında gerçekleşen işçi ve memurlara yönelik çocuk bakım/ebeveyn izni düzenlemeleri çerçevesinde incelemesi açısından var olan literatüre katkı sunmayı hedeflemektedir.

Söz konusu bu amaç doğrultusunda, ilk olarak ebeveyn izninin, bir hak ve politika olarak, ortaya çıkışına ve tarihsel gelişimine göz atılacaktır. İkinci başlıkta, uluslararası toplumun ebeveyn izni konusunda yaklaşımını değerlendirmek amacıyla Türkiye’nin de parçası olduğu önemli uluslararası kuruluşların ilgili düzenlemelerine ve tavsiyelerine değinilmektir. Üçüncü bölümdeyse ebeveyn izninin düzenlenmesi ve uygulanmasında toplumsal cinsiyet eşitlik anlayışını başarıyla uygulayan ülkeler incelenecektir. Son

³ İLKARACAN, İpek, **Emek Piyasasında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Doğru İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma Politikaları**, İTÜ Bilim, Mühendislik ve Teknolojide Kadın Araştırmaları ve Uygulamaları Merkezi Yayınları, İstanbul, 2010; GÜN, Servet, “Neoliberal Muhafazakârlığın İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma Yaklaşımı”, **Mülkiye Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 40, Sayı: 3, s. 35-53; KAĞNICIOĞLU, Deniz, “Refah Devleti Modellerine Göre Avrupa Birliği’nde İş-Yaşam Çatışması ve İş-Yaşam Dengesi Politikaları”, **Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 27, Sayı: 1, s. 22-39; ÜNLÜTÜRK ULUTAŞ, Çağla. “İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma Politikaları: Türkiye’de Yeni Politika Arayışları”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 70, Sayı: 3, s.723-750; KUL PARLAK, Nilgün, “İş-Yaşam Dengesi Açısından Esnek Çalışmanın Analizi”, **Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 5, Sayı: 2, s.109-137; DEDEOĞLU, Saniye/ŞAHANKAYA, Aslı, “Türkiye’de İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırma Politikaları”, **2000’ler Türkiye’sinde Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet** (der. S. Dedeoğlu/A. Y. Elveren), İmge Kitabevi, Ankara, 2015, s. 93-122.

⁴ SAINSBURY, Diana, **Gendering Welfare State**. Sage Pub., London, 1994; SAINSBURY, Diana, Gender, Care, and Welfare, **The Oxford Handbook of Gender and Politics**, (der. G. Waylen, vd.), Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 313-336; MORGAN, Kimberly J., **Working mothers and the welfare state: Religion and the politics of work-family policies in Western Europe and the United States**, Stanford University Press, Stanford, 2006; KALFA, Aslıcan, “Refah Rejimi Bağlamında Çocuk Bakımı Hizmetleri”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 3, Sayı: 26, s.191-220; DEDEOĞLU, Saniye, “Toplumsal Cinsiyet Rollerini Açısından Türkiye’de Aile ve Kadın Emegi”, **Toplum ve Bilim**, Yıl: 2000, Güz, s. 139-171; DEDEOĞLU, Saniye, “Equality, Protection or Discrimination: Gender Equality Policies in Turkey”, **Social Politics**, Yıl: 2012, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 269-290; DEDEOĞLU, Saniye, “Veiled Europeanisation of Welfare State in Turkey: Gender and Social Policy in the 2000s”, **Women’s Studies International Forum**, Yıl: 2013, Sayı: 41, s. 7-13; ÖZAYDIN, Mehmet Merve, “Cinsiyete Dayalı Refah Sınıflandırmaları Temelinde İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması Sorunu”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt:15, Sayı: 3, s. 47-72.

bölümdeyse Türkiye'deki tarihsel süreç doğrultusunda ebeveyn izninin durumu ve devletin bu konudaki konumlanması ele alınacaktır.

I. EBEVEYN İZİNİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Kadın ve erkeğin iş gücü piyasasına birlikte dahil olmasıyla, çocukların bakımını düzenlemeyi, emek piyasasında kadın istihdam oranını arttırmayı ve, bir açıdan kadın-erkek arasındaki eşitsizlikleri azaltmak için, iş-aile yaşamını uzlaştırmayı hedefleyen bir dizi politika geliştirilmiştir. Bunlar genel olarak, ev içinde veya dışında bakım hizmetlerinin verilmesine ve çalışma zamanının düzenlemesine yönelik izinler şeklinde tasarlanmıştır.⁵ Ebeveyn izni, bu tür izinlerden bir tanesi olarak kabul edilmektedir. Bu noktada, özellikle yeni doğan ve üç yaşına kadar çocukların bakımı, devletlerin politika önceliklerine göre çeşitli biçimlerde şekillenen önemli bir konudur. Bunlar; temel olarak bakım hizmetlerinin devlet tarafından profesyonel ve kamusal olarak sağlanması, aileye bakım hizmetini özel ve kamusal alanda alabilmesi/sağlayabilmesi için parasal desteğin verilmesi ve iş güvencesi-ücret garantisi sağlayan analık/ebeveynlik izinleri şeklinde sınıflandırılabilir.⁶

Çalışan ebeveynlere yönelik çocuk bakım izinleri, bir ülkedeki siyasal-toplumsal kültüre ve refah seviyesine bağlı olarak anneyi ve/veya babayı dikkate alacak şekilde farklı biçimlerde uygulanabilmektedir. Analık izni, babalık izni ve ebeveyn izni olmak üzere üç biçimde uygulandığı görülmektedir. Kavramsal olarak analık izni, doğum yapmış annenin ve yeni doğmuş bebeğin sağlığını korumak amacıyla doğum sonrası toparlanma izni olarak tanımlanır. Doğum nedeniyle analık izni, ilk kez 1952 yılında ILO'nun 103 Nolu Annelik Koruması Sözleşmesi ile uluslararası açıdan hukuki güvenceye kavuşmuştur. 2000 yılında revize olan bu sözleşmenin (ILO 183 Nolu) 4 maddesine göre de analık izni, annenin ve çocuğun sağlığının korunması ile ilgili olarak

⁵ GÜN, 2016, s. 40.

⁶ Çocuk bakım hizmetlerinin sağlanma yolları hakkında detaylı bilgi için bkz. KALFA, 2010, s. 202-205.

doğum öncesi ve sonrasında kullanılacak en az 14 haftalık izin olarak tanımlanmaktadır.⁷ Bu bağlamda, babalık izni de doğum sonrası, babanın eşi ve yeni doğmuş bebeğiyle ilgilenebilmesi için öngörülen, analık izninden daha kısa süreli bir izin için kullanılır. Ebeveyn izniyse, doğum izninden farklı olarak, çocuklara bakmakla yükümlü olan anne ve/veya babanın ücretli ve devamlı işlerinden çocuklarına bakmak için ücretli ve/veya ücretsiz izinli sayılması şeklinde tanımlanmaktadır.⁸ Bu izinler bireysel, devredilemeyen ve yasal düzenlemeye göre anne-babadan birisine belli dönemler için veya ailenin tercihiyle verilen birer hak olarak görülmektedir. İznin bitiminde, çalışan kişiye iş güvencesi verilmektedir.

Tarihsel olarak bu izinlerin ortaya çıkışına bakıldığında ilk olarak analık/doğum izninin, ardından babalık izninin ve en son ebeveyn izninin uygulandığı görülmektedir. Gebelik/doğumla ilgili ilk koruyucu yasal düzenlemelerin İskandinav ülkelerinde 1900'lü yılların başında yapıldığı bilinirken babalık izninin gelişimi 1970'lerin sonunda başlamıştır. Anne-babayı birlikte dikkate alan ebeveyn izni düzenlemesinin de ilk kez 1974'te İsveç'te yapıldığı ve Norveç'le Finlandiya'nın onu izlediği bilinmektedir. Toplumsal cinsiyet eşitliği açısından ebeveyn izninin uygulanmasındaki bir diğer önemli düzenleme, erkeklere/babalara yönelik kota uygulamasıdır. Bu tür bir kota, ilk olarak, Norveç ve İsveç'te 1993 ve 1995'te uygulanmaya başlamıştır.⁹

Analık/doğum ve ebeveyn izninin ortaya çıkışı, sanayi devrimi sonrası işgücü piyasalarında kadınların sayısının yükselmesiyle yakından bağlantılıdır. Ayrıca gelişmiş Batı ülkelerinde yaşlı nüfusun giderek artması ve çocuk doğum oranlarının düşmesi de çocuk sayısını arttırmaya yönelik politikaları gündeme taşımıştır. Pek çok Batı ülkesindeki ebeveyn izni ve bunun iyileştirilmesi, söz konusu nüfus politikalarından bir

⁷ ILO 191 Nolu Tavsiye Kararı'nda annelik izninin 14 haftadan 18 haftaya yükseltilmesi tavsiyesinde bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100 INSTRUMENT_ID:312529:NO (erişim tarihi 18.09.2018)

⁸ DUVANDER, Ann-Zofie/ LAMMI-TASKULA, Johanna, "Parental Leave", **Parental leave, childcare and gender equality in the Nordic countries**, (der. I. V. GISLASON./ G. B. EYDAL), Nordic Council of Ministers, Kopenhag, 2011, s.31-64.

⁹ DUVANDER/ LAMMI-TASKULA, 2011, s. 33-34.

tanesi olarak kabul edilmektedir.¹⁰ Bu bağlamda, analık ve ebeveyn izinleri, çocuk sahibi olan kadınların çalışma hayatına devam edebilmesi ve üretime/istihdama dahil olabilmesi için önerilmiş geçici-sürelili izin uygulamaları olarak ortaya çıkmışlardır. Sanayi devrimi sonrası çalışma koşulları açısından değerlendirildiğinde, bu izinlerinin kadınların pratik ve stratejik ihtiyaçlarına cevap verecek olumlu bir gelişme olduğu kabul edilebilir. Ancak kadın ve erkeklerin eşit şartlarda rekabet etmesi öngörülen çalışma hayatında ve toplumsal cinsiyet eşitliği temelinde bir toplum arayışında, bu düzenlemenin sadece kadınlara yönelik olarak kalması ve algılanması artık miadını dolduran bir ataerkil anlayışın ürünüdür. Bu geleneksel ve ataerkil anlayış, kamusal/özel ve mantıksal/duygusal ikiliği üzerinden çocuk bakım hizmetini özel alana/eve ve çocukla duygusal bağı olduğu düşünülen kadına-anneye bırakmaktadır. Üstelik bu yolla, “erkeklerin baba olarak, çocuklarıyla aralarında kurulabilecek ve bakım hizmeti sunmaya dayanacak potansiyel bağı koparmaktadır”.¹¹ Buna ek olarak, her geçen gün daha çok kadın çalışma hayatına dahil olmaktadır ve çocuk bakımında sadece kadını sorumlu gören izin uygulamaları, daha çok kadını çifte yükün, eşitsizliğin, ev içi emeğin mağduru yaparken çalışma hayatında da zorlanmalarına sebep olabilmektedir. Bu açıdan da ebeveynlik izninin düzenlemesindeki yaklaşım, birinci olarak toplumsal cinsiyet eşitliğine dair zihniyetin yansıması olması, ikinci olarak da kadın ve erkekler arasında çalışma hayatında fırsat eşitliğinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi açısından oldukça önemlidir.

Bir ülkede çocuk bakımına yönelik izinlerin şekillenmesinde, o ülkenin refah rejimi ve toplumsal cinsiyet eşitliğine bakışı oldukça önemlidir. Ataerkil zihniyetin ve muhafazakar siyasi iradenin hakim olduğu daha geleneksel toplumlarda ve ülke örneklerinde, genellikle analık/doğum ve ebeveyn izinleri adı altında kadınlara yönelik düzenlemeler yapılmaktadır. Geleneksel ve ‘doğal’ iş bölümü dolayısıyla çocuk bakımının kadınların temel sorumluluğu olduğu düşüncesi hakimdir. Örneğin, 1990’lar sonunda Danimarka’da uygulanmaya başlayan ebeveyn iznindeki baba kotası, muhafazakar partinin hükümete gelmesiyle uygulamadan kaldırılmıştır.

¹⁰ GÜN, 2016, s. 35-53.

¹¹ KALFA, 2010, s. 195.

Nitekim, Duvander/ Lammi-Taskula'nın¹² da söylediği gibi analık/doğum ve babalık izni daha çok sağlık gerekçesiyle kişilere verilen bir izinken ebeveyn izni çocuk bakımındaki sorumluluğun yerine getirilmesini kapsayan, bu açıdan da toplumsal rollerle ve toplumsal cinsiyet eşitliği meselesiyle daha yakından ilgili bir düzenlemedir. Bu noktada, Buğra'ya¹³ göre ebeveyn izni fikri, eşitlik amacına ancak farklılıkları dikkate alarak ulaşılabileceği düşüncesi üzerinden gelişmiş bir “dönüştürücü sosyal politika” olarak tanımlanmalıdır ve çocuk bakımında kadın ve erkeğin eşit sorumluluk almasına hizmet etmelidir. Bu açıdan, ebeveyn izninin amacı, evrensel kabul gören analık/doğum iznini tamamlayan ve anne-babayı içine alan eşitlikçi bir düzenleme sunmak olmalıdır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Birliği (AB) dahil olmak üzere, Türkiye'nin de taraf olduğu pek çok uluslararası antlaşma, çocuk bakımına dair bu tür izin düzenlemelerinin eşitlik ilkesine uygun şekilde yapılması konusunda mutabıktır. Örneğin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 33. maddesi ebeveyn izin hakkını, bir sosyal hak olarak sınıflamakta ve 1996 tarihli 34 sayılı Avrupa Birliği Ebeveyn İzni Sözleşmesi, kadın-erkek arasındaki cinsiyetçi rollerin dönüşümü için ebeveyn izninin düzenlenmesinde toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı uygulamaları teşvik etmektedir.

Bunların yanında, gelecek nesillerin taşıyıcısı olacak çocukların sağlıklı ve mutlu bir ortamda büyüebilmesi için de bu izinlerin çeşitli değişkenleri göz önüne alarak düzenlenmesi gerekir. Kısaca, ebeveyn izni, bireysel düzlemde bireyin iş-ev yaşam dengesi ve çalışma hakları, toplumsal düzeyde ise çocukların gelişim gereksinimleri, kadınların toplumsal cinsiyet eşitliği meselesi ve iş piyasasının ihtiyaçları dikkate alınarak düzenlenmesi gereken hassas bir sosyal politika uygulamasıdır. Ancak, neoliberal piyasa dönüşümünün bir uzantısı olarak pek çok devlet, piyasa ve istihdam ilişkisini öncelikleri içine koyabilmektedir. Ebeveyn izni ve çocuk bakım hizmetleri benzeri politika alanları da devletlerin neoliberal piyasa önceliklerine göre düzenlenme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu tür bir yaklaşımda, hem hane içi iş

¹² DUVANDER/ LAMMI-TASKULA, 2011, s. 33-34.

¹³ BUĞRA, Ayşe, “Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları”, **2000'ler Türkiye'sinde Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet**, (der. S. Dedeoğlu/ A.Y. Elveren), İmge Kitabevi, Ankara, 2015, s. 17.

yükünün hem de iş piyasasının düzenlenmesinde kadın ve erkeklere farklı davranılmakta ve asıl yük ne yazık ki kadınlara kalmaktadır.

II. EBEVEYN İZNİ VE ULUSLARARASI ANTLAŞMALARDAKİ YAKLAŞIM

Çalışma yaşamı, sosyal politika ve toplumsal cinsiyet eşitliği gibi konuları gündemine alan pek çok uluslararası belge, ebeveyn iznini ve çocuk bakım hizmetlerini özel olarak ele almaktadır. Bunlar içinde özellikle Türkiye'nin imzaladığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW-1985), 1995 BM Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı, ILO Sözleşmeleri ve Avrupa Birliği Sosyal Haklar Sözleşmesi ve Ebeveyn İzni Yönergesi önemlidir.

CEDAW'ın 11. maddesi 2. fırcasına göre, hamilelik ya da analık izni sebebiyle işten çıkarmak ve ayırım yapmak yasaklanmıştır. İş, kıdem ve sosyal hakların korunarak ücretli analık izni veya benzeri sosyal içerikli tazminatlar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, çocuk bakımevleri ağının geliştirilerek anne-babaların aile yükümlülüklerini, kamu hayatına katılmayla birleştirmeyi mümkün kılan destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasının teşvik edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu açıdan, CEDAW çocuk bakım hizmetlerini devletlerin sorumluluk alanları içinde gören ve bu sorumluluğun profesyonel bakım hizmetleriyle sağlanmasını teşvik edici bir yaklaşım sergilemektedir.¹⁴

BM 1995 Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı da kadınların toplumsal-ekonomik konumunu güçlendirmek ve bu alanlarda toplumsal cinsiyet eşitliğini geliştirmek adına hükümetlere ebeveyn izni ve çocuk bakım hizmetleri konusunda çeşitli sorumluluklar yüklemektedir. Deklarasyonun 179. maddesi c bendinde, hükümetlerin kadın ve erkekler için çalışma güvenceli ebeveyn izni ve ebeveyn yardımlarını sağlamakla, gerekli önlemlerle kadın ve erkeklerin aile sorumluluklarını eşit paylaşmalarını yaygınlaştırmakla ve aynı zamanda emziren anneler için emzirme odalarını

¹⁴ CEDAW Sözleşmesi için bkz. https://www.unicef.org/turkey/pdf/_gi18.pdf (erişim tarihi 18.09.2018).

düzenlemekle yükümlü oldukları belirtmiştir.¹⁵ Bu açıdan, BM 1995 Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı, ebeveyn izni konusunda anne-babayı eşit sorumlu gören toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı bir yaklaşımı benimseyen bir metin olarak değerlendirilebilir.

ILO ise 2000 tarihli 183 Nolu Anneliğin Korunması Sözleşmesi¹⁶ ve 191 Nolu Tavsiye Kararlarıyla çalışma hayatında ayrımcılığı önlemek ve toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak adına analık/doğum izninin ve ebeveyn izninin güvence altına alınmasını tavsiye etmektedir.¹⁷ 191 Nolu Tavsiye Kararında (10. madde 3. ve 4. fıkralar) ebeveyn izni; süresi, kullanım biçimi ulusal düzenlemelerle belirlenecek olan; ama temel ve ilkesel olarak çalışan hem anne hem de babanın, analık/doğum izninin bitimini takip eden dönemde çocuk bakımı için alabileceği hukuki bir hak olarak tanımlanmaktadır. Çalışma hayatında ayrımcılığı önlemek ve toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak ILO'nun temel ilkeleri olarak tüm sözleşme ve tavsiye kararlarında vurgulanan unsurlardır. Bu çerçevede, Aile Sorumlulukları olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 156 Nolu ILO Sözleşmesinde çocukların bakım hizmetleri dolayısıyla iş ve aile hayatının uyumlaştırılması konusunda kadın ve erkeğe eşit davranılması gerektiği ve bu dengenin sağlanabilmesi için hükümetlerin ulusal politikalar üretmesi tavsiye edilmektedir. Toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı ebeveyn izni, bu tür bir politika alanı olarak kabul edilmelidir.

Analık ve ebeveyn izni konusunda, AB ülkeleri arasında farklılıklar bulunmasına rağmen AB metinleri, toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı bir tutum sergilemektedir.¹⁸ Toplumsal cinsiyet eşitlik politikalarını destekleyen Finlandiya, İsveç ve Avusturya'nın

¹⁵ BM 1995 Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/pekin.pdf> (erişim tarihi 18.09.2018).

¹⁶ 2000 tarihli 183 Nolu Anneliğin Korunması Sözleşme için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328:NO (erişim tarihi 18.09.2018).

¹⁷ Türkiye bu sözleşme ve kararı onaylamamıştır. Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102893 (erişim tarihi 18.09.2018).

¹⁸ Avrupa Birliği İş Hukukunda genel olarak cinsiyet ayrımcılığı ve özel olarak ebeveyn izni konusundaki düzenlemeler ve bunların tarihsel gelişimi için bkz. KAYA, Gözde, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı Yayını, 2012.

1995'te AB üyeliğinin bu tutumun gelişmesinde olumlu katkıları olduğu belirtilmektedir.¹⁹ Nitekim Türkiye'nin de imzaladığı 1996 tarihli (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nda²⁰ en az 14 haftalık analık/doğum izninin güvenceye alınmasına (madde 8/1) ve her bir ebeveyne, süresi ve koşulları ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler ya da uygulama tarafından belirlenecek, doğum izni sonrası, çocuğa bakmak için aile izni verilmesi imkanının sağlanması gerektiği (madde 27/2) belirtilmiştir. Bunlara ek olarak hükümetlerin, kreş ve çocuk bakım hizmetlerini geliştirmesi de tavsiye edilmektedir. Benzer şekilde, AB, ebeveyn iznini, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasında önemli gördüğü ve bu hakkı garanti altına almak istediği için 1996 yılında 96/34 Sayılı Ebeveyn İzni Yönergesi ve Çerçeve Sözleşmesi'ne konu etmiştir.²¹ Aslında "yönerge tasarısı, Komisyon tarafından Bakanlar Konseyi'ne ilk olarak 1984'te önerilmiş; fakat İngiltere'nin muhalefetiyle karşılaştığı için kabul edilmemiştir. Tasarı, on yıldan fazla bir süre Konsey gündeminde kalmıştır.²² Bu sözleşmenin amacı, iş ve aile hayatını bağdaştırmak ve erkeklerle kadınlar arasında fırsat ve muamele eşitliğini geliştirmek amacıyla AB düzeyinde asgari koşullar temelinde ebeveyn iznine dair bir genel çerçeve sunmaktır. Yönergenin, ebeveyn izni konusunda anne ve babayı eşit sorumlu gören bir yaklaşım benimsemesi ve evlat edinmiş aileleri içine alan bir düzenleme önermesi oldukça önemlidir. Çalışan kişinin, ebeveyn izninin bitiminde, aynı işe veya buna eşdeğer bir işe dönme ve kazanılmış haklarını saklı tutma hakkına sahip olması gerektiğinin de altı çizilmektedir. Çocuk bakım hizmetleriyle ilgili düzenlemelerin iyileştirilmesi ve analık izninin 20 haftaya çıkarılırken ebeveyn izinlerinin en azından bir kısmının ücretli olması gerektiği, AB içindeki güncel tartışma konularındandır.²³ Nitekim ilgili sözleşme, "ebeveyn iznini, tüm üye ülkelerde ücretli olarak düzenlememesi, ücrete ilişkin herhangi bir hükme yer vermemesi ve bu

¹⁹ KAYA, 2012, s. 227.

²⁰ Söz konusu metin için bkz: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm> (erişim tarihi 18.09.2018).

²¹ 96/34 sayılı Yönerge, 97/75 sayılı Yönergeyle daha önceden taraf olmayan, İngiltere ve Kuzey İrlanda'yı kapsamıştır. KAYA, 2012, s. 231.

²² KAYA, 2012, s. 227.

²³ DEDEOĞLU/ŞAHANKAYA, 2015, s. 103.

eksikliğin 2010/18 sayılı yeni Yönergede de çözüme kavuşturulmaması yönüyle eleştirilmektedir”²⁴.

III. EBEVEYN İZİNİNDE BAŞARILI UYGULAMALAR: TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİK İLKESİ VE İSKANDİNAV ÜLKELERİ

Ebeveyn izninin en yaygın kullanıldığı ülkeler AB ülkeleridir ve yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere AB bu iznin, toplumsal cinsiyet eşitliğine hizmet edecek şekilde düzenlenmesi konusunda üye ülkeleri teşvik etmektedir.²⁵ Ancak ebeveyn izinlerinin süresi, ücretli/ücretsiz düzenlenmesi, ek tazminat, yardımlar ve destekler ülkelere göre değişiklik göstermektedir.²⁶ Bu konuda hem en iyi ve cömert imkanları sunan hem de toplumsal cinsiyet eşitlik ilkesini benimseyen ülkelerin İskandinav ülkeleri²⁷ olduğu ve 2000’ler sonrası pek çok gelişmiş ülkenin bu uygulamaları örnek aldığı bilinmektedir.²⁸ Ray/ Gornick/ Schmitt, ebeveyn izni konusunda 21 ülkenin yasal düzenlemelerini, cömertlik (süre, ücret ve nakdi destek) ve toplumsal cinsiyet eşitliği üzerinden karşılaştırarak İsveç’i, Finlandiya’yı, Norveç’i, Yunanistan’ı ve Belçika’yı toplumsal cinsiyet eşitliğine en duyarlı ülkeler olarak sınıflandırmıştır.²⁹ Toplumsal cinsiyet eşitlik ilkesi, cinsiyetler arasında eşitliği sağlayabilmek için erkeklere/babalara

²⁴ HÜSEYİNLİ, **2015**, s. 288.

²⁵ KALFA, **2010**, s. 206-208; KAYA, **2012**.

²⁶ Çocuk bakım hizmetlerinin sunulmasında çeşitli ülkelerin hukuki düzenlemeleri için bkz. HÜSEYİNLİ, Namık/HÜSEYİNLİ, Tahire, “Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler”, **Akdeniz İİBF Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 34, (s. 108-137).

²⁷ İskandinav ülkelerindeki toplumsal cinsiyet eşitlik politikaları bağlamında çocuk bakım hizmetleri ve ebeveyn izinleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz. GISLASON, Ingólfur V./ EYDAL, Guðný Björk. **Parental leave, childcare and gender equality in the Nordic countries**. Kopenhag: Nordic Council of Ministers, 2011; OLÁH, Livia Sz./ BERNHARDT, Eva M., "Sweden: Combining childbearing and gender equality", **Demographic Research**, Yıl: 2008, Sayı: 19, s. 1105-1144; RAY, Rebecca./ GORNICK, Janet C./ SCHMITT, John, “Who cares? assessing generosity and gender equality in parental leave policy designs in 21 countries”, **Journal of European Social Policy**, Yıl: 2010, Cilt: 20, Sayı: 3, s.196-216; HÜSEYİNLİ, **2015**, s. 271-311. Ayrıca, İskandinav ülkeleri içinde bir karşılaştırma yapıldığında Finlandiya ve Norveç bir kategori Danimarka, İzlanda ve İsveç bir başka kategori olarak ele alınmaktadır (DUVANDER/ LAMMI-TASKULA, **2011**, s. 32). Benzer şekilde RAY, GORNICK, VE SCHMITT (**2010**) de 21 ülke üzerine yaptıkları karşılaştırmada, Finlandiya, İsveç ve Norveç’i ebeveyn izni konusunda toplumsal cinsiyet eşitliğine daha duyarlı bulurken Danimarka ve İsviçre’yi geri sıralara koymaktadır.

²⁸ DUVANDER/ LAMMI-TASKULA, **2011**, s. 32.

²⁹ RAY/ GORNICK/ SCHMITT, **2010**, s.196-216.

ve kadınlara/annelere eşit hak ve sorumlulukların verilmesini ve gerektiğinde söz konusu eşitliği sağlamak adına farklı cinsiyetlere yönelik kota, teşvik benzeri politikaların kullanılmasını ifade etmektedir. Bu açıdan da, bu tür ebeveyn izinleri, farklılıkları görerek eşitlik amaçlayan “dönüştürücü” politikalar içinde kabul edilmektedir.³⁰ Örneğin, İzlanda, Norveç ve İsveç’te ebeveyn izni toplumsal cinsiyet eşitlik ilkesine dayanır ve cinsiyete göre sorumluluk yükleyen analık-babalık terminolojisi yerine, genel olarak ebeveynlik kavramı tercih edilir. Üstelik bu tür bir terminoloji tercihi, zaman zaman biyolojik anne-babalık gerektirmeyen evlat edinmiş aile, tek ebeveynli aile, eşcinsel aile yapıları gibi değişen ve dönüşen yeni aile modellerinin olduğu çağdaş toplumlar için daha elverişlidir.

Ebeveyn izninin kadın/annenin ve erkek/babanın sorumluluklarına dair yaklaşımı, toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı politika değerlendirilmesinde temel değişken olarak kabul edilmektedir. Buna ek olmak kaydıyla, ikinci önemli bir değişken de bu iznin kullanıldığı sürelerde verilen maaş ve nakdi yardım ödemeleridir. Aksi takdirde, dünya genelinde daha çok gelir kazandığı bilinen erkeklerin veya düşük gelirli ailelerde kadınların bu izni fiili olarak kullanmayı tercih etmedikleri görülmektedir.³¹ Nitekim toplumsal cinsiyet eşitlik ilkesini desteklemek için İskandinav ülkeleri, anne kadar babanın da bu izni kullanması için kota uygulamakta ve izinleri ücretli ve/veya baba kullanımında ekstra maddi destekli olarak tasarlamaktadır.

Ebeveyn izni, annenin kullanması zorunlu olan doğum izninden sonraki dönemler için ‘paylaşılan ebeveynlik izni dönemi’ ve ‘kotalı ebeveynlik izni dönemi’ şeklinde ikiye ayrılabilir. Bunun bir sıralaması yoktur. Paylaşılan ebeveynlik izni döneminde, anne ve baba izni kimin kullanacağına aralarında karar verebilirken kotalı ebeveynlik izni kimin içinse (anne veya baba), sadece onun tarafından kullanılabilir. Aksi takdirde, bu izin ve hakları kullanılamaz ve kaybolur. Nitekim, erkek/babanın çocuk bakımındaki rolünü teşvik etmek için tasarlanan kotalı ebeveynlik izni, “kullan ya da kaybet” politikası olarak tanımlanmaktadır. Bu yolla, çocuk bakımı, sadece özel alan içinde verilen bir sorumluluk olmaktan çıkarılarak bir ödev ve hak olarak devlet tarafından

³⁰ BUĞRA, 2015, s. 13-22.

³¹ RAY/ GORNICK/ SCHMITT, 2010, s.196-216.

erkekleri de içine alacak şekilde uygulanmaktadır. Örneğin, İsveç'te ebeveyn izni toplam 480 gündür. Bunun 60 günü, sadece anneler tarafından, 60 günü ise sadece babalar tarafından ücretli olarak kullanılabilir ve kalan günleri eşler istedikleri şekilde paylaşabilir. Paylaşılabilen iznin 390 günü, kazancın %80'i üzerinden ve kalan 90 gün sabit asgari ücret şeklinde ödenir. Finlandiya'daysa her iki ebeveyne, 32 haftası ücretli olmak üzere, toplam 48 ay ebeveyn izni verilmektedir ve bunun 4 haftası sadece erkekler için ayrılmıştır. Ayrıca, ebeveyn izni sonrasında, anne ve babaya, çocukları 3 yaşını doldurana kadar ücretsiz çocuk bakım izni ve çocuğun ikinci sınıfının sonuna kadar çalışma saatlerini kısaltarak düzenleme imkanı verilmektedir. 2010 yılında Finlandiya, çocuk bakımıyla ilgili geleneksel bakış açısını dönüştürerek toplumsal cinsiyet eşitliğini desteklemek için kotalı ebeveynlik izni uygulamasına "bonus izin" adı altında bir teşvik daha getirmiştir. Yeni düzenlemeye göre paylaşılan iki haftalık ebeveyn iznini kullanan babaya, ekstra iki hafta daha ebeveyn izni eklenmektedir.³² Amaç, paylaşılan ebeveyn izninin kullanımında, kadınların geleneksel toplumsal cinsiyet rolleri dolayısıyla çocuk bakım sorumluluğunu doğal olarak yüklenmelerinin önüne geçmektir. "Toplumsal cinsiyet eşitlik bonusu" denilen bu politikanın bir başka biçimini 2008 yılından beri İsveç uygulamaktadır. Paylaşılan ebeveyn izni dönemini, ebeveynler ne kadar eşit paylaşırlarsa vergi indirim oranları o kadar artmaktadır.³³

Ebeveyn izni kotası ve bonus izni, diğer ebeveyne devredilemez bir hak olarak tasarlandığından, çocukların bakımında kadın ve erkeğe aynı sorumluluğu yüklemektedir.³⁴ Elbette, bu izinlerin varlığında dahi kadınlar, çocuk bakımını ve ev işini daha fazla yüklenebilir. 'Tarafsız' ebeveynlik izni düzenlemesi, siyasi iradenin çocuk bakımı konusundaki eşitlikçi yaklaşımı açısından toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı olarak değerlendirilmektedir ve uygulamadaki başarılı model/örneklerdendir. Nitekim, kadınların çıkarlarını pratik ve stratejik ihtiyaçları üzerinden ayırttığımızda³⁵, toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı ebeveyn izin modellerinin,

³² DUVANDER/ LAMMI-TASKULA, 2011, s. 39.

³³ DUVANDER/ LAMMI-TASKULA, 2011, s. 45.

³⁴ DUVANDER/ LAMMI-TASKULA, 2011, s. 38.

³⁵ MOLYNEUX, Maxine, "Mobilization without Emancipation? Women's Interests, the State, and Revolution in Nicaragua", *Feminist Studies*, Yıl: 1985, Cilt: 11, Sayı: 2, s. 227-254.

nihai olarak kadınların stratejik çıkarlarına hizmet eden bir politika düzenlemesi olduğu söylenebilir. Kısaca, bu tür bir ebeveyn izni, geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini/işbölümünü dönüştürerek hem bireysel ve toplumsal düzeyde zihniyet değişimine hem de politika düzeyinde kurumsallaşmış cinsiyet ayrımcılıklarının ortadan kaldırılmasına hizmet etmekte ve kadınların stratejik çıkarlarını güçlendirmektedir. Neticede bakım sorumluluğunu sadece kadınların değil; toplumun diğer bireylerinin de üstlenebileceği bir etkinlik haline getirmekte ve kadının toplumsal statüsünün eşitlikçi bir yönde değişmesine hizmet etmektedir.³⁶

Analık ve ebeveyn izinlerinin toplam süreleri, İskandinav ülkelerinde 45 ile 163 hafta arasında değişebilmektedir. Bu ülkeler ebeveyn izninin bitiminden sonra, çocuk 3 ile 9 yaşına gelinceye kadar ebeveynlere maaş ve iş güvenceli kısmi süreli/yarı zamanlı çalışma hakları sunulabilmektedir.³⁷ Ebeveyn izni dönemindeki iş-haklar güvencesi ve özellikle gelir düzeyi hem ailenin refahı hem de erkeklerin bu izni kullanma tercihindeki önemli değişkenlerdir. O nedenle, İskandinav ülkelerinde uygulandığı gibi ebeveyn izni dönemindeki maaş kaybının olabildiğince az olması veya ebeveynlik ödenekleri ve vergi indirimleriyle gelirin desteklenmesi önemlidir. Özellikle erkeklere tahsis edilen ebeveyn izni döneminde veya paylaşılan dönemde ücretli izin önemli bir tercih nedeni olmaktadır. Örneğin, Portekiz’de 2000 yılında ebeveyn izni ücretsizken bunu 150 babadan azı kullanmıştır. “Babalık günleri” olarak nitelenen bir hukuki değişiklikle, ebeveyn iznini kullanan babaya iki hafta ücretli izin verileceği düzenlemesinin ardından bu sayı bir anda 27.000 erkeğe yükselmiştir.³⁸ Ebeveyn izni uygulamasında bir diğer önemli konu da evlat edinen veya ayrı olan anne ve babanın durumudur. Başarılı örnekler olarak ele aldığımız İskandinav ülkelerinin hepsinde ebeveyn izni evlat edinen veya ayrı olan anne-babaya da sunulmaktadır.

Sonuç olarak, toplumsal cinsiyet eşitlik ilkesini benimseyen en iyi ebeveyn izni modelleri ve uygulamaları genelde Norveç, İsveç ve Finlandiya gibi İskandinav ülkelerindedir. Toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı bu ebeveyn izinlerinin temel

³⁶ HÜSEYİNLİ, 2015, s. 278.

³⁷ Bu izinlerin detayları için bkz. GISLASON/ EYDAL, 2011; RAY/ GORNICK/ SCHMITT, 2010; HÜSEYİNLİ, 2015, s. 271-311.

³⁸ RAY/ GORNICK/ SCHMITT, 2010, s. 206.

özellikleri; baba/erkek ebeveynlere yönelik özendirici veya zorunlu düzenlemeler getirmesi, çeşitli aile modellerini dikkate alması ve eşit mesafede durması, iş güvenceli, ücretli izin hakkı ve esnek çalışma imkanları sunması olarak özetlenebilir.

IV. TÜRKİYE’DE EBEVEYN İZİNİNE DAİR DEĞERLENDİRME

Türkiye’de devlet memurları ve işçiler için çalışma hayatındaki haklar ve izinlerle ilgili farklı yasal düzenlemeler mevcut olduğundan analık ve ebeveyn iznine dair tartışmalar, devlet memurları ve işçiler için ayrı ayrı ele alınmaktadır.³⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki kadın-erkek memurlar, söz konusu haklar açısından daha avantajlıdır. Ancak bu makalenin temel odağı açısından memur ve işçi ayrımı üzerinden bir değerlendirme yapılmayacaktır. Ebeveyn izni, her türlü çalışan anne ve babayı içine alan bir hak ve politika olarak görüldüğünden toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesini benimseyen ebeveyn izni düzenlemesinin gerekliliğine vurgu yapılacaktır. Nitekim, analık izni, ücretsiz izin ve yarım zamanlı çalışma konusundaki düzenlemeler dışında Türkiye’de ne işçiler ne de memurlar için ‘ebeveyn izni’ adı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. Doğum sonrası çocuk bakımına yönelik var olan düzenlemeler, gerek işçi gerek memur olsun, ağırlıklı doğum yapan kadınlara yöneliktir veya uygulamada onların kullanılmasına yönelik aile-kadın odağında tasarlanmıştır.⁴⁰ Bunlar, doğum öncesi ve sonrası 8’er hafta analık/doğum izni (kadın işçi ve memur), ilk doğumda 60, ikinci doğumda 120 ve üçüncü doğumda 180 gün yarım zamanlı ücretsiz izin/günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışma (kadın işçi ve memur), 6 ay ücretsiz izin (kadın işçi), 24 aya kadar aylıksız izin (kadın-erkek memur)⁴¹, süt izni⁴² ve/veya kısmi

³⁹ İşçiler için 4857 Sayılı İş Kanunu, memurlar için 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanmaktadır. İşçi ve memurlar hakkındaki ilgili düzenlemelerin detaylarını tartışan bir çalışma için bkz. UĞUR/ UĞUR, 2017, s. 663-684.

⁴⁰ DEDEOĞLU/ ŞAHANKAYA, 2015, s. 93-122.

⁴¹ 657 sayılı Kanununun 108/B maddesine göre, doğum yapan kadın memura analık izni süresinin ve aynı kanunun 104/F maddesi uyarınca talebi üzerine kullanabileceği günlük çalışma süresinin yarısı kadar mesai hakkının bitiminden; erkek memuraysa eşinin doğum tarihinden itibaren sonra yirmi dört aya kadar istekleri üzerine aylıksız izin verilecektir.

⁴² Süt izni kadın işçiler için bir yaşına kadar günde 1,5 saat (4857 İş Kanunu 74 madde), kadın memurlar için, analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde 3 saat, ikinci altı ayda günde 1,5 saat olarak düzenlenmiştir (657 Devlet Memurları Kanunu 104/D). Dolayısıyla kadın memurlar hem daha uzun bir dönem, hem de ilk 6 ay daha fazla süt izni kullanma hakkına sahiptirler.

çalışma/yarım gün çalışma (kadın-erkek işçi ve memur) gibi çeşitli haklar sunmaktadır.⁴³ Çocuk bakımına dair iki ebeveyni dikkate alan kısıtlı haklar, erkek ebeveyn açısından bir teşvik ve/veya zorunluluk öngörülmediğinden uygulamada rağbet görmemektedir. Nitekim ebeveynlerin kullanacağı izinlere ilişkin düzenlemelerin, geleneksel sosyo-kültürel yapı ve egemen muhafazakar siyasal yönetim zihniyeti dolayısıyla uygulamada kadın çalışanlar tarafından kullanılacak şekilde düzenlendiği ifade edilebilir.

Ebeveyn izni, AB'ye uyum yasaları kapsamında Türkiye'nin taahhütleri arasında bulunmaktadır. Bu taahhütlere paralel olarak, Türkiye'de özellikle kadın hareketi ve sivil toplum örgütlerinin dahil olduğu bir tartışma zemininde, ebeveyn iznine dair çeşitli öneriler ve tasarılar zaman zaman gündeme gelmiştir. Ancak bunların hiçbirisi kabul edilmemiştir. Bunlar içinde, toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesine en uyumlu tasarılarından birisi, 2000 yılındaki “Doğum İzinlerinin Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı”; diğeri de 14 Ocak 2005 tarihinde Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün sunduğu taslaktır.⁴⁴ Benzer şekilde, 2014-2018 Onuncu Kalkınma Planı, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak ve kadın istihdamının desteklenebilmesi için güvenceli esnek çalışma, kreş ve çocuk bakım hizmetlerinin yaygınlaştırılması ve ebeveyn izni gibi alternatif modellerin uygulanması gerektiğini söyleyerek Türkiye'nin kalkınma hedefleri içine ebeveyn iznini de koymaktadır.

Analık izni ve çocuk bakımı hakkındaki son düzenlemeler, 29 Ocak 2016 tarihli 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununda getiren eklemeler ve 8 Kasım 2016 tarihinde 29882 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan, işçilere yönelik Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik ile yapılmıştır. Bu yönetmeliğin temel amacının “doğum ya da evlat edinilmesi sonrası işçinin kısmi süreli çalışma yapabileceği işleri belirlemek ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları düzenlemek” olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu yönetmelikte de ebeveyn iznine dair bir amaç

⁴³ İşçilerle ilgili düzenlemelerin detayları için bkz. 4857 İş Kanunu 74. Madde, memurlarla ilgili düzenlemeler için 657 Devlet Memurları Kanunu 104. Madde.

⁴⁴ Tasarılarla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. HÜSEYİNLİ, **2015**, s. 271-311; DEDEOĞLU, **2012**, s.284.

ortaya konulmamış ve ebeveyn izni terminolojisi tercih edilmemiştir. Kadın odaklı analık izni ve bu izin sonrası çocuğun bakımı için yarım zamanlı ücretsiz, 6 ay ücretsiz ve/veya kısmi süreli çalışmayı tercih edeceği düşünülen temel olarak işçi kadın/anne dikkate alınmıştır. Nitekim, yönetmeliğin 6. maddesi şu şekildedir:

“Analık izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri halinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum halinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğduğunun doktor raporu ile belgelendirilmesi halinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır.”

Bunların yanında, son düzenlemelerin erkeği/babayı dikkate alan bazı yenilikler sunduğu da belirtilmeli ve bunlar olumlu gelişmeler olarak görülmelidir. Bu açıdan, Türkiye’de çocuğun bakımı konusunda erkeği/babayı sorumlu gören ilk düzenleme annenin ölümü halinde ve evlatlık durumunda analık/doğum iznini babaya aktaran 29 Ocak 2016 tarihli 6663 nolu Kanunla 4857 İş Kanununun 74. maddesine ve 657 Devlet Memurları Kanununun 104/A. maddesine getirilen yeniliktir.⁴⁵ Buna ek olarak, 2016 tarihli Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelikte, işçiler için öngörülen kısmi zamanlı çalışma hakkındaki 8. maddenin her iki ebeveyni içine alacak şekilde yazıldığı görülmektedir.⁴⁶ Örneğin İş Kanunundaki söz konusu değişiklik şu şekilde ifade edilmektedir:

“İş Kanununun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu

⁴⁵ Kanun metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/02/20160210.pdf>, (erişim tarihi 11.10.2018).

⁴⁶ Kısmi süreli çalışma İş Kanunundaki madde 74’te öngörülen analık izni, yarım zamanlı ücretsiz çalışma ve 6 ay ücretsiz izinlerin bitiminden sonra kullanılabilir. Yarım zamanlı ücretsiz çalışma izni ve 6 ay ücretsiz izinlerin hangi sıralamada kullanılacağı konusundaysa kanunda açıklık mevcuttur. Bir görüşe göre, iki haktan da sırasıyla faydalanılabilir (ULUSOY, 2017, s.741-766; UĞUR/ UĞUR, 2017, s. 671). Diğer görüşse, “kanun koyucunun bu iki hakkın kullanımını bilinçli olarak analık hali izninin bitiminden itibaren olacak şekilde düzenlendiğini; böylelikle iki hakkı aslında seçimlik olarak kullandırmayı amaçladığını” söyler (UĞUR/ UĞUR, 2017, s. 670).

maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir.
Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih sebebi sayılmaz...”

Benzer şekilde, 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 10. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na eklenen Ek Madde 43’e göre, kendisi veya eşi doğum yapan memur talebi üzerine, ayrıca süt izni verilmeksizin, haftalık çalışma saatlerinin normal çalışma süresinin yarısı olarak çalışabilecektir.⁴⁷ Görüldüğü üzere, söz konusu düzenlemelerle, ilkökul çağına kadar kullanılabilir olan kısmi zamanlı çalışma (işçiler) ve yarım gün çalışma (memurlar) hakkında baba da sorumlu olabilmektedir. Hem çocuk bakımının iki ebeveyn için öngörülüyor olması hem de çocukların ilkökul çağına kadar kısmi süreli çalışma hakkının verilmesi, toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesi açısından olumlu ve önemlidir. Bu yeniliklerin, evlat edinilen aileler ve kısmi/yarım zamanlı çalışma hakkı noktalarında erkeğe/babaya dair bir düzenleme getirmesi başarılı kabul edilen İskandinav örnekleriyle de benzerlikler taşımaktadır.

Ancak, gerek işçileri ilgilendiren yönetmeliğin adının “analık izni” olması gerekse yarım zamanlı ücretsiz çalışma ve 6 ay ücretsiz izin hakkındaki kadın merkezli yaklaşım ve ebeveyn izninin dikkate alınmaması, yeni düzenlemelerin bütüncül açıdan toplumsal cinsiyet eşitliği odaklı bir yaklaşımı benimsemekten uzak olduğunu göstermektedir. Diğer bir deyişle, çocuk bakımı konusunda kadını ve anneyi merkeze alan siyasa koyucunun, toplumsal cinsiyet eşitliği saikiyle hareket etmediği ifade edilmelidir. Nitekim, başarılı ve toplumsal cinsiyet eşitliğini dikkate alan ebeveyn izni örneklerinde, bu tür yarım veya esnek çalışmaya dayalı izinlerin iki ebeveyn tarafından dönüşümlü kullanılmayı içerecek şekilde, ücretli ve/veya çeşitli nakdi yardımlarla desteklendiği görülmektedir. Türkiye’deki düzenleme ise yarım zamanlı çalışmayı ücretsiz; kısmi çalışmayı ise çalışılan süreyle orantılı ödeme olarak sunmaktadır ve ailenin tercihine bırakıldığı için uygulamada kadınlar tarafından kullanılmaya yönelik

⁴⁷ Yarım zamanlı çalışma, kadın memurlar için analık izninin veya yarım gün mesai hakkının, eşi doğum yapan memurlar tarafından ise babalık izninin bitiminden, çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar olan döneme kadar ve istenilen bir zamanda kullanılabilir. İlgili kanun için bkz. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiS_vicj4jeAhUHfywKHVZbC38QFjAAegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.mevzuat.gov.tr%2FMevzuatMetin%2F1.5.657.doc&usg=AOvVaw1ceq6xBag_2lcFQzh7xITl (erişim tarihi 11.10.2018).

işleyecektir.⁴⁸ Üstelik, Türkiye’de okul öncesi çocuk bakım hizmetleri kurumsal, ücretsiz ve yaygın sağlanamadığı için, Dedeoğlu/ Şahankaya’ya göre çocuk ilkökul çağına gelinceye kadar yarı zamanlı veya kısmi zamanlı çalışma seçeneği sadece yüksek gelirlili belli bir grup kadının kullanabileceği bir opsiyon olacaktır.⁴⁹

Bunların yanında, yarım zamanlı çalışma modelini tercih eden işçi veya memur kadının günlük 3 veya 1,5 saatlik süt izni, yarım süreli çalışan (haftalık 22,5 saat) kadının emzirme imkanı olacağı gerekçesiyle 6663 sayılı Kanununun 6. ve 22. maddeleri kapsamındaki değişikliklerle elinden alınmış olmaktadır.⁵⁰ Kısmi süreli çalışan kadınlar içinse süt izni çalışma süresiyle orantılı olarak verilecektir. Örneğin, haftada 30 saat çalışan emziren bir kadın işçi 1 saatlik günlük süt izni kullanabilecektir.⁵¹ Bu açıdan da, söz konusu düzenlemelerin toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmediği gibi kadınların pratik ihtiyaçlarını daha iyileştirmeye ve çocukların bakımıyla ilgili aileleri güçlendirmeye yönelik bir yaklaşımı sergilemediği söylenebilir.

Söz konusu açılardan, analık izinleri, yarım ve kısmi çalışma hakkındaki düzenlemelerin toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik bir politika olmaktan çok, var olan eşitsizliği perçinleyen bir uygulama olduğunu söylemek mümkündür; çünkü bu yasadaki yaklaşım, birinci olarak çocuk bakım hizmetini, özellikle kadınların sorumluluğu olarak görerek uygulamada kadınlara çocuk bakımı için yarım zamanlı ücretsiz, 6/24 ay ücretsiz ve/veya kısmi süreli çalışma imkanı sunmaktadır. Türkiye’de

⁴⁸ Söz konusu düzenlemeye göre, yarım zamanlı çalışan kadına işyeri çalıştığı yarım günün ödemesini yaparken İşkur’un geri kalan yarım gün için yarım çalışma ödeneği ödeyeceği belirtilmektedir. Yarım zamanlı çalışan doğum yapmış kadınlara yapılan yarım çalışma ödeneği hakkındaki yasal düzenlemeler için bkz. ULUSOY, **2017**, s. 749-751; UĞUR/ YİĞİT, **2017** s.71-100.

⁴⁹ DEDEOĞLU/ ŞAHANKAYA, **2015**, s.117.

⁵⁰ 657 Devlet Memurları Kanunu 104/F fırcasında bu değişiklik şu şekildedir:“(Ek: **29/1/2016 - 6663/6 md.**) Doğum sonrası analık izni süresi sonunda kadın memur, isteği hâlinde çocuğun hayatta olması kaydıyla analık izni bitiminde başlamak üzere ayrıca süt izni verilmeksizin birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışabilir...”. 4857 Sayılı İş Kanununun 74 maddesindeki değişiklik ise şu şekildedir: “(Ek fıkra: **29/1/2016-6663/22 md.**) Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelerle otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanılan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.”.

⁵¹ ULUSOY, **2017**, s. 758.

hem kültürel normların hem de refah rejimi modelinin, ailenin reisi ve temel ekmek getirenini erkek olarak tanımlaması, çocukların evde bakım işlerini ‘doğal’ olarak kadına bırakmaktadır.⁵² Bu tür bir geleneksel yaklaşım, kadınların üstüne çifte yük yükleyerek hem özel hem de ekonomik hayatta kadınları dezavantajlı hale getirmektedir; çünkü bu düzenleme, kadınların çalışma ile bakım işlerini birlikte yürütmesi gerektiği fikri üstüne kurulmuştur. Her ne kadar işçiler için kısmi süreli çalışma, memurlar için de 24 ay ücretsiz izinle yarım zamanlı çalışma hakkı, her iki ebeveyn tarafından kullanılabilir olsa da İskandinav ülkelerindeki gibi babaları bunu kullanmaya teşvik etmeye yönelik kota, vergi indirimi, ek-bonus ödenek veya ek-bonus izin gibi bir düzenleme getirmediğinden Türkiye gibi geleneksel ve ataerkil aile yapısının hakim olduğu bir toplumda, uygulamada bu hak kadınlar tarafından kullanılmaya yönelik olarak işleyecektir. Nitekim, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın Aile Yapısı Araştırması’na göre görüşülen erkeklerin %56’sı, kadınların ise %57’si çocuk bakımı ve ev işlerinin kadının asli görevi olduğu kanaatindedir.⁵³ Türkiye’de yarım zamanlı çalışan kadınların oranının (%17,7) erkeklerin yaklaşık dört katı olması bunun bir göstergesi olarak ele alınabilir.⁵⁴ Üstelik, çalışan işçi ve memurlara yönelik düzenlemeleri değerlendiren pek çok çalışma, söz konusu ücretsiz izin, yarım zamanlı çalışma ve kısmi süreli çalışma haklarını, kadınların iş hayatındaki hakları açısından değerlendirerek akademik yazında dahi erkeği/babayı bu sorumluluğun taşıyıcısı olarak konumlandırmamıştır.⁵⁵

Bu noktada Kalfa’nın da belirttiği gibi Türkiye’de refah rejiminin çocuk bakım hizmetlerinden sorumlu olması gereken tarafları eksik olduğundan, geleneksel değerlerin hakim olduğu toplumsal gelenek, bu sorumluluğun aile içinde kadın tarafından enformel ağlar içinde taşınmasına sebep olmaktadır.⁵⁶ Benzer şekilde Dedeoğlu, ve Dedeoğlu/Şahankaya, Türkiye’de, son dönemde, neoliberal ve dindar

⁵² DEDEOĞLU, 2012, s. 276.

⁵³ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, **Türkiye Aile Yapısı Araştırması Tespitler, Öneriler. Araştırma ve Sosyal Politika Serisi 07**, İstanbul: Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, 2014.

⁵⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), **Part-Time Employment Rate (Indicator)**, 2018. doi: 10.1787/f2ad596c-en.

⁵⁵ ULUSOY, 2017, s.741-766; HÜSEYİNLİ / YİĞİT, 2017, s. 318; UĞUR/ UĞUR, 2017, s. 682.

⁵⁶ KALFA, 2010, s.191-220.

muhafazakarlığın sentezi çerçevesinde sosyal dayanışma nosyonunun aile, çocuk bakımı ve kadınla ilgili politikalarda hakim yaklaşımın temel taşı olduğunu savunmaktadır.⁵⁷ Bu yaklaşım, sosyal dayanışma içinde aileyi merkezine alırken ev ve bakım hizmetlerinden sorumlu görülen kadının geleneksel rolünü pekiştirmektedir. Refah rejimlerinde çocuk bakım hizmetlerinin sağlanmasına göre yapılan değerlendirmelere göre de Türkiye çocuk bakım hizmetinin ev içi enformel ağlarla kadınlar tarafından verilmesinin desteklendiği “aile destek modeli”ne dahil edilmektedir.⁵⁸ Bu nedenle de çocuk bakımına dair izin politikaları, çocuk bakım yükünü devletin elinden kadınların eline doğru kaydırmakta ve özellikle kadınları bu işlerin taşıyıcısı olarak konumlandırmayı tercih etmektedir. Bu açıdan da hem eril hem neoliberal bir politik iradenin izdüşümünü yansıtmaktadır.

İkinci olarak, söz konusu düzenleme kadın istihdamını iyileştirmeye yönelik bir sonuç doğurmamaktadır. Aksine, bu düzenleme, kadınların istihdama dahil olma kapasitesini olumsuz etkileyebilecektir. İşyerinden uzak kalacak kadın işçiden verim alamayacağını düşünen işveren erkek işçi çalıştırmayı tercih edebilir.⁵⁹ Diğer bir deyişle, işverenlerin bekar, yeni evli, henüz çocuk sahibi olmayan ve küçük çocuğu olan kadınları işe almayı tercih etmeyeceği veya analık izinleri ve yarı zamanlı çalışma dolayısıyla iş hayatından uzak kalan kadınların kariyerde yükselme ve maaş artışı açısından erkek meslektaşlarına göre geride kalacağı bir gerçektir. Nitekim, CEDAW 2005 Uçan Süpürge Gölge Raporu, kadınlara iş alımında medeni durumlarının ve çocuk bakım konularının sorulduğunu belirtmiştir.⁶⁰ Bu veri, sadece kadın odaklı evde çocuk bakım politikalarının, kadın istihdamını ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğini çözmek bir yana, onu olumsuz etkileyeceğini göstermektedir; çünkü bu tutum çocuk sahibi olan erkek çalışana yönelik değil; sadece kadın çalışana yönelik bir tutum olacaktır. Dolayısıyla Hüseyinli/Hüseyinli'nin de belirttiği gibi işverenlerin kadın çalışanlara karşı

⁵⁷ DEDEOĞLU, 2012, s. 269-290; DEDEOĞLU, 2013, s. 12; DEDEOĞLU/ ŞAHANKAYA, 2015, s. 93-122.

⁵⁸ Refah rejimlerinde bakım hizmetlerinin sunumu hakkında detaylı tartışmalar için bkz. KALFA, 2010, s.191-220; ÖZAYDIN, 2013, s. 47-72; CICCIA/ SAINSBURY, 2018, s. 93-109; SAINSBURY, 2013, s. 313-336.

⁵⁹ ŞAKAR, Müjdat, **İş Hukuku Uygulaması**. BETA Yayınları, İstanbul, 2018, s. 61-62.

⁶⁰ CEDAW Uçan Süpürge Gölge Raporu, 2005.

bu tür tavırları çalışma hayatında kadınlara karşı ayrımcılık olarak nitelendirilmelidir.⁶¹ Sonuç olarak, Türkiye'deki son düzenlemeler kadınlar açısından aile ve iş hayatının uyumlaştırılması için bir sosyal politika olarak olumlu bir amaçla dahi yapılmış olsa, içinde barındırdığı riskler açısından kadın istihdamını ve toplumsal cinsiyet eşitliğini olumsuz etkileme ihtimali yüksektir. Bu risklerden birincisi işverenlerin maliyetleri düşürmek ve daha az sorumluluk almak adına kadın çalışan tercih etmemesi ya da kadınları esnek koşullarda çalışmaya yönlendirmesidir.⁶² İkincisi ise çocuk bakım yükümlülüğü dolayısıyla kadınların istihdamdan çekilmesi veya yarı-zamanlı düşük profilli-ücretli, kariyer beklentisi az işlere yönelmesidir. Kısaca, Dedeoğlu/ Şahankaya ve Hüseyinli'nin belirttiği gibi son dönemdeki yeni düzenlemeler, Türkiye'de çalışma yaşamının uyumlulaştırılması adı altında kadınları güvencesiz, esnek zamanlı işlere yönlendirerek kadın istihdamını olumsuz etkileyecek ve çocuk bakımının kadının görevi olduğu düşüncesini pekiştirerek toplumsal cinsiyet eşitsizliğini de derinleştirecektir.⁶³ Tüm bu nedenlerle, kreş gibi devlet destekli profesyonel çocuk bakım hizmetlerinin yaygınlaştırılması ve toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı ebeveyn izni uygulamaları bu sorunla mücadeledeki kritik sosyal politikalar olarak kabul edilmektedir.

SONUÇ

Doğum sonrası çocuk bakım izinlerine dair düzenlemelerin dönüştürücü sosyal politika anlayışı çerçevesinde farklılıkları dikkate alarak eşitlik yaratmak amacıyla tasarlanması toplumsal cinsiyet eşitliği, kadın istihdamı ve çocuk gelişimi açısından önemlidir. Nitekim, refah düzeyi adaletli dağılan gelişmiş pek çok ülke, bu iki noktayı dikkate alarak çocuk bakım hizmetlerini çeşitli biçimlerde düzenleme ihtiyacı

⁶¹ HÜSEYİNLİ/HÜSEYİNLİ, **2016**, s. 119.

⁶² HÜSEYİNLİ/HÜSEYİNLİ, **2016**, s. 120.

⁶³ DEDEOĞLU/ ŞAHANKAYA, **2015**, s. 109-117; HÜSEYİNLİ, **2015**, s. 271-311. Türkiye'de yarı zamanlı çalışma uygulamasının kadın istihdamına etkileri üzerine detaylı bir tartışma için bkz. GÜLER AYDIN, Derya/ SUMBAS, Ahu, "Analysing the dilemma between part-time employment and growth in Turkey from a gender perspective", *The Dynamics of Growth in Emerging Economies: The Case of Turkey*, (der. A. Akkoyuncu Wigley/ S. Çağatay), Routledge, 2019, (s. 197-216). <https://www.routledge.com/The-Dynamics-of-Growth-in-Emerging-Economies-The-Case-of-Turkey/Wigley-Cagatay/p/book/9781138349261>.

duymaktadır. Bu düzenlemeler içinde ebeveyn izni özel bir yere sahiptir ve toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı olarak sunulması kadınların sosyal, politik ve ekonomik konumlanışı açısından önemlidir. Türkiye’deyse, uluslararası toplumun gerekli gördüğü asgari düzeydeki doğum öncesi-sonrası annenin ve bebeğin sağlıklı gelişimi için gereken süre dışında ve çeşitli ücretsiz izin ve yarım zamanlı izin düzenlemeleri dışında herhangi bir ebeveyn izni öngörülmemektedir. Buna ek olarak, kadın-erkek eşitliği ve iş-aile dengesi politikaları bağlamında Türkiye’de çocuk bakım hizmetlerinin profesyonelleşmesinin, kurumsallaşmasının ve yaygınlaşmasının desteklenmediği de ifade edilmelidir. Ebeveyn izninin yokluğuyla birlikte bu eksikler göz önüne alındığında, Türkiye gibi geleneksel ve ataerkil kültürel kodların hakim olduğu bir toplumda kadınların çocuk bakım yüklerinin taşıyıcısı olmak zorunda kalacakları ortadadır. Bu durum, bir taraftan kadınları istihdam alanından çekecek veya onları güvencesiz, esnek, düşük kariyer beklentili iş olanaklarına mahkum edecektir. Diğer taraftan da çalışma hayatı, cinsiyetçi iş bölümü, kadının sosyal statüsü gibi konularda toplumsal cinsiyet eşitsizliğini pekiştirecektir. Bu açıdan, bir toplumun, gelecek nesillerini oluşturan çocuklarının bakımı mevzusu bireysel ve kadına özgü bir sorun değil; toplumsal bir sorumluluk olarak algılanmalıdır.

Kısaca, ebeveyn izninin, belli oranda ücretli, kazanılan hakların korunduğu, devredilemez, mümkünse anne-babaya ayrı ayrı verilen hem bir hak hem de bir sorumluluk olarak algılanması gerekir. Ortak sorumluluk anlayışı çerçevesinde İskandinav örneklerindeki gibi ‘çift ücretli-çift bakıcılı aile modeli’ anlayışı üzerinden düzenlenen bir ebeveyn izni, en azından zihniyet açısından toplumsal cinsiyet eşitliğine uyumlu bir politika sunmaktadır. Bu açıdan da dönüştürücü sosyal politika anlayışı çerçevesinde tasarlanması ve uygulanması gereklidir.

KAYNAKÇA

- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, **Türkiye Aile Yapısı Araştırması Tespitler, Öneriler. Araştırma ve Sosyal Politika Serisi 07**, İstanbul: Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, 2014.
- BAKIRCI, Kadriye, “Türk Hukukunda İş ve Aile Sorumluluklarının Uzlaştırılması: Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, **Emek Piyasasında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Doğru İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma Politikaları**, (der. İ. İlkkaracan), İTÜ Bilim, Mühendislik ve Teknolojide Kadın Araştırmaları ve Uygulamaları Merkezi Yayınları, İstanbul, 2010, (s. 59-86).
- BUĞRA, Ayşe, “Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları”, **2000’ler Türkiye’inde Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet**, (der. S. Dedeoğlu/ A. Y. Elveren), İmge Kitabevi, Ankara, 2015, (s. 13-22).
- Birleşmiş Milletler. **Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)**, 1985.
- Birleşmiş Milletler CEDAW, **CEDAW Uçan Süpürge Gölge Raporu**, 2005.
- CICCIA, Rossella/ SAINSBURY, Diana, “Gendering welfare state analysis: tensions between care and paid work”, **European Journal of Politics and Gender**, Yıl: 2018, Cilt: 1, Sayı: 1–2, (s. 93-109). DOI: 10.1332/251510818X15272520831102
- DEDEOĞLU, Saniye, “Toplumsal Cinsiyet Rollerini Açısından Türkiye’de Aile ve Kadın Emeği”, **Toplum ve Bilim**, Yıl: 2000, Güz, (s. 139-171).
- DEDEOĞLU, Saniye, “Equality, Protection or Discrimination: Gender Equality Policies in Turkey”, **Social Politics**, Yıl: 2012, Cilt: 19, Sayı: 2, (s. 269-290).
- DEDEOĞLU, Saniye, “Veiled Europeanisation of Welfare State in Turkey: Gender and Social Policy in the 2000s”, **Women’s Studies International Forum**, Yıl: 2013, Sayı: 41, (s. 7-13).

- DEDEOĞLU, Saniye/ ŞAHANKAYA, Aslı, “Türkiye’de İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırma Politikaları”, **2000’ler Türkiye’sinde Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet**, (der. S. Dedeoğlu/ A. Y. Elveren), İmge Kitabevi, Ankara, 2015, (s. 93-122).
- DUVANDER, Ann-Zofie/ LAMMI-TASKULA, Johanna, “Parental Leave”, **Parental leave, childcare and gender equality in the Nordic countries**, (der. I. V. GISLASON./ G. B. EYDAL), Nordic Council of Ministers, Kopenhag, 2011, (s. 31-64).
- EKİN, Ali/ KAYIRGAN, Hasan, “Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 15, (s. 1045-1066).
- EKONOMİ, Münir, “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 14, Sayı: 53, (s. 21-59).
- EYDAL, Guðný Björk/ ROSTGAARD, Tine. **Fatherhood in the Nordic welfare states: Comparing care policies and practice**. Policy Press, Bristol, 2016.
- GISLASON, Ingólfur V./ EYDAL, Guðný Björk. **Parental leave, childcare and gender equality in the Nordic countries**. Kopenhag: Nordic Council of Ministers, 2011.
- GÜLER AYDIN, Derya/ SUMBAS, Ahu. “Analysing the dilemma between part-time employment and growth in Turkey from a gender perspective”, *The Dynamics of Growth in Emerging Economics: The Case of Turkey*, (der. A. Akkoyuncu Wigley/ S. Çağatay), Routledge, 2019, (s. 197-216). <https://www.routledge.com/The-Dynamics-of-Growth-in-Emerging-Economies-The-Case-of-Turkey/Wigley-Cagatay/p/book/9781138349261>
- GÜN, Servet, “Neoliberal Muhafazakârlığın İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma Yaklaşımı”, **Mülkiye Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 40, Sayı: 3, (s. 35-53).
- HÜSEYİNLİ, Namık, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Kapsamında Ebeveyn İzninin Uygulamadaki Yeri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 23, Sayı: 1, (s. 271-311).
- HÜSEYİNLİ, Namık/HÜSEYİNLİ, Tahire, “Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler”, **Akdeniz İİBF Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 34, (s. 108-137).

- HÜSEYİNLİ, Namık/YİĞİT, Yusuf, “İş Hukuku’nda Kadın Çalışanların Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler (Azerbaycan ve Türk İş Hukuku Karşılaştırmalı Olarak)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 25, Sayı: 2, (s. 279-328).
- İLKARACAN, İpek, **Emek Piyasasında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Doğru İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma Politikaları**, İTÜ Bilim, Mühendislik ve Teknolojide Kadın Araştırmaları ve Uygulamaları Merkezi Yayınları, İstanbul, 2010.
- KAĞNICIOĞLU, Deniz, “Refah Devleti Modellerine Göre Avrupa Birliği’nde İş-Yaşam Çatışması ve İş-Yaşam Dengesi Politikaları”, **Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 27, Sayı: 1, (s. 22-39).
- KALFA, Aslıcan, “Refah Rejimi Bağlamında Çocuk Bakımı Hizmetleri”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 3, Sayı: 26, (s.191-220).
- KAYA, Gözde, **Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı Yayını, 2012.
- KUL PARLAK, Nilgün, “İş-Yaşam Dengesi Açısından Esnek Çalışmanın Analizi”, **Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 5, Sayı: 2, (s.109-137).
- MOLYNEUX, Maxine, “Mobilization without Emancipation? Women’s Interests, the State, and Revolution in Nicaragua”, **Feminist Studies**, Yıl: 1985, Cilt: 11, Sayı: 2, (s. 227-254).
- MORGAN, Kimberly J., **Working mothers and the welfare state: Religion and the politics of work-family policies in Western Europe and the United States**. Stanford University Press, Stanford, 2006.
- OLÁH, Livia Sz./ BERNHARDT, Eva M., "Sweden: Combining childbearing and gender equality", **Demographic Research**, Yıl: 2008, Sayı: 19, (s. 1105-1144).
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) **Part-Time Employment Rate (Indicator)**, 2018. doi: 10.1787/f2ad596c-en.

- ÖZAYDIN, Mehmet Merve, “Cinsiyete Dayalı Refah Sınıflandırmaları Temelinde İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması Sorunu”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 15, Sayı: 3, (s. 47-72).
- RAY, Rebecca/ GORNICK, Janet C./ SCHMITT, John, “Who cares? assessing generosity and gender equality in parental leave policy designs in 21 countries”, **Journal of European Social Policy**, Yıl: 2010, Cilt: 20, Sayı: 3, (s.196-216).
- SAINSBURY, Diana, **Gendering Welfare State**. Sage Pub., London, 1994.
- SAINSBURY, Diana, Gender, Care, and Welfare, **The Oxford Handbook of Gender and Politics**, (der. G. Waylen, vb.), Oxford University Press, Oxford, 2013, (s. 313-336).
- ŞAKAR, Müjdat, **İş Hukuku Uygulaması**. BETA Yayınları, İstanbul, 2018.
- UĞUR, Suat/ UĞUR, Ömer, “İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 22, Sayı: 3, (s. 663-684).
- UĞUR, Suat/ YİĞİT Yusuf, “İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, **Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi**, Yıl: 2017, Cilt: 6, Sayı: 1, (s.71-100).
- ULUSOY, Tülay, “Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 2, Sayı: 53, (s.741-766).
- ÜNLÜTÜRK ULUTAŞ, Çağla, “İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma Politikaları: Türkiye’de Yeni Politika Arayışlar.” **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 70, Sayı: 3, (s.723-750).

MUTAD İŞYERİ KAVRAMI ve
MÖHUK m. 27/f. 3'ÜN UYGULANMASI SORUNU

*THE CONCEPT OF HABITUAL WORK PLACE AND THE APPLICABILITY PROBLEM OF
TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL AND PROCEDURAL LAW ACT ART. 27/3*

Hakemli Makale
A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	197
I. MUTAD İŞYERİ KAVRAMI VE MUTAD İŞYERİNİN TESPİTİNİN ÖNEMİ	201
A. İşyeri Kavramı	201
B. Mutad İşyeri Kavramı ve Mutad İşyeri Hukukunun Tespitinde Kullanılan Farklı Terim ve İfadeler	203
1. Türk Doktrini ve Yargıtay Kararları Kapsamında Mutad İşyeri Kavramı	203
2. AB Hukuku Kapsamında Mutad İşyeri Kavramı ve Avrupa Adalet Divanı'nın Yorumu	208
C. Mutad İşyeri Kavramının Yabancı Unsurlu Bireysel İş Sözleşmeleri Bakımından Önemi	211
II. MUTAD İŞYERİNİN TESPİTİ ve MÖHUK m. 27/f. 2'NİN UYGULAMA ALANI	214
A. Mutad İşyerinin İşin Yapıldığı Ülke(ler) Bakımından Değerlendirilmesi	214
1. Genel Olarak	214
2. İşin Yapıldığı Ülkenin Belirlenmesi	216
a. Tek Bir Ülkede İfa Edilen Bireysel İş Sözleşmeleri	216
b. Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmeleri	217
3. Mutad İşyerinin Tek Bir Ülke İle İlişkilendirilmesi Meselesi	229
B. Mutad İşyerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk ve Bu Hukukun İş Sözleşmesi İle İlişkisi	231
1. Genel Olarak	231
2. MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulama Alanı ve Tercih Edilen Bağlama Noktasının MÖHUK m. 27'nin Amacına Hizmet Edip Etmediği Meselesi	234
a. Mutad İşyerinin Belirlenemediği Hallerde Uygulanacak Hukuk	234
b. MÖHUK m. 27/f. 3 Kapsamında İşverenin Esas İşyeri Hukukunun Uygulanmasının Yaratabileceği Sakıncalar ve Konunun Kaçış Hükümü Bakımından Değerlendirilmesi	237

DOI: 10.32957/hacettepehdf.479885

Makalenin Geliş Tarihi: 07.11.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 11.12.2018

* Dr. Öğr. Üyesi. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.
Eposta: ipek.sarioz@law.bau.edu.tr

DEĞERLENDİRME ve SONUÇ	242
KAYNAKÇA	245

ÖZ

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti, zayıf tarafın korunması amacı başta olmak üzere kendine özgü bazı özellikleri nedeniyle, kanunlar ihtilafı adaletinin sağlanması bakımından, genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde önem arz eden noktalardan ayrılan bazı kavram ve sorunları barındırmaktadır. Bu kavramların başında “mutad işyeri” kavramı gelmekte; mutad işyerinin belirlenememesi halinde ise hangi hukukun uygulanması gerektiği ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen 27. maddesinde öngörülen kanunlar ihtilafı sistemi, mutad işyerinin belirlenmesi üzerine kurulmuştur. MÖHUK m. 27/f. 3 uyarınca, “*İşçinin işini mutad olarak belirli bir ülkede değil, birden fazla ülkede ifa etmesi*” halinde ise, işverenin esas işyeri hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Bu kapsamda, hükmün uygulama alanını oluşturan iş ilişkilerinin doğru belirlenmesi hayati önemi haizdir; işverenin esas işyeri hukukunun uygulanmasına ancak son çare olarak başvurulabilecektir. Bu çalışma, mutad işyeri kavramının açıklanması ve mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması esasından hareketle, uygulanacak hukukun hangi esaslar çerçevesinde belirlenmesi gerektiğine ilişkin bazı tespitleri içermekte ve bir takım çözüm önerileri sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel iş sözleşmeleri, kanunlar ihtilafı, mutad işyeri kavramı.

ABSTRACT

Due to its specific character which especially aims to the protection of the weaker party and to respect for the fulfilment on the requirements of “conflict of laws’ justice”, the applicable law determination about individual employment contracts features some problematic issues and important clarification, rather than those which have to be taken into consideration in applicable law determination of the contracts, in general. The concept of “habitual place of work” has a priority among the problematic issues that have to be assessed; the applicable law determination on which habitual place of work cannot be determined is another struggle to be faced with. The conflict of laws system prescribed by art. 27 of Turkish Private International and Procedural Law no. 5718 is based on the determination of the habitual place of work. According to the art. 27/al. 3 of Turkish PILA, “in cases where the employee is working in several countries without habitually working in one of them”, the employment contract shall be governed by the law of the state where the main work place of the employer is located. In this context, the fixation of the labour relationship falling in the scope of the application of art 27/al. 3 is crucial. The application of the employer main work place’s law should be accepted as an *ultima ratio*. In consideration to the importance of the explanation of “habitual place of work” concept and its interpretation in a broad sense, this study comprises certain evaluation due to the principles which govern the applicable law determination about individual employment contracts and submits or proposes some solutions.

Keywords: Individual employment contracts, conflict of laws, habitual place of work.

GİRİŞ

Bireysel iş sözleşmeleri kaynaklı uyuşmazlıklar milletlerarası özel hukukun gerek kanunlar ihtilafı, gerekse milletlerarası yetki konularını yakından ilgilendiren birçok noktaya temas eden uyuşmazlıklardır. Bireysel iş sözleşmelerinde artan “*emek ve sermaye göçü*”¹, bu sözleşmeleri yabancı unsurlu sözleşmeler haline getirmekte ve milletlerarası özel hukuk bakımından “pratik önemi haiz” ve bu önemi giderek öne çıkan bir alan olarak ortaya koymaktadır². Bu durum, global dünya şirketlerinin birçok ülkede faaliyet göstermesine, işçilerin yer değişiminin hızla artmasına, iş organizasyonunda rotasyonun bir politika olarak kabulüne, kısacası global ekonomi ve dünya gerçekliğinin somut bir biçimde hayata geçmesine dayanmaktadır. Önceleri daha çok üst düzey yönetim kadrosunu ilgilendiren globalleşme olgusu giderek tüm kademelere yayılmış; bu yayılma, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri kaynaklı uyuşmazlıkları da giderek artırmıştır³. Diğer taraftan, bireysel iş sözleşmelerinin, zayıf tarafın korunmasını gerektiren sözleşme türleri arasında uygulama bakımından önde gelen bir sözleşme türü olduğu genel kabul görmektedir.

Bireysel iş sözleşmelerinin arz ettiği özel durum, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un⁴ (MÖHUK) hazırlanması sırasında da

¹ SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, İstanbul 2017, s. 344; TUNCAY, Aziz Can, “Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun”, **Onar Armağanı**, İstanbul 1977, s. 883.

² MANKOWSKI, Peter, “Employment Contracts Under Article 8 of Rome I Regulation”, **Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe** (Ed. FERRARI, Franco / LEIBLE, Stefan), Verona 2009, s. 172. İş sözleşmelerine özgü yabancılık unsuru hakkında geniş bilgi için bkz. ELÇİN, Doğa, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2012, s. 39 vd. Ayrıca bkz. EKŞİ, Nuray, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ’a Armağan**, İstanbul 1997, s. 118-119; ERDOĞAN, Ersin, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler)**, İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 124-125; TUNCAY, 1977, s. 898-899.

³ MANKOWSKI, şu tespitite bulunmaktadır: “*İşverenler, yurt dışına özellikle yüksek eğitimli, nitelikli olarak adlandırılabilir iş gücünü göndermektedirler. Bu kişilerin sözleşmesi ise, özenli bir şekilde hazırlandığı için uyuşmazlıklar genelde mahkeme yoluyla değil, uzlaşma yoluyla çözülmektedir. Ancak son zamanlarda, yurt dışında çalışma olgusu, nitelikli iş gücü olarak tanımlanan üst düzey yönetim kadrosunu aşmış, teknisyen ve ikinci derece idari personel olarak nitelendirilebilecek işçiler de bu mobiliteye dahil olmuştur. Diğer taraftan, işleri gereği birçok ülkede çalışan, gemi adamı, kaptan pilot veya uçuş personeli gibi kişilerin taraf oldukları uyuşmazlıklar da söz konusudur.*” (Bkz. MANKOWSKI, 2009, s. 172.

⁴ RG. 12.12.2007 – S. 26728.

etkisini göstermiş ve bireysel iş sözleşmeleri, özel bir sözleşme türü olarak, sözleşmelere uygulanacak genel kanunlar ihtilafı kuralı dışında 27. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Konunun önemi bu yöndeki düzenlemenin ne kadar gerekli olduğunu ortaya koymaktadır. Hükmün gerekçesinde de, “2675 sayılı Kanunun [sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen] 24. maddesinin uygulanmasının hep yetersiz kaldığı, bu nedenle yeni bir düzenleme getirildiği” ifade edilmektedir⁵. Ancak bu düzenleme yapılırken esas alınan bağlama noktası sistemi, Avrupa Birliği Hukukunda konuyu düzenleyen ve 1980 yılında imzalanarak 1991 yılında yürürlüğe giren Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu’nun⁶ 6. maddesinde⁷ yer alan sistemdir⁸. Ne var ki, bu hüküm, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 sayılı Roma I Tüzüğü’nün⁹ 8. maddesi ile değişmiş¹⁰; anılan maddenin uygulanmasına dair Avrupa Adalet Divanı (AAD, “European Court of Justice”) kararları ile de yeni bir boyut kazanmıştır.

⁵ Bkz. 5718 sayılı MÖHUK Gerekçesi (Tasarı m. 26); <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (erişim tarihi: 20.06.2018).

⁶ Bkz.; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41980A0934&from=EN> (erişim tarihi: 15.06.2018).

⁷ Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations (80/934/EEC) art. 6:

“1. Notwithstanding the provisions of Article 3, in a contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable under paragraph 2 in the absence of choice.

2. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract of employment shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed:

(a) by the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, even if he is temporarily employed in another country; or

(b) if the employee does not habitually carry out his work in any one country, by the law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated;

unless it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, in which case the contract shall be governed by the law of that country.”

⁸ DOĞAN, Vahit, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI Sa. 1-2 Y. 2007, s. 148; TARMAN, Zeynep Derya, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **AÜHFD**, 59(2) 2010, s. 523.

⁹ Bkz. Regulation (EC) No 593/2008 of The European Parliament and of The Council of 17 June 2008 on The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> (erişim tarihi: 15.06.2018).

¹⁰ Rome I Regulation art. 8:

“1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the

Mehaz düzenlemenin yorumunun tamamen farklı bir yönde gelişmesi, MÖHUK m. 27/f. 2 kapsamında objektif bağlama noktasının uygulama alanının da yeniden belirlenmesi ve hatta maddenin hukuk seçimine ilişkin hükmü (f. 1) dışındaki bağlama noktası sisteminin tümüyle yorumlanarak her bir fıkranın birbiri ile ilişkisinin doğru bir biçimde ortaya konmasını gerekli kılmaktadır.

Hemen belirtelim ki, iş sözleşmelerinin birçok yönü olduğu ve bu özelliği ile birbirinden farklı hukuki alanları ilgilendirdiği unutulmamalıdır. MÖHUK m. 27'nin uygulama alanı, mehaz Roma Konvansiyonu m. 6 ve Roma I Tüzüğü m. 8'de olduğu gibi, bireysel iş sözleşmeleri¹¹ ile sınırlıdır¹²; hüküm toplu sözleşmeleri kapsamadığı

employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.

2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.

3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.

4. Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.”

Roma Konvansiyonu ile Roma Tüzüğü arasında, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından bir devamlılık sağlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira her iki düzenlemede de, temel felsefe ve genel ruh aynıdır (bkz. MANKOWSKI, 2009, s. 171; STAUDINGER, Ansgar, **Rome I Regulation, Pocket Commentary** (Ed. FERRARI, Franco.), Berlin 2015, s. 289-290). Ancak temelde aynı bağlama noktası sistemini esas alsalar da, yapılan bazı “ufak” değişiklikler ve özellikle bu değişikliklerin mahkemeler tarafından yorumu, uygulamada ciddi anlamda fark yaratan sonuçlar doğurmuştur.

¹¹ Bireysel iş sözleşmelerinin vasıflandırılması ve kavramın açıklaması için bkz. ELÇİN, 2012, s. 13-17; STAUDINGER, 2015, s. 296; TARMAN, 2010, s. 526; EKŞİ, 1997, s. 117; MORSE, C.G.J., “Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention”, **Int'l & Comp. L.Q.**, Vol. 41 No.1 (1992), s. 12-13; NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul 2017, s. 349.

¹² STAUDINGER, 2015, s. 296. Ayrıca bkz. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by GIULIANO, Mario, Professor, University of Milan, and LAGARDE, Paul, Professor, University of Paris I (OJ. C 282, 31/10/1980 P. 0001 – 0050); [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) (erişim tarihi: 16.06.2018). Buna mukabil, yazarlar, iş sözleşmesinde açık hüküm olması halinde, işçinin toplu iş sözleşmesinde yer alan koruyucu hükümlerden faydalanacağını belirtmektedirler. Aynı yönde bkz. MORENO, Guillermo Palao, **European Commentaries on Private International Law** (ed. MAGNUS, Ulrich / MANKOWSKI, Peter), 2016, s. 582. Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. ELÇİN, 2012, s. 253 vd.

gibi, sosyal güvenlik ilişkileri de aynı şekilde kapsam dışında kalmaktadır¹³. Özellikle, bireysel iş sözleşmeleri ile toplu iş hukuku ilişkisi, uyumsuzlukların niteliğini ve çözümünü milletlerarası özel hukuk boyutunda epeyce değiştirmektedir. Zira, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti bir yana, toplu iş hukukunda hakim olan kuralların büyük kısmının doğrudan uygulanan kurallar olduğu dikkate alındığında, kanunlar ihtilafı yönteminden doğrudan uygulanan kurallar yöntemine bir geçiş yaşanmaktadır ki, işin bu boyutu çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bu anlamda, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit eden kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı ve bu alana dahil konuların kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar ile olan ilişkisi çalışmamız dışında tutulacaktır. Bu konularda, bireysel iş sözleşmeleri ile Türk hukukunun ve hatta bireysel iş sözleşmesi ile bağlantılı üçüncü bir ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları arasındaki ilişkiyi konu alan çalışmalara atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁴.

MORENO, ayrıca, Roma I Tüzüğü'nün 8. maddesinde yer alan hükmün serbest temelli iş ilişkilerine ("*free-based employment relationships*") ve aile içinde kurulan iş ilişkilerine uygulanmayacağını belirtmektedir. Gerek Roma Konvansiyonu, gerekse Roma I Tüzüğü bakımından iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanının de-facto iş ilişkilerini de kapsadığı yönünde bkz. ELÇİN, 2012, s. 17-18.

Toplu iş sözleşmelerinin birçok hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olabileceği unutulmamalıdır. Bireysel iş sözleşmesinden kaynaklanan bir ihtilafın uyumsuzluğa bakan mahkemenin ait olduğu devletin veya üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına girip girmediği ayrı bir konudur ve aşağıda belirteceğimiz üzere bu konu çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

¹³ ELÇİN, 2012, s. 241; MORSE, 1992, s. 13-14. NOMER, iş akdi statüsünün gerek özel hukuk alanında gerekse iş hukuku alanında bütün maddi hukuk hükümlerini kapsadığını ifade ettikten sonra, bu kapsama toplu iş sözleşmelerine ait hükümlerin de girdiğini ifade etmektedir (bkz. NOMER, 2017, s. 343). Bu noktada, toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile, toplu iş sözleşmelerinde yer alan maddi hukuk hükümleri bakımından uygulanacak hukukun belirlenmesinin farklı olduğunun altı çizilmelidir.

¹⁴ Bkz. TARMAN, 2010, s. 540-546; EKŞİ, 1997, s. 137-145; TUNCAY, 1977, s. 899-905; ELÇİN, 2012, s. 162 vd.; ERDOĞAN, 2017, s. 125-129; ERDOĞAN, Ersin / ERDOĞAN, Canan, "Türkiye'den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", İSGHD, Cilt: 13 Sayı: 50 Yıl: 2016, s. 955-988; VURAL ÇELENK, Belkıs, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", YBHD, 2017/3, s. 277-296; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 107-113; DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011, s. 33 vd. Ayrıca bkz. ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2018, s. 293-294; TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul 2016, s. 332-333; NOMER, 2017, s. 343-346.

Aynı zamanda, bireysel iş sözleşmelerinde taraflara tanınan “sınırlı hukuk seçimi” imkanına ilişkin ayrıntılı açıklamaların da çalışmamızın kapsamı dışında tutulduğunu belirtmek isteriz. Zira, sübjektif bağlama kuralı olarak uygulama alanı bulan hukuk seçimine özgü sorunlar *mutad işyeri* kavramının belirlenmesi sorunundan bağımsızdır, fakat ilgisiz değildir. Hukuk seçimi konusunda kabul edilen “sınır”, mutad işyerinin belirlenmesinin önemini ve aslında bireysel iş sözleşmelerinde uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı açısından hangi menfaatin ön planda tutulması gerektiği sorusunun cevabını ortaya koymaktadır. Bu anlamda, bireysel iş sözleşmelerinde gözetilmesi gereken milletlerarası özel hukuk adaletinin konusunu ve amacını ortaya koyması bakımından hukuk seçimindeki sınırın, objektif bağlama noktası olarak mutad işyeri hukukunun uygulanması konusunda arz ettiği önem üzerinde durulacaktır.

Bu çerçevede, çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde mutad işyeri kavramı üzerinde durularak, mutad işyerinin tespitinin gerek sübjektif, gerekse objektif bağlama kurallarının uygulanmasındaki önceliği açıklanmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde ise, mutad işyerinin tespit edilememesi halinde uygulanacak hukukun tespiti ve bu hukukun iş sözleşmesi ile olan ilişkisi ortaya konarak, MÖHUK m. 27/f. 3’de düzenlenen kuralın uygulanması halinde ortaya çıkacak durum incelenecektir.

I. MUTAD İŞYERİ KAVRAMI VE MUTAD İŞYERİNİN TESPİTİNİN ÖNEMİ

A. İşyeri Kavramı

İşyeri, hukukumuzda 4857 sayılı İş Kanunu¹⁵ m. 2’de tanımlanmaktadır. Buna göre, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.” Maddenin devamında, “işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu

¹⁵ RG. 10.06.2003 – S. 25134. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (RG. 07.11.2012 - S. 28460) da işyerinin tanımı bakımından 4857 sayılı İş Kanunu’na atıf yapmaktadır.

gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılacağı” ve işyerinin, “işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün” olduğu hüküm altına alınmıştır.

Doktrinde ise işyeri, “*maddi ve maddi olmayan unsurlar ile işgücünün bir veya daha fazla hukuk süjesi yönetiminde belirlenen ortak teknik amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelmesiyle oluşan birlik*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶. İşyerinden bahsedebilmek için, işyerinin tüm unsurlarının, belirli teknik bir amaç çerçevesinde ve sürekli olarak bir araya gelmesi gerekmektedir¹⁷. Bu anlamda, fabrika, atölye, şantiye, otel lokanta, her türlü serbest mesleğin (örneğin mimarlık, avukatlık, doktorluk, mali müşavirlik vb.) icra edildiği büro, okul, hastane, otomobil, kamyon, servis aracı, dernek, hayır kurumları, sendika işyeri niteliği taşır¹⁸.

İşyeri terimi, 5953 sayılı Basın İş Kanunu¹⁹, 854 sayılı Deniz İş Kanunu²⁰, İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik²¹, Sondajla Maden Çıkarılan İşletmelerde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği²², İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik²³ gibi birçok yasal düzenlemeye konu ise de, bu yasal düzenlemelerde yer alan hükümlerin İş Kanunu’ndaki tanımın özünü değiştirecek nitelikte olmadığı ifade edilmektedir²⁴.

¹⁶ SÜZEK, 2017, s. 193-194 ; YENİSEY DOĞAN, Kübra, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, İstanbul 2007, s. 10; ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2017, s. 116-118; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı, C.1 Bireysel İş Hukuku**, Ankara 2017, s. 77; EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul 2017, s. 44-45.

¹⁷ SÜZEK, 2017, s. 194; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, 2017, s. 118; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2017, s. 78; DOĞAN YENİSEY, 2007, s. 23-24.

¹⁸ SÜZEK, 2017, s. 194; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, 2017, s. 118. Ayrıca bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 2017, s. 46-47; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2017, s. 79-80.

¹⁹ RG. 20.06.1952 – S. 8140. Basın İş Kanunu m. 1/f. 1 uyarınca, “gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları” işyeri olarak kabul edilmektedir.

²⁰ RG. 29.04.1967 – S. 12586. Deniz İş Kanunu m. 1/f. 1 uyarınca, kanunun kapsamına giren gemiler, buralarda çalışanlar bakımından işyeri sayılır.

²¹ RG. 17.07.2013 – S. 28710.

²² RG. 22.02.2004 – S. 25381.

²³ RG. 18.01.2013 – S. 28532.

²⁴ DOĞAN YENİSEY, 2007, s. 13.

İşçinin işyeri dışında çalıştırılması da mümkündür; kimi işlerde bu durum “işin mahiyeti gereğidir”²⁵. İşyeri denilince sadece işin yapıldığı yer düşünülebilir ise de, işyeri bazen işin yapıldığı yerden daha fazlasıdır. Bu kapsamda, “işin esas itibarıyla yapıldığı yerin “asıl işyeri” olarak nitelendirilmesinin doğru olmayacağı” ifade edilmektedir²⁶. Bu açıdan, işverenin iş organizasyonuna hukuki bağlılık önem taşımaktadır; işyeri, “iş organizasyonu kapsamında bir bütün sayılır”²⁷. Farklı coğrafi alanlarda bulunan işyerleri de bu organizasyon içinde olabilir²⁸. Bu anlamda, işyeri kavramının geniş yorumlanarak, iş ilişkisinin gerçekleştiği, “iş sözleşmesinin konusunu oluşturan işin, işverenin iş organizasyonu dahilinde ifa edildiği yer” olarak kabul edilmesi daha uygun olacaktır.

B. Mutad İşyeri Kavramı ve Mutad İşyeri Hukukunun Tespitinde Kullanılan Farklı Terim ve İfadeler

1. Türk Doktrini ve Yargıtay Kararları Kapsamında Mutad İşyeri Kavramı

Mutad işyeri kavramı, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetkinin tesisinde hayati önemi haizdir. Bu nedenledir ki, birçok farklı ülke hukukunda, objektif bağlama noktası olarak mutad işyeri tercih edilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, mutad işyeri, MÖHUK’un mehzazı olan Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/a (Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2) hükmünde objektif bağlama noktası olarak tercih edilmiştir. Aynı şekilde, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun (EGBGB)²⁹ m. 30/f. 2 ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun³⁰ m. 121/f. 1 hükmünde yer alan objektif

²⁵ ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, **Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi**, Ankara 2016, s. 52. Yazara göre, özellikle son teknolojik gelişmeler ışığında, işyerinin bir “iş organizasyonu” olarak tanımlanması gerekecektir. Aynı yönde bkz. GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, Eskişehir 2017, s. 49.

²⁶ SÜZEK, **2017**, s. 195.

²⁷ SÜZEK, **2017**, s. 195; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, **2017**, s. 119; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, **2017**, s. 46. Ayrıca bkz. DOĞAN YENİSEY, **2007**, s. 24 ve s. 26.

²⁸ SÜZEK, **2017**, s. 196. Güven/Aydın da, işverenin iş organizasyonunu, işçinin evine, irtibat bürolarına, yurt geneline veya bir ilçeye yayılacak şekilde kurmuş olabileceğini dile getirmektedir (bkz. GÜVEN/AYDIN, **2017**, s. 39).

²⁹ Einführungsgesetz zum Bundesgesetzbuch (Introductory Act to the German Civil Code), in the version promulgated on 21 September 1994, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 2494, last amended by Article 17 of the Act of 20 November 2015, Federal Law Gazette I p. 2010.

³⁰ Loi fédérale sur le droit international privé, (RS 291; 18.12.1987).

bağlama kuralı uyarınca, bireysel iş sözleşmelerine işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin hukuku uygulanmaktadır.

Daha çok “işyeri” kavramına odaklanan ulusal iş hukuku mevzuatlarına yabancı olan bu mutad işyeri kavramının, devletler özel hukuku tarafından geliştirildiği ifade edilmektedir³¹. Kanunlar ihtilafı sisteminde bir bağlama noktası olarak başvuru mutad işyeri kavramı, bağlama noktalarının vasıflandırılmasında genel olarak kabul edildiği üzere, Türk hukukuna uygun olarak nitelendirilmelidir³². Doktrinde, iş mutaden ifa edildiği yerin tespitinde yaşanan güçlükleri aşmak maksadıyla, “ tarafların işin yapılmasını öngördükleri yer” teriminin kullanılabileceği önerilmiş ise de³³, iş ilişkisinin ağırlıklı olarak görüldüğü yer ile taraf iradelerinin işaret ettiği yerin aynı olmayabileceği unutulmamalıdır.

Hangi işyerinin uygulanacak hukuku belirleyeceği bakımından Roma I Tüzüğü ile MÖHUK arasında önemli “terimsel” bir fark bulunmaktadır. Buna göre, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2’de “işçinin işini mutad olarak yaptığı ülke” hukukunun uygulanması öngörülmüş iken, MÖHUK m. 27/f. 2’de bağlama noktası olarak “işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri” tercih edilmiştir. Bu durum doktrinde fiili işyeri kavramı ile mutad işyeri kavramının ayrışıp ayrışmadığı tartışmasını yaratmıştır.

NOMER, “işçinin işini fiilen yerine getirdiği yerin, işyerini belirleyici tek unsur olduğunu” belirtmektedir. Bununla birlikte, işin ağırlık merkezinin bulunduğu yerin mutad işyeri olduğunu da ifade etmektedir³⁴. Yazar, bu konuda işçinin işverenle anlaşmasının esas alınacağını da eklemektedir. ÇELİKEL/ERDEM de, nerenin mutad işyeri olduğu konusunda taraf iradesinin belirleyici olduğunu ifade etmektedir. Taraf iradelerinin saptanamaması halinde ise, hizmetin niteliği ve özelliğinin, işin ağırlık merkezini belirleyeceğini, mutad işyerinin belirlenmesinde fiili işyerinin rol

³¹ GÖĞER, Erdoğan, **Devletler Özel Hukuku (Kanunlar İhtilafı)**, Ankara 1977, s. 322.

³² UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul 2011, s. 978.

³³ EBRAHİMİ, Seyed Nasrollah, *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations: (with Particular Reference to the Rome Convention, 1980)*, 2004, s. 419 (ELÇİN, 2012, s. 124’den naklen).

³⁴ NOMER, 2017, s. 346-347.

oynamayacağını vurgulamaktadır³⁵. ÇELİKEL, mülga 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlükte olduğu dönemde kaleme aldığı eserinde, mutad işyeri ile fiili işyeri ayrımını çok somut bir biçimde ortaya koymuştur. Buna göre, “*mutad işyeri, işin ağırlıklı olarak yapıldığı yer olduğu halde, fiili işyeri geçici ve kısa süreli olarak işin yapıldığı yerdir*³⁶.” Bir diğer görüş uyarınca, “*mutad işyerinin neresi olacağını taraflar belirler*”; böyle bir belirleme yapılamıyor ise, “*yapılacak işin niteliği ve özelliği dikkate alınmalı, işin ağırlıklı olarak ifa edildiği yer mutad işyeri olarak belirlenmelidir*”³⁷. Bu anlamda, iş görme ediminin düzenli ve sürekli olarak ve bir bütün halinde belirli bir ülkede ifa edilmesi gereklidir³⁸.

ELÇİN, fiili işyeri ve işin fiilen yerine getirildiği yer kavram kargaşasının, MÖHUK'da tercih edilen ifadeden kaynaklandığını, şayet “*işverene yakınlığı ifade eden işyeri terimi kullanılmıyaydı*”, böyle bir kavramsal tartışmanın hiç çıkmayacağını savunmaktadır³⁹. Yazara göre, işin mutaden yapıldığı işyeri, işin mutaden yapıldığı ülkeden farklı bir ülkede bulunabilecektir; bu durumda, Türk kanun koyucusu, işverene bağlı, iş hukuku kaynaklı bir terim olan “işyeri” terimini kullanarak, “*işverenin*

³⁵ ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2017, s. 416.

³⁶ ÇELİKEL, Aysel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2004, s. 256. Yazar, mutad işyeri bulunmadığı takdirde, uygulanacak hukuk bakımından fiili işyerinin esas alınması gerektiğini de eklemektedir.

Çalışılan yer ile mutad işyeri kavramlarının farklı olduğu, “çalışılan yer”in, mutad/sürekli/geçici ayrımı yapılmaksızın fiilen nerede çalışılıyorsa orayı ifade ettiği yönünde bkz. AKYİĞİT, Ercan, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları**, I. Oturum/3. Tebliğ, İNTES Konferansı (18.02.2017), İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 31. Konuşmacı, bu anlamda İŞKUR Yurt Dışı Hizmet Form Sözleşmesi'nin 16. maddesinde yer alan ifadeye dikkat çekmiş ve hükümde atf yapılan “çalışılan ülke mevzuatı” ifadesinin bir hukuk seçimine işaret etmekle birlikte, bu hukukun mutad işyeri hukukundan farklı olduğunun altını çizmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir “*Sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır.*” (bkz. <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam/>; erişim tarihi: 28.07.2018). Ayrıca bkz. BAYCIK, Gaye, “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk”, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler)**, İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 115.

³⁷ SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler)**, İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 70.

³⁸ SENYEN KAPLAN, 2017, s. 70.

³⁹ ELÇİN, 2012, s. 125.

*menfaatlerini korumayı tercih etmiştir*⁴⁰.” Diğer taraftan, işin mutad yapıldığı yerin, tarafların sözleşmede işyeri olarak belirlediği yerden farklı olması halinde, ilgili sözleşme hükmüne değil, işin mutaden ifa edildiği yere riayet edilmesi gerektiği görüşündedir⁴¹.

Sonuç olarak, tüm bu görüşleri toparlamak gerekirse, Türk doktrininde ifade edildiği üzere, işin mutaden yapıldığı yer, işin belirli bir anda fiilen ifa edildiği yer ile aynı değildir⁴². Mutad işyeri belirlenirken, iş sözleşmesi bir bütün olarak ele alınmalıdır; bu anlamda, işçinin işini nicelik ve nitelik bakımından ve süre olarak hangi ülkede ağırlıklı şekilde yerine getirdiği önem taşımaktadır⁴³; “*işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer*” mutad işyeri olarak kabul edilmektedir⁴⁴.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, mutad işyeri kavramının açıklandığı bir karara rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Zira, Yargıtay’ın verdiği ve yeni dönemde istinaf kanun yolu sonucunda verilen kararlarda istikrarlı şekilde mutad işyerinin hangi ülkede olduğu ile ilgilenilmediği, daha ziyade uyuşmazlığın Türk hukuku ile ilişkilendirilerek Türk iş mevzuatının koruyucu hükümlerinin uygulanmaya çalışıldığı görülmektedir⁴⁵.

⁴⁰ ELÇİN, 2012, s. 125.

⁴¹ ELÇİN, 2012, s. 126.

⁴² ELÇİN, 2012, s. 123.

⁴³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 2018, s. 292.

⁴⁴ EKŞİ, 1997, s. 126. TUNCAY, iş ilişkisinin “*teknik ve ekonomik yönü itibarıyla ağırlık noktasının ilişkin bulunduğu hukuka tabi olması*” gerektiğini ifade etmektedir (bkz. TUNCAY, 1977, s. 907). Yazar, ister karakteristik edimin ifa edildiği yer, ister akdin ifa yeri olarak kabul edilsin, işin görüldüğü yer hukukunun iş ilişkisine en uygun düşen hukuk olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca bkz. AYDIN, Kemal Gürhan, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları**, I. Oturum/2. Tebliğ, İNTES Konferansı (18.02.2017), İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 24. Konuşmacı, özellikle yurt dışında yürütülen inşaat projelerinde istihdam edilen işçiler bakımından mutad işyerinin hiçbir zaman Türkiye olamayacağını altını çizmektedir.

⁴⁵ “*Dosya kapsamına göre davalı şirket Türkiye merkezli bir şirkettir. Davacı işçi davalı şirketin Libya ülkesinde bulunan şube işyeri üzerinden istihdam edilmiştir. Davacı, davalı tarafından Libya’da çalıştırılmak üzere Türkiye’de işe alınmıştır. Bu durumda Türk iş hukukunun işçiye sağladığı asgari koruma Libya’da da devam eder. Bu yönüyle işçiyi koruyucu düzenlemeler kamu düzenindedir. 5718 sayılı kanunun 27. maddesi uyarınca davacının mevzuata dayalı talep edebileceği haklar en geniş Türk iş hukuku mevzuatındaki kapsamda olabileceğinden ve davacı Türk iş hukukuna göre talepte bulunduğu davalının Libya hukukunun uygulanması yönündeki istinaf başvuru sebebine itibar edilmemiştir.*” (İstanbul BAM, 30.HD, E. 2016/242 K. 2017/227, 20.02.2017).

“*Buna göre davalı şirketin Libya merkezli değil, Türkiye merkezli olduğu, davacının Libya’daki şube işyeri üzerinden istihdam edildiği, davacının Türk vatandaşı olup, davalı şirketin de Türk Ticaret*

Türk mahkemelerinin bu uygulamasında, çoğu zaman, MÖHUK m. 27/f. 4 hükmüne dahi atıf yapılmamaktadır. Mutad işyeri kavramı üzerinde durmaksızın ve çoğu Türk şirketleri veya bu şirketler ile “organik bağ” içindeki yabancı iştirakleri tarafından yurt dışında çalıştırılan Türk işçilerin çalışmalarına ilişkin hakları konu alan uyuşmazlıkların⁴⁶ MÖHUK m. 27/ f. 2’nin uygulama alanına girip girmediği konusunu araştırmaksızın verilen bu kararların MÖHUK m. 27 sistemi ile ters düştüğü bir gerçektir^{47 48}.

Siciline kayıtlı şirket olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda Türk iş hukukunun işçiye sağladığı asgari koruma, Libya’da da devam eder. Bu yönü ile işçiyi koruyucu düzenlemeler kamu düzenindedir. Dolayısıyla davalının Libya hukukuna atıf ile Türk hukukundaki hakları dışlar biçimdeki savunmalarının dikkate alınması mümkün değildir. 5718 sayılı Kanununun 27. maddesi uyarınca davacının mevzuata dayalı talep edebileceği haklar en geniş biçimde , Türk İş Hukuku mevzuatındaki kapsamda olabileceğinden ve davacı da, bu kapsamda talepte bulunduğundan, davalının Libya hukukunun uygulanarak dava konusu alacakların reddi gerektiği savunmasının ve giderek bu yöndeki istinaf sebebinin yerinde olmadığı anlaşılmıştır.” (İstanbul BAM, 32.HD, E. 2016/255 K. 2017/83, 09.02.2017). Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 32.HD, E. 2016/140 K. 2017/94, 16.02.2017; İstanbul BAM, 32.HD, E. 2016/143 K. 2017/95, 16.02.2017; İstanbul BAM, 32.HD, E. 2016/254 K. 2017/84, 09.02.2017 (kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr; erişim tarihi: 20.07.2018).

⁴⁶ Ankara BAM, 6.HD, E. 2016/317 K. 2017/662, 11.04.2017; Yarg. 9.HD, E. 2012/8226 K. 2012/36419, 06.11.2012; Yarg. 9.HD, E. 2012/23286 K. 2012/36425, 06.11.2012; Yarg. 9.HD, E. 2012/13872 K. 2012/36420, 06.11.2012; Yarg. 9.HD, E. 2012/15508 K. 2012/36420, 06.11.2012 (www.lexpera.com.tr; erişim tarihi: 20.07.2018).

⁴⁷ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kararların hiçbirinde mutad işyerinin yabancı ülkede bulunduğu tespiti yapılmamış; doğrudan Türk iş mevzuatının uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Oysa Yargıtay, bu uyuşmazlıklarda MÖHUK m. 27/f. 4’ü uygulayarak, uyuşmazlık ile sıkı ilişkili bulunduğu Türk hukukunun uygulanmasına ve işçinin Türk iş mevzuatının koruyucu hükümlerinden faydalanmasını sağlayabilirdi. Bu yönde rastladığımız bir karar için bkz. İstanbul BAM, 29.HD, E. 2017/774 K. 2017/578, 19.04.2017: “Davalı vekili, uyuşmazlığa Arnavutluk hukukunun uygulanması gerektiğini savunmuştur. İş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyuşmazlıklarda Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde Türk İş Hukuku uygulanmakta ve organik bağ içinde olan Türkiye’de kişi veya kişiler işçinin işverenini kabul edilerek sorumlu tutulmaktadır (Yargıtay 7.HD’nin 24.10.2013 tarih,2013/10105 E,2013/17312 K, Yargıtay 9:HD’nin 18.02.2011 tarih, 2009/42000 E,2011/3964 K sayılı ilamları) Dosya kapsamından davacının Türk vatandaşı olduğu, davalı şirket merkezinin Türkiye’de olduğu ve yurtdışındaki işyerinde çalıştırmak üzere davacıyı yurt dışına götürdüğü, davalı işyerinden davacı adına sigorta primlerinin ödendiği, iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukukun Türk Hukuku olduğu ve uyuşmazlığa Türk Hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.” Ayrıca bkz. ERDOĞAN/ERDOĞAN, **2016**, s. 974 ve s. 977. Yargıtay’ın “organik bağ” yorumunun eleştirisi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, **2017**, s. 422. Aydın da, uygulamadan örnekler vererek, mümkün olmadığı halde, Türk hukukunun işçiyi koruyan hükümlerinin uygulanmasına karşı davalı işverenlerce yapılan itirazların dikkate alınmadığını, hakimlerin MÖHUK m. 27’yi kanun koyucunun amacı doğrultusunda uygulamadıklarını dile getirmektedir (bkz. AYDIN, **2017**, s. 24 ve 26). Ayrıca bkz. AKYİĞİT, **2017**, s. 34-35; BAYCIK, **2017**, s. 116.

Yargıtay eski tarihli bir kararında (Yarg. 9.HD, E. 1992/1621 K. 1992/7890, 06.07.1992; www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.06.2018), somut olayın özelliklerinin Türkiye ile sıkı irtibat sağlamasına rağmen, borcun ifa yeri [mutad işyeri] hukuku olan Libya hukukunun uygulanması

2. AB Hukuku Kapsamında Mutad İşyeri Kavramı ve Avrupa Adalet Divanı'nın Yorumu

MÖHUK m. 27/f. 2'de olduğu gibi, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2 de, mutad işyerinin bağımsız ve iş sözleşmesine özgü bir tanımını içermemekte; işin mutaden yapıldığı yerin tespitine ilişkin bir açıklamaya yer vermemektedir⁴⁹. Dolayısıyla uluslararası doktrinde Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2'de yer alan kavramların AAD tarafından yorumlanması ve hükmün bu yorumlara bağlı kalınarak geliştirilmesi gerektiği ifade olunmaktadır⁵⁰. Bu kapsamda, “sözleşmenin ifası”, “işçi tarafından yalnızca iş sözleşmesine uygun, birincil (esas) ve doğrudan bağlı olarak yürütülen faaliyeti” ifade edecek şekilde yorumlanmalıdır⁵¹. İşin “belirli bir ülkede veya ülkeden” yapılması ise, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin esaslı bölümünü ifa ettiği yeri veya işçinin işe ilişkin faaliyetini sürdürmek üzere oluşturduğu işlevsel merkezi yani işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin önemli bir bölümünün yürütüldüğü yeri ifade etmektedir⁵².

Bu noktada, Roma Konvansiyonu ile Roma I Tüzüğü arasında en önemli farkı yaratan düzenleme üzerinde ayrıca durmakta yarar görüyoruz. Roma I Tüzüğü m. 8

gerektiğine, ancak Libya mevzuatının uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırı olacağına hükmetmiştir. Ayrıca bkz. DOĞAN, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara 1996, s. 88.

⁴⁸ Yargıtay'ın, mutad işyeri kavramını açıklayan bir kararına ulaşamadıysak da, ender de olsa, mutad işyerini tespit ettiği kararlarına rastlamak mümkündür. Bkz. Yarg. HGK, E. 1989/10-316 K. 1989/411, 07.06.1989: “m. 24/2 uyarınca “...borcun ifa yeri hukuku...” nun uygulanması gerekeceğinden ve iş akitlerinde ifa yeri, işçinin hizmet edimini ifa edeceği yer olup, davacı işçi edimini Mekke Şehri orta okul inşaatı işyerinde ifa edeceğinden dolayı, ifa yerinin Suudi Arabistan olduğu ve bu devlet hukukunun uygulanması gerekeceği açık ve seçiktir” (kararın incelenmesi için bkz. TUNCAY, Aziz Can, **Çimento İşveren Dergisi**, Sayı: 2 Cilt: 4 (Mart 1990), s. 14-18; bkz. http://www.ceis.org.tr/dergi/mart1990/karar_inceleme.pdf; erişim tarihi: 18.08.2018. Tuncay, somut olayın sosyal güvenlik hukuku mevzuatına ilişkin olması nedeniyle, Yargıtay'ın mülga 2675 sayılı MÖHUK hükümlerini uygulamasının doğru olmadığı görüşündedir.); Yarg. 21.HD, E. 2010/10129 K. 2011/12849, 08.12.2011 (www.lexpera.com.tr; erişim tarihi: 25.05.2018).

⁴⁹ ELÇİN, 2012, s. 123.

⁵⁰ MORENO, 2016, s. 587.

⁵¹ MORENO, 2016, s. 587; COURSIER, Philippe, **Le Conflit de lois en matière de contrat de travail**, Paris 1993, s. 100. COURSIER, bu noktada, ifası söz konusu olan sözleşmenin, söz konusu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ve sözleşmenin ifasının ortaya çıkardığı etkilerin tam ve kesin olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁵² MORENO, 2016, s. 587; STAUDINGER, 2015, s. 302; ZANOBETTI, Alessandra, “Employment Contracts and The Rome Convention: The Koelzsch Ruling of The European Court of Justice”, **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Octubre 2011, Vol. 3 No. 2, s. 346.

düzenlenirken, işin sadece belirli bir ülke sınırları içinde yapılmasını değil, fiilen birden fazla ülkede ifa edilse dahi, işçi ve iş ile tek bir ülke arasında en sıkı bağın kurulması durumunda da, mutad işyerinin tespit edilmesine imkan sağlayan bir düzenlemenin kabulü yoluna gidilmiştir. Böylece, mutad işyeri hiçbir şekilde belirlenemeyen, işin hiçbir ülke ile sıkı bir bağ içinde olmadığı durumların, mutad işyerinin tespit edilebileceği durumlardan ayrılması sağlanmıştır. Roma I Tüzüğü m. 8’de yer alan ülkeden (“*from which*”) ifadesi, işçi ve iş ile sıkı bağ kuran (mutad/menşe/asıl) işyeri dışındaki ülkelere yapılan seyahatlerden/ yer değişikliklerinden sonra, asıl işyerine dönen işçileri kapsamak üzere kabul edilmiştir⁵³. Bu işçilerin asıl/mutad işyerlerinin, işverenin işçiyi işe alan işyeri/esas işyeri/merkezinden farklı bir ülke olması halinde, uygulanacak hukuk değişecektir. Örneğin, Fransa-İsviçre sınırında, merkezi Almanya’da bulunan bir market zincirinde kasiyer olarak çalışan bir işçinin, günün belirli bir bölümünde İsviçre’de, belirli bir bölümünde de Fransa’da çalıştığını ve akşam Fransa’daki evine döndüğünü düşünelim. Bu örnekte, işçi hakkında, işin mutaden belirli bir ülkede ifa edilmediğinden hareketle, işverenin merkezinin yani Alman hukukunun veya işçinin İsviçre’deki işyerinde işe alınması ihtimalinde, İsviçre hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir ki, her iki hukukun uygulanması da, aşağıda görüleceği üzere AAD’nin mutad işyeri yorumundan farklı bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

Roma I Tüzüğü ile kabul edilen ve mutad işyeri kavramını işin sadece belirli bir ülkede ifa edildiği hallere özgülemeyen anlayış, “işin yoğunluk merkezini tespit etme” düşüncesi ile uyum içindedir. Bu anlamda, işin bir “ülkeden” ifası, o ülke ile iş arasında sıkı bir bağ kurmaya elverişli şekilde yorumlanmalıdır; aksi halde, iş ilişkisi ile en sıkı irtibatı kuran hukuku bulmak ve böylece milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlama amacı ile ters düşülmesine sebep olunacaktır⁵⁴.

AAD, *Rutten* kararında⁵⁵, Brüksel Konvansiyonu m. 5/f. 1 çerçevesinde yetkili mahkemenin tespiti ile ilgili olarak, mutad işyerinin tanımını şu şekilde yapmıştır: “*İşin*

⁵³ STAUDINGER, 2015, s. 304.

⁵⁴ STAUDINGER, 2015, s. 306.

⁵⁵ AAD, *Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd.*, C-383/95, 09.01.1997, ECR I 57-I 77.

birden fazla ülkede icra edilmesi halinde, mutad işyeri, işçinin işe ilişkin faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere oluşturduğu etkin merkezin bulunduğu yerdir.” AAD, mutad işyerinin belirlenmesinde somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini, bu anlamda işçinin işin icrası ile ilgili olarak en çok nerede vakit geçirdiğinin, varsa işçinin işin yürütülmesi ile ilgili olarak kullandığı çalışma ofisinin yerinin, -mutad işyerinin bulunduğu ülke dışına gerçekleştirdiği- iş seyahatlerinden sonra döndüğü yerin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Doktrinde de, zayıf taraf olan işçinin korunması amacı ile uyumlu bir biçimde, mutad işyerinin, iş sözleşmesinde yer alan hükümlerden ziyade, olay ve olgulara (detaylı ve fiili bir incelemeye) dayalı, sözleşmenin güncel ifasına ilişkin durumların esas alınarak yorumlanması gerektiği üzerinde durulmaktadır⁵⁶. Bu anlamda, gerek milletlerarası yetki, gerekse uygulanacak hukukun belirlenmesinde başvurulacak mutad işyeri kavramının, “*koruyucu bir kriter olarak kabul edilmesi gerekir*”⁵⁷.

AAD'nin *Rutten* kararında vardığı bu sonuç, iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin tespiti ile ilgili olarak vermiş olduğu *Mulox* kararı⁵⁸ ile aynı doğrultudadır. AAD, anılan kararda da, Brüksel Konvansiyonu'nda yer alan kavramların bağımsız (otonom) ve Konvansiyon'un yeknesak şekilde uygulanmasına elverişli yorumlanması gerektiğinden yola çıkarak, işin birden fazla ülkede ifa edilmesi halinde, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin önemli bir bölümünü hangi ülkede veya hangi ülkeden ifa etmiş ise, o ülkenin mutad işyeri ülkesi olduğunu kaydetmiştir⁵⁹.

⁵⁶ Van HOEK, Aukje A.H., “Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union”, **ELR**, November 2014 No. 3, s. 160 (bkz. https://repub.eur.nl/pub/77390/ELR_2014_03_006.pdf).

⁵⁷ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, **2011**, s. 978.

⁵⁸ AAD, *Mulox IBC Ltd. v. Hendrick Geels*, C-125/92, 13.07.1993, ECR I 4075.

⁵⁹ AAD, milletlerarası yetki tesisine ilişkin eski tarihli kararlarında özellikle, iş sözleşmelerinin kendine özgü niteliği üzerinde durmuş ve sözleşmeyi karakterini veren edimin işin ifası olduğuna dikkat çekerek, işin yapıldığı yer mahkemelerinin uyuşmazlık ile en sıkı bağı kuran mahkemeler olduğunu vurgulamıştır (bkz. AAD, *Six Constructions Ltd. v. Paul Humbert*, C-32/88, 15.02.1989; AAD, *Ivenel v. Schwab*, C-133/81, 26.05.1982; AAD, *Shenavai v Kreischer*, C-266/85, 15.01.1987). Ayrıca bkz. ZANOBETTI, **2011**, s. 344-345; GRUŠIĆ, Uglješa, **The European Private International Law of Employment**, 2015, s. 110-111; GULOTTA, Carla, “The First Two Decisions of the European Court of Justice on the Law Applicable to Employment Contracts”, **Cuadernos de Derecho Transnacional** Octubre 2013, Vol. 5 No. 2, s. 588.

Bu kapsamda, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3 çerçevesinde, işçinin işe alındığı işyeri hukukunun (MÖHUK m. 27/f. 3 bakımından ise, işverenin esas işyeri hukukunun) uygulanacağı düşünülen pek çok sözleşmenin aslında mutad işyerinin belirlenmesine elverişli sözleşmeler olduğu sonucuna varılmaktadır⁶⁰. Uygulamada bir hayli sık rastlanan bu sözleşmeler arasında, uluslararası kara ve hava taşımacılığı sözleşmeleri, birden çok ülkede ifa edilen satış ve pazarlama faaliyetlerine ilişkin sözleşmeler veya yine birden çok ülkede seyyar olarak çalışan (aşçı, şoför, fuar ve eğlence sektörü vb.) işçilerin taraf olduğu sözleşmeler yer almaktadır. Bu sözleşmeler bakımından mutad işyerinin tespitinde dikkate alınacak kriterler aşağıda incelenecektir⁶¹.

Görüldüğü üzere, AAD içtihadı, mutad işyeri kavramının iş hukuku mevzuatı dışında, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara özgü şekilde yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu durum çalışmamızın ilgili bölümlerinde, Roma I Tüzüğü'nün 8. maddesinin uygulanmasına ilişkin farklı AAD kararları ile de desteklenmektedir. Bu çerçevede, "işin mutaden yapıldığı yer" otonom bir kavram olarak, gerek uygulanacak hukuk, gerekse milletlerarası yetkinin tespitinde, kendi içinde öngörülebilir ve hukuki istikrarı sağlayacak bazı kıstaslara tabi şekilde değerlendirilmelidir. Kavramın yorumu, "işverenden" ve "işverenin işyerleri"nden bağımsız olarak, işçinin işverene karşı yükümlülüklerini ağırlıklı olarak ifa ettiği yerin tespiti yoluyla yapılmaktadır. AAD'nin yaptığı bu yorum, farklı terimsel tartışmalara rağmen Türk doktrinin genel anlamda vardığı sonuç ile de uyumludur.

C. Mutad İşyeri Kavramının Yabancı Unsurlu Bireysel İş Sözleşmeleri Bakımından Önemi

MÖHUK m. 27/f. 1 uyarınca, "*iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.*" MÖHUK m. 27/f. 1'in taraflara sınırlı da olsa bir hukuk seçimi yapma imkânı tanıdığını daha önce belirtmiştik. Tarafların arasında hukuk seçimi yapılmış olması MÖHUK m. 27/f. 2'ye göre mutad işyerinin tespitini gereksiz kılmamaktadır. Hükmün açık ifadesi uyarınca, seçilen hukuk ile objektif bağlama

⁶⁰ STAUDINGER, 2015, s. s. 304; ZANOBETTI, 2011, s. 340 vd.

⁶¹ Bkz. aşağıda "Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmeleri" başlıklı bölüm.

noktası uyarınca tespit edilen hukuk arasında karşılaştırma yapabilmek için mutlaka objektif hukukun belirlenmesi gerekmektedir⁶². Hakim bu karşılaştırmayı re'sen yapacaktır⁶³.

MÖHUK m. 27/f. 2'ye göre mutad işyerinin tespiti, hukuk seçimi yapılmayan iş sözleşmeleri bakımından da gereklidir. Zira, sözleşme konusu işin mutaden “belirli bir ülkede”⁶⁴ ifa edilip edilmediği, MÖHUK m. 27'nin kanunlar ihtilafı sisteminin kilit taşıdır; bir sonraki fıkrada yer alan “işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun” uygulanabilmesi bakımından da MÖHUK m. 27/f. 2'deki bağlama noktasının uygulanması konusundaki belirlemenin yapılması zorunludur. Diğer taraftan, MÖHUK m. 27/f. 3'ün uygulanması halinde, 2. fıkrada öngörülen koruma da ortadan kalkacaktır.

MÖHUK m. 27'nin öngördüğü bu sistem doktrinde ardışık (birbirini izleyen) bir bağlama noktası sistemi olarak tanımlanmaktadır⁶⁵. Bu ardışık bağlama noktası sistemi, bir taraftan sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunmasını amaçlarken, diğer yandan -ve daha önemlisi- iş sözleşmesi ile en yakın bağlantılı hukukun belirlenmesini

⁶² Roma I Tüzüğü m. 8/f. 1, f. 2-3 ve 4 uyarınca işçinin sahip olacağı asgari korumanın (bu fıkralar uyarınca belirlenen hukuklarda “sözleşme ile değiştirilemeyecek” hükümlerden işçinin faydalanmasının önüne geçmeksizin) tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde de geçerli olacağını düzenlemektedir. Oysa MÖHUK m. 27/f. 1'de tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde, işçinin -yalnızca ikinci fıkra uyarınca-, mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari korumadan yararlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, Roma I Tüzüğü düzenlemesinde, “asgari koruma” bakımından yalnızca mutad işyeri hukuku ile yetinilmediği görülmektedir. İşçinin haklarının, subjektif bağlama noktası dışında, hüküm kapsamında belirlenen tüm hukukların sağladığı asgari koruma ile güvence altına alınması amaçlanmış, “koruma” amacı üzerine yoğunlaşmıştır. MÖHUK'da ise, işçinin sadece mutad işyeri hukuku ile korunabileceği düşüncesinden hareket ile “mutad işyeri” kavramı üzerinde durulduğu görülmektedir.

⁶³ STAUDINGER, 2015, s. 298. Yapılacak karşılaştırmanın soyut ve bütüncül mü olması gerektiği, somut ve tekil mi olması gerektiği ya da ilgili hükümler temelinde bir “grup karşılaştırması”nın tercih edilmesinin mi uygun olacağı ve “yararlılık” ilkesi hakkında bkz. STAUDINGER, 2015, s. 298; ELÇİN, 2012, s. 100 vd.; DOĞAN, 2007, s. 155 vd.; DOĞAN, 1996, s. 73 vd.

⁶⁴ MÖHUK m. 27/f. 2, birincil objektif bağlama noktası olarak “işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri”ni belirlemektedir. Buna mukabil, hükmün 3. fıkrasında, f. 2'de belirlenen bağlama noktasının uygulanamayacağı durum olarak, işçinin işini belirli bir ülkede yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması” gösterilmektedir. Bu nedenle, aslında f. 2'nin uygulanabilmesi için, mutad işyerinin belirli ve tek bir ülkede bulunması gereği ortaya çıkmaktadır ki, kanımızca hükmün uygulanmasını sorunlu hale getiren de bu noktadır. Bkz. aşağıda “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmeleri” başlıklı bölüm.

⁶⁵ MORENO, 2016, s. 586.

sağlamaktadır⁶⁶. Daha önce de belirttiğimiz üzere, mutad işyerinin tespiti bu anlamda tam da merkezde bulunmaktadır. Hukuk seçimine ilişkin hükmün uygulanması bakımından hemen hemen bütün ulusal hukuk sistemleri “işyeri” hukukunun uygulanmasını öngörmektedir. Zira bu hukuk, taraflar bakımından öngörülebilir olduğu kadar, taraf menfaatlerini de en iyi dengeleyen ve farklı ulusal iş piyasalarının düzenlenmesinde en uygun bulunan hukuktur⁶⁷. Doktrinde, işveren açısından kendisine bağlı olarak belirli bir ülkede çalışanların, vatandaşlıklarına bakılmaksızın, aynı hukuka tabi kılınmalarını sağlayan mutad işyeri hukukunun en uygun bağlama noktası olduğu dile getirilmektedir; böylece, işçiler arasında gözetilmesi gereken “eşitlik ilkesi”ne de uygun bir bağlanma noktası tercih edilmiş olmaktadır⁶⁸. Bu sonuç işyerinde ayrımcılığın önlenmesine, böylece çalışma barışının sağlanmasına da hizmet edecektir⁶⁹. Her ne kadar, taraflara, iş sözleşmesine uygulanacak hukuku belirleme yetkisi verilerek çalışanlar arasında ayırım yapmaya imkan verildiği düşünülebilecek ise de, mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari korumanın gözetilmesi, en azından işçinin sahip olduğu asgari haklar bakımından bir eşitliğin sağlandığı sonucunu yaratmaktadır.

Ayrıca, işçiler, çalıştıkları ülkenin ekonomik ve politik şartlarından ve işgücüne dair politikalarından etkilenmektedirler⁷⁰. Yukarıda belirttiğimiz üzere, bu durum tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde de geçerlidir. İşçinin çalıştığı ülkenin doğrudan uygulanan kuralları iş sözleşmesine uygulanacak hukuku ve iş uyumsuzluklarında varılacak maddi sonucu etkin bir biçimde değiştirebilmektedir.

⁶⁶ MORENO, 2016, s. 586.

⁶⁷ MORENO, 2016, s. 586-587. DOĞAN’a göre de, “iş sözleşmesi statüsünün sıkı ilişki esasına göre tespitinde en güçlü ölçüt mutad işyeridir” (bkz. DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2017, s. 395; DOĞAN, 1996, s. 79). TEKİNALP/UYANIK da, iş sözleşmesinde ağırlık noktasını teşkil eden yerin mutad işyeri olduğunu belirttikten sonra, sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen genel bağlama kurallarında karakteristik edim borçlusunun yerleşim yerine ya da mutad meskenine atıf yapıldığını, iş sözleşmeleri bakımından ise, karakteristik edim borçlusu olan işçinin yerleşim yeri ya da mutad meskeninin değil, işin mutaden yapıldığı yerin esas alındığını dile getirmektedir (bkz. TEKİNALP/UYANIK, 2016, s. 330).

⁶⁸ MORENO, 2016, s. 587; ZANOBETTI, 2011, s. 356; ELÇİN, 2012, s. 120; BAYCIK, 2017, s. 115.

⁶⁹ ZANOBETTI, 2011, s. 356; ELÇİN, 2012, s. 120; BAYCIK, 2017, s. 115.

⁷⁰ ZANOBETTI, 2011, s. 347; Van HOEK, 2014, s. 161; ELÇİN, 2012, s. 120.

Diğer taraftan işyeri/mutad işyeri hukukunun bağlama noktası olarak tercihi, uygulanacak hukuk ile iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespitinde de paralellik sağlamaktadır; böylece aynı uyuşmazlık ile ilgili birden fazla devlet mahkemesinin yetkilendirilmesinin de önüne geçilmiş olacaktır⁷¹. Milletlerarası yetki ile uygulanacak hukukun aynı kavramlara bağlı olarak tespiti hukuki güvenlik, istikrar ve tutarlılığın sağlanması bakımından da önemlidir⁷². AAD, mutad işyeri kavramını, kanunlar ihtilafı alanından ziyade, milletlerarası yetkinin tesisi bakımından tartışmış ve aşağıda yeri geldiğinde değinileceği üzere, kavramın içeriğinin belirlenmesi bakımından hatırı sayılır bir içtihat ortaya koymuştur. AAD'nin milletlerarası yetki konusundaki yorumu, kanunlar ihtilafı bakımından da geçerlidir⁷³.

II. MUTAD İŞYERİNİN TESPİTİ ve MÖHUK m. 27/f. 2'NİN UYGULAMA ALANI

A. Mutad İşyerinin İşin Yapıldığı Ülke(ler) Bakımından Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, mutad işyerinin bulunduğu yerin tespiti bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun ve bu hukukun sınırlarının belirlenmesinde hayati önemi haizdir. Bununla birlikte, mutad işyerinin değişkenliği, iş akdi statüsünün de değişmesi sonucunu doğurmaktadır⁷⁴. Bireysel iş sözleşmelerinin uygulama alanının genişliği, diğer bir ifadeyle, yapılış şekil ve yeri itibarıyla birbirinden çok farklı işlerin

⁷¹ MORENO, 2016, s. 587. Aynı yönde bkz. TEMMING, Felipe, “The Case of Sandra Nogueira and Others v Crewlink Ireland Ltd and Miguel José Moreno Osacar v Ryanair Designated Activity Company. Comment to Court of Justice of the European Union (Second Chamber), Judgement of 14 September 2017, Case C-168/16”, **European Labour Law Journal**, Vol. 9 Issue 2 (June 2018), s. 212. Yazar, Roma ve Brüksel Tüzüklerinin ilgili maddelerinin istikrar ilkesi çerçevesinde yorumunun, mutad işyeri kavramı ile ilgili pek çok davada, uygulanacak hukuk ile yetkili mahkemenin “senkronizasyonuna” katkı sağlayacağını ifade etmektedir.

⁷² MORENO, 2016, s. 582.

⁷³ Van HOEK, 2014, s. 159.

⁷⁴ TARMAN, 2010, s. 534. STAUDINGER'e göre, mutad işyeri bağlama noktası olarak değişkendir. Sözleşmenin yapıldığı anın belirleyici olduğu diğer kanunlar ihtilafı kurallarının aksine, Roma I Tüzüğü m. 8'de yer alan kuralın uygulanmasında uyuşmazlık anındaki mutad işyeri belirleyicidir; ancak mutad işyeri değişmiş ise, iş ilişkisi değişimin öncesi ve sonrasını kapsayacak şekilde bir bütün olarak değerlendirilmelidir (bkz. STAUDINGER, 2015, s. 303).

bireysel iş sözleşmelerine konu olması, mutad işyerinin de her bir iş sözleşmesine bağlı olarak tespitini gerekli kılmaktadır. Örneğin, işçinin işini evinde ifa etmesi (“*homeworkers*”) halinde mutad işyeri işçinin evidir⁷⁵; telefon ile ifa edilen işlerde (“*tele-workers*”), örneğin anketörler bakımından mutad işyeri sisteme veri girişinin yapıldığı yerdir⁷⁶. Bu tür örneklerin dışında, işin sabit bir yerden değil de, farklı birkaç yerden yürütüldüğü durumlarda mutad işyerinin tespiti, kendine özgü birtakım özellikler arz etmektedir.

MÖHUK m. 27 düzenlemesinin mehzazı Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/a düzenlemesinde, objektif bağlama noktası olarak mutad işyeri hukukunun uygulanmasında, işçinin işini yalnızca tek bir ülkede ifa ettiği durumlar esas alınmakta; işçinin işini birden fazla yerde ifa etmesi halinde ise, m. 6/f. 2/b’de yer alan “işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülke hukukunun” uygulanacağı belirtilmekte idi⁷⁷. Buna mukabil, Roma Konvansiyonu’nu yürürlükten kaldıran Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2’de ise iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, benzer fakat aynı olmayacak şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, “iş sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması halinde sözleşme, işçi işini mutaden hangi ülkede, veya böyle bir ülke

⁷⁵ TARMAN, 2010, s. 535; STAUDINGER, 2015, s. 303.

⁷⁶ STAUDINGER, 2015, s. 303.

⁷⁷ MORSE, 1992, s. 17. MORSE, işçinin işini birden fazla ülkede ifa etmesi halinde, m. 6/f. 2/b hükmünün uygulanması gerektiği konusunda herhangi bir tereddüt duymamakta; işçinin mutad işyerinin değişmesi halinde ise hangi hükmün (m. 6/f. 2/a veya b bendi) uygulanmasının doğru olacağını tartışmaktadır. Buna göre, mutad işyerinin değişmesi halinde uyuşmazlığın çıktığı andaki mutad işyerinin esas alınabileceğini önermekte, ancak bu çözümün sözleşmenin kuruluş anını esas alan genel düzenlemeden (Roma Konvansiyonu m. 4) ayrıldığını ifade etmektedir. Bununla birlikte, böyle bir durumda işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanmasının, 6. maddenin son cümlesinde yer alan ve her halükârda sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını öngören kaçış hükmü (“*provisio*”) ile bertaraf edilebileceğini ve işçinin işe alındığı işyeri hukuku yerine, mutad işyeri hukukunun uygulanabileceğini belirtmektedir. (bkz. MORSE, 1992, s. 17-18). WILLIAMS da, gerek işin mutaden yapıldığı yer hukukunun, gerekse işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanmasının, bu hukuklardan birinin sözleşme ile en sıkı ilişkiyi sağlaması halinde mümkün olabileceğini, aksi halde zaten maddenin son cümlesinin (*provisio*) uygulama alanı bulacağına dikkat çekmektedir (bkz. WILLIAMS, Patrick Ross, “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *Int'l & Comp. L.Q.*, 35/1 (1986), s. 26). Ne var ki, Roma Konvansiyonu m. 6’yı değiştiren Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2 uygulaması, işçinin işini birden fazla ülkede ifa etmesi halinde dahi, objektif bağlama kuralı olarak işin mutaden yapıldığı yer hukukunun uygulanacağı yönündedir. Bu nedenle, tartışma ancak, ikincil bağlama noktalarının (Roma I Tüzüğü m.8/f. 3 ve MÖHUK m. 27/f. 3) kaçış hükmü karşısında uygulanıp uygulanamayacağı noktasında önem arz etmektedir. Bkz. aşağıda “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmeleri” ve “MÖHUK m. 27/f. 3’ün Uygulama Alanı ve Tercih Edilen Bağlama Noktasının MÖHUK m. 27’nin Amacına Hizmet Edip Etmediği Meselesi” başlıklı bölümler.

bulunmadığı takdirde, hangi ülkeden ifa ediyorsa, o ülkenin hukuku tarafından idare edilir.” Bu kapsamda, işin tek bir ülkede ifa edildiği durumlar ile birden fazla ülkede ifa edildiği durumların birbirinden bağımsız şekilde incelenmesi gerekmektedir.

2. İşin Yapıldığı Ülkenin Belirlenmesi

a. Tek Bir Ülkede İfa Edilen Bireysel İş Sözleşmeleri

Mutad işyerinin tespiti, işin tek bir ülkede ifa edildiği durumlar açısından herhangi bir zorluk yaratmamaktadır. İşçinin geçici süreyle çalışmak üzere bir ülkeden başka bir ülkeye gönderildiği durumlarda da (*“temporary posting”*) aynı şey geçerlidir; yeter ki, “göndermenin geçici olduğu” kolay bir şekilde tespit edilebilsin. Zira, gerek Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2/c. 2, gerekse MÖHUK m. 27/f. 2/c. 2’de farklı ifadelerle de olsa, açıkça, geçici göndermelerin mutad işyerini değiştirmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Doktrinde de, “*mutad işyerinin uzun bir süre için dahi olsa, geçici olarak değişmesinin bağlama kuralının değişmesi sonucunu doğurmayacağı*” dile getirilmiştir⁷⁸. Bu anlamda, mutad işyeri dışına yapılan geçici görevlendirmeler “*mutad işyerinin yayılması*” teorisinin uygulama alanına girmektedir⁷⁹.

Ne var ki, gerek mehz Roma I Tüzüğü, gerekse MÖHUK m. 27/f. 2/c. 2 hükmü, geçicilik kavramının belirlenmesinde yaşanan sorunları çözecek bir “formül” içermemektedir⁸⁰. Bu nedenle, hangi durumların “mutad işyerinin değişmesine imkan

⁷⁸ TARMAN, 2010, s. 535. Mutad işyeri değişikliği ancak iş sözleşmesinin taraflarının mutad işyerinin değişmesi yönünde irade uyuşması sağlaması ile mümkün olmaktadır. Aynı yönde bkz. EKŞİ, 1997, s. 127; NOMER, 2017, s. 347; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 2011, s. 978; ÇELİKEL/ERDEM, 2017, s. 416; ERDOĞAN/ERDOĞAN, 2016, s. 974; DOĞAN, 2017, s. 396. DOĞAN’a göre, tarafların, geçici gönderme konusunda anlaşmış olmaları ve fakat sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından suskun kaldıkları durumlarda, “*mutad işyeri hukukunun yetkisinin devamı hususunda zımni iradelerinin uyuşmuş olduğunun kabulü isabetlidir*”. Ayrıca bkz. DOĞAN, 2007, s. 160.

İşçinin mutad işyerine dönmeyi amaçladığı geçici işyeri değişikliklerinde iş sözleşmesi statüsünün değişmeyeceğinin kabulü, kanunlar ihtilafında uygulanacak hukukun bölünmesini (*“dépêçage”*) engelleme ve böylece hukuki devamlılığı, öngörülebilirliği ve yeknesaklığı sağlama düşüncesine dayanmaktadır (bkz. MORENO, 2016, s. 590).

⁷⁹ TARMAN, 2010, s. 536; NOMER, 2017, s. 347; ÇELİKEL/ERDEM, 2017, s. 416.

⁸⁰ MORENO, 2016, s. 591. Hizmet Edimi Çerçevesinde Gönderilen İşçilere İlişkin 16.12.1996 tarih ve 96/71/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. TEKİNALP, Gülören, “Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Akdine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK”, MHB, Yıl 22 (2002), s. 839-855. Ayrıca bkz. MORENO, 2016, s. 592-593.

vermeyecek nitelikte geçici işyeri değişikliği” şeklinde kabul edileceği konusunda uygulamanın önemli bir payı olacağı açıktır. Doktrinde, geçiciliğin belirlenmesinde iki ana kıstasın söz konusu olduğu dile getirilmektedir: işçinin ve işverenin iradeleri (*animus revertendi-animus retrahendi*) ve iş sözleşmesinin lafzı ile somut olayın şartları⁸¹. Mutad işyeri dışında çalışmanın, işyeri değişikliğine yol açacak nitelikte olup olmadığı konusunda, iş sözleşmesi hükümlerinin ve tarafların iradelerinin soyut yorumundan ziyade, “olgu” odaklı bir incelemenin yapılması gerektiği belirtilmektedir⁸². Bu konuda *ex ante* bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁸³. İşveren mutad işyeri dışında bir ülkeye gönderdiği işçisini geri alma niyetinden veya işçi mutad işyerine dönme niyetinden vazgeçerse, o takdirde, işçinin çalışmak üzere gönderildiği yer yeni mutad işyeri haline gelecektir⁸⁴. İşçinin işini mutaden yerine getirdiği ülkeden taşınarak, işi başka bir ülkede ifa etmeye bağlaması halinde, bu ülke yeni mutad işyeri ülkesi olacaktır. Bu anlamda, uyuşmazlığın çıktığı tarihte işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin esas alınması gerekecektir⁸⁵.

b. Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmeleri

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından en tartışmalı alan işin birden fazla ülkede ifa edildiği durumlara ilişkindir. Zira, Roma

⁸¹ MORENO, 2016, s. 591. Roma I Tüzüğü m. 8’in yorumlanmasında Tüzüğün gerekçesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bireysel iş sözleşmelerine ilişkin hükme ait 36 no.lu gerekçede şu ifadeye yer verilmiştir: “Bireysel iş sözleşmeleri ile ilgili olarak, şayet çalışan menşe (mutad) işyeri dışında yürüttüğü görev sona erdikten sonra, menşe işyerinde çalışmaya devam edeceği beklentisinde ise, başka bir ülkede yürütülen çalışmalar geçici olarak nitelendirilmelidir. İlk işveren ile veya ilk işverene ait grup şirketlerinde yer alan bir işveren ile yeni bir iş sözleşmesinin akdedilmesi, çalışanın başka bir ülkede yürüttüğü çalışmaların geçici olarak nitelendirilmesine engel değildir.” Görüldüğü üzere, işçinin mutad işyeri dışında yürüttüğü çalışmanın mutad işyerini değiştirmeyen, geçici nitelikte çalışmalar olup olmadığı konusunda önemli olan unsur işçinin iradesidir. Ayrıca bkz. STAUDINGER, 2015, s. 309-312; MANKOWSKI, 2009, s. 186. Mankowski, geçiciliğin belirlenmesinde bir süre sınırının olamayacağını, örneğin bir yılı geçen mutad işyeri dışı çalışmanın, mutad işyerinin değiştiği anlamına gelemeyeceğini ifade etmektedir. DOĞAN da, “iyiniyet kurallarını aşacak şekilde” bir süre mutad işyeri dışında çalışıldığı durumlarda, mutad işyerinin değiştiğini kabul etmenin doğru olacağı görüşündedir (bkz. DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 396). İşçinin mutad işyeri dışında ifa ettiği işin süresi uzadıkça, mutad işyerinin değişmediğine ilişkin işçi ile işveren iradesinin daha açık bir şekilde ortaya konması gerektiği bir gerçektir.

⁸² ZANOBETTI, 2011, s. 350.

⁸³ MORENO, 2016, s. 591; MANKOWSKI, 2009, s. 186.

⁸⁴ TARMAN, 2010, s. 537; NOMER, 2017, s. 347; SENYEN KAPLAN, 2017, s. 70.

⁸⁵ ELÇİN, 2012, s. 126-127.

Konvansiyonu ile Roma I Tüzüğü düzenlemeleri ve bireysel iş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafi konusunda gelişen içtihat en çok bu noktada net bir şekilde farklılaşmıştır. Roma Konvansiyonu'nun uygulandığı dönemde, mutad işyeri bağlama noktasının yalnızca işin tek bir ülkede ifa edilmesi halinde uygulanabileceğini öngören görüş, yerini her hal ve şartta iş sözleşmesi ile en yakın irtibatı sağlayan (“*significant*”) hukuku bulma düşüncesine bırakmıştır⁸⁶. Bu yaklaşım, mutad işyerinin mümkün olduğunca geniş yorumlanmasına ve uygulanmasına dayanmaktadır.

Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/b düzenlemesi uyarınca, işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanması, işin mutaden birden fazla ülkede ifa edilmesi veya işin ifa edildiği yerin bir ülke olmayıp, örneğin bir gemi veya petrol kuyusu gibi yeri devamlı değişen bir araç olması hallerinde kabul görmekte idi; ancak hükmün uygulanmasında, özellikle işçinin işe alındığı işyerinin tespiti bakımından karşılaşılan zorlukların, Roma Konvansiyonu m. 6 / son cümlesinde yer alan kaçış hükmü (“*proviso*”) ile aşılabileceği de belirtilmekte idi⁸⁷. Anılan kaçış hükmü, uyuşmazlığın tüm somut özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, sözleşme ile en sıkı ilişkili ülke hukukunun tespit edilememesi halinde, m. 6/f. 2/ a uyarınca mutad işyeri veya m. 6/f. 2/b bendi uyarınca işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanabileceğini öngörmekte idi. Sözleşme ile daha sıkı irtibat kuracak hukukun da, işçinin işe alındığı işyerinden ziyade, tespit

⁸⁶ GULOTTA, 2013, s. 589. Yazar, bu durumu Savigny'nin geliştirdiği, hukuki ilişkileri belirli ülkeler ile ilişkilendirme metodunun terk edilerek “esasa ilişkin metod”un (“*substantive method*”) tercih edildiği görüşüne dayandırmaktadır. İşçiye uyuşmazlığın esası bakımından koruma sağlanmasını öngören bu metod, farklı hukuk sistemlerinin kanun koyucular tarafından seçilen bağlama noktalarının amaca yönelik yorumu ve uygulanması konusunda işbirliği sağlanmasını amaçlamaktadır.

⁸⁷ MORSE, 1992, s. 18-19. Yazar, Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/b bendinin uygulanması bakımından örnek olarak verdiği *Sayers v. International Drilling Co.* kararında (Court of Appeal, 10.05.1971, [1971] 2 Lloyd's Rep. 105), Nijerya karasularında gemi adamı olarak çalışacak işçinin (Mr. Sayers) işverenin (Offshore Company of Houston, Texas) İngiltere'deki temsilciliği (International Drilling Co.) tarafından mı, Hollanda'daki bağlı ortaklığı tarafından mı işe alındığı sorusunun cevabının bulunması bakımından, “işyeri (“*place of business*”)” kavramından ne anlaşılması gerektiğini sorgulamıştır. Bu anlamda, işyerinin “işverenin işyeri” olmasının gerekli olup olmadığı, işçiyi iş alan grup şirketlerinden birinin (Hollanda'da kurulu şirket) temsilcisinin İngiltere'deki ofiste sürdürülen müzakerelere katılmış olmasının, İngiltere'yi Hollanda'da kurulu şirketin işyeri haline getirmek konusunda yeterli olup olmayacağı sorusunu sormuştur. Tüm bu tartışmaların ise, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespiti ile aşılabileceğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere, işin birden fazla ülkede ifa edildiği hallerde mutad işyerinin tespit edilemeyeceğinden hareket ile getirilen tamamlayıcı kuralın uygulanması bakımından da ciddi sorunlarla karşılaşmıştır. Bu durum Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/a ve b bendi uygulamasının Roma I Tüzüğü ile değiştirilmesinin başlıca sebeplerinden biri olmuştur.

edilebildiği takdirde, işçinin işini mutaden ifa ettiği ülke hukuku olacağı ifade olunmakta idi⁸⁸.

AAD, Roma Konvansiyonu'nun uygulanmasında adeta doktrinin önüne geçmiş ve birden fazla ülkede ifa edilen iş sözleşmeleri bakımından Roma I Tüzüğü'nde değişiklik yapılmasına zemin hazırlamıştır. AAD, işçilerin korunmasına ilişkin üstün yararın bir gereği olarak, Brüksel Konvansiyonu m. 5 kapsamında bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin tesisine ilişkin içtihadına da dayanarak, Roma Konvansiyonu'nun m. 6/f. 2/a hükmünün mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması ve böylece işçinin mutad işyerinin belirlenerek, işverenin işyerine bağlanan bir hukukun uygulanmasının önüne geçilmesine gayret sarf edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁸⁹. Bu kapsamda, ulusal mahkemelerin, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ifa ettiği ülkenin belirlenmesi amacıyla birtakım kısıtları esas alabileceği belirtilmiştir.

AAD, mutad işyeri kavramı da dahil olmak üzere, Roma Konvansiyonu'nda yer alan kavramların "otonom" şekilde yorumlanması gerektiği, zira ulusal hukuk ve içtihatlarla dayanan yorumun Konvansiyon'un etkinliğini azaltacağı fikrinden hareket etmiştir⁹⁰.

⁸⁸ MORSE, 1992, s. 18.

⁸⁹ AAD, *Hakenberg* kararında (C-13/73; 12.07.1973), birden fazla ülkede görev yapmakta olan işçinin, fiziksel çalışma yerinin idari çalışma yerinden farklı olabileceğini ve daha fazla vakit geçirilen, ve daha da önemlisi işi karakterize eden faaliyetin ve işin esaslı bir bölümünün ifa edildiği yerin mutad işyeri olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Somut olayda, bir Fransız şirketler grubunun ticari temsilcisi olarak çalışan ve yerleşim yeri Fransa'da bulunan Fransız vatandaşı Hakenberg, yılın büyük bir bölümünde, bisiklet ve motosikletlerin metal parçalarının satışı ve siparişlerin alımı için Almanya'da çalışmaktadır. Hakenberg, işini, bu çalışma sırasında yılın dokuz ayı belirli bir yerde durmadan, karavan şehirlerinde kalarak ifa etmektedir ve bu amaçla bir de posta kutusu edinmiştir. Daha sonra, yılın üç ayı faaliyet raporlarını hazırlamak ve diğer idari işleri yapmak üzere Fransa'ya dönmektedir. Hakenberg'in Fransız emeklilik ve sosyal güvenlik sistemine dahil olmak istemesi üzerine gelişen yargılama sürecinde Fransız Yargıtay'ı, Hakenberg'in nerede çalıştığının tespiti ve böylece sosyal güvenlik mevzuatının ne şekilde işletilmesi gerektiğine ilişkin AAD'ye önsorun şeklinde başvurmuştur. AAD, birden çok ülkede çalışan işçinin, fiziken kalıcı yerleşim yerinden farklı bir ülkede bulunabileceğini, somut olayda asıl çalışma yerinin Almanya olduğunu, işçinin Fransa'da yürüttüğü idari faaliyetinin işin Fransa'ya "genişlemesi" anlamını taşıdığını ifade etmiştir. Somut uyuşmazlık kanunlar ihtilafına ilişkin olmasa da, AAD, çok önceki tarihlerde dahi, mutad işyerinin tespitinde işin sadece tek bir ülkede ifa edilmesi gerektiğini aramamıştır.

⁹⁰ ZANOBETTI, 2011, s. 342. Yazar, AAD'nin Roma ve Brüksel Konvansiyonları arasında bir ilişki kurduğunu, böylece, her iki Konvansiyon'un sistematik bir biçimde yorumu sonucunda, hukuki

Bugün gelinen noktada, MÖHUK hükümlerinde de ciddi anlamda etkisi olan AB Hukuku düzenlemelerine ilişkin gerek uluslararası doktrin, gerekse yargı kararları ışığında, işin birden fazla yerde ifa edildiği hallerde de mutad işyerinin belirlenmesi gerektiği açıktır⁹¹. Yukarıda açıkladığımız üzere, AAD, bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, gerek milletlerarası yetkinin gerekse uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından mutad işyeri kavramının açıklanması sorunu ile karşı karşıya kalmıştır. AAD, işin birden fazla ülkede ifa edildiği uyuşmazlıklara ilişkin birçok kararında, mutad işyerinin tespitinde, somut olayın tüm şartlarının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Doktrinde de, mutad işyerinin, diğer bir ifadeyle, işçinin faaliyetlerini yürüttüğü “etkin merkezin” (“*effective center*”) belirlenmesinde birtakım kıstaslara başvurulduğu vurgulanmaktadır⁹². Böylece, mutad işyeri kavramının her mahkeme tarafından farklı yorumlanmasının ve kavramın bu şekilde “kötüye kullanımının” veya “somut olayın gerektirdiği strateji çerçevesinde kavramın altının oyulmasının” da önüne geçilmiş olmaktadır⁹³. Buna göre, işçinin işi organize etmek üzere belirli tek bir ofisten çalışıp çalışmadığı, işçinin bu ofisin bulunduğu yerde oturup oturmadığı (mutad meskeninin burada olup olmadığı), bu yerde ne kadar uzun süre ile yaşadığı veya her iş seyahatinden sonra oturduğu yere dönüp dönmediği gibi unsurların mutad işyerinin belirlenmesinde etkili olduğu ifade edilmektedir⁹⁴.

öngörülebilirlik ve tutarlılığın sağlanmasına çalışıldığını ifade etmektedir. Aynı görüşte bkz. GULOTTA, 2013, s. 585-586; TEMMING, 2018, s. 208.

⁹¹ Konu yalnızca kanunlar ihtilafı alanında değil, milletlerarası yetki alanında da tartışılmakta ve mutad işyerinin belirlenmesi ihtiyacı milletlerarası yetkinin tesisi bakımından da önem taşımaktadır. Bkz. ÇÖRTOĞLU KOCA, 2016, s. 111 vd.

⁹² MORENO, 2016, s. 589; STAUDINGER, 2015, s. 304; Van HOEK, 2014, s. 160; GULOTTA, 2013, s. 588; TEMMING, 2018, s. 209; ÇÖRTOĞLU KOCA, 2016, s. 111.

⁹³ TEMMING, 2018, s. 209-210. Ayrıca bkz. AAD, *Sandra Nogueira and Others v Crewlink Ireland Ltd* (C-168/16), *Miguel José Moreno Osacar v Ryanair Designated Activity Company, formerly Ryanair Ltd* (C-169/16, 14.09.2017) prgf. 62.

⁹⁴ MORENO, 2016, s. 589; Van HOEK, 2014, s. 160; GULOTTA, 2013, s. 588; ÇÖRTOĞLU KOCA, 2016, s. 111; ELÇİN, 2012, s. 121-122 ve s. 123. GRUŠIĆ, *Mulox ve Rutten* kararlarında, raportörün (“*advocate general*”) işin birden fazla ülkede ifa edildiği durumlarda, işçinin işi organize ettiği bir ofisin bulunup bulunmadığının işin mutaden ifa edildiği ülkenin tespitinde önemli olduğunu, söz konusu ülkenin diğerlerinden öne geçtiğini belirttiğini ifade etmektedir. Buna karşın Komisyon, zaman unsuruna öncelik tanımaktadır (bkz. GRUŠIĆ, 2015, s. 111-112). AAD ise anılan kararlarda önceliği, işçinin ofisinin bulunduğu yere tanımıştır.

Diğer taraftan, AAD'nin "işin belirli bir iş merkezi veya ofisten yürütüldüğü" durumlara ilişkin bu yorumu her zaman uygulama alanı bulamayabilir. Zira işin fiilen bir merkez veya ofisten yürütülmediği birçok örnek ile de karşılaşılabileceği göz ardı edilmemelidir. Şayet somut olayda, işin önemli bir bölümünün ifa edildiği merkezin belirlenmesi mümkün değil ise, o takdirde, işçinin işini ifa ederden en çok nerede vakit geçirdiğine bakılmalıdır⁹⁵. AAD'nin *Weber* kararında⁹⁶, işin ifa edildiği bir merkez tespit edilememiştir. Karara konu uyuşmazlıkta, üye devlet kıta sahanlıkları içinde veya dışında, birden fazla deniz platformunda aşçı olarak görev yapan bir işçinin mutad işyerinin tespiti sorunu ile karşılaşmıştır. AAD, bu kararında, iş ilişkisinin süresinin bütünüyle değerlendirilmesi gerektiğini, işin yürütüldüğü merkezin tespitini sağlayan "niteliksel" kıstasların mevcut olmaması halinde, işçinin en çok vakit geçirdiği yerin mutad işyeri olarak kabul edileceğini ("*time rule*") ifade etmiştir⁹⁷. Doktrinde de, bu tür durumlarda, taraflarca iş sözleşmesinde yapılan belirlemenin veya işin ilk bölümünün ifa edildiği yerin dikkate alınmaması gerektiği savunulmakta; mutad işyerinin, işçinin belirli bir ülkede geçirdiği zamana dayalı olarak tespitinde esas alınan karinenin "çürütülebilir" olduğunun da altı çizilmektedir⁹⁸. Bu durumda, işçinin, örneğin beş yıllık bir iş sözleşmesi süresince, 3 yılı aşkın bir süre A ülkesinde, buna mukabil geri kalan sürede B ülkesinde çalışması, kural olarak A ülkesi hukukunun uygulanması gerektiğine işaret edecektir. Bununla birlikte, bu sonucun mutlak olmadığı unutulmamalıdır. Doktrinde işyerinin değişmesi halinde, yeni işyerinde geçirilen süre kısıtlı ise, mahkemenin milletlerarası yetkisinin tesisinde mutad işyeri olarak eski (iş

⁹⁵ MORENO, 2016, s. 589; Van HOEK, 2014, s. 160.

⁹⁶ AAD, *Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd.*, (C-37/00, 27.02.2002, ECR I 2013-I 2048). Karara konu olayda yerleşim yeri Almanya'da bulunan Alman vatandaşı Weber, İskoç Universal Ogden Services adlı şirkette aşçı olarak görev yapmaktadır. Weber, iş sözleşmesi süresince Hollanda'da ve daha sonra Danimarka karasularında, çeşitli gemi ve platformlarda çalışmıştır. AAD, tüm sözleşme süresine bakıldığında, Weber'in daha uzun süreli olarak Hollanda'da çalışmış olması sebebiyle, uyuşmazlık hakkında Hollanda mahkemelerinin yetkili olduğuna hükmetmiştir.

⁹⁷ AAD, *Weber* kararında, işçinin dava açtığı üye devlet mahkemesinin, süre kuralı uyarınca mutad işyerini tespit edememesi halinde, işçinin, kendisini işe alan işyerinin bulunduğu veya kendi yerleşim yerinin bulunduğu üye devlet mahkemelerinden birini seçerek, bu mahkemelerde dava açabileceğini belirtmiştir. Kanımızca, AAD'nin vardığı bu sonuç, her ne kadar milletlerarası yetkinin belirlenmesi bakımından özellik arz etmekte ise de, "işçinin korunması" felsefesine dayanan bağlama noktası sisteminin yorumlanmasında da belirleyici olabilecek niteliktedir.

⁹⁸ MORENO, 2016, s. 589; ZANOBETTI, 2011, s. 350.

ilişkinde hakim olan) işyerinin esas alınmasının, uygulanacak hukukun tespiti bakımından da doğrudan uygulanmasının biraz zor olduğunu dile getirilmektedir⁹⁹. Bu çerçevede, şayet işçi B ülkesinde süre olarak daha az çalışmış olsa bile, işin ifası bu ülkeyi daha yakından ilgilendiriyorsa, B ülkesinin hukuku da uygulanabilecektir. Burada, uyuşmazlığın hangi ülke ile bağlantılı olduğunun önem arz edeceği kanaatindeyiz. Uyuşmazlığın örneğin, belirli bir ülkedeki çalışmaya ilişkin tatil ve fazla mesai ücretini konu alması halinde, söz konusu ülke işin mutaden yapıldığı yer olarak kabul edilebilecektir¹⁰⁰.

AAD tarafından verilen *Koelzsch* kararı¹⁰¹, konuyu yakından ilgilendiren ve ayrıntılı olarak üzerinde durulması gereken bir karardır. Karara konu olayda, Heiko Koelzsch, yerleşim yeri Osnabrück’de (Almanya) bulunan ve uluslararası çiçek taşımacılığı alanında faaliyet gösteren Lüksemburg merkezli şirket Gasa’da tır şoförü olarak çalışmaktadır. Tarafların aralarındaki sözleşmede uygulanacak hukuk olarak Lüksemburg Hukuku seçilmiş ve uyuşmazlık halinde Lüksemburg mahkemeleri yetkilendirilmiştir. İşverenin sözleşmesini feshetmesi üzerine Koelzsch, Osnabrück İş Mahkemesi’ne, feshin ve işten çıkarmanın geçersiz olduğu talebiyle başvurmuştur. Koelzsch bu davada Gasa’nın Almanya’da bulunan İş Konseyi’ne (*Betriebsrat*) üye

⁹⁹ ZANOBETTI, 2011, s. 350. Yazara göre, işyeri değişikliklerinde önemli olan kalıcılık/geçicilik olgusunun belirlenmesidir. Buna göre, işyeri değişikliği kalıcı ise o takdirde yeni işyeri hukukunun uygulanması, geçici ise eski işyerinin bulunduğu yer hukukunun mutad işyeri olarak uygulanacağını kabul etmek gerekir. Bu konuda işyeri değişikliğinin geçici veya kalıcı olup olmadığı konusunda dikkate alınacak kıstaslar geçerlidir. Bu konuda bkz. “Tek Bir Ülkede İfa Edilen Bireysel İş Sözleşmeleri” başlıklı bölüm.

¹⁰⁰ Bu açıdan Yargıtay 22. HD’nin 28.09.2015 tarihinde verdiği bir kararda kullanılan bir ifadeden yola çıkılabilir. Yargıtay mutad işyerini belirlerken davacının “Türkiye’de çalışmış olduğu dönemden kaynaklanan alacaklarını talep ettiği” üzerinde durmuştur. Yargıtay’ın bu tespitinin, işçinin Türkiye dışında da çalışmış olduğu ve fakat Türkiye’deki çalışmasından kaynaklanan talepleri ileri sürdüğü gerçeğine dayandığını söylemek zordur. Fakat yine de, bu ifadenin kullanılmasının, yukarıdaki yoruma zemin hazırlar nitelikte olduğu kabul edilebilir (bkz. Yarg. 22.HD, E. 2015/16473 K. 2015/25517, 28.09.2015; www.lexpera.com.tr; erişim tarihi: 20.07.2018).

İşçinin aynı işverenin birden farklı ülkede bulunan işyerlerinde proje süresine bağlı olarak çalışması halinde ise, her bir proje ile ilgili olarak, işin yapıldığı yerin mutad işyeri olarak tespitinde ise herhangi bir güçlük yaşanmayacaktır. Bu bağlamda, her bir çalışma dönemi için, mutad işyeri tespit edilerek bu yerin hukuku uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, işçi A şirketinin yüklenici olduğu Rusya’da bulunan havaalanı inşaatında iki sene çalıştıktan sonra, yine A şirketinin Kazakistan’da bulunan alışveriş merkezi inşaatında üç sene çalıştıysa, mutad işyeri her bir dönem için projenin (işin) ifa edildiği yer esas alınarak belirlenecektir. Aynı yönde bkz. AYDIN, 2017, s. 25.

¹⁰¹ AAD, *Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duché de Luxembourg* (C-29/10, 15.03.2011).

olduğunu, iş sözleşmesinin feshi halinde sorumluluk ve tazminata ilişkin olarak Alman kanunlarının (*Kündigungsschutzgesetz*) uygulanması gerektiğini, anılan hükmün değişen üye dahi olsa, İş Konseyi üyelerinin işten çıkarılmasını yasakladığını iddia etmiştir. Koelzsch'e göre, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2 uyarınca, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukuk olarak belirlenen mutad işyeri hukukudur, ki bu hukuk da Alman Hukukudur. Zira, işin ifa edildiği yer Almanya'dır. Gasa'nın sahip olduğu araçlar kalıcı olarak Osnabrück'de park halinde bulunmaktadır; Koelzsch Danimarka'dan aldığı bitkileri, başka Avrupa ülkeleri ile birlikte, aslen Almanya'ya taşımaktadır. Bu kapsamda, Koelzsch, Alman hukukunun İş Konseyi üyelerinin işten çıkarılmasını yasaklayan hükmünün Konvansiyon'un 6. maddesinin 1. fıkrası bağlamında emredici bir kural olduğunu, bu nedenle bu kuralın korumasından faydalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Koelzsch'in açtığı bu davada Osnabrück İş Mahkemesi yetkisizlik kararı vermiş ve bu karara karşı yapılan itiraz da reddedilmiştir. Bunun üzerinde Koelzsch, Lüksemburg İş Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, gerek tarafların seçtiği hukuk, gerekse m. 6/f. 2/b uyarınca işverenin işyeri hukuku olarak uyuşmazlığın tümüne Lüksemburg Hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar istinaf ve temyiz yollarıyla da onanmıştır. Ancak bu süreçte Lüksemburg İstinaf Mahkemesi AAD'ye şu sorunun ön sorun olarak cevaplandırılması talebinde bulunmuştur:

“Konvansiyon’un “iş sözleşmesine işçinin işini mutaden ifa ettiği ülke hukukunun uygulanmasını öngören m. 6/f. 2/a bendinin, işçinin işini birden fazla ülkede ifa ettiği, buna karşın sistematik olarak bu ülkelerden birine döndüğü durumlarda, bu ülkenin “mutad işyeri” olarak yorumlanması mümkün müdür”¹⁰²?

AAD, bu soruya olumlu yanıt vermiş ve Roma I Tüzüğü m. 8'de yapılan değişikliğe gönderme yaparak, mutad işyeri kavramının geniş yorumlanması gerektiğini bir kere daha ifade etmiştir. Bu kapsamda, işçinin işini yoğunluklu olarak yaptığı yerin,

¹⁰² AAD'nin yaptığı yargılamada, Lüksemburg Hükümeti Konvansiyon'un m. 6/f. 2/b düzenlemesinin somut olaydaki gibi işin sürekli birden fazla ülkede ifa edildiği halleri kapsadığını ileri sürmüştür. Buna karşın, Koelzsch ve Yunan Hükümeti- ki Yunanistan'ın somut olayla doğrudan hiçbir ilgisi olmamasına karşın Yunan Hükümeti uyuşmazlığa müdahil olmuştur-, AAD'nin Brüksel Konvansiyonu'nda yer alan mutad işyeri kavramı ile ilgili yorumuna ilişkin önceki içtihadına dikkat çekerek, somut olayda mutad işyerinin belirlenebileceği konusunda ısrar etmiştir.

diğer bir ifadeyle, işçinin yürüttüğü işi “karakterize” eden ülkenin hukukunun, mutad işyeri hukuku olarak kabul edilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Somut olay bakımından işin mutaden yapıldığı yerin Almanya olduğuna karar verilerek, Koelzsch’in Alman Hukukunun emredici hükümlerinin asgari korumasından yararlandırılması gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur.

AAD’nin Koelzsch kararında benimsediği esaslar, özellikle uluslararası mal veya insan taşımacılığı olmak üzere, işini birden fazla ülkede ifa eden tüm işçiler bakımından geçerlidir. Bu anlamda, AAD’nin gemi, uçak, kamyon veya trende çalışan tüm işçiler için benzer yorum yaptığı belirtilmektedir¹⁰³. Yukarıda açıklandığı üzere, işçinin işini mutaden ifa ettiği bu araçlar işyeri kavramına girmektedir; ancak bu işyerinin belirli bir ülke ile ilişkilendirilmesi ihtiyacı karşısında, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin önemli bir bölümünü ifa ettiği yerin tespiti zarureti ile karşılaşılmaktadır.

Bu kapsamda, uluslararası kara taşımacılığı bakımından, sürücünün hangi ülkeye mal tesliminde bulunduğu, nakliye faaliyetine ilişkin olarak hangi ülkeden talimat aldığı, işe ilişkin ekipmanın (turların park ettiği, malın bulunduğu veya yüklemenin yapıldığı yerin) hangi ülkede bulunduğu, sürücünün nakliyeyi tamamladıktan sonra hangi ülkeye döndüğü gibi kriterlerin esas alınması gerekmektedir¹⁰⁴. Böylece, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin büyük bölümünü ifa ettiği yer tespit edilmeye çalışılmalıdır. Koelzsch kararında olduğu gibi, birçok somut olayda da, bu yerin tespit edilebilmesine olanak sağlayan veriler söz konusu olabilmektedir; şayet, bu tespit yapılamaz ise, o takdirde ikincil (tamamlayıcı) objektif bağlama noktalarına başvurmak gerekecektir¹⁰⁵.

“Tarifeli taşıma” (“*scheduled transport*”) adı verilen ve kara veya deniz yoluyla yapılan insan taşımacılığı bakımından da, taşıma işlemi birden fazla ülkeyi kapsasa dahi, genel olarak belirli bir ülkeden yola çıkılması ve yolcuların bu ülkeden alınarak farklı ülkelere ulaştırılması halinde de, anılan ülkenin “esas” ülke (“*base country*”)

¹⁰³ TEMMING, 2018, s. 209.

¹⁰⁴ STAUDINGER, 2015, s. 304; ZANOBETTI, 2011, s. 348.

¹⁰⁵ ZANOBETTI, 2011, s. 350.

olarak kabul edilerek işin mutaden bu ülkeden ifa edildiği sonucuna varılması gerekmektedir¹⁰⁶

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralının sorgulanması ve yorumunun değişmesi bakımından bir diğer önemli alan uluslararası hava taşımacılığında çalışan işçilerin durumudur. Roma I Tüzüğü'ndeki değişikliğin de en önemli gerekçelerinden biri bu işçilerin mutad işyerinin belirlenememesinin yarattığı sakıncaların önüne geçmektedir¹⁰⁷. Zira, Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/ a ve b bendinin yorumunda, uluslararası hava taşımacılığı personelinin mutad işyerinin belirlenmesi veya işçinin çalıştığı aracın tescil edildiği ülke hukukuna başvurulması mümkün görülmemektedir¹⁰⁸. Roma I Tüzüğü'nün hazırlanmasında Komisyon, şayet işin “düzenlendiği” (organize edildiği) belirli bir yer var ise ve işçi bu yerde işverene karşı başka görevleri (kayıt, güvenlik kontrolü vb.) de ifa etmekte ise, işin bu yerden/ülkeden ifa edildiğinin kabul edilmesi gerektiği fikrinde idi¹⁰⁹. Komisyon'un bu açık görüşü kapsamında, Roma I Tüzüğü rejiminde, uluslararası havayolu taşımacılığı personelinin mutad işyerinin belirlenemeyeceğine dair karine savunulabilir olmaktan çıkmıştır¹¹⁰.

AAD, *Sandra Nogueira ve Miguel José Moreno Osacar* (birleştirilmiş davalara ilişkin) kararında¹¹¹, şirketin ana vatan ülkesinin –ki somut olayda bu Charleroi Havaalanıdır (Belçika)- mutad işyerinin belirlenmesinde önemli bir unsur olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, aracın tabiiyetini belirleyen sicil yeri ülkesinin, mutad işyeri

¹⁰⁶ ZANOBETTI, 2011, s. 349-350.

¹⁰⁷ MANKOWSKI, 2009, s. 177. Yazar, mutad işyeri hukukunun işin bir “ülkeden” ifası hallerinde de uygulanmasını öngören değişikliğin özellikle uçuş personelinin durumu göz önünde bulundurularak yapıldığını dile getirmektedir. Aynı yönde bkz. Van HOEK, 2014, s. 160.

¹⁰⁸ STAUDINGER, 2015, s. 305. STAUDINGER, aynı durumunda EGBGB m. 30/f. 2/1 hükmüne de başvurmanın mümkün olmadığını belirtmektedir.

¹⁰⁹ Proposal (presented by the Commission) no. COM(2005) 650 final, 15.12.2005, s. 8; bkz. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0650_/com_com\(2005\)0650_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0650_/com_com(2005)0650_en.pdf).

¹¹⁰ STAUDINGER, 2015, s. 305.

¹¹¹ AAD, *Sandra Nogueira and Others v Crewlink Ireland Ltd (C-168/16), Miguel José Moreno Osacar v Ryanair Designated Activity Company, formerly Ryanair Ltd (C-169/16, 14.09.2017)*.

olacak kabul edilemeyeceğini dile getirmiştir¹¹². Zira, uçağın sicile kayıtlı olduğu yerin, işçinin mutad işyeri olarak kabulü, işverene mutad işyerini belirlemek bakımından sınırsız bir yetki verilmesi anlamını taşıyacaktı¹¹³. Diğer taraftan, düşük ücretli taşıma yapan havayollarının ortak stratejisi gereği, uçağın park ettiği ve uçuş personelinin uçağa erişiminin sağlandığı havalimanının en düşük vergi ve ücretin verildiği havalimanı olduğu düşünüldüğünde, uçuş personelinin göreve başladığı ve görevini bitirdiği, diğer bir ifadeyle uçağı teslim ettiği havalimanının bulunduğu ülke tamamen işin maliyeti gereği seçilmiş bir ülke olabilecektir. Bu nedenle, özellikle faaliyetini ucuz bilet satışı üzerine kuran uçuş şirketlerinin ana vatanı (“*home base*”) her zaman işçinin mutad işyerinin belirlenmesi bakımından esas alınmamalıdır. Bu durum, büyük havayolu şirketleri açısından aynı değildir. Zira, bu havayolu şirketlerinin sefer dışı uçaklarını beklettiği ve uçuş personelinin uçağa alındığı şirketin ana vatanı çok büyük olasılıkla, işçinin mutad işyeri olarak uygulanacak hukukun belirlenmesinde söz sahibi olacaktır. AAD, *Sandra Nogueira ve Diğerleri, Miguel José Moreno Osacar* kararında, uçuş personelinin mecburi ve asgari dinlenme süresini geçirdiği ülkenin mutad işyeri olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde de durmuş, ancak bu yerlerin tesadüfi ve işveren tarafından belirlenen yerler olması nedeniyle, uçuş personelinin asgari dinlenme sürelerini geçirdiği yerin de işçinin mutad işyeri olarak kabul edilemeyeceğini dile getirmiştir. Sonuç olarak, AAD’nin uluslararası havayolu taşımacılığında mutad işyerinin belirlenmesi bakımından vardığı sonuçlar şu şekildedir: Uluslararası havayolu taşımacılığında, şirketin uçaklar ve pilotlar da dahil olmak üzere kabin memurlarının bulunduğu ana vatan (“*home base*”) dikkate alınacak unsurlardan biridir¹¹⁴. Şayet, somut uyuşmazlık, uçuş şirketinin ana vatanı ülkesinden başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili ise, o takdirde, şirketin ana vatanı ülkesinin hukuku uygulama alanı bulamayacaktır¹¹⁵.

¹¹² Bkz. *Sandra Nogueira ve Diğerleri, Miguel José Moreno Osacar* kararı, prgf. 75-76. Ayrıca bkz. TEMMING, 2018, s. 213.

¹¹³ TEMMING, 2018, s. 210-211.

¹¹⁴ TEMMING, 2018, s. 210.

¹¹⁵ TEMMING, 2018, s. 210.

Denizde çalışmaya ilişkin sözleşmeler de uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından tartışılmalı olan sözleşmeler arasında yer almaktadır. Roma I Tüzüğü ve özellikle Alman hukukunda kabul edildiği üzere, gemilerde veya yüzer platformlarda çalışan kaptan veya deniz adamlarının taraf olduğu sözleşmelerde önerilen bağlama noktaları, çalışılan geminin/aracın bayrak ülkesi/tescil edildiği ülke, işçinin işe alındığı işyeri ya da sözleşme ile en sıkı ilişkili yerdir¹¹⁶. Roma I Tüzüğü hazırlık çalışmaları sırasında, Komisyon'un mutad işyerinin belirlenebilir olduğu konusunda yalnızca uluslararası hava taşımacılığı personeline atıf yapması ve bu anlamda denizde çalışanların ayrıca belirtilmemiş olmasının, bu kişiler hakkında m. 8/f. 3'ün uygulanması gerektiği sonucuna varılması bakımından yeterli olmadığı görüşü ileri sürülmektedir¹¹⁷. Bu konuda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir: Şayet belirli bir

¹¹⁶ STAUDINGER, 2015, s. 307-308. Ayrıca bkz. ZANOBETTI, 2011, s. 351-353.

¹¹⁷ STAUDINGER, 2015, s. 308. Yukarıda atıf yaptığımız, GIULIANO-LAGARDE'in hazırladığı raporda, belirli bir ülkenin egemenlik alanı dışında kalan yerlerde yürütülen çalışmalara ilişkin sözleşmelerin, kural olarak Roma Konvansiyonu'nun 6. maddesine tabi olduğu, bu kapsamda, açık denizde bulunan bir petrol kuyusunda çalışılması halinde, iş sözleşmesine, işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Yine anılan raporda, hazırlık çalışmalarını yapan grubun gemide çalışan gemi adamlarının/mürettebatın taraf olduğu iş sözleşmelerine ilişkin özel bir kuralın kabulü konusunda sessiz kaldığı, bu konuda bir uğraş içinde olmadığı açıkça belirtilmiştir (bkz. GIULIANO/LAGARDE Report, [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML)). Eskiden beri savunulan görüş uyarınca, gemi adamları bakımından işyeri gemidir ve uygulanacak hukuk geminin taşıdığı bayrak hukukudur. Bkz. GÖĞER, 1977, s. 322; TUNCAY, 1977, s. 912; EKŞİ, 1997, s. 128. Ancak günümüzde, geminin mutad işyeri olarak kabulü sorgulanmaktadır. ZANOBETTI, gemide çalışan mürettebat bakımından geminin mutad işyeri olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusunun cevaplanması gerektiğini belirtmektedir. Zira bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, geminin taşıdığı bayrak ülkesinin hukuku, gemi adamlarının taraf olduğu sözleşmelere mutad işyeri hukuku olarak uygulanabilecektir. Ancak, geminin mutad işyeri olarak kabulü eleştirilmekte, iş sözleşmesine geminin taşıdığı bayrak hukukunun uygulanmasının işçiyi korumaktan uzak, kötüye kullanmaya müsait bir hukuk olacağı savunulmaktadır. Gerçekten de, geminin taşıdığı bayrak ülkesi, iş ilişkisi ile uzaktan yakından ilgisi bulunmayan bir hukuk olabileceği gibi, işçinin korunması bakımından da istenen sonuca varmaya uygun bir hukuk olmayacağı açıktır. Kanımızca, bu hukukun uygulanması, birçok somut olayda, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun tespitini arayan kaçış hükmüne de takılacaktır. Buna karşın, yine de, açık denizde çalışan gemi adamlarının sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde en doğru bağlama noktasının bayrak ülkesi olacağı, bu hukukunun birçok uluslararası sözleşme ve genel olarak deniz hukuku ile uyumlu olduğu, ancak bu hukukun uygulanmasının uluslararası mevzuat ile desteklenmesi gerektiği savunulmaktadır. AAD'nin *Koelzsch* kararında varılan sonucun da bayrak ülkesi hukukunun uygulanmasını teyit ettiği, bu anlamda kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar istisnasının da her zaman baki olduğu ileri sürülmektedir (bkz. ZANOBETTI, 2011, s. 352). MANKOWSKI de, süreklilik, kesinlik, gemi adamları arasında ayırmacılığın önlenmesi, kamu hukuku ile işbirliği ve sosyal güvenlik bakımından bayrak hukukunun uygulanmasının doğru olacağı, bayrak egemenliğinin bir toprak egemenliği olarak kabul edilmese de, geminin taşıdığı bayrağın gemi ile bayrağın ait olduğu devlet arasında kaçınılmaz bir bağ kurduğu görüşündedir. Buna mukabil, işçinin değişik bayraklar taşıyan gemilerde çalıştırılması halinde, işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanması gerekeceğini de eklemektedir (bkz. MANKOWSKI, 2009,

ülke karasularında faaliyet sürdürülmekte ise veya güzergâh belli ise (belirli bir ülkeden yolcu alınarak yine o ülkeye dönecek şekilde taşımacılık yapılıyor ise), o takdirde, söz konusu ülkenin mutad işyeri olarak kabul edilmesi gerekecektir¹¹⁸. Şayet, iş yalnızca açık denizde ifa edilmekte ve ana limana (“*home harbour*”) dönüş tali bir rol oynamakta ise, o takdirde bayrak ülkesinin tartışılabilir olduğu, mutad işyerinin belirlenebilir olmaktan çıktığı ve bu tür durumlarda Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3’ün uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁹.

Tüm bu açıklamalar ışığında, doktrinde MÖHUK m. 27/f. 3’ün uygulama alanına girdiği ifade edilen uluslararası nakliye veya montaj işlerinde, açık denizlerde, sirk veya dans toplulukları gibi farklı ülkelerde gösteri yapan (turne) gruplarda, milletlerarası alanda yardımlaşmayı gerektiren felaketler kapsamında yapılan çalışmaların¹²⁰, aslında somut olayın özellikleri çerçevesinde tespit edilebildiği takdirde mutad işyeri hukukuna tabi olacağı sonucu çıkmaktadır. Mutad işyerinin AAD’nin belirlediği kıstaslar dahilinde, tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde ise, tercih edilen ikincil objektif bağlama noktaları devreye girecektir. Ancak ikincil objektif bağlama noktalarının uygulanması bakımından zorluklarla ya da maddi sonuçlar dikkate alındığında hakkaniyetsiz sonuçlarla karşılaşılabilir. Aşağıda, bu konu üzerinde durulacaktır¹²¹.

s. 199-200. Aynı yönde bkz. COURSIER, **1993**, s. 108. Ayrıca bkz. ELÇİN, **2012**, s. 145. Yazar, bayrak hukukunun kaçış hükmünün uygulanması ile etkisizleştirilebileceği yönündeki görüşlere yer vermiştir. Bu konuda geniş inceleme için bkz. CARBONE, Sergio M., **Conflicts de lois en droit maritime**, 2010, s. 86 vd.

¹¹⁸ STAUDINGER, **2015**, s. 308; MANKOWSKI, **2009**, s. 199; COURSIER, **1993**, s. 96.

¹¹⁹ STAUDINGER, **2015**, s. 309. Aksi görüşte bkz. COURSIER, **1993**, s. 99. Yazar, geminin bayrak ülkesinin bir uzantısı olarak kabul edilmesi halinde, açık denizde çalışan gemi adamları bakımından Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/b (Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3) hükmüne başvurmanın gereksiz olacağını dile getirmektedir. Ancak, bu yönde bir tercihin donatanın hukukunun uygulanması ile sonuçlanabileceğini ve bu nedenle sakıncalı olabileceği gerçeği karşısında, söz konusu sakıncaların işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanması ile aşılabileceğini de ifade etmektedir (bkz. COURSIER, **1993**, s. 107-108).

¹²⁰ TARMAN, **2010**, s. 537; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, **2018**, s. 292, 450 nolu dn.; NOMER, **2017**, s. 348; ÇELİKEL/ERDEM, **2017**, s. 418-419; SENYEN KAPLAN, **2017**, s. 71.

¹²¹ Bkz. “Mutad İşyerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk ve Bu Hukukun İş Sözleşmesi İle İlişkisi” başlıklı bölüm.

3. Mutad İşyerinin Tek Bir Ülke İle İlişkilendirilmesi Meselesi

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk kapsamında mutad işyerinin sadece tek bir ülke ile ilişkilendirilmeye çalışılması kanımızca mutad işyerinin tespiti sorununun en önemli noktasıdır. Zira, mutad işyeri ancak belirli bir ülkede ise, bu ülke hukukunun uygulanabileceğinden hareket edilmektedir. Buna göre, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2'nin uygulanabilmesi, “işçinin işini sadece bir ülkede mutaden yerine getirmesine bağlıdır; işçinin işini birden fazla ülkede mutaden yerine getirmesi durumunda m. 8/f. 3'ün uygulanması söz konusu olacaktır¹²².”

AAD'nin, işin birden fazla ülkede ifa edilmesine karşın, somut olay odaklı bir inceleme yaparak, işin ağırlıklı olarak ifa edildiği belirli bir ülke ile ilişkilendirmesi de bu düşünceye dayanmaktadır. Zira, aksi halde, tamamen farklı bir bağlama noktası devreye girecek, mutad işyeri hukukunun iş ilişkisi ile sağladığı sıkı bağ, işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanması ile ortadan kalkacaktır. Bu durum, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Oysa, kanımızca, işin mutaden birden fazla ülkede ifa edilmesi halinde, bu ülkelerden yalnızca biri ile sıkı ilişki kurmaya çalışmak, kaçış hükmünün kabulü ile de ulaşılmak istenen milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırıdır; zira, sözleşme ile sıkı ilişkili hukuk, mutad işyeri hukukunun dahi önüne geçerek uygulama alanı bulabilmektedir¹²³. İşçinin işini mutaden yaptığı yerin belirlenmesi de, sözleşme ile en sıkı ilişkinin kurulması düşüncesine dayanmaktadır. Öyleyse, işçinin sürekli birden fazla ülkede ifa ettiği, işin niteliği gereği, işin mutaden yapıldığı ülkenin tespit edilemediği haller ile, birden fazla ülkede mutaden ifa edilen ve fakat bu ülkelerden biri ile de ağırlıklı bir bağ kurulamayan halleri birbirinden ayırt ederek, sonucunda mutad işyerinin tespit edilememesinden dolayı (işçinin işe alındığı işyeri veya işverenin esas işyeri gibi) ikincil bir bağlama noktasının uygulanmasının önüne geçilmesi daha doğrudur.

¹²² ELÇİN, 2012, s. 124.

¹²³ Kaçış hükmünün uygulanması bakımından Roma I Tüzüğü ile MÖHUK sistemi birbirinden ayrılmaktadır. Bkz. aşağıda “MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulama Alanı ve Tercih Edilen Bağlama Noktasının MÖHUK m. 27'nin Amacına Hizmet Edip Etmediği Meselesi” başlıklı bölüm.

Örneğin, Türkiye’de yaşamakta olan bir Türk maden mühendisinin, Özbekistan’da ve Azerbaycan’da bulunan altın madenlerini yönetmek üzere merkezi Moskova’da bulunan bir Rus şirketi ile anlaşmış olduğunu varsayalım. Bu işçinin belirli zamanlarda, ihtiyaç oldukça her iki ülkede bulunan madenlere giderek denetleme yaptığını, bu ülkelerden birinde daimi bir ofisinin ve oturma yerinin bulunmadığını düşünelim. Böyle bir örnekte, bu işçinin işin ifası bakımından her iki ülkede geçirdiği zamanın da yaklaşık birbirine denk olduğu bir durumda, bu işçinin sözleşmesinin haksız nedenle feshedildiği iddiasıyla açılacak davada uygulanacak hukukun, işin mutaden ifa edildiği tek bir ülkenin tespit edilememesi nedeniyle, Roma I Tüzüğü kapsamında işçinin işe alındığı işyeri, MÖHUK kapsamında ise işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku olduğunu kabul etmek gerekecektir. Oysa, işçi aslında işini mutaden iki ülkede ifa etmektedir. Böyle bir örnekte, gerçekten AAD’nin gösterdiği kıstaslar dahilinde, işin ağırlık merkezinin bulunduğu, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin esaslı bölümünü ifa ettiği tek bir ülkenin tespit edilememesi nedeniyle, bağlama noktası sistemi tamamen değişecektir. Somut olay çerçevesinde, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun tespiti ve kaçış hükmünün uygulanması bakımından yaşanabilecek zorluklar da dikkate alındığında, bu sonuç kaçınılmaz olacaktır.

Doktrinde Nomer, şu tespiti yapmaktadır: “*Neresinin mûtat işyeri olacağını tarafların iradesi belirler. Farklı bir söyleyişle, mûtat işyeri kavramı, işverenle anlaşmasına uygun olarak işçinin faaliyetini fiilen icra ettiği yere göre belirlenir. Bu konuda tarafların iradesi tespit edilmiyor ise, yerine getirilecek hizmetin niteliği ve özelliği, onun ağırlık merkezini tayin eder. İşçi, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini birden çok devlette yerine getirmekte ise, her biri –somut olayın bütün özelliklerinin dikkate alınmasıyla onun yükümlülüklerini (asgari %50) işverene karşı fiilen yerine getirdiği yer olmak şartıyla- mûtat işyeri olarak kabul edilir¹²⁴”.*

Gerçekten de, şayet bir iş hem işin niteliği gereği, hem de işçi ile işverenin anlaşması ve ortak iradeleri gereği mutaden birden fazla ülkede yapılıyor ise ve bu ülkelerden birinin “mutadlık” özelliği diğerine baskın değil ise -ki aksi halde zaten o ülke mutad işyeri olarak kabul edilecektir-, böyle bir durumda, her iki ülkenin de mutad

¹²⁴ NOMER, 2017, s. 347.

işyeri ülkesi olarak kabulü için herhangi bir engel bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın niteliği de bu konuda belirleyici olabilir. Örneğin bir iş kazası nedeniyle tazminat talebine dayalı davada, iş kazasının gerçekleştiği ülke mutad işyerinin tespiti bakımından ön plana çıkabilir. Yine, uyuşmazlık fazla mesai ücretinin talebine ilişkin ise ve bu talep sadece belirli bir ülkedeki çalışmaya ait ise, o takdirde de, mutad işyeri olarak söz konusu ülkenin kabulü yerinde olacaktır. Ancak, uyuşmazlığın niteliği de böyle bir tespite imkân sağlamayacak nitelikte ise, o takdirde, her iki ülke de mutad işyeri olarak kabul edilmelidir. Burada önerilecek şey, işçiye bu iki ülke hukuku arasında kendisi için daha avantajlı hükümler içeren hukuku seçme hakkının verilmesidir. Bu öneri, iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin tespiti konusunda benimsenen çözüm ile de uyumludur. Yukarıda AAD'nin *Weber* kararında, süre kuralı (“*time rule*”) uyarınca mutad işyerinin tespit edilememesi halinde, işçinin, kendisini işe alan işyerinin bulunduğu veya kendi yerleşim yerinin bulunduğu üye devlet mahkemelerinden birini seçerek, bu mahkemelerde dava açabileceğini belirtmiştir.

Böylece, zayıf taraf olarak işçinin korunması amacına hizmet eden bir çözüm benimsenmiş olacaktır. Zira, aksi halde, gerek maddi sonuç, gerekse kanunlar ihtilafı adaleti bakımından istenmeyen sonuçlara ulaşılmasına mahal verilmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere, AAD, mutad işyeri hukuku dışında başka bir hukukun uygulanmasının önüne geçmek üzere, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2'nin uygulama alanını mümkün olduğu kadar geniş yorumlamaktadır. Aşağıdaki başlıkta da bu husus üzerinde durulacaktır.

B. Mutad İşyerinin Tespit Edilememesi Halinde Uygulanacak Hukuk ve Bu Hukukun İş Sözleşmesi İle İlişkisi

1. Genel Olarak

MÖHUK m. 27/f. 2 (Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2) kapsamında mutad işyerinin hiçbir şekilde belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, mutad işyerinin sözleşme ile sağladığı sıkı ilişkiyi sağlamayacak olmasına karşın, başka bir objektif bağlama noktası daha öngörme ihtiyacı nedeniyle, iş sözleşmesi statüsü işverene ait bir unsura

bağlanmıştır¹²⁵. Bu unsur, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3 (mülga Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/b) uyarınca, işçinin işe alındığı işyeri iken, MÖHUK m. 27/f. 3 kapsamında, işverenin esas işyerinin bulunduğu yerdir¹²⁶. Doktrinde, işverenin esas işyerinin “MÖHUK m. 9’da ifade edilen idare merkezi” olduğu ifade olunmaktadır¹²⁷.

Roma I Tüzüğü’nde tercih edilen “işçinin işe alındığı işyeri” bağlama noktasının, işverenin esas işyerine nazaran, iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişki kuracağı bir gerçektir. Ancak, işverenin esas işyerinin tespitinin de, işçinin işe alındığı işyerine oranla daha kolay ve sorunsuz olacağı da açıktır¹²⁸. Nitekim, Kanun Koyucu MÖHUK m. 27/f. 3’ün

¹²⁵ GULOTTA, bu ihtiyacı hukuki öngörülebilirliğe bağlamaktadır. Yazara göre, işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanmasının kabulü, işçiyi koruma amacının terk edildiği anlamına gelmemektedir (bkz. GULOTTA, 2013, s. 590).

¹²⁶ TEKİNALP, 2675 sayılı mülga MÖHUK’un yürürlükte olduğu dönemde kaleme aldığı eserinde, iş akdinde ağırlık noktasını belirleyen yerin mutad işyeri olduğunu ifade ettikten sonra, işçinin edimini mutad olarak ifa ettiği yerin genellikle işletmenin, işyerinin bulunduğu yer olduğunu dile getirmiştir. Yazar, işverenin işyerinin (5718 sayılı MÖHUK anlamında esas işyerinin) bulunduğu yerin, “genellikle” sözleşme ile yakın ilişkili olacağı düşüncesinden hareket etmiştir (bkz. TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul 1986, s. 290). Aynı yönde bkz. TUNCAY, 1977, s. 909.

¹²⁷ TEKİNALP/UYANIK, 2016, s. 331; SENYEN KAPLAN, 2017, s. 70. DOĞAN’a göre, “*esas işyeri kavramı iş hukuku terminolojisine değil, ticaret hukuku terminolojisine aittir*”. Yazar, “merkez yeri” kavramından bahsetmekte ve karşılaştırmalı hukuka atıf yaparak, hükümdeki kavramın “işletme merkezi” olarak yorumlanabileceğini, birden fazla işletme merkezinin bulunması halinde ise, yine uluslararası doktrine atıf yaparak, işçinin işe alındığı işletme merkezi hukukunun uygulanacağını ifade etmektedir (bkz. DOĞAN, 2017, s. 396; DOĞAN, 2007, s. 161; DOĞAN, 1996, s. 83). Fakat, bu noktada Türk kanun koyucusunun m. 27/f. 3’de Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü’nden ayrıldığı gerçeğini atlamamak gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, işçinin işe alındığı işyeri hukuku, işverenin esas işyerinden tümüyle farklı bir bağlama noktasıdır. ELÇİN’e göre ise, “*esas işyeri*” kavramı her ne kadar iş hukukuna ait olmasa da, “*iş hukukuna ait kavramlar içinde açıklanabilir*”; ancak, tüzel kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 9/f. 4’e yapılan atfın hem gerçek hem de tüzel kişi işverenler bakımından uygulanması mümkün değildir (bkz. ELÇİN, 2012, s. 143).

¹²⁸ Yukarıda, *Sayers v. International Drilling Co.* kararında, işçinin işe alındığı işyerinin tespiti ile ilgili olarak karşılaşılan sorunlara örnek olabilecek bir durumu aktarmış, bu nedenle, Roma Konvansiyonu m. 6/f. 2/b hükmünden ziyade, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının tercih edilebileceğinin savunulduğunu dile getirmiştik. Bkz. yukarıda “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmeleri” başlıklı bölüm. Gerçekten de hükmün uygulanmasında, işe alınma (“*engaged*”) kavramı hayati önem taşımaktadır. Hükümde işe alınma kavramının net bir şekilde açıklanmadığı görülmektedir. Doktrinde, “işe alınma”dan kastın, işçinin işverenin iş organizasyonuna dahil edildiği yer olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, hükmün işçinin işe alındığı işyerinin güncel konumuna atıf yaptığı, bu anlamda, söz konusu iş yerinin önceki konumunun dikkate alınamayacağı savunulmaktadır. Diğer taraftan, hükmün uygulanmasında yalnızca işçiyi işe alan işyerinin [işletmenin] önem taşıdığı, işçiyi işe alan tüzel kişiliğin herhangi bir anlam ifade etmediği de vurgulanmaktadır (bkz. MORENO, 2016, s. 594). ZANOBETTI de, işçinin işe alındığı işyeri kavramının iş ile gerçek bir bağ kuran işyeri olarak algılanması gerektiği, aksi halde, işverenin işyerine yapılan atfın iş sözleşmesi ile hiçbir ilişkisi olmayacağı fikrindedir (bkz. ZANOBETTI, 2011, s. 350). Bu konuda özellikle bkz. MANKOWSKI, 2009, s. 193-197; GULOTTA, 2013, s. 590-591.

gereğesinde bu tercihi şu şekilde açıklamıştır: “(...) işçi işini mutaden farklı ülkelerde ifa ediyorsa, her iki tarafı da belirsizlikler ve zorluklardan korumak üzere işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülke anlamında “esas işyeri” hukukunun uygulanması kuralı kabul edilmiştir.”

Roma I Tüzüğü’nde benimsenen “işçinin işe alındığı işyeri”nin, iş sözleşmesini akdeden işyeri/şube/bağlı kuruluş olarak anlaşılması gerektiği, bu anlamda işçinin güncel olarak çalıştığı ya da iş organizasyonuna fiilen dahil olduğu işyerinin herhangi bir öneminin olmadığı ifade edilmektedir¹²⁹. Bu kapsamda, işyeri kavramı da mümkün olduğu kadar geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, AAD, EC 44/2001 sayılı ve 22.12.2000 tarihli Medeni ve Ticari Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Avrupa Konseyi Tüzüğü (Brüksel I) m. 18/f. 2 anlamında şube (“branch”) kavramının açıklanmasına ilişkin bir kararında¹³⁰, çalışanın yürüttüğü görevin söz konusu devletin egemenlik faaliyetine girmemesi şartıyla, üçüncü bir devletin üye devletlerden birinde bulunan temsilciliğinin şube olarak değerlendirilebileceği sonucuna varmıştır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Roma Konvansiyonu’nun uygulanmasından itibaren gelen süreçte, işçinin işe alındığı işyerinin bağlama noktası olarak tercihinin birtakım zorluklar içerdiği ancak her hâlükârda kaçış hükmünün uygulama alanı bulabileceği ve böylece işçinin işe alındığı işyerinin tespitinin veya bu işyeri hukukunun uygulanmasının ortaya çıkaracağı olumsuz sonuçların önüne geçilebileceği dile getirilmiştir¹³¹. Aynı sonuç, ikincil bağlama noktası olarak işverenin esas işyerinin tercih edilmesinde de yaşanabilecektir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, işverenin esas

AAD, *Jan Voogsgeerd v. Navimer SA*. kararında (C-384/10, 15.12.2011), işçinin işe alındığı işyerinin tespitinde dar yorumun esas alınması gerektiğini, zira ancak bu şekilde uygulanacak hukuk bakımından öngörülebilirliğin sağlanabileceğini belirtmiştir (prgf. 47). Bu kapsamda, işçinin işe alındığı işyerinin belirlenmesinde, işçinin güncel iş ilişkisi çerçevesinde bağlı olduğu işyerinin herhangi bir etkisi olmadığı kabul edilmektedir (prgf. 46). Ayrıca bkz. Van HOEK, **2014**, s. 161; GULOTTA, **2013**, s. 590.

¹²⁹ STAUDINGER, **2015**, s. 313. Yazar, işçinin işe alındığı işyerinin belirlenmesinde, mahkemelerin yalnızca işe alım sürecini dikkate alması gerektiğini, sözleşmenin ifa edildiği şartların ise belirleyici olmamasının doğru olduğunu ifade etmektedir (bkz. STAUDINGER, **2015**, s. 314).

¹³⁰ AAD, *Ahmed Mahamdia v. People’s Democratic Republic of Algeria* (C-154/11, 19.07.2012).

¹³¹ MORSE, **1992**, s. 18-19.

işyerine bağlanma, böyle bir işyerinin varlığı halinde mümkündür; işverenin “esas” işyerinin bulunmaması halinde, böyle bir bağlanma söz konusu olamayacak ve yine kaçış hükmünün uygulanması yoluna gidilecektir¹³².

2. MÖHUK m. 27/f. 3’ün Uygulama Alanı ve Tercih Edilen Bağlama Noktasının MÖHUK m. 27’nin Amacına Hizmet Edip Etmediği Meselesi

a. Mutad İşyerinin Belirlenemediği Hallerde Uygulanacak Hukuk

Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3, aynı hükmün ikinci fıkrası kapsamında mutad işyerinin belirlenemediği hallerde, uygulanacak hukukun tespitinde tercih edilen bağlama noktası, işçinin işe alındığı işyeridir. AAD, işçinin işe alındığı işyerinin mutad işyerine kıyasla “ikincil” bir bağlama noktası olduğunu açıkça ifade etmektedir¹³³. Roma I Tüzüğü sistemi içinde, m. 8/f. 3’ün uygulama alanının iki temel çalışma kategorisini kapsayacağı belirtilmektedir: tek bir çalışma yeri olmayan, mutad işyerinin belirlenmesi imkansız olan hareketli/seyyar (mobil) işçiler¹³⁴ ve bir devlet egemenliğine tabi olmayan alanlarda (“no-man’s land”¹³⁵) çalışan işçiler¹³⁶. Birinci gruptaki işler

¹³² NOMER, 2017, s. 348. Yazar, MÖHUK m. 27’de işverenin esas işyerinin bulunmaması halini düzenleyen bir hüküm bulunmadığını, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması bakımından f. 4’deki genel hükme başvurulabileceğini belirtmektedir. Diğer taraftan, işverenin esas işyerinin, TEKİNALP/UYANIK’ın önerdiği şekilde yorumlanması ve idare merkezi hukukunun uygulanması halinde böyle bir zorluk yaşanmayacaktır. Zira, bireysel iş sözleşmesinin kurucu unsuru bir işverene bağlı olarak, onun talimatları çerçevesinde çalışmadır. Bu işveren gerçek veya tüzel kişi olsun ya da tüzel kişiliği bulunmayan bir mal/kişi topluluğu olsun, fiilen idare edildiği bir ülke bulunacaktır. Bu durumda, MÖHUK m. 27/f. 3’deki bağlama noktasının bulunmaması gibi bir durumla da karşılaşılacaktır.

¹³³ Bkz. yukarıda AAD, *Jan Voogsgeerd v. Navimer SA.* kararı, prgf. 47.

¹³⁴ İşçinin “seyyarlığı” işverenin işlerini yürüttüğü yerin devamlı değişmesinden de kaynaklanabilir. NOMER’e göre, “işverenin faaliyetini icra ettiği yer devamlı olarak değişmekte ve bu faaliyetinin ağırlık merkezi işin sonuna gelinceye kadar tereddüde yer vermeyecek şekilde tespit edilmiyor ise, mutad işyerinin bulunmadığından hareket zarureti vardır.” (bkz. NOMER, 2017, s. 348). Ancak, yazarın verdiği örnek, daha çok işin niteliği ve işçinin çalışma şekli nedeniyle, işin birden fazla ülkede ifa edildiği ilaç mümesilliği örneğidir, ki yukarıda açıkladığımız üzere, bu tür durumlarda AAD, mutad işyerinin tespitine ilişkin somut olaya özgü bazı kıstasların dikkate alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Örnekte, işçinin yerleşim yerinin bulunduğu ülkede işlerini organize ettiği bir bürosu olmadığından hareket edilmektedir. Oysa, AAD’nin *Weber* kararında da benzer bir durum olmasına karşın, AAD, zaman kuralına başvurmuş ve işçinin en çok vakit geçirdiği yerin mutad işyeri olarak belirlenebileceğini dile getirmiştir. Dolayısıyla, işçinin belirli bir ülkede işlerini organize ettiği bir ofisinin bulunmaması, bu tür durumlarda, mutad işyerinin tespit edilemeyeceğini savunmak için başlı başına yeterli değildir.

¹³⁵ NOMER, 2017, s. 348.

bakımından mutad işyeri (ülke) bağlantısının kurulamaması veya mutad işyerinin bir ülke ile bağlantısının ağırlığını kaybetmesi¹³⁷ bir gerekçe iken, ikinci gruptakiler bakımından işin ifa edildiği yer hukuk sistemine dahil bir ülkenin toprağı değildir. Dolayısıyla, aslında birinci grup açısından bir ülkeye, ikinci grup açısından ise bir hukuka bağlanma sorunu söz konusudur.

Tek bir devletin egemenliği altında bulunmayan alanlarda görülen işlerin, genelde belirli sosyal grup/oluşumlar içinde yürütülmesinden yola çıkılarak, işçinin tabi olduğu sosyal oluşum hangi devletin egemenliğine tabi ise, o devletin hukukunun iş sözleşmesini de yönetmesi gerektiği fikri savunulmaktadır¹³⁸. Antarktika, belirli bir devletin egemenlik alanına dahil olmayan yerler arasında örnek gösterilmektedir¹³⁹. Bu görüşten yola çıkarak, örneğin, Antarktika buzullarında bir üniversiteye veya bağımsız bir bilimsel kuruluşa bağlı olan araştırma grubunun yürüttüğü faaliyetlerde çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin bu grubun ait olduğu üniversite veya bilimsel örgütün tabi olduğu hukuka tabi olacağı sonucuna varılacaktır.

Doktrinde, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3'ün uygulama alanının yargı kararları ile ciddi anlamda daraltıldığı ve anılan hükmün uygulamada sadece “marjinal bir önem” taşıdığı ifade olunmaktadır¹⁴⁰. Özellikle AAD'nin mutad işyeri kavramını mümkün olduğunca geniş ve kapsayıcı bir şekilde yorumlayarak m. 8/f. 3'ün uygulama alanını sınırlandırmasının siyasi bir tercihe dayalı olduğu savunulmaktadır¹⁴¹. İşin yapıldığı yerin aynı zamanda uyuşmazlığa uygulanacak “emredici” hükümleri ve toplu iş sözleşmesi şartlarını da belirleyecek olması, fiilen de, işçinin işe alındığı (MÖHUK m.

¹³⁶ MORENO, 2016, s. 593; ELÇİN, 2012 s. 140; MANKOWSKI, 2009, s. 181. Yazar, hiçbir devletin egemenlik alanına girmeyen yerlere örnek olarak İsrail ile Filistin arasındaki bölgeyi vermektedir.

¹³⁷ TARMAN, 2010, s. 537; NOMER, 2017, s. 348.

¹³⁸ ZANOBETTI, 2011, s. 351.

¹³⁹ MANKOWSKI, 2009, s. 181; ZANOBETTI, 2011, s. 351.

¹⁴⁰ MORENO, 2016, s. 594. Aynı yönde bkz. STAUDINGER, 2015, s. 315; ZANOBETTI, 2011, s. 349; MANKOWSKI, 2009, s. 177; GULOTTA, 2013, s. 589.

¹⁴¹ MORENO, 2016, s. 594. MANKOWSKI'ye göre de, mutad işyeri hukukunun uygulanması konusunda Roma I Tüzüğü ile öngörülen yeni kuralın, doğrudan, “işverenin işyerine” bağlama noktası olarak başvurmayı engellemeyi amaçlamaktadır (bkz. MANKOWSKI, 2009, s. 178). Van HOEK de, AAD'nin *Jan Voogsgeerd* kararını verirken, “işçinin işe alındığı işyeri”nin, sosyo-ekonomik açıdan geçerli ve uygun bir bağlama noktası olmadığına bilincinde olduğunu belirtmektedir (bkz. Van HOEK, 2014, s. 161).

27/f. 3 kapsamında, işverenin esas işyerinin bulunduğu yerin hukukunun uygulanmasını zorlaştırmaktadır¹⁴².

Gerçekten de, bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen kuralların amacı dikkate alındığında, işçinin korunması bakımından en elverişli bağlama noktasının tercih edilmesi gerektiği (“*favor laboratoris*”) açıktır¹⁴³; bu bakımdan, mutad işyeri kavramı ne kadar geniş yorumlanmalı ise, Roma I Tüzüğü m.8/f. 3’ün uygulama alanının o kadar dar yorumlanması gerektiği fikrine¹⁴⁴ katılmamak çok zordur. Mutad işyeri dışındaki ikincil bağlama noktaları -ki bu bakımdan tercih edilen bağlama noktasının herhangi bir önemi yoktur, ister iş sözleşmesi ile daha yakın irtibat sağlayacağı ve işçiyi daha çok koruyacağı düşünülerek işçinin işe alındığı işyerinin, ister işverenin esas işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilsin-, ancak ve ancak mümkün olan en geniş şekliyle yorumlanması halinde dahi mutad işyerinin tespit edilememesi halinde uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁵; bu iki bağlama noktası arasında hiyerarşik bir ilişki söz konusudur¹⁴⁶. Uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olan hakimin somut olayın tüm özelliklerini dikkate alarak mutad işyerini tespit etmesi zaruridir¹⁴⁷. Tespitinin daha kolay olması mutad işyeri dışındaki bağlama noktalarına

¹⁴² ZANOBETTI, 2011, s. 349.

¹⁴³ ZANOBETTI, 2011, s. 348; GULOTTA, 2013, s. 589.

¹⁴⁴ STAUDINGER, 2015, s. 314; ZANOBETTI, 2011, s. 347; ELÇİN, 2012, s. 138-139. Aynı yönde bkz. Van HOEK, 2014, s. 160-161. Ancak yazar, daha sonra, mutad işyerinin belirlenmesi konusundaki güçlükler atıf yapmakta, somut olayın şartları dikkate alınarak, mutad işyeri hukuku yerine işverenin işyeri hukukunun uygulanmasının kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, mutad işyerinin tespiti birçok sorun ve karmaşa yaratmaya, diğer bir ifadeyle, hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldırmaya müsait iken, işverenin işyerinin [ya da işçiyi işe alan işyerinin] tespiti bir o kadar kolay ve öngörülebilir bir bağlama noktasıdır. Ayrıca, mutad işyerinin tespiti ispat hukuku bakımından da sorun yaratabilir; çeşitli mahkemelerin aynı ya da benzer durumlarda farklı sonuçlara varabilmektedir. Yazar, Belçika mahkemelerinin Ryanair pilotlarının taraf olduğu uyuşmazlıklarda, mutad işyerinin tespiti bakımından farklı sonuçlara varabildiği örneğini vermektedir. Bu anlamda, mutad işyeri kavramı uluslararası hava taşımacılığı açısından daha belirlenebilir ise de, aynı durum uluslararası kara taşımacılığı açısından söz konusu değildir (bkz. Van HOEK, 2014, s. 164-165).

¹⁴⁵ ZANOBETTI, 2011, s. 347; Van HOEK, 2014, s. 160; ELÇİN, 2012, s. 138-139.

¹⁴⁶ GULOTTA, 2013, s. 589.

¹⁴⁷ ZANOBETTI, 2011, s. 348; Van HOEK, 2014, s. 160-161.

başvuruyu haklı kılamayacaktır. Aksi halde, hakim, işçinin en lehine olan kanunlar ihtilafı kuralına başvurarak işçiyi koruma yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır¹⁴⁸.

b. MÖHUK m. 27/f. 3 Kapsamında İşverenin Esas İşyeri Hukukunun Uygulanmasının Yaratabileceği Sakıncalar ve Konunun Kaçış Hükümü Bakımından Değerlendirilmesi

Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3'ün uygulama alanı bakımından ileri sürülen gerekçeler, MÖHUK m. 27/f. 3 açısından da geçerlidir. Bu kapsamda, MÖHUK m. 27 uygulamasında da, uyuşmazlığın somut koşulları dahilinde, mümkün olduğunda mutad işyerinin tespiti gereklidir. MÖHUK m. 27/f. 3 ise, ancak mutad işyerinin hiçbir şekilde belirlenemeyeceği hallerde uygulama alanı bulabilecektir.

Kaldı ki, yukarıda belirttiğimiz üzere, Roma I Tüzüğü'nde benimsenen "ikincil" objektif bağlama noktası "işçinin işe alındığı işyeri" iken, MÖHUK'un düzenlenmesinde, bu tercih, pratik gerekçelerle "işverenin esas işyeri" yönünde olmuştur. İşverenin esas işyeri ise, iş sözleşmesini sadece işveren odaklı bir hukuka yönlendirmektedir¹⁴⁹. Roma I Tüzüğü ile MÖHUK arasındaki tercih farkı, uygulamada bambaşka hukukların uygulanmasına yol açabilecek niteliktedir¹⁵⁰.

Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3'ün uygulama alanı daraltılarak dahi olsa, uygulanmasının kabulü doktrinde eleştirilmekte; hükmün, iş sözleşmesine uygulanacak hukuku belirleme imkanını işverene bıraktığı gibi, iş ilişkisinin sözleşme ile tümüyle ilgisiz bir hukuk tarafından yönetilmesi sonucunu yarattığı savunulmaktadır¹⁵¹. Zira,

¹⁴⁸ ZANOBETTI, 2011, s. 348.

¹⁴⁹ ELÇİN, bu durumu, "Türk kanun koyucusunun işverenin menfaatlerini korumayı tercih ettiği" şeklinde yorumlamaktadır (bkz. ELÇİN, 2012, s. 144). DOĞAN da, 5718 sayılı MÖHUK'un kabulünden önce kaleme aldığı eserinde, işverenin işletme merkezi hukukunun tercihinin işçi aleyhine sorunlar yaratabileceğini, uygulanacak hukuku belirleme yetkisinin tek taraflı olarak işverene verilmesi sonucunun doğabileceğine işaret etmiştir. Bu nedenle, bağlama noktası olarak "iş akdinin yapıldığı işletme merkezinin bulunduğu yer" in kabul edilmesi gerektiğini dile getirmiştir (bkz. DOĞAN, 1996, s. 83).

¹⁵⁰ ELÇİN, 2012, s. 144.

¹⁵¹ MORENO, 2016, s. 594. Ayrıca bkz. DOĞAN, 2007, s. 163. ELÇİN de şu soruyu sormaktadır: "İşçinin işini birden fazla ülkede yerine getirmesine ve fakat işin önemli bir kısmının bu ülkelerden birinde ifa edildiği durumlarda, işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanması, her zaman yakın bir irtibatı sağlayabilecek midir?" (bkz. ELÇİN, 2012, s. 138). Kanımızca aynı soru işverenin esas işyeri bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, yukarıdaki AAD içtihadı ışığında, böyle bir örnekte

milletlerarası özel hukuk adaletinin birincil amacı uyuşmazlık ile en yakın ilişki sağlayan hukukun bulunmasıdır. İş sözleşmeleri bakımından daha büyük önem arz eden bu amaca bir de, işçinin zayıf taraf olarak korunması gerektiği düşüncesi eklenmektedir. Bu nedendir ki, Kanun Koyucu, gerek MÖHUK m. 27'nin gerekse Roma I Tüzüğü'nün son fıkralarında kaçış hükmüne yer vererek, iş sözleşmesi ile en yakın ilişkili hukukun bulunması gerektiği üzerinde durmuştur. Bu hukukun tespitinde, işçinin mutad meskeninin bulunduğu yer, işverenin işletmesinin kuruluş yeri, işçi ve işverenin ortak mutad meskenlerinin bulunduğu yer veya vatandaşlıkları, sözleşmenin akdedildiği yer, sözleşmede kullanılan dil, ücretin ödendiği para cinsi, işçi ile işveren veya işverene bağlı çok uluslu grup şirketlerinin sahip olduğu işletmeler ile işçi arasında önceden var olan hukuki ilişkiler ve bu ilişkilere uygulanacak hukuk gibi birtakım kıstaslar dikkate alınmalıdır¹⁵². Bu kıstaslar arasında da bir üstünlük ilişkisinin var olduğu, sıkı ilişkinin

işin mutaden yapıldığı ülke tespit edilmiş olacak, böylece işçinin işe alındığı işyeri hukukunun uygulanmasına başvurmaya gerek kalmayacaktır.

¹⁵² MORENO, 2016, s. 595; COURSIER, 1993, s. 106; EKŞİ, 1997, s. 128; DOĞAN, 1996, s. 87; DOĞAN, 2007, s. 161-162; ELÇİN, 2012, s. 151-152; SENYEN KAPLAN, 2017, s. 75-77; ERDOĞAN, 2017, s. 130. Ayrıca bkz. İstanbul BAM 30, HD, E. 2016/242 K. 2017/227, 20.02.2017; Yarg 9.HD, E. 2012/8226 K. 2012/36419, 06.11.2012; (www.lexpera.com.tr; erişim tarihi: 20.07.2018). Kaçış hükmünün uygulanması bakımından daha geniş bilgi için bkz. BAYATA CANYAŞ, Asli, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Ankara 2012, s. 154-157; GÜNGÖR, Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkisine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007, s. 211-218.

Doktrinde, ZANOBETTI, kaçış hükmünün belirsiz sonuçları olabileceğini dile getirmektedir. Bu hükmün, bir taraftan objektif bağlama noktalarının yarattığı sakıncalı sonuçların önüne geçilmesini ve böylece milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine ulaşılmasını sağlarken, diğer yandan hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği azalttığını savunmaktadır. Yazara göre, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik işçinin korunması amacı ile birlikte değerlendirilmeli; kaçış hükmü, hiçbir zaman objektif bağlama noktalarının uygulanarak yetkili hukukun bulunmasındaki güçlükleri aşmak için kullanılmamalıdır (bkz. ZANOBETTI, 2011, s. 354). Yazarın kaçış hükmünün uygulanması konusunda belirttiği sakıncalar bizce de söz konusudur. Ancak, iş sözleşmelerinin kendine özgü niteliği, işçinin korunması bakımından böyle bir hükmün “kanunlar ihtilafının acil çıkış kapısı” olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 4'deki düzenlemenin aksine, MÖHUK m. 27/f. 4'deki gibi hakime sözleşme ile daha sıkı ilişki sağlayan hukuku uygulayıp uygulamamak konusunda takdir hakkı verilmesi, anılan sakıncaların tümünü olmasa da bir kısmını bertaraf edebilecektir.

AAD, *Schlecker v. Boedeker* kararında (C-64/12, 12.09.2013), Roma I Tüzüğü m. 8/f. 4'ün uygulanması ile ilgili ilginç bir sonuca varmıştır. Somut olayda, Alman işçi Ms. Boedeker ile Alman işveren Schlecker arasında iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta, iş sözleşmesinin ifası ile ilgili tüm veriler Alman hukukunun uygulanmasını işaret etmektedir. Ms. Boedeker, toplam 27 yıllık hizmetinde, son 12 yıldır Hollanda'da müdür olarak istihdam edilmiş, bu sürede 300 yerel şubenin denetimi görevini üstlenmiştir. Somut olayda, Hollanda'nın mutad işyeri ülkesi olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır ve Hollanda hukukunun iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümleri, işçiyi Alman hukukuna göre daha çok korumaktadır. İşveren,

Alman hukukunun sözleşme ile daha sıkı ilişkili olduğunu ileri sürmüştür. Zira, her iki taraf da Alman vatandaşıdır ve tarafların yerleşim yerleri Almanya’da bulunmaktadır; sözleşmenin dili Almanca’dır ve ödenecek ücret Alman para birimi üzerindedir. Ayrıca, sözleşmede Alman hukuku hükümlerine atıf yapılmaktadır; işçi Alman Vergi Hukukuna ve sosyal güvenlik mevzuatına tabidir. Dosyanın raportörü, mutad işyerinin koruyucu etkisi dikkate alınarak kaçış hükmüne başvurulmaması gerektiği yönünde fikir beyan etmiştir. İşçi de, kaçış hükmünün ancak işçi lehine avantajlı hükümler sunması halinde uygulanabileceğini savunmuştur. Buna mukabil, Hollanda Hükümeti, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığının tespiti üzerine bu hukukun uygulanması gerektiğini, böyle bir durumda, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun mutad işyeri hukukunun yerine geçeceğini ifade etmiştir. AAD, Hollanda Hükümeti’nin görüşü yanında durmuş, mutad işyeri ile işçinin işe alındığı işyeri arasında (m. 8/f. 2 ve f. 3) “hiyerarşik” bir ilişki varken, aynı hiyerarşinin kaçış hükmü için söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Buna göre, ulusal mahkeme, şayet iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını tespit ederse, o hukuku uygulamalıdır. Böylece AAD, kaçış hükmünün ancak işçiye daha iyi bir koruma sağladığı takdirde uygulanabileceği iddiasını da reddetmiştir. İşçinin tarafların seçtiği hukuka karşı korunması düşüncesi, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun karşısında etkisini yitirmektedir.

Van HOEK, AAD’nin vardığı sonuç bakımından iki temel görüşün ileri sürüldüğünü ifade etmektedir. Birinci görüş, önceliği mutad işyerinin saptanmasına ve mutad işyeri ülkesinin, bu ülkede çalışan tüm işçiler bakımından eşit korunmasına dayalıdır. İkinci görüş ise, sıkı ilişkili hukukun işçinin de en yakın olduğu hukuk olacağından hareket ile, işçinin daha iyi bildiği bir hukuk tarafından korunmasının daha doğru olduğu, mutad işyeri hukukunun her zaman en iyi koruma sağlamayacağı düşüncesine dayanmaktadır. İkinci görüş, gönderen ülkenin kontrolü kuralı (“*home country control rule*”) olarak bilinen teori üzerine kuruludur. Buna göre, işçinin kendi ülkesinden –ki bu ülke sözleşme ile de en sıkı ilişkili ülke olacaktır- daha düşük bir koruma standardı öngören ülkelerde çalışmak üzere gönderilmesi halinde, mutad işyerinin sağlamadığı korumanın işçiyi gönderen ülke hukuku tarafından sağlanması söz konusu olacaktır. Van HOEK, AAD’nin *Koelzsch* ve *Voogsgeerd* kararlarında, işverenin işyerinin iş sözleşmesi ile yakın bir bağ kuramayabileceği düşüncesinden hareket ettiğini dile getirmektedir. Yazara göre, özellikle işverenlerin AB mevzuatının öngördüğü teşebbüs serbestisi ve hizmetlerin serbest dolaşımı politikaları dahilinde, merkezlerini belirlemek konusunda sahip olduğu serbesti dikkate alınır, işverenin işyeri ile iş arasında herhangi bir bağ olmayabileceği düşüncesinin ağır basacaktır. AAD, bu durumun işçi üzerindeki olumsuz etkilerini bertaraf etmek amacıyla mutad işyerinin mutlaka tespit edilmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Fakat *Schlecker* kararı ile bu düşüncesinden geri adım atmış, sıkı ilişkili hukuka üstünlük tanıyarak “*home country control rule*” lehine hüküm kurmuştur. Yazar ayrıca, Hollanda doktrininin, genel olarak, *locus laboris* korumasının ön planda tutulması gerektiği, mutad işyeri hukukunun belirlenebilir olduğu hallerde bu hukukun uygulanmamasının kanunlar ihtilafı kuralının işçiyi koruyucu etkisini yok etmek anlamını taşıyacağı görüşünde olduğunu dile getirmektedir. (bkz. Van HOEK, 2014, s. 163-164). GULOTTA da, sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını, işçi lehine, kanunlar ihtilafı kuralının ortaya çıkardığı sakıncaları düzeltici bir etkisi olduğunu ifade etmektedir (bkz. GULOTTA, 2013, s. 591). Yazarın çıkış noktası olan “esasa ilişkin metod”, işçinin kanunlar ihtilafı düzeyinde değil, maddi hukuk düzeyinde korunmasına dayanmaktadır. Bu kapsamda, sıkı ilişkili hukukun uygulanması işçi lehine maddi sonuç doğurmasına bağlıdır.

Kanımızca bu noktada yapılacak tercihin amaç odaklı olması gerekmektedir. Zira, kanunlar ihtilafı alanındaki yararlılık ilkesi, maddi hukuktaki yararlılıktan ayrılmaktadır; kanunlar ihtilafı bakımından yararlılık ilkesi, işçinin menfaatlerine hizmet eden hukukun uygulanmaya çalışılmasından ibarettir (bkz. DOĞAN, 2007, s. 154). Şayet, işçi yalnızca hukuk seçimi karşısında korunmak isteniyorsa, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun işçi lehine koruma sağlayıp sağlamadığına bakılmaksızın, mutad işyeri hukuku yerine bu hukukun uygulanması savunulacaktır. Roma I Tüzüğü sistemi ile MÖHUK sistemi bu noktada ayrılmaktadır. Roma I Tüzüğü m. 8/f. 1’de işçi hukuk seçimine karşı, sadece mutad işyeri hukukunun değil, işçinin işe alındığı işyeri hukukunun ve sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde bu hukukun sağladığı asgari standart ile korunmaktadır. Oysa, MÖHUK m. 27/f. 1’de, işçiyi, hukuk seçimine karşı koruyacak asgari standart yalnızca mutad işyeri hukuku tarafından belirlenmektedir. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, mutad işyerinin

belirlenmesinde her unsurun aynı değerde olmadığı ileri sürülmektedir; buna göre, işçinin vergisini ödemediği, sosyal güvenlik (emeklilik ve hastalık sigortası) sistemine dahil olduğu ülkenin sıkı ilişkisinin belirlenmesinde bir adım önde olduğu ifade olunmaktadır¹⁵³.

Doktrinde, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3'ün uygulanmasının şarta bağlanabileceği ifade olunmaktadır; buna göre, işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanabilmesi için, bu hukukun sözleşme ile sıkı ilişkili bir hukuk olması gerektiği kabul edilmelidir¹⁵⁴. Ancak, kanımızca, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 4 ile, somut olayın tüm şartları dikkate alındığında, f. 2 veya f. 3'ün gösterdiği hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde, sözleşmeye bu hukukun uygulanması gerektiğini ifade eden kaçış hükmü, f. 3'ün uygulanmasında belirtilen yönde bir şartın öngörülmesini etkisiz kılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ve bireysel iş sözleşmelerine mutad işyeri hukuku dışında bir hukukun uygulanması konusundaki tereddütler, kaçış hükmünün de kabulü ile birlikte, mutad işyeri dışındaki objektif bağlama noktalarının kabulünü tartışmalı hale

bulunmaması halinde, asgari koruma standardının “üçüncü fıkradan yola çıkılarak” tespit edilebileceğini; bu anlamda “işçinin mutad işyerinin belirlenemediği hallerde, yapılan hukuk seçimi bakımından işverenin esas işyeri hukukunda yer alan hükümlerin” asgari koruma standardını belirleyeceğini ifade etmektedir (bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞ, s. 291, 447 nolu dn).

MÖHUK ve Roma I Tüzüğü hükümleri arasındaki bu fark, Roma I Tüzüğü'nde, kanun koyucunun, işçiyi hukuk seçimi karşısında koruma düşüncesinden hareket ettiği izlenimini yaratmaktadır. Diğer taraftan, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 4'ün uygulanması bakımından hakime bir takdir hakkının tanındığına dair bir ifadeye de yer verilmemiştir (“[...] the law of that other country shall apply”). Oysa, MÖHUKm. 27/f. 4'de “uygulanabilir” diyerek, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması konusunda hakime açık kapı bırakılmaya çalışıldığı bir gerçektir. MÖHUK'un düzenlenmesinde kanun koyucu'nun mutad işyeri hukukunun korumasına öncelik tanıdığı daha açıktır. Bu yönüyle, MÖHUK'un işçinin lehine maddi sonuçlar doğuracak hukukun uygulanmasını amaçladığı söylenebilir. Buna mukabil, mutad işyerinin belirlenemediği hallerde işverenin esas işyeri hukukunun uygulanması ile, işçi, her türlü korumadan mahrum bırakılmıştır. Bu bakımdan MÖHUK m. 27/f. 4 düzenlemesi işçinin imdadına yetişmektedir. sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde bu hukukun uygulanması ile işverenin esas işyeri hukukunun uygulanmasının yaratacağı sonuçların önüne geçilmiş olacaktır. Fakat, MÖHUK m. 27/f. 4 kapsamında bir tespit yapılamaması halinde, mutad işyeri de tespit edilemediğinden, işçi işverenin esas işyeri hukukunun öngördüğü standart ile karşı karşıya bırakılmaktadır.

¹⁵³ Van HOEK, 2014, s. 162.

¹⁵⁴ MORENO, 2016, s. 594. WILLIAMS da, işçinin işe alındığı işyerinin, işçinin çalıştığı yerlerden farklı olması ve bu yerin sözleşme ile bir ilgisi bulunmadığı durumlarda, doğrudan kaçış hükmünün (“proviso”) uygulanması yoluna gidilebileceği görüşündedir. Bkz. WILLIAMS, 1986, s. 26. Ayrıca bkz. DOĞAN, 2007, s. 163.

getirmektedir. 5718 sayılı MÖHUK'un kabulünden önce, iş sözleşmesine uygulanacak özel bir kanunlar ihtilafı kuralının düzenlenmediği 2675 sayılı MÖHUK döneminde kaleme alınan eserlerde, işin belirli bir ağırlık merkezinin bulunmadığı ve bu nedenle de mutad işyerinin tespit edilemediği hallerde, mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 24 gereğince, en yakın ilişkili hukukun tespit edilerek, iş sözleşmesinden doğan uyumsuzluğa bu hukukun uygulanması gerektiği dile getirilmekte, bu kapsamda, mutad işyeri bağlantısının ortadan kalktığı durumlarda, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespiti yoluna gidilmesinin gerekeceği ifade edilmekte idi¹⁵⁵.

Kanımızca, bu yorum olması gereken hukuk anlamında (*de lege feranda*) bugün için de geçerliliğini korumaktadır. AAD'nin Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3'ün uygulama alanını bilinçli olarak daraltmaya çalışmasının altında da, "işin mutaden yapıldığı yer hukukunun iş sözleşmesi ile istenilen yakın ilişkiyi sağladığı, bunun dışındaki bir hukukun ancak "mecburiyetten" uygulanmasının mümkün olabileceği" düşüncesi yatmaktadır.

İster ikincil, ister tamamlayıcı olarak tanımlansın, mutad işyeri hukuku dışındaki bir hukukun, sözleşme ile daha sıkı irtibatlı olmadığı sürece, iş ilişkisini yönetmesi gerek doktrinde savunulan fikirler, gerekse yargı kararları çerçevesinde kabul görmemektedir. Kaldı ki, MÖHUK m. 27 sisteminde, Roma I Tüzüğü'nden farklı olarak, sözleşme ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilen hukukun objektif bağlama noktalarının uygulanması ile bulunan hukukun önüne geçebilmesi bakımından hakime bir takdir yetkisi tanınmaktadır; Türk doktrininde neredeyse tereddütsüz şekilde kabul edildiği üzere, Türk hakimi, ancak işçinin daha lehine sonuçlar doğuracak ise sözleşme ile daha sıkı ilişkili olduğunu tespit ettiği hukuku uygulayacaktır, bu konuda somut olayın özelliklerine göre takdir hakkına sahiptir¹⁵⁶. İşçinin mutad işyerinin işçiyi koruyacak standarda sahip olmaması halinde, f.4'e başvurulması tek çaredir¹⁵⁷.

¹⁵⁵ EKŞİ, 1997, s. 127; NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1996, s. 274.

¹⁵⁶ ELÇİN, 2012, s. 150-151; TARMAN, 2010, s. 539; ÇELİKEL/ERDEM, 2017, s. 419; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 2018, s. 293; NOMER, 2017, s. 349; DOĞAN, 2017, s. 397; SENYEN KAPLAN, 2017, s. 75.

¹⁵⁷ ELÇİN, 2012, s. 128-129.

DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Mutad işyeri veya işin mutaden yapıldığı yer kavramı, çalışmamızda üzerinde durduğumuz üzere, bireysel iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde başvuru bağlama noktası sisteminin tam merkezinde bulunmaktadır. Zira, tarafların seçtiği hukukun uygulanması kadar, objektif bağlama noktalarının tespitinde de mutlaka işin mutaden yapıldığı yerin tespiti zorunludur. Bu durum, gerek AB mevzuatı ve İsviçre hukuku, gerekse Türk hukuku bakımından aynıdır. Özellikle AAD'nin içtihadı işin mutaden yapıldığı ülkenin tespiti bakımından, hakimin somut olaya özgü şartları dikkate alarak özenli bir inceleme yapması gerektiğini ortaya koymaktadır.

İş hukukunun kendine özgü emrediciliği ve zayıf taraf olan işçinin korunması düşüncesi bu sistemin uygulanması konusunda ciddi güçlükler yaratmaktadır. Yukarıda açıkladığımız üzere, Yargıtay, genelde yabancılık unsuru içeren ve fakat işçinin Türk vatandaşı olduğu uyuşmazlıklar ile karşılaşması nedeniyle, işin mutaden yapıldığı yer hukukunun tespiti konusunda gerekli özeni göstermemektedir. Yargıtay'ın birçok kararında vardığı sonuç, her halükârda Türk iş mevzuatının uygulanması olmaktadır. Ancak bu bakımdan Yargıtay hukuki gerekçeleri ortaya koymaktan imtina etmektedir. Yargıtay ve istinaf mahkemeleri kararlarına bakıldığında, gerekçelerin birbirinin kopyası olduğu görülmekte, Türk iş mevzuatı hükümlerinin uygulanmasının özellikle kanunlar ihtilafı tekniği kapsamında hangi gerekçeye dayandığı tespit edilememektedir.

İşin buraya kadar olan boyutu, MÖHUK m. 27'nin hakimler tarafından uygulanıp uygulanmadığı veya nasıl uygulandığı ile ilgilidir. Çalışmamızda yer verdiğimiz ve karşılaştırmalı hukuk doktrininde de istikrarlı olarak benzer şekilde yorumlanan AAD içtihadı kapsamında, işin mutaden yapıldığı yer, artık neredeyse bütün iş sözleşmeleri bakımından mümkün görünmektedir. Bu anlamda, işçinin işe alındığı yer hukukunun uygulanmasını öngören Roma I Tüzüğü m. 8/f. 3'ün uygulama alanının gittikçe daraldığı ve ancak işçinin işini mutaden belirli bir ülkenin hakimiyeti altında bulunmayan alanlarda, uzayda veya sadece açık denizlerde bulunan yüzer platform, petrol kuyusu gibi yerlerde -veya tartışmalı olmakla birlikte açık denizlerde sefer yapan gemilerde- çalışanların iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda bu hükme

başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bu ihtimalde dahi, ikincil objektif bağlama noktasının uygulanması sonucu bulunan hukukun muhtemelen, Roma I Tüzüğü m. 8/f. 4’de düzenlenen kaçış hükmü nedeniyle uygulanamayacağı da altı çizilmektedir.

Aynı yorumun MÖHUK m. 27/f. 2-3 ve 4 bağlamında da benimsenmesi kanımızca kaçınılmazdır. Zira, doktrinde ileri sürülen işin mutaden ifa edildiği yer ile mutad işyerinin aynı ülkede bulunmayabileceğine ve bu nedenle tereddüdü ortadan kaldırmak için Roma I Tüzüğü’nde olduğu gibi işin mutaden yapıldığı ülkenin bağlama noktası olarak tercih edilmesi gerektiğine dair bizim de katıldığımız fikir bir yana, MÖHUK m. 27/f. 2’de düzenlenen bağlama noktasının, kanunlar ihtilafı adaleti gereği, mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması, *favor laboratoris* ilkesine de daha uygun sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır. Mutad işyerinin tespit edilememesi ve bu nedenle MÖHUK m. 27/f. 4’deki kaçış hükmüne başvurulması her zaman mümkündür. Bu anlamda, hem f. 2 hem de f. 3’deki bağlama noktalarının uygulanması, somut olay bağlamında sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunamamasına bağlıdır.

Roma I Tüzüğü’nde düzenlenenden farklı olarak ve daha çok pratik gerekçelere bağlı olarak tercih edilen “işverenin esas işyeri” bağlama noktasının uygulanmasında çok temkinli olunması gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay ve istinaf mahkemelerinin, MÖHUK m. 27’deki bağlama noktası sistemine sadık kalmayarak, önüne gelen uyuşmazlıklarda ekseriyetle doğrudan Türk iş mevzuatını uygulaması sorunu bir yana, şayet MÖHUK’daki bağlama noktası uygulansa dahi, bu düzenlemeler çerçevesinde, kanunlar ihtilafı adaleti ile uyumlu sonuçlara ulaşamayacağını düşünüyoruz. Zira, yukarıdaki örneklerde görüldüğü, AAD’nin işin mutaden yapıldığı yerin tespiti bakımından yaptığı saptamalar, ciddi bir araştırmayı gerekli kılmaktadır. Bu araştırmanın eksik yapılarak, somut olayda mutad işyerinin tespit edilemediği sonucuna varmak, ikincil bağlama noktasına geçilmesine sebep olacaktır. Bu durumda da, işverenin esas işyeri hukukunun uygulanması kuvvetle muhtemeldir. Zira, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti de bir hayli zordur. Tarafların ortak milli hukukları veya yerleşim yerlerinin aynı ülkede bulunması gibi, bariz şekilde, “sıkı ilişkili bir hukuk” tespit edilemediği takdirde, işverenin esas işyeri hukuku uygulanabilecektir.

Şayet, işçinin daha aşına olduğu ve en önemlisi kendisine de -kısmen de olsa- “sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme” imkanı tanıyacak “işçinin işe alındığı işyeri” ikinci bağlama noktası olarak tercih edilmiş olsaydı, belki gerek kanunlar ihtilafı adaleti, gerekse *favor laboratoris* ilkesinin amaçladığı sonuca varmak mümkün olabilirdi. Ancak, mevcut düzenlemeler ışığında, MÖHUK m. 27/f. 2 kapsamında işin mutaden yapıldığı yerin/mutad işyerinin mümkün olduğu kadar geniş yorumlanmasının gerekli ve çok önemli olduğu düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları**, I. Oturum/2. Tebliğ, İNTES Konferansı (18.02.2017), İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 30-37.
- AYDIN, Kemal Gürhan, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları**, I. Oturum/2. Tebliğ, İNTES Konferansı (18.02.2017), İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 23-29.
- BAYCIK, Gaye, “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk”, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler)**, İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 104-122.
- COURSIER, Philippe, **Le Conflit de lois en matière de contrat de travail**, Paris 1993.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2017.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2017.
- ÇELİKEL, Aysel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2004.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, **Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi**, Ankara 2016.
- DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2017.
- DOĞAN, Vahit, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI Sa. 1-2 Y. 2007, s. 147-163.
- DOĞAN, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara 1996.
- EKŞİ, Nuray, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ’a Armağan**, İstanbul 1997, s. 116-148.

ELÇİN, Doğa, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2012.

ERDOĞAN, Ersin, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler)**, İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s.124-135.

ERDOĞAN, Ersin / ERDOĞAN, Canan, “Türkiye’den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **İSGHD**, Cilt: 13 Sayı: 50 Yıl: 2016, s. 955-988.

EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul 2017.

GÖĞER, Erdoğan, **Devletler Özel Hukuku (Kanunlar İhtilafı)**, Ankara 1977.

GRUŠIĆ, Uglješa, **The European Private International Law of Employment**, 2015.

GULOTTA, Carla, “The First Two Decisions of the European Court of Justice on the Law Applicable to Employment Contracts”, **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Octubre 2013, Vol. 5 No. 2, s. 584-591.

GÜNGÖR, Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişisine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007.

GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, Eskişehir 2017.

MANKOWSKI, Peter, “Employment Contracts Under Article 8 of Rome I Regulation”, **Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe** (Ed. Franco FERRARI/Stefan LEIBLE), Verona 2009.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı, C.1 Bireysel İş Hukuku**, Ankara 2017.

MORENO, Guillermo Palao, **European Commentaries on Private International Law** (ed. Ulrich MAGNUS/Peter MANKOWSKI), 2016.

MORSE, C.G.J., “Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention”, **Int'l & Comp. L.Q.**, Vol. 41 No.1 (1992), s. 1-21.

NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul 1996.

NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul 2017.

SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler)**, İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, s. 68-87.

STAUDINGER, Ansgar, **Rome I Regulation, Pocket Commentary** (Ed. Franco FERRARI), Berlin 2015.

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, İstanbul 2017.

ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2018.

TARMAN, Zeynep Derya, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **AÜHFD**, 59(2) 2010, s. 521-550.

TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul 2016.

TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul 1986.

TEMMING, Felipe, “The Case of Sandra Nogueira and Others v Crewlink Ireland Ltd and Miguel José Moreno Osacar v Ryanair Designated Activity Company. Comment to Court of Justice of the European Union (Second Chamber), Judgement of 14 September 2017, Case C-168/16”, **European Labour Law Journal**, Vol. 9 Issue 2 (June 2018), s. 206-215.

TUNCAY, Aziz Can, “Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun”, **Onar Armağanı**, İstanbul 1977, s. 883-913.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul 2011, s. 959-990.

Van HOEK, Aukje A.H., “Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union”, **ELR**, November 2014 No. 3, s. 157-169.

WILLIAMS, Patrick Ross, “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, **Int'l & Comp. L.Q.**, 35 /1 (1986), s. 1-31.

YENİSEY DOĞAN, Kübra, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, İstanbul 2007.

ZANOBETTI, Alessandra, “Employment Contracts and The Rome Convention: The Koelzsch Ruling of The European Court of Justice”, **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Octubre 2011, Vol. 3 No. 2, s. 338-358.

Elektronik Kaynaklar

Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I (OJ. C 282, 31/10/1980 P. 0001 – 0050); [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) (erişim tarihi: 16.06.2018).

ROMA HUKUKUNDA AİLE KURUMU
THE INSTITUTION OF FAMILY IN ROMAN LAW

Hakemli Makale
Sevgi KAYAK*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	251
I. ROMA HUKUKUNDA AİLE KAVRAMI	251
II. ROMA HUKUKUNDA AİLE KURUMUNUN ÖRGÜTLENME BİÇİMİ	255
A. Roma Ailesini Oluşturan Aile Fertleri	255
1. Aile Reisi (<i>Paterfamilias</i>)	255
2. Aile Reisinin Eşi	255
a. Evlenmenin Geçerlilik Şartları	257
b. <i>Conventio in manum</i> 'un Mevcut Olması	261
3. Aile Evlatları	262
B. Roma Aile Fertlerinin Hukuki Statüsü	269
1. Genel Olarak	269
2. Aile Reisinin Hukuki Statüsü	270
3. Aile Reisinin Eşinin Hukuki Statüsü	271
4. Aile Evlatlarının Hukuki Statüsü	278
C. Roma Hukukunda Aile Kurumunun Dönüşümü	284
1. Genel Olarak	284
2. Aile Kurumu İle İlgili Yasal Düzenlemeler	285
III. ROMA AİLE KURUMUNA HAKİM OLAN ESASLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	288
A. Aile Kurumunun Hukuksal Yapısına İlişkin Temel Esaslar	288
B. Aile İle İlgili Yasal Düzenlemelere Hakim Olan Esaslar	294
SONUÇ	296
KAYNAKÇA	298

DOI: 10.32957/hacettepehdf.485333

Makalenin Geliş Tarihi: 19.11.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 19.12.2018

* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı. Eposta: sevgikayak@istanbul.edu.tr

ÖZ

Roma hukukunda aile kavramı farklı anlamlara sahiptir. D. 50. 16. 195'in metinlerine göre özel hukuk anlamında aile, aile reisine hakimiyet bağı (*agnatio*) ile bağlı olan fertlerden meydana gelen bir topluluktur. Bu fertler; aile reisi (pater familias) , aile reisinin eşi, aile reisinin alt soyu, evlatlıklar, *mancipium* ile aileye giren kişilerdir. Bu fertler üzerinde aile reisinin *patria potestas* yetkisi vardır. *Patria potestas*'ın hukuki niteliği tartışmalıdır. *Patria potestas*, günümüzdeki velayet kurumundan farklı bir kurumdur; Roma hukukuna özgü özel bir mutlak haktır. Roma hukukunda aile fertleri arasında hakimiyet bağına dayanan *agnatio* hısımlığı geçerlidir. *Agnatio*, aynı aile reisinin hakimiyeti altında olanlar arasındaki hısımlıktır. Iustinianus döneminde aile ve miras ilişkilerinde *cognatio* hısımlığı hakim olmuştur. Roma aile kurumunda tek evlilik prensibi geçerlidir. Aile ilişkilerinde kadın erkek eşitliği yoktur. Evlenme ve boşanma gibi hukuki işlemler alanında irade serbestisi geçerlidir, şekle ve tipe bağlılık yoktur. Aile kurumu ile ilgili genel ve soyut nitelikte yasal düzenlemeler azdır. Aile hukuku alanı *patria potestas*'ın kapsamına ve örf ve adet hukukuna bırakılır.

Anahtar Kelimeler: aile, aile reisi, *patria potestas*, hısımlık, *agnatio*.

ABSTRACT

The concept of family in Roman law has different meanings. According to the texts of D.50 16.195 the family -in the sense of private law- is a group of individuals who are connected to the head of family through a bond of domination (*agnatio*). These individuals are head of a family (pater familias), his wife, his descendants, adopted children, people entering the family with *mancipium*. Pater familias has *patria potestas* -parental authority- over these individuals. The legal characteristic of *Patria Potestas* is controversial. *Patria potestas* is a different institution than the current custody institution and it is a specific absolute right special to Roman Law. In Roman Law, *agnatio* relationship -based on domination- between family members is valid. *Agnatio* is a relationship between individuals who are under the same head of family's domination. In the Iustinianus period, *Cognatio* relationship was dominated in famil and inheritance law affairs. The single marriage principle is valid in Rome family institution. There is no the equality of woman and man in family affairs. The freedom of will is valid in the field of legal procedures such as marriage and divorce and there is no formality. General and abstract legal regulations about family institution are few. The family law field is left to the scope of *patria potestas* and the law of customary law.

Keywords: family, head of family, *patria potestas*, relationship, *agnatio*.

GİRİŞ

Çalışmadaki amacımız, Roma'daki aile kurumunun hukuki yapısını incelemektir. Aile, tüm toplumlarda olduğu gibi Roma toplumunda da vazgeçilmez bir öneme sahip olmasına rağmen, Roma'da aile ilişkilerine dair genel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu alan aile reisinin ve örf ve adet hukukunun yetki alanında görülerek aile reisinin irade serbestisine bırakılmıştır. Bu anlayış, aile hukukunun Roma'da bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmesini büyük ölçüde engellemiştir. Aile ilişkilerine dair Roma hukuku kaynakları incelendiğinde, aile ilgili hususların daha çok kişiler hukukunun kapsamında ele alındığı görülür. Aile hukukunu ilgilendiren; aile kavramı, aile içi ilişkiler, aile fertleri arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükler gibi pek çok konu, kanun ya da devletin müdahalesi yoluyla düzenlenmek yerine aile reisinin iradesine göre belirlenmiştir. Roma'da aile kurumunun yapısını belirlemek ve aile kurumuna hakim olan esasları tespit etmek de bu oranda önem kazanmaktadır. Çalışmamız, Roma'da aile kavramını ve ailenin hukuki örgütlenme biçimini ele almakla başlayıp, aile kurumuna yönelik düzenlemeler ve bu düzenlemeler çerçevesinde aile kurumuna hakim olan esasları tespit etme çabasıyla tamamlanacaktır.

I. ROMA HUKUKUNDA AİLE KAVRAMI

Aile kavramı, Roma hukukunda değişik anlamlara sahiptir. Kavramı tanımlayan D. 50. 16. 195'te, bu kavrama beş farklı anlamın yüklendiği görülür. Bu farklı anlamlarında aile, hem kişi hem de malvarlığını ifade eder şekilde kullanılmıştır. Aile kavramının en eski anlamı, On İki Levha Kanunlarından beri bilinen ve ölenin geride bıraktığı malvarlığı anlamındaki terekedir¹. Roma hukukunda terekenin², ölenin

¹ Bunu D. 50. 16. 195. 1'den anlıyoruz: "*Familiae appellatio qualiter accipiat, videamus. Et quidem varie accepta est. nam et in res et in personas deducitur. In res, utputa in lege duodecim tabularum his verbis, adgnatus proximus familiam habeto. ... (Familia kavramı ne şekilde kabul edilir, görelim, gerçekten de değişik anlamlara sahiptir. Kişi varlığı ve malvarlığı üzerinde olmasına göre ayrılır. Malvarlığı üzerinde, On İki Levha Yasalarının sözüne göre, aileye sahip olmaya en yakın olan agnat'tır.....)*".

² Roma hukukunda tereke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DI MARZO, Salvatore, **Roma Hukuku**, (5. tabından çev. Ziya Umur), 2. baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959, s. 501.

geride bıraktığı tüm özel hukuk ilişkilerini kapsayacak kadar geniş bir anlamı ifade ettiği hesaba katıldığında³, bir kimsenin sağlığında sahip olduğu ve ölümünün ardından geride bırakacağı tüm kişi ve malvarlığı unsurlarının onun ailesi içine dahil olduğundan şüphe duyulmaz. Aile kavramına verilen bir başka anlam D. 50. 16. 195. 4'de yer alır. Burada aile, aile reisine yalnızca kan bağı ile bağlı aile fertlerinden oluşan bir topluluk olarak tanımlanmıştır. Tabii anlamda aileye tekabül eden bu tanım, aynı zamanda aile kavramının en dar anlamdaki kullanımı olarak karşımıza çıkar⁴. D. 50. 16. 195. 3'de yer alan tanımda ise aile, aile reisine ait köleleri ifade eder bir anlamdadır. Roma hukukunda köleler hukuk nazarında eşya statüsünde sayıldıkları için⁵, bu metinde yer alan tanım, aynı zamanda malvarlığı unsurlarının da Roma'da aile kavramı içine dahil edildiğini göstermesi bakımından önemlidir⁶. En geniş ve nihai kullanımında aile tanımı ise D. 50. 16. 195. 2'de⁷ yer almaktadır. “*Communi iure familiam*” teknik tabiriyle ifade edilmiş olan bu tanıma göre aile, Roma'nın sınırları içinde yaşayan tüm ailelerin bir araya gelerek oluşturdukları büyük topluluk manasındadır. Ortak bir atadan gelen ve bu ortak atanın ölümü ile her biri ayrı birer aile reisine dönüşen kişiler ile bunların hakimiyeti altındaki kimseler “*communi iure familiam*”ı oluşturur. Başka deyişle, dar anlamda ailelerin bir araya gelerek oluşturdukları aileler topluluğu, en geniş anlamda ailedir. Zira başlangıçta tek olan Roma ailesi, ortak atanın ölümü ile her biri *sui iuris* (hakimiyet altında bulunmayan) duruma gelen ve kendi ailelerini kuran erkek çocukların sayısı kadar aileye bölünmüştür. Bu bölünme sürekli olarak devam edince ortaya çok sayıda aile çıkmıştır. Bu ailelerin ortak bir atadan gelmeleri ve esasında

³ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 44-48.

⁴ D. 50. 16. 195. 4: “*Item appellatur familia plurium personarum quae ab eiusdem ultimi geniteris sanguine profiscuntur...*(Bir erkek kimsenin kanından olanların tümü aile olarak isimlendirilir...)”

⁵ UMUR, Ziya, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 345.

⁶ D. 50. 16. 195. 3: “... *Servitutum quoque solemus appellare familias...*(Kölelerin de aile olarak isimlendirilmesi adettir...)”.

⁷ D. 50. 16. 195. 2'de yer alan şu ifade açıkça bu aile kavramına işaret etmektedir: “...*Communi iure familiam dicimus omnium agnatorum ...*(Agnat'ların tamamının *communi iure familiam* olduğunu söylüyoruz...)”.

bunların bir araya gelerek tek bir aileyi meydana getirmeleri nedeniyle, bunların oluşturduğu geniş topluluğa da aile denmektedir⁸.

Aile kavramına verilen farklı anlamlar içerisinde D. 50. 16. 195. 2’de yer alan aile tanımı, özel hukuk anlamındaki aileye işaret etmesi sebebiyle, bize göre daha önemlidir. Bu metinde aile, aynı aile babasının hakimiyeti altında yaşayan bütün fertlerin oluşturduğu bir topluluk olarak tarif edilmektedir. Aynı zamanda Roma hukukunun teknik anlamındaki aile kavramına da tekabül ettiğini düşündüğümüz bu metin, izleyen şekilde kaleme alınmıştır:

D. 50. 16. 195. 2 Idem libri 46 ad Edictum

Familiae appellatio refertur, et ad corporis cuiusdam significationem: quod aut iure proprio ipsorum, aut communi universae *cognationibus* continetur. Iure enim proprio familiam dicimus, plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura, aut iure subiectae: utputa patrefamilias, matrefamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur: utputa nepotes et neptes, et deinceps...

D. 50. 16. 195. 2 Edictum hakkındaki 46. kitaptan aynen

Familia kavramı işaret edilenlerin bütünü içerir: gerek hukuken gerek kan bağı ile kendisine bağlı altsoyun tamamının ortaklığını. Gerçekten de haklı olarak, özel aile (özel hukuk anlamında) ile, gerek tabiat icabı gerek yapay yoldan tek potestas altında olan birden çok kişiyi kastediyoruz: mesela *paterfamilias* (aile babası), *materfamilias* (aile annesi), *filiusfamilias* (aile oğlu), *filiamfamilias* (aile kızı); onların sırasını takip eden halefleri; erkek torunlar, kız torunlar ve onların halefleri....)”.⁸

Metnin tarifinde aile kavramını belirleyen unsur hakimiyet bağı olarak açıklanmaktadır. Aynı aile reisinin hakimiyeti altında yaşayan herkes bir Roma ailesini meydana getirmektedir. Bir ailenin ferdi olmak için, o ailenin reisi durumundaki kişinin hakimiyeti altında yaşamak gerek ve yeterdir. Hakimiyeti altında bulunan kişi, “aile reisi” ya da “aile babası” olarak dilimize çevrilen “*paterfamilias*”tır ve bu kişinin hakimiyeti altında yaşayan tüm fertler onun ailesini oluşturur. Aile olmak için gerekli olan hakimiyet bağının nasıl kurulduğu da önemli değildir. Aynı hakimiyet altında yaşayan kimseler birbirlerine kan bağı ile bağlı olabilecekleri gibi, aralarında hiçbir kan

⁸ Ayrıntı için bkz. KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, 1993, s. 298.

bağı bulunmaksızın da bir araya gelmiş olabilirler. Hakimiyet bağının, kan bağı nedeniyle yahut bunun tamamen dışında kalan evlenme, evlat edinme ya da diğer bir hukuki işlem nedeniyle kurulması mümkündür. Aile reisine kan bağıyla ve kan bağı dışında evlenme, evlat edinme ya da başkaca bir hukuki işlemle bağlı olup da onun hakimiyeti altında yaşamaya devam eden herkes ailenin birer ferdidir⁹. Buna göre aile reisine kan bağıyla bağlı durumdaki erkek ve kız çocuklar ile bunların çocukları hatta çocuklarının çocukları, başka deyişle aile reisinin tüm alt soyu, aile reisinin eşi, evlat edinme yoluyla aileye girmiş evlatlıklar ve diğer herhangi bir sebeple aile reisinin hakimiyeti altında bulunan tüm bireyler, Roma ailesini oluşturan unsurlar arasındadır¹⁰.

Roma aile fertleri arasındaki hısımlığın da kan bağı esasına değil, hakimiyet bağı esasına dayandığı, buna bağlı olarak ortaya konması gereken bir tespittir. Aile reisinin aile fertleriyle ve aile fertlerinin de birbirleriyle olan hısımlığı, “*agnatio*” adı verilen hakimiyet bağı esasına dayalı ve Roma hukukuna özgü özel bir hısımlıktır¹¹. *Agnatio*, birden çok kişinin tek bir kişiye bağlanarak onun hakimiyeti altında yaşamaması anlamına gelir¹². Roma’nın *agnatio* hısımlığı; kan (*cognatio*) hısımlığı¹³, evlenme (*nuptiae*)

⁹ MONIER, Raymond, **Manuel Élémentaire De Droit Romain**, Tome I, (Introduction historique, Les Sources, La Procédure, Les Personnes, Les Droits Réels, Les Successions), 6. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, Paris, 1947, s. 246; CUQ, Edouard, **Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains**, 2. éd., Revue et Complétée, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, Paris, 1928, s. 130; PETIT, Eugène, **Traité Élémentaire De Droit Romain**, 9. éd., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, s. 88; DI MARZO, 1959, s. 155; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması**, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış On Yedinci Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 159-165; KOCHAKER / AYİTER, 1993, s. 83-84; UMUR, 1984, s. 378-380, İPEK, Nurcan, “Roma Hukukunda Hısımlık”, **MÜHF-HAD**, Cilt 21, Sayı 1, 2015, s. 168.

¹⁰ UMUR, 1984, s. 380.

¹¹ CUQ, 1928, s. 131; DI MARZO, 1959, s. 154.

¹² DI MARZO, 1959, s. 154; ayrıca bkz. UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1983, s. 22.

¹³ Hemen belirtelim ki doğası gereği *cognatio* hısımlığı çoğu zaman *agnatio* hısımlığıyla yan yana olmuştur. Fakat *cognatio* hısımlığı, evlenme engeli olmak dışında, uzunca bir dönem hukuk nazarında dikkate alınmamıştır. Aile ilişkilerinde tabii bağlara verilen önemin zamanla artması, *cognatio* hısımlığı lehine bir gelişme başlatmıştır. Klasik devrin sonlarına doğru *cognatio* hısımlığı, *praetor*’lar tarafından önce miras hukuku alanında dikkate alınmış, zamanla *ius civile*’nin dayandığı tek hısımlık şekline dönüşmüştür. Nitekim Iustinianus hukukuna gelindiğinde ise, aile ve miras hukuku ilişkilerinin düzenlenmesinde artık yalnızca *cognatio* hısımlığına göre hareket edilir (KOCHAKER /AYİTER, 1993, s. 87).

hısımlığı, evlat edinme (*adoptio*) hısımlığı ya da başka bir hukuki işlem yoluyla kurulan hısımlık olmak üzere tüm hısımlık ilişkilerini içine alacak bir genişliktedir¹⁴.

II. ROMA HUKUKUNDA AİLE KURUMUNUN ÖRGÜTLENME BİÇİMİ

A. Roma Ailesini Oluşturan Aile Fertleri

1. Aile Reisi (*Paterfamilias*)

Aile reisi ya da aile babası demek olan *paterfamilias*, aileye dahil tüm aile fertleri ve aile malvarlığı üzerinde hakimiyet sahibi durumundaki kişi demektir¹⁵. Ailenin, *sui iuris* (hiç kimsenin hakimiyeti altında bulunmayan) olan en yaşlı erkek üyesi, aile reisi olarak kabul edilir¹⁶. Buradaki babanın teknik manada babayı ifade etmediğini de önemle belirtelim. Ailenin en yaşlı erkek üyesi aile babası olduğuna göre, hakimiyetin ait olduğu baba, büyük baba ya da onun babası da olabilir. Aile reisliğinin evli ya da çocuk sahibi olmakla¹⁷, hatta yaş ile de bir ilgisi yoktur. Evli olsun veya olmasın, alt soyu bulunsun veya bulunmasın, *sui iuris* olan her erkek Roma vatandaşı, yaşına bakılmaksızın aile reisi olarak kabul edilmiştir¹⁸.

2. Aile Reisinin Eşi

Aileye dahil olmanın bir başka yolu evlenmedir. Aile reisinin hukuken meşru sayılan evliliğindeki eşi, aile reisinin eşi sıfatıyla aileye dahil kişilerden biridir. Roma'da evli kadını ifade için “*uxor*” ve “*materfamilias*” tabirleri aynı anda kullanılmıştır. *Uxor*, tüm evli kadınları ifade etmek üzere kullanılan genel bir tabir olup

¹⁴ UMUR, 1984, s. 378-380.

¹⁵ AYİTER, Kudret, **Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku**, Ankara, 1960, s. 45.

¹⁶ AYİTER, 1960, s. 45; KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 325.

¹⁷ Roma'da aile reisi olabilmek için fiilen çocuk sahibi olmak şart değildir zira aile reisliği hukuki bir statüdür (İPEK, Nurcan, “Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk Ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi”, **MÜHF-HAD**, Cilt 23, Sayı 2, 2017, s. 309). Bu statüye dahil olmanın şartları Gai. Inst., 159-162'deki açıklamalara dayandırılarak Roma hukuk doktrini tarafından; *status libertatis* (hür olmak), *status civitatis* (vatandaş olmak) ve *status familiae* (hiç kimsenin hakimiyeti altında bulunmamak) olarak tespit edilmiştir (UMUR, 1984, s. 346). Fiilen çocuk sahibi olmak bu şartlar arasında sayılmamıştır. Bu şartları taşıyan ve erkek olan herkes, başka bir işleme gerek kalmaksızın aile reisi statüsünü kazanır (KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 126 vd.).

¹⁸ GÖNENÇ, Fulya İlçin, **Roma Hukukunda Kadın**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 35.

“kadın eş” anlamındadır¹⁹. Evli kadını ifade için kullanılan bir başka kavram olan *materfamilias* ise, sözcük anlamıyla “aile anası” demektir. *Materfamilias*, tıpkı *uxor* gibi, aile reisinin *ius civile*'ye göre geçerli bir evliliği bulunan eşini ifade etmektedir²⁰. Ancak kendisine yüklenen bazı özel anlamlarla *materfamilias* tabirinin, *uxor* tabirinden farklılaştığı öne sürülmüştür. Mesela *materfamilias*'ın, daha çok *manus*, yani erkek eşin hakimiyeti altındaki kadını ifade için kullanıldığı kabul edilmektedir²¹. Yine *materfamilias* tabirinin, kadınların olumlu vasıflarını belirtmek için kullanıldığı ve bu sebeple aile reisi ile evli olmaktan daha fazlasını ifade ettiği de iddia edilmiştir. Buna göre, *materfamilias* denince, sadece evli bir kadın değil, aynı zamanda dürüst ve ahlaklı olması gereken evli bir kadın akla gelir. Başka deyişle kadını *materfamilias* yapan, evliliği değil, evli bir kadın olarak sahip olması gereken yüksek ahlaki değerlerdir²². *Materfamilias* tabiri, zamanla *paterfamilias*'ın oğullarının veya torunlarının eşlerini, hatta eşlerinin ölümü ile dul kalmış kadınları da ifade eden geniş bir anlam kazanmıştır²³.

Bir kadının evlendiği eşinin *agnatio* ailesine dahil olabilmesi için, müstakbel eşinin hakimiyeti altına girmeyi kabul ederek onunla evlenmesi gerekir. Buna göre, kadının evlilik yoluyla aileye dahil olması için temelde iki şartın varlığına ihtiyaç vardır: *Ius civile*'ye göre geçerli sayılan bir evlilik yapmış olması ve erkek eş ya da onun tabi olduğu aile reisinin hakimiyeti altına girmeyi kabul etmesi. Bu şartlar hem *alieni iuris* (hakimiyet altında bulunan) hem de *sui iuris* (hiç kimsenin hakimiyeti altında bulunmayan) kadın için geçerlidir. Bu şartları kısaca ele alalım.

¹⁹ UMUR, 1983, s. 220.

²⁰ UMUR, 1983, s. 134.

²¹ CARCATERRA, “Materfamilias”, *Archivo Guridico*, Cilt 23, 1940, s. 113 vd'dan nakleden: DI MARZO, 1959, s. 178-179 dn. 8. Aksi fikirde olan Di Marzo'ya göre, *materfamilias* tabiri evli *sui iuris* kadınlar için de yaygın kullanılan bir tabirdir (DI MARZO, 1959, s. 178-179 dn. 8).

²² D. 50. 16. 46.1, (bu konuda ayrıca bkz. GÜNEŞ CEYLAN, Z. S., **Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 56).

²³ DOĞANCI, K. / KOCAKUŞAK, F., “Eski Roma Ailesinde Pater Familias ve Patria Potestas Kavramları”, *Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi, Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 16, Sayı 27, 2014/2, s. 238.

a. Evlenmenin Geçerlilik Şartları

Roma hukukunda evlenmenin I. Inst., 1. 9. 1’de ve D. 23. 2. 1’de tanımlandığını görüyoruz:

I. Inst., 1. 9. 1

Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conuinctio, individuum consuetudinem vitae continens.

Evlenme (nuptiae veya matrimonium) karı ile kocanın bölünmez bir hayat iştiraki içinde birleşmesidir²⁴.

D. 23. 2. 1 Modestinus Lib. 1 Regularum

Nuptiae sunt conuinctio maris et feminae et consortium omnis vitae: divini et humani iuris communicatio.

D. 23. 2. 1 Modestinus Regularum’un 1. kitabından

Evlenme/evlilik, kadın ile erkeğin birleşmesidir, ilahi ve beşeri hukukun birliği içinde tam hayat ortaklığıdır.

Metinlerin tarifinde evlilik kurumu, kadın ve erkeğin tam bir yaşam birlikteliği iradesiyle meydana getirdikleri birlik olarak açıklanmaktadır²⁵. Buna göre kadın ve erkeğin bir araya gelerek oluşturdukları ve hukuken tanınmış tam ve devamlı yaşam

²⁴ Çeviri için Iustinianus, *Institutiones*, Türkçe metin: Umur Z., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968, s. 33 (çalışmamızda kullandığımız Iustinianus’un *Institutiones* metninin çevirisinde bu kaynaktan yararlanılmıştır).

²⁵ Metinler dikkatlice incelendiğinde, birbirine benzer bu iki tanım arasında önemli bir farklılığın bulunduğu göze çarpar. Modestinus, evlenmeyi “tam hayat ortaklığı” olarak tarif etmekte, tam hayat ortaklığından ne kastettiğini ise “ilahi ve beşeri hukuk birliği” ifadesiyle açıklamaktadır. Modestinus’a göre evlenmeden kasıt, kadın ve erkeğin, dini ve toplumsal yaşantılarının birleşmesini içine alan bir yaşam birlikteliğidir. Iustinianus döneminde ise, “ilahi ve beşeri hukuk birliği” ifadesine yer verilmemiştir. Her iki tanım arasında dikkati çeken bu farklılığın nedenini, ilgili metinlerin ait oldukları dönemde hakim olan dini ve toplumsal yaşantının etkisine bağlamak gerekir. Zira Modestinus’un yaşadığı klasik dönemde, farklı dine mensup kadın ve erkeğin evlenebilmelerine bir engel yoktur, fakat bu evlilikle kadın eş, erkek eşin ailesi içine, dolayısıyla oradaki sosyal ve dini yaşantıya tabi olacağından, eşler arasındaki inanç farklılığı da bu suretle kendiliğinden ortadan kalkmış olurdu. Hıristiyanlığın tek resmi din olarak kabul edildiği post klasik devirde ise, inanç farklılığı artık bir evlenme engelidir ve bu sebeple farklı dine mensup olanların evlenmelerine izin verilmemiştir. Farklı dini inanıştaki kadın ve erkeğin evlenmeleri kesinlikle mümkün olmayacağı için, kadının evlendikten sonra erkek eşin dini yaşantısına tabi olması gibi bir durum da ortaya çıkmaz. Modestinus’un tanımındaki “ilahi ve beşeri hukuk birliği” ifadesinin *Institutiones* metinlerine taşınmasına gerek duyulmayışının nedeni de budur [PARIBENI, Roberto, “Roma Ailesi”, (Çev. Şemseddin Talip), *Capitolium*, I, İstanbul, 1935, s. 36-37; GÜNEŞ CEYLAN, 2010 s. 58; GÖNENÇ, 2010, s. 86].

birlikteliğine evlilik birliği, bu birliğin kurulmasını sağlayan işleme evlenme/evlilik denebilir. O halde Roma hukukunda evlenmenin ve dolayısıyla evlilik birliğinin meydana gelebilmesi için üç kurucu unsura ihtiyaç vardır: Kadın ve erkek olmak üzere farklı cinsiyette iki kişi, tam bir yaşam birlikteliği iradesi ve hukuk düzeni tarafından tanınma.

Evlenme işleminin varlığı için bir kadın ve bir erkeğin bir araya gelmesi şarttır. Roma hukukunda evlenme kurumunun aynı zamanda bir *ius naturale*²⁶ kurumu olarak görülmesi cinsiyet farklılığının kurucu unsur olarak kabulünü gerektirmiştir²⁷.

“Tam yaşam birlikteliği/evlenme iradesi” olarak dilimize çevirebileceğimiz “*affectio maritalis*”, evlenmenin diğer bir kurucu unsurudur. Bu unsur, kadın ve erkeğin tam ve devamlı bir yaşam birlikteliği için bir araya gelme iradelerini ifade eder. *Affectio maritalis* olmadan evlenme kurulamaz²⁸. Bu irade, gerek erkekte gerek kadında aynı

²⁶ Romalılara göre yeryüzünde üç hukuk düzeninin hakimiyetinden söz edilebilir: *Ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*. *Ius naturale*; tüm canlıların yaşayışını düzenleyen ve insan iradesi dışında Yaratıcı kudret tarafından sevk edilmiş kurallar bütünüdür (I. Inst., 2. 1 pr. ve I. Inst., 2. 1. 1). İnsan dışındaki canlı mahlukata yönelik kurallar, daha çok *ius naturale* olarak ifade edilmiştir. *Ius naturale*, insan dışındaki canlılara yönelik doğal hukuk iken, *ius gentium* insanlara yönelik doğal hukuktur. Bu kurallar, insan iradesi dışında Yaratıcı güç tarafından insanın doğasına yerleştirildiği için, zamana ve mekana göre değişmeyen genel geçer nitelikte kurallardır. İnsanın doğasından kaynaklandığı için yazılı materyale ihtiyaç göstermez ve tüm toplumlarda ortaktır. Mesela doğum, ölüm, evlenme, velayet gibi kurumlar *ius gentium* kurumlarıdır; bunlar belirli bir topluma özgü olmayıp tüm toplumlarda var olan kurumlardır (I. Inst., 2. 1 pr. ve I. Inst., 2. 1. 1). Bu kuralların aklın icabı olduğuna da ayrıca vurgu yapılmaktadır (UMUR, 1984., s. 325). Bu nedenle, insanların bir arada yaşamalarını sağlayan unsur, devletin koyduğu kurallar değil, aklın ve insanın doğasının ürünü olan adalet anlayışdır (EMİROĞLU, Haluk / ÇALIŞKAN, Yusuf, “Yabancı Hukukun Emsâl Gösterilmesi ve *Ius gentium* Teorisi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 337). Doğal hukukun gereği olmayıp, düzenlenmesi insan iradesine bırakılmış alanlardaki kurallar ise *ius civile* kurallarıdır. Çünkü Yaratıcı kudret, temel ilkeleri belirledikten sonra bu temel ilkeler çerçevesinde düzenleme yapma yetkisini insana bırakmıştır. İnsana bırakılan bu serbesti alanında sevk edilecek kurallar, insan iradesinin bir ürünü olmaları sebebiyle toplumdaki kurallardan topluma, zamandan zamana göre değişebilir. *Ius civile*, genellikle bir toplumun örf ve adetleri ile yasalarıdır ve her toplumun bir *ius civile*’si vardır. Toplumların *ius civile* kuralları, isimlerini kendi toplumlarından alırlar; mesela Atinalıların *ius civile*’si, Romalıların *ius civile*’si gibi. Romalıların *ius civile*’sine, özel bir isim olarak, *ius quirites* denir (I. Inst., 2. 1. 1 ve I. Inst., 2. 1. 2), (*ius civile* ve *ius gentium* ayrımı hakkında ayrıca bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 91 vd; TAHİROĞLU Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, Onuncu Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 125 vd.; GÜNAL, A. Nadi, “Roma Hukukunun Temel Kriterleri”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 591 vd.).

²⁷ D. 1. 1. 1. 3.

²⁸ D. 24. 1. 32. 13’te geçen, “...non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio... (zira evliliği cinsel ilişki değil, evlenme iradesi meydana getirir)...” ifadesi, *affectio maritalis*’in evlenmenin kurucu unsuru olduğunu kabule yeterlidir.

anda bulunmalıdır zira evlenme, kadın ile erkeğin, evlenme yönündeki karşılıklı ve birbirine uygun surette irade beyanlarını açıklamalarıyla meydana gelen bir işlemdir. Bu bakımdan Roma’da evliliğin bir sözleşme olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır²⁹. Günümüzün aksine, Roma hukukunda evlenme iradesinin açıklanması herhangi bir şekle bağlı kılınmamıştır; sözlü, yazılı ya da kanaat verici herhangi bir davranışla evlenme iradesinin açıklanması mümkündür³⁰. Bununla birlikte evlenmenin şekil şartları bakımından gerekliliği tartışılan bazı unsurlara da temas etmek gerekir. Bunlardan biri “*deductio in domum mariti*” olarak ifade edilen, kadının erkeğin evine yerleşmesi meselesidir. *Deductio in domum mariti*’nin bir geçerlilik şartı değil, ispat şartı olduğu bugün doktrinde ittifaka yakın şekilde kabul edilmektedir³¹. Buna göre evlilik birliğinin kurulması ya da devamı için kadın ve erkeğin aynı yerleşim yerinde ve birlikte yaşamalarına gerek yoktur, evlenme için *affectio maritalis* iradesinin bulunuyor ve devam ediyor olması yeterlidir³². Bu durumda *deductio in domum mariti*, *affectio maritalis*’in varlığına sadece bir karine teşkil edebilir, yoksa evliliğin kurucu unsuru

²⁹ Evlenmenin bir sözleşme olup olmadığı meselesi modern hukukta tartışmalıdır, (bu tartışma için bkz. LEFEBVRE, Ch., “Le Mariage Civil N’est-il Qu’un Contrat?”, **Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Etranger**, Vol. 26, 1902, s. 300-334). Evlenme işleminin hukuki niteliği Türk hukukunda da tartışmalı konulardan biridir. Evlenmeyi meydana getiren işlemin bir sözleşme olduğu görüşünü benimseyen yazarlar doktrinde ağırlıktadır (SCHWARZ, A. B., **Aile Hukuku**, I, çeviren Bülent Davran, yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1946, s. 55; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 64; OĞUZMAN Kemal / DURAL Mustafa, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 57-59; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Aile Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 95; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper, **Türk Özel Hukuku**, Cilt 3, Aile Hukuku, Filiz, İstanbul, 2005, s. 50). Gerçekten de TMK m. 142 uyarınca evlenme işlemi, tarafların olumlu sözlü beyanlarını verdikleri anda kurulmuş olduğundan, bu işlemin bir sözleşme olarak kabulü yerindedir. Buna karşılık azınlıkta kalan görüşe göre, evlenme işlemi “sözleşme” değil, bir “şart-tasarruf” tur. Evlenme sözleşmesi ile taraflar aslında sadece içeriği kamu otoritesince belirlenmiş bir hukuki statüye tabi olmak hususunda irade beyan etmiş olurlar; yoksa sözleşmenin içeriğini kendi serbest iradeleriyle belirlemiş değillerdir. Mesela evlenmeden doğan yükümlülüklerin neler olduğu kanun koyucu tarafından belirlenmiş olup, taraflar serbest iradeleriyle bu yükümlülükleri değiştiremezler. Açıkladıkları iradeler ile taraflar sadece, kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir içeriğe dahil olmak hususunu kabul etmiş olurlar (SAYMEN Hakkı F. / ELBİR, Halit Kemal, **Türk Medeni Hukuku**, Cilt III, Aile Hukuku, 2. baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1960, s. 71).

³⁰ ACCARIAS, C., **Précis De Droit Romain, Contenant Avec L’Exposé Des Principes Généreux, Le Texte, La Traduction Et L’Explication Des Institutes De Justinien**, 4. édition, corrigé et notablement augmentée, Tome I, Paris, Librairie Cotillon, 1886, s. 197 .

³¹ AYİTER, **1960**, s. 11; ERDOĞMUŞ, Belgin / TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Hukuku Pratik Çalışmaları -Meseleleri-**, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 250; GÜNEŞ CEYLAN, **2010**, s. 63-64.

³² D. 24. 1. 32. 13.

olarak kabul edilemez³³. Aynı şekilde, eşlerin toplum içinde birbirlerine saygı göstermeleri demek olan evlilik onurunun (*honor matrimonii*) korunması ilkesi de, evlenmenin kurucu unsuru olmayıp, taraflar arasındaki evlilik ilişkisinin varlığına sadece bir karinedir³⁴.

Evlenmenin üçüncü kurucu unsuru, taraflar arasındaki evliliğin, hukuk düzeni tarafından tanınması mecburiyetidir. Roma'da evlenmenin meşruluğu *ius civile* tarafından tanınmasına bağlıdır. Evlenmenin aynı zamanda bir *ius gentium* kurumu olarak kabul edilmesi, Romalıların kendi evliliklerini diğer toplumların evliliklerden ayırma isteklerine neden olmuştur ve bunun sonucu olarak yalnızca Roma vatandaşları arasında kurulan evlilikler *ius civile*'ye göre geçerli sayılmıştır³⁵. Roma vatandaşı

³³ Accarias; evlenmenin, hazırlar arasında olduğu zaman karşılıklı rıza ile meydana geldiğini, hazır olmayanlar arasında olduğu zaman *deductio in domum mariti*'nin kurucu unsura dönüştüğünü ileri sürmektedir. Zira, Roma'da hazır olmayanlar arasında da evlenme işleminin kurulabilmesi mümkün görülmüştür. Fakat hazır olmayanlar arasındaki evlilikten kasıt, erkeğin yokluğunda, mesela erkek tarafından gönderilen bir mektupla, evlenmenin yapılabilmesidir. Ancak aynı durum kadın için geçerli değildir, kadının yokluğunda evlenme meydana gelmez (ACCARIAS, C., **Précis De Droit Romain, Contenant avec l'exposé Des Principes Généreux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes De Justinien**, 4. édition, corrigé et notablement augmentée, Tome I, Paris, Librairie Cotillon, 1886, s. 196). Hazır olmayanlar arasındaki evlenmelerde, kadının erkeğin hakimiyeti altına konulmadığı sürece işlemin tamamlandığından bahsedilemeyeceği için, *deductio in domum mariti* kendiliğinden kurucu bir unsura dönüşmektedir (ACCARIAS, **1886**, s. 195 dn. 1) Bununla birlikte yazar, bu izah tarzından, hazır olmayanların arasındaki evlenmelerin aynı bir sözleşmeye dönüştüğü sonucunun çıkarılmaması gerektiğini de vurgulamaktadır. Zira Roma hukukunda evlenme işleminden aynı ya da sözlü bir sözleşme gibi bahseden hiçbir kaynak yoktur. Kaldı ki kadının erkeğin hakimiyet alanına konulması fiili, bir *traditio* ile vuku bulacak da değildir, çünkü kadın, zilyetlik konusu olabilecek bir nesne değildir (ACCARIAS, **1886**, s. 195 dn. 1).

³⁴ DI MARZO, 1959, s. 176; KOSCHAKER / AYİTER, 1993s. 304-305; AYİTER, 1960, s. 11; GÖNENÇ, **2010**, s. 88; GÜNEŞ CEYLAN, **2010** s. 63; NEMLİ, Özge, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Hukukunda Evlenme**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 41-42.

³⁵ Roma hukukunda *ius civile* tarafından tanınan ve bu sebeple meşru kabul edilen evlilikler, *ius conubium*'a (evlenme hakkı) sahip olanlar arasındaki evliliklerdir. Evlenme ehliyeti anlamında ele alınan *ius conubium*, fikrimize göre, evlenme bakımından hak ehliyetini ifade eder. Bu hak, yalnızca Roma vatandaşlarına özgüdür, ancak Roma vatandaşı olanlar *ius civile* nazarında evlenebilir. Roma vatandaşı olmayanların evlilikleri *ius civile*'ye göre mevcut olmayan, fiili birliktelikler düzeyinde kalmış evlilik benzeri ilişkilerdir (DI MARZO, **1959**, s. 184-187). Başlangıçta, vatandaşlık bakımından gündeme gelen *ius conubium*, zamanla başka evlenme engellerini de ifade etmeye başlamıştır ve bu andan itibaren *conubium*, diğer evlenme engellerinin de bulunmaması anlamında geniş olarak yorumlanmıştır (Propter diversas rationes), (DI MARZO, **1959**, s. 187). Yaş, hısımlık, sınıf farkı, din farkı gibi farklılıklar da Roma hukuku açısından diğer evlenme engelleridir, (ayrıntı için bkz. SOMER, Pervin, "Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002/2, s. 166-170).

olmayanlar arasında mevcut evlilikler ise, *ius civile* nazarında tanınmadığı için evlilik olarak değil, evlilik benzeri hukuki ilişkiler olarak nitelendirilmiştir³⁶.

b. *Conventio in manum*'un Mevcut Olması

Kadının, evlilik yoluyla erkek eşin ailesine dahil olabilmesi için evlenme işleminin tamamlanması yeterli olmayıp, bundan ayrı olarak, *conventio in manum* denen bir işlemin de tamamlanması gereklidir. *Conventio in manum*, *manus*'u tesis eden anlaşma demektir. Sözlük anlamıyla “el” demek olan *manus* 'un hukuki dildeki karşılığı, evli kadın üzerinde tesis edilen hakimiyettir³⁷. Buna göre *conventio in manum*; kadın üzerinde, *manus* 'u tesis eden, yani kadının evleneceği erkek ya da onu babasının hakimiyeti altına girmesini sağlayan bir işlem niteliğindedir³⁸. *Conventio in manum*, evlilik öncesi yapılabileceği gibi evlilik sonrası da yapılabilir³⁹. *Conventio in manum* ile

³⁶ Evlilik benzeri hukuki ilişkilerden kasıt, özellikle *concubinatus*'tur. *Affectio maritalis* olmaksızın, kadın ve erkeğin bir arada ortak bir yaşam sürdürmeleri *concubinatus* olarak adlandırılmıştır. *Affectio maritalis* olmadığı için bu gibi ilişkiler evlenme olarak kabul edilmemiştir. Hürler ve azatlılar arasındaki fiili birliktelikler, *concubinatus*'a en tipik örnektir. Bu tür fiili birliktelikler Roma'da hoşgörü ile karşılanarak bunlara izin verilmiştir (*concubinatus* hakkında ayrıntı için bkz. GÜNEŞ CEYLAN, 2010 s. 81 vd.). Bir erkeğin birden fazla *concubinatus*'unun olabilesine de olağan bakılmıştır (DI MARZO, 1959, s. 202; aksi yönde GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 81; *concubinatus* çokluğunun Augustus'tan sonra yasaklanmış olabileceği yolunda TAMER Diler, **Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve lex Iulia de Adulteriis Coercendis**, Homer Yayınları, İstanbul, 2007, s. 60). Fikrimize göre *concubinatus*, tek eşlilik kuralını dolanabilmek için ortaya çıkmış bir kurumdur. Zira Romalılara göre *affectio maritalis* iradesi aynı anda sadece bir kere mevcut olabileceği için, birden fazla kişiyle evlilik kurulamaz; bu, evliliğin doğasına aykırı olur. Gerçekten de evlilik, bir erkek ve bir kadın arasında karşılıklı olarak söz konusu olabilir, üç kişilik evlilik olmaz. Tek evlilik aynı zamanda tek eşliliği de beraberinde getirmelidir. Ancak tek eşli kalmak istemeyen Romalı bir erkek, *concubinatus* sayesinde birden fazla kadın ile aynı anda birlikte yaşayabilmiştir. Bu bakımdan fikrimize göre, *concubinatus* gibi bir kurumu kabul eden Roma hukukunda, tek evlilikten bahsedilmesi doğru olsa da, tek eşlilikten bahsedilmesi doğru değildir.

³⁷ *Manus* terimi, eski hukuk devrinde aile evlatları, *in mancipio*'lar ve köleler üzerindeki hakimiyeti de ifade etmek üzere kullanılmakta iken, zamanla sadece evli kadın üzerindeki erkek eş ya da onun babasının hakimiyetini ifade eden bir sözcüğe dönüşmüştür (UMUR, 1983, s. 134).

³⁸ GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 91; TAHAN ORHAN, Duygu, **Roma Hukukunda Manus Kurumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 25 vd.

³⁹ DI MARZO, 1959, s. 160 vd; PUGLIESE, G., “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, (çev. Ziya Umur), **İÜHFİM**, Cilt 22, Sayı 1-4, 1957, s. 344 vd. *Conventio in manum*'un üç şekilde yapılabileceğini Gai. Inst., 1. 110'dan anlıyoruz: “*Olim itaque tribus modis in manum conveniebat: usu, farreo, coemptione*”. *Far*, bir merasimle kadının erkek eşin hakimiyeti altına girmesidir. Bu işlem ismini de aldığı, *far* adı verilen buğdaya benzer hububattan yapılmış bir çöreğin kadın ve erkek tarafından birlikte yenmesi ile yapılır, işlemin tamamlanmasıyla kadın eş erkek eşin hakimiyeti altına girerdi. *Far* işlemi klasik devrin başlarında giderek azalmış, Hıristiyanlığın kabulünden sonra ise tamamen gözden kaybolmuştur. *Manus* 'u tesis etmedeki diğer bir işlem olan *usus*, *manus* 'un zamaşımı ile kazanılması demektir. *Manus* 'u kabul etmeksizin evlenen kadın, aralıksız olarak bir yıl boyunca eşinin evinde kalacak olursa, erkek eş, kadın üzerindeki hakimiyeti zamaşımı ile kazanmış olurdu.

tesis edilen ve kadının, evleneceği erkeğin ya da onun bağlı olduğu aile reisinin hakimiyeti altına girmesi demek olan Romalılara özgü bu *manus* kurumu, aslında evli kadının hukuki statüsünü belirleyen bir rejimden ibarettir. *Manus*'un, evli kadının hukuki statüsüne etkileri bakımından *alieni iuris* kadın ile *sui iuris* kadın arasında bir ayırım yapmak icap eder. Kadın eğer *alieni iuris* ise ve *manus*'u kabul ederek evleniyorsa, kendi babasının hakimiyetinden çıkıp eşinin ya da onun babasının hakimiyeti altına girdiği için hukuki statüsünde bir değişiklik olmaz, yine *alieni iuris* olarak kalır sadece hakimiyeti altında bulunduğu kişi değişir. *Manus*'u kabul ederek evlenmenin *alieni iuris* kadına asıl etkisi, kadının kendi ailesiyle olan hısımlık ilişkilerini sona erdirerek erkek eşin ailesiyle olan hısımlık ilişkilerini başlatmasıdır⁴⁰. *Sui iuris* kadın bakımından ise durum daha farklıdır. *Manus*'u kabul ederek evlenmek, her şeyden önce, *sui iuris* kadının hukuki statüsünde bir değişiklik meydana getirerek, onu *sui iuris* olmaktan çıkarıp eşinin ya da onun babasının hakimiyeti altına giren bir *alieni iuris*'e dönüştürür. Bu yolla erkek eşin ailesine dahil olan *sui iuris* kadının, kendi ailesiyle olan hısımlık ilişkileri kesilerek eşinin ailesiyle olan hısımlık ilişkisi başlardı⁴¹.

3. Aile Evlatları

Aile reisinin *ius civile*'ye geçerli olan evliliğinden doğan, gerek kız gerek erkek çocukları “aile evladı” sıfatıyla Roma ailesine dahil olurlar⁴². Doğum yoluyla aile reisinin hakimiyeti altına giren bu çocuklar *cognatio* ile aile reisine bağlanırlar. Aile reisi ile bu aile evlatları arasında hakimiyet bağına dayanan *agnatio* hısımlığının yanı sıra kan bağı esasına dayanan *cognatio* hısımlığı da vardır. Hukuken tanınan bir evlilik içinde dünyaya gelmiş erkek ve kız aile evlatları (*filius familias* ve *filia familias*) ile

Manus'u kurmadaki üçüncü işlem ise *coemptio*'dur. *Coemptio*, varsayımsal bir satış işlemi olup, evlenecek olan kadının, evleneceği erkek tarafından satın alınmasıdır. Erkek, bazı özel sözleri söyleyerek, *mancipatio* ile kadın üzerindeki hakimiyeti devralır, böylece kadın üzerindeki hakimiyet, erkek eşe geçmiş olurdu, (ayrıntılar için bkz. De Fresquet R., “De La Manus En Droit Romain”, **Revue Historique De Droit Français Et Etranger (RHD)**, 1855-1869, Vol: 2, 1856, s. 135-164; www.jstor.org (erişim tarihi 7. 12. 2017).

⁴⁰ DI MARZO, **1959**, s. 162; AYİTER, **1960**, s. 16-18; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 3; TAHAN ORHAN, **2018** s. 48-49.

⁴¹ CUQ, **1928**, s. 166; EMİROĞLU, Haluk, **Roma Hukukunda Kadının Durumu**, Ankara, 2003, s. 38; TAHAN ORHAN, **2018**, s. 51.

⁴² DI MARZO, **1959**, s. 155.

bunların çocukları ve çocuklarının çocuklarından oluşan aile reisinin tüm alt soyu, *cognatio* kapsamında aileye dahildir⁴³. Bu çocukların esasında hem anneleri hem de babaları ile *cognatio* bağları bulunacağı için, bunların babanın ailesine olduğu kadar ananın ailesine de *agnatio* bağı ile dahil olmaları gerektiği düşünülebilir. Zira yukarıda temas ettiğimiz üzere, *manus*'u kabul etmeksizin evlenen *alieni iuris* kadın, eşinin *agnatio* ailesine dahil olmayacak, kendi ailesi hakimiyetinde kalmaya devam edecektir. Böyle bir durumda *alieni iuris* kadının doğurduğu çocukların da kendi aile reisinin hakimiyeti altına girmesi beklenebilir. Fakat çocuklar üzerinde aynı anda iki ayrı babanın hakimiyeti söz konusu olamayacağı için, genetik babanın kan bağı dikkate alınarak, evlilik içi çocuklar babanın ya da onun da bağlı olduğu aile reisinin hakimiyeti altına sokulmuşlardır. Buna göre ister *alieni iuris* ister *sui iuris* olsun, kadının meşru evliliğinden dünyaya getirdiği çocuklarının tamamının erkek eşin, erkek eş de hakimiyet altında ise, onun aile reisinin hakimiyeti altına girerek baba tarafından *agnatio* ailesine dahil olması esası kabul edilmiştir⁴⁴.

Aile evlatlarının aile reisinin hakimiyetine, dolayısıyla *agnatio* ailesine dahil olmaları temelde iki şartın varlığını gerektirir: Bu çocukların hukuken tanınan bir evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş olmaları bu şartların birincisidir⁴⁵. Soybağının kurulması bakımından kabul edilen bir karine, çocuğun baba tarafının *agnatio* ailesine dahil olup olamayacağını belirlemesi bakımından da önemlidir. Bu karineye göre evliliğin başlangıcından itibaren 180 gün sonra, bitiminden itibaren de 300 gün içinde dünyaya gelen çocuğun babası erkek eştir⁴⁶. Bu süreler zarfında doğan çocuk, aile babasının kan

⁴³ CUQ, 1928, s. 131.

⁴⁴ I., Inst., 1. 9. 3: “*Qui igitur ex te uxore tua nascitur, in tua potestate est: item qui ex filio tuo et uxore eius nascitur, id est nepos tuus et neptis, aequae in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri. Qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris eius* (Senden ve karından doğan kimse senin hakimiyetin altındadır; kez, oğlundan ve onun karısından doğan kimse de, yani kız ve erkek torunun da senin hakimiyetin altındadır; torununun oğlu veya kızı (onların halefleri de) böyledir. Bunan mukabil kızından doğan kimse, senin değil, kendi babasının hakimiyeti altındadır)”. Ayrıca bkz. D. 1. 6. 4.

⁴⁵ I. Inst., 1. 9 pr.: “*In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus* (Meşru bir evlenmeden doğan çocuklarımız hakimiyetimiz altındadır)”.

⁴⁶ D., 1. 5. 12; D. 2. 4. 5. Ayrıca bkz. ACCARIAS, 1886, s. 227; PETIT, 1925, s. 103; CUQ, 1928, s. 169; GIRARD, P. F., *Manuel Élémentaire De Droit*, 5. ed, Revue Et Augmenté, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1929, s. 185. Karinenin aksini ispat

hısınımlı olacağından, diğere şartı da sağladığı takdirde, babanın *agnatio* ailesine dahil olur. Sağlanması gereken diğere şart ise, çocuğun aile reisi tarafından aileye kabul edilmiş olmasıdır⁴⁷. Zira Roma hukukunda baba hakimiyeti altına girebilmesi için, çocuğun aile reisinden dünyaya gelmiş olması ve bu sebeple aralarında bir soybağının mevcut olması tek başına yetmez. Çocuğun aile içine dahil olması ve bu suretle aile reisi ve diğere aile fertleri ile onun arasında bir hısımlık ilişkisinin başlayabilmesi için, doğan çocuğun aile reisi tarafından tanınması şarttır. Tanıma, doğumun hemen arkasından çocuğun ebenin bıraktığı yerden aile reisi tarafından kaldırılması şeklinde gerçekleşen törensel bir eylemle vuku bulur. Bu yolla aile reisinin çocuğu tanıdığı kabul edilerek, çocuk ile ailesi arasındaki *agnatio* bağının, dolayısıyla hısımlık ilişkisinin başladığına kanaat getirilirdi⁴⁸. Evlilik içinde ana rahmine düşen ve eşler boşandıktan sonra dünyaya gelen çocuklar bakımından ise, çocuğu belli bir süre içinde reddetmeyen babanın, kendisine karşı açılacak bir babalık davasında, çocuğu tanımaya zorlanması kabul edilir⁴⁹.

Burada evlilik dışı çocuklar meselesine de değinmek gerekir. Roma hukukuna göre *ius civile* şartlarına göre geçerli olmayan bir evlilikten dünyaya gelmiş çocuklar evlilik dışı çocuklardır. Evlilik dışı çocukların, aile reisi ile soybağları kurulmadıkça⁵⁰

elbette daima mümkündür, (ispat vasıtaları hakkında bkz. PETIT, **1925**, s. 104; İPEK, **2015**, s. 172 vd.).

⁴⁷ CUQ, **1928**, s. 170.

⁴⁸ İPEK, **2015**, s.171.

⁴⁹ MONIER, **1947**, s. 262.

⁵⁰ Roma hukuku kaynaklarında soybağının kurulması ile ilgili özel bir düzenleme yoktur. Bu konu *Digesta* ve *Institutiones*'te baba hakimiyetine dair hükümler arasında ve bu hükümlerle iç içe geçmiş olarak ele alınmıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Iustinianus'un "baba hakimiyeti" ne ayrılmış olan kısmında (I. Inst., 1. 9) ve *Digesta*'nın "baba hakimiyeti"nden bahseden metinlerinde (D. 1. 6) soybağının kurulmasına dolaylı yoldan değinilmektedir. Yine Iustinianus'un *Institutiones*'inde "kan hısımlarının mirasçılığı hakkında" (I. Inst., 3. 5) ve "kan hısımlığının dereceleri hakkında" (I. Inst., 3. 6) başlıklarıyla kan bağı esasına dayalı soybağının kurulmasından bahsetmektedir. Teknik anlamda soybağı, çocuk ile ana babası arasındaki genetik bağı ifade eder, (soybağının anlamı hakkında bkz. OĞUZMAN / DURAL, **2001**, s. 198; TEKİNAY, **1990**, s. 392-393), bu nedenle çocuğun soybağının kurulması hem ana yönünden hem de baba yönünden olacaktır. Ana ile çocuk arasında soybağının kurulması doğum yoluyla olur, çocuğu doğuran kadın onun anasıdır (D. 2. 4. 5). Maddi bir vakıa olan doğumun kanıtlanması hiçbir güçlük arz etmediğinden, çocuk ile anası arasındaki soybağının ispatının kolay olduğu da burada kaydedilmelidir (MONIER, **1947**, s. 262). Baba ile çocuk arasında soybağının kurulması ise; çocuğun anası ile evli olma, babalık davası ve *legitimatıo* ile olur (CUQ, **1928**, s. 169). Baba ile soybağının kurulmasında en doğal yol, doğum esnasında çocuğun anası ile evli olmaktır. Meşru bir evlilik içinde dünyaya gelen çocukların babasının koca olduğuna dair bugün de geçerli olan bir karine kabul edilmiştir (AMIABLE, Louis, "De La Paternité Du Mari en Droit Romain et Dans L'ancienne Jurisprudence Française" **RHD**, Vol 8, 1862, s. 5). Elbette Roma hukuku açısından

aile reisinin hakimiyeti altında alınmaları söz konusu olmazdı. Soybağının kurulması ise “soybağının düzeltimi (*legitimatio*)” işlemlerinden birinin yapılmasına bağlıydı. Hakkında *legitimatio* yapılan çocuk⁵¹, bu andan sonra evlilik içi çocukla aynı statüye gelerek soybağının kurulduğu babanın ya da onun tabi olduğu aile reisinin hakimiyeti altına girerdi⁵². Soybağı düzeltimi yollarından birincisi, babanın çocuğun annesi ile, doğum sonrası olmak kaydıyla, *ius civile*'ye göre geçerli olacak bir evlilik yapmasıdır. Evlenme yoluyla soybağı düzelen çocuk, doğrudan doğruya babanın *agnatio* hısımı haline gelirdi⁵³. Soybağı düzeltilmesinde diğer yol, imparator emirnameleridir. Zaman zaman çıkardıkları genel ve soyut nitelikte emirnamelerle imparatorlar, imparatorluk sınırları içinde yaşayan tüm evlilik dışı çocukların soybağlarını düzelterek⁵⁴, bunları evlilik içi çocuk statüsüne geçirebilirlerdi⁵⁵. Soybağını düzeltmede bir başka yol, yine imparatorlar vasıtasıyla kullanılan ancak bu defa soyut ve genel nitelikte emirnamelerle değil *rescriptum*'lar yoluyla ortaya konan özel nitelikteki kararlardır. Soybağına ilişkin bir uyuşmazlıkla karşılaşan *magistra*, çocuğun soybağı konusunda tereddüde düştüğünde ya da çocuğun soybağının düzeltilmesini isteyen kimseler, imparatora

burada kastedilen, doğum öncesinde veya esnasında kurulu bulunması ve devam etmesi gereken bir evliliğdir, (ayrıntı için bkz AMIABLE, 1862, s. 5 vd.). Çocuk dünyaya geldikten sonra gerçekleşecek bir evlilik, çocuğun soybağının *legitimatio* kapsamında kurulması anlamına gelecektir (İPEK, 2015, s. 192). Evlilik dışı doğum halinde ya da çocuğunu tanımak istemeyen babaya karşı, ana ya da çocuk tarafından açılacak bir babalık davasında, baba ile çocuk arasında soybağının bulunduğu kanaat getirildikten sonra verilecek bir babalık hükmüyle, çocuğun soybağı *legitimatio* ile kurulmuş olur, (ayrıntı için bkz. İPEK, 2015, s. 177).

⁵¹ *Legitimatio* yoluyla soybağı düzeltilen çocukların sadece *concubinatus* çocukları olduğu tahmin edilmektedir. Bunlar, *affectio maritalis* olmaksızın evli gibi bir arada yaşayan kimselerin dünyaya getirdikleri çocuklardır. Zina ilişkisinden dünyaya gelen çocukların soybağlarının da bu yolla düzeltilip düzeltilmediği ise belli değildir. Konuyu açıklığa kavuşturacak yeterli bir bilginin bulunmadığını bildiren Schwarz'a göre, soybağı düzeltimi sadece *concubinatus* çocuklar için geçerli olmuş olmalıdır (SCHWARZ, A. B., “Evlilik Dışı Çocuklar Meselesi”, 1943-1944 Üniversite Konferanslarından Ayrı Bası, İstanbul, 1945, s. 129).

⁵² DI MARZO, 1959, 156.

⁵³ DI MARZO, 1959, 156.

⁵⁴ Evlilik dışı çocukların soybağının, genel ve soyut nitelikteki emirnamelerle düzeltilmesi asıl olarak bu çocukları *curia*'ya adamak niyetiyle yapılmıştır (DI MARZO, 1959, s. 156). Zira *legitimatio* ile soybağı düzeltilen erkek çocuk *curia*'ya adanır, kız çocuk ise *curia*'ya adanmış biri ile evlendirilirdi (DI MARZO, 1959, s. 156; İPEK, 2015, s. 192). *Curia*, imparatorluk döneminde vergi almakla görevlendirilen kişilere verilen isimdir (UMUR, 1983, s. 53). Üstlenilen mali yükümlülükler bakımından bu meslek son derece riskli olduğu ve bu sebeple kimse *curia* olmak istemediği için, bu soruna bir çare olarak, evlilik dışı çocukların *curia* yapılması ve bunun için de bu çocukların soybağlarının düzeltilmesi yoluna gidilmiş olmalıdır (DI MARZO, 1959, s. 156).

⁵⁵ DI MARZO, 1959, s. 156; AYİTER, 1960, s. 48-49.

yazacakları mektuplarla, imparatorun bu konudaki iznini talep edebilirler ve bu talebe karşılık imparatorun cevaben yazacağı bir izin *rescriptum*'uyla da, ilgili çocuğun soybağı düzeltilebilirdi.

Aile evladı statüsü içinde aileye dahil olan bir başka grup evlat edinilenlerdir⁵⁶. Bunlar, aile reisi ile kan bağları bulunmayan, evlat edinme işlemi yoluyla hakimiyet altına giren kişilerdir. Roma hukukunda evlat edinmenin, *adoptio* ve *adrogatio* olmak üzere bilinen iki şekli vardır. Bunlar arasında en eskisi olduğu tahmin edilen *adrogatio*, *sui iuris* bir kimsenin evlat edinilmesi demektir. Evlat edinilen *sui iuris*, evlat edinen aile reisinin *agnatio* ailesine dahil olarak, evlat edinenin *filius familias*'larından biri haline gelirdi⁵⁷. Eğer evlat edinilen *sui iuris* aynı zamanda bir aile reisi idiye, kendi aile fertleri de evlat edinme işleminin tamamlanmasıyla evlat edinenin hakimiyeti altına girerek onun ailesine dahil olurlardı⁵⁸. *Adrogatio*, eski hukuk döneminde, *comitia* adı verilen *curia*'ların⁵⁹ toplanması ile oluşan halk meclisi önünde, bizzat *pontifex maximus* (baş rahip) başkanlığında ve meclisin onayı ile gerçekleşen bir evlat edinme işlemidir. Merasime dayalı bu nitelik ve şekle bağlılık, *adrogatio*'nun taşıdığı önem ile izah edilebilir. Zira *adrogatio*, iki ailenin tek bir hakimiyet altında birleşmesi demek olduğundan, bu işlemin tamamlanmasıyla ailelerden biri hukuken sona ermiş olurdu. Bu denli önemli görülen ve kamu düzeninden olan bir işlemin sıkı şekil şartlarına bağlanması bu bakımdan doğaldır⁶⁰. İki ailenin birleşip birleşmeyeceğini denetleyen başrahibin, uygundur kararını vermesi üzerine halk meclisi toplanarak evlat edinme işlemini onaylardı⁶¹. Cumhuriyet devrinde, halk meclisinin önünde ve meclisin onayı ile

⁵⁶ DI MARZO, 1959, s. 157.

⁵⁷ GÜNVEREN, G. B., **Roma Hukukunda Evlat Edinme**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 88. Dolayısıyla sahip olduğu malvarlığı da evlat edinenin mülkiyetine geçer, onun malvarlığı olurdu. Iustinianus döneminde, evlat edinilenin malvarlığının evlat edinene geçmesi esası kaldırılarak onun yerine, bu mallar üzerinde evlat edinene bir intifa hakkı tanınması esası getirilmiştir (KOSCHAKER /AYİTER, 1993, s. 331).

⁵⁸ AYİTER, 1960, s. 50.

⁵⁹ *Curia*; Cumhuriyet döneminde idare, seçim, din ve askerlik işleri ile meşgul olmak üzere *patricius*'ların oluşturduğu *comitia curiata* adı verilen halk meclisinin ünitelerine verilen isimdir (UMUR, 1983, s. 53).

⁶⁰ KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 331; AYİTER, 1960, s. 50.

⁶¹ DI MARZO, 1959, s. 157.

yapılabilen *adrogatio*, imparatorluk döneminde imparatorların onayı ile yapılan bir işleme dönüşmüştür⁶².

Bir aile reisinin evlat edinilmesi demek olduğu için *adrogatio*'nun en önemli hukuki sonucu, onun malvarlığının ve varsa ailesi fertlerinin, tamamen başka bir aile reisinin hakimiyeti altına girip onun *agnatio* bağına dahil olması olacaktır⁶³. Bir külli halefiyet biçimi olan *adrogatio* ile evlat edinilenin malvarlığındaki unsurların her biri, devir ve temlik işlemine gerek kalmaksızın evlat edinene geçer⁶⁴. İşlemin tamamlanmasıyla, evlat edinilen, *sui iuris* olma statüsünü de kaybedip aile evladı haline geldiği için *adrogatio* aynı zamanda bir *capitis demunitio*, yani hak ehliyetinin kaybı halidir. *Adrogatio*'ya bağlanan hukuki sonuçlar Iustinianus hukukunda değişikliğe uğramıştır. Bunlardan en önemlisi, evlat edinilen kimsenin malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkının *adrogatio* sonucunda evlat edinene geçmesine izin verilmeyerek, bu malvarlığı üzerinde evlat edinene sadece bir intifa hakkı tanınmasıdır⁶⁵.

Diğer evlat edinme işlemi olan *adoptio* ise, bir aile evladının (*alieni iuris*) evlat edinilmesi demektir. Hakimiyet altında bulunan bir kimsenin evlat edinilmesi demek olduğundan *adoptio*, evlatlık alan aile babasıyla evlatlık veren aile babası arasında varılması gereken karşılıklı bir irade uyuşmasıyla gerçekleşebilir⁶⁶. Bu evlat edinme işlemine ait başlangıçta oldukça karışık olan şekiller, Iustinianus döneminde basitleştirilerek sadece evlat edinen, evlatlık veren ve evlat edinilen arasında varılması

⁶² DI MARZO, 1959, s. 157-158.

⁶³ MONIER, 1947, s. 265.

⁶⁴ DI MARZO, 1959, s. 495. *Adrogatio*'nun hukuki sonuçları bakımından en büyük sorun, borçların evlat edinene geçmeyip evlat edinilen üzerinde kalmaya devam etmesidir. Aslında bu durum külli halefiyetin doğasına terstir, bu nedenle bunun gerçek anlamda bir külli halefiyet şekli olduğundan şüphe edilmektedir (DI MARZO, 1959, s. 498). Evlat edinilenin malvarlığındaki borçlar evlat edinene geçmeyip onun üzerinde kalmaktadır, fakat artık evlat edinilen, hak ehliyetine ve dolayısıyla bir malvarlığına sahip olamayacağı için, bu borçların cebri icra yoluyla ondan tahsil edilebilmesine de olanak yoktur. *Praetor*'lar, alacaklılar lehine evlat edinene karşı açılacak *actio utilis rescissa* gibi bir farazi dava hakkı yaratarak bu soruna çözüm bulmuşlardır. Buna göre söz konusu dava ile evlat edinilen, *adrogatio* yapılmıyaydı elinde hangi mallar bulunacak idiyse, alacaklılara karşı bu malların değeri ile sınırlı olarak sorumlu tutulmuştur. Bu söylediklerimiz *conventio in manum* için de aynen geçerlidir (DI MARZO, 1959, s. 498).

⁶⁵ KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 331; AYİTER, 1960, s. 51.

⁶⁶ Ayrıntı için bkz. KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 332-333.

gereken ve mahkeme önünde açıklanması icap eden basit bir irade uyuşmasına indirgenmiştir⁶⁷.

İşlemin tamamlanmasıyla aile evladı, kendi aile babasının hakimiyetinden çıkıp bir başka aile babasının hakimiyet altına girdiğinden, *adoptio*'nun onun kişisel statüsünde bir değişikliğe yol açtığı söylenemez. Bununla birlikte *adoptio*, aile evladının mevcut hısımlık ilişkisi üzerinde belirleyici bir rol oynamıştır. *Adoptio* sonucunda aile evladının, daha önce hakimiyeti altında yaşadığı *agnatio* ailesi ile bağları kesilerek, evlat edinmenin *agnatio* ailesi ile olan hısımlık ilişkileri başlardı⁶⁸. Iustinianus döneminde *adoptio*'ya bağlanan hukuki sonuçların *adrgatio*'da olduğu gibi değişikliğe uğradığı fark edilir. Buna göre; ana ya da babasının üst soyu tarafından evlat edinilen aile evladının, eski ailesi olan hısımlık bağlarının tamamen koptuğu kabul edilerek bu tür sonuç doğuran evlat edinme işlemine *adoptio plena* (tam evlat edinme) denmiştir. Aile evladının, kendi üst soyu tarafından evlat edinilmesi dışında kalan diğer bütün hallerde ise, aile evladının eski ailesi ile olan hısımlık bağlarının devam edeceği hükme bağlanarak bu evlat edinme biçimine, *adoptio minus plena* yani (tam olmayan evlat edinme) denmiştir. Sonuncusunun en önemli hukuki sonucu, evlat edinilen aile evladının hem eski ailesi ile hem de yeni ailesiyle olan mevcut hısımlık ilişkilerinin ve buna bağlı olarak mirasçılık haklarının devam edecek olmasıdır⁶⁹.

Mancipatio ile devralınmış kimseler de Roma'nın *agnatio* ailesine dahildirler⁷⁰. Aile reisinin kendi aile evladını genellikle bir miktar para karşılığında *mancipatio* ile devretmesi usulü Roma'da yaygın bir uygulamadır. Bu uygulamaya başvurmanın çeşitli nedenleri arasında en sık görüleni, aile reisinin ekonomik durumunun bozuk olmasıdır. Devredilen aile evladı, devralan aile reisi karşısında *in mancipio* denilen özel bir statüye

⁶⁷ KOSCHAKER /AYİTER, 1993, s. 332-333.

⁶⁸ AYİTER, 1960, s. 51.

⁶⁹ Iustinianus, evlat edinme işleminin şeklini olduğu gibi hukuki sonucunu da bugünkü hukuk düzenlerine yaklaştırmıştır. Zira bugün de evlat edinilen, hem eski hem de yeni aile fertleri ile hısımlık ilişkisi içindedir, (Iustinianus dönemi evlat edinmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DI MARZO, 1959, s. 159-160; AYİTER, 1960, s. 52-53; KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 333).

⁷⁰ Di Marzo, *mancipium* altında bulunanları aile ferdi olarak kabul etmemektedir (DI MARZO, 1959, s. 163). Ancak fikrimize göre, Roma ailesini oluşturan kişileri belirlemede *agnatio* esası dikkate alındığı ve *in mancipio* oldukları müddetçe bu kişilerin aile reisinin hakimiyetine tabi olmaları söz konusu olduğu için, bunlar da Roma ailesine dahil kişi unsurları arasında kabul edilmelidir.

yerleşirdi⁷¹. Bu statünün hukuki niteliği Roma hukuk doktrininde tartışmalı olmakla birlikte, aile evladı ile köle arası bir statü olduğu tahmin edilmektedir⁷². *In mancipio* statüsünde olanlar, hakimiyet altından çıkarıldıkları zaman *sui iuris* hale gelmeyip eski aile reislerinin hakimiyetleri altına geri dönerlerdi, böylece bunların eski aileleri ile olan hısımlık ilişkileri de kaldığı yerden devam ederdi⁷³.

B. Roma Aile Fertlerinin Hukuki Statüsü

1. Genel Olarak

Roma ailesini oluşturan aile fertleri, aile reisine *agnatio* yani hakimiyet bağı ile bağlı oldukları için, aile içindeki hukuki statüleri de bu hakimiyet bağına göre belirlenmiştir. Başka deyişle aile üyelerinin hukuki statüsünü belirleyen unsur, aile reisinin aile fertleri üzerindeki hakimiyet hakkıdır. Aile reisinin hakimiyetini ifade için üç ayrı tabirin kullanıldığına tanık oluyoruz. *Potestas*, *manus* ve *mancipium*⁷⁴. Aile evlatları üzerindeki hakimiyet için “*potestas*”; *conventio in manum* yoluyla aileye dahil olan eş ya da gelinler üzerindeki hakimiyet için “*manus*”; evlat edinme ya da *conventio in manum* dışında bir hukuki işlem yoluyla aileye dahil olanlar üzerindeki hakimiyet için “*mancipium*” tabirleri kullanılmıştır⁷⁵. *Manus* ve *mancipium* kurumlarının gözden kaybolduğu Iustinianus hukukunda ise, hakimiyet altında bulunanların tamamı *potestas* sözcüğü ile ifade edilir olmuştur. Bu dönemde hakimiyet altında bulunan kişilerin yalnızca aile evlatlarından ibaret kaldığı da bu bakımdan dikkat edilmesi gereken bir husustur⁷⁶.

⁷¹ CUQ, 1928, s. 83-84; AYİTER, 1960, s. 54.

⁷² *In mancipio* olanlar, kölelerden farklı olarak, Roma vatandaşlıklarını muhafaza ederler ve bu sebeple Roma içinde köle gibi satılamazlardı (DI MARZO, 1959, s. 50).

⁷³ AYİTER, 1960, s. 54-55.

⁷⁴ DI MARZO, 1959, s. 163.

⁷⁵ DI MARZO, 1959, s. 163. Köleler, hukuk nazarında kişi olmadıkları için aile malvarlığına dahil edilerek, bunlar üzerindeki hakimiyet “*dominica potestas*” tabiri ile ifade edilmiştir (D. 21. 1. 17. 10; Ayrıca bkz. DI MARZO, 1959, s. 163).

⁷⁶ DI MARZO, 1959, s. 163.

2. Aile Reisinin Hukuki Statüsü

Aile reisi tüm aile fertleri üzerinde hakimiyet sahibi olan kişidir. Dilimizdeki karşılığı “baba hakimiyeti” olan “*patria potestas*”ın hukuki niteliğini tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş, bunun bir mülkiyet hakkı olduğu yolundadır⁷⁷. Zira aile reisinin sahip olduğu, *ius vitae necisque* denilen ve aile evladının ölüm ya da yaşamına karar vermeye⁷⁸ kadar varan geniş yetkileri ve aile evlatlarını üçüncü kişilerden *rei vindicatio* (istihkak) davası ile isteyebilmesi⁷⁹, *patria potestas*’ın, aile reisinin aile fertlerinin sadece malvarlığı üzerinde değil, kişi varlığı üzerinde de sahip olduğu bir tür mülkiyet hakkı gibi nitelendirilmesine yol açmıştır. Mülkiyet hakkı nitelemesine katılmayan diğer görüş⁸⁰, *patria potestas*ın mutlak anlamda bir hakimiyet hakkı olduğunu savunur. Bu görüş mensuplarına göre; Roma ailesi küçük bir devlet, aile reisi ise bu devletin mutlak hakimi gibidir. Mutlak hakimiyet, aile fertlerinin gerek kişi gerek malvarlıkları üzerinde aile reisinin sahip olduğu mutlak anlamda bir yönetim ve temsil yetkisi anlamındadır. Bu görüşün en büyük dayanağı, aile reisinin ölümünden sonra onun yerine geçecek kişinin devraldığı yetkilerin niteliğidir. Aile reisi öldüğü zaman, ailenin en büyük erkek evladı ya da vasiyetname yoluyla tayin edilen kişi, aile reisinin yerine geçerek onun halefi sıfatıyla tüm özel hukuk ilişkilerini devralır. Böylece bu kişi, kişi

⁷⁷ CUQ, 1928, s. 135; AYİTER, 1960, s. 45.

⁷⁸ Bu yetki, aile reisinin kendi hakimiyeti altında bulunan çocuklarını yaşatma ya da öldürme kararını verebildiği bir yetkidir. Varlığına ilk kez, On İki Levha Kanunlarında tesadüf edilen bu yetkinin (XII Tab., iv, 1), aile reisinin suç işleyen aile üyelerini cezalandırma yetkisi kapsamında ortaya çıktığı tahmin edilmektedir (KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 326). Eski hukuk devrinde, özellikle de Cumhuriyet öncesinde, sınırsız şekilde kullanılan yetkinin zamanla sınırlandırıldığı görülür. Cumhuriyet döneminden itibaren *boni mores* (iyi örf ve adet)’e aykırı kullanımlarda, *ensor*’ların aile babasına şerefsizlik notu vererek bu yetkinin keyfi kullanımını kontrol altına almaya çalıştıkları kaydedilmiştir (PLESCIA, J., “Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini”, (çev. Diler Tamer Güven), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 941).

⁷⁹ Aile reisleri, kendi hakimiyetleri altında bulunması gerekirken, herhangi bir sebeple mesela aile evladının kaçırılması gibi bir nedenle, başka bir aile reisinin hakimiyetine tabi olmuş aile evlatlarını geri almak için *rei vindicatio* türünden bir dava hakkına sahip kılınmışlardır (Gai. Inst., 3. 199; Ayrıca CUQ, 1928, s. 135). Bu dava klasik hukukta *vindicatio patriae potestatis* adıyla bilinir. Başkasının elinde bulunan aile evladını geri almak için, bu dava dışında, bu davaya nazaran daha kolay bir yol olan *praetor interdictum*’una başvurmak hakkı da tanınmıştır. *Interdictum de liberis exhibendis item ducentis* (çocukların gösterilmesi, ibraz edilmesi ve alınıp götürülmesi hakkındaki *interdictum*) adı verilen bu olanak sayesinde aile reisi, aile evladını elinde bulunduran kişiye başvurarak, çocuğun kendisine gösterilmesini talep edebilir, bu talep üzerine karşı tarafın fiilen elinde bulunan tüm çocukları gösterme mecburiyeti doğar ve tüm çocukları gördükten sonra *interdictum* sahibi, kendisine ait olduğunu iddia ettiği çocuğu alıp götürülebilir (AYİTER, 1960, s. 53-54).

⁸⁰ Bu görüş ve bu görüşe yönelen itirazların ayrıntısı için bkz. PUGLIESE, 1957, s. 339-341.

varlığı alanındaki yetkileri devralarak bir temsil yetkisi; aile malvarlığını devralarak da, malvarlığını diğer aile fertleri adına idare etme konusunda bir idare yetkisi kazanırdı. Görüldüğü üzere aile reisinin halefi olacak kişi, değil aile fertlerinin kişi varlığı üzerinde, malvarlığı üzerinde bile bir mülkiyet hakkına sahip değildir. Aile malvarlığı kolektif olarak aile fertlerine ait olup, aile reisi sıfatını kazanan kişi bu malvarlığı üzerinde sadece bir yönetim ve temsil yetkisi sahibidir. Buradan hareketle aile fertlerini mülkiyet hakkının konusu gibi görmek ve aile reisinin yetkisini de bu kişiler üzerinde bir mülkiyet hakkı gibi nitelendirmek yanlış olur⁸¹.

Bu konuda ileri sürülen üçüncü bir görüş ise, *patria potestas*'ı mutlak bir hakimiyet olarak niteleyerek ikinci görüşe yaklaşmakta, fakat bu hakimiyetin Roma hukukuna özgü bir hakimiyet olduğunu vurgulayarak ondan ayrılmaktadır. Bu görüş taraftarları özellikle I., Inst., 1. 9. 2⁸² yola çıkarak bu sonuca varmaktadırlar. Gerçekten de *patria potestas* kavramı Roma hukukuna özgü bir hakimiyet hakkı olarak nitelendirilmelidir. Çünkü bu hakimiyet gereği aile reisi, aile fertlerinin kişi varlığı ve mal varlığı unsurları üzerinde mutlak nitelikte bir hak sahipliği elde eder. Başka deyişle bu hakimiyet sayesinde aile reisi, ailenin tüm kişi varlığı unsurları üzerinde bir yönetim ve temsil yetkisini, malvarlığı unsurları üzerinde ise bir yararlanma ve tasarruf yetkisini kazanır.

3. Aile Reisinin Eşinin Hukuki Statüsü

Aile reisinin eşinin hukuki statüsü, Roma hukukuna özgü "*manus*" kurumu tarafından belirlenir. *Manus*'un, evli kadın üzerinde, erkek eşin ya da erkek eşin tabii olduğu aile reisinin hakimiyetini ifade eden teknik bir kavram olduğundan ve aile reisinin evli kadın üzerindeki hakimiyetinin, yani *potestas*'ının, *manus* olarak

⁸¹ PUGLIESE, 1957, s. 339-341.

⁸² I., Inst., 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 non habemus* [Sahip olduğumuz hürler (çocuklar) üzerindeki hakimiyet hakkı Roma vatandaşlarına aittir, sahip olduğumuz hakimiyete benzer hakimiyete hürler üzerinde sahip olan başka insanlar mevcut olmadığı için]".

adlandırıldığından yukarıda söz etmiştik⁸³. *Manus*'un en önemli hukuki sonucu, evli kadının gerek kişisel statüsünü gerek aile içindeki statüsünü belirlemektir⁸⁴.

Manus kurumunun evli kadın üzerinde yarattığı hukuki etkilere geçmeden önce bir hususa değinmek istiyoruz. Birbirleriyle olan yakın bağlantıları nedeniyle evlenme ve *manus* kurumları daima yan yana anılan kurumlar olmuştur. Zira gerçekten de *manus*, sadece evli kadın bakımından gündeme gelebilen bir kurumdur, sadece evli bir kadının *manus* altında olduğundan bahsedilebilir; başka deyişle evlenme söz konusu olmadıkça *manus*'tan da söz edilemez. Bu iki kurum arasındaki yakın ilişki uzunca bir dönem, *manusun* evliliğin şekli gibi algılanarak “*manus*'lu evlilik”-“*manus*'suz evlilik” gibi bir ayrımın yapılmasına neden olmuştur⁸⁵. Ancak böyle bir ayrımın yanlış olduğu, evlenmenin bu tarz bir sınıflandırmasının Roma hukukunda hiç mevcut olmadığı bugün itibarıyla kesin olarak ortaya konmuştur⁸⁶. Böyle bir sınıflandırma ya da ayrımın ilgili kaynaklarda mevcut olmadığını ilk kez ortaya koyan Volterra'ya göre⁸⁷, Roma'da tek bir evlenme vardır o da şekle bağlı olmayan basit bir irade uyuşması ile meydana gelen evlenmedir. *Manus*, evlenmeden tamamen farklı bir kurum olup evli kadının, evlendiği eşinin ya da eşinin tabi olduğu aile reisinin hakimiyeti altına girip girmeyeceğini gösteren bir kurumdur. Kadın *manus*'u kabul ederek evleniyorsa hakimiyet altına girecek, kabul etmiyorsa girmeyecektir. Evlenen kadının eşinin hakimiyeti altına girmesi için onunla evlenmiş olması yetmez, *conventio in manum* (*manus* anlaşması) adı verilen ve *manus*'u kabul ettiğini gösteren, daha önce andığımız işlemlerden birini yapmış olması da gerekir. Başka deyişle kadın, salt evlenmekle *manus* altına girmiş olmaz, bunun için ayrıca *manusu* kabul ettiğini bildiren bir işleme de taraf olmalıdır. *Manus* hakkındaki anlaşmanın evlilik öncesi veya sonrası yapabilmesi daima mümkündür. Bu da, evlenme ile *conventio in manumun* birbirinden bağımsız iki ayrı hukuki işlem olduğunu göstermeye yeter. *Manuslu- manussuz* evlilik ayrımının

⁸³ Ayrıca bkz. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, 2013, s. 3.

⁸⁴ GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 27; TAHAN ORHAN, 2018, s. 27.

⁸⁵ Bu yolda örnek olarak bkz. RADO BASMAN, Türkan, “Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri”, İÜHFİM, Cilt 8, Sayı 3-4, 1942, s. 539 vd.

⁸⁶ KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 302; DI MARZO, 1959, s. 178.

⁸⁷ VOLTERRA, *La Conception Du Mariage, D'Après Les Juristes Romains*, Padova, 1940'dan nakleden: DI MARZO, 1959, s. 178.

Roma'da hiç mevcut olmadığı bugün doktrinde artık ittifakla kabul edilmektedir⁸⁸. Bununla beraber, yerleşiklik ve anlatımda sağladığı kolaylık gibi gerekçelerle *manuslu* - *manussuz* evlilik ayrımının yapılmasında bir sakınca olmadığı da vurgulanarak, söz konusu ayırım, doktrinde kullanılmaya devam etmektedir⁸⁹. Bize göre, evlilik ile evlilik birliği kavramları birbirinden farklı olduğundan, “*manuslu* evlilik-*manussuz* evlilik” yerine, “*manus*'lu evlilik birliği- *manus*'suz evlilik birliği” ayrımının yapılması daha doğru olacaktır. Evlenme/evlilik, kadın ile erkeğin evlenme yönündeki iradelerinin uyuşması ile meydana gelen bir işlemdir, irade uyuşması meydana gelir gelmez işlem tamamlanıp sonuçlarını doğurur, bu bakımdan evlenme işleminin *manus*'lu ya da *manus*'suz olduğundan söz edilemez. Ancak, bu işlem sonucu meydana gelen evlilik birliğinin *manus*'lu ya da *manus*'suz olması mümkündür. Evlenme sonucunda eşler arasında bir evlilik birliği meydana gelir ve bu evlilik birliği içinde kadın eş, erkek eşin hakimiyeti altında bulunabilir veya bulunmayabilir. Eğer kadın, erkek eşin hakimiyeti altında ise, eşler arasındaki evlilik birliği *manus*'lu; eğer değilse, evlilik birliği *manus*'suz olacaktır. Bu sebeple biz çalışmamızda “*manus*'lu evlilik-*manus*'suz evlilik” yerine “*manus*'lu evlilik birliği-*manus*'suz evlilik birliği” ayrımını tercih ediyoruz.

Manus'un evli kadının kişisel statüsü üzerindeki etkisi, evlenmeden önce kadın üzerindeki hakimiyet durumuna göre değişir. Başka deyişle *manus*'un kadının kişisel statüsüne olan etkisini, *alieni iuris* ve *sui iuris* kadın bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Kadın eğer *alieni iuris* ise ve *manus*'u kabul ederek evleniyorsa, kendi babasının hakimiyetinden çıkıp eşinin ya da onun babasının hakimiyeti altına girdiği için, kişisel hukuki statüsünde bir değişiklik olmaz, yine *alieni iuris* olarak kalmaya devam eder sadece hakimiyet altında bulunduğu kişi değişir⁹⁰. *Sui iuris* kadın bakımından ise durum farklıdır. *Manus*'u kabul ederek evlenmek, *sui iuris* kadını, *sui iuris* olmaktan çıkarıp eşinin ya da onun babasının hakimiyeti altına giren bir *alieni iuris*'e dönüştürür, bu nedenle onun kişisel statüsünde de bir değişiklik meydana getirir.

⁸⁸ DI MARZO, 1959, s. 178; KOSCHAKER/AYİTER, 1993, s. 309; AYİTER, 1960, s. 16; SOMER, 2002, s. 161; GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 91-92; GÖNENÇ, 2010, s. 63-64.

⁸⁹ SOMER, 2002, s. 161 dn. 42; GÖNENÇ, 2010, s. 64; NEMLİ, 2013, s. 15.

⁹⁰ AYİTER, 1960, s. 16-18.

Zira bu yolla *sui iuris* kadın, evlenmeden önce sahip olduğu hak ehliyetini evlendikten sonra kaybetmiş olur⁹¹.

Hak ehliyeti kaybının doğal bir sonucu olarak kadın, bağımsız bir malvarlığına da sahip değildir. *Manus*'u kabul ederek evlenen kadının, eğer *alieni iuris* ise, zaten evlilik öncesi kendisine ait bağımsız bir malvarlığından söz edilemeyeceği, tüm malvarlığı kendi babasına ait durumda bulunduğu için, *manus*'un bu konuda doğrudan bir etkisinden söz edilmez. *Alieni iuris* kadın, evlenme öncesi hiçbir malvarlığına sahip olmadığına göre, evlendikten sonra da mülkiyet haklarının erkek eşe intikal etmesi gibi bir durumla karşılaşmaz. Başka deyişle, kadının sahip olmadığı bir malvarlığının evlilik sebebiyle erkek eşe geçmesi elbette düşünülemez. Bununla birlikte kadına, kendi aile reisi tarafından *dos*⁹² olarak verilen mallar varsa, bu malların mülkiyetinin *manus*'un kabulü ile birlikte erkek eş ya da onun bağlı olduğu aile reisinin mülkiyetine geçmesi kaçınılmazdır⁹³. *Manus*'un, *sui iuris* kadın üzerindeki etkisine gelince; *manus*'u kabul ederek evlenen *sui iuris* kadın, *manus*'u kabul etmesiyle birlikte hak ehliyetini kaybetmesine bağlı olarak, tüm malvarlığı üzerindeki bağımsız mülkiyet hakkını da yitirir ve tüm malvarlığı erkek eş ya da erkek eşi hakimiyeti altında bulunduran aile reisine geçer⁹⁴.

Aile ilişkileri bakımından *manus* altındaki evli kadın, *filia loco*, yani kız çocuğu statüsündedir. İster *alieni iuris* ister *sui iuris* olsun, *manus*'u kabul ederek evlenen

⁹¹ EMİROĞLU, 2003, s. 53; GAUDEMET, Jean, "Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu", (çev. Bülent Tahiroğlu), **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl 6, Sayı 9, 1972, s. 208. Diğer taraftan belirtelim ki *manus*'un fiil ehliyeti üzerinde bir etkisi olduğu söylenemez. Zira kadın, evli olsun veya olmasın, fiil ehliyeti bakımından daima sınırlandırılmış bir kişiliktir. Bu noktada kadının *alieni iuris* veya *sui iuris* olmasının da bir önemi yoktur. İster *alieni iuris* olsun, ister *sui iuris* olsun, kadının kendisini borç altına sokan işlemler ile şekle bağlı tasarruf işlemlerini tek başına yapması yasaktır. Kadın, baba hakimiyeti altında ise aile reisinin, erkek eşin hakimiyeti altında ise erkek eşin onayı ile işlem yapabilir. Hiç kimsenin hakimiyeti altında bulunmayan kadın, vasisinin *auctoritas*'ı ile işlem yapabilir, kadının kanuni temsilcisi olmaksızın taraf olduğu hiçbir hukuki işlem geçerlilik arz etmez (KOSCHAKER /AYİTER, 1993, s. 94; AKSARAY, Buse, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 29; GÖNENÇ, 2010, s. 25, (kadının fiil ehliyeti konusunda ayrıntı için bkz. GÜNEŞ PESCHKE, S., "Roma'da Kadının Fiil Ehliyetinin Sınırları", **MÜHF-HAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan**, s. 17 vd.).

⁹² *Dos*; evlenecek kadının ya da onun hesabına bir başkasının, evlilik birliğinin giderlerini karşılamak amacıyla erkek eşe verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği malların ortak ismidir (AYİTER, Kudret, **Klasik Roma Hukukunda Dos'un Tesisi**, Ankara, 1958, s. 6).

⁹³ AYİTER, 1960, s. 17; TAHAN ORHAN, 2018, s. 54.

⁹⁴ AYİTER, 1960, s. 17.

kadın, bu andan itibaren erkek eşin ya da erkek eş hakimiyet altında ise onun aile reisinin hakimiyeti altına gireceği için, erkek eşin ya da onun babasının kızı (*filiafamilias*) gibi kabul edilerek, hukuken kendi çocuklarının ya da eşinin kız kardeşi (*filia loco*) konumuna gelirdi⁹⁵.

Manus'un aile ilişkilerine olan etkisinin doğal bir uzantısı miras hukuku alanında görülür. Gerek *alieni iuris* gerek *sui iuris* kadın, *manus*'u kabul etmek suretiyle erkek eş ya da onun aile reisinin *agnatio* ailesine dahil olacağı için, hısımlık ve mirasçılık ilişkileri artık bu yeni aileye göre tespit edilir. Bu durumda *manus*'lu evlilik birliğinde kadının, eski ailesi ile olan hem hısımlık ilişkisini hem de mirasçılık sıfatını kaybedeceğini söylemek yanlış olmaz⁹⁶.

Manus'un aile hukuku alanında, özellikle eşlerin boşanma haklarına olan etkisine değinmek gerekir. İlk dönemlerde Roma hukukunda kadının boşanma hakkının var olup olmadığı tartışmalıdır⁹⁷. Ancak bu tartışmanın *sui iuris* kadın bakımından anlamlı olacağını hemen belirtmek gerekir. Zira *manus* altındaki kadının, erkek eş karşısında hukuken eş sıfatını taşımayıp onun kızı ya da kız kardeşi konumunda bulunması, *manus* altındaki kadının boşanma hakkından söz edilmesini engellemektedir⁹⁸. *Manus*'lu evlilik birliklerinde eşler, birbirlerinin karşısında hukuken eş sıfatını taşımadıkları için, bir arada yaşamak istemedikleri zaman boşanmalarından değil, erkek eşin, *filia loco* konumundaki kadın eşi hakimiyetten çıkarmasından söz edilebilirdi⁹⁹. Hakimiyetten çıkarmak için ise, bu işlem kadın eş üzerindeki *manus*'un sona erdirilmesi anlamına geldiğinden, *manus* hangi işlemle tesis edilmişse, kural olarak o işlemin tersi yönünde

⁹⁵ EMİROĞLU, 2003, s. 38-39; VILLERS, Robert, "Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukuki Durumu", (çev. Bülent Tahiroğlu), **İÜHF**, Cilt 39, Sayı 1-4, İstanbul, 1974'den ayrı bası, s. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, 2013, s. 4. Bununla birlikte, her ne kadar *manus* altına girmekle kadın *loco filia* statüsüne gelse de, aile reisi durumundaki erkek eşin kadın eş üzerindeki yetkileri, diğer aile kızları üzerindeki yetkilere göre daha sınırlıdır; mesela haksız fiil işlemiş kadının *noxal* sorumluluk kapsamında başkasına devri kabul edilmemiştir (TAHAN ORHAN, 2018, s. 72).

⁹⁶ MONIER, 1947, s. 284.

⁹⁷ Muhtemelen eski hukuk devrinde kadının boşanma hakkının bulunmadığı yolunda bkz. DI MARZO, 1959, s. 198; ayrıca bkz. GÖNENÇ, F. İ., "Roma Hukuku'nda Boşanma", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003, s. 647-648.

⁹⁸ CUQ, 1928, s. 169.

⁹⁹ CUQ, 1928, s. 169; MONIER, 1947, s. 284.

ve fakat aynı güçte bir işlemin yapılması icap ederdi¹⁰⁰. Buna göre, mesela *coemptio* ile kurulmuş bir *manus*'un sona ermesi, *remancipatio* denen bir işlemin yapılmasına bağlıydı. *Remancipatio*, kadının üçüncü kişiye *mancipatio* ile devredilmesi ve üçüncü kişi tarafından da bir anlamda azat edilerek *sui iuris* hale getirilmesi ile gerçekleşen bir hakimiyetten çıkarma işlemidir¹⁰¹. *Remancipatio* şeklinde vuku bulan hakimiyetten çıkarma işleminin, kadın üzerindeki *manus*'un *usus* ile kazanıldığı hallerde de geçerli olduğu sonucuna varılmıştır¹⁰². Ancak kadın üzerindeki hakimiyetin *conferratio* yoluyla elde edilmiş olduğu durumlarda, kadını hakimiyetten çıkarmanın, ancak *differratio* denen ve *manus*'u tesis eden *farreo* işleminin tersi yönünde bir dini merasimle mümkün olacağı kabul edilmiştir¹⁰³. Tüm bu hakimiyetten çıkarma işlemleri ancak erkek eşin iradesi ile gerçekleşeceği için, bu işlemleri bizzat kadının yapmasının ya da bu işlemlerin yapılmasını erkek eşten talep etmesinin mümkün olmadığı da kuvvetle savunulmaktadır¹⁰⁴.

Manus'u kabul etmeksizin kurulan evlilik birliğindeki kadının hukuki statüsü ise daha farklıdır, bunu ayrıca ele almak gerekir. Aile reisinin *manus*'u kabul etmeksizin evlenen eşi, eğer evlilik öncesinde *sui iuris* ise, evlilik sonrasında da *sui iuris* kalmaya devam edecektir. Bu durumda erkek eş ya da erkek eşin aile reisi, kadın üzerinde hakimiyet kazanamaz. Bu durumun en önemli hukuki sonucu, hiç şüphesiz, kadının hak ehliyetini korumaya devam ederek sahip olduğu malvarlığı değerleri üzerinde mülkiyet hakkını bağımsız şekilde devam ettirmesidir. Aile ilişkileri bakımından ise *sui iuris* kadının, erkek eşin ailesiyle herhangi bir hısımlık ilişkisinin kurulamayacağı, onun bu aileye tamamen yabancı kalacağı açıktır. Hatta öyle ki kadının, kendi doğurduğu çocuklarla dahi hısımlığı kabul edilmeyecektir. Bu durumda ana ile çocuklar arasında,

¹⁰⁰ ERDOĞMUŞ /TAHİROĞLU, 2014, s. 253. Bir hukuki işlemin ortadan kaldırılması için aynı şekillerin, ancak bu defa ters yönde kullanılarak yapılması gerekli olduğu zamanlarda bu işlemler *contrarius actus* niteliği gösterirler (UMUR, 1983, s. 17). *Remancipatio* ve *differatio* işlemleri, bu anlamda Roma'nın birer *contrarius actus* işlemidirler.

¹⁰¹ UMUR, 1983, s. 182.

¹⁰² GÖNENÇ, 2003, s. 649.

¹⁰³ GÖNENÇ, 2010, s. 115.

¹⁰⁴ GÖNENÇ, 2010, s. 115; Ayrıca bkz. GÖNENÇ, 2003, s. 649.

karşılıklı bir mirasçılık hakkı da, aralarındaki kan bağına rağmen, söz konusu olmayacaktır¹⁰⁵.

Evlilik öncesi *alieni iuris* olan ve *manus*'u kabul etmeksizin evlenen kadının bu sıfatı, kendi aile reisinin hakimiyeti altında kalmaya devam etmek suretiyle, evlendikten sonra da aynen geçerli olur. Bu durumdaki kadının eski ailesiyle olan hısımlık ilişkileri ve mirasçılık haklarının korunacağı açıktır¹⁰⁶. Ancak bu statüdeki kadının, erkek eşin ailesine dahil olamaması ve buna bağlı olarak başta çocukları olmak üzere, erkek eşin ailesiyle hiçbir hısımlık ilişkisi kurulmaması nedeniyle, hısımlık ve mirasçılık hakları bakımından bazı olumsuzluklar yaşaması kaçınılmazdır¹⁰⁷. Ortaya çıkabilecek en büyük sorun, kadının her an kendi aile reisi tarafından erkek eşin yanından alınıp götürülebilmesidir. Başka ifadeyle aile reisi, evlenmesine rağmen halen kendi aile evladı olarak kalmaya devam eden kızını, kızının ve eşinin aksi yöndeki iradelerine rağmen, kendi hakimiyet hakkına dayanarak, erkek eşin elinden fiilen de alabilirdi¹⁰⁸. Buna engel olmak isteyen erkek eşe karşı kadının aile reisi, *interdictum de liberis exhibendis* denilen bir savunma mekanizması ile karşı koyabilirdi¹⁰⁹. Bu *intedictum*'a karşı erkek eşe de sonraları aile reisine karşı kullanabileceği bir defî hakkı tanınmıştır¹¹⁰.

Eski hukuk devrinde yaygın olduğu düşünülen, *manus* kurumu, zamanla *manus*'lu evlilik birliklerinde karşılaşılan güçlükler nedeniyle, gözden kaybolmuştur. Özellikle *conferratio*'nun merasimsel oluşu ve yapılışındaki güçlükler, *sui iuris* kadının tüm malvarlığının erkek eşe geçmesinin ortaya çıkardığı olumsuzluklar, *manus* kurumuna olan ilgiyi azaltan nedenlerin başında gelir. Tüm malvarlığının erkek eşe geçeceğini

¹⁰⁵ CUQ, 1928, s. 166; GIRARD, 1929, s. 183. Zaman içinde, özellikle klasik sonrası dönemde, agnatio hısımlığının önemini yitirip yerini *cognatio* hısımlığına bırakmasıyla bu olumsuz durumlar da düzeltilmiştir ve nihayet, *Senatus Consultum Orphitianum* düzenlemesi ile çocukların kan bağıyla bağlı buldukları analarına mirasçı olmaları kesin olarak kabul edilmiştir (GIRARD, 1929, s. 184; ayrıca bkz. AKSARAY, 2012, s. 37 ve s. 101).

¹⁰⁶ UMUR, 1984, s. 379.

¹⁰⁷ Ayrıntı için bkz. UMUR, 1984, s. 379.

¹⁰⁸ AYİTER, 1960, s. 16.

¹⁰⁹ HONİG, Richard, *Roma Hukuku Dersleri*, Capitolium II, (çev. Şemseddin Talip), İstanbul, 1935, s. 81; UMUR, 1983, s. 92.

¹¹⁰ KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 309.

bilen kadının vasisinin de evlenme işlemine onay vermemekteki ısrarı ve bu nedenle *sui iuris* kadınların evlenmelerinin güçleşmesi de, bu olumsuzluklara ilave edilmelidir¹¹¹. Tüm bu gerekçelerle, *manus*'suz evlilik birliklerinin yaygınlaşarak *manus*'lu evlilik birliklerinin yerini aldığı muhakkaktır¹¹². Hatta *manus*'suz evlilik birlikleri, bu evliliklerde söz konusu olan, yukarıda sözünü ettiğimiz, kadın ile çocukları arasında hısımlık ve mirasçılık ilişkisinin kurulamaması gibi bir olumsuzluğa rağmen, toplum hayatına egemen olmuştur¹¹³.

4. Aile Evlatlarının Hukuki Statüsü

Aile evlatlarının hukuki statüsünü belirleyen rejim, *patria potestas*'tır. *Patria potestas*'ın hukuki niteliği ile ilgili tartışmalara yukarıda temas etmiştik. Bu tartışmalara, *patria potestas*'ın aile evlatları bakımından bir velayet hakkı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği de eklenmelidir. *Patria potestas*'ın, modern kanunların velayet hakkına tekabül etmediği, bugün doktrinde kesin olarak kabul edilmektedir.¹¹⁴ Gerçekten de velayet ile *patria potestas* kavramları hukuki yapı itibarıyla birbirinden oldukça farklıdır. Velayetin çocuk yararına, *patria potestas*'ın ise aile reisinin yararına olması aralarındaki en büyük farktır¹¹⁵. Velayete, ana baba birlikte sahip oldukları ve ana babadan herhangi bir öldüğünde velayet diğerine geçtiği halde; *patria potestas*, daima aile reisi konumundaki erkeğe aittir. Zira Roma'da kadınlar asla *patria potestas* sahibi olamadıkları için, babanın ölümünde dahi bu yetki anneye geçmemiştir, bu nedenle, babası ölmüş on beş yaş altı çocuklara mutlaka bir vasi tayin edilmiştir¹¹⁶. Velayet, yalnızca ergin olmayan çocuklar için söz konusu olduğu ve bu

¹¹¹ TAHAN ORHAN, 2018, s. 57 vd.

¹¹² Pugliese, kadın erkek eşitliğine ilişkin Cumhuriyet döneminde başlayan toplumsal hareketlerin de bunda etkili olduğunu öne sürmektedir (PUGLIESE, 1957, s. 345-346). Fikrimize göre, *sui iuris* kadınlar bakımından, bunların malvarlıklarının mal rejimi nedeniyle erkek eşin yönetimine geçmesi durumu; *alieni iuris* kadınlar bakımından ise, kadınların eski aileleriyle olan ilişkilerinin devam etmesi nedeniyle bu aileden genellikle mirasçı sıfatıyla gelecek bir malvarlığı düşüncesi, *manus*'suz evlilik birliklerinin yaygınlaşmasının asıl nedeni olabilir.

¹¹³ *Manus*'suz evlilik birliklerindeki olumsuzluklar hakkında bkz. UMUR, 1984, s. 379 vd.

¹¹⁴ ACCARIAS, 1886, s. 183; MONIER, 1947, s. 248; KOSCHAKER / AYİTER, 1993; DI MARZO, 1959, s. 167. s. 325; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, 2014, s. 157.

¹¹⁵ ACCARIAS, 1886, s. 183; KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 325.

¹¹⁶ ACCARIAS, 1886, s. 183; MONIER, 1947, s. 248; DI MARZO, 1959, s. 167.

nedenle ergin olma yaşı ile sınırlandırılmış geçici bir kurum olduğu halde; *patria potestas*, çocuğun erginlik yaşı ile son bulmayıp *pater familias* ölene kadar devam ettiği için süreklilik arz eden bir kurumdur¹¹⁷. Velayet, çocuğun kişiliğine sıkı surette bağlı hakların kullanımına etki etmediği halde; *patria potestas*, aile reisine, bazı kişilik haklarının kullanımını konusunda aile evlatlarına doğrudan müdahale etme hakkını vermiştir. Mesela ister *filius familia* ister *filia familia* olsun ve kaç yaşında olursa olsun, aile evladının geçerli şekilde evlenebilmesi aile reisinin rızasına bağlanmıştır¹¹⁸.

Hukuki statüye dair aile evlatları hakkında ilk söylenmesi gereken, bunların hak ehliyetinden yoksun olduklarıdır¹¹⁹. Hak ehliyeti yoksunluğunun gerek kişi varlığı gerek malvarlığı hakları bakımından aile evlatları üzerinde bazı etkilerinin olduğu muhakkaktır. Aile reisinin, aile evlatlarının ölümüne ya da yaşamasına karar verme yetkisi olan *ius vitae necisque*¹²⁰ ve aile evlatlarını devir işlemlerine konu edebilmesi demek olan *ius vedendi*¹²¹ gibi haklar, aile reisinin aile evladının kişiliği üzerinde sahip olduğu mutlak haklardır. Hak ehliyeti yoksunluğunun bunun dışında en önemli etkisi, aile evladının kişi varlığı alanındaki haklarının bizzat aile reisi tarafından kullanılması, yani kişilik işlemlerinin de aile reisi tarafından yapılmasıdır¹²². Çalışma, eğitim, meslek seçme gibi aile evladının kişiliğine bağlı hakların kullanımı aile reisine aittir; başka deyişle, aile evladını dilediği işte çalıştırmak veya aile evladının meşgul olacağı mesleğe karar vermek aile reisinin tekelindedir¹²³. Sonraları ise aile reisinin bu alandaki yetkilerinin kısmen de olsa sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Mesela MS 3 üncü

¹¹⁷ TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, 2014, s. 157; DI MARZO, 1959, s. 167.

¹¹⁸ GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 72-76.

¹¹⁹ CUQ, 1928, s. 107; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 173; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, 2014, s. 148. Aile evlatlarının aile reisinin kişiliğinden ayrı bağımsız bir kişiliğe sahip olduğunun kabulü *postklasik* hukuk dönemine tekabül eder (MONIER, 1947, s. 254).

¹²⁰ XII Tab., iv, 1:” *“Cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer* (On İki Levhalarda işaret edildiği gibi, çok kötü sakatlığı nedeniyle çocuk hemen öldürülür), (metnin çevirisi için bkz. SANDALCI, Sema, **On İki Levha Yasaları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, 1993, s. 47).

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 326 vd.

¹²² Güneş Ceylan, Seldağ, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 35-36.

¹²³ KARADENİZ, Özcan, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 139 vd.

yüzyıldan itibaren, gerek aile içinde gerek aile dışında çalışan aile evlatlarının, bu çalışmaları karşılığı aile reisinden nafaka türünden bir alacak hakkına hak kazandıkları kabul edilmiştir¹²⁴.

Kişiye sıkı surette bağlı hakları kullanımında aile reisinin aile evlatlarına doğrudan müdahale edebildiği bir başka alan evlenmedir. Aile evladının kaç yaşında olursa olsun, evlenebilmek için aile reisinin rızasına muhtaç olduğunu söylemiştik.¹²⁵ Aile reisinin rızası zorunluluğu, hem kız çocuklar hem de erkek çocuklar için geçerlidir. Kız çocuklar için açık rıza gerektiği halde, erkek çocukları için aile reisinin itirazda bulunmamış olması, örtülü rıza yerine ikame edilerek yeterli sayılmıştır¹²⁶. Bu hakkın sınırlandırılması kapsamında, özellikle kız çocuklarının, aile reisinin keyfi itirazlarına karşı *Lex Iulia De Maritandis Ordinibus* ile korunduklarını söyleyebiliriz¹²⁷. Bu kanuna göre aile reisinin, haklı sebep olmaksızın evlenmeye rıza göstermemesi halinde, kız çocuklara bu rızayı elde edebilmeleri için *magistra*'ya başvurma hakkı tanınmaktadır. Bu hak Iustinianus hukukunda erkek çocuklara da genişletilmiştir¹²⁸. Aile babasının akıl hastası olması¹²⁹ ya da esir düşmüş olması¹³⁰ gibi hallerde ise, aile reisinin rızasına gerek olmadan aile evlatlarının evlenebilecekleri kabul edilmiştir¹³¹.

¹²⁴ Söz konusu alacak hakkı, esasında *concubinatus* çocuklarının anneleri ya da onun üst soyuna karşı isteyebilecekleri nafaka talepleri model alınarak yaratılmıştır. Zira bu nafaka, evlilik dışı çocuğa verilen zararların karşılığı olan bir tazminat alacağı gibi düşünülmüştür (KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 327; AYİTER, 1960, s. 56-57).

¹²⁵ Aile reisinin rızası mecburiyeti I. Inst., 1. 10'da açıkça ifade edilmiştir: “İster aile babası ister aile evladı olsun, ergin kadın ve erkek Roma vatandaşlarının, kanun hükümlerine uygun olarak birleşmesi ile meşru evlenme (*iustae nuptiae*) akdolunur; ancak bahsi mevzuu olanlar aile evladı iseler, hakimiyeti altında buldukları babalarının rızalarını almak mecburiyetindedirler. ...”. Aynı yönde bkz. D. 23. 1. 11; D. 23. 1. 12; D. 23. 1. 23; D. 23. 2. 35.

¹²⁶ D. 23. 1. 7. 1. Ayrıca bkz. GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 73; GÖNENÇ, 2010, s. 90.

¹²⁷ Bu konuda D. 23. 2. 19 metni önemlidir: “*Lex Iulia*’nın 35. bölümüne göre, *potestas*’ı altındaki çocuklarının kocaya gitmelerine veya eş almalarına haksız olarak karşı çıkan veya imparator Severus ve *Antonius*’un *constitutio*’larına göre vermeleri gereken dosu vermek istemeyen babalar, *proconsul*’ler veya vilayetlerde *praesides*’ler tarafından evlendirmeye veya dos vermeye zorlanabilirdi. Bu konuda anlaşmaya varmayanlar, evlenmeyi engellemiş kabul edilirdi”, (çeviri için bkz. AYİTER, 1958, s. 14).

¹²⁸ DI MARZO, 1959, s. 188.

¹²⁹ I. Inst., 1. 10 pr.

¹³⁰ D. 49. 15. 12. 3.

¹³¹ DI MARZO, 1959, s. 188-189; GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 78.

Hak ehliyetine sahip olmadıkları için Roma'da aile evlatların malvarlığı edinmeleri de kural olarak mümkün olmamıştır. Diğer taraftan aile evlatları Roma hukukunda fiil ehliyetine sahip¹³² kabul edilmişlerdir. Ancak hak ehliyetine sahip olmadıkları için malvarlığı da edinemeyecek olduklarından dolayı, yaptıkları hukuki işlemlerden doğan haklar aile reisinin malvarlığına dahil olmuştur. Başka deyişle aile evladı, fiil ehliyetinin varlığı nedeniyle hukuki işlem yapabilmekte fakat hak ehliyeti yokluğu nedeniyle bu hukuki işlemde doğan hak ve borçlara sahip olamamaktadır¹³³. Aile evladının hak ehliyeti bulunmadığına göre, hukuki işlemde doğan borçların da, hakların olduğu gibi, aile reisinin malvarlığına dahil olması gerekirken böyle olmamış, aksine bu borçlar aile evladının üzerinde bırakılmıştır. Bu borçlardan dolayı aile evladına karşı dava açılması mümkün kılınmakla birlikte, aile evladının malvarlığı bulunmadığı için icraya geçilmesi olanaksız olacaktır¹³⁴. Bu özellikleriyle aile evlatlarının aile reisleri için kölelerin yanı sıra ikinci bir iktisap aracı oldukları sonucuna varılabilir.

Aile reisinin, aile evladının yaptığı hukuki işlemlerden dolayı sorumlu tutulmaması esası benimsenmiş olmasına rağmen, bu kuralın ticari hayatın gereklerinden kaynaklanan bazı istisnaları da vardı. Mesela aile reisi, aile evladını ticari işletmesinin başına geçirmiş (*institor*) veya gemisine kaptan (*exercitor*) yapmış ise, aile evladının taraf olduğu hukuki işlemlerden aile reisinin sorumlu olması beklenir. Bu

¹³² Aile evlatları fiil ehliyetine sahip olmakla birlikte, bu ehliyet bakımından bazı yaş sınırlamalarına tabi tutulmuşlardır. 0-7 yaş arası *infans* olup, bunların yaptıkları hiçbir hukuki işlem geçerli değildir. 8-14 yaş arası, ergin olmayan küçükler olup, bunlar kendilerine yapılan karşılıksız kazandırmaları kabul edebilirler, fakat borçlandırıcı işlemleri tek başlarına yapamazlardı. 15-25 yaş arasındaki ergin küçükler ise tek başlarına hukuki işlem yapabilirlerdi. Sonuncu durumda hukuki işlem geçerli olur, fakat aile evladı, tecrübesizliğinden yararlanıldığını öne sürerek, bu yaş grubundaki çocuklar için tanınmış olan *actio legis plaetoria* veya *exceptio legis plaetoriae* olanaklarından yararlanabilirdi. Hemen belirtelim ki tüm bu yaş sınırlamaları *sui iuris* çocuklar için de geçerlidir. *Sui iuris* çocuklar için elbette aile reisi söz konusu olamayacağı için vasi ya da kayyım tayini gündeme gelecektir. 0-7 yaş ve 8-14 yaş grubu *sui iuris* çocuklar için vasi tayin edilir ve işlemler, duruma göre bizzat vasi tarafından ya da vasinin auctoritası ile çocuk tarafından yapılır. 15- 25 yaş grubu *sui iuris* çocukların yaptıkları hukuki işlemler kural olarak geçerlidir, fakat bunlar da *Lex Plaetoria* ile tanınan dava veya defî (*actio* veya *exceptio legis plaetoriae*) olanağından yararlandırılarak hukuki işlemin kendileri için bağlayıcı olmadığını ileri sürebilirlerdi, (Ayrıntılı bilgi için bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 204 vd.).

¹³³ UMUR, 1984, s. 290; Güneş Ceylan, 2004, s. 39.

¹³⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 171; UMUR, 1984, s. 390; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, "Roma Hukukunda Actio De Peculio", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2005, s. 108.

doğrultuda aile reisine; işletme sahibi sıfatıyla *actio institoria*, gemi armatörü sıfatıyla da *actio exercitoria* açılmasına izin verilmiştir¹³⁵. Bu sorumluluğun kapsamı zamanla genişletilerek, aile reisinin *peculium* adı altında aile evladına tahsis ettiği bir miktar para veya mal kullanılarak yapılan hukuki işlemlere ve nihayet, yapılan hukuki işlemde dolaylı aile reisinin malvarlığında herhangi bir artışın meydana geldiği tüm hukuki ilişkilere kadar yayıldığı bilinmektedir¹³⁶. Diğer taraftan bu sorumluluk, birinci durumda *peculium* miktarı ile, ikinci durumda malvarlığındaki artış ile sınırlı olarak kabul edilmiştir¹³⁷.

Roma hukukunda, ergin olsunlar veya olmasınlar, aile evlatlarının aile reisinin hakimiyeti altında buldukları müddetçe ayrı bir malvarlığına sahip olamayacakları kesindir. Bununla birlikte, aile evlatlarına kullanmaları ve yararlanmaları için verilen, yukarıda sözünü ettiğimiz “*peculium*” adı altındaki bir tür sermaye tahsisinin yaygın olduğu bilinmektedir¹³⁸. *Peculium*, hukuki manada, aile evlatlarına ya da kölelere kullanmaları, yararlanmaları ya da başkaca tasarruflarda bulunabilmeleri için aile reisi tarafından verilen para ya da malları ifade eden Roma hukukuna özgü bir kavramdır¹³⁹. *Peculium* olarak tahsis edilen mallar üzerinde aile reisinin mülkiyet hakkının devamlılığı esastır, başka deyişle bu mallar aile evladına tahsis edildi diye aile evladının bağımsız mülkiyetine girmiş olmaz. Bu durum, aile reisinin, her ne kadar toplumda hoş karşılanmasa da, kendi malvarlığının bir parçası durumundaki bu malları dilediği zaman aile evladından geri alabilmesini olanaklı kılmıştır. *Peculium*'un konusu para, ticari

¹³⁵ TAHİROĞLU /ERDOĞMUŞ, 2014, s. 225. Aslında bu davalar, söz konusu hukuki ilişkiden doğan davalar değildir. Başka ifadeyle aile evladının taraf olduğu hukuki işlemde doğan davaların aile reisine karşı açılabilir olması, aile evladına karşı sahip olunan tüm dava haklarının aynı zamanda aile reisine de yöneltilebileceği anlamına gelmez. Bu davalar, aile reisine karşı açılmasına kanun koyucu tarafından izin verilmiş, aile evladına karşı açılacak asıl davaların yanı sıra mevcut olan ek mahiyette davalarlardır. Aile babasının aile evlatlarının hukuki işlemlerinden doğan sorumluluğu, bu yüzden ek (munzam) sorumluluk niteliğindedir. Bu nedenle D. 14. 1. 5. 1'den hareket eden glossatorlar, bu nitelikteki tüm davalara *actiones adiecticiae qualitatis* adını vermişlerdir (TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, 2014, s. 225 dn. 211).

¹³⁶ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 2005, s. 113.

¹³⁷ TAHİROĞLU, /ERDOĞMUŞ, 2014, s. 225.

¹³⁸ *Peculium* uygulamasının yaygın olmasının nedenleri hakkında bkz. TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 2005, s. 107-108.

¹³⁹ KARADENİZ Özcan, “Roma Hukukunda Peculium Müessesesi”, AÜHFİM, Cilt 25, Sayı 3-4, 1968, s. 179.

işletme, bina, arazi, köle, hayvan gibi ekonomik değer taşıyan her türlü nesne olabilir; mesela aile reisinin üçüncü kişiden olan bir alacak hakkı dahi *peculium*'un konusunu oluşturabilir¹⁴⁰.

Peculium tesisi elbette aile reisi tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak bu tesisin bir maddi fiil mi yoksa hukuki işlem mi olduğu noktası tartışmalıdır. Başlarda, açık veya örtülü bir irade açıklamasına ihtiyaç olmadığı düşüncesi hakim olduğundan, *peculium* tesisinin maddi bir fiilden ibaret olduğu söylenebilir. Ancak bugün, *peculium* tesisinin açıkça olmasa bile aile reisinin örtülü bir irade açıklamasını gerektirdiği düşüncesi daha kuvvetle savunulmaktadır. Yaptığı hukuki işlemler vasıtasıyla elde ettiği bazı mal ya da kazançların aile evladının elinden almayarak, onda kalmasına göz yummak, aile reisinin aile evladına *peculium* tesis etme yönündeki iradesine karine olarak yorumlanır¹⁴¹. O halde fikrimize göre *peculium* tesisinin Roma'da tek taraflı bir tasarruf işlemi olduğu sonucuna varılabilir. Zira aile reisi, *peculium* tesisi ile ilgili malların zilyetliğini devrederek, aslında kendi mülkiyet hakkını adeta bir intifa hakkı gibi sınırlandırmış oluyordu, kendisine ise sadece *abusus* yetkisi kalıyordu. Iustinianus döneminde *peculium* tesisi ile *peculium* üzerinde tasarruf etmek birbirinden ayrılmıştır. Bu dönemde *peculium* tesisi için örtülü irade açıklaması yeterli görülmeye devam edilirken, *peculium* üzerinde tasarruf etmek aile reisinin açık iznine bağlanmıştır¹⁴².

Peculium tesisinin en önemli hukuki sonucu, aile evladının *peculium* kapsamındaki mallar üzerinde bir çeşit tasarruf yetkisine kavuşmasıdır. Aile evladı *peculium* mallarını satıp devredebilir, bu durumda fikrimize göre, ikame değer üzerinde aile reisinin mülkiyet hakkı devam etmiş olmalıdır. Aile reisi, *peculium* malları üzerinde irtifak ya da rehin hakkı da tesis edebilir. Aile evladının bu kapsamda yapamayacağı tek işlem, *causa donandi* iradesi ile bu mallar üzerinde kazandırmada bulunmaktır¹⁴³.

¹⁴⁰ KARADENİZ, 1968, s. 183; Ayrıca bkz. TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 2005, s. 110.

¹⁴¹ Karadeniz'e göre, zamanla *peculium* tesisi, açık ve şekle bağlı bir irade açıklamasını gerektiren bir hukuki işleme dönüşmüştür (KARADENİZ, 1968, s. 183).

¹⁴² TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 2005, s. 127.

¹⁴³ KARADENİZ, 1968, s. 184.

Peculium üzerindeki aile evladının tasarruf yetkisi, ölüm veya hakimiyetten çıkarılma gibi sebeplerle son bulur ve bu durumda *peculium* kapsamındaki mallar aile reisine geri döner. Aile reisinin ölümünde ise *peculium* konusu mallar, aile reisinin terkesine dahil olarak mirasçılara intikal eder¹⁴⁴.

C. Roma Hukukunda Aile Kurumunun Dönüşümü

1. Genel Olarak

Roma'nın eski hukuk devrinin *pater familias* ve onun hakimiyeti altında yaşayan kişilerden luştığı kabul edilen *agnatio* hısımlığa dayalı aile kavramı, zamanla yerini, bugünkü modern kanunların temelini hazırlar şekilde *cognatio* hısımlığına dayalı aile kavramına bırakmıştır¹⁴⁵. Bu dönüşümü başlatan sebeplerin başında *manus*'suz evlilik birliklerinin yaygınlaşması gelir. *Manus*'suz evlilik birlikleri, kadının mülkiyet hakkının bağımsızlığı esasını koruduğu için, kadın yararınadır ancak bu evliliklerin olumsuz bir tarafı da vardır. *Manus*'suz evlilik birliğinde kadın, erkek eşin *agnatio* ailesine dahil sayılmadığı için evlendiği eşinin ailesine yabancı kalır, hatta kendi doğurduğu çocuklarla dahi hısım olamazdı. Bu durum Roma toplumunda, özellikle aile ve miras hukuku alanında, ciddi uygulama güçlükleri ve hoşnutsuzluklar yaratmıştır. Bu olumsuzluğu gidermek adına ilk kez miras hukuku alanında, aralarındaki tabii bağlar dikkate alınarak, çocuk ile anası arasında karşılıklı bir miras hakkı tanınmış ve bu suretle *cognatio* bağı hukuken dikkate alınır olmuştur¹⁴⁶. *Cognatio* esasının önem kazanmasında, bahsettiğimiz bu tabii ve sosyolojik gerekliliklerin dışında, Cumhuriyet döneminde görülen bazı felsefi düşüncelerin etkisi de küçümsenemez. Özellikle Cicero gibi bazı filozofların *cognatio* bağına verdikleri önem sayesinde, aile ve miras hukukuna yönelik yasal düzenlemelerde *cognatio* lehine bazı etkiler tanınmıştır¹⁴⁷.

Roma'nın bir imparatorluk halini alması, en başta ekonomik hayatı etkileyerek Roma toplumunu tarıma dayalı bir ekonomiden ticaret ağırlıklı bir ekonomiye

¹⁴⁴ KARADENİZ, 1968, s. 185.

¹⁴⁵ MONIER, 1947, s. 25; CUQ, 1928, s. 130-131.

¹⁴⁶ MONIER, 1947, s. 25.

¹⁴⁷ MONIER, 1947, s. 25. ve s. 252. Belirtmek gerekir ki *cognatio* hısımlığı, eski hukuk devrinde hukuksal anlamda, sadece evlenme engelleri bakımından dikkate alınmıştır, bunun dışında *cognatio* hısımlığına önemli hukuki sonuçlar bağlanmamıştır (DI MARZO, 1959, s. 154).

geçirmiştir¹⁴⁸. Ticaret ağırlıklı ekonominin Roma aile yaşantısı üzerindeki etkileri, özellikle aile evlatları düzeyinde hissedilmiştir. Aile evlatlarının ekonomik hayatta daha fazla yer alma istekleri, aile reisinin malvarlığından ayrı, bağımsız bir malvarlığına sahip olma ihtiyacını da doğurmuştur. Bu ihtiyaca cevap mahiyetinde yapılan, özellikle *peculium* ile ilgili yasal düzenlemeler, aile evlatlarının bağımsız bir malvarlığı edinmelerinde atılan en önemli adımlardan biridir¹⁴⁹.

Cognatio hısımlığı lehine yaşanan tüm bu gelişmeler, Iustinianus hukuku döneminde *cognatio* hısımlığının hukuksal anlamda tek geçerli hısımlık olmasını sağlamıştır. Aile reisi ile çocuk arasındaki karşılıklı hak ve ödevler ve özellikle de bu çocuklara ilişkin bakım yükümlülüğü, genetik babalara kadar genişletilerek, nihayet kan bağı esasına dayandırılmıştır. Meşru olmayan bir evlilikte dünyaya gelen çocuklar ile *concubinatus* çocukları üzerindeki yetkiler ve bakım yükümlülüğü, genetik babaya olduğu kadar genetik anneye de yüklenmiştir. Ayrıca bu çocuklar ile ana babaları arasında karşılıklı bir miras hakkı da kabul edilmiştir. Yine *cognatio* hısımlığının etkisiyle çocuk, baba tarafıyla olduğu kadar ana tarafıyla da aynı anda hısımlı olabilmıştır¹⁵⁰.

2. Aile Kurumu İle İlgili Yasal Düzenlemeler

Aile hukuku alanındaki düzenlemelerin birçoğu imparator Augustus tarafından yapılmıştır. Iulius Ceasar'ın ölümü ile (MÖ 44) başlayan iç karışıklıklar, onun yeğeni ve evlatlığı olan Octavianus'un, Actium savaşındaki başarısının ardından bir suskunluk dönemine girmiştir¹⁵¹. Kısa süre sonra "Augustus" unvanını alan ve tarihte bu unvanla daha fazla anılan Octavianus'un iktidarı, Cumhuriyet dönemini sona erdirerek "Principatus" adıyla ilk imparatorluk devrini başlatmıştır (MÖ 27-MS 284)¹⁵².

¹⁴⁸ ALTOP Serpil, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 56-58.

¹⁴⁹ MONIER, 1947, s. 25; İPEK, 2017, s. 298-299.

¹⁵⁰ CUQ, 1928, s. 133-134; MONIER, 1947, s. 258 vd.

¹⁵¹ UMUR, 1984, s. 88-89.

¹⁵² İlk imparatorluk dönemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UMUR, 1984, s. 85 vd.

Augustus'un iktidarı boyunca yaptığı yasal düzenlemelerin özellikle aile hukuku alanında yoğunlaşması dikkat çekicidir¹⁵³.

Augustus, aile hukuku alanında temel olarak üç kanun çıkarmıştır. Bunlardan ilki, *Lex Iulia De Maritandibus Ordinibus* adını taşır. MÖ 18'de çıkarılan bu kanunla Augustus, evlenmeye ilişkin bazı kurallar sevk etmiştir. Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren bozulmaya başlayan Roma aile yaşantıları ve buna bağlı olarak boşanmaların sayısının hayli artmış olması, evlenmeye teşvik edici bazı önlemlerin alınmasını gündeme getirmiştir. Evlenmeye teşvik önlemlerinin başında erkeklerde altmış yaşın, kadınlarda elli yaşın altında olanlara evlenme yükümlülüğünün getirilmesi gelmektedir. Ayrıca, dul ya da bekâr olmak bu kanunla mirastan yoksunluk sebebi sayılmıştır. Hür bir erkeğin, -senatus üyesi olmamak kaydıyla- azatlı bir kadınla yaptığı evliliğin hukuk düzeni tarafından tanınan geçerli bir evlilik sayılması, bu düzenleme ile getirilen bir başka önlemdir. Yine, üç çocuğu olan erkeklere tanınan resmi ayinlerde öncelik hakkı ve vasi olma yükümlülüğünden kurtarılmaları gibi bazı ayrıcalıklar da bu düzenleme ile getirilen diğer önlemler arasındadır. Buna karşılık, kadınların yeniden evlenebilmeleri için gereken bekleme süresi, eskiden olduğu gibi bu kanunda da on ay olarak muhafaza edilmiştir¹⁵⁴.

Aile hukukuna ilişkin ikinci kanun olan *Lex Iulia De Adulteriis Coercendis*, doğrudan zina ile ilgili hükümler içermektedir. Kanuna göre zina, yasal olarak yasaklanarak, yasağın ihlali halinde uygulanacak cezalar tespit edilmiştir. Buna göre; kadın eşin zinası ölüm cezasına bağlanmış ve ayrıca erkek eş, zinayı öğrendiği tarihten itibaren altmış günlük süre içinde zina yapan eşini boşama mecburiyeti getirilmiştir. Aynı düzenleme, erkeğin zinasını ise, sadece, evlilik birliğinin giderlerini karşılama amacıyla evlenirken kadın tarafından erkeğe verilen *dos* mallarının yarısını kaybetmekle cezalandırmaktadır. Başka anlatımla, zina eden erkek eş, kadın eşin kendisine verdiği *dos* mallarının sadece yarısını kaybedecek, bu nedenle yalnızca malvarlıksal bir cezaya

¹⁵³ Bu durum, Augustus'un kendi siyasi rejimini destekleyecek bir toplumsal hayat yaratma çabasından ileri gelebileceği gibi, Augustus'un kalitesiz aile yaşantısının bir sonucu da olabilir, (Augustus ve aile yaşantısı hakkında bkz. TAMER, 2007, s. 104 vd.

¹⁵⁴ GÖNENÇ, 2010, s. 134; Nemli, 2013, s. 29.

uğrayacaktır. Ayrıca kadın eşe, erkek eşi boşama hakkı hiçbir durumda, hatta erkeğin zinasına rağmen, uzunca bir dönem tanınmamıştır¹⁵⁵.

Augustus tarafından aile hukuku alanında sevk edilen üçüncü kanun ise *Lex Papia Poppea*'dır. Aslında bu kanun, birinci kanunu tadil eden bir düzenleme olmaktan ibarettir, etkisi bu bakımdan fazla hissedilmemiştir. Bu kanunla, mevcut düzenlemelere ilave olarak, yalnızca dul ve bekar olanların değil, çocuksuz olanların da miras haklarından mahrum edilecekleri kabul edilmiştir¹⁵⁶.

Augustus kanunları dışında, aile hukuku alanında yapılan en önemli düzenlemelerden biri *Senatus Consultum Valleanum*'dur. Söz konusu düzenleme ile kadının, erkek eş ya da üçüncü bir kişi yararına borç altına girmesini yasaklanmıştır¹⁵⁷. Bu, bir anlamda kadının fiil ehliyetini sınırlandıran nitelikte bir düzenlemedir. *Senatus Consultum*'un metninde sayılmış *intercessio* adı verilen ve peşinen yasak kapsamına girdiği kabul edilen kefalet ve ödünç alma işlemleri kadına yasaklanmıştır. Bunların dışında, metinde sayılmayan ancak bu saikle yapıldığı tespit edilen her türlü işlem de yasak kapsamına alınmıştır¹⁵⁸. Söz konusu yasak, kadının fiil ehliyetini sınırlandırarak, esas manada kişi varlığı alanında sonuç doğurmakla birlikte, evli kadının erkek eş yararına borçlanmasını yasaklamak suretiyle aile hukuku alanında da etkiler doğurmuştur.

Yukarıda bahsedilenlerin dışında *Senatus Consultum Calvisianum*, *Senatus Consultum Tertullianum*, *Senatus Consultum Orphitianum* gibi düzenlemeler de mevcut olmakla birlikte, bunlar aile hukuku alanından çok miras hukuku alanını ilgilendirdiği için burada bunlara değinme gereğini duymuyoruz¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Ayrıntı için bkz. TAMER, 2007, s. 136 vd. ve s. 221 vd.

¹⁵⁶ UMUR, 1983, s. 122; Ayrıntı için bkz. AKSARAY, 2012, s. 96-97.

¹⁵⁷ RADO, T., **Principatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla Islahı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1953, s. 37.

¹⁵⁸ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, "Roma Hukukunda Senatus Consultum Valleanum", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (1), s. 204-205.

¹⁵⁹ Bu düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. AKSARAY, 2012, s. 97-101.

III. ROMA AİLE KURUMUNA HAKİM OLAN ESASLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Aile Kurumunun Hukuksal Yapısına İlişkin Temel Esaslar

Roma hukukundaki aile kurumu bakımından ilk göze çarpan, bu kurumun oldukça geniş bir insan topluluğunu içine almasıdır. D. 50. 16. 195'te yer alan aile tanımları dikkatle incelendiğinde, Romalıların sosyolojik anlamda aile kavramına verdikleri anlamın günümüzdekinden farklı olduğu hemen fark edilir. Bugün sosyolojik anlamda aile, sadece kan bağı ya da evlenme yoluyla birbirine bağlanmış insanların oluşturduğu bir topluluk olarak tarif edilir¹⁶⁰. Roma'da ise, aynı aile reisine hakimiyet bağı ile bağlanmış herkes, aileyi oluşturur. Roma ailesine kimlerin dahil olacağını belirleyen unsur hakimiyet bağı olup, Roma'da bir ailenin ferdi olmak için, o ailenin reisi durumundaki kişinin hakimiyeti altında yaşamak gerek ve yeterdir¹⁶¹. Bu hakimiyet bağı kan bağı ve evlenme yoluyla kurulmuş olabileceği gibi, evlat edinme ya da başkaca bir hukuki işlem yoluyla da kurulmuş olabilir. Bu nedenle, aralarında kan bağı ya da evlilik ilişkisi bulunsun veya bulunmasın, aile reisinin hakimiyeti altında yaşayan tüm bireyler aile kavramı içine dahildir¹⁶².

Aile kavramına Roma hukukunda verilen anlamın günümüz yasal düzenlemeleri ile örtüşmesi ise, ilgi çekicidir. Roma ve Türk hukukunun aile kavramı, sosyolojik anlamda farklılaşmış olsa bile, hukuksal anlamda benzerlik arz etmektedir. Şöyle ki; D. 50. 16. 195'te yer alan aile kavramını tanımlayan metinler birlikte yorumlandığı zaman, Romalıların, kamu hukuku anlamında aile ve özel hukuk anlamında aile olmak üzere

¹⁶⁰ TEKİNAY, 1990, s. 1.

¹⁶¹ CUQ, 1928, s. 131; DI MARZO, 1959, s. 153.

¹⁶² CUQ, 1928, s. 131; KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 298. Ailenin bu denli geniş bir yapıya sahip olması, sadece Roma'ya değil bütün ilk çağ toplumlarına özgüdür. Dışardan gelen tehlikelere karşı korunma ve temel ihtiyaçları karşılama ihtiyacı, insanları kalabalık gruplar halinde bir arada yaşamaya zorlamıştır. İnsan sayısı ne kadar fazla olursa dışarıdan gelecek tehlikelere karşı savunma olanaklarının da o derece yüksek olacağı düşünülmüştür. Aynı şekilde, insanların fiziksel ihtiyaçlarını gidermek için birbirlerine muhtaç olmaları, bugün olduğu gibi ayrı ayrı aileler kurmak yerine, toplu halde tek bir aile çatısı altında yaşamalarına neden olmuştur. Fertleri koruma fonksiyonu aileden devlete geçtiği oranda aile küçülmüştür. Yine kolektif mülkiyet anlayışının yerini bireysel mülkiyete bırakmasıyla da geniş anlamda aile yapısı parçalanarak, ortaya küçük aileler çıkmıştır. Nihayet 19 uncu yüzyıl sanayi devrimi sonrası kan bağı ve evlenme sebebiyle birbirine bağlı ve aile içinde bağımsız hak sahibi durumda bulunan fertlerin oluşturduğu modern anlamda aile kavramı ortaya çıkmıştır (TEKİNAY, 1990, s. 1).

aile kavramını ikiye ayırdıklarını söyleyebiliriz. Kamu hukuku anlamında aile, çalışmamızın başında açıkladığımız üzere, *communi iure familiam*'dır. Özel hukuk anlamında aile ise, dar ve geniş olarak ikiye ayrılır. Dar anlamda aileden kasıt; aile reisine hakimiyet bağı ile bağlı olanların oluşturdukları kişi topluluğudur¹⁶³. Geniş anlamda aile ise, dar anlamda aileyi oluşturan kişi varlığı unsurlarına, malvarlığı unsurlarının da ilavesi ile meydana gelen kişi ve malvarlığı topluluğudur¹⁶⁴. Roma hukukunun dar anlamdaki aile kavramı, esasında modern hukukların geniş anlamda aile kavramına tekabül eder düzeydedir. Türk Medeni Kanunundaki aile hukuku ile ilgili düzenlemeler bu konuda önemli bir göstergedir. Aile hukukunun sistematiği dikkate alındığında, ilgili düzenlemelerin dar, geniş ve en geniş anlamda aile esas alınmak suretiyle yapıldığı fark edilir¹⁶⁵. Sadece eşler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve evlilik hukukuna tekabül eden birinci kısım (madde 118-281) dar anlamda aileye denk düşer. Ana baba ve çocuklar arasındaki ilişkilerin düzenlendiği ikinci kısım (madde 282-395) geniş anlamda aileye yöneliktir. Bu kısım aynı zamanda sosyolojik anlamda aile kavramına da tekabül etmektedir. Üçüncü kısımda yer alan ve "Ev düzeni" başlığı altında sevk edilen madde 367-371 arasında ise, bir hukuki işlem sebebiyle birbirine bağlı aşçı, uşak, hizmetçi, çırak gibi kişiler arasındaki ilişkiler ele almaktadır. Bu düzenleme tarzı, Türk Medeni Kanununda da aile kavramının sadece sosyolojik anlamda ele alınmayıp, Roma hukukuna paralel biçimde, geniş anlamda ele alındığının bir göstergesidir.

Hakimiyet bağı esasının gereği olarak, Roma'da hısımlık ilişkisinin sadece kan bağı ya da evlenme sebebiyle kurulan bir hısımlıktan ibaret olmadığı tespit edilmelidir. Roma aile fertleri arasındaki hısımlık, birden çok kişinin tek bir kişiye bağlanarak, onun hakimiyeti altında yaşamaya başlamalarıyla meydana gelen hakimiyet bağı kaynaklı ve Roma hukukuna özgü *agnatio* hısımlığıdır¹⁶⁶. *Agnatio* hısımlığı; kan hısımlığı, evlenme, evlat edinme ya da başkaca bir hukuki işlem yoluyla kurulan hısımlık olarak tüm hısımlık ilişkilerini içine alacak kadar geniştir. Buna göre hısımlığı yaratan unsur,

¹⁶³ D. 50. 16. 195. 2. Ayrıca bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 158; UMUR, 1984, s. 37.

¹⁶⁴ D. 50. 16. 195. 1; D. 50. 16. 195. 3; D. 50. 16. 195. 4.

¹⁶⁵ FEYZİOĞLU, 1986, s. 5.

¹⁶⁶ DI MARZO, 1959, s. 154

hakimiyet bağı olup, aynı aile reisinin hakimiyeti altında yaşayan herkesin birbirine hısım olduğu kabul edilir¹⁶⁷.

Hakimiyet bağı esasının aile üyelerinin hukuki statülerinin belirlenmesinde de etkin bir unsur olduğu göze çarpar. Günümüzdekinin aksine, Roma ailesinde aile fertlerinin hukuki statüsü, genel ve soyut nitelikteki kanunlar yerine, aile reisinin hakimiyeti kapsamındaki yetkiler tarafından tayin edilmiştir. Aile reisinin aile fertleri üzerindeki hakimiyeti “*potestas*” olarak adlandırılmıştır¹⁶⁸. Dilimizdeki karşılığı “baba hakimiyeti” demek olan *patria potestas*’ın, teknik anlamıyla aile reisinin tüm aile fertleri üzerinde sahip olduğu yetkilerin tamamını ifade ettiğini söylemiştik¹⁶⁹. Roma ailesini oluşturan aile evlatları, aile evlatlarının çocukları, başka deyişle aile reisinin tüm *cognatik* alt soyu, evlat edinme yoluyla aileye katılmış aile evlatları, *manus*’lu evlilik birliğinde eş ve gelinler, işledikleri bir suçtan dolayı *noxal* sorumluluk kapsamında ya da başka nedenlerle *mancipatio* ile devralınmış hür kimseler¹⁷⁰ ve nihayet, mal statüsünde kabul edildikleri için aile malvarlığının bir parçası gibi görülen köleler *patria potestas*’a tabi unsurlar arasındadır¹⁷¹. *Patria potestas*’ın hukuki niteliği tartışmalı olsa da velayet hakkı olarak nitelendirilemeyeceği konusunda doktrin fikir birliğindedir¹⁷². Gerçekten de *potestas*, velayet gibi mutlak bir hak olarak nitelendirilse de, bundan daha fazlasıdır; aile reisinin aile fertlerinin kişi ve malvarlığı unsurları üzerinde sahip olduğu Roma hukukuna özgü bir mutlak haktır.

¹⁶⁷ İPEK, 2015, s. 168 vd.

¹⁶⁸ I., Inst., 1. 9 pr.

¹⁶⁹ D. 50. 16. 195. 2. Ayrıca bkz. DI MARZO, 1959, s. 163; AYİTER, 1960, s. 45, (tüm aile üyeleri üzerinde aile reisinin iktidarını ve koruyuculuğunu ifade eden terimin ilk zamanlarda “*potestas*” değil “*manus*” olduğu yolundaki görüş için bkz. TAHİROĞLU /ERDOĞMUŞ, 2014, s. 157).

¹⁷⁰ Aile babası ile soybağı bulunan *filius familia* ve *filia familia*’lar, evlat edinme yoluyla aileye mensup olmuş çocuklar ve *legitimatıo* (soy bağının düzeltimi) ile aile babasına bağlanan çocuklar, *in mancipio* çocuklardan ayırt edilmek için, “*liberi in potestate*” terimi ile ifade edilmişlerdir (DOĞANCI / KOCAKUŞAK, 2014, s. 241).

¹⁷¹ AYİTER, 1960, s. 45-46; UMUR, 1984, s. 380-384; DI MARZO, 1959, s. 163; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 160-168; TAHİROĞLU /ERDOĞMUŞ, 2014, s. 157; KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 325.

¹⁷² ACCARIAS, 1886, s. 183; MONIER, 1947, s. 248; KOSCHAKER / AYİTER, 1993; DI MARZO, 1959, s. 167. s. 325; TAHİROĞLU /ERDOĞMUŞ, 2014, s. 157.

Aile fertlerinin aile hukuku alanındaki ilişkileri, bugün olduğu gibi, Roma'da da kişi ve malvarlığı alanında olmak üzere iki alanda karşımıza çıkar. Kişi varlığı alanındaki ilişkiler; nişanlanma, evlenme, boşanma, soybağı, velayet, vesayet gibi kişilik hak ve işlemleridir. Bu alandaki hakların aile fertlerinin kişiliğine sıkı surette bağlı olması gerekirken, bu haklar çoğu zaman aile reisi tarafından kullanılmış ya da bu hakların aile evladı tarafından kullanımına aile reisince müdahale edilmiştir. Mesela, evlenme hakkı aile evladının kişiliğine ait olmakla birlikte, aile reisi evlenme işlemine müdahalede bulunabilmiştir. Aile evladının, yaşı kaç olursa olsun, evlenebilmek için aile reisinin rızasına ihtiyacı olduğu bir vakıdır¹⁷³. Aile reisinin rızası gerekmeden aile evladının evlenebilmesi, ancak aile babasının akıl hastası olması¹⁷⁴ ya da esir düşmüş olması¹⁷⁵ gibi hallerde mümkün olabilmıştır¹⁷⁶.

Evlenme hukuku alanında Roma aile kurumuna hakim olan en önemli esaslardan biri tek evlilik prensibidir¹⁷⁷. Evlenme, bir erkek ve bir kadının, tam bir yaşam birlikteliği iradesiyle bir araya gelerek, aralarında bir birlik kurma teşebbüsleri olarak tanımlanmıştır¹⁷⁸. Romalılara göre, evlilik sadece bir erkek ve bir kadın arasında karşılıklı olarak söz konusu olabilecek özel bir ilişki olduğundan, evlenme iradesi aynı anda ve karşılıklı olarak sadece iki kişi arasında beyan edilebilir, üç kişilik evlilik olmaz. Aksini düşünmek evliliğin doğasıyla bağdaşmaz. Bu bağlamda tek evliliğin, doğal olarak tek eşliliği de beraberinde getirdiği düşünülür. Ancak tek evlilik prensibine rağmen Roma'da tek eşlilik prensibi geçerli olmamıştır. *Concubinatus* adı verilen Roma hukukuna özgü bir uygulama, bir Romalı erkeğe, birden fazla kadın ile aynı anda evlenebilmesine değilse bile, birlikte yaşayabilmesine olanak tanımıştır¹⁷⁹. Bu

¹⁷³ Aile reisinin rızası mecburiyeti I. Inst., 1. 10'da açıkça ifade edilmiştir: "İster aile babası ister aile evladı olsun, ergin kadın ve erkek Roma vatandaşlarının, kanun hükümlerine uygun olarak birleşmesi ile meşru evlenme (*iustae nuptiae*) akdolunur; ancak bahsi mevzuu olanlar aile evladı iseler, hakimiyeti altında buldukları babalarının rızalarını almak mecburiyetindedirler. ...". Aynı yönde bkz. D. 23. 1. 11; D. 23. 1. 12; D. 23. 1. 23; D. 23. 2. 35.

¹⁷⁴ I. Inst., 1. 10 pr.

¹⁷⁵ D. 49. 15. 12. 3.

¹⁷⁶ DI MARZO, 1959, s. 188-189; GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 78.

¹⁷⁷ DI MARZO, 1959, s. 177; ERDOĞMUŞ /TAHİROĞLU, 2014, s. 247;

¹⁷⁸ I. Inst., 1. 9. 1.

¹⁷⁹ TAMER, 2007, s. 59-60.

bakımdan fikrimize göre, Roma aile yapısında “tek evlilik” prensibi geçerli olmakla birlikte, *concupinatus* gibi bir kurumun yasal olarak varlığı nedeniyle, “tek eşlilik” prensibi geçerli değildir.

Roma hukukunda aile kurumu kadın erkek eşitliği ilkesine dayalı değildir. Kadınlar, aile ilişkilerinde daima erkek eşin egemenliği altında olmuşlardır. Bunu gösteren pek çok örnek arasından; evli kadının erkek eşin dini ve sosyal yaşantısına tabi olması¹⁸⁰, erkek eşin yerleşim yerinde yaşamak zorunda olması, evlilik birliğini temsil yetkisine sahip olmaması, çocukları üzerinde babaninkine benzer bir hukuki otoriteye sahip olmaması gibi haller özellikle önem arz eder. Aile hayatına hakim olan kadın erkek eşitsizliği, özellikle sadakat yükümlülüğü bakımından görülür. Evliliğin doğası gereği sadakat yükümlülüğünün her iki eş için de geçerli olduğu kabul edilmekle birlikte¹⁸¹, bu yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar, erkek eşe kıyasla kadın eş için daha ağır takdir edilmiştir. Fiilin işlenmesi bakımından; erkeğin zinası, sadece evli bir kadınla cinsel ilişkiye girildiği durumlarda suç sayılırken, kadının zinası her durumda suç sayılmıştır¹⁸². Kadının zinası ölüm ya da manastıra kapatma gibi çok ağır cezalara uğrattılırken, erkeğin zinası sadece malvarlıksal cezalarla karşılanmıştır¹⁸³. Ayrıca erkek eşin zina yapan eşini boşama hakkı mutlak surette kabul edilirken; kadının, zina yapan eşini boşama hakkı, çok sonraları, ancak post klasik devirde kendisine tanınmıştır¹⁸⁴.

Aile hukuku kurumlarından biri olan evlat edinme işlemi Roma’da oldukça yaygın olmakla birlikte, bugünkü evlat edinme ile kıyaslandığında, daima farklı bir amaç taşımıştır. Bugünkü hukuk düzenlerinde evlat edinme çocuk yararına olmak zorundadır. Terk edilmiş veya evlilik dışında doğmuş, ana babası ölmüş ve buna benzer nedenlerle korunmaya muhtaç hale gelmiş çocukların aile ortamında yetişmelerini sağlamak ve bir soybağı tesis etmek, bugünkü evlat edinmenin meşru amaçlarıdır.

¹⁸⁰ GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 57; SÖĞÜTLÜ ERIŞGİN, 2013, s. 11; EMİROĞLU, 2003, s. 83; GÖNENÇ, 2010, 106.

¹⁸¹ ACCARIAS, 1886, s. 223.

¹⁸² GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 108.

¹⁸³ ACCARIAS, 1886, s. 223; CUQ, 1928, s. 168;

¹⁸⁴ CUQ, 1928, s. 168.

Bugün, çocuğun yüksek yararı gerektirmediği sürece evlat edinme işlemine izin verilmez¹⁸⁵. Roma'da ise evlat edinme, genellikle evlat edinen yararına işleyen bir kurumdur. Çoğu zaman erkek evlada sahip olmayan aile reislerinin bazen soylarını devam ettirmek, bazen de terekelerini bırakmak için evlat edinme yoluna gittikleri görülür. Soyunu devam ettirecek bir erkek evlada sahip olmakla birlikte, aile ilişkilerini bu evlada devretmek istemeyen bir aile reisi de, öldükten sonra yerine geçmesini istediği kişiyi mirasçı olarak tayin edebilmek için, evlat edinme işlemine başvurabilirdi¹⁸⁶. O halde Roma'da evlat edinmenin, soyun devamını sağlamak ve aile ilişkilerini intikal ettirmek üzere başlıca iki amaca hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Aile reisinin aile ilişkilerinin düzenlenmesinde oldukça geniş irade serbestisi vardır. Evlenme ve boşanma gibi kurumlara yönelik kurallar önceden belirlenmiş genel ve soyut nitelikteki kanunlarla değil, tarafların iradeleriyle tespit edilir. Mesela evlenme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun surette iradelerini beyan etmeleriyle kurulan bir hukuki ilişkidir ve bu irade uyuşması için herhangi bir şekil şartı da aranmamıştır. Aynı durum boşanma için de geçerlidir. Roma'da boşanma, tek taraflı veya karşılıklı irade açıklamasıyla meydana gelen ve evlilik birliğinin sona erdiren bir beyan veya anlaşmadan ibarettir. Evlilik birliğinin sona ermesi Roma hukukunda genel olarak *divortium* kavramı ile ifade edilmiştir. Bunun tek taraflı irade açıklamasıyla gerçekleşmesine *repudium* (ret açıklaması/eşi reddetmek), karşılıklı rıza ile gerçekleşmesine ise, *bona gratia divortium* (dostça boşanma/anlaşmalı boşanma) denmiştir¹⁸⁷. Sadece iradi olarak gerçekleştiği için, boşanmanın herhangi bir sebebe dayandırılması şartı da yoktur, hiç bir haklı gerekçe olmadan dahi boşanma hakkı kullanılabilir. Bu da gayet doğaldır çünkü Roma'da evlenme, *affectio maritalis* (evlenme iradesi) ile kurulan bir hukuki ilişki olduğundan, bu iradenin eşlerden birinde ya da her ikisinde birden sona ermiş olması boşanma, yani evlilik birliğinin sona ermesi için yeterli görülmüştür. Boşanma hakkının bazı haklı sebeplerin varlığına bağlı

¹⁸⁵ OĞUZMAN / DURAL, 2001, s. 245.

¹⁸⁶ AYİTER, 1960, s. 49-50.

¹⁸⁷ CUQ, 1928, s. 172; MONIER, 1947, s. 304; DI MARZO, 1959, s. 196-197.

kılınarak kullanılması suretiyle sınırlandırılması, ancak post klasik devre tekabül eder¹⁸⁸.

B. Aile İle İlgili Yasal Düzenlemelere Hakim Olan Esaslar

Aile hukuku kamusal bir karakter taşımakla birlikte, Roma hukukunda bu alan fazlasıyla aile reisinin hakimiyeti kapsamında yer almaktadır. Tüm toplumlarda olduğu gibi Roma toplumunda da aile, vazgeçilmez bir öneme sahip olmasına rağmen, aile fertleri arasındaki ilişkilere devlet tarafından fazla müdahalede bulunulmamıştır. Bu alanda düzenleme yapma, özellikle de kanunlaştırma faaliyetlerinden mümkün olduğunca uzak durulduğu göze çarpmaktadır. Bununla birlikte dönem dönem çıkarılan yasalarla ya da praetor tarafından yapılan müdahalelerle aile reisinin yetkileri sınırlandırılarak, aile kurumlarına, bunlar içinde özellikle de evlilik birliğine yönelik düzenlemeler yapılmıştır¹⁸⁹. Başka deyişle, aile hukuku ilişkilerinin aile reisinin yetki alanına ve örf ve adet hukukuna terk edilmiş olması, zaman zaman çıkarılan yasalarla bu alana özel birtakım müdahalelerin yapılmasını engellemiş değildir. Augustus kanunları olarak anılan¹⁹⁰ *Lex Iulia De Maritandibus Ordinibus*, *Lex Iulia De Adulteriis Coercendis*, *Lex Papia Poppea*'nın dışında; *Lex Claudia De Tutela Mulierum* ve *Senatus Consultum Valleanum* gibi, doğrudan aile ilişkilerini ilgilendiren düzenlemeler mevcuttur¹⁹¹.

Bu düzenlemeler çerçevesinde getirilen kurallar, büyük ölçüde aile reisinin irade serbestisini sınırlandıran emredici bir karakter taşır. Bu durum aile ilişkilerinin kamusal karakterli olması ile izah edilebilir. Bununla birlikte emredici niteliğin doğal sonucu

¹⁸⁸ Cumhuriyet dönemi sonlarında boşanmaların çok artması ve muhtemelen boşanmayı yasaklayan Hıristiyanlık dininin kabulünün de etkisiyle imparatorluk döneminde sürekli müdahalelere uğrayan kurum, Iustinianus döneminde nihai şeklini kazanarak sebebe dayalı boşanma ve sebebe dayalı olmayan boşanma olarak ikiye ayrılmıştır. Sebebe dayalı olmayan boşanma bir takım cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Sebebe dayalı boşanmalarda ise numerus clausus ilkesine göre haklı sebeplerin neler olduğu belirlenmiştir. Buna göre eşi zehirlemeye teşebbüs şeklinde gerçekleşen cana kast, zina, haysiyetsiz yaşam sürme, akıl hastalığı ve cinsel rahatsızlıklar birer boşanma sebebi haline getirilmiştir. Sebebe dayalı boşanma ise kusurun bulunup bulunmamasına göre bir ayrıma tabi tutularak, boşanmada kusurlu olan eşe bir takım cezalar verilmesi uygun görülmüştür (DI MARZO, 1959, s. 199-200; SOMER, 2002, s. 179 vd.; GÖNENÇ, 2003, s. 652 vd.).

¹⁸⁹ LEVET A., *Le Bénéfice de Compétence*, Paris, Recueil Sirey, 1927, s. 10 dn. 4.

¹⁹⁰ DI MARZO, 1959, s. 189.

¹⁹¹ Bu düzenlemeler hakkındaki genel bilgiler için bkz. AKSARAY, 2012, s. 90 vd.

olarak aile ilişkilerinde tipe ve şekle bağlılık esaslarının hakim olması beklenirse de, Roma hukukunda aile kurumuna tam anlamıyla hakim bir kamusal karakterden söz edilemez. Daha doğrusu, Roma'nın aile hukukuyla ilgili düzenlemelerinin kamusal karakteri oldukça sınırlı olmuştur. Mesela evlenme ve boşanma gibi kurumlar hiçbir zaman belli bir şekil ya da tipe bağlanmamıştır, tarafların irade serbestisi alanında bırakılmaya devam etmiştir¹⁹². Bu nedenle Roma hukukunda aile ilişkilerinde söz konusu olan kamusal karakteri, baştan soyut nitelikte kanunlarla ya da devletin müdahalesi şeklinde gerçekleşen bir karakter olarak değil, aile reisine ait ve aile fertlerine irade serbestisinin tanınmadığı mutlak bir hakimiyet alanı olarak izah etmek uygun düşer.

Bu düzenlemelere baktığımızda, aile birliğinin korunmaya yönelik özel bir çaba olduğu fark edilmektedir. Ancak konuyla ilgili doğrudan bir başlık ya da genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Özellikle evlilik birliğini korumaya yönelmiş bu düzenlemeler, evlilik birliğini kurumsal olarak korumaktan çok, evlilik birliği içinde eşlerin bireysel olarak korunmasına hizmet etmektedir. Mesela; eşler arasında karşılıksız kazandırma yasağı¹⁹³, erkek eş yararına borçlanma yasağı, mal rejimi kapsamında getirilen korumalar, eşlerin aile içinde bireysel olarak korunmasına yönelik önlemlerdir. Ailenin önemli bir bölümünü oluşturan çocuklara yönelik koruyucu önlemler ise daha sınırlıdır; bu alan fazlasıyla aile reisinin hakimiyeti kapsamında bırakılmıştır.

Yine bu düzenlemelerin Roma hukuku açısından bir “aile hukuku” yaratacak düzeye erişmediğini de önemle vurgulamak gerekir. Bugün aile ilişkileri derli toplu bir kanun çerçevesinde düzenlenmektedir. Örneğin Türk Medeni Kanununun ikinci kitabı (madde 118-494) aile hukukuna ayrılmıştır. Roma hukukunda ise bugün anladığımız

¹⁹² Mesela evlenme anlaşmalarının yazılı olarak yapılması uygulaması Roma'da zaman içinde yaygınlaşmış olsa da, yazılılık şartı hiçbir zaman evlenmenin geçerlilik şartı düzeyine çıkarılmamıştır, ispat şartı olarak kalmıştır (DI MARZO, 1959, s. 179). Aynı şekilde boşanma hakkının kullanımı zina, cana kast, haysiyetsiz yaşam sürme gibi birtakım haklı sebeplerin varlığına bağlı kılınsa da, bunlardan herhangi biri bulunmaksızın gerçekleşen boşanma da geçerli sayılmış, sadece haklı sebep bulunmaksızın boşanan eşe bir takım cezai yaptırımlar uygulanmıştır (DI MARZO, 1959, s. 199-200).

¹⁹³ D. 24. 1. 3. 10'da “...*ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt* (karı koca arasında bağışlama sebebiyle yapılan her şey derhal ipso iure batıl olur)” demek suretiyle eşlerin birbirlerine *causa donadi* iradesiyle yaptıkları kazandırmalar geçersiz sayılmıştır.

anlamda bir aile hukukunun varlığından söz edilememektedir. Aile hukuku, Roma'da bağımsız bir hukuk dalı halinde gelişmiş değildir, büyük ölçüde kişiler hukukunun bir parçası olarak kalmıştır. Iustinianus'un *Institutiones*'inde, aile ile ilgili hükümler daha çok kişilere ilişkin kuralların yer aldığı birinci kitapta toplanmıştır. Söz konusu kitap evlenme, evlat edinme, vesayet, kayımlık gibi birkaç aile kurumuna yer vermekle birlikte, modern kanunların aile kurumlarını tam olarak karşılayan bir içeriğe sahip olmamıştır. Bunun doğal sonucu olarak da, Roma hukukunun günümüz milli kanunları en az etkilediği alanın aile hukuku olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁹⁴.

SONUÇ

Çalışmamız sonucu ulaştığımız ilk tespitlerden biri, Roma hukukunda aile kavramının, birçok kişiyi içine alacak kadar geniş anlamda ele alınmasıdır. İlgili kaynaklarda aile kavramına verilen farklı anlamlara tesadüf edilmekle birlikte, özel hukuk anlamında aile, aynı aile reisinin hakimiyeti altında yaşayan kimselerin oluşturduğu topluluk olarak tespit edilir. Aynı aile reisinin hakimiyeti altında yaşayan herkes, o aile reisinin ailesi olarak kabul edilmiştir. Roma ailesine kimlerin dahil olacağını belirleyen unsur hakimiyet bağı olup, bu bağ, kan esasıyla ya da evlenme, evlat edinme veya başka bir hukuki işlem yoluyla kurulmuş olabilir. Buna bağlı olarak, aile fertleri arasındaki hısımlık da *agnatio* adı verilen hakimiyet bağı esasına dayalı Roma hukukuna özgü özel bir hısımlıktır.

Aile fertlerinin hukuki statüsünün, günümüzün aksine, kanun yoluyla ya da hakim müdahaleleri yoluyla değil, aile reisinin iradesine göre belirleniyor olması bir diğer tespitimizdir. Aile reisinin aile fertleri üzerinde sahip olduğu yetkiler "*patria potestas*" olarak adlandırılır. Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte *patria potestas*, aile reisinin aile fertlerinin kişi ve malvarlığı üzerinde sahip olduğu mutlak bir hak görünümünde kabul edilebilir.

¹⁹⁴ KOCHAKER /AYİTER, 1993, s. 299. Roma hukukunun aile hukuku sahasına giren ilişkileri düzenlemedeki bu çekingenliğinin nedeni, aile ilişkilerini düzenleme yetkisinin aile reisine ait görülerek onun iktidar alanına ve nihayetinde örf ve adetlere bırakılmak istenmesi ile açıklanabilir (AYİTER, 1960, s. 3).

Roma aile kurumuna hakim olan en önemli esaslardan biri, tek evlilik prensibidir¹⁹⁵. Evlenme, bir erkek ve bir kadının, tam bir yaşam birlikteliği iradesiyle bir araya gelerek aralarında bir birlik kurma teşebbüsleri olarak anlaşıldığından, doğal olarak, yalnızca tek evliliğe izin verilmiştir. Tek evliliğin, tek eşliliği beraberinde getirmesi gerektiği düşünülürse de tek eşlilik prensibi, *concubinatus* kurumunun varlığı nedeniyle Roma'da geçerli olmamıştır. Yine, Roma hukukunda aile kurumunun kadın erkek eşitliği ilkesine dayalı olmadığı, kadın eşin daima erkek eşin egemenliği altında olduğu ve bu bağlamda kadınların aile içinde birçok yetkiden mahrum bırakıldıkları da kaydedilmesi gereken bir tespittir.

Tüm toplumlarda olduğu gibi Roma toplumunda da aile ilişkileri kamusal bir karakter taşımasına rağmen, aile fertleri arasındaki ilişkilere devlet tarafından fazla müdahale edilmemiştir. Bu alanda düzenleme yapma, özellikle de kanunlaştırma faaliyetlerinden mümkün olduğunca uzak durulmuş, bu alan örf ve adet hukukuna veya aile reisinin hakimiyet yetkisi kapsamına bırakılmıştır. Bununla birlikte dönem dönem çıkarılan birkaç düzenleme, aile reisinin irade serbestisini sınırlandırıcı nitelikte emredici bir karakter taşımaktadır. Bununla birlikte bu kamusal karakter oldukça sınırlıdır. Mesela evlenme ve boşanma gibi kurumlar hiçbir zaman belli şekil ve tipe bağlanmış olmayıp tarafların iradesine bırakılmıştır.

Aile ilişkileri ile ilgili olarak yapılan düzenlemeler ve özellikle sevk edilen kanunlar Roma hukuku açısından bir aile hukuku yaratacak düzeyde olmamıştır; bu alanda gerçek anlamda bir sistematik de yaratılmış değildir. Aile hukuku, Roma'da bağımsız bir hukuk dalı halinde gelişmiş olmayıp büyük ölçüde kişiler hukukunun bir parçası olarak kalmıştır. Bunun doğal sonucu olarak, Roma hukukunun günümüz milli kanunlarını en az etkilediği alanın aile hukuku olduğu kabul edilmektedir.

¹⁹⁵ DI MARZO, 1959, s. 177; ERDOĞMUŞ /TAHİROĞLU, 2014, s. 247;

KAYNAKÇA

- ACCARIAS, C., **Précis De Droit Romain, Contenant avec l'exposé Des Principes Génereux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes De Justinien**, 4. édition, corrigé et notablement augmentée, Tome I, Paris, Librairie Cotillon, 1886. .
- AKSARAY, Buse, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- AYİTER, Kudret., **Klasik Roma Hukukunda Dos'un Tesisi**, Ankara, 1958.
- AYİTER, Kudret, **Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku**, Ankara, 1960.
- CARCATERRA, "*Materfamilias*", **Archivo Guridico**, Cilt 23 1940.
- CUQ, Edouard, **Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains**, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928.
- DE FRESQUET, R., "De La *Manus* En Droit Romain", **Revue Historique De Droit Français Et Etranger (RHD)**, 1855-1869, Vol: 2, 1856; s. 135-164; www.jstor.org erişim tarihi 7. 12. 2017.
- DI MARZO, Salvatore, **Roma Hukuku**, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- DOĞANCI, Kamil / KOCAKUŞAK, Fulya, "Eski Roma Ailesinde Pater Familias ve Patria Potestas Kavramları", **Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 16, Sayı 27, 2014/2.
- GÜNVEREN, G. Burcu, "Roma Hukukunda Evlat Edinme", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- EMİROĞLU, Haluk / ÇALIŞKAN, Yusuf, "Yabancı Hukukun Emsâl Gösterilmesi ve *İus gentium* Teorisi", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- EMİROĞLU, Haluk, **Roma Hukukunda Kadının Durumu**, Ankara, 2003.

- ERDOĞMUŞ, Belgin/ TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Hukuku Pratik Çalışmaları, - Meseleleri-**, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)**, Ankara, 1998.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Aile Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. baskı, İstanbul, Filiz, 1986.
- GAUDEMET, Jean, “Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu”, çeviren Bülent Tahiroğlu, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl 6, Sayı 9, 1972.
- GIRARD P. F., **Manuel Elémentaire De Droit Romain**, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929.
- GÖNENÇ, Fulya İlçin, “Roma Hukuku’nda Boşanma”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1-2, 2003.
- GÖNENÇ, Fulya İlçin, **Roma Hukukunda Kadın**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- GÜNAL, A. Nadi, “Roma Hukukunun Temel Kriterleri”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- GÜNEŞ CEYLAN, Z. S., **Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, “Roma’da Kadının Fiil Ehliyetinin Sınırları”, **MÜHF-HAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan**, Cilt 23, Sayı 23, 2017.
- HONİG, Richard, **Roma Hukuku Dersleri**, Capitolium II, çeviren Şemseddin Talip, İstanbul, 1935.
- İPEK, Nurcan, “Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk Ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi”, **MÜHF-HAD**, Cilt 23, Sayı 2, 2017, (s. 295-359)
- İPEK, Nurcan, “Roma Hukukunda Hısımlık”, **MÜHF-HAD**, Cilt 21, Sayı 1, (s. 167-203).

- KARAASLAN, Muzaffer, “*Peculium*’un Roma Ekonomik Hayatındaki Rolü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması**, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- KARADENİZ, Özcan, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- KARADENİZ, Özcan, “Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi”, **AÜHF**, Cilt 25, Sayı 3-4, 1968.
- KOSCHAKER, Paul/ AYİTER, Kudret, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- LEFEBVRE, Ch., “Le Mariage Civil N’est-il Qu’un Contrat?”, **Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Etranger**, Vol. 26, 1902.
- LEVET, A., **Le Bénéfice de Compétence**, Paris, Recueil Sirey, 1927.
- MONIER, R., **Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome I, (Introduction historique, Les Sources, La Procédure, Les Personnes, Les Droits Réels, Les Successions)**, 6. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1947.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper, **Türk Özel Hukuku**, Cilt 3, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2005.
- NEMLİ Özge, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Hukukunda Evlenme”, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2013.
- OĞUZMAN Kemal/ DURAL, Mustafa, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz, 1998.
- PARİBENİ, R., “Roma Ailesi”, Çeviren Şemseddin Talip, **Capitolium I**, İstanbul, 1935.

- PETIT, Eugène, **Traité Elémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925.
- PLESCIA Joseph, “Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini”, çev. Diler Tamer Güven, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000.
- PUGLIESE, P., “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, çev. Ziya Umur, **İÜHFİM**, Cilt 22, Sayı 1-4, 1957.
- RADO, Türkan, **Principatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum’lar Yoluyla Islahı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- RADO BASMAN, Türkan, “Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri”, **İÜHFİM**, Cilt 8, Sayı 3-4, 1942, s. 530-544.
- SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halit Kemal, **Türk Medeni Hukuku**, Cilt III, **Aile Hukuku**, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi yayınları, 1960.
- SCHWARZ, Andreas B., “Evlilik Dışı Çocuklar Meselesi”, **1943-1944 Üniversite Konferanslarından Ayrı Bası**, İstanbul, 1945.
- SCHWARZ, Andreas, B., **Aile Hukuku, I**, çev. Bülent Davran, yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1946.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Ö., “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 2, 2013.
- TAHAN ORHAN, D., **Roma Hukukunda Manus Kurumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku**, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- TAMER, Diler, **Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de Adulteriis Coercendis**, İstanbul, Homer Yayınları, 2007.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 7. baskı, İstanbul, Filiz, 1990.

TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, “Roma Hukukunda Senatus Consultum Valleanum”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (1).

TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, “Roma Hukukunda Actio De Peculio”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 2, 2005.

UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983.

UMUR, Ziya, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.

VILLERS, R., “Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukuki Durumu”, çev. Bülent Tahiroğlu, **İÜHF**, Cilt 39, Sayı 1-4, İstanbul, 1974’den ayrı bası.

VOLTERRA, **La Conception Du Mariage D’Après Les Juristes Romains**, Padova, 1940.

SANDALCI, Sema, “On İki Levha Yasaları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, İstanbul, 1993.

FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN YENİ HUKUKİ REJİMİ VE FİİLİ YOLUN TÜRKİYE UYGULAMASI

*THE NEW LEGAL REGIME OF ASSAULT (VOIE DE FAIT) IN FRENCH LAW AND ITS
IMPLEMENTATION IN TURKEY*

Hakemli Makale*
Hayrettin YILDIZ**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	305
I. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN DÖNÜŞÜMÜ	305
A. Fiili Yolun Dönüşümünde Fransız İdari Yargısının Rolü	306
B. Uyuşmazlık Mahkemesinin Fiili Yolu Yeniden Tanımlaması	309
II. TÜRK HUKUKUNDA FİİLİ YOL OLUŞTURAN UYGULAMALAR	314
A. Genel Olarak İdarenin Haksız Fiillerinden Doğan Uyuşmazlıklar	316
B. Kamulaştırmaz El Atma Fiilinden Doğan Uyuşmazlıklar	320
III. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN NİTELİĞİNİ VE MEVCUDİYETİNİ ETKİLEYEN DURUMLAR	326
A. Kanunda Ayrı Bir Hukuki Tedbirin Öngörölmüş Olması	326
B. Acil Durumlar	328
SONUÇ	330
KAYNAKÇA	333

DOI: 10.32957/hacettepehdf.482462

Makalenin Geliş Tarihi: 13.11.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 14.01.2019

* Bu makale, yazarın 29.08.2018 tarihinde Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde savunulan “İdarenin Re’sen İcra Yetkisi” başlıklı yayımlanmamış doktora tezinden türetilmiştir.

** Dr. Arş. Gör. Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. Eposta: hyhayildiz@gmail.com

ÖZ

Fiili yolun hukuki rejimi son yıllarda bir dönüşümden geçmektedir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bergoend* kararıyla fiili yolun tanımı yeniden yapılarak teorinin kapsamı daraltılmıştır. Fiili yolun daha önceki tanımında idarenin temel hak ve özgürlüklere veya mülkiyet hakkına herhangi bir hukuki temelden yoksun olarak müdahalesi fiili yolun meydana gelmesi için yeterliyken, yeni tanımda fiili yolun söz konusu olabilmesi için bireyin bireysel hak ve özgürlüklerinden birinin ihlal edilmesi veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak şekilde ağır bir müdahalenin söz konusu olması gerekir. Türkiye'de de fiili yolun hukuki rejimini etkileyecek yasal düzenlemelere gidilmiştir. Çalışmamızda hem Fransız hem Türk hukukunda fiili yol rejiminin son yıllarda uğradığı dönüşüm ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fiili Yol, Re'sen İcra, Kamulaştırmasız El Atma, Haksız Fiil, Acil Durum.

ABSTRACT

In recent years, the legal regime of the assault (aggression, *voie de fait*) is undergoing a transformation. With the *Bergoend* decision of the Court of Conflicts of France, the definition of the assault changes and so its scope is reduced. Previously, in order for an act or its execution to constitute an assault, the administration, by its unlawful conduct, had to physically and illegally infringe a fundamental right or freedom or a right of property. Henceforth, according to the *Bergoend* decision of the Court of Conflicts "there is no assault on the part of the administration ... only in the case that the administration proceed the execution a decision, under irregular conditions, or even a regular one, affecting personal freedom or leading to the extinguishment of a right of ownership, or has taken a decision which has the same effects of infringement of individual freedom or extinction of a right of property and which is manifestly insusceptible to be attached to a power belonging to the administrative authority ". On the other hand, in Turkish law there is evidence of changes in legislation that affect the law of the assault. In this article, these changes or transformations in Turkish and French law are taken into consideration.

Key words: Assault (aggression, *voie de fait*), Ex officio execution, Confiscation without expropriation, Tort, Emergency.

GİRİŞ

İdarenin bir işlemin icrası kapsamında başvurduğu tasarrufun açık ve ağır bir şekilde bireysel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açması durumunda, fiili yol meydana gelmektedir. İdarenin eyleminin fiili yola dönüşmesi ise, bu eylemden doğan uyuşmazlığın adli yargıda görülmesine yol açmaktadır¹. Böyle bir durumda, idare kendi yetki alanının dışına çıkarak, bireyle aynı konuma geldiğinden özel hukuka tabi olmaktadır².

Fiili yol durumunda idarenin re'sen icra kapsamında başvurduğu eylemler de nitelik değiştirmektedir. Başlangıçta hukuka uygun bir kararın icrası biçiminde ortaya çıkan re'sen icra, idarenin hukuki temelden yoksun bir şekilde bireylerin hak ve özgürlüklerine veya mülkiyet hakkına müdahale şeklinde gelişerek fiili yola vücut verebilmektedir. Fiili yolun hukuki rejimi son yıllarda değişime uğradığından, fiili yol teorisine ilişkin değerlendirmelerin bu değişim göz önüne alınarak yapılması daha uygun görünmektedir. Bu kapsamda çalışmanın devamında, önce Fransız hukukunda fiili yolun dönüşümü (I), daha sonra Türk hukukunda fiili yol uyuşmazlıkları (II) ve son olarak Fransız hukukunda fiili yolun mevcudiyetini ve niteliğini etkileyen durumlar (III) ele alınmaktadır.

I. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN DÖNÜŞÜMÜ

İdarenin işlevi, kamu hizmetlerinin hukuka uygun bir biçimde yürütülmesidir. İdarenin, kendisine tanınan yetkilerin dışına çıkarak bireylerin hak ve özgürlüklerine veya mülkiyet haklarına müdahale etmesi durumunda fiil yolun meydana geldiği kabul

¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 16.09.1993, E. 1992/8696, K. 1993/10609: “İdari eylem ve işlem hukuka aykırı olmakla birlikte özel hukuk açısından haksız eyleme dönüşmedikçe adli yargının görevinden söz edilemez”. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017); GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 138.

² İdari kararın idari niteliğini yitirip herhangi bir kimse tarafından yapılabilecek bir haksız fiile dönüşmesi bozulma teorisi (*théorie de dénaturation*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. RICCI, Jean Claude, **Droit administratif**, 4. Basım, Hachette, Paris, 2004, s. 154; KAPLAN, Gürsel, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik bir Kurumu: Fiili Yol”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, C. XI, S. 1-2, s. 909.

edilmektedir. İdarenin, re'sen icra tasarrufları sırasında, bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi de fiili yolun oluşmasına yol açabilmektedir. Bunlara bir idari işleme dayanmayan hareketleri yani doğrudan idari eylem şeklinde gelişen müdahaleleri de eklemek gerekir³.

Fransa'da fiili yolun hukuki rejiminde, son yıllarda bir dönüşüm yaşanmaktadır. Aşağıda öncelikle, bu dönüşümde idari yargının rolü ele alınmakta (A) daha sonra Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin fiili yolu yeniden tanımlaması (B) konuları incelenmektedir.

A. Fiili Yolun Dönüşümünde Fransız İdari Yargısının Rolü

Fransa'da fiili yol teorisinin, ilk olarak Conseil d'Etat tarafından *Rousseau*⁴ kararında ileri sürüldüğü ve görevli yargı yeri olarak adli yargının işaret edildiği ifade edilmektedir⁵. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme fiili yol konusunda nitelendirme yetkisini kendi uhdesinde tutmaktadır. Ancak, adli yargının zamanla nitelendirmeyi de kendisi yaparak fiili yol konusunda tek yetkili yargı yolu olmaya başladığı belirtilmektedir⁶. Adli yargının geleneksel olarak temel hak ve özgürlüklerin, özellikle de mülkiyet hakkının koruyucusu olarak kabul edilmesinden dolayı, fiili yol uyuşmazlıklarını uzun süre adli yargı çözüme kavuşturmuştur⁷. Tarihsel olarak, fiili yolun içtihatla adli yargıya tabi olmasının nedenlerinden biri de kurumun ortaya çıktığı dönemde idari yargının bağımsız olmaması (tutuk adalet sisteminin geçerli olduğu dönem) ve ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin, adli yargı tarafından daha iyi korunacağı düşüncesidir⁸. Bu doğrultuda, 1958 Fransız Anayasa'sının 66. maddesi de kişi

³ KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2016, s. 89.

⁴ CE, 21 Eylül 1827, Rousseau, Rec. Lebon, s. 504 (Nakleden-AUGUSTIN, Thais, "La victoire du juge administratif: le nouvel équilibre de l'emprise et de la voie de fait", **Revue Général de Droit**, Yıl: 2016, s. 3.

⁵ AUGUSTIN, **2016**, s. 3.

⁶ AUGUSTIN, **2016**, s. 4.

⁷ DEBBASCH, Charles, RICCI, Jean-Claude, **Contentieux administratif**, 7. Basım, Dalloz, Paris, 2001, s. 253; FALGAS, Antony, **La voie de fait administrative, Recherche sur la justification d'une notion prétorienne**, Harmattan, Paris, 2015, s. 139.

⁸ Adli yargının bu tür bir denetimi sağlamak için daha uygun hukuki araçlara sahip olduğu belirtilmiştir. ŞEKER, Gülseven, **İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Uygulaması**, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. II; KAPLAN, **2007**, s. 906-907.

özgürlüğü ve güvenliğinin koruyucusu olarak adli yargıyı göstermiş, adli yargıyı bu korumayı yasalar çerçevesinde sağlamakla görevlendirmiştir⁹. Ancak, son yirmi yıllık dönemde yapılan düzenlemelerle fiili yol olarak nitelendirilebilecek tasarruflar konusunda adli yargının görev alanı daralmakta, idari yargının görev alanı ise genişlemektedir.

Öncelikle, 30 Haziran 2000 tarihinde yürürlüğe giren ivedi yargılama usulleriyle, İdari Yargı Kodu'nun L.521-1 ve devamındaki maddelerinde “*référé-liberté*” düzenlenmekte ve idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesinden doğan uyuşmazlıklara, idari yargı hakimi tarafından bakılması imkanı getirilmektedir¹⁰. L.521-1 hükmüne göre, bir idari kararın iptali veya düzeltilmesi için idari yargıca gidilebilmekte, idari yargıç, kararın yürütülmesini durdurarak, işlemin iptali veya düzeltilmesine karar verebilmektedir. L.521-2'ye göre, bir kamu tüzel kişisi veya kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilen özel hukuk kişinin temel bir hak veya özgürlüğü açık bir şekilde hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda, idari yargıç “*temel hak ve özgürlüğün korunması amacıyla gerekli bütün tedbirlerin alınmasına*” karar verebilmektedir. Buna, idareye talimat verme kararı da dahildir. Kural olarak idari yargıcın kararını kırk sekiz saat içerisinde vermesi gerekmektedir. İdari yargıcın verdiği karar on beş gün içerisinde Conseil d'Etat'da temyiz edilebilmektedir.

Yeni düzenleme ile idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki uygulamalarından doğan uyuşmazlıklara idari yargı hakimi tarafından bakılma imkanı getirilmesi, fiili yol teorisinin ortadan kalkacağı veya adli yargının bundan böyle fiili yol uyuşmazlıklarına bakamayacağı şeklinde yorumların yapılmasına neden olmuştur¹¹.

⁹ Anayasa Konseyi de “*doğası gereği adli yargı yerlerinin görevine giren alanlar*” olduğunu kabul ederek bu genel ilkeyi “Anayasal prensip” düzeyine çıkarmıştır. KAPLAN, 2007, s. 907; CHAPUS, René, **Droit Administratif Général**, Tome 1, 15. Basım, Montchrestien, Paris, 2001, s. 764; Son olarak 1958 Fransız Anayasası, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na benzer şekilde temel hak ve özgürlükleri, “kişi hak ve özgürlükleri” veya “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” şeklinde kategorize etmemektedir. Fransız Anayasasının 34. maddesinde bazı temel hak ve özgürlükler sayılmakla beraber, bunlar ayrı ayrı ele alınmamakta, sadece bunlara ilişkin olarak sadece yasa koyucunun düzenleme yapabileceği belirtilmektedir.

¹⁰ CHAPUS, 2001, s. 869; FRIER, Pierre Laurent / PETIT Jacques, **Précis de droit administratif**, 4. Baskı, Montchrestien, Paris, 2006, s. 396; AUGUSTIN, 2016, s. 4-5.

¹¹ SLAMA, Serge, “Le tribunal des conflits déshabille la “folle du logis””, **Actualités Droits-Libertés du CREDOF**, Yıl: 2013, <https://revdh.files.wordpress.com>, Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2018, s. 1.

Nitekim, 2013 yılının başında verilen *Commune de Chirongui*¹² kararıyla yeni uygulama etkisini göstermiştir. Karara konu olayda, idare özel mülkiyetteki taşınmazı işgal etmekte ve taşınmaz üzerindeki fidanlara zarar vermektedir. Taşınmaz sahibi Bayan B..., taşınmazı üzerinde yürütülen faaliyetin durdurulması ve zararının karşılanması için İdari Yargı Kodu'nun L. 521-2 hükmüne dayanarak idari yargı hakimine başvurmuştur. İdari yargı hakiminin, idare tarafından yapılan işgalin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirerek, müdahalenin sonlandırılmasına ve davacıya tazminat ödenmesine karar vermesi üzerine *Commune de Chirongui*, uyuşmazlığı temyize taşımıştır. Conseil d'Etat, bahsi geçen düzenlemeyle idari yargının fiili yol niteliğinde olsa bile temel hak ve özgürlüklere veya mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki uygulamalardan doğan uyuşmazlıklara bakabileceği yönünde değerlendirmede bulunarak, talebin reddine ve taşınmaz sahibine tazminat ödenmesine karar vermiştir. İdari Yargı Kodundaki düzenleme karşısında, Conseil d'Etat'nın kararının beklenen bir karar olduğu ifade edilmektedir¹³.

Commune de Chirongui kararına kadar fiili yolun tanımı, yargı kararlarında klasik bir biçimde yapılmaktaydı. Buna göre, idarenin bir temel hak veya özgürlüğü veya mülkiyet hakkını açık ve ağır şekilde hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda ilgili tasarruf, fiili yol kabul edilmekte ve uyuşmazlık adli yargı tarafından görülmekteydi¹⁴. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi référé liberté ile ilgili düzenlemenin yapıldığı zamandan kısa bir süre sonra verdiği *Boussadar*¹⁵ kararında fiili yolun eski tanımını yinelemiştir. Ancak yeni düzenleme, fiili yolun kapsamına girebilecek uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözüme kavuşturulmasına imkan sağladığından bir görev

¹² CE, 23 Ocak 2013, *Commune de Chirongui*, N° 365262: <https://www.legifrance.gouv.fr/>- Erişim Tarihi: 12 Haziran 2018.

¹³ DE GLINIASTY, Jeanne, “De Mme B. à Monsieur B.: La voie de fait dans l’impasse”, **Lextenso** (Les petits affiches), Yıl : 2013, S. 175, s. 12.

¹⁴ FALGAS, 2015, s. 20; CHAPUS, 2001, s. 868 vd.; ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, C. I, II ve III, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1668; Buradan fiili yolun sadece temel hak ve özgürlüklere müdahale şeklinde algılanmadığını, idarenin yasadan aldığı bir yetkisi olmaksızın harekete geçmesinin de fiili yol olarak nitelendirildiğini belirtmemiz gerekir. SIRAT, Charles, “L’exécution d’office, l’exécution forcée, deux procédures distinctes de l’exécution administrative”, **Semaine Juridique – Juriclassemur périodique**, I, 1440, Yıl: 1958, s. 13.

¹⁵ TC, 23 Ekim 2000, *Boussadar*, N° 3227, Rec. Lebon, (<https://www.legifrance.gouv.fr/> - Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2018).

uyuşmazlığının oluşması kaçınılmaz olmuştur. Nitekim, aynı yıl Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği kararla fiili yol konusunda adli ve idari yargının görev alanlarını ayırmaya ve netleştirmeye çalışmıştır. Söz konusu karara ilişkin ayrıntılar bir sonraki başlık altında ele alınmaktadır.

B. Uyuşmazlık Mahkemesinin Fiili Yolu Yeniden Tanımlaması

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 2013 yılında verdiği *Bergoend c. Société ERDF Anncy Léman*¹⁶ kararıyla, *Commune de Chirongui* kararında varılan sonuçla örtüşebilecek nitelikte bir karara vararak, fiili yolu yeniden tanımlamıştır. Mahkemenin oluşturduğu yeni tanımda hem temel hak ve özgürlüklerin hem mülkiyet hakkının ihlali bakımından fiili yolun kapsamı daraltılmaktadır¹⁷.

Bergoend kararından önce, idarenin haksız fiil niteliğindeki eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, adli yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktaydı. Söz konusu karardan sonra, her haksız fiilden doğan uyuşmazlığın adli yargının görev alanına sokulması mümkün görünmemektedir. İdarenin, haksız fiilinden doğan uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girebilmesi için kararda belirlenen yeni şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Mahkeme, fiili yolun gerçekleşme şekli olarak görülen, “*hukuka aykırı re'sen icradan doğan fiili yol ile idarenin herhangi bir yetkisi ile ilişkilendirilemeyen eylemlerinden doğan fiili yol*” şeklindeki temellendirmeyi muhafaza etmekle beraber, fiili yolun uygulama alanını daraltmıştır. Karara konu olayda, özel bir mülke elektrik direği yerleştirildiğinden davanın adli yargıda görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu iddiaları kabul etmeyerek bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında verilen zararın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında ayrıca, fiili yola ilişkin yeni bir tanım ortaya konmaktadır. Buna göre bir uyuşmazlığın fiili yola vücut verebilmesi için; bir kararın veya icrasının idareye verilen görev ve yetkilerle örtüşmeyecek şekilde bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlaline (*porte atteinte à une liberté individuelle*) yol açması veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak

¹⁶ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anncy Léman*, n° 3911, au Lebon ; AJDA 2013, 1245 (<https://www.legifrance.gouv.fr>- Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2018).

¹⁷ DELVOLVE, Pierre, “Voie de fait: limitations et fondement”, *RFDA*, Yıl: 2013, s. 1041.

(*extinction d'un droit de propriété*) nitelikte bir müdahale biçiminde gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁸.

Karardan önce fiili yolun varlığından bahsedebilmek için idarenin eyleminin bir temel hak ve özgürlüğü ağır bir şekilde ihlal etmesi yeterliydi¹⁹. Oysa yeni durumda, fiili yolun gerçekleşmesi için birinci şart olarak, “temel hak ve özgürlükler”in ihlalinin yerini “bireysel hak ve özgürlükler”in ihlali almaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin alanının bireysel hak ve özgürlüklere göre daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Her ne kadar her bireysel hak ve özgürlük, aynı zamanda bir temel hak ve özgürlük ise de her temel hak ve özgürlük, aynı zamanda bir bireysel hak ve özgürlük değildir²⁰. Fransız Anayasasının “kimsenin haksız yere tutulamayacağını düzenleyen ve bireysel özgürlüklerin koruyucusu olarak adli yargıyı gösteren 66. maddesi” ile Anayasa Konseyi kararlarından²¹ hareketle, bireysel hak ve özgürlüklerden bireyin dış etkilere karşı korunmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²².

Bu durumda, gazeteye el konulması²³ fiilinin, basın özgürlüğünü ihlal etmesine rağmen, bireysel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşımadığından fiili yol olarak

¹⁸ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*, n° 3911, au Lebon, AJDA 2013, s. 1245 (<https://www.legifrance.gouv.fr> – Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2018); KAPLAN, 2016, s. 89.

¹⁹ Daha önce temel hak ve özgürlüklerin ihlali nedeniyle oluşan fiil uyuşmazlıklarına şu örnekler verilebilir: Fransız Yargıtay'ının *Haas c/Valentin* (Ch.civ., 3 Ağustos 1874, *Haas c/Valentin*, D.P. 1875-I-997 (Nakleden-DEBARY, Michel, **La voie de fait en droit administratif**, LGDJ, Paris, 1960, s. 35) ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Dufeuille, Uzannaz, Joris, Michau, Lafrenney* (TC, 25 Mart 1889, *Dufeuille, Uzannaz, Joris, Michau, Lafrenney*, D.P. 1890-III-65) kararlarında idarenin kararını hukuka aykırı olarak re'sen icrası sonucu “kişi özgürlüğü”nün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. *Abbé Mignon* (TC, 22 Nisan 1910, *Abbé Mignon*, D.P. 1910-III-41) kararında dini kuralların dışında defnedilen kişi için belediye başkanının kararıyla kilise çanlarının çalınması “inanç özgürlüğünün ihlali”, *Epoux Pelé* kararında ilgilinin idareye ait bir yapıdan zorla çıkarılması fiili “konut dokunulmazlığının ihlali”, (TC, 25 Kasım 1963, *Ep. Pelé*, s. 795; AJ 1964, s. 24, chron. J Fourré et M Puybasset, JCP 1964, n° 13493, note J-M Auby) ve nihayet *Action Française* (TC, 8 Nisan 1935, *Action Française*, **GAJA**, N°: 48, s. 293) kararında yer itibariyle yetkisiz olduğu halde valilik kararıyla gazete nüshalarına el konması ve toplatılması işlemi “basın özgürlüğünün ihlali” şeklinde değerlendirilerek fiili yol ulaştırdıklarına karar verilmiştir.

²⁰ SLAMA, 2013, s. 9.

²¹ Özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak bkz. CC, 26 Kasım 2010, N° 2010-71, Rec. Cons. Const., s. 343, cons. 16, AJDA, 2011, s. 174; CC, 5 Ekim 2012, N° 2012-279, QPC, Rec. Cons. Const., s. 514, AJDA, 2012, s. 1884; Evlilik hakkında ilişkin olarak bkz. CC, 17 Mayıs 2013, N° 2013-669 DC, cons. 23, D. 2013. 1643, chron. F. Dieu (Nakleden- DELVOLVE, 2013, s. 1042).

²² DELVOLVE, 2013, s. 1042.

²³ TC, 8 Nisan 1935, *Action Française*, **GAJA**, N°: 48, s. 293.

değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Yine fotoğraf makinasına el konulması²⁴, bireye ait siyasi unsurlar barındıran afişlere postanede el konulması²⁵, ölünün mezarının açılması²⁶, memurun ikamet ettiği binanın mühürlenmesi ve binaya girişin yasaklanması²⁷ gibi uygulamalar temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olmalarına rağmen, bireysel hak ve özgürlükleri ihlal etmediklerinden fiili yol olarak değerlendirilemeyecektir²⁸. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi yakın zamandaki bir kararında, kişinin seyahat belgelerine el konulmasını seyahat özgürlüğüne bir müdahale olarak görmüşse de, bu müdahale ile Anayasanın 66. maddesi kapsamında bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlal edilmediğini dile getirmiş ve idarenin eyleminin fiili yol oluşturmadığına karar vermiştir²⁹. Kişi güvenliği ve özel yaşamın gizliliği gibi hakların ise, bireysel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmeye devam edilmesi beklenmektedir³⁰. Bu bakımdan, fiili yolun kapsamından kamusal özgürlükler çıkarılarak, fiili yolun teorisi, bireysel özgürlüklerle sınırlanmaktadır³¹.

Bergoend kararına göre, fiili yolun oluşması için ikinci şart, idarenin hukuka aykırı müdahalesiyle bireyin mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir ihlalin gerçekleşmesidir. Daha önce, idarenin işlem veya eyleminin fiili yola dönüşmesi için mülkiyet hakkına ağır şekilde müdahale edilmesi yeterliydi³². Fiili yolun yeni

²⁴ CE, 18 Kasım 1949, *Sieur Carlier*, JCP.II.5535 (Nakleden-PETIT, Serge, **La Voie De Fait Administrative**, Que Sais-Je?, PUF, Paris, 1995, s. 37).

²⁵ TC, 10 Aralık 1956, *Randon, Flandin, Desgranges c/ Brunet et Cornevaux*, RPDA, 1957, N° 35.

²⁶ TC, 25 Kasım 1963, *Comm.de Saint-Just-Chaleyssin*, s. 793, concl. J. Chardeau (Nakleden-GLAAB, Kerstin, **Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung, Ein deutsch-französischer Vergleich**, (Thèse pour le doctorat), Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2009, s. 178).

²⁷ TC, 27 Haziran 1966, *Guignon*, Rec. 830, JCP, 1967.II.15135, conc. Lindon.; Ayrıca bkz. FALGAS, **2015**, s. 130.

²⁸ DELVOLVE, **2013**, s. 1042.

²⁹ TC, 12 Şubat 2018, N° C4110, (<https://www.legifrance.gouv.fr>- Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2018).

³⁰ SLAMA, **2013**, s. 6.

³¹ DE GLINIASTY, **2013**, s. 12.

³² Mülkiyet hakkının özellikle vurgulanmasının nedeninin kamu hukukunun üç yüz yıllık tarihi gelişiminde batı dünyasında mülkiyet hakkına özel önem atfedilmesi ve kavramın çeşitli düşüncelerin şekillenmesinde başat rol oynaması olduğu ifade edilmektedir. KAPLAN, **2007**, s. 889; Mülkiyet hakkı ayrıca 1789 tarihli insan hakları evrensel bildirgesinde korumaya alınan temel haklardan birini oluşturmaktadır: 1789 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde 17: “Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olması nedeniyle, yasa ile belirlenen kamu ihtiyacı açıkça gerekmedikçe ve adil ve peşin bir

tanımında, mülkiyet hakkının ihlali yetmemekte, idarenin müdahalesinin bu hakkı ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekmektedir³³. Bu bakımdan, daha önce yargı tarafından fiili yol olarak değerlendirilen gazetelere el konması³⁴, özel mülkteki ağaçların kesilmesi³⁵, murisin ölümünden sonra idarece şahsi evraklarına el konması³⁶, özel hukuk kişinin mülkünün idare tarafından işgal edilerek üzerinde çalışmalar yapılması³⁷, kişinin seyahat belgelerine havalimanında el konması³⁸ gibi fiiller, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmadığından, artık fiili yol kapsamında değerlendirilmemektedir³⁹. Mülkiyet hakkına son vermediği sürece, idare tarafından bireyin mülkiyet hakkına müdahale edilmesinden doğan uyuşmazlıklar ise, idari yargı tarafından çözüme kavuşturulacaktır⁴⁰. *Bergoend* kararında da özel mülke elektrik direğinin yerleştirilmesi fiilinin, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaması nedeniyle fiili yola vücut vermediği sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkemenin bu kararlar, fiili yolu, yıkım işlemi veya idare tarafından taşınmaz el konması gibi uygulamalara indirgediği ileri sürülmüştür⁴¹. Uyuşmazlık Mahkemesi, kısa zaman sonra verdiği başka bir kararında bu içtihadını tekrarlamıştır⁴². Adli yargının da Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihadına uygun bir tutum benimseyerek mülkiyet hakkını ortadan kaldırmayan

tazminat ödenmedikçe, kimse bu haktan yoksun bırakılamaz." (<https://www.legifrance.gouv.fr>- Erişim Tarihi: 22 Ekim 2017).

³³ LE RUDULIER, Nicolas, "Voie de fait : réduction de la compétence du juge judiciaire", **Dalloz (AJDD)**, S. 10, 2015, s. 704.

³⁴ TC, 8 Nisan 1935, *Action française*, Rec. 1226, **GAJA**, N° 41, s. 292-298.

³⁵ CE, 26 Mart 1990, *Icart*, N° 71222 (Nakleden-SLAMA, **2013**, s. 10); TC, 15 Şubat 2010, *Mme Taharu c. Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, N° 3722, Lebon, s. 575 (Nakleden-DELVOLVE, **2013**, s. 1044).

³⁶ CE, 10 Ekim 1969, *Consorts Muselier*, Rec. 432; RA 1970.29 concl. Braibant (Nakleden-ŞEKER, **2010**, s. 66).

³⁷ TC, 22 Ocak 1955, *Rival c. Etat*, Lebon, s. 613 (Nakleden-DELVOLVE, **2013**, s. 1044).

³⁸ TC, 9 Haziran 1986, *Eucat*, Rec. p.301; JCP 1987.II.29746, note B. Pacteau; AJDA 1986; TC, 19 Kasım 2001, Mlle Mohamed c/Ministre de l'Intérieur, Rec. Lebon, 2001, s. 255.

³⁹ DELVOLVE, **2013**, s. 1042.

⁴⁰ HAMEL, Gatién, "Voie de fait : compétence du juge administratif en l'absence de dépossession définitive", **Dalloz Actualité**, Yıl: 2018, <https://www.dalloz-actualite.fr>- Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2018, s. 1.

⁴¹ DE GLINIASTY, **2013**, s. 13.

⁴² TC, 9 Aralık 2013, N° C3931, Rec. Lebon, (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/>- 18 Mayıs 2018).

müdahaleleri fiili yol olarak değerlendirmedeği görülmektedir⁴³. Kararla ayrıca, adli yargının verebileceği kararların men'i müdahale ve eski halin iadesi ile sınırlandırıldığı ifade edilmektedir⁴⁴.

Fiili yolun sınırlarının daraltılmasıyla birçok uyuşmazlık fiili yolun kapsamından ve adli yargının görev alanından çıkarak, idari yargının görev alanına girmektedir. Fiili yoldaki dönüşümün temel sonuçlarından biri, bireysel hak ve özgürlük oluşturmaya temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesinden doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına dahil olması iken, bir diğeri, fiili yol uyuşmazlıkları bakımından Fransız hukukunda adli yargının yetkisinin anayasal güvenceye kavuşmuş olmasıdır⁴⁵. Zira Uyuşmazlık Mahkemesi, bireysel hak ve özgürlüğü tayin ederken 1958 Anayasasının 66. maddesini temel almaktadır. Ancak adli yargının görev alanı Anayasal güvenceye bağlanırken, fiili yol bakımından bu alanın daraltılması, fiili yol teorisinin içinin boşaltıldığı şeklinde yorumlara da neden olmuştur⁴⁶.

Fiili yolun kapsamının *Bergoend* kararıyla daralmasında, daha önce oluşturulan “*référé-liberté*”nin etkili olduğu ileri sürülmektedir⁴⁷. *Bergoend* kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi, *Commune de Chirongui* kararında varılan sonucu onaylayacak bir biçimde fiili yolun kapsamını daraltmakta ve bireysel hak ve özgürlük teşkil etmeyen temel hak ve özgürlüklere müdahalede idari yargının yetkisini onaylamış olmaktadır. Bu sonucun, idari yargı tarafından karara bağlanacak olan hukuka aykırı icra tasarruflarının artmasına yol açacağı düşünülmektedir. Bunun nedeni de fiili yolun kapsamının daralmasından dolayı fiili yola dönüşen uygulama işlemlerinin sayısının azalacak olmasıdır. Bu açıdan, fiili yolun kapsamının daraltılması idare tarafından gerçekleştirilecek müdahalelerin fiili yola vücut vermesi ihtimalini de azaltmaktadır. Bunun anlamı, idarenin tasarrufunun hukuka uygun olması değil, bu tasarruftan doğan uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak yargı kolunun uyuşmazlığın niteliğine göre

⁴³ Civ. 3°, 18 Ocak 2018, *FS-P+B*, N° 16-21.993 (Nakleden-HAMEL, 2018, s. 1).

⁴⁴ SLAMA, 2013, s. 2; DE GLINIASTY, 2013, s. 13.

⁴⁵ AUGUSTIN, 2016, s. 9.

⁴⁶ DE GLINIASTY, 2013, s. 14; SLAMA, 2013, s. 11.

⁴⁷ LE RUDULIER, 2015, s. 704.

değişecek olmasıdır. Ancak, fiili yolun yeni tanımı karşısında, idarenin tasarrufunun fiili yola vücut verme ve bunun sonucu olarak adli yargının uyuşmazlığı çözmekle görevli olma ihtimali azalmaktadır.

Bergoend kararından önce, re'sen icranın idarenin görev ve yetkileriyle bağdaşmayacak şekilde temel hak ve özgürlükleri veya mülkiyet hakkını ihlal ederek gerçekleşmesi, fiili yolun oluşması için yeterliyken bundan sonra re'sen icranın fiili yol oluşturması için idarenin kararını icrası sırasında, bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlali veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir müdahalenin meydana gelmesi gerekmektedir. *Saint Just* kararıyla belirlenen re'sen icra şartları ise geçerliliğini korumaya devam etmektedir⁴⁸. Bu açıdan, söz konusu kararla belirlenen şartların eksikliği durumunda re'sen icra yine hukuka aykırı olacaktır. Ancak, re'sen icra tasarrufunun hangi hak veya özgürlüğe müdahale niteliğinde olduğuna bakılarak yargısal denetimi yapacak makam belirlenecektir. Bu bakımdan bir idari yargı makamı olan référé liberté hakiminin vereceği kararlar önem taşımaktadır. Re'sen icra tasarrufu kapsamında ihlal edilen hakkın temel hak ve özgürlüklerin dışında bir bireysel hak ve özgürlük olması durumunda, référé liberté hakiminin ihlali fiili yol olarak değerlendirilerek görevsizlik kararı vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹.

II. TÜRK HUKUKUNDA FİİLİ YOL OLUŞTURAN UYGULAMALAR

Fiili yol olarak nitelenecek eylemin, idarenin özel hukuka tabi işlemlerinden doğan bir eylem olmaması gerekmektedir. İdarenin bireylerle girdiği özel hukuk ilişkileri sonucu başvurduğu eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, ilişkinin hukuki mahiyeti gereği adli yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Örneğin, idarenin

⁴⁸ Romieu tarafından *Société Immobilière de Saint Just* kararında belirlenen re'sen icra şartları şu şekildedir: 1. Re'sen icra yetkisi kanunda düzenlenmiş olmalıdır. 2. Kanunda re'sen icra yetkisi düzenlenmemişse acil bir durum söz konusu olmalıdır. 3. İlk iki şartın yokluğunda karar alma yetkisi kanunda yer almalı, idareye uygulama yetkisi verilmemiş olmalı ve birey idari kararın gereğini yerine getirmemiş olmalıdır. Ayrıca kanunda bireyin ihmali veya direnişi için yaptırım öngörülmemiş olmalıdır. 4. Re'sen icra ölçülü olmalıdır. TC, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, in **GAJA**, 2009, N°: 10, s. 62 vd.; Ayrıca bkz. YILDIZ, Hayrettin, **İdarenin Re'sen İcra Yetkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 101 vd; DELVOLVE, 2013, s. 1041.

⁴⁹ DELVOLVE, 2013, s. 1042.

artık ihtiyaç duymadığı bir aracı elden çıkarmasına ilişkin işlemlerinden veya idarenin ihtiyaç duyduğu bir malı satın alması gibi işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir. Bu gibi durumlarda, adli yargı idarenin sorumluluğuna hükmederken fiili yol teorisinden dolayı değil, özel hukuk ilişkisinden dolayı haksız fiil sorumluluğu, kusursuz sorumluluk veya sebepsiz zenginleşme gibi kurumlara dayanarak karar vermektedir⁵⁰. Bu açıdan, fiili yolun konusunu teşkil eden eylemin idarenin özel hukuk ilişkisi kapsamında başvuru bir eylem değil, kamu gücünün kullanılması sonucu başvuru bir eylem olması gerektiği ifade edilmektedir⁵¹. Ancak, fiili yolda kullanılan kamu gücü bir haksız fiil biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Fiil yolun Türkiye uygulamasında, yargı kararlarında iki temel özelliğin ön plana çıktığı gözlemlenmektedir. Bunlardan biri fiili yolun yargı makamları tarafından bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi (A), diğeri fiili yol uyuşmazlıklarının daha ziyade kamulaştırmaz el atma eylemlerinden dolayı meydana gelmesidir⁵² (B). Bununla beraber, yasa koyucunun kendisi de bir haksız fiil teşkil eden kamulaştırmaz el atma⁵³ eylemlerinden doğan uyuşmazlıklara özel bir önem atfettiği ve bu uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda, nasıl çözüleceğine yön vermeye çalıştığı görülmektedir. Bu yüzden, çalışmanın devamında idarenin haksız fiilinden doğan uyuşmazlıklar ile kamulaştırmaz el atma fiilinden doğan uyuşmazlıkların ayrı ayrı incelenmesinin daha uygun olduğu düşünülmüştür.

⁵⁰ KAPLAN, 2007, s. 894.

⁵¹ KAPLAN, 2007, s. 893.

⁵² KUTLU, Meltem, **Kamulaştırma Hukuku**, 2. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 381; AVCI, Mustafa, “Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, **International Conference On Eurasian Economies**, Yıl: 2014, (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017), s. 4 ; ŞEKER, 2010, s. 114 vd.; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 5.5.2014, E. 2014 / 462, K. 2014/514; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı T. 19.12.2011, E. 2011/228 K. 2011/296 (<http://kararlar.uysuzmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁵³ Oğurlu, kamulaştırmaz el atmaya fiili yolun özel bir türü olarak nitelemektedir. OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda “Fiili Yol” ve Yargısal Denetimi”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Yıl:6, 2003, s. 63.

A. Genel Olarak İdarenin Haksız Fiillerinden Doğan Uyuşmazlıklar

Fiili yolun, hukukumuzda daha ziyade haksız fiil şeklinde algılandığı dikkat çekmektedir⁵⁴. Nitekim, fiili yolun esasını belirleyen 1959 tarihli Yargıtay kararında da fiili yol değil, “haksız fiil” kavramının tercih edildiği görülmektedir⁵⁵. Yargıtay, idarenin yetkisi dışına çıkarak verdiği zararı, haksız fiil kapsamında değerlendirerek karar vermektedir. Karara göre, idarenin kanuna dayanan bir yetkisi olmaksızın aldığı kararlar ve bu kararların uygulanması sonucu başvurduğu fiiller, haksız fiil teşkil etmektedir⁵⁶. Bu açıdan teorinin Türk yargısı tarafından uygulanış şeklinin Türkiye’ye özgü olduğu ileri sürülmüş, adli yargı hakiminin, idare hukukunun spesifik bir alan olmasından dolayı ve konuya tam hakim olmamasından ötürü, teorinin sınırlı olarak uygulandığı dile getirilmiştir⁵⁷.

İdarenin haksız fiilinin, bireyin sadece mülkiyet hakkına değil, diğer hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olması halinde de fiili yolun meydana geldiği kabul edilmektedir⁵⁸. Fiili yol durumunda, idarenin hukuka aykırı eyleminden dolayı idarenin fiili ile icra etmesi gerektiği kamu hizmeti arasındaki bağ kopmakta ve idare, şahsi kusurundan dolayı haksız fiilde bulunmuş birey gibi adli yargı tarafından yargılanmaktadır⁵⁹. Fiili yol halinde idarenin eylemi kamusal olmaktan çıkmakta ve bir

⁵⁴ İdarenin haksız fiil teşkil eden eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, adli yargının görev alanına girmektedir. Bkz. ESİN, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, Birinci Kitap: Usul, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1976, s. 166.

⁵⁵ Yargıtay İBGK Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/18 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁵⁶ “İdarenin, taşınmaz mala, yasal bir yetki ve bir kamu hizmetine tahsis olmaksızın el atması kamulaştırmasız el atma niteliğinde değil fakat özel hukuka tabi bir haksız fiil niteliğindedir”. AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 51 ve 54.

⁵⁷ ŞEKER, **2010**, s. 106-107.

⁵⁸ Bununla beraber uygulamada kamulaştırmasız el atma fiillerinin de birer haksız fiil olarak kabul edildiğini belirtmek gerekmektedir. “Kamulaştırmasız el atmada taşınmaza idarenin müdahalesi bir idari karara dayanmadığından yapılan müdahale bir idari eylem olmayıp haksız eylem niteliğindedir.” Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 26.02.1990, E. 1990/5, K. 1990/4 (Nakleden-TARHANLI, İftar B., “Uyuşmazlık Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma”, **İHİD**, Yıl: 1990, C.11, S.1-3, s. 46; ONAR, **1966**, s. 1669.

⁵⁹ ONAR, **1966**, s. 1675; ŞEKER, **2013**, s. 107.

haksız fiile dönüşmektedir⁶⁰. Bu durum, idarenin ayrıcalıklarının ortadan kaldırmakta ve bir yaptırım olarak adli yargıya tabi kılınması sonucunu doğurmaktadır⁶¹. Sarıca'ya göre, “*fiili yol halinde meydana gelen aykırılık o kadar açık, önemli ve vahimdir ki, idari fonksiyon ve kamu hizmeti ile arasındaki hukuki bağ kalkar ve fiili bir durum oluşur*”⁶².

Her ne kadar hukukumuzda fiili yolun genel olarak idarenin bireylerin hak ve özgürlüklerine hukuka aykırı bir biçimde müdahale etmesi sonucu gerçekleştiği kabul edilse de, yargı kararlarında bir idari işleme dayalı olmadan eylemlere başvurulması⁶³, eylemin kamu hizmeti ile ilişkilendirilememesi⁶⁴, kamu hizmeti ile idarenin fiili arasındaki bağın kopması⁶⁵, idarenin yetki alanının dışına çıkması⁶⁶ gibi kıstasların da

⁶⁰ VEDEL, George / DELVOLLE, Pierre, **Droit Administratif**, 10 b., PUF, Paris, 1988, s. 152.

⁶¹ İdari icranın bu şekilde idari niteliğini kaybederek alelade hukuka aykırı bir eyleme dönüşmesi Fransız hukukunda bozulma teorisi (*théorie de dénaturaiton*) olarak nitelendirilmiştir. FALGAS, **2015**, s. 20; DEBBASCH / RICCI, **2001**, s. 253; AUGUSTIN, **2016**, s. 3 (www.revuegeneraledudroit.eu – Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017); Kaplan, fiili yolun denetiminin adli yargıya bırakılmasının nedeninin, adli yargının sahip olduğu yargılama teknikleri ve başvurabileceği yaptırımlar dolayısıyla kendisine duyulan güven ve buna karşın bireyi korumak konusunda yetersiz kalacağı düşünülen idari yargıya karşı duyulan güvensizlik olduğunu ileri sürmektedir. Yazar ayrıca, idari yargının, idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesine karşı etkisiz ve çaresiz kalmasının, fiili yolun denetiminin adli yargı tarafından yapılmasına bir anlamda meşruiyet kazandırdığını belirtmektedir. KAPLAN, **2016**, s. 909.

⁶² SARICA, **1949**, s. 383.

⁶³ “Tazmini istenen zararın, kamu görevlilerinin haksız fiil teşkil eden ve hiçbir idari işleme girişilmeden ya da davacıya bir işleme dayalı olmadan davacıya ait mermer ocağına girilerek izinsiz taş alınmak suretiyle meydana geldiği ve ocaktan taş alınması veya dinamit patlatılmasının plan ve projeye bağlı olmadığı dosyadaki belgelerden anlaşılacakla, mülkiyete ilişkin ve kamu görevlilerinin haksız fiil teşkil eden hareketlerinden doğan zarar, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde dava konusu edilmelidir.” Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 17.01.1983, E. 1982/12, K. 1983/10 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 24 Haziran 2018); Ayrıca bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 20.02.1989, E. 1989/4, K. 1989/5 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 24 Haziran 2018); Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 02.02.1957, E. 1956/119, K. 1957/1 (Nakleden-AYANOĞLU, **2004**, s. 119).

⁶⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararı, T. 17.03.2003, E. 2002/12690, K. 2003/3012: “Davalı belediyenin, işlem ve eylemlerinin, kural olarak kamusal nitelik taşıdığı açıktır. Bu nedenledir ki, işlem ve eylemlerinin, kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi asıldır. Hiçbir biçimde kamu hizmeti ile bağdaştırılamayacak, eylem ve işlemler, bu kabullerin dışındadır. Ki, çoğunlukla bunun örnekleri, “fiili yol” olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere; yargı kararlarının uygulanmaması, kamulaştırmasız veya yetkili makamların izni alınmaksızın el atma gibi hallerde; kamu hizmeti ile eylem veya işlem arasında bulunması gereken bağ kesilmektedir”. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁶⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 07.04.2008, E. 2007/186, K. 2008/88: “Bu anlamda olmak üzere; yargı kararlarının uygulanmaması kamulaştırmasız veya yetkili makamların izni alınmaksızın el atma gibi hallerde; kamu hizmeti ile eylem veya işlem arasında bulunması gereken bağ kesilmektedir.

haksız fiilin ve fiili yolun tespitinde kullanıldığı dikkat çekmektedir. Ayrıca uygulamada fiili yolun, daha çok yasanın açık izinleri dışında, genellikle idarenin zor kullanırken uyması gereken usullere uymamasından kaynaklanan usul hataları şeklinde belirttiği ifade edilmektedir⁶⁷.

İdarenin kamu hizmetinin yerine getirilmesi veya bir kararın icrası sırasında da haksız fiilde bulunması mümkündür. Uyuşmazlık Mahkemesi de bu tür işlemler sırasında idarenin, bireylerin haklarını ihlal edebileceğini dile getirmektedir. Yargı kararlarında, idarenin bireyin özel mülkünde hafriyat çalışmaları yapması⁶⁸, idarenin ilgili plana uymadan yaptığı yol nedeniyle bireyin tarlasının sulanmasına engel olması⁶⁹, idarenin plan ve projelere aykırı hareket etmesi⁷⁰ gibi fiiller birer haksız fiil olarak değerlendirilmektedir.

Fiili yol konusunda adli yargıcın yetkilerinin geniş olduğu görülmektedir. Adli yargıç, fiili yolun mevcut olup olmadığını, içeriğini, esasını, sonuçlarını tespit edip gerekli tedbirlere karar verebileceği gibi, haksız fiil teşkil eden eylemlerin durdurulmasına ve meydana gelen zararın idare tarafından tazmin edilmesine de karar verebilmektedir⁷¹. Fiili yol durumunda, adli yargı makamları idarenin sorumluluğuna hükmederken idari sorumluluğun ilkelerini değil, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğu, sebepsiz zenginleşme gibi sorumluluk ilkelerini uygulamaktadır⁷².

Ayrıksı ve sınırlı sayıdaki bu örneklerde olduğu gibi, eylem veya işlemlerin, kamu hizmeti çerçevesinde tutulma olanağı kalmamakta ve çoğunlukla kasti nitelikteki bu eylemler ilgililerinin de kişisel sorumluluklarını gerektirmektedir. Somut olayda saptanan ve benimsenen olgular, kamu hizmetinin eksik veya yetersiz yapıldığını göstermektedir. Ancak, bu olgular yukarıda açıklandığı üzere, fiili yol boyutunda ve hizmet ile bağı keser düzeyde değildir.” (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 24 Ekim 2017).

⁶⁶ Danıştay 12. Dairesinin kararı, T. 02.10.1974, E. 1971/3506, K. 1974/2199 (Nakleden-AYANOĞLU, **2004**, s. 131).

⁶⁷ OĞURLU, **2003**, s. 61.

⁶⁸ Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 23.03.1987, E. 1986/51, K. 1987/9 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 24 Haziran 2018).

⁶⁹ Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 26.02.1990, E. 1990/5, K. 1990/4 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 24 Haziran 2018).

⁷⁰ Yargıtay İBKG Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/18 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁷¹ KAPLAN, **2007**, s. 910.

⁷² KAPLAN, **2007**, s. 894.

Hukukumuzda fiili yolun haksız fiil olarak görüldüğü, kapsamlı bir fiili yol teorisi ve hukuki rejimi ortaya konulmadığı dikkat çekmektedir. Duran bu sonucu, Hauriou'nun “*her idari kararın re'sen icra yetkisini barındırdığı*” şeklindeki “*icrai karar*” teorisinin Türk hukuk doktrini tarafından aynen aktarılmasından esinlenen Danıştay'ın hiçbir kayıt ve şart koymaksızın idarenin genel ve olağan bir re'sen icra yetkisine sahip olduğu yanılığısı içine düşmesine bağlamaktadır⁷³. Ancak, üzerinden kayda değer bir zamanın geçtiği bu görüşün Danıştay'ın yeni kararları doğrultusunda tekrar irdelenmesi gerekmektedir. 2010 yılında verdiği kararında Danıştay, re'sen icra yetkisini kural olarak olağan bir yetki olarak nitelese de bu yetkiyi kayıtsız ve şartsız bir yetki olarak kabul etmemektedir⁷⁴. Özellikle, re'sen icra sırasında cebir kullanılmasını temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde görerek, bu durumda yetkinin kanuna dayanması gerektiğini belirtmektedir. Bununla beraber, Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıkları fiili yol olarak niteleme konusunda “çekingen”⁷⁵ davrandığını ve bu durumun bazı yazarlarca olumlu karşılandığını ifade etmek mümkündür⁷⁶. Uyuşmazlığın fiili yoldan doğduğu şeklindeki değerlendirmeler, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında görülmekte, bu uyuşmazlıklar da çoğunlukla kamulaştırmaz el atma eylemlerinden doğmaktadır. Çalışmanın devamında bu uyuşmazlıklar ele alınmaktadır.

⁷³ DURAN, 1982, s. 420; KAPLAN, 2007, s. 906; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku**, 5. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 178.

⁷⁴ Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 28.06.2010, E. 2008/6908, K. 2010/5831: “İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının doğal bir sonucu olarak, idarenin tesis ettiği işlemleri re'sen icra etme yetkisi kural olarak bulunmaktadır. İdare, tesis ettiği işlemleri, herhangi bir yargı merciine başvurup karar almaya ihtiyaç duymadan, salt sahip olduğu kamu kudretini kullanarak yerine getirmeye yetkilidir. Ancak bazı idari işlemlerin re'sen icra edilebilmesi için idarenin, işlemin muhatabı olan kişinin fiziki veya mal varlığı üzerinde cebri tedbirlere başvurması, kuvvet kullanması gerekebilir. İşte bu tür sonuçlar doğuran idari işlemleri uygulayabilmek için kural olarak idarenin re'sen cebri icra yetkisi bulunmamaktadır. Zira idarenin cebir kullanması Anayasa tarafından güvence altına alınan kişi hürriyetine ve mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelir. Böyle bir müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayacak yegane şart ise idareyi bu yönde açıkça yetkilendiren bir yasanın varlığı halidir.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21.08.2017).

⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK / TAN, 2012, s. 178.

⁷⁶ KAPLAN, 2007, s. 890.

B. Kamulaştırmasız El Atma Fiilinden Doğan Uyuşmazlıklar

Fiili yolun hukukumuzda görülen ikinci özelliği, bu hukuka aykırılığın daha ziyade kamulaştırmasız el atma şeklinde meydana gelmesidir⁷⁷. Kamulaştırmasız el atma, hukuki ve fiili olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Hukuki el koyma, idarenin yasaların verdiği yetkiye dayanarak uygulama imar planları yoluyla bireyin mülkiyet hakkına müdahalesi ile gerçekleşirken, fiili el atma herhangi bir yasal dayanak olmaksızın bireyin mülkiyet hakkına müdahalesi şeklinde gerçekleşmektedir⁷⁸. Fiili yol olarak nitelendirilen kamulaştırmasız el atmanın fiili el atma şeklinde meydana geldiği kabul edilmektedir. Bu çalışmada fiili el atma üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda fiili kamulaştırmasız el atma, idarenin usulüne uygun bir kamulaştırma kararı olmaksızın özel bir mülkiyette bulunan bir taşınmazı, kamu hizmetine tahsis ederek malikin mülkiyet hakkını kısmen ya da tamamen ortadan kaldırması şeklinde tanımlanabilir⁷⁹. Örneğin, asliye hukuk mahkemesi tarafından verilmiş – kamulaştırılmak istenen taşınmaza ilişkin – bir tescil kararı olmaksızın idarenin kamulaştırma işlemlerine girişmesi, fiili kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Uyuşmazlık Mahkemesi de, Devlet Su İşleri Müdürlüğü'nce dere yatağının değiştirilmesi sonucu bireyin özel mülkiyetindeki taşınmazın su altında kalmasını, kamulaştırmasız el atma şeklinde gerçekleşen bir haksız fiil olarak değerlendirmektedir⁸¹.

⁷⁷ KUTLU, 2012, s. 381; AVCI, 2014, s. 4. (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017); ŞEKER, 2010, s. 114 vd.; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 5.5.2014, E. 2014 / 462, K. 2014/514; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı T. 19.12.2011, E. 2011/228 K. 2011/296 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁷⁸ YALÇINDURAN, Türker, “6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler ile Hukuki ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, **AÜHFD**, Yıl: 2017, C. 2, S. 66, s. 493.

⁷⁹ KUTLU, 2012, s. 381; GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 277; TARHANLI, 1990, s. 41; ŞEKER, 2010, s. 115; KAPLAN, Gürsel, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2012, S. 99, s. 127.

⁸⁰ ŞEKER, 2010, s. 135.

⁸¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 24.12.2001, E. 2001/109, K. 2001/116 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 26 Haziran 2018).

Kamulaştırmaz el atmadan dolayı açılacak davaların kural olarak adli yargıda görülmesi gerekir⁸². Kamulaştırmaz el atma konusundaki uyuşmazlıklarla ilgili esaslar, 1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla belirlenmiştir. Söz konusu kararında Mahkeme, taşınmazına kamulaştırmaz olarak el atılan malikin, mülkiyet hakkının devam ettiğine, bu yüzden malikin dilerse idare aleyhine men'i müdahale davası açabileceğine, ancak kamulaştırmaz olarak işgal edilen taşınmazın yola dönüştürülmüş olması sebebiyle men'i müdahale kararının yerine getirilmesinde güçlüklerle karşılaşılacağından, yine malikin dilerse mülkiyet hakkını idareye devredebileceğine ve karşılığında taşınmazın bedelini dava yoluyla idareden isteyebileceğine ve son olarak mülkiyet hakkı devam ettiğinden dava açma hakkının zamanaşımına uğramayacağına hükmetmiştir⁸³. Yargıtay'ın kararla getirdiği çözümün tazminat ve men'i müdahale davası açmak şeklinde iki seçenekten oluştuğu görülmektedir⁸⁴. Ayrıca, dava açma hakkının zamanaşımına uğramaması bakımından, öngörülen prosedürün, idari yargılama usulündekinden farklı olduğu göze çarpmaktadır.

Yargıtay'ın çözümü tatmin edici bulunmadığından, yasa koyucu tarafından, 5 Ocak 1961 tarih ve 221 Sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından

⁸² “İstimlâksiz el atma halinde, amme teşekkülü İstimlak Kanunu'nun uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir”. Yargıtay İBGK Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/15 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁸³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, T. 16.05.1956, E. 1956/1, K. 1956/6: “Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibarıyla, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine meni müdahale davası açmağa hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna 16.5.1956 tarihinde ilk toplantıda ittifakla karar verildi.” (<http://www.turkhukusitesi.com>- Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

⁸⁴ Gözler'e göre Yargıtay'ın söz konusu kararı eleştiriye açıktır. Gözler, kamulaştırmaz el atmaya “alelade kamulaştırmaz el atma” ve “bayındırlık eserlerinin inşası nedeniyle kamulaştırmaz el atma” şeklinde ikiye ayırmakta ve Yargıtay'ın kararını ikincisi bakımından yanlış bulmaktadır. Yazar, bayındırlık eserinin inşası halinde, söz konusu eser hakkında men'i müdahale kararı verilmemesi gerektiğini ifade etmekte ve malikin yalnızca tazminat talebinde bulunabilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz üzerinde bayındırlık eseri inşa edilmişse, mahkeme tarafından arazi sahibine uygun bir bedel ödenmesine ve arazinin mülkiyetinin idareye geçmesine karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 996.

Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile kamulaştırmaz el atma nedeniyle doğan uyuşmazlıklar için yeni bir düzenleme getirilmiştir. Kanun'un 1. maddesine göre, 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 9 Ekim 1956 tarihine kadar, Kamulaştırma Kanunu'nun göz önünde tuttuğu amaçlara, kamulaştırılmaksızın fiilen tahsis edilmiş taşınmazlar kamulaştırılmış sayılmaktadır⁸⁵. Kanun, 1956 yılından önceki uyuşmazlıklara çözüm getirdiği için bu tarihten sonraki uyuşmazlıklara, yine 1956 tarihli YİBK'nın uygulanmasına devam edilmiştir.

Yasa koyucu daha sonra 08.11.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesiyle dava açma süresini yirmi yıllık bir zamanaşımına bağlamış, ancak bu hüküm de Anayasa Mahkemesi'nin 2003 yılında somut norm denetimi yoluyla verdiği karar ile iptal edilince⁸⁶, yürürlükte kamulaştırmaz el atma halini düzenleyen bir kanun kalmamıştır⁸⁷.

Yasa koyucu son olarak 18 Haziran 2010 tarihli ve 5999 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na, Geçici 6. maddeyi ekleyerek kamulaştırmaz el atma ile ilgili kapsamlı ve ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. "*Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti*" başlıklı Geçici 6. maddenin 1. fıkrasına göre,

"Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde

⁸⁵ 221 sayılı Kanun Madde 1: "6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır".

⁸⁶ AYM Kararı, T. 10.04.2003, E. 2002/112, K. 2003/33, RG. 04.11. 2003 – 25279 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21 Nisan 2018)

⁸⁷ KAPLAN, 2012, s. 139.

hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır”.

Düzenlemenin ilk halinde, kamulaştırmatsız el atma nedeniyle sadece bedel talebi yapılabilirken, Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılındaki iptal kararıyla⁸⁸ mülkiyet hakkının korunmasını da sağlayan tescil ve terkin gibi davaların açılması imkanı doğmuştur. Böylelikle malikin istihkak ve men'i müdahale davası açmasına izin verilmediği yönündeki eleştiriler⁸⁹ bir ölçüde giderilmiştir⁹⁰. Bahsi geçen taleplere ilişkin davalar, bir dava açma şartı olarak düzenlenen ve İYUK'un 13. maddesindeki “ön karar” müessesesi ile benzerlik gösteren⁹¹ uzlaşma yolu denendikten ve uzlaşma sağlanamadıktan sonraki üç aylık bir süre içerisinde açılacaktır (Geçici 6. madde fıkra 2 vd).

5999 sayılı Kanun'la (Geçici 6. madde) 9.10.1956 ve 4.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmatsız el atmalar için geçerli olan düzenleme, daha sonra yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi ile 1983 yılından 2026 yılına kadar yapılan ve yapılacak olan kamulaştırmatsız el atmaları da aynı kapsama almaktaydı⁹². Ancak 6111 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılında verdiği kararla hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş⁹³ ve bunun sonucunda 1956 tarihli YİBK uygulamasına geri dönmek

⁸⁸ Kararla sadece tazminat davası açılabilmesine ilişkin hüküm iptal edilmiştir. AYM Kararı, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

⁸⁹ Söz konusu düzenleme Yelço tarafından hukuksuzluğun kanunu olarak nitelenmekte ve hukuk güvenliği, eşitlik, hak arama özgürlüğü gibi birçok ilkeye aykırı olduğu ileri sürülmektedir. YELÇO, Mehmet Fatih, “Hukuksuzluğun Yükselişi – Kamulaştırmatsız Kamulaştırma – 6487 sayılı Torba Kanun Madde 21 ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2013, C. 87, S. 4, s. 572.

⁹⁰ AVCI, 2014, s. 5; TURHAL, Erhan, “Kamulaştırmatsız Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2016, S. 7, s. 116.

⁹¹ KAPLAN, 2012, s. 143.

⁹² İptal edilen hüküm: 13 Şubat 2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun Geçici 2nci maddesi: “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6nci maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmatsız el koyma işlemlerine de uygulanır*”.

⁹³ AYM Kararı, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169: “Kuralla, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 15 yıl boyunca 2026 yılına kadar idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmatsız el atma yoluyla müdahalesine yol açılmaktadır. Böylece idareler kamulaştırma yapmak yerine, hukuka aykırı olarak el atmak suretiyle taşınmazları elde edebileceklerdir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi

zorunda kalınmıştır⁹⁴. 9.10.1956 ve 4.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaları el atmalara 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesinin uygulanmasına devam edilecektir⁹⁵. Geçici 6. maddede getirilen sınırlamalar (uzlaşma yoluna başvuru zorunluluğu, taksitle ödeme, vekalet ücretinin maktu olarak belirlenmesi vs.) 4.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaları el atmalara uygulanamayacak⁹⁶ ve bu konularda 16.05.1956 tarihli YİBK'da varılan esaslar uygulanacaktır. Uyuşmazlık Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında, belediyenin ilgilinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın 1.179,06 metrekarelik alanını kamulaştırma işlemi yapmaksızın yola dönüştürmesini mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiş ve "Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen usul ve yöntemlere uygun idari nitelikte uygulama işlemleri yapmaksızın dava konusu taşınmazın bir kısmına fiilen el atılarak yol ve kaldırım çalışması yapılması karşısında idarenin bu eyleminin kamulaştırmaları el atma niteliğini taşıdığı açıktır" diyerek 1956 tarihli YİBK'da varılan esasları uygulamıştır⁹⁷.

Hukuki el atmalara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü idari yargının görev alanına girmekteyken, fiili el atmalara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü adli yargının görev alanına girmektedir⁹⁸. Yargıtay da hukuki el atma durumunda idarenin verdiği zararı

zedeleneceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez." (<http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

⁹⁴ YALÇINDURAN, 2017, s. 509-510.

⁹⁵ Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 03.03.2014, E. 2013/21253, K. 2014/5585: "5999 ve 6487 sayılı Yasalarda düzenlenen ve Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6. madde, bir tasfiye yasasıdır. 09.10.1956-04.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaları el atılan taşınmazlarla ilgili olarak açılacak davalarda uygulanacak usul ve esaslara ilişkin hükümler içerdiğinden daha sonraki uyuşmazlıklara uygulanamayacaktır". (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21 Nisan 2018)

⁹⁶ Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 12.04.2017, E. 2017/18672, K. 2017/10548 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21 Nisan 2018); Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 03.03.2014, E. 2013/21253, K. 2014/5585; "Fiilen el atmanın mevcut ve el atmanın 09.10.1956-04.11.1983 tarihleri arasında olduğunun tespiti halinde uzlaşmanın, yukarıda sözü edilen Yasa uyarınca dava şartı olduğundan bahisle davanın reddi, el atmanın 04.11.1983 tarihinden sonra gerçekleştiğinin anlaşılması durumunda ise işin esası hakkında olumlu-olumsuz hüküm tesisi" gerekmektedir. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21 Nisan 2018)

⁹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.11.2013, E. 2013/556, K. 2013/1536 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 23 Ekim 2017)

⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.03.2013, E. 2012/313, K. 2012/326, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 21 Nisan 2013).

“idari işlem veya eylemden doğan zarar” olarak nitelemekte ve uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁹.

Kamulaştırmасız el atmanın idarenin bir kararını icra etmesi sırasında gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin, idarenin, asfalt yol yapımı sırasında, herhangi bir kamulaştırma işlemine girişmeden yolu bireyin taşınmazından geçecek şekilde yapması durumunda, kamulaştırmасız el atmanın meydana geldiği kabul edilmektedir¹⁰⁰. Yol yapım kararı hukuka uygun olsa bile idare, kararın gereğinin yerine getirilmesi sırasında, bireyin taşınmazına kamulaştırmасız el atarak hukuk dışına çıkmaktadır. Bu bakımdan, idare tarafından hukuka uygun olarak başlanan ve yerine getirilmekte olan icra faaliyeti, hukuka aykırı bir haksız fiile dönüşmektedir. Bu nedenle, kamulaştırmасız el atma eylemi icra faaliyeti sırasında gerçekleşen bir haksız fiil olarak ortaya çıkmakta ve idarenin özel hukuk sorumluluğuna yol açmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin yakın zamanda verdiği bir kararda da ilgilinin bahçesinden su borusu hattı geçirilmesi bir kamulaştırmасız el atma fiili sayılmış ve “yapılan işlerin plan veya projeye aykırı olarak yapılması hali” idari karara aykırı bir haksız fiil olarak değerlendirilerek uyuşmazlığın adli yargıda görülmesine karar verilmiştir¹⁰¹.

⁹⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 30.09.2013, E. 2013/8649, K. 2013/12427 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- 21 Nisan 2018); Bununla birlikte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2010 yılında verdiği kararında, bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el konup tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukukten kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmadığı, her ikisinin de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurduğu ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay HGK Kararı, T. 15.12.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651 (<http://emsal.yargitay.gov.tr> - Erişim Tarihi: 27 Temmuz 2018); Bu taşınmazlar için 2010 tarihli Yargıtay HGK kararı doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesi talep edilebilecek ve bu talepler Uyuşmazlık Mahkemesi kararları gereğince idari yargıda ileri sürülebilecektir. YALÇINDURAN, 2017, s. 507-508.

¹⁰⁰ Davalı İdarenin üzerinden asfalt dökülerek ve yol yapılmak suretiyle dava konusu taşınmaza kamulaştırmасız el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkında Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 26.10.2015, E. 2015/749, K. 2015/746 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2018).

¹⁰¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 19.12.2011, E. 2011/188, K. 2011/278 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 15 Haziran 2018); Benzer yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 01.03.2010, E. 2009/62, K. 2010/37 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 15 Haziran 2018); Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 20.02.2017, E. 2016/622, K. 2017/27 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 15 Haziran 2018).

III. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN NİTELİĞİNİ VE MEVCUDİYETİNİ ETKİLEYEN DURUMLAR

İdari işlemlerin unsurlarındaki sakatlıklar bu işlemlerin iptaline yol açabildiği gibi, idari işlem ve eylemlerin uygulanmasında izlenen hukuka aykırı usuller de bunların idari olma niteliğini değiştirebilmektedir¹⁰². Ayrıca, fiili yol idarenin faaliyetlerini yürütmesi sırasında meydana gelen ağır hukuka aykırılıklardan kaynaklansa da, mevzuat veya olayın gerçekleşme şartlarına göre kaynağındaki idari tasarrufun niteliğinin değişimi, fiili yolun niteliği ile mevcudiyetini de etkileyebilmektedir. Fiili yolun niteliğine ve mevcudiyetine etki eden bu haller, ilgilinin idari işleme aykırı hareket etmesi veya işlemin uygulanmasına engel olması durumunda “kanunda ayrı bir hukuki tedbirin öngörülmüş olması” hali (A) ile “acil durumlar”dır (B). Fransız hukukunda yargı içtihatlarıyla ortaya konmuş olan bu hallerin birincisinde, idarenin icraya yönelik hareketleri fiili yola vücut vererek uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girmesine neden olurken, ikincisinde idarenin eylemi fiili yol olmaktan çıkmakta ve uyuşmazlık idari yargının görev alanına girmektedir.

A. Kanunda Ayrı Bir Hukuki Tedbirin Öngörülmüş Olması

İdareye belli bir konuda karar alma yetkisi vermiş olan normun bireyin karara aykırı davranışı için herhangi bir yaptırım öngörmemiş olduğu hallerde, idarenin icra hareketlerine girişmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna karşın, bireyin karara aykırı davranışı için yaptırım öngörülmüş olması durumunda, idarenin icraya yönelmesi hukuki temelden yoksun bir fiili yol haline gelmektedir¹⁰³. Böyle bir durumda idare hem kamu yararını gerçekleştirmek üzere kendisine yetki veren kanuna aykırı hareket etmiş olmakta, hem de bireyin karara aykırı davranmasından dolayı yaptırım uygulamak yerine, doğrudan icraya başvurarak bireyin hak ve özgürlüğünü veya mülkiyet hakkını ihlal etmiş olmaktadır¹⁰⁴. Örneğin, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, *Flavigny*¹⁰⁵

¹⁰² OĞURLU, 2003, s. 59.

¹⁰³ Jean Romieu, “Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, Sté immobilière de Saint-Just”, (<http://www.lexinter.net> - Erişim Tarihi: 30 Mart 2017), s. 5; Mevzuatın idari karara aykırı davranış için hem yaptırım hem de kararın uygulanmasını öngörmüş olduğu durumda ise fiili yolun oluşmayacağı kabul edilmelidir.

¹⁰⁴ ŞEKER, 2010, s. 84.

kararında, 1938 tarihli Kanun'da cezai yaptırım öngörülmüş olduğu halde idarenin uygulama ameliyesine girişmesini, fiili yol olarak değerlendirmiştir. Bireyin, idarenin kararına aykırı davranması hali için mevzuatta cezai yaptırım gibi ayrı bir hukuki tedbirin öngörülmüş olduğu hallerde, idarenin yaptırımı uygulamak yerine kararını icraya yönelmesinin hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir¹⁰⁶.

Buna karşın, kanun idareye işlem tesis etmesi konusunda yetki vermiş ancak yaptırım öngörmemiş ise idarenin işlemin uygulanması için harekete geçebileceği ifade edilmektedir. Bu durumda, idarenin icraya yönelik davranışları fiili yol olarak değerlendirilmemektedir. Bu açıdan, her ne kadar kamulaştırmamız el atma fiilleri fiili yol olarak değerlendirilmekteyse de Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi idareye bu konuda yetki veren 11 Ekim 1945 tarihli Ordonans'a dayalı olarak yapılan kamulaştırmamız el atma eylemini yaptırım öngörmemiş olması nedeniyle fiili yol olarak görmemiştir¹⁰⁷. Conseil d'Etat'nın *Commune de Triconville*¹⁰⁸ kararında da benzer bir vurgu yapılmış ve kanunda ayrı bir hukuki tedbir veya yaptırımın öngörülmemiş olması durumunda, idarenin başvurduğu uygulama ameliyelerinin fiili yol oluşturmayacağına karar verilmiştir.

Fiili yolun dönüşümünün ele alındığı bölümde de temas edildiği üzere, *Bergoend* kararıyla beraber idarenin tasarrufunun fiili yola vücut verebilmesi için, bir kararın veya icrasının idareye verilen görev ve yetkilerle örtüşmeyecek şekilde bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlaline yol açması veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak nitelikte bir müdahale biçiminde gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Fiili yolun, yeni tanımında

¹⁰⁵ TC, 27 Kasım 1952, *Flavigny*, Rec. 643.

¹⁰⁶ MOURGEON, Jacques, **La répression administrative**, Paris: LGDJ, 1967, s. 215; Ancak, bu ifade eleştiriye açıktır. Blaquièr'e göre mevzuatta öngörülen yaptırımın caydırıcı olmaması halinde idarenin re'sen icraya başvurabileceğinin kabul edilmesi gerekir. BLAQUIERE, Benjamin, "L'exécution forcée par la voie administrative des lois dépourvues de sanction: une nouvelle lecture de la décision Société immobilière de Saint-Just", **Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, N° 4 Lextenso, (2018), s. 1047.

¹⁰⁷ TC, 12 Mayıs 1949, *Dumont*, Rec. 596, RDP, 1949.371, note Waline. (GAJA, N°: 48, s. 294).

¹⁰⁸ CE, 12 Mart 1909, *Commune de Triconville*, Rec. 275, concl.Chardenet; 17.03.1911, Abbé Bouchon, Rec. III, concl. Blum (Nakleden-DE LAUBADERE, André, **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 5.Baskı, L.G.D.J., Paris, 1970, s. 285).

¹⁰⁹ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911, au Lebon ; AJDA 2013, s. 1245 (<https://www.legifrance.gouv.fr> – Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2018); KAPLAN, 2016, s. 89.

yaptırım şartının öngörülmesi olması bakımından yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, yaptırım öngörülmesi olduğu halde idarenin icra tasarrufunun fiili yola vücut vermesi için idarenin söz konusu icra tasarrufuyla bireyin bireysel hak ve özgürlüklerinden birini ihlal etmesi veya onu mülkiyetinden yoksun kılacak derecede ağır olması gerekmektedir. Örneğin *Flavigny*¹¹⁰ kararında olduğu gibi yaptırım öngörülmesi olduğu halde bireyin konutuna el konmasının fiili yol olarak değerlendirilmeye devam edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu nedenle, yaptırımın varlığı durumunda idarenin yaptırım uygulamak yerine doğrudan icraya yönelmesi hukuki temelden yoksun bir müdahale olduğundan fiili yol olarak değerlendirilmektedir. Ancak fiili yolun meydana gelebilmesi için, yaptırımın varlığına rağmen başvurulmuş uygulama ameliyesi sonucunda ilgilinin bireysel hak veya özgürlüğünün ihlali veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir müdahalenin varlığının söz konusu olması gerekmektedir. Yaptırımın varlığına rağmen idarenin icraya kalkışması, idarenin kanuna aykırı hareket etmesi anlamına geldiğinden ayrıca kanuna saygı ilkesinin de ihlali sonucunu doğurmaktadır.

B. Acil Durumlar

Acil durum kavramının yakın tehlikeyi, ani ve ağır tehdit halini ve giderilmesi güç zarar doğuracak halleri kapsadığı ifade edilebilir¹¹¹. Aciliyet halinin varlığı durumunda, idarenin yetkileri nitelik değiştirmekte ve idare yetkili olmadığı alanlarda işlem tesis edebilmektedir. Acil durumun varlığı, idarenin yetkilerinin genişlemesine yol açmaktadır. Bu bakımdan, aciliyet halinin kendi hukukunu doğurduğu ileri sürülmüştür¹¹². İdarenin müdahalede bulunma yetkisinin olmadığı durumlarda dahi gerekli tedbirleri almak üzere harekete geçmesi aciliyet hali gerekçesiyle hukuka uygun

¹¹⁰ TC, 27 Kasım 1952, *Flavigny*, Rec. 643, (GAJA, N° 48, s. 294).

¹¹¹ ŞEKER, 2010, s. 34.

¹¹² LEFEBURE, Marcus, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, LGDJ, Paris, 1961, s. 170.

kabul edilmektedir¹¹³. Bu durum, Roma hukukunda “zaruret halinde caiz olmayana müsaade edilir”¹¹⁴ (*Propter necessitatem illicitum efficitur*) deyişiyile ifade edilmiştir.

Aciliyet hali, fiili yol üzerinde de benzer bir etkiye sahiptir. Fiili yolun idari eylemin niteliğini bozarak onu alelade bir haksız fiile dönüştürdüğüne daha önce değinilmişti. Aciliyet hali, bu bozulma teorisini bertaraf ederek idari eylemin idari niteliğini devam ettirmesini sağlamaktadır. Bu durumda, idarenin re'sen icra kapsamında başvurduğu eylemler bir bireysel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşısa bile fiili yol meydana gelmemektedir. Fiili yol hali, ortadan kalktığı için doğacak uyuşmazlığa da adli yargı bakamamaktadır¹¹⁵. Ancak bu sonuç, hakkı ihlal edilen kişinin hakkını talep edemeyeceği veya idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Yalnız, zararın giderilmesine karar verecek yargı yolu değişmektedir. Birey, zararının tazmin edilmesini sağlamak üzere idari yargıya başvurabilir. İdarenin eylemi, idari niteliğini korumaya devam ettiği için, uyuşmazlık idari yargı yolunda çözüme kavuşturulur. Buna karşın aciliyet halinin yokluğu durumunda, eylem yine fiili yol oluşturmakta ve adli yargı görevli hale gelmektedir. İdare tarafından aciliyet halinin varlığına dayanılarak müdahale yapılması sonucunda, müdahalenin hukuka aykırılığı iddiasıyla dava açılması durumunda yargısal makam, somut olaydaki şartlara göre aciliyet halinin oluşup oluşmadığına karar verecektir¹¹⁶. Uyuşmazlık Mahkemesi 4 Temmuz 1991 tarihli *Associaton Maison des Jeunes et de la Culture Boris Vian* kararında, davacının kamu taşınmazından tahliyesinin fiili yol oluşturmadığını ancak acil bir durum söz konusu olmadığı halde tahliye sırasında davacıya ait mobilyaların tahrip edilmesinin fiili yol oluşturduğunu ifade etmiştir¹¹⁷. Yargıya taşınan uyuşmazlığın fiili yol olarak nitelendirilmesi, aciliyet halinin

¹¹³ MINET, Charles-Edouard, **Droit de la police administratif**, Vuibert, Paris, 2007, s.190; **GAJA**, N°: 10, s. 190.

¹¹⁴ ERDOĞMUŞ, Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Sözlüğü**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 116.

¹¹⁵ **GAJA**, N° 48, s. 295.

¹¹⁶ **ŞEKER**, 2010, s. 35.

¹¹⁷ TC, 4 Temmuz 1991, *Maison des Jeunes et de la Culture Boris Vian*, Rec. Lebon (<https://www.legifrance.gouv.fr/> - Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2018).

yokluğunu gerektirmektedir¹¹⁸. Yani, fiili yol varsa acil durumun bulunmaması gerekir¹¹⁹. Bir önceki başlık altında, ayrı bir hukuki tedbirin öngörülmesi olması durumunda idarenin icraya yönelmesinin fiili yol oluşturduğu belirtilmişti. Aciliyet halinde, ayrı bir hukuki tedbir öngörülmesi olsa bile idarenin müdahalesinin fiili yola vücut vermeyeceği kabul edilmektedir¹²⁰. Uyuşmazlık Mahkemesi, *Fauvel c/ Ville de Redon*¹²¹ kararında durumun aciliyeti gereği bireye ait kamuya el konmasının, *Préfet de Corse*¹²² kararında bombalanan bir otelin güvenlik ve aciliyet gerekçesiyle mühürlenmesi tedbirinin fiili yol oluşturmadığına kanaat getirmiştir. Dolayısıyla, aciliyet hali idarenin icraya başvurmamasını mümkün kılan ve icra yetkisini genişleten bir etken olarak ortaya çıkmaktadır¹²³.

Bu bakımdan, aciliyet durumunun idarenin eyleminin fiili yol olarak nitelendirilmesini engellediği ifade edilmelidir. Bu durum, aciliyet halinde idarenin olağan zamandaki yetkilerinin kamu hizmetinin yerine getirilmesi için yetersiz kalmasından ileri gelmektedir¹²⁴. Ancak, idarenin müdahalesinin aciliyet hali dolayısıyla fiili yola vücut vermemesi halinde, bireyin zararını talep edemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. Doğan zarar bakımından, idari yargı uyuşmazlığı çözmekle görevli olmaktadır.

SONUÇ

Fiili yol teorisi, idarenin tutum ve davranışlarının idari niteliğini yitirerek birer haksız fiile dönüşmesi temeline dayanmaktadır. İdarenin haksız fiil niteliğindeki tasarruflarından doğan uyuşmazlıkların adli yargı tarafından çözüme kavuşturulması

¹¹⁸ PETIT, 1995, s. 30.

¹¹⁹ CHINOT, René, *Le privilège de l'exécution d'office de l'administration*, (Doktora Tezi), Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Paris, 1945, s. 114.

¹²⁰ MINET, 2007, s.190; GAJA, N°: 10, s. 63.

¹²¹ TC, 17 Ocak 1955, *Fauvel c/ Ville de Redon*, RPDA, 1955, N° 125 (Nakleden-DEBARY, 1960, s. 45)

¹²² TC, 21 Haziran 1993, *Préfet de Corse*, Rec. S.402; D.A. 1993, no:395; D.1994.37, note Muscatelliet, Pastora, RFDA, s.181.(Nakleden-ŞEKER, 2010, s. 35)

¹²³ ŞEKER, 2010, s. 34.

¹²⁴ ŞEKER, 2010, s. 34.

gerekmektedir. Ancak Fransız hukukunda fiil yol olarak nitelendirilebilecek müdahalelerden doğan uyuşmazlıkların çözüleceği yargı kolunun değişmesine yol açan yasal düzenlemeler yapılması, söz konusu teorinin hukuki rejiminin bir dönüşüme uğraması sonucunu doğurmuştur. Netice itibariyle, idarenin tutum ve davranışlarından kaynaklı her haksız fiilin, fiili yola vücut verebileceğini ifade etmek mümkün görünmemektedir. Öncelikle Fransız İdari Yargı Kodu'na eklenen hükümlerle idari yargıç, fiili yol olarak nitelenebilecek birçok eylemden doğan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla yetkili hale gelmektedir. Bunun dışında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi de fiili yol için yeni bir tanım getirmektedir. Yüksek Mahkeme tarafından belirlenen yeni tanımda bireyin her temel hak ve özgürlüğüne müdahale edilmesi değil yalnızca bireysel hak veya özgürlüklerine müdahale edilmesi durumunda fiili yol meydana gelmektedir. Keza mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki her davranış değil, bu hakkı ortadan kaldıracak nitelikte ağır davranışların varlığı durumunda fiili yol durumu oluşmaktadır. Bu yüzden idarenin tasarruflarının fiili yola vücut verme ihtimalinin azaldığı ifade edilebilir. Buna ek olarak, Fransız hukukunda acil durumlarda idarenin doğrudan harekete geçmesi fiili yol olarak değerlendirilmemektedir. Aciliyet hali, idarenin fiili olarak nitelendirilebilecek eylemini idari bir davranışa dönüştürerek fiili yol olmaktan çıkarmaktadır.

Türk hukukunda ise fiili yolun hukuki rejimi konusunda Yargıtay'ın 1956 ve 1959 tarihli kararlarının geçerliliğini sürdürdüğünü ifade etmek mümkündür. Buna ilaveten fiili yolun Türkiye uygulamasında fiili yol uyuşmazlıklarının çoğunlukla kamulaştırmaz el atma şeklinde meydana geldiği görülmektedir. Dolayısıyla fiili tol teorisinin yargı kararlarında sınırlı bir biçimde uygulandığı ifade edilebilir. Bu konuda, Danıştay'ın re'sen icra yetkisini idarenin kural olarak sahip olduğu bir yetki olarak görmesinin Fransız uygulamasının hukukumuzda birebir yansımaya da engel olduğu ve fiili yolun uygulanabilirliğini daralttığı dile getirilmektedir¹²⁵. Bu durum, aynı zamanda fiili yoldan doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olmasıyla da ilişkilendirilebilir. Ancak hukukumuzda adli yargının, idari yargının geliştirdiği bu kavrama sıcak

¹²⁵ OĞURLU, 2003, s. 70.

bakmamakta olduğu ve haksız fiil kavramını tercih ettiği görülmektedir¹²⁶. Bunda yargı makamlarının kararlarında fiili yol teorisine yer vermek konusunda çekingen davranmasının da etkisinin olduğu ileri sürülebilir. Son olarak teorinin, Türkiye uygulamasında farklı bir biçimde ele alınmasının Fransa'dakine benzer bir dönüşümün hukukumuzda yaşanmasına engel olduğu ifade edilebilir. Fiili yol teorisinin korunması, buna karşın fiili yoldan doğan uyuşmazlıkların hukuki denetiminin bütünüyle idari yargıya bırakılması gerektiği düşüncesi¹²⁷ karşısında, söz konusu dönüşümün gerekliliği de sorgulanabilir. Bu konuda esas olanın dönüşümün yaşanmasının veya hukukumuza aktarılmasının değil, idarenin usul dışı işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıkların denetiminde etkililiğin artırılması olduğu düşünülmektedir.

¹²⁶ OĞURLU, 2003, s. 70.

¹²⁷ KAPLAN, 2007, s. 914-915.

KAYNAKÇA

- AUGUSTIN, Thais, “La victoire du juge administratif: le nouvel équilibre de l’emprise et de la voie de fait”, **Revue Général de Droit**, Yıl: 2016, (s. 1-12).
- AVCI, Mustafa, “Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, **International Conference On Eurasian Economies**, Yıl: 2014, (s. 1-7). (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).
- AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004.
- BLAQUIERE, Benjamin, “L’exécution forcée par la voie administrative des lois dépourvues de sanction: une nouvelle lecture de la décision Société immobilière de Saint-Just”, **Revue de droit public et de la science politique en France et à l’étranger**, N° 4 Lextenso, (2018), ss. 1037-1060.
- CHAPUS, René, **Droit Administratif Général**, Tome 1, 15. Basım, Montchrestien, Paris, 2001.
- CHINOT, René, **Le privilège de l’exécution d’office de l’administration**, (Doktora Tezi), Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Paris, 1945.
- DEBBASCH, Charles, RICCI, Jean-Claude, **Contentieux administratif**, 7. Basım, Dalloz, Paris, 2001.
- DE GLINIASTY, Jeanne, “De Mme B. à Monsieur B.: La voie de fait dans l’impasse”, **Lextenso** (Les petits affiches), Yıl: 2013, S. 175, (s. 6-18).
- DE LAUBADERE, André, **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 5.Baskı, L.G.D.J., Paris, 1970.
- DEBARY, Michel, **La voie de fait en droit administratif**, LGDJ, Paris, 1960.
- DELVOLVE, Pierre, “Voie de fait: limitations et fondement”, **RFDA**, Yıl: 2013, (s. 1041-1050).
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.

- ERDOĞMUŞ, Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Sözlüğü**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.
- ESİN, Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, Birinci Kitap: Usul, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1976.
- FALGAS, Antony, **La voie de fait administrative, Recherche sur la justification d'une notion prétorienne**, Harmattan, Paris, 2015.
- FRIER, Pierre Laurent / PETIT Jacques, **Précis de droit administratif**, 4. Baskı, Montchrestien, Paris, 2006.
- GLAAB, Kerstin, **Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung, Ein deutsch-französischer Vergleich**, (Thèse pour le doctorat), Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2009.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku**, 5. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- HAMEL, Gatien, “Voie de fait: compétence du juge administratif en l'absence de dépossession définitive”, **Dalloz Actualité**, Yıl: 2018, <https://www.dalloz-actualite.fr>- Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2018. (s. 1-1).
- KAPLAN, Gürsel, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik bir Kurumu: Fiili Yol”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, C. XI, S. 1-2, (s. 887-918).
- KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2016.
- KAPLAN, Gürsel, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2012, S. 99, (s. 125-150).

KARAHANOĞULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 2. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

KUTLU, Meltem, **Kamulaştırma Hukuku**, 2. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

LE RUDULIER, Nicolas, “Voie de fait : réduction de la compétence du juge judiciaire”, **Dalloz (AJDI)**, Yıl: 2015, S. 10, (s. 704-704).

LEFEBURE, Marcus, **Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français**, LGDJ, Paris, 1961.

MINET, Charles-Edouard, **Droit de la police administratif**, Vuibert, Paris, 2007.

MOURGEON, Jacques, **La répression administrative**, Paris: LGDJ, 1967.

OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda “Fiili Yol” ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Yıl:6, 2003, (s. 59-71).

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, C. I, II ve III, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

PETIT, Serge, **La Voie De Fait Administrative**, Que Sais-Je?, PUF, Paris, 1995.

RICCI, Jean Claude, **Droit administratif**, 4. Basım, Paris: Hachette, 2004.

ROMIEU, Jean, “Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, Sté immobilière de Saint-Just”, <http://www.lexinter.net>, Erişim tarihi: 30 Mart 2017), (s. 1-10).

SARICA, Ragıp, **İdari Kaza Cilt 1 İdari Davalar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1949.

SIRAT, Charles, “L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative”, **Semaine Juridique – Juriclassemur périodique**, I, 1440, Yıl: 1958, (s. 1-12).

SLAMA, Serge, “Le tribunal des conflits déshabille la “folle du logis””, **Actualités Droits-Libertés du CREDOF**, Yıl: 2013, <https://revdh.files.wordpress.com>, Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2018, (s. 1-12).

- ŞEKER, Gülseven, **İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Uygulaması**, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- TARHANLI, İftar B., “Uyuşmazlık Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma”, **İHİD**, Yıl: 1990, C.11, S.1-3, (s. 41-47).
- TURHAL, Erhan, “Kamulaştırmaz Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2016, S. 7, (s. 1107-1132).
- VEDEL, George / DELVOLLE, Pierre, **Droit Administratif**, 10 b., PUF, Paris, 1988.
- YALÇINDURAN, Türker, “6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler ile Hukuki ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, **AÜHFD**, Yıl: 2017, C. 2, S. 66, (s. 491-515).
- YELÇO, Mehmet Fatih, “Hukuksuzluğun Yükselişi – Kamulaştırmaz Kamulaştırma – 6487 sayılı Torba Kanun Madde 21 ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2013, C. 87, S. 4, (s. 563-576).
- YILDIZ, Hayrettin, **İdarenin Re'sen İcra Yetkisi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

THE CRIME OF MIGRANT SMUGGLING IN TURKISH LEGAL SYSTEM IN THE LIGHT OF RECENT DEVELOPMENTS

GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Peer-Reviewed Article

Yusuf BAŞLAR*

CONTENTS

INTRODUCTION.....	340
I. IMMIGRATION ISSUES	340
II. MIGRANT SMUGGLING CRIMES	342
A. A General Overview	342
B. Protected Legal Benefit.....	344
C. Material Elements	345
1. Perpetrator	345
2. Victims.....	346
3. Subject of the Crime.....	348
4. Criminal Acts / Actus Reus.....	349
a. Unlawful Entry of A Foreigner To The Country	350
b. Facilitating An Unlawful Stay of A Foreigner In The Country	351
c. Facilitating An Unlawful Transfer of Turkish Citizens or Noncitizens Abroad	353
D. Qualified Cases	355
E. Subjective Elements / Mens Rea	357
F. Unlawfulness Element	358

DOI: 10.32957/hacettepehdf.481140

Makalenin Geliş Tarihi: 09.11.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 11.12.2018

* Dr. Eposta: yusufbaslar@hotmail.com

G. Some Special Cases of Migrant Smuggling Crime.....	359
1. Attempt	359
2. Complicity	360
3. Session.....	361
H. Prosecution and Sanction of Immigrant Smuggling Crimes	362
CONCLUSION	362
REFERENCES.....	364

ABSTRACT

As a result of the quality differences of living standards amongst countries, economic problems, repressive policies, civil wars or geographical discrepancies people wish to leave their own countries and to live in the ones having better social and economic standards. In cases where the legal ways of people to leave their own countries and enter the desired ones were not possible illegal ways come into question. The countries, based on various grounds such as to provide border or public security or human dignity, provide the crime of ‘migrant smuggling’ in their criminal laws to impede uncontrolled migrant flow.

In particular, Syrian migrants are trying to go to the different countries due to the Syrian civil war continuing for more than seven years for various reasons being to save their own and family lives and to live in higher economic standards. This struggle on the one hand gives way to fatal wounds in the lives and dignities of the migrants on the other hand causes the countries face insurmountable migration problems. Despite this problem primarily arise in countries sharing border with Syria. –to start with Turkey-it is also becoming a growing problem for the such European countries sharing no border with this country,

The crime of migrant smuggling, is prepared in the guidance of the definitions taking place in the additional protocols to The United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Therefore, the crime of migrant smuggling is prepared (such as the crime of human trade) in the chapter of international crimes in the Turkish Penal Code system. The commission of that crime mostly reveals itself, through criminal organizations, to provide means to have people enter, stay or leave a country in illegal ways for financial profit, the migrants who fall in the hands of such criminal organizations which taking primary roles in the commission of the crime are suffered fatal losses in terms of money and physical integrity.

Keywords: Migration, Migrant, Migration Problem, Migrant Smuggling, Crime of Migrant Smuggling

ÖZ

Ülkeler arasındaki yaşam kalitesindeki farklılıklar, ülkelerde bulunan ekonomik sorunlar, uygulanan baskıcı politikalar, yaşanan iç savaşlar ya da coğrafi olumsuzluklar sonucunda insanlar kendi ülkelerinden ayrılarak sosyal ve ekonomik bakımdan daha ileri seviyedeki ülkelere gitmekte ve buralarda yaşamak istemektedirler. Kişilerin buldukları ülkelerden ayrılmaları veya gitmeyi arzu ettikleri ülkelere yasal yollarla girmeleri mümkün olmadığı durumunda ise yasa dışı yollara başvurulmaktadır. Ülkeler ise gerek sınır güvenliklerini ve kamu düzenlerini gerekse insan onurunu korumak amacıyla bu kontrolsüz göç akışını engellemek üzere ceza mevzuatlarında "göçmen kaçakçılığı" suçuna yer vermektedirler.

Özellikle yedi yılı aşkın bir süredir devam eden Suriye iç savaşı sonucunda Suriyeli göçmenler, kendilerinin ve ailelerinin can güvenliklerini sağlama, sosyal ve ekonomik anlamda daha müreffeh bir yaşama kavuşma arzusu gibi nedenlerle yasa dışı yollara başvurarak farklı ülkelere gitmeye çabalamaktadırlar. Bu çaba, göçmenlerin yaşam ve onurları bakımından onulmaz felaketlere kapı araladığı gibi ülkelerin başa çıkamadıkları göçmen sorunlarıyla yüzleşmelerine de neden olmaktadır. Bu sorun öncelikle -ve başta Türkiye olmak üzere- Suriye'ye sınır ülkelerde kendini göstermekle birlikte Avrupa ülkeleri gibi sınır ötesi ülkelerin de önemli bir sorunu haline gelmiştir.

Göçmen kaçakçılığı suçu Türk hukuk sistemindeki düzenlemeler incelendiğinde özellikle Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine ek olarak hazırlanan protokollerdeki tanımlar esas alınarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan Göçmen Kaçakçılığı suçu (İnsan Ticareti Suçu gibi) Türk Ceza Kanunu sistematığında Uluslararası Suçlar kısmında düzenlenmiştir. Bu suçun işlenmesi sırasında maddi menfaat sağlamak amacıyla -genellikle de suç örgütleri eliyle- kişilerin yasal olmayan yollarla ülkeye sokulması, ülkede kalması ya da yurt dışına çıkmasına imkân sağlandığı görülmektedir. Bu suçun işlenmesinde öncü rol üstlenen örgütlerin eline düşen göçmenler ise mal varlığı ve beden bütünlüğü bakımından telafisi güç ya da imkânsız zararlara maruz kalmaktadırlar.

Anahtar Kelimeler: Göç, Göçmen, Göçmen Sorunu, Göçmen Kaçakçılığı, Göçmen Kaçakçılığı Suçu

INTRODUCTION

As a consequence of the Syrian civil war that has been going on for almost seven years, Syrian immigrants struggle to go to different countries by all illegal means possible, in order to save their own lives, or seek a more prosperous social and economic life. These efforts not only cause immigrants to face irreparable disasters in terms of their lives and dignity, but also leave the countries facing immigrant problems that cannot be coped with.

This problem naturally affects the border countries to Syria and especially Turkey, while it has become a major problem even in cross-border countries including Europe. There have been radical changes in law of countries regarding migrant smugglings such as international agreements, for instance readmission agreements, and update of immigration policies, which make the evaluation of the Turkish Legal System on migrant smuggling crimes an important issue.

In this study, after a brief exploration of immigrant issue, the Article 79 of the Turkish Penal Code regulating migrant smuggling is studied in detail in the light of current developments and emerging problems.

I. IMMIGRATION ISSUES

Migration is as old as human history. For this reason, from the past until today, the history has witnessed people moving from one place to another due to various reasons¹. Migration is a relocation of people from places they are born or live to other places temporarily or permanently due to economic, political, social or other reasons. As a result, migration is a concept that is perceived with its causes and consequences that describe its process rather than a stationary phenomenon². Immigrants, main actors of

1 KAYAALP, Mustafa, **Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, p. 1.

2 AKKUŞ, Ali Soner, **Türkiye’de Göçmen Kaçakçılığı ve Hukuksal Boyutu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, p. 5-6.

immigration are defined as “people who move to another country to be settled by departing from their own countries (person, family or community), refugees”³.

Nowadays, illegal immigration poses threat both nationally and internationally to the securities of countries, their economics and social structures, especially with respect to violations of human rights, it becomes a phenomenon directly related to whole humanity⁴. In recent years, the dramatic increase in the death number of immigrants on their way out has attracted the attention of the international communities significantly.

Especially, due to the civil war in Syria and Yemen, the conflicts in Iraq and the turmoil in African countries, there has been a massive migration trend particularly towards the European countries in recent years. According to the United Nations report, only in the Mediterranean, 3500 migrants died in 2014, 3771 in 2015, more than 5000 migrants in 2016 and 3,000 migrants in 2017⁵. In the statement made by the Geneva United Nations High Commission, it was noted that the majority of those who lost their lives were immigrants with the intention of moving to Italy from Africa, and it was stressed that prevention of marine incidents should be addressed urgently⁶.

The immigrant problem becomes more delicate when it comes to children refugees. According to the United Nations Children's Fund (UNICEF) records, there are 2.4 million refugee children, and although raising the education and living standards of refugees who are forced to leave their homes in childhood is a major problem, the biggest issue for children refugees is their survival⁷. As a matter of fact, as the news are reporting the increase of children death tolls on the way of migration, UNICEF has

3 See: Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a525ed5272318.13700287 (07 January 2018).

4 YENİGÜN, Bülent, **Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, p. 1.

5 <http://www.haberturk.com/dunya/haber/1250703-iki-yilda-10-bin-gocmen-akdenizde-boguldu> (05 January 2018); <http://www.milliyet.com.tr/son-dakika-inanilmaz-rakami-dunya-2575471/> (05 January 2018).

6 <http://www.haberturk.com/dunya/haber/1250703-iki-yilda-10-bin-gocmen-akdenizde-boguldu> (05 January 2018).

7 http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/05/160516_cocuk_multeciler (05 January 2018).

warned that the deaths of children refugees may increase even further⁸. In a report dated 2017, UNICEF warns that children among the refugees originated from crisis regions Africa and the Middle East reaching first Libya to get to Europe via Mediterranean are exposed to widespread and systematic violence and sexual exploitations⁹.

Many asylum seekers who leave their countries by illegal means to get to the places they dream of, do not find the kindness they hope for. Indeed, the asylum seekers are put under difficult conditions by enforced permanent supervision and control under desperate conditions of not finding what they hoped for, they again look for and make plans and preparations leaving these countries¹⁰. This brings another problem to be faced in fighting migrant smugglings.

II. MIGRANT SMUGGLING CRIMES

A. A General Overview

Due to differences in qualities of life presented for people, economic problems, oppressive policies applied, civil wars, or geographical disadvantages among the countries, people leave their countries and prefer countries with better social and economic advantages compared to their owns.

In the case where people are not allowed to leave their own countries or enter the ones that they wish to be in legally, they attempt into illegal ways. Countries have defined the crime of “smuggling of migrants” in their criminal legislation in order to prevent any uncontrolled flow of immigrants, hence protecting their border securities and public orders and also human dignities¹¹.

8 <http://bianet.org/bianet/cocuk/175413-unicef-ten-akdeniz-deki-multeci-olumlerinin-artacagi-uyarisi> (05 January 2018).

9 <http://www.trthaber.com/haber/dunya/uniceften-kan-donduran-cocuk-multeciler-raporu-301363.html> (05 January 2018).

10 <http://tr.euronews.com/2016/06/09/suriyeli-siginmacilari-avrupa-da-da-zorlu-sartlar-bekliyor/> (05 January 2018).

11 YENİDÜNYA, Ahmet Caner / ALŞAHİN, “Mehmet Emin, Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **TBB Dergisi**, Year: 2009, Issue: 82, p. 1.

In this context, migrant smuggling is a process of illegal transportation of people who aim for better life opportunities, finding new jobs, getting away from political, economic and social instabilities in the countries they reside¹².

The crime of smuggling of migrants was entered into the Turkish law system for the first time and enacted by Law No. 4771 and Turkish Penal Code No. 765 with the additional regulation made in Article 201 / a dating back to 03.08.2002 via “Protocol Against Smuggling of Immigrants by Land, Sea and Air” based on the “United Nations Convention Against Transnational Organized Crime” convention. Prior to this arrangement, in the event that the actions related to smuggling of migrants were committed within the scope of a criminal activity, an assessment was made under the guilt of establishing an organization to commit crimes pursuant to article 313 of the Turkish Penal Code No. 765. If the smuggling of immigrants was not carried out by an organizational structure, then the procedure towards the perpetrator was established in accordance with Article 36 of the Passport Law (Canceled: 4.4.2013-6458 / 124)^{13 14}. The current offense of migrant smuggling is covered in the section regarding “international crimes” in Article 79 of the Turkish Penal Code numbered 5237, with some amendments to the regulation under article 201 / a of the Turkish Penal Code No. 765.

However, international conventions relating to migrant smuggling crimes put obligations to the state parties to impose norms on their domestic laws ensuring that these acts are punished effectively, however, according to the principle of unlimited universal jurisdiction in case of migrant smuggling offenses committed abroad in the

12 AYDIN, Ömer Faruk, **Türkiye’de Göçmen Kaçkıçılığı Suçu ile Mücadelede Yasal Düzenlemelerin Rolü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, p. 4.

13 Passport Law article. 36 (Canceled: 4/4 / 2013-6458 / 124 article.) Those who guide or direct land, sea or air vehicles, or take intentionally or guide with this intention passengers to places not designated by the Government for passport or legal document checking.

14 In addition, in order to fall into the Article 36 of Passport Law, the action should have be done via land, sea or air vehicle. In the case of crime of smuggling migrants, there are no such limitations. In addition, although the acts in both types are similar, though the act of “facilitating the stay of non-citizens in the country” exists in TPC, it did not appear in Article 36 of the Passport Law. See. AKKUŞ, 2013, p. 64-65.

absence of any links with Turkey, prosecution in Turkey is to the contrary to the international laws¹⁵.

B. Protected Legal Benefit

Protecting legal benefits in a crime for smuggling migrants combined nature¹⁶. Indeed, it is not always right to admit that only one legal value is violated as a result of a crime. In terms of some crimes, there may be a violation of many legal benefits of primary or secondary quality. In particular, smuggling of immigrants is a crime type of this quality.

Due to economic, social, cultural or political problems, states have to deal with the problems created by migrants who have entered into, resided or passing through their countries, such as coping with crimes committed or having potential to be committed, providing health coverage, preventing spread of diseases, hence being forced to make public spending, even trying to compensate jobs lost for their own citizens due to cheap labor introduced by illegal immigrants.

In addition to this, fake identity cards and fake travel documents are created in order to facilitate smuggling of migrants causing decrease in the trust towards these documents and especially if this crime is committed by a crime organization, then both public order and trust are also violated. Hence, it can be concluded that the primary legal benefit protected against migrant smuggling is the protection of public order and public trust¹⁷.

In process of illegal smuggling to other countries, immigrants face conditions that would not be suitable for human dignity and rights and further being taken advantage of their situations and desperations further they are partially or totally losing their assets, including their organs and spiritual mood. Another legal benefit protected by this type of

15 TURHAN, Faruk, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar**, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc> (Date Accessed: 05 January 2018).

16 TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, p. 87.

17 ARSLAN, Çetin, "Göçmen Kaçakçılığı Suçları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Year: 2003, Volume: 52, Issue: 1, p. 118-119.

crime is material and spiritual existence (body integrity) and general and objective property of immigrants¹⁸.

Although immigrants are willing to give consent, it is not legally valid for people to give consent for limitation of their liberties in a manner incompatible with the human dignity. Yet, during processes of crimes, immigrants are deprived of their freedom of movement and are sheltered in crowded places not suitable for human lives. In addition, immigrants are treated like an object during the course of the action, hence all rights of human origin are being violated, subjected to humiliating movements, and thus their honor and dignities are clearly offended. In this respect, in order to legally protect freedom of movements and decent living conditions of people subjected to the crime, criminalization of immigration smuggling in laws becomes a necessity¹⁹ and hence constitutes a protected legal benefit towards this crime.

C. Material Elements

1. Perpetrator

Since the crime of smuggling of migrants is not in the category of specific crimes, anyone involved in such actions can be the perpetrator of this crime. As a matter of fact, in Article 79/1 of the Turkish Penal Code, the “person” clause is used to indicate the offender. In this respect, perpetrators do not feature in terms of this crime. However, for instance, in the case of a public officer using a state-owned ship to bring immigrants into Turkey illegally, that is using a tool given to his possession under the duty for processing the crime of immigrant smuggling will cause a raise in the penalty under the Article 266 of Penal Code. On the other side, crime of smuggling migrants can only be processed only by real people, and legal entities cannot be the offenders of this crime. However, if the offense is committed within the scope of the activity of a legal entity, then the security measures specific to the legal entities described in Article 60 of the Turkish Penal Code apply in accordance with Article 79 § 4 of the Turkish Penal Code.

18 ARSLAN, 2003, p. 119.

19 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, 2009, p. 16-17.

2. Victims

Prior to the determination of victims in process of smuggling migrants, we need to focus first on the concepts of being victimized or harmed by this crime. The Penal Code clearly regulates the subject nature of the victims and of those who were harmed by the crime and significant rights are provided to them. A victim, subject being related to the crime, is the person who is exposed to injustice by a committed crime. A real person or a legal entity can be harmed by a crime during its process. The person who is harmed is not necessarily always the person who is victimized due to the crime committed. A victim is also a person who is harmed by a crime committed. The concept of being harmed by crime is broader than being victimized²⁰.

In doctrines, victims of illegal immigrant smuggling are everyone who constitutes the society, since primary legal benefit protected against smuggling of migrants is protection of the public orders and public safety, it has been argued that crime victims of this type are not foreigners or citizens constituting subjects of this crime but those who constitute the society²¹.

By another author sharing the same idea; the fact that immigrants are abducted by their own wills, provide material benefit to those committing these offenses, moreover they personally seek and request to enter and stay illegally in those countries should not be overlooked. Although in the 79th article of the Turkish Penal Code (TPC) is pointed out that victims of smugglings are immigrants, also in the Article 79/2 of the Turkish Penal Code added with Law No. 6008, the “victims” expression has taken place, the way that this wording has taken place is not understood that the victimization is in terms of the legality but in terms of socialization²²

The Article 5 of the Additional Protocol against Smuggling of Immigrants states that immigrants constitute the subject of the crime.

20 ŞAHİN, Cumhuriyet, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, p. 143-145.

21 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, **2009**, p. 26.

22 EREL, Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu” **TBB Dergisi**, Year: 2007, Issue: 71, p. 270.

As a matter of the fact, the Yargıtay had stated that crime victims are not immigrants but international communities²³. However, the very recent decisions of Yargıtay has recognized that immigrants are also victims of smuggling migrants²⁴.

In some doctrines, there are views that states are the victims²⁵ or citizens or aliens (immigrants) that are allowed to leave their countries or allowed to enter and stay in the foreign countries by illegal means are the victims²⁶.

As a result of smuggling migrants, it is clear that there are violations of rules and regulations regarding entrances, exits and residences of foreigners in other countries.

In this respect, it is certain that governments are in the position of suffering from these crimes because of public orders and securities which are core legal values protected from crimes²⁷. However, state are not in victim status because of this crime.

In the light of the above evaluations regarding victims of this crime; having the fact that 79th article of TPC points out that immigrants are victims of this crime and that the wording "victims" is included in the Article 79/2 of TPC amended with Law No. 6008 and the legal benefits protected in this crime include material and spiritual

23 "Immigrants who are in a state of being socially harmed are those who are not legally victimized by the smuggling of migrant smugglers, but they are the subjects of the crime, and legal victims are international communities,....." Yargıtay 8. CD. 25.04.2006. E. 2006/1242, K. 2016/3616.

24 "In addition to the international community order, the benefits of illegal immigrants should also be taken into account for the crime of migrant smuggling. If the victim of the crime is considered as a person who has the right or benefit protected by the law or has the authority to exercise the rights, among many legal rights protected in this crime, since there are immigrants' rights to be protected as well, there is no objection that immigrants can also be considered as victims of this crime. In Article 79 of the Turkish TPC, "In this crime, there is also a testimony that the real victims are people who struggle to get food because of desperateness and poverty." Finally, as it is seen in the amendments made in the Law No. 6008 and the Article 79 of the Turkish Penal Code, the legislator's view that immigrants are the victims of this crime are reflected in the article. Especially, the second paragraph of the article that reads as " a) constitutes a danger to the lives of the victims, b) subjects the victims to degrading treatment1 , the punishment shall be increased to two-thirds from the half, and imposes that the immigrants are given the title of victim". Yargıtay 12. CD. 21.10.2016. E. 2016/7328, K. 2016/12072.

25 ÖZBEK, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, Volume: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, p. 126; ARSLAN, **2003**, p. 122.

26 EVİK, Ali Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD)**, Year: 2005, Volume: IX, Issue: 3-4, p. 140-141; ARSLAN, **2003**, p. 122-123; YENİGÜN, **2010**, p. 74.

27 EREL, **2007**, p. 269.

existence of immigrants and their general and objective assets, we believe that as well as the international communities, the immigrants are also the victims of this crime.

Indeed, the fact that immigrants who are in helplessness and poverty, often with all their financials taken away, inhabited in an inhospitable environment, and whose lives and body integrities are infringed, being taken far away from their countries should be regarded as the victims of this crime, this will also serve to the right of legal benefit protection.

Not considering immigrants being financially benefited from as victims of this crime will cause negative consequences in terms of procedural provisions. In this case, it is not possible for immigrants to benefit from the rights of the Article 234 of the CMK, where the rights of the victims and the complainants are regulated. As a result of this, immigrants who are infringed on their values of properties such as losing all their valuables will not have the right to participate in any case against agents or appeal to any judgment²⁸. In this respect, we do not agree with the interpretations of the victim wording in the 79th article of the Turkish Penal Code context in social sense²⁹ rather than legal sense.

3. Subject of The Crime

In the case of immigrant smugglings, immigrants being exposed to attitudes and behaviors that are incompatible with human dignity and autonomy and exploited monetarily due to their desperation status is a matter of a crime.

In this respect, noncitizens (immigrants) being smuggled into and provided shelter in the country and providing assistance to both noncitizens and Turkish citizens to leave the country illegally constitute to the subject of this crime³⁰.

As noted above, the Article 5 of the Additional Protocol against Smuggling of Immigrants emphasizes that immigrants constitute the issue of smuggling of migrants.

28 YENİGÜN, 2010, p. 74-75.

29 EREL, 2007, p. 270.

30 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, 2009, p. 26-27.

Although the title of "immigrant" is given to the article, besides immigrants, refugees, asylum-seekers and stateless people can also be considered as the subject of this crime³¹.

Considering that the object of crime is an object or a person³² being affected, it is concluded that immigrants are the subject of immigrant smuggling crime. In this context, we believe that immigrants are both victims and subjects of this crime³³.

4. Criminal Acts / Actus Reus

The Article 79/1 of the Turkish Penal Code (TPC) regulates the crimes regarding the smuggling of the immigrants is provisioned as “*Persons who directly or indirectly involve in order to obtain material benefit; a) Unlawful entry of a noncitizen into the country or facilitate his stay in the country, and b) Unlawful transfer of Turkish citizens or noncitizens abroad, are sentenced to imprisonment from three years to eight years and punished with a punitive fine up to ten thousand days.*”

In this context, migrant smuggling crime is classified as crimes with independent actions. Accordingly, if someone commits one of the independent actions, i.e. “*Unlawful entry of a noncitizen into the country*”, “*facilitate his stay in the country*”, or “*Unlawful transfer of Turkish citizens or noncitizens abroad*” mentioned in the article, he/she has committed a crime with independent action. In terms of punishment norms, in crimes with independent actions, although multiple independent actions are observed, one of them is realized. The realization of one or more actions in crimes with independent actions does not lead to a conclusion that multiple crimes are committed. In this direction, the fact that more than one of the actions stated in the article is realized does not constitute separate crimes but constitutes the same crime. In this case, the application of the chain of criminal provisions is also out of question.

No damage condition is required in determining whether or not the crime of immigrant smuggling has committed or not. In this respect, the fulfillment of one of the

31 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, 2009, p. 27.

32 CENTEL, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, p. 189.

33 See Similar TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2015, p. 88.

independent actions stated in the text of the article is sufficient to constitute a crime, hence smuggling of migrants is a criminal offense. Moreover, since immigrant smuggling crimes are released by a limited number of acts these are dependent action crime types.

a. Unlawful Entry of A Foreigner To The Country

In the Article 79/1-a-1. of the Turkish Penal Code (TPC) “Persons who directly or indirectly involve in order to obtain material benefit; a) Unlawful entry of a noncitizen in the country or facilitate his stay in the country, ... are sentenced to imprisonment from three years to eight years and punished with a punitive fine up to ten thousand days.” takes place.

In this context, in order to get material benefit, if an illegal entry of an alien into the country is facilitated, then one of the independent actions is realized and thus illegal smuggling migrants’ crime will be committed. In order to determine whether this independent action has taken place or not, it is firstly necessary to determine the concept of the country and in which cases the entry of a noncitizen into the country is legal or illegal. A country refers to the whole territory under sovereignty of a state³⁴. This includes the entire land, sea and air area³⁵. Turkey is meant by the concept of the country in the Article³⁶. In this regard, since Turkey has borders with lands and seas, if an illegal entry of an alien into the country is realized through its internal water or internal air zones besides its land is facilitated, then this action will lead to realization of one of the independent actions. However, trade vessels in open seas, air vessels,

34 See. Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a51391c9e9354.22752608 (06 January 2018).

35 ÜNAL, Şeref, **Devletler Hukukuna Giriş**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003, p. 65.

36 ARSLAN Çetin / AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, p. 299; PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Volume: 1, Ankara, 2007, p. 635.

continental scenes, or fixed economic zones are not regarded as country in terms of smuggling migrants³⁷.

Since the meaning of the word “entry” mentioned in the text of the Article means to get into something or in between³⁸, the concept “entry into country” should be interpreted as a noncitizen being smuggled by passing the borders of Turkey under a company of a perpetrator³⁹.

The independent action is realized in case an entry is through unlawful ways. According to the Passport Law numbered 5682, entry into the country is legal if a person uses a pre-determined access gate and a passport or a document equivalent to a passport, shows the presence of a valid entry visa, and is not forbidden to enter the country. If a foreigner satisfies the listed conditions above, then an entrance into the country becomes legal and a smuggling immigrant crime will not be the case⁴⁰.

Since facilitating an illegal entry of a noncitizen into the country through illegal ways is a smuggling immigrant crime done through an independent action type as soon as the entry into Turkey is realized this becomes an instantaneous crime. Then, the crime is considered to be completed at the time and place entering is realized.

It should be noted that; the realization of this independent action is only concerned with illegal entries of noncitizens into the country. Those who are citizens of the Republic of Turkey in case of an illegal entrance in to the country do not fall into a migrant smuggling crime case.

b. Facilitating An Unlawful Stay of A Foreigner In The Country

In the Article 79/1-a-2. of the Turkish Penal Code (TPC), the regulation “Persons who directly or indirectly involve in order to obtain material benefit;... facilitating a

37 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, **2009**, p. 19; See on: It is also possible that the offense of smuggling of migrants can be committed at places considered as a country; PARLAR / HATİPOĞLU, **2007**, p. 635.

38 See on. Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a5138b07626e0.54920915 (06 January 2018).

39 DOĞAN, Koray, **Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, p. 116.

40 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, **2009**, p. 20-21.

noncitizen's stay in the country, ... are sentenced to imprisonment from three years to eight years and punished with a punitive fine up to ten thousand days." takes place.

As states can put some restrictions for entering into their own countries, they may also put restrictions for those who already entered their countries legally for staying in. Indeed, living and settlement rights of noncitizens who entered legally into the country are regulated in detail by Turkish Law No. 5683 of Foreigners Act on Residence and Travel in Turkey, Law No. 5419 of Military Forbidden Zones and Security Zones and Law No. 442 of Villages. Accordingly, it is not legal to stay in the country contrary to the provisions of the laws mentioned above.

In this context, if someone facilitates a stay of a noncitizen who has entered the country legally but he/she has no permanent permission to stay any longer, then he has committed an illegal immigration smuggling crime. It is important to point out that while in the Article 201/a-2 of Law No. 765 of the Turkish Penal Code, the crime of facilitating staying of foreigners for material benefit was covering illegal entries, the Article 79/1-a-2 of Law No. 5237 does not cover the illegal entries.

To facilitate means to provide a favorable environment for a job to be accomplished successfully⁴¹. Although the term "facilitate" preferred by legislators is not that clear, actions such as providing shelter, jobs, illegal documents such as residence permits, or identification cards etc. to immigrants, finding a place to stay or to work for immigrants who are not permitted to stay even if they have entered the country legally, or hiding immigrants in order not to be caught correspond to facilitation⁴².

Immigrant smuggling is a continuing crime since it provides an opportunity for a noncitizen to stay in the country illegally which is one of the independent actions. Hence, whenever the continuity is disrupted and stopped, then the crime is completed⁴³. The execution of a completed crime continues as long as an alien remains in the country. If the alien cannot find a way to stay in the country, for instance, the law

41 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, 2009, p. 22.

42 EREL, 2007, p. 274; PARLAR / HATİPOĞLU, 2007, p. 635.

43 ARSLAN, 2003, p. 128.

enforcement officers are aware of the situation and the deportation is taking place, then the crime is fulfilled.

Temporary hiding of an alien to be smuggled abroad will not constitute an act of facilitating the stay of a noncitizen in the country. Providing a temporary shelter for noncitizens in order to facilitate their smugglings into another country will not constitute an offense of smuggling migrants. Since perpetrators' intents are not about permanent stay of noncitizens, attempts to this crime will not be the case. However, providing shelter (at home, at a hotel, etc.) to an alien for a particular period of time in order to facilitate his/her smuggling to another country falls into the case of providing illegal facilitation to leave the country which is an action of crime under smuggling migrants⁴⁴.

As facilitating the entrance of a noncitizen illegally to the country is an independent act so is providing shelter and help for staying in the country. Clearly a citizen of the Republic of Turkey is not subject to any permission in staying in the country. There is a constitutional guarantee that citizens of the country cannot be deported⁴⁵. In this respect, the Turkish citizens do not enter into the issue of immigrant smuggling which is the result of an independent action.

c. Facilitating An Unlawful Transfer of Turkish Citizens or Noncitizens Abroad

In the Article 79/1-b of the Turkish Penal Code (TPC) “Persons who directly or indirectly involve in order to obtain material benefit; ... Unlawful transfer of Turkish citizens or noncitizens abroad, are sentenced to imprisonment from three years to eight years and punished with a punitive fine up to ten thousand days.” is regulated.

44 EREL, 2007, p. 275; “The act of providing illegal shelter such as housing, hotel or similar places for a temporary period of time to immigrants in order to smuggle them illegally abroad does not fall into the act of "facilitating the stay in the country" but it should be considered as one of the independent acts in the context of "facilitating to smuggle abroad ". In the law, “facilitating the stay in the country" is meant for a permanent stay not for a temporary stay.” Yargıtay CGK. 19.03.2013. E. 2012/8-1085, K. 2013/96.

45 See on. Constitution of Turkey, a. 23/6.

In this context, in order to obtain material benefit if an unlawful transfer that is providing an illegal document which is not a permit for exit from the country according to the provisions of the Passport Law Article 22 or laws of PC, or not using the legal doors assigned for departing from the country of Turkish citizens or noncitizens abroad is facilitated, then immigrant smuggling crime is committed⁴⁶.

In practice, this is the most occurring instance of migrant smuggling crimes. In text of the lawmaker, the expression "... providing the opportunity to go abroad" does not necessarily imply that the migrant is to be taken abroad in order for the crime to be completed but providing opportunity for this goal is just sufficient⁴⁷.

In the text of the article, the expression "facilitation" includes all forms of activities carried out in order for immigrants to leave the country illegally⁴⁸.

Accordingly, by providing transportation means, false passports, suitable paths for an exit through mountainous areas or showing sketches of lands without mines in order for someone to be able to leave the country without a passport and not through legal gates are sufficient actions to be considered as independent actions for this crime. It is not compulsory for a person who facilitates crossings through the borders to cross the border himself. The crucial part is just facilitation of an unlawful exit abroad⁴⁹.

It is necessary to point out that while in the regulation under Article 201 / a of the Turkish Penal Code No. 765, illegal immigrants who have been brought or entered into the country constituted the subject of this crime, but in the Article 79 of the Turkish Penal Code No. 5237, the entrance to the country by legal or illegal means is not important anymore in order for this crime to be committed.

46 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, p. 300-301; "...since the only act was trying to take the noncitizens illegally abroad and captured at the customs, according to the Article 70/1-b of TPC the provision should had been facilitating an exit for a noncitizen..." Yargıtay 18. CD. 08.02.2017. E. 2015/33714, K. 2017/1433.

47 EREL, 2007, p. 277-278.

48 ÖZBEK, 2008, p. 136.

49 PARLAR / HATİPOĞLU, 2007, p. 635.

D. Qualified Cases

By amending the Law No. 6008 dated 22.07.2010 which reads as “The penalty to be imposed shall be increased by one half to two-thirds where it: a) constitutes a danger to the lives of the victims, b) subjects the victims to degrading treatment.”⁵⁰ to the Article 79 of the TPC, the quality of the crime has been adjusted if the crime is committed in some specified forms.

The fact that Article 79 of the Turkish Penal Code (TPC) did not provide a qualified case in its original was criticized in the doctrines⁵¹. Indeed, despite the fact that the Article 1 of the Law No. 4803 which was published⁵² in the Official Newspaper dated 04.02.2003 and numbered by 25014 accepted the protocol “Protocols Against Smuggling of Immigrants by Land, Sea and Air Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime” originated from the United Nations Conference held in Palermo on 12-13 December 2000 where the Article 6/3 envisions a decision for taking legal and other measures as cause of reticence towards migrant smuggling crimes committed in the specified forms, it was a shortcoming that Article 79 of the Turkish Penal Code No. 5237, which entered into the force after this protocol, was not arranged in the first case to cover this situation. As a matter of fact, this deficiency has been eliminated by the paragraph added to the Article 79 of TPC by Law No. 6008 dated 22.07.2010.

Due to the increase in controlling measures of borders taken by countries fighting illegal immigration, in order to overcome such measures, individuals who have previously been smuggling or are amateur smugglers have adopted novel ways such as getting more organized by dividing the tasks, investing more money, and increasing

50 The second paragraph has been added to come after the first paragraph of Article 79 of the Turkish Penal Code and the Law No. 6008 dated 22.07.2010, and the other paragraphs have been rendered accordingly.

51 DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, p. 157.

52 <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html> (07 January 2018).

their incomes, hence getting more professional⁵³. As the globalization has made the developed countries a target and developing countries a source, the migrant smuggling which is a specific type of smuggling has attracted the interest of criminal organizations⁵⁴. Hence, if the crime of migrant smuggling is committed within an organization, then the qualified case is applicable. Accordingly, the Article 79/3 of the Turkish Penal Code states that “if this crime is committed within the framework of an organization, then the penalties are increased by half”.

For the existence of a criminal organization in the context of the Article 220 of the Turkish Penal Code, the number of members including the leader of the organization must be at least three, the aim and criminal acts of the organization should be compatible with the described actions in the article and both the number of its members and available tools should be appropriate for committing the crime. In order to be able to apply a qualified case to the crime, the existence of an organization under Article 220 of the Turkish Penal Code and the criteria⁵⁵ laid down by the Yargıtay should be established.

In this context, if no hierarchical relationship is established between more than one person who committed the crime of migrant smuggling and only a crime is committed as a result of a certain agreement, qualification approach will not be applied

53 KAHYA, Yahya, **Sınraşan Organize Suç Tipi Olarak Göçmen Kaçakçılığı: Türkiye’deki Kaçakçı Profili ve Organizasyonları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2012, p. 54.

54 CENGİZ, Mahmut / ŞEN, Bilal, “**Sınraşan Suçlar: Tanımı, Ortaya Çıkış Süreci ve Gelişmesi, Bahadır Küçükuysal and Oğuzhan Ömer Demir**” (Ed.), *Sınraşan Organize Suçlar: Kavramlar, Yöntemler, Eğilimler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, p. 14-15.

55 “An organization is not just an abstract union, but it is an organic and hierarchical structure in which the upper-lower relations and an order of chain command exists, due to this relation there is a dominant power over its members. It includes the relationship of parental authority, order and authority of instruction, the existence of external evidence indicating the existence of a hierarchy, the existence of hierarchies and the continuity of meeting to commit an indefinite number of offenses, and the organizational structure, members, and equipment for which they are intended. Whether or not the organization has these qualities in terms of attaining its objectives should be determined according to the concrete case. In our legislation, organizational crimes are organized in Article 7 of Anti-Terror Law No. 3713 and Articles 220, 314 and 78 of TPC No. 5237” Yargıtay 16. CD. 21.04.2016. E. 2015/4672, K. 2016/2330.

and responsibilities of perpetrators will be determined in accordance with the provisions of the association regulated in Article 37 of TPC⁵⁶.

It should also be noted that; if a crime of migrant smuggling is committed within the framework of an organization activity, in accordance with Article 79/3 of the Turkish Penal Code an increase of half in penalties can be applied and further a conviction must be given to perpetrators in accordance with the Article 220 of the Turkish Penal Code⁵⁷.

E. Subjective Elements / Mens Rea

Immigrant smuggling is a deliberate criminal offense. However, in terms of the formation of subjective elements of this crime, a general intent is not sufficient and it is necessary to find a "direct or indirect means of obtaining material benefit" for a perpetrator. In this case, crime can only be committed with a specific intent⁵⁸.

It is not possible for this crime to be committed by negligence. If the independent actions described in the article have occurred by the lack of attention and care responsibilities such as getting on a vehicle while the driver, the plane while the pilot or

56 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, p. 33; "The formation of at least three persons in a hierarchical relationship for the acceptance of the "organization" as defined in Article 220 of the TPC, the fact that the organization of the organization is capable of handling the indefinite number of offenses aimed at the means and equipment and the number of members it has, cooperation with the merger, acting in an understanding of active sharing and acting in line with these aims and showing 'continuity'. As the organization requires continuity in terms of quality, it will be possible to mention the willingness of an affiliation, not the organization, if people come together to commit a certain crime or commit a crime Although the number of defendants is sufficient to form an organization, since there is no evidence that there is an even light hierarchical relationship and the willingness for a continuous desire in crime committing, the necessary conditions for an "organization to commit crimes" are not met... since the crime committed is not reached within the scope of the activity of the organization, the increase in the penalty allocated by considering the article 79/3 of TPC related to migrants smuggling is not possible..." Yargıtay 18. CD. 01.03.2017. E. 2016/14925, K. 2017/2282.

57 "Due to the article 79/3 of TPC, the first condition in increasing the sentence in accordance with article 220 of the Turkish Penal Code is that the existence of an organization has to be determined precisely, in other words a conviction for forming an organization should have been established first on the basis of Article 220 of the Turkish Penal Code ,"... Yargıtay 18. CD. 17.05.2017. E. 2017/3280, K. 2017/6006; See opposite. YENİDÜNYA / ALŞAHİN, 2009, p. 35; EVİK, 2005, p. 168.

58 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, 2004, p. 302.

the ship while the captain are unaware of, and hiding in these places, then the crime will not occur⁵⁹. Thus, it is not possible to commit such a crime with a probable intent⁶⁰.

Material benefit realization is not also necessary for such a crime to be established. For instance, a complete money transaction is not a requirement for such a crime. Promises made between parties for direct or indirect monetary benefits are sufficient. If benefits are not directly canalized to offenders but to someone else, than still offenders are responsible for this crime. If the purpose of the offender is different than material gain such as taking advantage of immigration's sexual orientation, then this will not constitute a crime⁶¹.

Further, if immigrants, not directly for material purposes but for taking advantage in different forms such as forcing to work, making them to serve, making them slaves, forcing to prostitute, or taking advantage of their body organs are brought into the country, then the crime of human trafficking regulated in the Article 80 of the Turkish Penal Code will take place. Likewise, in the case if someone is brought into the country through illegal ways in order to provide support to terrorist organizations, then the committed crime will not be a crime of smuggling of migrants but instead a crime for helping terrorist organizations⁶².

F. Unlawfulness Element

If an action is forbidden through the whole legal system, then this action is called unlawfulness. On the other hand, compliance with law is that the unlawfulness existed at the time of crime occurred, however the result is in compliance with the law, and hence removing the violation of the law. The reasons for compliance with the law do not remove the condition of faultiness, but prevent it from being a crime. The cases of compliance with the law are not only applicable to criminal laws but also to all other

59 EREL, 2007, p. 281.

60 YENİDÜNYA / ALŞAHİN, 2009, p. 36.

61 EREL, 2007, p. 281.

62 PARLAR / HATİPOĞLU, 2007, p. 636.

branches of law, and in these situations offenders are neither punished nor compensated⁶³.

The compliance with law is not applicable to immigration smuggling offenses regulated by TPC or other laws. However, in the case of victim's consent, compliance of the law for these crime types must be examined separately. In this type of the crime, the victim's consent is already the element of the crime. In other words, since this crime is committed on the basis of voluntarism, the consent given for the formation of a crime cannot be accepted as the reason for the compliance with the law⁶⁴. In order for the consent to be valid, it had to be a person's natural right in his absolute disposal. The entry, exit or stay in a country is not that type of right. However, if the consent is obtained as a result of a perpetrator's fraudulent behavior, then this will no longer be a crime of migrant smuggling, but rather a crime of fraud⁶⁵.

G. Some Special Cases of Migrant Smuggling Crime

1. Attempt

The immigration smuggling crime was not regulated as an attempted offense at the first and original form of the Article 79 of the Turkish Penal Code but later by amending Article 6 of the Law No. 6008 dated 22.07.2010 to the first paragraph of the above mentioned article and adding the provision that reads as "punishment as if completed even if it is left in the stage of the crime attempt", this crime became an attempted crime. In this context, even if the crime remains in the stage of the attempt, the provisions of the attempt will not be imposed on the accused and the crime will be punished as if the crime has been committed⁶⁶.

63 BAKICI, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, p. 543.

64 EVİK, **2005**, p. 166.

65 EREL, **2007**, p. 282.

66 "According to the victim's declarations, defendant's defense and file scope, the Syrian nationality who wants to go abroad willingly by means of illegal ways contacted a person called İsmail who is a smuggler and his identity is unknown, later the defendant contacted people in his status willing to go abroad and had them contacted with İsmail for material benefit, two days before the defendant's return to İstanbul, the defendant took the victims to the beach in order to be smuggled abroad but due to the circumstances of the victims the smuggling did not take place, before the defendant's return to

Nevertheless, if actions of a crime have not been performed yet, solely “preparatory movements” such as helping for preparations for journeys or renting houses for immigrants are not subject to any punishment. If perpetrators voluntarily give up their criminal enforcement actions and prevent the crime from being completed or resulted, then due to perpetrators’ voluntary decisions these attempts will not be realized and thus perpetrators will not be punished⁶⁷.

On the other hand, if crimes of migrants smuggling occurred before the amendment made in the Article 79 of the Turkish Penal Code with the Law No. 6008, then this would be against the accused, and hence the dispute should be resolved according to the original version of the article before the amendment Law No. 6008⁶⁸.

2. Complicity

Immigration smuggling is subject to general provisions, not showing any features in terms of complicity. The provisions regulated by the Article 37 of TPC No. 5237 related to complicity are also applicable to this crime. In this context, smuggling of migrants can be committed either by a single offender or by multiple offenders jointly. In this case, the persons who perform this act jointly are liable on basis of complicities (TPC Article 37/1). In addition, those who do not take place in criminal enforcement actions but make perpetrators to decide, act and help to commit crimes are also to be

İstanbul, the defendant handed over the victims to İsmail for illegal transportation, the defendants offense is the attempt of the crime of migrant smuggling, and the crime falls under the Article 79/1 of the Turkish Penal Code as a complete offense under the last sentence,...”. Yargıtay 18. CD. 01.07.2015. E. 2015/30988, K. 2015/3863.

67 PARLAR / HATİPOĞLU, 2007, p. 637.

68 “The local court ruled that the defendants provided support to immigrants who entered the country from illegal ways to remain in the country for material benefit and that their actions were completed, the defendants provided shelter to immigrants for the sake of financial gain in order to help them to smuggle abroad, and in the day of this offense, the defendants offended the law by committing one of the independent acts " facilitating the smuggling of the migrants". Since the migrants were detained before they leave the country and the smuggling did not take place but only remained in the attempt phase, the independent act of the article was not realized. Hence, the local judge who fails to enforce the provision on the grounds that the offense has been completed should be judged to be unfit for the detention of the resistance.”. Yargıtay CGK. 19.03.2013. E. 2012/8-1085, K. 2013/96.

hold responsible by the provisions “instigator” (Article 38 TPC) and "help" (TPC a. 39) respectively. However, in order to be involved in crimes of smuggling of migrant smugglers, all offenders participating in the crime in the form of joint offender, instigator, or as an assistant must act with “direct or indirect material benefit” intent.

3. Session

Immigrant smuggling regulated by the Article 79 of the Turkish Penal Code is an independent criminal act. In this respect, whichever action described in the article is realized, the crime is assumed to be complete⁶⁹. Even in the case where more than one action is committed, these must be accepted as a single criminal action due to the quality of the crime of independent action. However, since manners in which offenses are committed is one of the crucial parts in determining fundamental punishment, if perpetrators carry out more than one independent action⁷⁰, then courts would take this into account and it is possible that according to the Article 61 § 1 (a) of the Turkish Penal Code the provision of penalty will be realized above the minimum limits.

Since immigrants are victims of migration smuggling crimes, if the number of immigrants is large while these crimes are committed, then it is necessary that criminal punishment is increased by applying the chain crime provisions in accordance with the Article 43 of TPC⁷¹.

Immigrant smuggling is not a property damage criminal offense, it is a crime of abstract danger, and it is not compulsory that immigrants suffer any harm, death, injury or physical pain in order for this crime to take place. In the event of deaths or injuries of illegal immigrants during the process of this crime, defendants will also be held

69 “Although the actions of the defendants were to allow illegal immigrants to leave the country, the main punishment was determined in accordance with article 79/1-a of the same law instead of article 79/1-b of the Turkish Penal Code...” Yargıtay 18. CD. 04.10.2017. E. 2017/3239, K. 2017/10266.

70 KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, p. 635.

71 “Although in the article 43/3 of TPC immigrant smuggling is not mentioned among the crimes counted, immigrant smuggling is among the possible crimes that can be committed as a chain crime. With the adoption that immigrants are the victims of the crime, in the act of smuggling more than one immigrant abroad with a single vehicle, the chain of criminal clauses mentioned in the Article 43/2 of TPC must be applied.” Yargıtay 18. CD. 04.10.2017. E. 2017/3239, K. 2017/10266.

responsible from the crimes or offenses related to the mentioned actions in accordance with the provisions of the actual sentence.

As in the case of illegal immigrants who were being laboured after they had been illegally immigrated to the country. Summation problem may rise between such crime and crime of human trafficking. In such case the way of punishing the perpetrator on both counts should be preferred⁷².

H. Prosecution and Sanction of Immigrant Smuggling Crimes

By referring to the Article 79 of the Turkish Penal Code that regulates the envisaged penalty sentences for migrant smugglings, courts that are charged to make judgments are criminal courts of first instance. Regarding prosecutions of these crimes, these are not a type of crimes that need to be reported by a person or party but instead investigations and prosecutions of these crimes are done as ex-officio. Accordingly, in the case of suspicion that a crime has being committed, necessary investigations and prosecution procedures should be carried out even if there are no notifications or complaints.

The envisaged sanction for this crime as regulated by the article is a sentence of imprisonment and forensic money. Accordingly, sanctions envisaged for the crime of migrant smuggling is from three years up to eight years imprisonment and up to ten thousand days of forensic punishment.

CONCLUSION

Human migration is a humanity problem, and their consequences are closely related to all countries. As a natural result, migrations have become an international phenomenon closely followed up by both international public and a topic of international laws⁷³. Since the 1980s, one of the most important features of immigration has been illegalities. Immigrants often settle in countries where they are not allowed to

72 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2015, p. 103.

73 AKKUŞ, 2013, p. 119.

stay legally by crossing the borders by illegal means and methods. As a natural consequence, they pursue their lives outside of the legal boundaries within the framework of possibilities offered to them. This not only makes immigration illegal, but it also puts immigrants to a place where they can easily get connected to crimes⁷⁴.

In our work, after laying out the concepts of illegal immigration and immigration problems, which has increased in recent years, especially after the civil war in Syria, we study immigration smuggling crimes that are considered in “International Crimes” section of the Turkish Penalty Code. Briefly, in this article, the Yargıtay’s recent precedents, the authors and the doctrines’ interpretations, related to immigrant smuggling crimes, in particular whether immigrants are victims or not, application of chain crime provisions, subject of the crime, action elements of the crime, subjective elements of the offense, quality cases, commitment of the crime within a frame of an organization are presented.

74 SAYIN, Hüdayi, **Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, p. 548.

REFERENCES

- AKKUŞ, Ali Soner, **Türkiye’de Göçmen Kaçakçılığı ve Hukuksal Boyutu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- ARSLAN, Çetin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Year: 2003, Volume: 52, Issue: 1, (p. 113-145).
- ARSLAN, Çetin / AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.
- AYDIN, Ömer Faruk, **Türkiye’de Göçmen Kaçıkçılığı Suçu ile Mücadelede Yasal Düzenlemelerin Rolü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- BAKICI, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- CENGİZ, Mahmut / ŞEN, Bilal, “Sınıraşan Suçlar: Tanımı, Ortaya Çıkış Süreci ve Gelişmesi”, Bahadır Küçükuysal and Oğuzhan Ömer Demir (Ed.), **Sınıraşan Organize Suçlar: Kavramlar, Yöntemler, Eğilimler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, (p. 1-34).
- CENTEL, Nur, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- DOĞAN, Koray, **Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- EREL, Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **TBB Dergisi**, Year: 2007, Issue: 71, (p. 264-299).
- EVİK, Ali Hakan, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD)**, Year: 2005, Volume: IX, Issue: 3-4, (p. 125-179).

- KAHYA, Yavuz, **Sınıraşan Organize Suç Tipi Olarak Göçmen Kaçakçılığı: Türkiye'deki Kaçakçı Profili ve Organizasyonları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2012.
- KAYAALP, Mustafa, **Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ÖZBEK, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, Volume: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- PARLAR, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Volume: 1, Ankara, 2007.
- SAYIN, Hüdayi, **Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- TURHAN, Faruk, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar**, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc> (Date Accessed: 05 January 2018).
- ÜNAL, Şeref, **Devletler Hukukuna Giriş**, Yetkin Yayıncılık , Ankara, 2003.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner / ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", **TBB Dergisi** , Year: 2009, Issue: 82, 2009, (p. 1-50).

YENİGÜN, Bülent, **Göçmen Kaçaklığı Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.