

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

C. 18 S. 3

Y. 2012

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Araştırmaları Dergisi**

ISSN - 2146-0590

C. 18 S. 3 Y. 2012

Sahibi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. M. Emin Artuk

Yazışma Adresi

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

Baskı:

ADALET YAYINEVİ
Cihan Sokak No: 16/B Sıhhiye / Ankara
Tel : (0 312) 231 17 00 – 231 17 94
www.adalet.com.tr – www.adaletyayinevi.com

Tüm hakları saklıdır.

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez.

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM (Başkan)
Yrd. Doç. Dr. Mustafa ERKAN (Başkan Yardımcısı)
Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR (Başkan Yardımcısı)
Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT
Yrd. Doç. Dr. Sabah ALTAY
Ar. Gör. Dr. Gediz KOCABAŞ
Ar. Gör. Dr. Gülşen GEDİK
Ar. Gör. Can Yalçın ARMUTCUOĞLU
Ar. Gör. Zafer İÇER
Ar. Gör. Eren PAYDAŞ

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Metin Feyzioğlu, *Ankara Üniversitesi (Ankara)*
Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları, *Başkent Üniversitesi (Ankara)*
Prof. Dr. Veli Özer Özbek, *Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)*
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, *Akdeniz Üniversitesi, (Antalya)*
Prof. Dr. Feridun Yenisey, *Bahçeşehir Üniversitesi, (İstanbul)*
Prof. Dr. Ali Güzel, *Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)*
Prof. Dr. Tankut Centel, *Koç Üniversitesi (İstanbul)*
Prof. Dr. Nur Centel, *Koç Üniversitesi (İstanbul)*
Prof. Dr. Bahri Öztürk, *Kültür Üniversitesi (İstanbul)*
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, *Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)*

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

1. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi hakemli bir dergidir.
2. Dergi yılda en az iki sayı olarak yayımlanmaktadır.
3. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olmalıdır.
4. Dergiye gönderilen çalışmalar, yayın komisyonunun ön incelemesinden sonra, ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip üç hakem tarafından değerlendirilir. Denetim için görevlendirilen hakemlerin ikisi Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyelerinden, birisi ise Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında başka Hukuk Fakültesi Öğretim Üyelerinden belirlenir. Hakem görüşü doğrultusunda yazarlardan düzeltme yapmaları istenebilir. Yazılar olumlu iki hakem görüşü alındıktan sonra sıraya konularak yayımlanır. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir.
5. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine devredilir.
6. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
7. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini yayın kuruluna iletme zorundadır.
8. Dergiye gönderilecek makaleler, Türkçe ve İngilizce özet ile anahtar kelimeleri içermelidir.
9. Dergiye gönderilecek yazılar, "Office Word" programında, Times New Roman-12 punto; 1.5 aralıklı olarak, dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde yazılmalı, yazım ve dilbilgisi kurallarına uyulmuş olmalıdır.

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

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Araştırmaları Dergisi**

Cilt. 18

Sayı. 3

Yıl. 2012

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Yrd.Doç.Dr. Hakkı Hakan ERKİNER

*ULUSLARARASI HUKUK DÜŞÜNCESİNDE KLÂSİK ÖĞRETİNİN
KURULUŞU: HUGO GROTIUS VE POSTGROTIEN YAZARLAR SAMUEL
VON PUFENDORF, RICHARD ZOUCHE, CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK
VE SAMUEL RACHEL'E İLİŞKİN İNCELEME VE DEĞERLENDİRME 3*

ÖZEL HUKUK

Yrd.Doç.Dr. Hakan ALBAŞ

MİRAS HUKUKUNDA İPTAL VE TENKİS DEF'İ..... 143

Yrd.Doç.Dr. Sezer ÇABRİ

*KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRALANANIN MÜLKİYETİNİN EL
DEĞİŞTİRMESİNİN VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KİRALANAN ÜZERİNDE
SINIRLI AYNİ HAK SAHİBİ OLMASININ KİRA SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ..... 163*

Yrd.Doç.Dr. Mehmet ŞENGÜL

*KAT MÜLKİYETİNDE ORTAK YER ve TESİSLERİN
NİTELİĞİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ..... 201*

Yrd.Doç.Dr. Meltem Deniz GÜNER-ÖZBEK

*YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA KONİŞMENTO VE
KONİŞMENTONUN İSPAT KUVVETİ 233*

Dr. Gediz KOCABAŞ

ALMAN HUKUKUNDA EVLATLIK İLİŞKİSİNİN RE'SEN KALDIRILMASI 255

Arş.Gör. Ali KAYA - Arş.Gör. Emre HORASAN

*TİCARİ DEFTERLERE İLİŞKİN YENİ TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN
MUHASEBE AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 269*

**ULUSLARARASI HUKUK DÜŞÜNCESİNDE
KLÂSİK ÖĞRETİNİN KURULUŞU:
HUGO GROTIUS VE POSTGROTIEN YAZARLAR
SAMUEL VON PUFENDORF, RICHARD ZOUCHE,
CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK VE SAMUEL RACHEL'E
İLİŞKİN İNCELEME VE DEĞERLENDİRME**

Yrd.Doç.Dr. Hakkı Hakan ERKİNER*

Özet

Bu makalede, XVII'nci yüzyılda, "uluslararası hukukun klâsik öğretisi" oluşurken, görüşlerin doğal hukukçu bir anlayıştan, pozitif hukuk anlayışına doğru evrilmesindeki seyir açıklandı. Makalede, anılan yüzyılda, Avrupa'daki ulusal ve uluslararası siyasal ilişkilerin, oluşmakta olan hukuk kurallarının içeriğine yapısal bakımdan nasıl etki ettiği gösterildikten sonra; felsefedeki atılımların disiplinin metodolojisine ve öğretinin üzerine kurulduğu ilkin rasyonalizme, sonrasında pozitivizme zemin hazırladığı ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, çağdaş modern evrensel uluslararası hukuk öğretisinin, XVII'nci yüzyıldaki kökenlerinin araştırılması hedeflendi. Bu hedef doğrultusunda çalışma konusuna dâhil yazarlar Hugo Grotius, Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek ve Samuel Rachel'dir.

Anahtar Sözcükler: Uluslararası hukuk öğretisi, Doğal hukuk, Pozitif hukuk, Hugo Grotius, Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek, Samuel Rachel

* T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, herkiner@marmara.edu.tr; hherkiner@gmail.com

Abstract

On this article we tried to explain the conversion of natural law views into a positive law views, during the establishment of the international law classical doctrine on the XVII. century. In the content of this article, after having shown how the national and international political relations in Europe, during the mentioned century, have influenced the content of the establishment of law regulations and how the progress in philosophy have influenced the methodology of this discipline and the doctrine found primarily on rationalism and later on in positivism. In this context we target to investigate the sources of the contemporary modern universal international law doctrine as to the XVII. century. Based to this aim we examined the following writers views: Hugo Grotius, Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek and Samuel Rachel.

Keywords: *International law doctrine, Natural law, Positive law, Hugo Grotius, Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek, Samuel Rachel*

Giriş

Avrupa tarihinde uzun bir XVI'ncı yüzyıl, Erken Modern Avrupa'nın XVII'nci yüzyılımı hazırlamıştır¹. XVI'nci yüzyılda, toprak bütünlüğüne sahip egemen devletler, deniz aşırı girişimler ve askerlikteki gelişmeler gibi modern uluslararası siyasetin temel öğelerinin oluşumuna tanık olunmuştur². Aynı yüzyıl zarfında, uluslararası ilişkilerin niteliğini ve bunu düzenleyecek bir uluslararası hukukun doğasını anlamaya ve kuramsallaştırmaya yönelik ilk teorik çalışmalar filizlenmiştir. Bu filizlenme dönemini, uluslararası hukukun öğretisi tarihinde Erken Klâsik Dönem olarak adlandırmaktayız. Erken klâsik dönemi, 1480–1546 yılları arasında yaşamış olan Francisco de Vitoria ile başlatmakta ve 1552–1608 yılları arasında yaşamış olan Alberico Gentili ile sonlandırmaktayız. Erken klâsik dönemin devamında, uluslararası hukukun modern öğretisinin kurulup, disiplinin temellerinin bağımsız olarak kurulduğu dönem gelmektedir. Uluslararası hukukun öğretisi tarihi içerisinde bu

¹ Bkz. Merry E. Wiesner-Hanks, *Erken Modern Dönemde Avrupa*, çev. Hamit Çalışkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.

² Bkz. Torbjon L. Knutsen, *Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi*, çev. Mehmet Özay, Açılım Kitap, İstanbul, 2006, s. 118.

dönemi Klâsik Dönem olarak isimlendirmektedir. Klâsik dönemin ilk yazarı olarak andığımız Hugo Grotius 1583–1645 ve bu dönemin son yazarı olarak kabul ettiğimiz Emer de Vattel ise 1714–1788 yılları arasında yaşamıştır. Öğreti tarihi içerisinde Grotius’la başlayan XVII’nci ve Vattel ile sonlanan XVIII’inci yüzyıllar zarfında uluslararası hukuk disiplini teorik olarak kurulmuş ve öğretisi bugün artık klâsik olarak kabul ettiğimiz yapıtlarda tasarlanmıştır. Öğretideki bu gelişme, Avrupa’da modern devletin klâsik yapısıyla oluşturulduğu ve ulus-devletler arasında yoğunlaşan devletlerarası modern ilişkilerin yarattığı gerçek hayattaki ihtiyaçların hukuk yoluyla karşılanması gereksiniminin güçlü bir biçimde duyulduğu bir tarihsel dönemde gerçekleşmiştir.

XVII’nci yüzyıl, Otuz Yıl Savaşları (1618–1648) ile şekillenen Avrupa Devletler Sistemi’nin, Avrupa Uluslararası Kamu Düzeni’nin ve Vestfalya sonrası Avrupa Uluslararası Kamu Hukuku’nun (*Jus Publicum Europæum*) sahneye çıktığı yüzyıldır³. Vestfalya Barışı’yla kurulan devletlerarası Avru-

³ 1648’den sonra da Avrupa’da siyasal karışıklıklar sürmekle birlikte, en güçlü kurum olarak yeni egemen devlet, mutlak monarşiler biçiminde ulusal krallıklar çağına damgasını vurdu. Vestfalya Antlaşması sadece uluslararası hukuk için olağanüstü önemde değildir; bu antlaşma uygarlık tarihi için de bir dönüm noktasıdır; bkz. Will Durant, *The Story of Civilization: Part VII – The Age Of Reason Begins*, Simon And Schuster, New York, 1961, ss. 571–572. 24 Ekim 1648 tarihli Vestfalya Antlaşmaları modern uluslararası hukuk için bir temel ve bir milâttırlar; çünkü: a. Devletlerin egemenliğini ve eşitliğini uluslararası hukukta temel ilke olarak oluşturmuştur. b. Devletlerarasındaki sorunların çözülmesinde antlaşmaların olağan yol olacağını öngörmüştür. c. Bu yeni Avrupa düzeninin korunabilmesi için garantör devletlere müdahâle etme hakkı ile birlikte bir garanti sistemi oluşturmuştur; garantörlük (barışın koruyuculuğu görevi) Fransa ve İsveç’in yükümlülüğündedir; Almanya yabancı müdahalesine açık hale geldi. Bu sistem Avrupa’da barışın korunmasını bir Avrupa direktuarı kontrolüne koyan ilk uluslararası örgütlenme teşebbüsüdür. d. Vestfalya Antlaşmalarının çiğnenmesi, önce dostane çözüm teşebbüsü ya da müzakere teşebbüsü ile çözümlenmeye çalışılmak zorundadır. Şayet bu çözüm teşebbüsü üç yıl içinde netice vermezse antlaşmanın bütün tarafları “suçlu taraf”a karşı silâhlarını yeniden çekebilir. Vestfalya ile devletlerarası ilişkilerde hukukî bir yaklaşım olarak “karşılıklı dostane ilişkilerin kurulması ve sürdürülmesi ilkesi” uluslararası hukuk tarihinde ilk kez yerini aldı. e. Vestfalya, her devletin egemenliğine ve bağımsızlığına saygı duyulmasını sağlayarak, Avrupa’yı güçlerin bir dengesinin eseri olarak yeniden çizmiştir. Devletlerarası hukukî eşitlik ilkesi 1713’teki Utrecht Antlaşması’nda da beyan edilecektir ve 1815’teki Viyana görüşmelerinin de hukuken kalbinde yer alacaktır. f. Vestfalya, Avrupa’da lâik devletlerin uluslararası topluluğunun ilk doğumunu ve bu topluluğun ilk düzenlenmesi teşebbüsünü temsil etmektedir. g. Vestfalya, Avrupa kamu hukukunun temelidir, buna Avrupa uluslararası hukuku denilmiştir. h. Bundan sonra yapılacak bir dizi antlaşmanın başlangıcı ve temelidir. Bu bir dizi antlaşma, Avrupa’da bir uluslararası kamu hukuku düzeni, “*Corpus juris gentium europæum*” yaratmıştır. Bkz. Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, Ellipses, Paris, 2007, ss. 86–90.

pa kamu düzeni kendisinin doğurduğu Avrupa uluslararası hukukuna (*jus publicum europæum*) dayanmaktadır. Bu düzende devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde konuşlanmış ve dokunulmaz sınırlarla çevrili toprak bütünlüğüne sahip, hukukî ve politik bir yapı olarak tanımlanmaya başlanmıştır. Bu husus, Avrupa devletler hukuku tarihinde bir yeniden yapılanma (reorganizasyon) olarak nitelenir. Bu yapılanmanın bir unsuru da, Avrupa’da oluşturulan devletlerarası yeni dengedir. Vestfalya sonrası Avrupa’da, devletlerarası ilişkileri antlaşmalar yoluyla düzenleme gayreti o zamana kadar hiç olmadığı kadar artmıştır. Bu antlaşmalar, uluslararası hukuk tarihinde, gerçek anlamda bir Avrupa Kavimler Hukuku Külliyyatı (*Corpus Juris Gentium Europæum*) oluşturmuştur.

Vestfalya sonrası düzende ülke, politik otorite, nüfus unsurlarının sahibi devletler bir de egemenlikle donanmaktaydılar. 1648 sonrasında egemenlik unsurunun da meydana çıkışı uluslararası hukuktaki devlet kavramının kurucu unsurlarını tarihsel olarak tamamlamıştır. Vestfalya Antlaşması’yla temelleri atılan *Jus Publicum Europæum*, Ortaçağ düzeninin esası olan Papalığın ve Roma-Germen İmparatorluğu’nun Batı Hıristiyanlığı cemaati (*Res publica christiana*) üzerinde evrensel egemenlik (*dominum mundi*) ideolojileri üzerine değil, uluslararası maddî gerçekler üzerine kuruludur.

Eldeki çalışma, XVI’nci yüzyılda yaşanan erken klâsik dönem sonrası uluslararası hukukun klâsik öğretisinin kurulmaya başlandığı XVII’nci yüzyılda yapıtlarını vermiş ve uluslararası hukuk literatürü tarihinde derin izler bırakmış olan ve yapıtları bu literatürde klâsik eserler olarak görülen yazarların irdelenmesi amacına yönelmektedir. Bu çerçevede çalışmada ele alınacak yazarlar Hugo Grotius (1583–1645), Samuel von Pufendorf (1632–1694), Richard Zouche (1590–1660), Cornelius van Bynkershoek (1673–1743) ve Samuel Rachel’dir (1628–1691). Bu yazarların yapıtlarının eldeki çalışmadaki sıralanışlarına göre irdelenmesi, XVII’nci yüzyıl süresince uluslararası hukukun klâsik öğretisi ilk kez kurulurken literatürün doğal hukukçu bir anlayıştan, olgucu-iradeci bir anlayışa doğru evrilmesine de işaret etmektedir. Bu biçimde anılan yazarların irdelenmesi ile modern uluslararası hukukun doğduğu XVII’nci yüzyılda, Batı’daki ulusal ve uluslararası maddî-siyasal koşul ve ilişkilerin doğmakta olan disiplinin normatif içeriğine etki ederken çağın felsefedeki atılımlarının da disiplinin akademik metodolojisine ve ethosuna - *de lege feranda* değerlerine - etki ettiği, makalede serimlenmeye çalışılacak başlıca savlardandır. Bu savın dayanak noktalarının

araştırılması ve belirlenmesi ile çağdaş uluslararası hukukun da hâlen bünyesinde muhafaza ettiği temel ve esas öneme haiz bir dizi soykütütsel niteliğin doktriner kökenlerinin gösterilmesi amaçlanmaktadır.

Çalışma anılan amaca ulaşabilmek için Hugo Grotius'un yapıtını ve ondan sonraki bir yüzyıl zarfında ortaya konulan öğretiyi ele alıp maddî ve felsefî unsurları ile değerlendirirken iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm Grotius'un uluslararası hukuk öğretisini incelemekte ve ikinci bölüm ise Grotius'tan sonra üretilen bir yanda doğal hukukçu öğretiyi, diğer yanda ise pozitivist görüşleri konu edinmektedir.

I- Klâsik Öğretinin Başlangıcı: Hugo Grotius

A- Hugo Grotius'un Yaşamı

İsminin Lâtinceleşmiş şekliyle Hugo Grotius (HVGONIS GROTII), Flemenkçedeki hâliyle ise Huigh de Groot (1583, Delft – 1645, Rostock) *De Jure Belli ac Pacis* (Savaş ve Barış Hukuku⁴) adlı başyapıtıyla (1625) uluslararası hukukun en önemli kurucularının başında gelen Hollândalı hukukçu ve bilim adamıdır⁵.

Grotius, Protestan bir babanın ve Katolik bir annenin oğlu olarak doğdu. İlköğrenimini doğduğu şehir Delft'de tamamladıktan sonra, Laheyli Protestan vaiz ve ilâhiyatçı Johannes Uyttenbogaert'in (1557–1644) yanına gönderildi. Sekiz yaşında Lâtince elejiler (şiirler) yazmaya başlamıştı. On bir yaşında Leiden Üniversitesi edebiyat fakültesine kabul edildi; Joseph Scaliger'den eğitim aldı; matematik, felsefe ve hukuk okudu; bitirme tezlerini üstün başarıyla savundu (1597, on dört yaşında). 1598'de Fransa kralı IV. Henri'ye elçi olarak giden Johan van Oldenbarnevelt'e eşlik etti. Bu esnada, on beş yaşında, Hollânda'dan, İskoçya'ya kadar birçok yabancı öğrencinin gelip Roma hukuku okudukları Orléans Üniversitesi'nde hukuk doktoru sıfatını kazandı. Aynı yıl yayımladığı *Pontifex Romanus* (Roma Başrahibi), altı monologdan oluşan bir siyasal durum değerlendirmesiydi.

⁴ *De Jure Belli ac Pacis*, eserden seçmeler şeklinde ancak kısmen Türkçeye çevrilmiştir; bkz Hugo Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, çev. Seha L. Meray, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1967.

⁵ Grotius'u "uluslararası hukukun babası" olarak anmak oldukça yaygın bir kabuldür; Sergio Barzanti, "Grotius", *Encyclopedia International*, Grolier, New York, 1968, s. 195; Ahmet Halûk Atalay, *Uluslararası Hukukun Oluşumu*, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997, s. 65.

Grotius, 1599'da Hollând eyaletine döndü; Lahey'e yerleşerek avukatlığa başladı. 1601'de, devletin resmî tarih yazarlığına getirildi; özellikle Felemenk Cumhuriyeti'nin İspanya'ya karşı ayaklanmasını anlatan bir çalışma hazırlaması istendi. Romalı Tarihçi Tacitus'un üslûbuyla yazdığı *Annales et historiae de rebus Belgicis*'e (Belçika Üzerine Araştırmalar ve Kronikler) aynı yıl başladı. Dilbilim ve şiir alanlarında da pek çok ürün verdi.

Grotius, Felemenk'in siyasal durumuyla gitgide daha çok ilgilenmeye başladı. 1601'de Birleşik Doğu Hindistan Kumpanyası donanmasının Santa Catarina adlı bir Portekiz gemisine el koymasıyla gelişen olaylar uluslararası hukuk alanında adını duyurmasına yol açtı. Felemenk Cumhuriyeti o dönemde Birleşik İspanya ve Portekiz Krallığı'yla barışçı ilişkileri koruyordu, ama Birleşik İspanya ve Portekiz Krallığı, Doğu Hint Adaları'yla ticareti kendi tekelinde tutma çabasıydı⁶. El konan gemi, yüküyle birlikte savaş ganimeti olarak satıldı. Kumpanya 1604'te Grotius'tan bu konuda hukukî görüş istedi. Grotius, *De jure prædæ commentarius* (Ganimet Hukuku Üzerine Yorum) başlıklı çalışmasında, Portekiz'in Felemenklileri ticaret haklarından yoksun bıraktığı gerekçesiyle gemiye el konmasının meşrû olduğunu savundu. Yapıtın, denizlerin bütün ülkelerce serbest biçimde kullanılabilmesi gerektiğini vurgulayan *Mare Liberum* (*La libre circulation de la mer; The freedom of the seas; Serbest Deniz*) başlığıyla 1609'da yayımlandı (Leiden baskısı, 1633⁷).

Grotius, 1607'de Hollând Eyaleti başsavcılığına atandı. 1608'de Veere belediye başkanının kızı Maria van Reigerberch ile evlendi. 1613'te İngiltere'ye gönderilen bir elçilik heyetine başkanlık etti. Resmî amacı ticaret anlaşmazlıklarını çözmek olan bu ziyaret sırasında kral I. James'le dinsel sorunları tartışma olanağını buldu ve özellikle bütün Hıristiyan kiliselerinin birleşmesi sorununu görüştü. Aynı yıl, cumhuriyette bölünmeye yol açan dinsel ve siyasal bir anlaşmazlığa taraf oldu. Leiden Üniversitesi'nde Jacobus Arminius ile Franciscus Gomarus arasında yazgı kuramı üzerinde ortaya

⁶ Will Durant, *The Story of Civilization: Part VII – The Age Of Reason Begins*, Simon And Schuster, New York, 1961, s. 632.

⁷ *Mare Liberum*'un 1633 baskısının İngilizce tercümesi için bkz. Hugo Grotius, *The Freedom of The Seas or The Right Which Belongs to The Dutch to Take Part in The East Indian Trade*, translated by R. Van Deman Magoffin, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001. *Mare Liberum*'un Fransızca tercümesi için ise bkz. Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, traduite du Latin par Guichon de Grandpont, Imprimerie Royale, Paris, 1845; e-okuma için bkz. ftp://ftp.bnf.fr/554/N5548612_PDF_1_-1DM.pdf (10.10.2012).

çıkan tartışma, zamanla Hollând Eyaleti ile Felemenk Millet Meclisi'nin vali Maurits önderliğindeki katı Kalvenci çoğunluğu arasında bir çatışmaya dönüşmüştü. Hıristiyanlar arasında sürekli barış ve birliği savunmuş olan Grotius, eyalet hukuk temsilcisi (*Landsadvocaat*) Johan van Oldenbarnevelt'in etkisi altında kaldı. 1613'te Hollând meclisinin isteğiyle, meclisin kilise politikası lehinde ateşli bir savunma yazdı. Maurits, 1618'de Grotius ve Oldenbarnevelt ile birlikte muhalefet liderlerini tutuklattı. Oldenbarnevelt vatanı ihanet suçuyla idam edildi. Grotius ise ömür boyu hapse mahkûm edilerek Loevestein Şatosu'na kapatıldı. Eşi ve çocuklarının onunla birlikte kalmalarına izin verildi. Hapisi süresince din ve hukuk üzerine yazmayı sürdürdü⁸.

Grotius 22 Mart 1621'de bir kitap sandığına gizlenerek Loevestein Şatosu'ndan kaçmayı başardı. Aynı yıl Bohemya'da başlayan Otuz Yıl Savaşları bütün Almanya'ya yayılıyordu⁹. Grotius önce Anvers'e, ardından da Paris'e geçti. Paris'te, XIII. Louis ile çok sayıda devlet ve bilim adamı tarafından saygıyla karşılandı¹⁰. Bir kez daha eşi ile çocuklarını yanına almasına izin verildi. Böylece aile, Grotius'un kalemiyle elde ettiği kazanca dayalı güvencesiz bir yaşama başladı. XIII. Louis, Grotius'a bir aylık bağlamıştı, ama bu düzenli bir ödemeye dönüşmedi, ayrıca Kalvenci olduğu için profesörlük görevi alması olanaksızdı.

Grotius 1625'te Paris'te, başyapıtı *De Jure Belli Ac Pacis*'i yayımladı. Aynı yıl Prens Maurits öldü. Grotius 1631'de Hollând'a döndü. Meclisteki şiddetli tartışmalara ve Oranj prensi Frederik Hendrik'in müdahalesine karşın gene tutuklanma tehdidiyle karşılaşınca 1632'de Fransa-İsveç diplomatik ilişkilerinin merkezi olan Hamburg'a gitti. Uluslararası saygınlığı, İsveç şansölyesi Kont A. G. Oxenstierna'nın onu 1634'te İsveç'in Paris büyükelçiliğine atamasını sağladı. Grotius yeniden Paris'e yerleştiyse de diplomatlık yeteneklerinden yoksun olduğunu kısa süre sonra anladı.

Grotius, 1636–37 yıllarında *Historia Gothorum, Vandalorum et Langobardom* (Gotlar, Vandallar ve Lombardlar Tarihi) adlı yapıtı üzerinde çalıştı. Ayrıca Tacitus'un yapıtlarını derledi (1640). 1644'te kraliçe Kristina tarafın-

⁸ AnaBritannica, 1989, Cilt X, Grotius Hugo maddesi.

⁹ Jean Pélissier, Maxime-Émile Arnaud, La Morale Internationale – Ses Origines – Ses Progrès, Institut International De La Paix, Monaco, 1912, s. 118.

¹⁰ Will Durant, The Story of Civilization: Part VII, s. 632.

dan İsveç'e davet edildiğinde büyük saygıyla karşılandı, ama elçilik görevinden alındı. İsveç Devlet Konseyi'ne üye olması önerildiyse de İsveç'e yerleşmeyi reddetti¹¹. Paris'e dönerken Pomeranya kıyılarında bir deniz kazasına uğradı. İki gün sonra Rostock'ta öldü.

Grotius, yetenekli ve çalışkan bir bilim adamıydı. Tarihçi kimliğiyle Tacitus'un üslûbunu izledi. *Annales et Historiæ*'si hümanist tarih yazımının bir başyapıtıydı. İlâhiyatçı olarak da başlangıç dönemindeki Hıristiyan topluluğunu ülkü edinmişti. Yalnız Protestan ilâhiyatçılarla değil, pek çok Katolik papazla da dostluk kurmuştu. Ünlü çağdaşlarıyla yazışmalarının büyük bölümü günümüze ulaşmıştır.

Çağdaş uluslararası hukukun temelini atan *De jure belli ac pacis* ile *De jure prædæ*'nin başlıca özelliği daha önceki dönemin yazar ve düşünürlerinin bir sentezini yapmış olmasıdır. Grotius'un getirdiği başlıca yenilik, Tanrı'dan bağımsız ve insan doğasına dayalı bir doğal hukukun uluslar üzerindeki bağlayıcılığı savıdır.

De jure belli ac pacis adlı yapıtı Grotius'a, uluslararası hukuk disiplininin kurucuları arasında en başta yer alma onurunu sağlayacak kadar önemli bir yapıt olmuştur. *De jure belli*, doğrudan uluslararası hukuk diye bir dala yaslanmadan, millî kamu hukuklarına, özel hukuka ve ceza hukukuna temas eder ve kuvvetli bir hukuk felsefesi düşüncesinden beslenir¹². Grotius'un eseri bu yollardan geçerek meydana çıkar; çünkü eserini verirken, uluslararası hukuk henüz bağımsız bir hukuk disiplini olarak teorik kimliğini kazanmamıştır. Grotius'un öğretisini temelinden besleyen hukuk felsefesindeki kuvveti ise, yaşam öyküsünde de görüldüğü üzere, onun zihninin entelektüel çok yönlülüğünden kaynaklanmaktadır. Ayrıca Grotius, düşünür olduğu kadar eylem adamıdır da. Bununla beraber, uluslararası hukuk üzerine çalıştığı gibi, özel hukuk ve hukuk felsefesi alanlarında da çalışmıştır. Öte yandan matematik, navigasyon, astronomi, şiir, tarih ve teoloji üzerinde de emek harcamıştır yaşamı boyunca; Lâtineden ve Yunancadan matematik ve astronomi kitapları tercüme etmiştir; İncil'de geçen öykülerden yola çıkarak trajediler yazmıştır. Eylem adamı olarak vatanında avukatlıkla uğraşmış, majistra seçilmiş ve Fransa'da diplomatlık yapmıştır. Bu çok yönlü adamın arkasında bıraktığı

¹¹ Will Durant, *The Story of Civilization: Part VII*, s. 634.

¹² J. Basdevant, "Grotius", A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, s. 125.

adının gerçek ünüyle, uluslararası hukuk hakkında yazdığı eserlerle bu dalın öğretisinin kurulmasına yaptığı katkıdan ileri gelmektedir. Bu katkısı özellikle *De jure prædæ* ve *De jure belli* adlı yapıtlarında bulunur.

O zamanlar yirmi bir yaşında genç bir avukat olan Hugo Grotius, *De jure prædæ* adlı çalışmasını 1604 ve 1605 yıllarında, 1601'de Santa Catarina adlı bir Portekiz gemisine Hollânda'nın Doğu Hindistan Kumpanyası donanmasının el koyması üzerine yazmıştır. Kumpanya, kendisinden bu eylemi hukuken haklı çıkararak bir görüş kaleme almasını istemişti.

1601'de, bugünkü Hollânda'ya karşılık gelen Felemenk Cumhuriyeti, Birleşik İspanya ve Portekiz Krallığı'yla barışçı ilişkilerini koruyordu; ama Birleşik İspanya ve Portekiz Krallığı, Doğu Hint Adaları'yla deniz aşırı ticareti kendi tekelinde tutma çabasıydı¹³. El konan Santa Catarina gemisi, yüküyle birlikte savaş ganimeti olarak satıldı. Kumpanya 1604'te Grotius'tan bu konuda hukukî görüş istedi. Grotius, *De jure prædæ commentarius* (Ganimet Hukuku Üzerine Yorum) başlıklı çalışmasında, Portekiz'in Felemenklileri ticaret haklarından yoksun bıraktığı gerekçesiyle gemiye el konmasının meşrû olduğunu savundu. Yapıtın, denizlerin bütün devletlerce serbest biçimde kullanılabilmesi gerektiğini vurgulayan *Mare Liberum* başlığıyla 1609'da bir özetini yayımladı. *De jure prædæ* yazıldığı hâliyle ancak 1868'de gün ışığına çıkarılmış ve editör H. G. Hamaker tarafından yayımlanmıştır. Eser 1868'deki yayımından önce, ancak Rivier¹⁴, Nys¹⁵, Leseur¹⁶, Walker¹⁷ gibi sınırlı sayıda uluslararası hukuk tarihçisi tarafından tanınıyordu; onlar çalışmalarında bu eserin varlığından söz edip, ona göndermelerde bulunmuşlardı; fakat uluslararası hukuk üzerine çalışan ve *Mare Liberum*'u yakından inceleyen Neumann¹⁸, Ahrens¹⁹, Hély²⁰ gibi yazarlar *De jure*

¹³ Will Durant, *The Story of Civilization: Part VII*, s. 632.

¹⁴ Bkz. Alphonse Rivier, *Introduction au droit des gens*, Librairie Fischbacher, Paris, 1889, s. 360; e-okuma için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93614w.r=Alphonse+Rivier.langEN> (10.10.2012).

¹⁵ Bkz. Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, Alfred Castaigne, Bruxelles, 1894, ss. 382–383.

¹⁶ Bkz. Paul Leseur, *Introduction à un cours de droit international public*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1893, s. 107; e-okuma için bkz. ftp://ftp.bnf.fr/561/N5612144_PDF_1_-1DM.pdf (10.10.2012).

¹⁷ Bkz. Thomas Alfred Walker, *History of the Law of Nations*, Cambridge, 1899, s. 283; e-okuma için bkz. ftp://ftp.bnf.fr/009/N0093564_PDF_1_-1DM.pdf (10.10.2012).

¹⁸ Léopold von Neumann için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4264298.r=Neumann.langEN> (10.10.2012).

prædæ'den tamamıyla habersizdiler ki bu, eleştirilmesi gereken bir noktadır²¹. Öte yandan *Mare Liberum*'da bulunan bazı boşlukları *De jure prædæ* bilinmeden doldurmanın olanağı yoktu²².

B- Hugo Grotius'un “De Jure Prædæ” ve “Mare Liberum” Adlı Yapıtları: Doğal Hukuktan İleri Gelen Denizlerde Serbest Seyrüsefer ve Halklar Arasında Özgür Ticaret Haklarının Kavimler Hukukuna Göre Savunusu

Hollânda Doğu Hindistan Kumpanyası (Şirketi), Hint Okyanusu'nda ve Malezya-Singapur-Endonezya sularında faaliyete geçtiğinden beri Portekizlilerin düşmanca tutumları ile karşılaşmıştır. Grotius'a göre bunun nedeni Portekizlilerin bu sulardaki deniz trafiğini ve ticareti sadece kendi ellerinde tutma istekleriydi²³. Hollânda kumpanyası esas olarak barışçı ve ticarî bir amaç peşinde olsa da, bu amacını gerçekleştirmek için kendisini savunmak üzere kuvvete başvurmak zorunda kalmıştır. Kendilerine düşmanlık güden ve faaliyetlerine engel olmak isteyen Portekizlilerin gemilerini kuvvet kullanarak yakalamış ve ele geçirmişlerdir. Hollândalılar tarafından ilk Portekiz gemisine, Malezya ile Sumatra arasındaki konumu itibarıyla deniz ticaretinde çok önemli olan Malakka Boğazı'nda el konulmuştur. Ne var ki, bu eylem bütün Hollândalı kumpanya ortaklarını memnun etmemiştir. Reformun etkilerinden birisi de, birçok Protestan Hollândalının zihninde, istisnasız bütün savaşların gayrimeşrû olduğu düşüncesinin yerleşmiş olmasıdır. Bazı hissedarlar, gemiye el konulmasından elde edilen kazançtan pay almayı reddettikleri gibi, bazıları da işi hisselerini satmaya kadar vardırırmıştır. Bu hissedarların içinden, savaşla ilgili hiçbir eylemde bulunmayacak yeni bir şirket kurulmasını isteyenler de çıkmıştır. Bu kanaat Felemenk devletini çok rahatsız etmiştir, çünkü mevcut Hollânda Doğu Hindistan Şirketi'ne elindeki imtiyazları tanıyan devletin kendisiydi ve bunun karşısına rakip olacak başka bir Hollândalı şirketin çıkmasını katiyen istememekteydi. Bunun üzerine bazı Hollândalı hissedarlar, Fransa kralı IV. Henri'nin himayesinde olacak

¹⁹ Heinrich Ahrens için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k24455q.r=ahrens.langEN> (10.10.2012).

²⁰ Victor Hély için bkz. ftp://ftp.bnf.fr/009/N0095934_PDF_1_-1DM.pdf (10.10.2012).

²¹ J. Basdevant, “Grotius”, s. 156.

²² J. Basdevant, “Grotius”, s. 155.

²³ J. Basdevant, “Grotius”, s. 131.

yeni bir şirketin kurulması yolunu düşünmeye başladılar; fakat bu proje neticelenmedi²⁴. Bu el koyma eyleminin, Hollânda için hukuken makul biçimde çözümlenememesi büyük sakıncalar doğurmaya gebeydi. Fransa kralı gibi güçlü bir yabancı prensin himayesinde kurulabilecek bir şirket, varlığını denizciliğe ve ticarete borçlu Hollânda devleti için başa çıkılamaz ticarî kayıplar doğurabilirdi. Hissedarların, Malakka Boğazı'nda yaşanan eylemin haklılığına ikna edilememesi durumunda şirketin uğrayabileceği sermaye kayıplarının da önüne geçilmesi gerekiyordu. Eylemin hukukî meşrûluğu üzerine yaşanan tartışma, Hollândalıların iç ekonomik tavır birliğine, ticarî teşebbüs ve menfaatlerine zarar verecek boyuta varma tehlikesini ciddî biçimde taşır hâle gelmişti. Konu Felemenk'in, Portekiz-İspanyol hegemonyasını alt edememesi riskini de getirmekteydi.

Grotius, şirketin avukatı olarak, konuyu bütünlükçü bir biçimde ele alacaktır. İlk önce savlarının haklılığını kanıtlayabileceği teorik temeli kurmak zorunda olduğunu görecektir. Meselenin uluslararası bir mesele olmasından ötürü, getireceği teorik yaklaşım, uluslararası hukuk disiplinin öğretisi için de, bu disiplinin doktrininin kurulmaya çalışıldığı ilk çalışmalardan biri olacaktır.

Grotius'un hukukî sunumunu oluştururken denediği yazım tekniği, mantığın tümdengelim yöntemine dayanmaktadır. Normatif hukukî bilgi temeli olarak ise, Roma hukukunun ilkeleri temel olarak alınmaktadır. Bununla birlikte Grotius, bir nokta üzerindeki hukukî fikrini ve yargısını söylemeden önce, kendince yeterli uzunlukta bir biçimde, fikirlerini delillendirmeye girişir. Bunu yapabilmek için, kendinden çok önceki zamanlardan itibaren Batı Uygarlığı'nın kültürel birikimini oluşturan malzemenin işlenmesinden yararlanır. Antik Yunan ve Roma Uygarlığı'ndan, Kitabı Mukaddes'ten aktarılan örneklerden, antikitedeki filozofların ve devlet adamlarının düşüncelerinden (özellikle Cicero'dan), Hıristiyan azizlerin, kilise babalarının ve skolâstik yazarların eserlerinden, İspanyol teolog ve hukukçuların kendisinden önce uluslararası hukuk için yapmış oldukları çalışmalardan çok geniş bir biçimde faydalanır; bunların her birinin entelektüel otoritelerini, söyleyeceği hukukî yaklaşımın dayanağı olarak kullanır.

Grotius, bütün bu birikimi kullanırken, ulaşmak istediği uluslararası hukuk ilkelerini bulabilmek için önce, yeryüzünde insana, Tanrı ve doğa tara-

²⁴ Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, ss. 382–383.

findan ne haklar verildiğini belirlemek ister ve teorisini insandan ve onun doğal hukuktan kaynaklanan haklarından ve yetkilerinden yola çıkarak belirlediği bu temel normlar üzerinde kurmaya girişir. İnsanların haklarının korunması ödevini aktardıkları ve toplumsal mutabakat ile yetkilendirdikleri devletin de, uluslararası hukuktaki yetkilerine böyle bir akıl yürütmeye ulaşır.

De jure prædæ'nin özellikle XIII. bölümü esas alınarak gene Grotius tarafından birkaç yıl sonra yazılacak olan *Mare Liberaum* da, denizlerin serbestisi üzerine, yazarı tarafından ülkesinin çıkarlarını savunmak amacıyla yazılmış olmakla birlikte, teorik değeri yüksek bir eser olacaktır. Bütün bu çalışmaların temelindeki esas amaç, askerî gücü yüksek bir devletin, kendisine, denizleri ve oralarda ticaret yapma olanağını silâhlarının gücüne dayanarak kapatması karşısında, onun askerî gücüne karşı eylemlerinin ve teşebbüslerinin haklılığını hukukî yoldan kanıtlayıp, çıkarlarını savunmak için girdiği mücadelede hukuku da kendisi için bir dayanak ve kuvvet unsuru olarak kullanmak isteyen tüccar bir devletin girişimlerinin gerektirdiği hukukî teorinin ortaya konulmasıdır. Bu çalışmayı yapan öngörülü ve teorik derinliğe sahip hukukçunun adı Grotius olmuş ve kendisinin ismi, bir disiplinin kurucularından biri ve belki en önemlisi olma onuruyla taltif edilmiştir.

De jure prædæ'nin²⁵ giriş mahiyetindeki birinci bölümünde (*Caput Primum: Exordium. Argumentum. Distributio. Methodus. Ordo operis.*), Grotius ele alacağı konuyu ne şekilde inceleyeceğini açıklamaya çalışır. Konunun karmaşık olduğunu belirtmekte ve pek çok açıdan ele alınabileceğini ileri sürmektedir. Bu muhtemel açılardan birincisi dinî bakış açısıdır. Grotius'a göre, "*Gemiye el konulması, Hristiyan dinine göre haklı mıdır?*" sorusu, akla gelen sorulardan birincisidir. Bu soruyu soracak olanlar, bir konunun hukukî olarak meşrû olup olmadığını cevaplandırırken, dinî mülâhazalarla duraksayanlar ve konuyu kafalarında, önce Hristiyanlığa göre evirip çevirenlerdir. İkinci bakış açısı ise, meseleyi cevaplandıracak olan kişinin, ününü düşünerek, aklından geçen gerçek cevabı söylemekten korkarak konuya yaklaşmasıdır. Bu yaklaşımda olanlar, hangi cevabın şu an ken-

²⁵ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, éd. Hendrik Gerard Hamaker, Ernest Thorin, Paris, 1868; e-okuma için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5784216p.r=Hugo+Grotius.langEN> (10.10.2012); <http://www.archive.org/details/ledroitdeprised02hamagoog> (10.10.2012). Ayrıca bkz. Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, Ed. Ittersum Martine Julia van, Liberty Fund, Indianapolis, 2006; e-okuma için bkz. http://files.libertyfund.org/files/1718/Grotius_1350_EBk_v6.0.pdf (10.10.2012).

dileri için faydalı olacağını ve hangisinin gelecekte kendilerine bir zarar getirebileceğini tartar kafasında²⁶. Grotius bu ikinci yaklaşım hakkında da yorumlarda bulunursa da, uluslararası hukukun öğretisi tarihi bakımından asıl önemli olan, birinci soruya getirdiği yorumdur.

XVII'nci yüzyılın başında, hukuk soruları, dinsel kavramlar işe karıştırılmadan henüz cevaplandırılmıyordu. Oysa Grotius'a göre hukukî sorunlar, yalnızca hukuk kurallarına göre cevaplandırılmalıdır. Grotius'a göre, o hukuk kuralları ki, sadece yazılı olanlarda değil, aklın ışığında aranacaklar ve bilge kişinin düşüncelerinde uyanacaklardır²⁷.

Yukarıdaki yaklaşımsal ilke bir kez kabul edildikten sonra, Grotius, matematikçilerin uyguladığı yönteme benzer bir yöntem uygulayacağını ve önce üzerlerinde hukukî çözümlerin yükseleceği kural ve yasaların genel olarak belirlenip ortaya konulacağını belirtir²⁸. Matematiksel bir yöntemsel kesinlik içerisinde bulunulacağını iddia etmek, Grotius'un ikna edici olmak için başvurduğu bir tavidir aslında, çünkü çalışmanın kendisine ısmarlanmasının nedeni, Hollândalı kumpanya ortaklarının konuyla ilgili hukukî endişelerini gidermektir ve amacı baştan belli bir çalışmada ulaşılabilecek neticenin de ısmarlanmış olmadığını düşünmek, Grotius'un aldığı işin gayesine aykırıdır. Ancak somut olay bir yana, Grotius'un, izlenmesi gereken hukukî yöntem hakkındaki savları, somut olaydaki çıkar çatışmalarından soyutlanarak ele alındığında, uluslararası hukukun tarihinde disiplinin bağımsız öğretisinin kurulduğu bu çalışmalar için geriye dönüp bakıldığında gerçekten değerlidir. Grotius'un aşağıda görüleceği üzere, bu çalışmasında ortaya koyduğu çaba, hukukî bir çözüm aradığı "el koyma" olayına ilişkin cevaba ulaşıırken, tamamen kendi kendisine yeterli bir hukukî sistem kurabilmektir. Böyle bir çabayı göstermeyi göze almakla Grotius, önüne gelen bir devletlerarası hukukî mesele üzerinde düşünürken, uluslararası hukuka ilişkin teorik bütünlüğü ve kendi içinde tutarlılığı olan, öğretisi bakımından çok değerli bir çalışma üretmiştir.

Grotius'a göre, çalışma oluşturulurken, önce el koyma olayının nasıl gerçekleştiği anlatılmalı ve tarafların karşılıklı iddia ve savları ortaya konmalıdır. Bundan sonra, bu savlara uygulanmak üzere, konuyla ilgili ilk hu-

²⁶ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 5.

²⁷ J. Basdevant, "Grotius", s. 157.

²⁸ J. Basdevant, "Grotius", s. 157.

kuk ilkelerine kadar geriye gidilerek, uygulanacak kurallar belirlenmelidir. Bunun için *De jure prædæ*'nin ikinci bölümünde (*Caput Secundum: Prolegomena, in quibus Regulae IX et Leges XIII*), hukukun temelleri ve insanlar arası ilişkilere uygulanan köken kuralları belirlenmeye çalışılır. Bu yapılırken, bir dizi hukukî tündengelim kurulur ve mevcut hukukî soruna dair teorik çözümlere girilir. Bu çabanın gösterildiği *De jure prædæ*'nin II.–X. bölümleri eserde teorik kurulumun yapıldığı bölümlerdir. XI. bölüm Hollândalıların, Portekizlilerden olan şikâyetlerine ve itirazlarına ayrılmıştır. XII. ve XIII. bölümlerde olaya ilişkin hukuk ortaya konur ve bunların neticesinde gemiye el konulmasının hukuken haklı ve meşrû olduğu sonucuna varılır. Konunun hukukî olarak incelenmesi böylece tamamlanır²⁹.

Bu genel sunumdan sonra, burada yapmak istediğimiz şey, Grotius'un *De jure prædæ* adlı çalışmasındaki ayrıntılara ve özel olarak da hukukî usamlamanın çözümlenmesine eğilmektir. Grotius, *De jure prædæ*'nin II. bölümünden itibaren, hukukî usamlamasına, (kendince) öyle öncel kural ve yasaların (aksiyomların) keşfiyle başlamaktadır ki, onların geliştirilmesi ile ulaşılabilecek bütün sonraki çözüm dizisi doğrulansın³⁰. Bu öncel kuralları dokuz adettir (*Regulae IX*) ve her biri hayat hakkında hukuken zorunlu yargıların farklı kaynaklarına işaret eder. Öncel yasalar on üç tanedir (*Leges XIII*) ve bunlar insanlar arası ya da devletler arası insan eylemlerine uygulanan en temel normlardır.

De jure prædæ'ye göre, hukukun ilk ve aşkın kaynağı Tanrı'nın iradesidir; Tanrı, “doğal hukuk”un³¹ (*jus naturae*) yaratıcısıdır. Bu noktada, Stoa-

²⁹ *De jure prædæ*'nin XIV. ve XV. bölümleri Hollânda Kumpanyası ortaklarının el koymadan elde edecekleri faydanın anlatılmasına ayrılmıştır.

³⁰ Bu noktada, *De jure prædæ*'deki yöntemin, Grotius'un çağdaşı Descartes'ın yöntemi ile olan paralelliğine dikkat çekilmelidir. Hollânda'da yaşayıp yazmış Fransız filozof Descartes (1596–1650), felsefî kuramı ile modern pozitif bilimin olasılık ve hakikat koşullarının temellerini atarken, felsefeyi “yöntemle düzenlenen aklın yapıtı” hâline getirmişti. Felsefe profesörü Dominique Folscheid, Descartesçi yöntemi şöyle özetler: “Sağduyu” – ya da “iyi yargılama kudreti” – dünyada en iyi paylaşılmış şey olduğundan, gerçek bilimle hata arasındaki fark, yürütülen işlemlerden ve bunları uygulama iradesinden doğacaktır. Dört temel kural (açık seçik gerçeklik, analiz, sentez, eksiksiz sayma) bir keşif sanatı oluşturur. (Karmaşıktan basite doğru indirgeyerek) açık seçik gerçekliğe, kavramların beraklığına, geometricilerin tarzında hiçbir halkayı atlamadan akıl yürütmenin sağlam zincirine (o “basit ve kolay uzun akıl zincirleri”...) dayanmakla, derece derece ilerleyerek bilinenenden bilinmeyene ulaşırız, bilmek ve harekete geçmek için hakikati yeniden inşa ederiz; Dominique Folscheid, *Felsefe Akımları*, çev. Muna Cedden, Dost Kitabevi, 2009, s. 54.

³¹ Fr. *Droit naturel*; İng. *Law of nature*.

cıların kadim felsefesi bir kez daha karşımıza çıkar: Tanrı'nın rızası, "ilâhî ışık", kâinattaki diğer her şeyde ve her yerde olduğu gibi, insanda da bulunur ve insandaki bu ışık, "ikincil doğal hukuk"un³² (*jus naturae secundarium*) doğumuna vesile olur ki, o da "birincil kavimler hukuku"dur³³ (*jus gentium primarium*)³⁴. Kavimler hukuku, üzerindeki ilâhî-kamusal³⁵ mutabakattan ötürü, kişi ve devlet için bağlayıcıdır³⁶; çünkü Tanrı, insanı özgür ve *sui juris* (hak-hukuk bilir) kılmıştır³⁷.

Hukukun yeryüzünde, toplum içindeki kaynağı ise devlettir (*Respublica*). Devlet "birincil kavimler hukuku" üzerindeki mutabakat ile bağlıdır. İnsanın yaratılışından gelen özgürlük ve hak-hukuk gereksiniminin (çünkü Grotius'a göre, Tanrı, insanı özgür ve *sui juris* kılmıştır) toplum (site) içinde karşılanabilmesi için, devletin kanunlar koyarak hukuku hayata geçirmesi gerekir. Bunun için devletin yargıçlar (*magistratus*) eliyle işleyen, vatandaşlara yönelik hukuk düzeni devreye girer; böylelikle gene Grotius'a göre, toplum içinde yaratılan bütün kamu ve özel hukuk (ikisine birden *jus civile* demektir) kurallarının kaynağı devletin iradesidir³⁸. Devlet ve yargıç, sadece bütün vatandaşlara uygulanır olan hukuk kurallarının yaratıcısı değildir; aynı zamanda onlar, kendilerine herkes tarafından önceden verilen rıza uyarınca³⁹, toplum içindeki her vatandaşa kanunu uygulayan hukukî otoritedir. Hukuk kuralını, bu kuralın kaynağı ne olursa olsun, farklı olaylara uygulama yetkisi (*judicium*) devlete aittir. Grotius, bu yetkinin her devlet için kendi ülkesi içinde geçerli olduğunun da altını çizmektedir⁴⁰.

Hukukun ilâhî ve kamusal kaynaklarını Tanrı ve devlet olarak belirledikten sonra Grotius, insan fiillerine uygulanan en temel yasaların belirlenmesine geçmektedir. Tanrısal istenç ve kamusal uzlaşısı, kişilere ve mallara

³² Fr. *Droit naturel secondaire*; İng. *Secondary law of nature*.

³³ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 11; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 23; J. Basdevant, "Grotius", s. 157.

³⁴ Fr. *Droit des gens primaire*; İng. *Primary law of nations*.

³⁵ Grotius, Hak ve halk kavramları arasındaki ilişki üzerinde düşünmektedir.

³⁶ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 27.

³⁷ J. Basdevant, "Grotius", s.158.

³⁸ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.12–23; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, ss. 24–32.

³⁹ Otoriteye bir zamanlar verilmiş olan bu rıza/yetki/toplum sözleşmesi fikri, hukuk ve siyaset felsefesi geleneğinde mevcut bir mittir. Grotius'un burada bu miti tekrarladığını görüyoruz.

⁴⁰ J. Basdevant, "Grotius", s.159.

saygı gösterilmesini, onlara yapılan kötülüklerin cezalandırılmasını, verilen zararların onarılmasını ve bunlardan ötürü mahrum kalınan faydaların karşılanmasını buyurmaktadır. Bu ve bunun gibi temel buyruklar bütün insan toplulukları ve toplumları için genel geçer buyruklardır. Grotius, aksiyomatik (belitsel) on üç yasa belirler⁴¹.

Devlet bu kanunları buyruklarına uygular; ancak bu kanunlar içerisinden ilki, hukukun uygulanmasında yargı organına başvurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu kanun şöyledir: “Kişinin kendisini savunmasına izin verilecektir”⁴² (“*Vitam teri et declinare nocitura liceat*”). Bu yasa devleti de bağlar; bu nedenle devlet bile ancak yasal yoldan ve yasama organının kararıyla ülkede hukuku uygulayabilir; fakat Grotius şunu da eklemektedir ki, devlet kendi kendisinin yargıcidir, çünkü kendisinden üstün olan yoktur⁴³.

Kavimler hukuku (*jus gentium*), uluslararası ilişkiler çerçevesinde de, yukarıda belirtilen (*Lex. I*) aynı temel yasa uyarınca, yargı yoluna gidilmesini şart koşmaktadır; fakat Grotius’a göre bu şartın yerine getirilmesi ancak her iki devletin de hakeme gitmeyi kararlaştırmalarına bağlıdır. Taraf devletlerin kararına uymayı kararlaştıracakları hakem bir başka devlet olacaktır⁴⁴.

Çalışmanın üçüncü bölümünde Grotius, savaşı hukuken tartışmaktadır ve bunun için hemen bölümün başında şu dört soruyu sormaktadır kendisine⁴⁵: Herhangi bir savaş haklı mıdır? (*An bellum aliquod justum sit*). Hristiyanlar için haklı olan herhangi bir savaş var mıdır? (*Chistianis*). Hristiyanın,

⁴¹ *Lex. I. Vitam teri et declinare nocitura liceat, Lex II. Adjungere sibi quae ad vivendum sunt utilia eaque retinere liceat*; Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 10; *Lex III. Ne quis alterum laedat*, s. 13; *Lex IV. Ne quis occupet alteri occupata*, s. 14; *Lex V. Malefacta corrigenda, Lex VI. Benefacta repensanda*, s. 15; *Lex VII. Ut singuli cives caeteros tum universos, tum singulos non modo non laedernt, verum etiam tuerentur, Lex VIII. Ut cives non modo alter alteri privatim aut in commune possessa non eriperent, verum etiam singuli tum quae singulis, tum quae universis necessaria conferrent*, s. 21; *Lex IX. Ne civis adversus civem jus suum nisi judicio exsequatur*, s. 24; *Lex X. Ut magistratus omnia grat e bono reipublicae, Lex XI. Ut quidquid magistratus gessit respublica ratum habeat*, s. 26. *Lex XII. Ne respublica neu civis alteram rempublicam alterusve civem jus suum nisi judicio exsequatur*, s. 27; *Lex XIII. Ut ubi simul observari possunt observentur: ubi id fieri non potest, tum potior sit quae est dignior*, s. 29.

⁴² “*Law I. It shall be permissible to defend one’s own*”; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 23.

⁴³ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 160.

⁴⁴ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 160.

⁴⁵ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 31; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 40.

Hıristiyana karşı olduğu herhangi bir haklı savaş var mıdır? (*In Chistianos*). Bütün hukuk düzeni içerisinde, Hıristiyanlar arası savaşı haklı kılan hukukî bir bakış açısı var mıdır? (*Omni Jure*).

Grotius, üçüncü bölümün başında, savaşın kendiliğinden gayrimeşrû ve haksız olmadığını ve kendiliğinden Hıristiyanlara yasaklanmadığını belirtmektedir. Bu görüşünü doğal hukuka dayandırmakta, kavimler hukukundan ve *jus civile*'den⁴⁶, bir önceki bölümde tespit ettiği temel yasalar uyarınca, bu görüşünü doğrulayan çıkarımlarda bulunmaktadır. Bunu takiben, kutsal otoritelere, dinî literatüre başvurur; bunun da devamında insanlar arasında otorite olmuş, adaletleri ve sofulukları ile tanınmış Hz. İbrahim, Hz. Musa, Hz. Davut, Aziz Pavlus, Aziz Augustinus, Aziz Jérôme, Aziz Ambroise ve Hıristiyan krallardan vecizeler aktarır⁴⁷.

De jure prædæ'nin dördüncü bölümünde artık el koyma konusuna girilmektedir. Böyle bir eylemin sorgulanması da, bir önceki bölümdeki yönleme benzer biçimde yapılmaktadır⁴⁸.

Yasaların dördüncüsü, "*Ne quis occupet alteri occupata*" der; bize, başkasının olan bir şeyi gasp etmeyi yasaklar. Bize, yaşamımızı ve mallarımızı koruma yetkisi veren diğer yasaların varlığı ise, dördüncü yasanın da istisnası olduğunu gösterir; demek ki bize karşı düşmanca yönelmiş araçları, düşmanın silâhlarını ve imkânlarını (zenginliğini) ortadan kaldırmak için olanığımız hukuken vardır. Onlara zorla el koyabiliriz. Barışta dördüncü yasanın istisnası olmaz. Şayet barışta başkasının mallarını izinsiz olarak almışsak onları geri vermeliyiz; ama onları elimizde tutmak için hukuken haklı bir nedenimiz varsa şayet, o zaman da bu mallar için tazminat ödemeliyiz. Savaştaysak şayet ve kendimizi savunmak zorundaysak, o zaman Grotius, düşmanın silâhına ve malına el koymanın haklılığını savunmaktadır⁴⁹. Grotius'a göre böyle bir el koymanın haklı sayılabilmesi için açıktır ki, savaşın da haklı

⁴⁶ Grotius, *De jure prædæ*'de, devletlerin hem millî kamu hukuklarına hem de millî özel hukuk sistemlerinin bütününe *jus civile* der.

⁴⁷ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.31–39; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, ss. 40–48.

⁴⁸ *Caput IV. Art. I. An prædam capere aliquando justum sit, Art II. Christianis, Art. III. Ex Christianis, Art IV. Omni Jure*; bkz. Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 43.

⁴⁹ "*Bellum aliquod justum est Christianis in Chistianos omni jure*"; Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 42; "*From the standpoint of all law, it is sometimes just for Christians to take prize or booty from Christians*"; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 60.

olması gerekir; ancak haklı bir savaş yürütüyorsak, el koyma da haklı bir eylem olacaktır. Öyleyse savaşın haklı mı haksız mı olduğu sorusu cevaplanmalıdır ki, el koymanın da haklı mı haksız mı olduğu anlaşılmalıdır. Grotius, konu hakkında, Hıristiyan uygarlığındaki hukuk düşüncesinde kendisinden önceki gelenekten beslenerek (aslında onu tekrar ederek) somut bir savaşın haklı mı haksız mı olduğu sorusunun cevaplandırılması için hukukî düşünüş aşamalarını dört unsurun belirlenmesi üzerine kurgular. Bu unsurlar şunlardır:

- a. Savaşı gerçekleştiren kişi (*causa belli efficiens*);
- b. savaşın nedeni (*materia*);
- c. savaşın başlatılma ve yürütülme şekli (*forma belli suscipiendi gerendique*);
- d. savaşın hedefi (*finis belli*).

Savaşı gerçekleştiren kişi özel şahıs ya da devlet olabilir. Herkesin kendi özel savaşını (*belli privati*) gerçekleştirme hakkı vardır ve bunu yaparken müttefiklerinin ya da kendisini izleyenlerin yardımını alabilir, çünkü herkesin kendisine ait haklarını savunması doğaldır ve insanın benzerinin yardımına koşması tabiidir⁵⁰.

Devlet bakımından ise, onun ayırt edici özelliği, bağımsızlığı ve kendi kendisine yeterliliğidir⁵¹. Şayet devlete savaşabilme imkânı tanınmazsa kendisini savunmada kendi kendisine yeterli olmayacaktır ki bu da devletin tanımına aykırıdır. Demek ki devletin kendisini savunmak için kamusal savaş (*belli publici*) yapma yetkisi vardır. Grotius'un, Bartolo, Vitoria ve Ayala'nın da görüşlerinden alıntılar yaptığı bu paragraflarında bir devletin savaşta olan bir başka devlete yardım da edebileceğini belirtmektedir⁵².

Savaşın haklı olması için nedenlerinin de haklı olması gerekir. Haklı nedenler dört tanedir:

- a. Kendi kendini savunmak;
- b. mallarını korumak;

⁵⁰ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.57–59; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, ss. 61–62.

⁵¹ “*Respublica autem intelligi debet, quæ est (...) sufficiens sibi et totum aliquod per se*”; Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 62.

⁵² Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.62–66; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, ss. 63–67.

c. bize sözleşmeyle ya da başka bir sebeple borçlu olunan, ama haksız olarak yerine getirilmeyen şeyi elde etmeye çalışmak;

d. şayet onarımda bulunulmamışsa, bize yapılan kötülükleri ve haksızlıkları cezalandırmak.

Bu nedenlerin varlığı özel ya da kamusal savaşları, nedenleri bakımından haklı savaş kılar. Bu nedenlerde belirtilen eylemleri işleyenlere, onların mütteliklerine ve eylemlerin işlenmesinde araçlık eden uyruklarına karşı savaş, haklı savaştır. Bir devletin, kendisine karşı savaşı haklı kılan düşmanca ya da zarar verici eylemleri veya savaşta düşman devletin eylemleri, onun uyruklarının aracılığı eliyle işlenir. Bu uyrukların serbest iradeleriyle hareket etmedikleri, emir altında oldukları savı, onlara karşı savaşı haklı olmaktan çıkarmaz; çünkü sonuçta onlar insandır ve insanların serbest iradesi vardır. Uyruk da olsalar, yaptıklarının bilincindedirler. Akıl onu gerektirir ki, bir hükümdarın, bu haksızlığın apaçık olması şartıyla, haksız emirlerine uyulmamalıdır. Böyle bir haksızlığı gerçekleştiren uyruklar, zarar verdikleri devlete ya da kişiye onarımda bulunmalıdırlar aksi takdirde onlara karşı savaş meşrû bir eylemdir⁵³.

Savaşın kimler tarafından yapılabileceğini ve hangi sebeplere dayanması hâlinde haklı olabileceği açıkladıktan sonra Grotius, savaşın başlatılmasının ve yürütülmesinin ne şekilde olması gerektiğine geçmektedir. Savaşın başlatılmasındaki hukukî sorun savaş ilânında bulunmanın uyulması gereken bir formalite olup olmadığıdır⁵⁴. Şayet kendi devletimizin otoritesi ortadan kalkmışsa ve bizim yaşamımızı ve haklarımızı korumak için savaşabilecek durumda değilse; bizim de kendimizi savunmamız için savaşmamız acil bir gereklilik durumunu almışsa, o takdirde özel savaş hakkımız devreye girer ve böyle bir hâlde karşı tarafa önceden savaş ilân etme formalitesine uymanın bir lüzumu yoktur. Açıklanan bu durumda özel savaş bir zarurettir ve savaş ilânı formalitesinin yerine getirilmiş olması aranmaz⁵⁵.

Kamusal savaşta da, savaşın acil bir zaruret olması durumunda, ilân formalitesine başvurulmadan kuvvet kullanılması gerekli olabilir. Bunun haricinde devletin savaş ilânını yerine getirmesi şarttır. Bu noktada Grotius,

⁵³ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.62–84; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, ss. 68–81.

⁵⁴ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 165.

⁵⁵ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.84–95; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, ss. 81–90.

adını zikrederek, İsidorus'un⁵⁶ görüşlerini tekrar eder ve onlara iştirak ettiğini bildirir⁵⁷. Uluslararası hukukta savaş ilânı, ivedilik istisnası hariç, savaş eyleminin başlatılmasının şekil şartıdır: *Judicium* (yasaya uygunluk anlamında) kavramıyla karşılanır onun gerekliliği. Burada *judicium* kavramına iç hukuktaki kullanımıyla yargı yetkisi anlamı değil de, yasaya uygunluk biçiminde uluslararası hukuka has bir anlam yüklemektedir Grotius⁵⁸.

Sebebi doğru, uygun biçimde ilân edilmiş bir savaş nasıl yürütülmelidir acaba? Savaşta düşmanlık, peşinde olunan hakkın elde edilmesinin gerektirdiği sınırlar içinde kalmalıdır⁵⁹. Bu sınır içerisinde, savaşanlar, aslî düşmanlarına karşı, onların müttefiklerine karşı, devlete ve onarım yükümlülüğünden kaçınan uyruklarına karşı kuvvet kullanabilir. Devletlerinin eylemlerinden ötürü devletin tüccar ve çiftçi gibi uyruklarına karşı zor kullanılabilir, direnmeyi bırakanların mallarına el konulabilir, ancak şahıslarına saygı gösterilmelidir. Düşman devlete yardım eden yabancılara ve onunla ticaret yapanlara karşı, düşmanın savaşı sürdürebilmesine destek olduğundan ötürü kuvvet kullanılması meşrûdur⁶⁰. Kuvvet kullanılırken savaşan otoritelerin mutlaka dikkat etmeleri gerekir ki, savaşta kalleşlik yapılmamalıdır, söz verildiye tutulmalıdır⁶¹.

Savaşta güdülen amacın haklılığı meselesini ise Grotius, dokuzuncu bölümde işlemektedir. Devlet için savaşın amacı, bütün taraflar için hakkın ve

⁵⁶ İsidorus Hispalensis (Sevilyalı İsidorus, y. 560–636), eseri *Etymologiae*'de kavimler hukukunun şartırcı derecede modern bir tanımını vermiştir (*Etymologiae*, L. V, IV-VII). Bu tanım *jus gentium*'u, doğal hukuktan ve *jus civile*'den açıkça farklılaştırmaktadır. İsidorus Hispalensis'e göre "*jus gentiumun düzenlediği işgal, inşaat, müstahkem kurmak, savaş, esir almak, egemenlik altına almak, fidye, boyunduruk, barış yapmak, müttefik olmak, ateşkes, elçilerin dokunulmazlığı, yabancılarla evlenmede kısıtlamalar, bütün halklar (gentes) tarafından uygulanır*" ve bu konulara ilişkin hukuk halkların müşterek hukukudur. İsidorus'un fikirleri, Ortaçağdaki haklı savaş doktrininin temel kaynaklarından biridir. *Etymologiae*'nin Lâtince orijinal metni için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/isidore.html> (10.10.2012); ayrıca bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, Editions Economica, Paris, 1995, s 25.

⁵⁷ "*Bellum publicum juste suscipitur quatenus judicium deficit, aut rebus repetitis et ex decreto reipublicae suscipientis*"; Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 101; "*A public war is undertaken justly in so far as judicial recourse is lacking, or if the formality of rerum repetitio has been observed, and a decree has been passed by the state undertaking the war*"; Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 94.

⁵⁸ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 166–167.

⁵⁹ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.101–103.

⁶⁰ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.113–115.

⁶¹ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.115–117.

hukukun gerçekleştiği bir barıştır⁶². Devlet adına savaşan uyruklar için ise, savaşın amacı asla yağma ya da kazanç olamaz; onlar savaşmakla, ülkelerinin uğradığı bir haksızlığın onarılması için egemenlerinin buyruğuna uymaktadırlar⁶³.

Bu tespitlerden sonra, meşrû bir el koymanın koşulları artık belirlenmiş olmaktadır. Mademki meşrû bir el koyma ancak haklı bir savaşta yapılan el koymadır, öyleyse bir savaşın haklılık koşullarına, yukarıdan beri belirlenen şartlar uyarınca bakmakla, el koymanın da haklı olup olmadığı anlaşılacaktır.

Önce şu ilke hatırlanmalıdır: Hiçbir toplum, birbirlerine düşman olanlar da dâhil, diğerlerinin malını başıboş bir mal olarak kabul edemez. Düşmanın malı ancak bir alacağın karşılanması için edinilebilir⁶⁴. Düşmanın malına el koymaya yetkisi olan, düşmandan bir alacağının karşılanması için hakkı olan savaşan kişidir. Bu özel savaşta da, kamusal savaşta da böyledir. Kamusal savaşta bu kişinin devlet olduğu zaten açıktır⁶⁵. Kamusal savaşlarda, devlet, uyruklarına düşmanın mallarına el koyma yetkisi ve savaşta uğradıkları zararları bunlardan karşılamaları olanağını tanıyabilir. Nitekim Grotius, Avrupa devletlerinin birçoğunda bu uygulamanın yaygın olduğunu örnekleriyle belirtmektedir⁶⁶.

Grotius, çalışmasının teorik kısmını bu noktada bitirmektedir. Bundan sonraki on birinci bölümde, Hollânda ile İspanya krallığı arasındaki uzlaşmazlıkların tarihine eğilmekte, Hollânda'nın ticaret haklarından mahrum bırakılmak istenmekle Portekiz ve İspanya tarafından uğratıldığı haksızlığı açıklamakta ve nihayet bu olanlar üzerine Portekiz gemisine el koyma olayı aktararak, bu eylemin haklılığı savunulmaktadır⁶⁷.

Çalışmanın on ikinci bölümünde, Doğu Hindistan Kumpanyası'nın Portekiz'e karşı yürüttüğü mücadelenin bir özel savaş olduğunu, haklı bir savaş teşkil ettiğini belirttikten sonra, Portekiz gemisine el konulmasının meşrû olduğunu bildirmektedir⁶⁸.

⁶² Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.122–126.

⁶³ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.126–127.

⁶⁴ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.128–129.

⁶⁵ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 169.

⁶⁶ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss.160–162.

⁶⁷ Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, ss. 143–179.

⁶⁸ Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 181.

Sonraki on üçüncü bölümde, aslında el koyma fiilinin yaşandığı mücadelenin kamusal savaş boyutu da olduğu ve bu hâlde de, el koymanın şirket ve hissedarları için meşrû bir eylem olduğu savunulmaktadır. *De jure prædæ*'nin işte bu bölümü, *Mare Liberum* adıyla yayınlanmış ve meşhur olmuştur. Bu on üçüncü bölümün, *Mare Liberum* adıyla yayınlanmasının nedeni, denizlerin serbestisini İspanya'ya karşı savunmaktır. *De jure prædæ*'nin bu bahsini biz de bundan böyle tanınmış olduğu *Mare Liberum* adlı çalışma çerçevesinde inceleyeceğiz.

Mare Liberum'u 1845'de Lâtineden Fransızcaya tercüme eden avukat Guichon de Grandpont, denizlerin serbestisinin teker teker devletlerin çıkarlarını ilgilendirdiği kadar, insanlığın müşterek iyiliğini ve yüksek çıkarını da ilgilendirdiğini belirtmektedir; fakat devletlerin ve ulusların hırslarının denizlerin barış içinde ve bütün insanlığın çıkarına olacak biçimde kullanılmasına engel olduğunu ifade etmektedir. Grandpont, Grotius'un *Mare Liberum*'unda, doğal hukukun en önemli yasalarından birisi olan denizlerin serbestisi yasasının savunusunun, insanlığın en saygın evrensel seslerinden birisine kavuştuğunu yazmıştır, eserin tercümesinin önsözünde⁶⁹.

Hugo Grotius, *Mare Liberum*'u on üç bölüme ayırmıştır. Bu bölümlerin başlıkları yerine de, bölümün ana fikrini veren birer cümle yazmıştır. Her biri, bölümlerin ana fikrini veren cümlelerden oluşan bölüm başlıkları, aşağıdaki gibi sıralanmaktadır⁷⁰:

- I. Kavimler hukuku uyarınca, halktan halka denizde seyrüsefer serbesttir.
- II. Portekizlilerin keşiften ötürü, Hollândalıların seyrüsefer yaptıkları bölgelerde hiçbir mülkiyet hakları yoktur.
- III. Portekizlilerin Hindistan üzerinde, Papalık egemeninin⁷¹ bağışlamasından ötürü hiçbir mülkiyet hakkı yoktur.

⁶⁹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 6. Grandpont'un çevirisi *Mare Liberum*'un 1633 baskısından Fransızcaya ikinci tercümedir. İlk tercüme XIV. Louis'nin, Felemenk eyaletlerindeki genel daimî elçisi Antoine de Courtin (d. 1622 – ö.1685) tarafından yapılmıştır. Bu çeviri ancak, tercüme yapan Fransız diplomatın ölümünden on sekiz yıl sonra, 1703'te La Haye'de yayınlanmıştır. Courtin tercümesi, Grandpont tercümesine göre oldukça serbest bir tercümedir.

⁷⁰ Bkz. Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*'de (*Mare Liberum*) bölüm başlıkları.

⁷¹ Fr. *souverain pontife*.

- IV. Portekizlilerin savaştan ötürü, Hindistan üzerinde hiçbir mülkiyet hakkı yoktur.
- V. İşgalden ötürü, Hint denizi ya da orada seyrüsefer hakkı Portekizlilerin tekelinde değildir.
- VI. Papalık egemeninin bağışlamasından ötürü, Hint denizi ya da orada seyrüsefer hakkı Portekizlilerin tekelinde değildir.
- VII. Zamanaşımından⁷² ya da teamülden⁷³ ötürü, Hint denizi ya da orada seyrüsefer hakkı Portekizlilerin tekelinde değildir.
- VIII. Kavimler hukuku uyarınca, halklar arasında ticaret özgürlüğü vardır.
- IX. Hindistan'la ticaret, işgalden ötürü Portekizlilerin tekelinde değildir.
- X. Papalık egemeninin bağışlamasından ötürü, Hindistan'la ticaret Portekizlilerin tekelinde değildir.
- XI. Hindistan'la ticaret, zamanaşımından ya da teamülden ötürü Portekizlilerin tekelinde değildir. Portekizliler, ticareti yasaklamak için hiçbir hakkaniyetli⁷⁴ sebebe dayanamazlar.
- XII. Hollâandalılar ister barışta, ister mütarekede, ister savaşta, kim karşı çıkarsa çıksın, Hindistan'la ticaret haklarını savunmak zorundadırlar.

Mare Liberum'un bölüm başlıklarına bakıldığında kitabın sistematiği de belli olmaktadır. İlk yedi bölüm, denizde seyrüsefer hakkı ile ilgiliyken, son altı bölüm, ticaret hakkı ile ilgilidir. Bu bakımdan kitap, aslında iki ana bölüme oluşur. Seyrüsefer ve ticaret hakkı ile ilgili her iki ana bölümün de başına söz konusu hakkın kavimler hukukunda mevcut olduğuna dair bir kısım yazılmıştır. Bu kısımların devamında, söz konusu seyrüsefer ve ticaret hakkının Portekizliler tarafından, Hollâandalılara yasaklanamayacağı anlatılmaktadır. Bu anlatım yapılırken yasaklamaya gerekçe olabilecek savlar çürütülmektedir. Çürütülen savların dayandıkları hukukî kavramlar şunlardır:

- a. Keşif ile elde edilen bir hak;
- b. Papalığın bağışlama işlemi elde edilen bir hak;

⁷² Lât. *praescriptio*.

⁷³ Lât. *consuetudo*.

⁷⁴ Lât. *aequitas*.

- c. savaş ile elde edilen bir hak;
- d. işgal ile elde edilen bir hak;
- e. zamanaşımından ya da teamülden ileri gelen bir hak;
- f. hakkaniyet uyarınca elde edilen bir hak.

Yukarıdaki bentlerde sayılanların hiçbiri Portekizlilere, Hint denizinde seyrüseferi ve Hindistan’la ticareti, Hollândalılara yasaklamak için mülkiyet ya da egemenlik gibi bir üstün hak vermemektedir. Portekizliler, bu bentlerde yazılı olan haklardan kaynaklanan hiçbir yetkiye dayanarak, Hint denizinde seyrüseferi ve Hindistan’la ticareti diğer uluslara, bu arada da Hollândalılara, yasaklayıp tekellerine alamazlar. Hem seyrüsefer hakkı, hem de ticaret hakkı bütün uluslar için kavimler hukukundan kaynaklanan bir haktır; *Mare Liberum*’un anafikri budur. Şimdi, *Mare Liberum*’a, bu anafikri nasıl savunduğu yönünden yaklaşmak, konuyu tamamlayıcı mahiyette olacaktır. Aşağıdaki paragraflarda, tezler, eserde ifade edildikleri başlıkların sırasına göre ele alınmaktadır.

“Kavimler hukuku uyarınca, halktan halka denizde seyrüsefer serbesttir”⁷⁵:

Hollândalılar için, Hindistan’a deniz yolculuğu ve Hindistan’la ticaret yapmak bir haktır, diyerek başlar Grotius. Yazarımıza göre, öyle bazı haklar vardır ki, bunlar, kavimler hukukunda, birincil haklardandır; yani önceliklidirler ve “Hollândalılar için, Hindistan’a deniz yolculuğu ve Hindistan’la ticaret yapmak hakkı” da öncelikli haklardandır. Birincil haklar, bütün uluslar için mevcuttur, aynıdır ve eşittir. Tanrı, bunun böyle olduğunu, doğanın diliyle söyler bize; çünkü yaşamın gereksinimleri karşılanabilsin diye, olanakları her yere dağıtmıştır O. İnsanlar ve halklar arasında, birinde az olanı diğerinden arasın bulsun ve onlar arasında dostluk mevcut olsun diye Tanrı, bunu böyle yapmıştır diye devam eder Grotius. Tanrı bunun imkânını da okyanus yoluyla mümkün kılmıştır. Okyanus bütün karaları kuşatır. Onunla her yöne yolculuk etmek mümkündür. Rüzgârlar halklar arasında yolculuk yapılabilsin diye eser durur. Rüzgârlar yeryüzünde halkları ve onların ürettiklerini birbirine kavuşturur. İnsanlar arasında olanaklar ve üretilenler farklı farklı olduğundan, ticaret bir gerekliliktir. Öyleyse, hem denizlerde seyrüsefer, hem de ticaret bütün uluslar için bir haktır⁷⁶. Bunlar, Vitoria’nın dediği

⁷⁵ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. I.

⁷⁶ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 22.

gibi, insanlar arasında iletişimi sağlar⁷⁷. Grotius, bu kutsal hakları için, antik tarihte savaşan uluslardan örnekler verir.

“Portekizlilerin keşiften ötürü, Hollândaluların seyrüsefer yaptıkları bölgelerde hiçbir mülkiyet hakları yoktur”⁷⁸:

Grotius, *Mare Liberum*'un ikinci bölümünde yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Portekizliler, Hindistan'ın hiçbir zaman sahibi ya da efendisi olmamışlardır⁷⁹. Bu bölgedeki (Java, Seylân, vs) halkların kendi hükümdarları vardır ve Portekizlilere kendileriyle ticaret yapmaları için izin vermişlerdir. Roma hukukuna göre Portekizlilerin Hindistan'da hiçbir mülkiyet hakları da yoktur, çünkü Roma hukukuna göre, yabancı ülkede bir sahanın gayrimenkul statüsünde Roma mülkiyetine ait olabilmesi için, o sahada, Roma garnizonu kurulması gereklidir; oysa Portekizlilerin Hindistan'da ya da Doğu Hint adalarında garnizonları olmamıştır. Hiç kimse, asla sahip olmadığı bir şeyin kendisine ait olduğunu ileri süremez. Öyleyse Portekizliler de Hindistan'ın efendileri olduklarını ileri süremezler. Portekizlilerden çok önce bu bölgeler Romalılarla, Perslerle, Araplarla ve Venediklilerle tanışmıştı. Örneğin, Lâtin edebiyatında Hindistan'dan ve Doğu Hint Adalarından söz eden birçok satır ve dize vardır. Öyleyse buraları Portekizlilerin keşfetmiş olduğu savı gerçeğe uymamaktadır, demek ki doğru değildir⁸⁰. Kaldı ki, keşif, sadece, daha önce hiçbir sahibi bulunmayan şeyler üzerinde bir hak kurar⁸¹.

Vitoria, Aziz Tommaso ve Vasquez'in öğretilerinden yola çıkıldığında da anlaşılacaktır ki, Hintlilerin bazılarının puta tapar olmaları, bazılarının da Müslüman olmaları, onların kendi kendileri üzerindeki haklarını asla kaldırmaz ve onları kendi evlerinin maliki olmak hakkından mahrum bırakmaz⁸². Vitoria'nın dediği gibi Hıristiyanlar, kâfirlerin medenî haklarını ve egemenliklerini, onların Hıristiyan olmadıkları gerekçesiyle ortadan kaldıramazlar⁸³. Tommaso'nun da gösterdiği gibi inanç, insanların doğal haklarının ya da insanî haklarının (*droits humain*) dünyevî alanda kaldırılmasının gerekçesi

⁷⁷ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 24.

⁷⁸ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. II.

⁷⁹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 25.

⁸⁰ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 26.

⁸¹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 26.

⁸² Hugo Grotius, *De jure prædæ*, ss. 207–210.

⁸³ Ortaçağda kanonistlerin savları için bkz. A. Vanderpol, *Le droit de Guerre d'après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge*, A. Tralin, Paris, 1911, ss. 151–207.

olamaz. Bunun aksine hareket etmek hırsızlıktır⁸⁴. Din farkı insanların birbirleri üzerinde tahakküm kurmasının nedeni olamaz. Bazılarının daha uygar, diğerlerinin daha az medenî ya da ilkel ve barbar olması yüzünden, Yunanlıların ve İskender'in yapmaya çalıştığı gibi, kendisine uygar diyenlerin diğerlerine hükmetmesinin de, özellikle İspanyol teologların (Vitoria, Vasquez ve diğerleri) açıkladığı üzere, haklı bir tarafı yoktur. Kaldı ki, Hindistan halkları, uygar ve endüstriyel üretimleri gelişmiş halklardır⁸⁵.

“Portekizlilerin Hindistan üzerinde, Papalık egemeninin bağışlamasından ötürü hiçbir mülkiyet hakkı yoktur”⁸⁶:

Grotius, üçüncü bölümde, yukarıdaki bu savını kanıtlamak için yazar. Papa VI. Alexandre tarafından yapılan paylaşırma, sadece Portekizliler ile İspanyollar arasındaki tartışmayı bitirmek amacıyla yapılmıştır⁸⁷. Bu konuda her iki kral da, Papalık otoritesini hakem olarak tanımışlardı. Papalığın verdiği karar diğer uluslar üzerinde hiçbir hüküm ifade etmemektedir; sadece Portekiz ile İspanya arasındaki uyuşmazlıkta hüküm ifade eder⁸⁸. Hem böyle bir hükmün, başkasının olan bir mal üzerinde bir hak kurabilmesi de mümkün değildir zaten. Bundan fazla olarak, Papalığın otoritesini burada sorgulamaya gerek yoktur, fakat şu kadarı söylenebilir ki, Hz. İsa (metinde, *Notre-Seigneur Jésus-Christ*) bütün yeryüzü tahtından, bir insan olarak elini çekmiştir ve o böyle yapmışken, yeryüzünün dünyevî sahipliği hakkında karar verme yetkisini ne Aziz Pavlus'a, ne de Roma Kilisesi'ne devretmiş olması mümkün değildir⁸⁹. Kaldı ki, (Vitoria, Vasquez gibi) teologların yazdığına göre, Papalık egemenliği, papaya, bütün yeryüzünün dünyevî ve idarî hükümdarı olma yetkisi de vermez. Bir an için papaların böyle bir yetkisinin olduğu düşünülse bile (Tommaso'nun, Ayala'nın ve diğerlerinin dediği gibi) bu yetkinin Kiliseye mensup olmayan halkları bağlaması mümkün değildir. Sarazenlerin (Müslümanların) böyle bir yetkiyi hiçbir zaman tanımamalarıyla bu husus aşikârdır⁹⁰.

⁸⁴ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 27.

⁸⁵ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 27.

⁸⁶ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. III.

⁸⁷ Papa VI. Alexandre (1492–1503), *Inter caetera* belgesi ile 3 Mayıs 1493'te kâşiflere, keşfettikleri yer üzerinde hâkimiyet tanımıştır.

⁸⁸ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 28.

⁸⁹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 28.

⁹⁰ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 29.

“Portekizlilerin savaştan ötürü, Hindistan üzerinde hiçbir mülkiyet hakkı yoktur”⁹¹:

Grotius dördüncü bölümde yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Bundan önceki savların hepsi çürütüldüğüne göre, Portekiz-İspanyol imparatorluğu için, Hindistan’ın sahibi olduğunu iddia etmenin tek gerekçesi olarak, savaş, işgal ve fetih kalmaktadır; ama Portekizliler, hiçbir zaman Hindistan’da fatihler olmamışlardır. Onlar, ilk başta bazı savaşlar olmuşsa bile sonraları, Hindistan’ın uygar halklarının sözde dostu olmuşlar, onlarla barış içerisinde ilişkiler kurmuşlar ve Hintlilerden özgür ticaret hakkı elde etmişlerdir. Tommaso’nun dediği gibi, puta taparların ya da kâfirlerin hükümdarları, puta tapar ya da kâfir de olsalar, o halkların meşrû hükümdarıdır. Politik idare tarzları ve monarşilerinin rejimi ne olursa olsun, bu gerçeği etkilemez, değiştirmez. Kendi meşrû kamu otoriteleri olan bu halkların malları üzerindeki haklarını hiç kimse, doğru dine inanmıyorlar diye kaldıramaz; çünkü din kutsal hukukun konusudur, oysaki mal varlığı hakları pozitif hukukun konusudur ve bunların ikisi ayrı şeydir. Yukarıda denildiği gibi bunun aksini yapmanın adı hırsızlıktır; Grotius’a göre, dini gerekçe diye sunmak bu gerçeği değiştirmez.

Onlar dinsizdir diye, herhangi bir kralın, herhangi bir papanın ya da herhangi bir imparatorun, Hıristiyan olmayan halklara savaş ilân etmesi de asla haklı değildir; Hz. İsa’nın yolu da bu değildir⁹². Eski Ahit’te mümin bir halkın, hiçbir halka dinsizdirler diye savaş ilân ettiği geçmez; fakat mümin bir halkın doğal hakları çiğnendiğinde bu halkın kendini savunmak için savaşması doğrudur diye anlatılmıştır⁹³. Hem şu da söylenmelidir ki, teologlar insanlara güzellikle inancı anlatmak gerektiğini yazsalar da, İspanyollar ve Portekizliler, Amerika’da para-pul için savaşmışlardır ve ele geçirdikleri yerlerde hiç te dindar bir yaşantı kurmamışlardır; tam tersine bu İspanyol ve Portekizli fatihlerin Amerika’da sergiledikleri, bir sürü rezillik, suç, cinayet, dinsizlik ve küfürdür⁹⁴.

Nihayetinde, Hindistan’daki insanlar özgürdür ve başlarında kendi hükümdarları vardır. Hiçbir şekilde zor ya da savaş, onları doğal haklarında

⁹¹ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, Chap. IV.

⁹² Hugo Grotius, La Liberté des Mers, s. 31.

⁹³ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, s. 31.

⁹⁴ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, s. 32.

mahrum bırakmanın haklı gerekçesi olamaz; zaten Portekizlilerin orada böyle bir güçleri de yoktur. Hindistan halkları kendi haklarını kullanmakta özgürdüler, bu hususta ehliyetleri tamdır⁹⁵.

“İşgalden ötürü, Hint denizi ya da orada seyrüsefer hakkı Portekizlilerin tekelinde değildir”⁹⁶:

Grotius beşinci bölümde, bu savını kanıtlamak için yazar. Portekizlilerin, Hindistan’ın toprakları, zenginlikleri ve halkları üzerinde hiçbir hakları olmadığını gösterilmiş vaziyettedir. Şimdi Hindistan’da denizi, seyrüseferi ve deniz ticaretini sadece kendi hâkimiyetlerine alıp alamayacaklarını incelemeye sıra gelmiştir.

Deniz öyle bir alandır ki, özel mülkiyete konu olmaz ve toprak gibi işgal edilemez. Şimdi bunun neden böyle olduğu açıklanacaktır⁹⁷. Antik zamanlardaki filozofların, şairlerin ve hukukçuların yazmış olduklarından beri açıkça bilinmektedir ki, deniz sahipsiz bir şeydir; ya da kavimler hukukuna göre deniz kamusaldır, yani herkesindir⁹⁸. Diğer şekilde ifade etmek gerekirse deniz, özel mülkiyetin konusu değildir. Cicero’nun dediği gibi, o herkes kullanabilsin diye yaratılmıştır⁹⁹. Bu gerçeği Romalı şairler gibi Romalı hukukçular da teslim eder¹⁰⁰. Gene Roma hukukuna göre, bir denizin kıyısı da, kıyıdağı ülkenin halkına aittir. Örneğin Roma İmparatorluğu içerisinde kalan deniz kıyıları, Roma halkına aitti¹⁰¹. Balıkçılık ve denizcilik bu halk için bir haktı¹⁰².

Roma kıyıları önünde uzanan denizlerde, Roma’nın bir mülkiyet hakkı yoktu, fakat bu denizlerde onun bir yargı ve koruma yetkisi vardı¹⁰³. Herhangi bir deniz için o, Roma’ya aittir denildiğinde, söylenmek istenen, bu

⁹⁵ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 32.

⁹⁶ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. V.

⁹⁷ Grotius, bu bölümde, deniz üzerindeki hakkı, egemenlik kavramı üzerinden değil, mülkiyet hakkı üzerinden tartışmaktadır.

⁹⁸ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 33.

⁹⁹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 38.

¹⁰⁰ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 38.

¹⁰¹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 41.

¹⁰² Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 42.

¹⁰³ Grotius, mülkiyet hakkı kavramı üzerinden argümantasyonunu geliştirirken, egemenlik kavramını düşünüp, kullanmamaktadır. Mülkiyet hakkı üzerinden düşünmenin yarattığı hukukî sıkıntıyı aşmaya çalışmaktadır; bkz. Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 44.

denizin üzerinde Roma'nın yargı ve koruma yetkisinin bulunduğu; bundan fazlası değil¹⁰⁴.

Roma devrinden beri bilinen ve kabul edilen bu hukukî gerçeklerin burada hatırlatılmasının nedeni, Portekizlilerin, Hindistan denizini tek başlarına kendi hâkimiyetlerine koyamayacaklarını göstermektir. Bir denizi kendi mülkiyeti altına koymak haksız, barbarca ve insanlığa aykırı bir davranıştır¹⁰⁵. Antikiteden beri hukukçular, okyanusun insanlara kapatılmayacağı konusunda hemfikirdirler. İspanyollarla, Portekizlilerin dünya okyanusunu aralarında ikiye bölmeleri ve diğer insanları düşünmemeleri kadar doğaya aykırı bir şey olamaz.

Portekizliler, Hint Okyanusu'nu ilk keşfedenler değildir. Tarihte, en azından İskender'den beri, Yunanlılar, Persler, Romalılar, Etopyalılar, Araplar bu okyanusta sık sık deniz yolculukları yapmıştır. Hintliler de elbette kendi denizlerinde dolaşmışlardır. Asırlarca birçok ulus tarafından üzerinde seyrüsefer edilmiş bu okyanusta, şimdi Portekizlilerin bu denizleri başka uluslara kapatmaya çalışmasının hiçbir haklı gerekçesi olamaz. Alberico Gentili'sin *De jure belli*'de yazdığı gibi¹⁰⁶, kavimler hukukunun tanıdığı bir hakkı kimse yasaklayamaz, okyanusun müşterek kullanımını daraltılamaz¹⁰⁷. Hollandalıların talep ettikleri hak müşterek kavimler hukukundan kaynaklanmaktadır; herkes okyanusta seyrüseferde özgürdür.

*“Papalık egemeninin bağışlamasından ötürü, Hint denizi ya da orada seyrüsefer hakkı Portekizlilerin tekelinde değildir”*¹⁰⁸.

Grotius altıncı bölümde, yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Keşif münasebetiyle Papa Alexandre tarafından Portekizlilere yapılan bağışlamadan dolayı, Portekizlilerin denizin mülkiyetinin ve onda seyrüseferde bulunmanın bir tek kendi tekellerinde bulunduğunu ileri sürmelerinin boş bir

¹⁰⁴ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 44.

¹⁰⁵ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 46.

¹⁰⁶ 1587'de Oxford Üniversitesi'nde Roma hukukunda kraliyet profesörü olarak atanan Gentili'sin, dönemin akademik geleneğinin talep ettiği üzere yeni atanan bir profesör sıfatıyla bir konuyu tez olarak ele alıp tartışması gerekmektedir. Gentili's, tez konusu olarak savaş hukukunu seçmiştir. Atanmasını takip eden iki sene içerisinde de konuyla ilgili iki ders daha hazırlayan Gentili's, savaş hukuku üzerine bu üç çalışmasını *“De Jure Belli Libri tres”* adıyla yayınlamıştır. Bkz. H. Nézard, “Albericus Gentili's”, A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 37-93.

¹⁰⁷ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 51.

¹⁰⁸ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. VI.

iddia olduğu yukarıda açıklanmıştı¹⁰⁹. İnsanlar arasında alım-satımın (ticaretin) konusu olmayan bir şeyin bağışlanmasının bir anlamı yoktur. Deniz ya da onda seyrüsefer, hiçbir insanın malı olamayacağından, bunlar ne Papalık egemeni tarafından bağışlanabilir, ne de Portekizliler tarafından böyle bir bağışlama kabul edilebilir. Ayrıca papa, yerkürenin dünyevî hükümdarı değildir, denizlerin de sahibi değildir ki, bunu birine bağışlayabilsin. Bu konuda papaların böyle bir yetkisi yoktur, çünkü üzerinde hak sahibi olunmayan bir şey üzerinde yetki de kullanılamaz. Bu böyle olduğu gibi, hiçbir hükümdar da, hiç kimseye seyrüseferi yasaklayamaz. Hükümdarların denizler üzerindeki tek yetkileri yargı ve koruma hakkındadır¹¹⁰. Bütün bunların ışığında Portekizliler, diğer ulusların hakkını tanımayıp, Hint denizinde seyrüseferi yasaklayamazlar¹¹¹.

“Zamanaşımından ya da teamülden ötürü, Hint denizi ya da orada seyrüsefer hakkı Portekizlilerin tekelinde değildir”¹¹²:

Grotius yedinci bölümde yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Zamanaşımından ya da bir teamülden ötürü, Hint denizinin ya da orada seyrüsefer hakkının, Portekizliler tarafından kendi tekellerinde olduğunu ileri sürmeleri, hukukun en sağlam gerekçeleriyle boşa çıkar.

Zamanaşımı¹¹³ iç hukukun bir müessesesidir¹¹⁴; dolayısıyla ne krallar arasında, ne de özgür halklar arasında yeri olmaz. Doğal hukuktan ya da kavimler hukukundan kaynaklanan haklar üzerinde zamanaşımı etkili değil-

¹⁰⁹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 52.

¹¹⁰ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 52.

¹¹¹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 53.

¹¹² Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. VII.

¹¹³ Lât. *usucapio*, Romalılarda (Roma hukukunda), kesintisiz ve belirli bir zaman süresince devam etmiş zilyetliğe dayanarak mülkiyeti kazanma yolluydu. Lât. *praescriptio* ise, zamanaşımı anlamına gelen hukukî müesseseydi. Grotius, Roma hukukunun bu müesseselerinin de, Portekizlilere bir hak kazandırıp kazandırmadığını tartışmaktadır. Bizim, Grotius’un metnini incelerken zamanaşımı ile ilgili hususları ele aldığımız ve zamanaşımı ifadesini kullandığımız yerlerde, bunların, Grotius’un anladığı şekilde, Roma hukukundaki içerikleriyle anlaşılması gereklidir.

¹¹⁴ Grotius burada, *jus civile* (*droit civil*) der; fakat o, *jus civile*’den medenî hukuku ya da özel hukuku anlamaz sadece. Özel hukukla birlikte bir ülkenin (devletin) millî kamu hukukunu da *jus civile* kavramıyla ifade eder. Bu anlamda, iç hukuk(lar) – uluslararası hukuk karşıtlığında olduğu gibi, Grotius’un metninde bir ülkenin *jus çivilesi*, *jus gentium*’a karşıt olarak konumlanır. Bu nedenden ötürü biz de, Grotius’un burada *jus civile* dediği yerde anlamı daraltmamak için bunu sadece özel ya da medenî hukuk olarak değil, iç hukuk olarak ifade etmekteyiz.

dir. Kaldı ki, iç hukukta da zamanaşımı ile ya da zilyetlikle, mal teşkil etmeyen şeyler üzerinde hak kazanılamaz. Dolayısıyla ne deniz, ne de onun kullanımına ilişkin haklar zamanaşımı ile elde edilip, başkasına devredilemez. Kamusal şeyler, yani bir halka ait şeyler, uzun süre elde bulunduruldu¹¹⁵ diye sahiplenilemez. Bunun önündeki engel, bu (kamusal) şeylerin doğasıdır; onlar ya bir halkındır, ya da bütün insan türüne aittir. Romalı hukukçular da, kavimler hukukuna göre, kamusal olan yerlerin, uzun süre zilyetliğinin elde bulundurulması ile sahiplenilemeyeceğini belirtir¹¹⁶.

Bazıları zamanaşımının başka, teamülün ise daha başka bir kavram olduğunu ileri sürmektedirler. Onlara göre, bir hakkı birinden ayırıp, başkasına bağladığında, zamanaşımı devreye girmektedir; bir hakkı önceden sahibi olan herhangi bir kimseden ayırmaksızın (çünkü onun önceden bir sahibi yoktur), doğrudan birine bağladığında ise, bunun sebebi teamüldür¹¹⁷. Burada teamülden kasıt, uzun zamandan beri bir şeyi elde bulundurmaya dayalı süregelen bir uygulamadır. Bu kabul geçerli olsa bile, denizalanı ve onda seyrüsefer hakkı bütün insanlığa ait olduğundan ötürü, onu sahipsiz bir şey olarak alıp, teamülün mevcudiyetinden dolayı başkasının malı kılmanın olanağı gene de yoktur¹¹⁸. Teamül var diyerek, doğal hukuktan ya da kavimler hukukundan kaynaklanan bir hak ortadan kaldırılamaz. Sonuç olarak Portekiz, herhangi bir teamüle dayanarak hiçbir ulusa, okyanustan Hindistan'a doğru seyrüseferi yasaklama hakkına sahip değildir¹¹⁹.

“Kavimler hukuku uyarınca, halklar arasında ticaret özgürlüğü vardır”¹²⁰:

Grotius sekizinci bölümde yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Portekizliler, şimdi de, Hindistan'la ticaretin sadece kendi tekellerinde bulunan bir hak olduğunu iddia etseler bile, yukarıdan beri yapılan açıklamalar uyarınca, bu da reddedilir¹²¹.

Bartolo'nun *De justitia et jure*'de dediği gibi, kavimler hukuku uyarınca insanlar arasında görüşme özgürlüğü vardır ve bu hak (yetenek) kimse tara-

¹¹⁵ Lât. *possessionis*.

¹¹⁶ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 55.

¹¹⁷ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 57.

¹¹⁸ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 57.

¹¹⁹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 64.

¹²⁰ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. VIII.

¹²¹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 65.

findan yasaklanamaz¹²². Bu görüşmenin en doğal yollarından birisi de Aristoteles'in dediği gibi, ticarettir¹²³. Ticaret olanağı, kavimler hukukunun mutlak haklarından birisidir; çünkü birincil kavimler hukukundan kaynaklanır. İkincil kavimler hukuku değişebilir olsa da, birincil kavimler hukuku değişmez, mutlaktır. Bunun nedeni, birincil kavimler hukukundan ileri gelen hakların, insanlara eşit ve herkes için aynı biçimde, bizzat doğa tarafından bahşedilmiş olmasıdır. İnsanların yaşam için gerekli gördükleri ihtiyaçlarını birbirlerinden temin etmeleri doğal bir haklarıdır, aksi savunulamaz. Bunun yolu, yöntemi de ticarettir. Öyleyse, ticaret hakkı doğal hukuktan kaynaklanan, birincil kavimler hukukuna mensup bir haktır. Kimse bunu tekeline alıp, diğerlerine yasaklayamaz. Bu ne adildir, ne de haklı. Portekizliler de, Hindistan ticaretini tekellerine alamaz¹²⁴.

*“Hindistan’la ticaret, işgalden ötürü Portekizlilerin tekelinde değildir”*¹²⁵:

Grotius dokuzuncu bölümde yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Ne keşif, ne de işgal Portekizlilere, Hindistan’la ticareti tekellerine alma hakkı sağlamaz. Kaldı ki, onlar ne Hindistan’ı ilk keşfedenlerdir, ne de Hindistan’la ilk ticaret yapanlardır. Zaten ticaret hakkı işgal ile sahiplenebilecek bir hak değildir. Ticaret yapmak, bütün insanlarda ve halklarda bulunan doğal bir yaşamsal gereksinimden kaynaklanan bir melekeden ileri gelen bir ihtiyaç ve bir haktır. Kimse kimseye bu hakkı yasaklayamaz¹²⁶.

*Papalık egemeninin bağışlamasından ötürü, Hindistan’la ticaret Portekizlilerin tekelinde değildir*¹²⁷:

Grotius onuncu bölümde yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Kimse hakkı olmayan bir hususta yetkili değildir. Papalığın, Portekizlilere, Hindistan’la ticaret hakkı için bir tekel olanağı tanınması mümkün değildir; çünkü Papalığın bu ticaret üzerinde ne bir otoritesi, ne de bir hakkı vardır. Hakkı ve yetkisi bulunmayan bir şey üzerinde Papalığın, herhangi birisine, bir işlemiyle, bir hak kazandırması olanak dışıdır. Öyleyse Portekizlilerin bu savı da geçersizdir¹²⁸.

¹²² Hugo Grotius, La Liberté des Mers, s. 65.

¹²³ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, s. 65.

¹²⁴ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, s. 67.

¹²⁵ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, Chap. IX.

¹²⁶ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, s. 68.

¹²⁷ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, Chap. X.

¹²⁸ Hugo Grotius, La Liberté des Mers, s. 69.

*Hindistan'la ticaret, zamanaşımından ya da teamülden ötürü Portekizlilerin tekelinde değildir*¹²⁹:

Grotius on birinci bölümde yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Ne zamanaşımının, ne de teamülün birincil kavimler hukukundan kaynaklanan haklar üzerinde hakların yitirilmesine neden olacak bir etkisinin olamayacağı açıklanmıştı. Buna aykırı bir biçimde iyi niyete aykırı biçimde, bütün halklara ait olan bir hakkı tekeline almaya çalışmak bir haksızlıktır¹³⁰. Portekizlilerin iddiası sadece kendi bencil çıkarlarına hizmet etmekte ve diğer halkların ticaret hakkına bir tecavüz teşkil etmektedir. Kaldı ki, teamülün tanımından ötürü, bundan doğduğu ileri sürülen bir hakka kimsenin itiraz etmiyor olması gerekir, hâlbuki Portekiz'in Hindistan ticaretini tekeline almaya çalışmasına, Fransızlar da, İngilizler de, Hollândalılar da itiraz etmiştir. Portekiz'in bu iddiası da geçerli değildir¹³¹.

*Portekizliler, ticareti yasaklamak için hiçbir hakkaniyetli sebebe dayanamazlar*¹³²:

Grotius on ikinci bölümde yukarıdaki savını kanıtlamak için yazar. Bir kişi, bir hakkını kullandığı için ne hatalı¹³³, ne de hileci¹³⁴ sayılamaz; bir kişinin bir hakkını kullanmasının başkasına zarar¹³⁵ vermek olduğu da ileri sürülemez¹³⁶. Herkesin kazanç elde etmek hakkı olduğu yerde, kazanç elde etmek için herkesin, başkasından önce kendi durumunu ve faydasını düşünmesi hem doğaya, hem hakkaniyete, hem de hukuka uygundur. Bir işçi çalışıyor ve zanaatını yapıyor diye, aynı zanaata sahip başka bir işçiye zarar verdiği ileri sürülemez. Hollândalılar da, bütün insan türünün kazanç elde etmesine açık bir konuda ve yerde, kendi kazançlarını elde etmenin peşindedirler. Hakkaniyet uyarınca Portekizlilerin Hollândalıların bu çabasının haksız olduğunu ileri sürmelerine ve ticaretin bir tek Portekizlilerin tekelinde olması gerektiğini iddia etmelerine dair tek bir haklı neden yoktur¹³⁷.

¹²⁹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. XI.

¹³⁰ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 70.

¹³¹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 71.

¹³² Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. XII.

¹³³ Hata: Lât. *dolus*.

¹³⁴ Kanuna karşı hile: Lât. *fraudis*.

¹³⁵ Zarar: Fr. *dommage*.

¹³⁶ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 72.

¹³⁷ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, ss. 73–74.

*Hollândalılar ister barışta, ister mütarekede, ister savaşta kim karşı çıkarsa çıksın Hindistan'la ticaret haklarını savunmak zorundadırlar*¹³⁸:

Grotius *Mare Liberum*'un son bölümünde yukarıdaki savı ileri sürer ve bunu kanıtlamaya koyulur. Mademki hukuk ve hakkaniyet Hindistan ticaretinin herkese olduğu gibi Hollândalılara (“bize” der Grotius metinde) da özgür olmasını gerektirmektedir, Hollândalılar kendilerine doğanın bahşettiği bu hakkı, İspanya'ya karşı¹³⁹ ister barışta ya da mütarekede, isterse savaşta olsun savunmak zorundadırlar; zira bir barış yapılacaksa bu ancak eşitlik üzerine yapılırsa gerçek bir barış olur. Yunanlılar bu hususu “barış iki türdür” diyerek ifade etmişlerdir. Birincisi yüreği olan insanların yaptığı barıştır; ikincisi de köle ruhlu olanların yaptığı. Demosthenes'in yazdığı gibi, köle olmayı kendilerine yakıştırmayıp özgür olmak isteyen insanlar için haklarını savunmak bir zorunluluktur¹⁴⁰. Cicero'nun dediği gibi, barış zamanında haksızlığa katlanmamak için bazen savaşmak gerekir¹⁴¹. Barış ilkeler üzerine kurulu bir irade uyuşmasıdır¹⁴². İskender'in de söylediği gibi, düşmanınızın haksızlığına son vermek için savaşmak haklı bir savaştır¹⁴³.

Aziz Augustinus ve diğer teologlarla ahlâk âlimleri başkasını alım-satım yapmaktan alıkoyarak kendi faydasını genelin faydasına zarar verecek arttırmaya çalışanın haksız olduğunu söylemişlerdir. Portekizliler de, Hollândalılara Hindistan ticaretini yasaklayarak onlara haksız bir biçimde zarar vermektedir. Adaleti temin için böyle bir haksızlığa karşı çıkmamaları durumunda, Hollândalılarının özgür kalmalarına olanak yoktur. Cicero'nun dediği gibi, bir haksızlığa karşı mücadele etmenin iki yolu vardır. Bunlardan birincisi müzakere ve tartışma ile yürütülendir; diğeri de kuvvet ile yürütülür. Birincisini yürütmenin olanağı kalmadığında ikincisine başvurulmalıdır¹⁴⁴.

Teologların dediği gibi, herkese ait olan bir hakkın engellenmesi durumunda da savaşılır. Doğal hukuktan kaynaklanan genel ve herkes için eşit olan bir hakkı savunmak için yapılan bir savaş, adalet için yapılan bir müca-

¹³⁸ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, Chap. XIII.

¹³⁹ *Mare liberum* yazıldığında Portekiz, İspanya'ya bağlıydı.

¹⁴⁰ Demosthenes (M.Ö. 384–322), Atinalı ünlü politikacı.

¹⁴¹ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 75.

¹⁴² Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 75.

¹⁴³ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 76.

¹⁴⁴ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 77.

deledir. Öyle ki, teologlara göre, hiçbir kamu otoritesini beklemeden, yolları kapatan ve malların dolaşımını engelleyenlerin engelleri, güç kullanılarak kaldırılabilir. Grotius, “yurttaşlarım, hiç şüphemiz olmasın ki Tanrı, kendi eliyle yaratılmış doğanın insanlara bahsettiği en kesin hakları çiğneyenlere karşı mücadele edenlere yardım eder ve kendi çıkarları için insan türünün genelinin müşterek faydasına karşı koyanları cezalandırır” diyerek *Mare Liberum*’un son satırlarını da tamamlar¹⁴⁵.

Hugo Grotius’un yukarıdan beri ele aldığımız bu iki çalışmasına ilişkin burada biz de son olarak şunu söyleyelim ki, *De jure prædæ*’nin ve onun bir özeti olan *Mare Liberum*’un fikrî esası ve hukukî ruhu, özünde Tanrısal yaratım kaynaklı doğal hukuktan ileri gelen denizlerde serbest seyrüsefer ve halklar arasında özgür ticaret haklarının kavimler hukukuna göre din ve ulus farkı gözetilmeden bütün insanlar ve uluslar için genel, müşterek ve eşit haklar olarak ispatlanması ve savunulmasıdır¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Hugo Grotius, *La Liberté des Mers*, s. 78.

¹⁴⁶ *Mare Liberum*’a ilişkin söylenmesi gerekenlerin eksik kalmaması için Grotius’la denizlerin serbestisi hakkındaki konuya dair polemige girişmiş olan İngiliz siyasetçi, hukukçu ve hümanist yazar John Selden’den de bahsedilmesi gerekir. Selden’den önce şu hususu da belirtelim ki, Grotius’un açık denizlerin *res communis* olduğu tezine, Serafim Freitas (1570–1633) da, Portekiz deniz hâkimiyetini hukuken savunduğu *De iusto Imperio Lusitanorum asiatico*, (Portekizlilerin haklı Asya hâkimiyeti) adlı kitapta karşı çıkmıştır (1635). John Selden’in (1584–1654) yaşamı boyunca kaleme aldığı yirmiye yakın kitap arasında Grotius’un *Mare Libarum* adlı yayınına karşı yazdığı *Mare Clausum* (1635) ve *De Jure Naturali et Gentium juxta disciplinam Ebreorum* (1640) adlı çalışmaları, uluslararası hukukun tarihi içerisinde anılması gereken çalışmalardır. Selden’in diğer çalışmaları ağırlıklı olarak İngiliz tarihi ya da antikite, din ve mitoloji üzerinedir. Selden, *Mare Clasum*’da İngiltere krallığının resmî görüşünü hukuken müdafaa eder biçimde, “denizlerin kapalılığı”nı savunmuştur. Selden’in tezine göre Britanya’ya ait denizlerde, İngiltere’nin sadece bir yargı ve kolluk yetkisi değil, deniz üzerinde “tam bir mülkiyet yetkisi” vardı. Bu yetki uyarınca Britanya denizlerinde yabancılar için gemicilik ancak İngiliz çıkarlarının ve İngilizlerin izin verdiği kadarıyla yapılabilirdi. Balıkçılık ise İngiltere’nin koyduğu harç ödendikten sonra mümkündü. Bu denizler üzerinde İngiliz kralının ve amirallerinin hukukî ve cezaî yargı yetkisi tamdı. Selden, İngiliz deniz imparatorluğu tasarısı ile Britanya denizlerini (*oceanus britannicus*) karşı kıyılara kadar götürmekte sakınca görmemiştir. Fransa ve Hollanda kıyılarına kadar olan denizler gibi, Grönland ve Kuzey Amerika kıyılarına kadar olan Atlantik suları da Britanya deniziydi. Selden, bu denizler üzerindeki İngiliz mülkiyetini, ilk Norman krallara kadar geri götürdüğü tarihî hak ile açıklamaktaydı. Konunun bir özeti için bkz. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, Presses Universitaires de Rennes (PUR), Rennes, 2005, ss. 277–280. Grotius ve Selden arasındaki teorik hukukî tartışma, hukuk tarihi bakımından ilginçtir. Hollanda ve İngiltere hükümetleri, ulusal çıkarlarının gerektirdiği politik ve hukukî tezleri, hukukçuları aracılığıyla ortaya koydurmışlar ve müdafaa ettirmişlerdir. Bu, uluslararası hukukun ve uluslararası hukukçuların artan önemi bakımından hukuk tarihinde de bir dönemeçtir; Eugène Lerminier, *Introduction Générale à l’Histoire du Droit*, Chamerot &

C- Hugo Grotius'un "De Jure Belli Ac Pacis" Adlı Yapıtı: Grotius'un Rasyonalist Doğal Hukuk Anlayışı Temeli Üzerinde Uluslararası Hukuk Kuramını Oluşturması

1625 yılında Paris'te yayınladığı *De jure belli ac pacis*'i¹⁴⁷ Grotius'un, kırk yaşına kadar elde ettiği bilgi birikimi ile 1623 yılının başında yazmaya başladığı anlaşılmaktadır. Bu birikimin üzerine Grotius, ilk gençliğinden itibaren kişiliğinin özelliği olduğu üzere, olağanüstü bir çalışkanlık ve üretkenlikle başyapıtını iki yılda tamamlamayı başarmıştır. Bu hummalı çalışmasına başlarken onun için vazgeçilmez olan kaynakların Ayala'nın ve Gentilis'in çalışmaları olduğunu, kardeşine yazdığı mektuplardan öğrenmekteyiz¹⁴⁸. Grotius 1625 yılında çalışmasını yayınlasa da, ömrünün kalanında sık sık eserine geri dönecek, yaptığı düzeltmeler, değişiklikler ve eklemelerle

Alex-Gobelet, Paris, 1835, s. 115. Selden'in *Mare Clausum*'u için bkz. John Selden, *Of the Dominion or Ownership of the Sea*, Two Books, Traslated into English by Nedham Marchamont, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2004; http://books.google.com.tr/books?id=W8bSKRA0KHEC&printsec=frontcover&dq=inauthor:john+inauthor:selden&hl=tr&ei=fJzjTrz4JJyPsAbJmZSQCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CEQQ6AEwAw#v=onepage&q=inauthor%3Ajohn%20inauthor%3Aselden&f=false (10.10.2012); John Selden, *Mare Clausum seu de Dominio Maris Libri Duo*, Londini, 1635, <http://www.archive.org/stream/ofdominionorowne00seld#page/n11/mode/2up>, <http://books.google.com.tr/books?id=100UAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=related:ISBN1584772727&hl=tr#v=onepage&q&f=false>, <http://books.google.com.tr/books?id=lonEHZ1zhsC&printsec=frontcover&dq=related:ISBN1584772727&hl=tr#v=onepage&q&f=false> (10.10.2012). *Mare Clausum*, İngiltere'nin denizleri hâkimiyeti altında tutma kaygısı doğrultusunda kaleme alınmış ve denizlerin serbestisi tezine karşı çıkmıştır; Eugène Lerminier, *Introduction Générale à l'Histoire du Droit*, s. 115. Selden'in *De jure naturali et Gentium* adlı yapıtı; bkz. *De Jure Naturali et Gentium*, <http://www.archive.org/stream/joannisseldenid00seldgoog#page/n6/mode/thumb> (10.10.2012); ise Selden'in İtalyan filozof ve hukukçu Vico Giambattista (1668–1744) tarafından Grotius ve Pufendorf'la birlikte kavimler hukukunda doğal hukukun üç prensinden birisi olarak (*the tree princes of the natural right of the gentes*) anılmasını sağlayacak biçimde doğal hukuk görüşünü ortaya koymaktadır. Bunu yaparken bir taraftan Cicero'nun stoacı felsefesinden esinlenmekte, diğer taraftan da görüşlerini İbrani kutsal metinlerine ve yasalarına, Eski Ahit'e dayandırmaktadır. Selden, XVII'nci yüzyıldaki doğal hukuk rönesansı akımının kurucuları içerisinde yer almakla birlikte, olgucu Zouche gibi o da kavimler hukukunun pozitif kaynaklarının teamül kuralları ve antlaşmalar olduğunu belirtmiştir; Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, Ellipses, Paris, 2007, s. 116; ayrıca bkz. A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 325–327.

¹⁴⁷ Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis libri tres in quibus jus naturae et gentium item juris publici praecipua explicantur*, S. Claudij, & Hominis Siluefris, Paris, 1625; kitabın Lâtinçe orijinal baskısının e-kopyası için bkz. ftp://ftp.bnf.fr/060/N0606957_PDF_1_-1DM.pdf (10.10.2012).

¹⁴⁸ Buradaki, 23 Nisan 1623 tarihli mektup; bkz. A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 141.

kitabı üzerinde çalışmayı sürdürecektir. 1642’de yapılan yeni bir baskıda eklenen notlarla birlikte kitabın hacmi, ilk baskının yarısı kadar artmıştı.

Grotius, kavimler hukuku üzerine düşünmeye elbette *De jure belli ac pacis*’i yazmaya koyulmadan çok önce başlamıştı. Onun kavimler hukuku üzerine önceki çalışmalarından en önemlilerine yukarıda yer verdik. Onları kaleme aldıktan sonra da Grotius, özellikle Plâton, Aristoteles, Cicero, Akinolu Tommaso, kilise hukuku ve kanunları, Vitoria başta olmak üzere İspanyol teolog ve hukuk doktorlarında, Belli, Ayala, Gentilis gibi yazarlarda, kavimler hukuku ve kamu hukuku hakkındaki düşünceler üzerine okumuş ve çalışmıştı¹⁴⁹. Uluslararası hukuk profesörü ve Uluslararası Adalet Divanı’nın ilk başkanlarından (1949–1952) Jules Basdevant’ın (1877–1968) Grotius hakkında yazdığı çoktan klâsikleşmiş makalesinde (1904) de belirttiği üzere, Grotius’un bu okuma ve çalışmalarında aradığı başlıca bakış açısı, kavimler hukukunu, doğal hukuk temeline oturtabileceği düşüncelere ulaşabilmeye yöneliktir¹⁵⁰. Hapiste olduğu zamanlarda da, yazdığı mektuplardan Gentilis’in çalışmalarını okuduğu ve doğal hukuk üzerine düşündüğü belli olmaktadır¹⁵¹. Tüm bunlar, *De jure belli*’nin uzun bir inceleme ve düşünme sürecinin ürünü olduğunu göstermektedir.

De jure belli ac pacis bir giriş (*prolegomena*) ve kitap (*libri*) olarak adlandırılan üç ana bölümden oluşur. Bu kitaplar da bölümlere (*capita*) ve bölümler de paragraflara ayrılmıştır. *De jure belli*’nin 1625 Paris baskısı 877 sayfadır. 793’üncü sayfadan sonrasında ayrıntılı bir içindekiler kısmına ve dizine yer verilmiştir¹⁵².

De jure belli ac pacis’in giriş kısmında eserin anafikri ve genel amacı anlatılmaktadır. Girişteki bu açıklamalarda üç temel düşünce egemendir. Bunlar, uluslararası hukukun varlığının tespiti ve tanımlanması; kaynaklarının belirlenmesi; yazarın amacıyla birlikte yönteminin açıklanmasıdır¹⁵³.

¹⁴⁹ A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 143.

¹⁵⁰ J. Basdevant, “Hugo Grotius”, s. 143.

¹⁵¹ Kardeşine yazdığı 12 Ocak 1623 tarihli mektup; bkz. A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 143.

¹⁵² Aksi belirtilinceye kadar, *De jure belli ac pacis*’in Lâtinçe orijinal metnindeki sayfa numaralarına gönderme yapıldığında, ftp://ftp.bnf.fr/060/N0606957_PDF_1_1DM.pdf’deki (10.10.2012) orijinal baskının e-kopyasındaki sayfa numaraları esas alınmaktadır.

¹⁵³ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, ss. 21–42; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, trad. Jean Barbeyrac, Pierre de Coup, Amsterdam, 1724, ss. 54–89. *Le*

De jure belli ac pacis'in içindekiler tablosu, okuyucuya kitapların ve bölümlerin başlıklar hâlinde kapsamını sunmaktadır. Birinci kitap beş bölümden meydana gelmektedir. Bu kitabın konusu, savaş hukukunun ne olduğu ve kaynağı; haklı savaşın ne olduğu; egemenlik ve savaş ilişkisi; kimlerin meşrû olarak savaşmaya yetkisi olduğudur. İkinci kitap yirmi altı bölümden meydana gelmektedir. Bu kitapta nitelikleri itibarıyla bazı kamusal ya da özel hakların çiğnenmesi durumunda savaşma yetkisinin doğduğu anafikri işlenmekte ve bu haklara örnekler sıralanarak, ihlalleri hakkında açıklamalarda bulunmaktadır. Bu kitapta, uluslararası hukuka ilişkin doğal hukuk temelli bir hak kuramının da geliştirildiği görülmektedir. Üçüncü kitap ise yirmi beş bölüme sahiptir. Bu kitapta işlenen konu, hukuka uygun olarak nasıl savaşılacağı ve savaşı sona erdiren barış antlaşmalarının yapılışındaki hukukî esaslardır. Böylelikle üçüncü kitapta uluslararası hukuka ilişkin bir antlaşmalar hukuku kuramının da geliştirildiği görülmektedir.

Grotius, *prolegomena*'nın ilk satırlarına bir tespitle başlamaktadır¹⁵⁴: *Jus civile*'den söz edildiğinde birçok yazar, bundan Roma kanunlarında mükemmel şeklini bulan hukuku anlamaktadır. Birçok halk ve birçok devlet yöneticisi arasındaki hukuk söz konusu olduğunda ise bu hukuk doğanın sunduğu temel üzerinde yükselir ya da kutsal yasalarca konulmuştur veya insanlar arasındaki mutabakattan kaynaklanan bir örf ile belirlenmiştir; fakat bu hukukun niteliği ve konuları hakkında sistemli bir biçimde yazan ve bunları açıklayan pek kimse çıkmamıştır¹⁵⁵. Hâlbuki bu hukuk insan türünün (*genus humanum*) genelini ilgilendirir ve onun işlenmesinde tüm insanlığın faydası bulunur. Cicero'nun çok doğru biçimde söylediği gibi, halklar ve krallar arasında kurulan ittifaklar, yapılan antlaşmalar ve sözleşmeler bu hukukun konusunu oluşturur. Bir cümleyle bu hukuk, yabancı uluslar arasındaki ilişkilere ilişkindir ve savaş ve barış hukukuna ilişkin ne varsa onun konusudur; hatta Euripides¹⁵⁶, trajedilerde belirttiği üzere, bu bilimin konu-

Droit de la Guerre et de la Paix'nin 1724 baskısının sayfa numaralarına gönderme yapıldığında aksi belirtilinceye kadar kitabın ftp://ftp.bnf.fr/008/N0086523_PDF_1_1DM.pdfdeki (10.10.2012) e-kopyasının sayfa numaraları esas alınmaktadır.

¹⁵⁴ Yukarıdan beri izlediğimiz usule uygun olarak özellikle aksini belirtmediğimiz sürece bu başlık altında buradan sonra ifade edilen görüşler ve verilen bilgiler Grotius'un kendi görüşleridir ve bilgiler onun eserinde verilen bilgilerdir.

¹⁵⁵ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 54.

¹⁵⁶ M.Ö. 480–406; Atinalı düşünür, şair ve trajedi yazarı.

sunu kutsal ve insanî olan şeylerin adalet ve doğruluğa ilişkin bilimi olarak belirleyecek kadar ileri gitmiştir¹⁵⁷.

Grotius, Karneades'in hukuk hakkındaki görüşlerini ele almaktadır¹⁵⁸. Karneades'e göre, kanunları yapan insanlar bunları ancak kendi çıkarlarına nasıl uygunsa öyle yapmaktadırlar. Bu noktada insan da kendisine faydalı olanın peşinde koşan bir hayvandan farklı değildir. Bir egemen de, adalet için değil diğerlerinin çıkarlarının zararına olacak biçimde kendi çıkarları için yönetir. Karneades'e göre, doğa neyin âdil olduğunu aydınlatamaz, neyin olmadığını gösteremeyeceği gibi. Grotius, insan türünü sıradan bir hayvan türü olarak kabul etmekle Karneades'in yanıldığını ve hatalı bir noktadan başladığını söylemektedir. İnsan türünde diğer hiçbir hayvan türünde olmayan melekeler ve yetenekler bulunmaktadır. Bunların en önemlileri akıl, dil ve toplumsallaşma yeteneğidir. İnsan kendi türüne özgü bir biçimde, hemcinsleriyle birlikte düzenli bir toplum içinde yaşamını sürdürür. Bu düzeni sağlayan kurallardır. Bu kuralların işleminin gerçek sebebi Stoacıların dediği gibi, insanların birbirleri için aynı özden olmalarıdır¹⁵⁹. Karneades'in düşündüğü gibi halklar arasında mevcut bir hukukun varlığını reddeden görüşler gerçeğe aykırıdır¹⁶⁰.

İnsanların akıl, dil ve toplumsallaşma yeteneğinden ötürü, hukuk en temelde, insanın anlayışının ve sağduyusunun ürünüdür. Adalet duygusu ve bilgisi insanın akıllı doğasından kaynaklanır¹⁶¹. Bu nedenle hukukun kaynağı doğadır¹⁶². İnsanın doğasının neticesi olan toplumda, başkasına kusurlu olarak verilen bir zararın onarılması gerekliliği hukukun ilk ve temel yasasıdır.

Hukukun bir diğer kaynağı Tanrı'nın özgür iradesidir. İnsanın kendi doğası içinde akılla kavradığı ilkeler, Tanrı'nın iradesini yansıtan ilkelerdir¹⁶³. Bu nedenle Stoacılar hukukun kaynağını Jüpiter'de aramışlardır; nitekim Lâtince hukuk anlamına gelen *Jus* kelimesi Jüpiter'den gelir¹⁶⁴.

¹⁵⁷ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 54.

¹⁵⁸ Karneades, M.Ö. 219–128 yılları arasında yaşamış kötümser-gerçekçi Yunan filozoftur.

¹⁵⁹ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 58.

¹⁶⁰ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 180.

¹⁶¹ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 60.

¹⁶² A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 180.

¹⁶³ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 62.

¹⁶⁴ Yunan panteonundaki en yüce tanrı Zeus'un Roma panteonundaki karşılığı Jüpiter'dir. Jüpiter (*Jupiter Optimus Maximus*) Roma'da baştanrıydı. Roma devleti onun yaratımıydı;

Hukukun bir başka kaynağı da mutabakattır. Mutabakat hukukun kaynağıdır, ama güç, hukukun kaynağı değildir; fakat hukukun etkili olabilmesi için güce gereksinim vardır¹⁶⁵. Bu nedenle devlet adaleti sağlamak için mevcuttur¹⁶⁶.

Her devletin diğerlerinin yardımına ihtiyacı vardır ya da şöyle de denebilir ki, hiçbir devlet bütün ihtiyaçlarını tek başına karşılayamaz. Bunun için ticaret vardır. Bu nedenle en güçlü halklar ve krallar diğerleriyle ittifaklar kurup, antlaşmalar yapmak isterler. Kurulan bu ilişkilerle adalet ihtiyacı her bir devletin sınırlarının ötesine taşar. Hukuktan uzaklaşıldığı an güvenilecek başka hiçbir şey yoktur¹⁶⁷.

İnsan türünün toplumu (*la société du genre humain*) ya da devletler topluluğu içerisindeki uluslararası ilişkilerde de hukuk gereklidir ve zorunludur; hatta düşmanlar arasında bile¹⁶⁸.

Grotius, kendisinden önce de savaş hukuku üzerine yazan teologların ve hukukçularının görüşlerine değindikten sonra, Ayala ve Gentilis'in üzerinde özellikle durmaktadır. Gentilis'in çalışmalarından yararlandığını belirttiğinden sonra bu çalışmalarda tarihin gerektiği gibi işlenmemesinden ve savaş hukukuna ilişkin olan hususların hukukun diğer meselelerinden yeterince ayırt edilmemesinden ötürü çeşitli noktaların karanlıkta kaldığını ve eksikler bulunduğunu tespit etmektedir¹⁶⁹.

Grotius, izlediği metot içerisinde doğal hukukun kurallarını kimsenin karşı çıkamayacağı açıklıkta olan ilkelerden türetmeye çalışmaktadır. Bu ilkeleri ortaya koyarken antikitedeki şairlerden, tarihçilerden ve filozoflardan alıntılar yaparak, ilkelerin açıklığını ispatlamaya koyulmaktadır. Herkes için apaçık olan ilkeleri ortaya koyup, doğal hukukun kanunlarının neler olduğunu belirledikten sonra kavimler hukukunun kurallarının neler olduğunu da meydana çıkartılmaktadır böylece¹⁷⁰.

kanun ve toplumsal düzenden Jüpiter sorumluydu; bkz. Fustel de Coulanges, Antik Site, çev. İsmail Kılınç, Epos Yayınları, Ankara, 2012, s. 145. Bu nedenle Stoacı filozoflar hukukun kutsal kökenini araştırırken onun tanrısal kökenini vurgulamak için Jüpiter'e dayandırmışlardır. Stoacı düşünceye yakından vakıf Grotius burada bu mitolojiye ve felsefeye atıfta bulunmaktadır.

¹⁶⁵ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 65.

¹⁶⁶ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 66.

¹⁶⁷ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 67.

¹⁶⁸ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 181.

¹⁶⁹ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 181.

¹⁷⁰ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 181.

Grotius seçtiği yazınsal ve tarihsel malzemeyi eklektik bir biçimde ve kendisini götürmek istediği noktaya varmaya uygun tarzda kullanmaktadır. Bunların içerisinde Aristoteles ve Cicero gibi isimlerin akademik otoritesinden sıkça yararlanır; Yunan ve Roma tarihlerinin yükseliş zamanlarındaki ilk dönemlerinden örneklerini seçer. Doğal hukukun ifadesi olup olmadıklarını tartışmadan Eski ve Yeni Ahit'ten olmak üzere kutsal kitaplardan bolca alıntı yapar. Kilise konseylerinin kararlarını, ilk Hıristiyan topluluklarının adetlerini ve teologların dediklerini zikreder; nihayet hukuk doktorlarının çalışmalarına yer verir¹⁷¹. Böylelikle *De jure belli*'nin giriş kısmı biter ve birinci kitap başlar.

De jure belli ac pacis'in birinci kitabının esas amacı haklı savaşın ne olduğu sorusunun cevaplandırılmasıdır¹⁷². Grotius da Cicero'nun tanımına sadık kalarak “savaş anlaşmazlıkları kuvvet yoluyla çözmektir” der¹⁷³. Savaşı çatışmaların içinde bulunduğu bir durum olarak da anlamak mümkündür; bu anlamda savaş, anlaşmazlıklarını kuvvet yoluyla çözmeye çalışanların içinde buldukları durumdur (*status per vim certantium*)¹⁷⁴.

Grotius, savaş konusuna girmeden önce hukukun ne olduğu üzerinde durur ve hukuk kurallarının farklı kaynaklarını araştırır. İlk olarak hukuk, akılcı bir toplumun doğasına uygun düşen doğrudur¹⁷⁵. İkinci olarak hukuk, kanunla aynı anlama gelir¹⁷⁶. Kanunlar, doğal hukuktan ileri gelenler ya da iradeden kaynaklananlar olmak üzere ikiye ayrılır. Doğal hukuktan kaynaklanan kanunlar, insanın akılcı (*natura rationali*) ve sosyal doğasına uygun gelen davranışları buyururlar, bu doğaya aykırı olanları yasaklarlar¹⁷⁷. İradeden kaynaklanan hukuk (*jus voluntarium*), kutsal hukuk ve insan hukukudur. Kutsal hukuk, bazıları sadece İbranî halkına özgü olan kanunları, diğerlerin-

¹⁷¹ A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 182.

¹⁷² Hugo Grotius, Le Droit de la Guerre et de la Paix, Tome 1, ss. 37–202; bu ve bundan sonraki sayfa numaraları orijinal baskının e-kopyasının değil, doğrudan 1724 baskısının sayfa numaralarıdır.

¹⁷³ Hugo Grotius, Le Droit de la Guerre et de la Paix, Tome 1, s. 38.

¹⁷⁴ Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, s. 2; bu ve bundan sonraki sayfa numaraları orijinal baskının e-kopyasının değil, doğrudan 1625 baskısının sayfa numaralarıdır.

¹⁷⁵ Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, s. 3; Hugo Grotius, Le Droit de la Guerre et de la Paix, Tome 1, s. 40.

¹⁷⁶ Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, s. 5; Hugo Grotius, Le Droit de la Guerre et de la Paix, Tome 1, s. 47.

¹⁷⁷ Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, s. 6; Hugo Grotius, Le Droit de la Guerre et de la Paix, Tome 1, s. 48.

de ise bütün insanlar için aynı olan yasaları vaaz eder¹⁷⁸. İnsan hukuku ise halkın iradesi doğrultusunda devlet gücüne dayalı olarak yürürlüktedir. İnsan hukuku (*droit humain*) içerisinde her devletin kamu ve özel hukukundan meydana gelen *jus civile*, devleti yöneten gücün iradesini yansıtır. İnsan hukuku içerisinde bir de kavimler hukuku (*jus gentium*) vardır. Bu kavimler hukuku, bütün halkların iradesinin bir yansımasıdır. Kavimler hukuku bütün uluslar için müşterek olan insan hukukudur¹⁷⁹.

Grotius'un bu tespitleri uyarınca demek ki, hukuk doğru ve yasal olanıdır. Doğruluğun kaynağı doğal hukuktur. Yasaların kaynağı ise ilâhî iradeyle, insanların iradesidir. İnsanların iradesinden kaynaklanan yasalara dayalı hukuk ise devletin hukuku ve bütün devletler için müşterek hukuk olan kavimler hukukudur.

Hukukun bu kaynaklarını belirledikten sonra Grotius, savaşın hangi durumlarda haklı olabileceğini bu kaynaklar içerisinde araştırmaya koyulur. Bu araştırma birinci kitabın ikinci bölümünün konusudur¹⁸⁰: “*An bellare unquam iustum fit?*”; Savaş ne zaman haklıdır? (*Si la guerre peut être quelquefois juste?*)

Bütün hayvanlarda, korunma bir içgüdü olduğuna göre savaş, doğal hukuka aykırı değildir. Doğa her hayvana kendini koruyabileceği güçler vermiştir. İnsanda buna hizmet eden eldir. Organın mevcudiyeti onun işlevini meşrû kılar. Öte yandan toplumsallık, doğal hukukun yasalarını belirleyen ikinci unsur, her türlü şiddeti meşrû görmez; başkasının haklarını zedeleyici şiddet topluma aykırıdır¹⁸¹. Grotius, bu argümanını desteklemek için kutsal metinlerden¹⁸² ve düşünsel otorite sahibi olarak gördüğü Cicero, Ulpian¹⁸³, Gaius¹⁸⁴, Florentinus¹⁸⁵ gibi yazarlardan alıntılar yapmaktadır¹⁸⁶.

¹⁷⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 10; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 57.

¹⁷⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 10; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 56.

¹⁸⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 16; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 66.

¹⁸¹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 18; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 68.

¹⁸² Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 19; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 69.

¹⁸³ Gnaeus Domitius Annius Ulpianus (170–223), Romalı hukukçu.

¹⁸⁴ Justinianus Kanunu'na yaptığı katkıyla tanınan Romalı hukukçu.

Savaş, bütün ulusların âdetlerinin, yasalarının ve tarihin gösterdiği üzere, halkların iradesinden ileri gelen iradî kavimler hukukuna aykırı değildir. Grotius bunu ispatlamak için Hermogenien¹⁸⁷, Cornelius Nepos¹⁸⁸, Titus Livius¹⁸⁹ ve Florentinus'u zikretmektedir. İradî ilâhî hukuk ise, savaşta savunmamaktadır. Grotius, İncil'den yaptığı alıntılarla, savaşın Hıristiyanlıkta hoş görülmediğini ispatlamaya çalışır. İncil'de savaşın mazur görüldüğü bazı yerlerde ise bunun ancak bir zorunluluk olduğunu belirtir. Grotius'a göre, Hıristiyan teologların ve hukukçuların eserlerine ve eski kilise topluluklarının uygulamalarına bakıldığında savaş, tıpkı ölüm cezası gibi¹⁹⁰, Hıristiyanlıkla bağdaşmamaktadır (§§ 5–10¹⁹¹).

Grotius'un tespitine göre, zorunlu olmadıkça Hıristiyanlık inancı ve Hz. İsa'nın öğretisi ile bağdaşmasa da; doğal hukuka ve örf ve adet hukuku kurallarından kaynaklanan kavimler hukukuna göre savaş, her durumda yasaklanmış bir eylem ve bir durum değildir. Doğal hukuka ve kavimler hukukuna göre savaşın meşrû olduğu hâller vardır¹⁹². Grotius, savaşın meşrû olduğu durumları belirleme uğraşına devam etmek için, hukuken hangi sınıflarda ve türlerde tarif edilebileceğinin incelenmesi gerektiğini düşünerek, birinci kitabın üçüncü bölümünde çeşitli savaş türlerini inceler. Bu incelemeyi yapabilmek için egemenlik kavramının da savaş çeşitleri ile birlikte ele alınma-

¹⁸⁵ İmparator Marcus Aurelius Severus Alexander'ın (208–235) danışmanı Romalı hukukçu; bkz. Dictionary of Greek and Roman Antiquities, Edited by William Smith, L.L.D., Little Brown and Company, Boston, 1870; <http://www.ancientlibrary.com/smith-bio/0000.html#> (10.10.2012), Florentinus maddesi.

¹⁸⁶ Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, s. 20; Hugo Grotius, Le Droit de la Guerre et de la Paix, Tome 1, s. 71.

¹⁸⁷ Gregorien Kanunu'ndan sonra, Doğu Roma imparatoru Konstantinos'un hükümdarlığı zamanında Hermogenien Kanunu'nu M.S. y. 306–312 arasında derleyen hukukçudur. Hermogenien, kavimler hukukunu uluslararasıdaki geleneksel ilişkilerin örfü olarak görmüştür. Kavimler hukukunu sancıların kaynağı sayar. Halkları ayıran, savaşları hoş gören hep kavimler hukukudur (*Ex hic jure gentium introducta bela: discretæ gentes*). Kavimler hukuku krallıkları kurar, toprağı böler; Jacques Rossel, Aux racines de l'Europe occidentale, Ed. L'Age d'Homme, Lausanne, Suisse, 1998, s. 656.

¹⁸⁸ M.Ö. 100–25; Galya kökenli Romalı biyografi yazarı.

¹⁸⁹ M.Ö. 59–17; Romalı tarihçi. *Ab Urbe conditilibri* (Romalıların Tarihi) adlı eserin yazarıdır.

¹⁹⁰ Grotius savaş ve ölüm cezası arasında güçlü bir benzerlik görmektedir; A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 184.

¹⁹¹ Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, I. Kitap, II. Bölüm, 5'inci-10'uncu paragraflar arası. Metinde parantez içindeki “§” işaretinden sonra gelen sayı eserde belirtilen kitapların altındaki bölümlerin içindeki paragraf numaralarını belirtmektedir. “§§” işareti ise paragraflar anlamındadır.

¹⁹² A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 184.

sı gerektiği kanaatindedir¹⁹³. Bu bölümde Grotius özel savaş ve kamusal savaş türlerini inceler. Özel savaş ve kamusal savaş arasındaki farkı ise egemenliğe göre açıklar.

Grotius üç tür savaş tanımlar. Birincisi egemenler arası yapılan kamusal savaştır. İkincisi, özel kişiler arası yapılan savaştır. Üçüncüsü ise bir egemenle bir özel kişi arasında yapılan savaştır (§ 1). Özel savaş, ancak kamu otoritesinin yargı erki ortadan kalkmışsa ya da yargıya başvurma olanağı yoksa meşrûdur. Bu durumdaki erkin ortadan kalkması ya da olanağın bulunmaması, mahkemelerin yok olmasından ileri gelmektedir. Bu durumda doğal hukukun kişilere tanıdığı kendini korumaktan ileri gelen savaşa ilişkin doğal hak, özel kişilerin elinde tam bir yetkiye kavuşur (§ 2). İlahî hukuk da özel savaşı yasaklamamaktadır (§ 3)¹⁹⁴.

Kamusal savaş, kavimler hukukundaki merasime ve usule uygun yapılan savaştır (*Publicum bellum aliud est folenne ex jure gentium, aliud minus folenne*)¹⁹⁵. Kamusal savaş ancak egemenlerin iradesiyle yapılır. Kamusal savaşta, savaşanlar egemenlerdir (§ 4). Egemen iktidar, eylemlerinde, diğer bütün üstün iktidarlardan bağımsızdır¹⁹⁶.

Basdevant'a göre, Grotius egemenliğin belirlenmesinde çok önemli bir hukukî ayrımı tespit etmiştir¹⁹⁷. Egemenlik iki hukuk dalına göre belirlenir. Bunlar, anayasa hukuku ve uluslararası kamu hukukudur (devletler umumî hukuku). Anayasa hukuku, devletin egemenliğini iç hukukta düzenlerken, uluslararası kamu hukuku teker teker devletlerin egemenliği ile değil, fakat tüm devletler için müşterek olan egemenlik kıstaslarını belirler. Bir işlemin uluslararası değeri tespit edilirken kavimler hukuku (*le droit des gens*), işlemi yapan organın yetkisini, organ hangi devletin adına bu işlemi yaptıysa, o ilgili devletin anayasa hukuku kurallarına göre tespit eder. Egemen bir devletin varlığı kavimler hukukunun aradığı kıstaslara uygun biçimde oluştuktan sonra, devletin uluslararası hak ve yetkileri, o ilgili devletin iç politik organi-

¹⁹³ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, I. Kitap, III. Bölüm başlığı "*Belli partitio in publicum & priuatum. Summi imperij explicatio*" dur; yani, Egemenliğin niteliğine göre açıklanan özel savaş ve kamusal savaş; Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 53.

¹⁹⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 55.

¹⁹⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 61; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 113.

¹⁹⁶ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 185.

¹⁹⁷ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 185.

zasyonuna göre belirlenmez. Kavimler hukuku cumhuriyeti ya da monarşiyi bilmez; devleti bilir¹⁹⁸.

Grotius, ilke olarak egemenliği, kavimler hukukunda devletlerin ortak niteliği olarak belirlemektedir. Başka bir devlete bağlı olan devlet, artık devlet değildir; zira egemenliğin kıstası bağımsızlıktır (§ 7)¹⁹⁹. Kamusal savaş, *jus gentium*'a göre, egemenler arası bir durum olduğuna göre, egemenliğin iç kamu hukukuna (günümüzün ifadesiyle söylemek gerekirse “anayasa hukukuna”) ve kavimler hukukuna göre belirlenmesi, Grotius'un üzerinde önemle durduğu bir hukukî meseledir²⁰⁰.

Dördüncü bölümde, hukukî bir mesele olarak, tebaanın egemene karşı savaşması ele alınmaktadır²⁰¹. Bu tür bir savaş, Grotius'un sınıflandırdığı üçüncü kategorinin kapsamındadır; yani özel kişi ile egemen arası savaş kategorisine girmektedir. Bu konu ele alınırken, zulme karşı direnme hakkının meşrû bir hak olup olmadığı sorgulanır. Grotius, doğal hukuka göre, prensip olarak uyruklara direnme hakkının tanınması gerektiği görüşündedir. Bunluna birlikte, devletin varlığını bir zorunluluk olarak gören Grotius, öncelikle devlete itaat etmenin gerekli olduğuna dair baskın bir eğilim içerisindedir²⁰². Direnme hakkının süjesi halk değil teker teker kişilerdir. Kişilerin bu hakka başvurabilmeleri, ileri derecede bir adaletsizliğin gerçekleşmesi durumunda söz konusu olabilecektir. Grotius, bu noktada devlet ile hükümdar arasında bir ayrıma gider. Hükümdar da devletin kanunlarına saygı göstermelidir. Prensip olarak, tebaadan kişilerin meşrû hükümdara karşı itaat etmek zorunluluğu bulunsa da şayet hükümdar devletin kanunlarını çiğneyerek kişilere zulmediyorsa, adaletsizliğe uğrayan kişi ya da kişiler yöneticiye karşı güç kullanarak direnebilirler (§§ 8–13). Gasıp (yönetimi gayrimeşrû biçimde zorla eline almış) bir hükümdara karşı ise tebaanın itaat zorunluluğu yoktur. Böyle bir hükümdara karşı direnmek meşrûdur. Grotius'a göre, gasıba karşı verilen bir savaşta, haklı savaşın koşulları prensip olarak mevcuttur. (§§ 16–20).

¹⁹⁸ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 186.

¹⁹⁹ Koruma altında olan ya da federe devletler kavimler hukukuna göre devlet değildir; Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, I. Kitap, III. Bölüm, §§ 21–23.

²⁰⁰ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 187.

²⁰¹ *Cap. IV. De bello Subditorum in Superiores*; Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 94.

²⁰² A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 189.

Nihayet Grotius, beşinci bölümde, haklı savaş meselesine eğilmektedir. Bölüm başlığı, “*Kimler meşrû olarak savaşabilir?*”dir²⁰³. Bu sorunun cevabını ararken, savaşın içerisinde yer alan kişiler üç sınıf altında incelenir: a. Savaş kamusal ya da özel olabildiğine göre, aslen savaşanlar devlet ve özel kişiler olarak sınıflandırılır²⁰⁴. b. Aslen savaşanlara yardım edenler²⁰⁵. c. Aslen savaşanların aracı olan uyruklar ve köleler²⁰⁶.

Hangi koşullarda savaşa başvurulmasının meşrû olduğu, savaşın nedenlerine bakılarak belirlenebilir. *De jure belli ac pacis*'in ikinci kitabı, başlı başına bu konuya ayrılmıştır. Grotius, savaşı meşrû kılan nedenleri sadece kamu hukukuna özgülememekte, bu nedenleri kamu hukukunda araştırdığı gibi, özel hukukta da araştırmaktadır. Bu yaklaşımının sebebi, savaşı salt kamusal bir eylem olarak görmeyip, özel savaşa da cevaz vermesinden kaynaklanmaktadır. Öyleyse, ihlâl edilmelerinin silâhlara sarılmayı uygun kıldığı haklar, kamu hukukundan kaynaklanabileceği gibi, özel hukuktan da kaynaklanabilir. Nitekim Grotius'un bu yaklaşımı ikinci kitabının uzunluğunu yirmi altı bölüme kadar çıkartmaktadır. Grotius'un yapıtında, bu nedenlerin ayrıntılarına girilmesi, özel hukukun ve ceza hukukun derinliklerine dalmayı gerektirmiştir. Hâlbuki bizim çalışmamız bakımından faydalı olan, Grotius'un devletler hukuku teorisini aydınlatmaya yarayacak başlıca ilkesel yaklaşımlarını ortaya koyabilmektir. Bu nedenle biz burada Grotius'un ikinci kitapta değindiği ayrıntılara çok fazla yer vermeyeceğiz, fakat konu ile ilgili olarak, uluslararası hukukun kuram tarihi bakımından önemli noktalarını öne çıkartmaya çalışacağız.

Söz konusu olduğu hâllerde savaşın gerçekleşmesinin esas nedeni, adalet yollarının kapalı olmasıdır. Öyleyse, savaş meşrû olarak (devlet ya da özel) kişiye ait olanı korumak ya da geri almak için yapıldığı gibi, suç işleyen cezalandırmak için de yapılır²⁰⁷ [*Lib. II, Cap. I, De belli causis, & primùm de defensione sui & rerum* (II. Kitap, I. Bölüm, Savaşın nedenleri & kendini & mallarını savunmak)]. Bunun gibi, kişinin kişiliğine ya da mallarına yönelen bir tecavüzdten kendini korumak için savaşa başvurması, sava-

²⁰³ *Cap. V. Qui bellum licitè gerant*; Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 117. *Chap. V. Quelles personnes peuvent légitimement faire la guerre*; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 1, s. 199.

²⁰⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. I, Cap. V, § 1.

²⁰⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. I, Cap. V, § 2.

²⁰⁶ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. I, Cap. V, § 3.

²⁰⁷ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. I, § 2.

şın öncelikli nedenlerinin başında gelir. Bu durumda savaş, ancak yakın ve gerçek bir tehlike karşısında meşrû olarak mümkündür²⁰⁸. Bu hâlde savaşın haklı olabilmesi için, mevcut tehlikeyi başkaca bir yoldan uzaklaştırmanın mümkün olmaması gereklidir²⁰⁹. Kişinin hayatını (kişi varlığını) ve sahip olduklarını (mal varlığını ve mamelek haklarını) koruması için olduğu gibi, mensuplarını (tebaasını - devlet, aile bireylerini – özel kişiler) korumak için de (hayatları ya da kişi ve mal varlığı hakları mevcut bir tehdit altındaysa) savaşması meşrûdur²¹⁰. Bu savlarını takiben Grotius, düşüncelerini *jus civile*'ye, Hıristiyanlığa ve Hz. Musa'nın şeriatına göre temellendirmeye koyulmaktadır. Az önce sayılan durumların dışında, yakın ve gerçek bir tehlikenin bulunmadığı durumlarda Grotius, Gentilis'in aksine, gücü artmakta olan bir yabancı devleti, zararının dokunabileceği düşüncesiyle zayıflatmak için savaşmayı meşrû görmemektedir²¹¹.

Kişiyeye (kamusal savaşta bu kişi "egemen"dir) ait olan bir şeye çoktan verilmiş hasarlar (zararlar) da, savaş nedenidir²¹². Grotius, bu şeyleri herkese müştereken ait olan haklar olarak kabul eder. Yazarımıza göre, Tanrı dünyayı ilk yarattığında, yeryüzünün sahipliğini insan türüne vermiştir. Sonra insanlar, örtülü ya da açık sözleşmelerle toplumsal ilişkiler kurmuşlardır ve toplum içerisinde özel mülkiyet hakkı tanınmıştır. Özel mülkiyetin tanınmasının nedeni, insanlara sahip olduklarıyla çalışarak yaşamları için gerekli olanları kazanma olanağı yaratmaktır²¹³. Buna rağmen, bazı şeyler herkese ait olmayı sürdürmüştür (*Cap. II. De his quae hominibus communiter competunt*)²¹⁴. Deniz bunlardandır. Deniz bütün kişilerin ve halkların yararlanmasına açıktır ve o sınırlandırılarak kişisel mülkiyetin konusu yapılmaz²¹⁵. Bu mülkiyet kuramının devamında şu tespite ulaşılır ki, insanların kişisel olarak ya da ortaklaşa sahip olduklarını korumaları için savaşabilmeleri doğal bir haktır.

²⁰⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. I, § 4.

²⁰⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. I, § 5.

²¹⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. I, § 6.

²¹¹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. I, § 17.

²¹² Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. II, § 1.

²¹³ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. II, § 2.

²¹⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 137.

²¹⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. II, § 3. Konunun özü ile çok ilgili olmaksızın, Grotius bundan sonra mülkiyet konusu olan ve olmayan bazı şeyleri ele almaktadır; bkz. Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. II, § 2, §§ 4-9.

Bunlardan sonra Grotius, eski toplumlardan kalan bir miras olarak iki hukukî örfü ele almaktadır. İkisi de yabancı topraklardan geçit hakkına ilişkindir. Birincisi ticaret için geçit hakkıdır; ikincisi de haklı bir savaş yapan ordunun geçit hakkıdır. Geçiş yapılan toprakların egemeni, ticarî mallar üzerinden yolculuğun güvenliğini sağlamanın masraflarını karşılayacak kadar bir miktar para ya da mal alabilir, ancak daha fazlasını değil²¹⁶.

Grotius, yaratılış ve doğa kanunları uyarınca, toprağın ve topraktan elde edilen faydaların genel olarak bütün insanlara açık oluşundan ötürü bir hükümdarın, yabancıların, ülkesinde toprak sahibi olmasını reddedemeyeceğini ve alım-satımı yasaklayamayacağını savunmaktadır²¹⁷.

Üçüncü bölümde (*Cap. III. De acquisitione originaria rerum, ubi de mari & fluminibus*) denizin bir kısmı, kıyılar ve nehirler de dâhil olmak üzere şeylerin aslî olarak (ilk kez olmak üzere) egemenliğinin (hâkimiyetinin, mülkiyetinin) nasıl kazanıldığı konusu ele alınmaktadır²¹⁸. Bu bölümün özünü oluşturan fikir, toprağın hem mülkiyet hakkının, hem de devlet için egemenliğin konusu olduğudur. Deniz alanları için ise, özel mülkiyet söz konusu değilken, devlet deniz üzerinde ancak fiili denetimi varsa egemenlik sahibi olabilir (§ 13). Bu durumda da devletler, gemilerin zararsız geçişlerinde (*transitum innoxiam*) serbest seyrüsefere engel olmamalıdır²¹⁹.

Dördüncü bölümde, egemenliğin kaybedilmesi nedenlerinden biri olarak toprağı terk etmek ele alınmaktadır. Bu durumda terk edilen toprağın ve üzerindeki halkın egemenliğini, denetimi ve yönetimi üstlenen yeni bir kral kazanacaktır²²⁰.

Beşinci bölümde kişiler (insanlar) üzerinde hak kazanılmasında geçerli olan üç neden açıklanmaktadır. Bunlar, *jure parentum* yani soy hukuku ya da babalık hakkı (§§ 2–7); irade uyuşması yani en yaygın şekliyle evlilik (§§ 8–16) ve üçüncü kategori işlemlerdir. Üçüncü kategoriye evlat edinmeden, köleliğe kadar uzanan bir yelpazede çok sayıda işlem girmektedir. Kişilerin üzerlerinde hak kazılmasının bir nedeni de işledikleri cürümlerin cezasıdır.

²¹⁶ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. II, §§ 11–15.

²¹⁷ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. II, §§ 17–19.

²¹⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 153.

²¹⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. III, § 12, s. 159.

²²⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. IV, s. 164.

Beşinci bölüm otuz iki alt başlıktan (paragraftan) oluşan ayrıntılı fakat bizim konumuzu yakından ilgilendirmeyen bir bölümdür²²¹.

Altıncı bölümde Grotius, aslı iktisabı ne şekilde olmuş olursa olsun, devletin egemenliğinin ya da mallarının devri meselesini incelemektedir²²². Egemenliğin sahibi kral ya da halk, onu devredebilir. Bu devir yapılırken söz konusu olan bölgenin halkının ya da temsilcilerinin rızasının alınması gerekir. Böyle bir devir ancak çok zarurî bir durumda söz konusu olabilir. Bundan sonra hakların ikincil kazanım (talî iktisap) türevleri (*les acquisitions dérivées*) yedinci bölümde açıklanmaktadır. Aynı konu sekizinci bölümde devlete ait çeşitli mal türevleri için devam ettirilmektedir²²³.

Dokuzuncu bölümde egemenliğin devir olmaksızın bir hanedan ya da bir halk için sona erme hâlleri incelenir²²⁴. Böyle bir hâlde söz konusu egemenlik, olduğu gibi ortadan kalkmaktadır.

Bir egemenlik hakkının devredilmeksizin ortadan kalkması durumunda köleler ve hâkimiyet altında tutulan halk(lar) özgürlüklerini kazanırlar. Bu hâllerde, egemenliğin sahibinin ortadan kalkması durumunda egemenlik de ortadan kalkar. Şayet egemenliğin sahibi hanedan, bir ardıl (halef) bırakmaksızın yok olursa, egemenlik de ortadan kalkar. Egemenliğin sahibi bir halkın yok olması durumunda da egemenlik ortadan kalkar. Bir halk, şayet bütün mensupları ortadan kaldırılırsa ya da halk, halk niteliğini kaybederek tamamen dağılırsa yok olmuştur ve egemenlik de ortadan kalkar. Bir halkın, halk olarak egemenlik sahibi olma hakkı kaybedildiğinde de, artık egemenliği söz konusu olmaktan çıkar. Böyle bir durum, bu halkın mensuplarının köle durumuna düşmesi durumunda ya da bu halkın mensupları bireysel olarak özgürlüklerini korusalar da, halk olarak hâkimiyet altına düşmeleri durumunda gerçekleşir. Basit bir sınır değişikliği (§ 7) ya da hükûmet değişikliği (§ 8) böyle bir sonuç doğurmaz. İki devlet birleştiğindeyse, ikisinin de sahip oldukları egemenlik hakları birleşir ve böyle bir durumda da egemenlik ortadan kalkmaz (§ 9). Bir devlet farklı devletlere ayrıldığı da, eski devletin egemenlik hakkı parçalara bölünerek yeni devletlerce kazanılır; bu durumda da egemenliğin ortadan kalktığı söylenemez (§ 10).

²²¹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. V, ss. 176–199.

²²² Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. VI, ss. 200–206.

²²³ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. VII-VIII, ss. 206–244.

²²⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. IX, s. 244.

Yukarıda görüldüğü üzere, hak kazanma durumları (mülkiyet hakkı ve egemenlik hakkı teorisi) incelendikten sonra, onuncu bölüm, kişiler ve mallar üzerinde egemenlik sahibi olmanın, üçüncü kişilere getirdiği yükümlülükleri incelemektedir. Ele alınan husus, hak sahiplerinin, bu haklarından ötürü üçüncü kişilerden yerine getirmelerini talep edebilecekleri yükümlülüklerle ilişkindir (*Cap. X. De obligatione quae ex dominio oritur*)²²⁵. Bu bölümde üzerinde durulduğu kadarıyla, üçüncü kişilerin başlıca yükümlülüğü, hak sahibine, sahip olduğu şeyi geri vermektir²²⁶. Bu bölümle birlikte hak teorisinden, yükümlülük doğurucu işlemlere geçilmektedir.

Nitekim on birinci bölüm, hukukî yükümlülük doğurucu işlem olarak söz vermeyi yani bir şeyi taahhüt etmeyi ele alır (*de promissis*)²²⁷. Grotius konuya, verilen sözlerin bağlayıcılığıyla ve yerine getirilmelerinin zorunluluğuyla başlar (§ 1); taahhütlerin sonra geçersiz kılınabildikleri durumları inceler. On ikinci bölüm sözleşmelere²²⁸ (*de contractibus*), on üçüncü bölüm yeminlere (*de jurejurando*) ayrılmıştır²²⁹. On dördüncü bölüm, egemenlerin söz vermelerine, sözleşme yapmalarına ve yemin etmelerine yer verir²³⁰. Grotius, hükümdarı, hükümdar olarak ve kişi olarak ele alır. Özel hukuk kuralları, hükümdara, hükümdar olarak yaptıklarında uygulanmaz. Hükümdarın, hükümdar olarak yaptığı işlemler, şayet monarkın yetkilerini düzenleyen ülkenin temel kanunlarına aykırıysa, yok hükmündedir²³¹.

Hükümdarın taahhütlerine eğildikten sonra Grotius, on beşinci bölümde, kamusal antlaşmalara geçer. İlk antlaşmaları sınıflar. Ardından, Hıristiyan olmayanlarla antlaşma yapılıp yapılamayacağı sorusunu sorar. Ne doğal hukukta, ne Hz. Musa'nın şeriatında, ne de İncil'de bunu yasaklayan bir hüküm olmadığı cevabını verir. Ancak şunu da ekler ki, ancak çok gerekliyse kâfirlerle ittifak yapılmalıdır (§§ 8–11). Kâfirlerle kurulacak aslında sakıncalı ilişkiler bir yana, Hıristiyanlar tek bir bedenin parçalarıdır. Hıristiyan bir devlete saldırıldığında diğerleri hemen onun yardımına koşmalıdır (§ 12).

²²⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 253.

²²⁶ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 196.

²²⁷ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 260.

²²⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 275.

²²⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 293.

²³⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 311.

²³¹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. XIV, § 2.

Bundan sonra Grotius, müttefikler arası ilişkileri ele alır (§ 13) ve şayet bir devletin aynı anda birden fazla müttefikle savaşıyorsa, yardım için haklı savaş yürütenin yanında yer alınması gerektiğini belirtir. Birden fazla müttefikle aynı anda haklı savaş içerisindeyse, en eskisine yardım edilmelidir. Müttefikine yardım, bir devlet için, ittifak bağından kaynaklanan bir zorunluluktur.

Devletlerarası bir antlaşma, bir tarafa, ancak diğer taraf da antlaşmadan doğan taahhütlerini yerine getiriyorsa bir mecburiyet yükler (§ 15). Şayet, yetkisiz bir organ antlaşmayı yapmışsa, antlaşma egemeni bağlamaz (§ 16).

Grotius, antlaşmaların ve verilen sözlerin yorumlanmasına (*de interpretatione*) on altıncı bölümde eğilir. Yorumla ilişkin yazdıkları arasından iki husus öne çıkartılmalıdır. *Rebus sic stantibus* (şartların esaslı surette değişmesi) nedeniyle antlaşmanın artık uygulanmamasının çok kolayca uygulanmaması gerektiğini belirtir. Mümkün mertebe, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi üstün tutulmalıdır (§ 23). Öte yandan Grotius, hükümdarların ve halkların yaptığı antlaşmaların Roma hukukuna göre yorumlanmasını savunan yazarların görüşlerine katılmaz (§ 31).

Doğal hukuka göre, başkasına haksız olarak verilen zarar onarılmalıdır (*Cap. XVII. De damno per iniuriam dato, & obligatione quae inde oritur*, §§ 1–2)²³². Grotius bu bölümde, devletin uluslararası sorumluluğu meselesine eğilmektedir²³³ ve onarımın hukukî bir yükümlülük olduğunu belirtmektedir²³⁴.

On sekizinci bölüm, elçilik hukukuna (*de legationum jure*) ayrılmıştır²³⁵. Elçilere tanınan ayrıcalıklar, aslında elçisini başka bir egemene gönderen egemene tanınan ayrıcalıklardır, elçinin kendisine değil. Gönderen devletin elçisini, gönderilen devlet ilkesel olarak kabul etmelidir, fakat sürekli elçiler kabul edilmeyebilir; çünkü Grotius'a göre bunlar çok da gerekli değildir (§ 3). Grotius, kabul eden devletteki görevi süresince elçinin, kabul

²³² Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 358; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, trad. Barbeyrac Jean, Pierre de Coup, Amsterdam, 1724, s. 523.

²³³ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 198.

²³⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, ss. 358–366.

²³⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 366; ayrıca bkz. Ernest Nys, *Droit International*, ss. 419–425; Ernest Nys, *Les Origines De La Diplomatie Et Le Droit D'Ambassade Jusqu'à Grotius*, Librairie Européennes C. Muquardt Merzbach Et Falk, 1884, ss. 7–55; e-okuma için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55070c.r=ernest+nys.langEN> (10.10.2012).

eden devletin ceza yargısından bağışık tutulması tarafıdır; çünkü elçinin yaptığı görev, suçlunun cezalandırılmasındaki faydadan daha önemlidir. Kavimler hukukuna göre elçi, kabul eden devletin ülkesel yetkisine tâbi değildir. Şayet elçi bir suç işlerse, ona ülkeden çıkması söylenir ve efendisinden onun yargılanması ve cezalandırılması istenir. Çok zarurî durumlarda, elçi tutuklanabilir ve hapsedilebilir. Bunun haricinde kabul eden devlet, elçinin ayrıcalıklarını ve bağışıklıklarını sağlamalıdır (§ 5). Elçinin diplomatik konumu, kabul eden devlette ona yaptırım uygulanmasına engeldir (§ 7). Elçinin bagajının ve konutunun dokunulmazlığı vardır (§§ 8–10). Grotius'un yaptırımın bu bölümü, kendisinden sonraki uluslararası hukuk üzerinde ve somut olarak bunun uygulanmasında en fazla etkili olmuş bölümdür denebilir²³⁶.

Savaşta ölümlerin gömülmesine ilişkin tespitlerini on dokuzuncu bölümde²³⁷ belirten Grotius, yirminci bölümde ceza, acı verme (*de pœnis*) konusuna eğilmektedir²³⁸. Diğer nedenlerin yanı sıra, suç işleyenlere karşı, suçun mağduru kişi, suçluyu cezalandırmak için savaşa başvurabilir. Suç işleyen kişiye yönelmiş acı verici bir kötülük, cezadır (§ 1). Mağdur, savaş yoluyla, suçluya böyle bir ceza uygulayabilir. Grotius'un bunu belirttikten sonra cezalar ve cezalandırma hakkında bir takım hukukî tespitler yapmaktadır (§§ 2–7). Kişisel vahşetin önüne geçilmesi için iç hukuklarda cezalandırma yetkisi devlete tanınmıştır (§ 8). Egemenlerin de, kendilerine ya da uyruklarına karşı işlenmiş suçları cezalandırma yetkileri doğal hukuka ve kavimler hukukuna göre mevcuttur. Bu yetkiyi kullanmak için devlet savaşabilir. Son tahlilde bir egemenin suçu cezalandırmak için savaşması, adaletin gereğini yerine getirmek içindir (§§ 40–43). Bu bakımdan Grotius tarafından suçun maddî tanımı, uluslararası ilişkilerde haksızlığa doğru genişletilmektedir. Haksızlıklar da cezalandırılma nedeni olabilir. Bu paragraflardan sonra, din nedeniyle cezalandırılmanın mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır. Yazığımız, Tanrı'ya inanmayanlara ve/veya Hıristiyanlık dinini benimsemek istemeyenlere karşı, onları Hıristiyan yapmak ya da Hıristiyanlığa inanmalarından ötürü onları cezalandırmak için savaşılmasını onaylamaz (§ 48). Tam aksine böyle bir savaşa girişen Hıristiyanlar, Hıristiyanlığa aykırı davranmış olurlar ve asıl onlara karşı savaşa girişilmelidir (§ 49).

²³⁶ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 200.

²³⁷ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 548.

²³⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 393.

Suçlular, suçluyu elinde tutan devlet tarafından, suçun mağduru olan uyrukların devletine ya da doğrudan mağdur devlete cezalandırılmak üzere teslim edilmelidir (*Cap. XXI*)²³⁹.

Şayet uyruklar, devletin işlediği bir suça muvafakat etmişlerse, bu suçtan ötürü doğrudan cezalandırılabilirler; fakat bu suça karşı çıkanlar ve ege-
menin kararına katılmayanlar, devletin fiilinden ötürü doğrudan cezalandırılmazlar (§ 7, 17, 18).

Bizim, kuramında özellikle öne çıkarmak istediğimiz “haklı ve haksız savaş sebepleri”ne, Grotius, yirmi ikinci bölümden itibaren geçmektedir²⁴⁰. Önce haksız savaş sebeplerini inceler (*Cap. XXII. De causis iniustisi*)²⁴¹:

- a. Elde edilecek menfaat için savaşmak, haklı değildir (§§ 9–10).
- b. Meşrû bir biçimde köle olunmuşsa, özgürlüğü kazanmak için savaş, haklı değildir (§ 11).
- c. Bir halkı hâkimiyet atına almak ve itaat ettirmek için savaş, haklı değildir (§ 12).
- d. Gerek Habsburgların ve diğer devletlerin, gerekse Papalığın kanaatinin aksine, keşfedilmemiş yerleri fethetmek için savaş, haklı değildir (§§ 13–14).
- e. İlk başta haklı olan bir savaş, kötü niyetle savaşmaya devam edilmesi durumunda haklı bir savaş değildir (§ 17).

Savaşın haklılığı konusunda şüphe ediliyorsa ya hiç savaşılmamalıdır ya da zorunluluk varsa en az zarar verilecek şekilde savaşılmalıdır (*Cap. XXIII. § 2*)²⁴². Savaşa eğilim göstermektense, barışa eğilim göstermek daha iyidir (§ 6). Savaşı engellemek için şu üç yola başvurulabilir: a. Uzlaşmazlık yaşayan taraflar arasında dostane görüşme, konferans düzenleme (§ 8). b. Hakeme gitme ve bu amaçla Hıristiyan devletlerin, aralarında, başvurulacak merci olmak üzere bir divan oluşturması (§ 8). c. Kura çekme (§ 9)²⁴³.

²³⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 449.

²⁴⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 466; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 660.

²⁴¹ *Chap. XXII. Des causes injustes de la guerre*; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 660.

²⁴² Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 476.

²⁴³ Fr. “*La voie du sort*”; bkz. A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 202.

Savaş haklı bile olsa, askerî olarak gereğinden fazla ağır ve zarar verici yürütülmemelidir (*Cap. XXIV.*)²⁴⁴.

Kendi hakkı için savaşmak meşrû olduğu gibi başkasının hakları için de savaşılabılır. Bu sav, yirmi beşinci bölümde geliştirilir²⁴⁵. Devlet uyruklarının hakları için savaşabilir (§§ 1–3). Müttefiki haklı bir savaşa girmişse ve kazanması için yardım gerekiyorsa, ona yardım etmek için savaşa girilebilir (§ 4). Zulümden ve baskıdan yabancı bir halkı kurtarmak için savaşa başvurmak meşrûdur, çünkü onların kendi egemenlerine karşı koyacak güçleri yoktur. Doğal hukuk, bütün insanlara haksızlıklara karşı koyma hakkı vermektedir (§ 6). Ancak hırs, çoğu zaman böyle gerekçelerin arkasına saklanır (§ 8). Grotius şunu da ekler: İnsanların, savaşın amacına bakmaksızın, sırf ücret için savaşması bir alçaklıktır (§§ 9–10). Bu düşünceyi ifade ettikten sonra Grotius, yirmi altıncı bölümde, uyrukların üstleri için silâh kullanmasının uygun ve doğru olduğu hâlleri inceler²⁴⁶.

Uyruk, savaşın haksız olduğunu düşünmesi hâlinde silâh kullanmamalıdır; hatta savaşın haklılığına dair şüphesi bulunması durumunda dahi böyle yapmalıdır (§§ 3–4). İyi bir egemen; böyle davranan uyruğunu savaşmaya zorlamak yerine, ona kendisine faydalı olacak başka işler yaptırabilir; hatta haklı bir savaşta dahi, bir hıristiyanı şayet istemiyorsa savaşmaya zorlamak iyi bir egemen için doğru değildir (§ 5)²⁴⁷.

De jure belli ac pacis'in son kısmı olan üçüncü kitap, savaşın sona ermesinin ve barış antlaşması yapılmasının ele alındığı yerdir²⁴⁸.

Grotius, ilkin prensip olarak, haklı bir savaşta hakkın korunması için gerekli her şeyin yapılabileceğini belirtmektedir (*Cap. I. § 1*). Bu amaca ulaşmak için zorunlu olan yollar kullanılabilir (§ 2). Bu esnada masumlar da zarar görecektir (§ 4). Ancak savaşın gereği olan askerî eylemler doğrudan

²⁴⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 484.

²⁴⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 492.

²⁴⁶ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 500.

²⁴⁷ Ancak Basdevant'a göre, her iki çözüm önerisi de oldukça tartışmalı önerilerdir: “İlkinde kişi gene de haksız bir savaş yürüten egemenine yardım etmektedir; ikincisinde ise, haklı bir savaş vermek zorunda olduğunu düşünen bir devlet, ülkenin toplumca ortaklaşa savunulması yükümlülüğünü ve ulusal dayanışmayı kişilerin manevî arzularına ve tinsel fantazilerine terk edemez”; A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 204.

²⁴⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 553 vd; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 713 vd.

düşman kuvvetlerine yöneltilmelidir (§ 5). Tarafsız kalanlara, düşmana yararlı olmadıkları sürece ilişilmemelidir (§ 5)²⁴⁹.

Bu tespitlerden sonra, savaşta başvurulabilecek hileler üzerinde durulmaktadır (§ 8). Yalan, her durumda gayrimeşrudur (§§ 11–13). Düşmana verilen sözlerde de yalan söylenmemelidir (§§ 18–19). Yalan söylenebilecek tek durum, bir masumun canını kurtarmak içindir (§ 16). Savaşta, bir kimseyi gayrimeşrû bir eyleme zorlamamak gerekir. Örneğin birisine kendi prensini öldürtmemek gerekir (§§ 21–22).

Savaşın kavimler hukukuna göre yürütülmesine ilişkin olarak, üç soru cevaplandırılmalıdır:

- a. Kimlere karşı düşmanca eylemler yöneltilir?
- b. Haklı bir savaş meşrû olarak nasıl yürütülmelidir?
- c. Hangi davranışlar savaşta meşrûdur?

Birinci sorunun cevabı olarak şu söylenir ki, savaş ilânında belirtilen düşman devletin uyrukları, savaşta düşmanca eylemlerin hedefi olabilir (Cap. II §§ 2–6).

İkinci sorunun cevabı olarak Grotius, kitabını yazdığı zamanki Avrupa'da mevcut kavimler hukukuna göre gerçekçi bir biçimde şunları belirtir:

a. Düşman da olsa, savaşılan devlet, devlet olma niteliğini yitirmez. Onun kanunlarını yürürlükten kaldırmamak, mahkemelerini dağıtmamak gerekir. Yabancılara karşı olan yükümlülükleri yerine getirtilmelidir²⁵⁰.

b. Savaş, ilân edilmelidir²⁵¹.

c. Kavimler hukukuna göre, düşman ülkesindeki hayvanlar öldürülebilir²⁵².

d. Kavimler hukukuna göre, düşman ülkesinde bulunan herkes öldürülebilir. Grotius'a göre mevcut kavimler hukuku buna cevaz vermektedir: Sadece düşman devletin uyrukları değil, düşman ülkesinde bulunan yabancılar da öldürülebilir. Düşman ülkesindeki kadınlar ve çocuklar dahi öldürülebilir. Mahkûmlar, esirler, rehinelere öldürülebilir²⁵³.

²⁴⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, ss. 553–557.

²⁵⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. III, § 2.

²⁵¹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. III, §§ 6–11.

²⁵² Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. IV, §§ 3–4.

²⁵³ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. IV, §§ 6–14.

- e. Hırsızlık yapılmamalıdır²⁵⁴.
- f. Zehirlenme yapılmamalıdır²⁵⁵. Zehir silâhları kullanılmamalıdır²⁵⁶.
- g. Düşmana suikast yapılabilir²⁵⁷.
- h. Düşmana sabotaj yapılabilir. Düşmanın malları tahrip edilebilir²⁵⁸.
- i. Düşman farklı bir dindense, kutsal yerler de tahrip edilebilir²⁵⁹.
- j. Haklı bir savaşta, savaş sırasında düşmandan ele geçirilenlerin mülkiyeti kazanılır²⁶⁰.
- k. Kavimler hukukuna göre esirler, savaş kazananın kölesidir. Onların soyundan gelenler de galibin malıdır²⁶¹. Köle yapılmaları öldürülmelerinden iyidir onlar için²⁶². Fidyeye ödeninceye kadar, esirler köle olarak kullanılır²⁶³.
- l. Savaş kazanan, düşman halk üzerinde, ister monarşiyle isterse cumhuriyetle yönetiliyor olsun, egemenlik kurabilir²⁶⁴.

Grotius, Avrupa’da kendi zamanına kadar olan kavimler hukukunun savaş kurallarını oldukları hâliyle yansıttıktan sonra, savaşta aşırı derecede şiddet kullanılmaması gereğini işlediği ve ölçülük üzerine yazdığı on birinci bölümünden on altıncı bölüme kadar olan kısmı ortaya koyar. Bu bölümler, yapının insancılık bakımından en ileri sayfalarını oluştururlar²⁶⁵. Bu bölümlerde kendi kişisel düşünceleri öne çıkar ve yapının en özgün fikirlerini barındırır. Yukarıda, savaşın yürütülmesine ilişkin yürürlükteki kural ve uygulamalardan tespit ettiklerini insancıllaştırmaya uğraşır. Nitekim şunu söyleme gereği duyar: Bu yapıtta amaç, politika ya da ahlâk hakkında öğüt vermek değildir; fakat mevcut kavimler hukukunda devletlerin uygulamaları

²⁵⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. IV, § 19.

²⁵⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. IV, § 15.

²⁵⁶ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. IV, § 16.

²⁵⁷ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. IV, § 18.

²⁵⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. V, § 1.

²⁵⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. V, § 2.

²⁶⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. VI, §§ 1–27.

²⁶¹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. VII, §§ 1–2.

²⁶² Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. VII, § 5.

²⁶³ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. VII, § 9.

²⁶⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. VIII, § 1.

²⁶⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, ss. 663–711.

gerçekten şiddetli olsa da, kendisinin doğal hukuka uygun olan kavimler hukuku yasalarını ortaya çıkarmakta olduğunu belirtir. Aslında savaş hukuku hakkındaki doğal ve insancıl yasalar işte bu söyleyecekleridir; devletler arasında birbirlerine, halklara, insana ve doğaya karşı uygulana gelen ölçüsüz, kör ve hiddetli şiddet değil²⁶⁶. Tanrı'nın yasalarına göre de, insanlığın vicdanına göre de, iyi birer Hıristiyan olan egemenler savaşta, esasında bu söyleyeceklerine uygun biçimde davranmalıdırlar²⁶⁷.

Grotius, kavimler hukukunun savaş kurallarının izin verdiği davranışlarda ölçülü olunması gerektiğini öne sürmektedir. On birinci bölümde, haklı bir savaşta düşmanların öldürülmesi hakkında bu önerisini işlemektedir²⁶⁸. Düşmanı, kendi canını ve malını korumak için öldürmekle, cezalandırmak için öldürmek arasında bir ayrıma gitmektedir²⁶⁹. Birincisi, kendini korumak için başka imkân yoksa ve ikincisi, âdil bir yargılama yapıldıktan ve suç sabit olduktan sonra uygulanmalıdır²⁷⁰. Bundan sonra, suçun niteliği ve unsurları hakkında, başta suçun maddî ve manevî unsuru olmak üzere açıklamalara girişmektedir (§ 4–5). Özellikle düşmanın savaşmaktan niyeti ve kastı üzerinde durur (§ 6). Her zaman olduğu gibi burada da işleyeceği malzemeyi özellikle Yunan ve Roma tarihinden ve düşünürlerinden seçer. Savlarını geliştirdikten sonra neticede, düşmanın kişisel olarak doğrudan işlediği somut suça göre cezalandırılmasını savunur (§§ 7–8). Çocukların ve kadınların öldürülmesi için ise, çocukların yaşlarından, kadınların da cinsiyetlerinden ötürü affedilmeleri gerektiğini belirtir (§ 9). Hiddetle hareket edilmemelidir. Bir kadın ölüm cezasına uğratılacaksa, somut suçunun belirlenmiş olması gerektiğini söyler. Bunun dışında çocuk ve kadın öldürmenin ne Tanrı'nın yasalarına, ne de insanlığın vicdanına uymadığını öne sürer (§ 9). Erkeklerin öldürülmesi için de uygulamayı yumuşatma peşindedir. Savaşamayacak durumdaki yaşlılara ilişmemek doğrudur. Savaşabilecek durumdaki erkekler içinse, ellerine silâh almış olanlarla, almamış olanları ayırır. Düşman devletin savaşla işi olmamış halkına ilişmemek gerekir (§§ 10–11). Kendi geçimlerinin derdindeki tacirler, işçiler, zanaatkârlar öldürülmemelidir. Onların işi gücü barışçıdır, savaşla ilgili değil (§ 12). Düşman savaşçıları

²⁶⁶ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Liv. III, Chap. XII, s. 892.

²⁶⁷ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 893.

²⁶⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 663; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 857.

²⁶⁹ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Liv. III, Chap. XI, § 2.

²⁷⁰ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Liv. III, Chap. XI, § 3.

içinse, önce esirlerin durumuna eğilir. Esirler öldürülmemelidir (§§ 13–15). Vatanını savunmak için savaşmış olan düşmanlara hem Tanrı'nın, hem de doğal hukukun yasaları uyarınca ölüm cezası verilmemelidir. Onların yapmış olduğu haklı bir savaştır, bir suç değil (§ 16). Esirler arasında suç işlemiş olanlar yargılanmalı ve ancak suçları ölüm cezasını gerektiriyorsa bu ceza uygulanmalıdır, aksi âdil değildir (§ 17). Hayat, Tanrı'nın bağışdır, doğanın hediyesidir; insanlar ya da otorite, doğal hukuka göre başkalarının hayatı üzerinde tasarruf sahibi değildir. Bu nedenle masum rehinelere ilişilmemelidir. Modern zamanın yargıçları ise Tanrı'nın ve doğal hukukun bu en temel yasasını unutmuş gözükmektedirler. Onlara göre, insanların hayatı üzerinde egemenlerin tasarruf yetkisi vardır: Yapılan bir sözleşme ile bir devletten ötekine rehin verilmiş bir kişinin devletler arasında savaş çıkması durumunda öldürülmesi mümkündür. Grotius'a göre ise sırf yapılan bir sözleşme neticesinde rehin durumuna düşmüş suçsuz bir insan öldürülemez (§ 18). Son olarak Grotius bu bölümü, gereksiz her türlü silâhli çatışmaya karşı olduğunu bildirerek bitirir (§ 19).

On ikinci bölümde, savaştaki yıkımı ele alır²⁷¹. Savaşta düşman mallarını tahrip etmek, bir zorunluluğun gereği olmalıdır. Düşmanın silâhlarını tahrip etmek böyledir (§ 1). Bunun dışında kötülük aracı olamayacak evlerin, köylerin yakılıp yıkılması uygun değildir. Ağaçların, meyveliklerin, ormanların yakılmaması gerekir (§ 2). Düşmanın ülkesinde öfkeyle ve kinle hareket edilmemelidir. Ağaçlardan, topraktan, hayvanlardan intikam alınmamalıdır. Gereksiz yıkımdan kaçınılmalıdır (§ 2). Kaldı ki İskender'in askerlerine öğütlediği gibi, zaferden sonra sahip olunacak bu şeylere zarar verilmemelidir (§ 3). Uygulanacak yıkım ancak savaşın zorunlu kıldığı kadar olmalıdır, bunun haricinde ölçülü davranmak gerekir (§ 4–5). Kentler kendiliklerinden birer savaş aracı değildir. Mümkün olduğunca korunmaları doğrudur. Kutsal yerler de böyledir (§ 6–7).

On üçüncü bölüm, düşmandan ele geçirilenlerin korunması hakkında ölçülü olmakla ilgilidir²⁷². Mevcut kavimler hukuku bu konuda da hiçbir sınır tanımazken, adalete uygun olan, ancak savaştaki çatışmada galip gelmek için mecbur olduğu kadarının ele geçirilmesi ve sahiplenilmesidir²⁷³.

²⁷¹ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Liv. III, Chap. XII, s. 882.

²⁷² Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 894.

²⁷³ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, ss. 894–898.

Sonraki on dördüncü bölümde, savaş esirlerinin köle yapılması meselesini ele alır²⁷⁴. Onların köle yapılması elbette âdil değildir. Savaş esirlerine insanca davranılmalıdır. Sonuçta özgürlükleri devletler arasında âdil bir biçimde iade edilmelidir²⁷⁵. Bunun gibi, savaşın galibinin, mağlûp ettiği ülkenin özgürlüğünü gasp etmesi de âdil değildir²⁷⁶. On beşinci bölüm bu konuda ölçülülük hakkındadır²⁷⁷. Galip devlet, mağlûp ettiği devletin ülkesinin siyasal olarak egemeni durumuna gelebilir. Kavimler hukuku buna cevaz verse de halka, gündelik hayatında özgürlük tanımak doğru olandır. Halkı dininde özgür bırakmak da gerekir (§ 11). Grotius, savaş hukukunda ölçülüğe ilişkin bölümlerinin sonuncusu olan on altıncı bölümde, haksız bir savaşta düşmandan ele geçirilenlerin meşrû olarak elde tutulup sahiplenilemeyeceğini belirtmektedir²⁷⁸.

Yukarıdaki bölümlerden sonra tarafsızların durumu ele alınmaktadır²⁷⁹. Grotius'a göre, savaş gereği olağanüstü bir durumda kavimler hukuku, savaşanlara, tarafsızların mallarına el koyma olanağı tanımaktadır (§ 1). Bunun gibi, birlikler tarafsız bir devletin ülkesinden geçebilirler; fakat yıkım ve yağma yapmamalıdır (§ 2). Tarafsız bir halk, haksız bir savaş yürüten tarafa hiçbir biçimde yardım etmemelidir. Şayet tarafların hangisinin haklı olduğundan şüphe duyuyorsa, savaşan her iki tarafa da eşit uzaklıkta kalmalıdır (§ 3).

On yedinci bölümde, savaşta uyrukların yükümlülüklerine değinilir (§§ 1–6). Grotius savaşta insanlara yüklenecek yükümlülüklerin, kavimler hukukuna göre değil, her devletin kamu hukukuna göre belirlenmesi gerektiğini yazmaktadır²⁸⁰.

Savaşta şiddetten başka, düşmanlar arasında çeşitli mutabakatlara, irade uyuşmalarına varılabilir, karşılıklı sözler verilerek savaş içinde ilişkiler kurulabilir. Bu tip ilişkiler on dokuzuncu bölümün konusudur²⁸¹. Taraflar düşman

²⁷⁴ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 898.

²⁷⁵ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Liv. III, Chap. XIV, §§ 1–7.

²⁷⁶ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Liv. III, Chap. XV, §§ 1–12.

²⁷⁷ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 909.

²⁷⁸ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Liv. III, Chap. XVI, §§ 1–6, ss. 918–922; Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, ss. 707–711.

²⁷⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. XVII, §§ 1–3, ss. 711–715; ayrıca bkz. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, ss. 316–319.

²⁸⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, ss. 715–719.

²⁸¹ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tome 2, s. 932.

da olsalar, doğal olarak insanlık toplumunun mensubudurlar ve bundan ötürü verilen sözler karşı taraf bir korsan ya da tiran dahi olsa tutulmalıdır (§§ 1–2). Kendisine karşı ayaklanan halkla savaşan bir kral da savaş sırasında bir söz verirse buna sadık kalmalıdır (§ 6). Verilen sözlerin geçersiz hâle gelmeleri de devam eden paragraflar da ele alınmaktadır (§§ 13–19).

Yirminci bölümde barış antlaşmaları incelenmektedir²⁸². Grotius, barış antlaşmalarını savaşı sona erdiren hukukî işlem olarak savaş hukuku konusu içerisinde işlemiştir.

Egemen devletler arasında savaşı sona erdirmek üzere yapılan antlaşmalar kamusal antlaşmalar olarak tanımlanmaktadır²⁸³. Daha sonra bu antlaşmanın tarafı olan devletlerin siyasal rejimi (monarşi, cumhuriyet, vs.), hükûmet şekli (aristokratik hükûmet, demokratik hükûmet, vs.) ve bu antlaşmayı devlet adına yapan kişinin ve organın niteliği (kral, meclis, vs.) üzerinde durulmaktadır. Bu paragraflar, yetki meselesinin tartışıldığı paragraflar olarak değerlendirilmeye uygundur (§§ 2–4). Sonraki paragraflarda, antlaşmada hak sahibi olunabilecek ve yükümlülük altına girilebilecek hususlar ele alınmaktadır. Burada tartışılan, bir yükümlülüğe konu edilebilecek olan şeylerdir. Egemenlik yetkisini kullanarak antlaşma yapan organ (hükümdar, devlet başkanı, hükûmet vs.), ancak ülkenin hukukuna göre egemenlik sahibi olduğu şeyler üzerindeki yetkisi kadar, antlaşmada bu şeyleri yükümlülük konusu yapabilir. Buradan çıkartılan neticeye göre, ülkenin toprağından bir parça, antlaşmada devrediliyorsa, bu parça üzerinde yaşayan halkın rızasının da aranması gerekmektedir (§ 5).

Bu bölümde önemli bir diğer husus, antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin paragraflardır (§§ 11–26). Bunlarda bazı yorum esasları ele alındıktan sonra, antlaşmaların geçersizliği ya da sona ermesine ilişkin genel esaslar incelenmektedir (§§ 27–41). Taraflardan birinin antlaşmanın getirdiği esaslı bir yükümlülüğü ihlâl etmesi, antlaşmayı diğer taraf için uygulanması zorunlu bir antlaşma olmaktan çıkarmaktadır. Savaşı sona erdirmek için hakeme

²⁸² Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. III, Cap. XX: *De fide publica qua bellum finitur, ubi de pacis pactione, de forte, de certamine conducto, de arbitrio, deditio, oblidibus pignoribus*, s. 729; Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Liv. III, Chap. XX: *Des conventions publiques, par lesquelles on met fin à la guerre: Entr'autres, des traites de paix; de la décision du sort; des combats arretez de part & d'autre, des arbitrages; de la manière d'agir avec ceux qui se sont rendus; des otages, & des gages donnez*, s. 942.

²⁸³ Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, s. 943.

de başvurulabilir. Hakem, meseleyi karara bağlarken, hakkaniyete göre değil, fakat önce hukuka (adalete) göre kararını vermelidir (§ 47).

Savaşı sona erdirmeyen fakat savaş sırasında yapılan ateşkes antlaşmaları, yirmi birinci bölümün konusudur²⁸⁴. Ateşkes, savaşa ara verdirir. Ateşkes sırasında çatışmalar durur. Esir değişimi yapılır. Birlikler geri çekilir ya da yeniden düzenlenir (§§ 1–30).

Yerel ya da idarî ve askerî otoritelerin savaşı kısmî olarak sona erdiren işlemleri de yirmi ikinci bölümde işlenir²⁸⁵. Bu antlaşmaların değeri, onları yapan otoritenin yetkisi bakımından belirlenir. Şayet egemen, bu antlaşmaları onaylarsa, onlarla bağlanır (§ 3). Özel kişilerin yaptığı antlaşmalar²⁸⁶ (*Cap. XXIII*), savaşta askerî yetkililerin anlık eylemlerinden (beyaz bayrak vs. gibi) doğan işlemler²⁸⁷ (*Cap. XXIV*) ve barışın savaşa nazaran değeri²⁸⁸ (*Cap. XXV*) *De jure belli ac pacis*'in üçüncü kitabının son üç bölümünde ele alınmaktadır. Bu biçimde Grotius, savaş ve barış hukuku hakkındaki yapıtını bitirir.

D- Hugo Grotius'un Uluslararası Hukuk Kuramının Felsefi, Metodolojik ve Hukukî Boyutlarına İlişkin Değerlendirme

Grotius, insanın toplum içerisinde yaşadığını söyleyerek, farklı halkların, aralarında sürekli bir ticaret sürdürmeleri gerektiğini tespit etmektedir. Halklar arasındaki ilişkinin ve sosyal bağlar kurulabilmesinin (*appetitus societatis*) kökeninde ihtiyaç ve bu ihtiyaçları gidermek için de ticaret bulunmaktadır. Grotius da, Vitoria gibi, insanlar arası iletişim ve buna dâhil ticaret hakkının doğal bir hak olduğunu öne sürmektedir²⁸⁹. Grotius, “*De*

²⁸⁴ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 757.

²⁸⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 769.

²⁸⁶ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 775.

²⁸⁷ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 781.

²⁸⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, s. 783.

²⁸⁹ Bkz. Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 1–2, Y. 2010, s. 54; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 61; Antonio Truyol y Serra, “Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens”, RCADI, cilt 182, 1983-IV, s. 444, Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Puf, Paris, 2005, ss. 43–44; Association internationale Vitoria-Suarez avec le concours de la dotation Carnegie pour la paix internationale, *Vitoria et Suarez, Contribution des théologiens espagnols au droit international moderne*, Pedone, Paris, 1939, s. 32.

jure belli ac pacis” adlı eserinde, Vitoria’nın *totus orbis*’inin evrensel niteliğine benzer biçimde, “insan türünün müşterek toplumu”nu betimlemektedir²⁹⁰: “*Communis societas generis humani*”.

Grotius’a göre, devletler de, insanlar gibi, toplum hâlinde yaşamaya karşı doğal bir eğilim içindedirler (toplumsallaşma itkisi) ve dolayısıyla evrensel bir topluluk oluştururlar. Bu olgu, uluslararası topluluğun²⁹¹ gerekliliklerini ve ihtiyaçlarının teminini düzenleyen ve bunlara cevap veren hukukun mevcudiyetinin temelindeki nedendir²⁹². Bu hukuk, esas olarak “*inter civitates*”tir. Bu demektir ki, kendilerinden üstün hiçbir otoritenin mevcut olmadığı bağımsız ve eşit varlıklar arasındaki bir hukuktur. Grotius’ta devletlerin bağımsızlıkları ile evrensel topluluğun varlığı beraber yer almaktadırlar. Bu topluluğun varlığı da, karşılıklı bağlar ve bu bağların hukuka etkisi ile netice doğurmaktadır²⁹³.

Halklar arası sosyal ilişkiler ve ticaret, ancak hukuka saygı gösterilip ona uyulmasıyla yaşayabilir²⁹⁴. Hukuk, ulusal ya da uluslararası, bütün sos-

²⁹⁰ Antonio Truyol y Serra, “Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens”, s. 444.

²⁹¹ Topluluk kavramının iki farklı boyutu vardır. Bir taraftan, mensuplarının beraber yaşadığı, müşterek mallara sahip olduğu, ortak menfaatlerinin ve amaçlarının bulunduğu belirli bir sosyal grubu işaret eder. Öte taraftan daha geniş bir kavramsal boyutu vardır. Topluluk olmak benzer ya da bir olanın niteliğidir. Topluluk kavramı, çıkar topluluğu örneğinde olduğu gibi belirli bir sosyal grubun mensupları arasındaki ilişkinin egemen ve belirgin olan unsuruna işaret edecek şekilde de ya da yardım topluluğu örneğinde olduğu gibi belirli bir sosyal grubun mensupları arasındaki müşterek sosyal amacı işaret edecek şekilde de ya da müzik topluluğu örneğinde olduğu gibi kişiler arasındaki işbirliğini işaret edecek şekilde de kullanılabilir; Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, s. 42. Uluslararası hukuk dilinde, kavramın kullanımının, yukarıda tespit ettiğimiz her iki anlamı da kapsadığını belirlemektediriz: A - Uluslararası topluluk (*communauté internationale – international community*) kavramı, birbirleri arasında karşılıklı haklar ve ödevler olduğunu bilen ve ilişki içinde olan devletler arasındaki moral ve hukukî bir bağı belirtmek için kullanılmaktadır; ve B – Kavram, (A)’da tanımlanan topluluk fikri (duygusu) ile birbirlerine yakınlaşan ve neticede, uluslararası hukuk tarafından düzenlenen bir sosyal birlik (*collectivité - collectivity*) oluşturan “Evrensel Devletler Kümesi”ni ifade etmek için de kullanılır; Dictionnaire de la terminologie du droit international, Union académique internationale, Paris, Sirey, 1960, ss. 131–132, “*communauté internationale*” maddesi; Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2001, ss. 205–206, “*communauté internationale*” maddesi.

²⁹² Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, s. 55; Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États”, s. 46.

²⁹³ Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, s. 55.

²⁹⁴ Grotius Hugo, *De jure belli ac pacis*, Proleg., §§ 6–7. Grotius’a göre krallar, yalnızca kendilerine ya da tebaalarına karşı yapılan hukuka aykırı tecavüzleri cezalandırma yetkisine sahip değillerdir; krallar buna ilâveten, doğal hukukun ya da *jus gentium*’dan kaynak-

yal topluluklarda bir gereksinimdir. Hukukun kökeninin ve değerinin ne olduğunun belirlenmesi Grotius'un kuramında önemli bir temel noktadır. *De jure prædæ*'de ve *De jure belli ac pacis*'te hukukun kökeni ve değeri hakkında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu bakımdan Grotius'un görüşleri gençlik ve olgunluk çağı yapıtları izlendiğinde kendi içinde olgunlaşmaktadır. *De jure prædæ*'de hukukun kökeni iradedir. Hukuku yaratan başlıca irade, Tanrı'nın iradesidir her şeyden önce. Tanrı, gerek elçileri, gerekse doğa aracılığıyla emredici buyruklarını içeren kurallarını insanlara tebliğ eder²⁹⁵. İnsan iradesi de hukuk yaratan iradedir. İnsan, bireysel ya da toplu işlemlerle (muamelelerle) kendisini bağlayıcı bir biçimde hukuku yaratan iradesini ortaya koyar²⁹⁶. İnsan akıllı, hür ve *sui juris* bir varlık olduğu için kendi iradesiyle bağlıdır²⁹⁷. *De jure prædæ*'de hukukun değeri kendisini yaratan iradeden ileri gelmektedir. Doğada açılımını bulan kutsal iradeden kaynaklanan kurallarda ya da insanların iradeleri ile yaratılan normlarda hukuk, değerini kendisini yaratan iradeden alır. Olgunluk çağının yapıtı olan *De jure belli ac pacis*'te ise hukukun değeri kendisini yaratan otoritenin iradesinden bağımsız olarak kendindedir²⁹⁸. Hukukun değeri kendisini buyuran bir otoritenin iradesinin varlığından dolayı değil, kendi başına hukuk, hukuk olduğu içindir. Öyleyse, görüşlerindeki değişiklik hukukun kökeni bakımından değil, hukukun değerinin nedeni bakımındandır.

Doğal hukukun kuralları, “insanın toplum hâlinde yaşamasına elverişli doğası”na uygun kuralların, akılla belirlenmesinden doğar²⁹⁹. Doğal hukuk kuralları, kanun koyucunun iradesinden doğan pozitif hukuk kurallarından farklı olarak, bağlayıcı gücünü ve hukuk olarak değerini insanın toplumsallaşmaya uygun doğasında bulur. İnsanın bu doğası o kadar açıktır ki, bunun temeli için kutsal bir düzenin varlığının yerleştirilmesine gerek yoktur. İlâhî bir düzen olsun ya da olmasın veya Tanrı insanların meseleleriyle ilgilensin

İnanan yükümlülüklerin ihlallerini de cezalandırmak hakkına sahiptirler; Georg Nolte, De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité Internationale des États et La Prééminence de la Conception Bilatérale des Relations Inter-Étatiques, Colloque international de Florence, 7 et 8 Décembre 2001, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des États, Paris, Pedone, 2003, s. 7.

²⁹⁵ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 8.

²⁹⁶ Hugo Grotius, *De jure prædæ*, s. 12, 18, 26.

²⁹⁷ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 231.

²⁹⁸ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 232.

²⁹⁹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. I, Cap. I, § 10.

ya da ilgilenmesin, insanın doğası, gene insanın aklını kullanarak tespit ettiği doğal hukuk kurallarının bağlayıcılığı ve değeri için yeterli bir nedendir³⁰⁰. Doğal hukukun yaratıcısı doğrudan doğruya emredici buyruklarını insanlara doğal hukuk biçiminde dayatan Tanrı değildir. Tanrı, ancak doğayı yarattığı şekilde yaratarak, doğal hukukun da yaratıcısı olmuştur; fakat Tanrı ile doğal hukuk arasındaki ilişki bu biçimde kurulduğunda bu dolaylı bir ilişkidir. İnsan aklının aracılığıyla genel olarak doğayı ve özel olarak kendinden yola çıkarak insan doğasını ve insan toplumlarının doğasını kavrayarak doğal hukukun kurallarının buyruklarının neler olması gerektiğini belirlemek zorundadır. Tanrı'nın iradesi de, doğanın ve doğadan çıkarsanan doğal hukukun gereklerine ve buyruklarına aykırı olamaz, çünkü ilk olarak doğayı zaten bu biçimde yaratan Tanrı'nın kendisidir ve Tanrı kendi kendisiyle çelişmez³⁰¹. Doğal hukuku bu biçimde temellendirmek onun ortaçağcı tanrıbilim ve metafizik ile ilişkisini nihayet koparmaya hizmet ederek, aklî bir hukuk kuramı hâline gelmesine yol açar. Doğal hukuk böylelikle teolojik ve metafizik bir araştırmanın konusu olmaktan çıkarak, insan doğasının araştırılmasına dayalı akla dayalı bir bilimin çalışma konusu hâline gelmektedir³⁰². Bu bakımdan Hugo Grotius, Batı düşünce ve hukuk tarihinde “Akla Dayalı Doğal Hukuk Okulu”nun kurucusu olarak kabul edilmeyi hak eder³⁰³. Truyol y Serra'ya³⁰⁴ göreyse Grotius, skolâstik öğretisi ile XVI'ncı ve XVII'nci yüzyıl-

³⁰⁰ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Proleg., § 11; A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, ss. 232–233.

³⁰¹ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Lib. I., Cap. I., § 10.

³⁰² Renaut Marie-Hélène, *Histoire du droit international public*, s. 71.

³⁰³ Doğal Hukuk anlayışı Antik Yunan felsefesinde de işlenmiştir. Grotius'un doğal hukukun temeline insan aklını yerleştirerek hukuk düşüncesi tarihinde yeni bir evre başlattığını kabul etmeyenler de vardır; örneğin bkz. “L'abbé” V. Hély, *Étude Sur Le Droit De La Guerre De Grotius*, Imprimerie Jules Le Clere, Paris, 1875, ss. 207–218. Grotius'un akılcı doğal hukuk görüşü için ayrıca bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, ss. 189–194; Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, Say Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 432–434; Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1990, ss. 210–212. Grotius'un yarattığı temel değişikliği ile birlikte, belki şöyle de düşünülebilir: Kavimler hukukunda ya da genel olarak hukukta teolojik doğal hukuk metafiziği yerine rasyonel bir doğal hukukçu metafizik geçirilmiştir; ama şüphesiz bu düşüncede de mitik bir boyut muhakkak vardır. Meşruiyeti her aşkınlıktır arayıp, miti ve metafiziği ister istemez gerektirmektedir. Bu bakımdan Spinoza düşüncesi önemli oranda farklıdır.

³⁰⁴ Uluslararası hukuk tarihçisi, filozofu ve profesörü; ülkesinde Anayasa Mahkemesinde yargıçlık da yapmış olan İspanyol yazar Antonio Truyol y Serra (1913–2003) başta vatani İspanya olmak üzere Avrupa'da öncü bir uluslararası hukuk teorisyeni olarak ün yapmıştır. Fransızca olarak yazdığı ve 1994'te tamamladığı *Histoire du droit international public* (Uluslararası hukukun tarihi) adlı kitabı, uluslararası hukukun tarihi yazınında temel eserlerdendir.

lardaki klâsik akılcı doğal hukuk öğretisi arasındaki geçişi simgeleyen köprü hukuk düşünerüdür³⁰⁵.

Grotius'un öğretisinde, insanın sosyal doğası değişmez kabul edilmektedir. Grotius tarafından bu kabulden yola çıkılarak, doğal hukukun da değişmez olduğu sonucuna varılmaktadır³⁰⁶. Grotius, insanın ve şeylerin doğasını araştırırken onların fiziksel niteliklerini esas alır; gene de, Spinoza'nın düşünceleri ile karşılaştırıldığında burada açık bir aşkınlaştırma vardır³⁰⁷. Grotius, değişmez kurallardan oluşan bir doğal hukuk görüşüne ulaşırken, fiziksel özellikleri değişmez fiziksel gerçekler olarak esas almakta ve görüşlerini bu değişmeyecek gerçekler üzerinde temellendirmektedir. Temelde bu gerçekler yer aldığı için ulaşılan doğal hukuk kuralları da değişmez nitelikte olmaktadır. Örneğin insanların fiziksel olarak kendilerini savunmak için elleri vardır ve fiziksel gerçek, insanın kendisini savunabilme yeteneğini doğasının bir gerçeği kıldığı için de doğal hukukun bir kuralı olan kendini savunmak için savaşıma hakkı da değişmez nitelikte bir kuraldır. Böylesi temel gerçeklerden ve değişmeyecek temel kurallardan yola çıkarak doğal hukuk görüşü çerçevesinde Grotius, halklar ve devletler arasındaki ilişkileri yöneten hukuk kurallarını kapsayan hukuk kuramını kurgulamaktadır. Uluslararası hukuk anlayışı bu kurguya dayalıdır ve kökenlerinde belirttiğimiz rasyonalist doğal hukukçu temel yaklaşımlar bulunur³⁰⁸. Bu yaklaşımın yönetsel karakteri, insanî ve toplumsal doğal gerçeklerin akılla gözlemlenip belirlenmesi ve gene akılla ve edinilen tecrübeler ışığında bu gerçeklerin gerektirdiği doğal hukuk kurallarının belirlenip üretilmesidir.

İnsanî ve toplumsal doğal gerçeklerin değişmezliğini, toplumsal tarihî değişimi göz ardı ederek mutlak olarak almak kuramı yanlış anlamaya yol açar. Örneğin, mülkiyet doğal hukuktan kaynaklanan değişmez bir haktır ve toplumsal tarihin belirli bir döneminde yargısal otorite bulunmadığından herkes kendi hakkını kendi gücüyle sağlama yoluna gitmekteyken yargısal

³⁰⁵ Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 59; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 226; ayrıca bkz. Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 140–141.

³⁰⁶ Renaut Marie-Hélène, *Histoire du droit international public*, s. 75.

³⁰⁷ Spinoza'nın meşrulaştırıcı kaynak arayışına itibar etmemesi, özne sorununu aşarak buna gereksinim duymamasına bağlanır; meşru kaynak arayışının aşılması, aşkınlaştırmaya da lüzum bırakmaz; bkz. Cemal Bâli Akal, "Hukuka Karşı Haklar Spinoza'da Yerellik / Evrensellik Sorunu", *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Yıl:6, Sayı:21, Kasım, Aralık, Ocak 2002–03, s. 32. Bu görüşe göre, Grotius, insanın değişmez doğasını aşkınlaştırmakla eleştirilmelidir.

³⁰⁸ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 233.

otoritenin doğması ve mahkemelerin adalet dağıtmaya başlamasıyla kişiler için kendi hakkını kendi gücüyle bizzat sağlama yetkisi sona ermiştir³⁰⁹. Öyleyse doğal hukuk kuralları içerisinde de belirli bir evrim ve değişim kabul edilmelidir; fakat Grotius kuramını bu doğrultuya götürmeksizin, “esas kurallar”ın değişmezliği tezinde ısrar eder ve ancak bunlardan doğan hakların verdiği yetkilerin toplumun tarihsel ilerleyişi içerisinde değişikliğe uğradığını belirtmekle yetinir³¹⁰.

Doğal hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki bağı ortaya koymak Grotius’un öğretisini kavrayabilmek için temel önemdedir. Vasquez de Menchaca’nın çalışmalarından yararlanan Grotius, iki tip doğal hukuk tasarlamaktadır³¹¹. Birincisi Ulpianci bir doğal hukuktur; bütün hayvanlar âlemi için geçerli olan bu doğal hukuk Tanrı’nın hayvanî doğayı yaratmasından neşet eder. Birincinin yanısıra varolan ikinci doğal hukuk Tanrı’nın insanî ve toplumsal doğayı yaratmasından ileri gelen akıllı yaratıklar için olan doğal hukuktur. Bu doğal hukuka Gaiusçu kavimler hukuku denilebilir³¹².

³⁰⁹ Grotius’ta, *status naturae* ile *status legis Christiane* karşıtlığının değerlendirilmesi için bkz. Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, çev. Erşen Murat, Onur Petek, Say Yayınları, İstanbul, 2011, s. 217.

³¹⁰ A. Pilet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 234.

³¹¹ Fernando Vasquez de Menchaca (1512–1569), ilksel/birincil tâbii kavimler hukuku (*jus gentium primaerum*) ile ikincil pozitif kavimler hukuku (*jus gentium secundarium*) arasında ayırım yapmaktadır; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, Dost Kitabevi, Ankara, 2005, s. 236. Vasquez de Menchaca’ya göre, pozitif kavimler hukuku, tarihsel olarak, farklı halkların medenî hukuklarından (*jus civile*) başlayarak insanlık tarafından üretilir. Uluslararası hukukun stüjeleri Vitoria’da olduğu gibi halklar değil, insanlardır Menchaca’da, ancak bu noktada kuramı bulanıktır, zira aynı zamanda, bu hukuku tamamen egemen devlet odaklı olarak kurgulamaktadır. Bu kuramda, uluslararası hukukun kaynağı evrensel ve değişmez/kendisinden sapılamaz ilkeler değil, insanların hukuk yaratmalarıdır. Bu hukuk değişebilir ve kendisine uyulmayabilir. Egemenler, uluslararası hukuku kabul edebilirler ya da etmeyebilirler. Bununla birlikte, uluslararası özel hukuk uyumsuzlukları, iç hukuka gönderme yapılarak çözülemez. Bu durumda başvurulması gereken iç hukuka üstün bir uluslar-üstü ya da ulus-ötesi hukuk olacaktır; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 236. Vasquez de Menchaca, evrenselciliğin karşısında ulusçu ve devletçi bir açıdan uluslararası hukuka yaklaşır. Bununla birlikte Vitoria’nın haklı savaş kuramına radikal biçimde katılmaktadır. Savaş bir zorbalıktır ve yerlilerin topraklarını işgal ederken ve onlara saldırılırken savaşı haklı çıkarmak için ileri sürülen savlar uydurma gerekçelerdir; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 100. Bu düşünür, en çok, gene Vitoria’nın kuramında başlangıç noktasını bulan, “denizlerin serbestliği” üzerine olan görüşleri ile tanınmıştır; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 53. Menchaca’ya göre, insanlık denizlerden ortaklaşa yararlanmalı ve denizler üstünde bazı ülkeler adına ayrıcalıklar ve tekeller yaratılmamalıdır; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 100.

³¹² Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 225.

Grotius'un uluslararası toplumu idare etmesi için varlığını araştırdığı kavimler hukuku bu kategori doğal hukuktan kaynaklanır.

Uluslararası hukuk, halkların (*gentes*) ortak iradesinden doğan ve bütün halkların müşterek rızasını yansıtan hukuk düzenidir³¹³: “*quod Gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit*”³¹⁴.

Uluslararası hukukun kaynaklandığı irade, üstün bir otoritenin iradesi değildir, çünkü devletlerarası ilişkilerde, onlara üstün bir otorite ve irade bulunmamaktadır. Uluslararası hukukun kaynağı, üstün bir otoritenin iradesi değil, fakat müşterek rızadır, yani irade uyuşmasıdır. Bu bakımdan doğal hukuktan kaynaklanan uluslararası hukuk ve iradeden kaynaklanan pozitif uluslararası hukuk aynı anda, fakat birbirlerinden ayrı ayrı mevcuttur.

İradeden kaynaklanan uluslararası hukukun kuralları uygulamayla belirlenen teamül hukuku kurallarından ve antlaşmalarla belirlenen normlardan oluşur. Grotius, uluslararası teamül hukuku kurallarını kendi zamanındaki uluslararası uygulamalarda değil, Antikçağdaki Yunanlıların ve Romalıların uygulamalarında araştırmaktadır. Bu yaklaşımının nedeni Grotius'a göre kendi zamanına nazaran Antikçağdaki uygulamaların daha mükemmel olmasıdır³¹⁵. Grotius'un yapıtında bu yaklaşım, onun uluslararası hukukla ilgili felsefî kaygılarının öne çıkmasından kaynaklanmaktadır. Hâlbuki pozitif uluslararası hukuk kurallarını nasıllarsa öyle oldukları hâllerleriyle devletlerin ve ulusların içinde bulunulan zamandaki uygulamalarında araştırmak hukuksal yöntem olarak “bilimsel” bakımdan gerçeğe uygun saptamaları yapabilmek için uygun olandır. Bu yaklaşımına rağmen içinde bulunduğu çağdaki Hıristiyan ulusların uygulamalarına da yer verdiğinde saptamalarının ardından bunları eleştirel bir değerlendirmeye de tâbi tutmaktadır³¹⁶.

Grotius'un yapıtı savaş ve barış hukuku başlığını taşısa da, savaş ve barış konuları eserde dengeli bir biçimde yer almamakta ve kitabın önemli bir kısmı sadece savaş hukukuna ayrılmaktadır. Gentilis'e göre Grotius'un savaş

³¹³ Grotius da, kavimler hukuku disiplininin erken kurucusu İspanyol teologlar gibi uluslararası topluluğun esas kişilerini belirtmek için halklara atf yapmaktadır; fakat bunun yanı sıra zaman zaman *civitas*'a ve *respublica*'ya yani devlete de uluslararası hukuk kişisi olarak atf yapmaktadır; benzer bir tespit için bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 60.

³¹⁴ Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 226.

³¹⁵ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Proleg., § 46.

³¹⁶ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 236.

hukukuna yaklaşımı, hukuk teorisi bakımından bir gerilemeyi kapsamında barındırmaktadır. Gentilis, özel savaşları hukuk dışı saymış ve savaşı sadece egemenlerin yapabileceği kamusal bir eylem olarak tanımlamıştı³¹⁷; fakat Grotius, özel savaşları kavimler hukukuna uygun saymıştır ve bu konunun işlenmesine geniş yer ayırmıştır. Grotius'un bu yaklaşımı sadece teorik görüşlerinden kaynaklanmamış olabilir. Hollândalı avukatın, Portekiz gemisine el konulmasına dair aldığı iş, bir şirketin eylemiydi ve özel savaş durumuna bariz bir örnek oluşturmaktaydı³¹⁸. Şirketin eyleminin hukuka uygun olduğunu savunmakla görevlendirilen Dr. Av. Grotius'un bunu yapabilmesi için öncelikle özel savaş hakkını tanıması gerekiyordu, aksi takdirde savunusu daha baştan mümkün olmayacaktı³¹⁹.

Grotius, haklı savaş konusunda Vitoria'yı yakından takip etmektedir; fakat biçimsel yapıyı daha belirgin oluşturmaktadır³²⁰. Savaşın haklı nedenlerinden başka Ayala gibi Grotius da, savaşın yürütülmesinde meşrû ve gay-rimeşrû davranışlar olduğunu belirtmekte ve bunları hukuken tanımlamaktadır. Grotius, “iyi niyet”i (*bona fides*) her durumda düşmana karşı dahi korunması gereken bir tavır olarak kavimler hukukunun temeline yerleştirmektedir³²¹. Grotius, haklı bir neden olmaksızın silâhlara sarılmaya karşıdır; fakat uluslararası ilişkileri gerçekçi ve oldukları gibi kabul ederek, bir barış felsefesi geliştirmeye koyulmaz. Savaş gerçeğini kabul eder ve savaşın gerçekleştirilmesini hukukî kurallar yoluyla (*jus in bello*) ölçülü (*temperamenta*) hâle getirerek insanîleşirmeye gayret eder³²². Savaşı Hıristiyanlığa aykırı bularak, Hıristiyan devletler arasındaki uluslararası anlaşmazlıkları çözecek bir hakemlik kurulmasını önerse de, Thomas More³²³ ya da

³¹⁷ “Savaş”, demektedir Gentilis, “silâhlı, kamusal ve haklı bir mücadeledir”: “*Bellum est publicorum armorum justa contentio*”; bkz. *De jure belli, Libri I: Belli definitio*; A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 49. Gentilis'e göre savaş egemenlerinin yetkisinde bir eylem olduğu için kamusaldır ve düello dâhil her türlü özel feodal silâhlı mücadele savaş hukukunun dışında bırakılmalıdır.

³¹⁸ Christian L. Lange, *Histoire de l'Internationalisme Jusqu'à la Paix de Westphalie*, Felix Alcan, Paris, 1919, s. 307.

³¹⁹ Aynı görüş için bkz. Nussbaum Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1962, s. 110.

³²⁰ Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, ss. 257–265.

³²¹ Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 60.

³²² A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 256; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 60.

³²³ İngiliz yazar Thomas More (1478–1535), Rönesans siyaset felsefesi düşünürüdür. Oxford Reformcularından (*Oxford Reformers*) olan Sör Thomas More, gelişmekte olan kapita-

Tommaso Campanella³²⁴ gibi uluslararası ilişkilerde barışı bütünüyle ve her durumda egemen kılacak ütopya bir örgütlenme projesini önermez. Şiddet, gerçek Hıristiyanlık öğretisine aykırı olsa da, Grotius bunun yanısıra adaletin hizmetine koşacak kuvvetin de gerekli olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle adaletin gerçekleştirilmesi için devlet, haklı bir savaş yapma hakkına ve yetkisine sahiptir. Adaletin gerçekleşmesi için yargı yollarının olmaması kavimler hukukunda savaşın gerekliliğinin başlıca nedenidir. Bu nedenle Hıristiyan hükümdarlara, aralarındaki anlaşmazlıkları savaş yoluyla halletmektense, hakeme gitmeyi önermektedir.

Hugo Grotius, Otuz Yıl Savaşları'nı sona erdiren ve Avrupa'da, devletler arasında daha önce (devletlerin egemen eşitliği ilkesi başta olmak üzere) görülmemiş niteliklere sahip yeni bir uluslararası kamu düzeni kuran Vestfalya Barışı'nın yapılmasından üç yıl önce 1645'te ölmüştü. Grotius'un attığı temeller üzerinde, 1648'den sonra da hukukçular ve filozoflar uluslararası hukuk üzerine düşünmeye devam ettiler. Bu çaba içerisinde öğretilerde iki ana eğilimin geliştiği gözlemlenmektedir. Bunlardan ilki doğal hukukçu okul; diğeri de, pozitivist okul adları altında toparlanarak ele alınabilir³²⁵. Grotius sonrası öğretilerdeki gelişmeler eldeki makalenin ikinci bölümünde ele alınmazdan önce, Grotius'un uluslararası hukukta ortaya koyduğu öğretisinin çağının düşüncesi ve felsefesi ile olan ilişkisini biraz daha yakından göstermenin çalışmamız bakımından anlamlı olacağını düşünmekteyiz.

XVII'nci yüzyıl felsefesi, Rönesansta Avrupa'da ortaya çıkan yeni düşünce tarzının yepyeni bir felsefe anlayışı ile İngiltere'de Francis Bacon³²⁶,

lizme ve çağının ahlâkî anlayışlarına bir tepki olarak kaleme alınan Ütopya (*Utopia*, 1516) adlı felsefî romanında, Plâton'un Devlet'inden etkilenerek, Ütopya adlı hayalî bir ada üzerinde kurulu, ideal devleti betimler.

³²⁴ Tommaso Campanella (1568–1639); İtalyan Dominiken, ütöplast siyaset felsefecisidir. Doğa felsefesini ortaya koyduğu ve dinsizlikle suçlanmasına neden olan *Philosophia Sensibus Demonstrata* (1590), Tanrı sevgisi üzerine kurulu ütopya bir cumhuriyet rejimini tasarladığı *Civitas Solis* (1623) başlıca eserleridir; bkz. Tommaso Campanella, Güneş Ülkesi, çev. Selahattin Bağdatlı, Say Yayınları, İstanbul, 2011.

³²⁵ Üçüncü bir yaklaşım da, uluslararası hukukun klâsik öğretisinin esasen doğal hukukçu ya da iradeci yani pozitivist doğrultularda geliştirildiği bu posgrotien dönemde iki ana eğilimi uzlaştırmaya çalışmıştır.

³²⁶ Francis Bacon (1561–1626), İngiliz devlet adamı ve filozofudur. Doğanın ve toplumun kavranmasında deneyci bilgi öğretisinden yola çıkmış ve tümevarım (*inductio*) yöntemini kullanmıştır. Bilim bir gelişme sürecidir ve insanları aydınlatma işlevi vardır. Bacon, bilime dayalı ilerlemeye olan inancına vurgu yapar; Bacon, bilimci ve rasyonalisttir; Avrupa uygarlığını ve Batı uluslarını bilime yönlendiren en önemli düşünürlerin başında yer alan birkaç filozoftan birisidir. Bilim, doğanın özünü kavramaya yönelmelidir. Doğaya ege-

Fransa’da ise René Descartes ile yerleşmesi ve pekişmesini ifade eder³²⁷. Ancak felsefenin bu yüzyıldaki seyri ele alınırken şu da söylenmelidir ki, bilim XVII’nci yüzyılla birlikte, (uzun süre için önce ve sadece Batı’da) dünyayı değiştirecek bir insan faaliyeti olacağını belli etmeye başlamıştı. Bu nedenle bilimsel gelişme hesaba katılmadan XVII’nci yüzyılda ortaya çıkmaya başlayan Batı dünyası ve onun entelektüel üretimi anlaşılabilir. Bu dünyayı oluşturan derin ve temel güç XVIII’inci ve devamındaki yüzyıllarda artık bilimdi; Modern Batı’ya dünyanın bütün geri kalanı karşısında olağanüstü üstünlüğünü veren bilim. Bu üstünlük sayesinde ki, Modern Batı’ya özgü devletlerarası kamu düzeni enstrümanı olan “uluslararası hukuk”, Batı kolonizasyonunun da itkisiyle Batılı karakteriyle evrenselleşmiştir. Bilim devrimi, başka her şeyi olduğu gibi uluslararası hukukun tarihini de etkilemiştir.

XVII’nci yüzyıla girerken bilim tarihinin en önemli birkaç kitabından biri olan Kopernik’in *De revolutionibus orbium coelestium* (Göksel Kürelerin Dönüşleri Üzerine) adlı yapıtının (1543) yayınlanmasının üzerinden elli yılı aşkın bir süre geçmişti. Bu kitabın bir devrime yol açmasını sağlayan iki insan, Galileo Galilei (1564–1642) ve Johannes Kepler (1571–1630) aynı yüzyılın başında bilim kariyerlerinin ilk basamaklarını zorluklar içerisinde tırmanmışlardı. Modern bilimin yapılanışının temelini hazırlayan XVII’nci yüzyıl, dar ama etkili bir bilimsel ve entelektüel çevrede Galilei ve Kepler’in ortaya koyduğu yer ve gök mekaniği sorunları üzerine yoğunlaşılmasına sahne oldu³²⁸.

men olmanın birinci koşulu, onu kendi bütünlüğü içerisinde bilmek, onu düzenleyen genel yasaları kavramaktır. Bunun yolu da deneyden geçer. Felsefenin kapsamına giren bilimlerin kaynağı akıl, belleğin ürünü ise tarihtir. Bütün bilimlerin görevi, olayların nedenlerini sonuçlarıyla bağlantılı olarak öğretmektir. İnsanın yaratıcı gücünü özgürleştirmek için deneylere dayanan eleştirel bir tümevarım yöntemi uygulanmalıdır; bkz. Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, ss. 454–456. Bacon’un bilimlerin bütünlüğü yolundaki inancı büyük bir öngörü sayılır. Gerçeğin araştırılmasında alçak gönüllü bir tutum benimseyerek varılan sonuçlara ilişkin yeni arayışlara açık kapı bırakması, yanılığlara (*idola*) karşı bilimsel kuşkuculuk anlayışının gelişmesine hizmet etmiştir. Bacon yapıtlarıyla bilimin ve felsefenin gelişme yolunu göstermiş, doğa ile us arasında bir bütünlük kurulabileceği inancını yerleştirmiştir; Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, s. 447; Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, s. 245. Özellikle 1605’te çıkan *De Dignitate et augmentis scientiarum* (Bilimlerin değeri ve çoğalıp büyümeleri üzerine), bilimsel yöntemle ilişkin olan *Nova Organum* (1612) ve toplumsal ve siyasal alandaki reform tasarısı olan *Nova Atlantis* adlı yapıtları hatırlanmalıdır. Bacon’un *Nova Atlantis* (Yeni Atlantis) adlı yapıtında ortaya konan toplum ve siyaset felsefesine ilişkin bir yorum için bkz. Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, ss. 457–461.

³²⁷ Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, s. 437.

³²⁸ Richard S. Westfall, *Modern Bilimin Oluşumu*, çev. İsmail Hakkı Duru, TÜBİTAK, Ankara, 2000, s. 1.

Mikjolaj Kopernik'in (1473–1543) evrenin merkezine dünyayı değil, güneşi yerleştirmesi ve görüşlerinin doğruluğunu bilimsel olarak ispat etmesi bilim devrimini tetikledi³²⁹. Kopernik'in çalışması hurafeye ve boş inanca değil, gözleme ve matematiğe dayalı astronomi çalışmasıydı. Kopernik'in doğal gerçeğin ifadesi olan görüşlerini kabul etmek, Ortaçağdan kalma Aristotelesçi toplumsal ve siyasal konumların ve ilâhîyatçı ruhban hiyerarşisinin otoritesinin yokolmasını gerektirmekteydi. Bu güçlerin, Hıristiyan halklara dogmatik biçimde “gerçek budur” dedikleri sözde kozmolojinin “gerçek olmadığı” ortaya çıktıktan sonra, kendilerine yönelik olan inanç zaman içerisinde tamir edilemez biçimde sarsıldı. Bu sarsıntılı süreç Batı'da iki yüzyıl

³²⁹ Modern bilimin doğuşunun kökenleri Rönesanstadır. Ortaçağ sonlarında özellikle İtalya'da, zamanın siyasal gereklilikleri teknolojiye yeni bir önem kazandırmıştı. Bu nedenle İtalya'da askerî ve sivil mühendislik mesleği doğdu. Leonardo da Vinci (1452–1519) bu mühendislerin en ünlüsüydü. Ressam da olan Vinci, insan anatomisini yakından inceledi ve resimlerine gerçeğe çok benzer biçimde bunları aktardı. Heykelle de uğraşırken, zor metal döküm tekniklerini başardı. Sahne yapıtlarının yapımcı ve yönetmeni olarak, özel efektler sağlamak amacıyla karmaşık makineler geliştirdi. Askerî mühendis olarak bir kentin surlarından aşırılan havan topu mermisinin yörüngesini gözleyerek bu yörüngenin Aristoteles'in öne sürdüğü gibi iki doğrudan oluşmadığını belirledi. Leonardo da Vinci gibi o dönemde yaşayan bazı öncü kişiler, doğayı gerçekten bilmek ve doğal olgular üzerinde egemenlik kurmak istiyorlardı. Topluma egemen batıl inançların ve görüşlerin nüfuzu kolayca kırılmayacak kadar sağlamdı, ama insan aklı için sağlıklı bir kuşkuculuk da gelişmeye başlamıştı. Eski otoritelerin öngördüğü geleneksel kabule inen ilk önemli darbe, XV'inci yüzyıl sonunda Yenidünya'nın Avrupalılarca bulunuşu oldu. Bu keşif aynı zamanda matematik çalışmalarını da hızlandırdı. Zenginlik ve ün arayışı denizcilğin bir “bilim”e dönüşmesine yol açtı. Öte yandan, Rönesansta bilimin gelişmesinin yönünü belirlemede antik yazmalar olan Hermetika'nın (*Corpus hermeticum*) esası bir etkisi olmuştur. Hermetika'da görüşleri aktarılan efsanevi antik bilge Hermes Trimegistos'a göre Tanrı, insanı kendi suretinde yaratmıştı. Bir yaratıcı olarak ve yaratma sürecinde insan Tanrı'yı taklit ediyordu. Bunun için de insan doğanın gizlerini bilmek zorundaydı. Yakma, damıtma ve öbür simya işlemleriyle, doğa, işlemden geçirilerek gizleri elde edilirdi. Başarının ödülü, sıkıntı ve hastalıktan kurtuluşun yanısıra, sonsuz yaşam ve gençlik olacaktı. Bu düşünce, insanın bilim ve teknoloji aracılığıyla doğaya boyun eğdirebileceği görüşüne yol açtı; Rönesans boyunca Hümanizma, Yeni Platonculuk, Hermesçilik ve Hermetika'nın Newton'a dek uzanan etkileri için bkz. Mircea Eliade, *Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi*, Cilt III – Muhammed'den Reform Çağına, çev. Ali Berktaş, Kâbalcı, İstanbul, 2003, ss. 279–288. Modern bilime temel oluşturan bu görüş Batı'da egemen oldu; ayrıca bkz. Richard S. Westfall, *Modern Bilimin Oluşumu*, ss. 1–27. Doğadan yararlanma konusunda yüzyıllarca geride bulunan Batı, bu yaklaşımı ile Doğu'yu geçti. Hermetika'nın çevirmeni Floransalı büyük hümanist Marsilio Ficino (1433–1499) güneş üzerine incelemeler de yazmıştı. XVI'ncı yüzyılın başlarında bir Polonyalı öğrenci, İtalya'daki gezisi sırasında Ficino'nun düşüncelerinden etkilendi. Ülkesine döndükten sonra Ptolemaios'un astronomi sistemi üzerinde çalışmaya başladı. Görevli bulunduğu kilisenin yardımıyla, Kilisenin gereksinim duyduğu Paskalya ve öteki yortuların tam günlerinin saptanması gibi önemli hesapların yapılmasında kullanılan astronomi gözlem aygıtlarını geliştirmeye koyuldu. Bu genç öğrencinin adı Mikjolaj Kopernik'ti.

boyunca gelişen bilimsel hareketle birlikte yaşandı. Galileo Galilei, Johannes Kepler, William Gilbert, René Descartes, Gottfried Leibniz, Andreas Vesalius, William Harvey, Isaac Newton Batı’da yaşanan bu süreçte bilimin çalışkan temsilcilerinden bazıları oldular. Batı Uygarlığı onların öncü çalışmalarıyla bilimsel gerçekleri öğrenmeye başladı. Bu öğrenim ekonomide, siyasette, felsefede, hukukta, uluslararası ilişkilerde ve uygarlığın her boyutunda başka bir dünya yarattı.

XVII’nci yüzyılın başlangıcında, kalıcı önemde çalışma yapmış bir diğer bilim insanı da bir İngiliz doktor olan William Gilbert’di (1544-1603). Onun *De magnete* (Mıknatıs Hakkında) adlı yapıtı, modern manyetizma bilimini kurmakla kalmamış, çağa egemen olmaya başlayacak doğa felsefesinin de yetkin bir ifadesi olmuştur³³⁰. Yapıt, aynı zamanda modern deneysel bilim etkinliğinin ilk örneklerinin başında gelir³³¹. Bu çeşit bir etkinlik, hukuk dahil bir çok bilgi sahasında, ilerleyen zaman içerisinde pozitivizm denilecek anlayışa giden yolu açmıştır. XVII’nci yüzyılın ilk çeyreğinin sonlarında Aristotelesçi yaklaşımın toplumsal geçerliliği yıkılmaya başlamıştı. Evreni anlamak (bilim uğraşı) ve anlamlandırmak (felsefe uğraşı) için ortaya çıkan boşluğu doldurmaya René Descartes’ın sistemi aday oldu. Descartes’ın sisteminin temel öğretisi, doğal süreçlerin madde ve harekete dayanan mekanik modelleri yardımıyla “her şeyin” açıklanabileceğidir.

Descartes (1596–1650), Fransız matematikçi, bilim adamı ve filozoftur. Skolâstik felsefenin temel felsefi varsayımlarına son vermiş ve sürekli yeneden ele alınan bazı temel felsefe sorunlarını ortaya atmıştır. Descartes analitik geometrinin de kurucusu sayılır. Descartes’a göre, bilgide önemli olan başkalarının kanıları değil, açık (*clara*) ve seçik (*distinca*) biçimde kavradığımız ya da kesinlik taşıyan sonuçlardı. Bilmeye yöntemden vazgeçilemezdi. Bilgi yönteminin birçok ilke ve kuralını ortaya koyan Descartes’ın temel düşünceleri 1637’de Fransızca olarak basılan, en ünlü yapıtı *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*³³² adlı kitabında olgunlaştı (Usun Doğru Yönetimi ve Bilimlerde Gerçeklik Arayışı İçin Yöntem Üzerine Söylem)³³³. Descartes filozof olarak

³³⁰ Richard S. Westfall, *Modern Bilimin Oluşumu*, s. 28.

³³¹ Richard S. Westfall, *Modern Bilimin Oluşumu*, s. 29.

³³² René Descartes, *Discours de la Méthode*, Librairie Hachette, Paris, 1937.

³³³ René Descartes, *Usun Doğru Yönetimi ve Bilimlerde Gerçeklik Arayışı İçin Yöntem Üzerine Söylem*, çev. Yardımlı Aziz, İdea, İstanbul, 2011. Ayrıca bkz. René Descartes,

kurucusu olduğu yöntemli şüphe metodu ile bilgi sorununa yaklaşmış, matematikçi olarak analitik geometriyi kurmuş, fizikçi olarak mekanik yasalarını geliştirmiştir³³⁴. Rasyonalist filozof Descartes, bilgi teorisini, felsefenin en temel konusu olarak belirler³³⁵. Descartes, doğanın akılsallığını matematiğe indirger³³⁶.

Isaac Newton (1642-1727) ise, Galilei'nin temsil ettiği matematiksel betimleme okulu ile Descartes tarafından temsil edilen mekanikçi felsefe okulunun uzlaşmasını olanaklı kılmıştır. Newton, bu iki geleneği birleştirerek, XVII'nciyüzyıl bilimsel çalışmalarını, bilim devriminin tarihi önemde olan örnekleri sayılacak bir başarı düzeyine ulaştırdı³³⁷. 1687'de yayınladığı *Philosophiae naturalis principia mathematica* (Doğa Felsefesinin Matematik İlkeleri) adlı yapıtı hem yer, hem de gök cisimlerine uygulanabilen yeni bir fiziği ortaya koydu. *Principia*'nın yayımlanması, Kopernik'le başlayan bilimsel hareketin yeni bir doruğunu oluşturur ve bilimsel devrimin simgelerinden biri olarak kabul edilir. Modern zamanlarda şekillenen dünya ve onun içindeki hiçbir şey, bilimdeki gelişme hatırlanmadan yerli yerine yerleştirilemez artık.

René Descartes'a genelde, siyasî ve hukukî düşünce tarihlerinde yer verilmez; çünkü o doğrudan devlet ya da hukuk üzerine savlar ileri sürmemiştir. Ancak bu husus, onun düşüncesinin, siyasî ve hukukî konular üzerinde etkisiz olduğu anlamına gelmez. Ortaya koyduğu felsefe, N. Öktem'in de belirttiği gibi, Rasyonalist Doğal Hukuk'un doğumunda büyük rol oynamıştır³³⁸. Descartes'ın felsefesinin, hukuk felsefesi tarihi bakımından dolayı olarak en önemli etkisi, düşünen ve düşündüğü için var olduğu yadsınamayan bilinç sahibi insan anlayışını ortaya koymuş olmasıdır. Descartes'ın dünyaya tarif ettiği ve tanıştırdığı bilinç sahibi insan, ussal bir öze sahip varlık olarak "birey"dir. Bu birey toplumsal, dinsel ya da siyasal yaşamı, bağları ve kimlikleri ile var değildir; o bütün bunlardan bağımsız bir biçimde

Felsefenin İlkeleri, çev. Mehmet Karasan, M.E.B., İstanbul, 1963; René Descartes, Metafizik Düşünceler, çev. Mehmet Karasan, M.E.B., İstanbul, 1962.

³³⁴ Bkz. Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, ss. 257-276; Alfred Weber, Felsefe Tarihi, ss. 213-222; Léon-Louis Grateloup, Les Philosophes de Plâton à Sartre, ss. 169-196; Ahmet Cevizci t, Felsefe Tarihi, ss. 483-510.

³³⁵ Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, s. 481.

³³⁶ Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, s. 482.

³³⁷ Richard S. Westfall, Modern Bilimin Oluşumu, s. 188.

³³⁸ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 137.

varlık sahibidir. Bu birey, feodal cemaat bağlarının bahsettiği dinî-siyasî kimlik ile tanımlanamayan modern bireydir³³⁹. İşte hukuk felsefesi düşünürleri tarafından doğuştan vazgeçilmez ve devredilmez haklar ile donatılacak bu birey, önce felsefede Descartes gibi öncü bilim adamı-filozofların varlık ve bilgi felsefelerini oluşturmalarıyla yeryüzünde kendi ayakları üstüne kalabilmiştir. Bireyin felsefî tasarımına en önemli katkılardan birisi de Spinoza’dan gelmiştir. Onun ve Descartes’ın, hem yöntemsel hem de düşünsel kavrayışlarının incelemekte olduğumuz uluslararası hukuk öğretilerine dahi izdüşümleri olmuştur.

Baruch (Benedictus) Spinoza (1632–1677), XVII’nci yüzyılda usçuluğun en önemli temsilcisi olan Felemenkli filozoftur. Ailesi Portekiz’deki engizisyondan kaçarak Hollânda’ya yerleşen Yahudilerdendir. Spinoza felsefeye eğildikten sonra, düşüncelerinden ötürü, Musevî yetkililerce 1656’da Yahudi cemaatinden çıkarılmıştır³⁴⁰. 1663’te Lahey yakınlarına yerleşmiş, ömrünün sonuna kadar bir yandan geçimini ustalaştığı mercek yapımıyla el emeğinden kazanırken, diğer yandan da kendisini tamamen felsefeye adanarak yaşamıştır. Spinoza’nın esas büyük eseri, ölümünden sonra yakın dostlarıca 1677’nin sonlarında yayınlanan başyapıtı *Ethica*’dır (Ahlâk)³⁴¹.

Dedüktif-matematik (geometrik) yöntem, Spinoza’nın felsefede kullandığı yöntemdir. Töz yani “*substantia*” (evrenin esası, cevheri) sorunu, onun felsefesinin ana problemidir³⁴². Öğretisi, “panteist” (kamutanrıci) olarak nitelenmiştir³⁴³.

Derin felsefesinde eldeki konumuz itibarıyla bizi daha yakından ilgilendiren bazı düşünceleri öne çıkarmaya çalışacağız. Spinoza, psikolojiye özel bir önem veren ilk modern filozoflardandır. İstenç (irade) ve ahlâk görüşünü “duygu öğretisi” üzerine kurar³⁴⁴. İnsanın ana duygulanımı olarak, “kendini

³³⁹ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 138.

³⁴⁰ Bkz. Yirmiyahu Yovel, “Sapkın ve Yasaklı”, çev. Abdurrahman Aydın, felsefelogos (Spinoza sayısı), 40–2011/1, s. 9 vd.

³⁴¹ Bkz. Benedictus Spinoza, Etika, çev. Ülken Hilmi Ziya, Dost Kitabevi, İstanbul, 2011.

³⁴² Felsefesi hakkında birkaç aktarım ve yorum için bkz. Alfred Weber, Felsefe Tarihi, ss. 226–240; Léon-Louis Grateloup, Les Philosophes de Plâton à Sartre, ss. 209–220; Mete Tunçay, Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No.: 287, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969, Cilt II, ss. 201–229; Cevzici Ahmet, Felsefe Tarihi, ss. 510–540.

³⁴³ Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, s. 294.

³⁴⁴ Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, s. 302.

koruma” (ya da “varlığını koruyup sürdürme”) isteğini tespit eder³⁴⁵. Spinoza’ya göre, “kendi varlığımızı koruma ve ilerletme” duygusu tek tek her insanın varlığına egemen olan esas güdüdür. Bu güdü, insanın fizikî organizmasında kendini refleks olarak koruma tepkisi olarak gösterir; bu organizmanın psikolojisinde ise bilinçli bir istenç hâlini alır. İnsan, kendisini koruma duygusuna aykırı olan her şeyden kaçır; bunu destekleyen her şeyi elde etmek ister. Bir şeyin iyi ya da kötü olduğuna da buna göre karar verir. Bir şey kendiliğinden iyi ya da kötü değildir. İnsan, bir şeyden bu şey kötüdür diye tiksiniir, bu şeyden tiksindiği için ona “kötü” der; birtakım şeyleri de, bu şeyler iyidir diye elde etmek istemez, bu şeyleri elde etmek istediği için onlara “iyi” der. Öyleyse, iyi ile kötü, görece olan belirlenimlerdir. Spinoza, bu natüralist temel üzerinde insanın duygu yaşamını bütün doğal çıplaklığıyla sonuna kadar geliştirir; bu arada kutsal sayılan birtakım duyguları da çözümlenmekten çekinmez³⁴⁶. İnsanın psikolojik yaşamı üzerindeki bu natüralist-mekanist görüşünü Spinoza, ahlâk ve devlet anlayışına da olduğu gibi aktarmıştır. İyi ve kötü gibi, hak kavramını da, tek tek her insanın kendini koruma isteğinden türeir. İnsan, bencil bir organizmadır. Bencilliğini geliştirmek onun doğasına uygun en doğal bir haktır. Bir kimsenin ne kadar gücü varsa, o kadar da hakkı vardır. İnsanın hak alanı, kendisini koruma ve ilerletme çabasını geliştirdiği alandır. Ancak, kendini koruma isteği, her şeyden önce, insanın varlığının, gücünün ve bunların tezahürü olan haklarının güvence altında bulundurulmasını gerektirir. Bu güvenliğe de devlet hâlinde yaşamakla varılabilir. Birbirlerinin bencillikleri ile savaşın kaçınılmazlığı karşısında, insanlar güvenlik amacıyla bir sözleşme yapmış ve devleti kurmuşlardır. Devlet ve toplumun bu mekanik zorunluluklardan ötürü varolması karşısında, politik yaşam için gerçekte örtüşmeyen soyut değer yargılarıyla amaçlar ileri sürmenin anlamı yoktur³⁴⁷. Devletin kuruluş ereğine uygun olan ödevi, bireylerin hak ve güçlerinin alanlarını, bunların birbirinin huzurunu bozmayacak bir biçimde sınırlayıp ayarlamaktır. Spinoza’ya göre, Hobbes’un mutlakıyetçiliğinin tersine³⁴⁸, bunu en iyi sağlayacak yönetim soysuzlaştırılmadığı sürece demokrasidir³⁴⁹.

³⁴⁵ Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, s. 302.

³⁴⁶ Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, s. 302.

³⁴⁷ Zaten Spinoza’nın felsefesinin genelinde aşkınlıktırıcılığa ve amaççılığa karşı şiddetli bir eleştiri vardır; Hilmi Ziya Ülken, Genel Felsefe Dersleri, s. 131.

³⁴⁸ Thomas Hobbes (1588–1679), İngiliz filozof ve siyaset kuramcısıdır. Yeni gelişen liberalizmin ve o döneme özgü siyasal mutlakıyetçiliğin önemli kavramları olan bireyin güven-

liği ve toplum sözleşmesi üzerine görüşleri ve yapıtlarıyla tanınır. Çok yönlü bir filozof olan Hobbes'un düşünce tarihine en büyük katkısı ahlâk ve hukuk felsefelerini de kapsayacak biçimde özellikle Leviathan (1651) adlı eseriyle devlet felsefesinde olmuştur. İngiltere'de içsavaşla sonuçlanacak bir politik kavga ortamında yaşayan, en kötü düzenin bile düzensizlik ve savaştan çok daha iyi olduğu sonucuna varan Hobbes, en çok politik düzemi rasyonel, özgür ve eşit kişiler arasında akdedilen bir sözleşme yoluyla meşrulaştırmanın yöntemine karşılık gelen toplum sözleşmesi öğretisiyle tanınır. Hobbes'un toplum sözleşmesi öğretisinin gerisinde bir başka ünlü öğreti olarak doğa durumu öğretisi yer alır. Hobbes'a göre, doğa insanları eşit yaratmıştır. Bu doğal eşitlikten ötürü insanlar arasında "amaçlarına erişme umudu bakımından eşitlik" doğar. Ancak böylesi bir eşitlikten insanlar arasında bir güvensizlik ve savaş durumu doğar; çünkü Hobbes'a göre insan "sadece kendi kişisel çıkarını dikkate alan bir varlık" olmalıdır. Bu olumsuz bir saptama değildir; insan budur ve öyle de olmalıdır. İnsanın bu egoizmi Hobbes'un öğretilerinde ahlâkın temelidir, bu "etik egoizm"dir; fakat "aydınlanmamış" özçıkarcı, kendi varlığını da tehlikeye atacak bir sosyal savaşa yol açar. Çıkar esaslı insan Hobbes'u rahatsız etmez. Tersine, insanı güdüleyen esasın (özçıkarcıdır bu esas) ne olduğunun bilinmesi, onu öngörülebilir ve denetlenebilir bir varlık durumuna getirir. Davranışları ve beklentileri nedensellik bağına sokulup anlaşılabilen insan, modern politikanın öznesi olan insandır. Bu şekilde düşünüldüğünde temel insanî motifler, tahakküm etme ve ölümden kaçınma arzusudur. Tahakküm etme arzusu dolayısıyla toplum oluşmadan önce herkesin herkesle savaşı söz konusudur. Öyleyse, toplumun ve otoritenin olmadığı yerde doğal durum savaştır. Böyle bir savaş ortamı insanı uygarlığın bütün nimetlerinden yoksun kılan bir kaos ortamıdır. Bu kargaşa içerisinde doğru, yanlış ve âdil, adaletsiz diye tanımlamalar yapılamaz. Ahlâk, adalet ve yargı yoktur. İnsanlar davranışlarında sadece kendi muhakemelerine dayanırlar ve tamamen özgürdürler. Bu "doğal hak"tır. Doğal hak, insanın "kendi doğasını, yani kendi hayatını korumak için kendi gücünü dilediği gibi kullanması ve kendi muhakemesi ve akli ile bu amaca ulaşmaya yönelik en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapma özgürlüğü"nü ifade eder. Bundan sonra Hobbes, fiili bir savaş tehdidi, herkesin herkese karşı savaşı (*bellum omnium contra omnes*) durumunda bireyin, en temel hakkını tehlikeye sokacak savaştan korkmak durumunda olduğunu; onun yaşamını koruma doğal hakkının bir sonucu olarak barışı aramasının tutulabilecek en akıllıca yol olduğunu söyler. Ölümden kaçınmak için insanın savaşın yerine barışı, rekabetin yerine uzlaşmayı koymak zorunda olduğunu bildiren Hobbes'a göre, söz konusu doğal savaş hâlinde kurtulmak insanın çıkarına olup, aydınlanmış egoizmin bir gereğidir ve bu kurtuluşu sağlayacak şey de doğa yasağıdır. Buna göre, insan doğası itibarıyla tutkular ve akli olan bir varlıktır; insanı savaş hâline sürükleyen şey tutkularıdır; ama yine de tutkuları, fakat özellikle akıldır ki insanı ölüm korkusundan kurtulup, güvenlik içinde yaşamak, uygarlığın nimetlerinden pay almak, hayatın sağlayacağı hazzardan faydalanmak için uzlaşma, barış ve huzuru aramaya sevk eder. Akli insana en temel talebin, kendi varlığını koruma isteminin nasıl etkili hâle getirilip hayata geçirilebileceğini gösterir. Doğal durumuna yani "herkesin herkesle savaşı"na son verecek olan şey, her insanın her şey üzerinde sahip olduğu doğal haktan başkalarıyla aynı ölçüde vazgeçmesi, yani sahip olduğu hakkın başkalarının hakkıyla eşit ölçüde sınırlandırılmasına rıza göstermesidir. Bu sınırlandırma, insanların sahip oldukları doğal hakkı karşılıklı olarak tek bir kişiye devretmelerini ve onu egemen olarak tanımlarını öngören bir sözleşme sayesinde gerçekleşir. Bu "toplum sözleşmesi"dir. Böylelikle, sivil toplum kurulur. Devletin görevi ya da politikasının işlevi, herkesin doğal hakkının korunması ve kalıcı biçimde teminat altına alınmasıdır. Egemen, tek tek bütün uyrukların ya da yurttaşların iradesini temsil eder. Egemenin yaptığı hiçbir şey uyruk tarafından cezalandırılmaz. Vergi koyma ve yurttaşları ülkenin savunması için askere çağırma hakkını da içeren, "uygun gördüğü şekilde savaş ve barış yapma hakkı" da egemene

Sınırsız bir egoizmin, insanlar arasında yaratacağı genel bir savaş durumuna son vermek ve barışı sağlamak ereğine yönelik olan devlet, bu barış ile insanları köle durumuna da düşürmemelidir; tersine, insanın kendisini geliştirmesine en elverişli olan özgür ortamı hazırlamalıdır. Devlet içinde yer almakla insanlar haklarından vazgeçmiş değildir. Devlet düşünme, konuşma, yazma özgürlüğünü baskı altında bulundurursa varoluşundaki ereğe aykırı davranmış olur. Spinoza din özgürlüğünü de en kuvvetli biçimde savunur³⁵⁰.

ait bir haktır. Kılıcın gücü ya da cezalandırma gücüyle yasama gücünün aynı elde toplanması gerekir, yasama gücü de egemene aittir. Yasalar, egemenin buyruklarıdır. Bunun gibi, yargılama ve yürütme gücü de egemene ait olmalıdır. Hobbes açısından egemenliğin temel ilkeleri, onun “mutlak”, “bir”, “sürekli” ve “bölünmez” olmasından çıkar. Siyasal iktidarın meşrûiyeti halkın güvenliğini sağlamasında yatar. Bu göreve doğa yasası ile bağlıdır ve bunun hesabını doğa yasasını yaratan Tanrı’ya ve sadece ona vermekle yükümlüdür. Öyleyse, egemenin iradesi gerçekte sınırsızdır. Egemenin, uyruklarının hayatını korumaktan daha fazlasını yapması beklenir. Onun, uyruklarının yasaya uygun çalışmalarından kazanacakları maddî refahın tamamını teminat altına alma gibi bir yükümlülüğü de vardır. Yurttaşın, en temel ve hiçbir şekilde devredilemez haklarının başında hayat hakkı gelir. Egemenliğin sınırsızlığına vurgu yapan Hobbes, uyrukların siyasal iktidarın hayatlarını ya da onurlarını feda edecek buyruklarına itaat etmeme özgürlüğü olduğunda ısrar eder. Bundan sonra Hobbes uyruğun, kendi varlığını koruma, kişiliğini savunma, kendi aleyhine tanıklık etmeme benzeri bir takım asgarî haklarını sayar. Hobbes, yurttaşların temel haklarını koruyamayan yönetimlere karşı isyan ya da direnme hakkının doğduğunu kabul eder. Hobbes, monarşi, demokrasi ve aristokrasi olmak üzere üç tür yönetimi ayırt eder. Kötü yönetimler ise tiranlık, anarşi ve oligarşi şekline dönüşür. Hobbes’un yönetim tercihi monarşidir. Hobbes, marjinal bir biçimde, Leviathan’da uluslararası hukuktan daha doğrusu kavimler hukukundan (*law of nations, jus gentium*) söz açar. Bu hukuk saf bir doğal hukuktur. Devletlerarasındaki ilişkilerde doğal hukukun saf kuralları uygulanır; çünkü devletler aralarındaki ilişkilerde doğal durumdan toplumsal duruma geçmemişlerdir. Doğal durum nasılsa, devletlerin aralarındaki ilişkilerde öyledir, toplumsal duruma geçmelerini sağlayacak bir sözleşme yapmamışlardır aralarında. Dolayısıyla insanların toplumu kurarken yaptığı gibi, devletler kendilerinden üstün bir otoritenin buyruklarına bağlı kalmaya söz vermemişlerdir. Bu durumda devletlerarasındaki doğal hukuk gerçekte ancak ahlâkî bir sahadır, bunun buyrukları hukuk kuralı değil, ahlâken uyulması beklenen kurallardır. Bu bağlamda hukukî yaptırımdan da mahrumdurlar, çünkü ancak pozitif hukuk maddî yaptırımli bir hukuk düzeni kurabilir. Öyleyse, Hobbes’a göre devletlerarasında gerçekte hukukî bir düzen yoktur, aralarındaki ilişkiler doğal durumun egemen olduğu güvensiz bir ortamda gücün ve şiddetin hâkim olduğu bir şekilde işler. Hobbes’un uluslararası hukukun öğretisi tarihine en doğrudan ve önemli katkısı, *jus gentium* kavramını sadece uluslararası ilişkiler çerçevesinde kullanmasıdır. Hobbes’un devlet felsefesine ilişkin görüşlerinin genel bir değerlendirmesi için ayrıca bkz. İlhan Akın, Devlet Doktrinleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1962, ss. 108–118; Mehmet Akad, V. Bihterin Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2004, ss. 89–97; Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, ss. 194–201; Mete Tunçay, Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi, Cilt II, ss. 115–160; Çetin Yetkin, Siyasal Düşünceler Tarihi, Güner Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 503–515; Leo Strauss, Doğal Hak ve Tarih, ss. 197–235; Grateloup Léon-Louis, Les Philosophes de Plâton à Sartre, ss. 157–168; Philippe Brachet, Science et Sociétés, Tome 2, Publisud, Paris, 1994, ss. 85–102.

³⁴⁹ Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, s. 303.

³⁵⁰ Bkz. Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, ss. 144–148.

Spinoza'nın siyasal öğretisinde, ifade özgürlüğü alabildiğine geniştir; herkes dilediğini söyleyebilir, ama kimse düşüncesini ve inancını zorla bir başkasına kabul ettiremez³⁵¹. Spinoza'nın hak kuramında, tekil ve aşkınlaştırılmamış bir biçimde gerçek beden sahibi insanlar arasındaki evrensel ölçekte bir iletişim hakkı özel bir yer kapsar ve önem taşır³⁵². Tekil varlıklar, evrensel bir bütün içinde, sonsuz ihtimallere açık olarak, başkalarının güçlerini-haklarını belirlemeden, kendi aralarında zorunlu olarak temasa geçeceklerdir. Aşırılışmanın getireceği zararların yalnız bunun için varolan düzenleyici-yönetici (moderatör) bir güç tarafından engelleneceği, varolma ısrarını aşan ve başkalarına karşı kullanılabilir hâle gelen güçlerin böylece dengeleceği bir dünya, güçlerin ve hakların karşılaştığı iletişimsel ve dostluğun yepyeni bir anlam kazandığı bir dünya olacaktır³⁵³. Spinoza'nın iletişim hakkı, C. B. Akal'ın ifadesiyle, modernitenin ulusalcı mantığından ileri gelen modern yerelliği içerisinde kendisine yer bulamayacaktır; zira malların, insanların ve düşüncelerin sınırsız dolaşımına ülke sınırlarının ulusal devletlerce kapatıldığı bir dünyada, merkezî olmayan bir bütün içinde, tek yönlü bir bilgilendirme ve biçimlendirmeye dönüşmeksizin işleyen Spinoza'daki evrensel iletişim hakkı da gerçekleşmez³⁵⁴. “Yerellik/Evrensellik Sorunu” Spinoza'nın söyleminden yola çıkılarak, Akal'ın gösterdiği gibi, üzerinde derinlemesine düşünülebilecek bir konudur³⁵⁵.

Uluslararası hukuk Spinoza'da (*Tractus theologico-politicus*, 1670; *Tractus politicus*, 1677 adlı yapıtlarında) esasında marjinal bir yer işgal eder. Hobbes gibi, Spinoza'da doğal durum – sivil durum (devletli toplum) ayrımı doğrultusundaki görüşlerini uluslararası alana taşıdığına bu yaklaşımın beklenen neticesine varmaktadır. Devletler aralarında sözleşme yaparak sivil boyuta geçmemişlerdir ve doğal durumda ilişkilerini sürdürürler. Bu durumda her devletin hakkı, gücünün uzamı kadardır. Kendini koruma güdüsü, devletler ve halklar için de insanlar için olduğu gibi temel ilkedir. Hobbes gibi

³⁵¹ Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, s. 24.

³⁵² Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, s. 25, d.n. 12.

³⁵³ Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, s. 25, d.n. 12.

³⁵⁴ Cemal Bâli Akal, “Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı”, s. 26.

³⁵⁵ Cemal Bâli Akal, “Hukuka Karşı Haklar Spinoza'da Yerellik/Evrensellik Sorunu”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Yıl:6, Sayı:21, Kasım, Aralık, Ocak 2002–03, ss. 31–45.

Spinoza'da, devletlerin bir sözleşme yaparak üstün bir otoriteye bağlı olmayı kabul etmediklerini ve bu nedenle radikal bir güvensizlik içerisinde birbirleriyle ilişkilerini sürdürdüklerini tespit eder. Aralarındaki kontratlar, aralarındaki güç durumunun basit birer yansımasıdır ve güç dengesi değiştiğinde bu kontratlar da uygulanabilir olmaktan çıkıp yeni duruma uydurulurlar. Güçleri elverdiğinde devletler, kendilerini yapmış oldukları kontratlardan kurtarabilirler³⁵⁶.

Konunun uluslararası hukuk uzamına gelirse, XVII'nci yüzyıl felsefesi ilkin yeni bir tarih felsefesi ve anlayışı ortaya koymuştur. Bu seküler tarih felsefesinin özelliği, yaratıcı, özgür ve anlamını kendi oluşturan insanın kendi eylemlerinin sahibi olarak tarihin öznesi olmasıdır. XVII'nci yüzyıl felsefesi, salt insan aklının bir ürünü olarak özerk bir felsefedir. Teolojiden neredeyse tamamen bağımsızdır. İnsan merkezli (homosantrik) bir felsefedir, teosantrik değildir. Bu merkezî insan, Modernitedeki Batılı İnsan arketipidir³⁵⁷. Anılan Batı, Rönesansla modernitenin kurduğu ve kendi kendisinin kimliğini inşa ettiği Batı'dır. XVII'nci yüzyıl filozofları bu Batı'nın ve insanının acil varlık ve bilgi sorunlarını çözmek için yol gösterici işlev üstlenen düşünürlerdir. Bu sorunların en başında bilgiyi akılda temellendirmek, varlığı bilimin ve insanın taleplerine göre anlayıp kurmak gelir. Modern ekonomik koşullara uygun olarak insanın doğal ve tinsel (manevî) boyutuyla uyumlu yeni bir değerler düzeni yaratmak ve siyasal kurumları, ulus-devleti kuracak şekilde, insan eseri bir sözleşmeye dayandırmak, felsefeyi bekleyen acil sorunların siyasal ve hukukî tarafıdır. Bu çağda filozoflar hukukî konuları da özleri itibarıyla görmezden gelemedikleri gibi, meslekten hukukçular da felsefeye kayıtsız değildirlen. Anılan hukukçular arasında elbette, inceleye geldiğimiz Grotius ilk ve başat önemdedir.

Hugo Grotius'un asıl konumuz olan uluslararası hukukta literatüre klâsik bir başlangıç teşkil eden yapıtını, yukarıda çizilmeye çalışılan genel felsefi çerçevede değerlendirip, çağının büyük düşünce resmi içindeki yerine yerleştirdiğimizde, Grotius'un disiplini için arz ettiği değer daha iyi anlaşılacaktır.

Grotius'un öğretisi, hemen yukarıda andığımız felsefi, siyasî ve hukukî sorunlara akla dayalı çözüm arayışını, devletlerarası ilişkilere doğru uzatır ve uluslararası hukukun klâsik kuramına giriş oluşturur.

³⁵⁶ Truyol y Serra Antonio, Histoire du droit international public, s. 82; Gaurier Dominique, Histoire du droit international, s. 168.

³⁵⁷ Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi, s. 438.

Hugo Grotius'un uluslararası hukukun temeli olarak gördüğü akla dayalı doğal hukuk anlayışının, "akla dayalı" olarak geliştirilmesi, çağın felsefesinin karakterinin, uluslararası hukuk öğretisindeki yansımasıdır.

Çağın felsefesi usa dayalıdır; çünkü felsefe teosantrik olmaktan çıkıp, homosantrik olduğunda akıl bu felsefeye yol gösterecek insanî melekedir. Kutsallık iddiasındaki otoritenin hizmetinde ve nakle dayalı tekrar yerine akla dayalı felsefe yapma zorunluluğu XVII'nci yüzyıl felsefesini akılcı yani rasyonalist kılmıştır³⁵⁸.

Rasyonalizm akla, bilime ve bilimsel yöneme güven beslenmesidir³⁵⁹. İnsan "düşünen öz" olarak, doğayı ve yeryüzünü araştırmaya ve onu yöneten kanunları öğrenmeye yönelir³⁶⁰. Düşünce boyutu, insanı insan kılan şeydir. Düşünce akılla olur. Akıl yöntemi ise çağın felsefesinde matematiktir. Eldeki makalede işaret etmiş olduğumuz gibi, Grotius'un öğretisini matematik kesinliğe sahip önermelere dayandırmak istemesi, hukuk düşünürü olarak çağının felsefesinin de bir temsilcisi olduğunu gösterir.

Modern dönemde siyaset felsefesi de özne ya da bireyden hareketle inşa olunur. Grotius'un doğal hukukun değişmez kanunlarını araştırırken bireyden yani tek bir insandan hareket etmesi de dikkate değerdir. Modern siyaset felsefesinin insan odaklı düşünsel tutumunu Grotius, uluslararası hukuk öğretisinin dayanaklandırma yönteminin (argümantasyon metodolojisinin) başlangıç noktalarından birisi yapmıştır.

Rönesanstan itibaren, modern dönemin bütün politika teorileri, Kilisenin sunduğu ilkeleri, toplumun açıklayıcı ilkeleri olmaktan çıkarmaya, toplumu yeryüzüne ait ilkelerle kavramaya çalışmıştır. İnsanı merkez alan, insanın iradesine vurgu yapan modern politik öğretiler, toplumu da öncesiz ve kendiliğinden bir yapı olarak değil, fakat kurulmuş, insan eseri bir yapı olarak değerlendirirler. Bu alanda bireyciliğe geçiş birden bire olmamış, Rönesansın devlet ve egemenliğin kaynağı sorunu üzerinde odaklanan öğretilerinin aracılığından sonra olanaklı olmuştur³⁶¹. Ulus-devletlerin ortaya

³⁵⁸ Bkz. Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, ss. 250–251.

³⁵⁹ Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, s. 439.

³⁶⁰ Francis Bacon şöyle demişti: "Bilgi güç içindir" ("*Scientia propter potentiam*"); bkz. Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, s. 445.

³⁶¹ Tarihsel olarak yaklaşık 1400 ile 1600 yılları arasında süren zamanda, Avrupa uygarlığının Ortaçağ ile Yeniçağ arasındaki geçit döneminde geliştirilen felsefe "Rönesans Felsefesi" adıyla etiketlenmiştir. Rönesans felsefesi bir bakıma Ortaçağ düşüncesi ile süreklilik

çıkmaya başladığı bu dönemde, devletlerin evrensel iktidar peşindeki Papalığın ve Germen İmparatorluğu'nun tekellerine almaya çalıştığı ilâhî meşruiyete dayanmaları, onların evrenselci otoritelere karşı yürüttükleri bağımsızlık mücadelelerine yardımcı olmayacaktı. Bu nedenle devletin kaynağı, ilâhî iradeden ziyade, dünyevî bir ilkeyle meşrulaştırılmaya çalışılmıştır³⁶². Politi-

arz ederken diğer bakımdan düşüncede eskiden kopulup bir “yeniden doğuş”u temsil eder. Ortaçağ düşüncesi ile süreklilik arz etmesi, Aristotelesçiliğin felsefeye hâkim olmaya devam etmesinden kaynaklanır. Ancak bu Aristotelesçiliğin Ortaçağdakinden farkı, XIV’üncü yüzyıldan başlayarak Roger Bacon ve tümellerin (*universalia*) değil de, tek tek nesnelerin asıl gerçek olduğunu ileri süren nominalizmin savunucusu Ockhamlı William’ın (1300–1349) etkisiyle Aristotelesçilik ile Hıristiyan teolojisi arasında kurulan skolâstik sentezin teolojik tarafının sorgulanıp çökertilerek, Aristotelesçiliğin düşünce formu olarak tek başına bırakılmasıdır. Böylelikle deney, bilginin temeli olarak alınmaya başlanmıştır. Dinci yaklaşımın düşünceye koyduğu Ortaçağ tarzı monotonlaştırıcı ağırlık kültürel atmosferden kaldırılınca, edebî bilimlerdeki rönesans ile birlikte, matematiğe ve fiziğe önemli bir dönüş yaşanmış, Rönesansta ortaya konan doğa felsefesini takiben, bilim hareketi doğmuş ve buradan Batı’da sonraları yaşanılacak “Aydınlanma”ya dek uzanmıştır. Din, iman-inanç konusu olarak anlaşılmaya başlanırken, dinî sulta altında tutulmaktan (*philosophia ancilla theologiae*) kurtarılan felsefe, kendi özerk alanını elde etmiştir. Rönesans çağında, bir anlamda hem antik, hem de İslâmî-tasavvufî tasavvurların öne sürdüğü gibi, mikrokozmos olan insan, felsefede “birey” olma yoluna girerken, sanki buna koşut olarak, her biri birer ayrı âlem olan uluslar da Papalıkla temsil edilen Hıristiyanlığın makroevrensel hâkimiyetini üzerlerinden silkip atmaya ve kendi kimliklerine kavuşmaya başlamaktaydılar. Birey ve devlet anlayışlarındaki gelişmeler, yurttaşlık kavramının gelişmesine yol açacaktır. İnsan sorununu ele alan çalışmalara, hümanizma adı verilmiştir. Hümanizma geniş anlamıyla, “modern insan”ın yeni hayat anlayışını ve duygusunu dile getiren akımdır. Hümanizma, insanı, Ortaçağın feodal ve dinci kimlik kalıplarından kurtarıp, kişiliğini ve bireyselliğini arayan bir varlık olarak yeniden kurgulamıştır. Ulusların düşünsel yaratımı da bu akımın diğer bir yüzüdür. Böylelikle Rönesansta insan için birey kimliği, toplumlar için de ulus kimliği doğmuştur. Niccolo Macchiavelli (1469–1527) ve Michel de Montaigne (1533–1592) gibi öncü düşünürler içinde yaşadıkları toplumun felsefî ve siyasal koşullarının gerektirdiği yeni çözümlere girişmişlerdir.

³⁶² Bu çabaların başlangıcında Rönesansın kültürel havası içinde yetişen bir başka önemli hukuk ve devlet filozofu da ünlü Fransız düşünür Jean Bodin’dir (1530–1586). Machiavelli, güçlü ulusal devlet idealinin filozofu iken; Bodin monarşik idare idesinin filozofudur. *Les six livres de la République* [(1576), Cumhuriyetin Altı Kitabı. Bodin, *république* – cumhuriyet kelimesini devlet anlamında kullanmaktadır; nitekim mutlak monarşik devletin anlatıldığı yapıtta kastedilenin “cumhuriyet” olmadığı açıktır ancak henüz devlet kelimesi yerleşmemiştir] adlı başyapıtında, hükümet şekilleri üzerinde tarihî karşılaştırmalar yaparak, aristokrasi ile demokrasinin olumlu yönlerini bir araya getiren mutlak monarşinin en iyi devlet biçimi olduğu sonucuna varır. Mutlak monarşi, vicdan hürriyetini kabul eden, kamunun (toplumsal bütünün) iyiliğini en yüksek amaç bilen bir devlettir. Gücü sınırsız olan hükümdar, ancak ahlâkın ve doğal hukukun yasaları ile bağlıdır ve kendisini Tanrı’ya karşı sorumlu sayar. Devlet, rasyonel bir otorite ile düzenlenmiş olan bir “aileler birliği”dir. Devleti devlet yapan nitelik “egemenlik”tir (*souveraineté*); egemenlik hiçbir şekilde bölünemez, başkasına devredilemez, başka bir otorite ile sınırlanamaz. Egemen ancak doğal hukuk ile sınırlandırılmıştır. Politik düşünceye ve kamu hukukuna egemenlik kavramını kazandıran Bodin’dir. Bölünmez ve sürekli

ka öğretileri de, toplumun kaynağı sorununu, egemenliğin ve devletin kaynağı problemi çerçevesinde ele almışlardır. Esas problemin, devletin statüsünün tesis edilmesi problemi olması çok doğaldır³⁶³. Bu doğrultuda, XV'inci ve XVI'ncı yüzyılda filozoflar bireyden ziyade devlet odaklı düşünmüşler ve genç ulus-devletlere bir varlık temeli sağlayacak egemenlik öğretisi geliştirmeye koyulmuşlardır. Bununla beraber devletin nasıl olması gerektiği üzerinde de durmuşlardır. Burada da devlet-toplum özdeşliği düşüncelere hâkim olmuştur. XVII'nci yüzyıldaysa birey hakları, sivil toplum gibi öğeler düşünce dünyasına girmiştir. Bunun en kuvvetli görünümü de sözleşme kavramına yapılan vurgu olmuştur. Sözleşme kavramı kaynağında insan iradesini bulur ve toplumu açıklayıcı ilke olarak XVII'nci ve XVIII'inci yüzyıl düşüncesine egemen olur³⁶⁴. Bu sözleşmecilik, gene Grotius'la başlattığımız

bir egemenliğin Fransız teorisyeni, uluslararası hukuku, iç hukuka göre değerlendirmiştir. Dış egemenlik, sınırsız tam bağımsızlıktır. Uluslararası politikayı ve hukuku yakından ilgilendiren bazı fikirleri aşağıdaki gibi öze indirgenebilir: a. Antlaşmalara uyulmalıdır. Onlarla çelişmemek için çok ağır yükümlülükler altına girmekten çekilmeli ve çok uzun vadede antlaşma yapmaktan kaçınılmalıdır. b. Sürekli elçiler ağı sıkı ve ihtiyatlı diplomatlardan seçilmelidir. c. Savaş her ne kadar nefret edilesi bir şeyse de doğal bir olgudur. Onu engellemek için her şey yapılmalı; saldırı savaşını hiçbir zaman kıskırtmamalı ve devlet tarafından uluslararası arenada her şeyden önce tarafsızlık siyaseti uygulanmalıdır. d. Tarafsız prensler "barış hakemi" (*arbitre de paix*) vazifesini yerine getirmelidir. Bodin, *pacta sunt servanda* – ahde vefa / antlaşmalara bağlılık ilkesini benimsemiş olmakla birlikte bunun egemenliği sınırlandırıcı olarak düşünülmesi Bodin'in kuramının esas gereği mümkün değildir. Diğer devletlerle yaptığı akitlerle egemenliğini sınırlanmış sayılmayacak olan Bodin'in kuramsal devletin egemenliğine karşı ne papalık, ne kilise, he de halk hiçbir üstünlük, ayrıcalık, sınırlandırma öne süremeyecektir. Fransız monarşisinin ve devletin güçlenmesine yönelik olan bu ideoloji, dönemin Fransı'daki politik ve toplumsal tarihsel koşullar ile yakından bağlantılı bir biçimde kuramcısı tarafından geliştirilmiştir. Neydi bu koşullar? Fransız Katolikler ile Fransız Protestanları arasında 1562–1589 arasında Fransa'da meydana gelen büyük din savaşları birçok bakımdan ülkede krallık otoritesini sarsmıştı. Ticarî çevrelerin ve küçük soyluların desteğini kazanan Kalvencilik kitlesel bir muhalefet biçimini almıştı. Feodal hakları koruma temelinde ortaya çıkan Kutsal Katolik Birliği de çok geçmeden krallıktan bağımsız bir kitle örgütlenmesine gitti. Bu hareket tahta aslen Protestan olan Henri de Navarre'ın (kral olacak IV. Henri) vâris olmasından sonra düzen karşıtı bir niteliğe büründü. Bu ortam kraliyet otoritesinin kaynağına ilişkin yeni siyasal görüşlerin doğmasını da zemin hazırladı. Gerçekte dünyevî otoriteye boyun eğmeyi öngören Kalvencilik, acımasız baskıların etkisiyle Tanrı'nın buyruklarına uymayan hükümdara karşı ayaklanma hakkını savunma noktasına yöneldi. Barış ve birlik için dinsel özgürlükten yana olan ılımlı Katolik çevreler de güçlü bir monarşi görüşünden hareketle hükümdarın Tanrı'ya karşı sorumlu olması gerektiği anlayışını işlediler. Din savaşlarının sonuna doğru her iki çizgi de monarşiyi destekleme noktasında birleşti. İşte ülkedeki bu ortamda, tanrısız hak üzerine kurulu ve yalnızca doğal hukukla sınırlanabilen mutlak egemenliği savunan Jean Bodin, monarşik bir otoritenin kuramsal temellerini attı.

³⁶³ Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, s. 443.

³⁶⁴ Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, s. 443.

uluslararası hukuk disiplinin klâsik öğretisinde, doğal hukukun değişmez bir temel kanunu olarak *pacta sunt servanda* yani sözleşmelerin ve antlaşmaların uluslararası hukukta bağlayıcılığı ilkesi ile tezahür etmiştir.

Grotius hakkındaki nihayî değerlendirmemize ilişkin son cümlelerimizi makalemizin sonuç kısmına bırakarak, çalışmanın ikinci bölümüne geçmekte ve buradan itibaren postgrotien öğretinin seyrine eğilmekteyiz.

II- Grotius Sonrası Öğretide Doğal Hukukçuluk ve İlk Pozitivist Yönelimler

A- Postgrotien Doğal Hukukçu Öğreti ve Samuel von Pufendorf

Bu başlık altında, Samuel von Pufendorf'un yaşamına ilişkin bilgiler paylaşıldıktan sonra, doğal hukuk kuramının dayandığı temel düşünceler aktarılmakta ve bunun sonrasında da Pufendorf'un uluslararası hukuk hakkında geliştirdiği görüşleri irdelenmektedir.

1- Samuel von Pufendorf'un Yaşamı

Uluslararası hukukun öğretisi tarihinde, Grotius'un rasyonalist doğal hukuk temelli "lâik" uluslararası hukuk kuramını, rasyonalist (akılcı) ve sekülerist (bu dünyacı) bir anlayışla doğal hukukçu (*jusnaturaliste*) bir doğrultuda devam ettiren yazarların başında Samuel von Pufendorf gelir³⁶⁵.

³⁶⁵ Anılan çizgideki çalışmaların ve düşüncelerin tanınıp yaygınlaşması için önemli katkıda bulunmuş Fransız hukukçu Jean de Bayberbac'ı da burada anımsamak gerekir. Barbeyrac (1674–1744) Kalvenci bir papazın oğluydu. Nantes Fermanı'nın yürürlükten kaldırılmasıyla ülkesinden ayrıldı. Berlin, Lozan ve Groningen'de verdiği dersler ve yaptığı tercümelemlerle önemli bir etki yaratmıştır; bkz. Pierre Laurent, Pufendorf et la Loi Naturelle, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1982, s. 66. Özellikle Grotius ve Pufendorf'un eserlerini tercüme ederken getirdiği açıklamalar (yaptığı şerhler) ile bu yazarların düşüncelerini yorumlayıp değerlendirmiş ve kurama da katkıda bulunmuştur. Örneğin, Pufendorf'tan, *Le Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique* (2 cilt, 1706) ve *Les Devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle* (1707, 1735); Grotius'tan, *Le Droit de la guerre et de la paix* (2 cilt, 1729) ve Bynkershoek'ten *Traité du juge compétent des ambassadeurs, tant pour le civil que pour le criminel* (1723) adlı tercümelemlerinden eldeki çalışmamızda da yararlanılmıştır. Barbeyrac için ayrıca bkz. <http://www.google.com.tr/search?hl=tr&tbo=p&tbm=bks&q=%22Jean+de+Barbeyrac%22&num=50> (20.10.2012). Tercümeleri haricinde, Barbeyrac'ın uluslararası hukuk literatürü bakımından önemli kitapları, *Traité du jeu, où l'on examine les principales questions de droit naturel et de morale qui ont du rapport à cette matière* (2 cilt, 1709); *Traité de la mo-*

Samuel von Pufendorf (1632–1694), Grotius sonrası doğal hukukçu öğretinin önde gelen yazarıdır³⁶⁶. Alman tarihçi ve hukukçudur.

Pufendorf, Lutherci yoksul bir papazın oğlu olarak dünyaya geldi. Zengin bir soylunun yardımıyla Grimma'daki tanınmış bir okula gitme olanağı buldu. Leipzig Üniversitesi'nde ilâhîyat okudu, ama çok geçmeden hukuk, filoloji, felsefe ve tarihe yöneldi. 1656'da Jena'ya gitti, orada Descartes'ın yöntemiyle tanıştı. Hugo Grotius ve Thomas Hobbes'un yapıtlarını okudu. Grotius gibi o da birinci bölümümüzün sonunda işaret ettiğimiz XVII'nci yüzyıl filozof-hukukçu'lar kuşağının bir mensubudur.

Pufendorf, 1658'de Kopenhag'daki İsveç büyükelçisinin evinde öğretmenliğe başladı. İsveç ile Danimarka arasında savaş çıkınca büyükelçinin mahiyetiyle birlikte tutuklandı. Hapiste geçirdiği sekiz ay boyunca doğal hukuk üzerine ilk yapıtı olan *Elementorum Jurisprudintiae Universalis Libri Duo*'yu (Evrensel Hukukun Unsurları Üzerine İki Kitap) hazırladı (1660)³⁶⁷. Bu kitapta Grotius ve Hobbes'un düşüncelerini geliştirdi. Kitabını ithaf ettiği Elektör Karl Ludwing, Pufendorf için Heidelberg Üniversitesi'nde, Almanya'nın ilk doğal hukuk kürsüsünü kurdu. 1661'den 1668'e değin burada ders veren Pufendorf, bir yandan da ikinci kitabı *De Statu Imperii Germanici ad Laeilum Fratrem Dominum Trezolani Liber Unus* (Alman İmparatorluğu'nun Bugünkü Durumu Üzerine Trezolanus'un Efendisi Birader Laelius'a Bir Kitap) üzerinde çalıştı (1667). Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu ve Avusturya'ya yönelik sert bir eleştiri niteliği taşıyan kitap, anayasa hukuku

rale des Pères de l'Église, où, en défendant un article de la préface sur Puffendorf contre l'Apologie de la morale des Pères du P. Ceillier, on fait diverses réflexions sur plusieurs matières importantes (1728); *Histoire des anciens traitez, ou Recueil historique et chronologique des traitez répandus dans les auteurs grecs et latins et autres monumens de l'antiquité, depuis les temps les plus reculez jusques à l'empereur Charlemagne* (1739) ve *Supplément au corps universel diplomatique du droit des gens* (1739) ile *An historical and critical account of the science of morality* (1729) olarak sıralanabilir. Son belirtilen kitabı ve öncekileri elektronik ortamda okumak için bkz. <http://books.google.com.tr/books?id=LT5WAAAAYAAJ&hl=tr> (20.10.2012). Barbeyrac hakkında öğretilerde yapılan değerlendirmeye göre, onun tercüme ve yapıtları olmaksızın dönemin doğal hukuk akımı, en azından belirli bir entelektüel ve akademik çevrede, bu denli güçlü biçimde yaygınlaşıp kök salamazdı; bkz. Pierre Laurent, Pufendorf et la Loi Naturelle, s. 68.

³⁶⁶ Bkz. P. Avril, "Pufendorf", A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 331–383.

³⁶⁷ Samuel von Pufendorf, *Elementorum Jurisprudintiae Universalis Libri Duo*, Editio Novissima, 1672; e-okuma için bkz. http://books.google.com.tr/books?id=GrNDAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false; <http://www.archive.org/details/samuelpufendor00pufe> (20.10.2012).

ve tarih konusunda kapsamlı bir okumaya dayanıyordu. Tüm Avrupa'da heyecan uyandıran kitap imparator tarafından yasaklandı; bunun da etkisiyle daha çok ilgi çekti, pek çok dile çevrildi ve yabancı ülkelerde basıldı.

Pufendorf 1668'de, İsveç'te yeni kurulan Lund Üniversitesi'ndeki doğal hukuk kürsüsüne geçmek üzere Heidelberg'den ayrıldı. Burada geçirdiği yirmi yıl yaşamının en verimli dönemi oldu. 1672'de büyük yapıtı *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*'yu (Doğal Hukuk ve Uluslar Üzerine Sekiz Kitap)³⁶⁸ ve 1673'te bu kitaptan seçmeleri içeren *De Officio Hominis et Civis Iuxta Legem Naturalem Libri Duo*'yu (Doğal Hukuka göre Yurttaşın ve İnsanın Görevi Üzerine İki Kitap) yayımladı³⁶⁹. Bu kitaplarında Ortaçağ ilâhîyatçılarının geleneksel teolojik yaklaşımından ayrılarak, doğal hukuku insanın toplumsal bir varlık (*socialitas*) olmasına dayandırdı. Pufendorf'a göre her birey insanlık onuru bakımından eşitlik ve özgürlük hakkına sahipti. Aristoteles'in öğretisine karşı çıkararak köleliğin doğallığından söz edilemeyeceğini, efendi-köle ilişkisinin ancak taraflar arasında bir anlaşma temelinde var olabileceğini öne sürdü. Pufendorf'un medenî hukuk, ceza hukuku ve anayasa hukuku yaklaşımları da *socialitas*, insanın toplumsal bir varlık olması, ilkesine dayanıyordu.

Görüşleri Almanya ve İsveç'te tutucu Protestan ilâhîyatçılarınca şiddetle eleştirildi. Leibniz³⁷⁰, Pufendorf'u "*hukukçu olmadığı gibi filozof da sayı-*

³⁶⁸ Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Editio Secunda, 1684; e-okuma için bkz. http://books.google.com.tr/ebooks/reader?id=IVk_AAAAcAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PP2 (20.10.2012); Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, trad. Jean Barbeyrac, Tome I, Henri Schelte, Amsterdam, 1706; e-okuma için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95828m.r=samuel+von+pufendorf.langEN> (20.10.2012); Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, trad. Jean Barbeyrac, Tome II, Henri Schelte, Amsterdam, 1706; e-okuma için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k960426.r=samuel+von+pufendorf.langEN> (20.10.2012); Samuel von Pufendorf, *Of The Law Of Nature And Nations*, trans. Kennett Basil, London, 1729; e-okuma için bkz. <http://books.google.com.tr/books?id=080-AAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false> (20.10.2012).

³⁶⁹ Samuel von Pufendorf, *Les Devoirs de l'Homme et du Citoien Tels qu'ils lui sont prescrits par la Loi Naturelle*, trad. Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1735; e-okuma için bkz. <http://books.google.com.tr/books?id=AQdBAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false> (20.10.2012).

³⁷⁰ Gottfried Wilhelm Leibniz, Otuz Yıl Savaşları'na son veren Vestfalya Barışı'ndan iki yıl önce Almanya'nın Leibzig şehrinde doğdu. Din savaşlarıyla kan revan içinde kalmış, paralı askerlerden oluşan sürülerin yağmasına uğramış bir ülkede doğan bu bebek, Alman felsefesinin ilk büyük düşünürü olacaktır. Nitekim Almanya'ya Yeniçağ Avrupa kültürünü orijinal ve yaratıcı biçimde benimseten Leibniz olmuştur. Bu ülkeden yükselecek modern düşünce, felsefe ve bu arada bizi de ilgilendiren uluslararası hukuk kuramındaki ba-

şarlarının başlangıcında Leibniz vardır. Bu nedenle kendisini burada hızlıca da olsa hatırlatmak gereklidir diye düşünmekteyiz. Leibniz (1646–1716), hem mantıkta, hem metafizikte önemli katkılarda bulunmuş, diferansiyel ve integral hesabın temellerini atmış Alman filozof ve matematikçidir. Leibniz, modern zamanların en büyük âlimlerinden birisidir. Yaşamı boyunca çok çeşitli işler yapmak durumunda kalmış, bunların neredeyse her birinde inanılmayacak derecede yaratıcı olmuş olağanüstü bir polimat (çok dallı) bilim adamı-filozoftu. Diferansiyel hesabın mucidi olacak kadar büyük bir matematikçi, yüzyıllar sonra geliştirilecek bilgisayarların bilişimsel bakımdan kuramsal temelini atacak kadar büyük bir mantıkçi, mekaniğe kinetik enerji kavramını kazandıran bir fizikçi, jeoloji biliminin kurucusu sayılan bir maden mühendisi, modern kataloglama düşüncesini yaratan bir kütüphaneci, Berlin Bilimler Akademisi kurucusu bir büyük eğitimci, vatansever bir diplomat, ünlü bir hukukçu ve tarihçi, Hıristiyanlığın bütün mezheplerini birbirleriyle barıştırmaya kalkışacak kadar tutkulu bir ilâhiyatçı, güçlü ve özgün bir felsefe sisteminin kurucusu olan derin bir filozoftu. Filozof olarak, bilim ile din, dinden ve teolojiden hiç ödün vermeksizin uzlaştırmayı ve bağdaştırmayı amaçlamıştı. Bu amacına uygun olarak doğabilimi veya fiziği, sistematik bir tarzda gördüğü şekliyle dünyanın düzgün temsili diye yorumlamış ve dünyanın, bu temsilin gerisinde gerçekte ne olduğunu ortaya koyacak bir metafizik sistem geliştirmeye koyulmuştur. Leibniz’in felsefesinde kullandığı yöntem, bir düzen olarak evrenle ilgili mutlak hakikatleri belli bir töz öğretisiyle en temel aksiyom ya da ilkelerden çıkarsayan tümdengelmisel bir yaklaşım olmuştur. Mantık yaklaşımının arkasında aklın idaresi için belirlediği “on kural”ı vardır. Bu kurallarını “beş temel akıl ilkesi”ne (mantıksal doğruya) dayandırır. Bunların ilki “çelişmezlik ilkesi”dir. Bundan ötürü Leibniz, çok sonraları bilgisayar bilişiminin de algoritmik temeli olacak biçimde, zorunlu doğrulardan yola çıkarak, terimlerin tanımlanmasının “A, A’dır” şeklindeki özdeşlik önermelerine indirgenebilir olduğunu belirlemiştir. İkinci ilkesi, “öznedeki yüklem (*in esse*) ilkesi”; ilkelerin üçüncüsü ise “yeter sebep ilkesi”dir. Bunu desteklemek üzere, dördüncü ilke “yetkinlik ilkesi” ve beşinci ilke “ayırt edilmezlerin özdeşliği ilkesi”dir. Leibniz, mantığın temellerini kurduktan sonra, “fiziğin, kendisinin nasıl bir metafizik gerektirdiğini” düşünmeye koyulur. Temel eseri Monadoloji’nin felsefî anlamı bu probleme cevap aranmasından ileri gelir. Töz sorunu, Descartes ve Spinoza gibi rasyonalist filozoflarda nasıl önemliyse, aynı rasyonalist felsefe geleneğine mensup olan Leibniz’de de öyle önemlidir. Tözün de özü, güç yani eylemlilik kapasitesi anlamında enerjidir Leibniz’de. Fenomenal düzeyin gerisindeki esas gerçeklik düzeyini oluşturan tözsel güç merkezlerine “gerçekliğin bölünemezleri” anlamına gelen monad adını verir. Leibniz’in etik anlayışı, tıpkı bilgi teorisinde olduğu gibi, doğrudan doğruya onun metafiziğinden çıkar. Evreni meydana getiren ve kendi ölçüleri içinde özerk olan monadlar çokluğunun, “Tanrı’nın önceden kurulmuş uyumu” sayesinde düzen kazandığını söyler. Bu düzen içerisinde insan için ahlâkî yetkinlik erdemli olmaktır. Erdem, bilgeliğe uygun eylemde bulunma yöneldir. Bilgelik mutlu olmayı bilmektir. Gerçek mutluluksa, kalıcı ve sürekli entelektüel hazdır. Entelektüel hazın varlık düzenindeki yetkinliğin ve evrendeki ahengin bilinçli algısından oluştuğu dikkate alınrsa, Leibniz’de bilginin kişinin ahlâkî iyiliğinin ve olgunluğunun zorunlu koşulu olduğu ortaya çıkar; fakat kozmolojik düzene, evrenin rasyonalitesine ve yaratılışın güzelliğine ilişkin entelektüel bilgi, mutluluk için gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir. Ancak bu düzene ve güzelliğe katkıda bulunmak suretiyle insanın ahlâkî olgunluğu yeterli duruma gelebilir. Leibniz, bilgiyi hayat için, hayatın emrinde kullanmak ister. Leibniz’in siyaset ve hukuk felsefesi de bu ahlâk anlayışının doğal bir sonucudur. Hukuk insanların yalnız dıştan ilgilerini ayarlayan bir kurallar sistemi değildir; onun kökleri ahlâktadır, ahlâkî sevgidedir. Bu sevgi, insana başka insanların mutluluk gereksinimini kendi öz gereksinimi gibi duyurur. İnsanda başkasının malına dokunmak korkusunu geliştirir. Toplumun mutluluğunu desteklemeyi, dünya nimetlerini hakka göre da-

lamayacak biri” diyerek küçümsedi³⁷¹. Bunlara karşın İsveç hükûmetinin koruduğu Pufendorf, 1686’da Eris Scandica adıyla yayımladığı risalelerde görüşlerini çok başarılı biçimde savundu.

1677’de Lund’un Danimarka işgaline uğramasından sonra Pufendorf, Stockholm’de kraliyet tarihçisi oldu ve zamanının büyük bölümünü II. Gustaf Adolf’tan X. Karl Gustaf’a değin İsveç tarihini yazmaya ayırdı. 1687’de kamu işlerinde devletin kiliseye olan üstünlüğünü vurguladığı, ama dinsel konularda Kilise’nin yetkisini ve bireyin vicdan özgürlüğünü savunduğu *De Habitu Religionis Christiane ad Vitam Civitem*’i (Bir Yurttaşın Yaşamıyla İlişkisi Bakımından Hristiyan Dininin Gücü) yayımladı. Yaklaşımı XVIII’inci yüzyılda daha da geliştirilerek, Almanya’da kilise ve devlet ilişkilerine yön veren, kiliselerde kurullar eliyle yönetim sisteminin temelini oluşturdu. Kitap aynı zamanda, genel olarak hoşgörü düşüncesinin, özel olarak da 1685’te Fransa’dan çıkartıldığında Huguenot’ları (Fransa Protestanları) himaye eden Brandenburg elektörünün savunusuydu.

Pufendorf, 1688’de Brandenburg elektörünün tarih yazıcılığını yapmak üzere Berlin’e gitti. 1694’te baron unvanı aldı ve aynı yıl öldü. Ölümünden

ğıtmayı öğretir. Sevgi bütün bunları bir erek olarak ortaya koyar; bilgelik de bu ereğe varıracak yolları bulur. Leibniz, hukukla gençliğinde ilgilenmiş, ilerleyen yaşlarında felsefe ve bilimde yoğunlaşmıştı. Hukuk üzerine kaleme aldığı çalışmalarında yazım üslubu olarak Roma hukukunun etkisi görülmektedir. Leibniz’e göre hukukun kaynağı Tanrı’dır: “*Deum esse omnis naturalis juris auctorem verisimum est, at non voluntate, sed ipsa essentia sua qua ratione etiam auctor est veritatis*”. Adalet, kutsallığa göre doğru olandır ve Tanrı özü itibarıyla doğrudur ve bu öz dolayısıyla Tanrı âdildir. Ontolojik (varlığın kökeni) bakımdan adalet ihtiyacı kutsal yasadandır. Bu ontolojik kaynak dolayısıyla iyilik ve merhamet evrenseldir. Erdem olarak adalet, bilgelik, akıl ve aydınlık aşkıdır. Hristiyanlık düşüncesinin, felsefesinde önemli bir ağırlık taşıdığı Leibniz’de doğal hukukun kaynağı dinî ve tanrısalıdır. Nitekim genel felsefesinde de gördüğümüz gibi Leibniz, bir filozof olarak Hristiyanî dinî inançla, çağının büyük felsefî ilerlemeler kaydeden akılcı düşüncesi arasındaki çelişkileri ve gerilimi gidermeyi kendine amaç olarak koymuştur. Hukuk düşüncesinde de dinî kaygılarından uzaklaşmamaktadır; fakat bu kaygılar hümanist bir düşünürün aklında çağın felsefî ilerlemeleriyle bağdaştırılmaya çalışılmaktadır. Leibniz, insana ve insanî erdeme hak ettiği değeri kazandırmaya uğraşmaktadır. İnsanlığın şunu ilân etmesi özlemi içindedir sanki: “*Ecce homo*”; “İşte insan”. Alman düşüncesi söz konusu olduğunda “*ecce homo*”nun çağrıştırdığı çok şey vardır. Leibniz’in düşünür olarak kişiliğinde, Hz. İsa’dan Friedrich Nietzsche’ye uzanan bir eksendeki bu çağrışımlar manzumesi arasındaki çelişkilerin, gerilimlerin ve mahzunluk ile yaratıcılığın bir toplamını görebiliriz. Leibniz’in siyaset ve hukuk felsefesi için ayrıca bkz. Patrick Riley, Leibniz: Political Writings, Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

³⁷¹ “*Vir parum jurisconsultus, et minime philosophus*”; bkz. Eugène Lerminier, Introduction Générale à l’Histoire du Droit, s. 144.

sonra 1695'te *Jus Fetiale Sive de Consensu et Dissensu Protestantium* (Diplomasi Yasası ya da Protestanların Anlaşmaları ve Anlaşmazlıkları) adlı bir kitabı yayımlandı.

Pufendorf'un yapıtları XVIII'inci yüzyılda birçok kez basıldı. John Locke ve Jean-Jacques Rousseau gençlere Pufendorf'u okumalarını öğütlediler³⁷².

2- Samuel von Pufendorf'un Doğal Hukuk Kuramının Dayandığı Aksiyomlar

Pufendorf hukuk düşünürü olarak çalışmalarında, içinde yaşadığı yüzyıldaki rasyonalist felsefede filozoflarca benimsenen ve kullanılan Kartezyen yaklaşımı ve geometrik yöntemi kullanmıştır. Hobbes, Descartes, Spinoza ve Leibniz gibi XVII'nci yüzyılın büyük filozoflarının yapıtlarında izledikleri geometrik yöntem, matematik dışı birçok düşünsel konuda, gerçekte bir ispat yöntemi olarak kullanılmaktaydı. Pufendorf da çalışmalarında, döneminin bu saygın düşünsel yöntemini uygulamaya gayret etmiştir. Geometrik yöntem, XVII'nci yüzyıl felsefesinde ahlâk, psikoloji, siyaset kuramı ve hukuk gibi pek çok konuda, düşünürlerin, savlarını kanıtlamak için uyguladıkları bir yöntem olmuştur. Pufendorf da, benzer biçimde, hukuk alanındaki görüşlerini ifade ederken bu yöneme sadık kalmayı tercih etmiştir. Geometrik yöntem, İskenderiyeli matematikçi Öklid'in (M.Ö. y. 325–265), Elementler (Öğeler) adlı kitabında gösterdiği gibi, işe tanımlarla başlayıp, basitten karmaşığa doğru giden ve her adımı daha öncekilerle açıklanıp kanıtlanabilen bir yöntemdir³⁷³.

XVII'nci yüzyılda geometrik yöntemle yazan en yetkin filozof, Pufendorf'la aynı yıl doğan Spinoza olmuştur. Hukuk dünyasında da (yazma üslûbu skolâstik etkiyi daha çok yansıtmaya rağmen) Grotius ve Pufendorf gibi yazarlar, çağın, akli kullanarak (ahlâk, duygulanım, toplum, siyaset, devlet gibi) insanî konularda da “kesin bilgi”ye ulaşmayı amaçlayan düşünce ortamında, çalışmalarında, bilimlerdeki ve felsefedeki gelişmelerden etkilenerek, yazım yöntemlerini, kendilerinden bir önceki kuşaktaki (Vitoria gibi) hukuk yazarlarının skolâstik üslûba daha bağlı yöntemlerinden, modern düşüncenin o çağdaki saygın metoduna benzer bir üslûba benzetmeyi denemek-

³⁷² Bkz. AnaBritannica, 1989, Cilt XVIII, Pufendorf (Baronu) Samuel maddesi.

³⁷³ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 144.

teydiler. Düşünce şekli ve üslûp (biçem) arasındaki karşılıklı etkileşim, bu çalışmalarda öne çıkmaktaydı.

Uygulanan yazım yönteminin aksiyomlarla düşünceyi kanıtlamaya dayalı yapısı, hukukî düşüncede naklî doğruları değil, akılla arama sürecinden geçilmiş doğrulara ulaşmayı gerektirmekteydi. Bu nedenle Grotius gibi Pufendorf'un da rasyonalist olması, üslûp ve düşünce birliği bakımından beklenilmesi gereken bir olgudur. Nitekim yapıtları incelendiğinde Pufendorf da, Grotius gibi, rasyonalist ve sekülerist bir doğal hukukçu yazar olarak nitelenir. Uluslararası hukuku ilgilendiren görüşlerine geçmeden önce son olarak şunu söyleyelim ki, Pufendorf, siyasal felsefede Hobbes, yöntemde Descartes ve Spinoza, doğal hukukçuluk bakımından da Grotius'tan etkilenmiştir; siyaset kuramı ve doğal durum – sivil durum ayrımı bakımından en çok Hobbes'un görüşlerini benimser; ancak bu husus, uluslararası hukuk kuramında (göreceğimiz gibi) onu bazı açmazlara sürükleyecektir.

Pufendorf'un uluslararası hukukun öğretisine yaptığı katkı ele alınacaksa, uyguladığı geometrik yöntemin yukarıda belirtilen özelliği nedeniyle, önce onun kuramını üzerine yapılandırdığı temel hukukî görüşleri açıklanmalıdır³⁷⁴.

Pufendorf, hukuk kuramı bakımından en önemli yapıtı olan *De Jure Naturae et Gentium*'un hemen başında, öncelikle hukukta kişilik kavramı hakkında zemini oluşturmaya başlar ve kişi türlerini tanımlamaya koyulur ve varlık sahasında, fizikî varlıklarla moral varlıklar arasında temel bir ayrım yapar. Fizikî varlıkları evrende oldukları biçimleriyle Tanrı yaratmıştır³⁷⁵.

Moral varlıklar ise, Pufendorf'un *De Jure Naturae et Gentium* adlı yapıtında verdiği tanıma göre, akıllı fizikî varlıklar olan insanlar tarafından, doğal şeylere ya da fizikî güçlere, insanın sahip olduğu irade özgürlüğünü kullanarak, insan yaşamının iyileştirilmesi amacıyla, etki edilmesi ile var olmuşlardır³⁷⁶.

Varlıklar, fizikî varlıklar ve moral varlıklar olmak üzere ikiye ayrıldığı gibi kişiler de basit kişiler ve karmaşık kişiler olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Basit kişiler, özel kişi ya da kamu kişisi olabilir. Kamu kişisi olma

³⁷⁴ Pierre Laurent, Pufendorf et la Loi Naturelle, s. 30.

³⁷⁵ Samuel von Pufendorf, Le Droit de la Nature et des Gens, Tome I, Liv. I, Chap. I, § 2, s. 3.

³⁷⁶ Samuel von Pufendorf, Le Droit de la Nature et des Gens, Tome I, Liv. I, Chap. I, § 3, s. 3.

niteliği, kişinin toplum yararına gördüğü işlev ve statü ile belirlenir³⁷⁷. Kamu kişileri kilise kişileri ve siyasal kişiler olmak üzere iki sınıfa ayrılır. Bu arada elçiler, devletler arasında temsil görevi üstlenen kamu kişilerindendir³⁷⁸. Özel kişiler ise sade vatandaşlardır³⁷⁹.

Karmaşık moral kişiler, birçok insan toplanıp birleştiğinde ortaya çıkar. İnsanların bu toplanıp birleşmeleri, bu birleşme adına bir şey isteme ve bir şey yapma hâline varırsa, bu topluluğun tek bir iradesi ve tek bir eylemi varmış gibi olur; bir kişilik doğar. Bu irade ve eylem birliğinden toplum doğar. Toplumlar da basit kişiler gibi, kamu kişileri ve özel kişiler olarak farklı nitelikteki kişi türlerine ayrılabilir³⁸⁰.

Tanrı insanı yaratmış ve insan doğasını “sosyal” olarak belirlemiştir. Bu demektir ki, insan ancak bir toplum içinde var olabilir ve yaşamını sürdürebilir; gerçi toplum içinde yaşamak insan için yararlı ve rahattır ancak insan bu nedenlerle toplumda yaşıyor değildir. Toplumda yaşamasının nedeni Tanrı’nın isteyerek onun doğasını bu biçimde, sosyal olarak belirlemesidir³⁸¹.

Pufendorf, açıklamalarını topluma kadar getirdikten sonra, yasa, ödev ve hukuk kavramlarını tanımlamaya çalışır. Bunu yaparken ilâhî yasa - insan eseri yasa ve doğal yasa - pozitif yasa ayrımlarının üzerinde durur.

Pufendorf’a göre yasa, bir üstünün istencinden (iradesinden) başka bir şey değildir. Üstün olan kişi, yasa ile buyurduğu kişilere, belirli bir konuda nasıl davranmaları gerektiğini işaret etmektedir. Bu buyruk ile yasanın yöneldiği kişiler için bir ödev doğar³⁸². “Yasayapıcı üstün kişi”nin zihninden geçen her dilek yasa değildir. Kişiler, neyin yasa olduğunu bilmelidirler; bu nedenle yasanın buyrulması, yöneldiği kişilerin bunun yasa olduğunu anlayabilecekleri uygun biçimde olmalıdır; ancak bu şekilde kişiler yasaya itaat edebilirler³⁸³.

³⁷⁷ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. I, Chap. I, § 12, s. 10.

³⁷⁸ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. I, Chap. I, § 12, s. 11.

³⁷⁹ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 339.

³⁸⁰ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. I, Chap. I, § 13, s. 12.

³⁸¹ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 142.

³⁸² Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. VI, Chap. VI, § 4, s. 80.

³⁸³ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. VI, Chap. VI, § 4, s. 80.

Doğal yasalar, insan doğası üzerinde gözlem yapıp düşünerek, sivil yasalar ise onların uygun şekilde ilânı ile bilinirler³⁸⁴. Tanrı, doğal yasaları insanlara sözlü olarak buyurmamış, onları insan doğasına içkin olarak yerleştirmiştir³⁸⁵. İlk doğal yasa, insanın en temel güdüsü olan varlığını sürdürmektir. İnsanın toplum içerisinde varlığını sürdürebileceği düşünüldüğünde, o zaman ilk ve en üstün doğal yasa, sosyal olmak, topumu sürdürmek ve geliştirmek için gerekeni yapmaktır³⁸⁶.

Yasa, kendisini buyuran iradenin kimin iradesi olduğuna (kaynağına) göre ilâhî ya da insanî olabilir³⁸⁷. Bir başka ayrıma göre de yasa, doğal yasa ya da pozitif yasa olabilir³⁸⁸. İnsanî yasaların hepsi de pozitif yasalar. Belirttiğimiz gibi Pufendorf'a göre Tanrı, doğal yasaları insanlara sözlü olarak buyurmamış, onları insan doğasına ekmiştir. Doğal yasalar, insan doğası araştırılarak akıl tarafından kavranır. Doğal yasalar, "İnsan Türü"nü (*Genre Humain*) doğal ve genel (tür için her yerde ve her zaman müşterek) özellikleriyle özdeş ve uyumlu yasalar³⁸⁹. Bu nedenle de insan akli onları doğal olarak tanır ve kavrar³⁹⁰.

Pozitif yasalar ise insan eseri yasalar. Bunlar yönetimlerin ve yasa koyucuların iradesinden kaynaklandığından, insan türünün doğal ve genel özellikleriyle her zaman uyumlu değildirler. Pozitif yasalar, doğal yasaların gösterdiği doğrultuda olması gereken yasayla çelişebilir. Buna karşın insan eseri pozitif yasaların, insan türünün müşterek doğasından ileri gelen doğal yasaların yanısıra varlıkları, bir gerekliliği karşılamaktadır. Yasa koyucunun iradesinden doğan pozitif yasalar, yere ve zaman göre değişen gereksinimleri karşılamak üzere toplumun kendine has özellikleri ve ihtiyaçları doğrultusunda yasa yapılması olanağını sağlar³⁹¹.

³⁸⁴ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. VI, Chap. VI, § 13, s. 92.

³⁸⁵ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. VI, Chap. VI, § 4, s. 80; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 142.

³⁸⁶ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 143.

³⁸⁷ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. VI, Chap. VI, § 18, s. 101.

³⁸⁸ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. VI, Chap. VI, § 18, s. 102.

³⁸⁹ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. VI, Chap. VI, § 18, s. 102.

³⁹⁰ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 348.

³⁹¹ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. VI, Chap. VI, § 18, s. 102.

Pufendorf, yasalar üzerinden bu ayrım ve tanımları yaparak, doğal durum ve toplumlu durum arasındaki farkı gösterebilmenin zeminini hazırlamıştır. Doğal durumu, toplumdaki önceki hâlde bulunulan durum olarak tarif eder. Bu durumda, bireyler arasındaki ilişkilerde hiçbir düzen yoktur. Herkes kendi gücünden başka hiçbir şeyden destek görmez. Uygarlık eseri hiçbir yaratım yoktur. Bu durum, insan için mutsuz bir evredir. Pufendorf, bu görüşleriyle Hobbes'un ve Spinoza'nın görüşlerinin bir takipçisidir. Hobbes ve Spinoza'da olduğu gibi, Pufendorf'un da kuramına göre, bu zorlu doğal durumun ardından, insanlar sosyal sözleşme yapma gereksinimi duyacaklardır. Toplumu kuran sosyal sözleşmenin ertesinde bir anayasa yapılacaktır. Pufendorf'un anayasacılığı önemlidir ve çağının politik koşullarında takdir edilmelidir. Anayasa ile insanlar, müşterek iradeyi temsil edecek bir kişiyi ya da meclisi belirleyeceklerdir. Böylelikle insanlar, devlet ortamı altında yaşamaya başlayacaklardır. Devletin doğmasının nedeni, insan doğasında bulunan toplumsallaşmanın gerçekleşmesine olanak tanınması ihtiyacının varlığıdır³⁹².

Toplum hâlinde yaşamak devleti gerekli kılmaktadır; çünkü sosyallığın gereği olan yasa sahibi olmak, kendiliğinden, yasanın bir yaptırımı olması gereğini de getirmektedir. Yaptırım gerekliliği yasada içkindir. Hem de bu yaptırım, dünyevî, somut, belirli, hızlı ve maddî bir yaptırım olmalıdır. Böylelikle yasa insanlar arasında hüküm sürer. Hukuk, yasa ve yaptırım bileşkesidir; bunu devlet sağlar. Devlet yönetimi, hukukî yaptırımı uygulayarak yasadışı davranışla mücadele eder³⁹³. İnsanların doğal yasaya da, pozitif yasaya da uymasını sağlayacak ortamı devlet sağlar; böylelikle insan, doğal yaradılışına uygun toplumsal doğasını gerçekleştirebilir; öyleyse Pufendorf'a göre bu, Yaratıcı'nın da iradesine uygun olandır.

Yasanın yaptırımı bağlanması, kişilerin yasadaki doğan ödevlerine uymalarını sağlar. Ödevler ve haklar karşılıklıdır. Her hak, ona saygı göstermesi gereken diğer kimseler için ödevdir.

Ödevler üç gruba ayrılır. Bunlar, Tanrı'ya karşı, kendimize karşı ve türdeşimiz olan diğerlerine karşı ödevlerimizdir. En önemlileri diğerlerine karşı ödevlerimizdir; çünkü doğrudan Tanrı'nın "sosyal ol" buyruğu ile ilgilidirler. Diğerlerine karşı ödevler salt ödevler ve koşullu ödevler olmak üzere ikiye ayrılırlar³⁹⁴.

³⁹² Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 143.

³⁹³ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 143.

³⁹⁴ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 144.

Salt ödevler üç adettir. Bunlar doğal hukuktan kaynaklanan ödevlerdir ve başkalarına haksızlık yapmamak, insanlara eşit muamele etmek ve diğerlerinin iyiliğine hizmet etmek biçiminde sıralanır. Koşullu ödevlerse ahde vefa ilkesi ile özetlenebilir ve toplumda var olan sözleşmeler hangi kapsama kadar uzanıyorsa o kadar çeşitli somut biçimlerde ifade edilebilir³⁹⁵.

Genel hukuk kuramı hakkındaki bu temeller sunulduktan sonra, bir sonraki başlıkta Pufendorf'un uluslararası hukuk öğretisindeki yeri ve "kavimler hukuku" hakkındaki görüşleri incelenmektedir.

3- Samuel von Pufendorf'un Uluslararası Hukuk Hakkında Geliştirdiği Başlıca Görüşleri

Doğal hukukun temeli ve esasları hakkındaki görüşlerini aktardıktan sonra, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*'da Pufendorf'un sorduğu şu soruya artık sıra gelmektedir: "*Doğal hukuktan ayrı, pozitif bir kavimler hukuku mevcut mudur?*"³⁹⁶.

Pufendorf, Hobbes'un düşüncesini benimsediğini belirtmektedir³⁹⁷. Hobbes'a göre, doğal yasa, insanın doğal yasası ve devletlerin doğal yasası olarak ikiye ayrılır ve Hobbes, bu ikincisine "kavimler hukuku" denildiğini ifade eder. İnsanlara ilişkin doğal yasa da, devletlere ilişkin doğal yasa da aynı doğal hukuk ilkelerinden meydana gelmektedir. Doğal hukuk ilkeleri, devletlerin ve ulusların hak ve yükümlülüklerine uygulandığında kavimler hukuku meydana çıkar. Pufendorf'a göre, insan doğasının gereksinimlerinin doğal hukukça ortaya konan yasalarının bir devamı olmasından başkaca bir biçimde, üstün bir irade tarafından yaratılan ayrı bir pozitif (iradî; istence dayalı) kavimler hukuku yoktur³⁹⁸.

Ne devletler arasında yapılan antlaşmalar, ne de halklar arasında kendilerine uyulmasında uzlaşmış âdetler, örfler ve teamüller, hukuk kurallarının

³⁹⁵ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 144.

³⁹⁶ "*Est denique & illud heic expendendum, an detur peculiare jus gentium, positivum, & juri naturali contradistinctum?*"; Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Lib. II, Cap. III, § 23, s. 227. "*Enfin il faut encore examiner ici, s'il ya un Droit des Gens Positif, & distinct du Droit Naturel?*"; Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. II, Chap. III, § 23, s. 195.

³⁹⁷ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 354.

³⁹⁸ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 354; Pierre Laurent, *Pufendorf et la Loi Naturelle*, s. 36.

yaratılması için yeterlidir; çünkü bunlar, üstün bir iradenin, hukuk düzeninin süjelerine yönelmiş normatif istençleri değillerdir. Bu nedenle pozitif bir kavimler hukuku mevcut değildir³⁹⁹. Devletlerarası ilişkiye dair bir yasa aranacaksa şayet, bu yasa doğal hukukun içinde aranmalıdır⁴⁰⁰.

Doğal hukukun içerisinden, kavimler hukuku kuralları çıkarsamaya bir örnek olmak üzere, devletler arasında elçilere dair uygulanan teamüller gösterilebilir. Doğal hukuk, her türlü dürüst yolla barışı aramayı buyurmaktadır ve elçiler de devletler arasında barışın sağlanması için vazgeçilmez işlevdeki kişilerdir. Dolayısıyla, onların görevlerini yaparken dokunulmazlıklarının ve güvenliklerinin sağlanması, doğal hukuk uyarınca, kavimler hukukunun bir uygulamasıdır⁴⁰¹.

Savaş hakkındaki âdetler ve teamüllerden bazıları da, kavimler hukuku denilen uygulamalar bütünü içerisinde, devletler tarafından doğal hukuka uygun bir biçimde icra edilmektedir. Pufendorf'a göre, haklı bir savaş icra edilmekteyse, doğal hukukun ilkelerine pekâlâ dayanılabilir. Devletler arasında savaş hakkında uygulanan öyle başka örfler de vardır ki, bunlar galibin amaçlarına kavuşmasına yöneliktir ve şayet savaş haksızsa, en azından bunlara riayet edilmelidir⁴⁰².

Örflerden yola çıkılarak, bütün halklar için evrensel geçerlilikte bir hukuka ulaşılamaz. Örfler zımnî ve güvenilmez bir mutabakata dayalıdır; her halk bunları kendi lehine ve diğerinin aleyhine olacak şekilde yorumlayarak uygulayabilir ya da artık örfle hiç riayet etmeyebilir. Kavimler hukukunda örflere nazaran doğal hukuktan çıkarılacak ilkeler, halklar arasında barışa yönelik evrensel bir düzen yaratılması için çok daha sağlam ve üstün bir dayanaktır⁴⁰³.

³⁹⁹ “*Nos positivum aliquod jus gentium... negamus... (S)ed quod non nemo ad jus gentium quoque referre instituit peculiaria conventa duorum pluriumve populorum, fœderibus et pacificationibus definiri solita, id nobis plane incogruum videtur. Etsi enim illis stare lex naturalis de servanda fide jubet, legum tamen et juris vocabulo valde improprie veniunt. Et prætera infinita ac manga parte temporaria sunt. Quin nec magis partem juris constituunt, quam pacta singulorum civium inter se ad corpus juris civilis spectant*”; Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturæ et Gentium Libri Octo*, Lib. II, Cap. III, § 23, s. 230; Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome I, Liv. II, Chap. III, § 23, s. 198; ayrıca bkz. A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 355.

⁴⁰⁰ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 355.

⁴⁰¹ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 356.

⁴⁰² A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 357.

⁴⁰³ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 357.

Doğal hukuk ilkelerinin kavimler hukuku konularına uygulanmasına ilişkin somut meselelere dair yaklaşımlar da Pufendorf'ta bulunmaktadır. Örneğin Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*'nun sekizinci kitabının beşinci bölümünden itibaren savaş hukuku konusunu ele almaktadır⁴⁰⁴. Sekizinci kitabın altıncı bölümü ise doğrudan savaş hukuku ile ilgilidir ve başlığı *De jure belli*'dir⁴⁰⁵.

Savaş hukukunun temeli ya da kuvvete başvurma'nın meşrulaştırıcı nedeni, doğal hukukun vaaz ettiği itiraz kabul etmez bir hak olan "gayrimeşrû bir saldırıya karşı kendini savunma hakkı"dır⁴⁰⁶. Bu hak, bağımsız bir biçimde yalnız başına yaşayan bir insana ait olduğu gibi, medenî bir toplumun içinde yaşayan kimseye de aittir. Kendisi için savaşması bir hak olduğu gibi, başkası için de savaşabilir. Başkası için savaşılacaksa, savaş nedeni haklı olmalıdır ve bu başkası ile arada ittifak antlaşması ya da dostluk bağı gibi özel bir ilişki bulunmalıdır. Bu noktada Pufendorf, egemenleri tarafından ezilen kişiler adına, yani başka bir prensin uyrukları için, onların egemenine karşı savaşılıp savaşılmayacağını sormaktadır. Buna cevabı, tiranlık, uyrukların kendi meşru prenslerine karşı silâh kullanmasını haklı kılabilecek bir seviyeye erişmişse, bu uyruklar adına tiranlığa karşı savaşılabilceği şeklindedir⁴⁰⁷.

Pufendorf'a göre, doğanın savaşa izin vermesinin nedeni, neticesinde barışa kavuşma olanağının olmasıdır⁴⁰⁸. Doğal yasaya (*legi naturali maxime*) göre, kimse kimseye kötülük yapmamalı ve haksız yere zarar vermemelidir. Herkes herkese karşı insanlık ödevlerini yerine getirmelidir. Bu ödevler insanlar arasındaki sözleşmelerden de kaynaklanabilir. İnsanlar birbirlerine bu şekilde davranıp karşılıklı ödevlerini yerini getirdiklerinde ortaya çıkan duruma barış denir ki, bu durum insan doğasına en uygun hâldir⁴⁰⁹. Haklı bir

⁴⁰⁴ Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Lib. VIII, Cap. V, s. 1256; Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome II, Liv. VIII, Chap. V, s. 408; Samuel von Pufendorf, *Of The Law Of Nature And Nations*, Book VIII, Chap. V, s. 823.

⁴⁰⁵ Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Lib. VIII, Cap. VI, s. 1272.

⁴⁰⁶ Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Lib. VIII, Cap. V, § I.

⁴⁰⁷ Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Lib. VIII, Cap. V, § I.

⁴⁰⁸ Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Lib. VIII, Cap. VI, § 2.

⁴⁰⁹ Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Lib. VIII, Cap. VI, § 2, s. 1273; Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome II, s. 420; Samuel von Pufendorf, *Of The Law Of Nature And Nations*, s. 833.

savaş ancak kendini savunmak, haksız olarak verilmiş ve onarılmamış bir zararı gidermek ya da gayrimeşrû biçimde tanınmayan bir hakkı elde etmek için yapılabilir ve amacı hâsıl olduğunda barış tesis edilmelidir. Bu nedenlere dayalı haklı bir savaş doğal hukuka uygundur⁴¹⁰. Böylelikle Pufendorf'un öğretisindeki haklı savaşın nedenleri ya da amaçları da ortaya çıkmaktadır. Bu nedenler ve amaçlar şunlardır:

- a. Haksız bir saldırıya direnme;
- b. bir hakkı savunma;
- c. bir zararı onarma.

Bu nedenlere dayanabilmek için, olaylar ve ileri sürülen haklar hakkında hiçbir şüphe bulunmamalıdır. Şüphe durumunda düşmanlıktan çekinilmelidir. Düşmanlık için ileri sürülen savlar ne derece haklı olursa olsun, bir halk derhâl silâha başvurmalıdır. Önce görüşme, üçüncü bir kişinin hakemliği gibi yollar denenmelidir⁴¹¹. Bu noktada Pufendorf'un uluslararası hukuk düşüncesinin Grotius'a nazaran önemli bir farklılığı da belirlemektedir. Grotius, uluslararası hukuk kişisi olarak devletlere değil, fakat prenslere ve halklara vurgu yaparken, Pufendorf savaş hukukuna ilişkin meseleleri tartışırken ortaya koyduğu gibi, uluslararası hukuk (daha doğrusu Pufendorf'un çağının diliyle "kavimler hukuku") kişisi olarak sadece devletlere vurgu yapmaktadır⁴¹².

Pufendorf, antlaşmalar hukukuyla ilişkili meselelere de temas eder. Savaş, uluslar arasındaki anlaşmazlıkların şiddet yoluyla çözümlenmesidir. Düşman uluslar bu yola başvurduklarında, birbirlerinin kuvvetlerini yok etmek için gerekli eylemleri sergilemeye koyulurlar. Bir noktada güçleri tükendiğinde, çatışmadan kaçınmayı tercih ederler ve en azından bir süre için, aralarında ateşkes ya da barış antlaşması yaparlar. Bunun dışında taraflardan biri diğerini mağlûp ederse, onun için düşmanlığı devam ettirmenin bir amacı kalmaz. Silâhları bırakıp karşı tarafla barış yapmak çıkarları için artık uygun olur. Bu biçimde antlaşmalar savaşı askıya alan ya da düşmanlığı sona erdiren antlaşmalar olarak ayrılır. Bu çerçevede Pufendorf, devletlerarası kamusal antlaşmaları savaşı nirengi noktası olarak ya da savaş odaklı

⁴¹⁰ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome II, s. 412.

⁴¹¹ Samuel von Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tome II, s. 423.

⁴¹² Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 112.

olarak değerlendirmektedir. Bu yaklaşımıyla birlikte Pufendorf, antlaşmalar hukukuna ilişkin saptamalarında Grotius'un görüşlerine büyük oranda bağlı kalmaktadır⁴¹³.

Pufendorf, tarafsızlık konusuna da temas eder. Bu hususta savaşanlar arasında tarafsız kalan devletlerin, düşman taraflarla ticareti sürdürme ve ticaret gemilerinin güvenliğini silâhlı gemileriyle sağlama hakları vardır. Öte yandan savaşan devletlerin de tarafsızların ticaret gemilerini denetleme (kontrol) yetkileri [İngilizlerin uyguladığı gibi “ziyaret et ve ara” (*visit and search*) biçiminde] bulunur. Bu denetleme tarafsız devletin ve uyruklarının düşmanla silâh ticareti yapmasını engellemeye yönelik olarak uygulanabilir⁴¹⁴.

Pufendorf, Hobbes etkisindeki devletlerarası doğal durum görüşünden ötürü, genel olarak uluslararası hukuk kuramında, özel olarak da antlaşmalar hukukunda, felsefî yaklaşımlardan ileri gelen ethosun (değerlerin) ötesinde somut hukukî bir kurguyu pek de ortaya koyamamaktadır. Avril'in de belirttiği gibi, Pufendorf'un başlangıç noktası mademki devletlerarası ilişkilerdeki doğal durumdur ve devletleri salt çıkarları yönlendirmektedir; Pufendorf bu yaklaşım temeli üzerine antlaşmaların bağlayıcılığı ve uygulanması konusunda hukuksal bir düzen inşa etmekte zorlanmaktadır⁴¹⁵. Pufendorf'un *jus gentium*'da rasyonalizmin öncüsü Grotius'un⁴¹⁶ izinden giderek geliştirmeye çalıştığı doğal hukukçu kavimler hukuku yaklaşımının kuramsal çelişkilerini, Richard Zouche'dan itibaren, *jus inter gentes*'da (kavimlerarası hukuk) pozitivist anlayışı inşa etmeye koyulan yazarlar aşmayı deneyeceklerdir. Çalışmamızın devamında bu yazarlar silsilesinin üç öncüsünü sırasıyla ele alacağız. Konu edineceğimiz pozitivist (olgucu) karakterdeki yazarlar Zouche, Bynkershoek ve uluslararası hukukun öğreti tarihinde önemli bir etkide bulunan Alman Pozitivist Okulu'nun öncüsü Samuel Rachel'dir. Böylelikle uluslararası hukuk literatürünün XVII'nci yüzyıldaki seyrine ilişkin incelememiz de tamamlanacaktır.

⁴¹³ Bkz. A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 366.

⁴¹⁴ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 113.

⁴¹⁵ A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 366 ve s. 373.

⁴¹⁶ Grotius için bu sıfatlandırma Gentilis'in katkısını unutmadan yapılmalıdır.

B- Postgrotien Pozitivist Öğretinin Başlangıcı

1- Richard Zouche

Richard Zouche (1590–1660), pekçoklarınca uluslararası hukukun kurucularından biri olarak kabul edilen İngiliz hukukçudur. Oxford’da kendisinden önce Gentilis’in de bulunduğu makamda kraliyet medenî hukuk profesörlüğü (*Regius Professor of Civil Law*) yapmıştır. 1641’de Deniz Kuvvetleri Mahkemesi yargıçlığına atanmıştır.

Kent ilindeki Hythe’ın temsilcisi olarak iki kez parlâmentoya girdi. Eski ve soylu bir aileden gelen Zouche, İngiliz iç savaşı sırasında kralcıların safında yer aldı. Oxford’un 1646’da cumhuriyet kuvvetlerine teslim görüşmelerine katıldı. 1649’da yargıçlıktan alındıysa da profesörlük görevini korudu. Restorasyondan sonra (1660) yeniden mahkemedeki görevine atandı.

Zouche özellikle uluslararası hukuk konusundaki *Juris et Judicii Fecialis* (1650) adlı araştırmasıyla tanınır. Kendi alanında ilk kapsamlı yazma olan bu yapıtında, görenek kurallarına ve dönemin emsal kararlarına önceki yazarlara göre daha çok yer verdiği için ilk olgucu olarak kabul edilir. Uluslararası hukuku adlandırmak için *jus inter gentes* (kavimlerarası hukuk) terimini bulan ilk kişi değilse de, bunu *jus gentium*’dan (kavimler hukuku) daha uygun bularak benimseyen ilk kişi olmuştur⁴¹⁷.

Zouche’un yaşamı boyunca hukuk hakkında ürettiği başlıca eserleri şunlardır: *Elementa jurisprudentiae* (1629); *Descriptio juris et judicii feudalis secundum consuetudines Mediolani et Normanniae pro introductione ad juris prudentiam Anglicanam* (1634); *Descriptio juris et judicii temporalis secundum consuetudines feudales et Normannicas* (1636); *Descriptio juris et judicii ecclesiastici secundum canones et consuetudines Anglicanas* (1636); *Descriptio iuris et iudicii militaris* (1640); *Juris Et Judicii Fecialis sive juris inter gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio* (1650); *Solutio quaestionis veteris et novae sive de legati delinquentis iudice competente* (1657).

Bunlar arasında bizim özellikle üzerinde duracağımız yapıtı *Juris Et Judicii Fecialissive Juris Inter Gentes et Quaestionum de Eodem*

⁴¹⁷ Bkz. AnaBritannica, 1989, Cilt XXII, Zouche Richard maddesi.

Explicatio'tir⁴¹⁸ (Fetialis Hukuku ve Yargılaması Hakkında ya da Kavimlerarası Hukuk ve Buna İlişkin Sorunlar Üzerine Açıklama).

Zouche'a göre hukuk *Elementa jurisprudentiæ*'de bildirdiği üzere, bir "*ratio communis humanæ*"dir yani insan aklının müşterek ürünüdür⁴¹⁹. Geliştirdiği "Kavimler arası Hukuk" (*Jus Inter Gentes*) kuramı da bu temel görüşün bir özel görünümüdür.

Zouche'a kadar, bugün uluslararası hukuk olarak bilinen hukuk disiplininin Avrupa'daki atası için kavimler hukuku (*jus gentium*) kavramı genel olarak benimsenerek kullanılmıştır. Çağdaş anlayışa yakın bir biçimde bu hukuk dalını adlandırmak için, bu disiplinin uluslararası bir hukuk olduğunu vurgulayacak biçimde, kavimlerarası hukuk ifadesini benimseyen ilk yazar Zouche olmuştur. Bu adlandırmanın öğretilde yerleştirilmesinde de öncüdür. Ancak bu yaklaşımı, teorisinde ilk kez ortaya koyan, *De Legibus ac de Deo Legislatore* (1612) adlı kitabında Suarez olmuştur.

Suarez'e göre iki tür kavimler hukuku vardı. Bunlardan biri, her sitenin ya da krallığın kendi içinde (*intra se*) uymak zorunda olduğu hukuk; diğeri ise, bütün halkların ve bütün ulusların aralarındaki (*inter se*) ilişkilerde uymak zorunda oldukları hukuktur. Suarez uluslararası hukuk anlamında gerçek kavimler hukukunun bu son söylenen olduğunu vurgulamıştı⁴²⁰. Bu tespitinin yanısıra Suarez, kendinden önceki bütün diğer yazarlardan daha fazla "olgucu" bir anlayışla kuramını oluşturmuştu. Suarez'den sonra Gentilis'te pozitivizme yaklaşmıştır. Gentilis, örf ve âdetten doğan uygulamalar ile antlaşmalardan kaynaklanan kurallara dayanarak uluslararası hukuka ilişkin

⁴¹⁸ Richard Zouche, *Juris Et Judicii Fecialis sive Juris Inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio*, Published by Scott's Classics of International Law, Vol. I. Reproduction of the First Edition Edited By Thomas Erskine Holland, Oxford, 1650, Vol. II. An Exposition of Fecial Law and Procedure or of Law between Nations and Questios concerning the Same, A Translation of the Text by J. L. Brierly, Carnegie Institution Of Washington, Washigton D.C., 1911; kitabın e-okuması için bkz. <http://www.archive.org/stream/iurisetjudiciife12zouc#page/n7/mode/1up> (22.10.2012). *Juris Et Judicii Fecialis sive Juris Inter Gentes* için ayrıca bkz. <http://books.google.com.tr/ebooks/reader?id=72pEAAAACAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PP9> (22.10.2012).

⁴¹⁹ Georges Scelle, "Zouch", A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, s. 275.

⁴²⁰ Francisco de Suarez, *De Legibus*, Lib. II, Chap. XIX, § 8; bkz. http://books.google.com.tr/books?id=vL3Lz_DhqicC&printsec=frontcover&dq=suarez+de+legibus&hl=tr&sa=X&ei=AC_TUNKLCceWhQfzqYDABQ&ved=0CF8Q6AEwCA (22.10.2012).

ilkeleri düşünmüştü. Bu bakımdan Zouche'dan önceki yazarlardan Suarez ve Gentilis, pozitivizm bakımından erken öncüler olarak kabul edilmelidir. Ancak uluslararası hukukun çağdaş şeklini almaya daha bir yaklaştığı klâsik öğreti içinde Zouche'u, Fransız hukukçu Georges Scelle'in (1878–1961) yaptığı gibi pozitivist yaklaşımın eşğine yerleştirmek de konuya XVII'nci yüzyıldaki klâsik dönem çerçevesinde yaklaşıldığında yersiz değildir⁴²¹. Zouche'un *Juris et Judicii Fecialis sive Juris Inter Gentes* adlı yapıtı, gene Scelle tarafından, uluslararası hukuka özgülmiş ilk “ders kitabı” (*manuel*) niteliğindeki teknik yapıt olarak değerlendirilmiştir⁴²².

Truyol y Serra ise, Zouche'un andığımız yapıtının başlığındaki anlama dikkati çekmektedir. Gerçekten de, Zouche, yapıtının başlığında dahi, katılmadığı geleneksel ad olan kavimler hukuku (*jus gentium*) ifadesini kullanmaktan çekinmiştir. Bunun yerine “*judicii fecialis*” (*jus fetiale*) kavramını kullanır. *Jus fetiale*, Romalı rahiplerin, Roma orduları savaşa girmezden ya da bir barış yapılmazdan önce düşmana yönelik olarak uygulamak zorunda oldukları dinsel uygulamaları yöneten kurallardır. Bu dinî ritüeller sadece yabancı düşmana karşı başlatılacak olan savaşa ya da yapılacak barışa ilişkin olarak uygulandığından, Zouche için, salt uluslararası ilişkilere özgülmiş kurallar olarak anlaşılmaya uygundu. Aradığı çağrışımı böylelikle bu ifadede buldu. *Jus inter gentes*'in toplumlararası (*intersociétaire*) karakterine vurgu yapmak için bu ifadeye yaslandı. Bu nedenle Truyol y Serra, Suarez'in açtığı yoldan ilerleyip terminolojik dönemeci alan yazar olarak Zouche'un öğretisi tarihindeki yerini tespit etmektedir⁴²³.

Uluslararası hukuk öğretisi içindeki yerini değerlendirmek için Zouche'un *Juris Et Judicii Fecialissive Juris Inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio* adlı yapıtı incelenmelidir. Bu yapıtın adını şu şekilde çevirdik: “Fetialis Hukuku ve Yargılaması Hakkında ya da Kavimlerarası Hukuk ve Buna İlişkin Sorunlar Üzerine Açıklama” ve şayet *Juris et Judicii Fecialis* adlı eser ele alınacaksa, Zouche'un yapıtında kullandığı “*jus*” (hak ve hukuk) ve “*judicium*” (usul ve yargı) kavramları öncelikle aydınlatılmalıdır⁴²⁴.

⁴²¹ A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 270.

⁴²² Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 83.

⁴²³ Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 83.

⁴²⁴ Anlam daralmasına neden olmamak için Zouche'un yapıtındaki *jus*'u “hak ve hukuk”; *judicium*'u ise “usul ve yargı” olarak vermemiz gerektiğini düşünmekteyiz.

Jus herkesçe kabul edilen hak ve hukuktur⁴²⁵ (*quae sont minus dubitati juris*); *judicium* ise hukuken tartışmalı (ihtilâflı) olan hususların hukukî çözüme kavuşturulması (yargılama) yöntemi, usulüdür⁴²⁶ (*ea quae videntur juris controversi*)⁴²⁷. *Judicium*'un amacı, halklar arasındaki sorunu belirlemek, tanımlamak ve tartışmayı hukukî bir çözümle sonlandırmaktır; barışı yeniden tesis etmektir ve ilmî bakımdan ele alınışı bunun için izlenebilecek hukukî yol ve yöntemlerin irdelenmesini kapsar.

Jus ve *judicium* kavramları uyarınca Zouche'un takındığı temel metodolojik yaklaşım, yapıtın ikiye ayrılmasına yol açar: Birinci Kısım, Kavimlerarası Hukuk ve Barış Hukuku (*Pars Prima; De Jure Inter Gentes et De Jure Pacis*) ve İkinci Kısım, Barışa İlişkin Sorunlar ve Halklar Arasında Usul ve Yargı (*Pars Secunda; De Jucicio Inter Gentes Quaestionibus Pacis*) başlıklarını taşır. Oldukça ayrıntılı olan ikinci kısmın uzunluğu birincinin üç katına yakındır.

Yapıtın ilk kısmında “hukuk”u ortaya koyarken, ikinci kısımda barışı bozan “anlaşmazlıklar”ı ele alır. İngiliz sivil hukuk geleneğinden gelen ve medenî hukuk kürsüsü sahibi romanesk Zouche, *judicium*'a ilişkin ikinci kısımda, belirlediği her uyuşmazlık kategorisini ayrıntılı biçimde inceler ve bunu yaparken ulusların ve devletlerin uygulamalarına dayandığı gibi, geçmiş yargısal kararlara da temas eder ve çözümlenmelere girer. Böylelikle yapıtı olgucu bir nitelik kazanır. *Jus* ve *judicium* kısımları da kendi içlerinde “barış hukuku” ve “savaş hukuku” olmak üzere iki bölüme ayrılırlar. Zouche, Grotius'tan farklı biçimde, barış hukukunu önce inceler. O da, Grotius gibi, barışın halklar arasındaki normal (olağan ve doğal) ilişki biçimi olduğunu düşünür ve bu mantığın gereği olarak ona ilişkin hukuku önce irdeler. Olağan ilişki biçiminin ilgası olan savaş ise, ancak ikinci sırada kendine yer bulur. Bu

⁴²⁵ Henri Roland, *Lexique juridique Expressions latines*, LexisNexis, Paris, 2010, *Jus* maddesi, s. 173; Jean Salmon, *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant/Auf, Bruxelles, 2001, *Jus* maddesi, s. 630.

⁴²⁶ Félix Gaffiot, *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, Paris, 2001, *Judicium* maddesi, s. 405; Paul Robert, *Dictionnaire, Société Du Nouveau Littré*, Paris, 1972, *Judicieux* maddesi, s. 954 ve *Procédure* maddesi, s. 1395; Claude Augé, Larousse, Librairie Larousse, Paris, 1936, *Procédure* maddesi, s. 829; Sina Kabağaç, Erdal Alova, *Lâtinçe Türkçe Sözlük*, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1995, *iudicium* maddesi, s. 330. Serra *judicium*'u “*procédure*” (usul) olarak çevirir; Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 83.

⁴²⁷ Bkz. Richard Zouche, *Juris et Jucicii Feccialis, Ad Lectorem*; bkz. Richard Zouche, *An Exposition of Feccial Law, To the Reader*.

biçimsel yaklaşım öğretisi için bir yeniliktir. Uluslararası hukuku, belki çok erken öncü Vitoria hariç evvelki yazarların neredeyse tümünde gördüğümüz gibi, ezici bir ağırlıkta savaş hukuku olarak gören geleneksel yaklaşım, Zouche tarafından metodolojik olarak da olsa aşılmıştır.

Kitap önce *Jus* kısmıyla açılır. Burada barış zamanında uygulanan kavimlerarası hukuk irdelenir. Yapıtın başlangıcında *jus inter gentes*'in genel bir tanımı verilmektedir: “*Kavimlerarası hukuk, prensler ya da egemen halklar arasındaki ilişkilerde uygulanmaktadır; bu demektir ki akla uygun görenekler, halkların çoğu tarafından kabul edilmiştir ve bunlar hakkında halkların her biri diğerleriyle uzlaşmıştır ve bunlara barışta da, savaşta da uyulmaktadır. Barış, farklı prensler ya da halklar arasındaki hukukî uyumdur ki bunun vasıtasıyla onlar diğerleriyle birlikte güvenlik içinde yaşarlar*”⁴²⁸.

Zouche’a göre Cicero, kavimlerarası hukuku öğrenilmesi mükemmel olan bir bilim olarak tarif etmiştir: “*Bu öyle bir bilimdir ki, kralların, halkların ve yabancı ulusların statüsünü belirler ve barış ve savaş hukukunu olduğu gibi kapsar*”⁴²⁹.

Zouche, kavimlerin doğal hakları bulunduğu hakkında müşterek bir kanaat olduğunu, antikiteden başlayarak geçmiş literatürden alıntılar yaparak ortaya koyduktan sonra antlaşmalardan ve teamüllerden doğan haklara da vurgu yapmaktadır. Bir anlamda doğal hukukçu geleneğe, stoacı kökenlerinden itibaren hak ettiği payeyi teslim eder ve daha sonraları iradeci ya da olgucu (ya da pozitivist) olarak nitelenecek, kendi yaklaşımını sergilemeye koyulur. Kavimlerin doğal hakları ve konvansiyonlardan kaynaklanan hakları olduğuna göre, birinciler doğal adaletten ileri gelen ilkelerden kaynakla-

⁴²⁸ Lâtincesi için bkz. Richard Zouche, *Juris et Judicii Feialis*, s. 1. Metnin İngilizce tercümesi şu şekildedir: “*Law between Nations is the law which is recognized in the community of different princes or peoples who hold sovereign power—that is to say, the law which has been accepted among most nations by customs in harmony with reason, and that upon which single nations agree with one another, and which is observed by nations at peace and by those at war. Peace is a legal concord between different princes or peoples whereby they live one with another in security.*”; Richard Zouche, *An Exposition of Feial Law*, s. 1. İngilizceye yapılmış tercümede, Lâtince orijinal metindeki bazı kelimelerin anlamları değiştirilerek verilmiştir [Lât. *moribus* (görenek) denilen yerde, İng. *law* (hukuk) denilmesi gibi]; bu nedenle bu ve *Juris et Judicii Feialis*'den bundan sonraki tercümemizde, atıflarda verdiğimiz İngilizce metin ile bizim Türkçe çevirimiz arasında farklılık olduğunda bunun nedeni, bizim yapıtın orijinal dilini esas almamızdır.

⁴²⁹ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feialis*, s. 2. İng.: “*this law... which has to do with the conditions of kings, peoples, and foreign nations, in fact with the whole law of Peace and War*”; Richard Zouche, *An Exposition of Feial Law*, s. 1.

nırlarken, ikinciler ulusların genel uygulamasında belirlediği üzere karşılıklı irade uyuşmalarından doğarlar. Konuyu buraya kadar getirdikten sonra, disiplinin çağdaş metodolojik mantığının gerektirdiği gibi, kavimlerarası hukukun kaynaklarını ortaya koyar. Bunlar üç tanedir⁴³⁰:

- a. *Jus fetiale*;
- b. teamül;
- c. antlaşmalar.

Son ikisi anlaşılır olsa da, Scelle'in de belirttiği gibi *jus fetiale*'nin kaynaklar arasında sayılması çok anlaşılır değildir⁴³¹. Sivilist Zouche, Roma hukukunun etkisi altında böyle bir sınıflandırmaya yönelmiştir. Kastettiği, Roma savaş ve barış hukukuna egemen olan ilkelerin, kavimler ve hükümdarlar için hak doğurucu kaynaklar arasında değerlendirilmesi gerektiğidir. Ancak Roma'nın bu daha çok dinî, biraz da hukukî ve ritüel uygulamalarından nasıl haklar doğabileceği hususu karanlıkta kalmaktadır.

Yapıt, barış zamanında kişilerin hukukunu ele alarak devam eder. İlkın, vatandaşların barış zamanında kendi vatanlarında, sivil iktidarla olan ilişkileri incelenir. Hükümetin yurttaşlar üzerinde otorite sahibi olması, aile reisinin otoritesi kadar meşrûdur; zira aile ulusun temelidir. Bu otorite mutlak bir hükümdar tarafından sınırsız olarak kullanılabilirdiği gibi, yasalar ve mahkemeler tarafından sınırlandırılmış monarşik iktidar biçiminde de kullanılabilir. Sivil iktidar, halkın bir kısmına ya da geneline ait olduğunda aristokratik ya da demokratik bir nitelik kazanır⁴³².

Zouche, vatandaşlık statüsünü belirledikten sonra, barış zamanındaki devletlerarası ilişkilere geçer. Burada komşuluk, dil birliği ya da farkı, karşılıklı yardımlaşma ve hizmet değişimi, konukseverlik, misafirlik ve ticaret ilişkileri işlenir. Ticaretin bir hak olduğunu belirler. Bu altbölümün sonunda, ırk ve din akrabalıklarının halklar arasındaki ilişkileri daha kuvvetlendirdiğini yazar⁴³³.

Sonraki sayfalarda hükümdarların ya da halkların şeyler üzerindeki mülkiyet hakları ele alınır. Zouche'da da görüldüğü gibi, uluslararası hukuk

⁴³⁰ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, s. 2.

⁴³¹ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 281.

⁴³² Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, Pars Prima, Sect. II.

⁴³³ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, Pars Prima, Sect. II.

yazınında henüz egemenlik kavramının kullanılmasına geçilmemiştir. Bu mesele hâlâ, mülkiyet (*dominium*) kavramı üzerinden incelenmektedir⁴³⁴. Özel kişiler nasıl taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olabiliyorsa, hükümdarlar ya da halklar da şehirler, sınırlar, vesaire gibi taşınmaz şeyler üzerinde bir mülkiyet hakkı sahibi olabilirler. Ancak mülkiyet hakkına bir de krallıklar ya da daha geniş olarak devletler için kişiler üzerinde bir hâkimiyet hakkından da söz eder⁴³⁵.

Şayet sahipsiz bir toprağı sahiplenme ileri sürülecekse, hak ancak işgal ile tamamen doğar. Terk edilmiş bir toprak söz konusuysa zamanaşımı ile toprağına sahip olunabilir. Toprağıın el değıştirmesi için bağışlamaya dayalı ya da kalıtsal olan biçimlerde ele alınır. Tahtın el değıştirme biçimlerinden de bu konu bağlamında söz edilir⁴³⁶. Dönemin devletler hukuku için tahtın sahipliğı meselesi en önemli konuların başında gelir.

Birinci kısım dördüncü bölüm, barış zamanında borç (*debitum*) konusuna ayrılmıştır⁴³⁷. Bu borçlar, hükümdarlar ya da dost halklar arasındaki borçlardır. Bu konu bağlamında, devletlerin çıkarlarını korumak için nezaket içerisinde birbirleriyle karşılıklı ilişki kurması gerektiğini belirtir. Bu ilişkiler hükümdarlar tarafından kişisel olarak kurulabileceğı gibi elçiler aracılığıyla da kurulabilir. Bu sayede karşılıklı çıkarlar ağırbaşlı bir biçimde ve barış içerisinde temin edilir. *Jus congressus sive colloquii civilis* [(*the right of civil congress or conference*)] sivil kongre ya da konferans hakkı⁴³⁸ uyarınca belirli bir vazife ile yollanan diplomatik görevliler bunu belirten nişan ve belgeye sahip olmalıdırlar. *Jus colloquii civilis*, ticaret hakkının (*jus commercii*) bir devamıdır. Zouche buna ilişkin uyulması gereken kuralları devam eden paragraflar boyunca açıklar. Devletler ve halklar arasında “ağırbaşlı ve barışçı” ilişkilerin kurulup sürdürülmesi için bunlara uyulmalıdır.

Elçilik hukuku “*jus legationis civilis*”, bundan sonra ele alınan meseledir ve yukarıdaki konuyla ilgili uygulamaları içerir⁴³⁹. Zouche, bu uygulamaları Yunanlılardan ve Romalılarından itibaren Avrupalı devletlerin icra ettiğı diplomatik göreneklerden ve tarihsel olaylardan çıkarmaktadır. Elçi, üstün

⁴³⁴ Bkz. Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, s. 7.

⁴³⁵ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, Pars Prima, Sect. III.

⁴³⁶ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, Pars Prima, Sect. III.

⁴³⁷ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, s. 10.

⁴³⁸ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, s. 10; *An Exposition of Feccial Law*, s. 12.

⁴³⁹ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, s. 16.

iktidar sahibi tarafından gönderilir ve kabul eden nezdinde gönderen adına görev yapar. Elçiler uyuşmazlıkları çözmek için vazifelendirilebilirler ya da ittifak kurmak için yetkilendirilebilirler. Bu esnada ittifak ilişkisine de değinilmektedir. Zouche, din görevlisi elçileri, resmî elçileri, sürekli ve olağanüstü elçileri ayrı ayrı sınıflandırmaktadır. Ayrıca, misyon şefi büyükelçinin görev ve yetkilerini de inceler. Bununla birlikte diplomatik protokole de temas eder. Kabul edenin yanındaki dokunulmazlık ve bağışıklıkları da ele alınır. Bu ayrıcalıkların elçilere tanınmasının nedeni diplomatik görevlerini güvenlik için yerine getirebilmelerini temin etmektir⁴⁴⁰.

Jus kısmının Barış hukukuna ait bölümünün son altbölümü prensler ve halklar arasındaki cürümlere (*delictum*) ayrılmıştır⁴⁴¹. Cürümler barışı bozar ve savaşa neden olur⁴⁴². *Delictum* ifadesinden Zouche'un ne anladığını iyi açıklamak önemlidir; zira bizim "cürüm" olarak ifade ettiğimiz yerde, haksız fiil ve ihlâl anlamları da kapsamaktadır ve Zouche bunların hepsini kast etmektedir. Dönemin hâlâ Lâtince ile yazılan ilmî hukuk dilinde bu anlamlar birbirlerinden farklı kelimelerle ayrılarak henüz yeterince incelikli bir biçimde kullanılmamaktadır. En sağlıklı doğru anlam(lar)ı yazıdaki içeriği ele alarak ortaya koymaktır.

Konuya şu paragrafla giriş yapılmaktadır: "*Barış zamanında prensler ya da halklar arasında, kişilere bir zarar verildiğinde ya da malik olunan şeye el konulduğunda ya da bu şey çalındığında ya da hukuktan veya sözleşmeden ya da anlaşmadan ileri gelen bir yükümlülük yerine getirilmediğinde, bir cürüm meydana gelmiştir.*"⁴⁴³.

Görüldüğü gibi İngilizce tercümede "*wrong*" olarak verilen "*delictum*", cürümü, haksız fiili ve ihlâli karşılamaktadır. Cürüm, suçtur (fakat bu suçun yasal unsuru belirsizdir); haksız fiil, hukuka aykırı biçimde başkasına bir zarar ıka etmektir; ihlâl ise hukukî bir kuraldan kaynaklanan bir yükümlülüğün gerektirdiği davranışı yerine getirmemek ve ona aykırı davranmaktır.

⁴⁴⁰ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis, Pars Prima, Sect. IV.*

⁴⁴¹ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis, s. 25; An Exposition of Feccial Law, s. 27.*

⁴⁴² A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International, s. 283.*

⁴⁴³ Lât. için bkz. Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis, Pars Prima, Sect. V, s. 25.* İng.: "*Sention V. Of Wrong between those at Peace: There is a wrong between those at peace when an injury is inflicted on persons, or when property is seized or carried off, or when duties arising by law, or under a convention or treaty, are not performed.*"; Richard Zouche, *An Exposition of Feccial Law, s. 27.*

İnsanlık ve dostluk ilişkilerine sığmayan davranışlar da ihlâl teşkil eder. İnsanlık ve dostluk ilişkilerinde doğan haklar, örneğin geçiş hakkı ya da ticaret hakkıdır⁴⁴⁴.

Hükümran halkların ve prenslerin topraklarını işgal etmek, malik olunan şeyi ele geçirmenin ya da çalmanın bir örneğidir⁴⁴⁵. Bu saldırıları defetmek için her halkın ve prensin silâhlı güç kullanma hakkı vardır⁴⁴⁶.

Barış zamanında konferans ve elçilik haklarının çiğnenmesi ihlâldir⁴⁴⁷. Aynı biçimde, barış zamanı, antlaşmalardan doğan yükümlülüklere riayet edilmemesi de ihlâl teşkil eder⁴⁴⁸.

Zouche, bu ilkesel tespitleri yaptıktan sonra, her ilkesel savı için konuyu olgularla detaylandırmakta ve somut örnekler vermektedir⁴⁴⁹.

Yukarıdaki konuyu da ele aldıktan sonra Zouche, birinci kısım bağlamında, savaş hukukunu (*De jure belli*) incelemeye başlar⁴⁵⁰. Barış gibi savaş da, kavimlerarası hukukun konusudur. Haklı bir savaş, meşrû bir nedene dayanmalı ve Augustinus'un belirttiği gibi hükümranlık sahibi otorite tarafından ilân edilerek açılıp, yürütülmelidir⁴⁵¹.

Aristoteles, herkesin kabul ettiği âdete göre, savaşta galip tarafından ele geçirilen her şeye sahip olunduğunu bildirmişti; özgür kişiler de köle yapılırdı. Hıristiyanlar ise savaş esirlerini ancak fidye ödeninceye kadar elde tutabilmeliydi. Savaş esirleri dışında savaşta ele geçirilen şeyler ve topraklar galibe ait olurdu⁴⁵². Zouche birinci kısma ait son sayfalarda savaş sırasında devletlerce üzerinde uzlaşmış uygulamalardan yola çıkarak savaş sırasında uyulması gerekli hukuk kurallarının ve karşılıklı hak ve yükümlülüklerin neler olduğuna değinmektedir⁴⁵³. Biz burada Zouche'un yapıtındaki ancak

⁴⁴⁴ Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, s. 27.

⁴⁴⁵ Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, s. 27.

⁴⁴⁶ Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, s. 28.

⁴⁴⁷ Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, s. 28.

⁴⁴⁸ Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, s. 28.

⁴⁴⁹ Belirli bir tarihî olayda şöyle şöyle olmuştu; bundan da şu şu sonuç çıkar şeklinde; bkz. Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, ss. 28–31.

⁴⁵⁰ Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis, Pars Prima, Sect. VI*, s. 30.

⁴⁵¹ Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis*, s. 30; Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, s. 32.

⁴⁵² Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis, Pars Prima, Sect. VIII*.

⁴⁵³ Bkz. Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis, Pars Prima, Sect. VIII; Sect. IX; Sect. X*; Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, ss. 39–56.

genel çizgileri ve eğilimleri ortaya koymak istediğimizden, bütün bu ayrıntılara temas etmemekteyiz. Ele alınan bu konulardan sonra sıra, Zouche'un kitabında ikinci kısma gelmektedir.

Juris et Judicii Fecialis'in ikinci kısmı *Judicium*'a ayrılmıştır. Bu kısımda da ilk kısımdaki metodolojiye sadık kalınır. Önce barış zamanındaki anlaşmazlıkların sona erdirilme yöntemleri ele alınır; sonra savaş zamanındaki *judicium*'a ilişkin çözüm yolları incelenir. Bu bölümler de kendi içlerinde, birinci kısmın *jus* ve *judicium* bölümlerinin altbölümlerindeki konu sırasına göre ayrılır. Bu sıralama statüler konusunu, egemenlik hakkı ve yetkileri olarak anlaşılması gereken fakat mülkiyet kavramı kullanılarak ele alınan *dominium* konusunu, borç ve yükümlülüklerin işlendiği *debitum* konusunu ve hukuka aykırılıkların ve ihlallerin irdelendiği *delictum* konusunu takip etmektedir.

Halklar arasındaki anlaşmazlıklar savaşa neden olabileceği gibi, bu anlaşmazlıklar barışçı yollardan da çözümlenebilir. Her şeyden önce özgür ve komşu halkların, aralarındaki anlaşmazlıkları götürebilecekleri sürekli (uluslararası) yargıçları olabilir. Yunan siteleri arasındaki antik Amfikseonialar buna tarihî bir örnektir⁴⁵⁴. Anlaşmazlıklar üçüncü bir tarafın hakemliğine de taşınabilir.

İkinci kısım (*Pars Secunda*) birinci bölüm ikinci altbölümde, devletin ve hükümdarın statüsü ve vatandaşlık hukuku meseleleri incelenir⁴⁵⁵. Zouche'un ele aldıkları, Scelle'in de belirttiği gibi, onun zamanında henüz bu konuların hukuken çok sığ olduğunu ortaya koymaktadır⁴⁵⁶. İkinci kısım boyunca, yazım metodu olarak, Zouche, her paragrafın girişinde bir soru yöneltmekte ve devamında bu soruyu olgulara ve kabul edilmiş kurallara dayanarak yanıtlamaktadır⁴⁵⁷. Kuralların kabul edildiğini (uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının varlığını), devletlerin ve prenslerin uygulamalarından, antlaşmalardan ve mahkeme kararlarından çıkarmaktadır. Devletlerin ve

⁴⁵⁴ Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis*, s. 54; Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, s. 57.

⁴⁵⁵ Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis*, *Pars Secunda*, Sect. II.

⁴⁵⁶ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 297.

⁴⁵⁷ Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis*, *Pars Secunda*, Sect. I, § 1'in başında sorduğu soru "*Alman İmparatoru'na, Roma İmparatoru da denilip denilemeyeceği?*"dir; "*Whether the German emperor may also be called Roman?*"; Richard Zouche, *An Exposition of Fecial Law*, s. 61.

prenslerin uygulamalarını araştırıp ortaya koyarken, geçmiş yazarların eserlerindeki tanıklığı ve tarih bilgisini kullanır. Zouche’da tarih, hukukî olguculuğu ve iradeciliği (pozitivizmi) inşa etmek için yararlanılan başlıca malzemedir.

Toprağın, kıyıların ve denizlerin üzerindeki hükümlerlik hakları (kamusal) mülkiyet kavramı üzerinden irdelenir. Buradaki konunun özü ilk kısımdan farklı olarak işgal meselesidir⁴⁵⁸.

Sıradaki altbölüm, barış zamanındaki ödevlere ayrılmıştır. Burada içerik olarak ele alınanlar diplomatik ilişkiler ve antlaşmalardır. Önce diplomatik görevlilerin sınıflandırılması yapılır, sonra protokole dair öncelik konusu işlenir. Devamında, elçilerin kabul edilmesi, elçinin yetkisinin sınırları ve temsil ettiği prensini, yaptığı işlemlerle bağlaması irdelenir⁴⁵⁹. Elçilerin güvenliği, kabul eden devlet tarafından sağlanmalı, diplomatik dokunulmazlık ve bağımsızlıklara uyulmalıdır⁴⁶⁰.

Judicium’a ait sıradaki başlık altında, barış zamanındaki cürümler incelenir ve devamında savaş zamanındaki *juducium* başlığına geçilir⁴⁶¹. Zouche’un barış zamanındaki *juducium* bakımından cürümlere ait fikirlerinin ana hatları, genel olarak *jus*’e ilişkin kısımda ortaya konduğu gibidir. Savaş zamanındaki ihtilâflara ilişkin olmak üzere pozitivist anlayışını oldukça sağlam biçimde ortaya koyduğu incelemelerinin ise biraz daha üzerinde durmakta fayda vardır.

Savaş zamanındaki usul ve yargı (*judicium*) meselelerine giriş yapılırken ilk ele alınan savaşın hukuka uygunluğunun incelenmesidir⁴⁶². Zouche, bu konuyu Grotius, Gentilis ve Ayala’dan alıntılar yaparak işlemektedir. Zouche’a göre, savaş kendisinden önceki yazarların da tespit ettiği gibi “kavimler hukuku”nun bir konusudur ve kabul edilmiş olan kurallara *jus* kısmında değinilmiştir. Bu kuralların devamında, savaş sırasında devletlerin ve uyruklarının statüleri üzerinde durulur (*Sect. VII*)⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis, Pars Secunda, Sect. III*.

⁴⁵⁹ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis, Pars Secunda, Sect. IV*.

⁴⁶⁰ Örneğin, “*Whether security is due to ambassadors from others than those to whom they are sent?*”; Richard Zouche, *An Exposition of Feccial Law*, s. 97, ayrıca bkz. ss. 98–100.

⁴⁶¹ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis, Pars Secunda, Sect. VI*, s. 116.

⁴⁶² Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis*, s. 116; Richard Zouche, *An Exposition of Feccial Law*, s. 112.

⁴⁶³ Richard Zouche, *Juris et Judicii Feccialis, Pars Secunda, Sect. VII*, s. 120.

Doğal hukuku çiğneyenlerin düşman sayılıp sayılamayacağı; farklı bir dinden olanların düşman sayılması gerekip gerekmediği; gibi konular burada ele alınmaktadır.

Devam eden başlıkların altında sırasıyla, düşmanlar arasındaki mülkiyet durumu ve savaşta ele geçirilen malların ve şeylerin hukukî akıbeti (*Sect. VIII*)⁴⁶⁴; düşmanlar arasında ve savaşta dahi uyulması gereken ödevler (*Sect. IX*)⁴⁶⁵; düşmanlar arasında kavimlerarası hukukun ihlâli (*Sect. X*)⁴⁶⁶ konuları incelenerek Zouche'un *Juris et Judicii Fecialissime Juris Inter Gentes*'ı sona erdirilmektedir. *Sect. VIII*'in başından *Sect. X*'un sonuna dek mevcut satırlarda ele alınanlar ve beyan edilen düşünceler orijinal olmaktan çok Gentilis'in ve Grotius'un çalışmalarında ortaya koyduklarının bir tekrarı mahiyetindedir⁴⁶⁷; fakat yapıtın genelinde olduğu gibi burada da ortaya konulan bilgilerin özlü bir biçimde aktarılması, önceki yazarların kitaplarına göre daha kısa ve konuyla doğrudan ilgili biçimde yazılması, aranan konunun kitabın içinde nispeten kolayca bulunabilmesi, ifadenin açık ve muhakemenin berrak oluşu, Zouche'un kitabına kendisinden önceki çalışmalara kıyasen uluslararası hukuk konularının derli toplu biçimde ve pozitivist bir anlayışla sunulduğu "uluslararası hukukun ilk manüeli" niteliğini haklı olarak kazandıracak özelliklerdir⁴⁶⁸.

2- Cornelius van Bynkershoek

Cornelius van Bynkershoek (d. 1673, Middleburg, Zeeland – ö. 1743, Lahey, Felemenk), uluslararası hukukun pozitivist çizgide gelişmesine katkılarıyla tanınan Hollândalı hukukçudur.

Tüccar bir aileye mensup Cornelius, Franeker'de hukuk öğrenimi gördükten sonra Lahey barosuna kabul edildi. Bynkershoek, 1703'te Holland ve Zeeland Yüksek Mahkemesi'ne atandı. 1724'te mahkemenin başkanı oldu. Yoğun yargı görevinin yanı sıra, hukuk üzerine değişik konularda ve çok sayıda yapıt verdi.

⁴⁶⁴ Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis, Pars Secunda, Sect. VIII*, s. 124.

⁴⁶⁵ Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis, Pars Secunda, Sect. IX*, s. 146.

⁴⁶⁶ Richard Zouche, *Juris et Judicii Fecialis, Pars Secunda, Sect. X*, ss. 183–196.

⁴⁶⁷ Aynı hususu Scelle de saptamıştır; A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 321.

⁴⁶⁸ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 322.

Bynkershoek'in uluslararası hukuk üzerine yazdığı belli başlı yapıtlar arasında *De Dominio Maris*⁴⁶⁹ (1703); *De Foro Legatorum*⁴⁷⁰ (1721) ve *Quaestiones Juris Publici* adlı yapıtının⁴⁷¹ birinci kitabı olan *De Rebus Bellicis* (1737) bilhassa zikredilmelidir.

Denizlerde egemenlik hakkı, büyükelçilerin statüsü, savaş sırasında özel mülkiyete ilişkin meseleler, ganimet, tarafsızlık, kaçakçılık ve abluka gibi sorunlara ilişkin görüşleri geniş bir kabul görmüş ve çok etkili olmuştur⁴⁷².

Uluslararası hukuku irdelerken, kendisinden öncekilerin aksine, çıkarıma dayalı soyut kavramlardan çok, gerçek somut uygulamayı (*usus*) göz önüne almıştır.

Bynkershoek'in görüşleri ve metodu hakkında genel bir değerlendirme yapmak üzere saptayacağımız ilk hususlar şunlardır: Kendisi teoloji eğitimi alıp ilâhiyatla ilgilenmiş olsa da, uluslararası hukuka ilişkin meselelerde dinî yaklaşımı çalışmalarında tamamen bertaraf etmiştir ve hiçbir dinsel metni atıf yoluyla dahi dayanak yapmamıştır. Bunun gibi, kendi zamanına dek, uluslararası hukuka ilişkin kuramsal tartışmaların her zaman odağında yer almış doğal hukuka da uluslararası hukuk öğretisinde yer vermemiştir. Bynkershoek'in görüşleri bir tarafta Hıristiyanî bir hümanizma duygusu, diğer tarafta da gelişen uluslararası ticaretin gerekliliklerine çözüm arama ihtiyacı tarafından biçimlendirilmiştir⁴⁷³.

⁴⁶⁹ “Denizlerde Egemenlik Hakkı Üzerine”; bkz. Cornelius van Bynkershoek, *De dominio maris dissertatio*, English translation of the second edition 1744, trans. R. Van Deman Magoffin, Oceana, 1964; Cornelius van Bynkershoek, *De lege Rhodia de jactu liber singularis et de Dominio Maris Dissertatio*, Joannem Verbessel, 1703; e-okuma için bkz. <http://books.google.com.tr/ebooks/reader?id=xWREAAAACAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PA121> (22.10.2012).

⁴⁷⁰ “Elçiler Forumu Üzerine”.

⁴⁷¹ “Kamu Hukuku Sorunları”. Cornelius van Bynkershoek, *Quaestionum juris publici libri duo: Quorum primus est de rebus bellicis, secundus de rebus varii argumenti*, Joannem Van Kerckhem, 1737; e-okuma: <http://www.archive.org/stream/corneliivanbynke00bijnx#page/n5/mode/2up> (25.10.2012); *Quaestionum*'un birinci kitabının İngilizce tercümesi için bkz. *A treatise on the Law of War, The First Book of Quaestiones Juris Publici*, trans. Peter Stephen Du Ponceau, Published by Farrand & Nicholas, Philadelphia, 1810; e-okuma: ftp://ftp.bnf.fr/009/N0093744_PDF_1_-1DM.pdf (25.10.2012).

⁴⁷² Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 184.

⁴⁷³ A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, s. 387. Bynkershoek üzerine yazılmış en önemli makalelerin başında şu klâsik çalışma gelir: Joseph Delpech, “Bynkershoek”, A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 385–446.

Bynkershoek çalışmalarını kaleme alırken, Grotius çoktan kavimler hukuku teorisinde doğal hukuk ve iradî pozitif hukuk ayrımını yapmıştı. Birincisi halklar arasındaki sosyalleşme itkisi tarafından dikte edilirken ya da bunun zorunlu sonucuyken diğeri aynı halkların aralarında uygulanmak üzere iradeleriyle kabul ettikleri kurallardan meydana gelmekteydi. Doğal hukuk zorunlu ve değişmezken, pozitif hukuk ikincil ve değişkendi. Pozitif hukuk, doğal hukukun destekleyicisiydi ve ona tâbiydi. Grotius'un takipçisi Pufendorf, uluslararası ilişkilerin pozitif kurallarla düzenlenmesine son verilmesi gerektiğini ve kavimler hukuku ilminin spekülâtif bir temel üzerinde soyut *jus naturæ* esasına oturtulmasını savunmaktaydı. Pufendorf'un görüşleri bir çıkmaz sokakta son bulacak gibiydi; kuramsal olarak devletlerarası düzeni Hobbesçu bir doğal duruma mahkûm etme tehlikesini bünyesinde taşıyordu. Nitekim kuramı burada tıkanmış ve aşılmıştır.

Bynkershoek, Pufendorf'un aksine, kavimler hukukuna özellikle pozitif bir temel sağlamak istedi. Bu pozitif temelin ancak uluslararası teamül kurallarından ve devletler arasında yapılan antlaşmalardan sağlanabileceğini (*usus, mores, consensus gentium*) farkındaydı. Bu temelle birlikte hukukî kararlar, kavimler hukukunda otoriteye kavuşturulabilirdi⁴⁷⁴. Bu nedenle kavimler hukuku bilimi pozitif hukukun etüt edilmesini konu edinmeliydi⁴⁷⁵. Bynkershoek'e göre, söz konusu pozitif hukuk ancak Batı Avrupalı Hıristiyan devletler arası bir hukuktu; çünkü ancak onlar gerçek anlamda bir uluslararası topluluk meydana getirmekteydiler (*mores gentium europæarum*)⁴⁷⁶.

De dominio maris (Denizlerde Egemenlik Hakkı Üzerine) adlı kitap, XVII'nci yüzyılda devletler arasında önemli bir tartışma konusu olmuş⁴⁷⁷ denizlerin hukukî durumu üzerine yazılmış bir çalışmadır ve Bynkershoek'in ele alacağımız yapıtları arasında en erken tarihli olanıdır.

De dominio maris'te denizlere egemenlik tartışılırken, Bykershoek, *jus gentium*'u ve *jus naturale*'yi *jus civile*'ye ya da *jus romanum*'a yani Roma hukukuna sıkı bir biçimde bağlar; Roma hukuku ilke ve kurallarına üstünlük

⁴⁷⁴ A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 388.

⁴⁷⁵ Paul Leseur, Introduction à un cours de droit international public, s. 117.

⁴⁷⁶ Paul Leseur, Introduction à un cours de droit international public, s. 118; A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 388.

⁴⁷⁷ Bkz. A. Pilet, Les Fondateurs Du Droit International, ss. 392–394.

tanılarak *jus gentium*'u irdeler⁴⁷⁸. Esasında bu metninde Bykershoek, *jus romanum*'a *jus gentium*'dan çok daha fazla atıf yaparken, *jura*'ya da (haklar) *jus*'ten (hukuk) daha fazla önem verir. Çalışmasında denizler üzerindeki egemenlik konusunu *jura*'yı dikkate alarak çözümlenmeye gayret eder. Ele aldığı konuyu Grotius'un yaptığı gibi doğal hukuktan kaynaklanan soyut ilkeler ve spekülâtif yasalar üzerine değil, somut haklar bağlamında irdeler.

De foro legatorum (Elçiler Forumu Üzerine), Bykershoek'in elçilik kurumu üzerine eğildiği kitabıdır⁴⁷⁹. *De foro legatorum*'da da *jus gentium*'un açık bir tanımı yapılmamaktadır. Bununla birlikte Bykershoek'in, *jus gentium*'un temelinde devletler ve halklar arasında açık ya da örtülü anlaşmayı, uzlaşmayı gördüğü anlaşılmaktadır. *Jus gentium*'un temelinde, örtülü de olsa devletler arasındaki karşılıklı irade uyuşması vardır⁴⁸⁰. Bu bakımdan öğreti tarihinde pozitivist yazarlar arasında sayılmaktadır.

Bykershoek için kavimler hukuku, devletlerarası bir hukuktur. Bu hukuk düzeninin temeli devletler arası irade uyuşmasıdır. Devletlerin kavimler hukukunun yürürlükte olduğuna dair örtülü uzlaşmaları, geleneklerin (*usus*) uygulanması ile ortaya çıkar. Halkların aralarındaki ilişkilerde uygulaya geldikleri gelenekler ve Roma hukuku ilkeleri, kavimler hukukunda, doğal hukuka göre daha önde gelen kaynaklardır⁴⁸¹. Bykershoek'in öğretisinde, kavimler hukuku disiplininde hukukî muhakeme “*recta ratio*”, akıl yoluyla yapılabilir ve yapılmalıdır da. Mantıkî yorum, teamüllerin ya da antlaşma hükümlerinin belirsiz ya da kapalı olduğu durumlarda bir gerekliliktir. Bu mantıkî yorum, skolâstik dogmalar ya da spekülâtif doğal hukukçu çıkarımlar marifetiyle değil, uygulamada hakkaniyetli neticeyi elde etmek için poziti-

⁴⁷⁸ Kinji Akashi, Cornelius van Bynkershoek: His role in the history of international law, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, s. 19; http://books.google.com.tr/books?id=8Pp--yPYL58C&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (25.10.2012).

⁴⁷⁹ Cornelius van Bynkershoek, *Foro Legatorum*, Joannem Vander Linden, 1721; e-okuma: ftp://ftp.bnf.fr/009/N0093689_PDF_1_-1DM.pdf ya da <http://ia700301.us.archive.org/4/items/deforolegatorumt00bijn/deforolegatorumt00bijn.pdf> (25.10.2012); kitabın Fransızca tercümesi için bkz. *Traité du Juge Competent des Ambassadeurs Tant pour le Civil que pour le Criminel*, trad. Jean Barbeyrac, Chez Thomas Johnson, La Haye, 1723; e-okuma: ftp://ftp.bnf.fr/009/N0093736_PDF_1_-1DM.pdf (25.10.2012).

⁴⁸⁰ “*Jus Gentium est, nisi inter volentes ex pacto tacito*”; “*Quantum sufficit ad probandum consesum, atque adeo Jus Gentium*”; bkz. Kinji Akashi, Cornelius van Bynkershoek, s. 21.

⁴⁸¹ Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 84.

tif (olgucu ve iradeci) hukukî muhakeme ile yapılmalıdır⁴⁸². Olgucu akli yorum, öncelikle antlaşmalar, teamüller ve geçmiş tarihsel olaylar ışığında yapılır. Bu bakımdan kavimler hukukunda, zamanın ve koşulların değişmesiyle hukuk da değişir. Geçmiş yüzyılların uygulamalarına ve hukukçularının görüşlerine sıkı sıkıya biat etmek yararsızdır. Nitekim Bykershoek bu görüşleri uyarınca, yaptıkları üzerinde çalışırken, başta vatandaşı ve nispeten çağdaşı Grotius olmak üzere XVII'nci yüzyıl yazarlarından yararlanmıştı. Buna rağmen geçmişin hukuk bilgisinden yararlanmak adına, yaptıklarında büyük ağırlığı olan ve çok sayıda göndermede bulunduğu kaynak olan büyük Roma hukuku külliyyatı olan *Corpus Juris Civilis*'ten asla vazgeçemez. *CJC*'in uluslararası hukukta hiçbir uygulaması olmamasına rağmen Hollândalı yargıç Bykershoek, görüşlerini dayandıracağı ilke ve kuralları *CJC*'in içinden arayıp çıkarmaktan geri durmaz.

Bykershoek'in disipline önemli katkılarından birisi, "karasuları" teorisidir. Grotius'un *Mare liberum*'unda yaptığı gibi, Bykershoek de *De dominio maris*'te okyanusların serbestliğini savunmaktadır. Bu tezini, tarihte yaşanmış olaylara dayanarak savunmaktadır. Okyanuslar, hiçbir ulusun mülkiyeti altına giremez; sahiplenilmeye elverişli değillerdir. Açık deniz, herhangi bir devletin hâkimiyeti altında değilken, Bykershoek'in tezine göre, devletin kara ülkesinin kıyılarına yakın deniz alanları, bu devlet oraları denetimi ve idaresi altında tutabildiği oranda, kıyı devletine ait sayılır⁴⁸³. Devletlere bu yetkiyi tanıma gerekliliğini doğuran en önemli faktör, toprakların menzillerinin ve etkinliğinin, devletlere, kıyılarına yakın karasularını etkin biçimde kontrol edebilme olanağını tanımasıdır⁴⁸⁴. Bykershoek'e göre, karaya hâkimiyet silâhların gücünün bittiği yerde biter ("*potestatem terræ finiri ubi finitur armorum vis*")⁴⁸⁵.

De foro legatorum'da Bykershoek, özel olarak diplomatik ajanların ve genel olarak da egemenlerin dokunulmazlıklarını incelemektedir. Eserde, özellikle üzerinde durulan husus, hukuk davaları bakımından yargı bağımsızlığıdır. Bykershoek, kabul eden devletin güvenliğine karşı olan suçlar hariç

⁴⁸² Dominique Gaurier, Histoire du droit international, s. 185.

⁴⁸³ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit international public, s. 117.

⁴⁸⁴ A. Pilliet, Les Fondateurs Du Droit International, s. 400. XVIII'inci yüzyıl boyunca toprakların ortalama menziline koşut olarak karasularının genişliği genel olarak üç deniz mili olarak kabul edilmiştir; Antonio Truyol y Serra, Histoire du droit international public, s. 85.

⁴⁸⁵ Dominique Gaurier, Histoire du droit international, s. 283.

olmak üzere ceza davaları bakımından da yargı bağımsızlığını öngörmektedir. Hukuk davaları bakımından ise elçinin görevine ilişkin mallara dair ihtilâflarda yargı bağımsızlığı tanınmalıdır. Elçinin özel mülkiyetindeki kişisel malları ya da ticarete konu olmuş şeyler bakımından meydana gelen özel hukuktan doğan uyuşmazlıklarda yargı bağımsızlığı tanınmaz. Bu durumlar haricinde, egemeni tarafından görevlendirilen elçi, kabul eden devlette yargı bağımsızlığını ileri sürebilir⁴⁸⁶. Kabul eden devlet bakımından ise elçinin itimatnamesi kabul edilmezden (akreditasyondan) önce görevi sırasında kendisine bağımsızlık tanınmayacağı ya da sınırları ihtar edilebilirdi; şayet bu ihtara rağmen elçi görevine başlarsa bundan sonra bağımsızlık hakkından yararlanamazdı ya da ihtar edilen sınırlar içinde bağımsızlık söz konusu olurdu⁴⁸⁷.

Bykershoek, özellikle denizde olmak üzere tarafsızlık konusuna önem vermiştir⁴⁸⁸ ve tarafsızlık hakkındaki görüşleriyle disiplinde etkili olmuştur⁴⁸⁹.

Kavimler hukukunun savaş hukuku, tarafsızlık, abluka, savaşta mal taşımamacılığı gibi konularını ele aldığı eseri *Quaestiones juris publici*'nin birinci kitabını teşkil eden *De rebus bellicis*'tir (*A treatise on the Law of War*, 1810).

De rebus bellicis'te ele alınan konuları sıralamak gerekirse eserde, genel olarak savaş⁴⁹⁰ (*Quaestiones Juris Publici, Libri Pirimi: De rebus bellicis, cap. I: Definitio belli*), savaş ilânı⁴⁹¹ (*cap. II*), düşmanlar arasında savaşın yürütülmesi⁴⁹² (*cap. III*), menkul malların ve gemilerin ele geçirilmesi⁴⁹³ (*cap. IV*), menkul malların geri alınması⁴⁹⁴ (*cap. V*), savaşta gayrimenkullerin sahipliği⁴⁹⁵ (*cap. VI*), düşmanın aktif varlıklarının ve kredileri-

⁴⁸⁶ Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 85.

⁴⁸⁷ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 118.

⁴⁸⁸ Bkz. Wilhelm Georg Grewe, Michael Byers, *The epochs of international law*, trans. Michael Byers, Walter de Gruyter, Berlin, 2000, s. 410.

⁴⁸⁹ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 117. Ayrıca bkz. Wilhelm Georg Grewe, Michael Byers, *The epochs of international law*, ss. 372–374; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, ss. 325–328.

⁴⁹⁰ Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, s. 1.

⁴⁹¹ Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, s. 6.

⁴⁹² Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, s. 18.

⁴⁹³ Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, s. 27.

⁴⁹⁴ Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, s. 36.

⁴⁹⁵ Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, s. 45.

nin müsadere⁴⁹⁶ (*cap. VII*), tarafsız liman ve topraklarda düşmanlar arası silâhlı çatışma⁴⁹⁷ (*cap. VII*), tarafsızlık⁴⁹⁸ (*cap. IX: De statu belli inter non hostes*), kaçakçılık⁴⁹⁹ (*cap. X*), abluka ve kuşatma altındaki yerlerle ticaret⁵⁰⁰ (*cap. XI*), yasal ve kaçak malların karışık biçimde beraber taşınması⁵⁰¹ (*cap. XII*), düşman gemisinde bulunan tarafsız malları⁵⁰² (*cap. XIII*), tarafsız gemilerinde bulunan düşman malları⁵⁰³ (*cap. XIV*), *postliminium* hakkı çerçevesinde tarafsız toprakların sahiplerine iadesi⁵⁰⁴ (*cap. XV postliminium* (eski sahiplerine iade) hakkının devlet ve şehirlere uygulanması⁵⁰⁵ (*cap. XVI*), korsanlık⁵⁰⁶ (*cap. XVII*), *privateers (de praedatoria privata)* yani savaşta hükümetlerinin izniyle çalışan ve düşman gemilerini yağmalayan korsan gemileri⁵⁰⁷ (*cap. XVIII*), korsanlıktan dolayı sorumluluk⁵⁰⁸ (*cap. XIX*), gemilerin yakalanması⁵⁰⁹ (*cap. XX*), düşman malvarlığının sigortalanması⁵¹⁰ (*cap. XXI*), yabancı ülkedeki asker kişilerin durumu⁵¹¹ (*cap. XXII*), Hollânda eyaletlerinin savaş ilân etme ve savaşıma yetkileri⁵¹² (*cap. XXIII*) ve misilleme⁵¹³ (*cap. XXIV*) konuları incelenmektedir.

Yazarın konuları inceleyiş tarzına ilişkin birkaç saptamayı eserden örnek seçerek yapmak yerinde olacaktır. Örneğin, tarafsız liman ve topraklarda düşmanlar arası silâhlı çatışma konusu ele alınırken, tarafsız toprakların ve limanların statüsü, en eskisi 1654 tarihli Hollânda-İngiltere antlaşması iken en yenisi 1713 tarihli Hollânda-Fransa ticaret antlaşması olan

⁴⁹⁶ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 51.

⁴⁹⁷ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 58.

⁴⁹⁸ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 66.

⁴⁹⁹ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 74.

⁵⁰⁰ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 82.

⁵⁰¹ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 93.

⁵⁰² Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 100.

⁵⁰³ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 106.

⁵⁰⁴ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 113.

⁵⁰⁵ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 122.

⁵⁰⁶ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 127.

⁵⁰⁷ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 139.

⁵⁰⁸ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 147.

⁵⁰⁹ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 155.

⁵¹⁰ Cornelius van Bynkershoek, A treatise on the Law of War, s. 163.

⁵¹¹ Cornelius van Bynkershoek, A treatise, s. 174.

⁵¹² Cornelius van Bynkershoek, A treatise, s. 181.

⁵¹³ Cornelius van Bynkershoek, A treatise, s. 182.

bir dizi antlaşma arasından bunların ilgili maddeleri incelenerek belirlenmektedir. Bykershoek, uluslararası antlaşmalardan belirlediği ilkeleri ortaya koyduktan sonra da, 1650’lerden başlayarak gene bir dizi olayda söz konusu ilkelerin uygulanışına dair somut örneklerle konuyu açıklamaya devam etmektedir⁵¹⁴. Bu konuda belirlediği ilkeyi de aktarmak gerekirse, antlaşmalardan ve devletlerin uygulamalarından belirlediği ilke odur ki, savaşan taraflar arasındaki silâhlı çatışmalar tarafsız devletlere ait toprak ve limanlarda yürütülmemelidir. Bu örnekle göstermeye çalıştığımız ve eserinin genelinde uyguladığı yöntemsel yaklaşım ile Bykershoek, uluslararası hukukun kaynakları konusunda, olgulardan çıkardığı teamül kurallarını ve antlaşmaları üstün tutan pozitivist anlayışını gayet berrak biçimde ortaya koymaktadır.

Bir örnek daha göstermek gerekirse, Bykershoek eserde, Birleşik Eyaletler (*United Netherlands*) hükûmetinin ambargo konusunda, bunun etkinliği hakkındaki idarî ve yasal düzenlemelerini irdeler ve gemilere ve ambarın delinmesi teşebbüsü durumunda gemi mallarına el konulmasını kural ve olgulara dayanarak inceler⁵¹⁵. XVII’nci yüzyılda Hollânda, Avrupa politikasında tarafsız ve edilgen bir rol oynamaktadır. Hollânda iki düşman güç olan Fransa ve İngiltere arasındaki uluslararası rekabetin ortasında kalmıştır. Bununla birlikte Hollânda için denizcilik ve ticaret yaşamsaldı. Bu bakımdan Hollândalı yazar Bykershoek, ülkesini yakından ilgilendiren meseleler olan tarafsızlık ve denizlerde gemilere ve mallara el konulması üzerinde özellikle durur. Ülkesini ilgilendiren meseleleri kuramında ve çalışmalarında öne çıkaran, ülkesinin yasal mevzuatını ve uygulamalarını uluslararası hukuk görüşlerini ortaya koyarken irdeleyen Bykershoek, bu tavrıyla örnek olarak, kendisinden sonra gelecek yazarlar kuşağı arasında “uluslararası hukuk öğretisinde millî ekoller akımı”nı (*courant des écoles nationales de droit international*) başlatacağı⁵¹⁶.

A treatise on the Law of War’ın on birinci bölümü abluka ve abluka altındaki yerlerle ticaret konusuna ayrılmıştır⁵¹⁷. Burada yazar, Grotius gibi, kendisinin de ilke olarak abluka ya da kuşatma altındaki yerlere herhangi bir

⁵¹⁴ Bkz. Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, ss. 59–65.

⁵¹⁵ Bkz. Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, ss. 85–92. Ayrıca bkz. Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 85.

⁵¹⁶ Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 185.

⁵¹⁷ Cornelius van Bynkershoek, *A treatise on the Law of War*, s. 82.

malı taşımanın hukuka aykırı olduğunu düşündüğünü yazmaktadır⁵¹⁸. Bunun aksine hareketler kaçakçılık (*contraband*) olarak nitelenir⁵¹⁹.

Bykershoek, tarafsızlığa ilişkin geliştirdiği kuralları Grotius'un attığı temel üzerinde yükseltir. Grotius, *De jure belli ac pacis*'te tarafsız olanın ne haklı ne de haksız bir savaş yürüten tarafa yardım etmemesi gerektiğini belirtmişti. Gene Grotius'a göre, tarafsızlar geçiş hakkı tanımak ya da düşman ordulardan birisine yardım teşkil etmeyecek biçimde ticaret sürdürmekte düşman taraflara eşit muamele etmeliydi. Bu kuramsal ilkeleri uygulamada yaşama geçirmek birçok sorunun çözülmesini gerektirmekteydi. Bykershoek, bu pratik sorunlara hukukî cevap aramıştır: Hollânda gemilerinin savaşan taraflar için taşıyabileceği mal çeşitlerinin neler olabileceğini belirlemek gerekliydi.

Büyük bir tüccar millet olan Hollândalılar için tarafsız gemilerinin savaş zamanında taşıyabileceği malların hukuken belli olması önemliydi. Böylelikle savaşan güçler tarafından gemilerine ve mallara el konulmasının önüne geçilebilirdi. Kaçakçılık konusunda Bykershoek, Grotius'un incelemelerine ve görüşüne sadık kalmıştır⁵²⁰. Mallar üç gruba ayrılarak sınıflandırılmaktadır. Sadece savaş zamanında kullanımı olan mallar; savaşta hiçbir kullanımı olmayan lüks kategorisindeki mallar; madenler, besin maddeleri gibi hem savaşta hem barışta kullanımı olan mallar. Düşman taraflardan birisinin mallarının taşınmasında, Grotius, karşı tarafın mallarına el konulabileceğini ilkesinin çok eski bir uygulama olduğunu ve bunun yapılmasının caiz olduğunu bildirmişti. XVII'nci yüzyıldan itibaren Hollândalılar "serbest gemi, serbest mal" uygulamasını tatbik ediyorlardı. 1650'den 1700'e kadar Hollândalılar İspanya, Portekiz, Fransa ve İsveç'le bu uygulamayı düzenleyen bir düzine antlaşma imzaladılar. İngiltere ise hiçbir zaman böyle bir antlaşma yapmaya yanaşmadı ve düşmanın taşınan mallarına el koymaya

⁵¹⁸ "I Have said in a former chapter (chap. 4, s. 31) that by the usage of nations, and according to the principles of natural reason, it is not lawful to carry any thing to places that are blockaded or besieged. Grotius is of the same opinion..."; Cornelius van Bykershoek, A treatise on the Law of War, Chap. XI, s. 82.

⁵¹⁹ Cornelius van Bykershoek, A treatise on the Law of War, Chap. XI, s. 85.

⁵²⁰ Carl Schmitt, The nomos of the earth in the international law of the Jus Publicum Europaeum, trans. G. L. Ulmen, Telos Press Publishing, New York, 2006, s. 164; e-okuma için bkz. http://books.google.com.tr/books?id=Qayg5HqaY18C&pg=PA164&dq=Bykershoek&ei=TtPmTsfLzNUZH_6IEK&hl=tr&cd=3#v=onepage&q=Bykershoek&f=true (25.10.2012).

devam etti. İngiltere ile Hollânda arasında konu XVII'nci yüzyıl boyunca sürekli bir hukukî sorun olarak kaldı⁵²¹.

Bykershoek, kısaca tanıtmaya çalıştığımız üç önemli yapıtı *De dominio maris*, *De foro legatorum* ve *Quaestiones juris publici*'nin birinci kitabı *De rebus bellicis* ile uluslararası hukuk öğretisinde ve uygulamasında önemli ve sürekli bir etki yaratmıştır. Bilhassa Amerikan ve İngiliz mahkemelerinin kararlarında kendisine atıflar yapılmış ve⁵²² Anglo-Amerikan uluslararası hukuk yaklaşımının oluşmasında, Bykershoek, yapıtlarından yararlanan önemli bir isim olmuştur. Hakkında son olarak şunu da söyleyelim ki, kuramsal bakımdan Bykershoek'in pozitivistliği gayet yetkin bir niteliğe sahiptir. Bizce, uluslararası hukuk öğretisinde Bykershoek, pozitivist ekolün olgunluğa kavuşmasında önemli hizmeti olmuş bir yazardır. Ayrıca, ele aldığı konular kadar yazım üslûbu da oldukça çağdaş bir karakterdedir. Onu disiplinimizin öğretisinde, üslûp bakımından ilk gerçek modern yazar olarak nitelendirmektediriz.

3- Alman Pozitivist Okulu'nun Öncüsü Samuel Rachel

Holstein'de Lutherci bir papazın oğlu olarak doğan ve gençliğinde maddî bakımdan çok zor şartlarda öğrenimini sürdüren Alman hukukçu Samuel Rachel (1628–1691) kariyerinde, Helmstedt Üniversitesi'nde ahlâk felsefesi profesörlüğü yapmış (1658); Hiedelberg'ten sonra Alman üniversiteleri arasında hukuk fakültesinde kavimler hukuku kürsüsü kuran ilk üniversite olan Kiel Üniversitesi'nde doğal hukuk ve kavimler hukuku kürsüsü profesörü olmuş (1665) ve diplomatik görevlerde bulunmuştur. 1678'te Nijmegen Barış Antlaşması görüşmelerinde Schleswig-Holstein dükünü temsil etmiştir⁵²³.

De jure naturae et gentium dissertationes (Doğal hukuk ve kavimler hukuku hakkında denemeler) adlı kitabında uluslararası hukuk anlayışını ortaya koymaktadır (1676)⁵²⁴.

⁵²¹ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 118.

⁵²² Antonio Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, s. 85. Örneğin: Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Ware vs Hylton*, 2 *Dall.* 262; *The Schooner Exchange vs Mc Fadden*, 1812, 7 *Cranch* 144 kararları; Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 185.

⁵²³ Bkz. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 181.

⁵²⁴ Samuel Rachel, *De Jure Naturae et Gentium Dissertationes*, Literis Joachimi Reumanni, Kiloni, 1676; e-okuma için bkz. <http://books.google.com.tr/ebooks/reader?id=BFoU>

Rachel'in *Dissertationes*'te geliştirdiği görüşüne göre, hukuk kuralları üç seviyeli bir piramit oluşturmaktadırlar. Zirvedeki seviyede doğal hukuk yer alır ve hukukun genel ilkelerinin kaynağı doğal hukuktur⁵²⁵. Kavimler hukukunun pozitif kaynakları olan antlaşmalarda ya da teamül kurallarında bir boşluk veya belirsizlik olduğunda bunların tamamlanması ya da açıklığa kavuşturulması için doğal hukuktan kaynaklanan ilkeler ışığında yorumda bulunulabilir⁵²⁶. Orta seviyede, kamu otoritesinin yaptığı kurallar bulunur. En alt seviyede ise kişiler arasındaki sözleşmeler ve işlemler bulunur⁵²⁷.

Rachel, genel hukuk teorisine ait bu şemayı kavimler hukuku kuramına da uygular ve kavimler hukukunun devletlerarası bir hukuk disiplini olduğu neticesine varır. Kavimler hukuku bağımsız bir hukuk dalıdır. Kavimler hukuku kurallarının pozitif dayanağı, uluslararası ilişkilerde bulunurken devletlerin sergilediği uygulamalar ve devletlerin aralarında yaptıkları akitlerdir; yani kavimler hukukunun kaynakları teamüller ve antlaşmalardır. Rachel, bu kuralların hukukî ahenk içinde uygulanması için uluslararası anlaşmazlıkları çözümlenmek üzere bir uluslararası örgüt kurulmasını önermektedir⁵²⁸.

Rachel'e göre, kavimler hukuku, özgür uluslar arasındaki irade uyumlarını üzerinde yükselen bir hukuk dalıdır⁵²⁹. Rachel, Grotius'taki doğrudan doğal hukuktan ileri gelen birincil kavimler hukuku ve uluslar arasında iradî (pozitif) olan ikincil kavimler hukuku ayrımlarına itibar etmez ve bu ayrımı kuramından dışlar. Rachel'e göre kavimler hukuku, hukukî ve siyasî temele sahip bağımsız bir hukukî disiplindir⁵³⁰. Hukuk, pozitif ve zorunlu bir düzendir. Özel kişiler arasında, egemenle uyrukları arasında ve bağımsız siya-

AAAAQAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PA3-IA4 (25.10.2012). İngilizce tercümesi için bkz. Samuel Rachel, *De Jure Naturae et Gentium Dissertationes*, Vol. I. A Reproduction of the Edition of 1976, Vol. II. A Translation of the Text by John Pawley Bate, *The Classics Of International Law* Edited By Scott James Brown, Published By The Carnegie Institution Of Washington, Washington D.C., 1916; e-okuma için bkz. <http://www.archive.org/stream/samuelisraeli00bategoog#page/n6/mode/2up> (25.10.2012).

⁵²⁵ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 118.

⁵²⁶ Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, s. 182.

⁵²⁷ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 118.

⁵²⁸ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit international public*, s. 119.

⁵²⁹ Wilhelm Georg Grewe, Michael Byers, *The epochs of international law*, s. 356.

⁵³⁰ Wilhelm Georg Grewe, Michael Byers, *The epochs of international law*, s. 357.

sal topluluklar arasındaki ilişkileri hukuk düzenleri yönetir. Bunlardan birinci zikredilen özel hukuk, ikincisi kamu hukuku, üçüncüsü ise kavimler hukukudur⁵³¹. Kavimler hukuku da diğer ikisi gibi pozitif kaynakları olan bir hukuk düzenidir ve spekülâtif doğâl hukuktan ve doğâl yasadân ayırt edilme-lidir⁵³².

Rachel'e göre, kavimler hukuku disiplini genel kavimler hukuku (*jus gentium commune*) ve özel kavimler hukuku (*jus gentium proprium*) olmak üzere iki bölüme ayrılarak incelenebilmelidir. Her iki bölüm de, kendisine uyulması zarurî hukuk düzenleridir: “*Jus gentium est jus plurium liberarum gentium pacto sive placito expresse aut tacite initum, quo utilitatis gratia sibi invicem obligantur*”⁵³³.

Genel kavimler hukuku, bütün uluslar ya da “en azından en uygar olanlar” için müşterek hükümler içerir; özel kavimler hukuku ise sadece sınırlı sayıda ulusun kendi aralarındaki ilişkilere uygulanmaya özgü kurallardan oluşur. Özel kavimler hukuku, sınırlı sayıda ulus arasındaki açık irade uyuşmalarına dayanır. Yazılı antlaşmalar ve konvansiyonlar belirli devletler arasındaki özel kavimler hukuku kurallarının pozitif kaynağını teşkil eder. Genel kavimler hukuku ise yazısızdır (*jus non scriptum*), diğer tüm yazısız gelenek hukukları gibi bağlayıcı gücünü hukuk kişileri tarafından uzun süredir uygulanan teamüllerden alır⁵³⁴. Rachel'in çalışmasında dikkati çektiği gibi kavimler hukukunun bağlayıcı gücünü nereden aldığı sorunu, kendisinden sonraki Alman yazarlar tarafından üzerinde önemle ve uzun uzadıya durulan, öğretilerde tartışmalı bir konu hâline gelmiştir. Bu bakımdan Rachel'in öğretilerdeki en özgün yeri, bizce, özellikle uluslararası hukukun bağlayıcı gücü sorunsalını berrak bir biçimde fark edip ilk kez açık ve modern biçimiyle ortaya koymasındadır. Kendisinden sonraki literatür bu zorlu

⁵³¹ Henry Wheaton, History of the law of nations in Europe and America from the earliest times to the Treaty of Washington 1842, Published By Gould, Banks & Co., New York, 1845, s. 104; e-okuma için bkz. <http://books.google.com.tr/books/reader?id=lqgBAAAAYAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader> (25.10.2012).

⁵³² Henry Wheaton, History of the law of nations in Europe and America, s. 105.

⁵³³ Henry Wheaton, History of the law of nations in Europe and America, s. 105; Henry Wheaton, Histoire Des Progrès Du Droit Des Gens En Europe et En Amérique, F. A. Brockhaus, Leipzig, 1865, s. 146; e-okuma için bkz. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426463c.r=henry+wheaton.langEN> (25.10.2012).

⁵³⁴ Henry Wheaton, History of the law of nations in Europe and America, s. 105; Henry Wheaton, Histoire Des Progrès Du Droit Des Gens En Europe et En Amérique, s. 146.

sorunsalla uğraşmaya devam edecektir⁵³⁵. XVIII'inci yüzyıldaki öğreti bu meselelere cevap aramayı sürdürecektir⁵³⁶.

Sonuç

Çalışmada sırasıyla Grotius'un, Pufendorf'un, Zouche'un, Bynkershoek'in ve Rachel'in uluslararası hukuk öğretisine yaptıkları başlıca katkılar açıklanmıştır. Böylelikle öğretinin XVII'nci yüzyılda gerçekleşen klâsik kuruluş evresi incelenmiştir.

Grotius ve takipçisi Pufendorf, uluslararası hukuku rasyonalist bir doğal hukuk anlayışı üzerine kurmaya gayret etmişler, onların sağlamış oldukları zemin üzerine de Zouche, Bynkershoek ve Rachel uluslararası hukukta iradeci ve olgucu bir hukuk anlayışının temellerini atmışlardır. Bu doğrultuda makalede, uluslararası hukukun öğretisi tarihinde doğal hukukçuluğun ve pozitivistizmin kökenlerine inilmiş ve ilk oluşum safhalarındaki hukukî anlayış irdelenmiştir.

XVII'nci yüzyıl, modern uluslararası hukuk disiplinin kuruluşu için şartların olgunlaştığı zaman olmuştur. Bunun öncesinde, Avrupa'da Hristiyan ülkeler arasındaki ilişkiler, Ortaçağda feodalite etkisindeydiler. Papalık ve Kilise örgütü bu ülkeler üzerinde otorite kurmuştu. Öte yandan, "Respublica christiana" olarak kabul edilen Hristiyan ülkeler üzerinde, Papalık ve Roma-Germen İmparatorluğu evrensel hükümlerlik iddiasınday-

⁵³⁵ Bu yazarlardan birisi de, Alman hukuk profesörü Johann Wolfgang (Weber) Textor'dur. (1638–1701). Yapıtları daha ziyade Alman hukuku üzerinedir; fakat kavimler hukuku görüşlerini açıkladığı bir kitap da kaleme almıştır. Pozitivist karakterdeki bu kitap *Synopsis juris gentium*'dur (1680); bkz. Textor Johann Wolfgang, *Synopsis juris gentium*, Vol. I. Reproduction of Ed. 1, 1680; Vol. II. Trans. of the text by Bates J. P., *Scott's Classics of International Law*, Washington, 1916; Vol. I ve II, e-okuma için bkz. <http://www.archive.org/stream/synopsisjurisge01text#page/n11/mode/2up>; <http://www.archive.org/stream/synopsisjurisgen02textuoft#page/n7/mode/2up> (25.10.2012). Uluslararası hukuk literatüründe, Alman Pozitivist Okulu'nun XVIII'inci ve hatta kısmen XIX'uncü yüzyıla ait önemli diğer iki yazarı ise Johann Jakob Moser (1701–1785) ve Georges-Frédéric de Martens'dir. (1756–1821).

⁵³⁶ Belirtilen zaman zarfında uluslararası hukuk öğretisinin tarihinde, "Doğal Hukukçu ve Pozitivist Görüşlerin Uzlaştırılmasına Yönelik Yaklaşım"ı sergileyen en önemli yazarlar Christian von Wolf (1679–1754) ve Emer de Vattel'dir (1714–1788). Bu yüzyılda, "Uluslararası Hukukun Klâsik Öğretisi İçerisinde Sürekli Barış Adına Ütopist Görüşler" de çeşitli filozof yazarlarca ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bunlar arasında William Penn (1644–1718), Saint-Pierre (1658–1743), Eammanuel Kant (1724–1804) ve XIX'uncü yüzyıla uzanan Jeremy Bentham (1748–1832) zikredilmelidir.

dılar. Bu esnada merkezî krallıklar henüz zayıftı. Geç Ortaçağ sayılan XIII'üncü yüzyılla birlikte merkezî monarşiler, ekonomik ve siyasal şartların değişmesiyle yavaş yavaş güçlenmeye başladı ve feodaliteyi tasfiyeye girişti. Aynı zamanda, aralarındaki iktidar mücadelesinden ötürü zayıflayan Papalık ve İmparatorluk güçten düştü. XIV'üncü ve aslen XV'inci yüzyılda, uygun koşulların oluşmasıyla, merkezî-millî monarşiler, egemenlik sahibi devletler(in)i inşa etmeye giriştiler. Öğreti bakımından ise, o zamana kadar, skolâstik yazarlar, din temelli bir kavimler hukuku, yani Hıristiyanî bir "*jus gentium*" üzerinde çeşitli düşünceler geliştirmişlerdi.

XV'inci ve XVI'ncı yüzyılda Rönesans'ta, ulus-devletlerin yükselişi hızlandı. Monarşiler arasında dış ilişkiler yoğunlaştı. Savaşa ve barışa, diplomasiye, antlaşmalara ilişkin kuralların oluşturulması ihtiyacı doğdu. Ayrıca Yenidünya'nın İspanyollar tarafından fethedilmesi, kavimler hukuku bakımından birçok ahlakî ve hukukî bakımdan tartışmalı durum yaratmıştı. Bu sorunsal üzerinde duranlar öncelikle, hukuk bilgisi donanımına da sahip olan İspanyol ilâhiyatçılar oldu. XVII'nci yüzyıldaki gerçek klâsik kurulumdan önceki bu "erken klâsik dönem"de, XVI'nci yüzyılda, dönemin "uluslararası hukuk düşüncesi" teoloji ve ahlâk etkisinde gelişti.

Teologlar bakımından, özellikle Yenidünya'da sürdürülen sömürgecilik ve Amerika'daki yerlilere karşı ya da Müslümanlar ile veya Avrupalıların kendi arasında devam eden savaşların haklılığı meseleleri, üzerinde durulan öncelikli ahlâkî sorunlardı. Bu teologlara göre, ahlâk yasaları, Tanrı, doğa ve insan arasındaki ilişkileri yöneten ilâhî ve tabii kozmolojik ve evrensel yasalardan kaynaklandığı için, anılan kavimler hukuku meseleleri, en azından hukukî olduğu kadar, dinî ve felsefî bir sorundu. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Fernando Vasquez de Menchaca, Bartolomé de Las Casas, Juan Ginés de Sepúlveda ve Francisco Suarez kavimler hukuku üzerine görüşlerini kaleme alan teolog yazarların başlıcalarıdır. Bunları takiben XVI'nci yüzyılda Pierino Belli, Balthazar de Ayala ve Alberico Gentilis öğretisi içerisinde meslekî bakımdan asker ve diplomat kökenlerine binaen literatürde eser vermiş yazarların en önemlileri olmuşlardır. Onlar teolog değillerdi ve eserleri daha seküler karakterliydi.

XVII'nci yüzyılda modern devlet, köklerini daha sağlam ve daha derine uzatmıştır. Uluslararası hukukun klâsik öğretisinin kurulduğu XVII'nci yüzyılda, Avrupa Kamu Hukuku - "*Jus Publicum Europaeum*", egemenler arası hukuk - "*jus inter potestates*" olarak gelişmiştir.

XVII'nci yüzyılın devletler hukuku bakımından en önemlisi evresi, Otuz Yıl Savaşları'nı sonlandıran Vestfalya Barışı olmuştur. Avrupa'da Vestfalya sonrası düzende, ülke, nüfus ve politik otorite unsurlarının sahibi devletler bir de "egemenlik" ile donanmışlardır. 1648 sonrasında egemenlik unsurunun da meydana çıkışı, uluslararası hukuktaki devlet kavramının kurucu unsurlarını tarihsel olarak tamamlamıştır.

Modern uluslararası hukukun doğabilmesi için, bu hukuk dalının aralarındaki ilişkileri düzenlediği hukukî kişiliğin tarih sahnesine çıkması gereği açıktır. Bu nedenle XVII'nci yüzyıl, uluslararası hukukun gerçek anlamdaki doğumu için tarihsel koşulların olgunlaştığı zaman olmuştur. Şöyle ki, Vestfalya Barışı ile devletin egemenlik sahibi bir hukukî kişilik olarak kabulü tescil edilmiştir.

Vestfalya Antlaşması'yla temelleri atılan *Jus Publicum Europæum*, Papalığın ve Roma-Germen İmparatorluğu'nun zamanı geçmiş evrensel egemenlik ideolojisi üzerine değil, uluslararası maddî gerçekler esasında ulusal egemenlik temeli üzerine kuruludur.

XVII'nci yüzyılda geliştirilen uluslararası hukuk öğretisine karakterini veren, ilkin ve her şeyden önemlisi bu tarihsel koşullardır. Bu unsur, klâsik öğretinin başlangıcına ilişkin maddî ve tarihsel koşul unsuru olarak adlandırılmaya uygundur. Bu maddi koşul unsurunu tamamlayan ve çalışmamızın önemli savlarından olan ikinci önemli unsur ise entelektüel koşul unsurudur: XVII'nci yüzyılda Batı'da uluslararası hukuk düşüncesi, gerek teolojiden ve gerekse ahlâktan bağımsızlaşarak müstakil bir hukuk disiplini olarak gelişmeye müsait bir biçimde kavranmaya başlanmıştır.

Bilhassa çağın kavimler hukuku yazarlarının yazım ve sav ileri sürme tarzlarına, bir kelimeyle metodolojilerine ve düşünüş ve düşüncelerine dayanak bulma biçimlerine, gene bir kelimeyle argümantasyonlarına entelektüel bakımdan en önemli etkiyi yapan fikrî koşul unsuru, XVII'nci yüzyılda felsefede yaşanan gelişmelerden kaynaklanmıştır.

Anılan etki, disiplinin öğretisinin en önemli kurucularının başında gelen Grotius'un çalışmalarında en yoğun ve bariz biçimde gözlenir. Çağdaş uluslararası hukuk literatürünün temelini atan *De jure belli ac pacis* ile *De jure prædæ*'den oluşan çalışmaların başlıca özelliği, bu yapıtların antikiteye kadar geri giderek kendinden önceki dönemin yazar ve düşünürlerinin kavimler hukuku ile ilişkilendirilebilecek düşüncelerinin bir sentezini yapmış olması-

dır. Ancak Grotius'un getirdiği başlıca yenilik, Tanrı'dan bağımsız ve insan doğasına dayalı bir doğal hukukun uluslar üzerindeki bağlayıcılığı savıdır.

Grotius tündengelelim yöntemini uygulayarak, ulaşmak istediği uluslararası hukuk ilkelerini bulabilmek için öncelikle yeryüzünde insana, Tanrı ve doğa tarafından ne gibi haklar verildiğini belirlemek ister ve teorisini insandan ve onun doğal hukuktan kaynaklanan haklarından ve yetkilerinden yola çıkarak belirlediği bu temel normlar üzerinde kurmaya girişir. İnsanların haklarının korunması ödevini aktardıkları ve toplumsal mutabakat ile yetkilendirdikleri devletin de, uluslararası hukuktaki yetkilerine böyle bir akıl yürütmeye ulaşır. Örneğin, Grotius'un *De jure prædæ* ve onun bir özeti olan *Mare Liberum* adlı kitaplarının fikrî esası ve hukukî ruhu, özünde Tanrısal yaratım kaynaklı doğal hukuktan ileri gelen denizlerde serbest seyrüsefer ve halklar arasında özgür ticaret haklarının kavimler hukukuna göre din ve ulus farkı gözetilmeden bütün insanlar ve uluslar için genel, müşterek ve eşit haklar olarak ispatlanması ve savunulmasıdır.

Grotius'un argümantasyon yöntemi, kendinden önceki bütün yazarlara nazaran çok daha akılcıdır ve Grotius'un disiplin tarihindeki en büyük önemi, bu hukuk dalına seküler ve rasyonalist biçimde yaklaşmasıdır. Çağdaş, mevcut ve yürürlükteki evrensel uluslararası hukukun genetiğine kayıtlı bu seküler-hukukî niteliğin soykütüksel kökenini, böylece eldeki makalede saptamakta ve bu rasyonalist-pozitivist hukukî niteliğin doktriner kaynağına ve başlangıcına, maddî-tarihsel bağlama da temas ederek, makaledeki incelemenin bir neticesi olarak işaret etmekteyiz.

Grotius'a göre doğal hukukun kuralları, insanın toplum hâlinde yaşamasına elverişli doğasına uygun kuralların, gene insan tarafından akılla belirlenmesinden doğar. Doğal hukuk kuralları, kanun koyucunun iradesinden doğan pozitif hukuk kurallarından farklı olarak, bağlayıcı gücünü ve hukuk olarak değerini insanın toplumsallaşmaya uygun doğasında bulur. İnsanın bu doğası o kadar açıktır ki, doğal hukukun temeli için kutsal bir düzenin varlığının araştırılmasına gerek yoktur. "İlâhî bir düzen olsun ya da olmasın" veya "Tanrı insanların meseleleriyle ilgilen sin ya da ilgilenmesin", insanın doğası, gene insanın aklını kullanarak tespit ettiği doğal hukuk kurallarının bağlayıcılığı ve değeri için yeterli bir nedendir.

Doğal hukukun yaratıcısı doğrudan doğruya emredici buyruklarını insanlara doğal hukuk biçiminde dayatan Tanrı değildir. Tanrı, ancak doğayı

yarattığı şekilde yaratarak, doğal hukukun da yaratıcısı olmuştur; fakat Tanrı ile doğal hukuk arasındaki ilişki bu biçimde kurulduğunda bu dolaylı bir ilişkidir. İnsan, aklının aracılığıyla genel olarak doğayı ve özel olarak kendisinden yola çıkarak insan doğasını ve insan toplumlarının doğasını kavrayarak, doğal hukukun kurallarının buyruklarının neler olması gerektiğini belirlemek zorundadır. Tanrı'nın iradesi de, doğanın ve doğadan çıkarsanan doğal hukukun gereklerine ve buyruklarına aykırı olamaz; çünkü ilk olarak doğayı zaten bu biçimde yaratan Tanrı'nın kendisidir ve Tanrı kendi kendisiyle çelişmez.

Doğal hukuku bu biçimde temellendirmek onun teoloji ve metafizik ile ilişkisini koparmış, aklî bir hukuk kuramı hâline gelmesine yol açmıştır. Doğal hukuk böylelikle teolojik ve metafizik bir araştırmanın konusu olmaksızın çıkararak, evrensel insan doğasının araştırılmasına ve akla dayalı bir bilimin çalışma konusu hâline gelmektedir. Bu nedenle Grotius, uluslararası hukuk öğretisinde “Akla Dayalı Doğal Hukuk Okulu”nun kurucusudur.

Grotius'un bu düşünsel tavrının arkasındaki dayanak XVII'nci yüzyıl felsefesidir. Descartes'la başlayarak Rasyonalist Felsefe, dedüktif-matematik yöntemi düşünce üretme yöntemi olarak kullanmış; Spinoza ile geometrik yöntem, savlama-kanıtlamada, felsefî çalışmanın yöntemi olarak uygulanmıştır.

XVII'nci yüzyılın bütün büyük rasyonalist filozofları çalışmalarında temel aksiyomlardan çıkarsanan tümdengelimsel bir yaklaşımı düşünme yöntemi olarak uygulamışlar ve yapıtlarında sürekli olarak sağlam bir mantık örgüsü oluşturmaya taviz vermeden gayret etmişlerdir. Bu noktada, mantığın çelişmezlik ilkesi başat ilkeleri olmuştur. “Çelişmezlik ilkesi” uyarınca “özdeşlik önermeleri” ile düşüncelerini yapılandırmışlardır.

Grotius çağının bir düşünürü olarak rasyonalist felsefeden etkilenmiş ve akılcılığı, gerektirdiği yöntemle birlikte, kavimler hukuku öğretisine taşımıştır. Bu nedenle de, modern uluslararası hukukun kurucusu sıfatını kazanır.

Grotius yapıtlarında, hukukî usamlamalarına öncel kural ve yasaların yani aksiyomların keşfiyle başlamakta ve onların geliştirilmesi ile ulaşılabilecek bütün sonraki hukukî çözüm dizisinin doğrulanmasına gayret etmektedir. Grotius gibi takipçisi Pufendorf'un çalışmaları da yazım yöntemi olarak aksiyomlarla önermeleri kanıtlamaya dayalı bir yöntemin benimsendiği çalışmalardır ve hukukî düşünce oluşturma sürecinde naklî doğruları değil

akılla aranarak savlanan doğrulara dayalı bir düşünme yöntemini gerektirmiştir. Böylelikle XVII'nci yüzyılın bu iki öncü hukuk yazarı, hukuk bilminde rasyonalist ve sekülerist doğal hukuk okulunu kurmuşlardır.

Felsefeden beslenen doğal hukukçu yaklaşım, disiplinin öğretisini dünyaya indirerek/getirerek uluslararası hukukun öğretisinde düşünsel ebelik yapmışlardır. Onların sağladığı akla dayalı zemin üzerinde uluslararası hukuk öğretisi, hukuk tekniği bakımından yetkinleştirilmeye çalışılmıştır. Bu çabaya koyulan XVII'nci yüzyıl yazarları Zouche, Bynkershoek ve Rachel olmuştur. Her üçünü de makalemizde pozitivist karakterdeki yazarlar olarak niteledik.

İster olguculuk, ister iradecilik, ister pozitivism olarak ifade edilsin, hukuk yazınında bu düşünsel tavır, gene XVII'nci yüzyılın getirdiği ve bizim yukarıda fikrî koşul unsuru olarak ifade ettiğimiz unsurun entelektüel ve akademik bir izdüşümüdür.

Olguculuk, XVII'nci yüzyıl felsefesinde, olgularla desteklenen ya da olgularla ilgili verilere dayanan bilginin tek sağlam bilgi türü olduğu görüşü olarak yerleşmeye başlamıştı. Bu şekliyle olguculuk, deney konusu edilebilecek olgularla ilgili bilginin, yani en geniş anlamıyla bilimsel bilginin sağlam bilgi olduğunu vurgular. Tarihsel olarak Avrupa'da Rönesansla birlikte başlayan bilimdeki önemli atılımın bir sonucudur. Bu istikamette XVII'nci yüzyılda felsefeyle kol kola ilerleyen bilimdeki gelişme, Zouche, Bynkershoek ve Rachel'deki hukukî olguculuğun düşünsel temellerini sağlamıştır. Felsefedeki ve bu felsefeyi ortaya koyan filozof-bilim adamlarının yapıtlarındaki sağlam ve tutarlı bilgi ülküsü ile onların ileri sürdüğü bilimsel açıklamaların ortak bir temelden türetilmesi gereği, anılan hukuk düşünürlerini de çağın bir gereği olarak etkilemişti. Uluslararası hukuk öğretisi sahasında çalışan andığımız üç pozitivist yazara göre, kavimler hukukunun ya da artık Zouche'un dediği gibi kavimlerarası hukukun da temeli sağlam ve tutarlı bir bilgi olarak, doğru ve gerçek bir temelden türetilmeliydi. Kavimlerarası hukuk, Avrupa'da devletlerarasında şimdiki zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütünü olarak kabul edilmeli ve temeline yerleştirilmeye çalışılan doğal hukukçu felsefi spekülasyonlar arındırılmıydı. Tarihsel gelişim içerisinde değişikliğe uğrayabilen pozitif hukukun içeriği, yaratıcıları olan egemen devletlerin müşterek iradesiyle belirlenebilirdi. Bu çerçevede kavimlerarası hukuk, yazılı antlaşmalarda belirlenebileceği gibi, devletlerarası örf ve âdet hukuku kuralları ile de belirlenebilirdi.

Nasıl doğal hukukçuluk teolojik ve ahlakî spekülasyonları disiplinden uzaklaştırdıysa ve akla yer açıtıysa, pozitif hukukçuluk da disiplinden felsefî ve doğal hukukçu spekülasyonları arındırarak, doktriner bakımdan uluslararası hukukun kaynağına devletlerin pozitif hukukta tezahür eden müşterek iradelerinin yerleştirilmesine yer açacaktır. Böylelikle uluslararası hukuk, Hukuk olma yolunda bağımsız karakterine kavuşturulacaktır.

Bu doğrultudaki ilk fikrî üretim, Suarez ve Gentilis gibi erken klâsiklerin katkısı unutulmadan denmelidir ki, Zouche tarafından ortaya konmuştur.

Nitekim Zouche, *Juris et Judicii Fecialis* adlı kapsamlı yapıtında, gelenek kurallarına ve döneminin emsal kararlarına ve devletlerarasındaki antlaşmalara Grotius ve Pufendorf'a göre daha çok yer vermiş ve kavimlerarası hukuku bunlarda aramıştır. Disiplindeki ilk gerçek pozitivist olarak andığımız Zouche, gene de, kendinden önceki bu iki yazarın akılcılığına borçludur. Geliştirdiği kavimlerarası hukuk öğretisi, insan aklının bir müşterek ürünüdür. Dolayısıyla öğreti tarihinin seyri içerisinde, kendisinden önce akılcı doğal hukukçu görüşün kurduğu zemin, çalışabileceği entelektüel sahayı, teolojik ve metafizik etkilerden önemli oranda arındırmıştır. Zouche bu sahada, ulusların ve devletlerin uygulamalarına dayandığı gibi, geçmiş yargısal kararlara da temas eder ve çözümlemelere girişir. Böylelikle hukukî bilgiyi olgucu bir temelde kurmaya gayret eder. Nitekim Zouche'a göre kavimlerarası hukuk, prensler ya da egemen halklar arasındaki ilişkilerde uygulanmaktadır; bu demektir ki akla uygun görenekler, halkların çoğu tarafından kabul edilmiştir ve bunlar hakkında halkların her biri diğerleriyle uzlaşmıştır ve bunlara barışta da, savaşta da uyulmaktadır. Barış, farklı prensler ya da halklar arasındaki hukukî uyumdur ki bunun vasıtasıyla onlar, diğerleriyle birlikte güvenlik içinde yaşarlar.

Ele aldığımız diğer bir yazar Bynkershoek ise tıpkı Zouche gibi, uluslararası hukuku irdelerken, çıkarıma dayalı soyut doğal hukukçu kavramlardan çok, devletlerarası gerçek ve somut uygulamayı göz önüne almıştır. Denizlerde egemenlik hakkı, büyükelçilerin statüsü, savaş sırasında özel mülkiyete ilişkin meseleler, ganimet, tarafsızlık, kaçakçılık ve abluka gibi sorunlara ilişkin görüşleri, geniş bir kabul görmüş ve uygulamada da etkili olmuştur.

Bynkershoek, Pufendorf'un aksine, kavimler hukukuna özellikle pozitif bir temel sağlamak istedi. Bu pozitif temel, ancak uluslararası teamül kurallarından ve devletler arasında yapılan antlaşmalardan sağlanabileceği kanaatindeydi. Ona göre, pozitif kavimler hukuku, bir uluslararası topluluk

meydana getiren devletler arası bir hukuktu; her ne kadar bunu sadece Hıristiyan Avrupalılara özgülese de: *mores gentium europæarum*.

Bykershoek, *jus gentium*'un temelinde, devletler ve halklar arasında açık ya da örtülü anlaşmayı ve uzlaşmayı görmektedir; *jus gentium*'un temelinde, örtülü ya da açık, egemen devletler arasındaki karşılıklı irade uyumsuzluğu vardır. İradecilik, öğretide sağlam bir zemin üzerinde kendi ayakları üzerine kalkmaktadır artık.

Bykershoek'in öğretisinde, kavimler hukuku disiplini hukukî muhakeme "*recta ratio*", akıl yoluyla yapılmalıdır. Mantıkî yorum, teamüllerin ya da antlaşma hükümlerinin belirsiz ya da kapalı olduğu durumlarda bir gerekliliktir. Bu mantıkî yorum, skolâstik dogmalar ya da spekülâtif doğâl hukukçu çıkarımlar marifetiyle değil, uygulamada hakkaniyetli neticeyi elde etmek için pozitif hukukî muhakeme ile yapılmalıdır. Olgucu aklî yorum, öncelikle antlaşmalar, teamüller ve geçmiş tarihsel olaylar, vakalar ışığında yapılır. Bu bakımdan kavimler hukukunda, zamanın ve koşulların değişmesiyle hukuk da değişir. Bykershoek'e göre geçmiş yüzyılların uygulamalarına ve hukukçularının görüşlerine sıkı sıkıya biat etmek yararsızdır.

Rachel'e göre ise, kavimler hukukunun pozitif kaynakları olan antlaşmalarda ya da teamül kurallarında bir boşluk veya belirsizlik olduğunda bunların tamamlanması ya da açıklığa kavuşturulması için bir yere kadar doğâl hukuktan kaynaklanan ilkeler ışığında yorumda bulunulabilir. Bununla birlikte Rachel, kavimler hukukunun, devletlerarası bir hukuk disiplini olduğu neticesine varır. Rachel, pozitif kuralların hukukî ahenk içinde uygulanması için uluslararası anlaşmazlıkları çözümlenmek üzere bir uluslararası örgüt kurulmasını da önermektedir.

Rachel'e göre, kavimler hukuku bağımsız bir hukuk dalıdır. Kavimler hukuku kurallarının pozitif dayanağı, uluslararası ilişkilerde bulunurken devletlerin sergilediği uygulamalar ve devletlerin aralarında yaptıkları akitlerdir; yani kavimler hukukunun kaynakları hukukî teamüller ve antlaşmalardır. Kavimler hukuku, pozitif kaynakları olan bir hukuk düzenidir ve spekülâtif doğâl hukuktan ve doğâl yasadaki ayırt edilmelidir.

Rachel ayrıca, kendisinden sonra gelecek öğreti için üzerinde uzun uzağı düşünülüp çalışılacak çok önemli bir soru sorar ve kavimler hukukunun bağlayıcı gücünü nereden aldığı sorusunu ortaya atar; uluslararası hukukun bağlayıcı gücü sorusuna en kuvvetli vurguyu yapan ilk yazar Rachel'dir.

Son cümlede, bu makale, XVII'nci yüzyılda "uluslararası hukukun klâsik öğretisi" ortaya konmaya başlandığında, görüşlerin doğal hukukçu bir anlayıştan, pozitif hukuk anlayışına doğru evrilmesindeki seyri açıklamaya çalıştı. Bu çerçevede, incelemeye konu edinilen yazarların irdelenmesi ile modern uluslararası hukukun doğduğu Vestfalya Yüzyılı olan XVII'nci yüzyılda, Avrupa kıtasındaki ulusal ve uluslararası maddî-siyasal koşul ve ilişkilerin, oluşmakta olan disiplinin normatif içeriğine yapısal bakımdan etki ettiği ve öte yandan, Rasyonalizm Yüzyılı olan XVII'nci yüzyılın felsefedeki ve bilimdeki atılımlarının da, disiplinin akademik metodolojisine ve üzerine kurulduğu akılcı zemine ve hukukî değerlere ne derece tesir ettiğinin gösterilmesi amaçlandı. Uluslararası hukukun, öğretinin yapısal olarak kurucu öneme haiz XVII'nci yüzyılı zarfındaki izinin sürülmesi ve çağdaş evrensel uluslararası hukukun başlıca karakteristik niteliklerinin kökenlerinin araştırılması hedeflendi: **a.** Usa dayalı bir hukuk bilgisi olması; **b.** pozitif kaynaklara sahip teknik bir hukuk olması; **c.** başat olarak hem müşterek iradeleriyle hukuk yaratan, hem de aralarındaki ilişkilerinin düzenlendiği kişilerin ege-men devletler olması; eldeki çalışmadaki tetkik neticesinde belirlediği üzere uluslararası hukukun klâsik kurucu nitelikleri olarak incelendi ve bunların tarihsel ve öğretisel kökenlerinin XVII'nci yüzyılda olgunlaşan maddî ve fikrî şartlarda bulunduğu saptandı.

Kaynakça

Basılı Kaynaklar

Akad Mehmet, Dinçkol V. Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2004

Akal Cemal Bâli, "Hukuka Karşı Haklar Spinoza'da Yerellik/Evrensellik Sorunu", Doğu Batı Düşünce Dergisi, Yıl:6, Sayı:21, Kasım, Aralık, Ocak 2002-03, ss. 31-45

Akal Cemal Bâli, "Masumlar Öldürülemez – Masumlar Öldürülebilir: Vitoria, El Inca ve Spinoza'da İletişim Hakkı", Doğu Batı Düşünce Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 24, Ağustos, Eylül, Ekim 2003, ss. 11-27

Akal Cemal Bâli, Modern Düşüncenin Doğuşu, Dost Kitabevi, Ankara, 2005

Akashi Kinji, Cornelius van Bynkershoek: His role in the history of international law, Kluwer Law International, Netherlands, 1998

Akın İlhan, Devlet Doktrinleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1962

AnaBritannica, 1989, Cilt X, Grotius Hugo maddesi

AnaBritannica, 1989, Cilt XVIII, Pufendorf (Baronu) Samuel maddesi

AnaBritannica, 1989, Cilt XXII, Zouche Richard maddesi

Arthur Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York, 1962

Association internationale Vitoria-Suarez avec le concours de la dotation Carnegie pour la paix internationale, Vitoria et Suarez, Contribution des théologiens espagnols au droit international moderne, Pedone, Paris, 1939

Atalay Ahmet Halûk, Uluslararası Hukukun Oluşumu, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997

Augé Claude, Larousse, Librairie Larousse, Paris, 1936

Avril P., “Pufendorf”, A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 331–383

Barzanti Sergio, “Grotius”, Encyclopedia International, Grolier, New York, 1968

Basdevant J., “Grotius”, A. Pillet, Les Fondateurs Du Droit International, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 125–267

Brachet Philippe, Science et Sociétés, Tome 2, Publisud, Paris, 1994

Bynkershoek Cornelius van, A treatise on the Law of War, The First Book of Quaestiones Juris Publici, trans. Stephen Peter Du Ponceau, Published by Farrand & Nicholas, Philadelphia, 1810

Bynkershoek Cornelius van, De dominio maris dissertatio, English translation of the second edition 1744, trans. Magoffin R. Van Deman, Oceana, 1964

Bynkershoek Cornelius van, De lege Rhodia de jactu liber singularis et de Dominio Maris Dissertatio, Joannem Verbessel, 1703

Bynkershoek Cornelius van, Foro Legatorum, Joannem Vander Linden, 1721

Bynkershoek Cornelius van, Quaestionum juris publici libri duo: Quorum primus est de rebus bellicis, secundus de rebus varii argumenti, Joannem Van Kerckhem, 1737

Bynkershoek Cornelius van, *Traité du Juge Competent des Ambassadeurs Tant pour le Civil que pour le Criminel*, trad. Barbeyrac Jean, Chez Thomas Johnson, La Haye, 1723

Campanella Tommaso, *Güneş Ülkesi*, çev. Bağdatlı Selahattin, Say Yayınları, İstanbul, 2011

Cevizci Ahmet, *Felsefe Tarihi*, Say Yayınları, İstanbul, 2010

Coulanges Fustel de, *Antik Site*, çev. Kılınç İsmail, Epos Yayınları, Ankara, 2012

Delpech Joseph, “Bynkershoek”, A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 385–446

Descartes René, *Discours de la Méthode*, Librairie Hachette, Paris, 1937

Descartes René, *Felsefenin İlkeleri*, çev. Karasan Mehmet, M.E.B., İstanbul, 1963

Descartes René, *Metafizik Düşünceler*, çev. Karasan Mehmet, M.E.B., İstanbul, 1962

Descartes René, *Usun Doğru Yönetimi ve Bilimlerde Gerçeklik Arayışı İçin Yöntem Üzerine Söylem*, çev. Yardımlı Aziz, İdea, İstanbul, 2011

Dictionary of Greek and Roman Antiquities, Edited by Smith William, L.L.D., Little Brown and Company, Boston, 1870

Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2001

Dictionnaire de la terminologie du droit international, Union académique internationale, Paris, Sirey, 1960

Durant Will, *The Story of Civilization: Part VII – The Age Of Reason Begins*, Simon And Schuster, New York, 1961

Eliade Mircea, *Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi*, Cilt III – Muhammed’den Reform Çağına, çev. Berktaş Ali, Kabalcı, İstanbul, 2003

Erkiner Hakkı Hakan, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 1–2, Y. 2010, ss. 39–75

Folschei Dominique de, *Felsefe Akımları*, çev. Cedden Muna, Dost Kitabevi, 2009

- Gaffiot Félix, Dictionnaire Latin Français, Hachette, Paris, 2001
- Gaurier Dominique, Histoire du droit international, Presses Universitaires de Rennes (PUR), Rennes, 2005
- Gökberk Macit, Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1990
- Grateloup Léon-Louis, Les Philosophes de Plâton à Sartre, Hachette, Paris, 1985
- Grewe Wilhelm Georg, Byers Michael, The epochs of international law, trans. Byers Michael, Gruyter Walter de, Berlin, 2000
- Grotius Hugo, Commentary on the Law of Prize and Booty, Ed. Ittersum Martine Julia van, Liberty Fund, Indianapolis, 2006
- Grotius Hugo, De Jure belli ac pacis libri tres in quibus jus naturae et gentium item juris publici praecipua explicantur, S. Claudij, & Hominis Silueftris, Paris, 1625
- Grotius Hugo, De jure praedæ, éd. Hendrik Gerard Hamaker, Ernest Thorin, Paris, 1868
- Grotius Hugo, La Liberté des Mers, traduite du Latin par Guichon de Grandpont, Imprimerie Royale, Paris, 1845
- Grotius Hugo, Le Droit de la Guerre et de la Paix, Tome 1, trad. Barbeyrac Jean, Pierre de Coup, Amsterdam, 1724
- Grotius Hugo, Le Droit de la Guerre et de la Paix, Tome 2, trad. Barbeyrac Jean, Pierre de Coup, Amsterdam, 1724
- Grotius Hugo, Savaş ve Barış Hukuku, çev. Meray Seha L., Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1967
- Grotius Hugo, The Freedom of The Seas or The Right Which Belongs to The Dutch to Take Part in The East Indian Trade, translated by Magoffin R. Van Deman, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999
- Hély V., Étude Sur Le Droit De La Guerre De Grotius, Imprimerie Jules Le Clere, Paris, 1875
- Kabağaç Sina, Erdal Alova, Lâtince Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1995

Knutsen Torbjon L., *Uluslararası İlişkiler Teorisi Tarihi*, çev. Özey Mehmet, Açılım Kitap, İstanbul, 2006

Lange Christian L., *Histoire de l'Internationalisme Jusqu'à la Paix de Westphalie*, Felix Alcan, Paris, 1919

Laurent Pierre, *Pufendorf et la Loi Naturelle*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1982

Lerminier Eugène, *Introduction Générale à l'Histoire du Droit*, Chamero & Alex-Gobelet, Paris, 1835

Leseur Paul, *Introduction à un cours de droit international public*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1893

Nézar H., "Albericus Gentilis", A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 37–93

Nolte Georg, *De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité International des États et La Prééminence de la Conception Bilatérale des Relations Inter-Étatiques*, Colloque international de Florence, 7 et 8 Décembre 2001, Institut Universitaire European; *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des États*, Paris, Pedone, 2003

Nys Ernest, *Les Origines De La Diplomatie Et Le Droit D'Ambassade Jusqu'a Grotius*, Librairie Européennes C. Muquardt Merzbach Et Falk, 1884

Nys Ernest, *Les Origines du Droit International*, Alfred Castaigne, Bruxelles, 1894

Öktem Niyazi, *Türkbağ Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, 2009

Pélissier Jean, ArnaudMaxime-Émile, *La Morale Internationale – Ses Origines – Ses Progrès*, Institut International De La Paix, Monaco, 1912

Pillet Antoine (Ouvrage collectif: Pillet A.: "Introduction"; Barthélemy J.: "Vitoria"; Nézar H.: "Gentilis"; Rolland L.: "Suarez"; Basdevant J.: "Grotius"; Scelle G.: "Zouch"; Avril P.: "Pufendorf"; Delpech J.: "Bynkershoek"; Olive L.: "Wolf"; Mallarmé A.: "Wattel"; Bailby H.: "Martens"), *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904

Pufendorf Samuel von, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, Editio Secunda, 1684

Pufendorf Samuel von, *Elementorum Jurisprudentia Universalis Libri Duo*, Editio Novissima, 1672

Pufendorf Samuel von, *Le Droit de la Nature et des Gens*, trad. Barbeyrac Jean, Tome I, Henri Schelte, Amsterdam, 1706

Pufendorf Samuel von, *Le Droit de la Nature et des Gens*, trad. Barbeyrac Jean, Tome II, Henri Schelte, Amsterdam, 1706

Pufendorf Samuel von, *Les Devoirs de l'Homme et du Citoyen Tels qu'ils lui sont prescrits par la Loi Naturelle*, trad. Barbeyrac Jean, Amsterdam, 1735

Pufendorf Samuel von, *Of The Law Of Nature And Nations*, trans. Basil Kennett, London, 1729

Rachel Samuel, *De Jure Naturae et Gentium Dissertationes*, Literis Joachimi Reumanni, Kiloni, 1676

Rachel Samuel, *De Jure Naturae et Gentium Dissertationes*, Vol. I. A Reproduction of the Edition of 1976, Vol. II. A Translation of the Text by Bate John Pawley, *The Classics Of International Law Edited By Scott James Brown*, Published By The Carnegie Institution Of Washington, Washington D.C., 1916

Riley Patrick, *Leibniz: Political Writings*, Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge, 2001

Rivier Alphonse, *Introduction au droit des gens*, Librairie Fischbacher, Paris, 1889

Robert Paul, *Dictionnaire*, Société Du Nouveau Littré, Paris, 1972

Roland Henri, *Lexique juridique Expressions latines*, LexisNexis, Paris, 2010

Rossel Jacques, *Aux racines de l'Europe occidentale*, Ed. L'Age d'Homme, Lausanne, Suisse, 1998

Scelle Georges, "Zouch", A. Pillet, *Les Fondateurs Du Droit International*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1904, ss. 270–330

Schmitt Carl, *The nomos of the earth in the international law of the Jus Publicum Europaeum*, trans. Ulmen G. L., Telos Press Publishing, New York, 2006

Selden John, *Mare Clausum seu de Dominio Maris Libri Duo*, Londini, 1635

Selden John, *Of the Dominion or Ownership of th Sea, Two Books*, Traslated into English by Marchamont Nedham, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2004

Spinoza Benedictus, *Etika*, çev. Hilmi Ziya Ülken, Dost Kitabevi, İstanbul, 2011

Strauss Leo, *Doğal Hak ve Tarih*, çev. Erşen Murat, Petek Onur, Say Yayınları, İstanbul, 2011

Truyol y Serra Antonio, "Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens", RCADI, cilt 182, 1983-IV

Truyol y Serra Antonio, *Histoire du droit international public*, Editions Economica, Paris, 1995

Tunçay Mete (Derleyen), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No.: 287, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969, Cilt II

Vanderpol A., *Le droit de Guerre d'après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge*, A. Tralin, Paris, 1911

Villalpando Santiago, *L'émergence de la communauté international dans la responsabilité des États*, Puf, Paris, 2005

Walker Thomas Alfred, *History of the Law of Nations*, Cambridge, 1899

Weber Alfred, *Felsefe Tarihi*, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1993

Westfall Richard S., *Modern Bilimin Oluşumu*, çev. Duru İsmail Hakkı, TÜBİTAK, Ankara, 2000

Wheaton Henry, *Histoire Des Progrès Du Droit Des Gens En Europe et En Amérique*, F. A. Brockhaus, Leipzig, 1865

Wheaton Henry, *History of the law of nations in Europe and America from the earliest times to the Treaty of Washington 1842*, Published By Gould, Banks & Co., New York, 1845

Wiesner-Hanks Merry E., Erken Modern Dönemde Avrupa, çev. Çalışkan Hamit, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009

Wolfgang Textor Johann, Synopsis juris gentium, Vol. I. Reproduction of Ed. 1, 1680; Vol. II. Trans. of the text by Bates J. P., Scott's Classics of International Law, Washington, Vol I-II, 1916

Yetkin Çetin, Siyasal Düşünceler Tarihi, Cil II, Gürer Yayınları, İstanbul, 2009

Yovel Yirmiyahu, "Sapkın ve Yasaklı", çev. Aydın Abdurrahman, felsefelogos (Spinoza sayısı), 40–2011/1, ss. 9–18

Zouche Richard, Juris Et Judicii Feialis sive Juris Inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio, Published by Scott's Classics of International Law, Vol. I. Reproduction of the First Edition Edited By Thomas Erskine Holland, Oxford, 1650, Vol. II. An Exposition of Feacial Law and Procedure or of Law between Nations and Questios concerning the Same, A Translation of the Text by J. L. Brierly, Carnegie Institution Of Washington, Washigton D.C., 1911

İnternet Kaynakları

ftp://ftp.bnf.fr/008/N0086523_PDF_1_-1DM.pdf

ftp://ftp.bnf.fr/009/N0093564_PDF_1_-1DM.pdf

ftp://ftp.bnf.fr/009/N0093689_PDF_1_-1DM.pdf

ftp://ftp.bnf.fr/009/N0093736_PDF_1_-1DM.pdf

ftp://ftp.bnf.fr/009/N0093744_PDF_1_-1DM.pdf

ftp://ftp.bnf.fr/009/N0095934_PDF_1_-1DM.pdf

ftp://ftp.bnf.fr/060/N0606957_PDF_1_-1DM.pdf

ftp://ftp.bnf.fr/554/N5548612_PDF_1_-1DM.pdf

ftp://ftp.bnf.fr/561/N5612144_PDF_1_-1DM.pdf

<http://books.google.com.tr/books/reader?id=lqgBAAAAYAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader>

<http://books.google.com.tr/books?id=080-AAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false>

<http://books.google.com.tr/books?id=100UAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=rrelate:ISBN1584772727&hl=tr#v=onepage&q&f=false>

http://books.google.com.tr/books?id=8Pp--yPYL58C&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

<http://books.google.com.tr/books?id=AQdBAAAaAAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false>

http://books.google.com.tr/books?id=GrNDAAAaAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

<http://books.google.com.tr/books?id=lonEHZlzhcC&printsec=frontcover&dq=related:ISBN1584772727&hl=tr#v=onepage&q&f=false>

<http://books.google.com.tr/books?id=LT5WAAAAYAAJ&hl=tr>

http://books.google.com.tr/books?id=Qayg5HqaY18C&pg=PA164&dq=Bynkershoek&ei=TtPmTsfLozNUZH_6IEK&hl=tr&cd=3#v=onepage&q&f=true

http://books.google.com.tr/books?id=vL3Lz_DhqicC&printsec=frontcover&dq=suarez+de+legibus&hl=tr&sa=X&ei=AC_TUNKLCceWhQfzqYDABQ&ved=0CF8Q6AEwCA

http://books.google.com.tr/books?id=W8bSKRA0KHEC&printsec=frontcover&dq=inauthor:jjoh+inauthor:selden&hl=tr&ei=fJzjTrz4JJyPsAbJmZSQCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CEQQ6AEwAw#v=onepage&q=inauthor%3Ajohn%20inauthor%3Aselden&f=false

<http://books.google.com.tr/ebooks/reader?id=72pEAAAaAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PP9>

<http://books.google.com.tr/ebooks/reader?id=BFoUAAAaAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PA3-IA4>

http://books.google.com.tr/ebooks/reader?id=IVk_AAAAaAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PP2

<http://books.google.com.tr/ebooks/reader?id=xWREAAAaAAJ&hl=tr&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PA121>

http://files.libertyfund.org/files/1718/Grotius_1350_EBk_v6.0.pdf

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k24455q.r=ahrens.langEN>

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4264298.r=Neumann.langEN>
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426463c.r=henry+wheaton.langEN>
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55070c.r=ernest+nys.langEN>
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5784216p.r=Hugo+Grotius.langEN>
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93614w.r=Alphonse+Rivier.langEN>
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95828m.r=samuel+von+pufendorf.langEN>
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k960426.r=samuel+von+pufendorf.langEN>
<http://ia700301.us.archive.org/4/items/deforolegatorumt00bijn/deforolegatorumt00bijn.pdf>
<http://www.ancientlibrary.com/smith-bio/0000.html#>
<http://www.archive.org/details/ledroitdeprised02hamagoog>
<http://www.archive.org/details/samuelispufendor00pufe>
<http://www.archive.org/stream/corneliivanbynke00bijnx#page/n5/mode/2up>
<http://www.archive.org/stream/iurisetjudiciife12zouc#page/n7/mode/1up>
<http://www.archive.org/stream/joannisseldenid00seldgoog#page/n6/mode/thumb>
<http://www.archive.org/stream/ofdominionorowne00seld#page/n11/mode/2up>
<http://www.archive.org/stream/samuelisracheli00bategoog#page/n6/mode/2up>
<http://www.archive.org/stream/synopsisjurisge01text#page/n11/mode/2up>
<http://www.archive.org/stream/synopsisjurisgen02textuoft#page/n7/mode/2up>
<http://www.google.com.tr/search?hl=tr&tbo=p&tbn=bks&q=%22Jean+de+Barbeyrac%22&num=50>

MİRAS HUKUKUNDA İPTAL VE TENKİS DEF'İ

Yrd.Doç.Dr. Hakan ALBAŞ*

Özet

Miras hukukunda, mirasbırakanın terekesi üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme imkânının sınırının aşılmasının ve saklı paya tecavüz edilmesinin yaptırımını olarak, yapılan sağlararası ve ölüme bağlı kazandırmaların tenkis edilmesi düzenlenmiştir. Tenkis yaptırımına bağlanan hukuki sonuç, ya tenkis davası açma ya da tenkis def'i ileri sürme yoluyla sağlanmaktadır. Diğer yandan miras hukukunda, mirasbırakanın terekesinin geleceğini belirlemesi bakımından tasarruf özgürlüğü borçlar hukukundan farklı bir hukuki zemine oturtulmuştur. Hukuki işlem çeşidi olarak sınırlı sayı ilkesi kabul edilmiş ve bu işlemler sıkı şekil kurallarına bağlanmıştır. Yasa koyucu, belirlediği sisteme aykırılık söz konusu olduğunda bu aykırılığı kural olarak iptal davası yoluyla yaptırıma bağlamıştır. Ayrıca iptali mümkün olan sebeplerin varlığı durumunda, iptal edilebilir olan ölüme bağlı tasarruf nedeniyle edim yükümü altındaki kişilere def'i hakkı vermiştir.

Bu çalışma, miras hukuku çerçevesinde tenkis def'i ve iptal def'i kavramlarını ele almaktadır. Bir savunma türü olan def'i haklarına, hukukumuzda düzenleme hakları veya karşı haklar da denilmektedir. Bu bağlamda, iptal ve tenkis def'i hakkını ileri sürebilecek kişiler ele alınmış; iptal ve tenkis def'inin kullanımı, hüküm ve sonuçları özellik arz eden ihtimaller çerçevesinde ayrı ayrı incelenmiştir. Yapılan inceleme sonucunda, gerek iptal gerekse tenkis def'inin miras hukuku sistemi içerisinde işlevsiz kaldığı veya yasa koyucunun düzenleme amacını gerçekleştirmediği ihtimallerin söz konusu olabildiği tespit edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Miras hukuku, İptal Def'i, Tenkis Def'i.

* LAÜ Hukuk Fakültesi ve D.E.Ü. Seferihisar Fevziye Hepkon MYO. Öğretim Üyesi

Abstract

In inheritance law, the reduction is established as a sanction for the legal transactions by which legator exceeds disposition limits of his inheritance and violates reserved inheritance portions. Reduction's legal consequence is provided either via an action for reduction or by an allegation of reduction *exceptio*. Separately, the legal framework regarding legator's freedom of disposition within the context of inheritance law is held differently compared to the law of obligations. Types of legal transactions available are limited due to the *numerus clausus* principle and such transactions are subject to some strict validity rules. Breach of the system is sanctioned, in principle, by the actions for avoidance. Besides, the obligors in relation with such avoidable testamentary transactions are given *exceptio* rights.

This work discusses reduction *exceptio* and avoidance *exceptio* within the context of inheritance law. *Exceptio* rights, which may be classified as defense, are also called regulating rights or counter rights under Turkish law. In that context, who may allege reduction and nullity *exceptio* are put forward. In addition, in the light of some particular cases, the conditions under which those exception rights may be used and the consequences of such a situation are analyzed. Consequently, it is observed that both reduction *exceptio* and nullity *exceptio* may prove themselves to be ineffective or at least may not accomplish their goals in some cases.

Keywords: Inheritance law, Reduction exceptio, Nullity exceptio.

I. Genel Olarak

Türk- İsviçre miras hukukunda, ölen veya ölmüş kabul edilen bir kimşenin malvarlığının geleceğinin belirlenmesinde iki temel düşüncenin uzlaştırılması için düzenlemelerin yapıldığı kabul edilmektedir¹. Bu uzlaş, “tasarruf özgürlüğü (Verfügungsfreiheit)” ve ailenin korunması ilkesi çerçevesinde kabul edilen “saklı paylı mirasçılık” ile sağlanmıştır. Miras Hukukunda zümre ilkesi çerçevesinde saklı paylı mirasçılığın kabulü ile Ailenin korunması, teminat altına alınmıştır. Kabul edilen saklı paylı mirasçılık sistemi,

¹ Bu konuda bkz. Weimar, P, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band.III, Das Erbrecht, Erste Abt. Art.-457-516, Bern, 2009, Vorb. Art. 470. Nr.1;

sadece mirasbırakanın ölüm anında mevcut malvarlığının miktarını esas alarak yapmış olsaydı, mirasbırakan, yasa koyucunun tenkis ile yaptırma bağladığı bu sistemi sağlararası yapacağı kazandırmalarla aşabilirdi. Böyle bir muhtemel sakıncanın giderilebilmesi için, tereke hesabında, mirasbırakanın sağlararası yapmış olduğu bazı kazandırmaları da yasa koyucu dikkate alınmasını düzenlemiştir. Bu amaçla “*Tenkise tabi sağlararası kazandırmalarla*” (MK.m. 508; Art.475 ZGB), “hayat sigortası satın alım bedeli” (MK.m.509; Art. 476 ZGB) tenkise hesabına dahil edilmiş; ayrıca, yasal mirasçılar arasında saklı pay ilkesinin dolayısı ile mirasçılar arasında eşitlik ilkesinin² ihlalinin önlenmesi amacıyla da yasal mirasçılara yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmalar “*Denkleştirmeye*” (İadeye) (MK.m. 609; Art. 626 ZGB) tabi tutulmuştur³.

Yasal mirasçılıkta bazı mirasçılar bakımından⁴, mirasbırakanın terekesi üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme imkanının ihlalinde yaptırım olarak, Yasakoyucu yapılan sağlararası veya ölüme bağlı kazandırmaların, yasada yer alan oranlarda tenkisini edilmesi esasını düzenlemiştir. Başka bir ifade ile, sağlararası veya ölüme bağlı kazandırmalarda saklı paya tecavüzün yaptırımı, yasada “tenkis” olarak düzenlenmiştir. Miras payının belirli bir oranını teşkil eden Tenkis yaptırımı, saklı payın sağlanması veya matematiksel olarak ifade edersek⁵, $mp = sp + to$ ’dan oluştuğuna göre, bu formülden hareket edersek, $sp = mp - to$ eşitliği sağlanır. Miras hukuku sistemimizde tenkis yaptırımına bağlanan hukuki sonuç ya tenkis davası açma ya da tenkis def'i ileri sürmek yoluyla sağlanmaktadır. Başka bir ifade ile saklı payı zedelenen mirasçı, tenkis davası yoluyla tasarruf özgürlüğünü aşan gerek sağlar arası gerekse ölüme bağlı tasarrufların saklı payı ihlal etmeyecek düzeye indirimini sağlayabileceği gibi, mirasbırakanın tasarrufları nedeniyle kendisinden hak talep edenlere karşı bir def'i hakkına sahiptir.

² Weimar, P, Berner Kommentar, Vorb. Art. 470. Nr.2;

³ Yasa koyucu, aileyi koruma düşüncesiyle getirdiği mirasbırakanın tasarruf yetkisine müdahalesinin beraberinde getirebileceği bazı olumsuz etkilerini bertaraf edebilmek için, bir taraftan mirastan yoksunluğu (MK.m. 578, Art. 540 ZGB) gerektiren hallerde doğrudan; belirli bir sebep ve şekilde mirasçılıkta hak sahipliğinin mirasbırakanın iradesi ile “*mirasçılıktan çıkarma*” (ıskat) (MK.m. 510-512; Art. 477-479 ZGB) imkanını tanıma yoluna gitmiştir.

⁴ Medeni Kanunumuzun 505 – 506. maddelerinde (EMK.m.452,453; Art.470,471 ZGB), hangi yasal mirasçılardan saklı pay sahibi olduğu ve saklı pay sahibi mirasçılarının miras payı esas alınarak saklı pay oranlarının miktarı belirlenmiştir.

⁵ mp = miras payını; sp = saklı payı; to ise, tasarruf oranını ifade etmektedir. Bunlar için ayrıca bkz. İnan/Ertas/Albaş, Miras Hukuku, B.8, sh. 299.

Diğer taraftan mirasbırakanın sahibi olduğu “tasarruf özgürlüğü (Verfügungsfreiheit)” veya tasarruf oranını, ya sağlararası kazandırmalarla ya da ölüme bağlı kazandırmalarla kullanması mümkündür⁶. Mirasbırakan tasarruf oranını, sağlararası kazandırmalarını mirasın önceden tasfiyesi maksadı ile veya başka bir saikle yapması mümkün olabileceği gibi, ölüme bağlı tasarruf çeşitlerinden biri olan miras sözleşmesindeki yükümlülüklerini yerine getirerek sağlararası tasarrufi bir işlemle kullanması da mümkündür. Mirasbırakan dilerse tasarruf oranını sağlararası bir işlem yaparak kullanmak yerine, ölme bağlı tasarruflar yoluyla da kullanabilir (Karş.MK.m.505)⁷.

Yasa koyucu terekesinin geleceğini belirlenmesi bakımından tasarruf özgürlüğünü miras bırakanın ölümünden sonra son arzularının yerine getirilmesi düşüncesi başta olmak üzere, borçlar hukukundan farklı biçimde hukuki zemine oturtmuştur⁸. Hukuki işlem çeşidi olarak, ki biz buna genellikle şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar diyoruz, sınırlı sayı ilkesini kabul etmiş (numerus clausus) ve bunları da sıkı şekil kurallarına bağlamıştır (Bkz. 531-532; Art.498-499 ZGB). Mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği son arzularını ki, genellikle bu son arzular terekesinin ölümünden sonraki geleceğine ilişkin olacaktır, yasa tarafından sıkı şekil şartları ile belirlenen hukuki kalıplara bağlı kalmak suretiyle yapması istenmiştir⁹. Esas olarak ölüme bağlı tasarruf yapma yoluyla tasarruf özgürlüğünün mirasbırakan tarafından kullanımı, yasanın sıkı şekil şartlarına bağlı belirlendiği hukuki kalıbın içeriği ile gerçekleştirilebilir. Biz buna maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar diyoruz. Kısaca söylenmek istenirse, ölüme bağlı “tasarruf özgürlüğü (Verfügungsfreiheit)” şekle bağlı tasarrufların içeriğini oluşturmaktadır¹⁰. Yasa koyucu, belirlediği sisteme aykırılık söz konusu olduğunda bu aykırılığı kural olarak iptal davası yoluyla yaptırıma bağlamıştır¹¹.

⁶ Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü kullanmasına ilişkin olarak bkz. **İmre,Z./Erman, H**, Miras Hukuku B.7, İstanbul 2010, sh.218 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, sh. 298 vd. ; **Dural, M/ÖZ, T**, Türk Özel Hukuku Cilt.IV Miras hukuku, B.4 İstanbul 2009, sh. 229 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu, N**, Miras Hukuku, B.3 İstanbul 1987,sh. 355 vd

⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 360 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, sh. 298 ; **İmre/Erman**, Miras Hukuku B.7, İstanbul 2010 sh.216 vd.

⁸ Bukonuda bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, sh.274 vd.;

⁹ Ölüme bağlı tasarruflarda şekil ile ilgili olarak bkz., **İmre/Erman**, sh.65-66; **Kocayusufpaşaoğlu**,sh.156; **İnan/ Ertas/Albaş**, sh. 170-171;

¹⁰ Bu konuda bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, sh. 207 vd.;

¹¹ Miras hukuku sistemimizde hükümsüzlük yaptırımı, kural olarak Borçlar Hukukunda düzenlenmiş hükümsüzlük yaptırımından farklı düzenlenmiştir. Ayrıntı için bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, sh.274 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh.328 vd.; **Dural/ ÖZ**, sh. 218 vd.

Ölüme bağlı tasarruflara ilişkin iptal davası yaptırımını ile yasa da yetinilmemiştir. Bunun yanında yasa, iptali mümkün olan sebeplerin varlığı durumunda, iptal edilebilir olan ölüme bağlı tasarruf nedeniyle edim yükümü altındaki kişilere def'i hakkı vermiştir¹².

II. Def'ilerin Gerekçesi

Ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği konusunda yasakoyucu, Borçlar Hukuku işlemlerinden farklı bir geçersizlik türü benimsemiştir. Özellikle Medeni Kanunun 557. maddesinde sayılan sebepler, esasında çok ağır hukuka aykırılık halleridir. Ancak yasakoyucu mirasbırakanın iradesine saygı gereği¹³ yasada sayılan haller bakımından mutlak geçersizlik yaptırımını değil, iptal edilebilirlik şeklinde bir geçersizliği tercih etmiştir. Mirasçılara dilerlerse hak düşürücü süre içinde dava açmamak yoluyla (TMK.559), ağır hukuka aykırılık taşıyan ölüme bağlı tasarruflara geçerlilik kazandırabilme imkanı yaratıldığı söylenebilir.

Bununla birlikte TMK.557 maddesinde sayılan geçersizlik nedenleri, irade bozukluğu dışındakiler esasen çok ağır hukuka aykırılık teşkil eden sebeplerdir. Bunlar, emredici kurallara, kamu düzenine, ahlaka, şekil kurallara aykırılık halleridir. Bu sebeple yasakoyucu, bunların öngörülen sürelerin davasız geçmesi ile mutlak bir geçerlilik kazanmasının mahzurlarını gidermek için bu def'i hakkını tanıdığı söylenebilir.

Aynı hukuki gerekçeler tenkis def'i için de söylenebilir. Çünkü tenkis, saklı payın ihlalinin yaptırımıdır. Saklı pay ise Miras Hukukunda aileyi koruma düşüncesine dayanır. Burada mirasçılara, mirasbırakanın iradesine saygı gereği, dilerlerse mirasbırakanın saklı paylarını ihlal eden tasarruflara karşı dava açmamak suretiyle geçerlilik tanıma imkanı verilmiştir. Fakat sürenin geçmesi ile saklı paylı mirasçıları savunmasız bırakmayı da yasakoyucu hakkaniyete uygun bulmadığından, onlara tenkis def'ini tanıdığını kabul edebiliriz.

¹² Bkz. **Tour, P**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band.III, Das Erbrecht, Erste Abt. Art.-457-536, Bern, 1964, Vorb. Art. 521. Nr.1 und Nr. 14;

¹³ **İnan/Ertas/Albaş**, sh.274 vd. vd. ; **İmre/Erman**, sh.192-193.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 328. ; **Dural/ ÖZ**, sh. 218 vd.

III. İptal ve Tenkis Def'i

A. Def'i Kavramı

Bir savunma türü olan Def'i haklarına, hukukumuzda düzenleme veya karşı haklar da denilmektedir¹⁴. Hak sahibine karşı yöneltilen bir hakkı, belirli bir oranda etkisiz kılma veya sonuçlarını kısmen veya tamamen sınırlama, engelleme ya da ortadan kaldırabilme imkanı veren haklara karşı haklar denilmektedir¹⁵. Def'i hakkı da, bir karşı hak olarak, kullanımıyla hukuken başkasına karşı olan bir hakkı sürekli veya geçici olarak engelleyen veya sınırlandıran hak olarak tanımlanabilir¹⁶.

Hukukumuzda def'i hakkı biri dar diğeri ise geniş olmak üzere iki anlamda kullanılır. Geniş anlamda def'i hakkı, hakkın doğumu veya ortadan kalmasını ifade eden itirazı da kapsayacak biçimde anlaşılmaktadır¹⁷. Dar anlamda def'i hakkı ise, sahibine, kendisine karşı ileri sürülen bir hakkı, geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen hakkın konusu edimi yerine getirmeme imkanı veren haktır¹⁸.

Hukukumuzda dar anlamda def'i hakları çeşitli biçimlerde sınıflandırılmışlardır. Bunlar¹⁹, kesin, geçici, bağımsız, bağımlı, tam ve tam olmayan def'iler olmak üzere değişik biçiminde sınıflandırılabilirler.

Genel olarak dar anlamda def'i hakkı, hak sahibi tarafından, kendisinden belirli bir edimin yerine getirilmesinin istenmesi halinde hakkı ileri sürüne karşı²⁰; konuya ilişkin dava açılması halinde de, yargılama sürecinde (Bkz. HUMK.m.137,142, 320) usulüne uygun ileri sürülmesi gerektiği kabul

¹⁴ Def'i haklarının nitelendirilmesi için bkz.; **Larenz,K/Wolf**, M, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München, 2004, sh. 329, Nr. 55.; **Eren**, F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.12, İstanbul, 2010 sh.67; **Kılıçoğlu**, A. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.2, Ankara 2002, sh.14.

¹⁵ **Eren**, sh.67; **Kılıçoğlu**, sh.14

¹⁶ Tanım için bkz. **Eren**, sh.68; **Oğuzman**, M.K./**Barlas**,N, Medeni Hukuk,Giriş Kaynaklar Genel Kavramlar, B.15, İstanbul, 2008,sh.271; **Larenz,K/Wolf**, M, sh. 329. Nr. 55.

¹⁷ **Eren**, sh.68

¹⁸ **Eren**, sh.68

¹⁹ **Eren**, sh.69-70 ; **Larenz,K/Wolf**, M, sh. 329 vd.. Nr. 55 vd.

²⁰ Maddi hukuka ilişkin olan def'i hakkının kullanım biçimine ilişkin genel bir şekil yasada öngörülmemiştir. Bu nedenle yasada def'i hakkı olarak belirlenen hakkın kullanımı belirli bir şekilde yapılması öngörülmemişse, def'i hakkının kullanılması bir şekle bağlı değildir.

edilmektedir²¹. Bu sayede def'i hakkının niteliğine bağlı hukuki sonuçlar doğacaktır.

B. Kimler Def'i Hakkını İleri Sürebilir

Ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğini ileri sürme def'ini her şeyden önce Medeni Kanunun 558. maddesinde bu tasarrufların dava edebilme hakkı veren kişiler ileri sürebilirler. Medeni Kanunu 558. maddesi, bunları mirasçılar ve vasiyet alacaklısı şeklinde ifade etmiştir²². Ancak miras hukukunda, bu hakkı, bu tasarrufların iptalinde hukuki yararı olan tüm diğer kişilere genişletme şeklinde bir eğilim de vardır. Bu durumda Medeni Kanunun 558. maddesine dahil edilecek diğer kişilerin de yararları olduğu ölçüde bu def'i (TMK.559 II) ileri sürebilme hakkının varlığından bahsedilebilir.

Tenkis definin ise, sadece tenkis davası açma hakkı olan saklı paylı mirasçılar tarafından ileri sürülmesi mümkündür. Saklı paylı olmayan yasal bir mirasçının tenkis defini ileri sürmesi mümkün değildir. Saklı paylı olmakla birlikte mirası reddetmiş, mirastan feragat etmiş, çıkarılmış, yoksun kalmış yasal mirasçıların da saklı paylı mirasçılık sıfatları olmadığından tenkis defini ileri sürmesi mümkün olmaz.

Medeni Kanunun 562 maddesi saklı paylı bir mirasçının tenkis davası açmaması halinde, bazı koşullarla onun alacaklılarına tenkis davası açma hakkı tanımıştır. Aynı madde yine mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçının alacaklılarına tanımıştır. Ancak bu alacaklılar, tenkis davası açma hakkına sahip olmakla birlikte Medeni Kanunun 571. maddesinde süreleri geçirmesi durumunda, Medeni Kanunun 571 II deki tenkis defini ileri sürebilmesi mantıken mümkün değildir. Çünkü bu defiler kural olarak, aşağıda da görüleceği üzere, kendisine yönelmiş bir talep bulunması halinde kullanılabilir. Hâlbuki Medeni Kanunun 571. maddesinde sayılan alacaklılara karşı bir

²¹ Eren, sh.70 ; Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun sistemine göre, yargılama aşamasında def'i hakkının kullanılması ilk itiraz değildir. Bu nedenle yargılamada def'i hakkının sonradan ileri sürülmesi mümkündür. Ancak hakkın sonradan kullanımı, iddiayı genişletme yasağı çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu halde dahi, hakkın sahibinin ıslah yoluyla iddiayı genişletme yasağından kurtulması mümkündür (Bkz. HUMK.m.137,142, 320).Bu ayrıca konuda bkz. Kuru,B/Arslan, R/Yılmaz, E, Medeni Usul Hukuku,B.22, Ankara 2011, sh. 320-321.; Pekantez, H/Atalay,O/Özekes, M, Medeni Usul Hukuku, B.10 Ankara 2011, sh.345-346.

²² İnan/Ertas/Albaş, sh.287 vd. ; İmre/Erman, sh.203-204.; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 343-344. ; Dural/ ÖZ, sh. 225-226.

talebin yöneltmesi ve bu talebin ifası için açılacak bir davanın davalısı olabileme ihtimali hukuken bulunmamaktadır.

C. İptal ve Tenkis Def'inin Kullanımı, Hüküm ve Sonuçları

1. İptal Def'i

a. Genel Olarak

Genel olarak iptal def'i, ölüme bağlı bir tasarrufa dayanarak, mirasçılara karşı bir hak talep eden kişiye karşı, hakkın temelini oluşturan hukuki işleminin (Ölüme bağlı tasarrufun), bir bütün olarak veya maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin dolayısı ile talebe konu hakkın kendisine karşı ileri sürülemeyeceğine yönelik bir "karşı hak" olarak tanımlamak mümkündür²³. İptal davasına ilişkin olarak yasa koyucu yasada öngördüğü iptal sebeplerine²⁴ dayanarak (MK.m.557; Art. 519-520ZGB) ölüme bağlı tasarrufun iptalinde menfaati olan mirasçı veya vasiyet alacaklısına dava açabilme hakkı tanımıştır (MK.m.558/I). Oysa, iptal def'i yaptığımız tanımdan da anlaşılacağı üzere, kural olarak kendisinden ölüme bağlı tasarruf nedeniyle hak talep eden kişiye karşı ileri sürülebilen bir haktır²⁵. Hatta bazı

²³ Bkz. **İmre/Erman**, sh.208; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 348; **İnan/Ertas/Albaş**, sh. 292-293; **Serozan/Engin.**, Miras Hukuku, B.2., Ankara, 2008, sh. 331; Nitekim yargıtay'ın bir çok kararında vasiyetnamenin tenfizi davasının bir eda davası niteliği olmaması nedeniyle tenkis def'inin bu davada kullanılmayacağına hükmettiği görülmüştür. Bkz. HGK. 17.01.2007 T.E. 2007/2-2, K. 2007/10 ; Yarg.2.HD, 15.05.1984 T. E:4434, K:4612 "Tenkis Def'i Ancak Eda Davalarında İleri Sürülebilir:Tenkis iddiası, def'an her zaman ileri sürülebilirse de, bu ancak eda davalarında sözkonusu olabilir.İstek vasiyetin tenfizine ilişkin bulunduğuna göre, buna karşı tenkis def'inde bulunulamaz. Bu sebeple vasiyetin tenfizine karar verilmesi gerekirken bir kısım davalıların tenkis def'inde bulduklarından söz edilerek isteğin reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." ; Yargıtay 2.HD., 19.04.1984, 3331-3717, "Tenkis Def'i Ancak Eda Davalarında İleri Sürülebilir: Tenkis iddiası def'an her zaman ileri sürülebilirse de, bu ancak eda davalarında sözkonusu olabilir. İstek vasiyetin tenfizine ilişkin olduğuna göre, buna karşı tenkis def'inde bulunulamaz."

Kararlar için bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=10588>)

²⁴ MK.m. 557. ve 558/III maddesinde iptal sebepleri düzenlenmiştir. İptal sebepleri hakkında bkz. Bkz. **İmre,Z./Erman**, H, sh.193 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, N, sh. 328 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, sh. 276 vd.; **Serozan/Engin.**, sh. 332 vd.

²⁵ İptal davası, iptal davası ile menfaati ihlal edilen mirasçı veya vasiyet alacaklılarına tanınmış olmasına rağmen, özellikle önceki vasiyetname nedeniyle alacaklı olan bir kişinin kendisinden vasiyetname nedeniyle bir hak talebinin yöneltmesi söz konusu olmayacağına göre, iptal davası açma hakkı olan bu kişilerin def'i hakkı sahibi olmaları da söz konusu olamaz.

yazarlar²⁶, İptal def'i hakkının kullanılması konusunda, tereke mallarına zilyet olan mirasçıların iptal davası açmasına ihtiyacının olmadığını ifade etmektedir. Bu konuda, miras sebebiyle istihkak davası veya mal vasiyetinin ifa davası açılması halinde, iptal def'inin ileri sürülmesi halinde davanın reddinin bir hak düşümüne tabi olmadan sağlayabileceğini ifade edilmektedir. İptal davasına ilişkin olarak, Medeni Kanunumuzun 559. maddesinin son fıkrasının lafzı bu düşünceyi her halde destekler niteliktedir. Hüküm aynen şu şekildedir: “ *Hükümsüzlük, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir*”. Bununla birlikte, def'i hakkının kullanımı ve buna bağlı hukuki sonuçlarına ilişkin olarak bazı sorunların olabileceği, bu hakkın her halde ileri sürülebileceği yargısına ilişkin karşı bazı hallerin olabileceğini göz ardı etmemek gerekmektedir. Bu anlamda olmak üzere:

Öncelikle iptal def'i, hukuki niteliği itibariyle ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğüne yönelik bir karşı haktır. İptal def'inin nasıl kullanılabilirliğine ilişkin kanunda ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu karşı hak, kime karşı, nasıl? Yazılı mı yoksa sözlü mü kullanılabilir? Kural olarak, bir karşı hak olarak hakkı kullanacak kişi, kendisinden ölüme bağlı hak talep edilen mirasçı, vasiyet alacaklısı veya bir yüklemenin (mükellefiyet) yükümlüsü olacaktır. Aşağıda bazı ihtimaller çerçevesinde bu hakkın kullanımına ilişkin meselelere değinmeye çalışacağız.

b. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Atanması Halinde

Bazen ölüme bağlı tasarruf lehtarını, ölüme bağlı tasarruf nedeniyle elde ettiği kazandırmayı, hak sahibi olmayan üçüncü bir kişiden de hakkının ifasını isteyebilecektir. Mirasbırakan son arzularının yerine getirilmesi için def'i hakkı sahibi olmayan üçüncü bir kimseyi vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak ataması halinde (*Vasiyeti tenfiz memuru*) (MK.m.550; Art.517 ZGB), bu durum açık olarak karşımıza çıkmaktadır. Mirasbırakan, vasiyetnameyle bir veya birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir (MK.m.550/I). Öncelikle def'i, hukuki bir kalıp olarak ölüme bağlı tasarrufun bütününe geçersiz kılacak bir sebebe dayanıyorsa ki, bu sebepler Medeni Kanunun 557. maddesinde dört bent halinde sayılmıştır, bu hak atan vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı, kullanılacaktır (MK.m.600/I;

²⁶ **Tour**, Art.521. Nr.1; **Escher**, A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung, Die Erben, Art.457-536, 3. Aufl., Art.521., Nr.12.

Bkz. **İmre**,Z./**Erman**, sh.208; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 348; **İnan** /**Ertas**/**Albaş**, sh. 292-293;

Art.562/Abs.1 ZGB). Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev, yetkileri ile bunların kapsamı Medeni Kanunumuzun 552. maddesinde sayılmıştır. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin özellikle mirasbırakanın terekesinden bir kazandırma alması söz konusu olmadığı durumlarda, tereke üzerinde mirasbırakan veya yasa tarafından belirlenen görev ve yetkilerinin ifası için işlemlerde bulunması gerekecektir. Bu noktada mirasçılardan son arzuların yerine getirilmesi konusunda, tereke mallarının zilyetliğinin devrini talep edebilme yetkisi söz konusudur (MK.m.552/II.b.2). Mirasçıların, tereke değerine fiilen zilyet olması halinde vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı def'i hakkını kullanması mümkündür. Şayet tereke değeri vasiyeti yerine getirme görevlisi veya üçüncü bir kişinin zilyetliğinde ise, mirasçıların bu hakkı kullanmaları konusunda hukuken bazı sıkıntılar gündeme gelebilecektir. Çünkü bu ihtimalde, vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından niteliği itibariyle hak olmasa bile mirasçılara yönelmiş bir talep söz konusu olmayacaktır.

Yine, vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanmış olduğu durumlarda, hükümsüzlük, maddi anlamda bir tasarrufa yönelmişse; bu anlamda belirli bir maddi anlamda tasarrufun fakat ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin tamamı değil, hata hile veya Medeni Kanunun 558/III'e maddesine, yani İptal davası, ölüme bağlı tasarrufla kendilerine, eşlerine veya hısımlarına kazandırma yapılanların tasarrufun düzenlenmesine katılmalarının yol açtığı sakatlığa dayandığı takdirde yalnız bu kazandırmaların iptal edilmesinin gerektiği durumlarda, def'i hakkının kime karşı kullanabileceği konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, şu ihtimaller gündeme gelebilir: İlk olarak, mirasçıya yönelmiş bir talep söz konusu olmadığından bu hak kullanılamaz. Mevcut ihtimal çerçevesinde, def'i hakkı kullanıma elverişli bir karşı hak değildir. Hükümsüzlük nedeniyle, çıkarı zedelenenin hak düşümü süresi içerisinde iptal davası açmaktan başka bir çaresi bulunmadığı sonucuna varmak gerekir. İkinci bir ihtimal, kendisine bir hak olarak yöneltilmemiş olsa da, def'i hakkı vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı kullanılabilir. Bu ihtimalde de, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, kendisinin hakkı ihlal edilecek olanın def'i hakkına ilişkin beyanını kabul veya temsilci sıfatıyla²⁷ bu beyanı ölüme bağlı tasarrufla kazandırma lehtarına karşı kullanması hukuken söz konusu değildir. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin

²⁷ Vasiyeti yerine getirme görevlisinin niteliği ve yetkileri konusunda bkz. **İmre/Erman**, sh.157 vd; **İnan/Ertay/Albaş**, sh.244

hukuki durumu buna elverişli değildir. Her iki ihtimalde de iptal def'i hakkı sahibinin iptal def'ini kullanması mümkün görülmemektedir. Ancak, iptal def'ini her hangi bir süreye bağlamayan yasa koyucunun, MK.m.559/II hükmü ile böyle bir sonucu istediğini kabul etmek zordur. Başka bir ifade ile bu şekilde bir hukuki sonucun varlığı, Medeni Kanun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin 1. maddesindeki esaslara uymadığını kabul etmek veya bu sonuca varmak gerektiğini düşünmekteyiz.

c. Birden Fazla Def'i Hakkı Sahibinin Olması

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin atamasının beraberinde doğurabileceği istisnai durumlar bir tarafa bırakılırsa, iptal def'ine ilişkin başka ihtimallerin de tahlil edilmesinde fayda bulunmaktadır. Şöyle ki, İptal def'i hakkının kullanılması, hak sahibine karşı ölüme bağlı tasarruf nedeniyle bir hakkın dermeyanı imkânı ortadan kalkmaktadır. Birden fazla def'i hakkı sahibinin bulunduğu bir miras olayı düşünelim: Mirasbırakan (M)'nin bir ölüme bağlı tasarrufu, örneğin bir vasiyetnamesi bulunmaktadır. Bu vasiyetnameye ilişkin olarak hayatta kalan mirasçıları (A) ve (B)'nin iptal def'i hakkını gerektiren bir durum hatta, bu mirasçılar da tereke mallarına zilyet olsun; (M) vasiyetnamesinde (Ü)'ye bir bölünemeyen bir mala ilişkin kazandırma da bulunmuş ve bu kazandırmanın ifası için de (Ü) ifa davası açmış olsun; Açılmış olan bu davada, mirasçılardan sadece biri iptal def'ini ileri sürere ise, mahkeme kazandırma konusu malın mülkiyetinin teslimine karar vermesi mümkün müdür? Mevcut bu ihtimale ilişkin hukuki duruma yönelik şu tespitleri yapmamız mümkündür: Vasiyet alacaklısı (Ü) ile vasiyetname temelli, belirli ve bölünemeyen malın mülkiyetinin devrini amaçlayan bir borç ilişkisi kurulmuştur²⁸. Mirasçılar arasında bu borcun yerine getirilmesi konusunda müteselsil bir borç söz konusudur. Diğer taraftan belirli mal üzerindeki mülkiyet ilişkisi, mirasçıların hak sahibi olduğu elbirliği (*İştirak halinde*) ile mülkiyettir. Buna göre, mahkemenin kararı nasıl olmalıdır? Ölüme bağlı tasarrufun iptal def'i ve mahkeme de verilen iptal kararının etkisi kişiseldir, yani hakkı ileri süren veya iptal davasını açan ilgiliye karşı etki doğurur. Bir başka ifade ile bu kişiler bakımından ölüme bağlı tasarruf hükümsüz, diğer ilgililer bakımından da hüküm doğurduğu kabul edilmekte-

²⁸ Belirli mal vasiyetinin lehtar tarafından kazanılmasına ilişkin olarak bkz. **İmre/Erman**, sh.212 ve. 40. dipnotunda anılan Yargıtay kararları; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 341; **İnan Ertaş/Albaş**, sh.489 vd ;

dir²⁹. Mahkeme kararına ilişkin temel sorunun, üzerinde elbirliği ile mülkiyet ilişkisi bulunan belirli bir mala yönelik talebin mirasçılardan birine karşı ileri sürülememesine rağmen ifasına yönelik mahkeme karar verip veremeyeceği noktasında yattığını ifade etmemiz gerekmektedir. Bu ihtimale ilişkin açık bir yasa hükmü bulunmadığını öncelikle söylemek gereklidir. Oysa, ölüme bağlı teerruların tenkisine ilişkin olarak, MK.m. 564/I. maddesi, “*Değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmesine olanak bulunmayan belirli mal vasiyeti tenkise tabi olursa, vasiyet alacaklısı, dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir.*” hükmünü düzenlemektedir. Bu hükmün kıyasen iptal def’i nedeniyle ortaya çıkabilecek hukuk boşluğunu, tenkis’e ilişkin hükme kıyasen doldurmak anlamlı bir çözüm olacağını düşünmekteyiz. Diğer bir çözümün Borçlar Kanunumuzun müteselsil borçlulara ilişkin 166. maddesinden hareketle önerilebileceği akla gelebilir. Şöyle ki, TBK.m.166/II’ de mevcut “*Borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler.*” biçimindeki düzenlemeden hareketle, iptal def’inden ileri sürmeyen diğer mirasçının da yararlanacağı sonucuna varılabilir. Medeni Kanunumuzun 5. maddesinin yaptığı yollama çerçevesinde, bu sonuca varabilmek için, “durumun ve borcun niteliğinin elverdiği ölçüde” ifadesinin iptal def’i için de geçerli olacağı yollu yapılacak bir yoruma ihtiyaç bulunmaktadır. Hukuken böyle bir sonuca varmanın bir zorlama olacağını söylemek gerekir³⁰.

d. Mirasçı Atamada Def’i

İptal def’inin kullanımına yönelik başka bir sorun, mirasçı atama tasarrufları bakımından gündeme gelebileceğini söyleyebiliriz. Atama tasarruflarında, atanmış mirasçı atama oranında tereke üzerinde yasa gereği (Legalzession) hak sahibi olur (MK.m.599/II; Art.560/III ZGB). İptal def’ine ilişkin hak, atanmış mirasçıya karşı nasıl kullanılabilir? Bir örnek verelim; Mirasbırakan (M), terekesinin yarısı için (A)’yı mirasçı atar. (M)’nin mirasçısı olarak tek oğlu (B) bulunmaktadır ve atamaya ilişkin ta-

²⁹ İptal def’i ve iptal kararının etkisi için bkz. **Tour**, Art. 519. Nr.15; **İmre/Erman**, sh.329 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 595-596; **İnan/ Ertay/Albaş**, sh.294-295;

³⁰ Söz konusu ihtimal ile ilgili olarak yapılan tartışmalar için ayrıca bkz. **Tour**, Art. 519-521. Nr.6b.

sarruf iptal def'i kapsamındadır. (A)'nın (B)'den bir talebi söz konusu değildir, olsa olsa MK.m.599. madde kapsamında (A)'nın tereke mallarına yönelik zilyetlik devri talepleri varsa, o takdirde (B)'nin iptal def'ini ileri sürmesi gündeme gelebilir. Ancak böyle bir durumda dahi, atanmış mirasçının mirasçılık hakkının ortadan kaldırılması için iptal davası gerekebilir. Ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin def'i ancak def'i hakkı sahibine yöneltilmiş ve ölüme bağlı tasarruf temelli bir talep hakkı söz konusu olduğunda kullanılabilir. Kural olarak, atanmış mirasçı tereke değerlerini elinde bulunduruyorsa veya tereke değerleri üçüncü bir kişinin elinde ise yahut yukarıda belirttiğimiz vasiyeti yerine getirme görevlisinin (*vasiyeti tenfiz memurunun*) atanmış olduğu hallerde, iptal def'i hakkı sahibinin teknik olarak iptal davası açmaktan başka çaresi yokmuş gibi görünmektedir.

e. Üçüncü Kişi Lehine Hayat Sigortasında Def'i

MK.m. 601. madde çerçevesinde, hayat sigortası tazminatının ölüme bağlı bir tasarruf ile üçüncü bir kişiye bırakılması halinde de iptal def'inin kullanımı hukuken mümkün görülmemektedir. Çünkü ölüme bağlı tasarrufun iptalinde menfaati olan mirasçı veya vasiyet alacaklısına dava açabilme hakkı, tanımıştır (MK.m.558/I). Sigorta şirketi bu anlamda mirasçı veya vasiyet alacaklısı sıfatına sahip değildir. kazandırmanın lehtarı, talep hakkını doğrudan doğruya sigortacıya yöneltme hakkına sahiptir. İptal def'i kapsamında olsa dahi, Ölüme bağlı tasarruf iptal edilinceye kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, sigorta şirketi def'i hakkına sahip olmadığından sigorta tazminatını kazandırma lehtarına hukuken ödemek zorunda kalacaktır. Bu noktada iptal def'i hakkı sahiplerinin hak düşümü süresi içerisinde iptal davası açmasından hukuken başka bir imkanı yoktur.

f. Koşul ve Yüklemelerde Def'i

İptal def'i hakkı, koşul ve yüklemelerde (MK.m.515; Art. 482 ZGB) bakımından nasıl kullanılabileceği başka bir ihtimal olarak da değerlendirilmelidir. Koşul ve yüklemelere ilişkin iptal def'inin kullanılmasına ilişkin hükümsüzlük hali, bunların hukuka ve ahlaka aykırılığı halinde gündeme gelebilecektir (MK.m.515/II). Bu çeşit hükümsüzlük söz konusu olduğunda, koşul veya yüklemenin yükümlüsünden edimini yerine getirmeye yönelik bir talep söz konusu olduğunda, yükümlü iptal def'ini kullanabilecektir. Yalnız bu ihtimale ilişkin olarak, yükleme yükümlüsünün yükümü, bağımsız bir

yükleme ise ve yükümlü aynı zamanda mirasçı veya vasiyet alacaklısı değilse, def'i hakkının gündeme gelip gelemeyeceğini irdelemek gerekir. Hukuk sistemimizde tek taraflı bir beyanla başkasını yükümlülük altına bırakamaya yönelik ilke bir tarafa bırakılırsa; bağımsız yükleme yükümlüsünün def'i hakkının yasadaki düzenlemeye göre, bulunduğunu söylemek zordur. Çünkü belirttiğimiz ihtimalde, bağımsız yükleme yükümlüsü ne mirasçı ne de vasiyet alacaklısıdır. Özellikle manevi edimler bakımından bu ihtimalin gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Her ne kadar yükümlü kendisinin bu konuda kabul etmediği sürece hukuken yükümlülük altında bırakılamayacağını ileri sürebilirse de, yükümlülüğü yerine getirmeyi kabul etmiş olsa dahi, düşüncemize göre, yükümünü yerine getirmeden önce bu hakkı kullanabilmesine olanak tanınmalıdır³¹.

g. Mirasın Paylaşılmasında Def'i

İptal def'i bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka durum ise, iptal def'inin miras ortaklığının giderilmesi (TMK.m.642) aşamasında (*paylaşma, taksim davası*)³² görmekteyiz. Mirasın paylaşılması aşamasında, iptal def'inin kullanımının mümkün müdür? Şöyle ki, iptal def'i hak sahibinin kendisine miras hukuku temelli yönelmiş talebe karşı bir hak olarak kullanılabilmesine göre, taksim davasında def'i hakkı sahibine yönelmiş bir hak olup olmadığı veya olup olamayacağı değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Mirasın paylaşılması hem yasal hem de atanmış mirasçılardan her biri tarafından talep edilebilir (TMK.m.642/I). Paylaşma ortaklık veya ortaklığa dâhil belirli bir mal için de talep edilebilir (TMK.m.642/II). Mirasın paylaşılması iradi veya dava yoluyla olması hukuken öngörülmüştür. İradi yoldan paylaşımında, def'i hakkı sahibi paylaşma yönelik bir talebin kendisine iletilmesi durumunda def'i hakkını kullanması mümkün olabileceği gibi, paylaşım talebini reddederek iradi paylaşımı engellemesi mümkündür. Ancak dava yoluyla paylaşma söz konusu olduğunda durumun ne olacağı tartışılabilir. Düşüncemize göre, def'i hakkının kullanımına ilişkin ayırıcı unsur paylaşma veya taksim davasının hukuki niteliğinde yatmaktadır³³. Kabul edilen görüş paylaşma davasının bozucu yenilik doğuran ve bazen de eda davasına ilişkin

³¹ Ayrıca bkz. **Eren**, İptal Davası, sh.124.

³² Mirasın taksimi davası için ayrıntılı bilgi için bkz. **Aral**, F. Mirasın Taksimi Davası Ankara 1979. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 687 vd.

³³ Taksim davasının hukuki niteliği için bkz. **Aral**, sh. 56 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 687 vd.

özellikler taşıyan dava olduğu yolundadır³⁴. Kısaca mirasın dava yoluyla paylaşılması diğer mirasçılara yöneltilmesi gerekecektir³⁵. Hal böyle olunca, mirasın paylaşma talebi def'i hakkı sahibi tarafından istenirse bu hak nasıl kullanılacaktır? Böyle bir ihtimal gündeme geldiğinde, mirasçının bu hakkını kullanamaması sonucu çıkacaktır. Çünkü kendisine yöneltilmiş bir hak söz konusu değildir. Bu ihtimalde, iptal davasına ilişkin hak düşümü süresi içinde dava açmayan hak sahibinin, dava açmamasının veya açmamasının sonucuna katlanması gündeme gelmektedir. Atanmış mirasçı, iptal def'inden haberdarsa, paylaşma talebinde bulunmamasından daha doğal bir durum yoktur. Bu noktada da iptal def'inin işlevsiz kalması mümkün görünmektedir. Benzer bir durumun miras sebebiyle istihkak davasında olduğunu da belirtmeliyiz.

İptal def'i niteliği itibariyle bir karşı hak olduğuna göre, iptal def'i hakkı da dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılmalı, def'i hakkı kötüye kullanılmamalıdır. Özellikle, iptal def'inden haberdar olmayan ve miras ortaklığındaki, ortaklık konusunda hukuki istikrar ve güvenin oluşmasından sonra, bu hakkın kullanılmasında bu ihtimali görmek mümkündür.

2. Tenkis Def'i

a. Genel Olarak

Miras hukuku sistemimizde, mirasbırakanın terekesi üzerinde tasarruf oranını aşması nedeniyle saklı paylı mirasçılarının haklarını koruma yollarından biri olarak yasakoyucu tenkis davasının yanında tenkis def'ini de düzenlemiştir.

Yukarıda iptal def'inin kullanımına ilişkin yaptığımız bir çok ihtimalde olduğu gibi tenkis def'inin de ileri sürülmesi her ne kadar her hangi bir süreye tabi olmadan ileri sürülebilmesine rağmen³⁶, bazı ihtimallerde hakkın işlevsiz kalması söz konusu olabilecektir.

³⁴ Aral, sh. 56 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 687 vd. ; Dural/Öz, sh.466.

³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 690.

³⁶ Ayrıca bkz. Yargıtay 2.HD.15.03.1990 T., 2066-2812-“Tenkis İddiası Def'an Her Zaman Dermeyan Olunabilir: Tenkis iddiasının def'an her zaman dermeyan olunabilir (MK.m.513/2) nitelikte oluşu da, henüz tenfiz isteği ile karşı karşıya olmayan mirasçının, tenkis davası açmasına engel olarak düşünülemez.Zira terekenin açılmasından sonra kısa bir süre geçtiği için bu davada ispat kolaylıkları bulunacağı tabiidir. Mahfuz hisseli mirasçının yıllar sonra karşıacağı bir tenfiz davasında, def'i yoluyla tenkis isteğinin ispat zor-

Öncelikle tenkis def'i de niteliği itibarıyla, tasarruf oranının aşılması nedeniyle kendisine yönelen terekeye ilişkin hak taleplerini yerine getirmekten kaçınabilme imkanını veren yasal bir karşı haktır. Bu noktada def'i hakkının doğumu için öncelikle mirasbırakanın terekedeki tasarruf oranını aşması gereklidir.

Mirasbırakan tasarruf oranını sağlararası veya ölüme bağlı kazandırmalarla kullanabildiğine göre, def'i hakkının kullanımı ilk bakışta bu işlemler bakımından olması sonucuna varılabilir.

Medeni Kanunumuzda tenkis def'i için de bir süre öngörülmediğinden, bu hakkın kullanımına ilişkin olarak paylaşma davası aşamasında da hakkın kullanımına ilişkin olarak, iptal davasında belirttiğimiz esasların burada da geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

b. Sağlararası Kazandırmalarda Tenkis Def'i

Tasarruf oranı sağlararası kazandırıcı işlemlerle yapılmış ve bu işlemlerin ifası mirasbırakanın ölümünden önce gerçekleşmiş ise, söz konusu işlemler bakımından saklı paylı mirasçılara yönelmiş bir talep hakkı olmayacağından, hakkın kullanımı fiilen mümkün değildir³⁷.

c. Mirasçı Atamada Tenkis Def'i

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile yapmış olduğu mirasçı atama tasarruflarında, tenkis def'inin kullanılması kural olarak mümkün görülmektedir. Çünkü, atanan mirasçı, iptal def'ine ilişkin ihtimalde de belirtildiği üzere, miras ortaklığının bir üyesi sıfatını yasa gereği kazanacaktır. Külli halefiyet ilkesi ne göre hak sahibi olan atanmış mirasçının diğer yasal mirasçılara karşı yönelteceği bir talep olmadığı sürece, def'i hakkının kullanımı gündeme gelemeyecektir. Bu aşamada def'i hakkı sahibi mirasçıların tenkis davası açmaktan başka hukuki imkânları görülmemektedir.

luklarından kaçınması kadar doğal bir hal olamaz.” ; Yargıtay 2.HD., 5.7.1983 T., 5725-6179, “Tenkis def'i zamanaşımı süreleriyle bağlı kalmaksızın her zaman ileri sürülebilir. (MK.m.513/son) “

(Kararlar için bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=10588>)

³⁷ İfasının ölümden sonrada devam edebileceğine ilişkin bir sağlararası borç ilişkisi söz konusu ise, ölümden sonra terekeden yerine getirilecek edim yükümlülükleri bakımından bu hakkın kullanılması mümkündür.

d. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Atandığı Hallerde Tenkis Def'i

İptal def'ine ilişkin ihtimallere paralel olarak, vasiyet yerine getirme görevlisi atanan hallerde, ölüme bağlı tasarruflardan doğabilecek fakat tasarruf oranını aşan kazandırmalar için yapılacak ifa talebi mirası yerine getirme görevlisine yöneltileceğinden, def'i hakkının kullanımı da hukuken mümkün görülmemektedir. Bu nedenle, burada iptal def'ine ilişkin yaptığımız boşluk tespitinden hareket etmenin doğru olabileceğini düşünüyoruz.

3. İptal ve Tenkis Def'inin Kullanılmasının Hüküm ve Sonuçları

İptal ve tenkis def'i niteliği itibariyle bir karşı hak olarak hukukumuzda düzenlenmiş olduğuna yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle, iptal ve tenkis def'ine bağlanabilen sonuçları iki ihtimalle değerlendirmenin yerinde olduğunu düşünmekteyiz. İptal ve ya tenkis def'i hakkını kullanan kişi hakkını ya yerinde yani haklı olarak kullanmıştır ya da haksız kullanmıştır. Bu iki ihtimale göre hakkı kullanmanın hüküm ve sonuçları olacaktır.

a. İptal veya Tenkis Def'inin Kullanımı Haklıdır

İptal ve ya tenkis def'ini kullanan kişi hakkını doğru kullanmışsa, hukuken bunun en doğal sonucu, kural olarak artık talep konusunun ifasının kendisinden istenememesidir. Bu anlamda, def'i hakkı sahibi hakkını kullandığı zaman, def'i sebebine bağlı olarak, hakkın tamamen veya kısmen yerine getirilmesi kendisinden istenemez. Şöyle ki, İptal def'inin sebebi belirli bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ise, o tasarrufa ilişkin talepler hariç olmak üzere diğer tasarruflar bakımından iptal def'i hüküm doğurmayacaktır. Buna karşılık, ehliyet ve/veya şekle ilişkin bir iptal sebebi var ve def'i bu sebeplere dayanıyorsa, tasarrufun içeriğinde yer alan bütün taleplerin yerine getirilmesi istenemeyecektir.

Aynı şekilde ileri sürülen tenkis def'inin hüküm ve sonucu, somut miras olayındaki kazandırmaların yerine getirilmesi konusunda kısmen veya tamamen olacaktır. Tenkis def'inin kullanımının mümkün olduğu hallerde def'i, ifası gündeme gelen kazandırmalar toplamı, ihlal edilen saklı paydan daha az ise kısmen, yani ihlal ettiği oranda hüküm ve sonuç doğuracaktır. Buna karşılık ifası istenen kazandırmalar toplamı ihlal edilen saklı paydan daha az ise, tenkis def'i talebin tamamen istenebilirliğini hukuken engelleyecektir.

Tenkis def'i bir tarafa bırakıldığı takdirde, iptal def'inin kullanımının haklı olduğu durumlarda içinden çıkılması çok zor bazı hukuki sonuçların doğabileceği yukarıda³⁸ da kısmen değinildiği üzere aşikârdır. Bir örnek vermek gerekirse, üç yasal mirasçı var ve bunlardan mirasçıdan biri vasiyetnamenin şekline ilişkin def'i hakkını kullanmış fakat diğer ikisi kullanmamışsa; Vasiyet alacaklısı talebini yerine getirmeyen mirasçılara karşı, vasiyetin ifasına yönelik dava açmışsa, mahkemenin kararı, hakkını kullanmayan iki mirasçıyı bağlayıcı olacaktır. Def'i hakkını kullanan mirasçıyı kapsayacak biçimde, onun açısından ifa kabiliyeti olabilecek şekilde mahkeme bir hüküm tesis edemeyecektir. Özellikle niteliği itibariyle bölünemeyen bir belirli mal vasiyetinin söz konusu olduğu hallerde, örneğin belirli bir yarış atının vasiyet edildiğini düşündüğümüzde, hükme esas alınacak karar icra kabiliyeti bakımından hukuken sıkıntı yaratacaktır. Çünkü, terekede elbirliği ile mülkiyet vardır (TMK.m. 640/II) ve hakkında karar verilen mirasçılar mahkeme kararına rağmen, karar konusu vasiyet alacağını ifasını serbest iradeleriyle sağlamaları mümkün değildir (Bkz.TMK. m.701/II;702/II). Hal böyle olunca, kararın kapsamı nasıl olacaktır sorusu akla gelmektedir. Kısaca mahkeme def'i hakkını kullanan mirasçı bakımından aynen ifaya hükmedemeyecek, diğerleri bakımından buna hükmedebileceğini kabul edersek; farklı bazı hukuki sonuçlara varılması gerekecektir. Bu anlamda, mahkeme kararının icraen aynen yerine getirilmesi istenmişse, paylaşmaya ilişkin başka hukuki sorunlar doğacaktır. Doğabilecek sorunları bir tarafa bırakırsak, bir şekilde paylaşma yoluyla hüküm tesis edilen belirli mal vasiyetini mirasçılar elde etmişlerse, hakkında hüküm kurulan mirasçılardan iradeleriyle veya kararın icrası yoluyla, vasiyetin aynen yerine getirilmesi hukuken mümkün hale gelecektir. Buna karşılık, hakkında hüküm tesis edilen mirasçılar paylaşma yoluyla mahkeme kararının konusunu teşkil eden belirli mal üzerinde tasarruf edebilme imkanına kavuşmamışsa, kararın aynen icrasında *hukuki bir imkansızlık* söz konusu olacaktır. Eğer ortada hukuki bir imkansızlığın varlığını kabul edersek, bu takdirde de hakkında hüküm tesis edilen kişilerin aynen ifa yükümlüğü altında olabileceğini söylemek mümkün değildir (TBK.m. 136/I). İmkânsızlık sebebiyle aynen ifa yükümünün kalktığı durumda, borcun tazminat borcuna dönüşmesi mümkün olup olmadığı sorununa değinmek kaçınılmazdır. Türk Borçlar Kanunumuzun 136/ bir hükmü borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması durumunda borcun sona ereceğini

³⁸ Bkz. Yukarıda dn. 24 ve ona ait metin.

düzenlemektedir. Belirttiğimiz ihtimalde, borçlu olan mirasçılardan sorumlu tutulması büyük ihtimalle söz konusu olamayacaktır. Bu durumda da hukuki sonuç mirasçılardan borçtan kurtulması anlamına gelecektir³⁹. Bu hukuki sonuç kabul edildiğinde de, Türk Borçlar Kanununun müteselsil borçlara ilişkin 166/II. maddesindeki esas işlemiş olacaktır.

b. İptal veya Tenkis Def'inin Kullanımı Haksızdır

İptal ve ya tenkis def'ini kullanan kişi hakkını doğru kullanmamışsa, hukuken bunun en doğal sonucu, def'i hakkını kullanma yoluyla engellenen hakkın zamanında elde edilememesi nedeniyle ortaya çıkacak zararın tazmin edilmesidir. Teknik hukuk açısından, ölüme bağlı tasarruf nedeniyle hak sahibi olan kişi, yani alacaklı alacağı muaccel olmuş ve alacağını yükümlüden talep etmişse, fakat bir sebeple yerine getirilmemişse borçlunun temerrüdüne düşecektir. Borçlu temerrüdüne bağlanan bütün sonuçlar onlar için de geçerli olacaktır (Bkz. 112 vd.).

Sonuç

İptal def'i ve tenkise ilişkin dava haklarının hak düşümü sürelerine bağlanmış olması, buna karşılık aynı hukuki etkiyi sağlamayı hedefleyen def'i hakkı bakımından dürüstlük kuralı veya hakkın kötüye kullanımı yasağı hariç zamana bağlı bir üst sınır öngörülmemiş olmasının beraberinde getirebileceği sakıncalar her ne kadar bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmışsa da, sonuç kısmında bir cümle ile değinmek gerektiğini düşünüyoruz.

Diğer taraftan, mevcut düzenleme bakımından da yukarıda değişik ihtimalleri dikkate alarak ifade etmeye çalıştığımız üzere, gerek iptal gerekse tenkis def'inin miras hukuku sistemi içerisinde işlevsiz kaldığı veya yasa koyucunun düzenleme amacının gerçekleşmemesi söz konusu olabilmekte ya da bu yolda hukuki tereddütler doğabilmektedir.

³⁹ Bu konuda, imkansızlığa ilişkin hükümler yerine, Türk Medeni Kanununun 677. maddesinin amacından hareketle, ki hüküm şu şekildedir “*Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır.*

Bir mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği, noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını sağlar.” kıyasen, vasiyet alacağına konu teşkil eden tereke değerinin tazminat olarak ödetilmesi başka amaca uygun başka bir çözüm tarzı olarak kabul edilebilir.

Yasakoyucu iptal ve tenkis def'ini şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf çeşitleri bakımından bir ayrıma tabi tutmadan düzenlemiştir. Bu anlamda, hiç şüphe etmemek gerekir ki, miras sözleşmeleri bakımından da niteliğine elverdiği ölçüde uygulanacaktır.

İlk bakışta adeta masum ve sorunsuz gibi duran def'i hakkına ilişkin düzenlemeler, bazen usul hukuku dâhil olmak üzere maddi hukuka ilişkin hukuki sorunları da yaratabilmesi ihtimal dışı değildir. Bu nedenle, gerek iptal def'i gerekse tenkis def'i bakımından ya yasakoyucu tarafından miras hukuku sistemimize uygun yeni bir çerçevenin çizilmesi ya da Medeni Kanunumuzun birinci maddesi çerçevesinde düzenlemelerin yasakoyucunun amacının gerçekleştirilmesinde azami dikkat ve özenin gösterilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRALANANIN MÜLKİYETİNİN EL DEĞİŞTİRMESİNİN VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KİRALANAN ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK SAHİBİ OLMASININ SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

Yrd.Doç.Dr. Sezer ÇABRİ*

Özet

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kira sözleşmesinin devamı sırasında kiracının, kiralananın el değiştirmesinden zarar görmemesi için özel bir hüküm getirmiştir. Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi veya üçüncü kişilere kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan aynı haklar tanınması halinde, kiralananın mülkiyetini edinen veya kiralanan üzerinde aynı hak kazanan kişi kanun gereği sözleşmenin tarafı haline gelmektedir. Kira sözleşmesinin devri için üçüncü bir kişinin kiralanan üzerinde aynı hak kazanması yeterli olup, ayrıca devir sözleşmesinin yapılmasına gerek yoktur. Bu çalışmada, kira sözleşmesinin devrinin şartları ve hukukî sonuçları açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kira sözleşmesi, kiralananın el değiştirmesi, kiralanan üzerinde aynı hak kazanılması, sözleşmenin devri

Abstract

During the course of the lease agreement, Turkish Code of Obligations No. 6098 has brought a special provision to prevent the lessee from the damage of changing hands of leased. Following the formation of the lease agreement for any reason, the owner of the leased change or rented to third parties is recognized over the lease agreement incompatible with the real rights, the real

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

right on the leased property acquired or leased by the person entitled to the law becomes a party to the contract. Leased to a third person on the lease agreement for the transfer of real rights is sufficient to have, in addition making transfer agreement is not required. In this study, the terms and the legal consequences of the transfer of the lease agreement will be explained.

Key Words: *Lease agreement, leased to change hands, the acquisition of real rights on leased, assignment of contract*

I. Giriş

Kira sözleşmesinde sözleşmenin kurulmasından sonra kiralananın el değiştirmesi veya üçüncü bir kişinin kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan sınırlı aynı haklar edinmesi kiracıları doğrudan etkilemektedir. Hatta özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında bazı hallerde kiracıya tahliye etmek için kiralananın devredildiği görülmektedir. Önceleri “*satım kirayı bozar*” şeklinde adlandırılan bu durum kiracının korunması amacıyla zamanla değişmiş, taşınmaz kiralalarında satımın kirayı bozmayacağı ilkesi kabul edilmişti. Ancak taşınmaz kirası dışındaki sözleşmelerde kiralananın devri halinde kiracı, kira sözleşmesinden doğan hakkını kiralananı edinene karşı ileri sürememekteydi. Kanun koyucu, kiracının korunması amacıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 310 ve 311. maddelerinde kiralananın el değiştirmesi veya kira sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü kişinin kiralanan üzerinde aynı hak sahibi olmasını yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndan farklı düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda kiralananın herhangi bir sebeple üçüncü kişiye devrine veya kiralanan üzerinde üçüncü kişinin kira sözleşmesiyle bağdaşmayan aynı hak edinmesine kira sözleşmesinin yasal devri sonucu bağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle kiralananın devri kira sözleşmesinin varlığını kural olarak etkilememekte ve bir kimsenin sonradan kiralana malik veya kiralanan üzerinde kiracının hakkıyla bağdaşmayan sınırlı aynı hak sahibi olması ona kira sözleşmesini sona erdirmeye konusunda özel bir hak vermemektedir. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme getirmesinin temel sebebi kiralananın el değiştirmesi veya kiralanan üzerinde üçüncü kişilere kiracının hakkıyla bağdaşmayan sınırlı aynı haklar tanınarak kira sözleşmesinin sonra erdirilmesinin engellenerek kiracının korunmasıdır¹.

¹ SVIT (Schweizerischer Verband der Immobilientreuhänder), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 261-261a, s. 341; WEBER, Roger, Bas-

Bu çalışmada kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın el değiştirmesi ile üçüncü bir kişinin kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen aynı hak sahibi olmasının kira sözleşmesine etkisi ile yeni malikin veya kiralanan üzerinde sınırlı aynı hak kazanan kişinin, özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmeyi sona erdirip erdiremeyeceği incelenecektir.

II. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Kiralananın El Değiştirmesinin Sözleşmeye Etkisi

A. Genel Olarak

Kiralananın el değiştirmesi yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "*Beyi ile icarın infisahı*" başlıklı 254. maddesinde düzenlenmişti. Bu hükme göre, "*İcarın akdinden sonra, mecur, mucir tarafından ahara temlik yahut icraen takibat veya iflas tariki ile kendisinden nezedildiği takdirde; müstecir, mecurun ahiren maliki olan üçüncü şahıstan ancak kabulü şartı ile icarenin devamını ve mucirden akdi icra yahut tazminat ita etmesini isteyebilir (f. 1). Bununla beraber icar edilen şey bir gayrimenkul olduğu takdirde, akit daha evvel feshe müsait olmadıkça kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü şahıs, icara riayet etmekle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmediği takdirde akdi kabul etmiş addolunur (f. 2). Ammenin menfaati için istimlake dair olan hususi hükümler mahfuzdur (f. 3).*" Görüldüğü üzere hükümde kiralananın üçüncü kişiye geçmesi ihtimali iki yolla gerçekleşebilir. Kiralananın devri, satış, bağışlama, trampa, şirkete sermaye olarak koyma, belirli mal bırakma gibi iradi olarak bir hukukî işlemle gerçekleşebileceği gibi, haciz veya iflas takibi sonucu kiralananın cebri icra yoluyla satılması

ler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage (Herausgeber: Heinrich Honssell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basel 2007, s. 1430; **EMMERICH/SONNENSCHNEIDER**, Miete, Handkommentar, §§ 535 bis 580a, Des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 10. Auflage, Berlin 2011, § 566, s. 664; **SCHMIDT-FUTTERER**, Mietrecht Kommentar, 10. Auflage, München 2011, § 566, s. 2266; **MÜN.KOMMENTAR/HÄUBLEIN**, Martin, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433-610, Band 3, 6. Auflage, München 2012, § 566, s. 1675; **STAUDINGER/EMMERICH**, Volker, J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 563-580a, Anh zum Mietrecht: AGG (Mietrecht 2), Berlin 2011, § 566, s. 63; **BLUMER**, Maja, Schweizerisches Privatrecht, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Basel 2012, s. 209 vd.; **HÜRLIMANN-KAUP**, Bettina, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 201.

şeklinde de olabilir. Hükümde sadece kiraya verenin kiralananı devretmesi ile icra veya iflas yoluyla kiracının elinden alınması zikredilmesine rağmen, öğretilerde kiracının kullanım hakkıyla bağdaşmayan kiralanan üzerinde üçüncü kişilere tanınan sınırlı ayni hakların da bu hükmün kapsamında olduğu belirtilmekteydi².

Hükümün kenar başlığına bakıldığında, satımla kira sözleşmesinin hükümsüz hale geleceği ifade edilmiştir. Oysa hükümün kenar başlığı ile içeriği birbiriyle uyumlu değildir³. Kiralananın sonradan el değiştirmesi kira sözleşmesini sona erdirmeyip, kira sözleşmesinden doğan borcun ifasını engeller. Kiraya verenin borcunu ifa etmemesi halinde de sorumluluğu, borcun ifa edilmemesinde kusurunun olup olmamasına göre değişir. Borcun ifa edilmemesinde kiraya verenin kusuru varsa, kiracıya karşı borcu aykırılık hükümlerince sorumlu olur (TBK m. 112, eBK m. 96); kusuru yoksa borç sona erer (TBK m. 136, eBK m. 117).

Kiralananın el değiştirmesinin sözleşmeye etkisi kira sözleşmesinin konusuna göre farklılık göstermekteydi. Taşınır kiralalarında kiralananın el değiştirmesine bağlanan sonuç, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, kira sözleşmesinin yeni malike karşı ileri sürülebilmesidir. Oysa taşınmaz kiralalarında kiralananın el değiştirmesi halinde de kiracı sözleşmeden doğan hakkını yeni malike karşı ileri sürebilmekteydi. Hükümde kiralananın konusuna göre kiralananın devrine bağlanan sonuçlar farklı olduğundan bu durumu iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz.

B. Taşınır Kiralarında

Taşınır kiralalarında kiralananın üçüncü bir kişiye devredilmesi, icra veya iflas takibi sonucunda kiracının elinden alınması veya üçüncü kişinin kiralanan üzerinde ayni hak kazanması halinde kira sözleşmesinin yeni malike karşı ileri sürülebilmesi, mülkiyeti edinen veya kiralanan üzerinde sınırlı ayni hak kazanan kişinin sözleşmeye devamı kabul etmesine bağlıydı. Diğer bir ifadeyle taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa kiralananın devriyle

² ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2010, s. 252; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt I/2, Üçüncü Tıpkı Basım'dan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 126.

³ ARAL, s. 253.

birlikte yeni malik ile kiracı arasında hiçbir hukukî ilişki meydana gelmemekteydi⁴. Kiracı, kiralananı kullanamamaktan dolayı uğramış olduğu müspet zararları sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca (TBK m. 112, eBK m. 96) kiraya verenden isteyebilirdi; ancak kiracı yeni malikten herhangi bir talepte bulunamazdı⁵.

Kiralananın devri halinde kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişinin kira sözleşmesinin devamına razı olması mümkündür. İşte bu halde kira sözleşmesi yeni malike karşı da ileri sürülebilir. Ancak kiralayanın el değiştirmesi ve kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişinin sözleşmenin devamına razı olmasının hükümleri öğretide tartışmalıydı. Bir görüş, yeni malikin kira sözleşmesini üzerine alabilmesini şahısta değişmeyi gerektiren bir yenilemeyle veya borcun üstlenilmesi ve alacağın devri hükümleriyle gerçekleştirebileceğini, kiracının yeni malik tarafından borcun üstlenilmesine rıza göstereceği ana kadar, eski malikin yeni malikle birlikte borçtan sorumlu olacağını kabul etmekteydi⁶. İkinci görüş, yeni malikin kira sözleşmesinin devamına razı olması halinde yasal borca katılmanın söz konusu olacağını, eski malik ile yeni malikin kiralananı sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun bulundurma borcundan müteselsilen sorumlu olduğunu savunmaktaydı⁷. Üçüncü görüşe göre ise kiralananı devralanın kira sözleşmesinin devamına razı olması halinde başka herhangi bir işleme gerek olmaksızın sözleşmenin ya-

⁴ TANDOĞAN, I/2, s. 131; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Üzerinde Çalışılmış Üçüncü Bası, İstanbul 1977, s. 569.

⁵ ARAL, s. 253.

⁶ TANDOĞAN, I/2, s. 127-128; Tunçomağ, kiracının yeni malikin kira ilişkisine devamına razı olmaması halinde kiraya verenin borçlarından kurtulamayacağını, bu halde kiranın üstlenilmesinin eski ve yeni malik arasında alacağın devri ve borcun üstlenilmesi vaadi olarak nitelenebileceğini, yeni malikin kiranın devamına razı olması halinde kiracının ondan bağımsız bir hak kazandığını, kiraya verenin borçtan kurtulmasının ancak borcun üstlenilmesine vereceği açık ve örtülü rıza ile sağlanabileceğini belirtmektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 569. Aral ise kiracının açık veya örtülü irade beyanıyla eski malikin borçtan kurtulduğunu yeni malike bildirmesi ve bunun kabulüyle eski malik borçtan kurtulmuş olacağını, eski malikin borçtan kurtularak kiracı ile yeni malik arasında kira ilişkisi kurulacağını, eski malikin yerine borçlu olarak yeni malikin geçeceğini; kiracının, eski malikin borçtan kurtulmasına razı olmaması halinde ise, borca katılma veya birlikte borç üstlenmenin söz konusu olacağını, bu ihtimalde eski malikin kira döneminin sonuna kadar yeni malikle müteselsilen sorumlu olacağını belirtmektedir. Yazar, kira sözleşmesinin devredilmediği hallerde, kira bedelinin yeni malike ödenmesi için alacağın devri sözleşmesinin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. ARAL, s. 255.

⁷ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s.142-143.

sal olarak yeni malike devredilmiş olacağını kabul etmekteydi⁸. Bize göre kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesinin ve yeni hak sahibinin kira sözleşmesinin devamına razı olmasının sonucu, sözleşmenin devredilmiş sayılmasıdır. Ancak burada sözleşmenin devri kanun gereği değil, tarafların anlaşmasıyla gerçekleşmesidir. Kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişinin kira sözleşmesinin devamına razı olması, tarafların bu konuda anlaşması, kiralananın devrinden ayrı olarak yapılan devir sözleşmesiyle gerçekleşmektedir. Kira sözleşmesinin devri anlaşması taraflarca açıkça yapılabileceği gibi, yeni malikin kiracının kiralananı kullanmasına ses çıkarmayarak kira bedelini alması şeklinde zımni olarak da yapılabilir. Yoksa kiralananın devri, tek başına sözleşmenin devri sonucunu doğurmamaktadır.

C. Taşınmaz Kiralarında

Taşınmaz kiralarında kiralananın devredilmesine bağlanan sonuç ise taşınırlardan farklıydı. Sözleşme konusu taşınmazın mülkiyetinin herhangi bir sebeple üçüncü kişiye geçmesi halinde kira sözleşmesinden doğan hakkın yeni malike karşı ileri sürülebilmesi için kiracı ile yeni malikin kira sözleşmesinin devamı konusunda anlaşmasına gerek yoktu; kiralananın devriyle yeni malik de kanun gereği kira sözleşmesiyle bağlı hale gelmekteydi. Görüldüğü üzere kiralananın taşınır olması halinde kira sözleşmesi yeni malike karşı ileri sürülemezken, taşınmaz kiralarında kural yeni malikin kira sözleşmesiyle bağlı olmasıydı. Ancak taşınmaz kiralarında da kiralanan üzerinde sonradan hak sahibi olan kişinin kira sözleşmesini sona erdirmeye konusunda iki imkânı bulunmaktaydı. Bunlardan ilki, kira sözleşmesinde sözleşmeyi daha önce sona erdirmeye sebebinin bulunmasıdır. Sözleşmede böyle bir hüküm varsa veya böyle bir sebep gerçekleşmişse, kiralanan üzerinde sonradan hak sahibi olan kişi buna dayanarak sözleşmeyi feshedebilir. İkinci imkân ise kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişinin, kiracıya karşı yasal hükümlere göre fesih hakkını kullanabileceği zaman sözleşmeyi sona erdirmesidir. Bu iki halde yeni malike sözleşmeyi feshetme konusunda hak tanınmış olup, kira sözleşmesinin sona ermesi fesih hakkının kullanılmasına bağlıydı. Ayrıca 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ile konut ve işyeri kiralarında kiralananı edinen kişiye kira sözleşmesini sona erdirmeye konusunda özel bir hak tanınmıştır. GKHK m. 7/d'ye göre, “*Gayrimenkulü Medeni*

⁸ AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 73.

Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimse kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısmen mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için bir meslek veya sanatın bizzat icrası maksadıyla iş yeri olarak kullanma ihtiyacında ise iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra tahliye davası açabilir.” Bu hüküm sadece konut ve işyeri kiralalarında kiralananı herhangi bir sebeple edinen kişiye, kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı vermektedir. Buna göre kiralananı edinen kişinin kendisinin, eşinin ya da çocuklarının konut veya işyeri ihtiyacının olması halinde, kiralananı edinme tarihinden itibaren bir ay içinde kiracıya ihbar göndermek şartıyla altı ay sonra tahliye davası açabilirdi.

Taşınmaz kiralalarında kiralananın üçüncü bir kişi tarafından edinilmesi veya üçüncü kişi tarafından kiralanan üzerinde aynı hak kazanılmasının kira sözleşmesine etkisi tartışmalıydı. Öğretide bazı yazarlar kiracı ile yeni hak sahibinin anlaşması halinde yenileme veya kurtarıcı borcun üstlenilmesinin ortaya çıkacağını, aksi halde yeni malikle eski malikin kira sözleşmesinden dolayı müteselsilen alacaklı ve borçlu olacağını savunmaktaydı⁹. Bazı yazarlar ise kiralananın devrinin, sözleşmenin yasal devri sonucunu doğurduğunu ve yeni malikin kanun gereği sözleşmeyi hak ve borçlarıyla üstlendiğini savunmaktaydı¹⁰. Bize göre, taşınmaz kiralalarında kiralanan üzerinde üçüncü kişinin aynı hak kazanmasına bağlanan sonuç sözleşmenin yasal olarak devredilmiş sayılmasıdır. BK m. 254/II hükmü, kiralananı devralanın kural olarak kira sözleşmesiyle bağlı olduğunu ve kanun gereği kiralananın sözleşmenin tarafı haline geleceğini düzenlemiştir. Kiralananın devriyle yeni malik geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı haline gelmekte ve kiraya verenin taraf sıfatı kendiliğinden sona ermektedir. Görüldüğü üzere taşınmaz kiralalarında kiralananın devrinde sözleşme bütün hak ve borçlarıyla yeni malike geçmektedir.

III. İsviçre Borçlar Kanunu’na Göre Kiralananın El Değiştirmesi veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Aynı Hak Sahibi Olması

İsviçre Borçlar Kanunu’nda kiralananın el değiştirmesi ve bunun sonuçları 261. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralanan el değiştirirse veya icra ya da iflas takibi sonu-

⁹ TANDOĞAN, I/2, s. 130; TUNÇOMAĞ, s. 575-576.

¹⁰ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 131, dn. 70d.

cunda kiraya verenin elinde alınır, kiralananın mülkiyetini edinen kişi kira sözleşmesini üzerine almış olur. Kiralananın mülkiyetini edinen kişinin sözleşmenin tarafı haline gelmesi için kiralananın devrine ilişkin borçlandırıcı işlemin yapılması yeterli olmayıp, ayrıca tasarruf işleminin de yapılarak mülkiyetin üçüncü kişiye geçmesi gerekir¹¹. İBK m. 261 uyarınca, kiralananın mülkiyetinin herhangi bir sebeple el değiştirmesine bağlanan sonuç, mülkiyeti edinen kişinin kira sözleşmesinin hak ve borçlarıyla birlikte sözleşmenin tarafı haline gelmesidir¹². İBK m. 261/I'de kiralananın mülkiyetinin değişmesine yol açan sebepler olarak kiralananın devredilmesi ile icra veya iflas takibi sonucunda el koyulma sayılmıştır. Ancak bu sebepler sınırlı sayıda düzenlenmemiş, herhangi bir hukukî sebeple kiralananın el değiştirmesine, kira sözleşmesinin de devri sonucu bağlanmıştır.

Kiralananın devredilmesi sözleşmenin devri sonucunu doğarsa da İBK m. 261/II, b. a'da kiralananın mülkiyetini edinen kişiye, konut ve işyeri kiralarında kendisinin veya kan ya da kayın hısımlarının ihtiyacı sebebiyle yasal bildirim sürelerine uyarak en yakın dönem için kira sözleşmesini sona erdirme hakkı tanınmıştır¹³. Görüldüğü üzere, konut ve işyeri kiralarında kiralanayı edinen kişi, konut veya işyeri ihtiyacına dayalı olarak kira sözleşmesini sona erdirebilir; ancak konut ve işyeri ihtiyacı dışındaki bir sebebe dayanarak kira sözleşmesini sona erdiremez. Oysa konut ve işyeri dışındaki kira sözleşmelerinde durum farklıdır. İBK m. 261/II, b. b'de, konut ve işyeri dışındaki kiralarda ise sözleşme daha önce sona ermeye imkân tanımadıkça, en yakın dönemde kira sözleşmesinin sona erdirilebileceği düzenlenmiştir¹⁴.

¹¹ **HIGI**, Peter, *Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete, Erste Lieferung*, Art. 253-265 OR, Zürich 1994, Art. 261-261a, s. 625; **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 344.

¹² **HIGI**, Art. 261-261a, s. 629; **BLUMER**, s. 210; **SVIT-Kommentar**, Art. 261, s. 344; **ZIHLMANN**, s. 81; **PERMANN**, Richard, *Kommentar zum Mietrecht*, 2. Auflage, Zürich 2006, s. 156; **GUHL**, Teo/**KOLLER**, Alfred, *Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auflage, Zürich 2000, s. 417; **WEBER**, Art. 261, s. 1431; **KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta/**PERMANN**, Richard, *OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, (Herausgeben von Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Urs BERSTCHINGER, Peter BREITSCHMID, Ivo SCHWANDER), Zürich 2002, Art. 261-261a, s. 267; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 232-233; **HONSELL**, Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Neunte, ergänzte und verbesserte Auflage*, Bern 2010, s. 225.

¹³ **PERMANN**, s. 157; **BLUMER**, s. 212; **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 346; **HIGI**, Art. 261-261a, s. 633; **KREN KOSTKIEWICZ/PERMANN**, Art. 261-261a, s. 268; **HONSELL**, s. 225.

¹⁴ **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 346; **HIGI**, Art. 261-261a, s. 640 vd.

Bu halde kiralanana edinen kişinin kira sözleşmesini sona erdirebilmek için herhangi bir sebep göstermesine gerek yoktur. Görüldüğü üzere konut ve işyeri kiralarına ilişkin kira sözleşmesi yalnız ihtiyaç sebebiyle feshedilebilirken, diğer kira sözleşmelerinde herhangi bir sebep gösterme zorunluluğu yoktur. Yasal bildirim sürelerine uyulması, kira sözleşmesinin en yakın dönem için sona erdirilebilmesi için yeterlidir. Ancak İBK m. 261/III'e göre, yeni malik, önceki kiraya verenin sahip olduğu şekilde süresinden önce kira sözleşmesini feshederse, kiracıya karşı kira sözleşmesinin feshedilmesinden doğan zarardan sorumludur. Kiralanana edinen kişinin kira sözleşmesini sona erdirme hakkı olsa da, bu hak ancak kiracının sözleşmenin feshedilmesinden doğan zararları tazmin edilerek kullanılabilir.

İBK m. 261/son'da ise kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Kiralananın kamulaştırılması halinde, kira sözleşmesi konunun sonradan imkânsız hale gelmesinden dolayı sona ermektedir.

İBK m. 261a'ya göre, kiralanın devrine ilişkin hükümler, kiralayanın üçüncü kişiye tanıdığı sınırlı aynı haklarda ve bunların mülkiyetin devrine eşit olduğu durumlarda, kıyasen uygulama alanı bulur¹⁵. Bu hükme göre, kiralanın üzerinde üçüncü kişilere mülkiyetin devrine eşit sonuçlar doğuran sınırlı aynı haklar tanınmasına bağlanan sonuç, kiralananın el değiştirmesinde olduğu gibi kira sözleşmesinin devredilmiş sayılacağıdır. Bundan dolayı mülkiyetin devrine eş sonuç doğurmeyen sınırlı aynı hakların tanınması kira sözleşmesinin devri sonucunu doğurmaz. Kira sözleşmesinin devri sonucunu doğuracak sınırlı aynı haklara intifa, oturma, üst hakkı örnek verilebilir¹⁶. Oysa kiralanın üzerinde üçüncü kişiye tanınan sınırlı aynı hakkın mülkiyete eş sonuç doğurmadığı hallerde kira sözleşmesinin devri gerçekleşmez; kiraya veren, sözleşmenin tarafı olarak kalmaya devam eder.

¹⁵ PERMANN, s. 155; BLUMER, s. 213; HÜRLIMANN-KAUP, s. 248; SVIT-Kommentar, Art. 261-261a, s. 343; HONSELL, s. 227.

¹⁶ WEBER, Art. 261a, s. 1437; PERMANN, s. 155; HIGI, Art. 261-261a, s. 627; SVIT-Kommentar, Art. 261-261a, s. 343; KREN KOSTKIEWICZ/PERMANN, Art. 261-261a, s. 267; BLUMER, s. 213; HONSELL, s. 227.

IV. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiralananın El Değiştirmesi ve Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerine Aynı Hak Sahibi Olması

A. Genel Olarak Türk Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme

Türk Borçlar Kanunu'nda kiralananın el değiştirmesi veya üçüncü kişinin kiralanan üzerinde aynı hak sahibi olmasının sonuçları 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan tamamen farklıdır. TBK m. 310'a göre, “Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur.”¹⁷. Yine TBK m. 311'e göre, “Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”. Gerek kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesine, gerekse sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişinin kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir sınırlı aynı hak sahibi olmasına bağlanan sonuç, kiralanan üzerinde aynı hak sahibi olan kişinin kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesidir. Kira sözleşmesinin devredilmiş sayılması için öncelikle kiralananın el değiştirmesi ile kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan aynı hak kazanılması kavramları açıklanacaktır.

B. Kiralananın El Değiştirmesi

Kiralananın el değiştirmesinden kasıt kira sözleşmesinin devamı sırasında kiralananın mülkiyetinin herhangi bir hukukî sebeple üçüncü kişiye

¹⁷ TBK m. 310'un gerekçesinde bu hüküm düzenlenmesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261'in maddesinin birinci ve son fıkrasının göz önünde tutulduğu belirtilmiştir. TBK m. 310'a baktığımızda bu düzenlemenin İBK m. 261'in birinci ve sonuncu fıkrasıyla aynı olduğu görülmektedir. Alman Hukuku'nda da BGB § 566'da benzer bir kurala yer verilmiştir. Hükümün başlığı “satım kirayı bozmaz” şeklindedir. Alman öğretisi, “satım kirayı bozmaz” şeklindeki ifadenin çok doğru olmadığını, bunun “devir kirayı bozmaz” şeklinde anlamak gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. SCHMID/HARZ, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 3. Auflage, Köln 2012, § 566, s. 763; SCHMID/HARZ, § 566, s. 763. BGB § 566'da kiralananın herhangi bir sebeple devredilmesi halinde yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı haline geleceği düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm sadece konut kiralaları için geçerli olup, bunun dışındaki kira sözleşmelerinde kiralananın devredilmesi kiralananı devralanın sözleşmenin tarafı haline gelmesini sağlamamaktadır. Bilgi için bkz. SCHMID/HARZ, § 566, s. 763-764; STERNEL, Friedemann, Mietrecht aktuell, 4. Auflage, Köln 2009, s. 80; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, § 566, s. 665; SCHMIDT-FUTTERER, § 566, s. 2266; MÜN.Kommentar/HÄUBLEIN, § 566, s. 1677. Oysa Türk Borçlar Kanunu'nda kiralananın konusu bakımından bir ayırım yapılmamış olup, bütün kira sözleşmelerinde kiralananın devrine bağlanan sonuç aynıdır.

geçmesidir. Kiralananın el değiştirmesinin hukukî sebebi kiralananın satılması, bağışlanması, başka bir malla değiştirilmesi (trampa), ölüme bağlı bir tasarrufla bir kimseye bırakılması, şirkete sermaye olarak konması, ölüncüye kadar bakma ya da kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bir kimseye devredilmesi şeklinde iradi olabileceği gibi¹⁸, cebri icra yoluyla satılarak üçüncü kişi tarafından kiraya verenin iradesi dışında satın alınması da olabilir¹⁹. Burada önemli olan üçüncü bir kişinin herhangi bir hukukî işleme dayanarak kiralananın mülkiyetini kazanmış olmasıdır. Mülkiyetin devrine yönelik sadece borçlandırıcı işlemin yapılması kira sözleşmesinin devri sonucunu doğurmaz; tasarruf işleminin de yapılarak mülkiyetin üçüncü kişiye geçmesi gerekir²⁰. Mülkiyetin geçmediği veya herhangi bir hukukî sebebe dayanarak sadece mülkiyetin devri borcu altına girildiği hallerde kira sözleşmesinin devri gerçekleşmez.

Kiralananın devriyle birlikte kira sözleşmesi de kendiliğinden yeni malike devredilmiş olur. Mülkiyetin geçişi eşya hukukuna hükümlerine göre gerçekleşir. Kiralananın taşınır olması halinde zilyetliğin devri yoluyla mülkiyetin kazanılması (TMK m. 763/I) kira sözleşmesinin devri için yeterlidir²¹. Sözleşmenin konusunun taşınmaz olması halinde, mülkiyet kural olarak tapuda yapılan tescille kazanılacağından (TMK m. 705/I), tescille birlikte yeni malik kira sözleşmesinin tarafı haline gelir²². Öğretide bazı yazarlar, taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi için yevmiye

¹⁸ **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 341; **HIGI**, Art. 261-261a, s. 625; **HONSELL**, s. 225; **SCHMID**, Jörg/**STÖCKLI**, Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2010, s. 168; **STAUDINGER/EMMERICH**, § 566, s. 76; **GUHL/KOLLER**, s. 420; **WEBER**, Art. 261, s. 1430; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz-Faruk Acar-Burak Özen, İstanbul 2012, s. 213; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 218-219; **TEICHMANN**, Arndt, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. Auflage, München 2012, § 566, s. 764.

¹⁹ **TANDOĞAN**, I/2, s. 127; **GUHL/KOLLER**, s. 421; **WEBER**, Art. 261, s. 1430; **HIGI**, Art. 261-261a, s. 625; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, S. 213; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 221.

²⁰ **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 341-342; **HIGI**, Art. 261-261a, s. 625; **SCHMID/HARZ**, § 566, s. 764; **STAUDINGER/EMMERICH**, § 566, s. 76; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, İstanbul 2012, s. 332; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 223.

²¹ Taşınırlarda mülkiyet, zilyetliğin devriyle kazanıldığından, taşınırlarda sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi için kiralananın mülkiyeti devir amacıyla zilyetliğinin devredilmesi gerekir. Bkz. **SVIT-Kommentar**, Art. 261, s. 342; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 213.

²² **HIGI**, Art. 261, s. 630; **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 342.

defterine yapılan kaydın yeterli olduğunu²³, bazı yazarlar ise sözleşmenin devrinin tapu kütüğüne yapılan tescille gerçekleşeceğini savunmaktadır²⁴. TMK m. 705'de, taşınmazın mülkiyetinin kazanılmasının tescille olduğunu düzenlemiştir. Ancak bir taşınmazın devrine veya üzerinde aynı hak kurulmasına ilişkin istemler öncelikle yevmiye defterine yazılmakta, tapu siciline tescil, bu yevmiye defterindeki sıra ve tarihe göre sonradan yapılmaktadır. Kanun koyucu mülkiyet hakkının geçişinde veya sınırlı aynı hakkın kurulmasında yevmiye defterine kayıt anını esas almış ve tescilin etkisinin yevmiye defterine yapılan kayıt anından itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı TMK m. 1022/II'de "*Tescilin etkisi, kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil hâlinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar.*" şeklinde düzenlemiştir²⁵. Görüldüğü üzere kira sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği an yevmiye defterine yapılan kayıt anıdır. Ancak nihai olarak mülkiyet tapu veya kat mülkiyeti kütüğüne yapılan tescille devredildiğinden, sonradan tescilin yapılması koşuluyla yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden itibaren kira sözleşmesi de kendiliğinden yeni hak sahibine devredilmiş olur. Tapu veya kat mülkiyeti kütüğüne tescil yapılmadığı sürece kural olarak mülkiyet geçmediği gibi kira sözleşmesinin devri gerçekleşmez.

Kira sözleşmesinin tapuda yapılan tescille devredilmesi için tescilin geçerli olması gerekir. Diğer bir ifadeyle tescilin herhangi bir sebeple yolsuz olduğu hallerde kiralananın mülkiyeti üçüncü bir kişiye geçmeyeceğinden, buna bağlı olarak kira sözleşmesinin de devri gerçekleşmez²⁶. Tapu kütüğünde şeklen başka bir kimse malik olarak gözüксе bile kira sözleşmesinin tarafları kiracı ile gerçek hak sahibidir.

Kiralananın mülkiyetinin bazı hallerde tescilsiz kazanılması mümkündür (TMK m. 705/II, 712, 713). TBK m. 310 hükmü kiralanan üzerinde üçüncü

²³ SVIT-Kommentar, Art. 261-261a, s. 341-342; PERMANN, s. 155; GUHL/KOLLER, s. 420; WEBER, Art. 261, s. 1431; BLUMER, s. 210; GÜMÜŞ, Kira, s. 149; SCHMID/STÖCKLI, s. 168; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, § 556, s. 671; KREN KOSTKIEWICZ/PERMANN, Art. 261-261a, s. 267; HÜRLIMANN-KAUP, s. 214.

²⁴ HIGI, Art. 261-261a, s. 630; Alman Hukuku'nda kira sözleşmesinin devrinin tapu kütüğüne yapılan tescille gerçekleşeceği belirtilmektedir. Bkz. STERNEL, 82; SCHMID/HARZ, § 566, s. 765; STAUDINGER/EMMERICH, § 566, s. 76.

²⁵ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2009, s. 125.

²⁶ STAUDINGER/EMMERICH, § 566, s. 77.

bir kişinin herhangi bir hukukî sebeple hak sahibi olmasını yeterli gördüğünden, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı hallerde kira sözleşmesi, mülkiyetin kazanılmasıyla kendiliğinden yeni malike devredilmiş olur²⁷. Bunun için açıklayıcı tescilin yapılması zorunlu değildir. Hatta açıklayıcı tescil yapılmasa bile kiralananın mülkiyetini edinen kişi, kira sözleşmesinden doğan haklarını kiracıya karşı kullanabilir. Bu konuya ilişkin olarak isviçre Federal Mahkemesi, cebri artırmayla taşınmazı alan kişinin ihale ile mülkiyeti kazanacağına ve bu kişinin tapuya açıklayıcı tescil yapılmadan bile kira sözleşmesini feshedebileceğine karar vermiştir²⁸. Federal Mahkeme'nin kararı yerindedir. Mülkiyetin herhangi bir sebeple kazanılması sözleşmenin tarafı olmak için yeterli olup, kira sözleşmesinden doğan hakların kiracıya karşı ileri sürülmesi için açıklayıcı tescilin yapılmasına gerek yoktur. Açıklayıcı tescil, kiralanan üzerinde tasarruf edebilmek için gereklidir (TMK m. 705/II, c. 2).

Taşınmazlar yönünden üzerinde durulması gereken başka bir husus, üçüncü bir kişi tapuda yapılan tescille mülkiyeti kazanmış olmasına rağmen, tescilin hukukî sebebini oluşturan işlemde bir sakatlık söz konusu olması halinde, bu sakatlığın sözleşmenin devrini nasıl etkileyeceğidir. Özellikle irade bozukluğu ve aşırı yararlanma halinde mülkiyet üçüncü bir kişiye geçer, tapuda tescilin yapılmasıyla yeni malik sözleşmenin tarafı haline gelir. Taşınmazın devrinin hukukî sebebini oluşturan işlemin irade bozukluğu veya aşırı yararlanmaya dayanarak iptal edilmesi, bu işleme dayanarak yapılan tescili de yolsuz hale getirir²⁹. Tescilin yolsuz hale gelmesiyle kira sözleşmesi hiç devredilmemiş gibi kiracı ile kiraya veren arasında hüküm ve sonuç doğurmaya devam eder.

Taşınmaz üçüncü kişiye devredilmiş olmasına rağmen taşınmaz üzerinde aynı hakkı kazanan kişi sözleşmeden doğan borcunu ifada temerrüde düşer ve kiraya veren, borçlu temerrüdü (TBK m. 123 vd.) veya satıcının

²⁷ Örneğin cebri icra TMK m. 705/II'ye göre taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılma hallerinden biridir. Gümüş, cebri icra halinde ihaleyle birlikte kira sözleşmesinin mülkiyeti kazanan kişiye geçeceğini belirtmektedir. Bkz. **GÜMÜŞ**, Kira, s. 149.

²⁸ BGE 128 III 81, <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm> (25.11.2012).

²⁹ **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 123; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 414, 423.

ayıptan dolayı sorumluluk hükümlerince sözleşmeden dönerse, kira sözleşmesinin devri de bu dönmeyle hükümsüz hale gelir mi? Mülkiyetin geçerli bir şekilde üçüncü kişiye devrinden sonra, devrin sebebini oluşturan hukukî işlemden borçlunun temerrüde düşmesine dayanılarak dönülmesinin etkisi öğretide tartışmalıdır. Benimsenen görüşe göre sonuç değişmektedir. Şöyle ki dönme beyanı ile iade talebinin alacak hakkına dayandığını benimseyen görüşe göre (klasik dönme görüşü³⁰, yeni dönme görüşü³¹), dönme beyanı ile mülkiyet kendiliğinden devreden kişiye dönmemekte, dönme beyanında bulunan kişi mülkiyetin devrini isteme konusunda bir alacak hakkına sahip olmaktadır. İşte bu halde dönme beyanı kendiliğinden mülkiyetin devreden kişiye dönmelerini sağlamadığından, dönme beyanı kira sözleşmesini kendiliğinden hükümsüz hale getirmez. Kira sözleşmesinin devrinin hükümsüz hale gelmesi veya devredeninin yeniden kira sözleşmesinin tarafı olması iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, dönme beyanında bulunan kişinin talebi üzerine iradi olarak tapuda devir işleminin yapılmasıdır. Bu halde tapuda yapı-

³⁰ Klasik dönme görüşüne göre, dönme beyanı, sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır. Dönme beyanı üzerine artık ifa istenemeyeceği gibi önceden verilen veya yapılan şeyler de hukukî sebepten yoksun hale gelir. Önceki ifa sonucu tarafların iktisap ettikleri her şey sebepsiz zenginleşme konusu olup, bu kazanımların geri verilmesi TBK m. 77 vd. uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbidir. Bkz. **VON TUHR/ESCHER**, s. 155; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 525; **ÖZ**, Turgut, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılmalı Eleştirisi”, MHAD, Y. 1985, S. 16, s. 131 vd.

³¹ Yeni dönme görüşüne göre ise, dönme işlemi borç ilişkisini sona erdirmez. Dönme, sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp onu bir tasfiye ilişkisi haline getirir. Bu tasfiye ilişkisinde borçlar tersine dönerek devam eder. Sözleşmeden dönme üzerine yerine getirilmemiş borçlar ortadan kalkar. Yerine getirilmiş edimler ise aynı sözleşmeden doğan borçlar olarak, iade borcu haline gelir. Burada sözleşmenin içeriğinin değişerek devam etmesi söz konusudur. İade yükümü ve buna aykırılık, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak kurallara tâbi olup, geri verme borcu TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tâbidir. Bkz. **EREN**, s. 1122-1123; **GAUCH**, Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, s. 242; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 968; **SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 209; **SCHWENZER**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Fünfte überarbeitete Auflage, Bern 2009, s. 472. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, başka bir kimseye satılan ve mülkiyeti devredilen taşınmazdaki ayıp sebebiyle alıcının sözleşmeden dönmesi halinde, ifa edilmiş edimlerin iadesinin alacak hakkına dayandığını, bu halde satıcının tescile zorlama davası (TMK m. 716) açabileceğini belirtmektedir. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyedlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 1989, s. 427-428.

lan tescille, devreden mülkiyeti kazanacak ve kendiliğinden kira sözleşmesinin tarafı haline gelecektir. İkincisi ise temerrüde düşen tarafın devre yaşanmaması halinde devredenin TMK m. 716'ya dayalı olarak açacağı tescile zorlama davasıyla tescilsiz olarak mülkiyet hakkını kazanmasıdır. İşte bu halde devreden kiralananın mülkiyetini mahkemenin vereceği kararın kesinleşmesiyle kazanır ve kararın kesinleşmesiyle kira sözleşmesinin tarafı haline gelir. Dönme üzerine verilen şeylerin iadesinin aynı istihkak talebine dayanacağı şeklindeki görüşün³² savunulması halinde, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki dönme beyanıyla mülkiyetin devrinin hukukî sebebinin oluşturduğu sözleşme ortadan kalkmakta, buna bağlı olarak temerrüde düşen kişi adına var olan tescil dönme beyanıyla yolsuz hale gelmektedir. İşte bu halde dönme beyanıyla birlikte temerrüde düşen tarafın mülkiyet hakkı sona erdiğinden, sözleşmenin devri de kendiliğinden hükümsüz hale gelmekte ve dönme beyanında bulunan kişi tekrar sözleşmenin tarafı haline gelmektedir. Benimsediğimiz klasik görüş uyarınca dönme beyanı ile verilen şeylerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerince istenebileceğinden dönme beyanıyla kira sözleşmesinin devri kendiliğinden hükümsüz hale gelmez. Kiralananın devredenin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi kiralananın mülkiyetini tapuda yapılacak tescille veya mahkeme kararıyla edinmesine bağlıdır.

Kiralanan paylı mülkiyete konu bir eşya ise, herhangi bir sebeple paylı mülkiyet ilişkisine dâhil olan kişi de kira sözleşmesinin tarafı haline gelir. Bu anlamda kiralananın tek kişi mülkiyetine konu olmasıyla paylı mülkiyet ilişkisine konu olması arasında fark yoktur.

TBK m. 310'un uygulanmasında asıl olan kiralananın bir hukukî işlemle el değiştirmesidir³³. Bundan dolayı miras yoluyla geçişler (TMK m. 599), bir malvarlığı ya da işletmenin aktif ve pasifiyle devralınması (TBK m. 202), ortaklık ya da işletmelerin birleşmesi (TBK m. 203) gibi külli halefiyet halleri hükmün kapsamında değildir³⁴. Külli halefiyette, bir malvarlığının bütün olarak aktifi ve pasifiyle birlikte ve tek bir işlemle ya da bir hukukî olayla, her bir hakkın devri için kanunun aradığı özel şartların gerçekleşmesi aran-

³² **KELLER/SCHÖBI**, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. A., Basel/Frankfurt, 1988, s. 277-278; **BUZ**, Vedat, Borçlu Temerrüdüde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 134.

³³ **EMMERICH/SONNENSCHNEIN**, § 556, s 671; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 217.

³⁴ **WEBER**, Art. 261, N. 2, s. 1430; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 213; **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 342; **GÜMÜŞ**, s. 332; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 217.

maksızın, bir kimseden başka bir kimseye geçmesi söz konusudur³⁵. Oysa TBK m. 310’da sadece kiralanan üzerinde üçüncü bir kişinin hukukî işlemle mülkiyet hakkını kazanmasına bağlı olarak kira sözleşmesi kanun gereği üçüncü kişiye devredilmiş sayılmaktadır. Külli halefiyet halinde kira sözleşmesinin devri değil, bir hukukî işlem veya olay sonucunda bir kimsenin başka bir kimsenin yerine geçmesi söz konusudur. Bundan dolayı külli halefiyet halinde kiralananın mülkiyetini edinen kişi TBK m. 351/1’e göre, kira sözleşmesini feshedemez.

C. Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Kira Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Aynı Hak Kazanması

TBK m. 311 hükmü, “Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır.” şeklindedir. Hükümde kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan bir aynı hak kazanılması halinde de kira sözleşmesine öncelik tanınacağı düzenlenmiştir. Kira sözleşmesiyle bağdaşmayan aynı haklara, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı gibi sınırlı aynı hakları örnek verebiliriz. Bu hakların özelliği, aynı hak olarak sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlamaları ve kiracının hakkıyla bağdaşmamalarıdır. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan sınırlı aynı hak edinenlerin de kiralananın el değiştirmesi hükümlerine tâbi olduğunu düzenlemiştir. Böylece kiralanan üzerinde sınırlı aynı hak kazanan kişi kira sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir³⁶.

TBK m. 311’in mehzazını oluşturan İBK m. 261a’da, kiralanan üzerinde üçüncü kişiye tanınan sınırlı aynı hakların kira sözleşmesinin devrini sağlaması için bu hakların mülkiyetin devrine eşit sonuçlar doğurması aranmıştır. Oysa TBK m. 311’de böyle bir açıklık yoktur. Hüküm mehazı kadar açık olmasa da kira sözleşmesinin devredilmiş sayılması için tanınan sınırlı aynı hakkın mülkiyetin devrine eş nitelikte olması gerekir³⁷. Bundan kasıt sınırlı aynı hakla kiracının kullanma hakkının birbiriyle bağdaşmaması, iki farklı

³⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, Hiç değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul 1987, s. 41.

³⁶ WEBER, Art. 261a, s. 1437; SVIT-Kommentar, Art. 261-261a, s. 343.

³⁷ GÜMÜŞ, s. 333.

hakkın aynı anda kiralanan üzerinde kullanılamamasıdır. Kira sözleşmesinin devri sonucunu doğuracak sınırlı aynı haklara intifa, oturma ve üst hakkı gibi irtifak haklarını örnek verilebiliriz³⁸. Oysa kiralanan üzerinde tanınan sınırlı aynı hakkın mülkiyetin devrine eş olmadığı, kiracının kullanma hakkıyla sınırlı aynı hak sahibinin hakkının çatışmadığı hallerde kira sözleşmesinin devri gerçekleşmez. Örneğin, kira sözleşmesine konu bir taşınmazın teminat gösterilmesi³⁹, altından veya üstünden elektrik kablosu veya doğal gaz hattı geçirilmek üzere bir kimseye üst hakkı tanınması veya kiralanan taşınmazın rehdilmesi hiçbir şekilde kira sözleşmesini etkilemez ve bu gibi hallerde kira sözleşmesinin tarafı değişmez.

Taşınmaz maliki arazisi üzerinde üçüncü bir kişiye intifa veya oturma hakkı tanımlı olabilir. Özellikle intifa hakkı sahibinin sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa intifa konusunu kiraya verme yetkisi bulunmaktadır (TMK m. 806). İntifa hakkı sahibi, bu hak kapsamında intifa konusunu kiraya vermesi ve intifa hakkının kira sözleşmesinden önce sona ermesi halinde taşınmaz malikinin kira sözleşmesinin tarafı haline gelip gelmeyeceği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide bu konuyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁴⁰. Öncelikle intifa hakkının sona ermesi hiçbir

³⁸ WEBER, Art. 261a, s. 1437; HIGI, Art. 261-261a, s. 627; SVIT- Kommentar, Art. 261-261a, s. 343; GÜMÜŞ, s. 333; PERMANN, s. 155; BLUMER, s. 213; KREN KOSTKIEWICZ/PERMANN, Art. 261-261a, s. 267; HONSELL, s. 227.

³⁹ HÜRLIMANN-KAUP, s. 253.

⁴⁰ Bu konuda ileri sürülen görüşlerden birine göre, intifa hakkı sona erince, malik, kiracıdan kiralananın kendisine verilmesini isteyebilir. Kiracı, uğradığı zararı ise intifa hakkı sahibinden veya mirasçılardan talep edebilir. Bkz. VELİDEDEOĞLU/ESMER, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicil Tatbikatı, 2. Bası, İstanbul 1956, s. 336. Diğer bir görüşe göre, intifa hakkının sona erme nedenine göre ayırım yapmakta, intifa hakkının belirli süreli olup, sürenin dolmasına dayalı olarak sona ermişse, kira sözleşmesinin de intifa hakkıyla birlikte sona ereceğini; buna karşılık intifa hakkı, hak sahibinin kişiliğinin sona ermesine bağlı olarak sona ermişse ve kiracı intifa hakkının varlığını biliyorsa, bu halde sözleşmenin bozucu şarta bağlı olarak yapıldığını ve intifa hakkının sona ermesiyle kira sözleşmesinin de sona ereceğini, bilmiyorsa, malikin kira sözleşmesiyle bağlı olduğunu savunmaktadır. Bkz. BERTAN, Suad, Medeni Kanunun 618-764 Maddelerinin Şerhi, Ankara 1976, s. 1424-1426. Bazı yazarlara göre ise, intifa hakkı ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun, kira sözleşmesi kural olarak intifa hakkının sona ermesiyle birlikte sona ermez. Bu görüşü savunanlara göre, bu iki sözleşmenin içerik ve tarafları farklı olup, kanunda kira sözleşmesinin intifa hakkıyla birlikte sona ereceği sonucunu destekleyecek açık bir dayanak ya da düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. AKSU, Mustafa, “Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi’nin intifa konusu taşınmazın intifa hakkı sahibi tarafından kiraya verilmesi ve daha sonra intifa hakkının sona ermesi durumunda kira sözleşmesinin hukukî akibetine ilişkin 3.7.2003 tarihli kararının değerlendirilmesi”, e-akademi Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Aralık 2004, s. 34, Prag. 13 vd. <http://www.e-akademi.org>

şekilde kira sözleşmesini sona erdirmez. Burada asıl sorun intifa hakkının sona ermesiyle malikin kira sözleşmesinin tarafı haline gelip gelmeyeceğidir. İntifa hakkı, sahibine intifa konusu eşyayı kullanma ve yararlanma hakkı verir ve bu haklar intifa süresiyle sınırlıdır. TBK m. 310 ve 311'in amacına bakıldığında kiralanan üzerindeki hak sahibi değişikliğinden kiracının korunması amaçlanmıştır. Bu kapsamda intifa hakkının sona ermesi ve kira sözleşmesinin devam etmesi halinde malikin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi TBK m 310 ve 311'in amacına uygun düşmektedir. Ancak intifa hakkının sona ermesi halinde malik her durumda kira sözleşmesinin tarafı haline gelir diyemeyiz. Bize göre, burada intifa hakkının niteliğine göre ayırım yaparak sorunu incelemek gerekir. İntifa hakkının belli bir süreye bağlı olarak kurulması halinde, sürenin sona ermesiyle intifa hakkı kendiliğinden sona erer (TMK m. 796/II). Ancak intifa hakkı sahibi, intifa hakkının verdiği yetkiler kapsamında intifa konusuna ilişkin intifa hakkından daha uzun süreli kira sözleşmesi yapmışsa, bu sözleşme malike karşı ileri sürülemez. Bu halde intifa hakkı sahibi hakkın kendisine verdiği yetkileri süre olarak aşmış olur ve kiracı, razı olmaması halinde kira sözleşmesini malike karşı ileri süremez⁴¹. Malik intifa hakkını tanıırken, karşılaştırılan sürenin dolmasıyla

akademi.org/makaleler/MAksu1.htm#_ftn5 (02.10.2012). Başka bir görüşe göre ise, kira sözleşmeleri açısından kira veren malikin kiralananı üçüncü kişiye devretmesi halinde, kiralananı edinen kişinin kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı haline geleceğine ilişkin TBK m. 310 hükmünün, intifa hakkının sona ermesi halinde de kıyasen uygulanabileceğini, ancak konut ve çatılı işyeri kiralalarında malikin TBK m. 351'e dayanarak kira sözleşmesini sona erdirebileceğini savunmaktadır. Bkz. **WEBER**, Art. 261a, s. 1437; **GENÇ-ARIDEMİR**, Arzu, "Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sonra Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelemeyeceği Sorunu", Kazancı Hukuk Dergisi, Y. 2012, C. 8, S. 95-96, s. 148 vd. Yargıtay ise bir kararında, süreli olmayan intifa hakkının hak sahibinin ölümüyle sona ermesi halinde, kiracının, kiralanan üzerinde intifa hakkının var olduğunu bilmesi halinde, kira sözleşmesinin sona ereceğini karar vermiştir (Yargıtay 1. HD, E. 2003/4902, K. 2003/8056, T. 03.07.2003, www.kazanci.com (10.11.2012)). Aynı yönde Yargıtay 1. HD, E. 2004/9695, K. 2005/11200, T. 18.10.2005, www.kazanci.com (10.11.2012). Yargıtay başka bir kararında ise intifa hakkı sahibinin kira sözleşmesi yaptıktan sonra intifa hakkını terkin ile sona erdirmesi halinde, malikin kiracıya karşı açtığı el atmanın önlenmesi ve ecrimisil davasında, kiracının intifa hakkına dayanarak taşınmazda oturmasının haksız nitelikte olmadığına karar vermiştir (Yargıtay, 1. HD, E. 2004/7126, K. 2004/7183, T. 14.06.2004, www.kazanci.com (10.11.2012)). Görüldüğü üzere Yargıtay'ın kararlarında malikin kira sözleşmesiyle bağlı olup olmadığına ilişkin somut bir değerlendirme yapılmayarak bu konuda somut bir ölçü ortaya konmamıştır.

⁴¹ *Yavuz/Acar/Özen*, üst hakkında olduğu gibi süreye tâbi mülkiyet hakkının sona ermesi söz konusu ise TBK m. 310'un uygulanamayacağını belirtmektedir. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 213. Yazarın beyanı açık olmamakla birlikte bu ifadeden, bağımsız ve sürekli bir hak olarak tapuda ayrı sayfaya kaydedilerek taşınmaz niteliği kazanmış bir yerin kiraya veril-

mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin aynen kendisine döneceğini düşünerek hareket etmektedir. Aksi halde kiracıyı korurken malikin durumunu ağırlaştırmış oluruz. Bu halde kiracı, borca aykırılık hükümlerince (TBK m. 112) kiraya veren intifa hakkı sahibinden uğramış olduğu zararların tazminini isteyebilir. Ancak intifa hakkı belirli süreli olmasına rağmen, hak bu kararlaştırılan süreden önce sona ererse (örneğin hak sahibinin kararlaştırılan süreden önce ölmesi), malik, bu sürenin sonuna kadar kira sözleşmesiyle bağlı olur; intifa süresinin sona ermesiyle bu bağlılık da sona erer. İntifa hakkı süresiz olarak kurulmuşsa durum farklıdır. İntifa hakkının süreye bağlı olarak kurulmadığı hallerde, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, intifa hakkı sahibi, intifa konusunu kiraya vermişse ve intifa hakkı herhangi bir sebeple kira sözleşmesinden önce sona ererse, malik, kira sözleşmesiyle bağlı hale gelir. Çünkü malik, intifa hakkını tanıırken bu tür ihtimalleri göze alarak belirsiz bir süre için intifa konusunun kullanma ve yararlanma hakkını üçüncü kişiye bırakmıştır. İşte intifa hakkının süreye bağlı olarak kurulmadığı hallerde TBK m. 310 ve 311'in ruhuna uygun olarak intifa hakkının sona ermesine rağmen malikin kira sözleşmesiyle bağlı olacağı kabul edilmesi gerekir.

D. Kiralananın Kamulaştırılması veya Kamulaştırma Yoluyla Kiralanan Üzerinde İrtifak Hakkı Kurulması

TBK m. 310/II'de, kiralananın el değiştirmesinde kamulaştırma hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Kamulaştırma, idarenin, kamu hizmetinin görülmesi için ihtiyaç duyduğu taşınmazları veya bu taşınmazlar üzerindeki sınırlı ayni hakları kamu yararı amacıyla ve kanunun verdiği yetkiyle edinmesidir (KK m. 3)⁴². Görüldüğü üzere kamulaştırmanın amacı, özel

mesi halinde, üst hakkının sona ermesine bağlı olarak mülkiyet hakkının sona erdiği hallerde, kira sözleşmesi yeni malike karşı ileri sürülemeyeceği anlaşılmaktadır. Bize göre aynı durum intifa hakkı için de geçerlidir. İntifa hakkının süreye bağlı olarak kurulduğu hallerde, intifa hakkı sahibinin intifa süresinden uzun kira sözleşmesi yapması ve intifa hakkının sona ermesi halinde malik kira sözleşmesinin tarafı haline gelmez.

⁴² Kamulaştırmanın tanımı için bkz. **DÖNMEZER**, Sulhi, İstimlak Hukuku, İstanbul 1944, s. 41; **KÖROĞLU**, Ömer, Kamulaştırma, Ankara 1995, s. 6; **ŞENGÜL**, Mehmet, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, s. 39-40; **ÇABRİ**, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul 2005, s. 38-39; **BÖKE**, Veli, Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, Ankara 2002, s. 26-27; Anayasa Mahkemesi bir kararında kamulaştırmayı, "kamu yararının korunması ve kamu hizmetlerinin görülmesi için devlete tanınmış yetkilerden ve taşınmaz üzerinde özel mülkiyet hakkını ortadan kal-

mülkiyete tâbi bir taşınmazın mülkiyetinin veya irtifak hakkının idarece edinilerek kamu hizmetine özgülemesidir. Bundan dolayı kamulaştırma ile kira sözleşmesinin devamı birbiriyle bağdaşmaz. Kiralanın kamulaştırılmasıyla sözleşmenin konusu kusursuz olarak imkânsız hale gelir ve kira sözleşmesi kiraya verenin sorumluluğunu gerektirmeksizin kendiliğinden sona erer (TBK m. 136)⁴³. Ancak öğretilde, kiraya verenin, kiralananın kamulaştırılacağını bildiği ve bu durumu gizlediği hallerde tazminatla sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁴⁴. Bize göre de bu görüş yerindedir.

Kamulaştırma halinde taşınmazın nasıl boşaltılacağı KK m. 20/I'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *“Bu Kanun uyarınca lehine kamulaştırma yapılan idare adına tapu dairesince tescil edilen taşınmaz malın boşaltılması idarece icra memurundan istenir. İcra memuru taşınmaz malı onbeş gün içinde boşaltmalarını içindekilere tebliğ eder. Bu süre içinde taşınmaz mal boşaltılmazsa icracı boşaltılır. İtiraz ve şikâyet boşaltmayı durdurmaz ve mahkemece ihtiyati tedbir kararı verilemez.”*

Bazen kamulaştırma irtifak kurulması yoluyla gerçekleştirilir. Örneğin idare bir yerden doğalgaz veya elektrik hattı ya da metro geçirecekse, taşınmazın mülkiyetinin edinilmesine gerek yoktur. Bu halde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması kamu hizmetinin görülmesi için yeterlidir (KK m. 4). Kamulaştırmanın irtifak hakkı kurularak yapılması halinde kira sözleşmesi sona erecek midir? Burada TBK m. 311 doğrultusunda şu ayrımı yapmak gerekiyor. Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak hakkı ile kira sözleşmesi bağdaşmıyorsa, sözleşmenin konusu kusursuz olarak imkânsız hale gelir ve kira sözleşmesi kendiliğinden sona erer (TBK m. 136). Ancak irtifak hakkı kiracının kullanım hakkını etkilemiyorsa, örneğin kira konusu taşınmazın altından üst hakkı kurulması yoluyla doğalgaz, elektrik veya metro hattı geçirilmişse, kamulaştırmaya rağmen kira sözleşmesi varlığını sürdürür. Bu halde kamulaştırma kiracının kullanım hakkını etkilememektedir. Fakat

dıran ya da bu hak üzerine konulmuş sınırlama olduğu” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 22.9.1993, E. 1993/8, K. 1993/31, www.anayasa.gov.tr (10.12.2012); Yargıtay ise kamulaştırmayı, *“dayanağı Anayasa'nın 46.maddesinde yer alan, Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde özel mülkiyette bulunan taşınmazların edinilme müessesesidir”* şeklinde tanımlamıştır. Bkz. HGK, 18.10.1995, 18-633/826; Yargıtay 18. HD, 7.3.1995, 1278/2869, YKD, S. 6, s. 936.

⁴³ **HIGİ**, Art. 261-261a, s. 628; **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 343; **GUHL/KOLLER**, s. 421; **GÜMÜŞ**, s. 333.

⁴⁴ **TANDOĞAN**, I/2, s. 135; **GÜMÜŞ**, Kira, s. 152.

kamulaştırmayla kira sözleşmesinin bağdaşmadığı hallerde kamulaştırma işleminin sonuçlanmasıyla kira sözleşmesinin konusu kusursuz olarak imkânsız hale gelmekte olup, kiracının kira sözleşmesinin sona ermesinden dolayı ne kiraya verenden ne de idareden tazminat isteme hakkı bulunmaktadır (KK m. 20/II). Ancak kamulaştırmanın konusu ekili bir taşınmaz ise taşınmazın boşaltılması hasat sonuna bırakılır (KK m. 20/III, c. 1). Kiracı, hasadı elde edene kadar taşınmazı kullanma hakkına sahip olup, idari kiracıyı daha önce taşınmazı boşalmaya zorlayamaz. Hasat zamanının beklenmesi mümkün olmadığı hallerde kamulaştırmayı yapan idare, mahkemece takdir edilecek ekin bedelini tazmin etmek şartıyla, arazinin boşaltılmasını talep edebilir (KK m. 20/III, c. 2). Kamu hizmetinin bir an önce görülmesinde zorunluluk bulunuyorsa, hasadın bedelini ödemek koşuluyla da idare KK m. 20/I'de öngörülen usule uyarak kiracının taşınmazı boşaltmasını sağlayabilir. Ekin bedeli kamulaştırma bedelinin tespitinde nazara alınmışsa, taşınmaz malın boşaltılması için tekrar bu bedelin tespit ve ödenmesi gerekmez.

Kiralananın bir kısmının kamulaştırıldığı (kısmen kamulaştırma) hallerde kira sözleşmesinin sona erip ermemesinde kısmen kamulaştırmanın kiralananın kullanımını kiracı için faydasız hale getirip getirmediğine bakmak gerekir. Kamulaştırma sonucu kiralananın kullanımını kiracı için ortadan kalkmışsa veya önemli derecede azalmışsa kira sözleşmesi bu halde de TBK m. 136 gereği kendiliğinden sona erer. Ancak kısmen kamulaştırmaya rağmen kiralananın kullanımını kiracı için fayda sağlıyorsa kira sözleşmesi kamulaştırmadan etkilenmeden varlığını devam ettirir. Kiracı kamulaştırılan kısım ile orantılı olarak kira bedelinden indirim yapılmasını isteyebilir⁴⁵.

V. Kira Sözleşmenin Devredilmesi İçin Gerekli Koşullar

A. Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Bulunması

Kira sözleşmesinin kanun gereği devredilmiş sayılması için öncelikle kiralananın devredildiği veya kiralanan üzerinde üçüncü bir kişiye sınırlı aynı hak tanındığı sırada geçerli bir kira sözleşmesinin bulunması gerekir. Kira sözleşmesi yoksa veya geçerli değilse ya da kira sözleşmesi sona ermesine rağmen kiracı kiralanda zilyet kalmaya devam ediyorsa, üçüncü kişinin kiralananın mülkiyetini edinmesi veya kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan aynı hak kazanması kira sözleşmesinin devri sonucunu

⁴⁵ TANDOĞAN, I/2, s. 136.

doğurmaz⁴⁶. Bu halde kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişi taşınırlarda kiralananın geri verilmesini veya taşınmazlarda ise haksız zilyedin tahliyesini isteyebilir.

Burada tartışılması gereken husus, kira sözleşmesinin devredilmiş sayılması için kira sözleşmesi uyarınca mülkiyetin devrinden veya kiralanan üzerinde sınırlı ayni hak kazanılmadan önce kiralananın zilyetliğinin de devredilmesinin gerekli olup olmadığıdır. Alman Hukuku'nda kira sözleşmesinin devri için zilyetliğin de daha önce devredilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷. İsviçre Hukuku'na baktığımızda bazı yazarlar kira sözleşmesinin devredilmiş sayılması için kira sözleşmesinin varlığını yeterli görmekte⁴⁸, bazı yazarlar ise kira sözleşmesinin kurulması yanında kiralananın zilyetliğinin de kiracıya bırakılmasını aramaktadır⁴⁹. Türk Hukuku'nda da bazı yazarlar kira sözleşmesi yanında kiralananın kullanımının üçüncü kişiye ayni hak tanınmasından önce kiracıya bırakılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁰. Bu görüşe göre, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat ifadan önce sözleşme konusu kiralanan üzerinde üçüncü bir kişiye ayni hak tanındığı hallerde satıcının TBK m. 112 uyarınca kiracının müspet zararını tazminle yükümlü olacağı belirtilmektedir. Bazı yazarlar ise mülkiyetin devrinin kira sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleşmesi gerektiği görüşündedir⁵¹.

Kiraya verenin sorumluluğunu bakımından kiralanan üzerinde üçüncü kişilere tanınan ayni hakların kira sözleşmesinin kurulmasından önce mi sonra mı olduğu kiraya verenin sorumluluğunun niteliğini değiştirmektedir. Şöyle ki, kiralananın kira sözleşmesinin kurulmasından önce mülkiyetinin üçüncü bir kişiye devredildiği veya kiralanan üzerinde üçüncü kişilere sınırlı ayni hak tanındığı hallerde kiraya verenin zapttan dolayı (TBK m. 309) sorumluluğu söz konusu olacaktır. Kiraya verenin zapttan dolayı sorumluluğu

⁴⁶ STAUDINGER/EMMERICH, § 566, s. 77; HÜRLIMANN-KAUP, s. 208.

⁴⁷ STERNEL, 81; MÜN.Kommentar/HÄUBLEIN, § 566, s. 1679; STAUDINGER/EMMERICH, § 566, s.77; TEICHMANN, § 566, s. 764.

⁴⁸ GUHL/KOLLER, s. 420; WEBER, Art. 261, s. 1430.

⁴⁹ Bu görüşü savunan yazarlara göre, kira sözleşmesinin devredilmiş sayılabilmesi için kira sözleşmesinin varlığı yanında kiracıya zilyetliğin de devredilmiş olması gerekir. Kiralanan kira sözleşmesinin kurulmasından sonra fakat zilyetliğin devrinden önce üçüncü bir kişiye devredilirse kiraya veren kiracıya karşı kusurlu ifa imkânsızlığı (İBK m. 97, TBK m. 112) uyarınca sorumlu olur ve kiracının ayrıca İBK m. 107 (TBK m. 125) uyarınca sözleşmeden dönebilir. Bkz. HIGI, Art. 261-261a, s. 625-626; BLUMER, s. 210.

⁵⁰ GÜMÜŞ, Kira, s. 149; GÜMÜŞ, s. 332.

⁵¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 213.

kira sözleşmesinin kurulması anında var olan ve kiracının kullanım hakkıyla bağdaşmayan haklar için söz konusudur. Örneğin bir taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinde üçüncü bir kişi mülkiyet hakkını tescilsiz olarak kazanmasına rağmen tapuda malik gözüken kişi (adına yolsuz tescil olan) bu taşınmaza ilişkin sonradan kira sözleşmesi yapmışsa, kiraya veren kiracıya karşı zapttan dolayı sorumlu olur ve bu halde TBK m. 310'un uygulanması söz konusu olmaz. Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralanan üzerinde tanınan ayni haklar bakımından ise uygulanacak hükümler TBK m. 310 ve 311'dir. Bu hükümlerin hem ortak madde başlıklarında hem de içeriklerinde açıkça "sözleşmenin kurulması" ifadesi kullanılmış, kiralananın zilyetliğinin kiracıya bırakılmasına ilişkin bir ifadeye ne madde metninde ne de hükmün gerekçesinde yer verilmiştir. Bize göre, kiralananın devriyle veya kiralanan üzerinde üçüncü bir kişiye kira sözleşmesiyle bağdaşmayan sınırlı bir ayni hak tanınmasıyla kira sözleşmesinin devredilmiş sayılması için zilyetliğin devri zorunlu değildir. Kira sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması sözleşmenin devri için gerekli ve yeterlidir. Hükmün amacı kiracının korunması olduğuna göre kiracının korunması bakımından zilyetliğin devrini esas alacak ayırım yapılmasının hukukî dayanağı yoktur.

B. Üçüncü Kişinin Kiralananın Mülkiyetini veya Kiralanan Üzerinde Kira Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Sınırlı Bir Ayni Hak Kazanması

Kira sözleşmesinin kanun gereği devredilmiş sayılması için üçüncü bir kişinin kiralananın mülkiyetini veya kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan ayni hakkı kazanması gerekir. Kiralanan üzerinde ayni hakkın kazanılmasıyla kira sözleşmesi de kanun gereği sonradan hak sahibi olan kişiye geçmiş olur. Kira sözleşmesinin devri ayni hakkın kazanıldığı anda gerçekleştiğinden, sadece ayni hakkın kurulmasını yönelik borçlandırıcı işlemin yapılması sözleşmenin devri için yeterli değildir. Kira sözleşmesi kiralananına ilişkin tasarruf işleminin yapılmasıyla devredilmiş olur⁵². Kiralananın bir taşınmaz olması ve kiralanan üzerinde üçüncü bir kişinin mülkiyeti tescilsiz olarak kazandığı hallerde de mülkiyet hakkının kazanılmasıyla kira sözleşmesi de devredilmiş olur. Ayrıca açıklayıcı tescilin yapılması zorunlu değildir.

⁵² SVIT-Kommentar, Art. 261-261a, s. 341-342; HIGI, Art. 261-261a, s. 625; SCHMID/HARZ, § 566, s. 764; STAUDINGER/EMMERICH, § 566, s. 76; GÜMÜŞ, s. 332.

C. Kiralananın Mülkiyetini Devreden veya Üçüncü Kişiye Aynı Hak Tanıyanın Kira Sözleşmesinin Tarafı Olması

Kiralananın devriyle birlikte kiralanan üzerinde aynı hak kazanan kişinin sözleşmenin tarafı haline gelebilmesi için kiralananı devreden veya kiralanan üzerinde üçüncü kişiye aynı hak tanıyan kişinin kira sözleşmesinin tarafı olması gerekir⁵³. Bu durum İBK m. 261’de açıkça “*kiraya veren*” şeklinde ifade edilmesine rağmen TBK m. 310 ve 311’de kiraya verenden bahsedilmemiştir. Hükmün lafzına baktığımızda “*kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse*” şeklindeki bayandan, kiralananın devri veya üzerinde aynı hak kurulması sözleşmenin devri için yeterliymiş gibi gözükmektedir. Oysa kiraya verenin kiralanan üzerinde hak sahibi olmadığı hallerde, kiralananın devriyle veya kiralanan üzerinde üçüncü kişiye aynı hak tanınmasıyla kira sözleşmesi devredilmiş olmaz. TBK m. 310 ve 311’in amacı, kiraya verenin kiralananı üçüncü kişiye devretmesi veya üçüncü kişiye sınırlı aynı hak tanınması halinde kiracının korunmasıdır. Kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişinin kiraya veren olmadığı hallerde, kiralananın devri, hiçbir şekilde kira sözleşmenin devri sonucunu doğurmaz. Bundan dolayı kiralayana devreden veya üzerinde üçüncü bir kişiye aynı hak tanıyan kişi kira sözleşmesinin tarafı değilse, bu halde kira sözleşmesi devredilmiş olmaz ve kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişi kiracıdan kiralananı iade veya tahliye etmesini isteyebilir. Bu halde kiracı, kiraya verenden sözleşmeye aykırılık hükümlerince (TBK m. 112) uğramış olduğu müspet zararların tazminini isteyebilir.

VI. Kiralananın Mülkiyetini Edinenin veya Kiralanan Üzerinde Kira Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Sınırlı Aynı Hak Sahibi Olan Kişinin Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelmesinin Sonuçları

A. Genel Olarak

Kira sözleşmesinin devamı sırasında herhangi bir sebeple kiralananın devredilmesine veya üçüncü bir kişinin kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan bir sınırlı aynı hak edinmesine bağlanan sonuç, kira sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla kanunen (*ipso iure*) devredilmiş sayılmasıdır

⁵³ TEICHMANN, § 566, s. 764; HÜRLIMANN-KAUP, s. 208-209; GÜMÜŞ, Kira, s. 148; GÜMÜŞ, s. 332.

(TBK m. 310, 311)⁵⁴. Kira sözleşmesinin devri için kiralananın mülkiyetinin üçüncü bir kişiye geçmesi veya kiralanan üzerinde sınırlı bir ayni hak kazanılması zorunlu ve yeterlidir. Kira sözleşmesi, mülkiyet hakkının veya sınırlı ayni hakkın kazanılmasıyla üçüncü kişiye kanunen devredilmiş olur⁵⁵. Taşınmaz satışlarında taraflar, satılanın tescilden sonraki bir zamanda teslimi konusunda anlaşmış olması (TBK m. 245), sözleşmenin devrini engellemez; mülkiyetten geçişine bağlı olarak kira sözleşmesinin de devri gerçekleşir⁵⁶. Kiralananın mülkiyetini veya kiralanan üzerinde sınırlı ayni hakkı kazanan kişinin, kira sözleşmesinin varlığını bilip bilmemesi kira sözleşmesinin devrini engellemez⁵⁷.

Sözleşmenin devri, geniş anlamda borç ilişkisinin hak ve borçlarıyla üçüncü bir kişiye devredilmesidir. Sözleşmenin devrinde, sözleşme taraflarından biri sözleşme ilişkisinden çıkması, onun yerine üçüncü bir kişi sözleşme ilişkisine bütün hak ve borçları ile taraf olması söz konusudur⁵⁸. Devreden, taraf sıfatını yitirmekte olup, sözleşme ilişkisinden dolayı sahip olduğu hak ve borçları devralana geçirmekte ve devrettiği sözleşmeden dolayı bütün sorumluluğu da sona ermektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi devreden, bu sözleşmeden doğan alacak hakkını kaybettiği gibi, sözleşmeden doğan borçtan dolayı sorumluluğu da sona ermektedir. Sözleşmenin devrinde sözleşme hükümlerinde değişiklik olmaz⁵⁹, sadece geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı değişir. Devralan, sözleşmeye devredeninin bütün hak ve borçlarıyla birlikte sahip olur⁶⁰.

⁵⁴ **HIGI**, Art. 261-261a, s. 629; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 214; **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 344; **ZIHLMANN**, s. 81; **PERMANN**, s. 156; **GÜMÜŞ**, Kira, s. 145; **EMMERICH/SONNENSCHNEIDER**, § 556, s. 673; **MÜN.Kommentar/HÄUBLEIN**, § 566, s. 1683; **GUHL/KOLLER**, s. 417; **WEBER**, Art. 261, s. 1431; **GÜMÜŞ**, s. 332; **BLUMER**, s. 210; **HONSELL**, s. 225; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 232-233; **TEICHMANN**, § 566, s. 764.

⁵⁵ **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 344; **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 236.

⁵⁶ **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 237.

⁵⁷ **HÜRLIMANN-KAUP**, s. 206.

⁵⁸ **OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-2, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012, s. 598; **BUCHER**, s. 592; **AYRANCI**, s. 33-34; **EREN**, s. 1206; **NOMER**, Halûk N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul 2012, s. 339; **SCHWENZER**, s. 592; **HUGUENIN**, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. überarbeitete Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 226-227.

⁵⁹ **SVIT-Kommentar**, Art. 261-261a, s. 344.

⁶⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s. 602; **AYRANCI**, s. 116 vd.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus sözleşmenin devrinin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağıdır. Şöyle ki, sözleşmenin devrinin gerçekleşmesinden önce doğmuş hak ve borçlar yeni malike geçmiş olur mu? Kiralananın devriyle birlikte kiraya veren kira ilişkisinde çıkmakta olup, taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, kanun gereği kira sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği ana kadarki doğan hak ve borçlardan kiralananı devreden sorumlu olacak, bunlardan dolayı kiracının yeni malike karşı herhangi bir talebi söz konusu olamayacaktır⁶¹. Diğer bir ifadeyle kira sözleşmesinin kanun gereği devredilmiş sayılması kiraya vereni devirden sonraki borçlardan kurtarır, sözleşmenin devrinden önce doğmuş borçlardan sorumluluğu devam eder.

Kiralananın devri halinde kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişi sözleşmenin tarafı haline geldiğinden, kiraya verenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki sözleşmeden doğan yenilik doğuran haklar da yeni hak sahibine geçer. Örneğin, kiralananı devreden iradesi sözleşmenin kurulması esnasında yanılma, aldatma veya korkutmayla bozulmuşsa, sözleşmenin devri, sözleşmeyi iptal hakkının da devredildiği anlamına gelmez. Ancak kiraya verenin kişiliğine özgün olmayan yenilik doğuran haklar kiralananın devriyle yeni malike geçer. Örneğin, kiraya veren kiracıya bir kira dönemi içinde kira bedelinin ödenmemesine dayanarak iki haklı ihtar çekmişse ve kira dönemi gelmeden kiralanan üçüncü kişiye devredilmişse, kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişi, sözleşmeyi feshetme hakkına da sahip olur.

B. Adi Kira Sözleşmesinde

Kiralananın mülkiyetinin devri veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulması sonucunda kira sözleşmesinin tarafı haline gelen kişi kira sözleşmesini aynı koşullarla sürdürmek zorundadır. Kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişinin kira sözleşmesini sona erdirebilmesi konusunda sahip olduğu haklar, eski kiraya verenin sahip olduğu haklarla aynıdır. Buna göre belirli süreli kira sözleşmesi söz konusuyla sürenin dolmasına kadar yeni malik kira sözleşmesiyle bağlıdır. Belirsiz süreli kira sözleşmesi söz konusu ise yeni malik TBK

⁶¹ HONSELL, s. 225; SVIT-Kommentar, Art. 261-261a, s. 344; GUHL/KOLLER, s. 417-418; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 214; GÜMÜŞ, Kira, s. 149; STERNEL, s. 84-85; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, § 556, s. 673; MÜN.Kommentar/HÄUBLEIN, § 566, s. 1685; STAUDINGER/EMMERICH, § 566, s. 87.

m. 328 uyarınca sözleşmeyi feshetmesi mümkündür⁶². Görüldüğü üzere bir kimsenin kiralanan üzerinde sonradan aynı hak sahibi olması, kendisine kira sözleşmesini sona erdirmeye konusunda özel bir hak vermemektedir.

C. Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde

Konut ve çatılı işyeri kiralarında da kiralanana sonradan malik olan kişi kira sözleşmesinin tarafı haline gelmekte ve kural olarak aynı koşullarla sözleşmeyi devam ettirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak konut ve çatılı işyerlerine ilişkin TBK m. 351/I'de özel bir hüküm getirilmiştir⁶³. Bu hükme göre, *“Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir.”*. Görüldüğü üzere kiralananın mülkiyetini edinen kişinin tahliye davası açabilmesi için edinme tarihinden itibaren bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmesi gerekir. Kiralananı edinen yazılı bildirimde bulunmazsa sırf kiralananı edinmesine bağlı olarak tahliye davası açamaz. Bu halde hâlâ ihtiyacı varsa, kira döneminin sonunu bekleyerek kanunda öngörülen usule uyarak kira sözleşmesini feshedebilir. Altı aylık süre doldu mu

⁶² İsviçre Borçlar Kanunu'na göre, konut ve çatılı işyeri kiraları haricindeki kira sözleşmelerinde kiralananın devriyle yeni malik kira sözleşmesinin tarafı haline gelir. Ancak sözleşmede daha önce feshe imkân veren bir durum söz konusu değilse yeni malik, kanunda öngörülen fesih sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilir (İBK m. 261/II, b. b). TBK m. 310'da böyle açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, kiralananı devralan, belirsiz süreli kira sözleşmesinde kanunda öngörülen sürelerle uyarak kira sözleşmesini feshedebilir.

⁶³ Bu hükmün temelini 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/d hükmü oluşturmaktadır. Buna göre, *“Gayrimenkulü Medeni Kanun hükümlerine göre iktisabeden kimse kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısmen mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için bir meslek veya sanatın bizzat icrası maksadiyle işyeri olarak kullanma ihtiyacında ise iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra tahliye davası açabilir.”*. Ancak TBK m. 351 hükmü, 6570 sayılı Kanun'a göre daha geniştir. TBK m. 351'de, yenilik olarak çocuklar yerine altsoy ifadesi kullanılmış, ayrıca hükme üstsoy ile kiracının kanun gereği baklamakla yükümlü olduğu kişiler eklenmiştir. Bu kapsamda kiraya veren, anne-babası veya büyükanne-büyükbaşının ya da torunlarının konut veya işyeri ihtiyacı için bile tahliye davası açma hakkını elde etmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu m. 261/II, b.a'da benzer bir düzenleme getirilmiştir. Malik, ihtiyaç sebebine dayanarak kira döneminin sonunda kira sözleşmesini feshedebilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak yeni malike ayrıca TBK m. 351 uyarınca da kira sözleşmesini feshetme hakkın tanınmıştır.

taşınmazın mülkiyetini kazanan kişi süreye bağlı olmaksızın tahliye davası açabilir. Bu şartların olmaması halinde yeni malik kira sözleşmesine uymak zorundadır. Kanunda öngörülen diğer sebepler olmadıkça kira sözleşmesini sona erdiremez.

Taşınmazın mülkiyetini edinen kişi, edinmeden itibaren bir ay içinde yazılı bildirimde bulunmuşsa, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı dava ile sona erdirebilir. Altı aylık süre edinme tarihinden itibaren başlar⁶⁴. Altı aylık süre dolduktan sonra tahliye davası açmak için kanunda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Buna göre, kiralananı edinen herhangi bir süreye bağlı olmaksızın tahliye davası açabilir. Ancak kiralananı edinmenin üzerinden uzun geçtikten sonra tahliye davası açılması, kira sözleşmesine devam edileceği yönünde uyandırılan güvene aykırı davranma (TMK m. 2) yanında, konut ve işyeri ihtiyacının gerçek olmadığı sonucunu doğurabilir⁶⁵.

Kiralanan üzerinde oturma hakkı kazanan kişi, kıyasen TBK m. 351 uyarınca kira sözleşmesini feshedebilir.

D. Şerh Edilmiş Kira Sözleşmelerinde

Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesi TMK m. 1009 gereği tapu siciline şerhi mümkün olan kişisel haklardandır. Buna göre kiraya veren ile kiracı anlaşarak kiracılık hakkının tapu kütüğüne şerh verilmesini kararlaştırabilirler (TBK m. 312). Şerh sözleşmesinin geçerliliği adi yazılı şekilde yapılmasına bağlı olup (TST m. 55/d)⁶⁶, bu anlaşma kira sözleşmesine koyulacak bir hüküm şeklinde olabileceği gibi ayrı olarak da yapılabilir⁶⁷. Şerh talebinde bulunacak kişi taşınmazın malikidir. Şerh anlaşmasının varlığına rağmen malik şerh talebinde bulunmaktan kaçınırsa kiracı, mahkemeye başvurarak şerhin TMK m. 716 uyarınca mahkeme kararıyla tapu kütüğüne yazılmasını sağlayabilir⁶⁸. Kanunda kira sözleşmesinden doğan hakkın şerhi için alım,

⁶⁴ TANDOĞAN, I/2, s. 138. Ancak yazar altı aylık sürenin tebliğ tarinden itibaren işlemeye başlamasının kiracıya korumak adına daha yerinde olduğunu belirtmektedir.

⁶⁵ Tandoğan, dava hakkı olduğu halde uzun süre beklendikten sonra tahliye davasının açılması halinde ihtiyaç iddiasının çok ciddi olmadığını gösterdiğini belirtmektedir. Bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 138.

⁶⁶ PERMANN, s. 162; SVIT-Kommentar, Art. 261b, s. 350; TUNÇOMAĞ, s. 577; HIGI, Art. 261-261a, s. 649; KREN KOSTKIEWICZ/PERMANN, Art. 261-261a, s. 269; WEBER, Art. 261b, s. 1438; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Eşya, s. 380.

⁶⁷ TANDOĞAN, I/2, s. 132.

⁶⁸ TUNÇOMAĞ, s. 579; HIGI, Art. 261-261a, s. 649; TANDOĞAN, I/2, s. 132.

önalım ve geri alım hakkında olduğu gibi bir süre sınırı getirilmemiştir. Bundan dolayı taraflar on yıldan uzun bir süre için kira hakkının tapu kütüğüne şerh verilmesini kararlaştırabilirler⁶⁹.

Kira hakkının tapu kütüğüne şerh verilmesinin etkisi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 255. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmişti: “*Bu şerh, sonraki maliklere müstecirin icar akdi dairesinde gayrimenkulden intifaa müsaade etmek mecburiyetini tahmil eder.*”. TBK m. 312’de ise, kiracılık hakkının tapu kütüğüne şerh verilebileceği düzenlenmiş olmasına rağmen şerhin etkisine ilişkin bir düzenleme hükümde yer almamıştır. Ancak hükümde açıklık olmaması eksiklik değildir. Kişisel hakların şerhinin düzenlendiği TMK m. 1009/II’de, şerh verilmekle bu hakların, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazananlara karşı ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. Şerhin eşyaya bağlı borç etkisi uyarınca yeni malik kira sözleşmesiyle bağlı hale gelmektedir⁷⁰. Öğretide şerhin yeni malike karşı ileri sürülmesi, yeni malikin sözleşmenin tarafı haline gelip gelmediği tartışmalıydı. Bazı yazarlar kira sözleşmesi şerh verilmiş olsa dahi, kiracının rızası olmadıkça, yeni malikin eskisinin yerine geçmeyeceğini savunmaktadır⁷¹. Öğretideki ağırlıklı görüş ise şerh kira sözleşmesinden doğan borç ilişkisini eşyaya bağlı borç haline getirir ve yeni malik taşınmazı iktisap etmekle bu ilişkiye taraf olur ve böylece eski malik borcundan kurtulur⁷². Görüldüğü üzere bu görüş şerh verilmiş kişisel hakkı konu taşınmazın mülkiyetini edinen kişinin kendiliğinden sözleşmenin tarafı haline geleceğini belirtmektedir. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Ayrıca TBK m. 310 ve 311’le getirilen düzenlemeyle kiralananın devriyle veya üçüncü bir kişinin kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan ayni hak kazanmasıyla kira sözleşmesi de kanun gereği devredilmiş sayıldığı için ilk görüşün kira sözleşmeleri bakımından hukukî dayanağı kalmamıştır.

⁶⁹ TANDOĞAN, I/2, s. 132; ZEVKLİLER, s. 213; SVIT-Kommentar, Art. 261b, s. 350; HIGI, Art. 261-261a, s. 650; KREN KOSTKIEWICZ/PERMANN, Art. 261-261a, s. 269-270; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Eşya, s. 382.

⁷⁰ SVIT-Kommentar, Art. 261-261a, s. 350; PERMANN, s. 162; HIGI, Art. 261-261a, s. 651-652; WEBER, Art. 261b, s. 1438; HÜRLIMANN-KAUP, s. 311-312; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 214.

⁷¹ TUNÇOMAĞ, s. 578-579.

⁷² TANDOĞAN, I/2, s. 133-134; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 214-215; SVIT-Kommentar, Art. 261-261a, s. 351; KREN KOSTKIEWICZ/PERMANN, Art. 261-261a, s. 269; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Eşya, s. 387-388.

Kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişi konut ve işyeri ihtiyacına dayanarak TKB m. 351’de öngörülen usule göre veya kira sözleşmesinin sonunda kira sözleşmesini sona erdirebilir. Bu halde kiracının başvurabileceği bir imkân bulunmamaktadır. Ancak kira alacağı tapu kütüğüne şerh verilmesi halinde kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişi, konut ve işyeri ihtiyacı olsa bile, şerhte gösterilen süre boyunca kira sözleşmesiyle bağlı olup, haklı bir sebebi olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez⁷³. İşte bu halde şerh, kiracıya, kiralanan kaynaklanan ihtiyaç nedeniyle tahliye sebeplerine karşı korumaktadır. Ancak burada bir hususu vurgulamak gerekir. Kamulaştırma halinde kiracılık hakkı tapu kütüğüne şerh verilmiş olsa bile bu hak kamulaştırmayı gerçekleştiren idareye karşı ileri sürülemez⁷⁴. İdarece kamulaştırmanın gerçekleşmesiyle kira sözleşmesi sona erer ve şerh hükümsüz hale gelir.

E. Birden Fazla Kişinin Kiralanan Üzerinde Hak Sahibi Olması Halinde Taraflar Arasındaki İlişki

Kiralanan üzerinde sonradan birden çok kişinin hak sahibi olması halinde bu kişilerin kira sözleşmesinden doğan borçlardan nasıl sorumlu olacağı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öğretide, kiralananın birden fazla kişiye devredilmesi veya birden fazla kişinin kiralanan üzerinde aynı hak sahibi olması halinde bunların kira sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁷⁵. Bize de bu görüşe katılmaktayız. Kiralanan üzerinde birden fazla hak sahibi olması halinde bu kişiler kira sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olup, her biri kiracıya karşı kiralananı sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli durumda bulundurma borcu altındadır. Kira alacağı konusunda ise taraflar arasında başka bir anlaşma yoksa müşterek alacaklılık söz konusu olur⁷⁶.

⁷³ HONSELL, s. 227; ZIHLMANN, s. 83; GÜMÜŞ, Kira, s. 154.

⁷⁴ TANDOĞAN, I/2, s. 136; GÜMÜŞ, Kira, s. 153.

⁷⁵ EMMERICH/SONNENSCHNEIN, § 556, s. 670; STAUDINGER/EMMERICH, § 566, s. 75; MÜN.Kommentar/HÄUBLEIN, § 566, s. 1684.

⁷⁶ MÜN.Kommentar/HÄUBLEIN, § 566, s. 1684.

VII. Kiralanan Üzerinde Ayni Hak Kazanan Kişinin Kira Sözleşmesiyle Bağlı Olmasından Dolayı Kiralananı Devredene Karşı Sahip Olduğu Haklar

Kiralanan üzerinde sonradan üçüncü bir kişiye mülkiyet veya kira sözleşmesiyle bağdaşmayan sınırlı ayni hak tanınmasına sözleşmenin devri sonucunu bağlanmaktadır (TBK m. 310, 311). Buna göre kiralananın mülkiyetini veya kiralanan üzerinde sınırlı ayni hakkı edinen kişi, kiralananı sözleşmede öngörülen süre boyunca kiracının kullanımına sunma borcu altındadır. Ancak kiralanan üzerinde sınırlı ayni hakkı edinen kişi, mülkiyetin veya sınırlı ayni hakkın kazanılması esnasında kira sözleşmesinin varlığını bilmemesi halinde bundan dolayı kiraya verene başvurabilecek midir? Örneğin, bir arazide otel yapmak üzere üst hakkı kurdunuz, ancak bu araziye daha önce yapılan kira sözleşmesine dayanarak kullanan başka bir kimse bulunmaktadır. Kiralananın devri veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ayni hakkı edinen kişi kanun gereği sözleşmenin tarafı haline gelmekte olup, ayni hak sahibi olmak kişiye kira sözleşmesini sona erdirme konusunda özel bir hak vermemektedir. Ancak ayni hakkı kazanan kişi, hakkı kazandığı kişiye karşı hangi hukukî sebebe dayanarak başvurabilecektir? Ayni haklar, mutlak hak olarak her ne kadar nispi nitelikteki kira alacağından üstün bir hak olsa da, kanun kiralananın devri veya üzerinde sınırlı ayni hak tanınması halinde kiracının hakkına üstünlük tanıyıp, ayni hak sahibini kira sözleşmesiyle bağlı kılmaktadır. Kiralananın mülkiyetini veya kiralanan üzerinde sınırlı ayni hakkı edinen kişinin kira sözleşmesinin varlığını bilip bilmemesi, sözleşmenin tarafı haline gelmesini etkilememektedir. Ancak kira sözleşmesinin varlığını bilseydi kiralananın mülkiyetini veya üzerindeki sınırlı ayni hakkı edinmeyecek kişi, kiraya verenin zapttan dolayı sorumluluk veya sözleşmeye aykırılık ya da irade bozukluğu hükümlerine dayanabilecek midir?

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, kira sözleşmesinin varlığını bilmeden kiralanan üzerinde ayni hak (mülkiyet veya sınırlı ayni hak) edinerek kira sözleşmesinin tarafı haline gelen kişi, ayni hakkın kazanılmasına sebep olan hukukî işlem uyarınca kiraya verenin zapttan dolayı sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvuramayacaktır. Çünkü zapttan dolayı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için üçüncü kişinin kiralanan üzerinde üzerinde ayni hak iddia etmesi gerekir⁷⁷. Oysa kira sözleşmesinde böyle bir ayni hak iddia-

⁷⁷ Öğretide bazı yazarlar, satıcının zapttan dolayı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için üçüncü kişinin satılan üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hak gibi üstün bir hak sahi-

sı yoktur. Bundan dolayı kiralanan üzerinde aynı hakkı kazanan kişi zapttan dolayı sorumluluk hükümlerine başvuramaz. Bu halde kiralanan üzerinde aynı hak kazanan kişinin sahip olduğu imkân hakkın kazanılmasının sebebini oluşturan hukukî işlem uyarınca borca aykırılıktan dolayı satıcının sorumluluğuna başvurmasıdır (TBK m. 112). Ayrıca kiralananın mülkiyetini veya kiralanan üzerinde sınırlı aynı hakkı edinerek sözleşmenin tarafı haline gelen kişi şartları varsa irade bozukluğuna dayanarak mülkiyetin edinilmesine veya sınırlı aynı hakkın tanınmasına ilişkin sözleşmeyi iptal edebilir. Şöyle ki bu konuda kiralananı devreden kişi kira sözleşmesinin varlığını gizlemişse irade bozukluğu hallerinden aldatma söz konusu olur ve iradesi bozulan kişi TBK m. 39 uyarınca sözleşmeyi iptal edebilir. Kiralananı devreden kira sözleşmesinin varlığı konusunda herhangi bir aldatması yoksa, bu halde kiralananı edinen kişi, kira sözleşmesinin varlığını bilseydim bu sözleşmeyi yapmazdım diyorsa, saikte yanılma (TBK m. 32) hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir.

VIII. Sonuç

Türk Borçlar Kanunu'nda, kiralananın devrine veya kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan aynı haklar tanınmasına, kira sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla devri sonucu bağlanmıştır. Buna göre, kiralanan herhangi bir sebeple üçüncü kişiye devredilirse veya üçüncü kişiye kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan sınırlı aynı haklar tanınırsa, kira

bi olması gerektiği, üçüncü kişilerin satılan üzerinde aynı nitelik taşımayan bir kişisel hakka sahip olduğu durumlarda zapttan dolayı sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 66. Aksi görüşü savunan yazarlar ise tapu kütüğüne şerh edilmiş kişisel haklarda da satıcının alıcıya karşı zapttan dolayı sorumluluğu olacağı kabul edilmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 152; **TÜRKER**, Erhan, Türk ve İngiliz Hukukunda Satıcının Zapta Karşı Teminat Borcu, Eskişehir 1974, s. 23; **GÜMÜŞ**, s. 66, dn. 226. Satıcının zapttan sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 214'ün gerekçesinde ise üçüncü kişinin üstün hakkının mülkiyet, sınırlı aynı hak veya etkisi kuvvetlendirilmiş (şerh verilmiş) kişisel hak olabileceği düzenlenmiştir. Bize göre tapu kütüğüne şerh verilmiş kişisel haklarda satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurulamaz. Zapttan dolayı sorumluluğuna gidebilmek için alıcının zapt tehlikesini bilmemesi gerekir. Oysa bir hak tapu kütüğüne şerh verildi mi TMK m. 1020 gereği aleni hale gelerek herkes tarafından bilindiği kabul edilir. Bundan dolayı alıcının zapt tehlikesini bilmemesi söz konusu olamaz. Ancak şerhe rağmen satıcı kişisel hakkın alıcıya karşı ileri sürülmeyeceğini taahhüt etmişse zapttan sorumluluk söz konusu olabilir.

sözleşmesi başka bir işleme gerek kalmaksızın kanun gereği kendiliğinden ayni hakkı kazanan kişiye devredilmiş olur. Ancak kiralananın devrini veya üzerinde ayni hak kurulmasını sağlayan sebebin bir hukukî işlem olması gerekir. TBK m. 310 ve 311, ancak kiralananın bir hukukî işlem uyarınca devredildiği veya üçüncü kişilere sınırlı ayni haklar tanındığı hallerde uygulanır; külli halefiyet halleri hükmün kapsamında değildir.

Kira sözleşmesinin devredilmiş sayılması için üçüncü kişinin herhangi bir sebeple kiralanın üzerinde ayni hakkı kazanması gerekir. Ayni hakkın kurulmasına yönelik borçlandırıcı işlemin yapılması sözleşmenin devri için yeterli olmayıp, ayrıca ayni hakkın geçişini sağlayacak tasarruf işleminin de yapılması gerekir. Kira sözleşmesinin konusunun taşınmaz olması halinde taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılması kira sözleşmesinin devri sonucunu doğurur. Bunun için tapuda açıklayıcı tescilin yapılması zorunlu değildir. Çünkü kanun koyucu kira sözleşmesinin devredilmiş sayılmasında üçüncü kişinin kiralanın üzerinde ayni hak kazanmasını esas almıştır. Açıklayıcı tescil yapılmasa bile malik, kira sözleşmesinden doğan haklarını kiracıya karşı ileri sürebilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun ifadesine bakıldığında kira sözleşmesinin devredilmiş sayılması için mülkiyetin devri veya kiralanın üzerinde üçüncü kişiye sınırlı ayni hak tanınması yeterli görülmektedir. Oysa sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi için kiralananın devredenine veya kiralanın üzerinde üçüncü kişiye sınırlı ayni hak tanıyan kişinin, kira sözleşmesinin tarafı olması zorunludur. Bundan dolayı kiralanın üzerinde hak sahibi olmayan kişinin yapmış olduğu kira sözleşmesi, yeni malike karşı ileri sürülemez.

Kira sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi için kiralanın üzerinde ayni hakkı edinen kişinin kira sözleşmesinin varlığından haberdar olması gerekmez. Sözleşmenin devri, tarafların iradesinden bağımsız kanun gereği gerçekleşmektedir. Ancak kiralananın devri veya üzerinde sınırlı ayni kurulmasına bağlı olarak sözleşmenin tarafı haline gelen kişinin kira sözleşmesinin varlığından haberi yoksa sözleşmeye aykırılık hükümlerince uğradığı zararların tazminini isteyebileceği gibi, irade bozukluğu hallerine dayanarak da kiralanın üzerinde ayni hakkı kazanmasını sağlayan hukukî işlemi iptal edebilir.

Bir kimsenin kiralanın üzerinde ayni hak sahibi olmasına bağlı olarak kira sözleşmesinin tarafı olması, kural olarak ona sözleşmesi sona erdirmeye

konusunda özel bir hak vermez. Ancak konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiralanana üzerinde aynı hak sahibi olan kişiye, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Kiralanana sonradan edinen kişinin onu, kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden itibaren bir ay içinde durumu yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla feshetme hakkı vardır. Buna karşılık konut ve çatılı işyeri kiralaları dışındaki sözleşmelerde böyle bir hak söz konusu değildir.

Kaynakça

AKSU, Mutafa, “Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi’nin intifa konusu taşınmazın intifa hakkı sahibi tarafından kiraya verilmesi ve daha sonra intifa hakkının sona ermesi durumunda kira sözleşmesinin hukukî akibetine ilişkin 3.7.2003 tarihli kararının değerlendirilmesi”, e-akademi Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Aralık 2004, http://www.e-akademi.org/makaleler/MAksu1.htm#_ftn5 (02.10.2012).

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2010.

AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.

BERTAN, Suad, Medeni Kanununun 618-764 Maddelerinin Şerhi, Ankara 1976.

BLUMER, Maja, Schweizerisches Privatrecht, Gebrauchüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Basel 2012.

BÖKE, Veli, Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, Ankara 2002.

BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

ÇABRİ, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul 2005.

EMMERICH/SONNENSCHEN, Miete, Handkommentar, §§ 535 bis 580a, Des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 10. Auflage, Berlin 2011.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

GENÇ-ARIDEMİR, Arzu, “Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sonra Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelemeyeceği Sorunu”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2012, C. 8, S. 95-96, s. 125-158.

GUHL, Teo/**KOLLER**, Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, İstanbul 2012.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun’a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012 (Kira).

HIGI, Peter, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, Zürich 1994.

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Neunte, ergänzte und verbesserte Auflage, Bern 2010.

HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. überarbeitete Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008.

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zürich-Basel-Genf 2008.

MÜN.Kommentar/HÄUBLEIN, Martin, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433-610, Band 3, 6. Auflage, München 2012.

KELLER/SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. A., Basel/Frankfurt, 1988.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, Hiç değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul 1987.

KÖROĞLU, Ömer, Kamulaştırma, Ankara 1995.

NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul 2012.

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/**PERMANN**, Richard, OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Herausgeben von Jolanta Kren Kostkiewich-Urs Berstchinger-Peter Breitschmid-Ivo Schwander), Zürich 2002.

OĞUZMAN, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2009.

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2012 (Cilt-1).

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-2, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012 (Cilt-2).

ÖZ, Turgut, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılmalı Eleştirisi", MHAD, Y. 1985, S. 16, s. 131-172.

PERMANN, Richard, Kommentar zum Mietrecht, 2. Auflage, Zürich 2006.

SCHMID, Jörg/**STÖCKLI**, Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2010.

SCHMID/HARZ, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 3. Auflage, Köln 2012.

SCHMIDT-FUTTERER, Mietrecht Kommentar, 10. Auflage, München 2011.

SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Fünfte überarbeitete Auflage, Bern 2009.

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

STAUDINGER/EMMERICH, Volker, J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 563-580a, Anh zum Mietrecht: AGG (Mietrecht 2), Berlin 2011.

STERNEL, Friedemann, Mietrecht Aktuell, 4. Auflage, Köln 2009.

SVIT (Schweizerischer Verband der Immobilientreuhänder), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008 (SVIT-Kommentar).

ŞENGÜL, Mehmet, Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, İstanbul 2004.

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008 (I/1).

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt I/2, Üçüncü Tıpkı Basım'dan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008 (I/2).

TEICHMANN, Arndt, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. Auflage, München 2012.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993 (Borçlar).

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyedlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1989 (Eşya).

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Üzerinde Çalışılmış Üçüncü Bası, İstanbul 1977.

TÜRKER, Erhan, Türk ve İngiliz Hukukunda Satıcının Zapta Karşı Teminat Borcu, Eskişehir 1974.

VELİDEDEOĞLU/ESMER, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicil Tatbikatı, 2. Bası, İstanbul 1956.

WEBER, Roger, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basel 2007.

YAVUZ, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz-Faruk Acar-Burak Özen, İstanbul 2012.

KAT MÜLKİYETİNDE ORTAK YER ve TESİSLERİN NİTELİĞİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

(Changing of Characteristics of Common Places
and Facilities in Flat Ownership)

Yrd.Doç.Dr. Mehmet ŞENGÜL*

Özet

Bağımsız bölümler, ortak yer ve tesisler ile eklentiler, kat mülkiyetinin temelini oluşturan kavramlardır. Gerek klasik kat mülkiyetinde gerekse toplu yapılarda, kat maliklerinin birlikte yönetimine ve kullanımına özgülenmiş, masraf ve giderlerden sorumluluğun kat maliklerine ait olduğu yer ve şeyler, ortak yer ve tesis özelliği taşımaktadır. Kat mülkiyetinde nelerin ortak yer ve tesis niteliğinde olduğu Kat Mülkiyeti Kanunu'nda belirtilmiş olmakla birlikte, bir yer ya da tesis, niteliği gereği ya da tahsis (özüleme) yoluyla da bu özelliği taşıyabilir. Bu çalışmada, ortak yer ve tesisleri düzenleyen Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin emredici nitelikte olup olmadıkları, söz konusu yer ya da tesislerden hangilerinin bağımsız bölüm ya da eklenti haline dönüştürülebileceği ve buna ilişkin usul incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kat mülkiyeti, toplu yapılar, ortak yer ve tesisler, bağımsız bölüm, eklenti, kat malikleri kurulu, yönetim planı

Abstract

Independent units, land share, common places and facilities are the concepts that underpin the flat ownership. Both in classical flat ownership and housing sites, places and things, whose costs and expenses are flat owners' responsibility, which are allocated for the collective management and use of flat owners, are featured as common places and facilities. What the common

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

places and facilities are determined by Flat Ownership Act. Besides, a place or a thing can be qualified as a common place or facility by allocation or by its own qualities. In this study, it is examined whether Flat Ownership Act's rules regulating common places and facilities are compulsory and which ones of those common places and facilities can be converted to an independent unit or an accessory and the procedures to be followed.

Key Words: *Flat ownership, housing sites, common places and facilities, independent unit, accessory, flat owners committee, management plan*

I. Giriş

Ülkemizde 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) 23.6.1965 tarihinde kanunlaşmış¹ ve 02.01.1966 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Zamanla eklenen yeni hükümlere rağmen kat mülkiyetine ilişkin altmışlı yıllara ait çözümler, doğuş amacı dışında ortaya çıkan yeni gelişmeler karşısında oldukça yetersiz kalmış ve günün koşullarının gerekli kıldığı kapsamlı bir Kanun değişikliği zorunluluğu doğmuştur. Nitekim bu kapsamda KMK'da 14.11.2007 tarihli ve 5711 sayılı Kanun'la² yapılan bir değişiklikle toplu yapılara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiş, son olarak 2009 tarihinde 5912 sayılı Kanunla³ ve 2011 tarihinde 6111 sayılı Kanunla⁴ bazı maddelerinde değişiklik yapılarak KMK, bugünkü halini almıştır.

Kat mülkiyeti, tek parselde tek anayapıdan oluşan ve klasik dikey kat mülkiyeti olarak ifade edilen bir yapılaşmadan meydana gelebileceği gibi, ifade ettiğimiz değişiklikler çerçevesinde bu gün için tek parsel ya da çok sayıda komşu parsel üzerinde inşa edilmiş toplu yapı şeklinde bir oluşumu da mümkün kılmaktadır. Ancak, hem klasik kat mülkiyetinde hem de toplu yapıda, kat mülkiyetinin temelini oluşturan konular arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, her iki sistem de bağımsız bölüm, ortak yer ve tesisler yanında eklenti şeklinde oluşan üçlü bir sistem üzerine kurulmuş, dolayısıyla KMK sadece nitelik farklılığına dayalı olarak bunların meydana gelmesi ve yönetimine ilişkin hususlarda farklı bir işleyiş öngörmüştür. Kanunda, kat mülkiyetinde ortak yer ve tesis kavramı, nelerin

¹ RG., 02.07.1965, S. 12038 (02.07.1965 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Kanun Metnindeki bazı hatalar, 17.07.1965 gün ve 12051 sayılı Resmi Gazete'de (s. 16) düzeltilmiştir.

² RG., 28.11.2007, S. 26714.

³ RG., 07.07.2009, S. 27281.

⁴ RG., 25.02.2011, S. 27857.

bu kapsamda sayılacağı ve bunlar üzerindeki hakkın niteliği, hem klasik kat mülkiyeti hem de toplu yapılar bakımından ele alınan hususlardandır. Bu nedenle çalışmada, öncelikle her iki kat mülkiyeti sistemine ilişkin ortak yer ve tesis kavramına nelerin girdiğinin tespiti yapılacaktır. Söz konusu tespit sonrası, gerek kat mülkiyetinin kurulması sırasında gerekse zaten mevcut bir kat mülkiyetinin varlığı durumunda ortak yer ve tesislerin niteliğinin değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi üzerinde durulacaktır. Diğer bir anlatımla, niteliği elverişli bir ortak yer ya da tesisin bağımsız bölüm veya eklentiye dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği hususları bu çalışmanın ana temasını oluşturacaktır. Hemen belirtelim, KMK belirttiğimiz hususa ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermediği gibi, az yukarıda ifade ettiğimiz değişikliklerde de bu konu ele alınmış değildir. Dolayısıyla, inceleme konumuza ilişkin KMK tamamen suskun kalmaktadır. Bu nedenle konu daha çok, öğretinin doğrudan ya da dolaylı olarak ileri sürdüğü görüşler çerçevesinde, kısmen de Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bazı tebliğleri ve Yargıtay kararları perspektifinde ele alınarak değerlendirilecektir.

II. Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesisler

Kat Mülkiyeti Kanunu 2/b bendinde “Anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan” yerlerin ortak yerler olduğu ifade edilmiş ve devam eden cümlesinde, kat maliklerinin ortak malik sıfatıyla paydaşı buldukları bu yerler üzerinde faydalanma ve kullanma hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Yine KMK m. 4 hükmünde “ortak yerler” başlığı altında ortak yerlerin konusunun sözleşme ile belirtilebileceği ifade edildikten sonra, üç bent halinde düzenlediği yer ve şeylerin Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre her halde ortak yer sayılacağı hükmüne bağlanmıştır. Buna göre, a) Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan kiriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar, b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer,

su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri, c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri Kanun gereği ortak yer niteliğindedir. KMK m. 4/son fıkrasında ise “yukarıda sayılanlar dışında kalıp da yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (ortak yer) konusuna girer” hükmü getirilmiştir. Son olarak KMK m. 16 hükmü, kat maliklerinin bütün ortak yerler üzerinde arsa payları oranında ortak mülkiyet esasları çerçevesinde malik olduklarını (f. 1) ve aksine sözleşme bulunmadıkça her kat malikinin yine arsa payı oranında ortak yerleri kullanma ve bunlardan faydalanma hakkına sahip olduğu (f. 2) düzenleme konusu yapılmıştır.

Söz konusu düzenlemeler bir arada ele alındığında tek parsel tek anayapıdan oluşan klasik kat mülkiyeti⁵ ilişkisinde ortak yer kavramından, anagayrimenkulün “korunmasına”, “kullanılmasına” veya ondan “yararlanılmasına” yarayan yerler ve şeylerin anlaşılacağı ve bunlar üzerinde kat maliklerinin arsa payları oranında, paylı mülkiyet esaslarına göre malik ve aksi öngörülmedikçe kullanım ve yararlanma hakkına sahip olacaklarını ifade etmek mümkündür⁶

Klasik kat mülkiyeti bakımından KMK m. 4 hükmünde nelerin ortak yer sayılacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, toplu yapı⁷ ortak yer ve tesislerine ilişkin temel düzenlemenin KMK m. 67’de yer aldığını görüyoruz. “Or-

⁵ Her ne kadar KMK’da tanımlanmamış olsa da öğretide KMK m. 1’de ifade edilen bağımsız egemenlik hakkına konu edilmiş ve başlı başına kullanıma elverişli birden fazla bağımsız bölümü içeren ve halk dilinde apartman olarak adlandırılan blok kütle (anayapı) klasik dikey kat mülkiyeti olarak ifade edilmiştir. Bkz. **ARCAK** Ali, Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti, Ankara 1983, s. 1086; **ÖZMEN** E. Saba, Kat İrtifakı, Ankara 1997, s. 225; **ŞENGÜL** Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011, s. 47-49.

⁶ **GERMEÇ** Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti-Kat İrtifakı-Devremülk ve Toplu Yapı, Ankara 2008, s. 96; **KARAHACIOĞLU** A. Haydar, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2006, s. 83; **PULAK** Murat, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli-Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2009, s. 74; **ARCAK**, s. 148, 149.

⁷ Toplu yapı, bir ya da birden fazla parsel üzerinde yer alan alt yapı tesisleriyle, ortak kullanım yerleriyle, sosyal tesis ve hizmetleriyle, ayrıca tüm bu ortak yer ve tesislerin yönetimiyle hukuki ve/veya fiziki olarak birbiriyle bağlantılı hale gelmiş birden çok yapıyı ifade etmektedir (KMK m. 66/1). Ancak, bir ya da birden çok imar parselini ve bu parseller üzerindeki kat maliklerini birbirine bağlayan asli unsur, bağımsız bölümlere özgülenmiş “alt yapı tesisleri”, “ortak kullanım yerleri”, “sosyal tesis ve hizmetler”dir (KMK m. 67). Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞENGÜL**, s. 189 vd.; **ÖZMEN** E. Saba/**KIR** Hafize, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010, s. 143 vd.

tak yerler”⁸ kenar başlığını taşıyan KMK m. 67 hükmüne göre, “Toplu yapı kapsamında olup, bütünüyle bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin ortak kullanma ve faydalanmasına tahsis edilmiş bulunan parsellerin malik hanesine, tahsis edildikleri toplu yapı kapsamındaki diğer parsellerin ada, parsel, blok ve bağımsız bölüm numaraları gösterilmek suretiyle tapu siciline kaydedilir ve bu suretle tahsis edildikleri parsellerde bulunan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur. -Toplu yapı kapsamında bulunan birden çok yapının ortak sosyal ve alt yapı tesisleri buldukları parsel veya yapıya bakılmaksızın, tahsis edildikleri bağımsız bölümlerin ortak yeri sayılır.”

Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme çerçevesinde toplu yapı ortak yer ve tesis kavramının, klasik kat mülkiyeti ortak yer kavramından daha geniş bir anlam taşıdığı açıktır. Gerçekten, tek parsel tek anayapıdan oluşan klasik kat mülkiyetinde ortak yerler KMK m. 4 hükmü çerçevesinde anayapının içinde ya da dışında bulunabilir. Örneğin, tüm kat maliklerinin ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanması bakımından zaruri olan temeller, taşıyıcı kolon ve kirişler, asansör, çatı, baca gibi yerler anayapı kapsamındaki ortak yerlerdendir. Anayapı dışında bulunan ortak yerlere ise bahçe, kuyu, sarnıç, genel çamaşırılık ve kurutma yerleri, genel kömürlük veya ortak garajlar örnek olarak verilebilir. Önemle belirtelim ki, klasik kat mülkiyeti bakımından ifade ettiğimiz yer ve tesisler, bir yönüyle toplu yapılar bakımından da ortak yer niteliğini taşımaktadır. Gerçekten, toplu yapı kapsamındaki blok yapılardan her birinde yer alan ve KMK m. 4 hükmünde belirtilen temeller, taşıyıcı kolon ve kirişler, asansör, çatı, baca gibi yerler blok ortak yeri niteliğindedir. Bunun gibi, tek ya da komşu parsel toplu yapılarda parsellerin her birinde bulunan otopark, kuyu, sarnıç gibi yerler, parsel ortak yeri niteliğindedir (KMK m. 4) ve bloklardaki bağımsız bölüm ya da münferit bağımsız bölüm kat maliklerinin paylı mülkiyetindedir (KMK m. 16/I).

Ancak, toplu yapılarda ortak yer kavramı, diğer bir yönüyle klasik kat mülkiyetine nazaran toplu yapının niteliğine ve özgüleme iradesine bağlı olarak daha geniş bir özellik arz eder. Zira komşu parsel toplu yapı ilişkisine vücut veren ve bağlantılı yapı özelliği taşıdığı için eşyaya bağlı borç ilişkisi

⁸ KMK m. 67 hükmü yanında KMK m. 4 hükmünün kenar başlığının da “ortak yerler” şeklinde olmasının aynı Kanun içinde aynı kenar başlığının iki kez kullanılmasına yol açtığı ve bunun kanun yapma tekniği açısından ve meydana getireceği tereddütler nedeniyle isabetli olmadığı yönünde bkz. ÖZMEN/KIR, s. 143; ŞENGÜL, s. 189, dn. 2.

meydana getiren ortak yer ve tesisler, toplu yapılara özgü bir nitelik taşır⁹. Örneğin, komşu parsel toplu yapı uygulamalarında bir parselde yer alan ve o parsel kat maliklerinin paylı mülkiyetinde bulunan yer ya da tesisler diğer parsel kat maliklerine de özgülenmek suretiyle ortak yer halini alabilir¹⁰. Bunun gibi, klasik kat mülkiyetinde yer almayan ve komşu parsel toplu yapılara özgü olarak bir taşınmazın eşyaya bağlı mülkiyete konu ortak yer niteliğini taşıması da mümkündür¹¹. Örneğin, ayrı bir mülkiyet konusu olan parse-

⁹ Eşyaya bağlı borç, bir kimsenin, bir malın maliki ya da zilyedi bulunduğu için onun mülkiyet veya zilyetliği süresince, bir kanun hükmü veya kanun tarafından öngörülen bir hukuki işlem gereğince, bazı edim yükümlülükleri altına girmesini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **EREL Şafak**, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 5. Eşyaya bağlı borç kavramına ilişkin tanımlar için ayrıca bkz. **OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 16-18; **ERTAŞ Şeref**, Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 59, N. 51; **OĞUZMAN Kemal**, Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar, İÜMHAE, Medeni Kanununun 50. Yılı Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 225. KMK m. 66 vd. hükümleri çerçevesinde oluşan ve ortak yerlerle birbiriyle bağlantılı hale getirilen komşu parsel toplu yapılarda, parsellerin her birinde bulunan kat maliklerinin, mevcut ortak yer ve tesisler üzerinde karşılıklı borçlarla yükümlendikleri ve aynı zamanda bir takım alacak haklarına sahip oldukları eşyaya bağlı borç ilişkisinden söz etmek gerekecektir. Gerçekten, komşu parsel toplu yapının meydana gelmesiyle, ortak yerin bulunduğu parsel kat malikleri, ortak yer ve tesislere ilişkin masraf ve harcamalara katılma yanında (KMK m. 72/I), diğer parsel kat maliklerinin ortak yerlerden yararlanmalarına ve bu yerleri kullanmalarına, ayrıca yönetiminde de söz sahibi olmalarına katılma yükümlülüğü altına girmektedir (KMK m. 67/II, m. 69/III). Diğer taraftan, böyle bir ilişkinin varlığı halinde, komşu parsel kat maliklerinin toplu yapı bünyesindeki ortak yerlere ilişkin masraf ve harcamalara katılmaları, aynı zamanda onlar bakımından bir yükümlük teşkil etmektedir (KMK m. 72/I). Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞENGÜL**, s. 268, 269; **ÖZMEN/KIR**, s. 152.

¹⁰ Belirtelim ki, toplu yapılarda blok, parsel, ada ve toplu yapı yönetiminin konusunu oluşturabilecek şekilde ortak yer ve tesisler bulunabilir. Bunlardan bazıları nitelikleri gereği blok (örneğin blok asansörü) veya parsel (örneğin bahçe niteliğindeki parsel boşlukları) ortak yeri olma özelliği taşıdıkları halde bazı yer ya da tesislerin “özüleme” (tahsis) iradesiyle blok, parsel, ada veya toplu yapı ortak yer ve tesisi niteliğini kazanması mümkündür. Bkz. **ÖZMEN/KIR**, s. 172. Bu çerçevede vaziyet planı/projeleri veya yönetim planı gibi tapuya ibraz edilecek belgelerle ya da bu konuda kat maliklerinin iradesini yansıtan kurul kararları ile özüleme mümkün olabileceği gibi, fiziki bağa dayalı bir özüleme ile blok, parsel, ada veya toplu yapı ortak yer ve tesisi oluşturulabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞENGÜL**, s. 225 vd.

¹¹ Bir eşya üzerindeki mülkiyetin, başka bir eşyaya bağlanmasıyla meydana gelen eşyaya bağlı mülkiyette, iki eşya o derece birbiriyle bağlı hale getirilmiştir ki, kişi bir malın maliki olduğu için başka bir şeyin de kendiliğinden maliki haline gelmektedir. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 252, 253; **HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 29; **TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla**, Eşya Hukuku I, İstanbul 1989, s. 562. Bu çerçevede KMK m. 67/I. fıkrası, “Toplu yapı kapsamında olup, bütünüyle bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin ortak kullanma ve faydalanmasına tahsis edilmiş bulunan parsellerin malik hanesine, tahsis edildikleri toplu yapı kapsamındaki diğer parsellerin ada, parsel, blok ve bağımsız bölüm numaraları gösterilmek suretiyle tapu siciline

lin ya da bağımsız bölümün malik hanesine kişi yerine toplu yapı bünyesindeki bağımsız bölümlere ilişkin ada, pafta ve bağımsız bölüm numarası yazı olarak eşyaya bağlı mülkiyet niteliğinde toplu yapı ortak yeri meydana getirilebilmektedir.

III. Ortak Yer ve Tesislerin Bağımsız Bölüme Dönüştürülmesi

A. Kat Mülkiyetinde Bağımsız Bölüm Kavramı

KMK 2/a bendi bağımsız bölümü “anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümler” şeklinde tanımlamış, KMK m. 1/I hükmünde ise ancak “Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde” bağımsız mülkiyet haklarının kurulabileceği düzenleme konusu yapılmıştır. Diğer taraftan KMK m. 50/II. fıkrasında “Tümü kargir olmayan yapılarda kat mülkiyeti kurulamaz” şeklinde getirilen hüküm ile tamamen ya da kısmen ahşap nitelikte olan yapılar ve dolayısıyla bağımsız bölümler için kat mülkiyetinin kurulamayacağı ifade edilmiştir. Şu halde bağımsız bölüm, “tamamlanmış¹² ve tümü kargir¹³ olan bir yapının kat, dai-

kaydedilir ve bu suretle tahsis edildikleri parsellerde bulunan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur” şeklinde bir düzenlemeye yer vermiş ve özgüleme ile toplu yapılarda eşyaya bağlı mülkiyete konu ortak yer meydana getirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ŞENGÜL, s. 286 vd.; ÖZMEN E. Saba/ERDEN Hafize, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına ve Kanuna Toplu Yapı İle İlgili Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısının Eklenmesi, İBD 2000, C. 74, S. 10-11-12, s. 961, 962; ÖZMEN/KIR, s. 149-151.

¹² Kat mülkiyetine konu bir yapının tamamlanmış bir yapı olarak nitelendirilebilmesi için fiziki ve hukuki birtakım şartların varlığı gerekmektedir. Buna göre fiziki koşul, bütün yapının inşasının fiziki bakımdan bitmiş olması, hukuki koşul ise “iskan belgesi” denilen yapı kullanma izin belgesinin alınmış olmasını ifade etmektedir. Bkz. AYBAY Aydın/SANAL Nezih, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1985, s. 5, 6; ARCAK, s. 114. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 30 hükmüne göre “yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımların kullanılması için kullanma ruhsatı alınması mecburidir.” Yine İK m. 31 hükmüne göre ise “inşaatın bitme günü kullanma izninin verildiği tarihtir.”

¹³ Her ne kadar kullanım ya da doğanın olumsuz koşullarına dayalı olarak yapılarda meydana gelecek aşınma ve eskime kaçınılmaz ise de kanun koyucu kat mülkiyetine konu yapılar bakımından “kargir olma” koşulu ile bu konuda görevli de olsa yapıların devamlılığı esasını kabul etmiştir. Böylece KMK m. 50/II hükmünün “Tümü kargir olmayan yapılarda kat mülkiyeti kurulamaz” şeklinde getirdiği yasaklayıcı hükümle tamamen ya da kısmen ahşap nitelikte olan ve bağımsız bölümleri bünyesinde barındıran yapılar için kat

re, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bulunan¹⁴ ve 634 sayılı KMK hükümleri gereğince özel mülkiyete konu olan bölümlerinden her biri” olarak tanımlanabilir¹⁵. Toplu yapılarda ise, kat mülkiyetine konu teşkil edebilecek bağımsız bölümlerin mutlaka aynı çatı altında ya da aynı blokta yer alması zorunlu değildir. Aynı parsel üzerinde yer alan ve birden fazla bağımsız bölümü bünyesinde barındıran blok yapılarıdaki her bir bağımsız bölüm üzerinde kat mülkiyeti kurulması mümkün olduğu gibi, münferit bağımsız bölüm olarak ifade ettiğimiz ve birer katlı, dubleks ya da tripleks olarak birbirine bitişik ya da ayrık nizamda yapılmış yapılar üzerinde de bağımsız bölüm olarak kat mülkiyeti

mülkiyetinin kurulamayacağı ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZMEN**, s. 110, dn. 160; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 167; **ARPACI** Abdülkadir, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984, s. 18 vd.; **GERMEÇ**, s. 37. Ancak, günümüz inşaat teknolojisi karşısında, bağımsız bölümler için bu şartın artık gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Özellikle, villa olarak ifade edilen ve parselde dağılmış birden çok münferit bağımsız bölümden oluşan toplu yapılarda, ahşap niteliğindeki yapılar dahi bağımsız bölüm olarak kabul edilmelidir.

¹⁴ Ayrı ve başlı başında kullanıma elverişli olma ile kastedilen, paya bağlı olarak tanınmış mutlak egemenlik hakkının fiziki olarak da kullanılmaya elverişli olmasıdır. Bkz. **ÖZMEN**, s. 109; **GERMEÇ**, s. 39. Daha geniş bir yorum getirmek gerekirse bağımsız bölüm, hem fiziksel-maddi yapı bakımından hem ekonomik açıdan yapılacak bir değerlendirme ile ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bir hacimden oluştuğu ve kendisine arsa payı ayrıldığı ölçüde KMK anlamında bağımsız bölüm niteliği kazanacaktır. Bkz. **AYBAY/SANAL**, s. 10, 11; **ARPACI**, s. 23. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “... gerek tapu kayıt örneğinde yazılı bilgilere, gerekse yönetim planında yazılan ve kat maliklerince kabul edilen hükümlere göre dava konusu yerin değişiklik projesine uygun olarak ve kat irtifakı kurulurken dahi arsa payı verilmek suretiyle 49 numaralı bağımsız bölüm olarak tescil olunduğu ve kat mülkiyetine de buna göre geçirildiği ve böylece bağımsız bölüm olduğu gerçekleşmiş ve üzerine bina yapılan tenis kortu niteliğindeki yer dahi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölüm sayılabileceği...” görüşündedir. Bkz. Y. 5. HD., 16.6.1981, 4267/6861 (**ARCAK**, s. 127). Garaj, depo gibi yerlerin hem bağımsız bölüm, hem eklenti, hem de ortak yer niteliğinde görülebileceği ve bu gibi yerlerin arsa payı verilerek kat irtifakı sahibi ve kat maliki adına düzenlenen resmi senetle geçirildiği durumlarda, anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bir bağımsız bölüm niteliği kazanacağı yönünde ayrıca bkz. Y. 5. HD., 11.4.1983, 3585/3642 (**KARAHACIOĞLU**, s. 140, 141).

¹⁵ **ARPACI**, s. 17; **TEKİNAY S. Sulhi**, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1991, s. 15; **GERMEÇ**, s. 62. Oğuzman, bağımsız mülkiyetin, bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyet hakkı olduğundan hareketle, KMK m. 2/a bendinde yer alan “bağımsız mülkiyete konu olan bölümler” ifadesinde mantık hatası bulunduğu ve bağımsız bölümlerin bağımsız mülkiyete konu olabileceğinin, bağımsız bölüm olma niteliğini açıklamada kullanılmaması gerektiği görüşündedir. Bkz. **OĞUZMAN Kemal**, Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre ve Türkiye’de Hazırlanan Kanun Tasarıları Tahlil ve Tenkidi, İÜHF, 1960/1-4, c. XXV (Tasarı Tenkidi), s. 181. Aynı yönde ayrıca bkz. **BAKTİR Selma**, Bağımsız Bölüm İlavesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 57, Ocak 1992, s. 106 dn. 1; **ODYAKMAZ Nevzat A.**, Uygulamada Kat Mülkiyetinden Doğan Anlaşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara 1975, s. 14, 15.

tesisi mümkündür. Şu halde, kendi kendine yeten ya da tahsis edildiği amacı gerçekleştirmeye yeterli olan kat, daire, dükkan, depo, büro gibi bir fiziksel hacim bağımsız bölüm vasfını kazanacak ve üzerindeki hak ilişkilerini yansıtan kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebilecektir¹⁶.

B. Klasik Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesislerin Bağımsız Bölüme Dönüştürülmesi

KMK m. 1/I hükmü incelendiğinde bağımsız bölümün tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden oluşacağından söz edilmiştir. Söz konusu düzenlemede yer alan “gibi” ifadesinden de anlaşılacağı üzere bağımsız bölümün cinsine ilişkin yapılan bu sayım sınırlayıcı değildir. Dolayısıyla kendi başına kullanılmaya elverişli her yapı bölümü, bağımsız bölüm niteliğini kazanabilecektir¹⁷. Burada cevaplandırılması gereken soru ise, KMK’da zorunlu olarak ortak yerlerden olduğu belirtilen ünitelerin, başlı başına ve bağımsız olarak kullanmaya elverişli olmaları durumunda, bunların bağımsız bölüm haline dönüştürülmelerinin mümkün olup olamayacağı hususudur.

Klasik kat mülkiyetinde ortak yerlerin nelerden oluştuğu KMK m. 4 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre söz konusu düzenlemenin birinci fıkrası ortak yerlerin sözleşme ile belirlenebileceğini hüküm altına almıştır. Burada

¹⁶ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 160. Belirttiğimiz vasfı taşımayan yerler ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olsa dahi bağımsız bölüm niteliğinde değildir. Örneğin, bir mağaza işletmesi için onun deposu, ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bir hacim de oluştursa, kural olarak bağımsız bölüm niteliği taşımaz. Aynı şekilde, bir konuttaki odalar, bağımsız olarak iş yeri veya büro olarak kullanılmakta olsa dahi, tek bir bağımsız bölüm oluşturan daireden ayrı bir kat mülkiyeti objesinin varlığından söz edilemeyecektir. Bkz. **AYBAY/SANAL**, s. 11; **GÖKNAR** Hikmet, Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1996, s. 68, 69. Buna karşılık, başlı başına kullanıma konu olan ve kendisine arsa payı ayrılmış bir iş hanında bulunan tek bir oda dahi kat mülkiyetine konu olabilir. Bkz. **TEKİNAY**, s. 15; **ÖZMEN**, Kat İrtifakı, s. 109. Yargıtay’a göre de, bir binanın mesken olarak bölümlere ayrılabilmesi için, her bölümün diğerinden bağımsız olması ve mutfak, tuvalet gibi zaruri kısımları ihtiva etmesi ve mahremiyeti ihlal edilmiş nitelikte bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. YHGK., 8.2.1969, 967/6-809 (**GÖKNAR**, s. 69). Şunu da ifade edelim ki, kat mülkiyetine konu bir yapının bağımsız bölüm olup olmadığı kat mülkiyeti kütüğünden kolaylıkla anlaşılabilir. Bunun yanında uygulamada bir takım tereddütlerin yaşanmasına yol açabilecek bağımsız bölümlerin tayini, maliklerin açık arzu ve taleplerine bağlı olmakla birlikte, KMK m. 12 hükmünde ifade edilen proje ve yapı kullanma izin belgesinde yer alan liste ve ekleri de yapıdaki yerlerin bağımsız bölüm ya da ortak yer niteliğinde olup olmadığının tespitinde önemli bir işleve sahiptir. Ayrıca bkz. **ARPACI**, s. 20.

¹⁷ **ARPACI**, s. 20; **GERMEÇ**, s. 39; **GÖKNAR**, s. 36.

kastedilen sözleşme ise, KMK m. 10 ve 13 hükümleri çerçevesinde kat mülkiyeti kurulurken tapu memuru tarafından düzenlenen “resmi sözleşme”dir (KMK m. 2/e)¹⁸. İşte böyle bir sözleşme ile kat maliklerinin, yetkili mercilerce onanmış plan ve projede de açıkça gösterilmiş olma koşulu ile başlı başına kullanılmaya elverişli olan kat, daire, depo veya işyeri gibi bağımsız bölümleri dahi ortak yer olarak kararlaştırmaları mümkündür¹⁹. KMK m. 4 hükmünün birinci fıkrası bu şekilde sözleşme ile ortak yerlerin belirlenmesine olanak tanımakla birlikte ikinci fıkrasında “Aşağıda yazılı yerler ve şeyler bu Kanun gereğince her halde ortak yer sayılır” diyerek (a), (b) ve (c) bentlerinde bu nitelikte ortak yer ve şeyler sayılmıştır. Burada tartışmalı olan hu-

¹⁸ Birden fazla kat irtifakı sahibinin söz konusu olduğu hallerde kat mülkiyetine geçişte ya da yine birden fazla kat malikinin söz konusu olduğu hallerde doğrudan doğruya kat mülkiyetinin tesisinde KMK m. 10 ve 13 anlamında tapu memurunca hazırlanan resmi belgelerin taraflarca imzalanması “sözleşme” mahiyetindedir (Bkz. REİSOĞLU Safa, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara 1976, s. 26; AYBAY/SANAL, s. 18; ARPACI, s. 21, dn. 15; GERMEÇ, s. 66). Öte yandan, bir taşınmazda tek başına malik olan ve sahip olduğu bu taşınmazda kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler inşa eden bir kimsenin de kat mülkiyetinin tesisi bakımından tapuda “resmi sözleşme”yi imza etmesi gerekmektedir. Ancak, her ne kadar KMK m. 10. ve 13. hükümlerinde sözleşmeden söz edilmekte ise de tek kişi gayrimenkul malikinin kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesi ya da doğrudan kat mülkiyetinin tesisi sırasında tapuda yapmış olduğu bu işlemin “sözleşme” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARPACI, s. 21, dn. 15. Ayrıca krş. AYBAY/SANAL, s. 18. Tek kişi mülkiyetindeki bir taşınmazda kat irtifakı tesisine ilişkin hukuki nitelendirme için ayrıca bkz. ÖZMEN, Kat İrtifakı, s. 112, 113.

¹⁹ GERMEÇ, s. 97. Hemen belirtelim, bağımsız bölüm niteliğinde olan yerlerin tespiti ve bu bölümlere ilişkin numaralandırma işlemi KMK m. 12/a bendinde düzenlenen mimari projede yer alan hususlardır ve kat irtifakının ya da kat mülkiyetinin tesisinde tapuda KMK m. 10 ve 13 hükümleri çerçevesinde tüm kat maliklerince yapılan resmi sözleşmenin bu projeye aykırı olması düşünülemez. Diğer bir anlatımla, bir yapı, projede bağımsız bölüm olarak gösterildiği sürece, kat mülkiyetine geçiş sırasında yapılan resmi sözleşmede kat maliklerinin tümünün imzası bulunsa dahi böyle bir yer, ortak yer haline dönüştürülemez. Bu şekilde bağımsız bölüm vasfına haiz yerin kat maliklerinin tümünün imzası ile tapuda yapılacak resmi sözleşme çerçevesinde ortak yer (ya da eklenti) haline dönüştürülmesi, bu konuda KMK m. 12/a hükmünce değişiklik projesinin de tapuya ibraz edilmesi halinde mümkündür. Diğer taraftan, tapuda kat mülkiyeti kütüğünde bağımsız bölüm olarak tescil edilmiş kat, daire, depo, işyeri, oyun salonu, kooperatif lojmanı gibi yerlerin ortak yer haline dönüştürülmesi ya da bağımsız bölümlere eklenti olarak bağlanabilmesi de mümkündür. Ancak bunun için yine kat maliklerinin tümünün kararı ve buna ilişkin değişiklik projesinin tapuya ibrazı gerekmektedir (Örneğin TKGM’nün bu yönde Çankaya 1. Bölge Tapu Sicil Muhafızlığına yazdığı 2.11.1972 tarih ve 4-1-10-10/8593 sayılı yazısı için bkz. GÖKNAR, s. 40). Bu şekilde bağımsız mülkiyete konu olabilen bir yerin sonradan ortak yer haline getirilmesi durumunda ise tipik bir eşyaya bağlı mülkiyet ilişkisi meydana gelecek ve TST m. 26 hükmüne göre ortaklaşa kullanılmaya ayrılmış bu yerlere ilişkin tapu sicilindeki malik sütununa faydalanan diğer taşınmaz malların ada ve parsel ya da bağımsız bölüm numaraları yazılacaktır. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 179.

sus, KMK m. 4 hükmünün ikinci fıkrasında sayılan bazı ortak yerlerin bağımsız bölüm haline dönüştürülüp dönüştürülemeyeceğidir.

Hemen saf dışı bırakmak gerekirse, bağımsız bölüm içinde ya da dışında yer alan ve ortaklaşa kullanma, korunma ve yararlanma için zorunlu olan yer ve şeylerin ortak yer vasfının değiştirilmesi mümkün değildir²⁰. Örneğin, yapıya ait temeller, ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan kiriş, kolon ve perde duvarlar, anayapıya ait çatı, giriş kapıları, kalorifer, kanalizasyon, su, elektrik tesisleri gibi yer ve şeyler yapısal özellikleri ve nitelikleri gereği her halde ortak yerlerden sayıldıklarından, kat maliklerinin oybirliği ile alacaklar bir kararla dahi bu gibi yerleri bağımsız bölüme dönüştürmeleri nitelikleri gereği mümkün değildir. Buna karşılık, söz konusu düzenlemede her halde ortak yerlerden olduğu ifade edilen ancak aynı zamanda başlı başına kullanılmaya elverişli olma özelliği de bulunan kapıcı daireleri, sığınaklar veya garaj gibi yerlerin bağımsız bölüm haline dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği konusunda KMK'da bir açıklık yoktur. Öğretide bir görüşe göre zorunlu olarak ortak yer sayılan bu gibi yerler bağımsız bölüme dönüştürülemez²¹. Zira, KMK m. 4/I-a bendinde kapıcı daireleri, sığınaklar veya garaj gibi yerler, ortak yer olarak sayılmış ve hükmün ilk cümlesinde ise "Aşağıda yazılı yerler ve şeyler bu Kanun gereğince her halde ortak yer sayılır" ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu ifadedeye dayanan bu görüş taraftarlarınca, ortak yerlere ilişkin olan bu hüküm emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, ortak yer vasfına haiz bu gibi yerler başlı başına kullanılmaya elverişli bulunsada dahi bunların sözleşme ile bağımsız bölüm olarak kabul edilmesi mümkün değildir²².

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise KMK m. 4/I hükmünde yer alan "herhalde ortak yer sayılır" ifadesinin başlı başına kullanıma elverişli ve bağımsız bölüm olabilecek niteliğe sahip kapıcı daireleri, sığınaklar veya garaj gibi yerler bakımından geçerli olmadığını ve bu gibi yerlerin sözleşme

²⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28; GERMEÇ, s. 97, 98.

²¹ GÖKNAR, s. 45; GERMEÇ, s. 98; ARPACI, s. 21; GÜRİSOY Kemal T./EREN Fikret/CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 475; ERTAŞ, s. 417, N. 1978.

²² GÖKNAR, s. 45; GERMEÇ, s. 98; ARPACI, s. 21 (Yazar bu gibi yerlerin bağımsız bölüm olarak kullanılmaya elverişli olsalar da hiçbir zaman bağımsız bölüm sayılmayacaklarını ifade etmektedir. Ancak, sonraki cümlesinde ise bu gibi yerlere "sözleşme" ile bağımsız bölüm niteliğinin verilemeyeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla yazarın söz konusu ifadelerinden, bu gibi yerlerin hiçbir şekilde mi yoksa sadece sözleşme ile mi bağımsız bölüm haline getirilemeyeceği hususundaki görüşü tam olarak anlaşılammaktadır.)

ile bağımsız bölüm sayılabileceğini kabul etmektedir²³. Gerçekten, ileri sürülen görüşler bakımından hareket noktası olarak kabul edilen ve kapıcı daireleri, sığınaklar veya garaj gibi ortak yerleri de kapsayan KMK m. 4/I hükmündeki “bu kanun gereğince her halde ortak yer sayılır” şeklindeki ifadenin işlevinin farklı olduğu kanaatindeyiz. Zira bu konuda getirilen hüküm, sayılan yerlerde nitelik değişikliğinin kesinlikle mümkün olmadığı şeklindeki yorumdan daha çok, ortak yer olup olmadığı hususunda çıkan uyuşmazlıklarda bunların ortak yer sayılacağına ilişkin yasal bir karine ortaya koyduğu şeklinde yorumlanmalıdır²⁴.

Ancak, şunu da belirtelim, dikkat edilirse her iki görüş de belirttiğimiz nitelikteki ortak yerlerin, KMK m. 10 ve 13 hükümleri çerçevesinde kat mülkiyeti kurulurken tapu memuru tarafından düzenlenen “resmi sözleşme” ile bağımsız bölüm haline dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği konusundaki saptamalara dayanmaktadır. Buna karşılık kat mülkiyetinin tesisinden ve bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğüne tescilinden sonra, belirttiğimiz nitelikteki ortak yerlerin bağımsız bölüm haline dönüştürülmesine ilişkin herhangi bir görüş ileri sürülmemiştir. Ancak görüşümüzce ister kat mülkiyetinin tesisi sırasında KMK m. 10 ve 13 hükümleri çerçevesinde tapuda yapılan resmi sözleşme ile isterse kat mülkiyetinin kurulmasından sonra ortak yer olarak gösterilen kapıcı daireleri, sığınaklar veya garaj gibi yerlerin bağımsız bölüm haline dönüştürülmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığı kanaatindeyiz. Bu çerçevede meseleyi, kat mülkiyetinin sözleşme ile tesis edilmesi sırasında ve kat mülkiyetinin kurulması sonrası ortaya çıkabilecek ihtimallere göre ele almak gerekecektir.

Şöyle ki, hukukumuzda kat mülkiyetine geçiş bakımından kat irtifakının daha önceden kurulmuş olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle kat mülkiyetine geçişte kat irtifakının kurulması ihtiyaridir²⁵. Ancak uygulamada kat mülkiyetine konu yapılaşmalarda büyük oranda öncelikle kat irtifakının kurulmuş olduğu da bir gerçektir. Buna göre, şayet yapılmakta olan veya ileride yapılacak bir yapıya ilişkin KMK m. 14 hükmünce hazırlanan belgelere göre kat irtifakı tesis edilmişse, yapıların tamamlanması sonrası

²³ **AYBAY/SANAL**, s. 29, 30; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 492, dn. 28; **VELİDEDEOĞLU Hıfzı V.**, Medeni Hukuk, İstanbul 1969, s. 364, 365; **ARCAK**, s. 150. Aynı yönde ayrıca bkz. Y. 5. HD., 1.12.1973, 18173/17254 (**ARCAK**, s. 156).

²⁴ **AYBAY/SANAL**, s. 30, 31.

²⁵ **ÖZMEN**, Kat İrtifakı, s. 207.

KMK m. 12 hükmünde belirtilen koşulların yerine getirilmesiyle kat irtifakı kat mülkiyetine çevrilecektir. Kat irtifakının kurulmadığı hallerde ise yapının tamamlanmış olması şartıyla bu kez yine KMK m. 12 hükmündeki koşulların yerine getirilmesiyle doğrudan doğruya kat mülkiyeti tesis edilebilecektir.

Ancak ister kat irtifakı sonrası kat mülkiyetine geçilmiş, isterse doğrudan kat mülkiyeti tesis edilmiş olsun, KMK 12 ve 14. maddelerinde tapuya ibrazı gereken belgeler arasında (bağımsız bölümler, arsa payları ve eklentiler yanında) kapıcı daireleri, sığınaklar veya garaj gibi ortak yerleri de içeren mimari proje yer almaktadır. Bu çerçevede doğrudan doğruya KMK m. 12 hükmüne göre kat mülkiyetine geçişte henüz tapuya ibraz edilmemiş mimari projede ortak yer olarak gösterilmiş bu yerlerin bağımsız bölüm olarak tapuya kaydedilebilmesi için projenin malik ya da paydaşların tümünün rızasına dayalı olarak değiştirilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Bunun yanında yeniden düzenlenmesi gereken projede bağımsız bölümlere ve arsa payına ilişkin gerekli değişikliğin de projeye yansıtılmış olması gerekmektedir.

Önce kat irtifakının kurulduğu ve sonrasında kat mülkiyetine geçişin söz konusu olduğu duruma gelince; kat irtifakının tesisi ile KMK m. 14 hükmüne göre tapu idaresine ibraz edilen projede ortak yer olarak gösterilmiş kapıcı daireleri, sığınaklar veya garaj gibi yerlerin sonradan KMK m. 12 çerçevesinde kat mülkiyetinin tesisi sırasında yine bağımsız bölüme dönüştürülmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira, kat irtifakının kurulması sırasında ibraz edilen proje malik ya da paydaşların ortak iradesiyle oluştuğuna göre, öğretide bazı yazarlarca²⁶ ileri sürüldüğü gibi kat mülkiyetinin tesisine ilişkin resmi sözleşme ile bu iradenin kesinlikle değişmez olduğunu kabul etmek, aynı haklara özgü dilediği gibi tasarruf edebilme yetkisine Kanunun öngörmediği bir şekilde sınırlama getirme anlamını taşımaktadır. Şu halde, kat irtifakının tesisinde ortak yer olarak projede gösterilen kapıcı daireleri, sığınaklar veya garaj gibi yerler, kat mülkiyetine geçişte KMK m. 10 ve 13 hükümleri çerçevesinde malik ya da tüm paydaşların ortak kararını yansıtan resmi sözleşmenin yapılması sırasında, bu kez bağımsız bölüm haline dönüştürüldüğüne ilişkin değişiklik projesinin tapu idaresine ibraz edilmesiyle bağımsız bölüm niteliği kazanabilecektir. Ancak, bu durumda da kat irtifakının tesisi sırasında ortak yer niteliğindeki bu yerlerin kat irtifakına geçişte bağımsız bölüm haline dönüştürülmesi diğer bağımsız bölümlerin de

²⁶ GÖKNAR, s. 45; GERMEÇ, s. 98; ARPACI, s. 21.

arsa payına etki edeceğinden, değişiklik projesinin bu hususları da içermesi gerekecektir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, söz konusu ortak yerlerin bağımsız bölüm niteliğine dönüştürülmesine ilişkin farklı görüşler, kat mülkiyeti kurulurken KMK m. 10 ve 13 hükümlerince tapu memuru tarafından düzenlenen resmi sözleşme sırasında mümkün olup olmadığı hususuna dayanmaktadır. Buna karşılık, kat mülkiyetinin tesisinden ve bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğüne tescilinden sonra, belirttiğimiz nitelikte ortak yerlerin bağımsız bölüm haline dönüştürülmesine ilişkin herhangi bir görüş belirtilmemiştir. Ancak, bu durumda da malik tarafından ya da tüm paydaşların oybirliği ile aldıkları karar sonrası, gerekli proje değişikliğinin yapılmasıyla garajın, kapıcı dairesinin veya sığınanın arsa payı ayrılmak suretiyle bağımsız bölüm olarak tapuya tescilinin mümkün olduğu görüşünderiz²⁷.

C. Toplu Yapılarda Ortak Yer ve Tesislerin Bağımsız Bölüme Dönüştürülmesi

Bu başlık altında, klasik kat mülkiyetinde Kanun'da sayılan ortak yerlerin niteliğinin değiştirilip değiştirilemeyeceği meselesine ilişkin yaşanan tartışmaların, toplu yapılarda blok ortak yerleri için de geçerli olup olmadığına değinmek istiyoruz. Acaba, KMK m. 4/I hükmünde sayılan ortak yerlerin, ya da sayılmamakla birlikte yine “zorunlu” kullanım, korunma ve faydalanma açısından tüm bloktaki kat maliklerinin ortak yeri olması gereken yerlerin (KMK m. 4/son) bağımsız bölüm haline dönüştürülmesi mümkün müdür? Toplu yapılar bakımından ortaya koyacağımız sonuçlardan önce bu hususa ilişkin klasik kat mülkiyeti çerçevesinde ileri sürülen görüşlerin daha ayrıntılı ele alınmasında yarar vardır.

Bu konuda Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kanuni ortak yerler bakımından nitelikleri ve fonksiyonları itibariyle üçlü bir ayırım getirmiştir. Yazarlara göre “**arsa, temeller, ana duvarlar, çatılar, bağımsız bölümleri**

²⁷ AYBAY/SANAL, s. 29, 30; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28; KARAHASAN M. Reşit, Kat Mülkiyeti Hukuku, C.1, İstanbul 2008, s. 75; GERMEÇ, Kat Mülkiyeti, s. 98. Kapıcı dairesinin bağımsız bölüm haline dönüştürülmesi hakkında bkz. Y. 18. HD., 27.5.1995, 6799/7639 (KARAHACIOĞLU, s. 100, 101). Aynı yönde Y. 5. HD., 23.10.1989, 2902/20831, (KARAHASAN, s. 711). Sığınanın bağımsız bölüme dönüştürülmesi hakkında bkz. Y. 18. HD., 13.6.1995, 6096/7026 (KARAHACIOĞLU, s. 101).

ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, giriş kapısı, antre ve merdivenler, kanalizasyon tesisatı” binanın mevcudiyeti için zaruri olan şeylerden sayılmış ve bu yerlerin her binada zorunlu olarak ortak yer niteliğinde olduğu belirtilmiştir²⁸. İkinci grupta yer alan **“kalorifer daireleri ve kalorifer tesisatı, çöp kanalları, su, havagazı, elektirik tesisatının ana hatları, sıcak ve soğuk hava tesisatı, asansörler, sahanlıklar, koridorlar, bacalar, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri”** ise mevcudiyetleri halinde nitelikleri gereği binanın bütününe hizmet eden şeyler olarak belirtilmiş ve bunların var olması halinde ortak yerlerden olduklarının kabul edilmesi gerektiği, ancak aksinin de taraflarca kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir. Yazarlar buna örnek olarak da, iki katlı bir binada asansör veya yangın merdivenin sadece ikinci kata hizmet etmesi ve bu sebeple ikinci katın eklentisi olmasının taraflarca kararlaştırılabilmesini vermişlerdir²⁹. Bu görüşe göre üçüncü grupta yer alan **“umumi tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, umumi çamaşırılık veya çamaşır kurutma yerleri, umumi kömürlük veya müşterek garajlar, depolar, telefon, radyo ve televizyon için müşterek şebeke ve anteni, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus ve bağımsız bölümler dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kuyular, sarnıçlar, binanın umumi su depoları, sığınaklar, umumi dam terasları”** ise tahsis edildikleri hizmet nedeniyle binanın bütününe faydalı şeylerden sayılmış ve bunların ortak yer sayılıp sayılmayacağı ancak kat maliklerinin arzularına göre tayin edilebileceği, dolayısıyla bunların ortak yer, eklenti veya bağımsız bölüm olarak kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede yazarlara göre bu yerler bütün kat maliklerinin yararlanmasına tahsis edilmişse ortak yer; bir kat mülkiyetine tahsis edilmişse eklenti; başlı başına kullanılacak ise bağımsız bölüm niteliğindedir³⁰.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir gibi ortak yerlere ilişkin yukarıdaki şekilde bir gruplamaya gitmeyen, ancak benzer düşüncede olan Aybay/Sanal ise, Kanunda nitelikleri gereği ortak yerlerden sayılan yer ve şeylere ilişkin KMK m. 4/I hükmünde yer alan “her halde ortak yer sayılmaları” ifadesinin “tersi kararlaştırılmaz” anlamına gelmediğini ileri sürmüştür³¹. Yazara göre, kullanılan “herhalde” sözcüğü, sayılan yer ve şeylerin ortak yer olup olma-

²⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28.

²⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28.

³⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28.

³¹ AYBAY/SANAL, s. 29, 30.

dığı hususunda bir uyuşmazlık çıkması halinde, bunların ortak yer olduklarına ilişkin yasal bir karine ortaya koymaktadır; ancak bu karineye rağmen, hükümde sayılanların bazıları için tarafların aksine sözleşme yaparak, bunları ortak yer kapsamı dışında bırakmaları mümkündür³².

Buna karşılık öğretide hakim görüş³³ KMK m. 4/I hükmünde sayılan yerlerin ortaklaşa yararlanma için zorunlu bulunması nedeniyle kat maliklerinin bu yerleri ortak yer olarak ayırma yükümlülüğü altında oldukları belirtilmiş, ayrıca, bu düzenlemede belirtilmeyen yerler bakımından ise ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma açısından zaruri (KMK m. 4/son) olduklarının tespiti halinde bunların da zorunlu olarak ortak yer sayılacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu görüşe göre gerek KMK m. 4/I hükmünde sayılan yerler, gerekse KMK m. 4/son kapsamındaki yerler başka tür tahsise konu edilemeyeceğinden, bu yerlerde kat maliklerinin ortak yer dışında bağımsız bölüm ya da eklenti olarak tahsis iradeleri sınırlandırılmıştır³⁴.

Görüldüğü üzere, öğretide ortaya çıkan temel görüş farklılığı KMK m. 4/I hükmünde belirtilen ve “her halde ortak yer” sayılacağı ifade edilen bir takım yerlerin bağımsız bölüm (ya da eklenti) niteliğini kazanıp kazanmayacağı konusunda yaşanmaktadır. Aslında, klasik kat mülkiyeti bakımından ifade edilen ve söz konusu görüşler çerçevesinde şekillenen tartışmanın, bugün için toplu yapı bünyesinde yer alan Kanuni ortak yerler bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Zira, KMK m. 4/I hükmünde sayılan yerler, acaba toplu yapı bünyesinde yer alan blok yapıların zorunlu ortak yeri niteliğinde midir? Ya da, söz konusu düzenlemede sayılmamasına rağmen, blokta yer alan ve ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma açısından zaruri (KMK m. 4/son) olan yerlerin niteliğinin değiştirilmesi mümkün müdür? Bu soruların cevabına geçmeden önce, şu hususu bir kez daha hatırlatmakta yarar görüyoruz. Konuya ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler, KMK m. 4 hükmünde öngörülen ortak yerlerin, tek parsel tek anayapıdan oluşan klasik kat mülkiyeti bakımından niteliğinin değiştirilip değiştirilemeyeceğine ilişkindir. Biz ise, toplu yapı bünyesindeki blokların Kanun gereği sahip olduğu ortak yerleri az yukarıda blok yapının oturduğu zemin kapsamında

³² AYBAY/SANAL, s. 30.

³³ ÖZMEN Saba, Kat Mülkiyetinde Bahçenin Niteliği ve Ortak yer-Eklenti Ayırımı İçerisindeki Yeri, TBBD, 1990/I, s. 75-78; ARPACI, s. 33-37; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 162, 163; KARAHASAN, s. 71; GÖKNAR, s. 45; ARCAK, s. 148, 149; GERMEÇ, s. 97; KARAHACIOĞLU, s. 82.

³⁴ ÖZMEN, Ortak Yer-Eklenti, s. 75; GERMEÇ, s. 97.

olma ile sınırlandırmıştık. Dolayısıyla, aşağıdaki açıklamalarımızı da, KMK m. 4 hükmünde sayılan ve Kanun gereği blok yapı bünyesinde yer alan ortak yerler bakımından ele alacağız.

Az önce değindiğimiz tartışmaların hareket noktası KMK m. 4 hükmü olmakla birlikte, zorunlu ortak yerlerden olduğu ifade edilen yerlerin hangi zaman diliminde aksinin kararlaştırıp kararlaştırmayacağı hususuna yine hiç değinilmemiştir. Acaba, zorunlu ortak yer sayıldığı için aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı belirtilen yerlerin, kat irtifakının kurulması aşamasında mı, yoksa kat mülkiyetine geçiş sırasında mı aksi kararlaştırılmayacaktır? Yoksa, bir kez kat mülkiyeti kurulmuşsa, sonradan bu gibi yerlerin artık bağımsız bölüm ya da eklenti haline getirilmesinin mümkün olmadığı mı ifade edilmek istenmiştir? Öyle sanıyoruz ki, KMK m. 4/I hükmünde belirtilen bazı yerlerin zorunlu ortak yerlerden sayılıp sayılmayacağına ilişkin yapılacak ayırım yanında, kat mülkiyeti tesisi ve sonrasına ilişkin zaman diliminin de ele alınması, bu konudaki farklı düşüncelerin giderilmesinde oldukça önem taşımaktadır. Zira söz konusu bazı ortak yerlerin her ne kadar Kanun'da "her halde" ortak yerlerden sayılacağı ifade edilmişse de, bu yerlere ortak yer niteliğini veren ve KMK m. 4/I kapsamına sokan yine kat maliklerinin ortak iradesidir. Acaba böyle bir irade, daha kat irtifakı kurulurken, kapıcı daireleri, sığınaklar, garaj, depo, teras, çamaşır kurutma ya da asma yeri gibi blok kapsamındaki yerleri, KMK m. 14 hükmüne göre ibrazı gereken belgelerden olan mimari proje ya da vaziyet planında ortak yer olarak göstermesine rağmen, kat mülkiyetine geçişte bu yerlerin niteliğini değiştiren yeni bir irade ortaya koyulamayacak mıdır? Aynı şekilde, kat mülkiyetine geçişte KMK m. 12 hükmüne göre ibrazı gereken belgelerde söz konusu yerler ortak yer olarak gösterilmekle birlikte, sonradan imar hukuku kuralları çerçevesinde gerekli şartlar yerine getirilerek, kat maliklerinin tümünün iradesine uygun bir biçimde aksinin kararlaştırması mümkün görülmeyecek midir?

Dikkat edilirse yaptığımız açıklamalarda daima "bazı ortak yerler" kavramını kullandık. Dolayısıyla, toplu yapıda blok yapı bünyesindeki KMK m. 4/I hükmünde sayılanlardan bazıları, ortaklaşa kullanma, korunma ve yararlanma için zorunlu olduklarından, hüküm altına alınmamış olmasaydı dahi ortak yer olma nitelikleri kesinlikle değişmeyecekti³⁵. Örneğin, blok yapıya

³⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28; ÖZMEN, Ortak Yer-Eklenti, s. 76; ARPACI, s. 34; GERMEÇ, s. 97, 98.

ait temeller, ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar, anayapıya ait çatı, giriş kapıları, kalorifer, kanalizasyon, su, elektrik tesisleri gibi yer ve şeyler yapısal özellikleri ve nitelikleri gereği her halde blok ortak yeri sayılacaklardır. Dolayısıyla blok ya da parsel kat maliklerinin bu gibi yerleri, oybirliği ile alacakları bir kararla dahi bağımsız bölüm haline dönüştürmeleri (veya bağımsız bölüme eklenti olarak özgülemeleri ya da toplu yapı ortak yer haline getirmeleri) nitelikleri gereği mümkün değildir.

Buna karşılık, söz konusu düzenlemede her halde ortak yerlerden olduğu ifade edilen ancak aynı zamanda niteliği gereği başlı başına kullanılmaya elverişli olma özelliği de bulunan kapıcı daireleri, sığınaklar, garaj, depo, teras, çamaşır kurutma ya da asma yerleri gibi yerler KMK m. 4/I hükmünde sayılan yerlerden olmakla, zorunlu ortak yer haline getirildiği ve bu gibi yerlere ilişkin kat maliklerinin tahsis iradelerinin kesin bir şekilde sınırlandırılmış olduğu fikrine de katılmak mümkün değildir.

Gerçekten klasik kat mülkiyetine ilişkin açıklamalarımızda ifade ettiğimiz gibi toplu yapılarda da, kat mülkiyeti kütüğündeki gerekli tescil ya da yazımların temelini, tüm paydaşların imzalarını içeren, bu nedenle de ortak iradeyi yansıtan KMK m. 12 (ve kat irtifakında KMK m. 14) hükmü uyarınca tapuya ibrazı gereken belgeler teşkil etmektedir. Dolayısıyla, kural olarak blok yapı bünyesindeki bir yerin bağımsız bölüm, eklenti ya da ortak yer olup olmadığı hususunda çıkacak uyuşmazlıklarda onaylı mimari proje ve yönetim planı esas alınacaktır³⁶. İşte bu belgelerde şayet bir yer ortak yer olarak gösterilmişse, KMK m. 4/I hükmünde sayılsın sayılmasın, ya da KMK m. 4/son hükmüne göre ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma açısından zaruri olsun olmasın o yerin blok ortak yeri niteliğinde olduğu konusunda herhangi bir tereddüde yer yoktur. Nitekim söz konusu belgelerde ortak yer olarak gösterilen bir yerin tapuda yapılan resmi sözleşme sırasında her nasılsa bağımsız bölüm olarak tescil ya da eklenti olarak tahsis edilmiş olması ihtimalinde, mimari proje ve yönetim planına aykırı böyle bir işlem hükümsüz sayılacaktır³⁷.

Ancak diğer taraftan, kat irtifakı kurulurken söz konusu belgelerde blok ortak yeri olarak gösterilmiş KMK m. 4/I hükmünde sayılan bazı yerlerin kat

³⁶ HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 162; KARAHASAN, s. 71.

³⁷ Bkz. YHGK., 28.1.1976, 1974-5-758/127 (YKD., 1976, s. 792). Ayrıca bkz. TEKİNAY, s. 22, 23, dn. 27.

mülkiyetine geçiş sırasında, paydaşların rızası bulunsa ve imar hukuku hükümleri çerçevesinde gerekli plan ve proje değişiklikleri yapılsa dahi niteliğinin kesinlikle değiştirilemeyeceğini ileri sürmek, o yerleri ortak yer yapan kat maliklerinin iradelerinin yok sayılması anlamına gelecektir. Aynı şekilde, kat mülkiyeti tesis edilirken bir kez blok ortak yeri olarak gösterilmiş yerlerin, sonradan parsel kat malikleri kurulu kararı ile ve imar hukuku hükümleri çerçevesinde yapılan değişikliklerle dahi niteliklerinin değiştirilemeyeceği ileri sürülemez. Örneğin, kat irtifakının tesisinde blokların her birinde sığınak ya da kapıcı dairesi olarak gösterilen birden fazla yerin, sonradan kat mülkiyetine geçiş sırasında, fazla olduğu düşünülerek tüm parsel kat maliklerinin iradesi ve gerekli proje değişikliği ile bağımsız bölüm haline getirilmesi ya da kat mülkiyetinin tesisinde blok kömürlüğü olarak gösterilen bir yerin, doğalgaz sistemine geçiş ve her bağımsız bölümün kendine ait ısınma sistemine sahip olması sonrasında, yine tüm parsel kat maliklerinin onayı ve gerekli proje değişikliği ile bağımsız bölüm haline getirilmesi niçin mümkün görülmesin? Dikkat edilirse, ifade etmiş olduğumuz ortak yerlerin bağımsız bölüm haline dönüştürülmesinde, sadece o blok kat maliklerinin rızası yerine tüm parsel kat maliklerinin oybirliğine işaret ettik. Zira, söz konusu yerlerin bağımsız bölüme dönüştürülmesi ile bu yere de arsa payının verilmesi gerekecek, bu ise sadece o blok kat maliklerinin değil, tüm parselde yer alan bağımsız bölümlerin arsa payına etki edeceğinden oybirliği zorunludur (KMK m. 44).

Ancak, tekrar belirtmek gerekirse, kat maliklerinin, niteliği elverişli olsa dahi her türlü blok ortak yerinin niteliğini değiştirebilme yönündeki iradelerinin de sınırsız olduğu düşünülmemelidir. Zira taraflarca başka türlü tahsis etme iradesi bulunsa dahi, bu konudaki asıl sınırı, “ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri yerler ve şeyler”in zorunlu ortak yerlerden sayılacağını ifade eden KMK m. 4/son hükmü belirlemektedir. Kanaatimizce de blok ortak yerlerinin niteliğinin değiştirilip değiştirilemeyeceği meselesindeki asıl çözüm, (bir yönüyle yerinde bir yönüyle eksik de olsa) KMK m. 4/son hükmünde yer almaktadır. Hatta, blok yapılar bakımından da geçerli olan KMK m. 4/I. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde kazüistik metotla ortak yerlere ilişkin yapılan sayım, özellikle bazı yerler bakımından çözümsüzlüğü de beraberinde getirmektedir.

KMK m. 4/son hükmü *yerindedir*, zira ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri yerler ve şeyler her halde ortak yerdir, aksi kararlaştırı-

lamaz. Örneğin, öğretide savunulan görüşün³⁸ aksine, blok yapı bünyesindeki asansörün, merdivenlerin, bacaların, yağmur oluklarının ya da bu gibi yerlerin bağımsız bölüm ya da eklenti niteliği kazanmaları kesinlikle mümkün değildir. Ancak bu, söz konusu görüşü kabul etmeyen yazarlarca ileri sürüldüğü gibi³⁹ bu nitelikteki yerlerin KMK m. 4/I hükmünde açıkça ortak yerlerden sayıldığı için değil, KMK m. 4/son uyarınca ortak kullanım, yararlanma veya faydalanmaya tahsis edilmiş ve/veya tahsis edilmesi zorunlu yerlerden olduğu içindir.

Diğer taraftan KMK m. 4/son hükmü yerinde bir hüküm olmakla birlikte bazı yönlerden *eksiktir*; zira bazı blok yapıdaki ortak yerler niteliği itibarıyla bağımsız bölüm (ya da eklenti) olma özelliğini taşımasına ve ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olmamasına rağmen yine de kat maliklerinin mimari proje ve yönetim planı değişikliği ile aksini kararlaştırmalarını engelleyen bir başka düzenleme hükmü bulunabilir. Örneğin, İmar Kanunu m. 37 hükmünce çıkarılan Otopark Yönetmeliği⁴⁰ kat mülkiyetine konu belli nitelikteki yapılaşmalarda, parseldeki bir alanın ya da blok yapı bünyesindeki yerin otopark alanı olarak ayrılması zorunluluğu getirilmekte, yine İmar Kanunu m. 36 ve 44 hükümlerince hazırlanan Sığınaklarla İlgili Yönetmelikle⁴¹ de belli inşaat alanı ve bağımsız bölümden oluşan yapılaşmalarda bazı özellikleri taşıyan sığınak yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Şu halde, söz konusu düzenlemeler kapsamında yer almakla, zorunlu ortak yer haline gelen blok yapı bünyesindeki otopark ya da sığınakın kat maliklerinin rızası bulunsa dahi niteliklerinin değiştirilmesi hukuken mümkün değildir. Sonuç olarak KMK m. 4/son bağlamında toplu yapılara özgü olarak blok ortak yerlerinin, blok yapının oturduğu zeminde yer alan ve fakat bağımsız bölümler ve eklentiler dışında kalan, nitelikleri gereği de ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan yer ve şeylerden oluştuğu ifade edilebilir. Dolayısıyla toplu yapıda bloklarda mevcut bu nitelikteki bir yerin bağımsız bölüm haline dönüştürülmesi mümkün değildir; ancak bu kapsam dışındaki yerlerden başlı başına kullanıma elverişli olanlarının, arsa payı verilmek ve parsel kat maliklerinin oybirliği ile karar alınmak suretiyle bağımsız bölüme dönüştürülmeleri mümkündür.

³⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28.

³⁹ ARPACI, s. 34, 35; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 162; KARAHASAN, s. 71; GÖKNAR, s. 45; GERMEÇ, s. 97; KARAHACIOĞLU, s. 82.

⁴⁰ RG., 01.07.1993, S. 21624.

⁴¹ RG., 25.08.1988, S. 19910.

IV. Ortak Yer ve Tesislerin Eklenti Haline Getirilmesi

A. Kat Mülkiyetinde Eklenti Kavramı

KMK m. 2/a hükmüne göre bir bağımsız bölüm dışında olup da doğrudan doğruya o bağımsız bölüme tahsis edilmiş olan yerlere “eklenti” denir. Söz konusu düzenlemede yapılan tanım yanında KMK m. 6/I hükmü nelerin eklenti sayılabileceğine ilişkin örnekler vermiş ve kömürlük, su deposu, garaj, elektrik, havagazı veya su saati yuvaları yahut tuvalet gibi yerlerin yine bağımsız bölüm dışında olmak ve doğrudan doğruya o bağımsız bölüme tahsis edilmek suretiyle eklenti niteliğini kazanacağı ifade edilmiştir. KMK m. 6/I hükmünün devam eden cümlesinde ise eklentilerin ait olduğu bağımsız bölümün bütünleyici parçası⁴² sayılacağı ve bunun doğal sonucu olarak da bağımsız bölüm malikinin eklentilerin de tek başına maliki olacağı belirtilmiştir. Böylece eklentiler, bağımsız bölüm dışında da kat malikine tıpkı bağımsız bölümdeki gibi malik hak ve yetkilerine sahip olma imkanı vermektedir. Yine KMK m. 6/IV. hükmü bağımsız bölümlerin başkasına devredilmesi, kayıtlanması ve kiralanması durumunda eklentilerin de devredilmiş, kayıtlanmış ve kiraya verilmiş sayılacağını düzenleme konusu yapmıştır.

KMK m. 6/I hükmünün açık düzenlemesiyle bir yerin eklenti olarak nitelendirilebilmesi için her şeyden önce onun “bağımsız bölüm dışında” bulunması gerekmektedir. Bu nedenle bloklardaki bağımsız bölümler ya da

⁴² Kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüme öngülenen ve bütünleyici parça sayılacağı ifade edilen eklentilerin TMK m. 684 hükmünde düzenlenen bütünleyici parça hükmünde olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bağımsız bölümle eklenti arasında bütünleyici parça ilişkisine ait koşulların hiçbirinin bulunmaması nedeniyle KMK m. 6/I hükmünde eklentinin bütünleyici parça sayılmasının tamamen yanlış olduğu ve bağımsız bölüme bağlanan eklenti üzerindeki hakkın eşyaya bağlı bir mülkiyet hakkından ibaret olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle bu görüş taraftarlarınca TMK m. 684 hükmünde aranan asıl şeyle bütünleyici parça arasında maddi bir bağlantının bulunmasına ilişkin şartlar karşısında, özellikle kömürlük depo gibi bağımsız bölümle maddi bağlantısı bulunmayan yerlerin eşya hukukuna özgü teknik anlamıyla bütünleyici parça sayılması mümkün değildir. Bkz. **TEKİNAY**, s. 16; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 494; **KARAHASAN**, s. 62; **ERTAŞ**, s. 416, N. 1976. Diğer bir görüşe göre ise KMK m. 6/I hükmünün eklentilerin “bütünleyici parça” olduklarını değil, “bütünleyici parça sayılacaklarını” ifade ettiğinden, eklentiler açısından sıkı maddi bağlılık şartını aramaya gerek yoktur. Dolayısıyla asıl şey ile bütünleyici parça arasındaki bağlılık, aslında KMK m. 6/I hükmündeki eklentilerin bağımsız bölüme tahsis edilmesiyle oluşmakta ve eklentilerin bağımsız bölümün hukuki akıbetine tabi olması nedeniyle de “bütünleyici parça sayılma” durumu ortaya çıkmaktadır. Bkz. **AYBAY/SANAL**, s. 39; **ARPACI**, s. 24-26; **ESMER Galip**, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1998, s. 236.

münferit bağımsız bölümler⁴³ içinde o bölümü tamamlayan ve eklentiye benzer yerler müstemilat olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Buna karşılık, gerek klasik kat mülkiyetinde anayapıdaki gerekse toplu yapılarda blok yapıdaki bağımsız bölümün eklentisi, bloğun oturduğu zemin içinde yer alabileceği gibi (örneğin, bodrum katındaki kömürlükler) parsel kapsamında kalmak koşulu ile bunun dışında (örneğin, parseldeki garaj ya da kömürlükler) bulunması da mümkündür⁴⁵. Şayet eklenti, parsel içinde ancak blok yapının veya münferit bağımsız bölümün oturduğu zeminin dışında yer almakta ise, bunun vaziyet plan ve projesinde ya da kadastro planında, kadastro planı henüz yapılmamışsa tapu haritasında gösterilmesi gerekmektedir (KMK m. 6/II). Buna karşılık blok içinde yer alan eklentilerin sadece mimari projede gösterilmesi ve özgülendiği bağımsız bölümün beyanlar hanesine yazılması yeterlidir⁴⁶. Dolayısıyla bunların ayrıca vaziyet planında ya da kadastro planında veya tapu haritasında yer alması gerekmez.

⁴³ Toplu yapılarda, parselde birer katlı birbirine bitişik ya da ayrı olarak inşa edilmiş müstakil evler veya tasdikli inşaat projesine göre yapılmış birer katlı sanayi çarşısı, pasaj, motel gibi başlı başına kullanmaya elverişli bölümlerden her biri için, “münferit bağımsız bölüm” terimi kullanılmaktadır. Kavram için bkz. **ÖZMEN**, Kat İrtifakı, s. 32,33; **ŞENGÜL**, s. 33.

⁴⁴ **ÖZMEN E. Saba**, Kat Mülkiyetine Bağlı Eklentiler ve Bu Konudaki Taahhüt İşlemlerine Yönelik Hükümün Temelsizliği, Adalet Dergisi, Yıl: 81, Temmuz-Ağustos1990, S. 4, s. 31; **ARCAK**, s. 181; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 161. Örneğin, su deposu, kömürlük, odunluk gibi yerler bağımsız bölümün içinde yer almakta ise bunlar eklenti sayılamayacaktır. Bkz. **ARPACI**, s. 27. Aynı şekilde, başka yerden girişi olmayan ve sadece bir bağımsız bölümün içinden girilebilen bodrum katı veya bir dükkanın arkasındaki depo ya da bir mağazanın asma katı da o bağımsız bölümün müstemilatından sayılacağından eklenti niteliğinde değildir. Bkz. **GÖKNAR**, s. 54.

⁴⁵ **TEKİNAY**, s. 15. Bir bağımsız bölümün kendisine tahsis edilmiş birden fazla eklentisi bulunabilir. Örneğin bir bağımsız bölüme hem garaj hem kömürlük eklenti olarak bağlanabilir. Ancak, bir eklentinin birden fazla bağımsız bölüme tahsis edilemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre her ne kadar KMK m. 6/I hükmünde eklentilerin sadece bir bağımsız bölüme bağlanabileceği belirtilmişse de kömürlük, garaj, su deposu gibi yerlerin birkaç bağımsız bölüme tahsis edilmesinde herhangi bir sakınca görülmemelidir. Bkz. **AYBAY/SANAL**, s. 40; **GÖKNAR**, s. 55; **ODYAKMAZ**, s. 133. Eklentiye ilişkin KMK m. 6/I hükmünde yer alan “bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan...” şeklindeki ifadeden hareket eden bazı yazarlar ise bir eklentinin birden fazla bağımsız bölüme tahsisinin mümkün olmadığı görüşündedir. Bkz. **ARCAK**, s. 185; **ÖZMEN**, Eklentiler, s. 31, 32; **ARPACI**, s. 28; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 161. Görüşlerin değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. **ŞENGÜL**, s. 209, 210.

⁴⁶ **REİSOĞLU**, s. 39; **ARPACI**, s. 27; **AYBAY/SANAL**, s. 40.

B. Ortak Yer ve Tesislerin Eklentiye Dönüştürülmesi

Uygulamada bir bağımsız bölümün eklentisinin diğerine verildiği ya da hiç eklenti verilmediği şeklindeki uyumsuzluklar yanında, hangi yerlerin eklenti olarak bağımsız bölümlere tahsis edilebileceği biçimindeki uyumsuzluklara sıklıkla rastlanmaktadır. Öncelikle şu hususu ifade edelim ki, KMK 2/a hükmünde tanımı yapılan ve 6/I. fıkrasında ise örnek vererek “kömürlük, su deposu, garaj, elektrik, havagazı veya su saati yuvaları yahut tuvalet gibi” yerlerin eklenti olabileceğini ifade eden Kanun koyucu, bu sayılanlar dışındaki yer ve şeylerin de eklenti sayılabileceğini, hükümde yer alan “gibi” sözcüğü ile belirtmiştir. Acaba, KMK m. 6/I hükmünde sayılanlara benzer nitelikteki yerlere de, bir bağımsız bölüme tek başına kullanılmak üzere tahsis edilmeye eklenti niteliğinin verilmesi mümkün müdür? Eklentilerin ve özellikle de depoların KMK m. 6/I hükmünde yer almamakla birlikte, bağımsız bölüm ya da ortak yer haline dönüştürülme yanında, eklenti olarak bağımsız bölümlere tahsis edildiği çokça görülmektedir. Ancak hal böyle olmakla birlikte öğretide KMK m. 6/I hükmünde sayılmayan yerlerin eklenti olarak bağımsız bölüme özgülenmesi hususunda bir görüş birliği de bulunmamaktadır.

Arpacı'ya göre, KMK m. 4 hükmünde mutlaka ortak yerlerden sayıldığı belirtilen yerler yanında, bu sayılanlar dışında kalmakla birlikte KMK m. 4/son fıkrada ortak yerlerden olduğu belirtilen ve ortaklaşa kullanma, korunma ve faydalanma için zaruri olan diğer yer ve şeylerin de eklenti niteliği kazanmaları mümkün değildir⁴⁷. Yazara göre, şayet kat mülkiyetine tabi taşınmaz üzerinde bütün kat maliklerinin faydalanabilecekleri “bahçe, çiçeklik, oyun yeri, otomobil park yeri” gibi yerler ayrıca yoksa, bu gibi yerlerin eklenti olarak bir bağımsız bölüme tahsis edilmesi KMK m. 4/son hükmüne aykırılık teşkil etmektedir; buna karşılık bu gibi yerler birden fazla ise bunların eklenti olarak bağımsız bölümlere tahsisi mümkündür⁴⁸. KMK m. 4 hükmünde belirtilen ve zorunlu olarak ortak yer sayılan yerlerin eklenti niteliği taşıyamayacağını ileri süren Özmen ise, bu kapsamda olmayan ancak KMK m. 6/I hükmünde de ifade edilmeyen yerlerin eklenti niteliğini kazanabilmesi bakımından Arpacı'dan farklı düşünmektedir⁴⁹. Özmen, bu konu-

⁴⁷ ARPACI, s. 29.

⁴⁸ ARPACI, s. 29, 30.

⁴⁹ ÖZMEN, Eklentiler, s. 32, 33; ÖZMEN, Ortak Yer-Eklenti, s. 85, 86.

daki asıl çözümün “yukarıda sayılanlar dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (ortak yer) konusuna girer” şeklindeki KMK m. 4/son hükmünde bulunduğunu belirterek, ortak yer olarak açıkça sayılmasa da bu kapsama giren yerlerin de zorunlu olarak ortak yerlerden olduğunu ve bu gibi yerlerin eklenti olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁵⁰. Ancak yazara göre, tek olan şeylerin ortaklaşa kullanım, faydalanma, yararlanma ve korunma için zaruri oldukları gibi bir sonuç da doğru değildir. Bu nedenle bahçe, çiçeklik, oyun yeri, otomobil park yeri gibi yerlerin tek olduğu durumda dahi eklenti olarak bir bağımsız bölüme tahsis edilmesi mümkündür⁵¹.

Dikkat edilirse her iki görüş de KMK m. 6/I. fıkrasında sayılmayan yerlerin eklenti olarak bir bağımsız bölüme tahsis edilip edilemeyeceği hususunda KMK m. 4 hükmünün sınırları çerçevesinde cevap aramaktadır. Bu bağlamda her iki yazar da KMK m. 4/I hükmünün (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan yerleri, bu Kanun uyarınca zorunlu olarak ortak yerlerden saymakta ve nitelik olarak elverişli olsalar da bu sayılanların eklenti olamayacağını kabul etmektedir. Aynı şekilde, KMK m. 4/I hükmünde sayılmayan yerler bakımından ise, “ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri” olmaları halinde bunların da eklenti olarak bir bağımsız bölüme tahsisinin mümkün olmadığı görüşünde birleşmektedirler. Ancak, her ne kadar söz konusu görüşler klasik kat mülkiyeti bakımından ileri sürülmüşse de, hem söz konusu sitemde hem de toplu yapılarda KMK m. 4 hükmünün bu şekilde katı yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Görüşümüzce söz konusu düzenleme, KMK m. 4/I hükmünde belirtilen yerlerin tümünün veya “ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri” olan (KMK m. 4/son) her türlü yerin kesinlikle eklenti olarak bir bağımsız bölüme tahsis edilemeyeceği şeklinde değil, ortak yer olup olmadığı hususunda çıkan uyuşmazlıklarda bu gibi yerlerin ortak yer sayılacağına ilişkin yasal bir karine ortaya koyduğu şeklinde yorumlanmalıdır⁵². O halde bir yerin eklenti olarak kabul edilebilmesi için, bu karinenin aksini iddia edenin, her şeyden önce tahsis edilen yerin hem hukuki anlamda hem de nitelik itibarıyla eklenti olduğunu ispat etmesi gerekecektir.

⁵⁰ ÖZMEN, Eklentiler, s. 32, 33.

⁵¹ ÖZMEN, Eklentiler, s. 33, 34; ÖZMEN, Ortak Yer-Eklenti, s. 86.

⁵² AYBAY/SANAL, s. 30, 31. Ayrıca krş. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28.

Nitekim, KMK m. 6/I hükmü örnek vererek “kömürlük, su deposu, garaj, elektrik, havagazı veya su saati yuvaları yahut tuvalet gibi” yerlerin eklenti olabileceğini belirttikten sonra ikinci fıkrasında bir yerin hukuki manada eklenti olabilmesi bakımından bazı şekli şartlar öngörmektedir. Buna göre, şayet bir yer eklenti olarak bağımsız bölüme tahsis edilmişse, kat mülkiyetinin kurulması sırasında KMK m. 12/a hükmüne, kat irtifakında ise KMK m. 14 hükmüne göre düzenlenecek mimari projede açıkça yer alması, KMK m. 6/II uyarınca da bu şekilde eklenti haline gelmiş yerin, bağlandığı bağımsız bölümün kütük sayfasının beyanlar hanesine kaydedilerek, anayapının oturduğu zeminin içinde ise planda, dışında ise kadastro planında veya tapu haritasında ayrıca gösterilmesi gerekmektedir.⁵³. Şu halde, eklentilerin, ilgili bağımsız bölümün kat mülkiyeti kütüğü sayfasının beyanlar hanesine yazılmasının, eklenti-bağımsız bölüm ilişkisi bakımından bir kurucu unsur olduğu düşünüldüğünde⁵⁴, KMK m. 6/I kapsamında bir yer olsun olmasın böyle bir yazımın bulunmadığı hallerde, aslanan bu gibi yerlerin ortak yer niteliğinde olduğudur⁵⁵. Aksi durumda ise o yerin

⁵³ Görüldüğü üzere, KMK m. 6/I hükmünde belirtilen ya da bunun dışındaki bir yerin kullanımı, yönetim planı ya da kat maliklerinin oybirliği ile almış oldukları karar uyarınca belli bir bağımsız bölüm malikine bırakılmış olsa dahi, beyanlar hanesine yazım olmadıkça o yerin eklenti olduğundan söz edilmez. Zira bu hallerde bağımsız bölüm için öngörülen “kullanım hakkı” gerek içerik ve nitelik, gerekse hukuki yapı itibariyle eklentiden tamamen farklıdır. Buna göre eklenti üzerindeki hak, KMK m. 6/I hükmünün ifadesiyle “bağımsız bölümün bütünleyici parçası sayılmakla” onunla birlikte bir aynı hak niteliğinde iken, kullanım hakkının yönetim planında bir bağımsız bölüme verilmesi ise o bağımsız bölüme ilişkin, ortak yarar için gerekli olan durumlarda sınırlandırılabilen veya kaldırılabilen bir kişisel hak niteliğindedir. Bkz. **GERMEÇ**, s. 160. Kat mülkiyetine konu parsel üzerindeki otoparkın, kat maliklerinin aralarında yapmış oldukları sözleşme çerçevesinde kullanım hakkını kat maliklerinden birine özgülemelerine ilişkin hüküm ve sonuçlar hakkında ayrıca bkz. **YILMAZ** Halil, Kat Mülkiyeti Yasasının Uygulanması Bağlamında Otopark Sorunu, THD, Yıl: 2, S. 10, Haziran 2007, s. 56, 57. KMK m. 4 ve 16 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, ortak yerlerin kullanım hakkının yönetim planı ya da borç doğuran bir sözleşme ile bir bağımsız bölüme tahsisine ilişkin anlaşmaların sınırsız sayılamayacağı, zira bir yerin ortaklaşa yararlanma hususunda zorunlu olduğunun açık olması durumunda, bunun sözleşme ile kat maliklerine tahsisinin mümkün olmayacağı yönünde ayrıca bkz. **ÖZMEN**, Ortak Yer-Eklenti, s. 83.

⁵⁴ **ERTAŞ**, s. 416, N. 1975; **KARAHASAN**, s. 62. Eklentilerin kadastro planı veya tapu haritasında gösterilerek beyanlar hanesine yazımının, eklentiler bakımından eşya hukukuna ilişkin aleniliği sağladığı, böylece KMK m. 9 hükmünün atfıyla EMK m. 929 (TMK m. 1021) çerçevesinde, hakların kapsamını belirleme açısından tamamlayıcı nitelikteki (evraki müsbite) bu belgelere dayanarak bağımsız bölüm mülkiyet hakkının kapsamının eklentileri de içerir şekilde tayin edilebileceği hususunda ayrıca bkz. **ÖZMEN**, Ortak Yer-Eklenti, s. 82.

⁵⁵ **ESMER**, s. 236, 237; **TEKİNAY**, s. 19; **ÖZMEN**, Ortak Yer-Eklenti, s. 81. Aynı yönde bkz. Y. 5. HD., 22.10.1973, 15626/14919 (**KARAHACIOĞLU**, s. 147).

bağlandığı bölümün eklentisi olduğu yönündeki şekli şartı taşıdığı kabul edilmelidir.

Diğer taraftan KMK m. 6/I hükmü dışındaki bir yerin eklenti sayılabilmesi için, bunun ayrıca nitelik itibariyle de eklenti olabilme özelliğini taşıması gerekir. Bu çerçevede, KMK m. 6/I dışında kalan ancak, KMK m. 4/I hükmünde de ortak yerlerden sayılmayan bahçe, çiçeklik, oyun yeri, otomobil park yeri, basket, voleybol veya tenis sahaları gibi yerler nitelikleri gereği bir bağımsız bölüme tahsisi mümkün olan yerlerdendir⁵⁶. Örneğin, kat mülkiyeti kurulurken ya da sonrasında tüm blok kat maliklerinin iradesine dayalı olarak blok yapı bünyesindeki ortak garajın bölümlere ayrılarak bağımsız bölümlere tahsisi mümkün görülmelidir⁵⁷. Bu gibi yerler yukarıda belirttiğimiz şartlar çerçevesinde hukuki anlamda bir kez eklenti olarak kabul edilmişse, görüşümüzce bunların tek ya da birden fazla olma özelliği önemli olmadığı gibi, KMK m. 4/son uyarınca sonradan bunların “ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri” oldukları gerekçesiyle ortak yerlerden sayıldıkları da her durumda ileri sürülemez. Tek ya da birden fazla olma özelliği *önemli değildir*, zira KMK m. 4/son hükmü nicelik soru-

⁵⁶ **AYBAY/SANAL**, s. 40; **ÖZMEN**, Eklentiler, s. 33.

⁵⁷ Nitekim Yargıtay uygulamasına baktığımızda da KMK m. 4/I hükmünde “her halde” ortak yerlerden olduğu belirtilen yerlere ilişkin somut uyumsuzluk çerçevesinde çözüm arandığı görülecektir. Örneğin, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “merdiven boşluklarının KMK 4. maddesi uyarınca ortak yerlerden olup, nitelikleri gereği mimari projesinde yer almadığı sürece” eklenti olamayacakları belirtilmiş (Y. 18. HD., 1.7.1996, 6187/6531 (**KARAHACIOĞLU**, s. 99)), başka bir kararında ise “davalının diğer tüm paydaşların onayını almadan ve proje değişikliği yapmadan kapıcı dairesine arsa payı tahsis etmek suretiyle kendi adına tescil ettirmeleri yasaya aykırıdır” şeklinde hüküm tesis etmiştir (Y. 18. HD., 27.5.1995, 6799/7639 (**GERMEÇ**, s. 109)). Yine Yargıtay başka bir kararında “sığınacağın bağımsız bölüme dönüştürülmesi (ve tapuya tescili) yoluyla gerçekleştirilen proje değişikliğinin tüm kat maliklerinin onayına dayanmadığı saptandığından, bu bağımsız bölümün tapusunun iptalinin” gerekeceğini belirtmiş (Y. 18. HD., 13.6.1995, 6096/7026 (**KARAHASAN**, s. 68, dn. 34)), diğer bir kararında da “anagayrimenkulün mimari projesi usulüne uygun bir biçimde değiştirilip, davaya konu boşluklar birer bağımsız bölüm niteliğine getirilerek ya da davacılara tahsis edilen bağımsız bölümlere katılarak ve arsa payları bu surette yeniden düzenlenmeden bu yerlerin davacılar adına tesciline yasal olanak bulunmamaktadır” ifadesine yer vermiştir (Y. 18. HD., 16.2.1995, 345/72009 (**GERMEÇ**, s. 111)). Dikkat edilirse Yargıtay, özellikle nitelikleri gereği bağımsız bölüm ya da eklenti olabilecek yerler bakımından KMKm. 4/I hükmünü, öğretideki bazı yazarlar gibi katı yorumlamamış ve bu gibi yerlerin herhalde ortak yerlerden sayılacağını karine olarak kabul etmekle birlikte, belli şartların yerine getirilmesiyle aksinin kararlaştırılabileceğini de zımni olarak kabul etmiştir. Aynı yönde bkz. **AYBAY/SANAL**, s. 29, 30; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 492, dn. 28. Ayrıca krş. **ARPACI**, s. 34, 35; **ÖZMEN**, Ortak Yer-Eklenti, s. 76, 77.

nuna çözüm üretmediği için, tek olan şeylerin istisnasız ortaklaşa kullanım, faydalanma ve korunma için zaruri oldukları sonucuna varılamaz⁵⁸. Örneğin, anagayrimenkulde tek olan oyun yerinin, aynı parseldeki kahveye eklenti olarak tahsisinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bir kez eklenti olarak kabul edilen yerin, KMK m. 4/son uyarınca sonradan ortak yerlerden sayıldığı da *her durumda ileri sürülemez*, zira bir yerin eklenti vasfını kazanabilmesi kat maliklerinin tümünün rızasına ve yukarıda ifade ettiğimiz hukuki anlamda şekli şartlara bağlıdır ve bu şartların oluşumu tüm kat maliklerinin iradesine dayandığından, böyle bir iradenin varlığı o yerin “ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri” olmadığı açık bir göstergesi sayılmalıdır⁵⁹. Belirttiğimiz husus özellikle münferit bağımsız bölümlerden oluşan toplu yapı uygulamasında önemli bir işleve sahip olacaktır. Zira, parselde yer alan bitişik ya da ayrıklı nizamda inşa edilmiş münferit bağımsız bölümlerin her birinin önünde ve/veya arkasında, kat maliklerinin tümünün rızasına dayalı olarak sınırları belirli eklenti niteliğindeki bahçelerin oluşturulmasında hukuki bir sakınca bulunmadığı gibi, bu şekildeki bir çözümün toplu yapı uygulamasının ve yaşamın olağan gereklerine de uygun olduğu kuşkusuzdur⁶⁰. Aynı şekilde, kat maliklerinin tümünün rızasına dayalı olarak ve beyanlar sütununa yazıyla zemin kattaki restorana, önündeki bahçenin tahsis edilmesi mümkün görülmelidir⁶¹. Ancak, dikkat edilirse ifade ettiğimiz hususların her durum için de geçerli olduğu söylenemez. Örneğin, kat maliklerinin tümünün rızası bulunsa dahi, çok küçük olan bahçenin tamamının restorana eklenti olarak tahsis edilmesi KMK m. 4/son hükmü kapsamındadır ve artık “ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri” olan böyle bir yerin eklenti olarak kabul edilmesi mümkün görülmemelidir⁶².

⁵⁸ ÖZMEN, Eklentiler, s. 33.

⁵⁹ Ayrıca krş. ÖZMEN, Ortak Yer-Eklenti, s. 86.

⁶⁰ ÖZMEN, Ortak Yer-Eklenti, s. 86, 87.

⁶¹ Nitekim Yargıtay da önceleri KMK m. 4/I hükmünde sayılamamakla birlikte, KMK m. 4/son hükmüne göre ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri yerlerden olduğundan hareketle bahçenin eklenti olarak paydaşlar arasında bölünmesinin mümkün olmadığı görüşündeydi. Örneğin bkz. Y. 5. HD., 14.6.1982, 6288/6247 (ARCAK, s. 164). Ancak son yıllarda vermiş olduğu kararlarında bahçenin bölümlere ayrılarak bağımsız bölümlere özgülenmesinde herhangi bir sakınca görmemektedir. Örneğin, “... bahçenin bir bölümünün eklenti olarak 12 no’lu bağımsız bölüme tahsis edilmiş bulunmasına göre, eklenti şerhinin beyanlar hanesinden iptaline ilişkin istemin reddinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” şeklindeki karar için bkz. Y. 18. HD., 25.5.2000, 5637/6514 (KARAHACIOĞLU, s. 135, 136).

⁶² ÖZMEN, Eklentiler, s. 33.

“Aşağıda yazılı yerler ve şeyler bu Kanun gereğince her halde ortak yer sayılır” şeklinde düzenleme getiren KMK m. 4/I hükmünde (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan yerlerin eklenti olabilme niteliğine gelince; söz konusu düzenlemede zorunlu olarak ortak yerlerden sayılan temellerin, duvarların, antrenin ya da merdiven gibi yerlerin nitelikleri gereği elbette ki eklenti olarak bir bağımsız bölüme tahsisinden söz edilemez⁶³. Ancak, “herhalde ortak yerlerden sayılır” şeklindeki ifadeden hareket ederek KMK m. 4/I hükmünde tek tek belirtilen yerlerin tümünün de zorunlu ortak yerlerden sayıldığı görüşünde değiliz. Örneğin KMK 4/I hükmünün (a) bendi kapsamındaki kuyunun zorunlu ortak yerlerden sayıldığı ve bir bağımsız bölüme eklenti olarak tahsis edilmesinin kesinlikle mümkün olmadığı söylenememelidir⁶⁴. Bu çerçevede, bir kimsenin kendi arazisi üzerinde inşa ettiği on adet münferit bağımsız bölümden oluşan toplu yapı uygulamasında, kat mülkiyetinin kurulması sırasında arazide bulunan kuyuyu ileride kendisinin kullanacağı münferit bağımsız bölümlerden birinin beyanlar sütununa yazıyla eklenti olarak tahsis etmesi mümkün görülmelidir. Bu kimsenin sonradan tüm bağımsız bölümleri başkalarına satması ihtimalinde, kat maliklerinin, münferit bağımsız bölümü, eklentisi olan kuyu ile birlikte satın alan kişiye karşı, KMK m. 4/I hükmünde zorunlu ortak yerlerden sayıldığı gerekçesiyle, eşya hukukunun temel prensipleriyle de çelişir bir biçimde bu yerin eklenti olamayacağını ileri sürmelerinin kabul edilebilir olduğunu söylemek güçtür. Sonuç itibarıyla KMK m. 4/I hükmünde belirtilen yerleri, bu Kanun uyarınca zorunlu ortak yerlerden saymak suretiyle, nitelik olarak elverişli olsalar da eklenti olamayacaklarının ifade edilmesinin, yukarıda verdiğimiz örnekte de görüldüğü gibi KMK m. 4 hükmünün katı şekilde yorumu olduğu görüşüdeyiz⁶⁵.

⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28; TEKİNAY, s. 19.

⁶⁴ Nitekim Tekinay da, taşınmaz bakımından korumaya, ortaklaşa kullanma ve yararlanmaya hizmet eden yerlerin KMK m. 4 hükmünde, örneğin “genel tuvalet, genel kömürlük, ortak garajlar” gibi sözcüklerle ifade edildiğini, ancak bu gibi yerlerin genel ve ortak ihtiyaçlar için değil de bağımsız bölümlerden birine tahsis edilmesi durumunda artık ortak yerden değil eklentiden bahsetmek gerektiğini belirtmiş ve bu konuda kömürlüğün, çamaşır kurutma yerinin veya garajın eklenti olarak bir bağımsız bölüme tahsisinin mümkün olduğunu ifade ederek KMK m. 4 hükmünde sayılan bazı yerlerin eklenti olabileceğini kabul etmiştir. Bkz. TEKİNAY, s. 19. Aynı yönde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 492, dn. 28.

⁶⁵ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, bütün kat maliklerinin rızası olmadıkça otoparkın bağımsız bölümlerden birine, sonradan ve hangi nedenle olursa olsun mahkemece eklenti olarak özgülenmesine ve tesciline karar verilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Y. 18. HD., 13.5.2003, 3088/3954 (YILMAZ, s. 57). Şu halde, söz konusu kararına aksiyle yo-

Sonuç

Kat Mülkiyeti Kanunu klasik kat mülkiyeti yanında toplu yapılara ilişkin getirdiği düzenlemelerde ortak yer ve tesislerin nelerden oluştuğunu düzenleme konusu yapmaktadır (KMK m. 4; m. 67). Ancak, ortak yerlere ilişkin hükümler bir arada değerlendirildiğinde, daha çok nelerin bu nitelikte sayılacağı ve bunlar üzerindeki mülkiyetin paylı mülkiyet olduğu esas üzerinde durulmuştur. Buna karşılık, kat mülkiyetinde ortak yerlere ilişkin nitelik değişikliği meselesi ayrıca düzenlenmemiştir. Hal böyle olmakla birlikte, her iki kat mülkiyeti sisteminde de nitelikleri gereği zorunlu ortak yerler bulunabileceği gibi, bağımsız bölüm veya eklenti özelliği taşıyabilen bazı ortak yer ya da tesislerin ifade ettiğimiz şekillere dönüştürülmesi mümkün görülmelidir. Bu konuda özellikle KMK m. 4 hükmünün katı yorumlanmaması gereğine işaret etmek istiyoruz. Zira, kat mülkiyeti kurmada, söz konusu sistemde nelerin bağımsız bölüm, ortak yer ya da eklenti olarak belirlenebileceği hususunda bağımsız bölüm maliklerine (ya da kat irtifakı sahiplerine) tanınan yetkinin, kat mülkiyetine geçmiş yapılarda da devam etmesi gerektiği açıktır. Bu nedenle, değişik ihtiyaçların sonradan ortaya çıkmasına bağlı olarak, kat maliklerinin tümünün ortak iradesi (oybirliği) ve İmar Kanunu'nunce öngörülen şartların yerine getirilmesi suretiyle bazı ortak yer ya da tesislerin bağımsız bölüme veya eklenti olarak bağımsız bölümlere özgülenmesinin mümkün görülmesi; uygulamanın katı yorumdan uzak bir biçimde bu şekildeki bir nitelik değişikliğine geçit vermesi gerektiği düşüncesindeyiz.

rumundan, KMK m. 4 hükmünde Kanun gereği her halde ortak yerlerden sayılan garaj gibi yerlerin de bütün kat maliklerinin rızasına dayalı olarak bağımsız bölümlere tahsis edilerek her birinin beyanlar hanesine yazımla, bunların da eklenti niteliğini kazanabileceği sonucuna varmak mümkündür.

Yararlanılan Kaynaklar

ARCAK Ali, Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti, Ankara 1983.

ARPACI Abdülkadir, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984.

BAKTIR Selma, Bağımsız Bölüm İlavesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 57, Ocak 1992.

EREL Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, Ankara 2008.

ESMER Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1998.

GERMEÇ Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti-Kat İrtifakı-Devremülk ve Toplu Yapı, Ankara 2008.

GÖKNAR Hikmet, Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1996.

GÜRSOY Kemal T./**EREN** Fikret/**CANSEL** Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.

KARAHACIOĞLU A. Haydar, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2006.

KARAHASAN M. Reşit, Kat Mülkiyeti Hukuku, C.1, İstanbul 2008.

ODYAKMAZ Nevzat A., Uygulamada Kat Mülkiyetinden Doğan Anlaşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara 1975.

OĞUZMAN Kemal, Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre ve Türkiye’de Hazırlanan Kanun Tasarıları Tahlil ve Tenkidi, İÜHF, 1960/1-4, c. XXV (Tasarı Tenkidi).

OĞUZMAN Kemal, Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar, İÜMHAE, Medeni Kanununun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978 (Eşyaya Bağlı Borç).

OĞUZMAN Kemal/**SELİÇİ** Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR** Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

ÖZMEN E. Saba, Kat İrtifakı, Ankara 1997 (Kat İrtifakı).

ÖZMEN E. Saba, Kat Mülkiyetine Bağlı Eklentiler ve Bu Konudaki Taahhüt İşlemlerine Yönelik Hükümün Temelsizliği, Adalet Dergisi, Yıl: 81, Temmuz-Ağustos1990, S. 4 (Eklentiler).

ÖZMEN Saba, Kat Mülkiyetinde Bahçenin Niteliği ve Ortak yer-Eklenti Ayırımı İçerisindeki Yeri, TBBD, 1990/I (Ortak Yer-Eklenti).

ÖZMEN E. Saba/**ERDEN** Hafize, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına ve Kanuna Toplu Yapı İle İlgili Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısının Eklenmesi, İBD 2000, C. 74, S. 10-11-12.

ÖZMEN E. Saba/**KIR** Hafize, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010.

PULAK Murat, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli-Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2009.

REİSOĞLU Safa, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara 1976.

ŞENGÜL Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011.

TEKİNAY S. Sulhi, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1991.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı V., Medeni Hukuk, İstanbul 1969.

YILMAZ Halil, Kat Mülkiyeti Yasasının Uygulanması Bağlamında Otopark Sorunu, THD, Yıl: 2, S. 10, Haziran 2007.

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA KONİŞMENTO VE KONİŞMENTONUN İSPAT KUVVETİ ¹

Yrd.Doç.Dr. Meltem Deniz GÜNER-ÖZBEK*

Özet

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1228-1245'in maddeleri Denizde Taşıma Senetlerini düzenlemektedir. Bu maddelerde ağırlık denizyoluyla eşya taşımada sıklıkla kullanılan geleneksel taşıma senedi konşimentoya verilmiş ancak başta deniz yük senedi olmak üzere denizyoluyla eşya taşımada başka senetlerinde nispeten uzunca zamandır kullanılıyor olması dolayısıyla diğer denizde taşıma senetlerinden de söz edilmiştir. Konşimentonun çeşitli işlevlerinden biri ispat işlevidir. Bu çalışmada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda konşimentonun ispat işlevi incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Denizde taşıma senetleri, Konşimento, İspat Kuvveti, Taşıyanın Kimliği, Lahey- Visby Kuralları, Hamburg Kuralları.

Summary

Turkish Commercial Code (Act No: 6102) regulates Shipping Documents between articles 1228 and 1245. These articles give the importance to the traditional bill of lading that is used most often in the carriage by sea; however, because the sea waybill and other documents have been used for relatively long time other shipping documents are also included in the Code. One of the functions of a bill of lading is evidentiary function. In this article evidentiary function of a bill of lading is examined.

Keywords: Shipping Documents, Bill of Lading, Evidence Function, Identity of Carrier, Hague-Visby Rules, Hamburg Rules

¹ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, 10, 11, 12 Mayıs 2012 tarihinde gerçekleştirilen "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" konulu sempozyumda sunulan tebliğdir.

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti Hukuku, Sigorta Hukuku, Hava Hukuku ve Taşıma Hukuku Öğretim Üyesi.

1. Giriş

Deniz taşımacılığında 14. yüzyıldan beri kullanıldığı zannedilen konişmento günümüzde halen büyük bir öneme sahiptir. Eski Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ve kaynağı 1924 tarihli Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Brüksel Sözleşmesini ("Brüksel Sözleşmesi") iç hukukuna alan Alman Ticaret Kanunu olan hükümler uygulamada konişmento konusundaki gelişmelerin gerisinde kalmıştır. 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 1228-1245'inci maddeleri denizde taşıma senetleri başlığını taşımakta ve uygulamadaki gelişmeleri yansıtan düzenlemeler getirmektedir. Bu çalışmada TTK'da konişmentoya ilişkin yeni düzenleme incelenecektir.

2. TTK'da Denizde Taşıma Senetleri

Gelişen ve değişen ticaret hayatıyla birlikte konişmento yanında başka denizde taşıma senetleri de kullanılmaya başlanmıştır. Bunlar deniz yük senedi (seawaybills), gemi teslim talimatları ("ship's delivery order") ve elektronik konişmento olarak sıralanabilir. Yük senedi² 19'uncu yüzyılda Amerika'da demiryolu taşımasının gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. Gemi teslim talimatı ise 20'inci yüzyılda ortaya çıkan ve esasen dökme yük satıcısının yük daha yük denizdeyken yükün farklı alıcılara satılmasına imkan veren bir belgedir.³ Elektronik taşıma belgeleri⁴ de son yıllarda hızla gelişen elektronik veri değişiminin bir sonucudur.

² Guenter Treitel / F.M.B. Reynolds, Carver on Bills of Lading, 3rd. ed. Sweet & Maxwell, 2011; William Tetley, International Maritime and Admiralty Law (International Maritime Law), sf. 6; Tetley, Marine Cargo Claims, V.2, Thomson/Carswell, sf. 2289- 2377; Thomas J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law, V.1, 2001, sf.624; William Tetley, Waybills: The Modern Contract of Carriage of Goods By Sea, Part I, J. Mar. L. and Com. (1983), 465 vd; Part II, J. Mar. L. and Com. (1984). sf.41 vd.

³ İngiliz Deniz Yoluyla Eşya Taşıma Kanunu (Carriage of Goods by Sea Act 1924) bölüm 1(4). Bu Kanunun 1(4) numaralı bölümü gemi teslim talimatını şöyle tanımlamaktadır: "References in this Act to a ship's delivery order are references to any document which is neither a bill of lading nor a sea waybill but contains an undertaking which:

a) is given under or for the purposes of a contract for the carriage by sea of the goods to which the document relates, or of goods which include those goods; and

b) is an undertaking by the carrier to a person identified in the document to deliver the goods to which the document relates to that person.

⁴ George F. Chandler, Maritime Electronic Commerce for the Twenty-First Century, 22 Tul. Mar. L. J. 463; John Livermore / Krailerk Eurajai, Electronic Bills of Lading: A

TTK'da denizde taşıma senetleri konişmento ve diğer denizde taşıma senetleri olarak ayrılmıştır. Kanunun konişmentonun yer aldığı 4'üncü Kısmının 6'ncı ayırımına ilişkin genel açıklamalarda diğer taşıma senetlerine ilişkin olarak yük senedinden ve 1526'ncı maddede elektronik konişmentodan söz edilmektedir. Diğer denizde taşıma senetleri başlıklı 1242'nci maddede ise taşıyanın taşınacak eşyayı teslim aldığı göstermek üzere düzenlediği konişmentodan başka her tür senedin karine gücünü düzenlemektedir. Deniz yük senedi en sık kullanılan diğer belge olmakla birlikte örneğin İngiliz ve Amerikan hukuklarında *straight bill of lading*⁵, İskandinav hukukunda ise *recta bill of lading*⁶ olarak adlandırılan konişmentolar kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan belgelerdir.

Bundan başka TTK 1526'nci maddesinde hangi belgelerin güvenli elektronik imza ile düzenlenebileceğine yer vermektedir. Buna göre “Konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, stampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla atılabilir...” Güvenli elektronik imza Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Aynı maddenin 1'inci fıkrasındaki senetlerin güvenli elektronik imza ile düzenlenemeyeceği belirtilirken devam eden fıkrada kıymetli evrak niteliğine sahip konişmentonun elektronik imzayla düzenlenmesinin öngörülmesinde Comite Maritime International'ın tavsiye ve düzenlemeleri etkili olmuştur.⁷

3. TTK'da Konişmentonun Tanımı, Niteliği, İşlevi ve Türleri

TTK Eski TTK'dan farklı olarak konişmentonun tanımını yapmıştır. Buna göre “Konişmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir.” TTK'nın 1228'inci maddesinde konişmentonun işlevlerini belirterek yaptığı bu tanım uluslararası işlemlerde hangi taşıma senetlerinin

Progress Report, J. Mar. L. & Com. (1997), sf. 55 vd.; Emmanuel Laryea, Paperless Trade: Opportunities, Challenges and Solutions, Kluwer Law International (2002); Hakan Karan, Elektronik Konişmento, Turhan Kitabevi (2004).

⁵ Schoenbaum, V.1, sf.622; Treitel /Reynolds, sf. 16-17

⁶ Johan Schelin, Documents Under the CMI Draft Instrument on Carriage of Goods By Sea, Scandinavian Studies in Law, (2004) V.46, sf. 193. (<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/46-9.pdf> sayfasından da ulaşılabilir).

⁷ Bkz. 1526'nci madde gerekçesi.

konişmento sayılacağı hangilerinin sayılmayacağı konusundaki tereddütleri gidermek amacıyla getirilmiştir.⁸ Eski TTK’da bir tanım yer almamakla birlikte teori ve pratikte konişmento TTK’dakine benzer bir şekilde tanımlanmıştır.⁹ Bu tarif aynı zamanda emtea senetlerinden olan konişmentonun üç temel işlevini de içermektedir: ispat vasıtası, makbuz, kıymetli evrak.¹⁰

Navlun sözleşmesi -hem çarter hem de kırkambar- bir şekle tabi değildir. Kırkambar sözleşmeleri ya taşınacak eşyanın taşıyan veya acentesine bildirilip taşıyan tarafından eşyanın taşınacağına not edilmesi veya böyle bir not etme olmayan hallerde de yükün teslimi üzerine konişmento düzenlenmesiyle yapılabilir.¹¹ İşte bu halde konişmento aynı zamanda ya navlun sözleşmesini ispat eden bir belge yahut da navlun sözleşmesinin kendisi olabilir. Bundan başka konişmento yükün taşınmak üzere teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösterir bir makbuz niteliğine sahiptir. En önemli özelliği de konişmentonun kıymetli evrak niteliğine sahip olmasıdır. Kıymetli evrak niteliği dolayısıyla konişmentoda belirtilen hak senetten ayrı olarak ileri sürülemez. Taşıyan ancak konişmentonun iadesi karşılığında malı teslim edebilir. TTK 1228’inci maddenin 1’inci fıkrasındaki tanımda *taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir* ifadesiyle konişmentonun bu fonksiyonu da belirtmektedir.¹²

Uygulamada tesellüm konişmentosu veya yükleme konişmentosu olarak düzenlenen konişmento Eski TTK’da olduğu gibi TTK’da da, m. 1228/(2), yer bulmuştur. Yine aynı maddede konişmentonun devir şekilleri bakımından nama, emre ve hamile olarak düzenlenebileceği belirtilmektedir. Türk hukukunda kıymetli evrakın devir şekilleri genel olarak bu sayılanlar olduğu ve konişmento da genel hükümlerde kıymetli evrak arasında yer aldığı için konişmentonun devir şeklinin ayrıca belirtilmesine esasen ihtiyaç yoktur.¹³

⁸ Bkz. 1228’inci madde gerekçesi.

⁹ “Konişmento taşıyan veya onu temsilen kaptan (yahut yetkili bir acente) tarafından tek taraflı olarak düzenlenen ve yükün taşınmak üzere teslim olunduğu ikrarını (taşındıktan sonra) varna limanında senedin hak sahibi görünen hamiline, senedin iadesi karşılığında aynen teslim edileceği taahhüdünü ihtiva eden kıymetli evraktır.” Çağa / Kender, Deniz Ticareti Hukuku II, 10. Bası, Arkan (2010), sf.65.

¹⁰ Tetley, International Maritime Law, sf.66; Treitel/Reynolds, sf.10.

¹¹ Çağa / Kender, sf.16; Ecehan Yeşilova, Konişmentonun İspat Kuvveti, Güncel Yayınevi (2006), sf. 43.

¹² Ayrıca bkz. TTK m.1230.

¹³ TTK m.647, 831

Maddenin gerekçesinde konişmentonun nama yazılı olarak da düzenlenebileceğinin belirtilmesiyle İngiliz uygulamasından farklı olarak nama yazılı konişmentoların da eşyayı temsil fonksiyonunun olacağına belirtildiği ifade edilmektedir.¹⁴

Uygulamada devir şekli açısından en sık kullanılan emre yazılı konişmentodur. Konişmento gönderilenin emrine veya sadece emre düzenlenebilir. Sadece emre olması halinde konişmentonun yükletenin emrine düzenlendiği kabul edilir. Eski TTK'da olduğu gibi TTK'da da bu hüküm yer almaktadır.¹⁵

4. Konişmentonun İçeriği

TTK'nın 1229'uncu maddesinde konişmentonun içeriği yer almaktadır. Kanun metninde de belirtildiği gibi bu madde Eski TTK'daki bütün unsurların yanında Hamburg Kuralları'nın 15'inci maddesinde yer alan diğer unsurları içermektedir. Böylelikle konişmentonun içeriği genişletilmiştir.¹⁶ Belirti-

¹⁴ Belirtmek gerekir ki sadece İngiliz hukukunda değil Amerikan hukukunda da nama yazılı senetler eşyayı temsil niteliğine sahip değildir. Tetley, Marine Cargo Claims, V.2., sf.2289 vd.; Schoenbaum, V.1, sf.622-624

¹⁵ TTK m.1228/(3).

¹⁶ MADDE 1229- (1) Konişmento, aşağıdaki kayıtları içerir:

- a) Yükletenin beyanına uygun olarak gemiye yüklenen veya yüklenmek üzere teslim alınan eşyanın genel olarak cinsini, tanınması için zorunlu olan işaretlerini, gerektiğinde tehlikeli eşya niteliğinde olup olmadığı hakkında açık bir bilgiyi, koli veya parça sayısı ile ağırlığını veya başka suretle ifade edilen miktarını.
- b) Eşyanın dışarıdanbelli olan hâl ve durumunu.
- c) Taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanını ve işletme merkezini.
- d) Kaptanın adı ve soyadını.
- e) Geminin adını ve tabiiyetini.
- f) Yükletenin adı ve soyadını veya ticaret unvanını.
- g) Yükleten tarafından bildirilmişse, gönderilenin adı ve soyadını veya ticaret unvanını.
- h) Navlun sözleşmesine göre yükleme limanını ve taşıyanın eşyayı yükleme limanında teslim aldığı tarihi.
- i) Navlun sözleşmesine göre boşaltma limanını veya buna ilişkin talimat alınacak yeri.
- j) Konişmentonun düzenlendiği yer ve tarihi.
- k) Taşıyan veya onu temsilen hareket eden kişinin imzasını.
- l) Navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine dair kayıtları, ödenecekse bunun miktarını.
- m) Navlun sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmışsa, eşyanın boşaltma limanında teslim olunacağı tarih ve süreyi.
- n) Sorumluluk sınırlarını genişleten her şartı.
- o) Taraflarca uygun görülen diğer kayıtları.

len unsurlardan bir veya birkaçının senette yer almaması yukarıda konişmento tanımında belirttiğimiz unsurların yer alması halinde senedin konişmento sayılmasına engel olmaz.

Belirtmek gerekir ki Hamburg Kuralları'nın 15'inci maddesinin k bendinde “*gönderilenin ödeyeceği navlun miktarı veya navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine ilişkin sair kayıtları*”¹⁷ şeklinde yer alan ifade TTK m.1229'uncu maddenin 1'inci fıkrasının 1 bendinde “*Navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine dair kayıtları, ödenecekse bunun miktarını*” olarak yer bulmaktadır. TTK'daki söz konusu ifade düşük olduğu gibi hükmün sadece navlunun gönderilen tarafından ödeneceği hallerde mi yoksa taşıtanın navlun borçlusu olarak kaldığı hallerde de mi uygulanacağı konusunda tereddüt uyandırmaktadır.¹⁸ Hamburg Kuralları'na uygun olarak genişletilen bu hükmün Hamburg Kuralları'ndan anlaşıldığı gibi gönderilen tarafından ödenecek navlun miktarı ve navlunun gönderilen tarafından ödeneceğini gösterir ibarelerin yer alması olarak anlaşılması uygun olur. Zira Birleşmiş Milletler Konferansı¹⁹ sırasında navlunun konişmentoda yer alması konusunda tartışmalar yaşanmıştır. 15'inci maddenin 1'inci fıkrasının k bendindeki ifadenin navlun gönderilen tarafından ödenecekse konişmentoda yer alması şeklinde anlaşıldığı belirtilmiştir.²⁰ Navlununun gönderilen tarafından ödenmeyecek olması halinde taşıtan tarafından ödeneceğine ilişkin kaydın bulunmasına ihtiyaç yoktur çünkü TTK'nın 1200'üncü maddesinde de belirtildiği gibi prensip olarak navlun borçlusu taşıtandır ve navlun miktarı kararlaştırılmamışsa dahi tespit²¹ edilebilir. Gönderilen, navlunun gönderilen tarafından ödeneceği konişmentoda belirtilmişse yükü kabul edince navlun ve teferruatından sorumlu olur.

(2) Birinci fıkrada sayılan unsurlardan bir veya birkaçının konişmentoda bulunmaması senedin hukuken konişmento sayılmasını engellemez; yeter ki, senet 1228 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı unsurları taşımakta olsun.

¹⁷ Prof. Dr. Tahir Çağa tarafından yapılan çeviri, Batider C.X, S.12, sf. 327 vd.

¹⁸ Ergon A. Çetingil / Rayegan Kender/ Samim Ünan/ Emine Yazıcıoğlu, TTK Tasarısının “Deniz Ticareti” Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı, Ocak 2006, sf.193-195.

¹⁹ United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, Hamburg, 6.-31 Mart 1978.

²⁰ United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, Official Records, Documents of the Conference and Summary Record of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees (UN Conference Official Records), sf.293 vd.

²¹ TTK m.1195.

5. Konişmentonun İspat İşlevi

Yukarıda konişmentonun işlevlerinden birinin ispat işlevi olduğunu belirtmiştik. TTK'nın 1237-1240'ıncı maddeleri arasında navlunun ispat işlevinden söz edilmektedir. Konişmentonun ispat vasıtası olarak hem navlun sözleşmesinin varlığını ve içeriğini hem de yükün konişmentoda belirtildiği şekilde teslim alındığı gösterir şekilde iki yönü vardır.

5.1. Konişmentonun Hukuki İlişkiyi İspat İşlevi

Taşıyan, taşıtan ve konişmentoda gönderilen olarak gösterilen kişi konişmentoyla ispat edilen ilişkinin taraflarıdır.²² Bu itibarıyla konişmento gönderilenin taşıtan dışında bir kişi olması halinde üç taraflı bir ilişkidir.²³ Bir taşıma faaliyeti bazen iki farklı ilişki içerebilir. Örneğin malik M çarterer Ç ile bir çarter sözleşmesi akdetmiş; düzenlenen konişmentoda bunlar dışında biri, örneğin H, gönderilen olarak gösterilmiş veya konişmento H'ye devredilmiş olabilir. Bir çarter sözleşmesi kapsamında konişmento düzenlenmesi halinde konişmento sadece taşıyanın eşyayı zilyetliği altına aldığı gösterir bir makbuz nitelindedir.²⁴ Konişmento üçüncü bir şahsa devredilinceye kadar taşıma sözleşmesinin hükümleri çarter sözleşmesi hükümlerine tabidir. Konişmento üçüncü şahsa devredilince ise konişmento hamiliyle taşıyan arasındaki ilişkiler konişmento hükümlerine tabi olur.²⁵ Çarter sözleşmesi kapsamında konişmento düzenlendiğinde pek çok halde konişmentoda çarter parti hükümlerinin konişmento hükümlerine dâhil edildiğine gönderme yapılır.²⁶

Deniz taşıması hukukunun temel prensiplerinden olan ve Eski TTK'nın 1110'uncu maddesinde yer verilen bu hal TTK'nın 1237'inci maddesinde yer almaktadır. Eski TTK'dan farklı olarak maddenin 3'üncü fıkrasında konişmentoda yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme olması halinde konişmento devredilirken çarter partinin bir suretinin de yeni hamile ibraz edilme-

²² Tetley, Marine Cargo Claims, V.1., sf.541. Çağa /Kender, sf.3-6

²³ Tetley, Marine Cargo Claims V.1, sf.541; Çağa /Kender, sf.3-6.

²⁴ Tetley, Marine Cargo Claims, V.1., sf.530; Çağa /Kender, sf.3-6.

²⁵ Tetley, Marine Cargo Claims, V.1., sf.531; Çağa /Kender, sf.3-6.

²⁶ Örn. CONGENBILL 2007 (1) All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause/Dispute Resolution Clause, are herewith incorporated.

si şartıyla çarter partide yer alan hükümlerin nitelikleri elverdiği ölçüde konişmento hamiline karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda örneğin konişmentoda yer alan navlun çarter partide yer alan navlundan daha azsa çarterer olmayan konişmento hamili konişmentoda yazandan daha fazla navlun ödemekle yükümlü olmayacaktır. Bundan başka çarter partide TTK 1243'üncü maddede yer alan emredici hükümlere aykırı hükümler varsa bunlar yerine 1243'üncü maddedeki emredici hükümler uygulama alanı bulacaktır.²⁷

5.2. Konişmentonun Taşıyanı İspat İşlevi

TTK'nın 1228'inci maddesinin 2'inci fıkrasının son cümlesi “*Konışmento, kaptan veya taşıyanın yahut kaptanın bu hususta yetkilendirdiği bir temsilci tarafından taşıyan ad ve hesabına düzenlenebilir*” ifadesiyle taşıyan taşıma taahhüdünde bulunan kişi olduğu için konişmento düzenlemeye zorunlu ve yetkili kişi olduğunu da belirtmektedir.²⁸ Bu bağlamda konişmento bizzat taşıyanın kendisi tarafından veya bu konuda kanuni yetkiye sahip kaptan tarafından veya genel olarak borçlar hukuku çerçevesinde de taşıyanın bu konuda yetki verdiği bir kişi tarafından düzenlenebilir. Buna ilaveten maddede kaptanın yetkilendirdiği bir kişinin de konişmento düzenleyebileceği belirtilmektedir. Kanuni yetkisine dayanarak konişmento düzenleyebilen kaptan nasıl başka birini yetkilendirebilecektir?

5.2.1. Temsilci Tarafından Düzenlenen Konişmento

Türk hukukunda temsil yetkisi ya rızaya ya da kanuna dayanır. Kaptanın taşıyanı temsilen konişmento düzenleme yetkisinin kaynağı kanunken taşıyanın veya kaptanın bir temsilcisinin konişmento düzenleme yetkisinin kaynağı taşıyanın veya kaptanın rızasıdır. Kaptanın bir temsilcisinin de konişmento düzenleyebilme yetkisi kanundan mı kaynaklanmaktadır? 1228'inci maddenin ifadesinden kaptanın bir temsilcisinin de konişmento düzenleme konusunda kanuni yetkiye sahip olduğunu söylemek oldukça güçtür. Borçlar hukukunda genel olarak – rızaya dayanan- temsil yetkisi verilirken temsilcinin yerine başkasını ikameye yetkili olup olmadığı belirtilir. Böyle bir açıklama yapılmamış olması halinde ise temsilcinin kural ola-

²⁷ TTK m.1245.

²⁸ Çağa / Kender, sf.69; TTK m.1228/1.

rak yerine başkasını ikame etmesi mümkün değildir.²⁹ Bunun istisnası temsilcinin başkasını ikame etmeye mecbur olması veya âdetin buna müsait olmasıdır.³⁰ Mecburiyet haline hastalık hali, örf ve adet gereği olmasına da bir aracı kurumun bir başka aracı kurumu veya bir bankanın bir başka bankanın şubesini yetkilendirmesi örnek olarak verilmektedir.³¹ Şüphesiz ilk halin deniz ticareti hukukunda da ortaya çıkması mümkündür; ancak uygulamada –çarterere- veya onun kaptanı temsilen konişmento düzenlenmesine ilişkin yetki çarter sözleşmelerinde verilmektedir.³²

Yukarıda belirttiğimiz üzere Türk hukukunda da kaptanın yerine birini ikame edebilmesi, bir temsilcisinin onun adına konişmento düzenlemesi ancak kendisine –ki bu konudaki yetkiler genellikle çarter sözleşmelerinde verilmektedir- bu konuda yetki verilmesi halinde mümkün olur. TTK'nın 1228'inci maddesinin 2'inci fıkrasındaki bu hükmü bu şekilde anlaşılmalıdır.

Belirtmek gerekir ki Eski TTK'nın 1097'inci maddesi ise 1228'inci maddeden farklı olarak *kaptan ve donatanın bu hususta yetki verdiği herhangi bir temsilcisinin taşıyanın özel yetkisine gerek olmaksızın konişmento düzenleyebileceğini* ifade etmektedir.

Bundan başka, TTK'nın 1238'inci maddesinin 1'inci fıkrası *konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan veya konişmento kendi ad ve hesabına imzalanan kişinin taşıyan sayılacağını* belirtmektedir. Navlun sözleşmesinin taraflarından taşıyan deniz yoluyla eşya taşımayı taahhüt eden kişidir. Oysa ki 1238'inci madde konişmento düzenleyen veya ad ve hesabına konişmento düzenlenen kişinin taşıyan olduğunu belirtmektedir. Taşıyan taşıma taahhüdünde bulunduğu için taşıyandır; konişmento düzenlediği için taşıyan değildir.³³ Bu tanım Hamburg Kuralları'nın tanımlar başlıklı 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan taşıyan tanımından gelmektedir. Buna göre “*Carrier means any person by whom or in whose name a contract of carriage by sea has been concluded with a shipper*”. Bu tanım Değerli Hocamız Sayın Prof. Dr. Tahir Çağa tarafından yapılan çeviride “*Taşıyan sözü gönderen ile*

²⁹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1. Vedat Kitapçılık, (2012), 10. Bası, sf. 235.

³⁰ Oğuzman/Öz, sf.235; Murat İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, XII Levha (2009); sf. 245 vd.

³¹ İnceoğlu, sf.249.

³² Bkz. aşağıda para. 5.2.3.

³³ Çetingil / Kender / Ünan/ Yazıcıoğlu, sf.199.

*bizzat veya temsilci marifetiyle eşya taşıma sözleşmesi akteden her şahsı ifade eder*³⁴ olarak çok güzel bir şekilde ifade etmiştir. Prensip olarak navlun sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması halinde temsilcinin değil temsil olunanın taşıyan olduğu açıktır ve bunu ayrıca belirtmeye gerek yoktur. Bunun özellikle belirtilmesi Birleşmiş Milletler Konferansı sırasında tartışmalara yol açmış ve “adına (*in whose name*)” ifadesinin “yetkisiyle (*by whose authority*)” ifadesiyle değiştirilmesi önerilmiştir.³⁵ Temsil ile ilgili konuların iç hukuka bırakılması gerektiği düşüncesiyle *adına* ifadesi metinde korunmuştur.³⁶ Belirtmek gerekir ki uygulamada konişmentolarda da bu ifade yer almaktadır.³⁷ 1228’inci maddenin 1’inci ve 2’inci fıkralarıyla 1237’inci maddenin 1’inci fıkrası taşıyanın tanımı için yeterlidir. Ayrıca Hamburg Kuralları’nda ileri sürülen endişenin ulusal hukukumuzda olmaması gerekir çünkü TTK ulusal hukukumuzu düzenlemektedir. TTK’da temsile ilişkin bir ifadeye hiç yer verilmeyebilirdi veyahut “adına” yerine “yetkisiyle” kelimesi tercih edilebilirdi.

Taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ve işletme merkezi ile taşıyanın veya onu temsilen hareket eden kişinin imzası da konişmentoda yer alan unsurlar arasındadır.³⁸ Ancak kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda taşıyanın adının yer almaması halinde kimin taşıyan olduğunu tespit etmek gerekecektir.

5.2.2. Konişmentonun Taşıyan / Donatan Konişmentosu Olup Olmadığını Tespit

Çarter sözleşmesi kapsamında bir konişmento çarterer olmayan taşıtan emrine veya adına düzenlenmiş olur veya böyle bir kişiye devredilirse konişmentonun donatan konişmentosu mu yoksa taşıyan (donatan olmayan) konişmentosu mu olduğu bazen tereddütlere yol açabilir. Donatan konişmentosu olması halinde sözleşme donatan ve taşıtan arasında olurken taşıyan konişmentosu olması halinde sözleşme taşıyan (donatan olmayan) ve taşıtan arasındadır. TTK’nın başta 1228’inci maddesi ve gerekçesi ve ilgili diğer

³⁴ Çağa, Batider C.X, S.12, sf. 327 vd.

³⁵ UN Conference Official Records, sf. 41,72-73,194-199.

³⁶ UN Conference Official Records, sf. 194-199; Emine Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu, Beta (2000), sf.39-40.

³⁷ Carver, sf. 189. Bkz. COMBICONBILL m.2.

³⁸ TTK m.1229/1.c ve k. Madde metni için bkz.yukarıda para.4 dn.15.

maddelerinde de konişmentonun taşıyan konişmentosu olduğu açıkça ifade edilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte konişmentonun üzerindeki basılı işaret ve isimler, yazılar, imza ve yazılmamış isimler konişmentonun donatan konişmentosu mu taşıyan konişmentosu mu olduğunu tespiti güçleştirebilir.

5.2.3. Taşıyanın Kimliği ve Donatanın Taşıyan Sayılması

TTK'nın 1238'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir: *"...(2)Konişmentoda taşıyanın adı veya soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hallerde, donatan, taşıyan sayılır; meğerki, konişmento hamilinin açık istemi üzerine donatan taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek bunu belgelendirmiş olsun.*

(3)Kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda, taşıyanın adı veya soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hallerde, temsilci de ikinci fıkra uyarınca sorumlu tutulan donatan ile birlikte taşıyan sayılır; meğerki konişmento hamilinin açık istemi üzerine temsilci, taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek bunu belgelendirmiş olsun...."

Daha önce TTK'nın 1228'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca konişmentonun kaptan veya taşıyanın veya kaptanın temsilcisi tarafından düzenlendiğini belirtmiştik. Bu halde taşıyanın bir temsilcisinin donatan ad ve hesabına konişmento düzenlemek konusunda kanuni bir temsil yetkisi mi vardır; yahut da donatanın temsilcisi olmayan bir kişinin düzenlediği konişmento dolayısıyla donatanın sorumlu tutulması hukuken mümkün müdür?

Borçlar hukukunun genel prensiplerinden böyle bir sonuca varmak güç olmakla birlikte uygulamada charter sözleşmelerinde donatanın charterere kendi adına konişmento düzenleme yetkisi verdiği – yukarıda da belirttiğimiz üzere -³⁹ sıklıkla görülmektedir. İngiliz ve Amerikan hukuklarında charter sözleşmesindeki yetki hükmüne binaen charterer veya bir temsilcisi tarafından kaptan adına veya kaptanın temsilcisi ("on behalf of" or "as agent for" the master) olarak veya sadece temsilci olarak ("as agent") olarak imzalan ko-

³⁹ Bkz. para.5.2.1.

nişmentoların donatan konişmentosu olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰ Diğer bir ifadeyle İngiliz ve Amerikan hukuklarında konişmentonun belirtildiği şekilde düzenlenmesi donatanın verdiği yetkiye dayanması halinde mümkündür. Çarterpartilerde yer alan bu şartların amacı donatanları yük zararı için sorumlu olmaktan kurtarmak olmakla birlikte mahkemeler bu şartlara pek itibar etmemişlerdir.⁴¹

Donatanın temsilcisi olmayan bir kimsenin düzenlediği konişmento dolayısıyla donatanın sorumlu tutulması mümkün değildir.⁴²

5.2.4. Hamburg Kuralları Uyarınca Taşıyanın Kimliği

TTK'nın 1228'inci maddesi kaynağını Hamburg Kuralları'nın 1'inci ve 14'üncü fıkralarından almaktadır. Hamburg Kuralları'nın 14'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında konişmentonun taşıyanın yetkili kıldığı bir şahıs tarafından imza edilebileceği; eşyayı taşıyan geminin kaptanı tarafından imza edilen konişmentonun *taşıyan* adına imzalanmış sayılacağı ifade edilmektedir. Hamburg Kuralları'nın bu düzenlemesinin kaptan tarafından veya kaptan adına düzenlenen konişmentonun sadece donatanı bağladığı şeklindeki deniz ticareti hukukunun geleneksel kavramını zayıflattığı belirtilmektedir.⁴³ Kaynağını Hamburg Kuralları'ndan alan benzer hükümler İskandinav ülkelerinin Deniz Ticareti Kanunları'nda da yer almaktadır.⁴⁴ Ancak bu kanunlarda taşıyanın isminin belirtilmemiş olması halinde donatanın taşıyan sayılacağına ilişkin bir hükme rastlanmamaktadır.

Birleşmiş Milletler Konferansı sırasında 14'üncü maddenin 2'inci fıkrasının ve konişmentonun içeriğine ilişkin 15'inci maddenin 1'inci fıkrasının taşıyanın ismine ve asıl iş merkezine ilişkin c bendi konusunda tartışmalar

⁴⁰ Carver, sf. 185-186; *The Revia*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 325, sf.333. Hatta çartererin kendi form çarter partisini "as for master" veya "as agent of the master or of the owner" ("kaptanın veya donatanın temsilci olarak") imzaladığı haller dahi çarter partideki hükme dayanarak donatan konişmentosu olarak kabul edilmiştir. *Tillmanns & Co v Knutsford* [1908] 1 K.B. 185; *The Berkshire* [1974] 1 Lloyd's Rep. 185; Robert Force / A. N. Yiannopoulos / Martin Davies, *Admiralty and Maritime Law*, Beard Books (2006), sf.288; Tetley, *Marine Cargo Claims*, C.I, sf.568-572.

⁴¹ Force/ Yiannopoulos / Davies, sf.335.

⁴² Çetingil / Kender / Ünan / Yazıcıoğlu, sf. 199

⁴³ Tetley, *Marine Cargo Claims*, V.1. sf.599-600.

⁴⁴ Fin ve İsveç Deniz Ticareti Kanunları Bölüm 13 Kısım 54; Danimarka ve Norveç Deniz Ticareti Kanunları m.296.

yaşanmıştır. Yukarıda belirtilen 14'üncü maddenin ikinci fıkrasına kaptan tarafından düzenlenen konişmentonun taşıyan yanında donatan ve fiili taşıyan adına düzenlendiğinin ilave edilmesi önerilmiştir.⁴⁵ Donatan yanında fiili taşıyanın da eklenmesinin sebebi bareboat çarter halinde fiili taşıyanın malik değil bareboat çarterer olmasıdır. Bundan başka 15'inci maddenin 1'inci fıkrasının c bendine "Taşıyanın adının yanlış veya eksik olması halinde malik taşıyan sayılır" ifadesinin eklenmesi önerilmiştir. Bu öneri Alman Demokratik Cumhuriyeti tarafından yapılmış ve Alman Demokratik Cumhuriyeti delegasyonu bu önerinin kendi ülkelerindeki prensibe dayandığını ve bu prensibe uluslararası uyumsuzluklarda sıklıkla atıf yapıldığını belirtmiştir.⁴⁶ Sözü edilen hüküm Alman Ticaret Kanunu'nun 644'üncü paragrafıdır ve Eski TTK'nın 1099'uncu maddesine karşılık gelmektedir. Bu önerilere karşılık Sözleşme'nin -Hamburg Kuralları- sadece taşıyan ve taşıtan arasındaki ilişkileri düzenlediği bunlara bir üçüncü kişinin – hele ki bareboat çarter halinde taşımayla hiçbir ilgisi olmayan- malikin dâhil edilmesinin Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kaldığı, taşıyanın taşıyan veya fiili taşıyan olduğu hallerin Sözleşme'nin başka hükümlerinde düzenlendiği⁴⁷ ve hatta böyle bir halde ikinci bir sözleşmesel taşıyan ilave edildiği⁴⁸ ileri sürülmüştür. Neticede Hamburg Kuralları'nın 14'üncü maddesinin 2'inci fıkrasına ilişkin değişiklik önerileri kabul edilmeyerek olduğu haliyle bırakılmıştır.⁴⁹ Bu durumda taşıyanın adının konişmentoya yazılmamış olması halinde – yazılmaması hali için bir yaptırım da öngörülmediğinden- taşıyanın kim olduğunu tespit etmek sorun olabilecektir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere Sözleşme'de fiili taşıyanın ve onun sorumluluğunun düzenlenmesi sözleşmenin kimin adına yapıldığı veya konişmentonun kimin adına düzenlendiği yükü ilgili bakımından önemini yitirecektir.⁵⁰ TTK'da taşıyanı esas alarak öngörülen prensibe sadık kalınarak bütünlüğün bozulmaması daha uygun olurdu.

Geminin kiralanması⁵¹ halinde bizzat kaptan tarafından veya kaptanı temsilen bir başkası tarafından düzenlenen bir konişmentoyla sorumluluk

⁴⁵ UN Conference Official Records, sf. 59 para 173.

⁴⁶ UN Conference Official Records, sf.206 para17.

⁴⁷ A.e., sf. 286 para.21; sf.287 para.25;sf.288 para.32.

⁴⁸ A.e., sf.287 para.28.

⁴⁹ UN Conference Official Records, sf.95 para.143.

⁵⁰ Yazıcıoğlu, sf.41.

⁵¹ Bare-boat çarter veya demise çarter olarak.

altına girenin gemi malikinden ziyade gemi işletme müteahhidi olacağını da vurgulamak gerekir.⁵²

5.2.5. Temsilcinin Taşıyan Sayılması

Yukarıda belirttiğimiz TTK'nın 1238'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen koniþmentoda taşıyanın ad veya soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hallerde, temsilcinin de donatanla birlikte taşıyan sayılacağı yer almaktadır. Kaptan tarafından düzenlenen koniþmentoda taşıyanın bir temsilcisinin de taşıyan sayılması te reddüt uyandırmaktadır. Zira TTK'nın 1228'inci maddesinin 2'inci fıkrasının son cümlesinde koniþmentonun kaptan, taşıyanın veya kaptanın bu konuda yetkilendirdiği bir kimse tarafından taşıyan adına düzenleneceği belirtilmektedir. Kaptan tarafından düzenlenen, taşıyanın adının yazılmadığı bir koniþmentoda temsilci nasıl sorumluluk altına girecektir? Kaptanın taşıyanın temsilcisini temsil yetkisi var mıdır? Burada herhalde alt navlun sözleşmelerinde yukarıda belirttiğimiz üzere çartere kaptan/diğer taşıyan adına koniþmento düzenleme yetkisinin verildiği hallerden söz edilmektedir. Yukarıda belirttiğimizi gibi taşıyanın bir temsilcisinin donatanın temsilcisi de olmadığı sürece düzenlediği koniþmento dolayısıyla donatanın sorumlu olması hukuken mümkün değildir.

Çartererler çarter sözleşmelerindeki yetki hükmüne binaen donatanın temsilcisi olarak kendilerini sözleşmesel sorumluluktan beri tutmak isteselerde bazı hukuk sistemlerinde temsil hukuku çerçevesinde çartererlerin sözleşmenin tarafı olmaları mümkündür.⁵³

5.2.5.1. Doğrudan Temsilde Temsil Olunanın Adının Açıklanmaması ve İlgili İçin Açık İşlem

Türk hukukunda doğrudan temsil⁵⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ("BK") 32-40, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 40-48'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Doğrudan temsilin iki şartı bulunmak-

⁵² Carver on Bills of Lading, sf.182-183.

⁵³ Tetley, Marine Cargo Claims, V.1. sf. 589 vd.

⁵⁴ Genellikle temsil dendiğinde doğrudan temsil anlaşılmaktadır. Burada da doğrudan temsilden söz edilmektedir.

tadır: temsilcinin temsil yetkisine sahip olması ve temsilcinin başkası adına hareket ettiğini üçüncü kişiye bildirmesi.⁵⁵ Doğrudan temsilden temsilcinin kendi adına değil temsil olunan adına hareket ettiği hallerde söz edilebilir. Bunun gibi hukuki işlemin sonuçlarının temsil olunanın üzerinde doğabilmesi için temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesi yeterli olmaz; başkası adına hareket edildiğinin üçüncü kişiye bildirilmesi de gerekir. Buna açıklama ilkesi denir.⁵⁶ Burada üçüncü kişiye temsilcinin başkası adına hareket ettiği bildirilir; ancak temsilcinin sadece başkası adına hareket ettiğini bildirmesi yeterli olmaz temsil olunanın kim olduğunun da üçüncü kişiye bildirilmesi gerekir.⁵⁷ *İlgili için açık işlem* ise temsil olunanın kimliğinin açıklanması prensibinin istisnasını teşkil eder. Doktrinde temsilcinin, temsil ettiği kişinin adını açıklamadan sadece *ilgili şahıs adına* işlem yapmasının ve temsil olunanın adının sonradan açıklanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁵⁸ Buna ne Borçlar Kanunu ne de Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir.

İlgili için açık işlemde temsilci ya işlemi yaparken temsil ettiği kişiyi biliyor ancak bunu o sırada açıklamak istemiyor ya da işlemin yapıldığı sırada temsil olunanın kim olacağını bilmiyordur.⁵⁹ Temsil olunanın kimliğinin açıklanması konusunda doktrinde görüşler farklıdır. İsviçre Federal Mahkemesi ve bazı yazarlar temsil olunanın kimliğinin belirsizliğinin geçici bir süre için öngörülmüş olmasını ararken bazı yazarlar temsil olunanın kimliğinin sözleşme süresinin sonuna kadar gizli kalabileceğini belirtmektedir.⁶⁰ Temsil olunanın kimliğinin sözleşme süresinin sonuna kadar gizli kalabilmesi hali dışında temsil olunanın kimliğinin sözleşmede bir süre öngörülmüşse bu süre içinde bir süre öngörülmemiş olması halinde ise *uygun bir süre* içinde açıklanması gerektiği belirtilmektedir.⁶¹

Temsilci temsil olunanın kimliğini bildirmezse ne olacaktır. Bu halde de sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı söylenmektedir.⁶² Buna ilaveten temsil-

⁵⁵ İnceoğlu, sf.46; Oğuzman / Öz, sf.217-218

⁵⁶ İnceoğlu, sf. 50 vd.; Şener Akyol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık (2009), sf.64; Oğuzman / Öz, sf.218-220.

⁵⁷ İnceoğlu, sf. 51;

⁵⁸ A.e., sf.56 vd.

⁵⁹ A.e., sf. 57.

⁶⁰ A.e., sf.60.

⁶¹ A.e. s.f. 60.

⁶² A.e., sf.63.

cinin temsil olunanın ismini açıklamak yerine sözleşmenin kendisi ile üçüncü kişi arasında kurulduğunu söylemesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir.⁶³

5.2.5.2. TTK m.1238'e Göre Temsilcinin Taşıyan Sayılmasının Mahiyeti

TTK'nın 1238'inci maddesinin üçüncü fıkrasında ise *ilgili şahıs adına işlem*den farklı bir düzenleme öngörüldüğü anlaşılmaktadır zira bu halde sözleşme ne hükümsüz kalmakta ne de ne de temsilciye sözleşmenin kendisi ile üçüncü kişi arasında kurulduğu söylemesi imkânı verilmektedir. Bu halde temsilci kanun hükmü ile sorumlu tutulmaktadır. Buna göre temsilci kanunen taşıyan sayılacak, hukuki ilişki taşıyan ve -donatan yanında- temsilci arasında kurulmuş olacaktır.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin⁶⁴ “Kimliği Belirlenmemiş Temsil Olunan” başlıklı 3.203'maddesine göre “*Bir temsilci kimliği daha sonra açıklanacak olan bir temsil olunan adına bir sözleşme yapar ancak üçüncü kişinin talebi üzerine makul sürede kimliği açıklayamazsa temsilci bizzat sözleşmeyle bağlı olur.*” TTK'nın 1238'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki ifade Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ndeki bu ifadeyle hemen hemen aynıdır. Madde 1238'un gerekçesine baktığımızda bu fıkra hakkında ayrıntılı bir bilgi yer almamaktadır. Bu makalenin yazıldığı esnada komisyon tutanakları henüz basılmadığı için hükmün gerekçesi hakkında daha ayrıntılı bilgiye şimdilik ulaşamamıştır. Avrupa'da yeni hazırlanan bazı medeni kanunlarda -İtalyan, Hollanda gibi- benzer hükümler yer almaktadır.⁶⁵

5.2.6. Fiili Taşıyan

Hamburg Kuralları'nın deniz yoluyla eşya taşıma hukukuna getirdiği yeniliklerden biri de “fiili taşıyan”⁶⁶ kavramıdır. Kuralların Tanımlar başlıklı 1'inci maddesinde -diğerleri arasında- taşıyan ve fiili taşıyan tanımlanmaktadır. Buna göre taşıyan, gönderen ile bizzat veya bir temsilci marifetiyle

⁶³ A.e., sf.62-63.

⁶⁴ Principles of European Contract Law. Bilgi için Kemal Dayınlarlı (çev.), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri;Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., Ankara (2005); Lando / Cliver / Prüm / Zimmermann (ed.), Principles of European Contract Law, Kluwer (2003).

⁶⁵ Lando / Cliver / Prüm / Zimmermann, sf.205

⁶⁶ Fiili taşıyan kavramına ilk kez 1929 Tarihli Varşova Sözleşmesini tadil eden Guadalajara Protokolü'nde yer verilmiştir. Deniz taşımacılığında ise bu kavrama ilk kez 1974 tarihli Atina Sözleşmesi'nde yer verilmiştir.

denizde eşya taşıma sözleşmesi akdeden her şahsı; fiili taşıyan ise taşımanın icrası taşıyan tarafından kısmen veya tamamen kendisine bırakılan her şahıs ile böyle bir ifa kendisine tevdi edilen sair bütün kişileri ifade eder. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Hamburg Kuralları'nın bu düzenlemesi dolayısıyla daha önce incelediğimiz taşıyanın tespiti, temsilcinin kimin adına navlun sözleşmesi akdettiği veya kimin adına konişmento düzenlediği gibi hususlar bir ölçüde önemini yitirmiştir.

TTK 1191'inci maddesinde fiili taşıyanın sorumluluğunu düzenlemektedir. 1968 tarihli Visby Protokolüyle tadil edilen Brüksel sözleşmesi ve Eski TTK'da yer almayan bu kavram ve sorumluluğu konusu Hamburg Kuralları'nın 10'uncu maddesinden alınmıştır. 1191'inci maddenin 1'inci fıkrasına göre taşımanın gerçekleştirilmesi, kısmen veya tamamen bir fiili taşıyana bırakıldığı takdirde taşıyan, navlun sözleşmesine göre böyle bir bırakma hakkına sahip olup olmadığı dikkate alınmaksızın, taşımanın tamamından sorumlu kalmaya devam eder. Taşıyan, fiili taşıyanın ve onun taşıma borcunun ifasında kullandığı ve görevi ve yetkisi sınırı içinde hareket eden adamlarının fiil ve ihmallerinden de sorumludur.

Fiili taşıyan da sözleşmesel taşıyan gibi bir navlun sözleşmesinin tarafıdır, taşıyandır; ancak sözleşmenin karşı tarafında gönderen yer almamaktadır. Fiili taşıyanın sözleşmesel taşıyanla arasındaki fark budur. Fiili taşıyan göndere değil gönderenin yaptığı sözleşmenin karşı tarafı olan sözleşmesel taşıyana veya sözleşmesel taşıyanın taşımanın gerçekleştirilmesini bıraktığı bir başka fiili taşıyana taşıma taahhüdünde bulunmaktadır.⁶⁷ Fiili taşıyanın sorumluluğunda taşımayı fiilen gerçekleştiren kişiden değil taşımanın gerçekleştirilmesinin kısmen veya tamamen kendisine bırakıldığı kişiden söz edilmektedir. Bu sebeple bu hüküm uyarınca fiili taşıyanın fiilen taşımayı gerçekleştiren kimse olması gerekmez. Diğer bir ifadeyle asıl navlun alt navlun sözleşmesi kapsamında taşıyan sıfatıyla taşımada yer alan herkes fiili taşıyandır.⁶⁸

TTK'nın 1191'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca fiili taşıyan bizzat gerçekleştirdiği taşımadan TTK'nın taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümleri uyarınca sorumludur. Bu ifadeye göre taşımanın kendisine bırakıldığı fiili taşıyan bizzat gerçekleştirmediği taşıma dolayısıyla sorumlu değildir. Ancak buna ilaveten, TTK'nın 1191'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca,

⁶⁷ Yazıcıoğlu, sf. 45.

⁶⁸ A.e., sf.46.

taşıyan fiili taşıyanın ve onun taşıma borcunun ifasında kullandığı ve görevi ve yetkisi sınırı içinde hareket eden adamlarının fiil ve ihmallerinden sorumlu olmaya devam eder. Böylelikle taşımanın gerçekleştirilmesinin kendisine bırakıldığı bir kimse bu taşımayı fiilen gerçekleştirmemişse de eşyanın onun muhafazası altında bulunduğu sırada meydana gelen zarardan sözleşmesel taşıyan sorumludur.

Netice olarak yükü ilgili asıl taşıyan yanında fiili taşıyana da dava açabilecek ve taşıyanın kim olduğunun tespiti büyük ölçüde önemini yitirecektir.

5.2.7. Taşıyanın Kimliğinin Bildirilip Belgelendirilmesi

Eski TTK'nın 1099'uncu maddesine göre taşıyanın konişmentoda belirtilmemesi halinde donatanın taşıyan sayılması aksi ispatlanamayan bir varsayımken⁶⁹ TTK'nın 1238'uncu maddesinin 2'inci ve 3'üncü fıkralarının son cümlelerine göre bunun aksi ispat edilebilir. Konişmento hamilinin açık istemi üzerine donatan taşıyanın kimliğine ilişkin bilgileri ve belgeleri verirse donatan taşıyan sayılmayacaktır. Bunun gibi taşıyanın bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda taşıyanın kimliği yazılı olmazsa temsilci konişmento hamilinin açık istemi üzerine taşıyanın kimliğini bildirip belgelendirdiği müddetçe taşıyan sayılıp sorumlu olması söz konusu olmayacaktır.

Bilgilendirmenin hangi sürede yapılacağı ve belgelendirmenin nasıl olacağı konusunda ise maddede açıklık yoktur.⁷⁰ Herhalde sürenin makul bir süre olması gerekmektedir. Belgelendirme için taraflar arasındaki sözleşmeler ve ticaret sicili düşünülebilir.

5.3. Konişmentonun Eşyaya İlişkin Kayıtlar Bakımından İspat İşlevi

TTK'nın 1229'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının a ve b bentleri uyarınca konişmentoda yer alan yüke ilişkin kayıtlar 1239'uncu madde uyarınca karine teşkil etmektedir. 1229'uncu maddenin 1'inci fıkrasının a bendinde eşyanın genel olarak cinsinin, tanınması için zorunlu olan işaretlerin, gerektiğinde tehlikeli eşya niteliğinde olup olmadığı hakkında açık bilginin, koli veya parça sayısı ile ağırlığının veya başka surette ifade edilen miktarının yükletenin beyanına uygun olarak yazılacağı belirtilmektedir. Maddenin

⁶⁹ Çağa / Kender, sf. 69.

⁷⁰ Çetingil / Kender / Ünan / Yazıcıoğlu, sf. 199-200.

yükletenin beyanına uygun olarak ifadesinden konişmento düzenlemeye yetkili kişinin bu hususları yazıp yazmamak konusunda bir takdir yetkisinin olmadığı anlaşılmaktadır.⁷¹ Yükletenin belirtilen konudaki beyanlarını yazıp yazmamak konusunda takdir yetkisi olmayan taşıyan -veya konişmento düzenlemeye yetkili kişi- söz konusu beyanları olduğu gibi yazıp şu hallerde bir çekince koymak zorundadır:

1. Fiilen yüklenen eşyayı doğru ve tam olarak göstermediğini biliyor; veya
2. Fiilen yüklenen eşyayı doğru ve tam olarak gösterdiğinden haklı sebeplerle şüphe ediyor; veya
3. Bu beyanları kontrol etmek için yeterli imkâna sahip değilse.

Diğer taraftan konişmentodaki kayıtlara ilişkin bir hüküm de TTK m.1186'da yer almaktadır. TTK'nın 1186'ncı maddesinin 1'inci ve 4'üncü fıkraları şöyledir:

(1) "Eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin her türlü zıya veya hasar nedeniyle taşıyan, her halde, ... karşılayan tutarı aşan zarar için sorumlu olmaz; meğer ki, eşyanın **cinsi ve değeri**, yüklemeden önce yükleten tarafından bildirilmiş ve denizde taşıma senedine yazılmış olsun. ..."

...

(4) Yükletenin birinci fıkra uyarınca yaptığı ***bildirim denizde taşıma senedine yazılmışsa***, bu kayıtlar ***karine*** oluşturur, ancak, bu karine taşıyan bakımından bağlayıcı değildir; 1239'uncu maddenin üçüncü fıkrası söz konusu kayıtlar hakkında uygulanmaz.

Kaynakları farklı olan TTK'nın 1186⁷² ve 1239'uncu⁷³ maddeleri birlikte değerlendirildiğinde 1186'ncı maddenin 4'üncü fıkrasının 1239'uncu maddenin 1'inci fıkrası uyarınca hakkında çekince konulmamış bildirim kastettiği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle 1239'uncu maddenin 1'inci fıkrası uyarınca hakkında çekince konulmamış bir cins bilgisi 1186'ncı maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca karinedir; hakkında çekince konulmuş bir cins bilgisi ise karine olamamalıdır.⁷⁴

⁷¹ Bu halde konişmento düzenlemekten kaçınma hakkının olması gerektiği belirtilmektedir. Çetingil / Kender / Ünan / Yazıcıoğlu, sf.201 .

⁷² Bu maddenin kaynağı Lahey- Visby Kuralları'dır. Bkz. 1186'ın madde gerekçesi.

⁷³ Bu maddenin kaynağı Hamburg Kuralları'dır. Bkz. 1239'uncu madde gerekçesi.

⁷⁴ Yeşilova, sf.133-134.

Bundan başka eşyanın işaretleri konusunda 1239'uncu madde -Eski TTK'nın 1100'üncü maddesinin 2'inci fıkrasından farklı olarak- hiç bir şart aramamıştır. Eşyanın işaretlerinin doğru olmasına rağmen yolculuğun sonuna kadar okunaklı kalamayacak şekilde olması halinde nasıl çekince konulacağı tereddüt konusudur. Bu hal yukarıda belirtilen üç hale girmemektedir. Anlaşıldığı kadarıyla hazırlık çalışmalarında bu husus tartışma konusu da olmamıştır.⁷⁵ Bu halde fiilen yüklenen eşyanın tam ve doğru olarak gösterilmediğinin bilinmemesinden veya gösterildiğinden haklı sebeple şüphe edilmesinden değil de tam ve doğru olarak gösterilmeyeceğinin bilinmesinden veya gösterilmeyeceğinin şüphe edilmesinden söz etmek mümkün olabilir. Diğer bir ifadeyle işaretlerin yolculuk sonuna kadar okunaklı kalamayacak olması halinde de bu ifadenin geçerli olduğu düşünülebilir.

Eşyanın dışarıdan belli olan hal ve durumu konusunda 1229'uncu maddenin 1'inci fıkrasının b bendi konişmento düzenlemeye yetkili kişinin belirtilen konularda yükletenin beyanlarıyla bağlı olmadığını belirtmektedir. Oysa ki eski TTK'nın 1100'üncü maddesi uyarınca yükün dışarıdan belli olan hal ve durumu konişmentoya yükletenin yazılı olarak bildirdiği şekilde yazılması gereken bir unsurdur. TTK'da eşyanın dışarıdan belli olan hal ve durumu konusunda yükletenin beyanıyla bağlılık söz konusu olmadığı için eşyanın dışarıdan belli olan halinin konişmentoda beyan edilmemesi durumunda 1239'uncu maddenin 2'inci fıkrası uyarınca konişmentoda eşyanın dışarıdan iyi halde olduğuna dair beyanda bulunulmuş sayılır.

5.3.1. İyiniyetli Hamile Karşı Konişmentonun İspat Kuvveti

TTK'nın 1239'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre eşyaya ilişkin bilgiler hakkında çekince konulmaması halinde konişmento taşıyanın eşyayı konişmentoda beyan edildiği gibi teslim aldığına veya yükleme konişmentosu düzenlenmiş olduğu takdirde, yüklediğine karine oluşturur ve bu karinenin aksi gönderilen de dâhil olmak üzere konişmentoyu iyi niyetle devralan üçüncü kişiye karşı ispatlanamaz. Kaynağını Lahey-Visby Kurallarının 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası ile Hamburg Kuralları'nın 16'ıncı maddesinden alan bu hüküm iyi niyetli hamillere karşı taşıyanın tesellümden doğan sorumluluğu yanında yazılı beyan sorumluluğunu da kabul etmiştir. Oysa ki eski TTK'nın 1110'uncu maddesiyle taşıyanın sadece tesellümden doğan

⁷⁵ UN Conference Official Records. Konferansın resmi belgelerinde eşyanın işaretleri ve markaları konusunda bir tartışmaya rastlanmamıştır.

sorumluluğu kabul edilmişti.⁷⁶ Buna göre konışmentoda hataen fiilen yüklenenden daha az veya farklı bir eşya yazılmış olsa bile taşıyan gerçekte kendisine her ne teslim edilmiş veya yüklenmişse onu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânına sahipti. Yeni TTK'ya göre ise artık taşıyanın belirtilen kayıtlar bakımından fiilen, gerçekte kendisine ne teslim edildiğini ispat etmesi sorumluluktan kurtulmasına imkân vermeyecektir.

Belirtmek gerekir ki 1239'uncu maddenin 3'üncü fıkrasında öngörülen yazılı beyan sorumluluğu maddenin atfı ile 1186'ıncı maddenin 4'üncü fıkrasında belirtilen cins ve değer kayıtları hakkında uygulanmayacaktır. Diğer bir ifadeyle cins ve değere ilişkin kayıtlar hakkında taşıyanın yazılı beyan sorumluluğu yoktur; taşıyan iyiniyetli konışmento hamillerine karşı dahi cins ve değere ilişkin kayıtlarının gerçeğe uygun olmadığını ispat edebilecektir.

5.3.2. Konışmentonun Navlunu İspat İşlevi

TTK'nın 1200'üncü maddesi eski TTK'dan farklı olarak navlun borçlusunun taşıtan olduğunu açıkça ifade etmiştir. 1229'uncu maddenin 1'inci fıkrasının I bendi uyarınca da navlun gönderilen tarafından ödenecekse buna ilişkin kayıtlara da konışmentoda yer verilir. Diğer bir ifadeyle navlun borçlusu kural olarak taşıtandır; navlun sözleşmesi veya konışmentoda navlunun gönderilen tarafından ödeneceği yer alıyorsa gönderilen yükü teslim almakla navlun borçlusu haline gelir.⁷⁷

TTK'nın 1240'ıncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre 1129'uncu maddenin 1'inci bendi uyarınca navlunun gönderilen tarafından ödeneceği veya yükleme limanında gerçekleşip gönderilen tarafından ödenecek olan sürastarya parasına ilişkin bir kaydı içermeyen konışmento gönderilenin navlun veya sürastarya parası ödemekle yükümlü olmadığına karine oluşturur ve bu karine aksi böyle bu kayıtları içermeyen konışmentoyu, gönderilen de dâhil olmak üzere, devralan üçüncü kişiye karşı ispatlanamaz. Hamburg Kuralları'nın 16'ıncı maddesinin 4'üncü fıkrasından alınan bu hüküm karşısında örneğin çarter sözleşmesi kapsamında konışmento düzenlenip de çartererin talebi üzerine konışmentoda navluna ilişkin bir hükme yer verilmeyip bu konışmentonun daha sonra çarterer tarafından bir üçüncü şahsa devredilmesi halinde karine uyarınca üçüncü şahıs söz konusu bedelleri ödemekle yükümlü olmayacaktır.

⁷⁶ Çağa / Kender, sf. 91-92.

⁷⁷ A.e. sf.228 vd.

5.4. Diğer Denizde Taşıma Senetleri

Çalışmamızın en başında belirttiğimiz gibi TTK'nın 1242'inci maddesi diğer denizde taşıma senetleri başlığını taşımaktadır. Buna göre “*Taşıyanın taşınacak eşyayı teslim aldığı göstermek üzere düzenlediği konişmentodan başka her tür senet, taşıma sözleşmesinin yapılmış ve eşyanın senette yazılı olduğu gibi taşıyan tarafından teslim alınmış olduğuna karine oluşturur.*” Bu hüküm Hamburg Kuralları'nın 18'inci maddesinden alınmıştır.

1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nde ve onu tadil eden 1968 tarihli Visby Protokolü'nde konişmento dışında taşıma sözleşmenin yapıldığını ispat eden bir senet düzenlenmemektedir. Diğer taraftan diğer uluslararası taşıma sözleşmelerine bakıldığında bu sözleşmelerdeki taşıma senedinin esasen gönderiyi kayıt altına alan ve gönderen ve gönderilene taşıma sözleşmesine ve taşıyan tarafından teslim alınan yükün dışarıdan belli olan durumuna ilişkin bilgiler veren kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan belge olduğu görülmektedir. Deniz taşımasında da kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan taşıma senedinin düzenlenmesi son derece yaygındır.⁷⁸ Hamburg Kuralları da bu gelişmeye uygun olarak hem konişmento düzenlenmiş hem de düzenlenmemiş taşımalara uygulandığı gibi taşıyan tarafından düzenlenen konişmento dışındaki diğer senetler de taşıma sözleşmesinin varlığına ve eşyanın senette belirtildiği şekilde teslim alındığına adi karine teşkil eder.

Ayrıca belirtmek gerekir ki taşıtanın konişmento düzenlenmesini talep etmesi halinde taşıyan konişmento düzenlemek zorundadır.⁷⁹ Taşıtan konişmento düzenlenmesini talep etmezse bu halde taşıtan ve taşıyan düzenlenecek senedin şekli, durumu ve içeriği konusunda serbestçe karar verebilirler.⁸⁰ Böylelikle TTK'nın taşımaya ilişkin hükümleri konişmento dışında başta yük senedi olmak üzere taşıma sözleşmesini ispat eden diğer belgelere de uygulanacaktır.

⁷⁸ Tetley, Marine Cargo Claims, V.2, sf.2289 vd., Treitel / Reynolds, sf. 339 vd.; Schoenbaum 624.

⁷⁹ Report of the Working Group on International Legislation on Shipping on the Work of Its Seventh Session (Geneva, 30 September -11 October 197) (A/CN.9/96), sf. 215

⁸⁰ A.e. sf.215.

ALMAN HUKUKUNDA EVLATLIK İLİŞKİSİNİN RE'SEN KALDIRILMASI

Dr. Gediz KOCABAŞ *

Özet

Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman hukukunda evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması mümkündür. Geçerli olarak kurulmuş evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasına olanak tanımayan kanun koyucu ciddi sebeplerin varlığı durumunda evlatlık ilişkisine re'sen müdahale edilmesini özel olarak düzenlemiştir. Alman hukukunda evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasını düzenleyen BGB §1763 hükmü çocuğun menfaati ilkesi üzerine yapılandırılmıştır. Hakim, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin ciddi sebeplerin varlığını çocuğun menfaati ilkesinden hareket ederek takdir eder.

***Anahtar Kelimeler:** Evlat edinme, küçüklerin evlat edinilmesi, evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması, koşulları, ciddi sebepler, hakimin takdir yetkisi, çocuğun menfaati ilkesi, evlatlık ilişkisinin kısmen kaldırılması.*

Abstract

Unlike the Turkish and the Swiss law the cancellation of adoption relationship by the court of it's own motion is possible in the German law. As a general rule the aim of the legislator is to build the adoption relationship as an irreversible relation. Correspondingly, if there are serious reasons the court will cancel the adoption relationship by it's own motion. BGB §1763 is based on the best interests of the child. So when the judicial discretion is into force the best interests of the child must be taken into consideration.

***Key Words:** Adoption, adoption of minors, cancellation by the court of it's own motion, general requirements, serious reasons, judicial discretion, interests of the child, partial cancellation of adoption.*

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

I. Genel Olarak

Alman hukukunda erginleri konu edinen evlatlık ilişkisinin kaldırılması sadece istem üzerine gerçekleşebilirken; küçükleri konu edinen evlatlık ilişkisinin istem üzerine ya da mahkeme tarafından re'sen kaldırılması mümkündür¹.

Evlatlık ilişkisinin mahkeme tarafından re'sen kaldırılmasını düzenleyen BGB §1763 çocuğun menfaati kavramını hareket noktası olarak benimser². Böylece, somut olayın koşullarına göre evlatlık ilişkisi çocuk bakımından çekilmez bir durum aldığı anda, kanunda belirtilen koşullar doğrultusunda evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması mümkün kılınmıştır³. Özel hukuk yargılamasında hakimin re'sen harekete geçmesi olağan dışı bir durum olduğundan hakime re'sen harekete geçme yetkisi tanıyan düzenlemelerin temelinde kamu menfaati olduğu kabul edilir⁴. Çocuğun menfaati kavramını kamu menfaati temeline yerleştiren kanun koyucu da hakime re'sen harekete geçerek evlatlık ilişkisini sona erdirmeye yetkisi tanıyan özel bir düzenleme getirmiştir.

Küçükleri konu edinen evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını düzenleyen BGB §1760, erginleri konu edinen evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin BGB §1771 ve evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasını düzenleyen BGB §1763 vd. yer verilen maddi hukuk kurallarının usul hukuku alanında uygulanmaları FamFG §186 vd. aracılığıyla gerçekleşir⁵. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı bulması için istem gerekli iken BGB §1763 bu kuralın dışında tutulur. BGB §1763 kapsamında yürütülecek yargılama için istem gerekli olmadığından buna rağmen mahkemeye

¹ **Weidemann** Ines: *Verfahrenshandbuch Familiensachen*, München 2010, §9 Adoptionssachen, Rn.75; **Keidel**, Theodor/**Engelhardt**, Helmut: *Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, München 2011, §186, Rn.13.

² **Maurer**, Hans-Ulrich: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, Bd.8, *Familienrecht II* (§§ 1589-1921), München 2012, §1763, Rn.1; **Jauernig**, Othmar/**Berger**, Christian/**Mansel**, Heinz-Peter: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz-Kommentar*, München 2011, §1763, Rn.1,2,3.

³ BayObLG 1 Z 48/79 (BayObLGZ 1979, s.386); BayObLG 1 Z BR 151/98 (NJWE-FER 2000, s.5).

⁴ **Rauscher**, Thomas: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd.1, München 2013, *Einleitung*, Rn. 293; **Musielak**, Hans-Joachim/**Borth**, Helmut/**Grandel**, Mathias: *Famliengerichtliches Verfahren*, FamFG 1. und 2.Buch, München 2012, FamFG, §26, Rn.3.

⁵ FamVerf/**Weidemann**, §9, Rn.75; **Jauernig/Berger/Mansel**, §1763, Rn.9.

yöneltilen istem, re'sen yargılama hususunda mahkemenin tahrik edilmesi olarak yorumlanır⁶. Bu anlamda, özellikle çocuğun öz ana/babası ile çocuğun korunması bakımından etkin bir işlev üstlenen Alman Gençlik Dairesi ve onun temsilciliklerinin de evlatlık ilişkisinin kaldırılması için mahkemeyi tahrik edebilecekleri kabul edilir⁷.

Evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması her durumda uygulama alanı bulabilen bir düzenleme olmayıp, olağan dışı nitelik taşıyan ciddi sebeplerin gerçekleşmesiyle birlikte göz önünde bulundurulabilir⁸. Bu nedenle, kanun koyucu evlatlık ilişkisine yönelik re'sen gerçekleştirilecek müdahalenin koşullarını oldukça sert biçimde düzenlemiştir. Diğer bir söyleyişle, evlat edinen ile evlatlık arasındaki anayasal güvence (GG Art.6) altında bulunan hukuki ilişkiye re'sen yapılacak müdahale ciddi sebeplerin varlığı ile sınırlanmıştır⁹. Böylece, belirli bir yoğunluğa ulaşmamış sebeplerle evlatlık ilişkisine re'sen son verilmesinin ve çocuğun “kimsesiz” bırakılmasının engellenmesi amaçlanır¹⁰.

II. Koşullar

A. BGB §1763/1'de Düzenlenen Koşullar

1. Ergin Olmama

Evlatlık ilişkisinin, mahkeme tarafından re'sen kaldırılmasına karar verilebilmesi sadece evlatlığın erginliğini kazanmadığı dönem için mümkündür

⁶ **Keidel/Engelhardt**, §186, Rn.13. FamFG kapsamında re'sen harekete geçme ilkesinin yaygın olarak uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. MüKoZPO/**Rauscher**, Einleitung, Rn.293.

⁷ **Johannsen**, Kurt/**Henrich**, Dieter: Familienrecht Kommentar (Scheidung, Unterhalt, Verfahren), München 2010, **Althammer**, Christoph: FamFG §59, Rn.7.

⁸ **Scholz**, Harald/**Kleffmann**, Norbert/**Motzer**, Stefan: Praxishandbuch Familienrecht, München 2012, PraHb-Fam/**Eckebrecht**; Marc: Teil V, Rn.97.

⁹ **Schulze**, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Baden-Baden 2012, Hk-BGB/**Kemper**, Rainer: §1763, Rn.1; **Wiesner**, Reinhard: SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe-Kommentar, München 2011, FamFG, Rn.170. Evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasına ilişkin koşulların geniş yorum biçimine uygun olmadığı, bu nedenle mümkün olduğunca dar yorumlanması gerektiği yönünde **Eckebrecht**, Marc: “Rechtsprechungsübersicht zum Adoptionsrecht”, FPR 2001, s.367.

¹⁰ MüKoBGB/**Maurer**, §1763, Rn.1. Alman hukuku bakımından küçüklerin evlat edinilmesi kurumu gençlere yönelik sosyal yardım projesinin bir aracı olarak kabul edilir. Bu nedenle, evlatlık ilişkisi, özel hukuk kuralları yanında kamu hukuku karakterli özel düzenlemeler ile de koruma altına alınmıştır. Bkz. **Enders**, Wolfgang: “Stiefkindadoption”, FPR 2004, s.60.

(BGB §1763/1). Evlatlık ilişkisine yönelik müdahalenin temel amacı çocuğun menfaatin korunması olduğuna göre ergin evlatlığın menfaatinin korunması amacıyla evlatlık ilişkisine müdahale edilemez¹¹. Böylece, mahkemenin re'sen karar vermesine olanak tanıyan düzenlemenin uygulama alanı zaman bakımından sınırlandırılmış olur¹². Söz konusu zaman sınırı erginliğin kazanılmasına kadar uzanır. Erginliğin kazanılmasından sonra ise evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması mümkün olmaz. Zaman bakımından öngörülen bu sınırlamanın iki açıdan önem taşıdığı kabul edilir¹³. Öncelikli olarak, evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması küçüklerin evlat edinilmesinde uygulama alanı olan bir düzenlemedir. Erginlerin evlat edinilmesinde BGB §1763 uygulanmaz. Zaman bakımından öngörülen sınırlamanın diğer bir sonucu olarak mahkemenin re'sen karar verebilmesi için evlatlığın halen küçük olması aranır. Evlat edinmeden sonra erginlik kazanılmışsa ilişkinin re'sen kaldırılmasına olanak tanınmaz¹⁴.

2. Ciddi Sebeplerin Varlığı

Evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması için varlığı aranan koşullardan bir diğeri de çocuğun menfaati doğrultusunda ciddi sebeplerin bulunmasıdır. Evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması olağan dışı bir yol olduğundan söz konusu yola başvurulabilmesi için ciddi sebeplerin varlığı zorunludur¹⁵. BGB §1763/1'e göre; çocuğun henüz erginliğini kazanmadığı dönemde, çocuğun menfaatlerini gerektiren ciddi sebeplerin bulunması koşuluyla mahkeme tarafından evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması mümkündür. Ciddi

¹¹ **Frank**, Rainer: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4/Familienrecht §§ 1741–1772 (Adoption), Berlin 2007, §1763, Rn.4.

¹² Bkz. OLG Zweibrücken 3 W 173/96 (NJWE-FER 1997, s.152); OLG Karlsruhe 11 Wx 52/94 (FamRZ 1996, s.434); BayObLG 1a Z 46/89 (FamRZ 1991, s.227); OLG Stuttgart 8 W 232/87 (NJW 1988, s.2386).

¹³ MüKoBGB/**Maurer**, §1763, Rn.6; PraHb-Fam/**Eckebrecht**, Teil V, Rn.96. Erginliğin kazanılmasından sonra evlatlık ilişkisinin kaldırılmasında ancak BGB §1760'a başvurulabileceği yönünde Hk-BGB/**Kemper**, §1763, Rn.2.

¹⁴ Karar anında evlatlığın halen küçük olması gerektiği için yargılama sırasında çocuğun erginliğini kazandığı durumlarda dahi BGB §1763'e göre karar verilemeyeceği yönünde PraHb-Fam/**Eckebrecht**, Teil V, Rn.96; MüKoBGB/**Maurer**, §1759, Rn.4; OLG Zweibrücken 3 W 173/96 (NJWE-FER 1997, s.152); OLG Karlsruhe 11 Wx 52/94 (FamRZ 1996, s.434).

¹⁵ PraHb-Fam/**Eckebrecht**, Teil V, Rn.97; **Enders**, s.61.

sebepler, çoğunlukla evlat edinen tarafında gerçekleşir ve çocuğun menfaati bakımından evlatlık ilişkisine son verilmesini gerektirir¹⁶.

Ciddi sebeplerin neler olabileceği hakimın takdir yetkisi doğrultusunda somutlaşır. Diğer bir söyleyişle, ciddi sebepler bakımından numerus clausus ilkesi geçerli olmaz. Bir olay ya da olgunun ciddi sebep olarak nitelendirilmesinde asli belirleyici ölçüt çocuğun menfaatidir¹⁷. Çocuğun menfaati ölçütü, evlatlık ilişkisine yönelik re'sen müdahalenin olağan dışı karakteristik özelliğine dayanak oluşturur. Çocuğun menfaati ölçütüne göre yapılacak ciddi sebep nitelendirmesinde kusur ölçütü ise dikkate alınmaz. Sebebin ortaya çıkmasında hiç kimsenin kusuru olmasa dahi çocuğun menfaatlerinin zarar görmesi durumunda BGB §1763 uygulama alanı bulabilir.

Bir olay ya da olgunun ciddi sebep oluşturup oluşturmadığına kanaat getirecek olan hakim, söz konusu olay ya da olgu nedeniyle evlatlık ilişkisinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı ve ortaya çıkan sebebe rağmen bundan böyle evlatlık ilişkisine devam edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna yanıt arar¹⁸. Yukarıda belirtildiği üzere bu sorunun yanıtlanmasında daima göz önünde bulundurulacak asli ölçüt çocuğun menfaatidir.

Alman hukukunda ciddi sebeplerin somutlaştırılmasında kişisel sebepler ve ekonomik sebepler ayrımı üzerinden hareket edilir¹⁹. Kişisel sebepler konusunda büyük ölçüde görüş birliği bulunmasına karşılık ekonomik nitelikli sebeplerin tek başına ciddi sebep olarak kabul edilebilir olup olmadığı noktası tartışmalıdır.

a. Kişisel Sebepler

Ciddi sebepler özellikle kişisel nitelik taşırlar. Evlat edinen ile evlatlık arasında ilgi/özen ve eğitim yoluyla ortadan kaldırılamayacak derecede yoğun olarak gerçekleşen anlaşmazlık veya yabancılaşma kişisel nitelikli ciddi

¹⁶ **Staudinger/Frank**, §1763, Rn.6.

¹⁷ Hk-BGB/**Kemper**, §1763, Rn.3; **Musielak/Borth**, FamFG, §188, Rn.6; **Jauernig/Berger/Mansel**, §1763, Rn.3; BayObLG 1 Z BR 151/98 (NJWE-FER 2000, s.5). Ciddi sebeplerin, sadece evlat edinenin menfaatleri temel alınarak belirlenemeyeceği yönünde OLG Oldenburg 5 W 58/03 (FamRZ 2004, s.399). Evlat edinenin menfaatlerinin, çocuğun menfaatleri karşısında geri çekilmesi gerektiği yönünde **Eckebrecht**, Adoptionsrecht, s.367.

¹⁸ OLG Düsseldorf 25 Wx 24/97 (FamRZ 1998, s.1196).

¹⁹ Bkz. MüKoBGB/**Maurer**, §1763, Rn.9,10; **Staudinger/Frank**, §1763, Rn.7 vd..

sebeplerin temelini oluşturur. Böylesine bir anlaşmazlık veya yabancılaşma ileride çocuğun fiziki ve manevi bakımdan zarar görmesine neden olabilir. Evlat edinen tarafından çocuğa karşı kötü davranılması, çocuğun temel ihtiyaçlarıyla dahi ilgilenilmemesi, çocuğun hukuk veya ahlak dışı bir yola yönlendirilmesi ya da çocuğun evlat edinene yönelik suç işlemesi gibi olgu ve olaylar evlatlık ilişkisinin devamını katlanılmaz bir duruma getirmiş ise ciddi sebep olarak göz önünde bulundurulabilir²⁰. Uygulamada, buna benzer sebeplerin ciddi sebep olarak değerlendirilmesi için çocuğun maddi ve manevi gelişimine zarar verecek derecede evlatlık ilişkisinin temelinden sarsılması sonucunu doğurmaya elverişli olması aranır²¹. Buna karşılık, evlat edinenin, evlatlık ilişkisine bağlamış olduğu beklentilerin boşa çıkmış olması, özellikle çocuğun eğitim ve terbiyesinde karşılaşılan güçlükler veya çocuğun sağlık durumu, evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasına dayanak oluşturamaz²².

Evlatlığın, evlat edinene karşı bir suç işlemesi, kişisel nitelikli ciddi sebeplerin tipik örneği olarak gösterilebilir²³. Özellikle, şahıs varlığı haklarına yönelik suçlar sebebiyle evlatlık ilişkisinin temelinden sarsıldığı kabul edilirken; mal varlığına yönelik suçlar bakımından nasıl bir sonuç benimsenmesi gerektiği sorusu tartışmaya açık bırakılmıştır.

Birlikte evlat edinme durumunda eşlerin boşanması ya da ayrılık kararı verilmesi velayete ilişkin sorunlar doğurmakla birlikte evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması bakımından tek başına etkili olmaz²⁴. Aynı sonuç eşler-

²⁰ Hk-BGB/**Kemper**, §1763, Rn.3; MüKoBGB/**Maurer**, §1763, Rn.9. Gerekli görülürse, ilgililerin psikolojik durumunun saptanması için uzman görüşü doğrultusunda hazırlanan raporlardan yararlanılabileceği yönünde **Musielak/Borth**, FamFG, §188, Rn.6; OLG Köln 16 Wx 227/08 (FGPrax 2009, s.164).

²¹ OLG Düsseldorf 25 Wx 24/97 (FamRZ 1998, s.1196).

²² **Staudinger/Frank**, §1763, Rn.7.

²³ PraHb-Fam/**Eckebracht**, Teil V, Rn.98. Birlikte evlat edinmede, evlat edinen kadının evlatlık tarafından öldürülmesinin BGB §1763 kapsamında ciddi sebep olarak değerlendirilmesi bakımından bkz. AG Arnsberg 16 XVI 11/86 (FamRZ 1987, s.1194).

²⁴ MüKoBGB/**Maurer**, §1763, Rn.9; PraHb-Fam/**Eckebracht**, Teil V, Rn.97; **Grziwotz**, Herbert: "Die Adoption von Stiefkindern", FamFR 2011, s.536; BayObLG 1 Z 48/79 (FamRZ 1980, s.498); OLG Düsseldorf 25 Wx 24/97 (FamRZ 1998, s.1196); BayObLG 1 Z BR 151/98 (NJWE-FER 2000, s.5); OLG Karlsruhe 11 Wx 113/99 (NJWE-FER 2000, s.52); OLG Köln 16 Wx 227/08 (NJW-RR 2009, s.1376). Bununla birlikte, evlat edinen eşlerin boşanması ve bunlardan birinin çocuğun öz ana/babasıyla evlenmesi durumunda ya da boşanmaya bağlı olarak çocuğun bakım ve eğitiminin aksaması tehlikesinin doğumunda boşanmanın diğer etkenlerle birlikte evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasına dayanak oluşturabileceği kabul edilir. Ayırt edici ölçüt, her zaman olduğu gibi çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesidir. Bkz. **Jauernig/Berger/Mansel**, §1763, Rn.12.

den birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi durumunda da geçerlidir²⁵. Eşlerden birini, diğerinin çocuğunu evlat edinmeye yönelten sebeplerin büyük olasılıkla eşler arasındaki evlenme sözleşmesine dayandığı ve evlat edinilen eşin diğerinin “hatırı” için böyle bir hukuki ilişkiyi kurduğu kabul edilmesine karşılık boşanma ya da ayrılık kararına rağmen BGB §1763’ün uygulanmayacağı görüşü savunulur²⁶. Ancak, belirtmek gerekir ki, boşanma ya da ayrılık nedeniyle çocuğun menfaatleri zarar görmekteyse, boşanma ya da ayrılığın, BGB §1763’ün uygulanması bakımından ciddi sebep olarak değerlendirilmesi de mümkündür.

Çocuğun menfaatlerinin gerekli kıldığı durumlarda çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı veya kurulu olan kişisel ilişki düzeni, mahkeme kararıyla sınırlanabilir ya da kaldırılabilir. (BGB §1684/4). Kişisel ilişki kurma hakkının sınırlandırıldığı ya da geçici bir süre ile kaldırıldığı durumlar, evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması bakımından ciddi sebep oluşturmamakla birlikte, söz konusu hakkın sürekli olarak kaldırılması durumunda evlatlık ilişkisi de amaç ve işlevini yitirebilir. Böyle bir durum, evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasında ciddi bir kişisel sebep olarak kabul edilmeye uygundur²⁷.

Ciddi kişisel sebeplere gösterilen diğer bir örnek de muvazaalı evlat edinmelerdir²⁸. Evlatlık ilişkisi fiilen kurulmamış olmasına rağmen evlat edinmeden doğan hukuki sonuçları elde etmek amacıyla gerçekleştirilen evlat edinmelerde, fiili durum ile hukuki durumun örtüşmesini sağlamak için evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması mümkündür. Muvazaalı evlat edinmelerde, çoğu zaman çocuk, öz ana/babayla birlikte yaşamaya devam ettiği için BGB §1763/3’de belirtilen koşullar da gerçekleşmiş olur²⁹. Ancak, böyle bir durumda dahi BGB §1763’ün temel dayanağını oluşturan “çocuğun menfaati” koşulunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

²⁵ **Staudinger/Frank**, §1763, Rn.8; **Grziwotz**, s.536.

²⁶ **Grziwotz**, s.536.

²⁷ Kişisel ilişki kurma hakkının sürekli olarak kaldırılmasında kusurlu olup olmama, evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması bakımından önem taşımaz. Bkz. **MüKoBGB/Maurer**, §1763, Rn.9.

²⁸ **Staudinger/Frank**, §1763, Rn.10; **MüKoBGB/Maurer**, §1763, Rn.9; **Armbrüster**, Christian: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B.1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, München 2012, §117, Rn.6; OLG Köln 16 Wx 86/79 (NJW 1980, s.63); OLG Frankfurt 20 W 486/81 (FamRZ 1982, s.848); OLG Oldenburg 5 W 58/03 (FamRZ 2004, s.399).

²⁹ **MüKoBGB/Maurer**, §1763, Rn.9.

Evlat edinen ile evlatlık arasında rızaya dayalı cinsel ilişkinin varlığı evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması bakımından ciddi bir sebep olarak nitelenmez. Bu düşüncenin temelinde BGB §1766 yer alır. Türk hukukunun aksine (TMK m.129/3) Alman hukukunda evlat edinen ve evlatlık veya onun altsoyu arasında evlenme sözleşmesi kurulmuşsa evlatlık ilişkisi ortadan kalkar (BGB §1766). Ancak, henüz erginliğin kazanılmadığı dönemde gerçekleşecek evlilik nedeniyle çocuğun menfaatlerinin zarar görmesi tehlikesi doğmuşsa BGB §1666 gereğince çocuğun menfaatlerinin korunması için gerekli önlemlerin alınması gerekir³⁰.

b. Ekonomik Sebepler

Her ne kadar ekonomik sebeplerin de evlatlık ilişkisinin temelinden sarılması yol açabileceği kabul edilmekle birlikte tek başına ekonomik bir sebebin varlığı BGB §1763'ün uygulanması için yeterli görülmez³¹. Kişisel sebeplerin karşısında ekonomik sebepler ikinci derecede yer alırlar. Bu doğrultuda, ekonomik bir sebep sonucunda evlat edinen ile evlatlık arasında düzelmesi mümkün olmayacak biçimde ortaya çıkan yabancılaşma ve uzaklaşma, çocuğun menfaatlerini tehlikeye düşüren ciddi bir durumun doğumuna da dayanak oluşturmaktaysa, ancak böyle bir olasılıkta BGB §1763'ün uygulanması düşünülebilir. Aksi durumda, sadece ekonomik nitelikli bir sebebe dayanılarak evlatlık ilişkisine hakim in re'sen müdahalede bulunup ilişkiyi ortadan kaldırması BGB §1763'ün amacıyla bağdaşmaz.

3. Çocuğun Menfaati

Çocuğun menfaati kavramı, aile hukuku ilişkilerinde çocuğu ilgilendiren her konuda temel hareket noktasını oluşturur. Bu düşünce doğrultusunda evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasına karar verecek hakim bakımından da öncelikli ilke çocuğun menfaatinin korunmasıdır. BGB §1763'e ilişkin tüm koşulların değerlendirilmesi de çocuğun menfaati çerçevesinde gerçekleşir. Diğer koşullar, çocuğun menfaatinden bağımsız olarak, evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması bakımından yapılacak değerlendirmeye dayanak oluşturamaz³².

³⁰ MüKoBGB/Maurer, §1763, Rn.9. Buna karşılık, evlatlığın evlat edinen tarafından cinsel anlamda istismar edilmesi tartışmasız olarak kişisel nitelikli ciddi bir sebep olarak değerlendirilir. Bkz. AG Hechingen XVI 9/92 (DAVorm 1992, s.1360).

³¹ Staudinger/Frank, §1763, Rn.9; MüKoBGB/Maurer, §1763, Rn.9.

³² Eckebrecht, Adoptionsrecht, s.367; Staudinger/Frank, §1763, Rn.11.

Evlatlık ilişkisinin kaldırılması çocuğun yaşadığı aile ortamının değişmesi sonucunu doğuracağı için özellikle çocuğun fiziki ve manevi ihtiyaçlarının gerektiği gibi karşılanması bakımından bir değerlendirme yapma zorunluluğu doğar. Diğer bir söyleyişle, evlatlık ilişkisinin kaldırılması çocuğun korunması bakımından zorunluluk taşımakla birlikte ilişkinin kaldırılması sonucunda çocuğun menfaatlerinin de zarar görmemesi gerekir. Evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması, olağan dışı bir durum olup, çocuğun korunması için gerekli diğer önlemlerden (BGB §1666) bir sonuç alınmaması durumunda ultima ratio başvurulabilecek bir önlem olarak kabul edilir³³. Ayrıca, müdahalenin gerçekleşmesinin zorunlu olduğu kanaatine ulaşıldığında dahi, “mümkün olan en az müdahale ilkesi³⁴” gözden uzak tutulmamalıdır.

Söz konusu değerlendirmenin geniş bir bakış açısıyla somut olayın koşulları doğrultusunda tüm olasılıklar dikkate alınarak yapılması gerektiği tartışmasızdır. Bu noktada, çocuğun, mevcut evlatlık ilişkisinin korunması yönündeki menfaatinin de dikkate alınması gerekir³⁵. Özellikle aile hukukundan doğan nafaka yükümlülüğünün devamına ya da miras hukukuna dayalı beklentilere yönelik çocuğun mevcut veya gelecekteki menfaatlerinin evlatlık ilişkisinin korunmasını gerekli kılması mümkündür³⁶.

B. BGB §1763/3'de Düzenlenen Koşullar

Söz konusu düzenleme ile evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılması sonucunda çocuğun “kimsesiz çocuk” durumuna gelmesinin engellenmesi amaçlanır³⁷. Kanun koyucu, bir taraftan çocuğun menfaati doğrultusunda mevcut evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını düzenlemekle birlikte diğer taraftan bu ilişkinin kaldırılması sonucunda çocuğun karşılaşılabileceği tehlikeleri de gözden uzak tutmamıştır. Bazı durumlarda, evlatlık ilişkisinin çözülmesi sonucunda ortaya çıkacak durumun çocuğun menfaatlerine tam olarak uygun

³³ MüKoBGB/Maurer, §1763, Rn.15; Hk-BGB/Kemper, §1763, Rn.3; Staudinger/Frank, §1763, Rn.12; Eckebracht, Adoptionsrecht, s.367; PraHb-Fam/Eckebracht, Teil V, Rn.97; Wiesner, FamFG, Rn.170; BayObLG 1 Z BR 151/98 (NJWE-FER 2000, s.5); KG 1 W 1007/92 (OLGZ 1994, s.68).

³⁴ Hk-BGB/Kemper, §1763, Rn.5.

³⁵ BayObLG 1 Z BR 151/98 (NJWE-FER 2000, s.5); OLG Frankfurt 20 W 486/81 (FamRZ 1982, s.848).

³⁶ Staudinger/Frank, §1763, Rn.11.

³⁷ Staudinger/Frank, §1763, Rn.13.

düşmeyeceğini kabul eden kanun koyucu evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasını iki koşul ile sınırlamıştır.

Söz konusu sınırlayıcı koşullardan birincisi evlatlık ilişkisinin kısmen kaldırılmasına ilişkin olup, kendi içinde iki alt koşuldan oluşur. BGB §1763/3.a gereğince, birlikte evlat edinme yoluyla kurulan evlatlık ilişkisinin kaldırılması için diğer eş ya da öz ana/babanın çocuğun bakım ve eğitimi üstlenmeye hazır olması gerekir³⁸. Böylece, evlatlık ilişkisinin kaldırılması nedeniyle bakım ve eğitim sürecinde herhangi bir aksaklığın oluşmasının ve çocuğun zarar görmesinin önüne geçilmeye çalışılır. Diğer eş ya da öz ana/baba böyle bir sorumluluğu üstlenmeye hazır görülmezse evlatlık ilişkisinin kaldırılması mümkün olmaz. Sorumluluğun gerektiği gibi üstlenileceğine kanaat getiren hakim diğer alt koşulun varlığını da araştırmalıdır. Buna göre, çocuğun bakım ve eğitiminin bu şekilde üstlenilmesi nedeniyle çocuğun menfaatlerinin zarar görmemesi aranır. Çocuğun sorumluluğunu üstlenen taraf söz konusu menfaatlerin gereklerini yerine getiremeyecek durumda ise evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verilemez.

BGB §1763/3.b'de yer verilen koşul ise BGB §1742'in uzantısı niteliğini taşır. BGB §1742'de düzenlenen çifte evlat edinme engeli nedeniyle çocuğun yeniden evlat edinilebilmesi için birlikte evlat edinmede her iki eş bakımından, tek başına evlat edinmede ise evlat edinen bakımından evlatlık ilişkisinin kaldırılması gerekir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, BGB §1763/3.b düzenlemesi ile evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılabilmesi için yeni bir evlatlık ilişkisinin kurulmasının amaçlanmasını aramıştır. Böyle bir durumda, çocuğun menfaatine hizmet edecek yeni bir evlatlık ilişkisinin kurulması amacıyla buna engel oluşturan mevcut evlatlık ilişkisinin kaldırılması için istem olmasa dahi re'sen karar verilebilir. Ancak, bunun için yeni bir evlatlık ilişkisinin kurulup kurulmayacağı yönünde herhangi bir belirsizlik bulunmamalıdır. Diğer bir söyleyişle, kanun koyucu soyut olarak yeni bir evlatlık ilişkisinin kurulması amacıyla mevcut ilişkiye son verilmesini uygun görmemiş, kurulacak yeni ilişkinin somut olarak ortaya konmasını aramıştır³⁹.

³⁸ “Bakım ve eğitimin üstlenilmesine hazır olmak” ifadesi bir taraftan çocuğun sorumluluğunu üstlenmek konusunda istekli olmayı diğer taraftan da böyle bir sorumluluğun gereklerini yerine getirebilme yeteneğine sahip olmayı ifade eder. Bkz. PraHb-Fam/**Eckebrecht**, Teil V, Rn.98.

³⁹ **Staudinger/Frank**, §1763, Rn.21; Hk-BGB/**Kemper**, §1763, Rn.4.

III. Birlikte Evlat Edinmede Kısmi Kaldırma (BGB §1763/2)

Yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, hakim, evlatlık ilişkisinin tamamen kaldırılmasına karar verebilir. Birlikte evlat edinme durumunda ise evlatlık ilişkisinin tamamen kaldırılması yerine eşlerden sadece biri bakımından da ilişkinin kaldırılmasına karar verilmesi mümkündür (BGB §1763/2). Eşlerden birinin çocuğa kötü davranması, çocuğun temel ihtiyaçlarıyla dahi ilgilenmemesi, ahlaka aykırı hayat sürmesi ya da çocuğu cinsel açıdan istismar etmesi durumunda sadece onun bakımından evlatlık ilişkisi kaldırılabilir⁴⁰.

Kısmi kaldırma⁴¹ olarak nitelenen böyle bir karar sonucunda evlatlık ilişkisinin hukuki yapısı da değişikliğe uğrar. Birlikte evlat edinme temeli üzerine kurulan evlatlık ilişkisi bu andan itibaren tek başına evlat edinmeye dönüşür. Ortaya çıkan hukuki sonuçlar ana veya babadan birinin velayet hakkının kaldırılmasından doğan sonuçlara benzetilir⁴².

Kısmi kaldırma kararının verilmesi BGB §1763/1'de belirtilen genel koşullara tabi olmakla birlikte BGB §1763/3.a'da bu duruma özgü bir başka koşula daha yer verilmiştir. Buna göre, çocuk ile eşlerden biri arasındaki evlatlık ilişkisinin kaldırılabilmesi için diğer eşin ya da öz ana/babanın çocuğun bakımı ve yetiştirilmesini üstlenmeye hazır olması ve velayetin diğer eş tarafından kullanılmasının çocuğun menfaati bakımından zarar verici nitelik taşıması aranır⁴³. Böylece, çocuğun aile bağlarının garanti altına alınması sağlanarak çocuğun dışlanması doğuracağı olumsuz sonuçların önüne geçilmesi amaçlanır.

⁴⁰ PraHb-Fam/**Eckebrecht**, Teil V, Rn.98. Buna karşılık, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesinde (BGB §1741/2) ya da eşlerden birinin olağan dışı olarak tek başına evlat edinmesinde (BGB §1741/2) evlatlık ilişkisinin kısmen kaldırılması yoluna gidilemeyeceği açıktır.

⁴¹ PraHb-Fam/**Eckebrecht**, Teil V, Rn.98.

⁴² MüKoBGB/**Maurer**, §1763, Rn.17; Hk-BGB/**Kemper**, §1764, Rn.3.

⁴³ Söz konusu düzenlemenin sadece birlikte evlat edinme durumunda değil tek başına evlat edinmenin re'sen kaldırılması durumunda da uygulanmasını kabul eden görüş için bkz. PraHb-Fam/**Eckebrecht**, Teil V, Rn.98. Buna göre, tek başına evlat edinmede re'sen kaldırma kararının verilebilmesi için öz ana/babanın çocuğun bakımı ve yetiştirilmesini üstlenmeye hazır olması ve velayetin onun tarafından kullanılmasının çocuğun menfaati-ne zarar vermemesi gerekir.

Sonuç

Türk hukukunda (TMK m.315) olduğu gibi Alman hukukunda da (BGB §1752) evlatlık ilişkisi hakim kararıyla kurulur. Hakim, karardan önce kanunda belirtilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde kapsamlı bir araştırma yapar ve elde ettiği tüm verileri çocuğun menfaati ölçütü kapsamında değerlendirir. Bu nedenle, Türk hukukunda geçerli olarak kurulmuş evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması kabul edilmez. Aynı sonuç Alman hukuku bakımından da geçerli olmakla birlikte BGB §1763 bu genel kuralın istisnasını oluşturur.

BGB §1741 vd. hükümlerinde düzenlenen koşullara uygun olarak kurulmuş evlatlık ilişkisi GG Art.6 gereğince anayasal güvence altındadır. Bu nedenle, evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması amacıyla re'sen gerçekleştirilecek müdahaleler sert koşullara tabi tutulmuştur. Kanunda belirtilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde yapılan inceleme ve değerlendirmede asli belirleyici ölçüt ise çocuğun menfaatidir. BGB §1763'de yer verilen düzenlemenin amacı da mevcut evlatlık ilişkisi nedeniyle çocuğun menfaatlerinin zarar görmesinin engellenmesi olarak kabul edilir. Evlatlık ilişkisinin temelinden sarsılmasına sebep olan olgu ve olaylar çocuğun menfaati ölçütüne göre incelenip değerlendirilir.

Hakim, evlatlık ilişkisinin re'sen kaldırılmasına temel oluşturan ciddi sebepleri evlat edinenin menfaatine yönelik bakış açısıyla değil, çocuğun menfaatlerinin korunmasını amaçlayan bir bakış açısıyla değerlendireceği için hakim takdir yetkisi somut olay adaletinin sağlanması bakımından büyük önem taşır.

Kısaltmalar

AG	: Amtsgericht
BayObLG	: Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	: Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	: Bakınız
DAVorm	: Der Amtsvormund
FamFG	: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGPrax	: Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FPR	: Familie, Partnerschaft und Recht
GG	: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
KG	: Kammergericht (das Oberlandesgericht Berlin)
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-FER	: Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs Report
OLG	: Oberlandesgericht
OLGZ	: Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı

Kaynakça

Armbrüster, Christian: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, München 2012.

Eckebrecht, Marc: “Rechtsprechungsübersicht zum Adoptionsrecht”, FPR 2001, s.357 vd..

Enders, Wolfgang: “Stiefkindadoption”, FPR 2004, s.60 vd..

Frank, Rainer: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4/Familienrecht §§ 1741–1772 (Adoption), Berlin 2007.

Grziwotz, Herbert: “Die Adoption von Stiefkindern”, FamFR 2011, s.533 vd..

Jauernig, Othmar/**Berger**, Christian/**Mansel**, Heinz-Peter: Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz-Kommentar, München 2011.

Johannsen, Kurt/**Henrich**, Dieter: Familienrecht Kommentar (Scheidung, Unterhalt, Verfahren), München 2010.

Keidel, Theodor/**Engelhardt**, Helmut: Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 2011.

Maurer, Hans-Ulrich: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 8, Familienrecht II (§§ 1589-1921), München 2012.

Musielak, Hans-Joachim/**Borth**, Helmut/**Grandel**, Mathias: Familiengerichtliches Verfahren, FamFG 1. und 2.Buch, München 2012.

Rauscher, Thomas: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd.1, München 2013.

Scholz, Harald/**Kleffmann**, Norbert/**Motzer**, Stefan: Praxishandbuch Familienrecht, München 2012 (PraHb-Fam).

Schulze, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Baden-Baden 2012 (Hk-BGB).

Weidemann Ines: Verfahrenshandbuch Familiensachen, München 2010.

Wiesner, Reinhard: SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe-Kommentar, München 2011.

TİCARİ DEFTERLERE İLİŞKİN YENİ TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN MUHASEBE AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ ¹

Arş.Gör. Ali KAYA*

Arş.Gör. Emre HORASAN**

Özet

Avrupa Birliği'ne katılım süreci, şirket yönetimlerinin ve organizasyonlarının yapılarının değişmesi, elektronik ve bilgi teknolojileri alanında meydana gelen büyük gelişmeler ve ticaret alanındaki değişimler ticaret hukuku alanında da değişimi zorunlu hale getirmiştir. 13 Ocak 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) kabul edilip 14 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan ve 1 Temmuz 2012 itibariyle yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ticari hayatla ilgili olarak birçok değişiklik ve yeni düzenleme getirmiştir. Yeni Ticaret Kanunu'nda muhasebe açısından özellikle; ticari defterler, finansal raporlama ve bağımsız denetim konularında yeni düzenlemeler yer almaktadır. Bu çalışmada, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ticari defterlere ilişkin kayıt düzeni, kayıtlarda öngörülen düzenlemeler (TMS/TFRS) ve getirilen yenilikler muhasebe açısından incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** 6102 Sayılı Ticaret Kanunu, Ticari Defterler, Muhasebe Standartları (TMS/TFRS)*

¹ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, 10, 11, 12 Mayıs 2012 tarihinde gerçekleştirilen "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" konulu sempozyumda sunulan tebliğdir.

* Marmara Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD Araştırma Görevlisi

** Marmara Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Muhasebe Finansman ABD Araştırma Görevlisi

Abstract

European Union accession period, structural changes in management and organization of companies, significant developments in the field of information technologies and transformation in commercial affairs have necessitated similar transformation in the field of commercial law. Turkish Commercial Law No. 6102 which was adopted by Turkish Grand National Assembly (TBMM) on January 13, 2011 and published in Official Gazette dated February 14, 2011 and entered into force on July 1, 2012 has brought many changes and new regulations regarding the commercial life. The New Commercial Law includes new regulations in terms of accounting, especially on commercial books, financial reporting and independent audit. In this study, recording system for commercial books, prescribed regulations (IAS /IFRS) in the records and innovations in Turkish Commercial Law No. 6102 are examined in terms of accounting.

Key Words: *Turkish Commercial Law No. 6102, Commercial Books, Accounting Standards (IAS/IFRS)*

Giriş

Uluslararası ölçekli işletmelerde yaşanan muhasebe ve denetim skandalları, bu işletmelerin içinde bulunduğu ülkelerin ekonomilerini önemli ölçüde etkilemiş ve ilgili tarafların -ki özellikle de yatırımcıların- işletmelerle ilgili daha fazla denetlenmiş bilgiye olan ihtiyaç ve isteklerini artırmıştır. Ayrıca, devlet menfaatinin yani vergi toplamanın ön planda olduğu bir ekonomik düzenden toplumun, insanın ve özelde de yatırımcının korunmasını ve yatırımcının ilgileneceği bilginin aktarılmasını temel alan bir ekonomik düzene geçilmiştir. Bu nedenle uluslararası etkileri olan birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerden birkaçı; Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu (UMSK / IASB) tarafından yayımlanan Uluslararası Muhasebe Standartları (UMS) / Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS), Uluslararası Denetim Standartları ve AB Direktifleri'dir.

Uluslararası alanda büyük etkileri olan bu olaylara ek olarak iletişim, uluslararası ticari ilişkiler ve yatırımların artması ve bunların ülke içindeki etkileri sonucunda yeni bir Ticaret Kanunu yapma zorunluluğu baş göstermiştir. Yukarıda bir kısmı belirtilen önemli sebeplerden dolayı 6102 sayılı

Ticaret Kanunu (TTK) hazırlanmış ve TBMM’de kabul edilmiştir*. Kanunda, uluslararası düzenlemelere atıfta bulunularak işletmelerin mali yapılarının şeffaf hale gelmesi yönünde düzenlemeler yapılmıştır². Bu şeffaflığı sadece mali bilgilerin açıklanması istenerek değil aynı zamanda bu mali bilgilerin denetlenmesi de öngörülerek sağlanmaya çalışılmıştır.

6102 sayılı Ticaret Kanunu’nun “Ticari İşletme” başlıklı Birinci Kitabı’nın Beşinci Kısım’ı “Ticari Defterler”e³ ayrılmıştır. Bu kısımda özetle ticari defterlerin tutulma yükümlülüğü, defterler tutulurken uyulması gereken kurallar ve envanter, açılış bilançosu ve yılsonu finansal tabloların düzenlenme yükümlülüğü, finansal tablo kalemlerine ilişkin ilkeler, değerlendirme ilkeleri ve ticari defterlerin saklanması ve ibrazı ile ilgili hükümler yer almaktadır.

1. Ticari Defterler

1.1. Defter Tutma Yükümüne Tabi Olanlar

Tacir sıfatına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler ile tacir statüsünde olan kişiler⁴ defter tutmakla yükümlüdür (TTK md. 18/1; 64/1). Tacirin birden fazla işletmesi varsa her bir işletmesi için ayrı defter tutmak zorundadır.

* 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, 13 Ocak 2011 tarihinde TBMM’nde kabul edilerek 14 Şubat 2011 tarihli 27846 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır ve Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Hükümleri saklı kalmak kaydıyla 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak yeni Ticaret Kanunu’nun kabulünden sonra bazı eleştiriler baş göstermiş ve 6102 sayılı Ticaret Kanunu henüz daha yürürlüğe girmeden 6335 sayılı kanunla, yürürlüğe girdikten sonra ise 6455 sayılı kanunla üzerinde bazı değişikliklere gidilmiş ve bu değişiklikler de Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. RG: 30.06.2012, S.28339; 11.04.2013, S.28615. Bu değişikliklerin bir kısmının bizim çalışmamızı da etkilediğini ve bu nedenle değerlendirmelerin en son değişiklikler esas alınarak yapıldığını belirtmek isteriz.

² Abdulkadir Bilen, “Ticari Defterler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Ticari Defterlere İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Muhasebe Finansman Dergisi**, Nisan 2007, s. 122.

³ Moroğlu tasarıya yönelik eleştirilerinde, TTK’nun 21’inci maddesinde düzenlenen fatura ve teyit mektubunun “ticari belgeler” olarak ticari defterlerle bir arada düzenlenmesi gerektiğini bu nedenle ilgili kısmın başlığının da “Ticari Defterler ve Belgeler” olması gerektiğini ifade etmiş ancak bu öneri kabul görmemiş olacak ki 5’inci kısmın başlığı tıpkı eTK’nda olduğu gibi “Ticari Defterler” olarak muhafaza edilmiştir. Bkz. Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, 5. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 52.

⁴ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Baskı. Ankara: BTHAE Yayınları, 2011, s. 334.

Ticari defterlerin tutulması teknik bilgi gerektirdiğinden uygulamada muhasebecilik ve mali müşavirlik meslek mensupları tarafından tutulmaktadır⁵.

Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır (TTK md. 12/2). TTK md. 12/2 gereği tacir sayılan kimselerin aslında tacirlerden bir farkı yoktur. Bu nedenle tacir sıfatına bağlanan hak ve yükümlülükler tabi olmaları gerekir. Dolayısıyla tacir sayılanlar da ticari defter tutmakla yükümlüdür.

Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur (TTK md. 12/3)⁶. Tacir gibi sorumlu olanlar, tacir olmanın haklarından yararlanamazlar; sadece yükümlülüklerine katlandıkları için yine defter tutmakla yükümlüdür⁷.

Adi şirketin (BK md. 620 vd.) tüzel kişiliği olmadığı için ticari işletme işletilmesi durumunda tacir sıfatı kısmen de olsa her bir ortağa aittir (TTK md. 12/1). Bu nedenle her bir ortağının ayrı ayrı defter tutması gerekir⁸.

TTK md. 195/5 gereği tacir sayılan hakim teşebbüsler de haklarında bu bakımdan istisna bir hükme yer verilmediği için ticari defter tutmalıdır. Yine TTK md. 17 gereği tacire ilişkin hükümler donatma iştiraki hakkında da aynen uygulandığı için donatma iştiraki, defter tutmakla yükümlüdür.

⁵ Nihat Taşdelen, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari Defterler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2012, C.3, S.1, s.8.

⁶ Hükümün (TTK md. 12/3) lafzından açıkça anlaşılacağı üzere, burada tacirlik sıfatı üçüncü kişilere karşı sorumluluk yönünden doğacaktır.

⁷ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.335; Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.8-9. “..O halde, bir ticari işletmeyi açma hazırlıklarını sürdüren ve fakat henüz fiilen ticarete başlamadığı için ticari defter “tutmaya” da başlamamış olan kişi, iyiniyetli olmasına rağmen tacir sayıldığına ve bu hazırlık dönemindeki ticari işleri nedeniyle çıkan ihtilaflarda hasmı kendi iddiasını kendi defterine dayanarak ispat edebileceğine ve buna itiraz edilemeyeceğine göre, kötünüyetli olduğu kanunen kabul edilen 14/3’teki kişi için bu durum evleviyetle geçerlidir”. Benzer görüş için Bkz. Ahmet Battal, “Tacir, Ticari Defterlerini Tacir Gibi Sorumlu Olan Hasmina Karşı Delili Olarak Kullanabilir mi?”, **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul 1996, s.89; aksi yönde görüş için bkz. Fevzi Yarbaş, **Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari Defterlerin Delil Niteliği**, 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 1996, s.36-37, ayrıca oradaki tartışmalar için bkz. dn.13, 14.

⁸ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.335.

Ticari defter tutma yükümlülüğüne aykırı davranan tacirler için TTK md. 562/1 ve 2. fıkrası gereği özel cezai sorumluluk öngörülmüştür. Ayrıca İİK (md. 285/1, 286, 310/5; karş. TCK md. 162) ve HMK açısından da bu yükümlülüğe aykırı davranmanın tacirin aleyhine sonuçları doğmaktadır⁹.

TTK md. 15’de tanımı yapılan esnaflar tacir değildir¹⁰. Üstelik esnafa uygulanacak ticari hükümler arasında ticari defterlerle ilgili TTK md. 64 vd. maddelerden bahsedilmemiştir. Bu nedenle esnaflar “ticari” defter tutamaz¹¹.

Ticari defterleri tutma zorunluluğu, işletmeyi ticaret siciline tescil ettirme yükümlülüğünün doğduğu andan itibaren başlar (TTK md. 87)¹². Bu zorunluluğun sona ermesi ise, tacir statüsünün son bulmasına kadar devam eder. Dolayısıyla tacir ve tacir sayılanlar için ticaret sicilinden silinmesi (terkin) esas alınır ama tacir gibi sorumlu olanlar için somut olayın koşullarına bakmak gerekir¹³. O halde tasfiye aşamasında tacirin defter tutma yükümlülüğünün devam ettiğini rahatlıkla söyleyebiliriz¹⁴.

1.2. Defterlerin Tutulması

1957 tarihli ve 6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu’na (eTK’ya) göre tutulması zorunlu defterler iki gruba ayrılmaktaydı. Bu defterlerden bir kısmı ismen gösterilmek suretiyle eski Ticaret Kanunu’nda sayılan defterler iken (eTK md. 66 vd.); diğerleri ismen gösterilmemekle birlikte ticari işletmenin nitelik ve öneminin zorunlu kıldığı diğer defterlerdi¹⁵. Bu durum ise uygulamada tereddüt yaratmakta olup çok sayıda tespit davalarının açılmasına neden olmaktadır. Sonuç olarak eTK döneminde ismen gösterilmeyen defterlerin

⁹ Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Bası. İstanbul: BETA Yayınları, 2012, s.154; TTK’nun ticari defterlere dair hükümlerinin değerlendirilme ve eleştirisi için ayrıca bkz. Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 1. Baskı. İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2011, s.72.

¹⁰ Fevzi Yarbaş, **a.g.e.**, s.11 vd.

¹¹ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.335; Mehmet Bahtiyar, **a.g.e.**, s.152.

¹² Abuzer Kendigelen, **a.g.e.**, s.77. TTK md. 12 ve 18 çerçevesinde bu zorunluluğun doğduğu an bu sıfatların kazanıldığı andır. Bkz. Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.12.

¹³ Gereke md. 64/1 için bkz. Bumin Doğrusöz/Öznur Onat/Funda Tunçel Töralp, **Gereke- li Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul: İSMMMO Yayınları, 2011, s.185.

¹⁴ Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.13.

¹⁵ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Baskı. Ankara: BTHAE Yayınları, 2010, s.327; ayrıca bkz. Fevzi Yarbaş, **a.g.e.**, s.80 vd.

saptanmasında yaşanan güçlük ve sakıncalar yasal sisteme geçilerek bertaraf edilmiştir¹⁶. Yalnız 6335 sayılı kanun değişikliğinden sonra (md. 8), TTK'da ismen sayılan zorunlu defterlerin dışındaki defterleri tebliğle belirleme yetkisi TMSK'nın** elinden alınmış ve KGK'ya verilmiştir. Kanaatimizce, eTK döneminde olduğu gibi mahkemelerde tespit davaları açılabilceğini de rahatlıkla söyleyebiliriz¹⁷.

Yine eTK döneminde varolan işletme (hesabı) defteri (eTK md. 66/3) ile bir ticari işletmenin muhasebesini tutma olanağı (gerçek kişi) tacirin elinden alınmıştır¹⁸.

TTK döneminde, her tacir asgari yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defterini tutacaktır. Ticari işletmenin muhasebesi ile ilgili olan bu defterler yanında yerine göre muhasebe ile ilgisi olmayan pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi defterler de tutulacaktır. Pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler de ticari defterlerdir (TTK md. 64/4)¹⁹. Bu hükmün amacı, uygulamada başta ispat konusunda ciddi sıkıntı yaratan bu defterlere ciddiyet kazandırmak ve onları klasik ticari defterlerle benzer koşullara tabi tutmak²⁰ ve ticari defterlere uygulanan güven ve disiplin kurallarını uygulayabilmektir²¹.

¹⁶ Mehmet Bahtiyar, **a.g.e.**, s.156.

** 2/11/2011 tarihli 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin Geçici 5. Maddesi ile Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu (TMSK), bu Kurum'a (KGK) devredilmiştir ve bu değişiklik 26/06/2012 tarihli 6335 sayılı kanunun 9. maddesi uyarınca TTK'na işlenmiştir.

¹⁷ Karş. Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.6-7.

¹⁸ Mehmet Bahtiyar, **a.g.e.**, s.154.

¹⁹ Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin ticarî defter sayılması, ticari defterlere ilişkin teorik yaklaşıma uygun olmamakla birlikte, uygulamadaki ihtiyaç göz önüne alınarak, kanunlaştırılmıştır. Kuralın amacı, karine oluşturmak, ispatta yardımcı olmak gibi işlevlere sahip söz konusu defterlere, ticarî defterlere uygulanan güven ve disiplin kurallarını uygulayabilmektir. Uygulamada tasdiğe tâbi olmayan bu defterlerin çoğu kez güvenilemez durumda oldukları görülmüştür. Gerekçe md. 64/4 bkz. ; ayrıca bkz. Abuzer Kendigelen, **a.g.e.**, s.71.

²⁰ Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 20. Baskı, Konya: Mimoza Yayıncılık, 2011, s.262; Sabih Arkan, **a.g.e.**, 2011, s.336; Mehmet Bahtiyar, **a.g.e.**, s.156; Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.5.

²¹ Mustafa İnanç, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Ticari Defter Tutma, Envanter, Değerleme, Saklama ve İbraz Yükümlülüğü", **Mali Çözüm Dergisi**, Mayıs - Haziran 2011, s.229; Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.6.

Bunların haricinde isteğe bağlı (ihtiyari) defterlerin de (el defteri ve cari hesap defteri gibi) tutulabileceğini söylemek mümkündür²². Her ne kadar eTK’da yer verilen beyana tabi defterlere (eTK md. 69/2) yeni Ticaret Kanunu’nda yer verilmesi de tacirin, işletmesinin mali düzeni ve disiplini açısından bu tarz defterleri tutmasının önünde hiçbir engel yoktur.

1.3. Defterlerin Onaylanması

Fiziki ortamda tutulan yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri ile pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri²³ gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterlerin²⁴ açılış onayları, kuruluş sırasında ve kullanılmaya başlanmadan önce noter tarafından yapılır. Bu defterlerin izleyen faaliyet dönemlerindeki açılış onayları, defterlerin kullanılacağı faaliyet döneminin ilk ayından önceki ayın sonuna kadar notere yaptırılır²⁵. Pay defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defteri yeterli yapıları bulunmak kaydıyla izleyen faaliyet dönemlerinde de açılış onayı yaptırılmaksızın kullanılmaya devam edilebilir. Yevmiye defterinin kapanış onayı, izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar, (anonim şirket) yönetim kurulu karar defterinin kapanış onayı ise izleyen faaliyet döneminin birinci ayının sonuna kadar notere yaptırılır. Böylece kapanış onayı sadece yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterine özgülenmiştir²⁶. Ayrıca yevmiye defterinin kapanış onay süresi, 6102 sayılı TTK’nın ilk halinde olduğu gibi altı ay olarak korunmuştur²⁷.

²² Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.7 ve delil niteliği açısından bkz. orada dn.13.

²³ Moroğlu’na göre bu defterlerin ana içeriği “kararlar” olduğundan, “genel kurul toplantı ve müzakere defteri” yerine “genel kurul müzakere ve karar defteri” denilmesi gerekirdi. Bkz. Moroğlu, **a.g.e.**, s.54.

²⁴ Bu defterler münhasıran anonim ortaklık gibi tüzelkişi tacirler tarafından tutulan defterlerdir.

²⁵ Mali hesap yılının çoğu zaman takvim yılı ile uyumlu olduğu düşünülecek olursa her yıl aralık ayı içerisinde bu (açılış) onayın noterde yaptırılması gerekir. Ayrıca bkz. Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.19.

²⁶ Aynı görüşte bkz. Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.22-23. Halbuki 6102 sayılı TTK’nın ilk halinde kapanış onayı ayırım yapılmaksızın bütün defterler için getirilmişti.

²⁷ 6102 sayılı kanun TBMM’de kabul edilip yayımlandığında eleştiri alan hükümlerden bir tanesi de TTK md. 64/3 hükmüydü. İlgili hükmün 6335 sayılı yasayla değişikliğe uğramadan önceki halinde, tüm ticari defterlerin (muhasebe ile ilgili olsun olmasın) açılış ve kapanış onayına tabi tutulacağı, kapanış onaylarının izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar yapılacağı ifade edilmişti. Ancak özellikle muhasebeyle ilgili olmayan ve dönemsellik ilkesi ile bağdaşmayan pay defteri gibi defterlerin her faaliyet dö-

Ticari defterlerde açılış ve kapanış onaylarının varlık sebebi; çift defter kullanımını, geçmiş dönemlere ait kayıt yapılmasını ve haksız sonuç doğurmaya yönelik usulsüz delil elde edilmesini engellemektir²⁸. Ticaret şirketlerinin ticaret siciline tescili sırasında defterlerin açılışı ticaret sicili müdürlükleri tarafından da onaylanabilir. Açılış onayının noter tarafından yapıldığı hâllerde noter, ticaret sicili tasdiknamesini aramak zorundadır. Böylece sicil müdürlüklerine yetki verilerek şirketlerin kuruluşunun hızlandırılması ve faaliyet belgesi aranarak uygulamadaki sakıncaların bertaraf edilmesi amaçlanmıştır²⁹. Yalnız bu ayrıcalığın anonim ve limited şirketlerin kuruluşlarına özgülendiği gözden kaçırılmamalıdır³⁰.

Ticari defterlerin elektronik ortamda tutulması hâlinde bu defterlerin açılışlarında ve yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterinin kapanışında noter onayı aranmaz. Fiziki ortamda veya elektronik ortamda tutulan ticari defterlerin nasıl tutulacağı, defterlere kayıt zamanı, onay yenileme ile açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı^{***} ile Maliye Bakanlığınca müştereken çıkarılan tebliğle belirlenir (TTK md.64/3). Öğretide bu hususun normlar hiyerarşisi açısından isabetli olmadığı savunulmaktadır³¹.

minin sonunda kapanış onayına tabi tutulmuş olması ve kapanış onay sürelerinin uzunluğu sebebiyle sermaye şirketlerinde yapılan genel kurul toplantılarıyla paralellik sağlanmamış olması (TTK md. 409, 617) bizim de katıldığımız eleştirilere neden olmaktadır. Ancak 01.01.2013 tarihinden geçerli olmak üzere 11.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 28.03.2013 kabul tarihli ve 6455 sayılı yasanın 78 inci maddesiyle değişikliğe uğrayan bu hüküm son halini almış ve yevmiye defterinin kapanış onayı, izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar, anonim şirket yönetim kurulu karar defterinin kapanış onayı ise izleyen faaliyet döneminin birinci ayının sonuna kadar notere yaptırılması zorunlu kılınmıştır. Böylece yevmiye defterlerinde 6335 sayılı yasa ile tanınan üç ay yerine altı aylık kapanış onay süresi tanınarak bizim eleştirdiğimiz noktaya tekrar dönülmüştür. Bkz. 6455 sayılı Kanun md. 78'in gerekçesi.

²⁸ Mustafa İnanç, **a.g.m.**, s.229.

²⁹ Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.20.

³⁰ “Defterler anonim ve limited şirketlerin kuruluş aşamasında, şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret sicili memuru veya noter tarafından tasdik edilir.” (4884 sayılı kanun md.7). 11.06.2003 tarih ve 4884 sayılı Kanun’un ilgili hükmü gereği şirket ile kastedilen görüldüğü üzere TTK md. 124’te kastedilen ticaret şirketlerin tümü değil sadece sermaye şirketi konumundaki anonim ve limited ortaklıklardır. Bkz. bu konuda görüşü için Arkan, **a.g.e.**, s.339, dn.3.

^{***} RG, 8.6.2011, S. 27958 (Mükerrer). Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 3.6.2011 tarih ve 640 sayılı KHK’nın kabulünden sonra geçici madde 2/V gereği mevzuatta Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na yapılmış atıflar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’na yapılmış sayılır. 6335 sayılı kanun değişikliği ile TTK’ya işlenmiştir.

³¹ Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.15.

1.4. Defterlerin Saklanması

Her tacir, ticari defterlerini, envanterlerini, bilançolarını, finansal tablolarını ve faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak diğer belgelerini, ticari mektuplarını (aldığı mektup yahut gönderdiği suretlerini)³² ve kayıtların dayanağını teşkil eden belgeleri on yıl boyunca saklamakla yükümlüdür (TTK md. 82/1, 5)³³.

Bilançoları ve finansal tabloları hariç olmak üzere, TTK md. 82/1'de sayılan belgeler, Türkiye Muhasebe Standartlarına da uygun olmak kaydıyla, görüntü veya veri taşıyıcılarda saklanabilir.

Saklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluştuğu takvim yılının bitişiyle başlar (TTK md. 82/6).

Gerçek kişi olan tacirin ticareti terk etmesi hâlinde kendisi veya ölümü hâlinde mirasçıları, defter ve kâğıtları 10 yıl saklamakla yükümlüdür (TTK md. 82/8). Mirasın resmî tasfiyesi veya tüzel kişiliğin sona ermesi hâlinde; defter ve kâğıtlar on yıl süreyle sulh mahkemesi tarafından saklanır (TTK md. 82/8-son cümle)³⁴.

1.5. Defterlerin Ziyayı

Bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle ve kanuni saklama süresi içinde zıyaa uğrarsa tacir zıyayı öğrendiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden

³² TTK md. 82/2 uyarınca ticari mektuplar, bir ticari işe ilişkin tüm yazışmalardır.

³³ Sami Karahan, **a.g.e.**, s.271 vd.; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.340; Mehmet Bahtiyar, **a.g.e.**, s.156 vd.; Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.24-25. "Her ne kadar saklama süresi Son-Tasarıda beş yıl olarak öngörülmüşse de Adalet Komisyonu bu süreyi yeniden on yıla çıkarmıştır. Bkz. Abuzer Kendigelen, **a.g.e.**, s.74.

³⁴ ETK'da kolektif ve komandit ortaklıkların tasfiyesinden sonra bir ortağa ya da notere, diğer şirketlerde ise (anonim, limited ve kooperatif) noterlere verilen defter ve belgeleri saklama görevi (eTK md. 68/3), TTK'da, eski dönemde tıpkı mirasının resmi tasfiyesinde olduğu gibi sulh mahkemelerine verilmiştir (TTK md. 82/8).

kendisine bir belge verilmesini isteyebilir (TTK md. 82/7)³⁵. Bu belgeye “zayi belgesi” denilir.

1.6. Defterlerin İncelenmesi

Ticari defterlere, tacirin işletmesiyle ilgili olarak gizli kalması gereken bilgiler geçirilebilir. Örneğin karar defterine rakip firmaların öğrenmesi durumunda rekabette tacirin avantajını yitirmesine neden olacak kayıtlar işlenmiş olabilir. Dolayısıyla ticari defter kayıtlarının herkese açık bulundurulması, tacir bakımından sakıncalı olabilir. Kanun koyucu bu nedenle defter ve belgelerin incelenmesini TTK’da özel şartlara tabi tutmuştur³⁶.

1.6.1. Defterlerin İbrazı (Defter kayıtlarının kısmen incelenmesi)

Ticari uyuşmazlıklarda mahkeme, yabancı gerçek veya tüzel kişi bile olsalar³⁷, tarafların ticari defterlerinin ibrazına, resen veya taraflardan birinin istemi üzerine karar verebilir (TTK md. 83/1; HMK md. 222/1)³⁸. İbrazdan kasıt sadece uyuşmazlıkla ilgili kayıtların tarafların katılımı ile incelenmesidir.

1.6.2. Defterlerin Teslimi (Defter kayıtlarının tamamen incelenmesi)

Malvarlığı hukukuna ilişkin olan, özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkeme, ticari defterlerin teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebilir (TTK md. 85)³⁹. Teslimden kasıt⁴⁰ defter ve belgelerin her yanı ile incelenebilmesi gibi ağır sonuçlar doğuran bir husustur.

³⁵ Sami Karahan, **a.g.e.**, s.271; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.341. Eski düzenlemeden farklı olarak “hırsızlık” sebebiyle zayi belgesi talep edilebileceği açıkça vurgulanmış; böylece Yargıtay uygulamasına paralel olarak mevcut tereddütler giderilmiştir. Bkz. Abuzer Kendigelen, **a.g.e.**, s.74-75. Ancak hırsızlık iddiasının inandırıcı olması, defterlerin saklanmasıyla baskın bir tacir gibi davranılmış olması koşulunun mahkemeye aranacağı aşıkardır. Bkz. Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.26.

³⁶ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.343.

³⁷ Göze çarpan bir değişiklik olarak kanun koyucu, mahkemelerin yabancı gerçek veya tüzel kişi olsalar bile defterlerinin ibrazına hükmedebileceğini açıkça düzenlemiştir. Bkz. Abuzer Kendigelen, **a.g.e.**, s.76.

³⁸ Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.28.

³⁹ Abuzer Kendigelen, **a.g.e.**, s.76-77.

⁴⁰ Hükümde “özellikle” denildiği için yukarıda sayılan hallerle sınırlamanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Aynı görüşte bkz. Nihat Taşdelen, s.30.

2. Defterlerin Tutulmasının Muhasebe Standartları Açısından Değerlendirilmesi

Defter tutulmasının tacirler, ortaklar, üçüncü kişiler hatta kamunun menfaati bakımından -iflas ve vergi hukuku boyutu düşünüldüğünde- önemi ve yararı vardır⁴¹.

Tacirin defter tutması her şeyden önce kendi yararındır⁴². Tacir defter tutmakla işletmesinin mali gidişatını görmüş olur. Tacirlerin defter tutmasına devlet açısından bakıldığında, VUK md. 171 hükmünce yüklenen bir ödev olan vergi borcunun hesaplanması ve ödenmesi açısından önem taşır.

Muhasebe disiplini ve vergi mevzuatı bir yana hukuk bilimi açısından da defter tutmak tacir için gereklidir. Çünkü ticari defterler, üçüncü kişiler ve alacaklılar açısından önem arz eder. Ticari davalarda (TTK md. 4) özel delil olarak kabul edilir (HMK md. 222)⁴³.

Her tacir, ticari defterleri tutmak, ticari işlemlerinin sonucunda ortaya çıkan mali hareketlerini 6102 sayılı TTK'na uygun bir şekilde ve bu hareketlerin sonuçlarını (bireysel ve konsolide finansal tablolarını) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yayımlanan TMS/TFRS'na, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen uygun olarak açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymalıdır (TTK md. 64/1, 88/1). Defterler, üçüncü kişi uzmanlara, makul bir süre içinde yapacakları incelemede işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verebilecek şekilde tutulur. İşletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir (TTK md. 64/1). Tutulacak defterlerin, hali hazırda Türkiye'de defter tutmada bilanço usulüne göre defter tutan mükelleflerin uyguladığı 1 No.lu Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği ile düzenlenen Tek Düzen Hesap Planı'na uygun olarak tutulması ve düzenlenecek mali tabloların da TMS/TFRS'na uygun olarak düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

TMS/TFRS, UMS/UFRS'nın aynen çevirisi olup, tüm dünyadaki muhasebe uygulamalarını yönlendiren ilkesel sistemin ülkemize de uyarlanmasını

⁴¹ Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.3-4.

⁴² Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.333; Mehmet Bahtiyar, **a.g.e.**, s.151; Abuzer Kendigelen, **a.g.e.**, s.70-81; Fevzi Yarbaş, **a.g.e.**, s.12.

⁴³ Fevzi Yarbaş, **a.g.e.**, s.13.

öngörmektedir. Bu da Türk işletmelerinin mali tablolarının içerdiği bilgilerin uluslararası piyasalarda kabul görmesini, dolayısıyla Türk ekonomisinin ve işletmelerinin dünya ekonomileri ve işletmeleri ile muhasebenin ürettiği bilgilerin niteliği açısından entegre hale gelmesi sağlanacaktır. Ülkemizde bu entegrasyonu sağlama görevi fiili ve kanuni olarak Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'na verilmiştir. Yapılan kanuni düzenleme ile standartların "...yalnız Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından belirlenir ve yayımlanır" hükmü getirilmiştir (TTK md. 88/2)⁴⁴.

IASB 2003 ve 2004 yıllarında Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler'e (KOBİ) özgü konuları da dikkate alacak şekilde muhasebe standartları geliştirmek üzere kamuya açık toplantılar yapmıştır. Bu toplantılar sonucunda 2004 Haziran'ında KOBİ'ler için muhasebe standartlarına yönelik görüşleri içeren bir tartışma belgesi yayımlamıştır. Bu tartışma belgesine ve daha sonraki yıllarda geliştirilen standartlara getirilen eleştiriler ve bildirilen görüşler de dikkate alınarak 2007 Şubat'ında nihai taslak metin yayımlanmıştır. Nihai taslağa ilişkin saha testleri, yapılan yorumlar ve öneriler sonucunda 2009 Temmuz'unda KOBİ'ler İçin Muhasebe Standartları yayımlanmıştır⁴⁵. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu da TMS / TFRS için izlediği yolu KOBİ standartları için de izlemiş, bu standartlar aynen çevirisi yapılarak yayımlanmıştır ve kamuya hesap verme yükümlülüğü bulunmayan genel amaçlı finansal tablo düzenleyen işletmelerin uygulamasını öngörmüştür. Bu öngörüsü de Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun değişik ölçütteki işletmeler, sektörler ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlar için farklı standartlar belirleyebileceği hükmü ile bağlayıcı hale gelmiştir (TTK md. 88/3).

Yukarıda öngörülen iki düzenlemeyi kullanarak muhasebe sürecinde kayıt ve işlemlerini gerçekleştiren işletmeler Büyük Ölçekli İşletmeler – ki bu işletmeler Tam Set TMS / TFRS olarak tanımlanan muhasebe standartlarını kullanacaklardır – ve KOBİ'ler – ki KOBİ'ler İçin TMS / TFRS olarak tanımlanan muhasebe standartlarını kullanacaklardır – içinde bazı işletmeler,

⁴⁴ Bu konuda detaylı bilgi bkz. Korkut Özkorkut, "Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Etkileri", **BATİDER (Aralık 2011), C.27, S.4**, ss.15-47.

⁴⁵ Project History, <http://www.ifrs.org/IFRS+for+SMEs/histroy/History.htm>, (E.T. 15.04.2012).

mensup olduğu sektörlerin ekonomik ve ticari yapılarının farklı olması nedeniyle kanunlarla belirlenmiş belirli sektörleri düzenlemek ve denetlemek üzere kurulmuş kurum ve kuruluşların gözetimi altında bulunabilirler (BDDK, EPDK vb.). Bu kurum ve kuruluşlar kendi gözetimleri altındaki alanlara ilişkin yapacakları sınırlı olmak kaydıyla düzenlemeleri Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun onayını alarak yapmalıdırlar. Ayrıca, işletmeler yukarıda sayılan hiçbir düzenlemede hüküm bulamadıkları durumlarda uluslararası kabul gören muhasebe ilkelerini (Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri) uygulamak zorundadır (TTK md. 88/4,5)⁴⁶.

Tacir, işletmesi ile ilgili olarak (gönderilmiş) her türlü belgenin bir kopyasını yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamalıdır. Fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş^{****}, bilgisayar kaydı veya benzer şekilde olmak kaydıyla saklama koşulları kanunda belirtilmiştir. Burada, elektronik ortam, bilgisayar kaydı ve benzer şekil ibareleri, bilgi teknolojilerinin gelişimine uygun bir şekilde yeni çıkan saklama aygıtlarının da kullanılabilmesi anlamına gelmektedir (TTK md. 64/2)⁴⁷. Bu düzenlemede belge olmadan kayıt olmayacağı hükmü öngörülmüştür. Ayrıca, saklama ortamı hakkında sınırlayıcı olmayan bir düzenleme getirilmiştir⁴⁸.

TMS/TFRS tümüyle bir bütündür ve bu nedenle de kavramsal çerçeve de standartların ayrılmaz bir parçasıdır. Kavramsal çerçevede faydalı finansal bilginin niteliksel özellikleri aşağıdaki gibi sayılmıştır⁴⁹:

- Temel Niteliksel Özellikler
 - İhtiyaca uygunluk
 - Gerçeğe Uygun Şekilde Sunum
- Destekleyici Niteliksel Özellikler
 - Karşılaştırılabilirlik

⁴⁶ Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.19.

^{****} Herhangi bir yayının küçültülerek üzerine aktarıldığı, genellikle 9x12,5 cm boyutunda düz film (Bu filmlerin üst yanına, ilgili yayının çıplak gözle okunabilecek kaynakçasal kimliği yazılır.). <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (E.T. 01.05.2011).

⁴⁷ Nihat Taşdelen, **a.g.m.**, s.24.

⁴⁸ Mustafa İnanç, **a.g.m.**, s.229.

⁴⁹ Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve, http://www.kgk.gov.tr/contents/files/F_R_I_K_C_1_.pdf, ss. 8-11. (E.T. 15.04.2012)

- o Doğrulanabilirlik
- o Zamanında sunum
- o Anlaşılabilirlik

Yukarıda sayılan özellikler finansal tabloların içereceği bilgilerin taşınması gereken niteliksel özelliklerdir ve aynı zamanda finansal tabloların içereceği bilgilerin oluşturulması aşamasında da taşınması gereken özellikler olarak da anılabilir. Kanunda defterlere yapılacak kayıtların eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılması gerektiği vurgusu kavramsal çerçevede faydalı finansal bilginin niteliksel özellikleri paralellik arz etmektedir (TTK md. 65/2). Bu özellikleri taşıyan kayıtların da öncelikle Türkçe tutulması ve eğer kısaltma, sembol, harf, rakam kullanılmışsa bunların da açıklanması gerekmektedir (TTK md. 65/1)⁵⁰. Ayrıca yapılacak olan kayıtlar içeriği belirlenemeyecek şekilde çizilmemeli ve değiştirilmemeli ve yapılış zamanı belirlenemeyen değişimler de yapılmamalıdır (TTK md. 65/3).

Kayıtların yapılmasına dayanak olan belgeler ve tutulan defterler (ve yapılan kayıtlar) elektronik veri taşıyıcıları aracılığı ile de tutulabilir. Ancak bu kayıtlara, saklanma süresince ulaşılması ve okunabilir şekilde sunulması tacirin sorumluluğundadır (TTK md. 65/4).

2.1. Envanter

Ticari işletmesinin açılışında her tacir, işletmeye ait olan varlıklar (mevcutlar + alacaklar) ve borçları eksiksiz olarak tespit ederek değerlerini belirten bir envanter çıkarmalıdır. Burada tacir, envanter çıkarılmasından sorumlu tutulmuştur (TTK md. 66/1). Ticari işletmeler için faaliyet dönemi, hesap dönemi ve hesap yılı terimlerinden anlaşılacak olan süre bir yıl yani oniki aydır ve tacir, her faaliyet döneminin sonunda envanter çıkarmalıdır. Faaliyet dönemi, takvim yılı ile aynı olmak zorunda değildir (Örn: Spor Ku-

⁵⁰ Moroğlu'na göre 213 sayılı Vergi Usul Kanunu md. 215/1 hükmü ile çelişkinin önlenmesi bakımından anılan hükmün saklı tutulduğunun 1'inci fıkrada belirtilmesi gerekmektedir. Çünkü, VUK md. 215/1; Türkçe kayıtlar bulunmak kaydıyla defterlerde başka dilden kayıt da yapılabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Moroğlu, **a.g.e.**, s.55-56. Yazarın bu görüşünü yerinde bulmaktayız. Nitekim kanun koyucu TTK md. 70'de aynı hataya düşmemiş ve diğer kanunlarda yer alan istisnaların saklı olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun. RG: 22.4.1926, S.805.

lülere). Ancak faaliyet dönemi sonunda çıkarılacak bu envanter için katı bir süre bulunmadığından, işletmenin faaliyetlerinin akışı dikkate alınmak suretiyle uygun bir sürede çıkarılmalıdır (TTK md. 66/2). Fakat bu süre üç ayı geçmemelidir. Çünkü yevmiye defteri gibi kapanış tasdikine tabi ticari defterlerde son süre, ilgili faaliyet döneminden sonraki üçüncü ayın sonudur.

İşletmenin maddi duran varlıkları ve stokları yaklaşık aynı miktarlarda, değerlerde ve bileşimlerde bulunduruluyorsa veya düzenli olarak yenileniyorsa, üç yılda bir fiziksel sayım yapılması şartıyla, aynı değer ve miktardan envantere alınabilir ve aynı nitelikteki stoklar, menkul varlıklar ve borçlar ayrı ayrı gruplarda toplanarak ağırlıklı değerleri üzerinden envantere konulabilir (TTK md. 66/3, 4).

Envanter çıkarma işleminde, fiziki olarak tüm varlıklar ve borçların miktar ve tutarları tespit edilebileceği gibi fiziki sayım sonucuna eş olmak şartıyla TMS/TFRS'na uygun olarak çeşitli denetim teknikleri de kullanılabilir (TTK md. 67/1). Yani; envanter çıkarılırken, malvarlığı TMS/TFRS'na aykırı olmamak şartıyla rastgele alınmış örnekler, yoklamayla belirleme yöntemine göre, genel kabul gören matematiksel – istatistiksel yöntemler yardımıyla çeşit, miktar ve değer olarak tespit edilebilir⁵¹. Ancak eğer TMS/TFRS'na uygun başka bir yöntemle cins, miktar ve değer olarak işletmenin malvarlığı güvenle tespit edilebiliyorsa fiziki olarak envanter işlemi gerekli değildir (TTK md. 67/2).

Faaliyet dönemi bitiminden 3 ay önce veya 2 ay sonra özel bir envanter yapılmışsa ve TMS/TFRS'na uygun bir şekilde tahmin yöntemiyle faaliyet döneminin sonundaki varlıkların faaliyet dönemi sonundaki değerlemesi doğru yapılmışsa varlıklara ilişkin envanterin yapılmasına gerek yoktur (TTK md. 67/3).

2.2. Finansal Tabloların Düzenlenmesi

TMS/TFRS hükümleri saklı kalmak kaydıyla her faaliyet dönemi sonunda tacir, bilanço ve gelir tablosundan oluşan yılsonu finansal tablolarını hazırlar. Bilanço, varlıkların ve borçların tutarlarını göstermelidir. Yılsonu finansal tablolarından yılsonu bilançosuna ilişkin hükümler açılış bilançosunda da uygulanır (TTK md. 68/1, 2, 3).

⁵¹ Abdulkadir Bilen, **a.g.m.**, s. 128.

Eski Ticaret Kanunu'nda, her tacir yevmiye, defteri kebir, envanter defteri ve eğer gerçek kişi tacir ise; işletmesinin mahiyet ve önemine göre sadece işletme defteri tutmak (eTK md. 66/1, 3.b.) ve her iş yılı sonunda bir işletme hesabı hulasası çıkarmak zorundaydı (eTK md. 76)⁵². Ayrıca 1 Sıra No'lu Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği'nde ise; işletme hesabı esasına göre defter tutan işletmelerin sadece tebliğde belirtilen "Muhasebenin Temel Kavramları"na uyması gerektiği belirtilmekteydi. Tebliğ'de, Muhasebe Usul ve Esaslarının "Mali Tabloların Düzenlenmesi ve Sunulması"na İlişkin bölümünün "Temel Mali Tablolar"la ilgili kısmına uymakla yükümlü olan işletmeler bilanço esasına göre defter tutan işletmeler olarak tanımlanmıştı. Yeni düzenlemeye göre ise; tacirin bilanço ve gelir tablosundan oluşan yılsonu finansal tablolarını hazırlayacağı (TTK md. 68/1, 2, 3) aynı zamanda tacirlerin bilanço esasına göre defter tutacağı anlamına da gelmektedir. Ayrıca tacirin tutması gereken defterler arasında işletme defteri artık yer almamaktadır (TTK md. 64/4).

TTK'nun 64/5 hükmüne göre ise; Kanuna tabi gerçek ve tüzel kişiler, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun defter tutma ve kayıt zamanıyla ilgili hükümleri ile aynı Kanunun 175 inci ve mükerrer 257 nci maddelerinde yer alan (Maliye Bakanlığı'na verilen) yetkiye istinaden yapılan düzenlemelere uymak zorundadır. Bu Kanunun defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümleri 213 sayılı Kanun ile diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bu hükme göre 6102 sayılı TTK yürürlüğe girmeden önce yaşanan VUK, TTK ve TMS/TFRS uyumsuzluğundan ileri gelen iş yükü ve karmaşasının devam edeceği anlaşılmaktadır.

TMS/TFRS'na göre bir finansal tablo seti finansal durum tablosu (bilanço), kapsamlı gelir tablosu, özkaynak değişim tablosu, nakit akış tablosu, dipnotlar ve açıklayıcı notlardan oluşmaktadır. Bu nedenle her ne kadar bilanço ve gelir tablosu finansal tablolar olarak sayılsa bile nakit akış tablosu, dipnotlar ve açıklayıcı notlar da finansal tablo seti içinde yer alır⁵³.

⁵² Sabih Arkan, 2010, s.327 vd.; Ayşe Nur Berzek, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, 9. Baskı. İstanbul: BETA Yayınları, 2008, s.120 vd.

⁵³ Gürbüz Gökçen/Başak Ataman/Cemal Çakıcı, **Türkiye Finansal Raporlama Standartları Uygulamaları**, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2011, s. 104.

Finansal tablolar TMS/TFRS'na ve özellikle de kavramsal çerçevede finansal tabloların niteliksel özelliklerinden biri olarak sayılan anlaşılabilirlik özelliğine göre, işletme faaliyeti akışının gerekli kıldığı sürede ve diğer kanunlardaki istisnalar saklı kalmak üzere Türkçe ve Türk Lirası ile düzenlenmelidir (TTK md. 69; 70). Düzenlenen bu finansal tablolar tacir tarafından imzalanmalıdır (TTK md. 71).

2.3 Finansal Tablo Kalemleri

Finansal tabloların amacı, geniş bir kullanıcı kitlesinin ekonomik kararlar almalarına yardımcı olan işletmenin finansal durumu, finansal performansı ve nakit akışları hakkında bilgi sağlamaktır⁵⁴. Bu nedenle de işletmenin tüm varlıklarını, borçlarını, dönem ayırıcı hesaplarını, gelirlerini ve giderlerini içerecek şekilde sunulmalıdır. Nakdi olanlar dışındaki teminatlar veren bilançosunda gösterilmelidir (TTK md. 72/1).

Finansal tablolar işletmenin finansal durumunu, finansal performansını ve nakit akışlarını gerçeğe uygun olarak sunar. Gerçeğe uygun sunuş, işlemlerin sonuçlarının, diğer olayların ve koşulların kavramsal çerçevede belirtilen varlık, borç, gelir ve gider tanımlarına ve muhasebeleştirme kriterlerine sadık kalınarak sunulması demektir.⁵⁵

Standartların öngördüğü muhasebeleştirme kriterleri ise işletmenin varlık, borç, özkaynaklarının, gelir ve giderlerinin raporlama günündeki gerçek değerlerinin gösterilebilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle de finansal tablo kalemlerin "...doğru bir şekilde değerlendirilmiş olarak göstermesi..." zorunluluğu doğmaktadır (TTK md.72/1).

İşletme, varlıklarını ve borçlarını ya da gelirlerini ve giderlerini netleştirmez (TTK md. 72/2). İşletme, varlıkları ile borçları ve gelirler ile giderleri finansal tablolarda ayrı ayrı göstermelidir. İşlem veya diğer olayın özü gereği yapılan netleştirme dışında, yapılan netleştirmeler, kullanıcıların gerçekleştirmiş olan işlemleri, diğer olayları ve şartları ve gelecekteki nakit akışlarını anlamalarını zorlaştırmaktadır⁵⁶.

⁵⁴ Gürbüz Gökçen/Başak Ataman/Cemal Çakıcı, **a.g.e.** s. 103.

⁵⁵ Gürbüz Gökçen/Başak Ataman/Cemal Çakıcı, **a.g.e.** s. 105.

⁵⁶ TMS 1 Finansal Tabloların Sunuluşu, <http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TMS1.pdf>, s. 7. (E.T. 15.04.2012).

Bilançoda, işletmeye devamlı surette tahsis edilmiş varlıklar (TTK md. 73/2) olarak tanımlanan duran varlıklar, dönen varlıklar, özkaynaklar, borçlar ve dönem ayırıcı hesaplar yeterli ayrıntıya inilerek gösterilir (TTK md. 73/1). İşletme, benzer kalemlerden oluşan her bir önemli sınıfı, finansal tablolarda ayrı bir biçimde gösterir. Bir bilginin verilmemesi veya yanlış verilmesi kullanıcıların belirli bir raporlayan işletmeye ilişkin finansal bilgiye dayanarak verecekleri kararları etkileyebiliyorsa bu bilgi önemlidir. İşletme, nitelikleri ve işlevleri itibarıyla farklı olan kalemleri de, önemsiz olmadıkları takdirde, ayrı olarak sunar. Bir hesap kalemi kendi başına önemli değilse, bu tablolarda ya da dipnotlarda diğer kalemlerle birleştirilir⁵⁷.

İşletmenin kuruluşu ve özkaynak sağlanması ile ilgili harcamalar, belsiz elde edilen maddi olmayan duran varlıklar ve sigorta sözleşmelerinin yapılması için gerekli giderler bilançoya alınmaz (aktifleştirilemez) (TTK md. 74/1, 2, 3). İşletmenin kuruluşu esnasında katlandığı noter harcı, tescil giderleri ve çeşitli resimler gibi giderler, sermaye sağlamak amacıyla yapılan ihraç, pay senedi basımı gibi giderler ve işletmenin içinde oluşturulan kendisine ait marka, unvan, patent, faydalı model gibi maddi olmayan varlıklar (entelektüel varlıklar) aktifleştirilemez⁵⁸. TMS / TFRS'na göre de aşağıdaki iki koşulun varlığı halinde bir maddi olmayan duran varlık aktifleştirilir⁵⁹:

- Varlığa ilişkin gelecekteki ekonomik yararların işletme için gerçekleşmesinin muhtemel olması,
- Varlığın maliyetinin güvenilir bir biçimde ölçülebilmesi.

Gerçekleşmesi muhtemel yükümlülükler ve kayıplar için karşılık ayırma işlemi ve peşin ödenen giderler ile peşin tahsil edilen gelirler yani dönem ayırıcı hesaplar hakkında TMS/TFRS hükümleri uygulanmalıdır (TTK md. 75, 76).

Buna göre; karşılık; gerçekleşme zamanı veya tutarı belli olmayan yükümlülüktür ve aşağıda yer alan koşulların varlığı halinde finansal tablolara yansıtılır⁶⁰:

⁵⁷ Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve, http://www.kgk.gov.tr/contents/files/F_R_I_K_C_1_.pdf, s. 8. (E.T. 15.04.2011).

⁵⁸ Mustafa İnanç, **a.g.m.**, s.236.

⁵⁹ Gürbüz Gökçen/Başak Ataman/Cemal Çakıcı, **a.g.e.**, s. 486.

⁶⁰ TMS 37 Karşılıklar, Koşullu Borçlar ve Koşullu Varlıklar, <http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TMS37.pdf>, ss. 1,4. (E.T. 15.04.2011).

- Geçmiş bir olaydan kaynaklanan mevcut bir yükümlülüğün (hukuki veya zımni) bulunması,
- yükümlülüğün yerine getirilmesi için ekonomik fayda içeren kaynakların işletmeden çıkmalarının muhtemel olması,
- yükümlülük tutarının güvenli bir biçimde tahmin edilebiliyor olması.

Dönem ayırıcı hesaplar için ise çeşitli standartlarda yer alan hükümler vardır. Örneğin; TMS 18 – Hasılat standardına göre; bir ürünün satış fiyatı, satış sonrası servis tutarını da içeriyorsa ve servis tutarı ile satış fiyatı birbirinden ayrıştırılabilir ise bu tutarın hasılat olarak muhasebeleştirilmesi ertelenerek, servis hizmetinin verildiği dönemde hasılat olarak finansal tablolara yansıtılır⁶¹.

İşletmenin yükümlülükleri ve sorumlulukları bilançonun pasifinde borçlar kısmında yer alır. Ancak eğer şarta bağlı bir borç veya yükümlülük var ise ve bilançonun pasifinde gösterilemiyorsa, bu durumda TMS 1 – Finansal Tabloların Sunuluşu standardında finansal tablo seti içinde sayılan dipnotlarda ve açıklayıcı notlarda bilgi verilmelidir (TTK md. 77). Buradaki hüküm şeffaflık gereğince pasifte yer almayan sorumluluk ve yükümlülüklerin açıklanması gereğini ifade etmektedir⁶².

Finansal tabloların sunumunda TMS/TFRS hükümleri saklı tutularak (TTK md. 72/1) kanuni düzenleme yapılmıştır. Yani finansal tablolar düzenlenirken TMS/TFRS'nın özel önem verdiği aşağıdaki hükümlere de uyulması gerekmektedir⁶³:

- Finansal tablolar süreklilik kavramına göre düzenlenmelidir.

Burada sözü edilen süreklilik kavramının bir gereği olarak işletmelerin sahip ve ortaklarından bağımsız ömürleri vardır (TTK md. 78/1-b). Bu nedenle de işletmeler sınırsız ömürlerini dönemlere ayırarak raporlama yaparlar. Bunun sonucu olarak da bir önceki dönemin dönem sonu finansal tablolarındaki değerler, bir sonraki dönemim dönem başı finansal tablolarındaki değerlerdir (TTK md. 78/1-a).

⁶¹ Gürbüz Gökçen/Başak Ataman/Cemal Çakıcı, **a.g.e.**, s. 267.

⁶² Mustafa İnanç, **a.g.m.**, s.236.

⁶³ TMS 1 Finansal Tabloların Sunuluşu, <http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TMS1.pdf>, ss. 6-9. (E.T. 15.04.2012).

- Tüm finansal tablolar (nakit akış tablosu hariç) muhasebenin tahakkuk esasına göre düzenlenmelidir.

Buradan da anlaşılacağı gibi, standartlar tahakkuk esasını benimsediği için, gelir ve giderlerin gerçekleşme (ödeme ve tahsilat) durumuna göre değil ilgili olduğu faaliyet yılında tahakkuk edip etmediğine göre finansal tablolara alınması yani, finansal tabloların dönemsellik ilkesine göre düzenlemesi gerekir (TTK md. 78/1-e).

Bazı durumlarda finansal tabloların hazırlandığı yılı ilgilendiren bazı olaylar bilanço gününden sonra ancak finansal tabloların hazırlanıp yönetim kurulu tarafından yayım kararı alınan günden önce gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda gerçekleşen olaylara **raporlama döneminden (bilanço tarihinden) sonraki düzeltme gerektiren olaylar** denilmektedir⁶⁴. Bu durumda işletme; raporlama döneminden (bilanço tarihinden) sonraki düzeltme gerektiren olayların ortaya çıkması durumunda, finansal tablolara alınan tutarları bu yeni duruma uygun şekilde düzeltmekle yükümlüdür (TTK md. 78/1-d).

- İşletme finansal tablolarında, benzer kalemlerden oluşan her bir önemli sınıfı ayrı bir biçimde gösterir. İşletme, nitelikleri ve işlevleri itibarıyla farklı olan kalemleri de, önemsiz olmadıkları takdirde ayrı olarak sunar.

- İşletme, bir standart uyarınca zorunlu olmadığı veya izin verilmediği sürece, varlıkları ve borçları ya da gelirleri ve giderleri netleştiremez.

Yani işletme, varlıklarını, borçlarını, gelirlerini ve giderlerini açık seçik anlaşılabilir şekilde düzenli olarak (benzer kalemlerden oluşan her bir önemli sınıfı ayrı bir biçimde) göstermelidir. Bunlardan varlıkların ve borçların bilançoya alınmadan önce bilanço gününde teker teker değerlendirilmesi gerekir (TTK md. 78/1-c).

- Bir işletme, tam bir finansal tablolar setini (karşılaştırılabilir bilgileri içerecek şekilde) en az yılda bir kez sunmalıdır.

Önceki dönem finansal tablolarında varlıkların ve borçların gösterildiği değerler açılış bilançosundaki değerlerle aynı olmalıdır (TTK md. 78/1-a).

⁶⁴ TMS 10 Raporlama Döneminde (Bilanço Tarihinden) Sonraki Olaylar, <http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TMS10.pdf>, ss. 2, 3. (E.T. 15.04.2012).

- Bir başka TFRS’de tersine bir hüküm yoksa işletme, cari dönem finansal tablolarında raporlanan tüm tutarlara ilişkin olarak önceki dönem ile karşılaştırmalı bilgileri sunmalıdır.
- Finansal tablolarda sunuluşu ve sınıflandırılması bir dönemden diğer döneme aynı biçimde sürdürülmelidir.

Burada amaçlanan nokta iki dönem arasında firmanın sonuçlarının karşılaştırılabilmesini sağlamaktır. Bu nedenle de dönemden döneme uygulanan muhasebe politikalarının (uygulanacak yeni politikanın gerçek sonucu daha iyi yansıtacağı durumlar dışında) değiştirilmemesi gerekir (TTK md. 78/1-f).

Kavramsal çerçevede, finansal tablolarda değişik derecelerde ve değişik bileşimlerde kullanılan birkaç farklı ölçüm esasları belirtilmiştir. Bu ölçüm esasları Tarihi maliyet, Cari maliyet, Gerçekleşebilir Değer (Ödeme Değeri) ve Bugünkü Değer’dir. Varlıklar ve borçlarla ilgili yapılacak olan değerlendirme işleminde de TMS/TFRS tarafından öngörülen (kavramsal çerçevede belirtilen) değerlendirme ölçekleri kullanılmalıdır (TTK md. 79, 80, 81).

Sonuç

13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Ticaret Kanunu’nun “Ticari İşletme” başlıklı Birinci Kitabı’nın Beşinci Kısım’ı “Ticari Defterler”e ilişkin ticari defterlerin tutulma yükümlülüğü, defterler tutulurken uyulması gereken kurallar ve envanter, açılış bilançosu ve yılsonu finansal tabloların düzenleme yükümlülüğü, finansal tablo kalemlerine ilişkin ilkeler, değerlendirme ilkeleri ve ticari defterlerin saklanması ve ibrazı ile ilgili hükümleri içermektedir. Bu hükümler hep birlikte değerlendirildiğinde şu saptamaları yapmak mümkün olacaktır:

6102 sayılı TTK döneminde, eTK döneminde ismen gösterilmeyen defterlerin saptanmasında yaşanan güçlük ve sakıncalar yasal sisteme geçilerek bertaraf edilmiştir.

Tasdike ve beyana tabi defterler ayırımına son verilmiş; başka bir deyişle yeni Ticaret Kanunu beyana tabi defterlere yer vermemiştir. Özellikle defter tutma yükümlülüğü konusunda TTK, kabulü üzerinden çok bir zaman geçmeden 6335 ve 6455 sayılı kanunlarla değişikliğe uğramış ve böylece pay defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defterinin yeterli yaprakları

bulunmak kaydıyla izleyen faaliyet dönemlerinde de açılış onayı yaptırılmaksızın kullanılmaya devam edilebileceği; yevmiye defterinin kapanış onayının, izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar, anonim şirket yönetim kurulu karar defterinin kapanış onayının ise izleyen faaliyet döneminin birinci ayının sonuna kadar notere yaptırılabilmesi öngörülmüştür. Böylece kapanış onayı sadece yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterine özgülenmiştir.

Her tacirin asgari tutması gereken yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defterinin yanında tüzel kişi tacirlere özgü pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterlerin de ticari defterler olduğu açıkça vurgulanmış böylece uygulamada bu defterlerin tutulmasında görülen aksaklıkların ve tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir.

6102 sayılı TTK döneminde, tacirlerin sadece bilanço usulü defter tutmasına izin verilmiştir. Başka bir deyişle; işletme (hesabı) defteri (eTK md. 66/1-3.b.) ile bir ticari işletmenin muhasebesini tutma olanağı, gerçek kişi tacir için artık son bulmuştur.

Defterlerin elektronik ortamda tutulmasına ve saklanmasına imkân tanınmıştır. Böylece bilgisayar kaydı ve benzer şekil ibareleri ile bilgi teknolojilerinin gelişimine uygun şekilde yeni çıkan saklama aygıtlarının da kullanılabilmesinin önü açılmıştır.

Defterlerin ziyai durumunda “zayi belgesi” istenebilecek haller arasına hırsızlık hali açıkça dahil edilerek bu konuda Yüksek Mahkeme içtihatlarının dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Defterler kayıtlarının incelenmesi yeniden kaleme alınmış; defterlerin ibrazında ilgili yapraklardan suret alınması ayrı bir madde olarak (TTK md. 84) düzenlenmiş; defterlerin tesliminde ise 6762 sayılı Kanun döneminde miras, şirket ve iflas işleri olarak sayılan haller yerine 6102 sayılı Kanun döneminde malvarlığı hukukuna ilişkin olan, özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkemenin, ticari defterlerin teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebileceği ifade edilmiştir.

6102 sayılı TTK, defterlerin nasıl tutulacağı ile ilgili ayrıntılı hükümlere yer vermiş, ayrıca defterlerin tutulmasında VUK’daki ilgili hükümlere ve

TMS/TFRS'na uygun tutulmasını öngörmüştür. Bu bağlamda ticari defterlerin 1 No.lu Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği'nin öngördüğü Tek Düzen Hesap Planı'na göre tutulmasını ve finansal tabloların Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun öngördüğü TMS/TFRS'na göre düzenlenmesi hükmünü getirmiştir.

TTK'nun 64/5 hükmüne göre; Maliye Bakanlığı'na verilen yetki ve bu kanunda açıklanan defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümlerinin VUK ve diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmeyeceği hükmü ile TTK yürürlüğe girmeden önce yaşanan VUK, TTK ve TMS/TFRS uyuşmazlığından ileri gelen iş yükü ve karmaşasının devam etmesine sebebiyet verecektir.

Yeni Ticaret Kanunu'nda yapılacak olan envanter işlemleri ile değerlendirme ilkeleri TMS/TFRS ışığında açıklanmıştır. Kanun'da envanter işlemlerinin ve değerlendirme ilkelerine de ayrıntılı olarak yer verilmesi, ileride standartlarda yapılacak herhangi bir değişiklikte, normlar hiyerarşisi açısından yasa-ya aykırı düzenleyici işlem yapılamayacağına göre kanunda da değişiklik yapılması zorunluluğunu ortaya çıkaracaktır. Bu durum ise Anayasanın kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği kanun yapma yetkisine sahip olan TBMM için (AY. md. 7, 87) ayrı bir yük getirecektir.

Son olarak defterlerin 1 No.lu Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği'ne göre tutulması ama finansal tabloların TMS/TFRS'na göre düzenlenmesi hükmü, muhasebecilik ve mali müşavirlik meslek mensuplarının mevcut iş yükünü daha da artıracaktır.

Kaynakça

Abdulkadir Bilen, “Ticari Defterler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Ticari Defterlere İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Muhasebe Finansman Dergisi**, Nisan 2007, s. 121 – 132.

Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 1. Baskı. İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2011.

Ahmet Battal, “Tacir, Ticari Defterlerini Tacir Gibi Sorumlu Olan Hasmına Karşı Delili Olarak Kullanabilir mi?” **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul 1996, ss.86-97.

Ayşe Nur Berzek, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, 9. Baskı. İstanbul: BETA Yayınları, 2008.

Bumin Doğrusöz/Öznur Onat/Funda Tunçel Töralp, **Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul: İSMMMMO Yayınları, 2011.

Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve, http://www.kgk.gov.tr/contents/files/F_R_I_K_C_1_.pdf, ss. 8-11. (E.T. 15.04.2012).

Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, 5. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.

Fevzi Yarbaş, **Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari defterlerin Delil Niteliği**, 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 1996.

Gürbüz Gökçen/Başak Ataman/Cemal Çakıcı, **Türkiye Finansal Raporlama Standartları Uygulamaları**, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2011.

<http://tdkterim.gov.tr/bts/> (E.T. 01.05.2011).

Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Bası. İstanbul: BETA Yayınları, 2012.

Mustafa İnanç, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Ticari Defter Tutma, Envanter, Değerleme, Saklama ve İbraz Yükümlülüğü”, **Mali Çözüm Dergisi**, Mayıs - Haziran 2011, s. 227 – 246.

Nihat Taşdelen, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari Defterler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2012, C.3, S.1, s.3-4, ss.1-41, http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/nihat%20tasdelen%203_1.pdf (E.T. 20.08.2012).

Project History, <http://www.ifrs.org/IFRS+for+SMEs/histroy/History.htm>, (E.T. 15.04.2012).

Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Baskı. Ankara: BTHAE Yayınları, 2010. (Atıf Şekli: **2010**).

Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Baskı. Ankara: BTHAE Yayınları, 2011.

Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 20. Baskı, Konya: Mimoza Yayıncılık, 2011.

Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: XI, No: 29), <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1>, (E.T. 01.05.2012).

TMS 1 Finansal Tabloların Sunuluşu, <http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TMS1.pdf>, (E.T. 15.04.2012).

TMS 10 Raporlama Döneminde (Bilanço Tarihinden) Sonraki Olaylar, <http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TMS10.pdf>, (E.T. 15.04.2012).

TMS 37 Karşılıklar, Koşullu Borçlar ve Koşullu Varlıklar, <http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TMS37.pdf>, (E.T. 15.04.2012).