

# HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ



Y. 2010 C. 16 S. 1-2







**MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ**

**HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ**

**C.16 S.1-2**

**Y. 2010**

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Hukuk Araştırmaları Dergisi**

**ISSN - 2146-0590**

**C.16 S.1-2 Y.2010**

**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:** Turhan Kitabevi Ofset Matbaacılık Tesisleri  
Tel: (0312) 341 18 13

*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.*



## YAYIN KOMİSYONU

- Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut (Editör)  
Doç. Dr. A.Caner Yenidünya  
Yard. Doç. Dr. Nur Karan  
Yard. Doç. Dr. Arzu Arslan  
Yard. Doç. Dr. Oya Boyar  
Ar. Gör. Dr. Serdar Kale  
Ar. Gör. Dr. Ercüment Özkaraca  
Ar. Gör. Dr. Hanife Doğrusöz  
Ar. Gör. Dr. Sabah Altay  
Ar. Gör. Burcu Doğan  
Ar. Gör. Gülşen Gedik  
Ar. Gör. Gülfem Pamuk  
Ar. Gör. Zahit Yılmaz  
Ar. Gör. Zafer İçer

## DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Metin Feyzioğlu, *Ankara Üniversitesi (Ankara)*  
Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları, *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 Öğretim Üyelerinden, birisi ise Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında başka bir Hukuk Fakültesi Öğretim Üyelerinden, bilimsel yazının yazarının ünvanına uygun olarak, 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 iletmek zorundadır.
8. 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.
9. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.
10. 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.
11. Yazılar dergi adresine elektronik postayla da gönderilebilir: hukukdekan@marmara.edu.tr
12. Yazılarla birlikte, yazar ya da 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.16

Sayı. 1-2

Yıl. 2010

## İÇİNDEKİLER

### KAMU HUKUKU

**Prof. Dr. Nur CENTEL**

Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar .....3-14

**Yrd. Doç. Dr. Emrah KIRIT**

Gerrymandering ve Demokratik Seçimler Üzerine .....15-38

**Dr. Hakkı Hakan ERKİNER**

Uluslararası Topluluk Kavramı.....39-75

**Dr. Hakkı Hakan ERKİNER**

Uluslararası Hukukta Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri.....77-133

### ÖZEL HUKUK

**Doç. Dr. Burak ÖZEN**

Kira Konusunun Devri.....137-179

**Yrd. Doç. Dr. Fulya ERLÜLE**

Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması.....181-200

**Yard. Doç. Dr. İpek SAĞLAM**

Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi.....201-231

**Yrd. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-FERENDECİ**  
Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış.....233-246

**Arş. Gör. Dr. İlker ÖZTAŞ**  
Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin  
Sona Ermesi .....247-284

## ÇEVİRİLER

**Yard. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-FERENDECİ**  
Almanya Düsseldorf İş Mahkemesi'nin Uçuş Hizmet Saatlerini  
Aşmaya ve Çalışmayı Reddetmeye İlişkin Bir Kararı .....287-297

**Dr. Jochen Sievers / Dr. Sabine Poeche**  
Çeviren: **Yard. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci**  
Almanya'da İş Mahkemeleri Yargılaması .....299-302

## KARAR İNCELEMESİ

**Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT**  
T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararı Karar İncelemesi.....305-315

**Ar. Gör. Gülşen GEDİK**  
Matrah Takdiri İçin Takdir Komisyonuna Başvurulması  
Zamanaşımını Durduramaz -Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi- .317-332

**Ar. Gör. Gülfem PAMUK**  
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "(Perez/Fransa Kararı)"  
İncelemesi .....333-343



**KAMU HUKUKU**





# ADİL YARGILAMA İZ KESİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ BAZI SORUNLAR\*

Prof. Dr. Nur CENTEL\*\*

## I. Önsöz

Ayrılıklar acıdır. Ben “yuva” saydığım Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden ayrılmanın acısını hafifletmek için öğrencilerimle meslekdaşlarıma ve idari personel arkadaşlarıma yazılı mesaj ileterek görevimi devretmeyi, kamu görevinin devranlılığını hiç etkilememeyi düşündüm.

Ancak, Anabilim Dalı arkadaşlarım, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunun öncülerinden merhum Prof.Dr.Nurullah Kunter’in 11 Aralık 1981 tarihindeki veda dersinde yaptığı “Üniversitelerde veda ve açılış derslerinin gelenekselleştirilmesi” önerisini izleyerek, benim için böyle anlamlı bir tören düzenlemeyi uygun görmüşler. Beni onurlandırdılar. Sessiz geçiştirmek istediğim “veda”, unutamayacağım bir şölene dönüştü. Bu davranışlarıyla ve yaptıkları konuşmalarla gönlümü fethettiler. Kendilerine çok teşekkür ediyorum. Bu kadar övgüyü haketmediğimi biliyorum. Ülkemiz adalet sisteminin aktörleri arasında yer alacak nitelikli hukukçuların yetişmesinde, hukuk literatürümüzün zenginleşmesinde, kadınların *ceza hukuku alanında* akademik çalışma yapmaya özenmesinde ve önlereğin açılmasında ufak bir katkı olduysa, ne mutlu bana!.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982’de kuruldu. Bir yıl geçmeden açılan ilk araştırma görevliliği sınavına girip kazanan üç kişiden biri ben olmuştum. Şu anda, başlangıç yıllarının önlenebilir sıkıntıları içindeki o günler ve nice

---

\* Prof.Dr.Nur Centel’in emekliye ayrılması nedeniyle 25. Mart 2010 günü Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde düzenlenen *Veda Dersi Toplantısı*’nda sunulan tebliğin tam metnidir.

\*\* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.



anılar bir film şeridi gibi gözlerimizin önünden geçiyor: Fakültenin 1984’de Göztepe Kampüsünden Haydarpaşa Kampusüne taşınması, kütüphaneyi yoktan var etme çabalarımız, binanın ısınma sorunu nedeniyle kışın sömestr tatili uzun tutulup yazın sıcaklarda ders yapmamız, sobalı sınıfların kaloriferli anfilere dönüşmesi, bizlere çalışma odaları hazırlanması, “labirent” dediğimiz mekanda oda paylaşma tartışmalarımız, yeni katılımlarla her geçen gün öğretim kadrosunun güçlenmesi, ilk bir kaç sene 100 civarında olan öğrenci sayısının sürekli artması, yılda dört vize yaptığımız dönemler, 1986’da ilk mezunları verme heyecanımız, ertesi yıl ilk mezunlarımızdan on kadar değerli hukukçunun Fakültemiz akademik kadrosuna kazandırılması, mezunlarımızın her alanda aranan, değer verilen hukukçular olması ve Fakültemizin seçkin kurumlar arasında ön sıralara yükselmesi.

Yılların bu kadar çabuk geçmiş olması beni hüznlendiriyor. Ancak, özel ve meslek hayatımın en güzel yıllarını Marmara’da yaşamış olmak da burayı benim için çok değerli kılıyor.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında 27 yıl görev yaptım. Yasal yaş sınırına gelmeden, başka bir Üniversitede yine öğretim üyesi olarak çalışmak üzere buradan ayrılmış oldum.

Meslekdaşlarımıza, arkadaşlarımıza sevgimizi, değer verdiğimizizi onlar hayattayken göstermeyi sık sık ihmal ederiz. Ben bu yönden çok şanslıyım, ihmale uğramadığım gibi; gerçekten hatırımdan geçmeyen bir ilgiyle karşılaştım. Tüm meslekdaşlarımın zamanı geldiğinde bu ilgiyi tadmasını dilerim.

Sevgili öğrenciler, öğrenmenin öğrencilik yıllarıyla sınırlı olduğunu sanmayın. Meslek yaşamınızda da sürekli öğreneceksiniz. Hukukun gelişmesini izlemek için kendinizi yenileyeceksiniz.

Biz öğretim üyeleri ömür boyu öğrenciyizdir. Marmara yıllarım benim de en çok öğrendiğim yıllar oldu. Öğretirken ben de öğrendim, akademik gelişme sürecini tamamlamak için araştırma yaparken, yayınlar hazırlarken yeni bilgiler edindim. Edindiğim birikimi sizlere aktarmaktan mutluluk duydum. Buradan hem geniş bir mesleki deneyim hem de güzel anılarla ayrılıyorum.

Bu özel derste özel ve güncel bir konuyu ele almayı düşündüm. İkinci sınıfta okuttuğum Ceza Hukuku Genel Hükümler kapsamındaki konulara genç meslekdaşlarımın en iyi şekilde devam ettiklerinden emin olduğum için, veda dersinde “adil yargılama”ya ilişkin bazı sorunlara dikkati çekmeyi tercih ettim.



Hak etsin veya etmesin, herkes bir gün sanık olabilir. Adil yargılanma, bir anlamda bu süreçten hak edenlerin hak ettikleri kadar, hak etmeyenlerin ise en az zararla çıkmalarını sağlayacaktır.

## II. Adil Yargılama

Bir hukuk devletinde, yargılama süreci adil olmalıdır. Adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşullar adil yargılama ile sağlanabilir.

Adil yargılama, ceza muhakemesi hukukunda sanığa tanınan hakların tümü ile insan hakları ihlal edilmeksizin yapılan yargılamadır. Kuşkusuz bu süreçte mağdurun da hakları olacaktır. Ceza muhakemesi hukukunun çağdaş ilkelerinin tümü, sanık veya mağdur açısından bakıldığında onların hakları olmaktadır. Bu bağlamda, iddia ve savunma makamlarının birbirlerinininki ile dengeli haklara sahip olmaları da adil yargılanma hakkı kapsamındadır.

Anayasa'da herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu yazılıdır (Ay m.36). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'ya göre adil yargılama ilkesinin kapsamında şu haklar bulunmaktadır: 1) Yasal, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma, 2) makûl sürede yargılanma, 3) hakkaniyete uygun yargılanma, 4) aleni yargılanma, 5) masum sayılma, 6) isnadı öğrenme, 7) savunma hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma, 8) kendi kendini savunma veya müdafiden yararlanma, 9) ekonomik gücü yoksa ve gerekiyorsa müdafiden ücretsiz yararlanma, 10) soru sorma, tanık dinletme, 11) tercümandan ücretsiz yararlanma.

Öte yandan, 7 no.lu Protokole göre ise adil yargılanmanın kapsamında şu haklar da vardır: 1) Temyize başvurma, 2) adli hata halinde tazminat alma ve 3) bir eylemden dolayı bir kez yargılanma.

Sözleşme m.6/3'de sanığın hakları "başlıca" nitelemesine yer verilerek sayıldığına göre, mahkemenin içtihat yoluyla, şu anda madde metninde gösterilmeyen bir hususu da adil yargılanma hakkı kapsamına dahil etmesi kanaatimce mümkündür.

Ders sınırını aşmamak için, burada adil yargılama ilkesini Türk hukuku bakımından tüm kapsamıyla açıklamak yoluna gitmeyecek, sadece üç hususa değinmekle yetineceğim. Bunlardan ilki *soruşturma evresinde adil yargılanma ilkesinin geçerli olup olmadığı*, ikincisi *savcılarının tarafsızlığı ile reddi sorunu* ve



üçüncüsü de *hakim bağımsızlığının Türk hukukundaki güvencelerinin yeterli olup olmadığıdır.*

### III. Soruşturma Evresi ve Adil Yargılama

Adil yargılama ilkesi soruşturma evresini kapsamalı mıdır?

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda savcının soruşturma evresindeki faaliyeti “maddi gerçeğin araştırılması” ve “adil bir yargılamanın yapılabilmesi” amaçlarıyla çerçevelenmiştir (CMK m.160/2). Bu amaçlar, adil yargılamanın gereklerinin soruşturma aşamasının en başından itibaren yerine getirilmesini zorunlu kılacak niteliktedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6.6.2000 tarihli Magee/Birleşik Krallık kararında bu husus şöyle açıklanmaktadır: *Adil yargılanma hakkının düzenlendiği İHAS m.6'nın esas amacı, yöneltilen suçlama hakkında karar vermeye yetkili bir mahkemede adil yargılanmayı sağlamaktır. Ancak, bu durum adil yargılanma ilkesinin yargılama öncesi soruşturmada hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Sözleşme m.6 ve özellikle fıkra 3 dava açılmadan önce de geçerlidir, aksi takdirde yargılamanın hakkaniyeti ciddi şekilde olumsuz etkilenebilir.*

Sözleşmenin 6.maddesinin ilk fıkrası yasal, bağımsız ve tarafsız mahkemede, alenen ve makul sürede yargılanma hakkını, ikinci fıkrası masum sayılma hakkını güvencelemektedir. Üçüncü fıkrada ise her sanığın isnadı öğrenme, savunma için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma, müdafiden yararlanma, soru sorabilme, tanık dinletme ve gerektiğinde tercüman isteme haklarına sahip olduğu gösterilmektedir.

*Masumiyet karinesine saygı* gösterilmesi soruşturma evresi için de geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28.10.2004 günlü Y.B. vd./Türkiye kararında başvuranların “yasadışı örgüt mensubu oldukları”, “kentten farklı mekanlarında birçok suç işlediklerinin tespit edildiği” şeklindeki basın açıklaması dolayısıyla polis yetkililerinin tutumlarının masumiyet karinesine saygı gösterilmesi ilkesiyle bağdaşmadığına karar vermiştir. Mahkeme, basın açıklamasının kamuoyunu başvuranların suçlu olduğuna inanmaya yönelttiğini ve hakimlerin olayların değerlendirilmesinde önyargılı davranmalarına neden olduğunu kabul etmiştir.



*Makul sürede yargılanma* adil yargılama kavramına dahil olduğuna göre, soruşturmanın makul sürede tamamlanması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargılamanın makul sürede tamamlanmış olup olmadığını araştırırken soruşturma aşamasının uzunluğunu da eleştirmektedir. Örneğin, 31.05.2001 tarihli Metzger/Almanya kararında yargılamanın dokuz yılda tamamlanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal olarak kabul edilirken, soruşturmanın onbeş ay sürmüş olması *özellikle ağır gecikme* olarak nitelendirilmiştir. Bu açıdan uygulamada uzun süren soruşturma aşamaları dolayısıyla bir çok davada daha işin başında adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sözkonusu olmaktadır.

Soruşturmanın ayrıntılı yapılması gereksiz kamu davası açılmamasına hizmet eder. Böylece mahkemeler boşuna meşgul edilmediği gibi; bireyler de sanık sıfatını almamış olurlar. Ancak, özgürlüklerin kısıtlandığı durumlarda, soruşturmayı seri biçimde yürütmek gerekir. Ülkemizde soruşturmanın uzun sürmesinin, iddianamenin bir an önce düzenlenip kamu davasının açılmamasının yarattığı stresin şüphelileri intihara kadar götürdüğü olaylar belleklerden silinmemelidir.

Soruşturma evresi gizlidir. Ancak, gizlilik şüphelinin savunma hakkını kullanamaması sonucunu doğurmamalıdır (CMK m.157). Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25.06.2002 tarihli Nmigon/Polonya kararında soruşturmanın gizliliğinin savunma haklarını ihlal sonucunu doğurmasının adil yargılama ilkesini ihlal edeceği vurgulanmıştır.

19.06.2001 Tarihli Atlan vd./Birleşik Krallık kararında "tutukluluk durumunun incelenmesine ilişkin talebin gerekçelendirilmesi bakımından zorunlu ise kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkının bulunması güvencelenmelidir" denilerek yine soruşturmanın gizliliği ilkesinin sınırlandırılmasına işaret edilmiştir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda savunma hakkının kullanılması şöyle güvencelenmiştir: Müdafî soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. İstisna olarak müdafîin bu yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakiminin kararıyla kısıtlanabilir (CMK m.153). Bu istisna uygulamada kural haline getirilmemelidir.



Dosya inceleme konusunda kısıtlama kararı verilen hallerde de yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak, bilirkişi raporları ve şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların incelenmesi veya bunlardan örnek alınması kısıtlanamaz.

Belirtelim ki, uygulamada CMK m.250'ye göre yargılanacak olan ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlara ilişkin dosyalar için verilen kısıtlama kararlarından sonra bu belgelerin dahi müdafilere gösterilmemesi adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir (TMK m.10). Müdafiler, tutuklamaya itiraz dilekçelerinde hangi gerekçelere yer vereceklerini veya hangi delillerin toplanmasını isteyeceklerini bilememekte, bu durum ise savunma hakkının ihlaline sebebiyet vermektedir. Uygulama, CMK m.153 doğrultusunda olmalıdır.

Suçlamaya dair yeterli bilgiye ulaşamayan sanık savunmasız kalacak, bu ise adil yargılanma hakkını ihlal etmiş olacaktır. Soruşturmanın gizliliği ilkesi savunma hakkının ihlali sonucunu doğuracak şekilde uygulanmamalıdır. Yazılı hukuk kuralları, hukukun temel ilkeleriyle örtüşmeli, aksi durumlarda ise örtüşecek şekilde yorumlanmalıdır.

Savcının dosyayı istediği kadar inceleme fırsatına sahip olduğu halde, savunmaya bu yetkinin verilmemesi silâhların eşitliği ilkesini zedeler. Uygulama, dosyanın incelenmesini zorlaştırma yönünde olmamalıdır.

Öte yandan, 29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Yasayla Terörle Mücadele Kanunu m.10'da yapılan değişiklik ile avukatların tutuklu şüpheliyle gözetim altında görüşmeleri, birbirlerine verdikleri savunmaya ilişkin belgelerin incelemeye tabi tutulması olanağı getirilmiştir. Bu kapsamdaki hükümler önceki yasalarımızda da vardı; Avrupa Birliği'ne giriş süreci dolayısıyla yürürlükten kaldırılmıştı. Tekrar getirilmiş olmaları avukatları potansiyel suçlu görme uygulamasına sebebiyet vermemeli ve bu hükümler en kısa sürede Yasa'dan çıkarılmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şüphelinin veya müdafinin tanık ilk kez dinlenirken hazır bulunarak *soru sorma* olanağına sahip olmasını da önemsemektedir. Bu nedenle tanığa ancak yargılama sırasında soru sorulabilmesi (CMK m.59) veya tanığın kimliğinin gizli tutulması nedeniyle yüzleşilememesi, soru sorulamaması (CMK m.58) savunma hakkını sınırlandıran uygulamalar olmaktadır.

*Gizli tanık* bulunan hallerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şu hususları denetlemektedir: Sanığın savunma hakkının sınırlandırılmasının asgari düzeyde



kalıp kalmadığı, gizli tanığın beyanının mahkumiyet kararında tek başına tayin edici rol oynayıp oynamadığı, tanığın kimliğinin gizli tutulmasının gerekliliği konusunda özenli inceleme yapılıp yapılmadığı. Cevapların olumsuz olması halinde adil yargılama ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

#### IV. Savcının Tarafsızlığı ve Reddi

Savcının yaptığı iş gereği tarafsız olması kolay değildir. Suç işlenmesi toplumsal dengeyi bozmakta, failin cezalandırılması ise düzeltmektedir. Bu durumda, kamu adına iddia faaliyetini yürüten ve dengeyi sağlamakla yükümlü olduğuna inanılan bir makamın kendini taraf olarak hissetmesi kaçınılmazdır. Ancak belirtelim ki, savcının taraf olma konumu kendine özgüdür. Yasa'da savcının sadece sanığın aleyhine olan hususları değil, lehine olan delilleri de arayıp toplanması öngörülmekle aslında yaptığı iş bakımından onun tarafsızlığına işaret edilmiş olmaktadır (CMK m.160/2).

Savcı soruşturma faaliyetini yürütürken sanığa ve mağdura karşı objektif olmalı, bunlardan birini herhangi bir nedenle kayırmamalı ve delil toplama, mütalaa verme gibi işlemleri, Yasa'da da işaret edildiği üzere, sadece maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi kaygısıyla yürütmelidir (CMK m.160/2).

Davanın taraflı savcıyla görülmesi adil yargılama ilkesini ihlâl edecektir. Anayasa m.36/1 ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'da öngörülen adil yargılanma hakkı, savcının da objektif olmasını gerektirir.

Anayasa'da hakimler için öngörülen güvencelerin savcılar için de aynen benimsenmiş olması onların görevlerini yaparken özellikle yürütme organından gelebilecek etkilere karşı kendilerini koruyabilecek olanaklara sahip olmalarını sağlayacaktır.

Bu açıdan savcılarının azledilmeme, maaşından yoksun bırakılmama, belli yaştan önce emekliye sevk edilmeme güvenceleri onların görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri amacına yöneliktir ve bu güvencelerin bulunması yerindedir. Adalet Bakanının dava açma konusunda savcıya emir verebilmesine ilişkin hükmün 1412 sayılı Yasa döneminde yürürlükten kaldırılmış ve 5271 sayılı Yasa'ya da konulmamış olması isabetlidir.



Savcı, soruşturmaya ilişkin faaliyetleri yürütürken özellikle yürütme organının müdahalesinden uzak olmalıdır. Ancak, hakimlerin ve savcılarının konumları arasındaki farklılıklar bu konudaki güvenceleri içeren düzenlemelerin ayrı ayrı yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, birbirinden ayrı Hakimler Yüksek Kurulu ile Savcılar Yüksek Kurulu oluşturulmalıdır.

Soruşturmayı yürütmekte olan veya duruşmada bulunan savcı reddedilebilir mi? Mevcut hukuk kurallarına göre hayır. Oysa, delil toplama, delilleri değerlendirme görevini yaparken tarafsız davranmasının beklenmesi, savcıya karşı red güvencesi bulunmasını gerekli kılar. Geleneksel bakış açısından önerildiği gibi, taraflı savcının çekinmesini beklemek veya amire şikayetle yetinmek her zaman amaca uygun sonuç doğurmaz.

Öğretide savcının tarafsız olması halinde hakimden farkının kalmayacağı ileri sürülmektedir. Ancak, şüpheli/sanık ve toplum savcıya güvenmelidir. Aksi takdirde, suçla etkili mücadele edilemez. Savcının taraf tutması ihtimali varsa, ona güven sarsılır. Dolayısıyla, yargıya gölge düşürecek her husus ortadan kaldırılmalıdır. Bu bağlamda, savcının hem hakimden görevden yasaklanmasını gerektiren ve hem de tarafsızlığını kuşkuya düşüren nedenlerle red edilmesini mümkün kılan hükümler yasaya konulmalıdır.

## V. Yargı Bağımsızlığının Güvenceleri

Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma adil yargılama ilkesinin unsurlarından biridir. Bağımsızlık karar verirken özgür olma, hiç bir etki ve baskı altında kalmama demektir. Bağımsız olma veya olmama, sonuçta emir alma veya almama sorunudur.

Yargı bağımsızlığı hakimlere belli güvenceler sağlanmasıyla gerçekleştirilebilir. Salt Anayasada hakimlerin ve mahkemelerin bağımsız olduğunun öngörülmesiyle bağımsızlık gerçekleşmez.

Yargı bağımsızlığı konusundaki tehlikeler çeşitli yönlerden gelebilir. Bu nedenle yasalarda yasama, yürütme ve yargı gücüne, medya, toplum ve taraflara karşı güvenceler öngörülmüştür.

Hakimlerin kendilerini özellikle yürütme organına karşı bağımsız hissetmeleri önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bağımsızlık güvencesinin asıl



göstergesinin yürütme gücüne karşı tamamen bağımsız olma noktasında toplandığını Neumeister kararında belirtmiştir.

Türk hukukunda hakim bağımsızlığı yeterli güvenceye sahip değildir.

Hakimlerin azledilememe, emekliye ayrılmama, aylığından yoksun bırakılmama güvenceleri bulunmakla birlikte (Ay m.139 vd.), onlara yer ve kürsü güvenceleri tanınmamış, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile *bölge sistemi* getirilmiştir. Yer güvencesinin bulunmayışı hakim bağımsızlığını zedeleyici bir unsurdur. Kürsü güvencesi açısından da aynı durum sözkonusudur.

Diğer hususlara gelince: HSK m.36'da hizmetin gereklerine, teşkilatın ihtiyaçlarına veya ilgililerin isteğine göre hakimlerin savcılık, savcıların ise hakimlik sınıfına geçirilmelerinin mümkün olduğunun kabul edilmesi hakim bağımsızlığını zedeleyici niteliktedir. Ayrıca, atamaları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapması da bu konuda yeterli bir güvence değildir; çünkü hakim bu Kurula karşı da bağımsız olmalıdır.

Adalet Bakanının hakimleri geçici yetkiyle görev yerinden başka yerde görevlendirebilmesi de (Ay m.159/VII, HSK m.47) hakim bağımsızlığı açısından sakıncalıdır. Çünkü bu durum, yürütmenin hakimler üzerinde baskı aracı oluşturmasına fırsat tanımaktadır.

Mesleğe alınma Kurul'un değil, Adalet Bakanlığının yetkisindedir.

Hakimin yürütme organına karşı olan bağımsızlığı açısından önem taşıyan bir güvence de hakimlerin atanma ve özlük işlerinin görülmesinde bağımsız kurulların yetkili olmasının sağlanmasıdır. Ancak, Türk hukukundaki Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu en çok eleştirilen kurumlardan biridir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yedi asıl ve beş yedek üyeden oluşmaktadır. Kurulun başkanı Adalet Bakanı, doğal üyesi ise Adalet Bakanlığı Müsteşarıdır. Kurulun diğer beş asıl ve beş yedek üyesi Yargıtay ve Danıştay genel kurullarınca gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir (Ay m.159/2). Bu durum Kurulu yürütmenin etkisi ve baskısı altına sokmaktadır.

Kurulun yapısı yürütme ağırlıklıdır ve hakim bağımsızlığının güvencesi sayılması hukuken olanaksızdır. Kurul sadece hakimlerin değil, savcılarının da özlük işlerini yürütmektedir. Hakim, savcı gibi idari yönden Bakanlığa bağlanmıştır (AY 140/6). Oysa hakimlerin görevlerinin yargılama görevleri ve idari görev-



ler olarak ikiye ayrılması ve idari görevleri açısından Adalet Bakanlığına bağlı tutulmaları hakim bağımsızlığıyla bağdaşmamaktadır.

Kurulun kararlarına karşı yargılama makamlarına başvurulmaması da (Ay 159, 2461 sK.m.12) hukuk devleti ilkesiyle ters düşen bir güvence eksikliğidir.

Hakimlerin denetiminin kurul yerine Adalet Bakanlığı müfettişlerince yapılması bağımsızlığı zedeleyici diğer bir unsurdur (HSK m.82,99,10).

Olması gereken kanaatimizce şudur: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yürütmenin temsilcisi olan üyelerinden arındırılmalı; Kurulun üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve kendi usul kurallarını kendisi koymalıdır. Kurul üyelerini Cumhurbaşkanı değil, yargı organlarının kendileri belirlemelidir.

Kurulun kendine ait sekretaryası, bütçesi ve binası olmalıdır. Adalet müfettişleri kurula bağlanmalı, atamalar, mesleğe alınma dahil, Kurul tarafından yapılmalıdır.

## VI. Sonuç

Adil yargılanma hakkı soruşturma evresinde de vardır. Adil yargılama, uyumsuzluğun tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetilmemesini, iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapılmasını, kısacası usul hukukuna ilişkin haklarda denge bulunmasını gerektirir.

Makul sürede yargılanma hakkı, soruşturma evresinin de makul sürede sonuçlandırılmasını, masumiyet karinesi, soruşturma evresinde de bu hakka saygı gösterilmesini gerektirir.

Soruşturmanın gizliliği ilkesi şüphelinin savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmamalıdır.

Adil yargılama ilkesi, savcının görevini objektif biçimde yürütmesini, şüphelinin aleyhine olduğu kadar lehine delilleri de toplamasını gerektirir. Savcıya güvenilmeyen soruşturma ve kovuşturma sürecinden sonra yargılamanın herkesi tatmin eden adil bir sonuca ulaşması mümkün olmaz. Taraflı olduğundan kuşku duyulan savcının soruşturma ve kovuşturma evrelerine katılmasını engelleyecek kurallara hukuk sistemimizde yer verilmelidir.



Adil yargılamanın başta gelen unsurlarından biri, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının güvencelenmesidir. Bağımsızlık dış etkilerden, tarafsızlık yargılama içi etkilerden arındırılmış olmayı ifade eder.

Türk hukukunda yargı bağımsızlığının güvenceleri yeterli değildir. Yargı özellikle yürütmenin etki ve denetiminden uzak olmalıdır. Yürütmenin yargı üzerindeki denetimini artıracak düzenlemeler yapılmasından kaçınılmalıdır. Kurulun başkanının Adalet Bakanı, doğal üyesinin ise müsteşar olması öteden beri eleştirdiğimiz hususlardır. Bunun değiştirilmesi yerine, başkan vekilinin de başkan tarafından atanması önerisinin yapılması bağımsızlık açısından yeni bir sakınca yaratacaktır.

Avrupa Hakimler Konseyi 2007 tarihli raporunda HSYK gibi kurulların başkanlarının siyasal partilerle ilişkisi olmayan tarafsız kişiler tarafından yürütülmesini öngörmüştür. Aynı görüş Venedik Komisyonu Raporu ile Avrupa Birliği Komisyonu İzleme Raporunda da dile getirilmiştir.

Yasalar sonsuza kadar yaşamaz; değiştirilmeleri kaçınılmaz bir uygulamadır. Ancak, hukuk realist olmalı, toplumun sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel dinamiklerini gözönüne almalıdır. Başka ülkelerde, başka toplum yapılarında başarılı olan sistemlerin bizde aynı sonucu doğurmaması mümkündür. Bu açıdan, demokrasinin toplumda ve siyasal partilerin iç işleyişinde henüz yeteri kadar özümsemediği bir ülkede yüksek mahkeme veya kurul üyelerinin Parlamento tarafından seçilmesi, Cumhurbaşkanı tarafından atanması gibi; Kurul'da veya yüksek mahkemelerde meslekten olmayan üyelere yer verilmesi de yargı bağımsızlığının güvencesi olmayacaktır.

## VII. Sonsöz

Veda dersimi bitirirken son bir kaç söz daha söylememe izin vermenizi diliyorum.

Sevgili eşim ve oğlum: Meslek hayatımı sık sık aile hayatımdan önde tuttuğum için, sınav kağıtlarının arasında, bilgisayarın başında, makaleler, kitaplar peşinde sizleri ihmal ettiğim için beni bağışlayın. Bugün tanıklık ettiğiniz bu törenin bana hoşgörü göstermiş olmaktan pişmanlık duymamanızı sağlayacağını umuyorum.



Marmara Üniversitesi ile diğer üniversitelerin hukuk fakültelerinde görev yapan sevgili meslektaşlarım: Desteğinizi, bugün olduğu gibi, her zaman yanımda hissettim ve hissetmeye devam edeceğim. Burada olduğunuz için çok teşekkürler.

Uzun yıllar birarada çalıştığımız ve şu anda yanımda olan Kürsü arkadaşlarım Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Caner Yenedünya, Yusuf Yaşar, Mehmet Emin Alşahin ile Gülfem, Zafer, Zahit, Kerim ve Özge: Destekleriniz için, birlikte çalışmalarımız için, Hamide ve Özlem’le ortak yayınlar hazırlama dönemlerindeki heyecanımız, mutluluğumuz için sizlere müteşekkirim, her şey için teşekkür ediyorum. Ben burada hep büyük bir aile olduğumuzu düşünmüşümdür. Her ailede olduğu gibi, bizim de zaman zaman yaşadığımız tartışmaları, kızgınlık ve kırgınlıkları unutarak, sadece güzel anıları seçip yanıma alarak buradan gidiyorum. Sizin de hep güzellikleri hatırlamanızı diliyorum.

Sevgili idari personel arkadaşlarım: Öğretim sisteminin gizli kahramanları sizlersiniz. Sizlerin fedakar çalışmalarınız sayesinde Fakültede işler sorunsuz yürüyor. Çalışma odalarının, anfilerin, mükemmel kütüphanemizin, bozulması benim için korkulu rüya olan mikrofonların düzenini sağladığınız için, güleryüzlü, disiplinli davranışlarınız için çok teşekkürler.

Sevgili öğrenciler: Her zaman nazik, saygılı, alçakgönüllü, öğrenmeye açık ve yaşama sevinciyle doluydunuz. Hep böyle kalın!. Sizlerle buluşmaya, yani derslere her zaman istekli ve heyecanlı geldim. Derse ilginizle, katkınızla mutlu oldum. Her birinize binlerce teşekkürler.

Hayatta hep hayallerinizin peşinden gidin. Mutlu olacağınız alanda çalışın. Doğru bildiğiniz yoldan şaşmayın. Ufak-tefek başarısızlıkların sizi karamsarlığa sürüklemesine izin vermeyin. Meslek hayatınıza “teori başka, uygulama başka” önyargısıyla başlamayın. Bu önyargının hukuka dayalı bir adalet üretmeyi engelleyeceğinin bilincinde olun. Her ne olursa olsun, **hukukun üstünlüğüne ve demokrasiye inanın**. İnsan haklarına saygılı çağdaş hukukçular olun.

Hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. Hoşça kalın..



## GERRYMANDERİNG VE DEMOKRATİK SEÇİMLER ÜZERİNE

Yrd. Doç. Dr. Emrah KIRIT\*

Robert A. DAHL'in "poliarşi" olarak adlandırdığı modern demokrasilerde<sup>1</sup> seçmenler, seçilenler ve seçim sistemi üzerindeki sorunlar bütünüyle çözülmüş değildir ve pek çok tartışma konusu sürekli olarak gündeme gelir. 2000 yılında ABD'de yapılan Başkanlık seçimleri ve ertesinde yaşanan yargı süreci buna örnek gösterilebilir. Demokratik devletler, tarihsel, toplumsal, ekonomik vb... farklılıklarının yanı sıra, bu alana ilişkin bazı kural ve olumlu/olumsuz uygulamalar bakımından ortak sorunlara ve ortak yanıtlara sahiptirler. Örneğin, "Seçim sistemi"<sup>2</sup> düzenlemelerini hazırlayan seçilmişler, düzen verdikleri yapıdan avantaj sağlamayı isteyebilirler. Seçimle iş başına gelen yöneticilerin, buldukları konumdan daha yüksek ya da daha cazip buldukları başkaca bir mevkiye geçmeleri söz konusu değilse, yerlerini korumak için çaba harcamadıkları söylenemez. Siyaset bilimi çerçevesinde yapılabilecek bu saptama, dikkatlerden kaçırılmaya-

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Stanford Üniversitesi öğretim üyelerinden Philippe C. Schmitter ve Terry Lynn Karl, Birleşik Devletler Uluslararası Kalkınma Bürosu için yaptıkları çalışmada; modern siyasi demokrasiyi, "yönetenlerin, yaptıklarından dolayı, seçilmiş temsilcilerinin rekabeti ve işbirliği yoluyla, dolaylı olarak hareket eden vatandaşlar tarafından, kamusal alanda sorumlu tutuldukları bir yönetim biçimi" olarak tanımlamaktadırlar, Philippe C. Schmitter & Terry Lynn Kari, "Demokrasi Nedir...Ne Değildir", in Demokrasinin Küresel Yükselişi, 67-79 (Larry Diamond & Marc F. Plattner ed.), çev. Levent Gönenç, Yetkin Yayınları, I. Baskı, 1995, (ss.67-79), s.68.

<sup>2</sup> Seçim sistemi kavramını, Oya ARASLI tarafından yapılan ayrıma paralel şekilde, "seçim formülleri" veya "dar anlamda seçim sistemleri" biçiminde adlandırabileceğimiz oyların değerlendirilmesine ilişkin yöntemleri ve ayrıca seçim çevrelerinin belirlenmesi, seçme yeterliliğinin koşullarının belirlenmesi sorunlarını da kapsayacak şekilde kullanmaktayız. Bu anlamda geniş anlamda seçim sistemleri yaklaşımını benimsediğimizi söyleyebiliriz. Bkz., Oya ARASLI, Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987), 1989, s. XII.



cak kadar çok sayıda örnekle yaşanmıştır. Seçilmişler, bir sonraki seçimlerden de başarıyla ayrılmak için kendileri hesabına en elverişli (seçim) sistemi(ni) oluşturmak ve seçimlere etki eden unsurlar üzerinde çalışmaya yönelirler. Kuşkusuz, her hukuki düzenleme sistem üzerinde etki yaratır. Yönetenin hareket yelpazesi, sisteme “olması gereken bir müdahaleden” başlar ve öte uçta; “kaçınılması ve hattâ erkler ayrılığı ile denetim altına alınıp engellenmesini” gerektirecek biçimde; Montesquieu’nün “siyasal gücün yozlaşacağı” tezini doğrulayacak noktaya kadar gidebilir.

Sözünü ettiğimiz; sisteme etki etme çabasında olan “seçimle gelenler” kategorisine kimler girmektedir? Dar anlamda bakıldığında, seçim sistemine sıklıkla müdahale edebilecek grup içerisine öncelikle yasama organında çoğunluğu oluşturan siyasi parti veya partiler ile bunların yöneticilerinin gireceği düşünülür. Demokratik bir devlette etkili ana unsurun bu kategoride yer alması doğaldır. Ancak bu saptamamızdan, sistemin bütünüyle yasama organında sayıca azınlıkta bulunan siyasi partiler ve yöneticilerinin aleyhine işlediği sonucu çıkmamaktadır. İktidar ortağı olmayan ve gerek parlamento seçimlerinde, gerekse parlamentoda sahip olduğu sandaiye sayısı bakımından azınlıkta kalan siyasi partiler bakımından da sistemin tamamen aynı yönde işlediği söylenemez. İktidar partilerinin siyasal nedenlerle, yasama organında azınlıkta kalan bir muhalefet partisini kayırdıkları zaman zaman görülmektedir. Nitekim, Türkiye’de siyasi partilere devlet tarafından yapılan hazine yardımı uygulamasında, bu yaklaşımı doğrulayan örnekler mevcuttur.<sup>3</sup>

Bir örnekle somutlaştıralım:

Siyasi partilere yönelik hazine yardımı hakkında ülkemizde ilk kez 1961 Anayasası döneminde, 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile bir düzenlemeye gidildi.<sup>4</sup> Bu ilk kanuni düzenlemenin ardından, üç maddeden oluşan 1017 sayılı

<sup>3</sup> Siyasi partilere devlet tarafından Dünya’da ve Türkiye’de yardım yapılması konusundaki çalışma için bkz., Nahit YÜKSEL, Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasi Partilere Devlet Yardımı), T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yay., Ankara, 2007; Arslan ERKAN, “Siyasi Partiler ve Hazine Yardımları”, Bütçe Dünyası Dergisi, C.3, S.28, Kış 2008, ss.60-70; Tuncer ÖZYAVUZ, Türkiye’de Siyasetin Finansmanı, (Kamu Hukuku Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, ss. 225-280.

<sup>4</sup> 15/07/1965 Tarih ve 648 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 74. maddesine göre en son düzenlenen milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların %5’inden fazlasını alan siyasi partiler devlet yardımından faydalanıyorlardı. Maddeye göre ilk dilimde en son düzenlenen milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların %5 ile %10’u arasında oy alan partiler



Kanunla ve o dönem için uygulamada yalnızca Cumhuriyet Halk Partisi'nden istifa eden senatör ve milletvekillerinin kurduğu Güven Partisi'ne<sup>5</sup> mali destek sağlayan bir değişiklik gerçekleştirildi.<sup>6</sup> Değişikliğe karşı, Türkiye İşçi Partisi iptal davası yoluna başvurmuş ve Anayasa Mahkemesi; "siyasi partilere devlet yardımının ilke olarak anayasaya uygun olduğunu"<sup>7</sup>; ancak, kanunda siyasi partiler arasında haklı nedene dayanan bir ayırım yapılmadığına karar vermiş, değişikliği iptal etmişti.<sup>8</sup> Bu örnekte, yasama organındaki sayısal olarak azınlıkta bulunan partilerden bir tanesi kabul edilen kanun uygulamasında yasama çoğunluğu tarafından mali açıdan avantajlı duruma getirilmiştir. 1990'dan günümüze benzer başka örnekler de görülmüştür. Konumuz, Türkiye'de devlet tarafından siyasetin finansmanı meselesi olmadığı için bu örnekleri ele almayacağız<sup>9</sup>.

---

bulunmaktaydı. Devlet yardımı bu ilk dilimden %50'ye kadar 10'ar puanlık dilimler halinde her dilim için standart bir meblağ ödenmesini, %50'den fazla oranda oy alan parti bakımından ise sabit bir tahsisatı düzenlemekteydi.

<sup>5</sup> 1967 yılında Turan Feyzioğlu'nun genel başkanlığında Güven Partisi adı altında kurulan siyasi parti, 1969 yılında yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların %6.58'ini alarak TBMM'de temsil gücü bakımından 3. büyük parti olmuştur. 12 Mart ara rejimi öncesinde Millet Partisi ve Yeni Türkiye Partisi ile birleşen Güven Partisi, "Milli Güven Partisi" adını almıştır. Nihayet, 1973 yılında "Cumhuriyetçi Parti" ile birleşerek "Cumhuriyetçi Güven Partisi" ismiyle siyasi faaliyetini sürdürmüştür.

<sup>6</sup> 648 sayılı Kanunun geçici md 4./f.2'de, son yapılan milletvekili genel seçimlerine katılmamış siyasi partilerin devlet yardımından yararlanabilmesi konusunda, bu partilerin Millet Meclisinde grup kurmuş olmaları koşulu getirilmişti. 1017 sayılı Kanunda ise 648 sayılı Kanunda geçici maddeyle tanınan bu olanağa benzer bir düzenlemeden vazgeçilmişti. Buna göre, devlet yardımından yararlanabilecek siyasi partinin sandalye sayısının Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az yüzde beşine tekabül etmesi ve il ve ilçe merkezlerinin en az üçte birinde parti örgütlenmesini kurması ilkesi getirilmiştir.

<sup>7</sup> Buna karşılık, bahsedilen iptal kararının hemen ardından siyasi partilere devlet yardımında bulunulması için bazı düzeltmelerle kabul edilen 2/2/1970 tarih ve 1219 sayılı Kanunu iptal eden Anayasa Mahkemesi, önceki içtihadında ilke olarak anayasaya uygun bulunduğu siyasi partilere yardım düzenlemesinin "ilke olarak anayasaya aykırı" olduğunu hüküm altına almıştır., AYM, T. 02/02/1971, E.1970/12, K. 1971/13, R.G. T.09/07/1971, S.13890.

<sup>8</sup> AYM, T. 18-19/02/1969, E. 1968/26, K. 1969/14, R.G. 25/02/1970, S. 13430.

<sup>9</sup> 1982 Anayasası siyasi partilere devlet yardımı yapılması hususunu anayasal hükme bağlamayı tercih etmiştir. 68. maddenin son fıkrasında "Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir" denilmiştir. 1982 Anayasası döneminde siyasi partilere yapılacak hazine yardımı hakkında 3349, 3470, 3673, 3789 ve 5341 sayılı Kanunlarla düzenlemeler getirilmiştir.



Seçimle iş başına gelenler kavramını geniş anlamda kullanıyoruz. Şu halde, bir taraftan yukarıda değinilen yasama organı üyeleriyle halkoyu ya da parlamento tarafından seçilerek yürütme yetkisini kullananlar (başkan, cumhurbaşkanı, hükümet) bulunuyor. Öte yandan, mahalli idarelerin seçimle gelen üyeleri, sivil toplum örgütlerinin seçilmiş yöneticileri de bu kapsam içerisinde yer alıyor.

Gerçekçi olmak gerekirse, seçilmişler açısından bakıldığında, demokratik çerçeve içerisinde konuya ilişkin düzenleyici normları (ör. Anayasa) ihlal etmeyen “ideal seçim sistemi” arayışında olunması ve kendilerine en çok yarar sağlayacak olan seçim sistemini oluşturmak hedefini yadsımadığımız olanaklı değildir. Ancak kuşku yok ki demokratik sistemin işleyiş kurallarında yapılan değişiklikler -kaçınılmaz olarak- sonuca; seçmen iradesinin oluşumuna ve görünümüne de önemli ölçüde etki ederler. Kabul etmek gerekir ki düzenlemelerin esasları arasında sıklıkla bu tip bir arayış bulunur.

ISSACHAROFF, “tarihsel tecrübelerimiz bize iktidarın sistem üzerindeki kontrolünü sürdürebilmek için iktidarın kendisine sağladığı gücü kullandığını gösteren inandırıcı nedenler sunmaktadır” demektedir.<sup>10</sup> Benzer ve daha katı bir biçimdeki yorumu SARTORI yapmıştır. Ona göre, “günümüzde seçim sistemlerini yaratanlar (veya yeniden yaratanlar)...ne dış modeller için etraflarına bakınırlar, ne kendilerini uzman olarak tanıtanlardan uzmanca öğüt isterler; sonunda, tarihe, sosyal belirleyicilere ve soylu geleneklere bol bol alkış tutarak, kendi görüşlerinde kendi yakın çıkarlarına uygun olduğunu düşündükleri sistemi kabul ederler”.<sup>11</sup>

Seçilmişlerce, seçim sistemine ilişkin çeşitli unsurların –hakkaniyetli olmayan bir biçimde- manüple edilerek, demokratik siyasal işleyişin zarar görmesi tehlikesi ve bunun doğuracağı sakıncaların giderilmesi için çeşitli yöntemler ortaya koyulmuştur. Kuşkusuz, bunlar arasında en önemlileri; seçim sistemine ilişkin kuralların anayasa hükümleriyle normatif yönden güvence alınması ve onunla bağlantılı olarak, bağımsız anayasa yargısı ve seçim yargısı rejiminin işleyişidir.

<sup>10</sup> Samuel ISSACHAROFF, “Groups and the Right to Vote”, 44 Emory L.J. 869, 1995, s. 881 dipnot 53. Ayrıca Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi’nin bu konuda verdiği karar için bkz. *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952, 116 S.Ct. 1941 (1996).

<sup>11</sup> Giovanni SARTORI, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir Deneme*, (çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 1997, s.45.



Seçim sistemine ilişkin kuralların anayasal güvencelenmesine ilişkin hükümler iki ana grupta incelenebilir. Birinci grupta yer alan hükümler; "geniş anlamda seçim sistemi" tanımlamasına dâhildir. Seçimlere ilişkin temel ilkeler, seçimlerin yapılma aralığı, seçimlerin yargısal denetimi ve seçim çevrelerinin belirlenmesine ilişkin temel ilkeler vb... hususlar ana çerçeveyi çizen kurallardır.

İkinci grup anayasal hükümler ise "dar anlamda seçim sistemlerinin" konusunu oluşturan "seçim formülleri" yani oyların teknik olarak değerlendirilerek ve parlamentoya yansımaya ilişkin hükümleri içermektedirler. Uygulamada, ilk grupta yer alan kuralların anayasalara dâhil edilmesi esası benimsenir. İkinci grup bakımından ise anayasa koyucuların, spesifik bir seçim sistemini zorlamak yerine, anayasal ve siyasal koşullar muvacehesinde kanunla düzenleme yapılmasını tercih ettiğini söyleyebiliriz. Bunun arkasında, yadsıyıcı bir tavırdan çok; demokratik rejimlerin işleyişindeki "temsil" sorununun ve elbette seçim sistemlerinin pek çok parametreden etkilenen karmaşık yapısının yattığını söylemek yanıltıcı olmayacaktır. Bu anlamda, seçmen iradesinden sıfır sapma gösterecek bir seçim sistemini anayasa gibi daha genel ve soyut bir hukuk metnine yerleştirmek nitelik olarak alt kademede olan ve nicelik olarak çok geniş yer kaplayacak normların yukarı taşınması anlamına gelir. Böyle bir yaklaşım, "kazuistik anayasa" nitelemesinin dahi ötesinde bir genişleme demektir. Daha işlevsel ve tercih edilen seçenek, Anayasaların olabildiğince genel – soyut karakterini saklı tutmak ve kurulan hüküm ve içtihatlarla anayasanın üstünlüğünü sağlayacak etkililikte bir seçim ve anayasa yargısı mekanizması oluşturmak olmuştur.

## **I. Sisteme Müdahalede Tarihsel Bir Örnek Olarak "Gerrymandering" ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Uygulama**

1813-1814 yıllarında Birleşik Devletler Başkan Yardımcısı (vice-president) olan Elbridge Thomas Gerry<sup>12</sup>, seçilmişlerin sistemi manüple etmeye çalışacakları saptamasına verilebilecek önemli tarihsel örneklerden biridir. Gerry, ABD Başkan Yardımcısı seçilmeden, yani bir üst mevkiye gelmeden önce, Demokrat-Cumhuriyetçi Parti'den Massachusetts Eyaleti Valisi seçilmiştir. Söz konusu tarihte ABD siyasal yaşamında Cumhuriyetçi Parti - Demokrat Parti ayrımı henüz bulunmamaktaydı. O tarihlerde ABD'deki siyasal parti örgütlenmesi iki

<sup>12</sup> Microsoft Encarta Encyclopedia 99.



temel grupta gerçekleşiyordu; bir blokta Federal hükümete daha geniş yetkilerin verilmesi gerektiğini savunan Federalistler, diğer blokta ise “Demokrat-Cumhuriyetçiler” olarak adlandırılan ve Federe Devletlerin (eyaletler) egemenlik yetkileri konusunda daha hassas bir politika izleyen Demokrat – Cumhuriyetçi Parti vardı.<sup>13</sup> Elbridge, valilik görevi sırasında seçim çevrelerini partisinin çıkarları doğrultusunda ve Federalist Parti aleyhine düzenleyen bir yasayı onaylamıştı. Bu işlem, Elbridge’in adıyla özdeşleştirilmiş ve bir bakıma “gerrymandering” kavramı ile Anayasa Hukuku literatürüne geçmiştir.

Gerrymander, Elbridge Gerry’nin soyadı olan “Gerry” kelimesi ile kertenkelegiller familyasından semender (İngilizce: salamander) kelimesinin birleştirilmesiyle türetilen bir kelimedir. Massachusetts eyaletinde oluşturulan seçim çevresinin harita üzerindeki kuş bakışı görüntüsü, Federalistlerce son derece tuhaf bulunarak; önce, salamander (semender) olarak bilinen hayvana benzetilmiş, daha sonra ise söz konusu seçim çevresi düzenlemesini onaylayan Elbridge Gerry’i eleştirmek maksadıyla “bu şekle semender değil gerrymander denilmesi gerekir” anekdotuyla literatüre sokulmuştur. Kavram, ortaya çıkışından yüzyıllar sonra dahi kullanılmaya ve seçim çevrelerinin oluşturulmasında tartışmaları etkilemeye devam etmektedir.

<sup>13</sup> Alexis de Tocqueville, söz konusu dönem partilerini ayırırken; Federal Devletin (merkezi hükümetin) yetkilerine öncelik tanıdığı için “halkın gücünü sınırlamayı isteyen” kelimeleriyle Federalist Partiyi tanımlamıştır. Cumhuriyetçi-Demokratları ise halka daha yakın yönetim birimleri olan Eyaletlerin yetkilerini ağırlık tanıyan politikalarını da dikkate alarak “özgürlüğe daha sıkı bağlıları” biçiminde nitelmiştir. Alexis de TOCQUEVILLE, Amerika’da Demokrasi, (çev. İhsan Sezai & Fatoş Dilber), Yetkin Yayınları, 1. Baskı 1994, (1835), s.77. Kuşkusuz TOCQUEVILLE’in değerlendirmelerinin üzerinden geçen zaman içerisinde Amerikan siyasal yaşamında önemli dönüşümler gerçekleşti. Özellikle, 1929 büyük buhranının ardından Başkan Roosevelt’in ve o dönem yasama organının eseri olan New Deal (Yeni Düzen) programı bu konuda somut olarak çok önemli değişimler yapmıştır. Federal Yüksek Mahkeme’nin, Anayasa’da Federal Devlete tanınan en önemli yetki olan “eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisi”ni büyük ölçüde bir torba yetki olarak yorumlamaya başlamasından itibaren artık Eyaletlerin egemenlik alanı güdükleşmiş sayılır. Bu açıdan bakıldığında, Amerikan TOCQUEVILLE’in sözü bugün yeniden ele alındığında; Eyaletlerin, Federal devletin düzenlemekle uğraşmak istemeyeceği konulara egemen olduğunu ve egemenlikten kaynaklanan özgürlük bahsi söz konusu edilecekse Amerikan Federal – Federe devlet yapısının bu anlamdaki işleyişinin haricinde örneklerle yoğunlaşmak gerektiğini düşünüyorum. Büyük buhran döneminden itibaren, Federal Yüksek Mahkeme tarafından yapılan eyaletlerarası ticareti düzenleme yetkisinin bir benzeri düzenlemesi ve yorumu Avrupa Birliği bağlamında yapıldığında, egemenlik bakımından ABD Federal Devleti’ne eş bir Avrupa Devleti ortaya çıkar. Türkiye Cumhuriyeti’nin bu durumdan Avrupa Birliği tam üyelik sürecinde bulunan bir devlet olarak ciddi anlamda etkileneceği açıktır.



Aşağıda (şekil-1 ve 2), gerrymander benzetmesinin ilk kez kullanıldığı dönemde, 26 Mart 1812 günlü Boston Gazetesinde basılan ve Massachusetts eyaleti seçim çevresini gösteren orijinal resimleme yer almaktadır.<sup>14</sup>



Şekil - 1

<sup>14</sup> Kaynak: ABD Kongre Kütüphanesi, <http://www.loc.gov/exhibits/treasures/trr113.html>. Şekil 2'yi, söz konusu seçim çevrelerinin belirginleştirilmesi amacıyla koyduk., Kaynak (Şekil-2): <http://www.fraudfactor.com>.



Şekil – 2

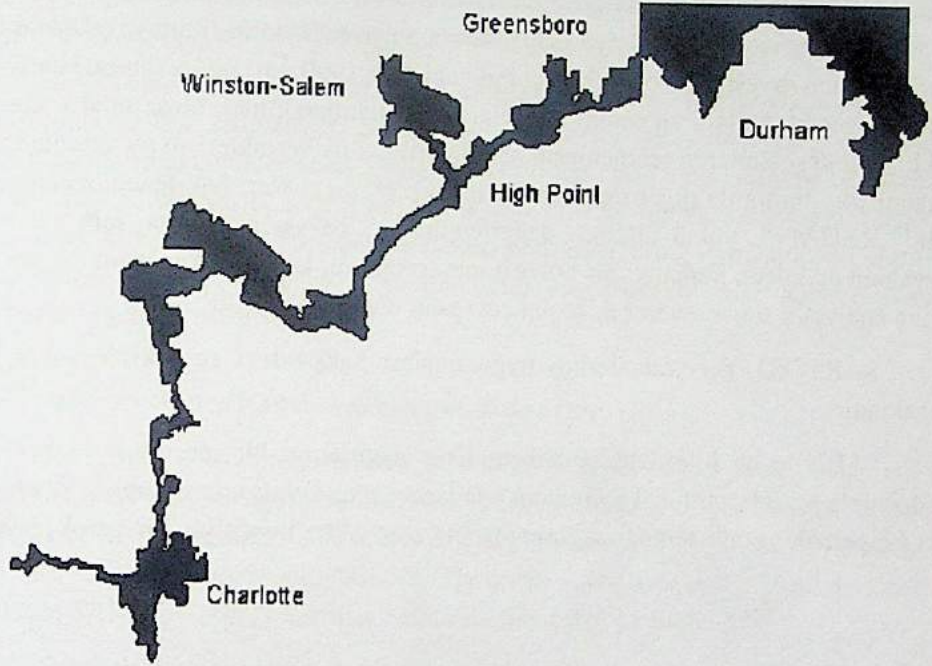
Gerrymandering kavramının hukuki anlamı da adeta yukarıdaki resme atıfta bulunur. Gerrymandering, “seçim çevrelerinin karşıt siyasi partinin oy kuvvetini hafifletecek biçimlerde ve bu yolla bir siyasi partiye adil olmayan bir avantaj sağlamak amacıyla –çoğu kez de yapılan hukuki işlemin sonucunda tuhaf seçim çevreleri yaratılarak - saptanmasıdır.<sup>15</sup> Bu kapsamda aşağıda yer alan ve 1991-1992 yıllarında Kuzey Carolina’da Kongre seçimleri için oluşturulmuş 12 numaralı seçim çevresi uygulaması (şekil 3a<sup>16</sup> ve şekil 3b<sup>17</sup>) dikkat çekicidir.

<sup>15</sup> Black’s Law Dictionary, 7. Baskı, 1999, s.696.

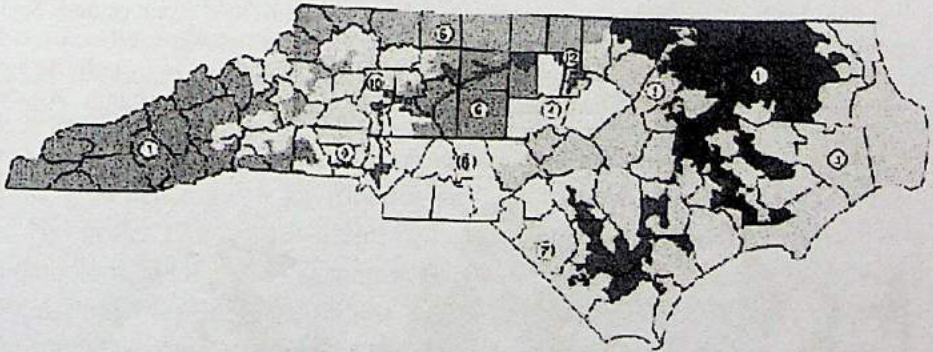
<sup>16</sup> Peter S. WATSON, “How to draw redistricting plans that will stand up in court”, Minnesota Eyalet Senatosu, internet sayfası, <http://www.senate.leg.state.mn.us/departments/scr/redist/draw/draw992web.htm>

<sup>17</sup> Shaw v. Reno, Att.Gen.et al., 509 U.S. 630, (1993), <http://supreme.justia.com/us/509/630/case.html>.





Şekil - 3a



Şekil - 3b

Seçim çevrelerinin, siyasi iktidarın seçimlerden en az oyla en yüksek temsili sağlayacak biçimde oluşturulması (gerrymandering) konusunda görülen en uç örneklerden biri Birleşik Devletlerin Teksas eyaletinde kullanılmış olan "REDAPPL" isimli bilgisayar programıdır. Yeniden seçilme arzusunun ileri

teknoloji ile desteklenmesi, siyasi iktidarın menfaatlerine uyar biçimde seçmenlerin/seçim çevresinin bir araya getirilmesi arayışı, REDAPPL'ı ortaya çıkarmıştır. Program sayesinde, (o dönem için güncel olan 1990 yılı) nüfus sayımı istatistikleri, geçmiş yıllara ait seçim sonuçları da kullanılarak blok blok, sandık sandık; önceki seçimlerde seçmenlerin hangi partilere oy verdikleri ve oy verenlerin hangi ırk, din ya da diğer demografik özellikleri taşıdıkları belirlenebilmekteydi.<sup>18</sup> REDAPPL yüklü bilgileri değerlendirerek, Teksas'ın tamamı için ya da eyaletin en küçük herhangi bir bölgesi için, programı kullanan kimsenin çıkarlarına en uygun sonucu verecek seçim çevresini oluşturmaktaydı<sup>19</sup>.

SARTORI, gerrymandering uygulamaları hakkındaki şu şekilde yaklaşmaktadır:

"ABD'de bu hilekârlık, mahkemelerin uygulattığı bir meşruluk ve keza, (özellikle siyahların, fakat aynı zamanda İspanyolca konuşanların toplu oldukları bölgelerde) etnik temsili sağlayacak bir araç olma nedeniyle bir gerekçe ve

<sup>18</sup> Aşağıdaki haritalarda Teksas Eyaletinde RedAppl. programıyla çizilen seçim çevreleri görülmektedir. (Sırasıyla soldan sağa: Şekil 4a, 30 Numaralı Kongre seçim çevresi; Şekil 4b, 18 numaralı Kongre seçim çevresi, Şekil 4c, 29 numaralı Kongre seçim çevresi), Peter S. WATSON, "How to draw redistricting, <http://www.senate.leg.state.tx.us/departments/scr/redist/draw/draw992web.htm>. Ayrıca, Kongre Seçim çevrelerinin haritaları için, Bush, Governor of Texas et al. v. Vera et al. 517 U.S. 952 (1996), <http://supreme.justia.com/us/517/952/case.html>



<sup>19</sup> Samuel ISSACHAROFF, "Groups and the Right to Vote", 44 Emory L.J. 869, 1995, s. 881 dipnot 53. Ayrıca Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu konuda verdiği karar için bkz. *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952, 116 S.Ct. 1941 (1996).



varlık sebebi kazanmıştır. Böylece günümüzde ABD'de, [Rorschach] lekelerine benzeyen seçim bölgelerine rastlanmaktadır."<sup>20</sup>

SARTORİ'nin bu yorumundan, gerrymanderingi, kavramın tarihsel kökleri açısından açıkça reddettiğini ve fakat "etnik/ırksal gerrymandering" dikkate alındığında; mahkemeler aracılığıyla bir kamu hakkının elde edilmesi bakımından "meşru" ve "varlık sebebi kazanmış" bir kavram olarak nitelediğini söyleyebiliriz. Gerçekten de, Birleşik Devletler, gerrymandering uygulamasını olumsuz yönde tecrübe ettiği kadar azınlık haklarının elde edilmesi çerçevesinde; olumlu yönde de tecrübe etmiştir.

### A. Partizan/Partici Gerrymandering

İlk tür gerrymandering, tarihsel bir kategori olarak zaman zaman kabul edilebilir siyasi düzeyde görülebilecek "particilik" hareketi olarak ortaya çıkmış; çoğu kez ise "partizanlık" olarak ifade edilen kapsamdaki uygulamaları içermiştir. Bu tür gerrymandering ABD'de "partizan gerrymandering" ismiyle ifade edilen; SARTORİ'nin "hilekârlık" sıfatıyla nitelediği biçimdir.

Partizan gerrymandering'e klasik olarak verilen, örnekleme için aşağıda yer alan Tablo-1 incelenebilir. Tablodaki varsayımsal eyalet; toplam dört seçim bölgesinden oluşturulacak ve buralardan seçilecek dört temsilci için farklı politik menfaatlere göre ayrı ayrı düzenlenmiştir.<sup>21</sup> İlk kutuda; seçim çevresi düzenlemesi öncesindeki durum görülmektedir. İkinci kutu demokratlar lehine (3-1) çizilmiş seçim bölgesini göstermektedir. Üçüncü kutu cumhuriyetçiler lehine (3-1) çizilmiş seçim bölgesini göstermektedir. Son kutu ise tam denge (2-2) haline göre herhangi bir kayırma içermeyen yapılan düzenlemeyi göstermektedir. Her eyalet 12 seçmenden oluşmakta, bu seçmenlerin 6'sı cumhuriyetçi, 6'sı da demokrat siyasi görüşü savunmaktadır. Tablodan da anlaşılacağı üzere, seçim bölgelerinin oluşturulması aslında demokratik seçimlerin sonucuna doğrudan etki etmektedir. Bu nedenle Birleşik Devletlerde zaman zaman, "seçmenler poli-

<sup>20</sup> SARTORİ, Karşılaştırmalı Anayasa..., s. 37. (Rorschach Mürekkep Lekesi Testi İsviçreli psikiyatr Hermann RORSCHACH tarafından 1921 yılında geliştirilmiştir. Testin kullanılma amacı mürekkep lekelerini yorumlayan hastanın ruhsal durumuna ilişkin bazı saptamalar yapmaktır. (Rorschach kelimesi elimdeki çeviri eserde bir baskı hatası nedeniyle Roschach olarak yer almış).

<sup>21</sup> Tabloyu hazırlayan: Michael D. ROBBINS, Simple Graph System to Explain Gerrymandering, <http://www.fraudfactor.com/ffgerrymander.html>



tikacıları seçmez, aslında politikacılar seçmenleri belirler” denilmektedir.<sup>22</sup> [Kısaltmalar, D: Demokrat (Democrat), R: Cumhuriyetçi (Republican)]

R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
R	R	D	D	R	R	D	D	R	R	D	D	R	R	D	D
D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D

Tablo 1

Birleşik Devletlerin Federal devlet biçimini benimsediği dikkate alındığında, iki egemenlik düzeyinde seçim çevrelerinin belirlenmesini gerektirdiği görülmektedir. Seçim çevrelerini oluşturma meselesi, federal yasama organının Senato (the U.S. Senate) adı verilen ve her eyaletten (eyaletlerin seçmen ya da nüfus oranları arasındaki fark dikkate alınmaksızın) ikişer temsilcinin katılmasıyla oluşturulan bir yapıdır. Bu bakımdan, seçim çevrelerinin tespitinde daha yoğun tartışma, çok sayıda temsilcinin seçildiği Temsilciler Meclisi (the U.S. House of Representatives) ve eyalet parlamentoları üzerinde yaşanmaktadır. Temsilciler Meclisi, eyaletlerin nüfus farklılıkları<sup>23</sup> da dikkate alınarak, dar bölge (tek isimli) seçim sistemiyle seçilen 435 (+ 6) üyeden oluşmaktadır.<sup>24</sup> Eşit temsilin gerçekleştirilmesi için<sup>25</sup> her bir federe devletin nüfus oranı dikkate alınarak tespit edilen sandalye sayısı ve ayrıca federe devlet içinde yapılan yasama organı seçimlerinde temsilde adaleti sağlayacak biçimde seçim çevresi belirlenmesi gerekmektedir.

1962 tarihli Baker v. Carr davasında, Federal Yüksek Mahkeme her bir eyaletin kendi yasama organı seçimlerinde temsil adaletinin sağlanması konusunda yargısal denetimi kabul etti. Mahkeme o güne kadar salt siyasal erkin takdir yetkisi içerisinde gördüğü seçim çevrelerinin oranlı bir şekilde belirlenmesi sorununu bu kararla birlikte ele almıştır.<sup>26</sup> 1964 tarihli Lucas v. The Fourty-Fourth General Assembly of the State of Colorado, davasında Colorado il ve ilçelerinin %33,2'sinin, Eyalet Senatosundaki sandalye sayısının çoğunlu-

<sup>22</sup> Akt., Michael D. ROBBINS, Simple Graph ....  
<http://www.fraudfactor.com/ffgerrymander.html>

<sup>23</sup> Nüfus sayım sonuçları dikkate alınacaktır.

<sup>24</sup> 6 üye temsil hakkı tanınan ve fakat henüz oy hakkı bulunmayan District of Columbia, Kuzey Mariana Adaları, American Samoa, Guam ve Virgin Adalarından oluşmaktadır., [http://www.house.gov/house/MemberWWW\\_by\\_State.shtml](http://www.house.gov/house/MemberWWW_by_State.shtml)

<sup>25</sup> Kullanılan oyun eşit ağırlığa sahip olması (one person, one vote).

<sup>26</sup> Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).



ğunu seçebilmesi sonucunu veren seçim bölgeleri düzenlemesinin, Federal Anayasa Ek-14<sup>27</sup>, de yer alan eşitlik ilkesine (equal protection) aykırı olduğuna hükmedildi.<sup>28</sup> Lucas kararında yer alan bir diğer önemli husus; Federal Yüksek Mahkeme'nin, anayasal hakları ihlal eden bir yasanın eyaletteki seçmenlerin çoğunluğu tarafından dahi kabul edilse, anayasaya aykırı olduğu için uygulanamayacağını, Anayasal hakların ya da sadece bir yurttaşın anayasal hakkının dahi başka bir yurttaşın oyuna bağlanamayacağını (ihlal edilemeyeceğini) ifade etmesidir.

Kullanılan oyların ağırlığının eşitlenmesi denildiğinde, seçim çevrelerine düşen yurttaş sayılarının ne olacağı meselesi kaçınılmaz olarak gündeme gelmektedir. Bu konuda, yargı organının içtihatlarıyla belki de tüm seçim sistemi uygulamalarından daha yüksek bir standardın ABD'de oluşturulduğu söylenebilir. 1964 tarihli Reynolds v. Sims davasında; Yüksek Mahkeme, 1962 seçimleri için 1900 yılında yapılan nüfus sayımı verilerini esas alan Alabama eyaletinin, Amerikan Anayasası'nın Ek 14. maddesini (eşitlik) ihlal ettiğini saptamıştır. Eyaletlerin, yasama organlarının her iki kanadının da yeni nüfus verilerine göre seçmen sayılarını güncellemeleri ve oranlamaları gerektiğini hüküm altına almıştır. Yüksek Mahkeme, eyaletin il, ilçe vb... yönetim birimlerine ayrılmasının devletin geleneksel görevlerinin ifasını kolaylaştırmak çerçevesi dışında, eyalet içinde seçim çevreleri oluşturulurken nüfus dengesinin bozulmasını gerektireceğini, kırsal bölgelerde yaşayan yurttaşlarla, kentsel alanlarda yaşayan yurttaşlar arasında eşit temsilin sağlanması hususunu hüküm altına almıştır.<sup>29</sup>

Yüksek Mahkeme; 1969 tarihli Kirkpatrick v. Preisler, (394 U.S. 526) davasında, temsilde adaletin sağlanması ve Anayasanın eşitlik ilkesine uyum bakımından, seçim çevrelerinin oluşturulurken eyaletlerin uygulamada matematik-

<sup>27</sup> 14. Ek /Ek-14 (The Fourteenth Amendment) Bölüm 1. "Birleşik Devletlerde doğmuş ya da onun uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi herkes, Birleşik Devletlerin ve oturdukları eyaletin vatandaşıdır. Hiçbir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak ya da uygulamayacak ve hiçbir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden, ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır". Birleşik Devletler Tanıtım Dairesi. Açıklamalı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, ss. 54-55. (ABD. Tanıtım Dairesi tarafından dilimize çevrilmiştir), 1987.

<sup>28</sup> Lucas v. The Fourty-Fourth General Assembly of the State of Colorado, 377 U.S. 713, (1964).

<sup>29</sup> Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, (1964).



sel eşitliği sağlayacak -iyiniyetli- çabayı göstermesini yeterli görmüştür.<sup>30</sup> 1973 tarihli Mahan v. Howell, (410 U.S. 315) davasında, seçim bölgeleri arasında nüfus bakımından yapılan düzenlemede, "ideal orandan"<sup>31</sup> %16,4 sapma gösteren Virginia Eyaletinde çıkarılan bir kanunda aykırılık tespit etmemiştir.<sup>32</sup>

Mahan v. Howell'da kabul edilen içtihattan, 1983 tarihli Karcher v. Daggett davasıyla dönülmüştür.<sup>33</sup> Karcher'da, yüksek mahkeme ilk kez temsilde adalet ilkesinin sağlanması ve Federal Anayasanın Ek 14. maddesine uygun düzenlemede, seçim çevreleri arasındaki nüfus farkını neredeyse ideal sayı olan "sıfır fark"a çekmiştir. Karcher davasında, nüfus bakımından seçim çevreleri arasındaki fark %0,7 gibi küçük bir sayı idi ve bu dahi temsilde adalete aykırı bulundu. Öte yandan Mahkeme, seçim çevreleri oluştururken eyaletlerin, seçim çevresinin bütünlük arz etmesi (kompakt), mahalli idare sınırlarına saygı, daha önceki seçimlerde kullanılan sınırları olabildiğince koruma ve görev yapan yasa organı üyeleri arasında farklılık yaratmamak gibi saiklerini –eğer başkaca bir ayrımcılığın eseri değilse- ortaya çıkabilecek sapmalar için "haklı nedenler" olarak görmüştür. Mahkeme, eyaletlerin haklı neden oluşturan bu gerekçelere; sadece bir yargı olarak, teorik düzeyde bir takım genellemelerle sığınamayacağını ve fakat spesifik olarak düzenlemeyi ortaya çıkaran zorlayıcı nedenleri ve eyaletin düzenlemeyle gerçekleştirmeye çalıştığı amacın bu nedenlerle oluşturduğu bağı gösterebilmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>34</sup> Öte yandan; eyalet uygulamalarına karşı, federal düzey olsun ya da federe düzey olsun, %0,7 sapmanın dahi aşkın olabileceğine karar veren Yüksek Mahkeme, Federal Temsilciler Meclisi seçimi öncesinde her bir eyalete nüfusuna oranlı sandalye sayısı dağıtıldıktan sonra, eyaletler arasında kaçınılmaz olarak ortaya çıkabilecek sapmayı dikkate almamaktadır. Çünkü iki eyalet arasında ortaya çıkabilecek bu türlü bir sapmayı giderebilmek için eyaletlerin sınırlarının değiştirilmesi gibi kabul edilemez bir tedbir gerektirecektir. Hukuken eyaletlerin sınırlarını değiştirme yetkisi bulunmadığından, tüm eyalet bazında düşünüldüğünde, seçim çevresine düşen nüfus bakımından eyaletler arasında farklar oluşmaktadır.

<sup>30</sup> ISSACHAROFF, The Law of Democracy..., s.144.

<sup>31</sup> Not: ideal oran her bir seçim bölgesindeki nüfusun birbirine eşit olması, bu çerçevede sıfır sapmanın sağlanmasıdır.

<sup>32</sup> ISSACHAROFF, The Law of Democracy..., s.144.

<sup>33</sup> 462 U.S. 725 (1983).

<sup>34</sup> 462 U.S. 725, s. 740'da.



Federal Yüksek Mahkeme, Davis v. Bandamer davasında<sup>35</sup> partizanca yapılan gerrymandering uygulamaları hakkında “çoğulculuk testi”ni uygulamaya başladı. Buna göre, ırk/etnisite temelli seçim çevresi düzenlemesinin tartışıldığı davalarda şu unsurların aranacağı hüküm altına alınmış oldu<sup>36</sup>:

1. Seçim çevresinin oluşturulmasında siyasi sınıflandırmanın ötesine geçer biçimde dolaylı ya da doğrudan partizan ayrımcılık yapılması.

2. Ayrımcılığı kanıtlayan deliller bulunması:

a. İktidarda bulunan aday veya partinin diğerleri aleyhine ve fakat kendi lehine olacak şekilde düzenleme yapması kuşku yaratır bir durumdur. Bu konudaki veriler değerlendirilmelidir.

b. Seçim çevrelerinin sıra dışı şekiller oluşturacak biçimde düzenlenmesi: Bu düzenlemelerin haklı neden sayılabilecek belirgin bir gerekçesinin olmaması. Ayrımcı düzenlemeden umulan hukuka aykırı menfaati gerçekleştirecek şekilde seçim çevresinin oluşturulması. Bunlar yapılırken mahalli sınırların dikkate alınmaması, oluşturulan seçim bölgesinin diğer bölge ve şehirleri olağanın dışında kesmesi.

c. Seçim çevresinin adil olmayan biçimde hazırlanması: Seçim çevresi hazırlanırken sayısal olarak azınlıkta olan grubun sisteme dahil edilmeyerek, izole edilmesi. Hazırlanan plan hakkında diğer grup ya da partilerin öneri sunmasının veya bu grup/partilerin mevcut önerileri değerlendirmelerinin engellenmesi. (Tek yanlı olarak sürecin yürütülmesi).

d. Partizanca oy kullanıldığını gösterir bilgiler: Söz konusu seçim çevresini düzenleyen parlamentoda oylamaların partizanca yapıldığına ilişkin olarak yasaama kayıtlarındaki verilerin değerlendirilmesi.

## B. Irk/Etnik Ayrımcılık İçeren Gerrymandering

Seçim hukuku ve gerrymandering uygulamasında bir diğer önemli kategori, SARTORI'nin gerrymandering'in mahkemeler aracılığıyla “meşrû” ve “varlık sebebi kazanmış” bir kavrama dönüştürülmesi olarak nitelediği tip olan “ırk/etnik ayrımcılık içeren gerrymandering”dir. ABD’de, uzun zaman azınlıkla-

<sup>35</sup> Davis v. Bendamer, 478 U.S. 109, (1986).

<sup>36</sup> Texas Legislative Council Internet sayfası  
<http://www.tlc.state.tx.us/pubspol/redlaw01/chapter6.htm>



rın aleyhine işletilen ve daha sonra ise önceden yapılan bu haksızlıkları da bir nebze olsun giderebilmek maksadıyla azınlıklar lehine sonuçlar doğuracak biçimde ırk ve etnik ayrım içeren seçim çevresi düzenlemeleri yapılmıştır. Bunlardan ilkinin; aleyhte olanı ayrımcılık nitelemesiyle, lehe olan ikinci tipe ise pozitif ayrım nitelemesiyle ifade etmekteyiz. Nitekim, yukarıda şekil 3a ve 3b'de yer alan 12 numaralı seçim çevresi, Kuzey Carolina eyaletinde azınlıkların temsil edilmesini olanaklı kılmak için yapılan bir düzenleme ürünüdür. Temeli de ırk ayrımına maruz kalarak insan ve yurttaş haklarından mahrum bırakılan ya da etkili olarak demokratik sürece dâhil olması ciddi engellerle karşılaşmış siyahlardan başlayarak ve fakat onlarla sınırlı kalmadan azınlıkların seçme ve seçilme haklarını etkili olarak kullanabilmelerini sağlamaktır. Mamafih, Federal Yüksek Mahkeme'nin, pozitif ayrım saikiyle yapılıyor olsa da, etnik grupları kayıran her seçim bölgesi düzenlemesini anayasaya uygun bulmadığını ifade etmeliyiz.

Irk ve etnik ayrımcılığın pozitif ayrımcılık yönünde düzenlemelere yansıtılması 1960'lardan itibaren ortaya çıkmaya başlamıştır. 1960'lı yıllarda, ABD'de bazı eyaletler, Anayasal hükümlere karşı –hala- çok güçlü bir biçimde (açık veya örtülü) ırk ayrımı içeren düzenlemeler yapıyordu. Buna karşı seçim hukuku kapsamında önemli bir adım atan Federal hükümet, 1964 tarihinde 1973c sayılı seçim kanununu<sup>37</sup> yürürlüğe soktu. Kanunun 5. bölümü, Federal Adalet Bakanlığı'na, ırk ayrımı konusunda tarihsel olarak sorunlu bazı eyaletleri ve bunların seçim çevresi uygulamalarını izleme ve bu eyaletlere yardım etme görevi vermektedir.<sup>38</sup> Eyaletlere, Adalet Bakanlığı'nın yaptığı yardımın yanı sıra, alternatif olarak Washington D.C. Federal Bölge Mahkemesi'ne başvuru olanağı da tanınmıştı. Adalet Bakanlığı'nın konu hakkında gösterdiği büyük gayretler, kanunların yürürlüğe girmesinden önce (bir çeşit ön-denetim yoluyla) değerlendirilmelerinin sağlanması, azınlıkların demokratik temsili konusunda bu kez tam ters yönde bir hareketin ortaya çıkmasına neden oldu.<sup>39</sup> Kuşkusuz ABD'de anayasa yargısının güçlü konumu da azınlıklar lehine demokratik restorasyon dönemine geçişte bir başka önemli etki olmuştur.

<sup>37</sup> Voting Rights Act, 42 US Code 1973c

<sup>38</sup> Peter S. WATSON, "1990 Supreme Court Redistricting Decisions", Minnesota Eyaleti Senatosu, <http://www.senate.leg.state.mn.us/departments/scr/redist/red907.htm>

<sup>39</sup> Peter S. WATSON, "1990 Supreme Court....", <http://www.senate.leg.state.mn.us...>



Federal Yüksek Mahkeme, etnik ayrımcılık içeren gerrymandering uygulaması hakkında da kilometre taşı sayılan hükümler kurmuştur. *Shaw v. Reno* davasında, Kuzey Carolina 12 numaralı seçim bölgesi düzenlemesi ele alındı.<sup>40</sup> Carolina eyaleti nüfusunun %78'i beyazlardan, %20'si siyahlardan, %1'i ise Asyalılardan oluşmaktaydı. Siyahların nüfusu, eyaletin 100 şehrinin yalnızca 5 tanesinde çoğunluğu oluşturmaktaydı. Siyah azınlığın seçme hakkının anlam ifade etmesi için çizilen ilk seçim bölgesi (1 numaralı seçim bölgesi) Rorschach testindeki mürekkep lekelerine benzetilmekteydi. Mahkemenin kararına yansıyan nitelemeye göre; "seçim çevresi bir çeşit çengel ya da araba camına yapışan bir sineğe" benziyordu. Kuzey Carolina parlamentosunun 1 numaralı seçim bölgesinin oluşturulmasına ilişkin ilk planına Adalet Bakanı tarafından itiraz edildi. Bakan'ın itirazına göre, güneyde azınlıkların temsiline olanak tanıyan bir seçim bölgesinin daha yaratılması mümkünken bunun yapılmaması azınlığın temsilini etkisizleştirmekteydi. Eyalet yasama organı, Adalet Bakanı'nın bu itirazını haklı ve yerinde bularak, 12 numaralı seçim bölgesi adında ikinci bir azınlık bölgesi daha oluşturdu. Şekil 3a ve 3b'de görüleceği üzere, bölge 160 km uzunlukta ve büyük bir bölümünün genişliği Interstate - 85 adı verilen eyaletler arası otoyolun eni kadardı.<sup>41</sup> Bölge, 5 seçim bölgesini geçiyor ve bu bölgelerden üçünün de tam olarak içinden geçip gidiyordu. *Shaw* davasında Mahkeme, seçim bölgesi oluşturulurken, azınlıkların temsilinin sağlanmasının eyalet tarafından dikkate alınması gereken bir amaç olduğunu bir kez daha vurgulamıştır. Ancak, seçim çevresinin biçiminin de kendisi için bir gösterge olduğunu ifade etmiştir. Kararın oluşmasına etki eden gerekçeye göre; bölgeler oluşturulurken, eyaletteki mahalli sınırlar, bunların bütünselliği dikkate alınmıyor fakat; eğitimleri, ekonomik statülerine bakılmaksızın "aynı ırkın aynı şekilde davranacağı", "aynı şekilde ve aynı kişiye oy vereceği" düşüncesiyle hareket ediliyorsa, ırksal önyargıyla hareket edilmektedir, denilmiştir. *Shaw* davasında, Federal Yüksek Mahkeme sadece ırksal ön yargılara dayanan bir düzenlemenin kabul edilemeyeceğini; aksi halde, azınlıklara yardım ediliyor zannıyla Amerikan siyasal demokrasinin temel değerlerinin zedeleneceğini saptamıştır. Mahkeme, azınlıkların temsili konusunda ayırım içeren düzenlemenin, ölçülülük ilkesine uyar şekilde yapılması gerektiğini ifade etmiş ve bu konuda haklı neden testini en sıkı şekilde uygulayacağını hüküm altına almıştır.<sup>42</sup> Federal Yüksek Mahke-

<sup>40</sup> *Shaw et al. v. Reno, Attorney General et al.*, 509 US 609 (1993).

<sup>41</sup> *Shaw et al. v. Reno, Attorney General et al.*, 509 US 609.

<sup>42</sup> *Shaw et al. v. Reno, Attorney General et al.*, 509 US 609, 647'de.



me, 5'e karşı 4 oyla 12. seçim bölgesinin anayasaya aykırı oluşturulduğu kararını vermiştir.

Anayasa yargıcının gerrymandering düzenlemelerine yargısal müdahalede bulunması bu düzenlemelerden zarar göreceğini düşünen ve çoğu kez siyasi rejimde baskın olan unsurları rahatsız etmiştir. Oysa anayasa yargısı ve anayasa yargıcı, idari makamların ya da yasama organının yerine geçerek karar almaktadır. Mahkemeler, anayasada kendisine verilen yetkiye uygun olarak, önündeki meselede çizilen seçim çevrelerinin anayasaya aykırı bir düzenleme doğurup doğurmadığını, anayasal hakları ihlal edip etmediğini saptamakla yetinmektedir. Bu saptamanın ardından, anayasaya aykırı düzenlemeyi yapan makamın, elbette mahkemenin kararını uygulaması ve bu çerçevede anayasaya uygun yeni bir düzenlemeyi hayata geçirmesiyle anayasal normun üstünlüğü ve devletin hukuku korunmuş olmaktadır. Yasama organı, kararın ertesinde oluşturulacak yeni seçim çevresini yine doğrudan kendisi belirlemektedir. Ne var ki, bu davaların politik tartışmayı doğurmaya elverişli yanı ve demokratik siyasi sistemin işleyişine doğrudan etki etmesi nedeniyle yoğun bir biçimde kamuoyu ilgisini toplaması bu tip davaları "zor dava" seviyesine taşımaktadır.

## II. Siyasi Sorun Doktrini

Seçim düzenlemeleri ve uyuşmazlıklarının görüldüğü davalar, anayasa hukuku dotrininde "zor davalar" (hard cases) arasında sayılmaktadır. Bu davalar-daki hükümler ve o hükümleri kuran yargıçlar için politik arenada yoğun tepki ve tartışmalar ortaya çıkar. Zor davalarda, kararın ortaya çıkardığı sonuçlar dik-kate alındığında; siyasi sistemin işleyişini dahi yeniden biçimlendirebilecek örnekler görülmüştür.<sup>43</sup>

DWORKIN zor davaları; mahkemenin vereceği hükmün, mevzuat ya da iç-tihatlar tarafından açıkça dikte edilmediği davalar olarak da tanımlamakta ve daha çok takdir yetkisi davaya uygulanacak hüküm yokluğu çerçevesinde ele almaktadır.<sup>44</sup> Kanımca; "zor davalar" deyimini daha geniş bir kapsamda ifade etmek olanaklıdır. Çerçeve anayasanın ve kuvvetli anayasal geleneklerin bulun-

<sup>43</sup> Emrah KIRIT, The Problem of Independence and Justice William O. Douglas, (Basılmamış yüksek lisans tezi, Columbia Üniversitesi -2000) (Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi The Arthur W. Diamond Kütüphanesi'nde dosyalanmıştır) s.6. dipnot 6.

<sup>44</sup> Ronald DWORKIN, Hard Cases, 88 Harvard Law Review, (1975), s.1057.



duğu devletlerle geleneksel anayasacılığın geçerli olduğu devletlerde, karar verilecek konuyu düzenleyen hüküm ve içtihadın olmaması –kuşkusuz– o davada karar verilmesini güçleştirir ve tartışmaları yoğunlaştırır. Ancak bahsedildiği kadar köklü ve tüm yönleriyle mükemmel denilebilecek demokrasilerin sayısı fazla olmasa gerek... Bu bakımdan, kanımca kazuistik anayasa özelliğini haiz bir devlette de, yargı organının kararları büyük tartışmalara, politik sorunlara ve bir çeşit “geri besleme” olarak yargı üzerinde çeşitli düzeylerde (insani ve duygusal boyutta dahi olsa) etkiye yol açabileceğinden “zor dava” ortaya çıkabilir. Hatta zaman zaman, yargının takdir yetkisini kendisine verilen yetki ve görev çerçevesinde kullanması durumunda ortaya çıkan çeşitli etkiler, hukukun kaynaklarının yokluğu nedeniyle oluşan zor davalara göre yargıcın işini daha fazla güçleştirecektir.

ÇAĞLAR, siyasi sorun doktrininin kapsamını tasnif ederken “sadece çözümü siyasi açıdan zor anayasal sorunlardan sakınma formülü olarak değerlendirmek gerçekçi olmaz” demektedir.<sup>45</sup> Bu değerlendirme ışığında, siyasi sorun doktrininin bir bölümünün mutlaka “çözümü siyasi açıdan zor anayasal sorunlardan sakınma formülü” olduğu yorumu yapılabilir. ÇAĞLAR’ın siyasi sorun doktrininin, “yargı denetimini demokrasilerin çoğunluk kuralı (majority rule) ile bağdaştırma problemi” biçiminde nitelemesi ile “zor davalar” konusundaki yaklaşımının paralel olduğunu düşünüyorum.

Seçim uyuşmazlıkları hakkında, seçim ve anayasa yargısında görülen davalar yukarıda yaptığım geniş kapsamlı yorum muvacehesinde zor dava biçimine dönüşmeye yatkındırlar. Siyasi sorun doktrini bu bakımdan seçim uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalarda mahkemelerin en çok atıfta bulunduğu teori olmasa bile, davanın taraflardan en az birinin dilekçelerinin gündeminde tuttıkları konu olagelmıştır.

GÖZÜBÜYÜK, siyasi sorunu şu şekilde tanımlamaktadır, siyasi meseleler (hükümet tasarrufu) “hükümetin aldığı karar, yaptığı tüm işlemler anlamına gelmez. Hükümet tasarrufu deyimi ile hükümetin veya hükümet dışındaki yönet-

<sup>45</sup> Bakır ÇAĞLAR, *Anayasa Bilimi; Bir Çalışma Taslağı*, Bfs Yayınları, 1. Basım, 1989, s.177-8.



sel bir kuruluşun, yargı denetimi dışında kalan bazı ‘üst siyasal yönetim’ etkinlikleri anlatılmak istenir.<sup>46</sup>

Bir başka tanıma göre; siyasi sorun doktrini, “Devletin yürütme veya yasama organının takdir hakkını kullandığı bir konuda herhangi bir mahkemenin karar vermeyi reddetmesini gerektiren yargısal ilkedir.”<sup>47</sup> Bu çerçevede, siyasi sorun doktrini söz konusu iki organın yargı denetiminin dışına çıkışına olanak tanımaktadır. Bu görüş doğrudan yargı organının yetkileri törpülenmemekte ve fakat yargı organı tarihten gelen sınırlarına itmektedir. Şu halde, bu görüşe göre; siyasi sorun doktrinini, “yargının tarihten gelen sınır çizgisi”<sup>48</sup> olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Bu çerçevede, herhangi bir hukuk sistemi içinde yargı organından prüdansiyel sınırlarını aşmamasını talep etmek için ya da yargı organının bu tür limitleri öne sürerek önündeki uyuşmazlığı çözmekten kaçınması için, yargının davayı çözmeye kullanabileceği hiçbir hukuk kuralının bulunmaması gerekir, denilebilir. Anayasal demokrasilerde hiçbir organ hukukun kendisine bahşetmediği bir yetkiyi kullanmadığı gibi hukukun emri ile yerine getirmek üzere sorumlu kılındığı bir görevden de kaçmaz. Şu halde, anayasa yargısının yasama veya yürütme organına açıkça verilmiş bir takdir yetkisinin varlığını tespit etmeden ve normlar hiyerarşisinin en üst katmanında açıkça belirtilmiş diğer kuralları gözetmeden, siyasi sorun doktrinine atıfta bulunarak bir davayı çözmekten kaçınması hukuki bir tavır olamaz.<sup>49</sup> Demek oluyor ki herhangi bir anlamda

<sup>46</sup> A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, S Yayınları, 8. Baskı, 1991, s.24. (GÖZÜBÜYÜK, “political question” doktrinini “yargı kısıntısı – hükümet tasarrufu deyimleriyle açıklamaktadır).

<sup>47</sup> Black’s Law Dictionary, s.1179.

<sup>48</sup> Bu tanıma, bir sınır olduğunu ortaya koyduğu için ve söz konusu sınırın yargının el atmaya çekindiği konularda oluştuğunu saptadığı için başarılı sayılar olabilir.

<sup>49</sup> Bu yaklaşım, Yargıç John Marshall’ın *Marbury v. Madison* davasında ortaya koyduğu tavırdan farklı değildir. Marshall’ın *Marbury v. Madison* davasındaki argümanları, neyin siyasi sorun kabul edilebileceğine ilişkin ciddi ve yargı organının kullanabileceği “kadar” hukuki enstrümanlardır. Marshall şöyle demektedir: “Birleşik Devletler Anayasası, Başkana kendi takdir hakkı çerçevesinde kullanabileceği ve siyasi bir kişilik olarak sadece ülkesine ve vicdanına karşı sorumlu tutulabileceği belirli önemli siyasi yetkiler [kuvvet] vermiştir. [Başkan] Söz konusu görevlerin yerine getirilmesinde kendisine yardımcı olmak için otoritesi altında ve emirleri dâhilinde görev yapacak belirli memurları atama yetkisi ile donatılmıştır. Bu hallerde söz konusu memurların icraatları başkanın icraattandır ve yürütmenin takdir yetkisinin kullanım tarzı hakkında hangi düşünce ileri sürülürse sürülsün, takdir yetkisini denetleyecek bir kuvvet mevcut değildir. Ancak yasama organı söz konusu memurlara başka görevler yüklediğinde; mutlak olarak belirli eylemleri yeri-



siyasi takdir yetkisinin varlığından bahsedebilmek için, o alanda takdir yetkisinin bulunduğu ve ilgili organa tevdi edildiğinden kuşku duyulmamalıdır. Bu anlamda; takdir yetkisinin, bireylerin Anayasa çerçevesinde korunan temel haklarını dolaylı da olsa ihlal eder sonuçlara neden olmadığı müddetçe “hükümetin salt politik işlemleri” olarak, yargı tarafından denetlenemeyecek işlemlerden görmek mümkündür. Ancak, takdir yetkisi, adı altında bireylerin temel hakları dolaylı da olsa ihlal ediliyorsa, yargı/anayasa yargısı, bu anayasa ihlalini saptayacak ve buna sebebiyet veren işlemi iptal edecektir. Burada; mahkemenin iptal kararı, takdir yetkisinin varlığı ve doğru kullanılıp kullanılmadığı probleminden çok; “anayasa tarafından açıkça korunan menfaati korumaktan” ibarettir ve bu menfaatin ihlal edildiği açıkça görüldüğünde, mahkeme, anayasa normunun üstünlüğüne sahip çıkmaktan kaçınamayacaktır.

### A. Yargıç STONE'un Yorumu ve Azınlıkların Temsiline Katkısı

Siyasi sorun doktrini çerçevesinde, seçim sistemlerinin Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi denetimine dâhil edilip edilmeyeceği ya da ne kadar denetleyebileceği tartışmaları güncelliğim hala korumaktadır. Mahkemenin önüne gelen her seçim uyuşmazlığı ile yeniden alevlenen tartışmaların kökeni *Marbury v. Madison* davasına kadar uzansa da, bu konuya yargı organının gidecek daha çok müdahale edeceğinin habercisi olması nedeniyle dönüm noktası içtihatlardan biri *United States v. Carolene Products Co.* davasıdır.<sup>50</sup> Bu davadaki temel mesele, Anayasa'nın 1. Madde 8. Bölüm 3. Fıkrası çerçevesinde, Kongre'nin eyaletlerarası ticareti düzenleme yetkisine dayanarak, beslenme yetersizliğine yol açan katkılı sütün eyaletlerarası sevkini yasaklayan 1923 tarihli düzen-

---

ne getirmelerim istediğinde; bireylerin hakları söz konusu davranışların ifasına bağlı olduğunda, hukukun memuru haline gelmişlerdir. [Bu durumda] Hareketlerinden dolayı sorumlu olacak ve başkalarının hukuk tarafından tanınan haklarını takdir hakkına dayanarak ihlal edemeyeceklerdir.” *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) s.167-168'de.

<sup>50</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). *Carolene Products Co.* davası ve *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) davası, Federal Yüksek Mahkeme için tarihin önemli dönüm noktalarını oluşturmaktadır. *West Coast Hotel Co.*, davasında Federal Yüksek Mahkeme sözleşme özgürlüğü adı altında vahşi kapitalizme hukuk alanında koruma sağlayan *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) kararını bozmuştur. *Carolene Products Co.* davasında, *laissez-faire* doktrininin sona erdiği kesinleşmiş ve 1929 büyük krizini izleyen yıllarda Birleşik Devletler ekonomik ve sosyal yapısında reformlar yapmaya uğraşan Başkan F. Roosevelt'in önünde bulunan önündeki içtihat engeli ortadan kalkmıştır.



lemesine ilişkindir. Davada, anayasal bir hak olarak “sözleşme özgürlüğünün Kongre'nin ekonomik hayatı düzenlemedeki geniş takdir hakkını etkileyemeyeceği” kararı verilmiştir.

Davanın hüküm kısmı kadar önemli olan dört numaralı dipnotunda, Yargıç Harlan Fiske STONE; eşitlik ilkesini (Equal Protection Principle - Eşit Koruma İlkesi) düzenleyen Anayasa'nın Ek 14. maddesini yorumlamıştır.<sup>51</sup> Bu yoruma göre, “seçimlerde oy verme, ifade hürriyeti, siyasi örgütlenme gibi siyasi sisteme (uygulanmış prosedüre) ilişkin olan yasal düzenlemelerin diğer pek çok yasa işleme oranla çok daha titiz bir anayasal denetimi gerektirmektedir”.<sup>52</sup>

STONE, “belirli din, ulus ya da ırk azınlıklarını ilgilendiren yasal düzenlemelerin de benzer nitelikte bir sıkılaştırılmış denetime tâbi olabileceğini” ima etmiştir.<sup>53</sup> Harlan STONE, bu tip “farklı ve izole edilmiş azınlıklara karşı önyargıların, azınlıkların korunması için güvence sayılan siyasi prosedürün işlenmesini ciddi bir şekilde zayıflatma tehlikesi oluşturabileceğinden yargının bu tehdide yanıt olarak daha titiz bir anayasal denetim yapmasının gerekebileceğini” vurgulamıştır.<sup>54</sup>

## B. Dört Numaralı Dipnotun Düşündürdükleri

STONE'un, “seçim sistemlerinin iktidara egemen olan çoğunluğun eseri olduğunu”, dolayısıyla; azınlıkların da bir gün çoğunluk olabilecekleri ya da temsilcilerini seçmek suretiyle, demokratik platformda seslerini duyurabilecekleri idealinin her zaman geçerli olmayabileceğini belirlemesi önemli bir saptamadır. Gerçekten de, örneğin partizanca ya da azınlığı temsil haklarından mahrum etme sonucunu doğuran Gerrymandering uygulaması bu sonucu doğurur. Bu tip düzenleme ve uygulamalar, azınlıkları demokratik sürecin dışına itme tehlikesini içinde barındırmaktadır.

<sup>51</sup> Ek-14 (The Fourteenth Amendment) Bölüm 1. “Birleşik Devletlerde doğmuş ya da onun uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi herkes, Birleşik Devletlerin ve oturdukları eyaletin vatandaşlarıdır. Hiçbir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağışıklıkların kısıtlayacak yasa yapmayacak ya da uygulamayacak ve hiçbir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden, ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır”.

<sup>52</sup> United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, (1938), s.152, dipnot 4.

<sup>53</sup> United States v. Carolene Products Co., s.152, dipnot 4.

<sup>54</sup> United States v. Carolene Products Co., s.152, dipnot 4.



STONE'un azınlıkları tanımlarken kullandığı kelimeler de ayrıca dikkate değerdir. Yargıç, “farklı ve izole edilmiş”, “kendilerine karşı önyargı ile bakılabilen” azınlıklardan bahsetmektedir. Bu tanımlama, toplumdaki azınlıkların salt iktidarda olmayan kitle şeklinde adlandırılmayacağı, ayrıca sayıca azınlıkta dahi olsalar bazı grupların egemen iktidarın politikalarından “farklı ve izole edilmiş azınlıklar” kadar etkilenmeyeceğinin altını çizer görünmektedir ve fevkalade dikkate değerdir. Gerçekten de, bazı azınlık grupları, kendilerine çoğunluk içinde yer açabilir ve seçimlerden sonra belki nitelik ve nicelik olarak hak ettiklerinden çok daha büyük bir temsil imkânına ya da etkiye kavuşabilirler. Seçim sisteminin ve bir bütün olarak siyasi sistemin dışına itildiğinden bahsedilen azınlıklar bu tip azınlıklar değildir. Sistem dışına itilen azınlıklara örnek olarak, azınlığın temsiline siyasal sisteme egemen olanlar tarafından olanak tanınmadığı düzenlemeler verilebilir. O halde, seçimle gelenlerin ortaya koydukları seçim sistemini gözlememizi gerektiren unsurlardan biri de bu olmalıdır.

### III. Değerlendirmeler

Seçilmiş kişiler ve çoğunluk hakkında ortaya koyduğumuz bu eleştiriler, modern siyasi demokrasilere tercih edeceğimiz bir başka sistem olmasından kaynaklanmamaktadır. Ancak, demokratik sisteminin tüm kurumlarının seçilmiş kimselerce manüplasyonu olasılığı karşısında, Abraham LINCOLN'ün “halkın, halk için halk tarafından yönetileceği” idealinin de ve hatta temsili demokrasi anlayışının da oldukça yıpranacağını söylüyoruz. Böyle bir manüplasyon, halk/millet egemenliğini, azınlıkların korunması hakkındaki demokratik ilkeleri kâğıt üzerinde bırakacaktır. Öyle bir toplumsal yapı, içerideki menfaat çatışmalarını barışçıl bir biçimde çözemez. O tip bir manüplasyondaki büyük tehlike; Başkan WILSON'ın “self-government” olarak ifade ettiği “halkın kendi kendini idare edebilme şekli[nin], Samuel ISSACHAROFF'un deyiimiyle politikacıların “self-servis” idaresi şekline dönüşmesidir.<sup>55 56</sup>

Sonuç olarak, devlet erklerine yön veren, yetki kullanan kişilerin, doğanın onlara sunduğu zaafardan tamamen arınmış harikulade varlıklar olmadıklarını

<sup>55</sup> Woodrow WILSON, *Congressional Government* s.17'den nakleden İlhan ARSEL, *Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1958 s.38. (ARSEL'in eserinde atıfta bulunulan WILSON'ın kitabının adında düzeltme yapıldı).

<sup>56</sup> Samuel ISSACHAROFF & Richard H. PILDES, *Partisan Lockups of the Democratic Process*, 50 *Stanford Law Review*, 643, 1998, s. 648.



biliyoruz. Erkekler ayrılığı prensibini, Birleşik Devletler Federal Anayasasına koyulmasının mimarlarından Başkan James MADISON, Federalist'teki 51 numaralı makalesinde şöyle demektedir:<sup>57</sup>

“Eğer insanlar melek olsalardı devlet gerekli olmayacaktı. Eğer melekler insanları yönetselerdi devlet iktidarının ne dâhili ne de harici denetimi gerekli olacaktı. İnsanların insanları idare edeceği bir devletin kurulmasında en büyük sorun şudur; önce yönetilecekler üzerinde iktidarın kontrolünü sağlayacaksınız daha sonrada iktidarı kendi kendisini kontrol etmeye zorlayacaksınız. Halk hiç kuşkusuz iktidar üzerindeki ana kontroldür ancak tecrübeler insanlığa yardıma tedbirlerin gerekliliğini göstermiştir.” MADISON’ın bu sözlerini daha ilginç hale getiren anekdot; anayasa hukukuna gerrymandering deyiminin girmesine neden olan ve Elbridge Gerry’nin, James Madison hükümetinin Başkan Yardımcısı olmasıdır.

Tecrübeler gösteriyor ki; bir çeşit aşçı konumunda olan yönetenlerin hazırladığı menüleri, kuvvetler ayrımı ilkesi çerçevesinde kontrol edecek “gustolar”, poliarşi adı verilen modern demokrasilerin sağlıklı işlemesi için yaşamsal bir rol üstlenmişlerdir. Seçmenler ve yargı organı bu mekanizmadaki ana denetleyicileriyken, akademisyenler, sivil toplum örgütleri ise yardımcı denetleyicilerdir. Yasama organı ise hem bir denetim organı, hem de denetlenmesi gereken seçilmişler grubunu oluşturmaktadır.

<sup>57</sup> The Federalist No.51 (James Madison) nakleden Geoffrey R. STONE et al., Constitutional Law, 3. Baskı, Aspen, 1996, ss. 15-16.



## ULUSLARARASI TOPLULUK KAVRAMI

Dr. Hakkı Hakan ERKİNER\*

### GİRİŞ

Sosyal bilimler sahasında bir konu üzerinde düşünürken ve belirli bir konuyu kavramaya çalışırken, düşüncenin temel araçları kavramlardır. Olgular, kavramlar yoluyla anlamlandırılır. Uluslararası hukuk da belki diğer tüm hukuk dallarından daha fazla, önce düşünürlerinin zihninde oluşur. Bu husus, kavramsal berraklığın, uluslararası hukuk disiplini için ne derece ciddi bir mesele olduğunu ortaya koyar. Klasik yapısı itibariyle, uluslararası hukuk devletler arasındaki uluslararası ilişkileri düzenler. Düzenlediği sosyal ilişki türünün karakteristik özelliklerini bünyesinde taşır. Herbiri egemen ve birbirine eşit hukuk kişileri olan ve herbiri müstakil milli çıkarlara sahip devletler arasındaki ilişkilerin belirli bir istikrar ve süreklilik içinde devam etmesini düzenlemek ve devletlerin birlikte var olabilmelerini hukuki yollar ile temin etmek, uluslararası hukukun klasik işlevi olmuştur.

Bu görece durağanlığına rağmen, uluslararası hukuk, bir takım yüksek değerlerin korunmasının beklendiği kendine özgü bir hukuk dalıdır. Başka hiçbir hukuk dalı bünyesindeki uyumsuzlukların neticesinin savaş denilen dehşete ve yeryüzünde bu kadar çok insanın yaşamının yok olmasına vardığına şahit olmaz. Bu gerçek, uluslararası hukukçuların, devletlerin eylemlerini salt bir egemenin tasarrufu şeklinde kaba ve soğuk bir gerçekçilikle yorumlamalarına engel oluşturur. Eninde sonunda hukukçu, bazı insani yüksek değerlerin, temsilcisi olduğu bu hukuk dalı tarafından hakikâten etkin bir şekilde korunması gerektiğini idrâk etmektedir. Ancak mesleği itibariyle, kavramsal bağlamda ve normların ahenkli istikrarında düşünür ve düşünmelidir; şahsi değerlendirmelerini ve temennilerini

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.



pozitif hukukmuş gibi sunamaz; hukuki değerlendirme ile göreceli subjektif moral değerlendirme arasındaki sınırı unutmamalıdır. Biz de, uluslararası topluluk, insanlığın yüksek değerleri, devletler arası müşterek menfaatler, kolektif dayanışma gibi kavram ve olguları incelemeye gayret edeceğimiz bu çalışmamızda, kavramsal berraklığa yaklaşmaya çalışacağız.

Çalışmamızda, uluslararası topluluk kavramı, birbirleri arasında karşılıklı haklar ve ödevler olduğunu bilen ve karşılıklı ilişki içinde olan devletler arasındaki moral ve hukuki bir bağı belirtmek için kullanılmaktadır. Bu kavram, birbirleri arasında karşılıklı haklar ve ödevler olduğunu bilen ve ilişki içinde olan devletlerin topluluk fikri ile birbirlerine yaklaşmaları ve neticede, uluslararası hukuk tarafından düzenlenen bir sosyal birlik oluşturan “Evrensel Devletler Kümesi” ni ifade etmek için de kullanılır<sup>1</sup>.

Bu çerçevede, uluslararası topluluk kavramını ele alacağımız çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Bunlardan ilkinin konusu, uluslararası topluluk kavramının sosyolojik temelini incelemesidir. Her ne kadar sosyoloji insan topluluklarının ve toplumlarının incelenmesinin bilimsel de, siyasi ve hukuki varlığı ile birer tüzel kişilik olan devletlerin uluslararası sahada meydana getirdiği birlikteliğe de sosyolojik bir kavram olan “topluluk” ya da “toplum” sıfatları verilmektedir<sup>2</sup>. Dolayısıyla bu ifadeleri kullanmanın ne derece isabetli olduğunun ele alınmasının uygun olabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle çalışmamızda sosyolojinin toplum ya da topluluk kavramlarından ne anladığını, aralarındaki farkı ve devletlerin uluslararası sahada meydana getirdiği birlikteliğe topluluk mu toplum mu denmesi gerektiğine temas etmeyi istemekteyiz.

İkinci bölümün konusu ise, uluslararası topluluk kavramının, öğretilerdeki gelişiminin ve yarattığı tartışmaların yansıtılmasıdır.

İlk bölümdeki sosyolojik incelemede, kavram, Ferdinand Tönnies’in cemaat-topluluk ve toplum tipolojileri, Emile Durkheim’in mekanik ve organik dayanışma kıstası ve Max Weber’in birleşme ve toplumsallaşma itkileri bakımından incelenecektir.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Bilimsel ya da günlük dilde, “uluslararası topluluk” ya da “uluslararası toplum” ifadeleri kullanılmaktadır.



İkinci bölümde ise, kavramın öğretideki gelişimi, İspanyol ilâhiyatçılardan itibaren uluslararası hukuk teorisinin kurucularında, doğal hukuk okulunda, iradeci pozitivizmde, normativizmde, sosyolojik yaklaşım okulunda ve çağdaş tartışmalarda izlenecektir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ULUSLARARASI TOPLULUĞUN NİTELİĞİ

İncelememizde, “uluslararası topluluk” kavramının, uluslararası hukukun dönüşümünde anahtar bir kavram olduğunu ortaya koyma amacındayız. Uluslararası hukuk, klasik olarak, her biri egemen ve hukuken birbirlerine eşit devletler arasındaki uluslararası ilişkileri düzenler. Bu işlevi ile uluslararası hukuk, devletlerin birarada varolmalarının hukuki koşul ve imkânlarını sağlamaktadır. Klasik uluslararası hukuk, devletlerin rızaları ile oluşturdukları, ideolojik olarak tarafsız ve pozitif hukuk kurallarından oluşur. Bu kurallar arasında bir normlar hiyerarşisi mevcut değildir<sup>3</sup>. Hukuki ilişkiler devletler arasında ikili ve karşılıklı olarak kurulur. Uluslararası hukuk kurallarının getirdiği yükümlülüklerin ihlâl edilmeleri durumunda ise doğan sorumluluk ilişkisi ihlâlde bulunan devlet ile mağdur devlet arasında doğan ikili bir ilişkidir.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren devletlerin uluslararası ilişkilerdeki tekelleri eskisi kadar mutlak değildir. Uluslararası örgütler, belirli durumlarda bireyler, sivil toplum örgütleri ve hatta kamuoyu uluslararası ilişkilerde belirli ve sınırlı fakat artan bir ivme ile rol oynamaktadırlar.

Klasik olarak uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşi yokken, giderek, uluslararası antlaşmaların kendilerine aykırı olmaları durumunda geçersiz olacakları bir takım emredici uluslararası hukuk kurallarının mevcudiyeti kabul edilmeye başlanmıştır: *Jus cogens*.

Bu kurallardan uluslararası topluluğun bütününe karşı mükellefiyet altına girilen yükümlülükler türemiştir: *Erga omnes*.

Bu yükümlülüklerin ihlâl edilmeleri durumunda, her devletin, sorumluluğu ileri sürebileceği kabul edilmeye başlanmıştır: *Omnium hakkı*.

<sup>3</sup> *Jus cogens* kurallar bir yana bırakılırsa.



Bireylerin insanlığa karşı suçlardan ötürü uluslararası ceza mahkemelerinde yargılanmasına başlanmıştır.

Yukarıdaki paragraflarda hatırlattığımız, uluslararası hukuktaki pek çok radikal değişim ve dönüşümün temel dinamiğinin anlaşılması için anahtar kavramın uluslararası topluluk kavramı olduğunu düşünmekteyiz.

“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<sup>4</sup>.

Uluslararası hukuk dilinde, kavramın kullanımının, yukarıda tespit ettiğimiz her iki anlamı da kapsadığını belirlemektediriz<sup>5</sup>:

A- Uluslararası topluluk (*communauté internationale – international community*) kavramı, birbirleri arasında karşılıklı haklar ve ödevler olduğunu bilen ve ilişki içinde olan devletler arasındaki moral ve hukuki bir bağı belirtmek için kullanılmaktadır.

<sup>4</sup> Uluslararası hukuk üzerine inceleme de bulunurken, “topluluk” tabirinin bazı dillerdeki karşılığının verilmesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz. Çalışmamız için özel önemi olan “topluluk” kelimesinin İngilizce karşılığı, The Oxford English Dictionary, 2. ed. Cilt III, Oxford, Clarendon Press, 1989, s. 581’e göre “community”; Fransızca, Grand Robert de la langue française. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert, cilt II, Paris, Le Robert, 1985, s. 742’e göre “communauté”; İspanyolca, Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22. ed. Madrid, Espasa, 2001’e göre “comunidad”; İtalyanca, Battaglia Salvatore, Grande dizionario della lingua italiana, cilt III, Torino, Unione tipografica-Editrice torinese, s. 448’e göre “comunità” dir.

<sup>5</sup> Dictionnaire de la terminologie du droit international, ss. 131-132, “communauté internationale” maddesi; Dictionnaire de droit international public, ss. 205-206, “communauté internationale” maddesi. Bu son kaynak, devletlerin yanı sıra küresel uluslararası örgütleri, bireyleri ve küresel kamuoyunu (*opinion publique*) da uluslararası topluluğun mensubu olarak saymaktadır.



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<sup>6</sup>.

Biz, incelememizde dikkâtimizi, uluslararası hukukun dönüşümü üzerindeki esas etken olduğunu düşündüğümüz için, devletler arasındaki "toplulukçu bağlar" üzerine yoğunlaştıracamız.

Toplumbilimciler, genel olarak toplumsallık olgusunu anlayabilmek için faydalı olan çeşitli kavramlar üretmişlerdir. Ancak bunların devletler arasındaki ilişkilere doğrudan aktarılması güçlük arz etmektedir. Uluslararası topluluk hakkında kavramsallaştırmaya gidilirken toplumbilimin kalıpları, uluslararası düzenin doğasına özgü yapısal niteliklerine uygun biçimde yeniden ele alınmalıdır. Bundan önce elbette toplumbilimin, topluluk ve toplum olgusu hakkındaki temel yaklaşımlarını hatırlatmamız icap eder.

## I. Ferdinand Tönnies

Toplumbilim, insan topluluklarını, toplumlarını ve toplumsal olanı bilimsel yöntemle inceleme çabası içerisindeyken, doğal olarak, ilkin, topluluk ve toplum kavramını aydınlatmak zorundadır. Bu çabalar ondokuzuncu yüzyılda Ferdinand Tönnies<sup>7</sup>, nin çalışmaları ile başlamıştır<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Dictionnaire de la terminologie du droit international, ss. 131-132. "*communauté internationale*" maddesi; Dictionnaire de droit international public, ss. 205-206. "*communauté internationale*" maddesi.

<sup>7</sup> Alman Sosyoloji Derneği'nin kurucu üyelerinden olan Alman sosyolog Tönnies (1855-1936) en çok, *Gemeinschaft* (cemaat - topluluk) ile *Gesellschaft* (toplum) arasında yaptığı ayırmayla ün kazanmıştır. Bu ayırım, küçük çaplı ve büyük çaplı toplumların özelliklerini yansıttığı iddia edilen farklı ilişki tiplerini vurgulamaktadır. Nüfusun büyük ölçüde hareketsiz olduğu cemaatte, statü, atfedilen bir konumdur ve aile ile kilise (kurumsal din), açıkça tanımlanmış bir dizi inancın korunmasında, duygusal ve işbirliğine yönelik davranışların gelişmesinde önemli roller oynarlar. Ne var ki, işbölümü daha karmaşık bir hâl aldıkça bu bağlar çözülüp, yerini sözleşmeye dayalı ve gayri şahsi ilişkilere bırakmakta, böylece büyük çaplı örgütlenmeler ve şehirler *gesellschaftlich* (toplumcu) toplumsal formları yansıtmaktadırlar; bkz. Marshall Gordon, Sosyoloji Sözlüğü, çevirenler: Akınhay Osman, Kömürcü Derya, Bilim ve Sanat, 1999, Ankara, s. 763.

<sup>8</sup> Tönnies Ferdinand, *Communauté et société: catégories fondamentales de la sociologie pure*, Joseph Leif'in Fransızca çevirisi, Retz, Paris, 1977.



Tönnies tarafından geliştirilen öğretisi “cemaat” (Almanca: *Gemeinschaft*; Fransızca: *Communauté*) ve “toplum” (Almanca: *Gesellschaft*; Fransızca: *Société*) kavramları arasındaki ikileme dayanmaktadır. Cemaat – topluluk olgusu, Tönnies’ye göre, doğal olarak birliktelik hakkında mutabık kalma psikolojik saikiyle meydana gelir. Bu psikolojik saik bir birlikteliğin üyelerinin birbirleriyle yüzyüze gelmesinden doğan bir çekimle “biz” anlayışına ermeleriyle ortaya çıkar.

Toplum ise, daha yaygın, daha az kişisel ilişkiler ve yüzyüze gelmekten kaynaklanan doğal bir insani çekimden ziyade düşünsel bir iradi sürecin ürünüdür. Bu olguda, cemaatin tersine, birey “bizlik” duygusunu hissetmekten ziyade bir “ben” duygusu etrafına kendisini içinde konumlandığı işlevsel bir toplumsal doku örür.

Cemaat yapısının kaynağı “psikolojik” iken toplum yapısının kaynağı “entellektüel” dir<sup>9</sup>. Bu saf zihinsel kavramsallaştırmanın ötesinde, gerçekte, Tönnies, toplumun evrimi sürecinde, cemaat<sup>10</sup> ve toplum yapılarının saf halde bulunmadığını birbirleri ile ilişki içinde ve sınırları bulanık bir biçimde iç içe olduklarını da tespit etmektedir. Bizim incelememiz çerçevesinde, devletlerin oluşturdukları sosyal birlikteliğin, bu tanımlamalar bağlamında topluluk kavra-

<sup>9</sup> Tönnies’ye göre, cemaatin aksine toplumda “ben” kendini konumlandırırken diğer “benlerin” varlığını gerçekte duymaz. Cemaat nispeten doğal ve somut bir iradeye dayanan, toplum entellektüel ve soyut bir iradeden doğar. Tönnies tarafından, Almanca’da bu tabirler *wesentliche* ve *willkür* ya da *kürwill* olarak ifade edilmiştir; bkz. Marshall Gordon, *Sosyoloji Sözlüğü*, s. 763.

<sup>10</sup> Cemaat (topluluk) kavramı, cemaatin üyelerinin ortaklaşa paylaştıkları bir şeye - genellikle ortak bir kimlik duygusuna- dayanan, özel olarak oluşturulmuş bir toplumsal ilişkiler bütünüdür. Cemaat, Talcott Parsons’dan aktarırsak, hayatla ve çıkarlarla ilgili olan ve pek belirlenmemiş bir alandaki kapsamlı bir dayanışma ilişkisini anlatmak üzere sık sık kullanılan bir kavramdır. Robert Nisbet’e göre cemaat kavramı, sosyoloji disiplininin temelini oluşturan fikirlerin en temel olanı ve kapsamlısıydı ve bunun asıl nedeni, cemaatin yok olmasından duyulan kaygıların ondokuzuncu yüzyıl sosyolojisinin temel ilgi alanlarından birisi olmasıydı; bkz. *The Sociological Tradition*, 1966. Yine de cemaat kavramının sosyolojik içeriği sürekli olarak sonu gelmez tartışmalara konu olmuştur. Nisbet’e göre, bu tartışmaların kaynağı, toplumsal birliğin cemaat biçimini İyi Toplum’la ve kişisel samimiyetin, duygusal derinliğin, ahlâki bağlılığın, toplumsal birliğin ve sürekliliğin ileri derecede rastlandığı her türlü ilişki biçimiyle özdeşleştiren ondokuzuncu yüzyıl düşüncesinde yeniden keşfedilmiş sembolizmasıdır. O dönemde, az önce sıralanan türdeki özelliklerin, kıra dayalı bir toplumdaki, kente ve endüstriye dayalı bir topluma geçiş döneminde kaybolmaya yüz tutmasından korkuluyordu. Cemaat duygusunun kaybedilmesi, cemaat kuramının kurucusu sayılan Ferdinand Tönnies’in çalışmalarının da merkezinde yer almaktaydı; bkz. Marshall Gordon, *Sosyoloji Sözlüğü*, ss. 90-91.



mına karşılık geldiği kanaatindeyiz. Bu topluluk, sosyal olduğu kadar, hukuki olarak da toplum aşamasına ulaşmamıştır. Belki ulaşmasına gerek de yoktur. Şayet devletler egemenliklerini ve bağımsızlıklarını koruyacaklarsa, oluşturaları sosyal birliktekiğin ancak bir topluluk teşkil etmesi isabetli olandır.

## II. Emile Durkheim

Emile Durkheim<sup>11</sup>, toplumbilim öğretisinin temelini iş bölümü ile çok yakından ilişkili olan ve toplumsal birlikteliğin ve kaynaşmanın itici gücü olan “dayanışma” (*solidarité*) kavramını yerleştirmektedir<sup>12</sup>. Bu dayanışma kavramı, Durkheim tarafından “mekanik dayanışma” ve “organik dayanışma” olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>13</sup>. Mekanik dayanışma, bir birlikteliğin, bir grubun üyeleri arasında yüz yüze gelmekten doğan ve grubun üyeleri arasında kolektif bir bilincin doğmasına yol açan ilişkiler neticesinde meydana gelen dayanışma biçimidir<sup>14</sup>. İkinci tür dayanışma olan organik dayanışma ise, iş bölümüne yol açan ilişkiler neticesinde meydana gelen dayanışmadır<sup>15</sup>. Durkheim, toplumun ilkelden, ekonominin ve iş bölümünün geliştiği bir hale evrimi esnasında, dayanışmanın da, mekanik dayanışmadan, organik dayanışmaya doğru evrildiğini tespit etmektedir<sup>16</sup>. Durkheim’in, mekanik dayanışma ve organik dayanışma kriterleri bakımından da devletlerin oluşturdukları sosyal birliktelik, topluluk kavramına denk düşmektedir.

<sup>11</sup> Emile Durkheim (1858-1917), işlevsel iliğin kurucusu olarak kabul edilen, ama daha yakın zamanlarda, onun yazılarında kendi görüşleriyle birleştirilmesi kolay fikirler ve duygular bulan yapısalcılık, sosyo-dilbilim ve postmodernizmin otoriteleri tarafından da saygıyla anılan ünlü Fransız sosyolog; bkz. Marshall Gordon, *Sosyoloji Sözlüğü*, s. 164.

<sup>12</sup> Durkheim Emile, *De la division du travail social*, Quadrige/PUF, 1994 (orijinal baskı: 1893), Paris, ss. 27-31.

<sup>13</sup> *Ibid.*, ss. 98-102.

<sup>14</sup> *Ibid.*, ss. 35-78.

<sup>15</sup> *Ibid.*, ss. 79-98.

<sup>16</sup> *Ibid.*, ss. 119-176.



### III. Max Weber

Max Weber'in toplumbilimsel yaklaşımı, grupların kendilerine dikkâti yoğunlaştırmaktan ziyade toplumsal ilişkilerin üzerine yoğunlaşmıştır<sup>17</sup>. Weber, bir birlikteliğin üyeleri arasında doğan, birlikteğin üyesi olma duygusundan kaynaklanan ilişkiye "birlikleşme" (Almanca: *Vergemeinschaftung*; Fransızca: *Communalisation*); çıkarlar tarafından akılcı olarak güdülenen bir anlaşmaya dayanan ve çıkarların eşgüdümünü son amaç olarak hedefleyen ilişkiye ise "toplumsallaşma" (Almanca: *Vergesellschaftung*; Fransızca: *Sociation*) tabirlerini önermektedir<sup>18</sup>. Weber'in kriterlerine göre de, devletlerin oluşturdukları sosyal birlikteliğin, akılcı olarak güdülenen ve devletler arasındaki çıkarların nihai olarak eşgüdümünü hedefleyen bir sosyal ilişki olmadığı açıktır. Tersine, devletler arasındaki ilişkilerde, çıkar çatışmaları gerçek itkidir. Çağımızda bu kadarı bile büyük bir gelişme olmakla birlikte, nadir olarak, devletlerin, milli çıkar çatışmalarının üzerine çıkılabilen evrensel değerler bağlamında, ancak bir topluluk oluşturabilmelerinden söz edilebilir.

### IV. Uluslararası Topluluğun Sosyolojik Yapısı

Yukarıda ana hatlarına kısaca temas ettiğimiz sosyolojik kavramları, özellikle tarihsel perspektiften bakıldığında, uluslararası ilişkilere aktarmak, ilk bakışta gayet çekici gelmektedir. Örneğin, öğretilerde, Batı Hıristiyanlığı Orta Çağında hıristiyan "uluslar"ın oluşturduğu bütün için kullanılan "Hıristiyan Cumhuriyeti" kavramının yani "*Respublica Christiana*"nın<sup>19</sup>, Ferdinand Tönnies'in cemaat - topluluk tipolojisiyle esas hatları itibariyle büyük benzerlik gösterdiği vurgulanmıştır<sup>20</sup>. Buna karşılık, Vesfalya (*Westphalie*) Antlaşması ile hukuki

<sup>17</sup> Max Weber (1864-1920), Durkheim'la birlikte, özgün bir sosyal bilim olarak modern sosyolojinin kurucusu sayılmaktadır. Weber, sosyal bilimler için felsefi bir temel önermiş, sosyoloji için genel bir kavramsal çerçeve çizmiş ve tüm büyük dünya dinlerini, antik toplumları, iktisadi tarihi, hukuk ve müzik sosyolojisini ve başka birçok alanı kapsayan bir dizi derin araştırma kaleme almıştır; bkz. Marshall Gordon, *Sosyoloji Sözlüğü*, s. 791.

<sup>18</sup> Weber Max, *Economic et société / 1. Les catégories de la sociologie*, pocket, collection Agora, Paris, 1995 (orijinal baskı: 1956), s. 78.

<sup>19</sup> Renaut Marie-Hélène, *Histoire du droit international public*, Ellipses, Paris, 2007, ss. 25-42.

<sup>20</sup> Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", puf, Paris, 2005, ss. 21-22.



temelleri atılan ilişki şeklinin<sup>21</sup> ise toplum tipolojisine uyduğu belirtilmiştir<sup>22</sup>. Ancak bize göre, çağdaş uluslararası ilişkiler, belirli değerler ve bazı evrensel müşterek menfaatler etrafında dayanışma olgusu ile toplumbilimin “topluluk” kavramına ilişkin veriler sunmaktadır<sup>23</sup>; bu bağlamda devletlerin uluslararası sahada bir toplum meydana getirdiğini düşünmemekteyiz dolayısıyla kavramsal olarak doğru kullanımın “uluslararası toplum” değil uluslararası topluluk” olduğunu önermekteyiz.

Uluslararası topluluk kavramını ele alınırken yukarıda ifade ettiğimiz verileri açıklığa kavuşturabilmek için:

1. Uluslararası topluluk ilişkilerinin ve bağlarının ayırt edici özelliklerinin belirlenmesi;
2. Uluslararası topluluk ilişkilerini ve bağlarını sağlayan kuvvetlerin tespit edilmesi;
3. Uluslararası topluluğu mümkün kılan kuvvetlerin merkezi kaynağının ne olduğu üzerine düşünülmesi;
4. Son basamak olarak da, uluslararası topluluğu mevcut kılan kuvvetlerin ifadesi (manifestosu) olarak hukukun ortaya konması gerektiğini düşünmekteyiz.

Birinci basamakta, uluslararası topluluğu birbirine bağlayan bağların ayırt edici özelliğini ortaya koymak gerektiği kanaatindeyiz. İkinci olarak bu bağı meydana getiren kuvveti ya da enerjiyi belirlememiz gereklidir. Üçüncü olarak, bu enerjinin kaynağını keşfetmemiz gerektiği düşüncesindeyiz. Tasarladığımız analiz merdiveninin dördüncü ve son basamağında ise, uluslararası topluluğu birbirine bağlayan kuvvetlerin ifadesi olarak hukuku ortaya koymayı düşünmekteyiz. Bu inceleme güzergâhını takip ettikten sonra uluslararası topluluk kavramına ilişkin bir tanım tasarlanabilir. Bu tanım tasarlandıktan sonra dâhi, uluslararası topluluk kavramının bir kavram olması nedeniyle, sınırlı ve sözel bir gerçekliğin olduğu, zihinlerde iz düşümü olan bir ideal tip olduğu unutulmamalı-

<sup>21</sup> Renaut Marie-Hélène, *Histoire du droit international public*, ss. 42-61.

<sup>22</sup> Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, s. 22; Truyol Serra Antonio, “Genèse et structure de la société internationale”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international (RCADI)*, cilt 96, 1959-I, ss. 572-574.

<sup>23</sup> Dupuy Pierre-Marie, *Droit International Public*, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2006, s. 22.



dır. Bu hâliyle bile, kavram kullanıldığı bağlamda ve konuda her seferinde yeniden tanımlanıp sınırlandırılmalıdır. Dilde, günün geçerli kavramlarının birer kavramdan başka bir şey olmadığını unutup onları nesnel doğrular olarak kabul edersek, ön yargılı ve dar görüşlü davranma tehlikesiyle karşılaşırız. Sonuçta, tanımlar ve kavramlar, şeylerin göreceliği üstüne kurulmuştur.

İlk basamakta, uluslararası topluluk ilişkilerinin ve bağlarının ayırt edici özelliğinin belirlenmesi gerektiğinden söz etmiştik. Bu ayırt edici özellik, uluslararası topluluğun oluşumunun, “topluluğa ilişkin bazı hususi menfaatler” in sağlanması için, “topluluk üyesi devletlerce sergilenen dayanışmadan doğan bir bağ” ile nitelenebilmesidir. Bu cümle açıklanmaya muhtaç iki ögeye sahiptir. Bunlardan ilki, uluslararası topluluğa ilişkin bazı hususi menfaatlerin ne anlama geldiği ve ikinci olarak ise, topluluğun bir grup olarak sahip olduğu ve peşinde koştuğu bu menfaatler için üyelerinin dayanışmasının ne ifade ettiği.

Topluluğa ilişkin bazı hususi menfaatler ifadesi, grupça aynı ve müşterek olan çıkarlara vurgu yapar. Bu çıkar, topluluğun müşterek çıkarıdır. Cümlemizi yukarıdaki şekliyle değil de, “uluslararası topluluk, bazı müşterek menfaatlerin sağlanması için, topluluk üyesi devletlerce sergilenen dayanışmadan doğan bir bağ ile birbirine bağlanır” şeklinde kursaydık, topluluğun, bir topluluk olarak söz konusu menfaatlere sahip olduğunu belirtemeyecektik. Bunun aksine, bu menfaatlerin, her üyenin daha doğrusu, her üye devletin müstakil olarak sahip olduğu şu ya da bu menfaatin birbirleriyle karşılaşması, kesişmesi, birbirini dönüştürmesi suretiyle bir şekilde kendisine ulaşılabilir olduğu menfaatler olarak anlaşılmasına yol açacaktık. Böylesi müşterek menfaatlerin peşinde, diyelim ki, diğerleriyle beraber dahi koşulsa, güdülenme kişiseldir; esasında tekildir. Bir anonim şirket ortaklarının her birinin şirketin kâr elde etmesinde sahip oldukları motivasyon gibi. Ortakların müşterek menfaati şirketin kâr elde etmesidir. Fakat bunu şirketin bizatihi kendisi için değil, kendileri için isterler. Rasyonel olan budur. Bir sosyal doku olarak ise uluslararası toplulukta mensuplarının elde edilmesi için sergilenen dayanışma her devletin salt müstakil çıkarına hizmet etmemekte, ancak bir gerçeklik olarak ele alındığında, sosyal bir varlık olarak grubun kendisi için ve kendisine yönelik menfaatlerin elde edilmesine hizmet etmektedir. Burada, menfaat, topluluk için varlık kazanmışsa mevcuttur, aksi takdirde mevcut değildir.

Uluslararası toplulukta sergilenen dayanışma, uluslararası topluluk kavramı için öyle esaslı bir unsurdur ki, uluslararası topluluğun kendisine vücut kazandı-



rır. Topluluğun menfaatine dayanışma sergilenirken, topluluğa varlık kazandırılır. Bu dayanışma bağı, topluluğu gerçek kılar. Topluluk fikrine ererek dayanışma içine girilirken, fikir, dayanışma fiili ile bünyesine kavuşur. Topluluk için dayanışma sergilenirken topluluk gerçeklik kazanır. Bu gerçeklik fikri kuvvetlendirir, kuvvetlenen fikir daha gerçekmiş gibi algılanır ve fiili daha fazla tahrik ve teşvik eder. Fikir, fiil, algı arasındaki enerji - kudret akışı bir döngü haline gelmektedir. Bu döngü, fikirde ve fiilde bir tekâmüle, gelişime yol açan bir ivmelenme meydana getirir.

Sözünü ettiğimiz dayanışmanın, kavramsal bağlamımızdaki özelliği, topluluk olarak aynı olan menfaate kavuşabilmek için sergilenmesi elzem olan bir dayanışma olmasıdır. Bu dayanışma mevcut olmaksızın, menfaatin gerçekleştirilmesinden söz edilememektedir. İşbirliği sergilenmeksizin, uluslararası topluluğun çıkarına olan vaziyet gerçekleşmemektedir. Topluluk üyesi devletlerin müşterek dayanışma ve işbirliğini meydana getirebilmeleri için birbirlerine bağımlılıkları söz konusudur. Her birinin amaca ulaşabilmek için bir diğersinin tutumundan ve davranışından olumlu ve olumsuz şekilde etkilenmesi söz konusudur.

Uluslararası topluluğu mümkün ve mevcut kılan özel bağ, topluluk olarak arzu edilen amaçlara, menfaatlere ulaşmak için müşterek bir dayanışma sergilenmesi zaruretinin, üyeleri birbirine bağlamasıdır.

Kavramsal incelememizin ikinci basamağında yukarıda ifade ettiğimiz bağı mümkün ve mevcut kılan gücün ne olduğunun ele alınması bulunmaktadır. Hemen ifade edelim ki, bu güç, birleşme gücüdür. Uluslararası topluluk mensubu devletler arasında, ilişkilerinde karşılıklı bir bağ oluşturan güç, birleşmedir; dayanışma sergilemek, işbirliğinde bulunmak için birleşme gücü. Bir araya geleerek birleşme gücünden mahrum olan varlıklar asla bir topluluk meydana getiremezler. Devletlerin müşterek dayanışmada birleşme güçlerinin mevcut olduğu tasavvur edebilmekle, bir uluslararası topluluk oluşturabilmelerinden söz edebiliriz.

Üçüncü basamağımızda, yukarıda sözünü ettiğimiz gücün kaynağının ve merkezinin ne olduğunun ele alınması bulunmaktadır. Bu dayanışmada birleşme gücünün kaynağı olarak, topluluk menfaatlerinin konusunu tespit etmekteyiz. Devletleri dayanışmada bulunmaya teşvik eden kuvvetlerin merkezinde "kolektif değerler ve faydalar" yer almaktadır. Bu merkezdeki değerlerin ve faydaların



özelliği, gerçekleştirmelerinin ve hukuki olarak korunmalarının, devletlerin evrensel olarak müşterek ve kolektif biçimde davranmalarını zaruri kılmıştır.

Sözünü ettiğimiz kolektif değerler ve faydalar, evrenseldirler. Bir kez var olduklarında, topluluğun bütün mensuplarının istifadesine amadedirler. Temiz hava gibidirler. Bir kez mevcut olduğunda, bulunduğu mekândaki herkes ondan teneffüs etme imkânına sahip olur<sup>24</sup>. O (*temiz hava*) ya da bu (*temiz hava*) gibi bir ayırım haklarında yapılamayacağı gibi, tıpkı mekânı kaplayan temiz hava gibi bölünebilir de değildirler, “sen havanın şurasını teneffüs et sen de burasını” denilemeyeceği gibi.

Kolektif menfaatlerin konusu olan kolektif değerler ve faydalar evrenseldirler. Bu değerlerin ve faydaların elde edilebilmesi, uluslararası topluluğun mensubu tüm devletlerin müşterek çabasına bağlıdır. Onların mevcudiyetinden, bütün üyeler yararlanırlar. Bu değerlerin ve faydaların mevcudiyetlerinin korunması için de kolektif bir tutum gereklidir. Bir devletin bu değer ve faydalara zarar vermesi durumunda, topluluğun bütün üyeleri bundan zarar görmektedirler. Bu zararın onarılabilmesi için de bütün devletlerin işbirliği içinde hareket etmeleri gereklidir. Bu bağlamda, böylesi evrensel değerlere ve faydalara zarar veren davranışta bulunan devletin, uluslararası topluluğun mensubu olan bütün devletlere karşı sorumluluğunun doğacağı düşünülmelidir. Bu sorumluluk ilişkisi sadece, evrensel bir değeri, kendisine yüklenilebilen bir davranışı ile ihlâl eden devlet ile davranışın kendisine doğrudan yöneldiği mağdur devlet arasında doğmamakta; buna ilaveten, fail devletin uluslararası topluluğun mensubu her devlete karşı sorumluluğu doğmaktadır. Başka ifade ile yeryüzündeki diğer tüm devletler de evrensel bir değere ya da faydaya zarar veren devletin sorumluluğunu (*erga omnes*) ileri sürebilirler. Böylesine çok taraflı bir sorumluluk ilişkisinde, sorumluluğun gereğini yerine getirici – getirtici düzeneğin de, başka ifade ile zararın onarımını hedefleyen mekanizmanın da kolektif bir mekanizma olması

<sup>24</sup> Ulusal toplumlar bağlamında düşünüldüğünde, ulusal savunmanın sağladığı güvenlik, devletin temin ettiği kamu düzeni, milli ölçekte, toplumdaki tüm fertlerin aralarında ayırım yapılmaksızın yararlandığı değer ve faydalara örnek olarak gösterilebilir. Fransızca ve İngilizce literatürde, bu tip değer ve faydalara, ekonomi bilimi kökenli Fr: “*non-exclusifs*” – İng: “*non excludable*” ve Fr: “*indivisibles*” – İng: “*nonrivalry*” gibi nitelermeler yapıldığını belirtmek isteriz. Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, s. 33.



elzendir. İfade ettiğimiz hususun, uluslararası hukuk disiplninde "devletin uluslararası sorumluluğu müessesesine" önemli etkileri mevcuttur<sup>25</sup>.

Devletleri, evrensel değer ve faydaların sağlanıp korunması için dayanışma sergilemeye iten, böylelikle bir uluslararası topluluğun meydana gelmesine sebep olan gücün, bir amacın tesisine yönelik birleşme gücü olduğunu tespit etmiştik. Bu gücün kaynağının ise, uluslararası topluluğa has menfaatlerin konusu olduğunu belirtmiştik. Konuyu teşkil eden değer ve faydaların nitelikleri üzerinde düşünmek, bunların neden böyle bir gücün doğumuna yol açtıklarının anlaşılmasını sağlayacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda, bu menfaatlerin konularının evrensel olduğunu ifade ettik. Onlar münhasıran hiçbir topluluk mensubuna ait değildirler; hepsine ve her topluluk mensubuna aittirler ve hepsinin ve herbirinin faydalanmasına kendilerini sunarlar.

Evrenselliklerinin yanı sıra, yeryüzündeki insan uygarlığı için esaslı bir öneme sahiptirler. Bu önem, uluslararası topluluğu, onların sağlanması ve korunması için gerekli dayanışmayı sergilemeye iten gücü meydana koymaya sevk etmektedir.

Evrensellikleri ve esaslı önem arz etmeleri ile beraber, insan için etik değerleri vardır. İnsanların ve halkların verdikleri bu etik kıymet, uluslararası topluluğu, kolektif menfaatlerin konularının sağlanması ve korunması için gerekli dayanışmayı sergilemeye yönelten gücü meydana koymaya teşvik eden bir diğer sebeptir. Bu dayanışmanın dışında kalmak, bir devleti, diğer devletler ve uluslararası kamuoyu karşısında politik olarak sıkıntılı bir duruma sokabilmektedir.

Kolektif menfaatlerin konusu olan kolektif değerler ve faydalar, misliyle mevcut değildirler. Bu husus, onların hem uluslararası topluluğun tüm mensuplarına ait kılar hem de, onların tekrar ve tekrar ihlâl edilmeleri, belirli bir gelecekte ortadan yok olmalarına yol açıp, orta vadede tekrar mevcut kılınmalarını büyük tehlikeye atar ya da tekrar tesis edilmeleri asla mümkün olmayabilir.

Bu niteliklerini açıklamak için örnek verilebilir: Uluslararası barış ya da çevre misliyle mevcut değildirler. Zarar gördüklerinde artık eski halleri ile mevcut değildirler. İkâme edilebilme olanakları yoktur. Çevre yeterince yoğun bi-

<sup>25</sup> Bkz. Erkiner Hakkı Hakan, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, Oniki Levha, İstanbul, 2010, ss. 99-115 ve ss. 251-291.



çimde zarara uğratılırsa, tahammül edilebilir bir gelecekte tekrar yerine konamaz hatta bir daha elde edilmeyecek biçimde yok olabilir. Korunmamaları durumunda mevcut olan bu aşikâr ve ciddi tehlikeden (riskten) ötürü, elbirliği ile uluslararası topluluk tarafından korunmaları gereklidir. Bu gereklilik, uluslararası topluluğun mensuplarını, bunları koruma doğrultusunda dayanışma içinde bulunmaya sevk eden bir güç yaratmaktadır. Devletlerin bu anlayışa ermeleri sonucunda, tehlikenin mevcudiyeti, dayanışma etrafında birleşme gücüne kaynak teşkil eder.

İncelememizin dördüncü basamağında, uluslararası topluluğu bağlayan kuvvetlerin ifadesi (bir manifestosu) olarak hukukun ele alınması yer almaktadır. Hukuk teorisine ilişkin akımlar, sosyal gerçeklik ile hukuk düzeni arasındaki etkileşime, neden sonuç ilişkisine ve birbirlerini yaratma, üretme ve dönüştürme potansiyeline ilişkin meselelerin üzerinde durmuşlardır. Uluslararası topluluk, şayet bir sosyal gerçekliğe karşılık geliyorsa muhakkak hukuk düzenini etkileyecek ve varlığının ve temsil ettiği kolektif menfaatlerin yansımaları hukuk kurallarında ifadelerini bulacaktır. Bu husus uluslararası topluluğun varlığını, sosyolojik gerçeklikten, normatif gerçeklik mertebesine de taşıyacaktır. Sosyal gerçeklik ile hukukun birbirini geri beslemeli olarak dönüştürme etkisi ile normatif düzeyde gerçeklik kazanan uluslararası topluluk kavramı, devletler arası ilişkilerde, sosyal bir olgu olduğu kadar hukuki bir olgu olarak da etki doğuracaktır.

Uluslararası topluluk kavramını devletler arası sosyal ilişkiler ve topluluk bağları ile ele aldığımız yukarıdaki sayfaları takiben, aşağıda, kavramı, uluslararası hukuk öğretisi<sup>26</sup> temelinde inceleyeceğiz.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ULUSLARARASI TOPLULUĞUN ÖĞRETİDE ELE ALINMASI

Uluslararası topluluk kavramının üretilmesi ve uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk bağlamında kullanılması nispeten yeni bir olgudur. Bu nedenle,

<sup>26</sup> Doktriner akımların incelenmesi üzerine yararlanılabilecek iki değerli kaynak için: Truyol Serra Antonio, *Doctrines contemporaines du droit des gens*, Paris, Pedone, 1951. Ago Roberto, "Science juridique et droit international", *RCADI*, cilt 90, 1956-II, ss. 851-954.



uluslararası hukuka ilişkin klasik teorilerin geliştirildiği dönemde, bu kavramın en azından bizim ele aldığımız biçimiyle ifade edildiğine rastlanmaz.

Bununla beraber, bizim çalışmamızda, klasik doktriner akımlara da yer verecek olmamızın iki nedeni vardır. Bunlardan ilki, farklı teorilerin, uluslararası hukukun düzenlediği uluslararası sosyal ilişkileri inceleyiş ve anlayış şeklinin özünü ortaya koymak, ikincisi de, bu teorilerin, uluslararası sosyal ilişkilerden yola çıkarak, uluslararası hukukun ilişkilerini düzenlediği uluslararası sosyal grubun belirleyici niteliklerini, onu birbirine bağlayan etki ve unsurları, evrenselliğini ve yapısını ne şekilde ifade ettiklerini saptamaktır. Bu çerçevede uluslararası topluluk fikrinin yazınsal bağlamda kavramsal tarihinin tespit edilebileceğini düşünmekteyiz.

Bu amaca yönelik olarak, bütün bir doktriner akımlar külliyyatını burada ele almanın hem bir makalede mümkün, hem de gerekli ve faydalı olacağını düşünmüyoruz. Bunun yerine bazı yazarların ve akımların belirttiğimiz sorunsal karşısındaki düşüncelerini incelemenin, fikri yelpazeyi temsil edeceği kanaatindeyiz.

## I. Uluslararası Hukuk Teorisinin Kurucuları

Yukarıda, "uluslararası topluluk kavramının üretilmesi ve uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk bağlamında kullanılması nispeten yeni bir olgudur; bu nedenle, uluslararası hukuka ilişkin klasik teorilerin geliştirildiği dönemde, bu kavramın en azından bizim ele aldığımız biçimiyle ifade edildiğine rastlanmaz" demiştik. Bu uyarı özellikle kurucuların düşünceleri konusunda geçerlidir. Bugün onların düşüncelerini yazılarında yeniden okurken, abartılı bir kavramsal benzerlik ya da en azından çağrışım kurma çabası, bizi, kavramın kökenlerini, kurucuların uzak mazisinde aramak konusunda bulduğumuzu sandığımız yanıtlar hususunda yanıltabilir. Bu abartılı tutumdan sakınarak İspanyol ilahiyatçılarla öğretinin kökenlerine iniyoruz.

Amerika kıtasının fethi ile çağlarının gelişmelerinden etkilenen İspanyol teologlar, uluslararası sosyal gruba birçok kez atıf yapmışlardır. Francisco de Vitoria (1480-1546), Hıristiyanlığın ötesinde bir uluslararası topluluk düşünmekteydi. Onun algısında, bütün olarak insanlık, uluslararası hukukun herkese uygulanır adil kanunlarına sahip olabilme iktidarını bünyesinde barındıran tek



bir politik topluluk meydana getirmekteydi<sup>27</sup>. Vitoria'ya göre, devletler, uluslararası topluluğun birer mensubu olarak, müşterek faydalardan yararlanmaktadırlar. Vitoria'nın özellikle vurguladığı husus ise, toplumlar arasında doğal olarak var olan "iletişim hakkı" dır. Vitoria, bu hakkı, uluslararası topluluğun temelindeki en önemli değer olarak görmektedir<sup>28</sup>.

Francisco Suarez (1548-1617), mükemmel birer siyasi ünite olarak gördüğü devletlerin birbirlerine bağımlılığına ve "insan türünün birliği" ne daha belirgin bir vurgu yapmaktadır<sup>29</sup>.

Suarez'e göre, "insan türü", farklı uluslara ve krallıklara bölünmüş olsa da, siyasi ve ahlâki olarak birdir ve bütündür<sup>30</sup>. Bu husus aynı zamanda, *jus gentium*'un varoluş nedenidir. Her bağımsız şehir, her cumhuriyet, her krallık kendi başına mükemmel bir siyasi ünite teşkil etse de, hiçbirinin diğerlerinin yardımına, işbirliğine, dayanışmasına ihtiyaç duymaksızın kendi kendilerine yeterli olmaları söz konusu olamaz. Bu bağlamda, tecrübenin ispat ettiği gibi, bunların çıkarları uyarınca olduğu kadar ahlâki olarak da, insanlığın bütünlüğünden ayrılmalarına imkân yoktur. Hâl böyleyken onların ilişkilerini yöneten ve uyumlu beraberliklerini temin eden bir hukuka ihtiyaç duydukları açıktır.

Hugo Grotius (1583-1645), özellikle, "*De jure Belli ac Pacis*" adlı eserinde, Vitoria'nın "*totus orbis*" inin evrensel niteliğine benzer biçimde, "insan türünün müşterek toplumu" nu betimlemektedir<sup>31</sup>: "*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, topluluğun gerekliliklerini ve ihtiyaçlarının

<sup>27</sup> Vitoria et Suarez, Contribution des théologiens espagnols au droit international moderne, Association internationale Vitoria-Suarez avec le concours de la dotation Carnegie pour la paix internationale, Pedone, Paris, 1939, s. 32'den, Vitoria Francisco de, *De potestate civili*, n. 21. Ayrıca, Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté international dans la responsabilité des Etats", ss. 43-44.

<sup>28</sup> Vitoria et Suarez, ss. 40-49'dan, Vitoria Francisco de, *De Indis*, III, 1-8.

<sup>29</sup> Vitoria et Suarez, ss. 169-171'den, Suarez Francisco, *De Legibus ac Deo legislatore*, II'nci kitap, bölüm XIX, n. 9. Ayrıca bkz. Barcia Trelles Camilio, "Francisco Suarez (1548-1617). Les théologiens espagnols du XVIème siècle et l'école moderne du droit international", RCADI, cilt 43, 1933-II, ss. 462-469.

<sup>30</sup> Bu bakımdan Stoacıları anımsatır.

<sup>31</sup> Truyol Serra Antonio, "Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens", RCADI, cilt 182, 1983-IV, s. 444.



teminini düzenleyen ve bunlara cevap veren hukukun mevcudiyetinin temelindeki nedendir<sup>32</sup>.

Bu hukuk, esas olarak “*inter civitates*” tir. Bu demektir ki, kendilerinden üstün hiçbir otoritenin mevcut olmadığı bağımsız 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 doğurmaktadır.

Hugo Grotius’tan sonra, Christian Wolff (1679-1754) ve Emer de Vattel’in (1714-1768) çalışmalarında, devletler arası ilişkilerin, uluslararası topluluk oluşturma mertebesine yükselmesi düşüncesine rastlandığını tespit etmekteyiz.

Wolff, “*civitas maxima*” kavramını kullanmaktadır<sup>33</sup>. *Civitas maxima*, doğal olarak ulusların mensup olduğu topluluktur. *Civitas maxima*’nın bünyesinde, uluslar, “müşterek iyi” ye ulaşmak için birbirlerine bağlanırlar<sup>34</sup>. Bu bağlamda uluslararası hukuk bütün uluslar için müşterek bir hukuktur<sup>35</sup>.

Vattel’in de düşüncesi, Wolff gibidir. “Ulusların Toplumu” kavramını kullanmaktadır<sup>36</sup>. “Ulusların Toplumu” bünyesinde, devletler, doğal bir hâlde dayanışma içinde ve *jus gentium*’a tabi bir biçimde, beraberce varlıklarını sürdürmektedirler.

Wolff ve Vattel’in teorilerinin özelliği, pozitif hukuka esaslı bir önem ve ağırlık tanınmalarıdır. Doğal hukuk, her zaman değişmez de olsa ve devletler

<sup>32</sup> Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, s. 46.

<sup>33</sup> Aynı kavramı Roma İmparatorluğu zamanında Cicero gibi stoacılar da kullanmıştır.

<sup>34</sup> Drake H. Joseph, The Classics of International Law, James Brown Scott Edition, Oxford-Londres, 1934, ss. 13-14’den, Wolff Christian, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, Prolegomena, ss. 4-5, par. 10-12. Şunu da belirtelim ki, Wolff, gerekli ve değişmez olan doğal hukuk ile, devletlerin mutabakatına dayanan pozitif hukuk arasında ayırım yapmaktadır; Wolff Christian, *Jus gentium...*, par. 4-6 ve 22-25.

<sup>35</sup> Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, s. 47.

<sup>36</sup> Vattel Emer de, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, Kitap I ve II, Carnegie Institution, 1916 (1758 yılında basılan orjinal eserin tıpkıbasımı), ss. 7-8, par. 11-12. Vattel de, Wolff gibi, gerekli ve değişmez olan doğal hukuk ile, devletlerin mutabakatına dayanan pozitif hukuk arasında ayırım yapmaktadır; Vattel, Le droit des gens...., ss. 11-16, par. 21-28.



arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde temelde bulunsa da, bu hukukun ne olduğu devletler tarafından ancak, pozitif hukuka<sup>37</sup> dayanarak bilinebilir<sup>38</sup>.

Bu çerçevede, Vattel'e göre, doğa tarafından inşa edilen bu Toplum'un kanunlarını açıkça ihlâl eden ve bu Toplum'un iyiliğine ve refahına doğrudan saldırılara karşı bütün ulusların kuvvete başvurmak hakkı vardır. Esasında bu düşünce, Vattel'den önce, Grotius tarafından da belirtilmiştir<sup>39</sup>.

## II. Doğal Hukuk

Doğal hukuk akımı, gerek klasik biçimiyle olsun gerekse modern ifade edilmişlerinde olsun, toplumun üzerine inşaa edildiği şeylerin doğasından (hatta akımın bazı temsilcilerine göre en başta kutsaldan) kaynaklanan, değişmez ve evrensel ilkelerden oluşan “doğal hukuk” ile bu ilkelerin insanlar tarafından toplumsal ihtiyaçlara göre “tercümesi” ve geliştirilmesi olan “pozitif hukuk” arasındaki gerilim ve çatışma üzerine inşaa edilmiştir<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Bu teorisyenlerin düşüncelerinde, pozitif hukuk tabirinin yer tuttuğu tarafımızdan ifade edilmekte olmakla beraber, buna ardıllarında rastlayacağımız biçimde bir tabir değeri verirken temkinli olunması gerektiğini de düşünmekteyiz. Pozitif hukuk tabiri yerine Wolff ve Vattel için “iradi hukuk” tabirinin kullanılmasının belki daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Ancak pozitif hukuk kavramının kullanılmasının da daha anlaşılır olduğu kanaatindeyiz.

<sup>38</sup> Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, s. 16, par. 28.

<sup>39</sup> Grotius'a göre “Krallar, yalnızca kendilerine ya da tebaalarına karşı yapılan hukuka aykırı tecavüzleri cezalandırma yetkisine sahip değillerdir; Krallar, buna ilaveten, doğal hukukun ya da *jus gentium*'dan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlallerini de cezalandırmak hakkına sahiptirler.” Nolte Georg, “De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité International des Etats 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 International des Etats*, Paris, Pedone, 2003, s. 7, dip not 12'den; Grotius, *De jure Belli ac Pacis*, 1625, Bölüm XX ve XL. Bu husus üzerine, doğal hukuk düşüncesinin son büyük yazarı olan Emer de Vattel, şu noktayı tespit etmektedir: “Bir devlet aleyhine, üçüncü bir devletin lehine olmak üzere yaptırım uygulamak, bir millet ile bir başka millet arasında yargıç rolü oynamaktır ki, buna ancak bir egemenin hakkı vardır.”; Nolte Georg, “De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago...”, s. 7'den, Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, cilt I, 1758, § 348.

<sup>40</sup> Villalpando Santiago, “L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, s. 48; Truyol Serra Antonio, *Doctrines contemporaines du droit des gens*, ss. 201-202.



Bu akıma göre, insanların sosyal doğası ve doğal hukuk, uluslararası sosyal grubu birbirine bağlayan temel unsurları oluştururlar. Bu bağlar ve müşterek fayda kendiliğinden var olan ve değişmez bir ahlâki düzene dayanmaktadırlar. Bundan ötürü, uluslararası topluluğun birliği, şeylerin doğasından kaynaklanan ilkelerden doğmaktadır. Bu düşünce elbette insanın doğasına ve ahlâki ilkelerine ilişkin değer yargılarına dayanmaktadır.

### III. İradeci Pozitivizm

Hukuki pozitivizm, hukukun incelenmesinde, olguların ve deneyimlerin temel alınmasını ve bilimsel incelemeden her türlü metafizik bileşimin elenmesi gerektiğini savunan felsefi görüşe dayanır<sup>41</sup>. Klasik Doğal Hukuk akımına tepki olarak oluşan bu akım, uluslararası hukuku ahlâki bir düzene atıf yapmadan inceleme taraflısıydı.

Klasik pozitivizme göre, uluslararası düzende, hukuk kurallarının doğduğu tek gerçek kaynak, devletlerin iradesidir<sup>42</sup>. Bu bağlamda, uluslararası hukuk kuralları bağlayıcılık güçlerini devletlerin rızalarından almaktadır. Pozitivizm okulunun içindeki akımlardan bazıları hukukun kaynağını devletin müstakil iradesinde görürlerken, bazıları da devletlerin müşterek iradelerinde görmüşlerdir<sup>43</sup>.

İradeci pozitivizm okuluna göre devlet bir yanda uluslararası hukuk kurallarının yaratıcısı diğer yanda bu kuralların kendisine uygulandığı hukuk kişisidir. Bu çerçevede, uluslararası topluluk, devletler arası bir topluluktur çünkü uluslararası düzende belirleyici ve geçerli olan devletlerin iradeleridir.

### IV. Normativizm

Normativist okul, hukukun saf teorisinin ancak pozitif hukukun incelenmesi ile kurulabileceğini savunmuştur. Normativizme göre, tarihi şartlar ve koşullar, ekonomi, ahlâk, siyaset hukuk kurallarının meydana gelmesini elbette etki-

<sup>41</sup> Truyol Serra Antonio, *Doctrines contemporaines du droit des gens*, s. 403.

<sup>42</sup> Anzilotti Dionisio, "La responsabilité international des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1906, cilt XIII., s.14.

<sup>43</sup> Rousseau Charles, *Droit international public*, Paris, Libraire du Recueil Sirey, 1953, s. 9.



lerler. Ancak bir hukuk kuralının neden şu şekilde oluşup da bu şekilde oluşmadığının incelenmesi hukuk tarihi, sosyolojisi ve siyasetinin konusudur. Saf hukuk teorisi bu nedenlerin incelenmesini değil, “organik bir yapı” meydana getiren pozitif hukuk normlarının bütünlükleri içinde incelenmesini konu edinir<sup>44</sup>. Bu çerçevede, hukuk dışı ya da öncesi kavramların, normatif incelemede yeri yoktur.

## V. Sosyolojik Yaklaşım Okulu

Uluslararası hukuk, Léon Duguit'nin öğretisinde sosyolojik yaklaşıma ilişkin temellerini bulmuş<sup>45</sup> ve “uluslararası hukuka ilişkin sosyolojik yaklaşım” Georges Scelle tarafından geliştirilmiştir<sup>46</sup>.

Bu yaklaşıma göre, Uluslararası hukuk da bütün hukuk dalları gibi kişiler arasındaki dayanışma üzerine kurulmuştur<sup>47</sup>. Toplumsal ihtiyaç, hukukun maddi nedenidir. Doğal hukuk akımından farklı olarak, sosyolojik okul değişmez bir toplum idealini hukukun temeli olarak görmez, bunun yerine sosyal dinamikleri hukukun üzerine bina edildiği temel olarak görür<sup>48</sup>. Bu bağlamda, iradeci pozitivizmden de ayrılır. Hukuku yaratan devletlerin iradeleri değil sosyal ihtiyaçların gereklilikleridir.

George Scelle'in teorisi, devletlerin hukuki kişiliğini ve egemenliklerini bir yana bırakarak, Uluslararası topluluğu, “toplumların toplumu” olarak görmektedir; bu toplumun en önemli parçaları ya da unsurları devletlerdir<sup>49</sup>. Ancak Scelle'in düşüncesinde kavranması gereken incelik şudur ki, “toplumların toplumu” olan uluslararası topluluğun en önemli unsuru devletler olmakla beraber, bu toplum, devletlerin yanyana bir biçimdeki birlikteliğinden meydana gelmiş

<sup>44</sup> Kelsen Hans, “Théorie du droit international public”, RCADI, cilt 84, 1953-II, s.7.

<sup>45</sup> Duguit Léon, Manuel de droit constitutionnel, Paris, Bocard, 1918, özellikle ss. 1-47 ve Duguit Léon, Traité de droit constitutionnel, Birinci cilt: La règle de droit. Le problème de l'Etat, 2ème édition, Paris, Bocard, 1921, özellikle ss 1-11.

<sup>46</sup> Scelle Georges, Précis du droit des gens. Principes et systématique, Paris, Sirey, 1932, ss. 1-69; Scelle Georges, Droit international public, Paris, Sirey, 1932, ss. 11-24 ve ss. 59-62.

<sup>47</sup> Politis Nicolas, Les nouvelles tendances du droit international, Paris, Hachette, 1927, ss. 46-52 ve ss. 55-93.

<sup>48</sup> Scelle Georges, Précis du droit des gens. Principes et systématique, ss. 4-5; Truyol Serra Antonio, Doctrines contemporaines du droit des gens, s. 60 ve ss. 64-65.

<sup>49</sup> Scelle Georges, Précis du droit des gens. Principes et systématique, s. 19.



değil, halkların, ticaret ile bir araya gelmişliğinden oluşmuştur. Bu bakış açısına göre “Devletler Umumî Hukuku” nihayetinde, ancak kişiler arasındaki ilişkileri kolaylaştırmak için mevcuttur, bu anlamda “Devletler Hususî Hukuku” nun yardımcısıdır<sup>50</sup>. Uluslararası topluluğu birbirine bağlayan güçlerin kökeninde, kişiler arasındaki değıştokuşlardan kaynaklanan kişisel maddi bağlar yer almaktadır. Bu yaklaşım, uluslararası hukukun bireyler arası bir perspektiften incelenmesine kapı açmaktadır<sup>51</sup>. Bu perspektiften bakıldığında, devletler, insanların ve insanlığın çıkarlarına hizmet etme araçlarıdır<sup>52</sup>.

## VI. Uluslararası Topluluk Kavramı Etrafındaki Güncel Tartışmalar

Uluslararası topluluk kavramı etrafında günümüzde uluslararası hukuk öğretisinde tartışmalar yoğunudur. Kavram, uluslararası hukukta önemli etkiler yaratma potansiyeline sahiptir. Uluslararası hukuk kurallarının çeşitli değışim ve dönüşümleri, kavramın kazandığı etki ile açıklanabilmektedir.

Öğretide, İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden, yirminci yüzyılın ikinci yarısı ve yirmibirinci yüzyılın içinde bulunduğumuz ilk on yılı boyunca süren tartışmalar çerçevesinde, öğretilde, “Uluslararası birlikte varolma hukuku” ve “Uluslararası işbirliği hukuku” kavramları kullanılmıştır. Her ikisi de uluslararası topluluk kavramından yola çıkılarak düşünülmüş ve üretilmişlerdir. Tabirler, 1964'te, uluslararası hukukun yapısal değışikliklerinin ve dönüşümlerinin ele alındığı bir incelemede, Wolfgang Friedmann tarafından kullanılmıştır<sup>53</sup>.

Friedmann'a göre, uluslararası hukukun klasik sistemi, “uluslararası birlikte varolma hukuku” olarak nitelendirilmelidir. “Uluslararası birlikte varolma hukuku” nun konusu, karşılıklı ve sürekli olarak devinip duran diplomatik ilişkilerin koşullarının düzenlenmesi ve devletlerin barış içerisinde birlikte varolabilmeleri için millî egemenliğe saygı gösterilmesinin hukuken düzenlen-

<sup>50</sup> Scelle Georges, *Précis du droit des gens. Principes et systématique*, s. 20.

<sup>51</sup> Politis Nicolas, *Les nouvelles tendances du droit international*, ss. 46-52 ve ss. 55-93.

<sup>52</sup> Corbett Percy, “Socials Basis of a Law of Nations”, *RCADI*, cilt 85, 1954-I, ss. 467-544; Stone Julius, “Problems Confronting Sociological Enquiries Concerning International Law”, *RCADI*, cilt 89, 1956-I, ss. 61-180.

<sup>53</sup> Friedmann Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1964. Ayrıca, Villalpando Santiago, “L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, s. 61.



mesidir<sup>54</sup>. Uluslararası ilişkiler, ekonomik ve sosyal hayatın daha derinlikli alanlarına doğru geliştikçe, etkin bir işbirliği kendisini zorunlu kılmıştır. Bu doğrultuda, uluslararası hukukun klasik kalıpları ve işlevi aşıldığı için, “uluslararası işbirliği hukuku” ifadesi kullanılmalıdır<sup>55</sup>. “Uluslararası işbirliği hukuku”, uluslararası hukuk düzeninin radikal dönüşümünü taşıyacak ve sağlayacaktır. Bu radikal dönüşüm, uluslararası topluluğun üyelerinin, topluluğun müşterek iyiliği ve refahı için tekrardan örgütlenmelerini konu edinecektir.

Bu işbirliği hukuku çerçevesinde devletlerin yükümlülüğü “yapma” ve “davranma” yükümlülüğü olarak belirir. Hukuk, bu davranışları, dayanışma haline getirmek üzere iş bölümü çerçevesinde eşgüdüm altında örgütlendirecektir<sup>56</sup>. Böylelikle uluslararası hukuki ilişkiler “uluslararası birlikte varolma hukuku” ve “uluslararası işbirliği hukuku” tarafından normatif düzeyde yapılandırılacaktır<sup>57</sup>.

Georg Schwarzenberger<sup>58</sup>, Friedmann’inkine benzer bir yapı tasarlamaktadır. Schwarzenberger, hukuk modellerini üç ayrımlı olarak düşünür:

1. Toplumsal bir sistem oluşturmak üzere, hâkim grupların ya da kişilerin çıkarlarına hizmet eden “Güç Hukuku” (*Law of Power*);

<sup>54</sup> Friedmann Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, ss. 60-61.

<sup>55</sup> Friedmann Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, ss. 61-62.

<sup>56</sup> Friedmann Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*; ayrıca, Abi-Saab Georges, “Whither the International Community?”, *European Journal of International Law (EJIL)*, cilt 9, 1998, ss. 250-254; Abi-Saab Georges, “Cours général de droit international public”, *RCADI*, cilt 207, 1987-VII, ss. 321-323.

<sup>57</sup> Friedman, “uluslararası birlikte-varolma hukuku” ile “uluslararası işbirliği hukuku” kavramları çerçevesinde, uluslararası hukukun ikili işlevini ve uluslararası hukukun yapısal dönüşümünü teorik bir temelde yorumlamaktadır. “Uluslararası birlikte-varolma hukuku” ile “uluslararası işbirliği hukuku” literatürde yazar tarafından bu şekilde kullanılmakla beraber, daha önceden, kavramlar 1927 yılında, Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından, uluslararası hukukun işlevi açıklanırken kullanılmıştır: “Uluslararası hukuk bağımsız devletler arasındaki ilişkileri [...] bu bağımsız toplulukların birlikte varolmalarını düzenlemek ya da müşterek faydanın temini için yönetir.” - “Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants [...] en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite du bien commun.”; Bozkurt-Lotus kararı, Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD) - Cour permanente de Justice internationale (CPJI), [Arrêt Lotus, (France/Turquie, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n. 10)].

<sup>58</sup> Schwarzenberger Georg, *The Dynamics of International Law*, Milton, near Abingdon, Oxon, Professional Books Limited, 1976, ss. 107-129.



2. Bir topluluk oluşturma niteliğine sahip bir grubun bütününe çıkarlarını koruyan “Eşgüdüm Hukuku” (*Law of Coordination*); ve
3. Haklar ve ödevler arasındaki denge üzerine kurulu ve ilk iki hukukun melezi olan “Haklar Hukuku” (*Law of Reciprocity*)<sup>59</sup>.

Yazarın düşüncesi uluslararası düzen söz konusu olduğunda neredeyse kullanışsız hale gelmektedir zira “eşgüdüm hukuku” toplumsal tarafların unsurlarınca rıza ile kabul edilmiş ödevlerden oluşmaktadır ve yazara göre, uluslararası topluluğun bu hukuku yaratabilmek için taleplerinin gücü çok sınırlı kalacaktır<sup>60</sup>.

Friedmann ve Schwarzenberger’in görüşlerinin öğretilerdeki değerinin ve özgünlüğünün nedeni, bu yazarların, uluslararası hukukun yapısal değişimine yön verecek olan itkinin, uluslararası topluluk ile temsil edilen küresel boyuttaki kolektivist ve toplulukçu eğilimler olacağını vurgulamalarıdır. Bu iki hukuk düşünürüne, Georges Abi-Saab’ı da dâhil ederek, öğretilerdeki bu görüşlerin değerlendirilmesi için diyebiliriz ki, üç yazarın da fikirleri şu noktadan hareket etmektedir: İnsanlığın sağladığı teknik ve bilimsel ilerlemenin, emek piyasası, iş hukuku ve küresel iş bölümü, küresel iletişim, küresel ekonomi, sürdürülebilir kalkınma, küresel çapta enerji temini ve tedarik edilmesi, evrensel insan hakları, küresel kolektif güvenlik, sağlıklı çevre, insanlığın müşterek doğal kaynakları gibi belirli ve özel alanlarda, “uluslararası işbirliği hukuku” nun gelişip düzenlemelerde bulunması ihtiyacının belirmesi, uluslararası topluluğun, uluslararası hukuk düzeninde yapacağı etkinin başlıca somut nedenleridir.

Bu görüşler parça menfaatlerin birbirlerine değerek esasında bir ortaklaşma doğrultusunda, uluslararası topluluk denilen bir üst yapıda anlam kazanacağı ve küresel bir işbirliği sağlayacağı öngörüsünden (ya da gözleminden) hareket etmekte. Bu işbirliğinin de, uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesi gerektiği ve düzenleneceğini ifade etmekte. Öğretilerde, Santiago Villapando’nun belirttiği gibi, parça menfaatlerin tümlenerek topluluklaşma itkisinin, uluslararası top-

<sup>59</sup> Schwarzenberger Georg, *The Dynamics of International Law*, s. 110.

<sup>60</sup> Villapando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, s. 62, dip not 189.



luluğun mevcudiyetinin temel ve doğru nedeni olmadığını düşünenler de vardır<sup>61</sup>.

Villalpando'ya göre, ancak bir uluslararası topluluk gerçekten mevcut ise bazı temel menfaatler varlık sahasına çıkabilir. Biz, yazarın bu düşüncesini şöyle anlıyoruz: Uluslararası topluluk (en azından fikren) mevcut olmaksızın, uluslararası topluluğun müşterek zaruri menfaatlerinin mevcudiyetinin idrakine varılması mümkün olamaz, çünkü düşünsel olarak, menfaatlerinin idrakine varılacak özne mevcut olmayacaktır. Bu düşünce oldukça değerli bir yaklaşımı bünyesinde barındırmaktadır. Uluslararası topluluk kavramına belki en kardeş bir kavramı çağrıştırmaktadır: İnsanlık. Ve onun yüksek menfaatleri.

Uluslararası topluluk kavramı etrafındaki tartışmalar ele alınırken, Prosper Weil'in görüşlerine de yer verilmelidir<sup>62</sup>. Yazarın görüşlerinin önemi, uluslararası hukuk kurallarının göreceleşmesine (rölatifleşmesine) getirdiği eleştiridedir<sup>63</sup>. Yazarın görüşlerini ele almadan bazı saptamalarda bulunacağız.

Uluslararası topluluğun, kolektif iyi uyarınca müşterek menfaatleri denildiği zaman, istenilse de istenilmese de değer yargılarına gönderme yapıldığı ifade edilmiştir<sup>64</sup>. Uluslararası topluluğun iyiliği için devletlerden bir dayanışma ve davranış beklenildiği zaman, devletlerin davranışlarının bu müşterek iyiye göre,

<sup>61</sup> Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", s. 62.

<sup>62</sup> Weil Prosper, "Vers une normativité relative en droit international?", RGDIP, cilt 86, 1982, ss. 5-29; Weil Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law (AJIL), cilt 77, 1983, ss. 413-442; Weil Prosper, "Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public", RCADI, cilt 237, 1992-VI, ss. 227-312.

<sup>63</sup> Fr: *La Normativité Relative*; İng: *Relative Normativity*; bkz., Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", s. 67. Ayrıca: Antonio Cassese et Joseph H. H. Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin – New-York; Walter De Gruyter, 1988, ss. 62-163. İkinci Bölümün başlığı "Are we Heading for a New Normativity in the International Community?" dir ve Prosper Weil, in görüşlerine önemli eleştiriler yönelir. Fastenrath Ulrich, "Relative Normativity in International Law", EJIL, cilt 4, 1993, ss. 305-340; Tasioulas John, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Value and the Nicaragua Case, Oxford Journal of Legal Studies, cilt 16, 1996, ss. 85-128; Beckett Jason A., "Behind Relative Normativity: Rules and process as prerequisites of Law", EJIL, cilt 12, 2001, ss. 627-650.

<sup>64</sup> Pastor Ridruejo J. A., "Le droit international à la veille du vingtième et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public", RCADI, cilt 274, 1998, ss. 296-298.



iyi ya da kötü olduğundan da söz edilebilecektir. Uluslararası hukukun pozitif kurallarının ötesinde, bazı temel ilke ve değerlere göre yapılacak bu çeşit bir değerlendirme, uluslararası hukuk sistemini ahlâkileştirecektir. Ancak, bu ahlâki değerlendirmenin kıstası olan “yüksek ilkeler” hukukun içine alınarak, uluslararası topluluğun temel ve müşterek menfaatlerini temsil ettikleri önermesi ile kendilerine normatif değer kazandırılarak hukuki değerlendirmeye zemin kazandırılabilir. Nitekim “*jus cogens*” normlar yüksek ahlâki ilkelerden feyz alınarak hukuk kuralı haline getirilmişlerdir. Ancak bunların içeriklerinin tam bir listesi üzerine apaçık bir belirginlik söz konusu değildir ya da en azından bunların dizini tartışmaya açıktır. Bu bağlamda, uluslararası hukuk sisteminin normatif değerinin, ahlâki (moral) bir zemine kayması olgusu uluslararası topluluk temelli tartışmaların içerisinde yer alan önemli bir tartışmadır.

Bu tartışmayı uluslararası hukuk öğretisinde, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla, onsekizinci yüzyıldan itibaren izlemek mümkündür. Her devletin, ancak kendisinin ya da uyruklarının haklarını ileri sürebileceği düşüncesi onsekizinci yüzyıla egemen olan hukuki düşüncedir. Ancak bu ilke hiç eleştirilmemiş değildir. Bynkershoek'e göre, eğer sadece, uyrukların hakları korunmaya değerse, kendilerine sahip çıkan kimsenin olmadığı yabancıların haklarının hukuken savunulmasına imkân kalmayacaktır<sup>65</sup>.

Ondokuzuncu yüzyılda, egemen düşünceye eleştiriler sürmüştür. Heffter ve Bluntschli, uluslararası hukukun ağır ihlallerini oluşturan bir liste hazırlamışlardır<sup>66</sup>. Onlara göre, bu listedeki ağır ihlaller, bütün uluslar aleyhine neticeler doğurmakta ve bütün devletlere, ağır ihlâlde bulunan devlete karşı yaptırım uygulama yetkisi vermekteydi. Bu liste, eksik ya da fazla diye eleştirilebilir olsa da, doğal hukuk anlayışından ziyade, devletlerin uygulamalarına dayanmaktadır. Heffter ve Bluntschli, bütün devletleri etkileyebilen uluslararası hukuk ihlallerinin mümkün olduğunu ileri sürerken, Napolyon savaşlarını örnek olarak göz önünde bulundurmaktadırlar.

Ondokuzuncu yüzyılın sonunda Hall,

<sup>65</sup> Nolte Georg, “De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago...”, s. 7, dip not 15'den; Bynkershoek, *De foro Legatorum Liber Singularis*, 1744, bölüm XXII, s. 554.

<sup>66</sup> Nolte Georg, “De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago...”, s. 7, dip not 16 ve 17'den; Heffter A. Wilhelm, *Das Europäishche Völkerrecht der Gegenwart* (F.H. Geffcken ed.), Berlin, 1882, s. 222; J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, Nördlingen, 1878, s. 265.



“Bir devlet, ağır bir şekilde, çok önemli bir uluslararası hukuk kuralını ihlâl ettiğinde, bütün devletler ya da bir grup devlet, ihlâlî sonlandırmak için ya da ihlâlî işleyen devleti cezalandırmak için yaptırım uygulayabilir”;

diyerek düşüncesini belirtmiştir<sup>67</sup>. Hall, bu düşüncesini, üstün bir kurala dayan-dırmamakta fakat uluslararası siyasi düzenin gerekliliğinden hareketle bu düşün-ceye varmaktadır:

“Uluslararası hukuk, üstün bir siyasi otoritenin iradesinden yoksun olduğu için, polislik vazifesi, uluslararası topluluğun üyesi olan her devlet tarafından bizzat yerine getirilmelidir. Bu vazifeyi yapmaya ya da yapmamaya her devlet kendisi karar verecektir”<sup>68</sup>.

Ondokuzuncu yüzyılda, devletlerin, ancak bir başka devlete verdikleri zara-rı onarmakla yükümlü oldukları, bunun bir hukuk sorumluluğu olduğu, uluslara-rası hukukta devletlerin ceza sorumluluklarının bulunmadığı, yukarıda da belirt-tiğimiz gibi egemen düşünceydi<sup>69</sup>. Örneklerini verdiğimiz eleştirilere ve farklı

<sup>67</sup> “When a State grossly and patently violates international law in a matter of serious importance, it is competent to any states, to hinder the wrongdoing for being accomplished, or to punish the wrongdoer.”; Hall W. E., A Treatise on International Law, Oxford, 1895, s. 57.

<sup>68</sup> “International law, being unprovided with the support of an organized authority, the work of police must be done by such members of the community of nations as are able to perform it. It is however, for them to choose whether they will perform it or not”; Hall W. E., A Treatise on International Law, Oxford, s. 58.

<sup>69</sup> Velasquez Rodriguez davasında, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi uluslararası hukukta zarar ve ziyanın tazmin edilmesinin, haksız fiilden sorumlu devletin cezalandırılması olmadığını belirtmiştir. Mahkemenin tespitiyle, uluslararası hukukta devletin cezalandırılması kavramı bulunmamaktadır; l'affaire Velásquez Rodríguez (Indemnisation), la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Inter-Am. Ct. H.R. Série C, no. 7, 1989, s. 52. 1946 Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin belirttiği gibi, “soyut kişilikler değil, insanlar, uluslararası hukukta cezalandırılması gereken ve cezalandırılan suçları işlerler”. Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, arrêté du 1 er octobre 1946. Gerek Nurenberg, gerek Tokyo askeri mahkemelerinde, resmi görevleri sı-rasında suç işlemiş devlet yetkilileri yargılanmış ve cezalandırılmış ise de, ne Almanya ne de Japonya suçlu devletler olarak nitelendirilmemişlerdir. Statut du Tribunal militaire international, Londres, Nations Unies, Recueil des Traités, cilt 82, s. 279, mad. 9 ve 10. Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan özel mahkemeler de sadece insanları takip et-mek için oluşturulmuştur. Eski-Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde savcı Blaskic, devletlerin uluslararası sorumluluğu için, “yürürlükte bulunan uluslararası hukuk hükümlerine göre, devletler hukuki tanımları gereği iç hukuk sistemlerinde insanlar için öngörüldüğü gibi cezai müeyyidelere çarptırılmazlar” beyanında bulunmuştur. Affaire IT-95-14-AR 108 bis, Procureur c. Blaskic, I.L.R., cilt 110, 1997, s. 698. 17. Eski Yugos-lavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 827 sayılı



düşünürlerin, “uluslararası topluluğun geneline karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlalleri” kavramının tohumlarını atmalarına rağmen, klasik uluslararası hukukta, bunların etkin olabildiğini söyleme imkânı bulunmamaktadır.

Bu saptamalarda bulunduktan sonra Prosper Weil'in uluslararası hukukun normatif değerinin zayıflamasına dair olan düşüncelerini ve getirdiği eleştirileri ele almanın isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Weil'e göre, uluslararası hukukun normatifliği iki olgudan ötürü krizdedir. Bir taraftan, esasında uluslararası hukuk normlarının kapsamı ve içeriği genişlemektedir. Ancak bu normatifleşme dalgası, hukuk olmayanın, hukukileştirilmesi neticesinde olmaktadır. Ahlâki mülâhazalar ile birtakım etik prensiplerin, uluslararası hukukun içine dâhil edilmesi eğilimi güçlenmektedir<sup>70</sup>. Diğer taraftan, uluslararası hukuk normları farklı biçimlerde ayrıştırılmaktadır. Bu ayrıştırma, Weil'e göre çok büyük uygulama zorlukları doğurur. Bu biçimlere örnek olarak evrensel normlar olan, *jus cogens* normlar verilebilir. *Jus cogens* kuralların neticesinde devletlerin *erga omnes* yükümlülüklerinin doğmasıyla, devletlerin sorumluluğu genişleyecektir ve hatta “hastalıklı devletin ceza sorumluluğu

---

ve 25.5.1993 tarihli kararı ile kurulmuştur. Mahkemenin tam adı, Eski Yugoslavya Ülkesinde 1991'den itibaren İşlenen Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlu Suç Faillerinin Yargılanması İçin Uluslararası Mahkeme'dir. Mahkemenin bir Savcılığı bulunmaktadır. Suç failleri ile ilgili belge ve bilgi toplamak, kovuşturma başlatmak ve gerekli ise dava açmak Savcılığın yetkisindedir. Temmuz 1998 tarihli, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü uyarınca, Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası topluluğu ilgilendiren en ağır suçlarda da yetkilidir, ancak yetkisi gerçek kişiler ile sınırlıdır. Aynı maddede Statü hükümlerinin kişilerin cezai sorumluluğuna ait olup hiçbirisinin uluslararası hukukta devletlerin cezai sorumluluklarını gerektirmeyeceği belirtilmektedir. Statü de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juin 1998, A/CONF.183/9, mad. 25. Ayrıca, Palsimano Guisepe, “Les clauses d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre crimes et delits internationaux”, *Le Droit Federal Belge Des Relations Internationales*, cilt 98, 1994, 3, ss. 629-673; Hoogh A.J.J., “The Relationship between Jus Cogens, Obligatio Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective”, *Austrian J. Publ. Intl. Law*, 42, 1991, ss. 183-214; Gilbert Geoff, “The Criminal Responsibility of State”, *International and Comparative Law Quarterly*, cilt 39, 1990, ss. 345-369; Bowett D.W., “Crimes of State and the 1996 Report of The International Law Commission on State Responsibility”, *EJIL*, 9, 1998, ss. 163-173.

<sup>70</sup> Weil Prosper, “Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public”, ss. 230-260; Weil Prosper, “Vers une normativité relative en droit international?”, ss. 6-13.



müessesesi” ile uluslararası hukuk, klasik işlevlerini dahi yerine getirmekten aciz hale gelecektir<sup>71</sup>.

Yazar, bu sakıncalı durumun kökeninde, uluslararası topluluk kavramını görmektedir. Uluslararası düzen, parçalı bir yapı arz etmektedir. Bu yapıda, birbirinden farklı ulusal çıkarlara sahip devletler, uluslararası ilişkilerini, uluslararası hukuk kurallarının düzenlemesi altında sürdürmektedirler. Bu klasik yapının tasarımında, devletleri birbirinden ayıran olgulara, onları birbirlerine yaklaştıran olgulardan daha fazla ağırlık tanınmaktadır. Böyle bir yapıda devletler uluslararası hukuktan doğan işlemlerini ikili ve karşılıklı olarak yapmakta ve rızaları ile hukuka taraf olmaktadır. Bu yapıda, uluslararası hukuk, rızaya dayanan, ideolojik olarak tarafsız ve pozitif hukuk karakterine sahiptir. Uluslararası topluluk kavramı ile devletleri birbirlerine yaklaştıran olgulara ağırlık verildiğinde, uluslararası dayanışmanın sağlanacağı, moral avantajlar elde edileceği düşünülse de, bu esasında istikrarsızlık getirecektir. Uluslararası hukukun rızaya dayanan, ideolojik olarak tarafsız ve pozitif hukuk karakteri korunmalıdır.

Weil, uluslararası topluluk fikrinin ütöpik olarak benimsenebilir bir kavram olduğunu belirtmekle beraber, devletlerin doğalarından kaynaklanan bencillikleri ve tarihi tecrübe itibarıyla hayal olduğunu, bu hayalin, uluslararası hukuka zarar vermektten ötürü tehlikeli olduğunu düşünmektedir. Bu hayalin önündeki en önemli gerçek engelin, devletlerin egemenlikleri kavramı olduğunu belirtmektedir. Weil’in tutumu, hukuk düşünürünün, “olan hukuk” un (*lex lata*) pozitifist katılığı ve çıplak gerçekliğine mahkûm olması, bir “olması gereken hukuk” (*lex ferenda*) yanında pozisyon ifade edememesi örneği olmakla eleştirilmiştir<sup>72</sup>. Bu eleştiri de, kime ve neye göre “olması gereken hukuk” sorusuyla eleştirilebilir. Ve bu eleştiri zinciri fasit bir şekilde kendi kendini yeniden üretir ve takip eder. Her halde bu doktrinler tartışmalar, uluslararası topluluk kavramı-

<sup>71</sup> Weil Prosper, “Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public”, ss. 261-312; Weil Prosper, “Vers une normativité relative en droit international?”, ss. 19-44.

<sup>72</sup> Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, s. 68.



nın uluslararası hukukun müesseselerinin dönüşümü<sup>73</sup> üzerindeki güncel ve bariz etkisini göstermesi bakımından önemli tartışmalardır<sup>74</sup>.

## SONUÇ

Toplulukçu değerlerin uluslararası hukuki beyannameler çerçevesinde ilan edilmesi; toplulukçu menfaatlerin ilan edilmesi ve korunması ile doğan kurum-sallaşma; uluslararası normlar çerçevesinde normlar hiyerarşisinin tanınmasını (*jus Cogens*); uluslararası topluluğunun bütününe karşı yükümlülüklerin oluşması (*erga Omnes*); uluslararası topluluğun geneline karşı uluslararası sorumluluğun doğumu; uluslararası topluluğun geneline karşı sorumlu olan devlete karşı kolektif olarak uygulanabilecek karşı-önlemler olarak sıralamakta olduğumuz konu başlıklarının tümü de yirminci yüzyılın ortalarından yirmibirinci yüzyılın ilk on yılına dek uluslararası hukukta meydana çıkmış yeni ve önemli meseleleri ifade etmektedir. Bizi bu çalışmamızda uluslararası topluluk tabiri üzerine çalışmaya sevk eden temel, bu önemli konuları birbirlerine bağlayan ve birbirleri ile belirli bir hukuki mantık çerçevesinde ilişkilendiren müşterek kavramın "uluslararası topluluk" kavramı olduğunu düşünmemizdir.

Uluslararası topluluk kavramının olgusal temelinde elbette sosyolojik geçeklik bulunmaktadır. Bu gerçeklik en saf şekilde ifade edilmeye çalışılırsa kanaatimizce, "uluslararası müşterek menfaatlere ulaşabilmek için dayanışma zarureti uluslararası topluluğun mevcudiyetini yaratan sosyolojik nedendir" denilmelidir. Bu dayanışma zarureti, toplulukçu bir çekim yaratırken bu çekime karşın her devletin tekil menfaatleri de topluluğu dağıtmaya yönelik bir kuvvet yaratmaktadır. Bu iki kuvvet arasındaki gerilim ve oluşan denge topluluğun eylemsel ve hukuki yeteneğini oluşturmaktadır. Uluslararası hukuktaki olası gelişmeler hem bu gerilimden doğrudan etkilenecektir hem de bu gerilimden bir dengeye ulaşmasını sağlayacak yapılandırıcı araçları sağlayacaktır.

<sup>73</sup> Özellikle, devletlerin uluslararası sorumluluğu müessesesi bu dönüşümün kapsadığı en önemli konuların başında gelir.

<sup>74</sup> Jessup Philip, *A Modern Law of Nations. An Introduction*, New-York, Mac Millan, 1948, 236 sayfa; Jenks C. Wilfred, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens & Sons, 1958, 456 sayfa: "Universal world community" kavramı için, ss. 1-6.



## KAYNAKÇA

- Abi-Saab Georges, "Cours général de droit international public", RCADI, cilt 207, 1987-VII, ss. 321-323.
- Abi-Saab Georges, "Whither the International Community?", EJIL, cilt 9, 1998, ss. 250-254.
- Acer Yücel, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Roma, Ankara, 2004.
- Affaire IT-95-14-AR 108 bis, Procureur c. Blaskic, I.L.R., cilt 110, 1997.
- Affaire Velásquez Rodríguez (Indemnisation), la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Inter-Am. Ct. H.R. Série C, no. 7, 1989.
- Ago Roberto, "Le délit international", RCADI, cilt 68, 1939, II, ss. 527-531.
- Ago Roberto, "Science juridique et droit international", RCADI, cilt 90, 1956-II, ss. 851-954.
- Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France), UNRIAA, cilt XVIII.
- Anacker C., "The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law", Austrian J. Publ. Intl. Law, 46, 1994, ss. 131-166.
- Annuaire de la Commission du droit international 1970, cilt II, document A/CN.4/233, ss. 189-211.
- Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), ss. 89-113.
- Annuaire de la Commission du droit international, 2001, cilt II, ss. 61-393.
- Antonio Cassese et Joseph H. H. Weiler (éds.), Change and Stability in International Law-Making, Berlin, New-York, Walter De Gruyter, 1988.
- Anzilotti Dionisio, "La responsabilité international des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", Revue générale de droit international public (RGDIP), 1906, cilt XIII.
- Anzilotti Dionisio, Cours de droit international, Premier volume: Introduction-Théories générales, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- Anzilotti Dionisio, Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale, Frieze, 1902.
- Aron Raymond, Paix et Guerre entre les nations, 8. baskı, Calman-Lévy, Paris, 1984.
- Azarkan Ezeli, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", AUHF, 2003, ss. 275-297.



- Azarkan Ezeli, Nuremberg'den La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta, 2003.
- Barcelona Traction davası, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, Cour international de Justice (C.I.J.), Recueil 1970.
- Barcia Trelles Camilio, "Francisco Suarez (1548-1617). Les théologiens espagnols du XVIème siècle et l'école moderne du droit international", RCADI, cilt 43, 1933-II, ss. 462-469.
- Başlar Kemal, "Uluslararası Hukukta Erga omnes Kavramı", MHB, Yıl 22, 2002, ss. 75-107.
- Beckett Jason A., "Behind Relative Normativity: Rules and process as prerequisites of Law", EJIL, cilt 12, 2001, ss. 627-650.
- Bilsel Cemil, Devletler Hukuku, Birinci Kitap, Devletler, Kenan Basımevi, İstanbul, 1941.
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar nu. 31/6A (1976).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, karar nu. 216 (1965).
- Bowett D.W., "Crimes of State and the 1996 Report of The International Law Commission on State Responsibility", EJIL, 9, 1998, ss. 163-173.
- Bozkurt-Lotus kararı, UDAD – CPJI, [Arrêt Lotus, (France/Turquie, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n. 10)].
- C.D.I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10) - Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10, (A/56/10).
- Calvo Charles, Le Droit international théorique et pratique, cilt I, 2. baskı, Paris, Durand ve Pedone-Guillaumin-Amiot, 1870.
- Carreau Dominique, Droit International Public, Pedone, Paris, 2004.
- Carrillo Salcedo Juan Antonio, "Le concept de patrimoine commun de l'humanité", in Société française pour le droit international, Hommage à René-Jean Dupuy. Ouvertures en droit international, Paris, Pedone, 2000.
- Cavare Louis, Le droit international public positif, cilt II: Les modalités des relations internationales. Les compétence respectives des Etats, Jean-Pierre Quéneudec tarafından güncellenmiş 3. baskı, Paris, Pedone, 1969.
- Chorzow Fabrikası davası, (Usine de Chorzow), 1927, U.D.A.D. - C.P.J.I., série A, n. 9 ve 1928, U.D.A.D. - C.P.J.I., série A, n.17.
- Corbett Percy, "Socials Basis of a Law of Nations", RCADI, cilt 85, 1954-I.



- Crawford James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002.
- Crawford James, *Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'Etat, Introduction, Texte et Commentaires*, Editions Pedone, 2003.
- Çağiran Mehmet Emin, "Raymon Aron Ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt LVI, sayı 1-4, yıl:1998.
- Çağiran Mehmet Emin, *Les Sanctions Non-Militaires De l'Article 41 De La Charte De l'O.N.U.*, Publications De l'Université De Galatasaray, İstanbul, 2000.
- De Visscher Charles, "La Responsabilité des Etats", in *Bibliotheca visseriana dissertationum ius internationale illustrantium*, cilt II.
- *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, (Union académique internationale) Paris, Sirey, 1960.
- Drake H. Joseph, *The Classics of International Law*, James Brown Scott Edition, Oxford-Londres, 1934.
- Duguit Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 1918.
- Duguit Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Birinci cilt: *La règle de droit. Le problème de l'Etat*, 2ème édition, Paris, Boccard, 1921.
- Dupuy Pierre-Marie, *Droit International Public*, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2006.
- Durkheim Emile, *De la division du travail social*, Quadrige/PUF, Paris, 1994.
- Eagleton Clyde, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University, 1928.
- Erkiner Hakkı Hakan, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, Oniki Levha, İstanbul, 2010.
- Fastenrath Ulrich, "Relative Normativity in International Law", *EJIL*, cilt 4, 1993, ss. 305-340.
- Fauchille Paul, *Traité de droit international public*, cilt I, première partie: *Paix*, 8. baskı, Paris, Rousseau & cie, 1922.
- Friedmann Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1964.
- Gabcikovo-Nagynaros Projesi davası, (Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary/Slovakia), *I.C.J. Reports* 1997.



- Gilbert Geoff, "The Criminal Responsibility of State", International and Comparative Law Quarterly, cilt 39, 1990.
- Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.
- Hall W. E., A Treatise on International Law, Oxford, 1895.
- Hart Herbert L. A., The concept of law, Clarendon Law Series, No.5, ed.1984.
- Heffter A. Wilhelm, Le droit international de l'Europe, Paris, Cotillon, 1883.
- Hoogh A.J.J., "The Relationship between Jus Cogens, Obligatio Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", Austrian J.Publ. Intl. Law, 42, 1991, ss. 183-214.
- Irlande c. Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, no. 25, 1978.
- Jenks C. Wilfred, The Common Law of Mankind, Londres, Stevens & Sons, 1958.
- Jessup Philip, A Modern Law of Nations. An Introduction, New-York, Mac Millan, 1948.
- Kelsen Hans, "Théorie du droit international public", RCADI, cilt 84, 1953-II.
- Kelsen Hans, Théorie pur du droit, Paris, Dalloz, 1962, s. 9-46.
- Kelsen Hans, Principles of International Law, 1967.
- Kiss Alexandre-Charles, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", RCADI, cilt 175, 1982-II, ss. 119-224.
- Lauterpacht Hersh, Private Law Source and Analogies in International Law, London, 1927.
- Lauterpacht Hersh, Règle générales du droit de la paix, RCADI 1937-IV, s. 99-422.
- Liszt Franz von, Le droit international. Exposé systématique, Paris, Pedone, 1927.
- Marshall Gordon, Sosyoloji Sözlüğü, çevirenler: Akinhay Osman, Kömürcü Derya, Bilim ve Sanat, Ankara, 1999.
- Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960.
- Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşü,(Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité), avis consultatif, C.I.J., Recueil 1971.



- Nikaragua'daki askeri ve yarı askeri faaliyetler davası, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J., Recueil 1986.
- Nolte Georg, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité International des Etats et La Prééminence de la Conception Bilatérale des Relations Inter-Étatiques", Colloque international de Florence, 7 et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003.
- Oppenheim Lassa, International Law. A Treatise. Volume I. Peace, 4. édition, Arnold D. MacNair (ed), Londres-New York-Toronto, Longmans-Greensand, 1928.
- Orakhelashevili Alexander, Peremptory Norms In International Law, Oxford University Press, New York, 2006.
- Palsimano Guisepppe, "Les clauses d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre crimes et délits internationaux", Le Droit Federal Belge Des Relations Internationales, cilt 98, 1994, 3, ss. 629-673.
- Pastor Ridruejo J. A., "Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public", RCADI, cilt 274, 1998, ss. 296-298.
- Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara, 2003.
- Pegna O.L., "Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice", EJIL, 9, 1998, ss. 724-736.
- Perrin J. Georges, Droit international public, Schultess Polgraphischer Verlag, Zurich, 1999.
- Politis Nicolas, Les nouvelles tendances du droit international, Paris, Hachette, 1927.
- Ragazzi Maurizio, The Concept Of International Obligations Erga Omnes, Clarendon Press, Oxford, 2002.
- Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session (3 mai – 23 juillet 1976); A/51/10.
- Reitzer Ladislas, La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- Renaut Marie-Hélène, Histoire du droit international public, Ellipses, Paris, 2007.



- Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10.
- Résolution 218 (1965) du Conseil de sécurité sur les colonies portugaises et les résolutions 418 (1977).
- Résolution 569 (1985) du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud.
- Rivier Alphonse, Principe du droit des gens, Paris, Rousseau, 1896.
- Robert Nisbet, The Sociological Tradition, 1966.
- Root Elihu, "The Outlook for International Law", AJIL, 10, 1916,
- Rousseau Charles, Droit international public, Paris, Libraire du Recueil Sirey, 1953.
- Scelle Georges, Précis du droit des gens. Principes et systématique, Paris, Sirey, 1932, ss. 1-69; Scelle Georges, Droit international public, Paris, Sirey, 1932.
- Schwarzenberger Georg, The Dynamics of International Law, Milton, near Abingdon, Oxon, Professional Books Limited, 1976.
- Scobbie Iain, "Invocation De La Responsabilité Pour La Violation D'Obligation Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 121-144.
- Simonart M. Henri, "La Méconnaissance Des Normes Supérieures De Droit International", Les Responsabilité Des Pouvoirs Publics, Actes du Colloque Interuniversitaire Organisé Les 14 et 15 Mars 1991, Bruylant, Bruxelles, 1991, ss. 343-363.
- Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussions établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, cilt III: Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers (doc. C.75.M.69.1929.V), s. 25, 41 ve 52; Supplément au vol. III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique (doc. C.75a. M. 69 a). 1929.V), s. 2, 3 ve 6.
- Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dava (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ'a Karşı), 26 Şubat 2007; Cour International de Justice, Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro), 26 Février 2007.



- Spinedi Marina, "D'une Codification à l'autre: Bilateralisme et Multilateralisme Dans la Genese de la Codification du Droit des Traités et du Droit de la Responsabilité des Etats", Colloque international de Florence, 7 et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des Etats, Paris, Pedone, 2003, s.25-56.
- Spiropoulos J., Traité théorique et pratique de droit international public, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933.
- Stone Julius, "Problems Confronting Sociological Enquiries Concerning International Law", RCADI, cilt 89, 1956-I.
- Strupp Karl, Das Völkerrechtliche Delikt, Berlin, 1920.
- Strupp Karl, Eléments du droit international public universel, européen et américain, Paris, Rousseau & cie, 1927.
- Tahrân'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava, (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran), I.C.J. Reports 1980.
- Tasioulas John, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Value and the Nicaragua Case, Oxford Journal of Legal Studies, cilt 16, 1996, ss. 85-128.
- Tönnies Ferdinand, Communauté et société: catégories fondamentales de la sociologie pure, Joseph Leif'in Fransızca'ya çevirisi, Retz, Paris, 1977.
- Truyol Serra Antonio, "Genèse et structure de la société internationale", RCADI, cilt 96, 1959-I, ss. 572-574.
- Truyol Serra Antonio, "Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens", RCADI, cilt 182, 1983-IV, s. 444.
- Truyol Serra Antonio, Doctrines contemporaines du droit des gens, Paris, Pedone, 1951.
- Uzun Elif, Devletin Sorumluluğu, Beta, 2007.
- Vattel Emer de, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, Kitap I ve II, Carnegie Institution, 1916.
- Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, Treaty Series, cilt 1155.
- Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", puf, Paris, 2005.
- Vitoria et Suarez, Contribution des théologiens espagnols au droit international moderne, Association internationale Vitoria-Suarez avec le concours de la dotation Carnegie pour la paix internationale, Pedone, Paris, 1939.



- Weber Max, *Economie et société / 1. Les catégories de la sociologie*, pocket (collection Agora), Paris, 1995.
- Weil Prosper, "Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public", *RCADI*, cilt 237, 1992-VI, ss. 227-312.
- Weil Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law?", *AJIL*, cilt 77, 1983, ss. 413-442.
- Weil Prosper, "Vers une normativité relative en droit international?", *RGDIP*, cilt 86, 1982, ss. 5-29.
- *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, ss. 59-365.







# ULUSLARARASI HUKUKTA ULUSLARARASI TOPLULUK KAVRAMININ BAŐLİCA GÖRÜNÜMLERİ

Dr. Hakkı Hakan ERKİNER\*

## GİRİŞ

Bu çalışmadaki temel önermemiz, uluslararası topluluk kavramı üzerinden düşünerek, uluslararası hukuktaki bir çok çağdaş gelişmenin bütünlüğü içinde kavranabileceğidir. Uluslararası hukukta emredici normların oluşmasının; uluslararası topluluğun geneline karşı devletlerin hukuki yükümlülük altına girmesinin; devletlerin uluslararası sorumluluğunun salt haksız fiilin faili ile mağduru arasında iki taraflı bir hukuki ilişki olmaktan çıkıp, çok taraflı bir hukuki ilişki haline gelmesinin; devletler arasında gezegen çapında kolektif dayanışma sergilenen konuların belirmesinin; uluslararası hukukun klasik birlikte varolma hukuku olmasının yanı sıra devletler arasında, uluslararası örgütlerin de kimi iştirakiyle bir uluslararası eşgüdüm ve işbirliği hukuku haline dönüşümünün; uluslararası topluluk kavramı üzerinden birbirine bağlanabileceği ve bir bütün içinde anlamlandırılabilceğini düşünmekteyiz.

İncelememiz boyunca, uluslararası topluluk kavramının başlıca hukuki görünümleri ele alınacak ve uluslararası hukuktaki birtakım radikal dönüşümlerin ya da en azından eğilimlerin anlaşılmasında, uluslararası topluluk kavramının anahtar olduğu savunulacaktır. Kavramın hukuksal incelemesinin, normların bir liste şeklinde sıralanarak yapılmasının çok faydalı olacağını düşünmemekteyiz. Uluslararası topluluk kavramının, uluslararası hukuktaki etkisini aydınlatmak için, kavramın uluslararası hukuktaki görünümünün ve etkisinin belli bir metod dâhilinde ifade edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.



Bu metod meselesi bağlamında, hayati önemde olan uluslararası hukukun etkinliği konusunda, bir tarafta hukuki kuralların varlığının, diğer tarafta ise bunların çiğnenmesi neticesinde meydana gelen hukuka aykırı durumun tedavi edilmesi konusunun bulunduğunu düşünmekteyiz. Bu hukuk dalının en kendine özgü ve eleştirilmeye müsait tarafının hukuka aykırılıkların etkin olarak onarılabilmesi olduğu çokça ifade edilmiş bir husustur<sup>1</sup>. Bu nedenle biz, incelemizde ele aldığımız kavramın hukuki görünümünü, bir tarafta uluslararası hukuki yükümlülük getiren uluslararası normlar, diğer tarafta ise bunların ihlâl edilmesi durumunda uluslararası sorumluluk mekanizmasına ilişkin uluslararası kurallar, kaideler olmak üzere iki bağlamda ortaya koymayı metod olarak seçmekteyiz. Ancak bu metodik yaklaşımımızın arkasındaki önemli hususları aşağıdaki satırlarda bir az daha derinlemesine açıklamayı uygun görmekteyiz.

Uluslararası hukukta, iki kategori kural kümesinin varlığı meselesi, uluslararası hukukun hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için başlatılmış olan kuramsal bir tartışmanın devamıdır<sup>2</sup>. Bu tartışmaya göre, her hukuk düzeninde kaideleri

<sup>1</sup> Devletler üzerinde, merkezi ve onlara üstün bir otoritenin bulunmamasının en açık iki sonucu, hukukun ne olduğunun objektif bir şekilde belirlenmesinde uygulamada karşılaşılan engeller ve hukukun ihlâli halinde doğan patolojik neticelerin çözümlenmesindeki güçlüğüdür. Bu özellik gözardı edilip, iç hukuktaki yapılanma arandığında uluslararası hukukun varlığı dahi yadsınabilmektedir. Fakat uluslararası hukuku, kendine has bir hukuk dalı yapan da bu özelliğidir. Uluslararası hukukun, bir hukuk sistemi olarak kabulüne önemli eleştiriler getiren Raymond Aron, bu sistemin doğası konusunda şunları ifade ediyor: "Devletler arasındaki ilişkilerin yürütüldüğü ortamın yapısı ve özellikleri devletin içindeki ortamın özelliklerinden farklıdır. Birincisinde doğal durum asılken ikincisinde medeni durum söz konusudur"; bkz. Çağırın Mehmet Emin, "Raymon Aron Ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt LVI, sayı 1-4, yıl:1998'den, Aron Raymond, Paix et Guerre entre les nations, 8. baskı, Calman-Lévy, Paris, 1984. Aron, "medeni durum" kavramı ile hukuk tarafından düzenlenmiş toplumsal durumu ifade etmektedir. Bu durumun karakteristik özelliği, hukuken, şiddet kullanma tekeline devletin sahip olmasıdır. İç politika, şiddet kullanma tekeli ni meşru otoriteyi elinde tutanlara verirken, dış politika silahlı kuvvetlere sahip birçok güç merkezi olduğunu kabul eder. İnsanlık evrensel bir devletin çatısı altında toplanmadığı sürece iç politika ile uluslararası politika arasındaki bu temel farklılık devam edecektir. Biz de şunu belirtelim ki, İnsanlık evrensel bir devletin çatısı altında toplansa, söz konusu hukuk, uluslararası hukuk değil o Evrensel devletin kamu hukuku olacaktır. Raymond Aron, devletlerin karşılıklı ilişkilerinde, doğal durumdan henüz çıkmamış olduklarını düşündüğünü de ekler. Uluslararası sistemin başlıca unsuru olan devletin temel özelliği, her şeyden önce egemen olmasıdır. Ne kendi sınırları içerisinde, ne de diğer devletlerle ilişkilerinde kendinden üstün bir otorite tanımaz. Aron, egemenliği böyle tanımlarken, egemenliği "mutlak egemenlik" anlamında kullanmaktadır.

<sup>2</sup> Hart Herbert L. A., The concept of law, Clarendon Law Series, No.5, ed.1984.



koyan normlar ve bu kaidelere uyulmadığı takdirde de uğranılacak maddi yaptırımını gösteren kurallar bulunmalıdır<sup>3</sup>. Normatif bir düzene, hukuk düzeni niteliğini veren husus bu iki kategori normun varlığıdır. Elbette bu yaklaşım, bir hukuk düzenin niteliğine dair getirilebilecek tek ve tatminkâr açıklama değildir<sup>4</sup> ancak bu yaklaşım, 2001 yılında tamamlanan, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu" na dair maddeler çalışmasında da benimsenmiştir<sup>5</sup>. Komisyon'a göre, normatif bir düzenin, bir hukuk düzeni olarak adlandırılması için olmazsa olmaz koşul (*conditio sine qua non*), somut içeriklere sahip normlar kategorisi

<sup>3</sup> "Cemiyet hukuksuz, hukuk müeyyidesiz, müeyyide mesuliyetsiz olmaz"; Bilsel Cemil, Devletler Hukuku, Birinci Kitap, Devletler, Kenan Basımevi, İstanbul, 1941, s. 219.

<sup>4</sup> Çağırın Mehmet Emin, Les Sanctions Non-Militaires De l'Article 41 De La Charte De l'O.N.U., Publications De l'Université De Galatasaray, İstanbul, 2000, s. 7-19.

<sup>5</sup> 1962 ve 1963 yıllarında, Komisyon, uluslararası sorumluluğa ilişkin kodifikasyon çalışmasının istikametine yeniden yön verdi. Roberto Ago'nun savunduğu üzere, sorumluluk hukukunda, ikincil kuralların düzenlenmesine karar verildi. Böylelikle, sorumluluğa ilişkin kurallar, ihlâl edilen kural ne olursa olsun genel bir biçimde uygulanabilecekti. Yine Ago'nun savunduğu gibi, sorumluluğun ancak onarımı hedefleyen bir müessese olmaktan çıkartılarak, geniş anlamda, ihlâl ile doğan yeni hukuki ilişkileri düzenlemesine karar verildi. Bu çerçevede, karşı-önlemler ve sorumluya karşı alınacak kolektif önlemler de sorumluluk düzenlenirken ele alınacaktı. Ago, özel raportör olarak görevlendirildi. Böylelikle sorumluluk hukukunda iki taraflılığın ötesinde, çok taraflılığa açılım sağlayan yeni bir mecra girildi. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu, Devletin Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Sorumluluğu'na dair hazırlanmış olduğu maddelerin amacının, devletin uluslararası sorumluluğuna dair temel kuralların kodifikasyonunun sağlanıp, uluslararası hukukun gelişmesine hizmet etmek olduğunu belirtmiştir; bkz. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, cilt II, s. 130. Bunun mümkün olabilmesi için uluslararası sorumluluğa dair ikincil kuralların bu maddeler projesinde Komisyon tarafından belirlendiğini ifade etmiştir; bkz. *Annuaire de la Commission du droit international*, s. 130. Bu ikincil kurallar, sorumluluk hukukuna dair genel kurallardır. Komisyon tarafından, devletin kendisine isnat edilebilen, icra ya da ihmâl suretiyle işlenmiş bir davranışından ötürü sorumlu kılınmasından doğan hukuki neticelerin neler olduğunu genel olarak belirten, sorumluluk müessesesinin hukuki çerçevesini çizen genel kurallar, ikincil kurallar olarak adlandırılmıştır. İhlâl edilmelerinden ötürü devletin sorumluluğunun doğduğu yükümlülüklerin neler olduğunu incelemek Komisyon çalışmasının dışındadır ve bu yükümlülüklerin kaynaklandığı uluslararası kurallar ise Komisyon tarafından birincil kurallar olarak adlandırılmıştır. Bu birincil kurallar, bütün bir uluslararası hukukun pozitif kuralları içinde dağılmış vaziyettedir. Bu pozitif kurallar örf ve âdet hukuku kuralı oldukları gibi, antlaşmalardan kaynaklanan kurallardan da oluşurlar. Bir devletin yükümlülüklerinin belirlenmesi bu birincil kuralların incelenmesini gerektirir fakat bunlardan biri devlet tarafından ihlâl dildiğinde o devletin uluslararası sorumluluğu doğar. Bu esnadan itibaren, sorumluluk hukukuna ilişkin ikincil kurallar devreye girecektir; bkz. Erkiner Hakkı Hakan, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, Oniki Levha, İstanbul, 2010, ss. 90-99.



ile birlikte genel ve soyut içeriklere sahip, sorumluluk mekanizmasına ilişkin ikinci bir normlar kategorisinin mevcut olmasıdır.

Bu kategorileri, hukuk kuramcısı Herbert Hart, “Birincil Kurallar” ve “İkincil Kurallar” olarak adlandırmıştır<sup>6</sup>. Birincil kurallar, hukuk kişilerinin nasıl davranmaları gerektiğine dair bütün kuralları kapsayan kurallar kategorisidir. İkincil kurallar ise hukuki prosedürlere ve şekle ilişkin kurallardır. İkincil kuralların kapsamında, hukuka saygı gösterilmediğinde doğacak neticeleri düzenleyen kurallar da bulunmaktadır. Uluslararası sorumluluğa ilişkin kurallar da bu çerçevede ikincil kurallardır<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Hart Herbert L. A., The concept of law, s. 77.

<sup>7</sup> Bir uluslararası yükümlülüğün somut olarak ne olduğunu gösteren kural “birincil kural”dır. Bu kural ihlâl edildiğinde doğacak hukuki neticeleri gösteren kural ise, “ikincil kural”dır ve ihlâl ile ortaya çıkan hukuki durumu düzenlemeye yönelik sorumluluk hukukuna ilişkin kurallar bu cümledendir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin uluslararası sorumluluğuna dair çalışmasında bu terminolojiyi benimsemiştir. Bunun nedeni, kodifikasyonuna çalıştığı, devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin kuralların, usul hükümleri gibi, genel ve soyut hükümler olması gerekliliğinin bu terminoloji ile ifade edilebilmesidir; bkz. Crawford James, The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002, s. 16; Crawford James, Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l’Etat, Introduction, Texte et Commentaires, Editions Pedone, 2003, s. 16. Devletlere herhangi bir uluslararası yükümlülük yükleyen bütün kurallar bir kurallar kümesini oluştururken, uluslararası sorumluluğa ilişkin bütün kurallar ikinci bir kurallar kümesini oluşturmaktadır. Şayet, bir devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl eden bir davranış, bu devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracaksa, ki öyledir, bir yanda yükümlülük yükleyen kurallar, bir yanda ise bu kuralların ihlâl edilmesinden sonra uygulanacak sorumluluk kuralları var demektir. Birincil kurallar, uluslararası yükümlülük getiren her türlü hukuki kuraldır. Bunlar maddi hukuk kurallarıdır. İkincil kurallar ise, her ihlâlden sonra uygulanacak yeknesak kurallardır. Birincil kurallar bir yanda bütün içerik çeşitliliği ve sayısal çoklukları ile yer alırken, bunlardan herhangi birinin ihlâl edilmesi ile uygulanacak sorumluluk kuralları belirli sayıda, yeknesak ve her ihlâl durumunda devreye girip uygulanmak üzere mevcutturlar. Komisyon’un projesinin yapısının ve temel yönelimlerinin temellerini atan Ago, maddelerin neyi belirlediği hakkında şunları ifade etmiştir: “Devletin sorumluluğunun hukuki tanımını ve neticelerini belirleyen kurallar ile ihlâl edilmelelerinden ötürü devletin sorumluluğunun doğduğu uluslararası kurallar arasında temel ve kesin bir ayırım vardır. Bir devletin uyması ya da yerine getirmesi gereken uluslararası sorumluluğun ne olduğunu belirten kural başka şeydir; bu kural ihlâl edildikten sonra sorumluluğun meydana gelmesi ile doğan hukuki durumu düzenleyen kural başka bir şeydir.”; bkz. Annuaire de la Commission du droit international, 1970, cilt II, s. 237. Kendisinden devletlerin uluslararası sorumluluğuna dair kuralların kodifikasyonu için çalışma yapması istenen Uluslararası Hukuk Komisyonu da uluslararası sorumluluk kurallarının genel ve soyut kurallar olmaları gerekliliğini belirlemiştir. Devletin uluslararası sorumluluğunu düzenleyen kuralların, somut olarak hangi uluslararası yükümlülük ihlâl



Uluslararası topluluk kavramının pozitif hukuka dâhil olmasıyla birincil kurallar arasında bir nitelik farkı (normlar hiyerarşisi) oluşup oluşmadığı ve eğer bu kurallar arasında bir nitelik farkı oluştuysa, uluslararası topluluk için temel öneme sahip kuralların ihlâl edilmesi durumunda, ikincil kurallar (sorumluluk mekanizması) bakımından ne gibi farklı neticelerin doğabileceği sorunu ele alınması gereken önemli bir konudur.

Uluslararası topluluk kavramı, uluslararası hukukun birincil kurallar kategorisinde, en önemli yapısal etkiyi, bu kurallar arasında bir nitelik farkının meydana çıkması neticesi ile gerçekleştirmiştir. Bu nitelik farkı, uluslararası topluluğun temel değer ve menfaatlerinin bir ifadesi ve uluslararası hukukun emredici kuralları olan *jus cogens* kuralların oluşması<sup>8</sup> ve uluslararası topluluğun bütününe karşı olan<sup>9</sup>, *erga omnes* yükümlülüklerin<sup>10</sup> meydana gelmesi ile belirlemiştir.

---

edilirse edilsin, ihlâl ile doğan her yeni hukuki durumu bir çözüme kavuşturabilecek kurallar olması gerektiğini saptamıştır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu doğrultuda "birincil kurallar" ve "ikincil kurallar" ayrımını yapmaktadır. Komisyon'a göre, devlete somut olarak yükümlülükler yükleyen kurallar birincil kurallardır ve uluslararası yükümlülüklerin ihlâli durumunda sorumluluk meselesini çözecek kurallar ise ikincil kurallardır; bkz. Crawford James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, ss. 16-19; Crawford James, *Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'Etat, Introduction, Texte et Commentaires*, s. 16-19. "Bir Uluslararası Yükümlülüğün İhlâli" başlığını taşıyan, devletin uluslararası sorumluluğuna dair maddelerin birinci bölümünün üçüncü bap'ının açıklamasında, Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu hükümlerin oynayabileceği rolün ikincil bir rol olduğunu ifade etmektedir; bkz. *Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10, A/56/10*. Bunun anlamı, somut olarak ihlâl edilen yükümlülüğün ne olduğunu birincil kuralın göstereceğidir, çünkü ancak bu yükümlülüğü getiren uluslararası hukuk kuralı yükümlülüğün içeriğinin neden ibaret olduğunu tarif edebilir. Sorumluluk hukukuna dair yapılan kodifikasyon çalışmasının getirdiği "ikincil kurallar" ise ancak yükümlülük ihlâl edildiğinde devreye girerler. Bu ikincil rol, ihlâl kavramının genel ve soyut tarifini yapmak, ihlâlin nerede, ne zaman yapıldığına dair genel kuralları, her olaya uygulanabilecek genel hükümleri getirmek, ihlâlin ne kadar süre devam ettiğinin tespitine yarayacak genel kaideleri koymak gibi temel ilkeleri ifade etmekle ve bundan doğan sonuçları belirlemekle gerçekleşir.

<sup>8</sup> *Jus cogens* kurallar, uluslararası hukukun emredici, evrensel ve temel kuralları olarak tanımlanmaktadır. Bu kurallar, teker teker ve ayrı ayrı devletlerin menfaatlerini korumak yerine, uluslararası topluluğun bütününe temel değerlerini ve menfaatlerini korurlar. Öğreti, *jus cogens* in emredici kurallar olduğu konusunda hemfikir olmakla birlikte, mevcut listeler çeşitli ve birbirlerinden farklıdır. Bu listelere giren belli başlı konular ise şunlardır: devletlerin egemenliği, devletlerin eşitliği, doğal kaynaklar üzerinde egemenlik, denizlerin serbestliği, diplomatik bağışıklık ve dokunulmazlıklar, insan haklarının korunması, insancıl hukuka riayet, kuvvete başvurma yasağı, korsanlık yasağı, köle tica-



Uluslararası topluluk kavramı, ikincil kurallar kategorisinde en önemli etkiyi ise, birincil kurallar kategorisindeki normlar arasında yarattığı hiyerarşik nitelik farkının yansımaları ile sorumluluk ilişkisinin çok taraflı [sırf sorumlu devlet(ler) ile mağdur devlet(ler) arasında değil fakat sorumlu devlet(ler) ile uluslararası topluluk mensubu tüm devletler arasında] bir hale gelmesi neticesi ile yaratmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, uluslararası hukuktaki yapısal dönüşümü bütünlüğü içinde ilişkilendirip yorumlayabilmemiz için, uluslararası topluluk kavramının hukuki etkisini birincil kurallar kategorisi ve ikincil kurallar kategorisi altında incelemenin, isabetli metod olduğunu düşünmekteyiz. Böylelikle, çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, toplulukçu değerlerin uluslararası hukuki beyannameler çerçevesinde ilan edilmesi; toplulukçu menfaatlerin ilan edilmesi ve korunması ile doğan kurumsallaşma; uluslararası normlar çerçevesinde normlar hiyerarşisinin tanınması (*jus cogens*); uluslararası topluluğun bütününe karşı yükümlülüklerin oluşması (*erga omnes*) açıklanacaktır.

---

retli yasağı, soykırım yasağı, halkların kendilerini yönetme hakkı; bkz. Erkiner Hakkı Hakan, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, ss. 220-249.

<sup>9</sup> Scobbie Iain, "Invocation De La Responsabilité Pour La Violation D'Obligation Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen: Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 121-144.

<sup>10</sup> Ragazzi Maurizio, The Concept Of International Obligations Erga Omnes, Clarendon Press, Oxford, 2002, s. 189-219; Orakhelashevili Alexander, Peremptory Norms In International Law, Oxford University Press, New York, 2006, s. 7-34; Simonart M. Henri, "La Méconnaissance Des Normes Supérieures De Droit International", Les Responsabilité Des Pouvoirs Publics, Actes du Colloque Interuniversitaire Organisé Les 14 et 15 Mars 1991, Bruylant, Bruxelles, 1991, ss. 343-363; Anacker C., "The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law", Austrian J. Publ. Intl. Law, 46, 1994, ss. 131-166; Pegna O.L., "Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice", EJIL, 9, 1998, ss. 724-736; Hoogh A.J.J., "The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", ss. 183-214; Başlar Kemal, "Uluslararası Hukukta Erga omnes Kavramı", MHB, Yıl 22, 2002, ss. 75-107; Acer Yücel, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Roma, Ankara, 2004; Uzun Elif, Devletin Sorumluluğu, Beta, 2007; Azarkan Ezeli, Nüremberg'den La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta, 2003; Azarkan Ezeli, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", AUHF, 2003, ss. 275-297.



İkinci bölümde ise, uluslararası hukukta klasik sorumluluk mekanizması; uluslararası topluluğun geneline karşı uluslararası sorumluluğun doğumu ve uluslararası topluluğun geneline karşı sorumlu olan devlete karşı kolektif olarak uygulanabilecek karşı-önlemler değerlendirilecektir. Bu konuları birbirine bağlayan kavramın uluslararası topluluk olduğu çalışmamız boyunca savunacağımız önermemiz olacaktır.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **ULUSLARARASI HUKUKUN BİRİNCİL KURALLAR KATEGORİSİNDE ULUSLARARASI TOPLULUK KAVRAMININ HUKUKİ GÖRÜNÜMLERİ**

Bu bu bölümde, uluslararası topluluk kavramının hukuki etkisine bağladığımız gelişmeler olan, toplulukçu değerlerin uluslararası hukuki beyannameler çerçevesinde ilan edilmesini; toplulukçu menfaatlerin ilan edilmesi ve korunması ile doğan kurumsallaşmayı; uluslararası normlar çerçevesinde bir normlar hiyerarşisinin tanınmasını (*jus cogens*); ve uluslararası topluluğunun bütününe karşı yükümlülüklerin oluşmasını (*erga omnes*) ele alacağız. Tüm bu olguları bütün yönleri ile incelemek çalışmamızın sınırlarını ve amacını aşmaktadır. Ancak biz bunların tek bir olgunun, uluslararası topluluğun hukuki görünümüleri olarak ortak ve birbirine bağlı bir olgunun neticesi olarak değerlendirecek şekilde birbirleriyle ilişkilendirerek inceleyeceğiz.

#### **I. Toplulukçu Değerlerin Uluslararası Hukuki Beyannameler Çerçevesinde İlan Edilmesi**

Bir çok uluslararası hukuki beyanname uluslararası topluluğun bütünü ile bağlantılı değerleri ilan etmektedir. Bu deklarasyonlar uluslararası topluluğun hukuki bir varlık olarak ortaya çıkışını açık bir biçimde meydana koymaktadır. Bu değerler, kolektif faydanın ve kolektif korumanın konusu olan kolektif menfaatlerin garanti altına alınmasından ileri gelmektedirler. Bu deklarasyonlar, devletlerin, kolektif değer ve menfaatlerin ancak küresel ve evrensel bir işbirliği ile temin edilebileceğine ve korunabileceğine dair bilinçlerinden (tarihi süreçte – nispeten- bilinçlenmelerinden) doğmuştur.

San Francisco Şartı, başlangıcında, Birleşmiş Milletler halklarının kararlılığının, ilkeleri kabul etmek ve müşterek menfaatin haricinde silahların kuvvetinin



kullanılmayacağına güvencesi olan usüllerin kurulması olduğunu beyan etmiştir<sup>11</sup>. Birinci maddede, Şart, örgütün amaçlarını barışın ve uluslararası güvenliğin kurulması ve korunması olarak ortaya koymaktadır ama bunun halkların eşitliği ilkesine ve kendilerini yönetme haklarına ve insan haklarına saygı içinde olacağını ifade etmektedir<sup>12</sup>. Benzeri temel değerlere saygı, daha özel alanlarda da ilan edilmiştir. 1948 Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, taraf devletlerin, Birleşmiş Milletler Örgütü ile işbirliği altında, temel özgürlüklere ve insan haklarına etkin ve evrensel bir biçimde saygı göstermeyi taahhüt ettiğini belirtmektedir<sup>13</sup>. Sömürge ülkelerine ve halklarına bağımsızlıklarının verilmesi Beyannamesi de Birleşmiş Milletler'in evrensel barış idealini tekrar etmektedir<sup>14</sup>. Soykırımın Önlenmesi Ve Cezalandırılması hakkındaki Sözleşme de, soykırım suçunun evrensel ölçekte mahkum edileceğini düzenlemektedir<sup>15</sup>. 1972 Stokholm Beyannamesi de gene evrenselliğe ve insanlığın bütünlüğüne ve birliğine vurgu yapar. 16 haziran 1972 tarihli çevre üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı Beyannamesi'ne (Stokholm Beyannamesi) göre, çevrenin korunması ve iyileştirilmesi halkların refahını ve ekonomik gelişmeyi dünya çapında etkileyen çok büyük bir meseledir; Dünya çapında yer küredeki bütün halkları ilgilendirir ve bütün hükümetlerin ödevidir. Devletlerin ekonomik hak ve ödevleri Şartı ise, "uluslararası topluluğa karşı müşterek sorumluluklar" dan bahseder<sup>16</sup> ("*responsabilités communes envers la communauté internationale*"). Benzer

<sup>11</sup> Birleşmiş Milletler Şartı, başlangıç, 7. paragraf.

<sup>12</sup> Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Şartı'na Uygun Şekilde Dostane Münasebetler Kurmaya ve İşbirliği Yapmaya Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri, bu amaçlarla ilişkilidir. Bildiri, uluslararası barışın, özgürlük, eşitlik, adalet ve insanın temel haklarına saygı üzerine kurulacağını söyler (başlangıç, 3. paragraf) ve halkların yabancı boyunduruğu ve sömürsü altına konulmasının uluslararası barış ve güvenliğin önündeki ilk ve en önemli engel olduğunu belirtir (başlangıç, 13. paragraf). Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Şartı'na Uygun Şekilde Dostane Münasebetler Kurmaya ve İşbirliği Yapmaya Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 24 Ekim 1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı kararının Ek'i olarak kabul edilmiştir.

<sup>13</sup> Başlangıç, 6. paragraf. 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 217 A (III) kararı.

<sup>14</sup> Başlangıç, 7. paragraf. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 aralık 1960 tarihli ve 1514 (XV) sayılı kararı.

<sup>15</sup> Soykırımın Önlenmesi Ve Cezalandırılması hakkındaki Sözleşme, Birleşmiş Milletler genel Kurulu'nun 9 aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı kararı.

<sup>16</sup> Bkz., Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 12 aralık 1974 tarihli ve 3281 (XXIX) sayılı kararının 29. ve 30. maddelerinin bulunduğu bölümün başlığı.



vurguları, kültürel ve doğal Dünya mirasının korunması üzerine olan Konvansiyon'da<sup>17</sup>, biyolojik çeşitlilik Konvansiyonun'da<sup>18</sup>, Uzay Antlaşması'nda<sup>19</sup> ya da Deniz Hukuku Konvansiyonu'nda<sup>20</sup> da bulabiliriz. Bu beyannameler neticesinde, "insanlığın ortak malı" (*patrimoine commun de l'humanité*) kavramına dâhil değerler uluslararası hukukta korunur olmuştur<sup>21</sup>.

## II. Toplulukçu Menfaatlerin İlan Edilmesi ve Korunması ile Doğan Kurumsallaşma

Uluslararası kurumlar, müşterek amaçları belirleyen kuruluş tüzükleri ve bu amaçlara ulaşmak için oluşturulan örgütleri ile devletler arası işbirliğinin hâli hazırda en olgun araçlarıdır<sup>22</sup>. Devletler, uluslararası örgütler aracılığı ile eylemlerinde istikrar, güvenlik ve eşgüdüm yaratabilmektedirler. Devletleri tek başlarına (*uti singuli*) aşan menfaatlerin temini için uluslararası kurumsallaşma en uygun aracı sunmaktadır.

Bu başlık altında incelememize konu olan uluslararası topluluk kavramının hukuksal görünümünü, uluslararası örgütler çerçevesinde ortaya koyabilmek için, ele alacağımız kurumların amacını ve korumak için oluşturuldukları değer ve menfaatlerin, kolektif niteliğini ve evrenselliğini belirlememiz gerekmektedir. Bu kriterle yaklaşıldığında, ancak sınırlı sayıda uluslararası örgüt, amaçlarının kolektifliği ve evrenselliği bakımından bizim için örnek değeri taşımaktadır. Bu örneklerin başında, elbette Birleşmiş Milletler Örgütü gelmektedir. Barış ya da insan hakları gibi kolektif değerlerin üzerine kurulu Birleşmiş Milletler, bu

<sup>17</sup> 23 Kasım 1972 tarihli Paris Konvansiyonu'nun başlangıcının 2. ve 3. paragrafları.

<sup>18</sup> 15 Haziran 1992 tarihli Rio de Janeiro Konvansiyonu'nun başlangıcının 3. ve 14. paragrafları.

<sup>19</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 19 Aralık 1966 tarihli ve 2222 (XXI) sayılı kararı ve 27 Ocak 1967 tarihli Antlaşma'nın başlangıcının 1-5. paragrafları ve 1-3. maddeler.

<sup>20</sup> Montego Bay, 10 Aralık 1982. (Doc. NU A/CONF.62/122). Başlangıcın 3. ve 4. paragrafları; 136-140. ve 197. maddeler. Ayrıca, 2749 (XXV) sayılı karar, özellikle başlangıcın 1, 6 ve 7. paragrafları.

<sup>21</sup> Kiss Alexandre-Charles, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", RCADI, cilt 175, 1982-II, ss. 119 ve 135-224; Carrillo Salcedo Juan Antonio, "Le concept de patrimoine commun de l'humanité", in Société française pour le droit international, Hommage à René-Jean Dupuy. Ouvertures en droit international, Paris, Pedone, 2000, ss. 55-66.

<sup>22</sup> Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", s. 79.



müşterek amaçlara ulaşmak için ulusların çabalarının uyumlulaştırıldığı bir merkez olmak üzere kurulmuştur<sup>23</sup>. Birleşmiş Milletler'in kuruluşundaki hukuktan aldığı ivme ile eylem sahası müşterek evrensel değerlerin gerçekleştirilmesi istikâmetinde, uluslararası barış ve güvenlik, insan hakları, çevre ve sürdürülebilir kalkınma, suçun önlenmesi ve uyuşturucu trafiği ile mücadele, sosyal kalkınma, uluslararası ticaret, silahsızlanma, sağlık, yoksullukla mücadele, açlıkla mücadele ve tarım gibi küresel ölçekte geniş bir sahaya yayılmıştır.

Bazı bölgesel örgütlerde, uluslararası topluluğun genelinin çıkarlarına olan konularda etkindir. Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ya da Afrika Birliği de başlıca amaçları arasında, uluslararası barış ve güvenliğin korunması, insan haklarının korunması ve çevrenin korunmasını belirlemiştir. Bu örgütler, üye devletler arasında belirtilen amaçlar doğrultusunda, uluslararası topluluğunun genelinin faydasına olacak şekilde işbirliğini geliştirebilme olanağına sahiptirler. Üçüncü devletler ile olan ilişkilerde, üyesi devletlerin uluslararası siyasetlerinde müşterek bir doğrultu yaratılmasında olumlu bir rol oynayarak söz konusu değerlerin korunması için etkide bulunabilirler. Ancak bölgesel örgütlerin olumlu etkisi, küresel çaptaki bir örgütün etkinliği kadar olamayacaktır. Bölgeler arasındaki çıkar çatışmalarında ise küresel işbirliğinin uyumlulaştırılabilmesi için gezegendeki tüm devletlerin üyeliğine açık örgütlere ihtiyaç duyulması daha muhtemeldir.

### III. Uluslararası Normlar Çerçevesinde Normlar Hiyerarşisinin Tanınmasını (*Jus Cogens*)

Uluslararası normlar arasındaki hiyerarşi düşüncesi, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nda "genel uluslararası hukukun emredici kuralları" (*jus cogens*) kategorisi ile ortaya konmuştur. Konvansiyon'nun 53'üncü maddesine göre:

*"Akdedildiği esnada genel uluslararası hukukun emredici bir normuna aykırı her antlaşma yok hükmündedir. Bu Konvansiyon'nun amaçları itibariyle uluslararası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak devletlerin uluslararası topluluğunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk nor-*

<sup>23</sup> Birleşmiş Milletler Şartı, 1'inci madde (özellikle 4. paragraf).



mu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur<sup>24</sup>.

Uluslararası hukukun emredici normları kategorisi bu Konvansiyon'unun antlaşmalar ile sınırlı olan çerçevesini aşmıştır ve uluslararası topluluk olgusu ile üç bakımdan ilişkilidir: a) *jus cogens*'in kökeni; b) *jus cogens*'in içeriği; c) *jus cogens*'e bağlanan hukuki rejim.

Esas mensupları yerküredeki devletler olan uluslararası topluluğun varlığı, *jus cogens*'in yegâne hukuksal kökenidir. Pencerenin öbür tarafından bakıldığında ise, pozitif uluslararası hukukta *jus cogens*'in varlığının tanınması, uluslararası topluluğun da varlığının tanınmasının pozitif hukuktaki görünümüdür. Öğretide, *jus cogens*'in uluslararası hukukun gündemine gelmesini, pozitif hukukun aleyhine doğal hukukun (*jus naturale*) hayaletinin hortlaması olarak değerlendirilenler vardır<sup>25</sup>.

*Jus cogens*'in öğretideki savunucuları, ağırlıklı olarak, anti-pozitivist olarak nitelendirilebilir. Doğal hukuk teorisine eğilim gösteren bazı yazarlar<sup>26</sup>, uluslararası hukukun emredici kurallarının mevcudiyetini, hukuk ötesi, bazı aşkın (deneyüstü başka ifade ile transandantal yani müteal) ya da ahlâki nedenlere dayandırmaktadır. Bu yazarların tutumunda eleştirilebilir olan husus, her yazarın kendi ahlâki ve siyasi görüş ve tercihlerine göre çok önemli gördüğü bir kuralı, evrensel öneme sahip, emredici hukuk kuralı mertebesine yükseltme eğiliminde olabilmesidir. Hâlbuki böyle bir nitelendirme ancak kişisel bir temenni olabilir, bunun uluslararası hukuk kuralı haline gelebilmesi, devletlerin uluslararası topluluğunun genelinin açıkça bunu böyle kabul etmesi (antlaşma akdedilerek) ya

<sup>24</sup> Article 53 of the Vienna Convention: "...accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."; Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, cilt 1155, p. 331; Article 53 de la Convention de Vienne: "...une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère."; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, cilt 1155, p. 331.

<sup>25</sup> Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", s. 85.

<sup>26</sup> Perrin J. Georges, *Droit international public*, Schultess Polgraphischer Verlag, Zurich, 1999, s. 520.



da devletlerin uygulamasına yerleşmesi (uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline gelmesi) ile mümkündür.

Ancak *jus cogens*'in bugünkü uluslararası hukuktaki pozitivist ve modern karakterinde, köken olarak ne kutsal emirlere, ne akla, ne şeylerin ya da insanın doğasına, ne de vaz geçilmez sosyal gerekliliklere bir gönderme vardır. *Jus cogens*'in kabulü ve tanınması ancak belirli bir tarihi anda, uluslararası topluluğun bir normu *jus cogens* olarak kabul edip tanımına bağlıdır. Ve şayet uluslararası hukukta bu gün *jus cogens* olarak tanınan bir hukuk kuralı varsa, demek ki, bunu böyle tanıyan bir uluslararası topluluk da hukuken vardır. *Jus cogens*'i, *jus cogens* yapan evrensel uluslararası topluluğun (uluslararası topluluğun genelinin) iradesi ya da *opinio juris*'idir. Bu da iradesi ya da *opinio juris*'i olan bir uluslararası topluluğu gerektirir her şeyden önce.

*Jus cogens*'in içeriği de uluslararası topluluğun varlığının hukuksal görünümüne delalet eden bir başka husustur. Bunların içeriklerine bakıldığında uluslararası topluluğun evrensel hukuki değerlerini ve kabullerini taşıdıkları görülür. Normda yüklü olan menfaat uluslararası topluluğun müşterek hukuki menfaatidir. Kuvvete başvurma yasağı, uluslararası suçların yasaklanması, kölelik, koranlık, soykırım vs. amacıyla anlaşma yapılmasının bütün devletlerin işbirliği ile yasaklanması, sömürge halklarının kendi kendilerini yönetme hakkı, azınlıkların temel haklarının korunması, insancıl hukuk, kalkınma hakkı, sağlıklı çevre hakkı, nükleer silahların ve toplu imha silahlarının kullanımının yasaklanması, *res omnium communes* (açık denizler, uzay ve uzay cisimleri, vs.), Birleşmiş Milletler Şartı'nın temel ilkeleri, uluslararası barışın gerekliliği olan egemen devletlerin eşitliği, devletlerin bağımsızlığı, devletlerin iç işlerine karışma yasağı, devletlerin doğal kaynakları üzerindeki sürekli egemenliği, uluslararası antlaşmalarla üçüncü devletlerin temel haklarının ihlâl edilmeleri yasağı kuralları, diplomatik dokunulmazlıklar, Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsü, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) kuralı, iyi niyet kuralı vs. gibi emredici kurallarda içkin olan menfaatin, uluslararası topluluğun müşterek menfaati olup olmama kriterine göre *jus cogens*'in uluslararası topluluğun pozitif hukuktaki bir görünümü olup olmadığına karar verilebilir.



Yukarıda verilen örnekler tamamlanmış bir liste teşkil etmezler ve eksiksiz de değildir. Ayrıca, Viyana Sözleşmesinin 64'üncü maddesi<sup>27</sup>, uluslararası hukukun emredici hükümlerinin zaman içinde oluşmasını ve artabilmesini öngörmektedir. Bunun için de, 53'üncü maddede öngörüldüğü şekilde, devletlerin uluslararası topluluğunun geneli tarafından kabul görmüş olması gereklidir. Bu itibarla, verilen örnekler, 53'üncü maddeye göre belirlenen kıstaslara göre oluşacak yeni uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkmasını kısıtlayıcı nitelikte değildir<sup>28</sup>.

*Jus cogens*'e bağlanan hukuki rejimi, Viyana Konvansiyonu'nda düzenlenen neticeler ve genel uluslararası hukuktan kaynaklanan neticeler olmak üzere ikiye ayırarak açıklamak gerekir. *Jus cogens*'e aykırı bir antlaşma, Viyana Konvansiyonu'na göre, yok hükmündedir ya da, *jus cogens*, antlaşma yapıldıktan sonra oluşursa, antlaşma bu tarihten sonra batıl hale gelir ve sona erer. Konvansiyon'un bu hükmü, uygulanması halinde, uluslararası topluluğun esaslı menfaatlerine ve değerlerine zarar verecek olan bir antlaşmanın hukuken netice doğurmamasını sağlamaktadır ve daha baştan doğuracağı zararları önlemektedir.

*Jus cogens* kuralların varlığı, antlaşmalar hukuku çerçevesinde yukarıda belirttiğimiz sonucu doğurmakla beraber, etkileri antlaşmalar hukukunu aşmaktadır. Uluslararası ceza hukukunda<sup>29</sup> ve devletlerin uluslararası sorumluluk hukukunda *jus cogens* kuralların önemli etkileri söz konusudur. Biz uluslararası sorumluluk hukukunda *jus cogens* kurallara bağlanan hukuki neticeleri, ikincil kurallar kategorisi başlığı altında inceleyeceğiz.

#### IV. Uluslararası Topluluğunun Bütününe Karşı Yükümlülüklerin Oluşması (*Erga Omnes*)

Oldukça geniş bir kesim tarafından öğretilde artık kabul edilmektedir ki, bazı haksız fiiller, bunu işleyen devletin, birden çok devlete karşı sorumluluğunu

<sup>27</sup> Viyana Sözleşmesinin 64'üncü maddesi, "eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma batıl hale gelir ve sona erer" demektedir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, madde 64; tercüme, Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.

<sup>28</sup> United Nations, Treaty Series, cilt 1155, s. 331.

<sup>29</sup> Gerçek kişilerin ceza sorumluluğu ile ilgili bu konuyu incelememizin sınırları dışında bırakmaktayız.



ya da oldukça çok sayıda devlete karşı sorumluluğunu ya da ve hatta “uluslararası topluluğun geneline karşı” sorumluluğunu doğurabilir. Uluslararası Adalet Divanı, bu kabul istikâmetinde, Barcelona Traction davasında, önemli bir adım atmıştır<sup>30</sup>:

*“Devletlerin, uluslararası topluluğun geneline karşı olan yükümlülükleri ile devletlerin başka devletlere karşı olan ve diplomatik koruma çerçevesinde değerlendirilecek yükümlülükleri arasında temel bir ayırım yapılması... gereklidir. Hatta doğaları itibarıyla birinciler bütün devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların öneminden ötürü, bütün devletlerin bu hakların korunuyor olmasından hukuki bir menfaatleri olduğu kabul edilebilir; bundan kaynaklanan yükümlülükler erga omnes yükümlülüklerdir”*<sup>31</sup>.

Uluslararası topluluğa dâhil oldukları için, her devletin, bazı temel hakların korunuyor olmasından ve bazı temel yükümlülüklere saygı gösteriliyor olmasından hukuki menfaatleri vardır. Divan bu yükümlülükler örnek olarak, saldırının hukuk dışı olmasını, soykırım yasağını ve köleliğe karşı korunma ve ırk ayrımı yasağının dâhil olduğu, insanın temel haklarına ilişkin ilke ve kurallara saygı yükümlülüğünü saymıştır<sup>32</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı, 5 Şubat 1970 tarihli Barcelona Traction davası kararında, ilk defa, uluslararası yükümlülükler arasında bir nitelik farkı mevcut olduğuna dair bir hükme varmıştır<sup>33</sup>. Kararda belirtilmesi gereken önemli nokta, Divan’ın, doğrudan mağdur devletin dışındaki devletlerin ve uluslararası topluluğun genelinin, temel öneme sahip olmalarından ötürü, bazı uluslararası yü-

<sup>30</sup> Barcelona Traction davası, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, Cour international de Justice (C.I.J.), Recueil 1970.

<sup>31</sup> Barcelona Traction davası; bkz. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 2. phase, C.I.J., Recueil 1970, s. 32: “une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d’un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l’importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s’agit sont des obligations erga omnes” – “an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes”.

<sup>32</sup> Barcelona Traction davası, s.32.

<sup>33</sup> Barcelona Traction davası, s. 32.



kümlülükler uylmasında, kolektif bir hukuki menfaatlerinin bulunduğuna karar vermiş olmasıdır. Divan, bazı yükümlülüklerin *erga omnes* yükümlülük niteliğinde olduğunu saptamıştır. Böylelikle, uluslararası içtihatla, bu kararlar, uluslararası yükümlülükler arasında bir nitelik farkı olduğu saptanmıştır. Bazı yükümlülükler, olağan yükümlülüklerdir, diğerleri ise *erga omnes* yükümlülüklerdir.

Divan, ihlâl edilen yükümlülüklerin koruduğu hakların önemine dayanarak bazı yükümlülükleri *erga omnes* olarak nitelendirmektedir. Böylelikle yükümlülükler arasında nitelik farkı yaratmaktadır. Bunun sorumluluk bakımından önemli etkisi ise, ihlâlde bulunan devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmeye yetkili aktörlerin kim ya da kimler olduğu meselesinde kendini göstermektedir.

Klasik sorumluluk teorisinde, sorumluluk ilişkisi, iki taraflı olarak ele alınmaktadır. Başka ifade ile sorumluluk ilişkisi, fail devlet ile doğrudan zarar gören devlet arasında kapalı bir ilişkidir. Bu kararın etkisi ise bunu kırmaktadır. Sadece doğrudan ihlâlden mağdur devlet değil, ihlâl edilen yükümlülüğün *erga omnes* olmasından ötürü, bütün devletler, fail devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilirler. Bu düşünce, sorumluluğu çok taraflılığa açmaktadır<sup>34</sup>. Sadece fail ile mağdur devlet arasında değil, diğer devletler de sorumluluğu öne sürebileceklerdir. İkincil kurallara ilişkin incelememizde ele alacağımız gibi sorumluluktaki klasik ikili kalıp böylelikle aşılmaktadır.

Divan'a göre bu temel öneme sahip yükümlülükler gerçekten de çok sınırlı sayıdadır. Fakat bunlar bütün uluslararası topluluğu ilgilendirirler. Bu ilginin nedeni, korunan hukuki menfaatin korunmasından bütün devletlerin hukuki yararının mevcut olmasıdır<sup>35</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı tarafından, uluslararası topluluğun bütününe karşı olan yükümlülükler, uluslararası hukukun emredici kurallarından türetilmişlerdir. Uluslararası hukukun emredici kuralları, bir kısım temel yükümlülüklerden ve bunların önceliklerinden bahsederken; uluslararası topluluğun bütünü-

<sup>34</sup> Spinedi Marina, "D'une Codification à l'autre: Bilateralisme et Multilateralisme Dans la Genese de la Codification du Droit des Traités et du Droit de la Responsabilité des Etats", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, s.25-56.

<sup>35</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt. II (2), s. 92, par. 10.



ya da oldukça çok sayıda devlete karşı sorumluluğunu ya da ve hatta “uluslararası topluluğun geneline karşı” sorumluluğunu doğurabilir. Uluslararası Adalet Divanı, bu kabul istikâmetinde, Barcelona Traction davasında, önemli bir adım atmıştır<sup>30</sup>:

“Devletlerin, uluslararası topluluğun geneline karşı olan yükümlülükleri ile devletlerin başka devletlere karşı olan ve diplomatik koruma çerçevesinde değerlendirilecek yükümlülükleri arasında temel bir ayırım yapılması... gereklidir. Hatta doğaları itibariyle birinciler bütün devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların öneminden ötürü, bütün devletlerin bu hakların korunuyor olmasından hukuki bir menfaatleri olduğu kabul edilebilir; bundan kaynaklanan yükümlülükler erga omnes yükümlülüklerdir”<sup>31</sup>.

Uluslararası topluluğa dâhil oldukları için, her devletin, bazı temel hakların korunuyor olmasından ve bazı temel yükümlülüklere saygı gösteriliyor olmasından hukuki menfaatleri vardır. Divan bu yükümlülükler örnek olarak, saldırının hukuk dışı olmasını, soykırım yasağını ve köleliğe karşı korunma ve ırk ayrımı yasağının dâhil olduğu, insanın temel haklarına ilişkin ilke ve kurallara saygı yükümlülüğünü saymıştır<sup>32</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı, 5 Şubat 1970 tarihli Barcelona Traction davası kararında, ilk defa, uluslararası yükümlülükler arasında bir nitelik farkı mevcut olduğuna dair bir hükme varmıştır<sup>33</sup>. Kararda belirtilmesi gereken önemli nokta, Divan’ın, doğrudan mağdur devletin dışındaki devletlerin ve uluslararası topluluğun genelini, temel öneme sahip olmalarından ötürü, bazı uluslararası yü-

<sup>30</sup> Barcelona Traction davası. (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, Cour international de Justice (C.I.J.), Recueil 1970.

<sup>31</sup> Barcelona Traction davası; bkz. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 2. phase, C.I.J., Recueil 1970, s. 32: “une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d’un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l’importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s’agit sont des obligations erga omnes” – “an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes”.

<sup>32</sup> Barcelona Traction davası, s.32.

<sup>33</sup> Barcelona Traction davası, s. 32.



kümlülükler uylmasında, kolektif bir hukuki menfaatlerinin bulunduğuna karar vermiş olmasındır. Divan, bazı kümlülüklerin *erga omnes* kümlülük niteliğinde olduğunu saptamıştır. Böylelikle, uluslararası içtihatla, bu kararlar, uluslararası kümlülükler arasında bir nitelik farkı olduğu saptanmıştır. Bazı kümlülükler, olağan kümlülüklerdir, diğeri ise *erga omnes* kümlülüklerdir.

Divan, ihlâl edilen kümlülüklerin koruduğı hakların önemine dayanarak bazı kümlülükleri *erga omnes* olarak nitelendirmektedir. Böylelikle kümlülükler arasında nitelik farkı yaratmaktadır. Bunun sorumluluk bakımından önemli etkisi ise, ihlâlde bulunan devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmeye yetkili aktörlerin kim ya da kimler olduğu meselesinde kendini göstermektedir.

Klasik sorumluluk teorisinde, sorumluluk ilişkisi, iki taraflı olarak ele alınmaktadır. Başka ifade ile sorumluluk ilişkisi, fail devlet ile doğrudan zarar gören devlet arasında kapalı bir ilişkidir. Bu kararın etkisi ise bunu kırmaktadır. Sadece doğrudan ihlâlden mağdur devlet değil, ihlâl edilen kümlülüğün *erga omnes* olmasından ötürü, bütün devletler, fail devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilirler. Bu düşünce, sorumluluğı çok taraflılığa açmaktadır<sup>34</sup>. Sadece fail ile mağdur devlet arasında değil, diğeri devletler de sorumluluğı öne sürebileceklerdir. İkincil kurallara ilişkin incelememizde ele alacağımız gibi sorumlulukta klasik ikili kalıp böylelikle aşmaktadır.

Divan'a göre bu temel öneme sahip kümlülükler gerçekten de çok sınırlı sayıdadır. Fakat bunlar bütün uluslararası topluluğı ilgilendirirler. Bu ilginin nedeni, korunan hukuki menfaatin korunmasından bütün devletlerin hukuki yararının mevcut olmasıdır<sup>35</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı tarafından, uluslararası topluluğün bütününe karşı olan kümlülükler, uluslararası hukukun emredici kurallarından türetilmişlerdir. Uluslararası hukukun emredici kuralları, bir kısım temel kümlülüklerden ve bunların önceliklerinden bahsederken; uluslararası topluluğün bütünü-

<sup>34</sup> Spinedi Marina, "D'une Codification à l'autre: Bilateralisme et Multilateralisme Dans la Genese de la Codification du Droit des Traités et du Droit de la Responsabilité des Etats", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des Etats, Paris, Pedone, 2003, s.25-56.

<sup>35</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt. II (2), s. 92, par. 10.



ne karşı olan yükümlülüklerde, devletlerin, uluslararası hukukun emredici kurallarına karşı göstermeleri gereken öncelikli saygının hukuki görünümü ele alınmaktadır. Bunun neticesi olarak, uluslararası topluluğun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ihlâlinde, her devlet, ihlâlden ileri gelen sorumluluğu ileri sürmeye yetkilidir. Uluslararası hukukun emredici kurallarının getirdiği uluslararası topluluğun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâlleri, sadece sorumlu devletler için değil ve fakat ikincil kuralları incelerken ele alacağımız gibi, bütün diğer devletler için de ilave sonuçlar doğurur.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ULUSLARARASI HUKUKUN İKİNCİL KURALLAR KATEGORİSİNDE ULUSLARARASI TOPLULUK KAVRAMININ HUKUKİ GÖRÜNÜMLERİ

Öğretide, devletin uluslararası sorumluluğu hakkındaki teorik görüşler üç kategori altında sınıflandırılmaktadır<sup>36</sup>. Bunlardan ilkinde “onarım teorisi” adı verilmektedir. Ondokuzuncu yüzyılın sonunda ve yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde, uluslararası sorumluluk konusunu ele alan ilk yazarlar, önemsenmesi gereken ve oldukça yaygın uygulaması olan ve çok sayıda yargı kararına konu olan bir meseleyle karşı karşıya olduklarının farkındaydılar. Sanayi devrimini takiben uluslararası ticaretin gelişmesi neticesinde devletlerin uluslararası sorumluluğu meselesi önemli bir konu haline gelmişti. Buna ilaveten, özellikle Amerika kıtasında çok sayıda yeni devletin meydana çıkması, beraberinde uluslararası sorumluluğa ilişkin meseleleri de gündeme getirmekteydi. Mevcut uyuşmazlıklar konu bakımından, aşağı yukarı aynı biçimde meydana gelmekteydi. Özellikle iç savaşlar yüzünden, devletlerin ülkelerinde bulunan yabancılara verilen zararlardan ötürü meydana gelen sorumluluk, sık sık uyuşmazlıklara konu olmaktadır.

Uluslararası sorumluluğa ilişkin meselelerin çeşitlenmesi, sorumluluğa ilişkin belirli konuların, teker teker olaylardan bağımsız olarak ele alınıp işlenmesini gerektirmiştir. Özellikle, ihlâlin neticelerinin hukuken belirlenmesi ihtiyacı kendini hissettirmekteydi<sup>37</sup>. Uygulamada beliren bu ihtiyacı gidermek için hu-

<sup>36</sup> Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États”, s. 129.

<sup>37</sup> Milletler Cemiyeti tarafından 1930 Kodifikasyon Konferansı’nın toplanması hakkında Cemil Bilsel 1941’de şöyle yazıyor: “Büyük devletlerin küçük devletlere karşı kıyasıya



kukçular ve uluslararası içtihat, uluslararası haksız fiilden doğan sorumluluğunun unsurlarını ve neticelerini birbirinden farklı birçok olaya uygulanabilecek şekilde tespit etmeye yönelmiştir. Bu çalışmaların kökeninde, uluslararası hukuk düzenini koruma düşüncesi hâkimdir<sup>38</sup>.

## I. Uluslararası Hukukta Klasik Sorumluluk Mekanizması

Uluslararası sorumluluk üzerine ilk çalışmalarda, merkezde, zararın onarılması düşüncesi yer almaktadır. Bu çerçevede, klasik olarak, devletin sorumluluğunun teorik çatısını üç sütun taşımaktadır<sup>39</sup>:

---

hareket etmeleri, büyük devletleri küçük düşürüyor ve küçük devletleri kıvrandırıyor. İş objektif esaslara bağlama iki taraf için de elverişli olabilirdi. Devletlerarasındaki münasebetlerde mes'uliyet çok da işlenmişti. Mesele, bir umumî anlaşmaya bu sebeptendir ki, elverişli olacak kadar olgun sanıldı, 1925 de Kodifikasyon komitesi, olgun saydığı meseleler arasına bu sebeple bunu koydu. 1930 konferansında arzedilen üç meseleden biri yine bu sebeptendir ki, mes'uliyet meselesi oldu. Fakat çok nazik bir mesele olduğu için de konferansta müzakeresi çok buhranlı oldu"; bkz. Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s. 217. "1930 kodifikasyon konferansında da kabul edilmiştir ki; devlet organlarınınca (teşrii, icraî, adli) yapılan ve bu devlet toprakları üzerinde bir yabancının şahsına veya malına zarar veren devletin enternasyonal borçlarına her aykırılık bu devleti mes'ul eder"; bkz. Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s. 224. Fakat; "Devletin mes'uliyeti konusunda, Konferans, değil bir sözleşme tasarısı, müşterek bir rapor dahi hazırlayamadı"; bkz. Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 96; Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussions établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, cilt III: Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, doc. C.75.M.69.1929.V, s. 25, 41 ve 52; Supplément au cilt III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique, doc. C.75a. M. 69 a. 1929. V, s. 2, 3 ve 6.

<sup>38</sup> De Visscher Charles, "La Responsabilité des Etats", in Bibliotheca visseriana dissertationum ius internationale illustrantium, cilt II, s. 87-119; Anzilotti Dionisio, Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale, Firenze, 1902, s. 10-13; Anzilotti Dionisio, "La responsabilité international des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", s. 5-29 ve 285-309; Calvo Charles, Le Droit international théorique et pratique, cilt I, 2. baskı, Paris, Durand ve Pedone-Guillaumin-Amiot, 1870, s. 400-425; Cavare Louis, Le droit international public positif, cilt II: Les modalités des relations internationales. Les compétence respectives des Etats. Jean-Pierre Quéneudec tarafından güncellenmiş 3. baskı, Paris, Pedone, 1969, s. 413-416.

<sup>39</sup> Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté international dans la responsabilité des Etats", s. 131.



## Birinci sütun:

Uluslararası bakımdan haksız bir fiil, bir devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir hakkını ihlâl etmektedir<sup>40</sup> ve bu bağlamda sorumluluk iki taraflı bir hukuki ilişkidir<sup>41</sup>. Bir tarafta hakkı ihlâl edilen ve zarar gören devlet, diğer tarafta ise, haksız fiili işleyen ve sorumlu duruma düşmüş olan devlet yer almaktadır<sup>42</sup>.

## İkinci sütun:

Uluslararası sorumluluk çerçevesinde yeni ve mecburi olan bir hukuki ilişki kurulmuştur<sup>43</sup>. Sorumlu devlet, uluslararası haksız fiilden doğrudan zarar görek sorumluluk ilişkisinin mağdur tarafını teşkil eden devletin zararını onarmak mecburiyetindedir<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*, s. 68.

<sup>41</sup> Anzilotti Dionisio, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", s. 13.

<sup>42</sup> Devletin sorumluluğunun iki taraflı bir hukuki ilişki olmasına ilişkin klasik görüş hakkında: De Visscher Charles, "La Responsabilité des Etats", s. 399-400; Eagleton Clyde, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University, 1928, s. 2 ve 5; Fauchille Paul, *Traité de droit international public*, cilt I, première partie: Paix, 8. baskı, Paris, Rousseau & cie, 1922, s. 513-515; Strupp Karl, *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, Paris, Rousseau & cie, 1927, s. 220-221; Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", s. 131, dipnot no. 440'dan, Heffter A. Wilhelm, *Le droit international de l'Europe*, Paris, Cotillon, 1883, s. 226.

<sup>43</sup> Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*, s. 67-68 ve 72-73; Anzilotti Dionisio, *Cours de droit international*, Premier volume: Introduction-Théories générales, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, s. 517; Strupp Karl, *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, s. 221; Fauchille Paul, *Traité de droit international public*, cilt I, première partie: Paix, s. 536; Eagleton Clyde, *The Responsibility of States in International Law*, s. 220-221 ve 224; Heffter A. Wilhelm, *Le droit international de l'Europe*, s. 227 ve 230-232.

<sup>44</sup> Calvo Charles, *Le Droit international théorique et pratique*, s. 107 ve 400; Rivier Alphonse, *Principe du droit des gens*, Paris, Rouseau, 1896, s. 41-42; Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*, s. 78-82; Anzilotti Dionisio, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", s. 13; Anzilotti Dionisio, *Cours de droit international*, Premier volume: Introduction-Théories générales, s. 467-468 ve 517; Liszt Franz von, *Le droit international. Exposé systématique*, Paris, Pedone, 1927, s. 202-203; Fauchille Paul, *Traité de droit international public*, cilt I, première partie: Paix, s. 535; Strupp Karl, *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, s. 226-227; Eagleton Clyde, *The Responsibility of States in International Law*, s. 21 ve 182-183;



Üçüncü sütun:

Devletin, uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğu tek bir hukuki rejime sahiptir. Klasik haliyle, uluslararası sorumluluk teorisi, ihlâlin niteliğinden ya da ağırlığından dolayı, sorumluluk rejimi hususunda bir ayrışmaya yer vermemektedir<sup>45</sup>.

Pozitivist okulun etkisi ile biçimlenen klasik uluslararası sorumluluk hukundan, uluslararası topluluğun geneline karşı sorumluluk mekanizmasının oluşmasına doğru olan süreci, iki hukuk düşünürünün fikirlerinde izlemek aydınlatıcı olacaktır. Georg Nolte, 2001'de, "Dionisio Anzilotti'den Roberto Ago'ya, Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Klasik Uluslararası Hukuku ve Devletler Arasındaki İlişkilerde Karşılıklı Antlaşmalar Kavramının Öncelikli Önemi" başlıklı tebliğinde<sup>46</sup>, uluslararası sorumluluk hukukunun, iki İtalyan hukukçu tarafından temsil edilen, iki kutup arasında geliştiğinin söylenebileceğini belirtmektedir<sup>47</sup>. Bu hukukçular, Dionisio Anzilotti ve Roberto Ago'dur. Anzilotti'nin "*Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*" (1902) adlı eseri<sup>48</sup> ve "*La responsabilité internationale des Etats*" (1906) adlı makalesi<sup>49</sup>, genellikle, sorumluluğun esas temellerini ortaya koyan kaynaklar olarak kabul edilmektedir; hatta bazıları, bunları, uluslararası hukukun sorumluluğa ilişkin kısmının, Birinci Dünya Savaşından önce ele alındığı ilk ilmi çalışmalar olarak da sunmaktadır<sup>50</sup>. İkinci Dünya Savaşından sonraki dönem için ise, Roberto Ago'nun, Uluslararası Hukuk Komisyonu'na sunduğu

---

Oppenheim Lassa, *International Law. A Treatise*. Volume I. Peace, 4. édition, Arnold D. MacNair (ed), Londres-New York-Toronto, Longmans-Greensand, 1928, s. 298-300; Reitzer Ladislas, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, s. 25-31. Chorzow Fabrikası davası, (Usine de Chorzow), 1927, Uluslararası Daimi Adalet Divanı (U.D.A.D.) - Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.), série A, n. 9, s.21 ve 1928, U.D.A.D. - C.P.J.I., série A, n.17, s.29.

<sup>45</sup> Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté international dans la responsabilité des Etats", s. 134, dipnot no 448 ve 449.

<sup>46</sup> Nolte Georg, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago...", ss. 5-23.

<sup>47</sup> Nolte Georg, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago...", s. 5.

<sup>48</sup> Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*, Firenze, 1902.

<sup>49</sup> Anzilotti Dionisio, "La responsabilité international des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", RGDIP, 1906, cilt XIII.

<sup>50</sup> Nolte Georg, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago...", s. 5.



raporlar, uluslararası sorumluluk hukukundaki teorik gelişme için büyük bir öneme sahip olmuştur<sup>51</sup>.

İlk bakışta, Anzilotti ve Ago arasındaki ayrım, gerçekten iki zıt uçta değerlendirilecek kadar derindir. Anzilotti, uluslararası hukukun ihlallerini ağırlıklarına göre ayrıma tabi tutmamaktadır. Ago ise, uluslararası hukukun ihlallerini daha hafif olan kabahatler ve daha ağır olan suçlar olmak üzere iki sınıfa ayırmaktadır. Anzilotti, sorumluluğun meydana gelmesi için, iki ya da daha fazla devlet arasındaki uluslararası yükümlülüklerin ihlali esasına dayanırken<sup>52</sup>, Ago, bunların yanı sıra, uluslararası topluluğun geneline karşı olan uluslararası yükümlülüklerin ihlali esasına da dayanabilmenin yollarını yerleştirmeye çalışmıştır<sup>53</sup>. Bu iki hukuk düşünürü arasındaki, sorumluluğa ilişkin düşünce farklılıkları, uluslararası hukukun mecburiliğine ilişkin gücün kaynağı hususundaki düşünce farklılıklarından ileri gelmektedir. Anzilotti, teker teker ve beraberce devletlerin egemen iradelerini, uluslararası hukukun gücünün yegâne kaynağı olarak görürken<sup>54</sup>, Ago, onların kolektif-menfaatlerinin altını çizmektedir<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Uluslararası Hukuk Komisyon'u 1963'de Roberto Ago'yu uluslararası sorumluluğun kodifikasyonu çalışmasına özel raportör atadı. Komisyon 1969'daki 21'inci oturumundan 1979'daki 31'inci oturumuna kadar, özel raportör Ago'dan sekiz rapor aldı. Birinci Rapor: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, cilt II, document A/CN.4/217 ve Add. 1, ss. 129-162; İkinci Rapor: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, cilt II, document A/CN.4/233, ss. 189-211; Üçüncü Rapor: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, cilt II, (première partie), document A/CN.4/246 ve Add. 1-3; ss. 209-289; Dördüncü Rapor: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, cilt II, document A/CN.4/264 ve Add.1, ss. 77-174; Beşinci Rapor: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, cilt II, (première partie), document A/CN.4/291 ve Add.1-2, ss.3-57; Altıncı Rapor: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, cilt II, (première partie), document A/CN.4/302 ve Add. 1-3; Yedinci Rapor: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, cilt II, (première partie), document A/CN.4/318 ve Add. 1-4; Sekizinci Rapor: *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, cilt II, document A/CN.4/318 ve Add. 5-7.

<sup>52</sup> Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, s. 88.

<sup>53</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, cilt II, ss. 39-51.

<sup>54</sup> Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, ss. 72-74; Anzilotti Dionisio, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", s. 16. Anzilotti, aynı çalışmasının 14'üncü sayfasında şöyle yazmaktadır: "Her hukuk düzeni, birbirleri ile ilişkili bir kurallar bütünüdür, belirli kişiler üzerinde bağlayıcı bir gücü vardır ve hukuka uyulmaması durumunda önceden belirlenmiş sonuçlar doğurur. Bu nitelikler, uluslararası hukuk düzeninde geçerlidir."

<sup>55</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, cilt II, s. 52.



Bu farklı düşünsel tutumların kökleri, farklı felsefi düşüncelere ve tarihsel koşullara dayanmaktadır. Bu iki yazar, uluslararası sorumluluk konusunda, bir anlamda, devirlerinin gerektirdiği bakış açısına sahip olmuşlardır. Anzilotti, bir pozitivist olarak, egemenin hukuki iktidarının savunucusu olarak kendini konumlandırmaktadır. Bu konum itibariyle, Birinci Dünya savaşından önce, egemenlerin gâyet zayıf bir şekilde hukuken kontrol edilebildikleri tarihsel şartları yansıtmaktadır. Ago ise, İkinci Dünya Savaşı ertesinde, bir uluslararası topluluğun var olduğunun hukuken kabul edildiği bir devirde, kolektif iradenin hukuken geçerlilik kazanabilmesinin mekanizmalarını araştırmış ve egemeni hukuken sınırlayarak "ehlileştirebilmenin" yollarını düşünmüştür. Anzilotti'nin teorisini, her şeyden önce, devletin, uluslararası hukukun ihlâlinden ötürü cezalandırılması fikrinin dışlanmasına dayanır.

Buna karşın, Anzilotti'ye göre, bir uluslararası hukuk kuralının ihlâli, sorumluluğun gereği olarak, onarım talep etme hakkı vermektedir. Bu bağlamda, sorumluluk, bir devletin bir hakkının ihlâlinden kaynaklanır fakat bir menfaatin ihlâli sorumluluğa neden olmaz<sup>56</sup>; bununla birlikte, kişilerin değil fakat devletin fiilleri onun sorumluluğuna neden olur<sup>57</sup>. Onarım yükümlülüğünü doğuran devletin uluslararası sorumluluğu, Anzilotti'nin teorisinde, ihlâlden ötürü devletin ceza yaptırımına uğratılmasına yer vermez ve bu amaçla hukuka aykırılığı düzeltmek için, her hangi bir devlete müdahale hukuka uygulanamaz<sup>58</sup>.

Anzilotti'nin çalışmalarının önemli katkıları mevcuttur: İlk, Anzilotti, çağdaşlarının gözünde, uluslararası hukuku gerçek bir "pozitif" hukuk dalı seviyesine ulaştırmıştır<sup>59</sup>. Özellikle en önemli katkısı, devletlerin uluslararası sorumluluğu hukukunu, devletlerin sorumluluğunun gereğinin yerine getirilmesi meselesinden teorik olarak ayırabilmesidir. İkinci olarak, Anzilotti, çalışmalarını yaptığı sırada, uluslararası hukukun mecburiliğinin yegâne kaynağı olarak kabul edilen devletlerin egemenliği ile sorumluluk arasındaki bağı tespit edip yerleştirebilmiştir. Buna göre, şayet devlet egemen hukuk kişisi olarak, uluslararası

<sup>56</sup> Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, s. 89.

<sup>57</sup> Anzilotti Dionisio, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", s. 6.

<sup>58</sup> Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, s. 96; Anzilotti Dionisio, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", s. 13.

<sup>59</sup> Nolte Georg, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago...", s. 9.



hukukta, bir başka egemen hukuk kişisi olan bir devlete karşı bir taahhüt ile bağlanmışsa, bu bağın gerektirdiği yükümlülükleri ihlâl ettiği çerçevede, diğer devlete karşı sorumlu olacaktır. Üçüncü olarak, hak ihlâli ile menfaatleri çiğnemek arasındaki farkı tespit ederek, sorumluluk meselesini, devletler arası siyasi çekişmelerden kurtarıp hukuki bir zemine taşıyabilmiştir. Dördüncü olarak, sorumluluğu, devletler arası hukuki bir müessese haline getirerek, bu müessese-yi, devletler arası, karşılıklı ve hukuken açıkça tarif edilebilir bir ilişki çerçevesine oturtabilmiştir.

Anzilotti'nin düşüncesini, devletin uluslararası topluluğun geneline karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâli fikrini dışladığı için, olumsuz olarak değerlendirmek çok gerçekçi olmamaktadır. Anzilotti'yi, devletlerin egemenliğini, uluslararası hukukta en ön plana koymakla, devletlerin, uluslararası topluluğun genelini ilgilendiren ihlâllerini ve bunların neden olabileceği zararları tamamen göz ardı etmekle itham etmek hatalı olacaktır. Ago'nun da tespit ettiği gibi, Anzilotti, uluslararası topluluğun kolektif menfaatlerinin söz konusu olabileceğini kabul etmektedir<sup>60</sup> ve sorumluluk hukukunda, uluslararası topluluğa ve bireylerin meşru taleplerine yer verdiği de olmuştur<sup>61</sup>. Bu referansların gücü abartılmamalıdır ancak Anzilotti'nin, devletlerin kuvvet kullanmasının hukuka aykırı olarak kabul edilmediği bir zamanda ve uluslararası topluluğun kolektif menfaatlerinin neler olduğunun sadece en güçlü birkaç devlet tarafından dayatıldığı bir ortamda düşüncelerini yazdığı unutulmamalıdır. Böyle bir ortamda, en güçlülerce dayatılan kolektif menfaat fikrinden ziyade, mağdur devletin taleplerine dayanan, sorumlu devlet ile mağdur devlet arasındaki ilişkiden ileri gelen bir sorumluluk hukukunu savunmayı tercih etmiştir. Bunun başta gelen sebebi, devletler arasındaki özellikle güçlü devletlerin tahakküm ettiği siyasi çatışmalardan sorumluluk meselesini kurtarmak ve hukuki ilişkiler zeminine oturtmak olmuştur.

<sup>60</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II, s. 42, dipnot no. 219.

<sup>61</sup> Anzilotti Dionisio, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", s. 16-20.



## II. Uluslararası Topluluğun Geneline Karşı Uluslararası Sorumluluğun Doğumu

Uluslararası sorumluluğa ilişkin ikinci teorik görüşe göre, bütün bir hukuk düzeni, normatif anlamda zorlayıcı bir düzendir. Bu görüş Hans Kelsen tarafından geliştirilmiştir<sup>62</sup>. Bu görüşün sorumluluğa yaklaşımı, klasik görüşün ikinci sütununa dayanmak şeklinde olmuştur. Buna göre, sorumlu devlet, sorumluluktan ötürü, haksız fiil ile neden olduğu zararı onarmak zorundadır. Hukuk düzeninin zorlayıcı karakteri uyarınca, sorumlu devlet için onarım yükümlülüğünü yerine getirmek mecburidir. Bu mecburiyeti yerine getirmesi için sorumlu devlete karşı baskı uygulanabilir<sup>63</sup>. Bu baskının mağdur devlet tarafından "karşı-önlemler"<sup>64</sup> şeklinde uygulanması uluslararası hukuk düzeni uyarınca meşru olacaktır.

<sup>62</sup> Kelsen Hans, *Théorie pur du droit*, Paris, Dalloz, 1962, s. 9-46; Kelsen Hans, *Principles of International Law*, 1967, ss. 3-39.

<sup>63</sup> Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", s. 135.

<sup>64</sup> Karşı-önlem: *Contre-mesures*; bkz. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, cilt II, s.192. Karşı-önlemlere ilişkin, kimi zaman ceza - yaptırım (*sanction*) ya da tepki (*réaction*) kelimeleri, evvelden yapılan bir uluslararası haksız fiile karşı yapılan davranış için kullanılmışlardır. Meşru misilleme (*représailles légitimes*), kendini koruma (*autoprotection*) kelimeleri de kullanılmışlardır; bkz. Decaux Emmanuel, *Droit international public*, s.59, par. 84. Terminoloji içinde, misilleme (fr: *représaille*, ing: *reprisals*) kelimesi; bkz. Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2003, s. 429-431, geleneksel olarak, haksız fiile karşı alınan, esasen hukuka aykırı önlemler için kullanılmıştır. Bunlar olağan zamanlarda yapılırsa hukuka aykırı sayılacaklardır, fakat haksız fiile karşı misilleme olarak uygulandıklarından ötürü hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır. Bu misillemelerin ortak özelliği tek taraflı bir karar ile uygulanabilmeleridir. Geleneksel olarak, kuvvete başvurulması dahi bu misillemelerin içerisinde bulunmaktadır. Daha yakın zamanlardan itibaren, türkçesi "misilleme" (fr: *représaille*, ing: *reprisals*) olan kavram, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanan önlemler için kullanılmaya başlamıştır; bkz. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, cilt II, s. 350; *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, cilt II, s.325. Türkçe literatürde bunun aksi kullanıma dair açıklama için bkz. Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, s. 431. Karşı-önlem tabiri ise, silahlı kuvvet kullanma unsuru olmaksızın; bkz. Decaux Emmanuel, *Droit international public*, s. 60, par. 85, herhangi bir uluslararası haksız fiile karşı uygulanan önlemler için kullanılan daha özel bir anlama kavuşmuştur, Bu doğrultuda şu karanlara bakılabilir: *Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France)*, UNRIAA, cilt XVIII, s. 416, par. 80; Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava, (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*), I.C.J. Reports 1980, s. 27, par. 53; Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası, (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America*), Merits, I.C.J. Reports 1986, s. 102, par. 201; Gabçikovo-Nagynar Projesi



Bu iki teorik görüşten etkilenen ve bunları geliştiren üçüncü bir görüşe göre ise, uluslararası hukuk ihlallerinden doğan sorumluluk için, ihlâlin niteliğine ve ağırlığına bağlı olarak bir ayrıma gidilmelidir. Böylelikle uluslararası topluluğun

davası, (Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997, s. 55, par. 82). Karşı-önlemleri, bir devletin bir başka devlete karşı sergilediği “dostane olmayan karşılıklar” (fr: *rétorsion*; ing: *retorsion*) ile karıştırmamak gerekmektedir. Bu dostane olmayan karşılıklar, bir devlete karşı onun işlediği uluslararası bir haksız fiil karşılığında sergilense dahi, bunlar devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranışlar olmadığından ötürü, karşı-önlem olarak değerlendirilmezler. Hüseyin Pazarıcı, “Baskı ve Vazgeçirme Önlemleri” başlığı altında şu açıklamaları yapmaktadır: “Uluslararası hukuka aykırı fiil sahibi devletlerin bu davranışlarını düzeltmesi ve hukuka uygun davranmasını sağlamak için uluslararası uygulamada birtakım siyasal ya da ekonomik nitelikli önlemlere başvurulduğu da görülmektedir. Bu tür önlemler (ile)...onun kendi iradesi ile uluslararası hukuka saygı göstermesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Başka bir deyişle, burada söz konusu edilen önlemler genellikle teknik anlamında hukuksal yaptırım oluşturmamaktadır... Uluslararası uygulamada rastlanan bu önlemlerin başlıcaları şunlardır: i) Hukuka aykırı fiilin duyurulması; ii) Uyarı ve kınama; iii) Uluslararası örgütlere üye kabul etmeme; iv) Uluslararası örgütlerde üyelik haklarının durdurulması ya da üyelikten çıkarma; v) Ekonomik ve teknik yardımın kesilmesi; vi) Diplomatik ilişkilerin kesilmesi.”; Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, s. 429. Hüseyin Pazarıcı'nın, baskı ve vazgeçirme önlemleri olarak başlıklandığı davranışlar ile Komisyon'un dostane olmayan davranışlar olarak sınıflandırdığı davranışlar içerik ve amaç itibarıyla neredeyse aynıdır. Diplomatik ilişkilerin kesilmesi, ambargo uygulanması, yardım programlarına son verilmesi gibi davranışlar devletler arasında dostane olmayan davranışlar olarak nitelendirilir, fakat bunlar uluslararası yükümlülüklerle aykırı olmamasından ötürü, karşı-önlem mertebesinde değerlendirilmezler; bkz. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, cilt II, s. 350). Yaptırım (fr: *sanction*, ing: *sanction*) kelimesi de, bir ya da bir grup devlet tarafından ya da bir uluslararası örgüt tarafından, bir devlete karşı uygulanan tedbirler için kullanılmaktadır. Bu yaptırım tabiri, silahlı kuvvet kullanılması da dâhil çok geniş bir yelpazeyi içermektedir. Bu haliyle, yaptırım tabiri, daha ziyade Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümündeki tedbirleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır; bkz. Birleşmiş Milletler Şartı, mad. 39, 41 ve 42. Antlaşmaların ihlâl edilmelerinden ötürü sona erdirilmelerinin ya da askıya alınmalarının, devletin sorumluluğu müessesesi içerisinde düzenlenen karşı-önlemler ile karıştırılmaları gerekmektedir; bkz. Decaux Emmanuel, *Droit international public*, s. 61, par. 86. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 60' ıncı maddesindeki düzenleme, ihlâlde bulunan devletin sorumluluğu meselesi ile ilgili değildir. Devletin sorumluluğundan ötürü uygulanan karşı-önlemler, sorumlu devleti, sorumluluğundan doğan yükümlülüklerini (ihlâl son verme ve onarımı gerçekleştirme yükümlülükleri) yerine getirmeye sevk etmek için uygulanan önlemlerdir ve dolayısıyla sorumluluk müessesesi ile ilgilidirler. Bundan ötürü, zaten, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyon tarafından, devletin sorumluluğunun çalıştırılması başlığı altında düzenlenmektedirler. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 60' ıncı maddesindeki ihlâlden ötürü antlaşmayı sona erdirmeye ya da askıya alma olanağı antlaşmanın akibeti ile ilgili iken, sorumlu devlete karşı uygulanan karşı-önlem, geçicidir ve sorumlu devlet, ihlâl son verince ve onarım yükümlülüğünü yerine getirince sona ererler. Zira uygulanma amaçları, zaten, sorumlu devleti bunları yerine getirmeye sevk etmektedir.



geneline karşı olan emredici yükümlülüklerin ağır ihlalleri durumunda devletin sorumluluğunun neticeleri bakımından farklı dereceler öngörülmelidir<sup>65</sup>.

Öğretide bu fikirler gelişirken, mesele uluslararası içtihatın da gündemine gelmiştir:

Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası hukukun çeşitli ihlalleri arasında bir nitelik ayrımı yapmaya gerek olup olmadığı meselesini, Barcelona Traction davasında ele almıştır. Divan'a göre, devletlerin uluslararası topluluğa karşı olan yükümlülükleri ile bir diğer devlete karşı diplomatik koruma yükümlülüğü arasında, temel bir ayrım yapılmalıdır. Nitelikleri gereği, birinciler bütün devletleri ilgilendirir. Devletlerin uluslararası topluluğa karşı olan yükümlülüklerinin önemi icabı, bütün devletlerin bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, hukuki bir menfaatleri olduğu ifade edilebilir; söz konusu yükümlülükler *erga omnes* yükümlülüklerdir. Divan, diplomatik koruma konusunda, zarara uğrayan devletin durumunu uluslararası topluluğa karşı yapılmış bir ihlâlde tüm devletlerin durumu ile benzeştirmek istiyordu. Divan, devletlerin uluslararası sorumlulukları hakkında, bazı yükümlülüklerin, uluslararası topluluk tarafından, genel olarak ileri sürülebilir olduğunu belirtmiş ve yükümlülüklerde kapsanan ilgili hakların önemi nedeni ile bütün devletlerin, bu hakların korunmasında hukuki bir menfaatleri olduğu savından hareketle, ilk kez bu dava münasebetiyle uluslararası sorumlulukta, uluslararası hukukun çeşitli ihlalleri arasında bir nitelik ayrımını yerleştirmeyi hedeflemiştir.

Aynı mesele, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin bir kodifikasyona temel teşkil etmek üzere maddeler üzerinde çalışmakla görevlendirilen Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun da önündeydi<sup>66</sup>:

<sup>65</sup> Ago Roberto, "Le délit international", RCADI, cilt 68, 1939, II, ss. 527-531.

<sup>66</sup> Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, Genel Kurul tarafından kendisine verilen görev ile 1949 yılından 2001 yılına kadar, tarihinin en uzun süren ve 52 yılda hazırladığı, devletin, bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesi durumunda uygulanacak uluslararası sorumluluk kurallarına ilişkin maddeler çalışmasını ortaya koymuştur. Bu maddelerde, Komisyon, örf ve adet hukuku kuralı olarak mevcut kuralları işlediği gibi, uluslararası hukuku geliştirme görevine uygun olarak, kendisine göre olması gereken kurallara da yer vermiştir. Komisyon çalışmasını 2001 yılında bitirmiştir. Bu maddeler, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği tarafından, Genel Kurul'un verdiği yetki ile üye devletlerin görüşüne sunulmuştur. Kodifikasyon gerçekleşmemiş olsa da, uluslararası yargıda ve çeşitli devletlerin ulusal yargılarında (A/62/62, 1 Février 2007; A/62/62/Add.1 ; A/62/63), Komisyon maddelerine, uluslararası sorumluluk mekanizmasındaki uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını yansıtmalarından dolayı, uyumsuzlukların çözümünde



1976'da, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin maddeler taslağı metnine, "uluslararası suç" tabiri girdiğinden beri konunun teorik olarak derinlemesine incelenmesi ihtiyacı hissedilmiştir. Tartışmaların ve incelemelerin göbeğinde, devletler arası ilişkilerde, ceza sorumluluğunun mümkün olup olmadığı hususu bulunmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde ve devletlerin tutumu doğrultusunda, ceza sorumluluğu ve uluslararası suç tabiri Komisyon metninden çıkartılmıştır. Bunun yerine, 2001 metninde, uluslararası topluluğun geneline karşı olan emredici yükümlülüklerin ağır ihlallerinden ötürü doğan sorumluluğun neticelerinin ayrı olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Roberto Ago<sup>67</sup>, 1976'da, beşinci raporunda, 19'uncu maddede, uluslararası suçlar ve kabahatler başlığı altında, uluslararası hukuk ihlalleri arasında suç ve kabahat şeklinde bir nitelik farkı olduğunu ifade etmektedir<sup>68</sup>. Bu düzenleme

---

atf yapılmaktadır. Örneğin, Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dava (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ'a Karşı), Uluslararası Adalet Divanı (U.A.D.), 26 Şubat 2007, par. 398. Komisyon'un 8. maddesine atıf yapılarak karara gidilmiştir. Bu madde isnat kuralları ile ilişkilidir.

<sup>67</sup> Sorumluluğun bir "durum" değil fakat bir "hukuki ilişki" olarak kabul edilmesi anlayışını geliştiren ve uluslararası hukukta sorumluluk kurumunun etkinliğinin ve işlevinin artmasının gerekliliğine büyük önem veren Roberto Ago olmuştur ve onun görüşleri önemli katkılar getirip, iz bırakmıştır. Uluslararası Hukuk Komisyonu 1963'de 15. oturumunda alt komisyonun raporunu ittifakla kabul ettikten sonra Roberto Ago'yu, uluslararası sorumluluğa ilişkin çalışmasına özel raportör atamıştır. Ago'ya göre sorumluluk, hukuka aykırı bir şekilde kendisine bir zarar verilen süje ile bu zarara davranışı ile neden olan süje arasında oluşan bir ilişki durumudur. Sorumluluk kurumu bu oluşan yeni ilişkiyi tüm boyutları ile ortaya koyan kuralları düzenler. Ago Roberto, "Le délit international", ss.426-427.

<sup>68</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, cilt I s. 242-243, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, cilt II (2), s. 89-113. Ayrıca, A/31/10, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session* (3 mai – 23 juillet 1976); A/51/10, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session*, 6 May -26 July 1996, *Official Records of the General Assembly*, Fifty-first session, Supplement No.10.

Maddenin Türkçe tercümesi için; (farklı bir tercümeyle karşılaştırmak için, bkz. Uzun Elif, *Devletin Sorumluluğu*, s. 17-22) bkz. Erkiner Hakkı Hakan, "Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu", s. 232:

19'uncu madde: Uluslararası suçlar ve haksız fiiller

1. İhlâl edilen yükümlülüğün konusu ne olursa olsun, bir devletin, bir uluslararası yükümlülüğü ihlâl eden davranışı, uluslararası haksız fiildir.
2. Uluslararası topluluğun temel menfaatlerinin korunması için çok asli bir uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından ihlâlinden ileri gelen bir uluslararası haksız fiil, bu



yükümlülüğün ihlâlinin uluslararası topluluğun geneli tarafından suç olarak kabul edilmesi halinde, bir uluslararası suç teşkil eder.

3. İkinci fıkranın düzenlemesi ve yürürlükteki uluslararası hukuk kuralları uyarınca, bir uluslararası suç, bilhassa şunlardır:

(a) Saldırının yasaklanması gibi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için temel önemde olan bir uluslararası yükümlülüğün ağır bir ihlâli;

(b) Sömürge hâkimiyetinin güç kullanarak kurulması ve devam ettirilmesinde olduğu gibi, halkların kendi kaderlerini tayin etme hakkının korunması için temel öneme sahip bir uluslararası yükümlülüğün ağır ihlâli;

(c) Köleliğin, soykırımın, ırk ayrımının yasaklanmasında olduğu gibi, insan varlığının korunması için temel öneme sahip bir uluslararası yükümlülüğün ağır ve geniş ölçekte ihlâli;

(d) Atmosferin ve denizlerin ağır şekilde kirliliğinin yasaklanmasında olduğu gibi, insan çevresinin güven altına alınması ve korunması için temel öneme sahip bir uluslararası yükümlülüğün ağır ihlâli.

4. İkinci paragraf uyarınca, uluslararası suç teşkil etmeyen her uluslararası haksız davranış, bir uluslararası haksız fiil teşkil eder.

Maddenin Fransızcası ve İngilizcesi şu şekildedir:

Article 19 : Crimes et délits internationaux

1. Le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quel que soit l'objet de l'obligation violée.

2. Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international.

3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 et d'après les règles du droit international en vigueur, un crime international peut notamment résulter :

a) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale(s), comme celle interdisant l'agression;

b) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale;

c) d'une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid ;

d) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celles interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers.

4. Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international conformément au paragraphe 2 constitue un délit international.

Article 19: International crimes and international delicts

1. An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject-matter of the obligation breached.



şekli, 2001'deki nihai metinde terk edilmiştir. Uluslararası suç kavramı yerine, 2001 metninde, 40'ıncı ve 41'inci maddelerde, emredici yükümlülüklerin ağır ihlâli kavramı kabul edilmiştir<sup>69</sup>.

19'uncu maddedeki, uluslararası yükümlülüklerin ihlallerindeki ayırım, şekli bir ayırım değil fakat esastan kaynaklanan bir ayırımdır. Bu demektir ki, ihlâl edilen yükümlülüğün koruduğu hakkın temel önemi, ya da başka ifade ile yükümlülüğün yöneldiği hukuki amaç, devletin ihlâl teşkil eden davranışları arasında uluslararası suçlar ve haksız filler şeklinde kategorik bir ayırım yapılmasına neden olmaktadır<sup>70</sup>.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Roberto Ago'nun, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 metninde kaldırılan, "devletin, uluslararası topluluğun temel

---

2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.

3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from:

(a) A serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;

(b) A serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;

(c) A serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;

(d) A serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.

4. Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2 constitutes an international delict.

<sup>69</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 40; Commission du droit international des Nations Unies (C.D.I.), projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 40, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10) ve Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 41; C.D.I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 41, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

<sup>70</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 89-113; A/31/10, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session (3 mai – 23 juillet 1976), Commentaire de l'article 19, s. 89, par. 1.



menfaatlerini korumak için esaslı öneme haiz yükümlülükleri”nin ihlâlini “suç” olarak tanımlayan ve Komisyon’un 1976 raporu ve 1996 maddeler metninin 19’uncu maddesinde kendisine yer bulan görüşü, devletin cezai sorumluluğunu öngörmektedir<sup>71</sup>. Fakat Komisyon’un 2001 metninde, eski 19’uncu maddenin düzenlemesi yerine, yeni 40’inci madde ve bununla bağlantılı 41’inci madde geçirilmiştir. 40’inci madde, “genel uluslararası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülüklerin ağır ihlâlleri” kavramı çerçevesinde, uluslararası topluluğun geneline karşı sorumluluğu öngörmüştür. Bu düzenleme, devletlerin uluslararası hukuku ihlâl eden haksız fiilleri arasında farklı bir kategori yaratmamakta, bu fiiller arasında bir ayırım yapmamakta, bazılarını suç olarak tanımlamamaktadır. Ancak, uluslararası hukukun emredici hükümlerinin getirdiği yükümlülüklerin ihlâl edilmesi devletlerin sorumlulukları konusunda bazı özel sonuçlar yaratmaktadır.

Ne bir Uluslararası Daimi Adalet Divanı kararı, ne bir Uluslararası Adalet Divanı kararı, ne de bir uluslararası hakem kararı yoktur ki, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin, uluslararası bir haksız fiil teşkil etmediğini söylesin ve bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin, ihlâli işleyen devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmadığını belirtsin. Böyle bir karar yoktur<sup>72</sup>. Aksine, uluslararası yargı kararları, ihlâl edilen uluslararası yükümlülüğün konusuna bakmaksızın, temel kaide olarak her ihlâlin devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracağı hususunda birleşmiştir<sup>73</sup>. Devletlerin uygulamaları da bu istikamettedir<sup>74</sup>. Öğreti de bu temel kaideyi esas olarak benimsemiş ve ortaya koymuştur<sup>75</sup>. Ancak sorun, sorumluluğa neden olan ihlâller arasında bir nitelik farklılığının kabul edilip edilemeyeceğidir. Klasik teori, devletin uluslararası sorumluluğuna yol açan ihlâller arasında bir nitelik farkının bulunmasının devletlerin uygulamaları bakımından mümkün olmadığını savunmaktaydı. Esasında, klasik teori, sorumluluğu hukuken incelerken, yabancılara verilen zararlar açısından meseleyi düşündüğü için, sorumluluğu hep hukuki sorumluluk olarak öngörmüş ve bütün ihlâl-

<sup>71</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi mad.19 & 2; C.D.I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats, art.19 & 2, Annuaire de la Commission du droit international, 1976, II/2, s. 89.

<sup>72</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 89, par. 4 ve dipnot no 441.

<sup>73</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 89, par. 4.

<sup>74</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 89-90, par. 4 ve 5.

<sup>75</sup> Rousseau Charles., Droit international public, s. 361; Oppenheim Lassa., International Law : A Treatise, cilt I, s. 343.



lerin tek bir haksız fiil kategorisi teşkil ettiğini savunmuştur. Ancak iki Dünya Savaşı arasındaki zamanda, öğretilerde klasik teoriye karşı önemli itirazlar yükselmeye başlamıştır<sup>76</sup>. En karakteristik olanlarına aşağıda yer veriyoruz:

1916'da, Amerikan Uluslararası Hukuk Topluluğu'nun başkanı Elihu Root, Belçika'nın tarafsızlığının Almanya tarafından ihlâli üzerine şunu ifade etmiştir:

*"Şimdiye kadar, uluslararası hukukun ihlâlleri, sadece haksız fiilden doğrudan etkilenen mağdur devlet ile bu haksız fiilin faili devlet arasında olan ve başkalarını ilgilendirmeyen bir hukuki durum olarak, özel hukuktaki haksız fiil çerçevesinde anlaşılmaktaydı. Hâlbuki artık, uluslararası hukukun ihlâlleri, her devleti doğrudan ve yakından ilgilendirir hale gelmiştir. Uluslararası hukuku ihlâl eden devletler derhâl buna bir son vermelidir"*<sup>77</sup>.

Root'un temennisi, esas olarak *de lege feranda* çerçevesinde değerlendirilebilecek olsa da, Root, teorinin değişmesi gerektiğini de yukarıdaki tespitine eklemiştir:

*"Barışı tehdit eden ve devletler topluluğunun hukuk düzenini bozan nitelikteki uluslararası hukuk ihlâlleri, uygar ulusların hepsinin oluşturduğu hukuk düzenine bir tehdittir ve bu tip ihlâller tüm devletlere hukuken zarar verir"*<sup>78</sup>.

Alman yazar, Karl Strupp, 1920'de, "*Das Völkerrechtliche Delikt*" adlı monografisinde,

*"Teorik olarak, bir devlet tarafından, bir antlaşmanın bir hükmünün ihlâli, aynı zamanda uluslararası hukukun temel ilkesi olan ahde vefa - pacta sunt servanda - ilkesinin de ihlâlini oluşturur ve dolayısıyla, uluslararası topluluğun üyesi olan her devlet nezdinde bir ihlâl mertebesindedir"*

diye yazmıştır<sup>79</sup>. Strupp, "uluslararası dünya adaleti", "uluslararası dayanışma" ve "uluslararası kamu düzeni" kavramlarına dayanan bir uluslararası hukuk

<sup>76</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 90, par. 6. Ayrıca, Lauterpacht Hersh, Private Law Source and Analogies in International Law, London, 1927, s. 51-71; Lauterpacht Hersh, Règle générales du droit de la paix, RCADI, 1937-IV, s. 99-422.

<sup>77</sup> Root Elihu, "The Outlook for International Law", AJIL, 10, 1916, s. 7.

<sup>78</sup> Root Elihu, "The Outlook for International Law", s. 7.

<sup>79</sup> Strupp Karl, Das Völkerrechtliche Delikt, Berlin, 1920, s. 9.



anlayışını düşünmüştür; ancak, mevcut uluslararası hukukun bu anlayışın uzağında olduğunu belirtmiştir<sup>80</sup>.

Hersh Lauterpacht, 1927'de, "*Private Law Source and Analogies in International Law*" adlı eserinde, hukuki pozitivism, özellikle devleti had safhada yücelttiği için kuvvetli bir eleştiri getirmekteydi<sup>81</sup>. 1937'de La Haye'de verdiği derslerinde, bu teori ile uyuşmadığı hususları kapsamlı bir şekilde belirtmiştir<sup>82</sup>. Klasik teoriye göre, devletler cezalandırılmazlar çünkü egemendirler ve uluslararası hukukun ihlâlinin tek neticesi, haksız fiilin sonuçlarının onarılması olabilir. Lauterpacht, bu düşünceye, hukuksal ve pratik temelden kaynaklanan bir mantıkla saldırmaktadır. Lauterpacht'a göre, egemenlik esastan hareketle, devletin bütün sorumluluğunu yadsımak mümkündür<sup>83</sup>. Hâlbuki doğal hukuk anlayışının çağdaş bir türevi<sup>84</sup> doğrulunda, Lauterpacht, devletlerin iradelerinin etkinliğini, uluslararası hukukta sınırlamak ve bunun yerine, adalet ve sosyal dayanışma doğrultusunda, uluslararası toplumun genelinin temel menfaatlerini koruyacak bir hukuki düzen yerleştirilmesini savunmaktaydı<sup>85</sup>. Bunun önündeki ne önemli engel olarak ise, geleneksel pozitif hukuk anlayışına egemen olan, devletlerin iradelerine uluslararası hukuk düzeninde tanınan üstün mevkii ve egemenliklerinin neredeyse kutsanmasını görmekteydi. Lauterpacht'ın temel hedefi, barışı koruyacak hukuki düzeneği kurabilmek ve gerçek kişilerin hakları da dâhil olmak üzere uluslararası hukuk düzeninde haklara saygının mümkün mertebe yerleştirilmesini sağlayabilmektir.

Lauterpacht'ın görüşleri, İkinci Dünya Savaşı'nın sona erişine kadar yankı bulamamıştır. Ancak, La Haye'de, uluslararası sorumluluk üzerine ilk dersini 1939'da verdiğiinde, Roberto Ago, Lauterpacht'ın görüşlerine ilginç bir cevap sayılabilecek bir soru sormuştur: Uluslararası haksız fiiller, ihlâl ettikleri yükümlülüğün hukuki değerine göre bir sınıflandırmaya tabi tutulabilirler mi ve

<sup>80</sup> Strupp Karl, *Das Völkerrechtliche Delikt*, s. 14.

<sup>81</sup> Lauterpacht Hersh, *Private Law Source and Analogies in International Law*, London, 1927, s. 51-71 ve devamı.

<sup>82</sup> Lauterpacht Hersh, *Règle générales du droit de la paix*, RCADI 1937-IV, s. 99-422.

<sup>83</sup> Lauterpacht Hersh, *Règle générales du droit de la paix*, s. 350.

<sup>84</sup> Bu anlayışa "le droit néo-naturel", "yeni doğal hukuk" denilmiştir ve uluslararası hukukta, Lauterpacht en önemli temsilcisi olarak gösterilir.

<sup>85</sup> Lauterpacht Hersh, *Private Law Source and Analogies in International Law*, s. 58.



böyle bir sınıflandırma yapılırsa bunun hukuki neticesi, sorumluluk üzerinde nasıl gerçekleşir?<sup>86</sup>

İkinci Dünya Savaşından sonra, klasik teoriye karşı önemli bir düşünce akımı uluslararası hukuk öğretisinde belirmiştir<sup>87</sup>. Bu düşünceye göre, uluslararası hukuk ihlalleri arasında kategorik bir ayırım vardır ve olmalıdır. Bazı ihlaller için, uluslararası topluluğun genelinin hayati öneme sahip temel menfaatlerini çiğnediği için, iki ayrı sorumluluk rejimi öngörülmelidir. Saldırı savaşı başlatmak, soykırım uygulamak, ırk ayrımcılığı yapmak gibi temel insani değerlerin temsil edildiği yükümlülüklerle saldıran ihlaller neticeleri itibarıyla bütün insanlığın dayandığı değerler bakımından ağır sonuçlar doğurmaktadır. Böylesi ihlaller “uluslararası suç” olarak kabul edilmeli ve klasik sorumluluktan farklı bir hukuki rejime tabi olmalıdır. Uluslararası suçların haricinde ise, klasik hukuki sorumluluk rejimine tabi diğer ihlaller kategorisi mevcut olacaktır. Bu tip ihlaller suçlara nazaran daha sınırlı ve daha hafif sonuçlar doğuran haksız fiiller kategorisine girecektir.

Uluslararası yargı kararları incelendiğinde, ihlâl edilen uluslararası yükümlülüklerin öneminden ötürü devletin sorumluluğunun farklı hukuki rejimlere tabi olması gerektiğine dair bir karara rastlanmamaktadır. Hatta kararlarda, böyle bir tartışmaya da yer verilmemiştir<sup>88</sup>. Uluslararası mahkemelerde, devletlerin uluslararası sorumluluğuna uygulanacak yaptırım olarak “onarım” gösterilmiştir. Sorumlu devlete yüklenen onarım yükümlülüğü farklı biçimler alabilmektedir. Bu biçimler, genel olarak, eski hale iade, tazminat ve tarziyedir<sup>89</sup>. Sorumluluğun getirdiği diğer yükümlülük ise, ihlâl derhâl son verme, ve gereken durumlarda, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair güvence verilmesidir. Bunların haricinde, ihlâl edilen yükümlülüğün niteliğine ve önemine dayanarak cezai nitelikli, farklı bir yaptırım uygulanması ya da hukuki sorumluluktan başka, cezai sorumluluğun gündeme getirilmesine rastlanmaz<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> Ago Roberto, “Le délit international”, s. 524.

<sup>87</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 90, par. 6.

<sup>88</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 91, par. 8.

<sup>89</sup> Sözlüğe göre, tarziye, ilk anlamı ile razı ve hoşnut etme; ikinci anlamı ile işlenen bir kusur (fiil) için özür dileme anlamına gelmektedir; bkz. Osmanlıca Türkçe Sözlük, Bilgi Yayınları, tarziye maddesi. Cemil Bilsel'in kullandığı şekilde, biz de tarziye kelimesini kullanmayı tercih ettik. Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s. 329.

<sup>90</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 91, par. 8, dipnot no. 449.



Nitekim devletler, bir uluslararası mahkemenin ya da hakemin yargı yetkisini tanıırken, ihlâlin mevcut olup olmadığını saptanmasını ve onarımın gerekip gerekmediğinin belirlenmesini ve de onarımın çeşidinin ve şayet tazminat ödenecek ise, bunun miktarının tespit edilmesini istemektedirler<sup>91</sup>.

Roberto Ago'nun uluslararası suç kategorisi yaratan görüşü neticede Uluslararası Hukuk Komisyon'un çalışmasında çıkarılmıştır. Ancak arkasında önemli bir iz bırakmıştır. Komisyon'un 2001 metninde, eski 19'uncu maddenin düzenlemesi yerine, yeni 40'inci madde ve bununla bağlantılı 41'inci madde geçirilmiştir. Komisyon'un 40'inci maddesi, suç kavramından hiç söz etmeksizin, "Uluslararası Hukukun Emredici Kurallarının Ağır İhlâli" kavramını içermektedir. Maddeye göre:

1. *Bu bap, uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir devlet tarafından ağır ihlâlinden doğan devletin uluslararası sorumluluğuna uygulanır*<sup>92</sup>.

2. *Böyle bir yükümlülüğün ihlâli, sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde, ağırdır*<sup>93</sup>.

40'inci maddenin amacı, kapsadığı ihlâlleri tanımlamaktır. Diğer ihlâllerden, uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün ağır ihlâllerini ayırmak için, iki kıstas tespit etmektedir. Birinci kıstas ihlâl edilen yükümlülüğün niteliği hakkındadır. Söz konusu yükümlülüğün uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülük olması gerekir. İkinci kıstas ise ihlâlin şiddeti ile ilgilidir: İhlâl ağır olmalıdır.

40'inci madde emredici kuralların neler olduğuna dair bir sayma yoluna gitmemiş ya da örnekler vermemiştir. Nitekim buna gerek de yoktur. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu da örnek vermemektedir. Bir kuralın emredici olmasının nedeni, "devletlerin uluslararası topluluğu" tarafından, bir kuralın

<sup>91</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), s. 91, par. 9.

<sup>92</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 40 & 1; C.D.I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 40 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

<sup>93</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 40 & 2; C.D.I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 40 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).



emredici olarak kabul edilmesidir. Bundan sapmaya müsaade yoktur ve ancak daha sonra kabul edilecek bir başka emredici kural ile değiştirilebilir. Bu kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalleri, devletlerin, halkların yaşamları ve temel insanlık değerleri için teşkil ettikleri tehlikeler itibariyle kabul edilemezler ve bu yüzden kendilerinden sapılmalarına müsaade yoktur. Öyleyse *jus cogens* kurallardan doğan *erga omnes* yükümlülükler, bu kuralların ihlallerini teşkil eden davranışların yasaklanmasına yönelik temel kurallardan doğar<sup>94</sup>.

Komasyon'un 40'inci maddesi, emredici hükümlerin niteliklerini tanımlama dışında, ikinci kıstas dediğimiz, bir başka sınırlamayı da getirmektedir. Buna göre ihlâl ağır olmalıdır. Ağır ihlaller, bir devletin, bir yükümlülüğü yerine getirmeye sistematik ve ağır şekilde muhalefeti gerektirir. Muhalefet ifadesini her türlü ihlâl olasılığını kapsayacak şekilde kullanmaktayız. Ağır ifadesi ise, "belli bir öneme" ulaşması gereğini ortaya koymaktadır. Ancak bu durum bazı ihlallerin ağır olmadıkları veya mazur görülebilecekleri şeklinde yorumlanmamalıdır. Bazı emredici hükümlerin ihlallerinin daha az ağır olabilecekleri düşünülmeli ve bu neden ile 40'inci ve 41'inci maddelerin uygulanması, en ağır ve sistematik ihlaller ile sınırlandırılmalıdır. Bu neden ile devletler bir uluslararası hukuk ihlâline karşı tepki gösterdiklerinde, ihlâlin sistematik, açık ve tekrarlanmış olduğunun altını çizmektedirler. Aynı şekilde, uluslararası başvuru usullerinde, örneğin, insan hakları alanında, sistematik ihlallere farklı sonuçlar bağlanmaktadır<sup>95</sup>.

Bir ihlâlin sistematik addedilebilmesi için, organize şekilde işlenmiş olması gerekir. Münferit bir olay, organize şekilde işlenmemiş bir ihlâlin mevcudiyetini işaret etmektedir. Buna karşın ihlâlin açık olması demek, ihlâlin veya sonuçlarının yoğunluğu ile ilgilidir. Kural tarafından korunan değerlere doğrudan bir tecavüzü oluşturan açık bir ihlâli belirler. Terimler kısıtlayıcı değildir; ağır ihlaller genelde hem sistematik hem de açıktırlar. Bir ihlâlin ağırlığını oluşturan unsurlar arasında kuralı çiğneme kasdı belirtilir. İhlâlin genişliği ve sayısı, mağdurları için ağırlığını oluşturur. Ayrıca, söz konusu emredici hükümlerin bazıları, özellikle soykırım yasaklamalarını ihlâl, soykırım fiilinin niteliği icabı, geniş kapsamlı ve kasıtlı işlenen bir ihlâli gerektirir.

<sup>94</sup> Scobbie Iain, "Invocation De La Responsabilité Pour La Violation D'Obligation Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général", ss. 121-144.

<sup>95</sup> Örneğin, Irlande c. Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, no. 25, 1978.



40'inci madde, ağır bir ihlâlin işlenip işlenmediğini saptamaya yönelik bir yöntem öngörmemektedir. Nitekim 40'inci ve 41'inci maddelerde hiçbir surette, özel durumlara uygulanabilir yeni kurumsal usuller öngörülmemektedir. Ayrıca, bu kesimde söz konusu edilen ağır ihlâller, uluslararası hukukun gereği olarak (muhtemelen), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi gibi yetkili uluslararası organlar tarafından ele alınacaktır.

"Uluslararası Hukukun Emredici Kurallarının Ağır İhlâllerinin Özel Neticeleri" 41'inci maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre:

1. 40'inci madde bağlamında, her türlü ağır ihlâlle son vermek için devletler, meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar.

2. Hiçbir devlet, 40'inci madde bağlamında ağır bir ihlâlden doğan bir durumu meşru olarak tanınamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemelidir ya da destek vermemelidir.

3. Bu madde, bu bölümde öngörülen diğer sonuçları ve uluslararası hukuka göre bir ihlâl bu bab'ın uygulanmasında oluşabilecek ilave sonuçları engellemez<sup>96</sup>.

Uluslararası hukukun emredici kurallarının getirdiği, uluslararası topluluğun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâllerinin sonuçları, 41'inci maddede ele alınmıştır. 41'inci madde, 40'inci maddede tanımlanan nitelik ve ağırlıktaki ihlâllerin özel sonuçlarını ele alır. Üç fıkradan oluşur. İlk ikisi 40'inci madde anlamında devletlerin ağır ihlâllere karşı olan tutumlarına dair olan hukuki yükümlülüklerini tanımlar, üçüncüsü diğer sonuçların da saklı olduğunu belirler. Bu maddeye göre, genel uluslararası hukukun emredici kurallarının getirdiği, uluslararası topluluğun bütününe karşı olan bir yükümlülüğün ağır ihlâlinin sonuçlarının başında, 40'inci madde anlamında bir ağır ihlâlle son vermek için devletlerin meşru araçlarla işbirliği etmeleri gelmektedir. Hiç bir devlet, 40'inci maddeye göre ağır ihlâlden doğan bir durumu, meşru olarak tanınamalıdır ve bu durumun muhafazası için yardım etmemeli veya destek vermemelidir. Maddenin son fıkrasına göre ise, bu madde, bu bölümde öngörülen diğer

<sup>96</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 41; C.D.I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 41, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).



sonuçların ve uluslararası hukuka göre bir ihlâl uygulanacak ilave sonuçların uygulanmasını engellemez.

Görüldüğü gibi, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletin uluslararası sorumluluğuna dair kodifikasyon projesi çalışmasında, uluslararası hukukun emredici kurallarının getirdiği, uluslararası topluluğun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâllerinin sonuçları, sorumlu devleti hedeflememektedir fakat diğer devletlere yönelik, başka bir ifade ile uluslararası topluluğun geneline yönelik kolektif işbirliğini amaçlayan yükümlülükleri belirtecek şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekline göre, belirtilen ağır ihlâl durumlarında, diğer devletler için uymaları gereken yükümlülükler tespit edilmiştir<sup>97</sup>. Bu yükümlülükler şunlardır:

### A. Devletlerin İşbirliği Yapma Yükümlülüğü

41'inci maddenin birinci fıkrasına göre, devletler, 40'inci maddede tanımlanan her türlü ağır ihlâl son vermek için işbirliği yapmak yükümlülüğü altındadırlar. Maddede, oluşabilecek şartların çeşitliliğinden ötürü bu işbirliğinin ne şekilde olması gerektiği hususunda özel açıklama yoktur. Bu husus Birleşmiş Milletler gibi yetkili bir uluslararası teşkilatın bünyesinde organize edilebilir. Bununla beraber birinci fıkra, Birleşmiş Milletler dışı bir işbirliğini de ihtimâl dışı bırakmamaktadır. Birinci fıkra, ağır bir ihlâl son vermek için, devletlerin hangi tedbirleri almaları gerektiğine de açıklama getirmemektedir. Böyle bir işbirliği, somut olayın koşullarına göre seçilebilecek meşru araçlarla gerçekleştirilmelidir. Meşru araçlar, uluslararası hukukun cevaz verdiği yöntem ve araçlardır. Ancak, ağır ihlâlden doğrudan zarara uğramış olsunlar veya olmasınlar, işbirliği yükümlülüğünün bütün devletleri ilgilendirdiği açıkça belirtilmiştir. Ağır ihlâller karşısında, ihlâlin etkilerini gidermek için, bütün devletlerin eşgüdüm içinde ve birbirleri ile dayanışarak gayret göstermeleri gereklidir.

Uluslararası hukukun, günümüzdeki hali ile böyle bir işbirliği yükümlülüğü getirip getirmediği sorulabilir ve sorulmalıdır. Birinci fıkra, bu bağlamda, uluslararası hukukun olumlu bir gelişmesini yansıtmaktadır. Gerçekte bazen, böyle bir işbirliği hâlihazırda oluşmaktadır; özellikle uluslararası teşkilatlar bünyesinde, uluslararası hukukun ağır ihlâllerini etkili bir şekilde engellemek için hareket

<sup>97</sup> Böyle olmakla beraber, mesele, devletin uluslararası sorumluluğunun sonuçları bakımından ihmal edilemeyecek şekilde önemlidir.



edilmektedir. Birinci fıkra, ağır ihlâllere karşı, devletlerin uygun şekilde tepki göstermesi için gerekli olan mevcut ve bazen işleyen işbirliği mekanizmasını güçlendirmeyi amaçlamaktadır.

## B. Gayr-meşru Durumu Tanımama Yükümlülüğü

41'inci maddenin ikinci fıkrasına göre, devletlerin, iki belirgin yükümlülükten oluşan, ihlâle arka çıkmamak görevleri vardır. Birincisi, ağır bir ihlâlden ileri gelen bir durumu meşru olarak tanımama yükümlülüğü ve ikincisi, bu durumun devamına yardım etmeme ve destek vermeme yükümlülüğüdür.

Uluslararası alanda ağır ihlâllerin meşru olarak tanınmaması yükümlülüğünün ileri sürüldüğü örneklerden biri olarak, uluslararası alanda zor kullanarak toprak elde etmenin geçerli olmadığı ve tanınmaması gerekliliğinin beyan edildiği 1931-1932 Mançurya krizi gösterilebilir. Devrin ABD Dışişleri Bakanı Henry Stimson, Mançurya krizi münasebeti ile Milletler Cemiyeti üyelerinin büyük kısmının katıldıkları aşağıdaki beyanda bulunmuştur:

*“De facto bir durumun meşruiyetini ne kabul etmek, ne de bu hükümetler veya temsilcileri arasında akdedilmiş herhangi bir antlaşmayı kabul etmek mümkün değildir. Zira bu durum Çin Cumhuriyeti'nin egemenliğine, bağımsızlığına, toprak ve idare bütünlüğüne tecavüz teşkil eder. Bunlar da 27 Ağustos 1828 tarihli Paris Pakı'nın yükümlülük ve taahhütlerine aykırıdır”<sup>98</sup>.*

Bu husus, devletler Arasında Birleşmiş Milletler Şartı'na Uygun Şekilde Dostane Münasebetler Kurmaya ve İşbirliği Yapmaya Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri'de ifade edilmiştir. devletlerin güç kullanarak toprak elde etmelerini meşru kabul etmekten kaçınacakları belirtilmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, Nikaragua'daki askeri ve yarı askeri faaliyetler davasında, devletlerin bu bildiriye ittifakla kabullerinin, Divanı'nın bu davada verdiği kararda uyguladığı ilkeler dizisinde belirtilen değerlere, devletlerin genelinin bir katılımı olarak yorumlamıştır<sup>99</sup>.

Emredici hükümlerin ihlâlinin tanınmaması uygulamasına bir örnek olarak, 1990'da Irak'ın Kuveyt'i istila etmesine, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konse-

<sup>98</sup> Journal officiel de la Société des Nations, mars 1932, Supplément spécial no. 101, s. 87.

<sup>99</sup> Nikaragua'daki askeri ve yarı askeri faaliyetler davası. (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J., Recueil 1986, s. 100.



yi'nin verdiği tepki hatırlanabilir. Irak'ın, Kuveyt ile "mutlak ve geriye dönüşü olmayan şekilde" birleştiğini beyan etmesinden sonra, Güvenlik Konseyi 1990 yıl ve 662 sayılı kararında bu ilhakin

*"hiç bir hukuki dayanağı olmadığını ve mutlak butlan ile malul olduğunu ve bütün devletlerin, uluslararası teşkilatların ve uzman kurumların bu ilhaki tanımalarına ve ilhaki zımnen tanıma anlamına gelebilecek her türlü tedbir ve temastan kaçınmalarına"*

karar vermiştir. Nitekim, hiç bir devlet bu ilhakin meşruiyetini tanımamıştır.

Benzer şekilde, halkların kendi kaderlerini tayin etme haklarının tanınmaması ile ilgili olarak, Uluslararası Adalet Divanı, Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşünde, bu hakkın ihlâlinin hukuka uygun olarak tanınmamasını talep etmiştir<sup>100</sup>. Aynı yükümlülüklerin uygulanmasına dair örnekler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Rodezya<sup>101</sup> ve Güney Afrika'da Bantustan'lar<sup>102</sup> ile ilgili kararlarında da mevcuttur. Bu örnekler göstermektedir ki, 40'ıncı maddede tanımlanan, ağır bir ihlâl, olağan koşullarda bir tanımayı gerektirecek bir durumu yaratıyor olsa dâhi, uluslararası topluluk tarafından böyle bir tanımda bulunulmayacaktır. Böyle ihlâllerde uluslararası topluluğun birlikte hareket edebilmesinin ön şartı, topluca tanımama eylemidir ve bu da 40'ıncı maddeye göre ağır ihlâl durumlarına karşı devletlerden beklenen en asgari tepkidir.

41'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, hiçbir devlet, ağır ihlâllerden ileri gelen bir durumu meşru olarak tanımamalıdır. Bu yükümlülük, sorumlu devletler dâhil bütün devletlere uygulanır. Bazı durumlarda devlet kendi yarattığı durumu kendisi tanımak sureti ile meşrulaştırmaya çalışmıştır. Gayet tabiidir ki sorumlu devlet, kendi ihlâlinden doğan durumu tanımak sureti ile korumaya kalkışması gayrı-hukukidir.. Benzer durum, zarara uğrayan devlete de uygulanır; ihlâl, tanımı icabı bütün uluslararası topluluğu ilgilendirdiğinden sorumlu devletin, zarara uğrayan devlete bu durumu kabul ettirmesi, uluslararası topluluğun meseleye adil ve uygun bir çözüm aramasına engel olamaz.

<sup>100</sup> Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşü, (Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité), avis consultatif, C.I.J., Recueil 1971, s. 56.

<sup>101</sup> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, karar nu. 216 (1965).

<sup>102</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar nu. 31/6A (1976).



Ancak, tanımama yükümlülüğünün sonuçları kesin değildir. Uluslararası Adalet Divanı, Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşünde, durumu her ne kadar gayrı-meşru olarak nitelese ve bundan ötürü, Birleşmiş Milletler'e üye olmayan devletler dâhil, hiç bir devletin tanımamasının mümkün olmadığını belirtse de,

*“o topraklardaki Güney Afrika yönetiminin tanınmaması, Namibya halkını, uluslararası işbirliğinden elde edilebilecek yararlardan yoksun bırakma sonucunu doğurmamalıdır”*

demıştır<sup>103</sup>. Özellikle, Namibya adına Güney Afrika Hükümeti tarafından resmen alınan tedbirler gayrı-meşru ve batıl olunca, bu hükümsüzlük doğum, evlilik, ölüm kayıtları gibi medeni hukuk işlemlerini kapsayamaz<sup>104</sup>.

### C. Yardım ve Destek Vermeme Yükümlülüğü

İkinci fıkradaki, diğer yükümlülük, devletlere, ağır ihlâlden doğan bir durumun sürdürülmesine ve muhafaza edilmesine yardım ve destek verilmesini yasaklar. Bu yükümlülük, uluslararası hukukun ağır ihlâlinde, durumun uzatılmasına ve ihlâlin sürdürülmesine olanak sağlayan bütün devletlere karşı *erga omnes* niteliği ile ileri sürülebilir. Durumun uzatılması ile ifade edilmek istenen husus, ağır ihlâl durumundan ileriye geçerek, bu ihlâlin yarattığı durumu koruma durumudur. Söz konusu yardım ve destek ile ilgili olarak, 41'inci madde, her devletin, uluslararası gayrı-meşruluğu bildiğinden hareket etmektedir, zira bir devletin, başka bir devletin ağır ihlâlde bulunduğunu fark etmemiş olduğunu düşünebilmek zordur. Bu bağlamda, ikinci fıkrada belirtilen yasak, durumu meşru olarak tanımama görevinin mantıki devamı olarak değerlendirilebilir. Ancak, 40'inci madde ile tanımlanan ağır ihlâlden doğan durumların, meşru olarak tanınma olgusunu gerektirmeyen eylemleri de hedeflemektedir. Bu belirgin fark örneğin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, devletlerin, sömürgeci Portekiz rejiminin veya Güney Afrika'nın gayrı-hukuki “apartheid” düzeninin korunmasını sağlayacak yardım veya desteklerini yasaklayan kararlarında

<sup>103</sup> Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşü, s. 56.

<sup>104</sup> Ibid, s. 56.



görülmektedir<sup>105</sup>. Tanınmama durumunda olduğu gibi, bu kararlar 40'ıncı madde ile ilgili bütün durumlar için uygulanabilir.

### III. Uluslararası Topluluğun Geneline Karşı Sorumlu Olan Devlete Karşı Kolektif Olarak Uygulanabilecek Karşı-Önlemler

Uluslararası topluluk kavramı, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasına bakıldığında, uluslararası hukukun sorumluluğa ilişkin ikincil kuralları bağlamında, karşı-önlemler bahsinde de kendine yer bulmuştur. Uluslararası hukukta, devletin sorumluluğunun doğması, bunun başka bir devlet tarafından ileri sürülmesinden bağımsız olsa da, buna rağmen, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinden etkilenen devletlerin, sorumlu devletin ihlâlâ son verme ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için hangi yollara başvurabileceklerinin düzenlenmesi gerekmektedir<sup>106</sup>.

Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında<sup>107</sup>, Uluslararası Adalet Divanı, bir karşı-önlemin, bir uluslararası haksız fiilden zarar gören mağdur devlet tarafından alınan bir önlem olması gerektiğini tespit etmiştir<sup>108</sup>. Buna göre:

*“bir karşı-önlemi hukuka uygun bulabilmek için, onun bazı şartları tatmin etmesi gerekmektedir... İlk olarak, onun bir başka devletin, bir uluslararası haksız fiiline karşılık vermek üzere alınmış olması gerekir ve bu devlete karşı yöneltilmiş olmalıdır”.*

<sup>105</sup> Résolution 218 (1965) du Conseil de sécurité sur les colonies portugaises et les résolutions 418 (1977) ve Résolution 569 (1985) du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud.

<sup>106</sup> Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 68–70, par. 98 ; Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 505 ve 506, par. 480-482.

<sup>107</sup> Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J., Recueil 1997, s. 55.

<sup>108</sup> Karşı-önlemi uygulama şartlarını değerlendirmede, uluslararası hukuka aykırı bir değerlendirme neticesine varan devletin, karşı-önlemi uygulamakla uluslararası hukuk bakımından sorumlu duruma düşecek olması mevcut bir risktir. Çünkü hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal mevcut olmayacaktır. Karşı-önlemi, tek taraflı bir kararla uygulayacak devletin bu riski değerlendirmesi gerekmektedir. Benzeri durum, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bütün hallerde mevcuttur. Bu hallerin varlık şartlarında değerlendirme hatası yapan devletin fiili hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir değerlendirme hatasında bulunulmasında kusurlu olunup olunmaması mühim değildir, zira uluslararası sorumluluğun doğabilmesi için kusur şartı aranacak bir şart değildir.



Komasyon çalışmasında, sorumlu devleti, sorumluluğunun getirdiği yükümlülüklerle uygun davranmaya sevk etmek için uygulanabilecek tedbirlere yani karşı-önlemlere de yer vermektedir. Ancak Komasyon, bundan önce, mağdur devlet olarak, sorumluluğun ileri sürülebilmesinin koşullarını ele almaktadır<sup>109</sup>:

*Bir devlet, mağdur devlet sıfatıyla, başka bir devletin sorumluluğuna, ihlâl edilen yükümlülük şayet:*

*a) Bu devlete karşı bireysel olarak borç oluşturuyor ise; ya da*

*b) Kendisinin parçası olduğu bir grup devlete karşı ya da uluslararası topluluğun bütününe karşı borç oluşturuyor ise ve şayet yükümlülüğün ihlâli:*

*i) Özellikle bu devleti etkiliyorsa, ya da*

*ii) Niteliği uyarınca, yükümlülüğün sonraki uygulamasının kendilerine karşı yükümlülük oluşturduğu diğer bütün devletlerin durumunu esaslı olarak değiştireyorsa; başvurulabilir<sup>110</sup>.*

Bu düzenlemenin yer aldığı 42'nci maddeye göre, bir devletin uluslararası sorumluluğuna başvurmak, ilk olarak mağdur devletin hakkıdır<sup>111</sup>. Madde, "mağdur devlet" tabirini, göreceli olarak dar şekilde tanımlamaktadır. Bir devlete karşı, doğrudan neden olunan zarar ya da sınırlı sayıda devlete verilen zarar ile kolektif menfaatten ötürü uluslararası topluluğun hukuki menfaatlerinin zarar gördüğü durumları birbirinden ayırmaktadır. Son durum 48. maddede ele alınır.

48'inci madde, "Mağdur devletten başka bir devlet tarafından sorumluluğa başvurulması" başlığını taşımaktadır. Bu düzenlemeye göre:

*1. 2'nci paragraf uyarınca, mağdur bir devletten başka her devletin, bir başka devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır; şayet:*

<sup>109</sup> Uluslararası Hukuk Komyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 42; C.D.I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 42, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

<sup>110</sup> Uluslararası Hukuk Komyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 42; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 42, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

<sup>111</sup> Carreau Dominique, Droit International Public, Pedone, Paris, 2004, s. 458 ve 459, par. 1111-1113.



a) İhlâl edilen yükümlülük kendisinin de parçası olduğu bir grup devlete yönelik ise ve şayet yükümlülük, grubun kolektif bir menfaatini koruma amacıyla konulmuşsa; ya da

b) İhlâl edilen yükümlülük, uluslararası topluluğun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise, 2'nci paragrafta uygun biçimde, bir mağdur devletten başka her devletin, bir başka devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır.

2. 1'inci paragraf uyarınca, sorumluluğa başvurma hakkına sahip her devlet, sorumlu devletten şunları isteyebilir:

a) 30'uncu madde uyarınca uluslararası haksız fiile son verilmesini ve tekrar edilmeyeceğine dair güvenceler ve garantiler verilmesini; ve

b) Önceki maddelere uygun olarak, mağdur devletin lehine olarak ya da ihlâl edilen yükümlülükten yararlananların lehine olarak onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini.

3. 43., 44. ve 45. maddelerde, mağdur devlet tarafından sorumluluğa başvurulmasına ilişkin koşullar, 1. paragraf uyarınca bunu yapmaya hakkı olan bir devletin de sorumluluğa başvurmaya uygulanır<sup>112</sup>.

<sup>112</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 48; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 48, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10). Maddede gönderme yapılan 30'uncu, 43'üncü, 44'üncü ve 45'inci maddelere de konunun noksan kalmaması için tercümemiz doğrultusunda yer veriyoruz:

30'uncu madde:

Milletlerarası haksız fiilden sorumlu devletin şu yükümlülükleri vardır:

- Şayet devam ediyorsa bu fiile son vermek;
- Eğer koşullar gerektiriyorsa, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri sunmak.

43'üncü madde:

- Bir başka devletin sorumluluğuna başvuran mağdur devlet, talebini bu devlete bildirir.
- Mağdur devlet özellikle şunları belirtebilir:

- Şayet devam ediyorsa, sorumlu devletin haksız fiile son vermek için takınması gereken davranışı;
- İkinci bölümdeki hükümlere uygun olarak onarımın alması gereken şekli..

44'üncü madde:

Şayet:



Kolektif bir menfaatin korunabilmesi bakımından, 48'inci madde, 42'nci maddede getirilen kuralı tamamlamaktadır. Böylelikle, 42'nci maddede öngörüldüğü biçimde mağdur devletin sorumluluğa başvurabilmesinin yanı sıra, 48'inci madde, mağdur devletten başka devletlerin de sorumluluğa başvurabilmelerine olanak tanımaktadır.

Yukarıda ele aldığımız 48'inci maddeyle bağlantılı bir biçimde 54'üncü madde kolektif şekilde alınabilecek karşı-önlemleri öngörmektedir:

*Bu bab, 48'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca, bir devletin bir başka devletin sorumluluğuna başvurmasına, ona karşı, ihlâlin sona ermesi ve mağdur devlet lehine ya da ihlâl edilen yükümlülüğün lehdarları lehine, onarımın elde edilmesi amacıyla meşru önlemler almaya yetkili olan hiçbir devletin hakkına hâlel getirmez*<sup>113</sup>.

Komisyon'un çalışmasında yer verdiği üzere, mağdur devletin niteliği bu şekilde belirlendikten sonra, mağdur devlet, sorumlu devlete karşı karşı-önlemlere, haksız fiile son vermesi ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmesi için başvurmaktadır. Bu karşı-önlemler, mağdur devletin sorumlu devlete karşı olan uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesi şeklinde oluşmaktadır. Karşı-önlemler, mağdur devlete, herhangi bir başka otoritenin araya girmesine ya da bir işlemde bulunmasına gerek olmaksızın, sorumlu devleti, kendi haklarını tanımaya sevk etmeye yaramaktadır ve sorumlu devlet ile haksız fiil neticesinde bozulan hukuki ilişkileri yeniden tesis edebilme olanağını tanımaktadır.

---

a) Talep, hak iddialarının milliyeti (Fr: Nationalité des réclamations; İng: Nationality of claims) konusuna dair uygulanan kurallara uygun olarak yapılmamışsa;

b) Talebin iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi kuralına tabi olması gereken durumda, yararlanılabilen ve etkin olan iç hukuktaki bütün başvuru yolları tüketilmemişse, devletin sorumluluğuna başvurulamaz.

45'inci madde:

Şayet;

a) Mağdur devlet geçerli olarak talepten vazgeçmişse; ya da

b) Mağdur devlet, kendi davranışı nedeniyle, geçerli bir biçimde talebin terkine katlanmak zorunda kabul edilmeli ise, devletin sorumluluğuna başvurulamaz.

<sup>113</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 54: C.D.I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 54, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).



Bu bağlamda, Komisyon maddelerinin incelenmesinden çıkan neticeye göre karşı-önlemler ile ilgili esas özellikler şunlardır:

İlk olarak karşı-önlemler kuvvet kullanımını ihtiva edemezler<sup>114</sup>. İkinci olarak, karşı-önlemler, ancak sorumlu devlete yöneltilmeli ve üçüncü taraflara yöneltilmemelidir<sup>115</sup>. Üçüncü olarak, madem ki karşı önlemlerin işlevsel bir rolü vardır<sup>116</sup>, onlar geçici olarak uygulanırlar; aynı zamanda etkileri, kendilerinden beklenen amacın sağlanması ile sınırlı tutulmalıdır<sup>117</sup>.

Dördüncü olarak, karşı-önlemler ölçülü<sup>118</sup> olmalıdır<sup>119</sup>. Beşinci olarak, karşı-önlemler, özellikle uluslararası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan

<sup>114</sup> Mad. 50/1-a.

<sup>115</sup> Mad. 49/1 ve 2.

<sup>116</sup> Bu işlevsel rol, sorumlu devleti, sorumluluktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye sevk etmektedir.

<sup>117</sup> Mad. 49/2 ve 3 ve mad. 53.

<sup>118</sup> Ölçülülüğün genel kabul gören bir tanımlaması şu şekilde yapılabilir: a) Belli bir amaca ulaşmak için başvuru araç, amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır; b) Söz konusu araç, amaca ulaşmaya elverişli olan araçlar içinde, en az külfet yükleyen araç olmalıdır; c) Amaç ile araç arasında bir orantısızlık olmamalıdır. Orantılılık ilkesinde amaçla araç arasında karşılaştırma yapılır. Olumlu anlamda, aracın ulaşmak istenen amaçla uygun (makul) oranda bir ilişki içinde olması gerektiği anlamına gelir. Olumsuz anlamda ise, aracın ulaşmak istenen amaçla orantısız bir ilişki içinde olamayacağı anlamına gelir. Orantılılık ilkesi dar anlamda ölçülülük olarak da ifade edilmektedir. Orantılılık, fayda-külfet dengesinin aranmasıdır; bkz. Atakan Arda, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırları Oluşturan Ölçütler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2006, s. 352. Komisyon'a göre ise hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmamalıdır; bkz. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, cilt II, s. 370: "Comme il faut garantir que l'adoption de contre-mesures n'aboutisse pas à des résultats inéquitables, la proportionnalité doit être évaluée compte tenu non seulement de l'élément purement "quantitatif" du préjudice subi mais aussi compte tenu de facteurs "qualitatifs" comme l'importance de l'intérêt protégé par la règle violée et la gravité de la violation. L'article 51 lie la proportionnalité en premier lieu au préjudice subi mais "compte tenu" de deux autres critères: la gravité du fait internationalement illicite et les droits en cause. L'expression "les droits en cause" a un sens large, et vise non seulement les effets d'un fait illicite sur l'État lésé mais aussi les droits de l'État responsable. En outre, la situation d'autres États susceptibles d'être affectés peut aussi être prise en considération". *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, cilt II, s. 344: "Considering the need to ensure that the adoption of countermeasures does not lead to inequitable results, proportionality must be assessed taking into account not only the purely "quantitative" element of the injury suffered, but also "qualitative" factors such as the importance of the interest protected by the rule infringed and the seriousness of the breach. Article 51 relates proportionality primarily to the injury suffered but "taking into



yükümlülükler olmak üzere, bazı temel yükümlülüklerle olumsuz bir etki yaratamazlar<sup>120</sup>.

Hukuki incelememiz için genel bir değerlendirme yapmak istersek şunları söylemeliyiz: Bu başlık altında ele aldığımız hukuki gelişmeler, uluslararası topluluk kavramının merkezinde yer aldığı bir etkinin sonucudur. Bu dönüşümü anlayabilmek için uluslararası topluluk kavramı üzerinde kavramsal ve hukuksal olarak düşünmek anahtar sunacak olan çabadır. Tarihsel gelişmeler ve düşüncedeki değişimler, uluslararası hukukta özellikle sorumluluk mekanizmasında önemli dönüşümlere neden olmuştur.

Bu çerçevede, uluslararası topluluk kavramından doğan temel hukuki düşünce şu istikamettedir: Kolektif menfaatlerin konusu olan kolektif değerler ve faydalar evrenseldirler. Bu değerlerin ve faydaların elde edilebilmesi, uluslararası topluluğun mensubu tüm devletlerin müşterek çabasına bağlıdır. Onların mevcudiyetinden, uluslararası topluluğun bütün üyeleri yararlanırlar. Bu değerlerin ve faydaların mevcudiyetlerinin korunması için de kolektif bir tutum gereklidir. Bir devletin bu değer ve faydalara zarar vermesi durumunda, topluluğun bütün üyeleri bundan zarar görmektedirler. Bu zararın onarılabilmesi için de bütün devletlerin işbirliği içinde hareket etmeleri gereklidir. Bu bağlamda, böylesi evrensel değerlere ve faydalara zarar veren davranışta bulunan devletin, uluslararası topluluğun mensubu olan bütün devletlere karşı sorumluluğunun doğacağı düşünülmelidir. Bu sorumluluk ilişkisi sadece, evrensel bir değeri, kendisine yüklenilebilen bir davranışı ile ihlâl eden devlet ile davranışın kendisine doğrudan yöneldiği mağdur devlet arasında doğmamakta; buna ilaveten, fail devletin uluslararası topluluğun mensubu her devlete karşı sorumluluğu doğmaktadır.

Uluslararası topluluk, devletlerin sorumluluğu müessesesinin kolektif hukuki menfaatlerin korunması istikametinde gelişmesinin motorudur. Günümüzde, uluslararası hukukta onarımı hedefleyen klasik sorumluluk mekanizmasının yanında hukuka aykırılığı önlemeye ve buna son vermeye yönelik, uluslararası

---

account" two, further criteria: the gravity of the internationally wrongful act, and the rights in question. The reference to "the rights in question" has a broad meaning, and includes not only the effect of a wrongful act on the injured State but also on the rights of the responsible State. Furthermore, the position of other States which may be affected may also be taken into consideration".

<sup>119</sup> Mad. 51.

<sup>120</sup> Mad. 50/1.



topluluğun geneline karşı sorumluluk mekanizması da yer almaktadır. Bu bağlamda, uluslararası sorumluluk müessesesinin genelini, iç hukuk sistemlerinin kategorik nitelendirmeleri ile anlamaya çalışmak faydasızdır. Bu sorumluluk mekanizmasına, medeni hukuktaki hukuk sorumluluğu ya da ceza hukukundaki ceza sorumluluğu yakıştırmalarını yapmak bir sonuca çıkmaz. Uluslararası sorumluluğu, kendi bünyesi içinde anlamak gereklidir. Uluslararası hukuktaki sorumluluk müessesesi için doğru nitelendirme hukuki ya da cezai sorumluluk şeklinde değil, “uluslararası sorumluluk” biçimindedir.

Toplulukçu değerlerin etkinliği ile klasik kalıpların durağan, görece istikrarlı ve realist kapalılığı arasındaki devinim henüz tamamlanmış bir süreç değildir. Aslında sürecin sarkacının da salınım halinde olduğunu belirtmek gerekmektedir. Somut gelişmeler, hukuksal olanın ötesinde, uluslararası hukukun salınım istikametinin toplulukçu değerler ile klasik kalıplar arasında gelip gitmesine neden olmaktadır. Bizce en azından böyle bir salınımın var olduğunu bilmek ve bunun dayandığı anahtar kavramı anlamak, kanaatimiz odur ki, bugünkü uluslararası hukuku bütünlüğü içinde kavrayabilmek için faydalıdır.

## SONUÇ

Siyasi ve hukuki söylemde, “uluslararası topluluk” kavramı, kabaca tarihlendirmek gerekirse son elli yılda artan bir sıklıkla dile getirilmeye başlanmıştır. Bu söylem ifade edilirken yüklenen anlam, ve niyet ifade edenin ihtiyarında olsa da, bir kavramı bilimsel olarak anlamlandırmak nesnel bir incelemeye tabi tutmak ile mümkündür. Uluslararası topluluk kavramını hukuki olarak incelemeye gayret ettiğimiz bu çalışmada ulaştığımız netice, bu kavramda yüklü anlamda, evrensel kolektif değerlerin korunması için devletler arası kolektif dayanışmanın asli unsur olduğudur.

Uluslararası hukukun klasik işlevi çok fazla bilinmeksizin ya da hatırlanmaksızın, Dünya’da olup bitenler neticesinde, uluslararası hukukun etkinliği hususunda derin hayal kırıklıkları kamu oyununda dile getirilmektedir. Uluslararası hukuk, en azından iki yüzyıldır, devletler arası, beraber varolma kurallarını düzenleyen bir hukuk düzeni olmuştur. Diplomatik ilişkilerin sürdürülmesi bu düzenin başlıca meşkâlesiydi. Böyle bir hukuk düzeninde, evrensel toplulukçu değerlerin yükselmesi, bunlardan ileri gelen kuralların emredici hukuk kuralı seviyesine yükselmesi, bunların emirlerinin, bütün bir uluslararası topluluğa karşı yükümlülük yükleme, sorumluluğun sadece doğrudan zarar gören mağ-



dur devlete karşı değil, bütün bir uluslararası topluluğa karşı olması, sorumluya kolektif olarak meşru tazyikin, karşı-önlemler ile uygulanmasının uluslararası hukukta kabul edilmesi az bir gelişme değildir. Ancak moral değerlendirmeler ile derin hayal kırıklıkları ya da müthiş heyecanlar, uluslararası hukukun doğasını kavramakla ilgili hususlar değildir. Bu hukuk düzeninden “İnsanlığın” esasında ne beklediğinin idrakinde olarak, elde edilen hukuki durumun realizasyonunu (gereğinin yerine getirilmesini) siyasi irade ile oluşturmak gereklidir. Ancak bu mesele hukuki inceleme sahamıza girmez.

Kamu oyunda, uluslararası facialarda, bir hukuk, bir hak ihlâli olduğu bilincinin tezahür etmesi, uluslararası hukukun çığneniyor olduğunun ifade edilmesi, ihlâlin hesabının sorulamıyor olduğunun dile getirilmesi, bizim incelemimizde ele aldığımız, uluslararası topluluk olgusunun, kavramının ve bu kavram etrafında açıkladığımız, konumlandığımız evrensel değerlerin yaygınlığının ve derinliğinin somut hayattaki göstergesidir. Bir anlamda hukuk bilincinin yerleşmesinin ilerlediğinin de göstergesidir. Nitekim, savunulmasının gerekliliğinin günden güne zihinlerde daha fazla yerleşmeye başladığı kolektif değerler ve menfaatler, pozitif uluslararası hukuka yansımışlardır. Bizim birincil kurallar kategorisinde ele aldığımız gibi, *jus cogens* kurallar ve *erga omnes* yükümlülükler ile ikincil kurallar kategorisinde ortaya koyduğumuz sorumluluk kurallarındaki çok taraflılığa doğru evrim, uluslararası topluluk kavramı ile anlamlandırıp açıkladığımız bütüncül bir dönüşümün tezahürleridir. Sonuçta, bu dönüşümü karakteristik hatları ile şu şekilde belirlemektediriz:

Uluslararası hukukta, *jus cogens* kuralların oluşması uluslararası topluluk kavramına doğrudan bağlıdır çünkü *jus cogens* normun kabulü ve tanınması ancak belirli bir tarihi anda, uluslararası topluluğun bir kuralı *jus cogens* olarak kabul edip tanımına bağlıdır. Uluslararası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak devletlerin uluslararası topluluğunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir kuraldır. Uluslararası genel hukuk tabiri, disiplinin evrenselliğini belirtmektedir. Bunun pozitif hukukta doğrudan bir neticesi vardır; şayet uluslararası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma batıl hale gelir ve sona erer. *Jus cogens* kuralların mevcudiyeti, hukuken, doğrudan uluslararası topluluğun mevcudiyeti ile tesis ve temin edilirken; bununla birlikte, devletlerin, uluslararası topluluğun geneline karşı olan birtakım yükümlülükleri de vardır. Doğaları itibariyle bu



yükümlülükler bütün devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların öneminden ötürü, bütün devletlerin bu hakların korunuyor olmasından hukuki bir menfaatleri olduğu kabul edilebilir; bundan kaynaklanan yükümlülükler *erga omnes* yükümlülüklerdir. Görüldüğü gibi, devletlerin uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri arasında bir nitelik farkının mevcut olması da, uluslararası topluluk kavramı ile açıklanmakta, doğrulanmaktadır. Bundan sonra mantıken doğal olarak gelen hukuki mesele, alelade yükümlülüklerin ihlalleri ile uluslararası topluluğun geneline karşı olan yükümlülüklerin ihlallerinin sorumluluk hukukunda çözümlenmeleri arasında bir fark olup olmayacağıdır.

Meselenin bundan sonrasının çözümü için pozitif hukuktaki vaziyet kati bir kesinlikle ifade edilemez. Sorumluluk hukuku uluslararası örf ve adet hukuku kurallarından müteşekkildir. Ancak elde göz ardı edilemeyecek bir kaynak vardır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, 50 yılı aşan bir mesai neticesinde, sorumluluğun kodifikasyonuna temel olmak üzere, örf ve adet hukuku kurallarından tanzim ettiği ve uluslararası hukuku geliştirme vazifesine de uygun biçimde bunun da ötesine geçerek mesele hakkında maddeler ortaya koymuştur. Bu maddelerin açıklamalarına da bakıldığında uluslararası hukukta teorik çalışmalar ve uygulama için çok kıymetli bir eser ortaya konduğu anlaşılmaktadır. Alelade yükümlülüklerin ihlalleri ile uluslararası topluluğun geneline karşı olan yükümlülüklerin ihlallerinin sorumluluk hukukunda çözümlenmeleri arasında bir fark olup olmayacağı meselesini bu çalışmanın ulaştığı netice doğrultusunda şu şekilde ortaya koyabiliriz: ya uluslararası topluluğun geneline karşı olan yükümlülüklerin en feci ihlallerini suç saymak gereklidir, ya başka bir çözüm bulmak gerekir ya da meseleye kayıtsız kalmak çaresizce kabul edilir. Kanaatimizce Komisyon nihayet zarif bir çözüm bulmuştur. Bu çözüm de bizce gene uluslararası topluluk kavramı üzerinden mümkün olmuştur.

Önce devletlerin kesinlikle alerji duyduğu, büyük tepki çeken, tartışma çıkarıcı ve uluslararası hukukun bünyesine aykırı olan “suç” istikâmetinden gidilmiştir. Komisyon’un 1976 raporu ve 1996 maddeler metninin 19’uncu maddesinde, devletlerin, uluslararası topluluğun temel menfaatlerini korumak için esaslı öneme sahip yükümlülüklerinin ihlali suç olarak tanımlanmıştır. İlgili hüküm, “uluslararası topluluğun temel menfaatlerinin korunması için çok asli bir uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından ihlâlinden ileri gelen bir uluslararası haksız fiil, bu yükümlülüğün ihlâlinin uluslararası topluluğun geneli tarafından suç olarak kabul edilmesi halinde, bir uluslararası suç teşkil eder” denilerek formüle edilmiştir. Bunların haricinde, uluslararası suç teşkil etmeyen her



uluslararası haksız davranış, bir uluslararası haksız fiil teşkil etmektedir. Suç ve ceza üzerinden yapılan tartışmalar neticesinde, bu çözüm, isabetli olmadığı düşünülerek, terk edilmiştir.

Uluslararası topluluğun öyle olduğunu kabul ettiği emredici hukuk kurallarının varlığı ve temsil ettikleri hakların evrensel ve asli, vazgeçilmez değeri, bunların icap ettirdiği uluslararası topluluğa karşı olan yükümlülükler ve bunların ağır biçimde ihlâl edilmeleri halinde, gene uluslararası topluluğun, ihlâlden doğan sorumluluğun getirdiği yükümlülükler olan ihlâle derhâl son verme, ihlâlden doğan neticeyi onarma ve ihlâllin tekrar edilmeyeceğine dair güvence verme borçlarının ifası için mağdur devletle birlikte topluca dayanışmada bulunması, sorumlu devlete karşı, bu borçlarını yerine getirmesi için beraberce tazyikte bulunması, bu tazyiğin, hukuken karşı-önlem olarak tabir edilen meşru vasıtalarla yapılması nihayet ulaşılan çözüm olmuştur. Bu çözüm, sorumluluk hukundan beklenen, hukuken patolojik vaziyetin tedavisi için yeterli bir çözümdür. Kaldı ki bir devletin ıslâhı, cezalandırılması ve saire gerçekte uluslararası hukukla ilgili olmayan, uluslararası hukukçu için gayri-hukuki ard arda gelmiş kelimelerden ibarettir.

Nitekim Komisyon, 2001 yılında bitirdim dediği maddelerde şu düzenlemeyi çözüm yolu olarak belirlemiştir: Uluslararası hukukun emredici bir kurallardan kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir devlet tarafından açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınarak ağır ihlâlinden doğan devletin uluslararası sorumluluğunda, her türlü ağır ihlâle son vermek için devletler, meşru araçlarla işbirliği yapmalı, hiçbir devlet, ağır bir ihlâlden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemeli ya da destek vermemelidir. Buradan, sorumlu devletin yarattığı hukuka aykırı vahim durum karşısında, uluslararası topluluğun mensubu bütün devletler için uyulması hukuken zorunlu yükümlülükler doğmaktadır. Bu yükümlülükler, hukuk dışı vahim durum karşısında, devletlerin işbirliği yükümlülüğü, hukuk dışı durumu, hukuka uygunmuş gibi tanımama yükümlülüğü, ve hukuk dışı vahim durumu yaratan devlete yardımda bulunmama ve destek vermeme yükümlülüğüdür. Meselenin çözümü bununla da sınırlı değildir.

Uluslararası topluluk kavramını kullanarak sorumluluk hukuku mekanizması tamamlanmaktadır. Bir devlet, mağdur devlet sıfatıyla, şayet, ihlâl edilen yükümlülük uluslararası topluluğun bütününe karşı yerine getirilmesi mecburi bir yükümlülük ise ihlâlde bulunan devletin sorumluluğuna başvurabilir. İhlâl



edilen yükümlülük, uluslararası topluluğun geneline karşı bir yükümlülük ise her devletin, ihlâlde bulunan devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır ve her devlet haksız fiile son verilmesini ve tekrar edilmeyeceğine dair güvenceler ve garantiler verilmesini ve sorumluluktan doğan onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini isteyebilir.

Madem ki, uluslararası topluluğun geneline karşı olan bir yükümlülüğün ihlâlinde, fail karşısında, uluslararası topluluğun mensubu her devlet mağdur devlettir, o zaman, her devletin, fail devlete karşı sorumluluğunun gereklerini yerine getirmesi için uluslararası hukukun tanıdığı meşru önlemleri (karşı-önlemleri) alma yetkisi vardır. Zira her mağdur devlet, uluslararası haksız fiilden sorumlu devlete karşı, bu devleti, sorumluluğundan kaynaklanan, ihlâle derhal son verme, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair garanti verme ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmeye yöneltmek için karşı-önlem alabilir. Bu karşı-önlemler, bu önlemleri alan devletlerin, sorumlu devlete yönelik olan uluslararası yükümlülüklerini geçici bir süre için (sorumlu devlet, sorumluluktan kaynaklanan - ikincil- yükümlülüklerini ifa edinceye kadar) yerine getirmemesi ile sınırlıdır ve bunlar mümkün olduğunca, söz konusu yükümlülüklerin yeniden uygulanmasına imkân verecek bir şekilde alınmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Abi-Saab Georges, "Cours général de droit international public", RCADI, cilt 207, 1987-VII, ss. 321-323.
- Abi-Saab Georges, "Whither the International Community?", EJIL, cilt 9, 1998, ss. 250-254.
- Acer Yücel, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Roma, Ankara, 2004.
- Affaire IT-95-14-AR 108 bis, Procureur c. Blaskic, I.L.R., cilt 110, 1997.
- Affaire Velásquez Rodríguez (Indemnisation), la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Inter-Am. Ct. H.R. Série C, no. 7, 1989.
- Ago Roberto, "Le délit international", RCADI, cilt 68, 1939, II, ss. 527-531.
- Ago Roberto, "Science juridique et droit international", RCADI, cilt 90, 1956-II, ss. 851-954.
- Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France), UNRIIAA, cilt XVIII.



- Anacker C., "The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law", *Austrian J. Publ. Intl. Law*, 46, 1994, ss. 131-166.
- *Annuaire de la Commission du droit international* 1970, cilt II, document A/CN.4/233, ss. 189-211.
- *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, cilt II (2), ss. 89-113.
- *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, cilt II, ss. 61-393.
- Antonio Cassese et Joseph H. H. Weiler (éds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, New-York, Walter De Gruyter, 1988.
- Anzilotti Dionisio, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1906, cilt XIII.
- Anzilotti Dionisio, *Cours de droit international, Premier volume: Introduction-Théories générales*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- Anzilotti Dionisio, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*, Firenze, 1902.
- Aron Raymond, *Paix et Guerre entre les nations*, 8. baskı, Calman-Lévy, Paris, 1984.
- Atakan Arda, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlaması ve Sınırlamanın Sınırnı Oluşturan Ölçütler", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2006.
- Azarkan Ezeli, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", *AUHF*, 2003, ss. 275-297.
- Azarkan Ezeli, *Nuremberg'den La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta, 2003.
- *Barcelona Traction davası*, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, *Cour internationale de Justice (C.I.J.)*, Recueil 1970.
- Barcia Trelles Camilio, "Francisco Suarez (1548-1617). Les théologiens espagnols du XVIème siècle et l'école moderne du droit international", *RCADI*, cilt 43, 1933-II, ss. 462-469.
- Başlar Kemal, "Uluslararası Hukukta Erga omnes Kavramı", *MHB*, Yıl 22, 2002, ss. 75-107.
- Beckett Jason A., "Behind Relative Normativity: Rules and process as prerequisites of Law", *EJIL*, cilt 12, 2001, ss. 627-650.
- Bilsel Cemil, *Devletler Hukuku, Birinci Kitap, devletler*, Kenan Basımevi, İstanbul, 1941.



- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, karar nu. 31/6A (1976).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, karar nu. 216 (1965).
- Bowett D.W., “Crimes of State and the 1996 Report of The International Law Commission on State Responsibility”, *EJIL*, 9, 1998, ss. 163-173.
- Bozkurt-Lotus kararı, UDAD – CPJI, [Arrêt Lotus. (France/Turquie, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n. 10)].
- C.D.I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10) - Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10, (A/56/10).
- Calvo Charles, *Le Droit international théorique et pratique*, cilt I, 2. baskı, Paris, Durand ve Pedone-Guillaumin-Amiot, 1870.
- Carreau Dominique, *Droit International Public*, Pedone, Paris, 2004.
- Carrillo Salcedo Juan Antonio, “Le concept de patrimoine commun de l’humanité”, in *Société française pour le droit international, Hommage à René-Jean Dupuy. Ouvertures en droit international*, Paris, Pedone, 2000.
- Cavare Louis, *Le droit international public positif*, cilt II: Les modalités des relations internationales. Les compétence respectives des Etats, Jean-Pierre Quéneudec tarafından güncellenmiş 3. baskı, Paris, Pedone, 1969.
- Chorzow Fabrikası davası, (Usine de Chorzow), 1927, U.D.A.D. - C.P.J.I., série A, n. 9 ve 1928, U.D.A.D. - C.P.J.I., série A, n.17.
- Corbett Percy, “Socials Basis of a Law of Nations”, *RCADI*, cilt 85, 1954-I.
- Crawford James, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002.
- Crawford James, *Les Articles de la C.D.I. sur la Responabilité de l’Etat*, Introduction, Texte et Commentaires, Editions Pedone, 2003.
- Çağiran Mehmet Emin, “Raymon Aron Ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt LVI, sayı 1-4, yıl:1998.
- Çağiran Mehmet Emin, *Les Sanctions Non-Militaires De l’Article 41 De La Charte De l’O.N.U.*, Publications De l’Université De Galatasaray, İstanbul, 2000.
- De Visscher Charles, “La Responsabilité des Etats”, in *Bibliotheca visseriana dissertationum ius internationale illustrantium*, cilt II.
- *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.



- Dictionnaire de la terminologie du droit international, (Union académique internationale) Paris, Sirey, 1960.
- Drake H. Joseph, The Classics of International Law, James Brown Scott Edition, Oxford-Londres, 1934.
- Duguit Léon, Manuel de droit constitutionnel, Paris, Boccard, 1918.
- Duguit Léon, Traité de droit constitutionnel, Birinci cilt: La règle de droit. Le problème de l'Etat, 2ème édition, Paris, Boccard, 1921.
- Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2006.
- Durkheim Emile, De la division du travail social, Quadrige/PUF, Paris, 1994.
- Eagleton Clyde, The Responsibility of States in International Law, New York, New York University, 1928.
- Erkiner Hakkı Hakan, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, Oniki Levha, İstanbul, 2010.
- Fastenrath Ulrich, "Relative Normativity in International Law", EJIL, cilt 4, 1993, ss. 305-340.
- Fauchille Paul, Traité de droit international public, cilt I, première partie: Paix, 8. baskı, Paris, Rousseau & cie, 1922.
- Friedmann Wolfgang, The Changing Structure of International Law, Londres, Stevens & Sons, 1964.
- Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası, (Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997.
- Gilbert Geoff, "The Criminal Responsibility of State", International and Comparative Law Quarterly, cilt 39, 1990, ss. 345-369.
- Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.
- Hall W. E., A Treatise on International Law, Oxford, 1895.
- Hart Herbert L. A., The concept of law, Clarendon Law Series, No.5, ed.1984.
- Heffter A. Wilhelm, Le droit international de l'Europe, Paris, Cotillon, 1883.
- Hoogh A.J.J., "The Relationship between Jus Cogens, Obligatio Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", Austrian J.Publ. Intl. Law, 42, 1991, ss. 183-214.
- Irlande c. Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, no. 25, 1978.
- Jenks C. Wilfred, The Common Law of Mankind, Londres, Stevens & Sons, 1958.



- Jessup Philip, *A Modern Law of Nations. An Introduction*, New-York, Mac Millan, 1948.
- Kelsen Hans, "Théorie du droit international public", RCADI, cilt 84, 1953-II.
- Kelsen Hans, *Théorie pur du droit*, Paris, Dalloz, 1962, s. 9-46.
- Kelsen Hans, *Principles of International Law*, 1967.
- KISS Alexandre-Charles, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", RCADI, cilt 175, 1982-II, ss. 119-224.
- Lauterpacht Hersh, *Private Law Source and Analogies in International Law*, London, 1927.
- Lauterpacht Hersh, *Règle générales du droit de la paix*, RCADI 1937-IV, s. 99-422.
- Liszt Franz von, *Le droit international. Exposé systématique*, Paris, Pedone, 1927.
- Marshall Gordon, *Sosyoloji Sözlüğü, çevirenler: Akınhay Osman, Kömürçü Derya, Bilim ve Sanat*, Ankara, 1999.
- Meray Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş, Birinci cilt, Ajans-Türk Matbaası*, Ankara, 1960.
- Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşü, (Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité), avis consultatif, C.I.J., Recueil 1971.
- Nikaragua'daki askeri ve yarı askeri faaliyetler davası, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J., Recueil 1986.
- Nolte Georg, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité International des Etats 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 International des Etats, Paris, Pedone, 2003.
- Oppenheim Lassa, *International Law. A Treatise. Volume I. Peace*, 4. édition, Arnold D. MacNair (ed), Londres-New York-Toronto, Longmans-Greensand, 1928.
- Orakhelashevili Alexander, *Peremptory Norms In International Law*, Oxford University Press, New York, 2006.



- Palsimano Guiseppo, "Les clauses d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre crimes et delits internationaux", *Le Droit Federal Belge Des Relations Internationales*, cilt 98, 1994, 3, ss. 629-673.
- Pastor Ridruejo J. A., "Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public", *RCADI*, cilt 274, 1998, ss. 296-298.
- Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2003.
- Pegna O.L., "Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice", *EJIL*, 9, 1998, ss. 724-736.
- Perrin J. Georges, *Droit international public*, Schultess Polgraphischer Verlag, Zurich, 1999.
- Politis Nicolas, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927.
- Ragazzi Maurizio, *The Concept Of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, Oxford, 2002.
- Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session (3 mai – 23 juillet 1976); A/51/10.
- Reitzer Ladislas, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- Renaut Marie-Hélène, *Histoire du droit international public*, Ellipses, Paris, 2007.
- Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July 1996, *Official Records of the General Assembly*, Fifty-first session, Supplement No.10.
- Résolution 218 (1965) du Conseil de sécurité sur les colonies portugaises et les résolutions 418 (1977).
- Résolution 569 (1985) du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud.
- Rivier Alphonse, *Principe du droit des gens*, Paris, Rouseau, 1896.
- Robert Nisbet, *The Sociological Tradition*, 1966.
- Root Elihu, "The Outlook for International Law", *AJIL*, 10, 1916,
- Rousseau Charles, *Droit international public*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1953.
- Scelle Georges, *Précis du droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932, ss. 1-69; Scelle Georges, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1932.



- Schwarzenberger Georg, *The Dynamics of International Law*, Milton, near Abingdon, Oxon, Professional Books Limited, 1976.
- Scobbie Iain, "Invocation De La Responsabilité Pour La Violation D'Obligation Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des États*, Paris, Pedone, 2003, ss. 121-144.
- Simonart M. Henri, "La Méconnaissance Des Normes Supérieures De Droit International", *Les Responsabilité Des Pouvoirs Publics, Actes du Colloque Interuniversitaire Organisé Les 14 et 15 Mars 1991*, Bruylant, Bruxelles, 1991, ss. 343-363.
- Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussions établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, cilt III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), s. 25, 41 ve 52; Supplément au vol. III: *Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (doc. C.75a. M. 69 a). 1929.V), s. 2, 3 ve 6.
- Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dava (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ'a Karşı), 26 Şubat 2007; Cour International de Justice, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro)*, 26 Février 2007.
- Spinedi Marina, "D'une Codification à l'autre: Bilateralisme et Multilateralisme Dans la Genese da la Codification du Droit des Traités et du Droit de la Responsabilité des Etats", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats*, Paris, Pedone, 2003, s.25-56.
- Spiropoulos J., *Traité théorique et pratique de droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933.
- Stone Julius, "Problems Confronting Sociological Enquiries Concerning International Law", *RCADI*, cilt 89, 1956-I.
- Strupp Karl, *Das Völkerrechtliche Delikt*, Berlin, 1920.
- Strupp Karl, *Eléments du droit international public universel, européen et américain*, Paris, Rousseau & cie, 1927.
- Tahrán'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava, (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran), *I.C.J. Reports* 1980.



- Tasioulas John, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Value and the Nicaragua Case, Oxford Journal of Legal Studies, cilt 16, 1996, ss. 85-128.
- Tönnies Ferdinand, Communauté et société: catégories fondamentales de la sociologie pure, Joseph Leif'in Fransızcaya Çevirisi, Retz, Paris, 1977.
- Truyol Serra Antonio, "Genèse et structure de la société internationale", RCADI, cilt 96, 1959-I, ss. 572-574.
- Truyol Serra Antonio, "Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens", RCADI, cilt 182, 1983-IV, s. 444.
- Truyol Serra Antonio, Doctrines contemporaines du droit des gens, Paris, Pedone, 1951.
- Uzun Elif, Devletin Sorumluluğu, Beta, 2007.
- Vattel Emer de, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, Kitap I ve II, Carnegie Institution, 1916.
- Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, Treaty Series, cilt 1155.
- Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États", puf, Paris, 2005.
- Vitoria et Suarez, Contribution des théologiens espagnols au droit international moderne, Association internationale Vitoria-Suarez avec le concours de la dotation Carnegie pour la paix internationale, Pedone, Paris, 1939.
- Weber Max, Economie et société / I. Les catégories de la sociologie, pocket (collection Agora), Paris, 1995.
- Weil Prosper, "Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public", RCADI, cilt 237, 1992-VI, ss. 227-312.
- Weil Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law?", AJIL, cilt 77, 1983, ss. 413-442.
- Weil Prosper, "Vers une normativité relative en droit international?", RGDIP, cilt 86, 1982, ss. 5-29.
- Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, ss. 59-365.



# **ÖZEL HUKUK**



## KİRA KONUSUNUN DEVRİ

Doç. Dr. Burak ÖZEN\*

### I. Genel Olarak

Kira konusunun kira sözleşmesinin kurulmasından sonra devri, “kiraya verenin zapta karşı tekeffül borcu” başlığı altında ele alınmaktadır. Bu tutumun yerindeligi tartışılabilir. Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kira konusunun devri gerçek anlamıyla bir zapt sorumluluğuna yol açmaz. Olsa olsa geniş anlamıyla (gerçek olmayan) bir zapt sorumluluğundan söz edilebilir. Gerçek anlamıyla bir zapt sorumluluğu, kira konusunun, kira sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut olan bir hakka dayanarak kiracının elinden alınmasıyla ortaya çıkar<sup>1</sup>. BK. m. 253 hükmü, bu olasılığı ele almakta ve şu şekilde bir düzenleme getirmektedir: “*Üçüncü bir şahıs, kiralanan üzerinde kiracının haklarıyla telifi kabil olmayacak bir iddiada bulunduğu takdirde; kiralayan, kiracının ihbarı üzerine muhasamayı deruhte ve kiracının akit mucibince kiralananın intifaina hael gelmiş ise tazminat itasıyla mükellef olur*”.

BK. m. 253 hükmünde sözü geçen zapt olgusu, kira sözleşmesinin kurulduğu sırada kiraya veren açısından mevcut “*sübjektif imkânsızlık*” durumunun

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Nitekim Tandoğan ve Yavuz gerçek anlamda zaptı belirttiğimiz biçimde ele alırlar. Bkz. Halûk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: 1/2, 3. bası, Ankara 1985, s. 124; Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. bası, İstanbul 2007, s. 289. Buna karşılık Gümüş, BK. m. 253 hükmünün ele aldığı olguyu “gerçek olmayan zapt sorumluluğu” olarak adlandırmaktadır. Demek oluyor ki Gümüş gerçek anlamda zapt sorumluluğunu kira konusunun kira ilişkisi devam ederken temlikinden kaynaklanan sorumluluk olarak görmektedir. Bkz. Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008, s. 351. Gümüş’ün bu tutumu zapta ilişkin genel geçer anlayışa ters düşmektedir. Bu anlayışa göre zapt sorumluluğu, sözleşmeyle taahhüt edilen hakkı sağlamadaki bir iktidarsızlık durumunu ifade eder ve kira sözleşmesinde de satım sözleşmesinde rastladığımız anlamı taşır.



sonucunda ortaya çıkmaktadır. Kiraya veren, kira sözleşmesinin kurulduğu sırada sözleşmeyle üstlendiği kullandırma borcunu ifa edebilecek bir hukukî konuda değilse, kendisini sorumlu kılacak bir zapt olgusu gerçekleşebilir. Başkasına ait bir malı kiraya vermiş olan kişi, bu malı kiracısına kullandırabilmek bakımından gerekli iktidara sahip değildir. Malikin ortaya çıkıp, mülkiyet hakkına dayanan bir taleple söz konusu malı kiracının elinden alması her an için mümkündür. Bunun gibi, başkasının sınırlı aynî hakkıyla kayıtlanmış bir malı kiraya veren kişi, sınırlı aynî hak sahibinin söz konusu malı kiracının elinden almasına karşı çıkamaz<sup>2</sup>. Belirtilen bu durumlarda kiraya veren, kira konusunu üstün hak sahibi üçüncü kişiye bırakmak zorunda kalan kiracısına karşı sorumlu olur. Bu sorumluluğun sebebi kira sözleşmesinden doğan aslî edim yükümünü yerine getirememiş olmasıdır. Kiracı üstün hak sahibi üçüncü kişiye bıraktığı kira konusunu kira süresi boyunca kullanma olanağını yitirmiş, böylelikle kiraya vereni aslî edim yükümünü yerine getirmemesi sebebiyle sorumlu tutabilir hâle gelmiştir<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Oysa Gümüş, üçüncü kişinin kiracının kullanımıyla bağdaşmayacak olan hakkının kira sözleşmesinin kurulduğu sırada değil, kira konusunun zilyetliğinin kiracıya sağlandığı anda mevcut olmasını aramaktadır. O halde üçüncü kişinin kira konusu üzerindeki zaptı sağlayacak hakkı, kira sözleşmesinin kurulduğu sırada değil de zilyetliğin sağlandığı anda mevcutsa BK. m. 253 uyarınca zapttan doğan sorumluluk gündeme gelecektir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 351. Oysa zapttan doğan sorumluluğun anlamı, bir kimsenin yerine getirmeye muktedir olmadığı bir taahhüde girmiş olmasında aranmak gerekir. Sübjektif açıdan yerine getirmesi mümkün olmayan taahhütlerin altına giren kişi, bu konuda kusuru olmasa bile belirli kapsamda sorumlu tutulacaksa, zapttan doğan sorumluluğun bir anlamı olur. BK. m. 192 satıcı açısından böyle bir sorumluluğu düzenlediği gibi, BK. m. 253'de kiracı açısından aynı türden bir sorumluluğu düzenlemektedir. Kira sözleşmesini kurduğu sırada bu sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmeye muktedir olan kiraya veren, sonradan bu iktidarını kaybederse, onun durumu BK. m. 96 hükmüne atlanacaktır. Bir diğer yaklaşım biçimine göre ise şu şekilde düşünülmelidir: Üçüncü kişinin üstün hakkının kira sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olması durumunda kiraya verenin zapt sorumluluğu gündeme geleceği gibi, sözleşme yapıldıktan sonra üçüncü kişinin üstün hakkı ortaya çıkmışsa ve kiracı buna rağmen kira konusunu teslim almışsa, yine zapt sorumluluğu gündeme gelir. Bu düşünceye göre üçüncü kişinin üstün hakkının kira sözleşmesi yapıldıktan sonra ortaya çıkması durumu, kiracı kira konusunu buna rağmen teslim almışsa, söz konusu hakkın başlangıçta mevcut olmasına denk sayılmıştır. Peter HIGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete, Erste Lieferung (Herausgegeben von Peter Gauch), Zürich 1994, Art. 259 f. N. 11.

<sup>3</sup> Zapttan doğan sorumluluğun hukukî niteliğinin ne olduğu, özellikle satım sözleşmesi çerçevesinde, her zaman tartışmalı olmuştur. Bu tartışmalarda "ifa teorisi" ve "sağlama (tekeffül) teorisi" olarak adlandırılabilir iki kutup belirginlik kazanmıştır. Sağlama teorisine göre, satıcının aslî edim yükümü, satılan malın mülkiyetinin alıcıya



Kiraya veren açısından söz konusu olacak bu sorumluluğun, hangi esaslara tabi olacağı tartışılabilir. Nitekim konunun satıcının zapttan doğan sorumluluğuna ilişkin ilkelere göre ele alınması gerektiğini düşünenler, kiraya veren açısından belirli kapsamda kusursuz sorumluluk öngörürler<sup>4</sup>. Buna göre satılanın zaptından doğan sorumluluğa ilişkin BK. m. 189 ve devamındaki hükümler kıyas

kazandırılması olarak ifade edilemez. Satıcı, satılan malın alıcının elinden alınmaması veya alıcının mala ilişkin yararlanma yetkisine herhangi bir sınırlama getirilmemesi noktasında bir "tekeffül (sağlama)" sorumluluğu altındadır. Öyle ki sattığı malın mülkiyetini alıcıya geçirememiş olan bir satıcı, bu mal alıcının elinden alınmadığı veya alıcının maldan yararlanmasına herhangi bir biçimde sınırlama getirilmediği sürece sorumlu tutulamaz. Buna karşılık ifa teorisi satıcının aslı edim yükümünü satılan malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesinde görür. Satıcının zapta karşı tekeffül borcu da, mülkiyeti alıcıya hiç (tam zapt) veya gereği gibi (kısmî zapt) geçiremeyen bir satıcının hiç veya gereği gibi ifa etmemeden sorumlu tutulmasından başka bir şey değildir. Söz konusu teoriler çerçevesinde yapılan tartışmalar kira sözleşmesi alanına aktarılamaz. Kiraya verenin aslı edim yükümünün "kira konusu malın mülkiyetinin kazandırılması" olarak ifade edilmesi söz konusu olamaz. O, kira süresi boyunca kira konusu malı kullandırma yükümlülüğü altındadır ve üçüncü bir kişi üstün hak iddiasıyla bu malı kiracının elinden alırsa veya kiracının kullanım olanaklarını daraltırsa, hiç veya gereği gibi ifa etmemeden ötürü sorumlu olur. Söz konusu hiç veya gereği gibi ifa etmeme durumu, kiraya verenin başlangıçtaki (kira sözleşmesinin kurulduğu sıradaki) subjektif imkânsızlığına dayanmakta ise, BK. m. 253 hükmü uyarınca "zapta karşı tekeffül sorumluluğu" gündeme gelir. Tekeffül (sağlama) teorisi en açık anlatımını Honsell'in açıklamalarında bulmaktadır. Yazar konuyu satıcının zapttan doğan sorumluluğu bağlamında ele almaktadır. Yazara göre satıcının satış konusu malın mülkiyetini alıcıya geçirme borcu bulunmayıp, sadece, malın zapt edilmesinden sorumluluğu bulunmaktadır. Roma Hukuku kökenli olan ve İsviçre Hukuku'nu etkilemiş bulunan zapttan sorumluluk anlayışı, kendisine teslim edilen mal üzerinde alıcının mülkiyet hakkını kazanamamış olmasına rağmen, mal elinden alınmadıkça satıcıyı sorumlu tutamamasına dayanır. Bir başka deyişle mal üçüncü kişi tarafından zapt edilmedikçe, alıcı mülkiyeti kazanamadığını ileri sürerek BK. m. 96 uyarınca tazminat talep edemez. Bkz. Heinrich HONSELL, *Das schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. überarbeitete Auflage*, Bern 1999, s. 67, 71. Ayrıca bkz. YAVUZ, s. 87, dpn. 5. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu ifa teorisi içerisinde ele almak ve ayıplı ifade bulunan satıcıyı sözleşmeden doğan bir yüküme aykırı davranmış saymak, pratikte önemli yararları beraberinde getirecektir. Örneğin alıcı ayıplı malı teslim almaktan kaçınarak, kendisinden satış bedelini isteyen satıcıya ödemezlik def'i ile mukabele edebilecektir. Bunun gibi yasada açıkça dile getirilmemesine rağmen alıcının ayıbın giderilmesi talebinde bulunabilmesi (alıcıya böyle bir seçimlik hakkın tanınması), ayıpsız ifayı satıcının bir yükümü olarak kabul edersek mümkün olabilecektir. Nitekim bkz. Rona SEROZAN, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. bası*, İstanbul 2006, s. 132-133.

<sup>4</sup> Nitekim Tandoğan bu düşüncüyü açıkça savunmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 124-125. BK. m. 189 ve devamındaki satıcının zapttan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen kiracının zapttan doğan sorumluluğuna da uygulanacağını söyleyen Yavuz'un da benzer bir yaklaşım içerisinde olduğu söylenebilir. Bkz. YAVUZ, s. 289.



yoluyla uygulanacak ve kiraya veren zapttan doğan doğrudan zararlar nedeniyle kusursuz olsa bile sorumlu tutulabilecektir. BK. m. 253 hükmü, kiraya verenin zapttan doğan sorumluluğunu dile getirip bu sorumluluğa ilişkin esasları ayrıca düzenlemediğinden, böyle bir kıyas için kapıları açmış demektir. Kiraya verenin kusursuz sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi bakımından, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımı ilişkin satım sözleşmesi çerçevesinde yapılan tartışmaları<sup>5</sup> tekrar gündeme getirmek ve bir tavır almak da kaçınılmaz olacaktır.

<sup>5</sup> Bu tartışmalar çerçevesinde ileri sürülen görüşleri gruplandırmaya çalışırsak şunları söyleyebiliriz: İlk grupta doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımı menfi zarar-müspet zarar ayırımıyla denk gören yaklaşım yer alır. Bu yaklaşım biçimine göre satıcının kusursuz olsa bile tazmin etmesi gereken zarar, satım sözleşmesinin (tam) zapt üzerine (kendiliğinden) ortadan kalkmasıyla ortaya çıkan menfi zarardır. Ne var ki kusursuzluğunu ispatlayamayan satıcı, sanki sözleşme ortadan kalkmamış da hâlâ mevcudiyetini koruyormuş gibi, alıcının müspet zararını da karşılamak zorunda kalır. Bu grubun içinde görülmesi gereken bir başka düşünce, doğrudan-dolaylı zarar ayırımı menfi-müspet zarar ayırımıyla özdeş görmekle birlikte, kusursuz satıcıdan doğrudan zarar adı altında tazmini istenecek olan zararın kazanç kaybı niteliğinde olmayan menfi zararlarla sınırlı tutulması gerektiğini ileri sürer. Buna göre alıcının daha elverişli bir sözleşme yapma olanağını kaçırması yüzünden uğradığı menfi zararlar, kazanç kaybı niteliğindeki müspet zararlarla aynı kefeye koyulmalı ve dolaylı zarar olarak nitelenmelidir. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen düşüncelerin ikinci grubu, (tam) zapt üzerine satım sözleşmesinin ortadan kalktığı olgusunun gözden kaçırılmaması gerektiğini ve bu nedenle alıcının sadece menfi zararının tazminini isteyebileceğini vurgular. Bu düşünce biçimine göre, satıcı kusursuz bile olsa tazmini istenebilecek doğrudan zarar, fiili zarar niteliğindeki menfi zarardır. Buna karşılık kazanç kaybı türünden menfi zararlar dolaylı zarar olarak nitelenmeli ve satıcı kusursuzluğunu tanıtlayarak bu zararları tazmin etmekten kurtulabilmelidir. Nihayet üçüncü bir grup, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımı sözel olarak ifade ettiği anlama uygun olarak değerlendirmektedir. Üstün tutulması gerektiğine inandığım bu düşünce biçimine göre, doğrudan zarar, zapt olgusuna yakın nedensellik bağı ile bağlı olan zararı ifade eder. Zapt olgusunun ilk aşamadaki sonucu olarak ortaya çıkan zararlardır ki satıcının kusursuz sorumluluğunu haklı gösterir. Buna karşılık nedensellik zincirinde zapt olgusuna daha uzak düşen zararları (zapt olgusunun ikinci, üçüncü hatta daha sonraki aşamalarındaki zararlı sonuçlarını) kusursuz satıcıya fatura etmek doğru olmaz. Bu türden dolaylı zararları, satıcı, kusursuzluğunu ispat etmek şartıyla tazmin etmekten kurtulabilmelidir. Bu son yaklaşım biçimi, doğrudan ve dolaylı zarara ilişkin olarak haksız fiil hukukunda yapılan açıklamalarla da uyumludur. Haksız fiiller alanında doğrudan ve dolaylı zararlara ilişkin özgül bir açıklama biçimi geliştirilmiş olup, bu açıklama biçiminin sözleşme hukuku alanına taşınması (fazlasıyla kavramcı bir bakış açısıyla) eleştirilebilir. Ne var ki satıcının (ve kiraya verenin) zapttan kaynaklanan sorumluluğunda, pratik kaygılarla, bu eleştiriler görmezden gelinebilir. Haksız fiil hukukunda kabul edildiğine göre doğrudan zarar, hukuka aykırı fiilin araya bir başka sebep girmeksizin ortaya çıkan sonucudur. Dolaylı zarar ise, hukuka aykırı fiilin araya başka sebep veya sebeplerin de girmesiyle ortaya çıkardığı zararlı sonucu ifade eder. Doğrudan-dolaylı zarar ayırımı ilişkin bilgi için ayrıca bkz. Halûk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,



Buna karşılık bir diğer düşünce, kusursuz sorumluluğun ayrıksı karakterinden yola çıktığı için olsa gerek, kiraya verenin zapttan doğan sorumluluğunu bütünüyle kusura dayanan bir sorumluluk olarak ele alır<sup>6</sup>. Bu düşüncenin bakış açısından yola çıkılırsa, BK. m. 253 hükmünün kusursuz sorumluluğa ilişkin herhangi bir imada bulunmaması gözden kaçırılmamalıdır. Açık yasal bir dayanak olmadıkça kusursuz sorumluluğu kabul etmek, üstelik bunu kusursuz sorumluluğa ilişkin başka bir grup hükmün kıyasen uygulanması yoluyla gerekçelendirmek sorumluluk hukukunun bünyesine ters düşer. Kira konusunun üstün hak sahibi üçüncü kişi tarafından zapt edilmesine bağlı olarak ortaya çıkan zararlar ister doğrudan isterse dolaylı zarar olarak nitelendirilsin, kiraya veren, kusursuzluğunu ispat ederek sorumlu tutulmaktan kurtulabilmelidir.

Bu tartışmalara derinlemesine girmek, bu çalışmanın sınırları dışında kalır. Buna rağmen, BK. m. 253 hükmünün varlığını anlamlandırma çabasının, yukarıdaki ilk görüşten yana sonuç vereceği kanısında olduğumu belirtmek isterim. BK. m. 253 kiraya veren için başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık durumunu ele almakta, kiraya verenin bu türlü bir imkânsızlığa bağlanan sonuçlardan sorumlu tutulacağını söylemektedir. Burada düzenlenen bütünüyle kiraya verenin kusuruna bağlı bir sorumluluk olsaydı, bu yolda bir hükmün mevcudiyetine gerek kalmazdı. Başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık (daha doğrusu borçlu için başlangıçta mevcut olan ifa iktidarsızlığı), BK. m. 20 hükmünün başlangıçtaki objektif imkânsızlık için kabul ettiği kesin hükümsüzlük yaptırımına götürmez. Edimi yerine getirmek bakımından gerekli iktidara sahip olmadığı halde borç altına giren kişi, ediminin ifasını sonradan kusuruyla imkânsızlaştıran kişi gibi görülüp BK. m. 96 uyarınca sorumlu tutulur. Başkasına ait (veya başkasının üstün hakkıyla kayıtlanmış) bir malı kiralayan kişi, söz konusu malı kiracıya kullanılabilmek iktidarından mahrumdur. Bu mahrumiyetin farkında olarak (yani kusurlu olarak) kira sözleşmesini kurmuş olması, kendisini, kiracı karşısında sorumlu kılar. Ne var ki bu sonucun kabulü için ayrı bir hüküm getirmeye gerek olmayıp, BK. m. 96 hükmünün uygulanması yeterlidir. BK. m. 253 hükmünün varlığı ve kira konusunun üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi hâlinde kiraya verenin so-

Cilt: I/1, Altıncı Basım, İstanbul 1990, s. 192-194, YAVUZ, s. 148 vd; SEROZAN, s. 150-151.

<sup>6</sup> Nitekim bkz. Emil SCHMID, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 2b, 1. Lieferung, 3. Auflage, Zürich 1974, aArt. 258, N. 9; Fahrettin ARAL, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. bası, Ankara 2007, s. 252; GÜMÜŞ, s. 353.



rumlu olacağını belirtmesi, bu sorumluluk kusura dayanmadığı takdirde bir anlam taşır. Öyle ki kiraya veren başlangıçtaki ifa iktidarsızlığının farkında olmasa bile sorumlu tutulabilmelidir. Kira konusu malı kiracıya kullandırmadaki engeli (üçüncü kişinin bu kullanımı engelleyebilecek üstün hakkını) bilmeden (bilmesi de gerekmeden) kira sözleşmesini yapan kiraya veren, bu durumu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır. Kiracının zapt olasılığı karşısındaki durumu ile, satım sözleşmesindeki alıcını aynı olasılık karşısındaki durumu arasındaki paralellik, her iki sözleşmede zapt sorumluluğunun ayrıca ve açıkça düzenlenmesine yol açmıştır. O halde kiracı, satım sözleşmesindeki alıcı gibi, belirli kapsamda kusursuz sorumluluk ayrıcalığından yararlandırılmalı ve zapta bağlı doğrudan zararlar için kiraya vereni her hâl ve durumda sorumlu tutabilmelidir.

Zapt sorumluluğundan ayrı olarak ele alınması gereken kira konusunun kira ilişkisi devam ederken devri sorunu, BK. m. 254 hükmünde ifadesini bulmuştur. “*Satım ile kiranın infisahi*” kenar başlığını taşıyan BK. m. 254 hükmü şu şekildedir: “*Kiranın akdinden sonra, kiralanan, kiralayan tarafından ahara temlik yahut icraen takibat veya iflas tarihi ile kendisinden nezedildiği takdirde; kiracı kiralananın âhiren maliki olan üçüncü şahıstan ancak kabulü şartı ile kiranın devamını ve kiralayandan akdi icra yahut tazminat ita etmesini isteyebilir. - Bununla beraber kiralanan şey bir gayrimenkul olduğu takdirde, akit daha evvel feshe müsait olmadıkça kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü şahıs, kiraya riayet etmekle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmediği takdirde akdi kabul etmiş addolunur*”. Bu hükmün, kira sözleşmesinin yapıldığı sıradaki subjektif imkânsızlığı ele almak istemediği açıktır. Söz konusu hükümle, kiraya veren açısından sonradan ortaya çıkabilecek “subjektif imkânsızlık” durumuna ilişkin bir çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Bir başka deyişle, kiraya verenin, kira ilişkisi devam ederken kira konusunu devretmesine bağlı olarak çıkabilecek sorunlar ele alınmıştır. Bu sorunlar hakkında, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun tarafından kurulmak istenen sistemin de ayrıca ele alınması gerekir. Söz konusu Kanun’un 7. maddesinde yer alan yeni malikin tahliye davası açmasıyla ilgili düzenleme dikkate alınır, BK. m. 254 hükmünden bütünüyle farklı bir yol tutulduğu hemen anlaşılır. BK. m. 254 hükmü kira konusunu devralan yeni malikin mevcut kira sözleşmesiyle bağlı olmadığı ilkesinden hareket ederken, 6570 sayılı Kanun yeni malikin mevcut kira sözleşmesiyle prensip itibarıyla bağlı olduğu düşüncesini merkez almaktadır. Borçlar Kanunu’nun kurduğu sistemde yeni malikin mevcut kira sözleşmesiyle bağlılığı kendi iradesine dayalı olarak ortaya çıkar. Yeni malik, kiraya veren sıfatını taşımaya devam eden eski



malikin kira konusunu kullandırma borcuna katılabilir. Bunun ötesinde kiracının da oluru alınarak kira sözleşmesinin bir bütün olarak yeni malike devri söz konusu olabilir. Ama yeni malik, kiraya veren sıfatını taşımaya devam eden eski malikin borcuna katılmayı veya kira sözleşmesini bir bütün olarak devralmayı reddederek, kira konusunun bir an önce kendisine verilmesini de isteyebilir. 6570 sayılı Kanun çerçevesinde yeni malik için bu türden bir seçenek söz konusu olmayacak, kira sözleşmesinin bir bütün olarak (bütün hak ve borçlarıyla) kendisine devri yasa gereği gerçekleşecektir. Kira konusu taşınmazı devraldığı anda, kira sözleşmesinin tarafı duruma gelen yeni malik, bu sebeple, kira sözleşmesiyle bağlıdır. Devir anında kira sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkan eski malik ise, bu andan sonrası için kira sözleşmesinden doğacak borçlardan kurtulmuş ve hakları da talep edemez hâle gelmiş olacaktır. Yeni malik, 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 hükmünde e bendinde belirtilen olanak dışında, eski malik hangi hâllerde kira sözleşmesini sona erdirebilecekse aynı hâllerde sözleşmeyi sonlandırabilir. O halde taşınmaz kiralari açısından varlığını sürdüren ikili yapı, konumuz açısından da etkisini göstermektedir.

Konuya ilişkin olarak çözümlenmesi gereken ilk sorun, kira ilişkisi devam ederken kira konusunu devralan kişinin mevcut kira sözleşmesiyle bağlı olup olmayacağı sorunudur. Bir bağlılık olacaksa bu bağlılığın "nasıl" gerçekleşeceği de bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Kira konusunu devralanın bağlılığı mevcut kira sözleşmesine taraf kılınmasıyla da gerçekleşebilir (sözleşme devri), kira sözleşmesinin taraflarında bir değişiklik olmadan da söz konusu olabilir (kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan kullandırma borcuna katılmada olduğu gibi). Kira konusunu devralan kişi mevcut sözleşmeyle bağlı olmayacaksa, bu sefer, kiracının korunup korunmayacağı, korunacaksa hangi ölçüde korunacağı sorunu ortaya çıkar. Devralanın sözleşmeyle bağlılığı olmamasına karşın, kiracıya bir süre tanınması amaca uygun görülebilir. Böyle bir süreden yararlanan kiracı, duruma uyum sağlama şansını elde edecektir. Nihayet, kira konusunun devri yüzünden kullanma olanağından yoksun kalan kiracının, uğradığı zararların tazminini hangi esaslar uyarınca talep edebileceği hususu da ele alınması gereken bir diğer sorun olarak ortaya çıkar. İşte bütün bu sorunlar, BK. ve 6570 sayılı K. tarafından farklı yollardan çözümlenmiştir. Şimdi bu farklı çözüm yolları, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın konuya yaklaşımı da dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.



## II. Kira Konusunun Devrine İlişkin Hükümlerin Uygulanma Alanı

### A. Kira Konusunun Devir Yoluyla Kazanılması Zorunluluğu

Kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin hangi durumlarda uygulama alanı bulacağıнын belirlenmesi gerekir. BK. m. 254 ve 6570 sayılı K. m. 7 f. 1'in d bendi, kira konusunun maliki olan kişinin değiştiği her olasılıkta uygulanmazlar. Söz konusu hükümlerin uygulanması için, malik değişimi *kira konusunun devrine* dayanmalıdır<sup>7</sup>. BK. m. 254 hükmü, kira konusunun mülkiyetini icra takibi veya iflas yoluyla takip sonucunda kazanan kişiyi, kira konusunu devralan kişiye eş tutmuştur. Aynı paralelliğin 6570 sayılı Kanun açısından da söz konusu olması gerekir. Kira konusunu icra veya iflas takibinin sonucunda kazanan kişi, devralan kişi gibi, yeni malik sıfatıyla 6570 sayılı K.'na tabi kira sözleşmesine taraf olacak ve söz konusu Kanun m. 7 f. 1'in d bendinde yer alan olanaktan yararlanabilecektir<sup>8</sup>. Borçlar Kanunu hükümleri 6570 sayılı Kanun'la çelişip çatışmadığı sürece uygulanırlar. Bu uygulama, 6570 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeyi tamamlamak amacıyla olabileceği gibi, anlamlandırmak amacıyla da olabilir. Buna göre 6570 sayılı Kanun m. 7'de yer alan *kira konusunu iktisap eden kimse* tabirinden, kira konusunu devir yoluyla iktisap edenlerle birlikte, kira konusunu icra veya iflâs takibi yoluyla iktisap edenler de anlaşılmalıdır.

<sup>7</sup> SCHMID, aArt. 259, N. 5; HIGI, Art. 261-261 a, N. 4. Kira konusunun devri satım, trampa veya bağışlama gibi bir sözleşmeye dayanabileceği gibi, belirli mal vasiyetinin yerine getirilmesi veya bir ortaklığa sermaye olarak koyma biçiminde de gerçekleşebilir. Özel bir malvarlığına (örneğin bir ticarî işletmeye) dâhil olan kira konusunun, bu malvarlığı ile birlikte devredilmesi de kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasına olanak verir. Özel bir malvarlığının bir bütün olarak devrine ilişkin borçlandırıcı işlemin ifası, söz konusu malvarlığının bünyesinde yer alan her unsurun bünyesine uygun tasarruf işleminin yapılmasını gerektirir. BK. m. 179 hükmü malvarlığının bünyesinde yer alan borçların nakli bakımından özel bir düzenleme getirmektedir. Yoksa hakların intikali bakımından her bir hakka ilişkin olarak tasarruf işleminin yapılması gerekliliği ortadan kalkmaz. Bu nedenle özel malvarlığı (ticarî işletme) bünyesindeki kira konusunu devralan kişiye küllî halef gözüyle bakılamaz. Aynı düşünce için bkz. Bettina HÜRLIMANN-KAUPP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Mieta und Sachenrecht, Basel-Genf 2008, s. 218, dpn. 82.

<sup>8</sup> Hâlûk BURCUOĞLU, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993, s. 440-441. Kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından cebri icra yoluyla devrin kiraya veren tarafından devre denk sayılması hakkında ayrıca bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 135; YAVUZ, s. 290; GÜMÜŞ, s. 355.



Kira konusu taşınmaz rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip sonucunda el değiştirirse, bu durumda da kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıktır.

Paylı mülkiyet rejimine tabi olan ve paydaşlarca kiraya verilen bir taşınmazla ilgili olarak paydaşlığın giderilmesi davası açılırsa, yargıç, nakden paylaşmaya karar verebilir. Böyle bir durumda arttırmaya çıkarılan taşınmazın mülkiyeti kendisine ihale yapılan kimseye geçirilince<sup>9</sup>, kira konusunun devrine ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>10</sup>. Söz konusu taşınmaza ilişkin kira sözleşmesi 6570 sayılı Kanun kapsamındaysa, kendisine ihale yapılan kişi taşınmazın yeni sahibi sıfatıyla kira sözleşmesine taraf olacak ve m. 7 f. 1'in d bendi uyarınca tahliye davası açabilecektir. Kira ilişkisi Borçlar Kanunu kapsamındaysa BK. m. 254'ün uygulanmasına olanak verecek biçimde kira konusunun el değiştirmesi gerçekleşmiş olacaktır.

Bir kimse sahip olduğu taşınmazı kiraya verdikten sonra söz konusu taşınmazdan belirli payları devrederse, kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanacağı düşünülebilir<sup>11</sup>. Böyle bir durum kiracı açısından değerlendirilirse, kira konusu taşınmazın birden fazla kişiye devredilmesine benzer bir etki yaratır. Pay devralan kişinin, 6570 sayılı Kanun anlamında kira konusu taşınmazın

<sup>9</sup> Paydaşların çıkarı için yapılan arttırmayla satışın cebri değil de ihtiyarî bir arttırma olduğu göz önünde tutulursa, taşınmazın mülkiyeti ihale anında değil, kendisine ihale yapılan kişi adına tapuda tescil yapılıncaya geçmelidir. Bir taşınmazın ihtiyarî açık arttırmaya konu olması ya malikin iradesine dayanır ya da malik lehine gerçekleşir. Taşınmazın maliki veya malikleri lehine olmak üzere yargıcın açık arttırmaya karar vermesi, bu arttırmanın ihtiyarî niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu çerçevede mirasın paylaşılmasında veya paydaşlığın giderilmesinde yargıç kararıyla yapılan açık arttırma ihtiyarî açık arttırma olarak nitelenecektir. Bkz. TANDOĞAN, I/1, s. 322. Taşınmazların cebri arttırma sonucu ihale edilmesinde karşılaştığımız sicil dışı mülkiyet kazanımı, ihtiyarî açık arttırma sonucu yapılan ihalelerde söz konusu olmaz. Bkz. YAVUZ, s. 230-231. Ne var ki aksi düşüncüyü savunanlar da vardır. Örneğin OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, açık arttırma yoluyla paydaşlığın giderilmesinde, arttırma yolu ile taşınmazın satılarak mülkiyetin alıcıya geçirilmesini MK. m. 716 çerçevesinde görmekte, alıcı açısından tescilsiz kazanma olduğunu ileri sürmektedirler. M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 281, özellikle dpn. 198'e bakınız.

<sup>10</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 220.

<sup>11</sup> Nitekim bu biçimde bir yaklaşım için bkz. HÜRLIMANN-KAUPP, s. 219, 234.. Ne var ki kira konusu yerin bulunduğu taşınmazın (aynı zamanda kiraya veren sıfatını taşıyan) maliki bu taşınmaz üzerinde kat mülkiyetine geçilmesini sağlar ve bundan böyle kat mülkiyetine tabi bağımsız bir bölüm oluşturan kira konusu yeri bir başkasına devrederse, devralan kişi tek başına kira konusunu iktisap eden kişi olarak kabul edilecektir.



yeni maliki olarak kabul edilmesi ve söz konusu Kanun'un 7. maddesinin d bendinde yeni malike tanınan olanaktan yararlanarak tahliye davası açabilmesi mümkün görülebilir<sup>12</sup>. Borçlar Kanunu kapsamında kalan bir taşınmaz kirası söz konusu olduğunda, pay devralanın kira sözleşmesiyle bağlılığı BK. m. 254 hükmüne göre belirlenecektir.

Bir kimse, kendisine ait olan ve hukuken bağımsız durumda bulunan iki taşınmazı tek bir kira sözleşmesine konu yapabilir. 6570 sayılı Kanun kapsamında kalan kira ilişkisi devam ederken taşınmazlardan birinin başkasına devredilmesi, diğerininse kiraya verende kalması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda tek kira sözleşmesinin bölünmesi gerektiği ve başkasına devredilen taşınmaza ilişkin sözleşme kısmı itibarıyla kiraya veren sıfatının yeni malike geçtiği ileri sürülebilecektir. Bunun gibi, taşınmazların her ikisinin farklı kişilere devredilmesi de bir sorun olarak ortaya çıkar. Bu örnekteki durumda da, mevcut kira sözleşmesinin bölünmesi sonucunu kabul etmek kanaatimce yerinde olur. Tek bir kira sözleşmesi, farklı kişilerce devralınan taşınmazların sayısınca sözleşmeye bölünecek ve devralanlar bu sözleşmeler bakımından kiraya veren sıfatını kazanacaktır. Kira konusu taşınmazın, kira ilişkisi devam ederken bölüdüğü ve bölümlerden birisinin devredildiği olasılıkta da benzer bir şekilde düşünmek gerekir<sup>13</sup>.

Kooperatiflerde tapuda bireysel mülkiyete geçilmemiş olmasına rağmen, kooperatif payı edinilmesi ve buna bağlı olarak tahsise konu olan taşınmazın el değiştirmesinin kira konusunun devri kavramı içerisinde düşünülmesi mümkündür. Bu durumda kooperatif payını devralan kişi yeni malik olarak 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1'in d bendindeki olanaktan yararlanabilecek<sup>14</sup>, kira ilişkisi Borç-

<sup>12</sup> Kiraya veren sıfatını taşıyan kişiler arasında paylı mülkiyet rejiminin bulunduğu dikkate alınır, kira sözleşmesini sona erdirecek olan tahliye davası açılmasının önemli iş olduğu ve nitelikli çoğunluğa dayanan bir karar alınmasını gerektirdiği hatırlanmalıdır.

<sup>13</sup> Ne var ki bu konuda farklı bir değerlendirme yapıldığı ve mevcut kira sözleşmesinin bölünmesine karşı çıktığı da görülmektedir. Tarafların iradesine göre değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülerek, yukarıda (metinde) belirtilen bütün durumlarda kira sözleşmesinin teklifi (bütünlüğünü) koruyacağı kabul edilmektedir. Öyle ki kiraya veren malik kira konusu taşınmazı parçalara ayırır ve oluşan parçalardan her birini ayrı kişilere devrederse, bu kişiler mevcut kira sözleşmesinin kiraya veren tarafını hep birlikte oluşturmalıdırlar. Bir başka deyişle kiraya veren tarafta taraf çokluğu ortaya çıkacaktır. Kira konusunun başlangıçtan itibaren iki taşınmazdan oluştuğu ve taşınmazlardan birisinin devredildiği olasılıkta da, devredilen taşınmazın maliki olan kişiyle diğer taşınmazın maliki olarak kalmaya devam eden kişi, birlikte, kiraya veren sıfatını kazanacaktır. HÜRLIMANN-KAUPP, s. 219, 234-235.

<sup>14</sup> BURCUOĞLU, s. 442.



lar Kanunu'na tabiyse, bu sefer BK. m. 254 açısından yeni malik konumunda olacaktır.

Bir taşınmazın paydaşları, taşınmazın bir bölümünü kiraya verdikten sonra aynen paylaşımaya gidebilirler. Bu aynen paylaşım sonucunda kiracının bulunduğu yer kendisine kalan paydaş, kira konusunu devralan kişi olarak düşünülemez. Kira konusu yerin bulunduğu taşınmaz bölümü kendisine kalan paydaş, kira sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren kiraya veren sıfatını taşıdığı için 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 d bendi'ne dayanarak tahliye davası açamaz. Borçlar Kanunu'na tabi bir taşınmaz kirası söz konusuysa, "satım kirayı bozar" deyişine<sup>15</sup> sığınarak kendisinin zaten tarafı durumunda olduğu kira sözleşmesiyle bağlı olmadığını ileri sürmesi de mümkün değildir. Aynı düşünceler paylı mülkiyete tabi taşınmazın paydaşlardan birisine devredildiği olasılık için de geçerlidir. Kira konusu taşınmaza elbirliği mülkiyeti kuralları uyarınca malik olan (ve hep birlikte kiraya veren sıfatını taşıyan) mirasçılar arasında paylaşım gerçekleşir ve taşınmaz aralarından birisine bırakılırsa, bu mirasçı yeni malik olarak görülemez ve kira konusunun devrine ilişkin hükümler uygulanmaz<sup>16</sup>.

## B. Kira Konusu Üzerinde Sınırlı Aynî Hak Kazanılması

Kira konusunun devrine ilişkin hükümler, kira konusunun mülkiyetinin devralınması olasılığından başka, kira konusu üzerinde kiracının kullanma hakkıyla bağdaşmayacak bir sınırlı aynî hak (intifa, oturma ve üst hakları gibi) kazanılması durumunda da uygulanırlar. Bir başka deyişle kira ilişkisi devam ederken kira konusu üzerinde intifa, oturma veya üst hakkı gibi bir irtifak hakkı kazanan kişi, mülkiyeti devralan kişi gibi değerlendirilip aynı hükme tabi tutulur<sup>17</sup>. Bu konuda kaynak İsviçre Hukuku açık bir hüküm içermektedir. ZGB Art. 261 a hükmü, kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin, kira konusu üzerinde

<sup>15</sup> Deyişi Sungurbey'den ödünç olarak kullanmaktayım. Nitekim bkz. İsmet SUNGUR-BEY, *Medenî Hukuk Eleştirileri*, İkinci Cilt, İstanbul 1970, s. 219. Tandoğan da aynı deyişimi kullanmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 126.

<sup>16</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 216; David LACHAT/Daniel STOLL/Andreas BRUNNER, *Das Mietrecht für die Praxis*, 6. Auflage, Zürich 2005, s. 480. Kiralananda önceden malik olan kişilerin, daha sonra kiralananın tamamını ya da daha çok payını iktisap etmeleri halinde, taşınmazı iktisap eden kişi sıfatıyla 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d'den yararlanamayacakları BURCUOĞLU tarafından da ileri sürülmüştür. BURCUOĞLU, s. 443 vd.

<sup>17</sup> HİGI, Art. 261-261a, N. 5.



üçüncü kişi lehine sınırlı aynî hak kurulması durumunda kıyas yoluyla uygulanacağını belirtmektedir. Yeter ki üçüncü kişi lehine sınırlı aynî hak kurulması, kiracı açısından, kira konusunun devrine eş değer bir sonuç ortaya çıkarsın. Böyle bir hükümden yoksun olan yürürlükteki Türk hukukunda da, farklı bir sonuca varılması gerekmez. Çıkarlar dengesindeki özdeşlik, benzer durumlara benzer sonuçların uygulanmasını gerektirir<sup>18</sup>. Kira konusu üzerinde kiracının haklarıyla bağdaşmayacak bir sınırlı aynî hak kazanan kişi, BK. m. 254 hükmünün uygulanması bakımından kira konusunu devralan kişiyle aynı durumda kabul edileceği gibi, 6570 sayılı Kanun'un konuya ilişkin sisteminin uygulanması bakımından da kira konusunu iktisap eden kimseye denk sayılır.

### C. Kiraya Veren Konumundaki Aynî Hak Sahibinin Devir ve İcra-İflâs Müdahalesi Dışında Kalan Bir Sebeple Hakkını Kaybetmesi

Kira konusu üzerinde aynî hak sahibi olan kişi, bu aynî hakkı, devir veya icra-İflâs müdahalesi dışında kalan bir sebeple yitirebilir. Bu tür durumların kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulama alanına girmeyeceği açıktır<sup>19</sup>. Kiraya verenin kira konusu üzerindeki aynî hakkını devir veya icra-

<sup>18</sup> Nitekim kira konusu üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin olarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Ne var ki konuya ilişkin ZGB aArt. 259 hükmünün, kira konusu üzerinde kiracının haklarıyla bağdaşmayacak herhangi bir aynî hak kazanılması durumunda uygulanacağı noktasında bir kuşku da bulunmamaktaydı. Nitekim bkz. SCHMID, aArt. 259, N. 1. Taşınmaz üzerinde intifa hakkı elde edenlerin 6570 sayılı Kanun anlamında taşınmazı iktisap eden kimse sayılacağı ve 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d'deki olaktan yararlanacağı Türk öğretisinde Burcuoğlu tarafından gündeme getirilmiştir. BURCUOĞLU, s. 446. Burcuoğlu'un aynı yerde yollama yaptığı 6 HD'nin 9. 12. 1986 tarih ve E. 12402 K. 14085 sayılı kararından, Yargıtay'ın da öteden beri bu yaklaşım biçimini benimsediği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu Tasarısı, 311. maddesiyle, "sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynî hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır" diyerek, İsviçre'deki gelişime, öğreti ve uygulamada hâkim olan anlayışa uygun bir tutum takınmıştır.

<sup>19</sup> SCHMID, aArt. 259, N. 10; HIGI, Art. 261-261a, N. 7. Kiraya verenin aynî hakkının devir veya icra-İflâs müdahalesi dışında kalan sebeplerle son bulması ve kiracının üçüncü bir kişinin aynî talebiyle karşılaşır kira konusunu ona bırakması olasılığında, kiracının kiraya verene karşı ileri süreceği tazminat talebinin dayanağı tartışmalıdır. Bu tazminat talebini genel sözleşmeye aykırılık hükmüne (BK. m. 96) dayandıranlar olduğu gibi (örneğin HIGI), kira konusunun devrine ilişkin hükümler içerisinde yer alan ve kiracının kiraya verenden sözleşmenin ifasını veya uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceğini belirten düzenlemeye (BK. m. 254 f. 1) dayandıranlar da vardır (örneğin SCHMID). Ka-



iflâs müdahalesi dışında sebeplerle yitirmesine şu örnekler verilebilir: Kiraya veren intifa, oturma veya bağımsız olmayan üst hakkı sahibidir ve kira ilişkisi devam ederken ölmüştür. Kiraya verenin sahip olduğu intifa, oturma veya üst hakkı kira ilişkisi devam ederken sürenin dolması sebebiyle son bulmuştur. Kiraya verenin kira konusu üzerindeki mülkiyet hakkı bağışlayana dönme şartlı bir bağışlama çerçevesinde edinilmiştir ve kira ilişkisi devam ederken (bağışlama lehtarî durumundaki) kiraya veren ölmüştür<sup>20</sup>. Bir taşınırı bozucu şart olarak kararlaştırılmış bir mülkiyeti saklı tutma kaydı ile edinmiş olan kiraya veren, kira ilişkisi devam ederken bozucu şartın gerçekleşmesini sağlamış ve kira konusu üzerindeki mülkiyetinin düşmesine yol açmıştır<sup>21</sup>. Bütün bu örneklerde aynı hakkı son bulan kişinin kiracısı, karşısında, kiraya vereni dışındaki bir kimseyi bulmakta ve onun aynı hakka dayanan bir talebi karşısında kalma rizikosu-

naatimce bu tartışma yersizdir. Çünkü kira konusunun devrine ilişkin hükümde (BK. m. 254 f. 1) sözü geçen kiracının kiraya verenden isteyebileceği tazminat, BK. m. 96'ya dayanan tazminattır. BK. m. 254 f. 1, sözleşmeye aykırılığa dayanarak tazminat isteme olanağının saklı olduğunu hatırlatmakla yetinmektedir. Buna göre kira konusu üzerindeki aynı hakkını (devir veya icra-iflâs müdahalesi dışında kalan bir sebeple) yitiren kiraya verenin bu duruma kusuru olmadan düştüğü (kiraya veren veya mirasçıları tarafından ispat edilirse), kiracının tazminat talebinde bulunması söz konusu olmaz. Bunun gibi kiracının bu sonucu kira ilişkisinin başında öngörebileceği, kiraya verenin aynı hakkındaki sınırlamanın farkında olarak kira ilişkisini kurduğu söylenebiliyorsa, tazminat talebinde bulunmasına olanak verilmez.

<sup>20</sup> Bağışlama lehtarının ölümünün bağışlama sözleşmesinin bağlandığı bir bozucu şart olduğunu söyleyenler olduğu gibi, bağışlama sözleşmesinin ifasını oluşturan tasarruf işleminin bağlandığı bir bozucu şart olduğunu söyleyenler de vardır. Bu ikinci düşünceyi savunanlara göre, bağışlama lehtarî öldüğü zaman, tasarruf işlemi hükümden düşecek ve bağışlama konusu malın mülkiyeti bağışlama yapan kişiye geri dönecektir. Bağışlama lehtarının mirasçılarına karşı yöneltilen talep de bir aynı talep olacaktır. Yargıtay'ın yaklaşım biçimi de bu görüş doğrultusundadır. Nitekim bkz. 1 HD'nin, 28. 12. 1987 tarihli ve E. 9690, K. 13087 sayılı kararı (YKD, 1989/2, s. 189). Ayrıca bkz. YAVUZ, s. 247; SEROZAN, s. 212. Bağışlama lehtarının ölümü şartının, bağışlama sözleşmesinin bağlandığı bir bozucu şart olduğu, bu şartın gerçekleşmesiyle mülkiyetin kendiliğinden dönmeyişinin söz konusu olmayacağı, bağışlama yapan kişinin (veya mirasçılarının) ölmüş olan bağışlama lehtarının mirasçılarına yönelteceği kişisel bir iade talebinin söz konusu olacağı hakkında bkz. Hüseyin HATEMİ/ (Rona SEROZAN/ Abdülkadir ARPACI), Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 559-560. Benzer şekilde bir düşünce için bkz. OGUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 185, dpn. 605.

<sup>21</sup> Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işleminin bağlandığı bir bozucu şart olarak düşünülmesi ve buna bağlı olarak ortaya çıkacak sonuçlar için bkz. Rona SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, 2. bası, İstanbul 2007, s. 278 vd.; Rona SEROZAN, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri, Y: 1, No: 2'den ayrı bası, İstanbul 1968, s. 6-7.



nu taşımaktadır. Bütün bu olasılıklarda çıkarlar dengesindeki benzerlik nedeniyle kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasının söz konusu olabileceği ileri sürülebilir<sup>22</sup>.

#### D. Kiraya Verenın Malik Sıfatını Taşınması Zorunluluğu

Kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için kiraya veren (ve sonra kira konusunu devreden) kimsenin aynı zamanda kira konusunun maliki olması gerekir<sup>23</sup>. Bu BK. m. 254 açısından böyle olduğu gibi 6570 sayılı Kanun'un kurduğu sistem açısından da böyledir. Bir taşınmaz, bu taşınmazın maliki olan kişiden başkası tarafından kiralanmışsa, söz konusu taşınmazı devralan açısından BK. m. 254 hükmünün getirdiği kayıtlamalar söz konusu olmaz. O halde böyle bir taşınmazı devralan kişi, taşınmazda kiracı sıfatıyla bulunan kişiye karşı derhal müdahalenin önlenmesi talebinde bulunabilir. Feshi bildirme dönem ve sürelerine uyarak kiracıdan taşınmazı bırakmasını isteme zorunluluğu ve en yakın feshi bildirme döneminin sonu itibarıyla böyle bir istekte bulunmadığı takdirde kiraya verenin kullandırma borcuna katılmış sayılma gibi sonuçlar söz konusu olmaz.

Benzer bir sonuç 6570 sayılı Kanun'a tabi taşınmaz kiralari açısından da ortaya çıkacaktır. Böyle bir kira sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturan kişi kira konusu taşınmazın maliki sıfatını taşımayabilir. Bu olasılıkta, bizzat malik taşınmazı devrettiği takdirde, devralan kişi açısından, taşınmazla ilgili kira sözleşmesiyle bağlı olma gibi bir durum ortaya çıkmayacaktır. 6570 sayılı Kanun'un kurduğu taşınmazı devralan kişinin taşınmazla ilgili kira sözleşmesine taraf olması (yasal sözleşme devri) sistemi bu olasılıkta işlemez. Bu sistemin

<sup>22</sup> İntifa hakkı sona erdikten sonra intifa hakkı sahibinin kiracısının malikle karşı karşıya kalması olasılığı üzerinde fikir yürüten Türk öğretisi, öteden beri, kiracının kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla korunması gerektiği düşüncesindedir. 6570 sayılı Kanun'a tabi taşınmazlar açısından konuya bakıldıkta, intifa hakkının son bulmasıyla birlikte çıplak mülkiyeti tam mülkiyete dönüşecek olan malik, kira konusunu iktisap eden kimse olarak düşünülecek ve mevcut kira sözleşmesine taraf durumuna gelecektir. Diğer taraftan malikin 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d'deki olanağın yararlanması da mümkün olacaktır. Bu konuda bkz. BURCUOĞLU, s. 447; Mustafa AKSU, Taşınmazlarda İntifa Hakkı Kurulmadan Önce ya da İntifa Süresince Yapılmış Kira Sözleşmesinin İntifa Hakkının Sona Ermesiyle Birlikte Hukukî Durumu, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'ye Armağan, Ankara 2006, s. 79; Burak ÖZEN, Türk Medenî Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 200-201.

<sup>23</sup> Konuyla ilgili olarak bkz. HÜRLIMANN-KAUPP, s. 206-207.



işleyebilmesi için taşınmazı kiraya veren kişinin aynı zamanda taşınmazın maliki olması ve kira ilişkisi devam ederken taşınmazı devretmesi gereklidir.

Ne var ki yukarıda belirtilen ilkeye bazı istisnaların tanınması söz konusu olabilir. Kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin uygulanması bakımından kiraya verenin malik olması gerekliliği, malik sıfatını taşımayan kiraya verenin geçerli bir devir yapamayacak olmasından kaynaklanır. Malik sıfatını taşımayan bir kiraya veren, kira konusunu devretmek bakımından gerekli tasarruf yetkisinden yoksundur. Ne var ki iyiniyeti koruyan hükümler tasarruf yetkisi eksikliğini giderdiği oranda, malik sıfatını taşımayan kiraya verenin geçerli bir devir yapması mümkün olur. Bu olasılıkta da kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasındaki engel ortadan kalkar. Kiraya verenin tapuda malik olarak görüldüğü, ne var ki bu görüntünün (kiraya veren adına mevcut tescilin) yolsuz olduğu düşünülün. Tapudaki bu yolsuz tescile güvenerek, malik olarak görünen kiraya verenden iyiniyetle taşınmazı devralan kişi, iyiniyeti sayesinde taşınmazın mülkiyetini kazanır. İyiniyetin kiraya verenin tasarruf yetkisi eksikliğini onardığı bu olasılıkta, kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin uygulanması gerekir<sup>24</sup>. O halde söz konusu taşınmaza ilişkin kira sözleşmesi 6570 sayılı Kanun'a tabi ise, (gerçekte malik sıfatını taşımayan) kiraya verenden taşınmazı devralan kişi, devrin tamamlandığı andan itibaren kiraya veren sıfatını kazanır. Bir başka deyişle yasal sözleşme devri gerçekleşir.

Taşınmaz tapuda yolsuz olarak malik görünen kişi tarafından kiraya verildikten sonra, gerçek malik bir tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak tapudaki yolsuzluğun giderilmesini sağlarsa, mevcut kira sözleşmesinin kendisine karşı hiçbir şekilde ileri sürülemeyeceği açıktır<sup>25</sup>.

Kiraya verenle kira konusunun maliki olan kişinin özdeş olması zorunluluğundan yola çıkılarak kira konusunun devrine ilişkin hükümlerinin uygulanmasının reddedileceği başkaca durumlar da vardır. Bir taşınmaz malik tarafından kiraya verildikten sonra kiracı tarafından alt kira sözleşmesine konu yapılmış olabilir. Asıl kiraya veren sıfatını taşıyan malikin taşınmazı devretmesi olasılığında, kira konusunun devrine ilişkin hükümlerden alt kiracının yararlanması ancak dolaylı olabilir. 6570 sayılı Kanun'a tabi bir taşınmaz kirasında alt kira

<sup>24</sup> İyiniyetin tasarruf yetkisi eksikliğini giderici rolü hakkında bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OK-TAY-ÖZDEMİR, s. 200 vd.

<sup>25</sup> Kiraya verenin malik sıfatını taşıması ilkesi ve bu ilkenin istisnaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. HÜRLIMANN-KAUP, s. 209-210.



ilişkisi kurma olanağı kural olarak yoktur. Ne var ki bu hususta kiracıya izin verilmiş olabilir. Kiracı böyle bir izin çerçevesinde alt kira ilişkisi kurduktan sonra asıl kiraya veren konumundaki malik taşınmazı devrederse, yeni malik asıl kira sözleşmesine taraf durumuna gelir. Yeni malik, tarafı durumuna geldiği asıl kira sözleşmesine uygun olarak kurulmuş alt kira ilişkisine ses çıkaramaz.

Belirtilen bu duruma benzer bir diğer örnek, intifa hakkıyla kayıtlı bir taşınmazın intifa hakkı sahibi tarafından kiralanması olasılığında ortaya çıkar. Bu olasılıkta kiraya veren sıfatıyla malik sıfatının aynı kişide toplanmadığı açıktır. İntifa hakkıyla kayıtlı taşınmazın maliki tarafından devredilmesi durumunda, kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin uygulanmayacağı da aynı oranda açıktır. Ne var ki taşınmazı devralan kişinin, intifa hakkı sahibinin kiracısına her hangi bir müdahalede bulunması söz konusu olmaz<sup>26</sup>. İntifa hakkı sahibi yetki alanı içinde kalarak (medenî ürün elde etme yetkisini kullanarak) taşınmazı kiralamıştır ve malik bu duruma katlanmak zorundadır. Kira konusu taşınmazı devralan kişinin, intifa hakkı sahibi tarafından kurulmuş kira ilişkisine taraf durumuna geleceği (yasal bir sözleşme devri gerçekleşeceği) ve yeni malike 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d hükmünde tanınmış olanaktan yararlanarak ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açabilmesi düşünülemez. Ne var ki intifa hakkının son bulunduğu aşamada, malikle karşı karşıya kalan intifa hakkı sahibinin kiracısını koruma gereksinimi ve kira konusunun devriyle ilgili hükümleri kıyas yoluyla uygulama olanağı saklıdır. Belirtilen bu son durumda taşınmazın maliki, intifa hakkı sahibinin (hakkının son bulması sebebiyle) aradan çıkmasına dayanarak ve intifa hakkının getirdiği kayıtlamaya uyma zorunluluğunun ortadan kalktığını ileri sürerek kiracının taşınmazı terk etmesini isteyememelidir. Sanki taşınmaz devredilmişçesine, malik, intifa hakkı sahibi tarafından kurulmuş ve 6570 sayılı Kanun'a tabi olan kira sözleşmesine taraf durumuna gelmeli ve ancak 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen sebeplerden birisine dayanarak tahliye davası açabilmelidir<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Kira konusu taşınmazın intifa hakkıyla kayıtlı olması durumunda, taşınmazın çıplak mülkiyetini iktisap eden kimsenin ihtiyacını ileri sürerek 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasının d bendi uyarınca tahliye davası açamayacağı hakkında bkz. BURCUOĞLU, s. 446 ve orada anılan 6 HD'nin 14. 11. 1991 tarih ve E. 1991/13547, K. 1991/14055 sayılı kararı.

<sup>27</sup> BURCUOĞLU, s. 447; AKSU, s. 70; ÖZEN, s. 200-201. İntifa hakkı sahibi tarafından kurulmuş kira ilişkisi 6570 sayılı Kanun kapsamında değilse, bu sefer de BK. m. 254 hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olmalıdır. O halde malik, taşınmaz üzerindeki intifa hakkı son bulduktan sonra intifa hakkı sahibinin kiracısından derhal tahliye



Bir taşınmazı malikin dolaylı temsilcisi olarak hareket eden bir kimse kiraya vermişse, kiraya veren sıfatıyla taşınmazın maliki sıfatı birbirinden farklı kişilerde bulunur. Söz konusu taşınmaz kira ilişkisi devam ederken malik tarafından devredilirse, taşınmazı devreden kişinin kiraya veren sıfatını taşıyamamasına rağmen, kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği söylenebilir. Bu olasılıkta taşınmaz malikiyle kiraya verenin ayrı kişiler olması görmezden gelinebilir<sup>28</sup>. 6570 sayılı Kanun'a tabi bir taşınmaz kirası söz konusuysa, taşınmazı devralan kişinin kiraya veren sıfatını kazanır (kira sözleşmesinin yasal olarak devri ortaya çıkar). Gerçi kira konusu taşınmazı devreden malik kiraya veren sıfatını taşımamaktadır, ancak, bu sıfatı taşıyan kişinin malikle olan ilişkisi gözden kaçacak gibi değildir. Böylelikle bir taşınmazın idarecisine verilen temsil yetkisinin türüne göre farklı hukukî sonuçların ortaya çıkması da engellenmiş olur. Bir taşınmazın idarecisi, malikin doğrudan temsilcisi olarak taşınmazı kiraya verirse, malik kendi adına yapılan kira sözleşmesinde kiraya veren sıfatını kazanır. Aynı malikin sonradan taşınmazı devretmesi, kiraya veren tarafından taşınmazın devredilmesi anlamına gelir ve devralan kişi 6570 sayılı Kanun çerçevesinde mevcut kira sözleşmesine taraf durumuna gelir. Taşınmaz idarecisinin dolaylı temsilci olarak davrandığı ve kira sözleşmesini (malik hesabına olmakla birlikte) kendi adına kurduğu olasılıkta, farklı bir sonuca varmak doğru olmaz. Bu olasılıkta da, malikten taşınmazı devralan kişinin mevcut kira sözleşmesine taraf hâle gelmesi (yasal sözleşme devrinin kabul edilmesi) benzer durumlara farklı sonuç bağlanmasının önüne geçer. Böylelikle malikin idare etsin diye taşınmazı bıraktığı kişiye verdiği temsil yetkisinin türüne göre, yani bütünüyle rastlantısal olarak, 6570 sayılı Kanun'un uygulanması veya uygulanmaması gibi bir problemle karşılaşılmaz.

Bir taşınmazın paydaşlarından biri kira sözleşmesini kendi adına kurmuşsa, diğer paydaşlar kiraya veren sıfatını taşımayacaktır. Böyle bir durumda paydaşlar hep birlikte hareket ederek kira konusu taşınmazı başkasına devrederlerse, kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun olarak ortaya çıkar. Taşınmaza ilişkin kira sözleşmesi 6570 sayılı Kanun'a tabi

---

isteyememeli, en yakın feshi bildirme döneminin sonu itibarıyla ve feshi bildirme süresine uyarak böyle bir istekte bulunabilmelidir. En yakın feshi bildirme döneminin sonu itibarıyla kiracının taşınmazı tahliye etmesini talep etmediği takdirde, (hâlâ kiraya veren sıfatını koruyan) intifa hakkı sahibinin kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcuna (yasa gereği) katılmış sayılmalıdır.

<sup>28</sup> Bu düşünce için bkz. HÜRLİMANN-KAUP, s. 210-211.



oldukta, devralan kişinin kiraya veren sıfatını kazanıp kazanmayacağı (bir başka deyişle yasal sözleşme devrinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği) söz konusu sorunda alınan tavra göre belirlenir. İlk bakışta olumsuz bir tavır almak gerektiği ve kiraya veren sıfatıyla taşınmazın maliki sıfatının özdeş olmadığı, taşınmaz bizzat kiraya veren tarafından devredilmiş olmadığı için 6570 sayılı Kanun çerçevesinde yasal sözleşme devrinin gerçekleşmeyeceği söylenebilir<sup>29</sup>. Ne var ki sorunun çözülmesi için kira sözleşmesini kendi adına yapan paydaşın bu hususta yetkili kılınıp kılınmadığına bakmak gereklidir.

Kira sözleşmesini kendi adına yapan paydaş, bu şekilde davranmak bakımından diğer paydaşlarca yetkilendirilmiş olabilir<sup>30</sup>. Bu olasılıkta kira konusu taşınmaz bütün paydaşlar (kira sözleşmesine taraf olan paydaş ve diğer paydaşlar) tarafından devredildiği takdirde, devralan kişi 6570 sayılı Kanun'a uygun olarak kiraya veren sıfatını da devralmış sayılır. Borçlar Kanunu çerçevesinde kalan bir taşınmaz kirası söz konusuysa, devralan, BK. m. 254 hükmünde öngörülen sonuçlarla karşılaşır. Kira konusu taşınmazı kiraya veren kişiyle devreden kişinin özdeş olmadığı, bu nedenle kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı devralan tarafından ileri sürülemez. Kiracının hukukî konumu bakımından bütün paydaşlarca saygı gösterilmesi gereken kira sözleşmesinin nasıl yapılandırıldığı önemli olmamalıdır. Pay ve paydaş çoğunluğuyla verilmiş bir karara dayanan ve bütün paydaşlarca saygı gösterilmesi gereken kira sözleşmesi, ister bütün paydaşlar adına isterse tek bir paydaş adına yapılmış olsun, taşınmazın devrine bağlı olarak ortaya çıkacak sonuçlar karşısında kiracının korunma ihtiyacı aynıdır<sup>31</sup>.

Kira sözleşmesini kendi adına yapan paydaş, bu konuda yetkili değilse kabul edilmesi gereken sonuçlar bütünüyle farklılaşır. Bu olasılıkta diğer paydaşlar açısından söz konusu kira sözleşmesine riayet etme yükümlülüğü bulunmaz.

<sup>29</sup> BK. m. 254 açısından konuya bakıldıkta, sorun, taşınmazı devralanın bu hükümde yer alan sonuçlarla karşı karşıya kalıp kalmayacağıdır. Bu olasılıkta her ne kadar yasal sözleşme devri söz konusu olmasa da, taşınmazı devralan kiracıdan derhal tahliye istemekte, en yakın feshi ihbar döneminin sonuna kadar beklemek zorunda kalmakta ve sessiz kaldığı takdirde kiraya verenin borcuna katılmış olmaktadır.

<sup>30</sup> Pay ve paydaş çoğunluğuna dayanan bir kararla da böyle bir yetki ortaya çıkabilir. Kira sözleşmesinin yapılması gibi yapıma biçimi de önemli yönetim işidir ve paydaşlardan birinin kira sözleşmesini kendi adına yapması hususunda pay ve paydaş çoğunluğuna dayanan bir karar alınabilir. Bu konuda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 264-265.

<sup>31</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 212.



Diğer paydaşlar (hatta bu paydaşlardan sadece bir tanesi), kira konusu taşınmaz devredilmeden önce bir müdahalenin önlenmesi talebiyle kiracının taşınmazı bırakmasını sağlayabilirler. Taşınmazı bütün paydaşların katılımıyla gerçekleşen bir tasarruf işleminin sonunda devralan kişi de, kira ilişkisi 6570 sayılı Kanun'a tabi olduğu takdirde, yeni malik sıfatıyla mevcut kira sözleşmesine taraf olmaz. Borçlar Kanunu'na tabi bir taşınmaz kirası söz konusu olduğunda, bu sefer de BK. m. 254 hükmünde söz konusu olan kayıtlamalar yeni malik üzerinde etkili olmaz. Yeni malik, kiraya veren sıfatını taşıyan kişiyle (bu kişi bu hususta yetkili olmadığı hâlde kendi adına kira sözleşmesini yapan paydaştır) kira konusu taşınmazı devreden kişilerle (bütün paydaşlar) özdeş olmadığını ileri sürerek, kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin uygulanmasına başarıyla karşı durabilir<sup>32</sup>.

Bir kimsenin kendisine ait taşınmazı, taşınmaz üzerinde aynî hak sahibi olmayan kişilerle birlikte kiraya verdikten sonra, kira ilişkisi devam ederken devretmesi hâlinde nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiğinin üzerinde de durulması gerekir. Bu olasılıkta taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin kiraya veren tarafını, taşınmaz malikinin de içlerinde bulunduğu birden fazla kişi oluşturmaktadır. Kiraya verenlerden biri olan malikin taşınmazı sonradan devretmesi, kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin ve bu hükümlerde kiracıya sağlanan korumanın uygulanmasını gerekli kılar. Gerçi kira konusu taşınmazın maliki sıfatını taşıyan kişiyle sözleşmenin kiraya veren tarafı bakımından tam bir özdeşlik yoktur. Kira konusunun devrinin kiraya veren tarafından gerçekleştirildiği de tam olarak söylenemez. Ne var ki kira konusu taşınmazın maliki, sözleşmenin kiraya veren tarafını oluşturan kişiler arasında yer almaktadır ve kendi açısından borca aykırı bir davranışta bulunmuştur. Bir taşınmazı malikinden kiralayan kiracı açısından, kiraya veren tarafında malikten başka kişilerin de bulunup bulunmaması bir fark yaratmamalı, ilerde taşınmazın devrine karşı kendisini koruyan hükümlerden yararlanabileceğinin güvenini taşıyabilmelidir. Bu söylenenlere bağlı olarak, incelediğimiz olasılıktaki kira sözleşmesi 6570 sayılı Kanun'un kapsamındaysa, taşınmazı devralan kişi yasa gereği kiraya veren sıfatını kazanacaktır.

Bu konuda üzerinde durulmaya değer bir diğer olasılık, bir taşınmaz üzerinde üst hakkı sahibi olan kimsenin kiraya veren sıfatını taşımasıdır. Üst hakkı sahibi, üst hakkı devam ettiği sürece, taşınmazın üzerinde bulunan yapının maliki konumundadır. Burada yapı üzerindeki mülkiyet, üst hakkı irtifakına bağlı bir yetki niteliğindedir. Üst hakkı sahibi söz konusu yapıyı kiraya verdiği takdirde,

<sup>32</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 212.



kiraya veren sıfatıyla yapının maliki sıfatı aynı kişide birleşmiş olur. Kira ilişkisi devam ederken üst hakkı başkasına devredilirse, kira konusu taşınmaz bu taşınmazın maliki sıfatını taşıyan kiraya veren tarafından devredilmiş olur ki, bu durum, kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin doğrudan uygulama alanına girer<sup>33</sup>.

### E. Malik Sıfatını Taşıyan Kiraya Veren Küllî Haleflerinin Durumu

Kira konusunun maliki olan kimsenin değişmesi küllî halefîyet olgusunun bir sonucu olarak gerçekleşirse, kira konusunun devrine ilişkin hükümler uygulanmaz. Böyle durumlarda, kiraya verenin küllî halefi durumundaki kişilerin mevcut kira sözleşmesiyle bağlı olacakları kuşkusuzdur. Kiraya veren sıfatının da intikaline yol açacak başlıca küllî halefîyet olguları olarak miras ve ticaret şirketlerinin birleşmesi anılabilir. Kiraya veren gerçek kişinin ölümü üzerine mirasçuları onun yerine geçecek, kira sözleşmesinden doğan borçlarla yükümlü olacak ve kira sözleşmesinden doğan hakları talep edebileceklerdir. Kiraya veren sıfatını taşıyan ticaret şirketi, bir diğer ticaret şirketiyle, yeni şirket kurma yoluyla veya katılma yoluyla birleşebilir. Yeni kurulan veya bünyesinde katılma gerçekleşen ticaret şirketi, küllî halef sıfatıyla, mevcut kira ilişkisini devam ettirmek durumundadır<sup>34</sup>. Ne var ki öğretide küllî halefîyet olgusu olarak kabul edilen, bu nedenle kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulama alanının dışında tutulan malvarlığının veya ticarî işletmenin devri (BK. m. 179), kanaatimce bu biçimde nitelenemez<sup>35</sup>. Bir malvarlığının (bu arada özel bir malvarlığı oluşturan ticarî işletmenin) devredilmesi için, malvarlığını (ticarî işletmeyi) oluşturan her unsur için bünyesine uygun tasarruf işleminin yapılması gerekir. Bir bütün olarak borçlandırıcı işleme konu olabilen bir malvarlığı (özel bir malvarlığı oluşturan ticarî işletmenin bir bütün olarak borçlandırıcı işlemlere konu yapılmasıyla ilgili olarak bkz. TK. m. 11 f. 2), tasarruf işlemlerine egemen olan

<sup>33</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 219.

<sup>34</sup> SCHMID, aArt. 259, N. 11; HIGI, Art. 261-261 a, N. 8; TANDOĞAN, I/2, s. 127; YAVUZ, s. 291.

<sup>35</sup> Malvarlığı veya işletmenin devrine ilişkin BK. m. 179 hükmünün bir küllî halefîyet olgusu olarak kabul edilip, kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulama alanının dışında tutulmasıyla ilgili olarak bkz. SCHMID, aArt. 259, N. 11; HIGI, Art. 261-261a, N. 8; TANDOĞAN, s. 127; YAVUZ, s. 291.



belirlilik ilkesi çerçevesinde, bir bütün olarak tasarruf işlemine konu olamaz<sup>36</sup>. Özel bir tümlük oluşturan bir malvarlığının devri için her bir unsura ilişkin tasarruf işlemi yapılması gerekliliği, ortada bir küllî halefiyet olgusunun bulunmadığını gösterir. Bir malvarlığını oluşturan değerler, her biri için ayrı tasarruf işlemi yapılması gerekmeksizin, sırf yasanın belirttiği bir olgunun gerçekleşmesiyle birlikte bir bütün olarak intikal ettiği taktirdedir ki küllî halefiyetten söz edilebilir. BK. m. 179'un bir malvarlığının veya ticarî işletmenin devrine ilişkin getirdiği düzenleme, sadece bir tek noktada etkisini gösterir. O da malvarlığının bünyesindeki borçların intikali bakımındandır. Öyle ki malvarlığı (veya işletme) bünyesindeki her bir borcun nakli için alacaklısının rızasını alarak bağımsız borcun nakli işlemi yapılması gerekmeyecek, devir olgusu alacaklılara bildirildiği (ki bu bildirim bütün alacaklılara hitaben bir ilânla da yapılabilir) andan itibaren malvarlığı bünyesindeki bütün borçların nakli gerçekleşmiş sayılacaktır<sup>37</sup>. Ne var ki alacaklıların zarar görmemesi için, malvarlığını (işletmeyi) devralanla birlikte devreden de iki yıl müddetle borçlardan müteselsil olarak sorumlu sayılmıştır. BK. m. 179 hükmünün bir malvarlığının bünyesindeki borçların intikali bakımından getirdiği kolaylık, söz konusu malvarlığının devrini bir küllî halefiyet olgusu olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Malvarlığı bünyesindeki hakların devri için, her bir hakkın türüne özel tasarruf işleminin yapılması gerekliliği devam etmektedir. Sonuç olarak bir malvarlığının (bu arada bir ticarî işletmenin) devrini bir küllî halefiyet olgusu olarak değil, cüz'î halefiyet olgusu olarak nitelemek gerektiğini düşünüyorum. Bu nitelemenin uygun sonucu da, BK. m. 179 çerçevesinde gerçekleşen olayları kiranın devrine ilişkin hükümlerin uygulama alanı dışında görmemektir. Bir ticarî işletme işleten kişi bu işletmenin kapsamında olan bir taşınmaz veya taşınır eşyayı kiralamışsa, ticarî işletmenin devri durumunda kira konusu eşya da devredilmiş olacak ve kira konusunun devrine ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Malvarlığını oluşturan her bir unsur için ayrıca tasarruf işlemleri yapılması gerekliliği için bkz. Kevork ACEMOĞLU, Borçlar Kanununun 179. maddesine Göre Malvarlığı veya Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 73 vd.

<sup>37</sup> İhbarın borçların intikalini sağlamadaki etkisi alacaklıların rızasına bağlı olmayıp, bu etki alacaklıların karşı çıkmasına rağmen gerçekleşir. Esasında bir tasavvur açıklamasından ibaret olan ihbara, yasa, işletme borçlarının intikali sonucunu bağlamıştır. Bkz. ACEMOĞLU, s. 108-109.

<sup>38</sup> Benzer gerekçelerle aynı sonuç için bkz. HÜRLIMANN-KAUPP, s. 218, özellikle dpn. 82.



## F. Kiraya Veren Sifatını Taşıyan Ticaret Şirketinin Tüzel Kişi Olarak Ayniyetini Koruduğu Durumlar

Kiraya veren sıfatını taşıyan bir ticaret şirketinin tür değiştirmesi durumunda, esasen kira konusunun maliki olan kişinin değişmediği (kişilikte özdeşliğin söz konusu olduğu) söylenebilir. Buna bağlı olarak kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin de uygulanması söz konusu olmaz.

Kiraya veren konumundaki bir anonim şirketin veya kooperatif şirketin ortaklarındaki değişikliklerin, kira konusunun devri anlamına gelmeyeceği de açıktır. Bu tip durumlarda kiraya veren konumundaki tüzel kişi bu konumunu sürdürmektedir<sup>39</sup>.

## G. Kira Konusunun Paylı Mülkiyet Rejimine Tabi Olması

Kira konusu eşya paylı mülkiyet rejimi altında bulunuyorsa, paydaşlardan birinin değişmesi kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmez. Paylı mülkiyet topluluğu açısından önemli bir iş konumunda bulunan kira sözleşmesi bakımından pay ve paydaş çoğunluğunu içeren bir karar bulunmaktaysa, ilişkiye yeni paydaş olarak giren biri söz konusu kararla bağlı olacak ve mevcut kira sözleşmesiyle bağlı olmadığını iddia edemeyecektir<sup>40</sup>.

## H. Kira Konusunun Devrinden Önce Malik Lehine İrtifak Hakkı Kurulması

Kiraya veren, kira konusu taşınmaz üzerinde, kendi lehine bir irtifak hakkı kurduktan sonra taşınmazı devretme yoluna gidebilir. Taşınmazlar üzerinde malik lehine irtifak hakkı kurulması olanağı genel olarak kabul edilmektedir<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> HİGİ, Art. 261-261a, N. 9.

<sup>40</sup> Paylı mülkiyete tabi taşınmazlarla ilgili olarak alınan kararların sonradan paydaş olanları bağlaması için tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiği söylenebilir. Konuya ilişkin olarak bkz. SCHMID, Art. 259, N. 11; HİGİ, Art. 261-261a, N. 8. Ne var ki taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet ilişkilerinde, yönetimle ilgili kararların sonradan paydaş olanları bağlayıcı etki taşımaması için şerh edilmesi gerekliliği MK. m. 695 f. 2'ye dayanılarak savunulabilir. Bu konuda OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR'in düşüncesine katılmakta ve sonradan paydaş olanları bağlaması için şerh edilmesi gereken kararların, dar ve teknik anlamıyla yönetime ilişkin kararlar olmayıp paydaşlar arası anlaşmalar (yönetim sözleşmeleri) olduğunu kabul etmekteyim. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 261.

<sup>41</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 615-616; ÖZEN, s. 34 vd.



Kiraya verenin kendi lehine kurduğu irtifak hakkı, sonradan kira konusu taşınmazı devralan kişinin kiracıya müdahale etmesini engelleyecek bir içeriğe sahip olduğu takdirde, kira konusunun devriyle ilgili hükümlerin uygulanmasına da yer (ve gerek) kalmaz. Kiraya verenin kira konusu taşınmazı devretmeden önce kendi lehine bir intifa hakkı veya üst hakkını saklı tuttuğu olasılıklarda böyle bir sonuçla karşılaşılabilir. Kira konusu üzerinde intifa hakkı veya üst hakkı sahibi sıfatını elde eden eski malik, kiracısına karşı kullandırma borcunu yerine getirmek bakımından gerekli iktidarı korumaktadır. O halde kira konusu taşınmazın devrine ilişkin hükümlerdeki kiracıyı malik değişiminin beraberinde getirebileceği sakıncalardan korumayı hedefleyen hükümlerin uygulanmasına yer yoktur. BK. m. 254 açısından meseleye bakılırsa, kiracı kira sözleşmesiyle bağlı kalmaya devam eden eski malikten (yeni intifa veya üst hakkı sahibinden) kullandırma borcunu yerine getirmesini isteyebilecek ve kira konusunu devralan yeni malik bu duruma karşı çıkamayacaktır<sup>42</sup>. 6570 sayılı Kanun açısından duruma bakıldığında, kira konusu taşınmazı devralanın kira sözleşmesine taraf olmasını gerektiren sistemin uygulanmasını gerektiren *ratio* bu olasılıkla söz konusu değildir. Taşınmazı devralanın kiraya veren sıfatını kazanmasının (yasal sözleşme devrinin) arkasında yatan mantık, taşınmazın eski malikinin kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcunu yerine getirme iktidarını kaybetmesidir. Eski malikin bu iktidarı koruduğu olasılıkla, yasal sözleşme devrini kabul etmenin gerekçesi de ortadan kalkacaktır.

### İ. Kira Konusunu Devredenle Devralan Arasında Yapılan Anlaşmalar

Kira konusunu devredenle devralanın, BK. m. 254 hükmünün uygulanmasını engelleyecek şekilde bir anlaşmaya varmaları pekâlâ mümkündür. Kira konusunu devralan, devredene karşı, mevcut kira sözleşmesini bütün hak ve yükümlülükleriyle birlikte üstleneceği yolunda bir taahhütte bulunabilir. Kira sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi ve kira konusunun yeni malikinin kiraya veren sıfatını kazanabilmesi için kiracının da onayının gerektiği açıktır. Bir sözleşmedeki taraf sıfatının devri, karşı tarafın katılımı olmadıkça gerçekleşemez. Ne var ki kira konusunun yeni malikinin eski malik karşısındaki kira sözleşmesini devralacağı yolundaki taahhüdü, üçüncü kişi lehine sözleşme karakteri ta-

<sup>42</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 207.



şir<sup>43</sup>. Lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi konumundaki kiracı, kira konusunu devralandan, kira sözleşmesini (kiraya veren sıfatını) üstlenmesini talep edebilir. Devralan açısından da mevcut kira sözleşmesini üstlenmek yerine, BK. m. 254 hükmünün uygulanmasını istemek ve kira sözleşmesiyle bağlı olmadığını ileri sürmek olanağı ortadan kalkar. Böylelikle kiraya veren sıfatını taşımaya devam eden eski malik açısından kiracısının tazminat talebiyle karşılaşma olasılığı söz konusu olmaz<sup>44</sup>.

Kira konusunu devralanın kira sözleşmesini bütün hak ve yükümlülükleriyle birlikte üstleneceği taahhüdü, 6570 sayılı Kanun'a tabi taşınmaz kiralari bakımından bütünüyle farklı bir anlam taşır. Sözü geçen Kanun'a tabi taşınmaz kiralalarında, kira konusu taşınmazın devri kira sözleşmesinin de devri sonucunu beraberinde getirir. Yasal sözleşme devri sayesinde taşınmazın yeni maliki, (malik olduğu andan itibaren) kiraya veren sıfatını kazanır. Bu nedenle yeni malikin, kira sözleşmesini bütün hak ve yükümlülükleriyle birlikte üstleneceği taahhüdünde bulunmasının bir anlamı yok gibidir. Daha öteye böyle bir taahhüdün baştan konuda imkânsızlıkla malûl olduğu bile söylenebilir. Ne var ki böyle bir taahhüdü ihmal edip anlamsız (ve geçersiz) saymak yerine imal etmek ve yorum yoluyla bir anlam kazandırmak daha yerinde bir tutum olur. Yeni malikin kira sözleşmesini bütün hak ve yükümlülükleriyle birlikte üstlenme yolundaki taahhüdü, böyle bir yorum sonucunda, 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d'de yer alan olanaktan yararlanmayacağı taahhüdü olarak anlaşılabilir. Hatta daha öteye 6570 sayılı Kanun m. 7 hükmünde yer alan tahliye olanaklarından yararlanmayacağı yolunda (üçüncü kişi durumundaki kiracı lehine) bir sözleşme olarak değerlendirilebilir.

## J. Kiracıya Zilyetliğin Devredilmesi Zorunluluğunun Bulunmaması

Kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için kira sözleşmesinin yapılmasının yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, kira sözleşmesinin yapılması yeterli olmayıp kiracının zilyetliği kazanmış olması da söz konusu hükümlerin uygulanması için gereklidir<sup>45</sup>. Bu görüşe göre, kira sözleşmesi yapılmakla birlikte kiracının henüz zilyet olmadığı bir aşamada kira

<sup>43</sup> HIGI, Art. 261-261 a, N. 16.

<sup>44</sup> HIGI, Art. 261-261 a, N. 16; HÜRLIMANN-KAUPP, s. 207.

<sup>45</sup> SCHMID, aArt. 259, N. 1; HIGI, Art. 261-261a, N. 12-13; GÜMÜŞ, s. 354.



konusu devredilirse, BK. m. 96'nın uygulanacağı bir durum karşısında bulunur. Kiraya veren sözleşmenin ifasını kendisine yüklenebilir sebeplerle imkânsızlaştırdığı için kiracının ifaya olan çıkarını tazmin etmek zorunda kalır. Kira konusunu devralan için herhangi bir bağlılık söz konusu olmaz. O, ne mevcut kira sözleşmesine taraf durumuna gelir<sup>46</sup> ne de kiracıya belirli bir süre tanınmak durumunda kalır<sup>47</sup>.

Buna karşılık bir diğer görüş, kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanması için kiracının zilyetliği kazanmış olmasını gerekli görmez. Sırf kira sözleşmesinin kurulmuş olması yeterlidir. Kira sözleşmesi kurulduktan ve bu sözleşmeye dayanan ilişki başladıktan sonra kira konusu devredildiği takdirde, temelde kiracıyı koruma amacını taşıyan kira konusunun devrine ilişkin hükümler uygulanabilecektir<sup>48</sup>. Bu hükümler yasal sözleşme devri sonucunu öngörüyorsa, kira konusunu devralan kişi kiraya veren sıfatını kazanmış olur. Kiracı da, kira konusu üzerinde zilyetliğinin sağlanması yolundaki talebi kira konusunu devralan kişiye yöneltir.

Türk Hukuku bakımından 6570 sayılı Kanun'a tabi taşınmaz kiralalarıyla Borçlar Kanunu kapsamında kalan taşınmaz kiralaları arasında bir ayırım yapılması gerektiği ileri sürülebilir. BK. m. 254 kira konusunun devrinden söz etmekte, hükmün uygulanabilmesi için kiracının zilyet kılınmış olmasının gerekliliğinden söz etmemektedir. O halde kira konusunun devrinden önce kira sözleşmesinin kurulmuş olması gerekli ve yeterlidir. Hüküm, taşınmaza ilişkin kira ilişkisi başladıktan sonra kiracının oldubittilerle karşılaşmasını engelleme amacını gütmekte, kiracıya malik değişiminin sonuçlarına karşı önlem alması için gerekli süreyi vermektedir. Kira konusu taşınmazı devralan için sözleşmeye taraf olma (kiraya veren sıfatını kazanma) gibi sonuçlar söz konusu olmayacaktır. O, sadece, kiracıya duruma uyarlanması için ihtiyacı olan süreyi tanımak durumundadır. Böyle bir uyarlanma süresi ihtiyacı zilyetliği elde etmiş kiracılar için olabileceği

<sup>46</sup> 6570 sayılı Kanun'a tabi taşınmaz kiralaları bakımından kira konusunun devrine bağlanan en önemli sonuç budur.

<sup>47</sup> Borçlar Kanunu'na tabi kira sözleşmeleri bakımından kira konusu taşınmazın devrine bağlanan sonuç budur. Taşınmazı devralan kiracıya belirli bir süre tanınmak zorunda olacaktır. Ne var ki bu belirli sürenin ötesinde sessiz kalırsa kiraya verenin borcuna katılma sonucu da kendi açısından gerçekleşebilir.

<sup>48</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 228 vd. Kiraya akdinin kurulmasından sonra, kiracı henüz kiralananın zilyetliğini elde etmeden üçüncü kişi kira kiralanan üzerinde aynı hak kazanırsa yine BK. m. 254 hükmünün uygulanacağını belirten Tandoğan, bu görüşün savunucularındandır. Bkz. TANDOĞAN, s. 126, dpn. 58. Ayrıca bkz. ARAL, s. 253.



gibi, henüz zilyet kılınmamış kiracılar için de olabilir. Kira konusu taşınmazı devralanın belirli bir süre sessiz kalmasına sonuç bağlamak ve onu sözleşmeden doğan kullandırma borcuna katılmış saymak bakımından da, kiracının zilyetliği kazanmış olmasına veya olmamasına göre bir ayırım yapmak yersizdir. Devralan, BK. m. 254 hükmünde öngörülen süre içinde sessiz kalmasının bir sonucu olarak, kira sözleşmesinden doğan kullandırma borcuna katılmış sayılacak ve bu borcun yerine getirilmesi için kiracıya zilyetliği kazandırmaya zorlanabilecektir.

6570 sayılı Kanun kapsamında kalan taşınmaz kiralari bakımından yapılacak değerlendirme farklıdır. Bu kanunun bütünüyle kiracıyı koruma amacına dayandığı bilinen bir gerçektir. Başını altına sokacağı bir çatı bulma ihtiyacı içerisinde olan kiracılardan yana tavır alan söz konusu Kanun, kiracıların içinde bulunduğu zor durumdan yararlanılmasını ve onların bütünüyle aleyhine olabilecek hükümlerin kira sözleşmesine konulmasını engelleyen düzenlemeler getirmiştir. Bunun gibi, kiracı tarafından istenmedikçe sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesini engelleyen bir sistem de kurmuştur. Bu sistem çerçevesinde kira sözleşmesini sona erdirmek bakımından kiracının iradesi önemli olup, kiraya verenin durumunun prensip itibarıyla önemi yoktur. Kiraya veren sadece sınırlı olarak belirtilen hallerde kira sözleşmesinin sona erdirilmesini sağlayabilecek, bunun için de yenilik doğurucu nitelikte bir dava açması gerekecektir. Tahliye davası adı verilen bu davada verilen hükmün kesinleşmesiyle ki kira sözleşmesi son bulur. Başını sokacak bir yeri bulan kiracının, bu yere yerleşebilmesi için ölçüsüz ödümler vermesini engelleyen Kanun, kiracı yerleştikten sonraki aşamada da ona sahip çıkar. Taşınmazın devrinin kira sözleşmesinin devrine yol açması (böylece yeni malikin kiraya veren sıfatını kazanması), taşınmazı kira sözleşmesine uygun olarak kullanmakta olan kiracının yerleşik (oturmuş) düzenini koruma amacını taşımakta, onun yeniden yerleşecek bir yer arama ihtiyacına düşmesini engellemek istemektedir. Bu nedenle, 6570 sayılı Kanun çerçevesinde kira sözleşmesinin devri sonucunun gerçekleşebilmesi için, kiracının zilyetliğinin sağlanmış olması gereklidir<sup>49</sup>. Bu şart gerçekleşmedikçe (kiracı kira

<sup>49</sup> Bir kira ilişkisine 6570 sayılı Kanun'un uygulanması için, kira konusu taşınmazın kiracıya bırakılmış olması gerekliliği Yargıtay tarafından genel olarak aranmaktadır. Örnek olarak Yargıtay 13. HD.'nin 15. 4. 1993 tarih ve 1993/3207 sayılı kararından şu ifadeleri aynen aktarıyoruz: "Olayımıza, 6570 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanabilmesi için kiralananın kiracıya teslim edilmiş olması gerekir. 6570 sayılı Yasa hükümleri bu olguyu esas alarak düzenlenmiştir. Nitekim somut olaya uygulanması düşünülen anılan Yasanın 7 (d) maddesinin özü ve sözüne bakıldığında da rahatlıkla bu sonuca kavuşulacağı görülür. Öyleyse (kira konusu taşınmaz henüz kiracıya teslim edilmediğine



konusu taşınmaza yerleşmedikçe), taşınmazın devri kiraya veren sıfatının devralana geçmesini sağlamaz. Taşınmazı devralan sözleşmeyle bağlı olmayıp kiracının taşınmazı kullanmasına engel olabilir. Bu olasılıkta taşınmaz kiracısı, BK. m. 254 f. 1 uyarınca, taşınmazı devrederek kira sözleşmesinin ifasını imkânsız hâle getiren eski malikten (ki hâlâ kiraya veren sıfatını taşımaktadır) tazminat talebinde bulunur. Ne var ki bu olasılıkta da (uygulanması için kiracıya zilyetliğin devrini gerektirmeyen) BK. m. 254 f. 2 hükmünün (kiracıya belirli bir süre tanınmasını gerektiren kısmı itibarıyla) uygulanması mümkün olur düşüncesindeyim. Böylelikle (sözleşmeyle bağlı olmasa da) yeni malik, kiracıya, bu hükmünde belirtilen süreyi tanımak durumundadır. BK hükümlerinin, 6570 sayılı Kanun'daki hükümlerle çelişmediği, tam aksine, kiracının korunmasına hizmet ettiği ölçüde, tamamlayıcı olarak uygulanabilir. Sözleşmeye aykırı davranan kiraya verenden BK. m. 254 f. 1 uyarınca tazminat istenebileceği de açıktır.

### III. Kira Konusunu Devralan Kişinin İyiniyetli Olmasının Önem Taşımaması

Kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından, devralan kişinin iyiniyetli olup olmaması herhangi bir fark yaratmaz<sup>50</sup>. 6570 sayılı Kanun'a tabi bir taşınmaz kirasında, kira ilişkisi devam ederken taşınmazı devralan kişi, iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın mevcut kira sözleşmesine taraf durumuna gelir. Bu kira ilişkisinden haberdar olmadığını ve olmasının da gerekmediğini ileri sürerek sözleşmeyle bağlılığını reddetmesi mümkün değildir. Bu noktadan bakılırsa, 6570 sayılı Kanun'a tabi bir taşınmaz kirasındaki kiracının durumu, aynı taşınmaz üzerindeki bir sınırlı aynî hak sahibinin durumuna oranla daha güçlü olabilmektedir. Taşınmazı kayıtlayan sınırlı aynî hak tapu kütüğünden yolsuz olarak terkin edilirse, bu sınırlı aynî haktan haberdar olmaksızın ve olması da gerekmezsin taşınmazı devralan kişi iyiniyetinin olumsuz bir etki gösterdiğini iddia edebilir. İyiniyetin olumsuz etkisi, taşınmazın tapudan anlaşılmayan sınırlı aynî haktan bağımsız olarak kazanılmasıdır. Aynı taşınmazda 6570 sayılı Kanun'a tabi bir kiracılık hakkına sahip olan kişi ise, kira sözleşmesi tapuya şerh edilmemiş olsa bile, taşınmazın el değiştirmesi olasılığına karşı

göre) 6570 sayılı Yasa hükümlerine değil BK.'nin kira hukukuna ilişkin hükümleri altında davanın çözümleneceği açıktır". Yargıtay 13. HD.'nin bu kararı için bkz. YAVUZ, s. 291-294.

<sup>50</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 206-207.



mutlak bir koruma altındadır. Taşınmazı devralan üçüncü kişi iyiniyetli olduğunu ileri sürerek kira sözleşmesiyle bağlı olmadığını iddia edemeyecek, bilâkis kira sözleşmesinin tarafı durumuna gelecektir. O, sadece, 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d'deki olanaktan yararlanabilir, kendisinin, eşinin veya çocuklarının ihtiyacı varsa kira sözleşmesinin süresi dolmadan tahliye davası açabilir.

6570 sayılı Kanun'un öngördüğü kira sözleşmesinin yasal olarak devri sonucunun gerçekleşmesi için, kiracının durumdan haberdar olmasına da gerek yoktur. Kira konusu taşınmazın devredildiği kiracı tarafından bilinmese, devralan durumdan kiracıyı haberdar etmese bile, devrin tamamlandığı anda, taşınmazın yeni maliki kiraya veren sıfatını kazanırken eski malik bu sıfatı kaybedecektir.

BK. m. 254 hükmünde kira konusu taşınmazı devralan kişiye ilişkin olarak getirilen sınırlamalar bakımından da, bu kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaz. Bu kişi devralmış olduğu taşınmazın bir kiracısı olduğunu bilmese (bilmesi gerekmesi) bile, kira konusunun derhal kendisine bırakılmasını isteyemez. Kiracıya BK. m. 254 hükmünün öngördüğü süreyi tanımak zorundadır. Sanki belirsiz süreli bir kira sözleşmesi varmış ve kendisi de kiraya verenmişçesine, mümkün olan en yakın fesih bildirim döneminin sonuna kadar beklemek durumundadır. En yakın fesih bildirim döneminin sonu itibarıyla kira konusunun kendisine bırakılması yönündeki isteğini, fesih bildirim süresine uyararak ileri sürmediği takdirde BK. m. 254 hükmünün öngördüğü bir diğer olumsuz sonuçlar karşı karşıya kalacaktır. Öyle ki tarafı olmadığı mevcut kira sözleşmesinden kiraya veren için doğan borca (BK. m. 254 hükmünde öngörülen varsayımın bir sonucu olarak) katılmış olacaktır. Bu sonuçların gerçekleşmesini kira konusu taşınmazı devralırken iyiniyetli olduğunu ileri sürerek engellemesi mümkün değildir.

Borçlar Kanunu Tasarısı kira konusunu devralan kişi açısından daha da ileri giden sonuçlar doğurmakta, kendisini kira konusunun maliki olduğu andan itibaren mevcut kira sözleşmesine taraf durumuna getirmektedir. Böylelikle kira konusunun taşınır veya taşınmaz olmasına göre bir ayırım yapılmaksızın, yasal bir sözleşme devrinin gerçekleşeceği öngörülmüştür. Bu şekilde bir sonucun ortaya çıkmasını engellemek için kira konusunu devralan kişinin iyiniyet iddiasında bulunmasına olanak yoktur.

Kira konusu taşınmazı devralan kişinin durumunun, devraldığı taşınmazda yasadaki kaynaklanan doğrudan bir mülkiyet sınırlamasıyla karşılaşan kişinin



durumuyla benzerliği açıktır. Her iki olasılıkta da tapu siciline duyulan güven korunmamakta, kira sözleşmesinin varlığı veya mülkiyet hakkına yasa tarafından doğrudan doğruya getirilen sınırlama tapudan anlaşılmasa bile etkili olmaktadır.

#### IV. Kira Konusunun Devrinin Mevcut Kira Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi

##### A. Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kalan Kira İlişkileri Bakımından

BK. m. 254 hükmünün (kenar başlığı da dâhil olmak üzere) ifadesi başarılıdır ve hükmün getirmek istediği düzenlemeyi ortaya koymaktan acizdir. Bu nedenle öğretinin haklı yergilerine hedef olmuştur. Her şeyden önce, satımla kiranın infisahından söz eden kenar başlık yanıltıcıdır. Hükmün okunuşundan açıkça görülecektir ki, kira konusunun kira ilişkisinin devamı sırasında başkasına satılması (veya bir başka biçimde devredilmesi) kira sözleşmesinin son bulmasına yol açmamaktadır<sup>51</sup>. Kira ilişkisi devam ettiği içindir ki, kiracı, sözleşmenin ifa edilmesini istemek veya ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep etmek olanaklarına sahiptir (BK. m. 254 f. 1). Kira konusunu devralan, kendisini bağlamayan sözleşmenin ifasına engel olur ve kiracının kira konusunu kullanmasına olanak vermezse; kiracı kiraya verenden ya sözleşmeyi ifa etmesini ya da kira konusunu kullanma olanağından mahrum kaldığı için uğradığı zararı (ifa çıkarını) tazmin etmesini isteyebilir<sup>52</sup>. BK. m. 254 hükmünün getirdiği düzenlemeye esas olan “satım kirayı bozar” sözü, kira sözleşmesinin sona ermesini değil, satın alanın kira sözleşmesinin ifasını engelleme olanağını dile getirmektedir. Kira konusunu satın alanın (veya başka herhangi bir yolla devralanın) kiracının kullanma olanağını engelleyebilmesinin (kira sözleşmesiyle bağlı olmamasının) sınırını, taşınmaz kiralara ilişkin olarak, BK. m. 254 f. 2 hükmü göstermektedir.

BK. m. 254 hükmünün ilk fıkrası açıkça göstermektedir ki, bu hüküm sadece kira konusunun satılmasıyla ilgili değildir. Kira konusunun satım dışında bir borçlandırıcı işleme (trampa, bağışlama veya isimsiz bir sözleşmeye) daya-

<sup>51</sup> TANDOĞAN, I/2, s. 126-127; YAVUZ, s. 290.

<sup>52</sup> TANDOĞAN, s. 127.



narak başkasına devredilmesi durumunda da, bu hüküm uygulanır<sup>53</sup>. Diğer yandan BK. m. 254 f. 1’de sözü geçen “ahara temlik” ifadesinin gösterdiği gibi, kira konusunu başkasına devir borcu doğuran bir sözleşmenin yapılmış olması hükmün uygulanması için yeterli olmayıp, bu sözleşmenin ifa edilmiş olması gerekir<sup>54</sup>. Tasarruf işleminin yapılmasıyla birlikte ki, kira konusunun başkasına “temlik” sonucu gerçekleşmiş ve “temellük eden kişi” kiracının kullanımına engel olma olanağını bulmuş olur. İşte bu noktadan sonra kiracı, “temlik eden” durumundaki kiraya verene başvurarak BK. m. 254 f. 1 hükmünün öngördüğü biçimde sözleşmeyi ifa etmesini veya ifa çıkarını tazmin etmesini talep edebilir.

BK. 254 hükmünün getirdiği sisteme göre, kira konusunu devralan kişi, kural olarak, kira sözleşmesiyle bağlı değildir. Böyle bir bağıllık olacaksa, bu bağıllık, devralanın kendi iradesine dayanır. O, kira sözleşmesinden doğan kullandırma borcuna katılmak isteyebileceği gibi, bu borcu devralmak veya genel olarak kira sözleşmesini (kiraya veren sıfatını) devralmak isteyebilir. Bu isteklerine tek başına ulaşamayacağı da açıktır. Kiraya verenin kullandırma borcuna katılmak istiyorsa, bu konuda kiracıyla “mevcut borca katılmayı” konu alan bir sözleşme yapması gerekir. Bu sözleşmenin yapılmasıyla birlikte kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcunun, kiraya verene birlikte, müteselsil borçlusu durumuna gelir. Kiraya verenin kullandırma borcunu (onu borçtan kurtararak) üstlenmek istiyorsa, kiraya verene yaptığı borcun iç yüklenilmesine ilişkin anlaşmaya ilâveten, kiracıyla borcun dış yüklenilmesine ilişkin bir anlaşma yapması da gereklidir. Kira sözleşmesini bir bütün olarak devralmak (kiraya veren sıfatını kazanmak) istiyorsa, mevcut kira sözleşmesinin taraflarıyla birlikte bu konuda anlaşmaya varmalıdır<sup>55</sup>. Görülmektedir ki kira konusunu devrala-

<sup>53</sup> HÜRLIMANN-KAUPP, s. 218-219.

<sup>54</sup> SCHMID, aArt. 259, N. 7; HIGI, Art. 261-261a, N. 11; TANDOĞAN, s. 127; YAVUZ, s. 290.

<sup>55</sup> Tandoğan yeni malikin kira sözleşmesiyle bağlı olmasını sağlayacak olanaklardan söz ederken, borcun nakli ve yeni malikin kiraya veren sıfatını almasını sağlayacak bir tecdit (yenileme) olasılıkları üzerinde durmaktadır. Yazara göre Borçlar Kanunumuz, örneğin İtalyan hukukunda olduğu gibi, sözleşmenin bütün hak ve borçlarıyla birlikte devri kurumuna yer vermiş değildir. Bkz. TANDOĞAN, s. 127-128, özellikle s. 127’de dnp. 61 a’ya da bkz. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmede taraf değişikliğini sağlayacak bir sözleşmenin devri kurumuna Türk Hukuku bakımından da bir engel yoktur. O halde yeni malikin mevcut kira sözleşmesiyle bağıllığı sözleşme ilişkisini bir bütün olarak üzerine almasıyla da gerçekleşecektir. Böylesine bir sözleşme devri için mevcut sözleşmenin her iki tarafıyla anlaşılmasının gerektiği kuşkusuzdur. Yeni malikin mevcut sözleşmeyle bağıllığı kabullenmesiyle ortaya çıkacak hukukî durumun, eğer yeterli açıklık yoksa nasıl



nın kira sözleşmesiyle bağlılığı kendi iradesine dayanmakta, ne var ki bu bağlılığı gerçekleştirmek için kendi iradesi yeterli olmamaktadır. Bu bağlılığı gerçekleştirecek hukukî işlemin türüne göre, başka iradelerin de katılması gerekmektedir.

Kira konusunun bir taşınmaz olması olasılığıyla ilgili düzenleme BK. m. 254 f. 2'de yer almaktadır. Bu düzenleme kira ilişkisi devam ederken kira konusunu devralan kişinin, mevcut kira sözleşmesiyle bağlı olmaması ilkesinde bir değişiklik yapmış değildir. O halde kira konusu olan bir taşınmazı kira ilişkisi devam ederken devralan kişi, bu kira sözleşmesiyle bağlı olmayacak ve kiracıdan taşınmazı boşaltmasını isteyebilecektir. Ne var ki taşınmaz kiracısının böyle bir istekle sürpriz bir biçimde karşılaşmasından doğabilecek sakıncaları engellemek isteyen ve kiracıya duruma uyarlanması için bir süre verilmesini gerekli gören kanun koyucu, BK. m. 254 f. 2 hükmüyle kiracıyı koruyucu bir sistem kurmuştur. Buna göre, kira konusu taşınmazı devralan kişi, "*akit daha evvel feshe müsait olmadıkça kanunen ihbar caiz olan miada kadar kiraya riayet etmekle mükellef*" tutulmuştur. Kira konusu taşınmazı devralan kişi için getirilmiş bu *mükellefiyet*, ilginç bir kurgunun gerçekleşmesine olanak vermektedir. Öyle ki bu kişi, belirsiz süreli bir kira sözleşmesinin kiraya vereniymiş ve fesih bildiriminde bulunuyormuş gibi kiracıdan taşınmazı boşaltmasını isteyecektir. Bu kurgunun yürüyebilmesi için mevcut kira sözleşmesinin gerçekten de belirsiz süreli olmasına gerek yoktur. Mevcut kira sözleşmesi belirli bir süreye bağlanmış olabilir. Buna rağmen taşınmazı devralan kişi, BK. m. 262 hükmünde belirtilen feshi bildirme dönem ve sürelerine uyarak, kiracıdan taşınmazı terk etmesini isteyecektir. Buna göre, kira konusu taşınmaz bir binada yer alan ve boş

---

nitelenmesi gerektiği bir sorun olarak ortaya çıkabilir. Nitelemenin borcun nakli veya kiraya veren sıfatında değişikliğe yol açan bir yenileme şeklinde yapılmasına ilişkin tartışmalar için bkz. TANDOĞAN, s. 128-129. Nitelemenin borcun nakli, sözleşme devri veya borca katılma olarak yapılmasına ilişkin tartışmalar ve borca katılmaya ilişkin görüşün üstün tutulması için ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s. 355-356. Şüpheli durumlarda en radikal bir değişikliği ifade eden sözleşme devri nitelemesinin kabul edilmesi amacı aşan bir sonuç olur. Diğer taraftan borcun nakli nitelemesinin kabulü, kiracı tarafından eski malikin (kendisinin kiraya veren olarak anlaşma yaptığı kimsenin) sorumluluğuna gidilmesi yolunu kapatacaktır. Öte yandan kiraya veren eski malikin borcu için verilmiş teminatların düşmesine de yol açabilir. Böylesine sonuçları kiracıya dayatmaya yol açacak bir nitelendirmeye gidilmemesi yerinde olur. O halde kira sözleşmesiyle bağlılığı kabul eden yeni malikin mevcut borca katıldığını kabul etmek, kiracının da çıkarlarını gözetken en uygun değerlendirme olur. Böylelikle kira sözleşmesinde bir taraf değişikliği olmaz, ne var ki yeni malik kira konusunun kullanılmasına ilişkin borç bakımından müteselsil borçlu konumuna girer.



olarak kiraya verilmiş bir bağımsız bölüm ise, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren altı aylık dönemler oluşturulacak ve bu altı aylık dönemlerden birisinin sonu itibarıyla üç ay öncesinden bildirmek kaydıyla kiracının taşınmazı bırakması sağlanabilecektir. Altı aylık bir dönemin sonu itibarıyla üç ay öncesinden haber vererek kiracıdan taşınmazı isteyebilme zorunluluğu, taşınmazı devralan için bir bağıllık yaratmaktadır. Ne var ki bu bağıllık kira sözleşmesinden kaynaklanan bir bağıllık olmayıp, doğrudan yasadan kaynaklanan bir bağıllıktır.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Gümüş'ün konuya ilişkin değerlendirmeleri bütünüyle farklı doğrultudadır. Yazar yeni malikin taşınmazı devraldığı andan itibaren, kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcuna katıldığını düşünmektedir. Öyle ki kira konusu taşınmazı devralan kişi ve hâlâ kiraya veren sıfatını koruyan eski malik, kiralananı sözleşmede öngörülen kullandırma borcuna elverişli durumda bulundurma borcu bakımından müteselsil olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Yeni malik sözleşmeye taraf olmadığı, sadece borca katılan konumunda bulunduğu için sözleşmeye veya alacağa bağlı fesih haklarını kural olarak kullanamayacaktır. Bu türlü hakların kullanılabilmesi sözleşmenin tarafı olmaya özgü ayrıcalıklardır. Gelgelelim yeni malik, yasanın verdiği özel bir yetkiyle, BK. m. 262 hükmünde öngörülen koşullara uyarak sözleşmeyi feshedebilme olanağına kavuşturulmuştur. Bu olanağın mevcudiyeti açısından sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması bir fark yaratmaz. Yeni malik BK. m. 262'deki koşullara uyarak mümkün olan en kısa sürede fesih olanağını kullanmazsa, BK. m. 254'ün öngördüğü diğer bir sonuç gerçekleşecek ve yasal sözleşme devri ortaya çıkacaktır. Böylelikle eski malik sözleşmeye taraf olmaktan çıkarak, yeni malik kiraya veren sıfatını kazanacaktır. Bkz. GÜMÜŞ, s. 357-358. Gümüş'ün bu açıklamalarını BK. m. 254'ün kurmak istediği (esasen eskimiş olan ve bir an önce değiştirilmesi gereken ne çare ki hâlâ yürürlükte olan) sisteme aykırı bulmaktayım. BK. m. 254'ün satım kirayı bozar ilkesinden yola çıktığını biliyoruz. Buradaki satımın kirayı bozmasının, kira sözleşmesinin ortadan kalkması olarak anlaşılamayacağını, yeni malikin mevcut kira sözleşmesinin ifasını engelleyebileceği anlamını taşıdığını da belirtmiştik. O halde Borçlar Kanunu'nun kurduğu sistemde yeni malik mevcut kira sözleşmesiyle kendi istemedikçe herhangi bir bağıllık altına girmez, girmedigi gibi mevcut kira sözleşmesinin ifasını engelleyebilir. Borçlar Kanunu'nun arka planında bulunan liberal mantığa ve bu mantığın bir uzantısı olarak sözleşmelerin nispi etki taşınmasının en katı biçimde anlaşılmasına uygun olan da budur. Taşınmaza ilişkin kira sözleşmeleri bakımından BK. m. 254 bu sistemde bir değişiklik yapmak istiyor değildir. Sadece kiracının malik değişimi gerçeğiyle en katı biçimde ve hiçbir uyarlanma süresi olmadan yüz yüze gelmesi engellenmek istenmiştir o kadar. Buna göre yeni malik, BK. m. 262 hükmüne göre belirlenen süreye uyarak kiracıdan taşınmazı boşaltmasını isteyebilecektir. Bu teknik anlamıyla bir fesih hakkının kullanılması olmayıp, yeni malikin mülkiyet hakkını derhal ileri sürmesini engellemek için yasanın bulduğu, yerindeliği tartışılabilir, bir formüldür. Kiracıyı korumak için belirli bir süre beklemek zorunda bırakılan yeni maliki, bunun da ötesinde bir bağıllık altına sokmak ve mevcut kira sözleşmesinden doğan kullandırma borcuna yasal olarak katılmış saymak, dönemin Borçlar Kanunu hazırlayıcılarının liberal kafa yapıları içinde hayal bile edemeyecekleri bir sonuçtur. Oysa Gümüş'ün dediği esas alınırsa, yeni malik, taşınmazı devraldığı andan itibaren kiracının taşınmazın ayıplı olmasından kaynaklanan taleplerine muhatap olabilir. Kira konusunu elverişli bir durumda bulundurma borcu bakımından yeni malik eskisiyle



Taşınmazı devralan için yasanın getirdiği bu bağlılığın amacı, besbelli, kiracıya bir uyarlanma süresi sağlamaktır. Ne var ki yasadaki kaynaklanan bu bağlılık, biraz aşağıda ele alacağımız varsayım gerçekleşirse, kira sözleşmesindeki kullandırma borcuna katılmaktan kaynaklanan bir bağlılığa dönüşebilir.

Kira konusu taşınmaz bir binada yer alan ve dayalı döşeli olarak kiraya verilmiş bir bağımsız bölümse veya bir oda kirası söz konusuysa, taşınmazı devralan için BK. m. 262 uyarınca beklemesi gereken süre de farklılaşır. Bu tür durumlarda kira sözleşmesinin başlangıcı esas alınarak birer aylık dönemler oluşturulacak ve bir aylık dönemlerden birinin sonu itibarıyla iki hafta öncesinden haber vererek kiracının taşınmazı boşaltması istenebilecektir.

Bu arada şunu da belirtmekte yarar vardır: Devralınan taşınmaza ilişkin kira sözleşmesi belirli bir kira sözleşmesi olabilir ve sözleşmenin süresinin dolması için geçecek olan süre, BK. m. 262 hükmü uyarınca beklenmesi gereken süreden daha kısa olabilir. Bu olasılıkta taşınmazı devralanın sözleşme süresinin sonuna kadar beklemesi yeterli olup, daha uzun bir süre kiracının taşınmazı

---

birlikte müteselsil olarak sorumlu sayıldığından, taşınmazda ortaya çıkan ayıbın giderilmesi talebine uymak durumundadır. Kendi iradesi olmadıkça sözleşmeyle herhangi bir bağlılığı olmadığını düşünen ve Borçlar Kanunu'nun temel ratioları dikkate alınırca böyle düşünmekte de haklı görülebilecek yeni malikin anlayışına ağır bir darbedir bu. Yeni malik için sözleşmeyle bağlılık ve kira konusunu sözleşmeye elverişli bir hâlde bulundurma borcuna katılmış sayılma sonucu, BK. m. 254 f. 2 tarafından, kendisinin "olumsuz" bir davranışına bağlanmıştır. O, BK. m. 262'nin gerekli kıldığı sürenin ötesinde sessiz kaldığı taktirdedir ki, "yasal bir varsayım" gerçekleşmekte ve sözleşmeyle bağlı kalma iradesini taşıdığı kabul edilmektedir. Bu bağlılık da sözleşme ilişkisinde taraf değişikliği anlamına gelmeyen, kullandırma borcuna katılma düzeyinde gerçekleşen bir bağlılıktır. Kiracının korunması açısından, irade serbestliği ilkesine yan çizmek ve yeni malikin hareketsizliğinin (ataletinin) kendi açısından bir irade varsayımına dönüşmesini kabul etmek, anlaşılabilir bir sonuçtur. Gümüş'ün BK. m. 262'deki sürelerle uygun olarak fesih beyanında bulunmayan yeni malikin sözleşme ilişkisinin tarafı hâline geldiğini kabul eden düşüncesi, bu sefer kiracının Borçlar Kanunu'nun temel ratioları çerçevesinde geliştireceği anlayışa ters düşecek niteliktedir. Bir sözleşme ilişkisinin taraflarının iradelerine başvurulmaksızın gerçekleşecek yasal bir sözleşme devri olgusu, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun temel dokusuna aykırı olan ve ancak yasal bir dayanak bulunduğu takdirde kabul edilebilecek bir sonuçtur. BK. m. 254'ün böyle bir yasal dayanak sağlayacağı ise çok şüphelidir. BK. m. 254 çok daha mütevazı bir sonuç için, BK. m. 262'deki koşullara uyararak mümkün olan en kısa sürede harekete geçmeyen yeni malikin "kullandırma borcuna katılmış" sayılması için yasal bir dayanak oluşturur. Yoksa bu yönde bir arzusu olmayan kiracıyı yepyeni bir kiraya verenle karşı karşıya bırakacak bir etki doğurmaz, doğurmamalıdır. BK. m. 254 f. 2'nin kiracıyı koruma amacıyla getirilmiş bir hüküm olduğu dikkate alınmalı ve kiracıyı iradesi dışında bir takım oldu bitilere maruz bırakacak bir biçimde yorumlanmamalıdır.



kullanmasına katlanması söz konusu olamaz. Kiracı, belirlenmiş sözleşme süresinin sonuna kadar kullanma olanağının sağlanmasının ötesinde bir koruma beklemekte haklı görülemez.

Kira konusu taşınmazı devralan, devraldığı andan itibaren mümkün olan en kısa süre içerisinde kiracının taşınmazı terk etmesini sağlamaya çalışmalıdır. Öyle ki BK. m. 262'deki sürelerle uyarak kiracının taşınmazı terk etmesini en erken hangi zamanda isteyebiliyorsa, bu zamanı kaçırmamalıdır. BK. m. 254 f. 2'de kullanılan ifadeyle, devralan, mümkün olan ilk zamanda (kanunen ihbar caiz olan miad gelince) "*feshi ihbar etmediği takdirde akdi kabul etmiş addolunur*". Bu söylenenlere göre kira konusu taşınmazı devralan, kira sözleşmesinin başlangıç anını esas alarak feshi bildirim dönemlerini (altışar ay veya birer ay şeklinde) belirleyecek, devraldığı andan sonra feshi bildirim süresine uyarak kiracıdan taşınmazı bırakmasını isteyebileceği ilk dönem sonunu bulacak ve bu dönem sonu itibarıyla taşınmazın terk edilmesini isteyecektir. Aksi takdirde kendi açısından mevcut kira sözleşmesiyle bağlılık gündeme gelecektir. Belirttiğimiz bu varsayımın gerçekleşmesi için kira sözleşmesinin gerçekten de belirsiz süreli olmasına gerek yoktur. BK. m. 262 hükmündeki dönem ve süreler, gerçek anlamda bir fesih bildiriminde bulunulması için gündeme getirilmiş değildir. Kira konusu taşınmazı devralan kişi, kira sözleşmesine taraf olmadığına göre gerçek bir fesih bildiriminde bulunmasına olanak da yoktur. BK. m. 262 deki dönem ve sürelerle bakarak *kanunen ihbar caiz olan miadın* bulunması, taşınmazı devralanın beklemek zorunda olduğu süreyi, bir başka deyişle, duruma uyarlanması için kiracıya tanımak zorunda olduğu süreyi belirlemek bakımındandır. Ne var ki BK. m. 262'ye göre saptanacak zamanın gelmiş olmasına rağmen taşınmazı devralanın sessiz kalması, bir başka deyişle, kiracıya tanınması gereken sürenin tamamlanmasına rağmen taşınmazın kendisine bırakılmasını istememesi bir varsayımın ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu varsayıma göre taşınmazı devralan, mevcut kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcuna katılmış kabul edilecektir<sup>57</sup>. Ortadaki bir varsayım olduğuna göre, taşınmazı devralanın böyle bir irade taşımadığını ispat etme şansı da olmaz.

<sup>57</sup> Burada bir noktaya da değinmek isterim. Taşınmazı devralan kişinin BK. m. 262'ye göre süresinde harekete geçmediği için kira sözleşmesiyle bağlı hâle gelmesini açıklarken, yeni malikin eski malikle birlikte müteselsil alacaklı ve borçlu durumuna geldiği söylenebilmektedir. Örneğin bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 130. Bu söyleme bakılırsa yeni malik kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcuna katılmış sayılacağı gibi, kira bedeli alacağı bakımından da müteselsil alacaklı durumuna gelecektir. Bu yaklaşım biçimi ka-



BK. m. 254 f. 2'deki olgunun gerçekleşmesi üzerine ortaya çıkan varsayıma göre, taşınmazı devralan, mevcut kira sözleşmesinden doğan kullandırma borcuna katılmış olacaktır. Burada yasal bir sözleşme devri söz konusu değildir. Kira konusu taşınmazı devralan, devirle birlikte kiraya veren sıfatını da kazanmış değildir<sup>58</sup>. Kira sözleşmesi yine taşınmazı devreden kişiyle kiracı arasında kalmaya devam edecek, taşınmazı devreden kişi kira sözleşmesinden doğan hakların ve borçların sahibi olacaktır. Zaten taşınmazı devralan kişinin kiraya veren sıfatını kazanması (kira sözleşmesinin bünyesindeki bütün hak ve borçlarla birlikte devri), mevcut kira sözleşmesinin taraflarının (bu arada kiracının) rızası bulunmadıkça mümkün değildir. Kira sözleşmesinin devri şöyle olsun, kira sözleşmesinden doğan kullandırma borcunun taşınmazı devralana nakledilmesi için dahi, kiracının rızası gereklidir. Taşınmazı devreden ve kiraya veren sıfatını devirden sonraki aşamada da sürdüren kişiyi borçtan kurtaracak biçimde kullandırma borcunun nakli, bu borcun alacaklısı durumundaki kiracının rızası olmadıkça düşünülemez<sup>59</sup>. Bütün bu söylediklerimize bağlı olarak BK. m. 254 f. 2 hükmündeki olgunun gerçekleşmesi, bir başka deyişle, taşınmazı

naatimce yerinde değildir. Kira konusu taşınmazı devralan kişinin olumsuz davranışı, bir başka deyişle, BK. m. 262'deki sürelerle uyarak mümkün olan en kısa sürede kiracının taşınmazı terk etmesini istememesi, sadece kendi aleyhine sonuç doğurmalıdır. Yoksa kendi lehine ve BK. 254 f. 2 hükmünün korumayı amaçladığı kiracı aleyhine sonuçlar doğmamalıdır. Buna göre yeni malikin sessizliğine bağlanan sonuç, onun, kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcu bakımından müteselsil borçlu durumuna gelmesinden ibaret olmalıdır.

<sup>58</sup> Böyle bir sonucun, eğer kira sözleşmesi tapuya şerh edilmişse, şerhin biri etkisi olarak ortaya çıkacağını düşünüyoruz. Böyle bir şerh varsa, kira sözleşmesinin ortaya çıkardığı borç ilişkisinin "eşyaya bağlı" bir karakter kazanacağı söylenebilecek ve taşınmazı devralan kişi, devraldığı andan itibaren kiraya veren sıfatını kazanabilecektir. Bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 135. Şerhin eşyaya bağlı borç etkisini açıklarken, taşınmazın devriyle birlikte yeni malikle kiracı arasında yeni bir kira sözleşmesinin meydana geleceğini söyleyenler de vardır. O halde şerhin eşyaya bağlı borç etkisini kabul eden yazarlardan bazıları, taşınmazın el değiştirmesiyle birlikte mevcut kira sözleşmesinin devam edeceğini, sadece, kiraya veren sıfatının yeni malike geçeceğini kabul ederler. Diğer bazıları ise taşınmazın devriyle birlikte mevcut kira sözleşmesinin sona ereceğini, ne var ki, yeni malikle kiracı arasında eski kira sözleşmesinin içeriğiyle örtüşen yeni bir kira sözleşmesi kurulacağını kabul ederler. Bu ikinci görüşün sakıncalı tarafı, kira sözleşmesi kurulurken verilen fer'i nitelikteki teminatların düşmesine yol açabilecek olmasıdır. Şerhin eşyaya bağlı borç etkisiyle ilgili bu görüşler için bkz. SCHMID, aArt. 260, N. 9; GÜMÜŞ, s. 360. Ne var ki şerhin kira sözleşmesinin doğurduğu borç ilişkisine eşyaya bağlı bir karakter kazandırdığını reddeden düşünce açısından bu sonuca varılamayacağı açıktır. Bkz. İsmet SUNGURBEY, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 102.

<sup>59</sup> TANDOĞAN, s. 130.



devralanın beklemesi zorunlu olan sürenin dolmasına rağmen sessiz kalmaya devam etmesi, kiracının rızası bulunmadıkça onun hukuk alanında etkisi görülecek bir değişikliği getirmez. Ne sözleşme ilişkisinin bir bütün olarak devri ve bundan böyle taşınmazı devralanla kiracı arasında devam etmesi söz konusu olur<sup>60</sup> ne de kiraya veren sıfatını koruyan taşınmazı devreden kişinin kullandırma borcunun nakli gündeme gelir. Olacak olan, sadece, taşınmazı devralan kişinin mevcut kira sözleşmesindeki kullandırma borcuna katılmış sayılmasıdır<sup>61</sup>. Yasal bir varsayıma bağlı olarak gerçekleşen bu borca katılma sadece aslı edim yükümü bakımından değil, bu aslı edim yükümünün sözleşmenin amacına uygun olarak gerçekleşmesini sağlayacak yan edim yükümleri bakımından da söz konusu olur.

BK. m. 254 hükmündeki varsayıma bağlı olarak gerçekleşmiş sayılan borca katılma, kira sözleşmesinden doğan aslı edim yükümünü oluşturan kullandırma borcu bakımındandır. Kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcu bakımından, sahip olduğu taşınmazı kiraladıktan sonra devreden kişiyle bu taşınmazı devralan kişi müteselsil olarak borçlu konumundadırlar. Kiracı bu borcun

<sup>60</sup> Burada sözleşme devrinin gerçekleşeceğini savunan Gümüş, bu sonucun 6570 sayılı Kanun'un konuya ilişkin olarak getirdiği düzenle de uyumlu olacağını belirtmektedir. GÜMÜŞ, s. 358. BK. m. 254 f. 2'nin öngördüğü olgunun gerçekleşmesi durumunda sözleşme devrinin gerçekleşeceği Ayrancı tarafından da savunulmuştur. Bkz. Hasan Ayrancı, Sözleşmenin Yenilenmesi (Devri), Ankara 2003, s. 73. BK. m. 254 hükmünde, kira konusu taşınmazı devralan kişilerin mevcut kira sözleşmesiyle bağlı hâle gelmesi için gerçekleşmesi aranan olguyu, bu kişi tarafından Yasal süre içerisinde sözleşmenin feshedilmemesi olarak tanımlayan Ayrancı'nın bu düşüncesini de paylaşmamaktayım. Zira taşınmazı devraldığı anda sözleşmenin tarafı durumuna gelmeyen yeni malik (ki yeni malikin henüz sözleşme tarafı olmadığını, bu sonucun süresinde fesih beyanında bulunmaması üzerine gerçekleşeceğini söyleyen Ayrancı da kabul etmektedir) sözleşmeyi sona erdirici fesih beyanında bulunamaz. Yeni malikin yapacağı şey kiracıya BK. m. 254 f. 2'de öngörülen süreyi tanımlar. BK. m. 254 bu sürenin belirlenmesi bakımından BK. m. 262'ye atıf yapmaktadır.

<sup>61</sup> Kiracının rızası veya yasal bir dayanak bulunmadıkça sözleşme devri veya sözleşmeden kaynaklanan bir borcun mevcut borçluyu kurtaracak bir biçimde nakli düşünülemez. 6570 sayılı Kanun'a tabi taşınmazlar bakımından, taşınmazın devriyle birlikte yasal bir sözleşme devri gerçekleştiğini ve kiraya veren sıfatının taşınmazı devralana geçtiğini gösteren yasal dayanak mevcuttur. 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinin d bendi böyle bir yasal dayanağın kabulüne elverişlidir. Yeni malikin kira sözleşmesiyle bağlı hâle gelmesinin neden dolayı sözleşme devri veya borcun nakli değil de borca katılma olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesinin düşüncesi için bkz. BGE 82 II 525. Kararın çevirisi için bkz. Selim KANETİ, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, 1955-1964, C: 2, Özel Borç İlişkileri-Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara 1968, s. 97.



ifasını her ikisinden de isteyebilecektir. Aynı müteselsil borçluluk durumu, kullandırma borcuna bağlı yan yüküm niteliğindeki kira konusunu ayıpsız bir hâlde bulundurma yükümü bakımından da geçerlidir. O halde kira ilişkisi devam ederken ortaya çıkacak ayıplardan sorumluluk bakımından, kiraya veren sıfatını koruyan taşınmazı devreden kişiyle birlikte, taşınmazı devralan kişiye de başvurulabilir. Ne var ki devir anında gerçekleşen ayıplara bağlı olarak ortaya çıkan sorumluluk, münhasıran, taşınmazı devreden üzerinde kalır. Devralan kişi açısından, kira sözleşmesinden kaynaklanan kullandırma borcuna katılmanın gerçekleşmediği (daha doğrusu gerçekleştiğinin varsayılmadığı) aşamada, bu borca bağlı yan yükümlerden sorumluluk da söz konusu olmaz.

### **B. 6570 Sayılı Kanun'a Tabi Taşınmaz Kiraları Bakımından**

6570 sayılı Kanun kapsamında kalan taşınmaz kiralaları bakımından, kira konusu taşınmazın devri, kira sözleşmesinin de yasal olarak devri sonucunu doğurur. Taşınmazı devralan kişi kiraya veren sıfatını kazanırken, devreden kişi, devrettiği andan itibaren kira sözleşmesine taraf olmaktan çıkar. Bu sonucun gerçekleşmesi için, mevcut kira sözleşmesinin taraflarının ve taşınmazı devralanın bu konuda uyuşmalarına gerek yoktur. Borçlar Kanunu kapsamındaki taşınmaz kiralaları bakımından, mevcut kira sözleşmesinin taraflarının ve taşınmazı devralanın rızası olmadıkça veya kira sözleşmesine ilişkin bir şerh bulunmadıkça kabul edemeyeceğimiz kira sözleşmesinin devri sonucu, 6570 sayılı Kanun çerçevesinde yasa gereği gerçekleşmektedir.

6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinin d bendi uyarınca, taşınmazı devralan kişi, kendisinin, eşinin veya çocuğunun ihtiyacı için kira sözleşmesinin süresi dolmadan önce tahliye davası açma olanağına kavuşturulmuştur. Yeter ki taşınmazı devraldığı andan itibaren bir ay içinde taşınmazı devraldığını, ihtiyaç durumunu ve tahliye iradesini kiracıya bildirmiş olsun. Bu bildirim yapılmadığı takdirde, taşınmazı devreden kişinin konumunda olacak, tıpkı onun gibi 7. maddede belirtilen sebeplerden birisine dayanarak tahliye davası açabilecek ve bu davayı açmak için kira sözleşmesinin süresinin dolmasını beklemesi gerekecektir<sup>62</sup>. Tahliye davası açmak bakımından taşınmazı devralan kişinin içinde bulun-

<sup>62</sup> Burcuoğlu, kiralananı sonradan iktisap eden kimsenin, 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d'de kendisine tanınan özel dava hakkı yerine, önceki kiralayana halef sıfatıyla dahil olduğu kira sözleşmesine uygun bir şekilde tahliye davası açmasının mümkün olduğunu



duğu bu durum, aynı zamanda, onun kira sözleşmesine taraf durumuna geldiğinin de göstergesidir. Kiracının taşınmazı boşaltması için tahliye davası açmak durumunda olmak ve kazandığı mülkiyet hakkına dayanarak tahliyeyi isteyememek demek, kira sözleşmesinin tarafı durumuna gelmiş olmak demektir. Yasal bir sözleşme devri gerçekleşmiş olmasaydı, taşınmazı devralan kişi, eski malikle yapılmış olan ve borçlandırıcı işlem olması itibarıyla nispi etki taşıdığı tartışmasız olan kira sözleşmesiyle herhangi bir bağlılık altında olmazdı. Kira sözleşmesini sona erdirecek bozucu yenilik doğuran bir dava niteliğindeki tahliye davasını açabilecek olması da, taşınmazı devralanın kira sözleşmesine taraf durumuna geldiğinin bir diğer göstergesidir. Açıktır ki bir sözleşmeyi sona erdirecek bir beyanda bulunma veya dava açma yetkisi, bu sözleşmenin tarafı olan kişiye özgülenmiş bir yetkidir<sup>63</sup>.

Taşınmazı devralan kişi mevcut kira sözleşmesine taraf durumuna geldiği içindir ki, devraldığı andan itibaren bu sözleşmeden doğacak hak ve borçların sahibi durumuna gelir. Taşınmazı devraldığı andan sonra doğan kira bedeli alacaklarını kendi adına talep edebilir. Bu alacaklar üzerinde alacağın temlik veya kiracıyla yapacağı ibra sözleşmesi yoluyla tasarrufta bulunabilir. Taşınmazı devraldığı andan sonra kira bedellerini talep hakkı kendisine ait olacağına göre,

---

belirtmektedir. Bu tahliye davasının diğer tahliye nedenleri yanında, ihtiyaç nedenine de dayanması olasıdır. Diğer taraftan söz konusu tahliye davasının kira sözleşmesinin süresi dolduktan (veya içinde bulunulan kira dönemi tamamlandıktan sonra) açılması gerektiği de açıktır. BURCUOĞLU, s. 438.

<sup>63</sup> 6570 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmaz kiralarda, taşınmazın devrinin kira sözleşmesinin de devri anlamına geleceği ve yeni malikin, taşınmazı devraldığı andan itibaren kiraya veren sıfatını kazanacağı tartışmasız kabul edilmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. BURCUOĞLU, s. 438; TANDOĞAN, I/2, s. 137; Kenan TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Dersleri, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, 2. bası, İstanbul 1977, s. 240; ARAL, s. 256; GÜMÜŞ, s. 358; AYRANCI, s. 38. 6570 sayılı Kanun'un getirdiği yasal sözleşme devri sisteminin, bu Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde yeni malike tanınan tahliye davası açma olanağıyla önemli derecede zedelendiğini düşünenler de vardır. Aybay'a göre, kiracıyı malik değişiminin tehlikelerine karşı koruma amacı güden 6570 sayılı Kanun, önemli bir açık kapı bırakmıştır. 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d'ye göre, taşınmazı beş sene süreyle kiralayan bir kiracı, daha kira süresinin başında, taşınmazı devralan kişinin ihtiyaca dayanan tahliye istemiyle karşılaşabilir. Yeni malik, tahliye davasını, taşınmazı devraldığı andan itibaren altı ay geçince açabilecek, yoksa beş senelik kira süresinin dolmasını beklemeyecektir. Bkz. Aydın AYBAY, İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması Sorunu, İstanbul 1975, s. 257. Aybay'ın taşınmazın el değiştirmesine karşı kiracıları mutlak bağımsızlığa kavuşturma yolundaki dileği, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 310. maddesiyle, kaynak İsviçre Hukukundan daha ileri bir derecede karşılanmaktadır.



bu kira bedellerinin ödenmesindeki temerrüt nedeniyle BK. m. 360 uyarınca kira sözleşmesini feshedebileceği de açıktır. Ne var ki taşınmazı devraldığı andan önce doğmuş kira bedeli alacakları açısından böyle bir olanaktan yoksundur. Devir anından önce doğmuş kira bedeli alacakları, taşınmazı devreden kişiye ait olarak kalmakta devam eder. O, kendisinin kiraya veren sıfatını taşıdığı döneme ilişkin kira bedeli alacaklarını, taşınmazı devrettikten sonraki aşamada da talep edebilir. Ne var ki bu alacakların ifasını sağlayamadığı takdirde, kira bedelinin ödenmesinde temerrüdü düzenleyen BK. m. 260 hükmü uyarınca kira sözleşmesini feshetme olanağından yoksundur artık. Kira konusu taşınmazın devriyle birlikte kiraya veren sıfatını yitirdiği içindir ki, kira sözleşmesinin tarafı olmaya bağlı ayrıcalıklardan yararlanamaz ve sözleşme ilişkisini fesih yoluyla sonlandıramaz.

Taşınmazın devredildiği andan sonra işleyecek kira bedellerine ilişkin alacak hakkı yeni malike ait olacağına göre, ancak bu kişiye yapılan ödeme ifa etkisi doğurur. Eski malike yapılacak ödeme, alacaklı dışında bir kişiye yapılan ödemedir. Bu nedenle kira bedelini ödeme borcu ifa edilmiş olmaz ve yeni malik kişi kiracıyı yeni bir ödemeye zorlayabilir. Ne var ki yeni malikin, taşınmazı devraldığını ve kira bedellerinin artık kendisine ödenmesi gerektiğini kiracıya duyurması da beklenir. Yeni malik böyle bir bildirimde bulunmadığı takdirde, eski malike yapılan ödemenin borçtan kurtarıcı etkisi düşünülebilir. Bu sonuca, alacağın temlikinde eski alacaklıya iyiniyetle yapılan ifanın borçtan kurtarıcı etkisini düzenleyen BK. m. 165'in kıyasen uygulanmasıyla ulaşılabilir. Gerçi taşınmazın devri olgusunun tapu sicilinden görülebileceği, MK. m. 1020 f. 2 uyarınca kimsenin tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceği söylenebilir. Taşınmazın el değiştirdiğini MK. m. 1020 f. 2 uyarınca bildiği varsayılan kiracının, malik değişimine bağlı yasal sözleşme devri olgusunu da bilmesi gerektiği, kira bedelini eski malike iyiniyetle ödemesinin mümkün olmadığı iddia edilebilir. Ne var ki böyle bir iddia gerçekçi olmaz. Tapu sicilinin aleniyeti ilkesinin bu sicilde yapılması söz konusu olabilecek kayıt türleriyle ilgili olduğu, kira sözleşmesi açısından gerçekleşecek yasal sözleşme devri olgusunun aleniyet ilkesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceği düşüncesi daha yerinde görünmektedir. 6570 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleşecek yasal sözleşme devri olgusu, tapudaki herhangi bir kayıttan bağımsız olarak gerçekleşir. BK. m. 255 uyarınca şerh söz konusu olmasa bile, taşınmazı devralan kira sözleşmesinden kaynaklanan ilişkiye taraf durumuna gelir. Şerhin kira sözleşmesinden kaynaklanan ilişkiyi eşyaya bağlı hâle getirici etkisi, 6570 sayılı Kanun kapsamındaki söz-



leşmelerde yasa gereği mevcuttur. *Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* şeklindeki bir yaklaşımın özel hukuk ilişkileri bakımından etkili olamayacağı hatırlanırsa, kiracının yasa gereği ortaya çıkan sözleşme devri olgusunu bilmesi gerektiği de ileri sürülemez. O halde MK. m. 1020 f. 2 hükmünde dile gelen tapu sicilinin aleniliği ilkesi, taşınmazın el değiştirdiğinin herkesçe (bu arada kiracı tarafından) bilindiği varsayımının kabulüne yol açacak, ancak, malik değişimine bağlı yasal sözleşme devri olgusunun da herkesçe (bu arada kiracı tarafından) bilindiği şeklinde bir varsayıma götürmeyecektir. Böyle bir varsayıma gidilmeden kiracının yasal sözleşme devri olgusunu bilmesi gerektiği söylenebiliyorsa (örneğin kiracı bizzat avukattır veya bir avukat ordusu istihdam eden birisidir), ayrıca bir bildirim gereği söz konusu olmayabilir. Ne var ki kural, taşınmazın el değiştirdiği ve kira bedellerinin yeni malike ödenmesi hususunda bir bildirim yapılmasıdır. Böyle bir bildirim yapılmaması durumunda, kiracının yasal sözleşme devrini bilmesi gerektiğini ve bu nedenle eski malike kira bedelini öderken iyiniyetli sayılamayacağını ispat etmek yeni malike düşer. Böyle bir ispat gerçekleşmezse eski malike ödeme yapan kiracı (BK. m. 165'in kıyasen uygulanmasıyla) borcundan kurtulur.

Taşınmazın devredildiği andan daha önce kira sözleşmesinden doğmuş hakların (bu arada kira bedeli alacaklarının), taşınmazı devralan kişiye ayrıca devredilmesi söz konusu olabilir. Böylelikle taşınmazı devralan, eski malik zamanında kira sözleşmesinden doğmuş hakları kendi adına ileri sürmek olanağına kavuşur. Taşınmazın eski maliki zamanında doğmuş bir kira bedeli alacağını, taşınmazla birlikte devralan yeni malikin, bu alacağa ilişkin olarak BK. m. 260 hükmünden yararlanabileceği de açıktır. Yeni malik kira sözleşmesinin tarafı sıfatıyla, eski malik zamanında doğmuş ve şimdi kendisine devredilmiş olan kira bedeli alacağını ileri sürebilecek, kiracıyı temerrüde düşürerek sözleşmenin feshini sağlayabilecektir. Devir anından önce doğmuş haklara ilişkin olarak açılmış davalar varsa, taşınmazı devralanın bu davalara devam etmek bakımından sıfatı, davaya esas olan hakkı devralmışsa mevcut olur<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> Ne var ki kira konusu taşınmazın devrinin, yasa gereği kira sözleşmesinin de devri sonucunu doğurduğu (bkz. OR Art. 261) İsviçre Hukukunda farklı değerlendirmelerin yapıldığı da görülmektedir. Örneğin HIGI, taşınmazın devriyle birlikte, eski malik zamanında doğmuş ve henüz son bulmamış kira bedeli alacaklarının da yeni malike geçeceğini bildirmektedir. Yazar bu konuda, kira bedeli alacaklarının devri için ayrıca işlem yapılmasına gerek görmemektedir. Bkz. HIGI, Art. 261, N. 22. Eski malik zamanında doğan kira bedeli alacaklarının yeni malik tarafından ileri sürülebilmesi için, bu alacakların ayrıca devredilmiş olmasını arayan Federal Mahkeme kararı (BGE II 11)



Taşınmazın devredilmesinden sonraki aşamaya ilişkin kira bedelleri, eski malik tarafından peşin olarak tahsil edilmişse, kiracının yeni malike ayrıca ödeme yapmak zorunda bırakılamayacağı açıktır. Bu olasılıkta taşınmazı devralan kişinin, devrin gerçekleştiği andan sonraki aşamaya ilişkin kira bedelleri hususunda hesaplaşacağı kişi, bu kira bedellerini peşin olarak tahsil etmiş bulunan eski maliktir. Yoksa bu bedelleri ödeyerek borcundan kurtulmuş olan kiracı değil.

Kiracının tahliyesini kolaylaştırmak bakımından muvazaalı taşınmaz devirlerine rastlanması da mümkündür. Böyle durumlarda geçerli bir taşınmaz devrinden söz edilemeyeceği için, kira sözleşmesinin yasal olarak devri de söz konusu olamaz. 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d'deki olanaktan yararlanarak tahliye davası açan yeni malik, kiracının taşınmazın muvazaalı olarak devredildiği itirazıyla karşılaşabilir. Taşınmaz devrine ilişkin hukukî işlemin muvazaalı olması durumunda bir kesin hükümsüzlük söz konusu olacağına göre, ortada bir itiraz sebebinin bulunduğu söylenebilir<sup>65</sup>.

### C. Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdiği Düzen

Kira konusunun devri, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 310 ve 311. maddelerinde ele alınmaktadır. "*Kiralananın el değiştirmesi*" kenar başlıklı BKT. m. 310 şu şekildedir: "*Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur. – Kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır*". BKT. m. 311 ise, "*üçüncü kişinin sınırlı aynî hak sahibi olması*" kenar başlığıyla, üçüncü kişinin kira ilişkisi devam ederken kira konusu üzerinde sınırlı aynî hak edinmesini düzenlemektedir.

65 ise, İsviçre Hukukunda kira konusu taşınmazın devrine ilişkin düzenlemelerde değişiklik yapılmasından ve yasal sözleşme devrinin kabul edilmesinden önceki bir aşamaya aittir. Muvazaalı taşınmaz devrinin kesin hükümsüzlüğü ve sözde yeni malik için herhangi bir hukukî olanak yaratmayacağı hakkında ayrıca bkz. SCHMID, aArt. 259, N. 20; HIGI, Art. 261-261a, N. 29. Kiracının muvazaalı devrin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürebileceği ve işlemin tarafı olmadığı için muvazaayı her türlü delille ispatlayabileceği, ayrıca muvazaayı yapanlardan tazminat isteyebileceği hakkında öğretinin görüşlerini aktaran YAVUZ, bu konuda kendi düşüncesinin farklı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, kiracısını tahliye ettiremeyen eski malikin, sırf zarar vermek ve tahliyeyi sağlamak için taşınmazı devretmiş olması muvazaalı bir işlem olarak görülemez. Çünkü bu işlemin sonuçları taraflarca gerçekten istenmektedir. Bu tür durumlarda, sadecce, BK. m. 41 f. 2 uyarınca kiracıya karşı sorumlu olunmasından söz edilebilir. Nihat YAVUZ, Kiraya Verilen Taşınmazın Bir Başkasına (Üçüncü Kişiye) Devredilmesi Halinde Kiracının Hakları, s. 85-86.



Buna 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”.

Tasarı'nın yukarıda dile getirdiğimiz hükümleri, yürürlükteki BK. m. 254 hükmünün sisteminden bütünüyle farklı bir sistem getirmektedir. BK. m. 254, taşınmaz devralan yeni malikin kira sözleşmesiyle bağlı olmadığı, böyle bir bağlılığın ancak yeni malikin iradesine dayanabileceği esastan hareket ederken, BKT. m. 310, kira konusunun el değiştirmesiyle birlikte yeni malikin kiraya veren sıfatını kazanacağını kabul etmektedir. Buna göre yasal sözleşme devri olgusu, BKT. m. 310 hükmüyle birlikte genel bir ilke durumuna getirilmektedir. Ne var ki BKT. m. 310 kaynak İsviçre Hukuku'ndan daha ileri gidecek bir biçimde yasal sözleşme devri ilkesini benimsemiştir. Kaynak İsviçre Hukuku'nun konuya ilişkin hükmünün (OR Art. 261) getirdiği sistemde, kira konusu taşınmaz devralan kişi kiraya veren sıfatını kazanmakla birlikte, kendisine olağanüstü bir fesih hakkı tanınmıştır. O, sözleşmenin feshini bildirmeye ilişkin kurallara uyarak, bir başka deyişle, fesih bildirimini dönem ve sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilme şansına sahiptir. Ne var ki konut ve işyeri kiralalarında bu olarak biraz daha sınırlanmış, fesih bildirimini dönem ve sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilmesi için, taşınmaz devralan kişinin acil ihtiyaç sahibi olması aranmıştır. Taşınmaz devralan kişinin bu olağanüstü fesih hakkından yararlanması olasılığında, sözleşmenin beklenenden daha erken sona ermesi nedeniyle zarara uğrayan kiracı, eski malikten tazminat talebinde bulunabilir.

Tasarı'nın düzenlemesi ise, taşınmaz devralan ve sözleşmenin kiraya veren tarafı durumuna gelen kişiye olağanüstü fesih hakkı vermemektedir. O, sözleşmeye taraf olduğu andan itibaren, bütünüyle, taşınmaz devreden eski malikin konumuna geçmektedir. Demek oluyor ki kiracının konumu daha sağlamdır. Ne var ki sözleşmenin devrinin bütün kapsamıyla kabul edilmesi ilkesi, Tasarı'nın düzenlemesinde de bir noktada yumuşamaktadır. Bugünkü 6570 sayılı Kanun m. 7 f. 1 bent d düzenlemesi, BKT m. 351 hükmünde karşımıza çıkmaktadır. BKT. m. 351 şu şekildedir: “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. – Kiralananı sonradan edinen kişi, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme



*hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilir”.*

Görülüyor ki kira konusu taşınmazı devralan, bir konut veya işyeri kirası söz konusu olduğu takdirde, sözleşme süresinin sona ermesini beklemeden tahliye davası açma olanağına sahip olmakta, kendisinin ve belirli yakınlarının ihtiyacının karşılanması için kiracının taşınmazı bırakmasını sağlayabilmektedir. Bu düzenleme, OR Art. 261 düzenlemesinde yer alan olağanüstü fesih hakkının Tasarı bünyesine alınmamasından doğan eksikliği bir ölçüde kapatmaktadır.







## ÇOCUK İLE KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Yrd. Doç. Dr. Fulya ERLÜLE\*

### I. Genel Olarak

Velayet hakkının sona ermiş olması, bu hakkı kullanmaktan yoksun olan ana babanın hiçbir şekilde çocukla kişisel ilişki kuramayacağı anlamına gelmez.

Velayet hakkının ana veya babaya ait olmadığı ya da çocuğun kendilerine bırakılmadığı hallerde de ana ve baba, çocuğu görme, onunla buluşup görüşme, ziyaret etme, haberleşme hakkına sahiptir. Çocuğun velayet hakkını elinde bulundurmaması ana veya baba salt bu nedenle çocukla kişisel ilişki kurma hakkı gibi temel bir haktan yoksun kılınmaz. Zira bu hak hem ana babanın hem de çocuğun temel insan hakları arasında yer almaktadır.

Ana ve baba açısından bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin I. fıkrası ile çocuk açısından ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının amacı, çocuk ile ana ve baba arasında yalnızca hukuki değil duygusal bir bağın da kurulmasıdır. Çocuğun kendisine bırakılmadığı taraf da, çocuğun sağlığından, duygu ve düşünce dünyasından, gelecek ile ilgili hedeflerinden haberdar olup sorunları ile baş etme ve çözüme yanında olmak ister. Bu durum Medeni Kanun'unuzun 323. maddesinde, ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir demek suretiyle ifade edilmiştir.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının güncel hale geldiği boşanma ya da ayrılık gibi olasılıklarda, eşler arası ilişkiler yıpranmış, eşler birbirlerine yabancılaşmış ve hatta bazı durumlarda düşmanca tavırlar sergiler hale gelmiş iken müşterek çocuk nedeniyle yine de birbirleriyle iletişim halinde olmak, görüşmek

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.



durumundadırlar. Medeni Kanunumuzun 182. maddesinde, boşanma ve ayrılık kararından sonra velayetin kullanılmasının kendisine verilmediği eşin, çocukla kişisel ilişkilerinin hakim tarafından düzenleneceği açıkça ifade edildikten sonra, aynı maddenin II. fıkrasında, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas alınacağına ayrıca dikkat çekilmiştir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ancak çocuğun üstün yararına ve amacına uygun düştüğü ölçüde olanak tanıyan Medeni Kanunumuz, çocukla kişisel ilişki kurma hakkının sınırlarını 324. maddenin II. fıkrasında belirttikten başka, bu sınırların aşılması nedeniyle çocuğun yararının tehlikeye düştüğü hallerde kişisel ilişki kurma hakkının reddedilebileceğini veya bu hak verilmişse geri alınabileceğini de hükme bağlamıştır. Medeni Kanunda çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, yalnızca ana ve babaya değil, belli koşullar altında ve çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde üçüncü kişilere, özellikle çocuğun hısımlarına da tanınmıştır (TMK m. 325).

## II. Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkının Hukuki Niteliği

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının temellerini kan bağına dayan ana baba ilişkisinde aramak doğru olmadığı gibi, bu hakkı velayet hakkının uzantısı olarak nitelendirmek de doğru değildir. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, ana baba ve çocuğun doğrudan doğruya kendi kişilikleri nedeniyle sahip oldukları, kişilik hakkına dâhil değerlerdendir. Bu nedenle bu haktan feragat edilmesi geçerli olmadığı gibi, hakkın devredilmesi de mümkün değildir.

Medeni Kanun'umuzun 323. maddesinde, ana ve babadan her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğunun ifade edilmiş olması karşısında, bu hakkın salt ana ve babaya tanınmış bir hak olduğu düşünülebilir.

Ancak öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, ana ve babanın yanında çocuğa da tanınmış bir hak olan kişisel ilişki kurma hakkı tıpkı velayet hakkı gibi bir yüküm hak olarak nitelendirilmektedir. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının yüküm hak olarak nitelendirilme gerekçelerinden birini, Medeni Kanunun 322. maddesinin ana baba ve çocuğu birbirlerine, yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlü kılan, düzenlemesi oluşturur. Söz konusu hükümde ana baba ve çocuk arasında karşılıklı olarak öngörülen yükümlülüklerden yardım yükümlülüğü, ana baba ve çocuk arasında maddi



olduğu kadar manevi yönden dayanışma yükümlülüğünün de bulunduğu anlamına gelir. Bu yükümlülüğünün somutlaştığı durumlar arasında velayet hakkı kendisine verilen tarafın, çocuğun velayetini elinde bulundurmayan ana ya da babası ile çocuğun kişisel ilişkisinin sürdürülmesinde onlarla dayanışma içinde bulunması da yer almaktadır. Çocuk ile kişisel ilişkinin kurulması ve sürdürülmesinde ana baba ve çocuğun karşılıklı olarak sosyal ve psikolojik yönden dayanışma içinde bulunmaları aynı zamanda maddede yer alan karşılıklı saygı ve anlayış gösterme yükümlülüğünün de bir gereğidir.

Bu hakkın bir yüküm hak olarak nitelendirilmesine dayanak oluşturan bir diğer düzenleme ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinin III. fıkrasıdır. Anılan hükme göre, "Taraf Devletler ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler. Nitekim Medeni Kanunumuzun 323. maddesine karşılık gelen İsviçre Medeni Kanununun 273. maddesinin I. fıkrasında 1998 yılında gerçekleştirilen değişiklik çerçevesinde ana baba ve çocuğun karşılıklı olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahip oldukları açıkça hüküm altına alınmıştır.

### III. Kişisel İlişki Kurma Hakkına Sahip Olanlar

#### A. Ana - Baba

Çocuğun velayet hakkına sahip olmayan ana ve babadan her birinin, çocukla kişisel ilişki kurabileceği olasılıkların başında, ana ve babanın boşanması, ayrılığa karar verilmesi ya da ortak hayata son verilmiş olması gelir. (TMK m. 182, TMK m. 336/II, III). Kişisel ilişki kurma hakkının ileri sürülebileceği bir diğer ihtimal de ise ana ve babanın birinden veya her ikisinden velayet hakkı kaldırılmıştır ya da (TMK m. 348) velayet hakkı kaldırılmamakla beraber çocuk TMK m. 347 uyarınca bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmiştir. Bu olasılıkların yanında evlilik dışı çocuğun velisi olamamış ana veya baba da çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir (TMK m. 337).



## B. Üçüncü Kişiler

Medeni Kanunda çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, yalnızca ana ve babaya değil, belli koşullar altında ve çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde üçüncü kişilere, özellikle çocuğun hısımlarına da tanınmıştır (TMK m. 325/I).

## C. Çocuk

Her ne kadar Medeni Kanunumuzun 323. maddesinde kişisel ilişki kurma hakkının ana ve babaya tanınmış bir hak olduğu ifade edilmişse de 323. madde-nin 322. madde ile birlikte değerlendirilmesi ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hak-ları Sözleşmesinin 9/III hükmü karşısında bir yüküm hak olarak nitelendirilen kişisel ilişki kurma hakkının hukukumuz açısından da çocuğa tanınmış bir hak olduğunu kabul etmek gerekir. Anayasa'mızın 90. maddesinin son fıkrası uya-rınca, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir". Buna göre 27 Ocak 1995 tarihinde Resmi Gazetede yayımlana-rak yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi iç hukukumuz-a kanun olarak aktarılmış bulunmaktadır.

Ancak bu şekilde iç hukukumuzda giren sözleşmenin her hükmü doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte değildir. Sözleşmede kullanılan terimlere göre, tartışmasız zorunlu olduğu kabul edilen hükümler ile diğer hükümleri birbirin-den ayırt etmek gerekir. Zira sözleşmenin ancak tartışmasız zorunlu hükümleri kanun hükmü olarak mahkemelerde talep konusu yapılabilir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin m. 9/III hükmü, sözleşmenin doğrudan doğruya uygulanabilecek zorunlu hükümlerindedir. Belirtmek gerekir ki sözleşmede, kişilik haklarına ilişkin olarak açıkça zorunlu kurallara yer verilmiş iken, eko-nomik ve sosyal haklar söz konusu olduğunda daha çok tavsiye niteliğinde ku-rallara yer verilmiştir.

## IV. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Yükümlüsü Olanlar

Kişisel ilişki kurma hakkının yükümlüsü, ana ve babanın boşanması, ayrılı-ğa ya da ortak hayata son verilmesi sebebiyle çocuğun velayetini elinde bulun-duran ana ve baba olabileceği gibi ana ve babadan birinden velayet hakkının kaldırılması durumunda velayet hakkına sahip olan diğer taraf da olabilir. Keza velayet hakkının hem ana hem de babadan kaldırılması durumunda vesayet ma-kamı hakkın yükümlüsü sıfatına sahip olacağı gibi; çocuğun TMK m. 347 uya-



rınca bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi halinde de aile ya da kurum yükümlü sıfatını taşıyacaktır. Ana ve babanın esasen hiç evlenmemiş olması durumunda ise evlilik dışı çocuğun velayetine sahip olan ana (ya da baba) hakkın yükümlüsü olarak karşımıza çıkacaklardır. Tüm bu hallerde yükümlülük altına giren velayet hakkına sahip taraf veya çocuğun yanına yerleştirildiği aile ya da kurum, çocuk ile ana baba veya üçüncü kişi arasında kurulacak kişisel ilişkiye müsaade etmek ve bu ilişkinin kurulmasına katlanmak zorundadır.

## **V. Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkının Amacı ve Koşulları**

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının amacı, önceleri bu hakka sahip olan kişilerin çocuk ile hısımlık ilişkilerinin sürdürülmesinin sağlanması şeklinde ifade edilmekte iken günümüzde kişisel ilişki kurma hakkının amacının açıklanmasında daha çok çocuğun hem ana hem de babası ile düzenli ilişki kurma ihtiyacının karşılanmasına vurgu yapılmaktadır. Bu ihtiyacın karşılanmasına yönelik olarak, çocukla ana babanın ne şekilde, ne zaman ve ne sıklıkla kişisel ilişki kuracaklarını düzenleyen bir hükme Medeni Kanunumuzda rastlanmamaktadır. Kanun Koyucu bilinçli olarak, kişisel ilişkinin düzenlenmesini somut bazı kurallara bağlayan bir tanım vermekten kaçınmış bunun yerine Kanunun 323. maddesinde kişisel ilişkinin "uygun nitelikte" olmasını öngörerek kişisel ilişkinin zaman içinde değişen koşullara uyarlanabilmesine olanak sağlamıştır.

### **A. Çocuk İle Kurulacak Kişisel İlişkinin Uygun Nitelikte Olması**

Velayet hakkına sahip olmayan veya çocuğun kendilerinden alındığı ana ve baba ile çocuk arasında kurulacak olan kişisel ilişkinin MK m. 323'te öngörüldüğü üzere uygun nitelikte olması gerekir. Kişisel ilişkinin uygun olup olmadığının tespitinde hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. MK. m.4 hükmü çerçevesinde somut olayın özelliklerini dikkate alarak uygun nitelikte bir kişisel ilişkinin kurulması ve sürdürülmesini sağlayacak olan hakim, öncelikle çocuğun yararını, gözetecektir. Zira çocukla kişisel ilişki çocuğun yararı nedeniyle ve çocuğun yararıyla sınırlıdır.

Çocukla kurulacak kişisel ilişkinin uygun nitelikte olup olmadığını tespit edecek olan hakimin, şüphesiz en başta çocuğun yararını gözetmesi gerekirse de



kişisel ilişkinin uygun nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde başka bir takım olguları da dikkate alması gerekir.

Hakim uygunluk değerlendirmesini öncelikle kişisel ilişkinin içeriği yönünden yapmalıdır. İçerik yönünden yapılacak olan söz konusu değerlendirme bir yandan kişisel ilişki kurma şekillerini öte yandan ziyaretlerin sıklığı ve devam süresini kapsarken; şu sorunun da cevaplandırılmasını gerekli kılar. Hakim, kişisel ilişkiyi kurarken hangi hususları genel olarak; hangi hususları somut olayın özelliklerine göre düzenlemelidir? Kural olarak, kişisel ilişkinin sorunsuz bir şekilde kurulup sürdürülebilmesi için her somut olaya özgü olarak ziyaretlerin sıklığı ve süresi belirlenmelidir. Yine her somut olayın özelliği dikkate alınarak ziyaret günleri, ziyaretlerin başlangıç ve sona erme anları, tatil günleri gibi diğer hususlar da düzenlenmelidir. Nihayet, hakim kişisel ilişkinin uygun nitelikte olup olmadığını tespit ederken ilişkiyi zaman içinde değişen koşullar yönünden de değerlendirmelidir. Özellikle kurulan ilişkinin zaman içinde, gerek çocuğun yaşı gerekse eğitimine bağlı olarak uygunluğunu kaybetmesi üzerine, kişisel ilişkinin değişen koşullara uyulanması gerekir. Ancak bir kez daha vurgulamalı ki, tüm bu olguları değerlendirecek olan hakim, çocuğun yararını daima ana ve babanın yararına nazaran ön planda tutmalıdır.

## **B. Çocuk İle Kurulacak Kişisel İlişkide Çocuğun Yararının Gözetilmesi**

Medeni Kanunumuzun 324. maddesinin II. fıkrasına göre kişisel ilişki sebebiyle çocuğun yararı tehlikeye girer ise, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya verilmişse geri alınabilir. Buna göre, “çocuğun yararı” çocukla kişisel ilişkinin kurulup kurulamayacağını tespit edilmesinde engelleyici bir işlev üstlenmekte başka bir deyişle ilişkinin kurulmasına ancak çocuğun yararı var ise izin verilmektedir.

Medeni Kanunumuzun 325/I maddesinde çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip üçüncü kişiler açısından, “çocuğun yararı” (menfaati) kavramına açıkça yer verildiği halde, Kanunun ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmasını düzenleyen 323. maddesinde çocuğun yararından söz edilmemiştir. Medeni Kanun m. 323 metninde “çocuğun yararı” kavram olarak ifade edilmiş olmamasına rağmen çocukla kurulacak kişisel ilişkinin uygun nitelikte olup olmadığının tespitinde, en başta çocuğun yararının gözetilecek olması ve çocukla kurulacak kişisel ilişkide çocuğun yararının her değer ve bu arada ana baba hakkının



üstünde tutulacak olması söz konusu hüküm açısından da çocuğun yararının dikkate alınacağını açıkça ortaya koyar.

Nitekim, Medeni Kanunumuzun 182. maddesinde boşanma ve ayrılığa karar verecek olan hakimin olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenleyeceği ve velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı ifade edilmiştir. Keza Anayasamızın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konularak iç hukukumuzda kanun hükmünde aktarılmış olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının temel düşünce olduğu ifade edildikten sonra, sözleşmesinin tartışmasız, zorunlu hükümleri arasında sayılan 9. maddesinin III. fıkrasında sözleşmeye taraf Devletlerin, ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterecekleri belirtilerek kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun yararının gözetileceği açıkça ortaya konmuştur.

Çocuk Hukukuna ilişkin tüm pozitif hukuk metinlerine damgasını vuran çocuğun yararı kavramı, doğası gereği genelgeçer bir tanımının yapılmasına olanak vermez. Zira her biri farklı sosyo - kültürel çevrelerde yetişen, birbirlerinden farklı kişilik özelliklerine sahip çocuklardan birinin yararına olan tutum bir diğersinin menfaatini zedeleyebilir ya da hâlihazırda gereksinim olarak ortaya çıkan bir olgu bir süre sonra anlamını tümden yitirebilir. Çocuğun yararı kavramı da tıpkı "haklı neden" kavramı gibi soyut; dolayısıyla da hakimin takdir yetkisi çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre uyarlanabilen esnek bir kavramdır. Kavram bu niteliği ile Çocuk Hukuku alanında benimsenmiş temel ilkelere ve Milletlerarası Sözleşmelerde ifadesini bulan çocuk haklarının somut olayın özelliklerine uyarlanarak evrilmesini sağlar.

## **VI. Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Şekilleri**

Kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın çocuk ile buluşup görüşerek, belli bir süre geçirmesi (ziyaret etme hakkı) çocukla kişisel ilişki kurulmasının



en yaygın şeklini oluşturur. Çocukla buluşup görüşme, kural olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın çevresinde gerçekleşir. Ancak, özellikle çocuk küçük yaşta ise ya da yaşı büyük olmasına rağmen sağlık sorunları çocuğun seyahat etmesine engel oluşturuyorsa, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın, çocuğu, bulunduğu yerde ziyaret etmesi gerekir. Bunun dışında ziyaretler, kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın çevresinde gerçekleştiğinden; kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana ya da baba, tek başına seyahat edebilecek yaşta olmayan çocuğu almak ve geri getirmekle yükümlüdür. Çocuğun velayetinin kendisine bırakıldığı taraf da çocuğu, gerekli zamanda hazırlamakla yükümlüdür. Ancak çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın, çocuğa çok uzak sayılmayan bir mesafede bulunduğu çocuğun da söz konusu seyahati tek başına gerçekleştirebilecek yaşta olduğu hallerde çocuğun, kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafa ulaşım ve tesliminden velayeti elinde bulunduran taraf; geri dönüşünden ise kişisel ilişki kurma hakkına sahip taraf sorumlu olur.

Çocukla kişisel ilişkinin kurulması çoğunlukla çocuğu görme onunla buluşup görüşme, belirli zamanları birlikte geçirme (ziyaret etme) şeklinde gerçekleşiyorsa da mektup, e-posta, kısa mesaj, gibi diğer iletişim araçları ile de kişisel ilişkinin kurulması mümkündür. Özellikle çocuğun, ilişki kurma hakkına sahip tarafa çok uzak bir şehirde bulunması ya da ilişki kurma hakkına sahip tarafın seyahate engel sağlık sorunlarının bulunması durumunda bu tür iletişim araçları ile kişisel ilişki kurulması daha da büyük bir önem kazanır. Hiç şüphesiz, iletişim araçları ile kurulan kişisel ilişkinin de uygun nitelikte olması, dolayısıyla en başta çocuğun yararını zedelememesi gerekir. Bu nedenle hak sahibi telefon ya da e-posta ile iletişim kurarken çocuğun huzurunu bozmamalı, velayeti elinde bulunduran taraf da çocuğun telefon, e-posta vb. diğer iletişim araçları ile görüşmesine müsaade etmeli ve katlanmalıdır. Ancak çocuk da, kişisel ilişki kurarken, hakkın yükümlüsü olan tarafın kişilik hakkına dahil değerlerinden, özel hayat alanını ihlal etmemelidir.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan taraf, elinde olmayan sebeplerle çocuğu ziyaret edemiyor çocuk da okuma yazma bilmediği ya da diğer iletişim araçlarını kullanacak yaşta olmadığı için hak sahibi ile iletişime geçemiyorsa, velayeti elinde bulunduran taraf yazılı ya da sözlü olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafı çocuğun durumu hakkında bilgilendirmelidir. Yine MK. m. 322 uyarınca ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde ana ve babasına yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ile yükümlü kılınan çocuk da kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafı yaşadığı olaylar ve ileriye



dönük alacağı kararlarla ilgili olarak bilgilendirmelidir. Bilgilendirme hakkı olarak nitelendirilen ve kişisel ilişki kurma hakkının kapsamına dahil bulunan bu hak çerçevesinde kişisel ilişki kuran tarafın, özellikle çocuğa yönelik tıbbi müdahaleler, okul ya da meslek seçimi, kariyer planlaması gibi hususlar da bilgilendirilmesi gerekir.

## **VII. Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kapsamı ve Sınırları**

### **A. Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kapsamı**

Çocukla kurulacak kişisel ilişki doğası gereği sürekli, objektif bir düzeni gerektirir. Özellikle, bu ilişkinin en yaygın şekli olan ziyaret etme hakkı söz konusu olduğunda, bu ihtiyaç daha da belirgin hale gelir. Kişisel ilişkinin mektup, e-posta, kısa mesaj, gibi diğer iletişim araçları ile kurulduğu hallerde ancak durumun özelliği gerektiriyorsa bunların açıkça düzenlenmesi gerekir. Oysa kişisel ilişkinin çocukla buluşup görüşme birlikte zaman geçirme şeklinde gerçekleştiği hallerde hakimin, ziyaretlerin sıklığını ve devam süresini her somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak tespit etmesi gerekir.

Buna göre ziyaret etme hakkının kapsamının belirlenmesinde, çocuğun yaşı, kişiliği, okul dönemleri, kişisel ihtiyaçları, hem çocuğun hem de çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ana veya babanın sağlık durumu, çocuğun kişisel ilişki kurmak isteyen ana veya baba ile olan ilişkisi, ana ve babanın birbirleriyle ilişkileri, kişisel ilişkinin taraflarının görüşmenin gerçekleşeceği zamana yönelik talepleri dikkate alınacağı gibi tarafların oturdukları yerin uzaklığı da göz önünde tutulacaktır. Çocukla kurulacak kişisel ilişkinin kapsamının belirlenmesinde ilişki kurulacak kişinin durumu da göz önünde bulundurulur: Kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın çalışma koşulları, çocuğa olan yakınlığı, kişiliği, yerleşim yeri, boş zamanı, sosyal çevresi gibi.

Ana babanın çocukla kişisel ilişki kurup kuramayacağını ya da kurulacak kişisel ilişkinin içeriğinin belirlenmesinde çocuğun dinlenmesi ayrı bir öneme sahiptir. Ayırt etme gücüne sahip bir çocuğun, kişisel ilişki kurmaktan kaçınması durumunda kişisel ilişki kurma talebinin reddedilmesi gerekir. Zira çocuğun karşı koymasına rağmen kişisel ilişkinin kurulmasında ısrar etmek kişisel ilişki kurma hakkının, çocuğun yararına hizmet etme, onu üstün tutma amacına uygun düşmediği gibi çocuğun kişilik hakkının ihlalini de oluşturur.



Keza ayırt etme gücünden yoksun çocuğun kişisel ilişki kurmaktan kaçındığı her halde velayet hakkını elinde bulunduran ana veya babanın etkisi altında kaldığı gerekçesiyle, çocuğun karşı koymasına rağmen kişisel ilişki kurmaya zorlanması da yerinde değildir. Ziyaret etme hakkının kapsamını belirleyecek olan hakim, kişisel ilişkinin süresini duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklamalı, dolayısıyla kararında çocukla görüşmenin hangi gün başlayıp hangi gün biteceğini açıklamak zorunda olduğu gibi hangi saat başlayıp hangi saat biteceğini de göstermelidir. Ziyaret etme hakkının uygun nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde, ulusal ve dini bayramlar gibi özel günlerin gözetilmesi gerektiği gibi sürenin kişisel ilişkinin amacını gerçekleştirecek derecede makul bir süre olması da gerekir. Buna göre, ziyaret sürelerinin, kişisel ilişki kurma hakkının amacını gerçekleştiremeyecek derecede kısa tutulduğu ya da ziyaret günlerinin geniş zaman aralıklarına dağıldığı hallerde kişisel ilişkinin uygun nitelikte olduğundan söz edilemeyeceği gibi; ziyaretlerin çok uzun sürdüğü durumlarda da kişisel ilişkinin uygun nitelikte olduğundan söz edilemez. Zira bu sonuncu halde, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafta, uygunluk ölçüsünü aşacak uzunlukta kalan çocuğun yararının, aidiyet duygusunu geliştirememesine bağlı olarak zedelendiğini kabul etmek gerekir.

Ziyaret etme hakkının kapsamının belirlenmesinde, çocuğun yaşı ve çocuğa özgü zaman algısı ziyaretin gerçekleşeceği yerin ve ziyaret süresinin örneğin, çocuğun geceleyip gecelemeceğinin belirlenmesi açısından ayrı bir öneme sahiptir. Bu nedenle ziyaret etme hakkının uygun nitelikte, dolayısıyla çocuğun yararına olup olmadığını tespit edecek olan hakimin çocuğun yaşını her somut olayda ayrıca dikkate alması gerekir. Örneğin çok küçük yaştaki çocuğun, velayetin kendisine bırakıldığı taraftan uzunca bir süre ayrı kalması yerinde olmayacağı gibi okul çağında olan çocuklar yönünden de ziyaret süresinin eğitimlerini aksatacak şekilde düzenlenmesi uygun olmaz.

Bununla birlikte İsviçre uygulamasında ziyaret hakkının genişlemesi yönündeki eğilime bağlı olarak, uzunca bir süredir okul çağındaki çocukların tatillerinin yarısını ve hafta sonu tatillerini de ayda iki kez kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafta geçirmeleri kabul görmektedir. Ancak ziyaret hakkının kullanılmasının taraflar arasında sorunlar yarattığı özellikle de tartışmalı olduğu durumlarda ziyaret süresinin, küçük yaştaki çocuklar da ayda iki kez yarım gün ile okul çağındaki çocuklarda ayda bir kez hafta sonu ile uzun süreli tatillerde ise iki üç haftalık bir süre ile sınırlandırıldığına işaret etmek gerekir.



Ziyaret etme hakkının kişisel ilişkinin devam ettiği sürece uygun nitelikte olması gerekir. Belirlenen ziyaret sürelerinin veya sıklığının özellikle de çocuğun yaşı ya da eğitime bağlı olarak ortaya çıkan değişikliklere göre, yeniden düzenlenmesi gerekebilir. Kurulan ilişkinin uygunluğunu kaybetmesi çocuğa ilişkin nedenlere bağlı olabileceği gibi kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafa ya da kişisel ilişki kurma hakkının yükümlüsüne ilişkin de olabilir. Çocuğun yararını zedelediği sürece ziyaret etme hakkının, çocuk dışında kalan taraflardan kaynaklanan sebeplerle de değişen koşullara uyarlanması mümkündür.

Ziyaret etme hakkı kapsamında ortaya çıkan başta ulaşım masrafları olmak üzere çocuğun bakımına ilişkin masraflar ve diğer masrafları, kural olarak çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan taraf karşılamakla yükümlüdür. Ancak çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın maddi durumunun iyi olmadığı hallerde çocuğun velayetine elinde bulunduran tarafın masrafları kısmen ya da tamamen karşılaması gerekebilir.

## **B. Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırları**

Kişisel ilişki kurma hakkının amacına uygun şekilde hayata geçirilebilmesi için Medeni Kanunun 324. maddesi hem çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafı hem de çocuğun velayetini elinde bulunduran tarafı çocuğun yararına uygun davranmakla yükümlü kılmaktadır. Buna göre her iki taraf ta diğerinin çocukla olan ilişkisine zarar veren ve çocuğu yetiştirmekle yükümlü olan tarafın durumunu zorlaştıran davranışlardan kaçınmalıdır. Çocuğun velayetini elinde bulunduran taraf, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ana ya da baba ile ilgili olarak çocuğu olumsuz yönde etkilememeli tam aksine çocuğu, diğer tarafla sağlıklı bir kişisel ilişki kuracak şekilde yetiştirmelidir.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının sınırlarının düzenlendiği Medeni Kanunun 324. maddesinde ana ve babadan her birinin, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlü olduğu belirtildikten sonra bu yükümlülüğün ihlali, çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi, ana babanın çocukla ciddi olarak ilgilenmeleri ya da diğer önemli sebeplerin varlığı halinde ana babanın kişisel ilişki kurma hakkının reddedilebileceği veya kendilerinden alınabileceği ifade edilmiştir.



Bununla birlikte, anılan sebeplerin bulunması durumunda ölçülülük ilkesinden hareketle son çare (ultima ratio) olarak başvurulması gereken kişisel ilişki kurma talebinin baştan reddedilmesi ya da sona erdirilmesi yerine çocuğun yararına uygun düşen diğer bir çözüm şeklinin örneğin ilişkinin içeriğinin değiştirilmesi ya da sınırlanmasının benimsenmesi de mümkündür. İsviçre Öğretisinde bu hallere örnek olarak, ziyaret hakkının sona erdirilmesine rağmen kişisel ilişki kurma türlerinden yazışma hakkının devamına karar verilmesi ya da ziyaret hakkına üçüncü kişinin nezaretinde izin verilmesi gösterilmektedir.

Nitekim Medeni Kanunumuzun 324. maddesine karşılık gelen İsviçre Medeni Kanununun 273. maddesine, 1998'de gerçekleştirilen değişiklik çerçevesinde eklenen II. bir fıkra ile kişisel ilişkinin yürütülmesi ya da yürütülmemesinin çocuk üzerinde olumsuz etkiler yaratması halinde, vesayet makamına kişisel ilişkinin taraflarını uyarma ve onlara talimat verme yetkisi tanınmıştır. Buna göre ölçülülük ilkesi doğrultusunda hareket edecek olan vesayet makamı ilk önce kişisel ilişkinin çocuğun yararına yürütülmesi hususunda kişisel ilişkinin taraflarını uyaracak, yapılan uyarı veya uyarılar yetersiz kaldığı takdirde kişisel ilişkinin taraflarına talimat verecek ve son çare olarak kişisel ilişkinin kısmen veya tamamen sona erdirilmesine karar verecektir.

### *1. Çocuğun Yararının Tehlikeye Girmesi*

Çocukla kurulacak kişisel ilişkinin uygun olup olmadığını tespitinde hakim en başta gözetmesi gereken çocuğun yararı kavramı aynı zamanda çocukla kurulacak kişisel ilişkinin sınırını da belirler. Zira kişisel ilişki nedeniyle çocuğun huzuru tehlikeye giriyor, çocuğun yararı zedeleniyorsa, mevcut kişisel ilişki sona erdirilebilir (MK m.324/II).

Çocuğun yararının tehlikeye girdiğinden söz edebilmek için kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın kusurlu olması gerekmez. Çocukla kurulan kişisel ilişki çocuğun bedensel, ruhsal ya da ahlaki gelişimine zarar veriyor ya da tehdit ediyorsa, çocuğun huzurunun, yararının tehlikeye girdiğini kabul etmek gerekir. Çocuğun yararının tehlikeye girdiğinden söz edebilmek için çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın kusurlu olması gerekli olmadığı gibi çocuğun zarar görmüş olması da şart değildir. Çocuğun yararının zedeleneceği yönünde bir tehlikenin bulunması yeterlidir. Bu tür bir tehlikenin somutlaştığı durumlara örnek olarak, çocuğun duygusal yönden ihmal edilmesi ve bu nedenle kendisini güvende hissetmemesi ya da ağır duygusal yük altında bırakılması,



fiziksel şiddete uğraması, bedensel olarak kötüye kullanılması, özellikle de cinsel olarak istismar edilmesi gösterilebilir.

Gerçekleştirilen ziyaretlerden sonra, konuşma bozuklukları yaşayan, konsantrasyon güçlüğü çeken, altını ıslatan, tırnaklarını yiyen, ürkek, çekingen, agresif, ya da anormal derecede inatçı davranan, ait olduğu sosyal çevreden uzaklaşan, içine kapanan, velayet hakkını elinde bulunduran taraf ve çevresiyle iletişim kurmakta zorlanan, ya da başka davranış bozuklukları gösteren çocuğun, yararının zedelenmiş, olduğunu kesin olarak söylemek belki her zaman doğru olmaz ama bu yönde bir tehdidin var olduğunu kabul etmek gerekir.

## **2. Ana ve Babanın Medeni Kanun m. 324/1'de Öngörülen Yükümlülüklerine Aykırı Davranmaları**

Medeni Kanununun 324. maddesinde ana ve babadan her birinin, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlü olduğu belirtildikten sonra bu yükümlülüğün ihlali, halinde ana babanın kişisel ilişki kurma hakkının reddedilebileceği veya kendilerinden alınabileceği ifade edilmiştir. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan taraf, bu yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde onun artık çocuğun yararına davrandığından söz edilemez.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan taraf, velayet hakkına sahip tarafın verdiği eğitimi ihlal ediyorsa, çocuğu şımartıyorsa, çocuğu ziyaretler sırasında ihmal ediyorsa, çocuğa kötü davranıyorsa ya da ziyaret süresini kişisel ilişki kurma hakkının amacına uygun olmayan bir biçimde örneğin çocuğu uygun olmayan ortamlara sokarak geçiriyorsa, hakkını 324. maddede öngörülen yükümlülüklerine aykırı kullanıyor demektir. Yine çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip taraf hakkını, amacına aykırı olarak çocuğun kendisine bıraktığı tarafı sinirlendirip yıpratmak, çocukla kurduğu ilişki vesilesiyle velayet hakkını elinde bulunduran tarafı kontrol etmek ya da kendisini zorla karşı tarafa kabul ettirmek gibi saiklerle kullanıyorsa MK. m. 324/1'i ihlal etmiş sayılır. Medeni Kanun m. 324/1 hükmünün ihmal suretiyle de ihlal edilmesi mümkündür. Özellikle kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın haklı bir gerekçe olmaksızın ziyaret hakkını kullanmaması ya da düzenli olarak kullanmaması, çocuğu velayet hakkını elinde bulunduran taraftan teslim almada veya ona teslim etmede kararlaştırılan sürelerle uymaması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğu yurt dışına kaçırmak amacıyla kullanılıyor



ya da çocuğun yurt dışına kaçırılacağı yönünde somut bir tehlike bulunuyorsa kişisel ilişki kurma talebi reddedilebilir ya da geri alınabilir.

### 3. *Ana ve Babanın Çocukla Ciddi Olarak İlgilenmemeleri*

Ana ve babanın çocukla ciddi olarak ilgilenmemeleri, MK m. 311/II hükmü uyarınca velayetin kaldırılmasını gerektirdiği gibi, MK m. 324/II uyarınca da kişisel ilişki kurma hakkına yönelik istemin reddedilmesini ya da bu hakkın kendilerinden alınmasını gerektirebilir. Çocukla kişisel ilişki kurulması ya da mevcut ilişkinin geliştirilmesi konusunda gerekli özeni göstermeyen, çocuğa yeterli ilgiyi göstermeyen ana ve baba, çocuğun yararına sağlıklı kişisel ilişki kurma amacından uzaklaşmış olduğu ölçüde özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın, hayatının hiçbir döneminde hiçbir şekilde çocuğun yanında olmaması, çocukla ilgili en ufak bir sorumluluk üstlenmemesi, onun çocukla ciddi olarak ilgilenmediğini gösterdiği gibi kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın haklı bir sebep olmaksızın çocukla kişisel ilişki kurmaktan uzun yıllar boyunca kaçınmış olması da çocukla ciddi olarak ilgilenilmediğine işaret eder. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın çocukla ciddi olarak ilgilenmediği yolunda bir kanaatin oluşumuna ziyaret günlerinin geçirilmesindeki özensiz davranışlar da dayanak oluşturabilir. Bu bağlamda çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın, ziyaret gününü çocuk için uygun olmayan ortamlarda geçirmesi, ya da kendi hobi ve uğraşlarını gerçekleştirebileceği yerlerde geçirmesi, çocuğu ziyaret günü süresince güven duyduğu başka kişilere bırakması ve çocuğu ziyaret süresinin sonunda velayet hakkına sahip tarafa teslim etmek üzere geri alması çocukla ciddi olarak ilgilenilmediğini gösterir. Keza çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın baba olması durumunda, öğretide babalığa hakim hükmü ile hükmedilmiş olmasını, hamilelik döneminde kadının kürtaj yapmaya zorlanmış olmasını veya hamileyken zor durumda bırakılmış olmasını, yeterli sebepler olmaksızın babalığın şüpheli olduğunun ileri sürülmüş ya da ileri sürülüyor olmasını çocukla ciddi olarak ilgilenilmemesi şeklinde değerlendirenler olmakla birlikte çocukla ciddi olarak ilgilenilmediğini gösteren başka olgular bulunmadığı sürece tek başına babalığın tartışılmış olmasını ya da soybağının reddi davasının açılmış olmasını bu sonucu kabul etmek için yeterli saymamak gerekir. Yine çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın, çocuğa ödemekle yükümlü olduğu nafakayı düzensiz ya da gecikerek ödemesi onun çocukla ciddi olarak ilgilen-



mediği anlamına gelmediği gibi; nafakanın ödenmiş olması da çocukla ciddi olarak ilgilenildiğini söylemek için yeterli değildir.

#### **4. Diğer Önemli Sebeplerin Varlığı**

Çocuğun yararının tehlikeye girmesi, ana ve babanın Medeni Kanun m. 324/1'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranması, çocukla ciddi olarak ilgilenilmemesi yanında diğer önemli sebeplerin varlığı da kişisel ilişki kurma hakkının reddedilmesi ya da geri alınmasını gerektirebilir. Kanun koyucu kişisel ilişkinin kurulmasını engelleyen ya da kurulan ilişkinin sona erdirilmesini gerektiren diğer önemli sebeplerin neler olabileceğini belirtmemiş, hangi sebeplerin önemli sebep olarak değerlendirileceği konusunda hakime takdir yetkisi tanımıştır (MK m.4).

Kişisel ilişkinin reddedilmesi ya da sona erdirilmesini gerektiren sebepler, ana ve babaya ilişkin olabileceği gibi çocuğa ilişkin de olabilir. Ana ve babaya ilişkin sebepler arasında, ana ve baba arasında kişisel ilişkinin kurulmasını ya da sürdürülmesini engelleyecek derecede sorunlar bulunması ve bunlara bağlı gerginlikler yaşanması, kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın çocuğu etkin bir şekilde korumasının mümkün olmadığı türde bir bulaşıcı hastalığa yakalanması örneğin verem olması gösterebilir. Kişisel ilişki kurma hakkının çocuğu yurt dışına kaçırmak amacıyla kullanılması ya da çocuğun yurt dışına çıkarılacağı yönünde ciddi bir tehlikenin bulunması, kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın, çocuğa cinsel istismarda bulunacağı yönünde ciddi bir şüphenin varlığı ya da çocuğa ya da diğer tarafa şiddet uygulanacağı endişesinin varlığı, kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin çocuğa veya diğer tarafa karşı işlediği bir suçtan ötürü sabıkasının bulunması ya da tutuklanmış olması gibi hallerde çocukla diğer taraf arasında kişisel ilişki kurulmaz. Kişisel ilişkinin reddedilmesi ya da sona erdirilmesini gerektiren çocuğa ilişkin sebeplere örnek olarak, ayırt etme gücüne sahip çocuğun herhangi bir etki altında kalmaksızın, ısrarla ve karşı konulamaz bir şekilde kişisel ilişki kurmaktan kaçınması, kişisel ilişkiyi reddetmesi gösterilebilir.

Buna karşılık, velayet hakkını elinde bulunduran tarafın yeniden evlenmiş olması kural olarak, kişisel ilişkinin reddedilmesini ya da kaldırılmasını gerektirmez meğer ki çocuk, üvey anne ya da üvey babayı genetik ana ya da babasının yerine koymuş dolayısıyla da genetik ana veya babaya yabancılaşmış olsun. Keza kişisel ilişkinin kurulmasının hala olası ve anlamlı olduğu hallerde kişisel



ilişkinin hiç kurulamamış olması ya da kurulan kişisel ilişkinin arzu edilen yoğunlukta sürdürülememiş olması da tek başına kişisel ilişkinin reddedilmesi ya da sona erdirilmesini gerektiren sebepler arasında sayılmamalıdır.

## VIII. Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurmaları

### A. Genel Olarak

Çocuk, yalnız ana babası ile değil bunların dışında kalan diğer kişilerle de, ana-baba, çocuk ilişkisi benzeri sosyal bir ilişkiye sahip olabilir. Bu durumun çocuğun psikolojik ve sosyal gelişimindeki önemini göz önünde bulunduran kanun koyucu, Medeni Kanunun 325. maddesinde olağanüstü hallerin bulunması ve çocuğun yararına uygun düşmesi koşuluyla, üçüncü kişilerin özellikle çocuğun hısımlarının da çocukla kişisel ilişki kurmasına imkan tanımıştır.

Madde metninde örnek olarak belirtilen hısımların başında çocuğa ana babasından sonra en yakın olan, çocuğun duygusal yönden bağlı olduğu büyük ana babası gelmektedir. Keza çocuğun ayrı yaşadığı kardeşleri, amca hala, dayı, teyze gibi çocuk ile yakın ilişkisi bulunan diğer hısımların da Medeni Kanunun 325. maddesinde belirtilen diğer şartların gerçekleşmesi koşuluyla çocukla kişisel ilişki kurmaları mümkündür. Hısımlar dışında çocukla yakın kişisel ilişkisi bulunan, diğer kişiler de şartlar gerçekleştiği ölçüde çocukla kişisel ilişki kurabilirler. Bu kapsamda örnek gösterilen kişilerin başında çocuğun velayetini elinde bulunduran taraf ile mevcut evliliği sona eren üvey ana ya da baba gelmektedir. Zira çocuk ile üvey ana ya da baba arasında kurulan kişisel ilişkinin, evliliğin sona ermesinin ardından sürdürülmesinde çocuğun yararı vardır. İsviçre hukukunda bu kapsamdaki diğer kişilere örnek olarak, çocuğun vaftiz babası, çocuk ile soybağına sahip olmayan genetik baba, evlat edinilen çocuğun genetik ana ve babası ve hatta soybağının reddini sağlamış olan görünüşteki baba gösterilmektedir.

### B. Koşulları

#### 1. Olağanüstü Hallerin Bulunması

Medeni Kanunun 325. maddesi çocuğun yararına hizmet etmesi ve ancak olağanüstü hallerin varlığı durumunda üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasına olanak tanıdığına göre, hangi durumların olağanüstü haller kapsamına gireceğini, somut olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmede buluna-



cak olan hakimin takdir etmesi gerekecektir (MK m. 4). Öğretide olağanüstü hallere örnek olarak, mevcut evliliğin ölüm ya da boşanma ile sona ermesi üzerine, velayetin kendisine bırakıldığı tarafın ya da vasinin, çocuğu, diğer tarafın ana babası (büyük ana babası) ile görüştürmemesi, evliliğin boşanma ile çözülmesinden sonra, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın, hastalanması, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın nerede olduğunun bilinmemesi, özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya çarptırılmış olması gibi sebeplerden ötürü kişisel ilişki kurma hakkını kullanamaması, evliliğin boşanma ile sona ermesi üzerine, kardeşlerin birbirlerinden ayrı yaşaması gösterilmektedir. Anılan örneklerden de anlaşılacağı üzere, evliliğin çözülmesi üzerine çocukla birlikte aynı aile ortamında yaşayan ya da çocukla yakın ilişki içinde bulunan kişilerin mevcut ilişkilerini sürdüremediği ya da çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın bu hakkı kullanmaktan yoksun olması nedeniyle çocuğun hısımları veya diğer kişilerle sosyal ilişki kuramadığı ya da sürdüremediği haller, olağanüstü haller olarak değerlendirilmektedir.

## **2. Çocuğun Yararının Bulunması**

Yukarıda örneklerini verdiğimiz olağanüstü hallerden herhangi birinin varlığı, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasına tek başına imkan vermez, kişisel ilişkinin aynı zamanda çocuğun yararına da hizmet etmesi gerekir. Nasıl ki ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmasında, en başta çocuğun yararı gözetiliyor, çocukla kurulacak kişisel ilişkide çocuğun yararı ana babanın yararından üstün tutuluyorsa üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasında da çocuğun yararı üçüncü kişilerin yararına nazaran ön planda tutulur. Çocuğun büyük ana veya büyük babası ile kişisel ilişki kurmasında ya da çocuğun diğer kişilerle mevcut olan ilişkisinin sürdürülmesine yönelik isteğini açıkça ortaya koyduğu hallerde, kişisel ilişkinin çocuğun yararına olduğundan söz edilir.

Kurulacak kişisel ilişkinin çocuğun yararına olup olmadığını değerlendirecek olan hakim, kişisel ilişkinin kurulması halinde çocuğun içinde bulunacağı yeni koşulları, özellikle kişisel ilişkinin çocuğun temel ihtiyaçlarını giderip gidermediğini, üçüncü kişilerin kuracakları kişisel ilişkinin çocuğun, mevcut ilişkileri üzerindeki etkisini, söz konusu ilişkileri zedeleyip zedelediğini ya da engelleyip engellemediğini özellikle göz önünde bulundurmalıdır.



Üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı açısından da, ana ve babanın kişisel ilişki kurma hakkı için öngörülen sınırlamalar kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

### **IX. Çocuk İle Kişisel İlişkinin Kurulmasında Yetkili ve Görevli Mahkeme**

Çocuğun velayetini ellerinde bulundurmayan veya çocuk kendilerine bırakılmamış olan ana babanın ve üçüncü kişilerin, çocukla kişisel ilişki kurmaları ancak mahkeme kararıyla mümkündür. Şayet çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik bir mahkeme kararı henüz alınmamışsa, çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik düzenleme yapıncaya kadar, çocukla kişisel ilişki ancak velayet hakkına sahip ana veya babanın veya çocuk kendisine bırakılmış olan kişinin rızasıyla kurulabilir (MK m. 326/II).

Buna göre, örneğin çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen baba, mahkemece bir karar verinceye kadar velayet hakkına sahip ananın rızası olmadıkça ya da çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen üçüncü kişiler, mahkemece kişisel ilişkinin kurulmasına yönelik bir düzenleme yapıncaya kadar velayet hakkını elinde bulunduran ana veya babanın rızası olmadıkça çocukla kişisel ilişki kuramayacaklardır.

Çocukla kişisel ilişki kurulması hususunda karar vermeye yetkili mahkemeler, Medeni Kanunumuzun 326. maddesinde gösterilmiştir. Maddenin II. fıkrasında boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kurallarının saklı tutulduğunun ifade edilmiş olması karşısında boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kararlar hususunda yetkili olan mahkemeler, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar açısından da yetkili sayılacaklardır. Medeni Kanunun 326. maddesinin I. fıkrasında ise kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu ifade edildiğine göre, boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kararlar hususunda yetkili olan mahkemelerin yanında çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkili olacaktır. Çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin davalarda Aile Mahkemeleri, Aile Mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir.



## KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin, "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Üzerine Gözlemler", Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜ.SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, Andlaşmalar Dizisi No:1, Ankara 1995.
- AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2006.
- AMREIN, Bernhard/GULER, Albert/HÄFELI, Cristoph, Mustersammlung zum Adoptions-und Kindesrecht, 4. Aufl., Zürich 2005.
- ATAAY, Aytekin, "Büyükan ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsi Münasebetler", İÜHFİM, C. XXIII, S. 3-4, s. 369-380.
- BLUM, Richard, Der Persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäss Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht), Zürich 1983.
- BREITSCHMID, Peter, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008.
- FELDER, W./HAUSHEER, H., "Drittüberwachtes Besuchsrecht: Die Sicht Der Kinderpschiatric. Zum BGE 119 II NR. 41", ZBJV 1993, s. 698-706.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008.
- GULER, Albert, "Ausgewählte Fragen zur Regelung des Besuchsrechts", ZVW 1984, s. 98-107.
- HAMMER-FELDEGES, Marianne, "Persönlicher Verkehr-Probleme der Rechtsanwendung für Vormundschaftsbehörden, Richter und Anwälte", ZVW 1993, s.15-27.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/MÜLLER- AEBI, Regina, E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2007.
- HEGNAUER, Cyril, "Persönlicher Verkehr-Grundlagen", ZVW 1993, s. 2-14.
- HEGNAUER, Cyril, Berner Kommmentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-275 ZGB, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 276-295 ZGB, Bern 1997.
- HEGNAUER, Cyril, Vormundschaftsbehörde und persönlicher Verkehr. Ein Überblick, ZVW 1998, s. 169-179.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku'na Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004.



- OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), 13. Bası, İstanbul 2006.
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- SAYMEN, Ferit, Hakkı/ELBİR, Halid, Kemal, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. III, 2. Bası, İstanbul 1960.
- SCHNYDER, Bernhard, Die ZGB-Revision 1998/2000 (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht), Zürich 1999.
- SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO/Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002.
- SCHWENZER, Ingeborg, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB (Herausgeber: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), 3. Aufl., Basel-Genf-München 2006.
- SERDAR, İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı: 2007, İzmir 2007, s. 739-781.
- SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005.
- TEKİNAY, Selahattin, Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 5. Bası, Ankara 1997.



# TARIMSAL İŞLETMELERİN ÖZGÜLENMESİ SORUNU VE BU SORUNUN TARIM REFORMU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yard. Doç. Dr. İpek SAĞLAM\*

## GİRİŞ

Toprak insanların yaşamlarını sürdürebilmeleri için mutlak önem taşıyan bir unsurdur ve günümüzde de artan bir değer olarak varlığını korumaktadır. Zira insanoğlu yaşamak, barınmak ve beslenmek için toprağa bağımlıdır. Yer yüzünde yaşayan insan sayısı gün geçtikçe artmakta; buna karşın sınırlı kapasitesi bulunan topraklardan elde edilen ürünlerin toplam miktarı bu artış karşısında yetersiz kalmaktadır. Beslenme ihtiyacını giderebilecek olan ürünler, topraktan tarım yoluyla elde edilebilmektedir. Tarımsal üretimin olmazsa olmazı da tarımsal araziler yani topraktır.

Tarımsal araziler gelecek nesillere emanet edeceğimiz, aynı zamanda da tüm insanlığın hizmetine adanmış olan evrensel bir mirastır. Toprak hukukunun amacı da, bu mirasın bölünüp parçalanmasının önüne geçmektir. Tarım arazilerinin verim elde edilemeyecek kadar küçük parçalara ayrılmasının en önde gelen sebebi, mirasın mirasçılar arasında paylaşılmasında aynen taksim ilkesinin benimsenmesidir<sup>1</sup>. Türk Medeni Kanununun 659-668 maddelerinde aynen taksim

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Bu ilke uyarınca hedeflenen terekedeki malların mirasçılara aynen paylaşılması olup, terekedeki unsurların paraya çevrilerek bu paranın paylaşılması veya başka değerlerle değiştirilmesi değildir. Mümkün olduğunca terekede bulunan malvarlığının mirasçılara aynen taksimi Kanunun amacına da uygundur. Bu ilke TMK m. 650'nin ifadesinden de anlaşılmaktadır. Miras bırakan arkasında sekiz mirasçı bırakmış olsa ve tereke kapsamında bir adet tarımsal taşınmaz bulunsa, aynen taksim kuralı gereğince bu taşınmazın satılıp paraya çevrilmesi ve bu paranın paylaşılması yerine taşınmazın sekiz parçaya bölünüp sekiz mirasçıya paylaşılması gerekecektir. Elbette ki böyle bir çözüm, tarım arazilerinin parçalanmasına ve veriminin düşmesine sebebiyet verecektir. Ancak



ve eşitlik ilkelerinden ayrılan kanun koyucu getirdiği düzenleme ile tarımsal arazilerin yok olmasına yol açabilecek uygulamaların sakıncalarını bertaraf etmeyi hedeflemiştir.

Makalemizde önce Türk Medeni Kanunu'ndaki tarımsal taşınmazların özgülmesine (tahsisine) ilişkin hükümlere değinilecek; daha sonra ise Tarım Reformu Genel Müdürlüğü bünyesinde bir toprak bankasının kurulabilmesi amacıyla hazırlanmış olan "*Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun Değiştirilerek Toprak Bankası Kurulmasına Dair Kanun Teklifi*"de incelenerek tarım reformu açısından tarımsal taşınmazların özgülmesi sorunu ele alınacaktır.

## I. Tarımsal İşletmeler

Tarımsal işletmeler en genel tanımlamayla tarım üretimine özgülünen taşınmazlardır<sup>2</sup>. TMK m. 659'a göre: tarımsal işletmeler ekonomik bütünlüğe ve yeterli tarımsal varlığa sahip olup terekede yer alan unsurlar şeklinde düzenlenmiştir. Yine belirtmek gerekir ki; tarımsal işletmelerin en olmazsa olmaz birleşeni topraktır. Bir tarımsal işletmede üç ana unsur mevcuttur. Bunlar; müteşebbis, emek ve sermayedir<sup>3</sup>. Bu unsurları sırasıyla inceleyecek olursak müteşebbis,

---

unutulmamalıdır ki, mirasçılardan tümünün anlaşması ile aynen taksim kuralı hilafına bir taksim biçimi kararlaştırılabilecektir. Aynen taksim ilkesi ile ilgili olarak bkz: SEROZAN, Rona – ENGİN, Baki İlkay; Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2008, s. 449; İNAN, Ali Naim/ ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan; Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008, s. 562; ANTALYA, O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 456; DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2006, s. 459; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1987, s. 708; HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, İstanbul 2004, s. 136; İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, İstanbul 2010, s. 465.

<sup>2</sup> Tarımsal işletmeler ile ilgili genel bilgi ve İngiliz hukukundaki tarımsal işletme kirası ile ilgili açıklamalar için bkz: AYBAY, Aydın, İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması Sorunu, İstanbul 1975, s. 162-165.

<sup>3</sup> Tarımsal işletme kavramı için bkz: EREN, Fikret – BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005, s. 176 vd.; BAŞPINAR, Veysel, "Türk Medeni Kanunu ve Yeni Gelişmeler Karşısında Tarım İşletmelerinin Tahsisi", Fikret Eren Armağan, Ankara 2006, s. 266 vd.; GÖKÇE, Ziya, "Tarımsal İşletmenin Tahsisi", Prof.Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaşgünü Armağanı, C.II, İstanbul 2001, s. 832 vd.; UYAR, Talih, Türk Medeni Kanunu Miras Hukuku, C. III, Ankara 2003, s. 2881-2882; BAĞATUR, M. Çağrı, "Tarımsal İşletmelerin Özgülmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/3, s. 863; AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Konya 2009, s. 267; CİN, Halil, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras



işletmeyi kendi adına ve hesabına işleten kişidir<sup>4</sup>. Müteşebbis malik olsun olmasın çoğunlukla işletmede çiftçilik yapıp, işletme faaliyetini bizzat gerçekleştirir. Ancak müteşebbis çiftçinin bu faaliyeti şahsen yerine getirmesi her zaman mümkün olmaz. Önemli olan yönetim ve sorumluluğun müteşebbisin elinde toplanmasıdır. Yani müteşebbis arazide bizzat çalışmasa da esas olan işletmeyi onun idare etmesidir<sup>5</sup>.

Toprağı işleyip onu verimli kılan, bakımını yapıp ürünleri toplayan insan ve makinelerin sarf ettikleri güç toplamı ise bir tarımsal işletmenin emek unsurunu teşkil eder<sup>6</sup>. Emek unsuru içinde müteşebbisin ve ailesinin bireysel çabaları yer alır ancak bazen işletmenin büyüklüğü başka kişilerin de emeğinden yararlanmayı zorunlu kılabilecektir. Bu gibi durumlarda istisnaen de olsa müteşebbis bizzat işletmede çalışmayıp, üretim faaliyetinin yönetimini üstlenebilir.

Sermaye unsurunun kalbi topraktır. Topraksız bir tarımsal işletme var olmaz. Sermaye unsurunun kapsamına binalar, araç ve gereçler, hayvanlar, tohum stokları da dahildir<sup>7</sup>. Bir tarımsal işletme kapsamında tarıma elverişli topraklarla beraber tarıma elverişsiz topraklar da bulunabilir<sup>8</sup>. Ancak bir tarımsal işletmenin tamamı tarıma elverişsiz topraklardan ibaret olamaz. Ortada en azından ıslah edilerek ileride tarıma elverişli hale getirilebilir topraklar bulunmalıdır<sup>9</sup>.

---

Yoluyla İntikali, Ankara 1979, s. 122 vd.; ZEVKLİLER, Aydın, Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970, s. 71 vd.; KÖPRÜLÜ, Bülent, Toprak Hukuku Dersleri, Cilt I, İstanbul 1958, s. 338; CİN, Halil, "Medeni Kanun ve Toprak - Tarım Reformu Kanunu Açısından Tarım İşletmelerinin Tahsis Şartları", AÜ Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, s. 151; DONALD, Paul F.- PISANO, Giovanna - RAYMENT, Matthew D. - PAIN, Deborah J., "The Common Agricultural Policy, EU Enlargement and The Conservation of Europe's Farmland Birds; Science Direct.Com, s. 5.

<sup>4</sup> Tarım ürünleri elde edilmesine hizmet eden işletme mutlaka müteşebbisin mülkiyetinde bulunmak zorunda değildir. Müteşebbis o işletmeyi kiracı olarak da işletiyor olabilir. Bkz. ZEVKLİLER, s. 72.

<sup>5</sup> CİN, s. 127.

<sup>6</sup> GÖKÇE, s. 834.

<sup>7</sup> Tarlalar, çiftlikler, bağ, bahçe, bostanlar, mer'alar, çayırılar, ağıllar, ahırlar, arı kovanları da tarımsal işletme kapsamına dahildir. İMRE - ERMAN, s. 484; DURAL/ÖZ, s. 496; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara 2008, s. 411.

<sup>8</sup> Örneğin bu topraklar işletilmeye elverişli olmamakla beraber hayvancılık yapmaya müsait nitelikte olabilir.

<sup>9</sup> ZEVKLİLER, s. 75; GÖKÇE, s. 837.



Müteşebbis, emek ve sermaye unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşan tarımsal işletmeler, mal veya hizmet biçimindeki değerleri üretirler. TMK m. 659'da tarımsal işletmelerin “ekonomik bütünlüğe ve yeterli tarımsal varlığa sahip oldukları” vurgulanmıştır. Bu madde düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, tarımsal taşınmaz mallar ve bunlara bağlı taşınır mallar<sup>10</sup> ekonomik açıdan bir küle teşkil ederler<sup>11</sup>. Yani tüm bu unsurların tarımsal işletme çatısı altında ekonomik fonksiyonlarını yerine getirebilmesi, hepsinin bir arada bulunması veya kullanılmasıyla mümkündür<sup>12</sup>. Tüm araziler, bina, tesis ve taşınırlar ekonomik açıdan tarımsal işletmeye bağlı olmalıdır. Bu unsurlar arasında bir amaç ve işbirliği bağı bulunmalıdır<sup>13</sup>.

Ekonomik açıdan bir bütünün teşkili için arazilerin, binaların veya tesislerin bitişik yani dış görünüm açısından yan yana olmaları zorunlu değildir<sup>14</sup>. Örneğin arazilerin tek parça halinde olması aranmaz. Ekonomik bütünlük için gerekli olan, işletmenin bir elden yönetilmesidir. Ayrı ayrı taşınmazlar fonksiyonel açıdan birbirlerini tamamlamaktaysalar, aralarındaki fiziki uzaklık, iktisadi bir bütün olarak işletildikleri gerçeğini göz ardı etmemize sebep olmayacaktır.

Tarımsal taşınmazın tamamında aynı tip üretimin yapılması zorunlu değildir. Aynı işletme içinde birbirinden farklı üretimler de sürdürülebilir. Örneğin tarlada ekim yapılırken işletme kapsamındaki yaylada da arıcılık yapılabilecektir<sup>15</sup>.

Yasal düzenlemeler kapsamında yapılmış olan tarımsal işletme tanımları ise hem 26.01.2003 tarih ve 25005 Resmi Gazete Sayılı “*Tarım İşletmelerinin Yeterli Tarımsal Varlığa Sahip Olup Olmadığının Tespitine Dair Yönetmelik*” m.4’de hem de 30.06.2003 tarih ve 25154 Resmi Gazete Sayılı “*Yeterli Tarımsal*

<sup>10</sup> Örneğin aletler, makineler, bitkisel ve hayvansal üretim araçları, hayvanlar ve diğer sermaye unsurları bu taşınırlara örnek olarak sayılabilir.

<sup>11</sup> Yargıtay’ın tarımsal işletmelere ilişkin tanımı için bkz: Yargıtay 2. HD. 1.4.1952 T., 1952/2022 sayılı Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 2. HD. 4.10.1984 T., 1984/5667 (İMRE- ERMAN, s. 484-485). Karara göre; “Tarımsal işletme; yapı, araç, gereç, hayvan ve sermaye unsurlarından oluşan, yine tarımsal alanda üretimde bulunan ve belirli büyüklüğe sahip olan bir ekonomik bütünlük”tür.

<sup>12</sup> SAYMEN, Ferit Hakkı, “Zirai Miras Hukuku”, İktisat Fakültesi Dergisi, C. 4, s. 366; GÖKÇE, s. 833.

<sup>13</sup> BAĞATUR, s. 863; TUOR/PICENONI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht 2. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1966, Art. 620, N.6.

<sup>14</sup> ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku Tablolara ve Örneklerle, Ankara 2008, s. 410.

<sup>15</sup> Benzer örnek için bkz: CİN, s. 123.



*İşletme Büyüklüklerinin Tespitine Dair Tebliğ*" m.4'de aynıdır. Bu düzenlemele-  
re göre tarımsal işletme: "Üretim faktörlerini kullanarak, bitkisel ve/veya hay-  
vansal ve/veya su ürünleri ürünlerinin üretimi için tarımsal faaliyet yapan ve  
işletme içerisinde tarımsal ürünlerin üretimden sonra koruma ve/veya işlemlerini  
yaparak; mamul veya yarı mamul hale getirmeye yönelik ekonomik faaliyette  
bulunan işletmedir"<sup>16</sup>.

Tarımsal işletmede<sup>17</sup> bulunması gerekli olan ekonomik amaç ve işbirliği  
bağı miras bırakanın ölümü anında mevcut olmalıdır. Bu bağın geçici süre ile  
kaybedilmiş olması<sup>18</sup> tarımsal işletme niteliğinin kaybına yol açmaz.

TMK m. 659'da yer alan tarımsal işletme unsurlarından bir diğeri de, bu tip  
bir işletmenin "yeterli tarımsal varlığa sahip olması"dır. Tarımsal işletme olarak  
kabul edilebilmek için sadece ekonomik bütünlüğe sahip olmak yeterli değildir;  
aynı zamanda yeterli miktarda bir tarımsal varlık da aranacaktır. TMK'da tarım-  
sal işletmelerin büyüklüğü hususuna ilişkin bir düzenleme yoktur. TMK m.  
659/III'de "işletmenin yeterli tarımsal varlığa sahip olup olmadığı, tarım bölge-  
leriyle tarım türlerinin özellikleri göz önünde tutularak ilgili bakanlıkça çıkartı-  
lacak yönetmelikle belirlenir" şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

Bu düzenlemeden hareketle Resmi Gazete tarihi 26.1.2003 ve Resmi Gazete  
sayısı 25005 olan "Tarım İşletmelerinin Yeterli Tarımsal Varlığa Sahip Olup  
Olmadığının Tespitine Dair Yönetmelik" ve Resmi Gazete tarihi 30.6.2003 ve  
Resmi Gazete sayısı 25154 olan 2003/20 Tebliğ No'lu "Yeterli Gelirli Tarımsal  
İşletme Büyüklüklerinin Tespitine Dair Tebliğ" çıkarılmıştır. Adı geçen Yönet-  
meliğin amacı, tarım işletmelerinin ekonomik bütünlüğünü korumak, işletme  
arazilerinin bölünmesini önleyerek sürdürülebilirliğini sağlamak ve yapılacak

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından 10.05.1976 günlü, E.1973/42, K. 1976/48 Sayılı Karar  
ile iptal edilen 1757 Sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu m.7'de ise tarımsal  
işletme: "...çiftçilik yapılması için gerekli toprak, bina, tesis, alet, makine, bitkisel ve  
hayvansal üretim araçlarından bir veya birkaçı ile işgücünün birlikte kullandığı üretim  
birimidir" şeklinde tanımlanmaktaydı.

<sup>17</sup> Değerinde azalma olmaksızın aynen taksimi mümkün olmayan eşyalara örneğin tarımsal  
işletmelere ilişkin vasiyetin tenkisi ve tenkis konusunu geri verme yükümlülüğü ile ilgili  
detaylı bilgi için bkz: YAVUZ, Cevdet, Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Ko-  
nusunun Geri Verme (İade) Yükümlülüğü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Mecmuası, Cilt LI, Sayılar 1-4'den Ayrı basım, İstanbul 1986, s. 324.

<sup>18</sup> Bir yangın veya su baskını ile işletmenin kısmen zarar gördüğü haller bu duruma örnek  
olarak verilebilir.



paylaşımlarda işletmelerin yeterli varlığa sahip olup olmadıklarını tespit etmektedir<sup>19</sup>.

Resmi Gazete tarihi 05.3.1985 ve Resmi Gazete sayısı 18685 olan 3155 sayılı “*Tarım Reformu Genel Müdürlüğü’nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun*” kapsamında tarımsal işletmelerin yeterli tarımsal varlığa sahip olmaları hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yeterli tarımsal varlığa sahip olmayan işletmeler, MK 659 ve devamındaki hükümlerde düzenlenmiş olan özel paylaşma hükümlerine tabi tutulamazlar. Bir tarım işletmesinin özgülenebilmesi için bu işletmenin bir çiftçi ailesinin geçimini sağlayabilecek ebatta olması şarttır<sup>20</sup>. Tarımsal işletmenin bir yıllık gelir miktarının, karı, koca, onların ebeveynleri ile okula giden iki çocuklarından meydana gelen bir çiftçi ailesini geçindirecek miktarda olması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>21</sup>. Oysa ülkemizde bir çiftçi ailesinin beş kişiden oluştuğu kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Bu beş kişi, karı koca ve birlikte oturan ergin olmayan çocuklardır<sup>23</sup>.

Tarım İşletmelerinin Yeterli Tarımsal Varlığa Sahip Olup Olmadığının Tespitine Dair Yönetmelik’in Tanımlar başlıklı 4. maddesinde ve Yeter Gelirli Tarımsal İşletme Büyüklüklerinin Tespitine Dair Tebliğ’in 4. maddesinde, yeterli gelirli tarımsal işletme tanımlanmıştır. Bu iki düzenlemede yer alan ortak tanım şu şekildedir: “*Yeterli gelirli tarımsal işletme: Bir tarım işletmesinde üretim faktörlerinin rasyonel kullanımına olanak vererek işletmenin gelişmesini temin eden, ailenin ekonomik ve sosyal gelişimini temin edecek geliri sağlayan, tarımsal yapının muhafazası ve tarımın sürekliliğini sağlayan en küçük işletme büyüklüğü ....*”dür.

Tarımsal işletmenin yeterli büyüklüğe sahip olup olmadığının takdirinde bu işletmenin geliri dikkate alınacağı kadar, işgücü, işletmenin yüzölçümü, işletmedeki toplam sermaye ve o işletmenin yıllık giderlerinin toplamı da göz önün-

<sup>19</sup> Adı geçen Yönetmelik m.1.

<sup>20</sup> BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi), s. 272.

<sup>21</sup> DURAL – ÖZ, s. 495. Ancak yazarlar, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararından yola çıkarak bu kriteri belirlemişlerdir (BGE 81 II 108). Bu kriterin ne ölçüde Türkiye’yi yansıttığı ise tartışmaya açıktır.

<sup>22</sup> BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi), s. 274; EREN- BAŞPINAR, s. 182-183; ZEVKLİLER, s. 82.

<sup>23</sup> Türk aile tipinde çocuk sayısının genelde üç olmasından hareket edilmiştir. İptal edilen 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu m.2/1 – e’ye göre de çiftçi ailesinden kastedilenin karı-koca ve birlikte oturan reşit olmayan çocukları olduğu belirtilmiştir.



de tutulacaktır<sup>24</sup>. Önemli olan ticari işletmenin gelirinin ailenin asgari yaşam standartlarının korunmasına hizmet etmesidir yoksa çiftçi ailesinin refah içinde yaşaması tarımsal işletmenin özgülenebilmesi için aranan şart olan yeterli tarımsal varlığa sahip olma kriteri içinde yer almaz<sup>25</sup>.

Tarımsal işletme, kendi olanak ve araçlarıyla işletilmelidir ve çiftçi ve ailesinin hem geçimlerini sağlamalı hem de çiftçilikle uğraşılacak elverişli bir iş alanı sunabilecek nitelikte olmalıdır<sup>26</sup>. İşletme kendi geliri ile kendi varlığını idame ettirebilmeli, zorunlu araç gereçlerin tedariki, yapıların bakım ve tadilleri gerçekleştirebilmelidir<sup>27</sup>. Aynı zamanda çiftçi ailesinin ekonomik ve sosyal gelişimini de sağlayacak bir tutar elde edilmelidir. Tarım yapısı korunmalı ve bu yapının sürekliliği temin edilebilmelidir.

TMK'da asgari büyüklüğe dair bir düzenlemenin bulunmaması, hâkime bu konuda esnek davranabilme hürriyetini kazandırmıştır. Bu esneklik de ülkenin her bölgesinde toprak verimliliğinin ve iklim yapısının aynı olmadığı gerçeği göz önüne alındığında, tarımsal işletmelerinin özgülenmesinde hâkime duruma göre işletmenin büyüklüğünü daha fazla veya daha az takdir edebilme imkânını vermiştir.

Tarımsal işletme için gerekli olan yeterli gelir, bu işletmenin bir yıl içinde faaliyetleri neticesinde elde ettiği gelirdir. Çiftçinin başka faaliyetlerinden veya tâli nitelikli diğer işletmelerinden elde ettiği gelirler bu gelir kapsamında değer-

<sup>24</sup> ZEVKLİLER, s. 97 vd. TMK m.659-668 hükümlerini karşılayan İsviçre Medeni Kanunu'nun 620-625. maddeleri 4.10.1991 tarihli "Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht" Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun öncesi İMK m. 620'nin birinci fıkrasında mirasçıya tahsis olunacak tarımsal işletmenin mirasçının ve ailesinin geçimini sağlayacak genişlikte olması gerekliliği düzenlenmişti.

<sup>25</sup> Yeterli tarımsal varlığın mevcut olup olmadığının takdirinde bir hususta belirsizlik doğabilir. Tahsis talebinde bulunan aile, normal kabul edilen sayıdan (4-5 kişi) düşük sayıda bireyden oluşmuş olabilir. Örneğin çocuksuz bir çift veya bekar ve yalnız yaşayan bir çiftçi gibi...Bu tip ailelere tahsis yapılırken de işletmenin büyüklüğünü belirlemede ailenin sübjektif özellikleri dikkate alınmamalı; normal bir aile tipi esas alınarak işletmenin ebatları belirlenmelidir. Bu yönde bir tutum, toprakların bölünüp, ufalanmasının önüne geçmeye yarayacaktır. Bu kanaatte olan yazarlar için bkz.: BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi), s. 275; GÖKÇE, s. 845-846; aksi görüş için bkz: ZEVKLİLER, s. 107.

<sup>26</sup> BAĞATUR, s. 865.Tarımsal işletmenin niteliği gereği yeterli sayılabilmesi için bu işletmede çalışan çiftçi ve aile bireylerine yeterli iş alanının o işletme bünyesinde bulunması gerekir.

<sup>27</sup> GÖKÇE, s.845.



lendirilmezler<sup>28</sup>. Şunu da belirtmek gerekir ki; ekonomik açıdan tarımsal işletmeye bağlı ve onunla beraber tahsis edilmiş olan yan sınaî işletmelerden elde edilen gelir ise tarımsal işletmenin yıllık gelirine dahildir<sup>29</sup>. Tarımsal işletmenin bütünüyle parçası niteliğindeki unsurlar (makineler, araç ve gereçler) doğal olarak yan işletmeler değildir.

Ailenin temel ihtiyaçlarının karşılanabilmesi amacıyla yapılacak harcamalar<sup>30</sup> ticari işletmeyi büyük miktarda borç altına sokuyorsa, o işletme kendi geliriyle geçinebilme kıstasından yoksun demektir. Tarımsal işletmenin toprağı üzerinde elde edilen yıllık geliri kullanmayı olanaksız kılacak miktarlı bir borç için rehin hakkı tesis edildiyse, o işletme tahsise konu olamaz<sup>31</sup>. Aynı şekilde tarımsal taşınmaz üzerinde intifa hakkı varsa ve bu hak tarımsal işletme gelirini büyük oranda azaltmakta ise; bu tip bir işletme de mirasın paylaşılması usulünün önemli bir istisnasını oluşturan tarımsal işletmelerin özgülenmesini düzenleyen hükümlere tabi tutulamaz.

Tarım İşletmelerinin Yeterli Tarımsal Varlığa Sahip Olup Olmadığının Tespitine Dair Yönetmelik'in Verim ve Fiyatların Tespiti başlıklı 9. maddesinde "*Yeter gelirli tarımsal işletme büyüklüklerinin tespitinde; Komisyonlar<sup>32</sup> bölgesel düzeyde yaygın olarak yetiştiriciliği yapılan en az üç çeşit ürün dikkate alınarak bitkisel ürünlerin sulu ve kuru arazi şartlarında<sup>33</sup> geriye doğru en az üç yıllık verim ortalamaları ile tespit yapılacağı bölgedeki bitkisel ve hayvansal ürün verimlerini dikkate alır...*" şeklinde bir düzenleme yer alır.

Çiftçi ailesinin hobi veya deneme amacıyla ekim dikimde bulunması veya hayvan beslemesi bir tarım faaliyeti olarak kabul edilmediğinden, yıllık gelir

<sup>28</sup> EREN-BAŞPINAR, s. 181.

<sup>29</sup> ESCHER, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht, Zürich 1960, Art. 620, Nr.28.

<sup>30</sup> Örneğin çocukların beslenme, giyim, eğitim masrafları gibi harcamalar.

<sup>31</sup> GÖKÇE, s. 846.

<sup>32</sup> Adı geçen Yönetmelik madde 4 uyarınca Komisyon: "*Sürdürülebilir, ekonomik bütünlüğe ve yeterli tarımsal varlığa sahip işletme büyüklüğünü tespit etmek üzere Tarım İl ve İlçe Müdürlüklerince oluşturulacak komisyon*"dur.

<sup>33</sup> Yönetmelik madde 4'e göre Sulu tarım arazisi: "*Yöreyle adapte olmuş tarımı yapılan her türlü bitkinin büyüme devresinde ihtiyaç duyduğu suyun; doğal ve yapay olarak yeterli miktarda karşılanabildiği araziler*"dir. Kuru tarım arazisi ise: "*Nicelik ve nitelik yönünden, su kaynağı, toprak ve topoğrafik özellikleri yeterli olmadığı için sulama imkanı bulunmayan bitki su ihtiyacı yağışla karşılandığı için sadece bu şartlara uyum sağlayan bitkilerin tarımının yapıldığı araziler*"dir.



hesabında dikkate alınmaz<sup>34</sup>. Hâkim dava açıldığında yukarıdaki tüm hususları bir arada değerlendirir ve bu doğrultuda tarımsal işletmenin yeterli gelir elde ettiğine ikna olursa, bu tarımsal işletmenin mirasçılardan birine özgülenmesine karar verir<sup>35</sup>.

Tarım İşletmelerinin Yeterli Tarımsal Varlığa Sahip Olup Olmadığının Tespitine Dair Yönetmelik madde 6: “*Yeter Gelirli Tarımsal İşletme ve Bölünebilirlik Kriterleri*” başlığını taşır. Bu madde uyarınca; yeter gelirli tarımsal varlığa sahip işletme büyüklüğünü, Bakanlığın<sup>36</sup> çıkaracağı Uygulama Tebliği ile belirlenecek kriterlere göre komisyonlar hesaplayacaktır. Yeter gelirin hesabında; 22.11.1984 tarihli ve 3083 Sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununda belirlenen ve 1984 yılı toptan eşya fiyatları endeksi üzerinden yıllık 1.000.000TL tutarındaki tarımsal işletme geliri esas alınacaktır.

6. maddenin 3. fıkrası uyarınca “*bu değer her yıl Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından Temmuz ayında yayınlanan on iki aylık ortalama Toptan Eşya Fiyat Endeksi esas alınarak Bakanlık tarafından belirlenir ve İl Müdürlüklerine bildirilir.*”

2003/20 No’lu Tebliğ’de EK-1, EK-2, EK-3, EK-4 ve EK-5 olarak adlandırılmış olan tablolar bulunmaktadır. Bu tabloların fonksiyonu ve nasıl uygulanacağı Tebliğin 10. maddesinde açıklanmıştır<sup>37</sup>. Tarımsal işletmenin büyüklüğünün tespitinde (özellikle de hedeflenen tarımsal taşınmazların özgülenmesi ise) sadece objektif koşullar<sup>38</sup> yeterli olmaz; aynı zamanda sübjektif koşulların da uygun olması gerekir. Yani mirasçıların durum ve özellikleri de diğer unsurlarla beraber değerlendirilmelidir.

<sup>34</sup> BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi), s. 274.

<sup>35</sup> İsviçre’deki asgari geçim miktarları ve toprak miktarlarına ilişkin açıklamalar için bkz: BGE 81 II 110; EREN-BAŞPINAR, s. 183.

<sup>36</sup> Tarım ve Köyişleri Bakanlığı

<sup>37</sup> Madde 10- “*Paylaşımaya konu işletmenin hangi tarım bölgesinde yer aldığı (EK-1)’deki Tarım Bölgelerine Göre İllerin Listesi isimli tablodan tespit edilir. (EK-2) ve (EK-3)’deki Tarım Bölgeleri İtibarıyla Yeter Gelirli İşletme Büyüklüklerinin yer aldığı tabloda bulunan işletmenin tipine göre arazi varlığı ile paylaşımaya konu işletmenin büyüklüğü kıyaslanarak yeter gelirli işletme olup olmadığı tespit edilir. Yapılan inceleme sonucunda işletmenin ihtisas işletmesi olduğu tespit edilirse; (EK-3)’deki tabloda verilen değerler göz önünde bulundurulur.*”

<sup>38</sup> Örneğin işletmenin ekonomik bütünlüğünün bulunması, yeterli tarımsal varlığa sahip olması, yeterli gelir getirmesi gibi hususlar.



Özgülenmeyi isteyen mirasçının ailesinin kaç kişiden oluştuğu da tarımsal işletmenin yeterli büyüklüğe sahip olup olmadığına karar verilmesinde rol oynayacaktır.

## II. Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi

Yukarıda belirttiğimiz üzere, TMK m. 659-668 arasında, tereke içerisinde gerekli şartları haiz bir tarımsal işletme bulunması halinde bunun paylaşım dışı bırakılarak mirasçılardan birine özgülenmesi hususu düzenlenmiştir. Kanun ekonomik açıdan bir bütün olarak işletilen tarımsal taşınmazların taksimi yerine genel kurula bir istisna getirmek suretiyle bunların mirasçılardan birine özgülenmesini sağlamıştır. Bu istisnai düzenleme ile hedeflenen; toprağın onu işleyebilecek olana verilmesi ve bir bütün teşkil eden tarımsal taşınmazların parçalanıp verimsiz cüce çiftlikler haline dönüşmesini önlemektir<sup>39</sup>.

TMK m. 659-668 arası hükümler emredici nitelikte değildirler tamamlayıcıdır. Yani mirasçılar terekede tarımsal işletme bulunmasına rağmen bu düzenleme hilafına bir paylaşım öngörebilirler<sup>40</sup> ve tarımsal taşınmazı bir mirasçıya özgülemek yerine aralarında bölüşmeyi tercih edebilirler. Bir tarımsal işletmenin özgülenmeye konu edilebilmesi için mutlaka tereke içerisinde yer alması gerekir. Bir kişinin ölümüyle beraber o kişiye ait malvarlığı değerleri içerisinde yer almayan ve bu sebeple de miras hukuku kapsamına girmeyen tarımsal işletmelerin özgülenmesinde, TMK m. 659-668 hükümleri uygulanmaz<sup>41</sup>.

Ölüm gerçekleşmiş olmalıdır, murisin terekesinde bir tarımsal işletme bulunmalıdır ve mirasçılar mirasın paylaşılmasını talep etmelidirler. Unutulmalıdır ki mirasın paylaşımından önce külli haleflerin terekenin bütünü üzerinde elbirliği ile hak sahipliği bulunmaktadır ve tarımsal işletmenin mirasçılardan birine özgülenmesi ile ilgili işlemler yürütülemez. Tarımsal işletmenin özgü-

<sup>39</sup> CİN, s. 120; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 574. Bu özel düzenlemenin yalnız tarımsal işletmelere özgü kılınması ve genel olarak her türlü ticari işletmenin bu düzenleme kapsamına alınmamasının ciddi bir eksiklik teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz: SE-ROZAN-ENGİN, s. 453.

<sup>40</sup> "Tarımsal miras hukuku" hükümlerinin amacı dikkate alındığında, bu hükümlerin emredici nitelikte düzenlenmeleri, aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmaması sebebiyle daha yerinde bir tercih olurdu. Aynı kanaatte olan yazar için bkz: EREN-BAŞPINAR, s. 173.

<sup>41</sup> ESCHER, Art. 616-625 Vorbemerkungen, s. 495-496; ZEVKLİLER, s. 88.



lenmesine ilişkin hükümler ancak mirasçılardan birinin paylaşmayı istemesi ile uygulanabileceklerdir. Mirasın paylaşılması işlemleri devam ettiği sürece özgülenme talebi ileri sürülebilecektir. Zira paylaşımı tamamlanmış bir mirasta bu yöndeki bir talep sonuçsuz kalmaya mahkûmdur<sup>42</sup>. Özgülenme talebi zamanaşımına uğramaz. Yani miras paylaşılmadığı müddetçe tarımsal işletmenin özgülenmesi talep edilebilir. Tarımsal işletmenin özgülenmesini talep hakkı, mirasçının şahsına sıkı surette bağlı bir haktır. Bu hak devredilemeyeceği gibi miras yoluyla intikal de etmez. Mirasçı özgülenme istemi için davayı açmış ancak karar verilmeden önce ölmüşse dava düşer<sup>43</sup>. Ancak ölmesi halinde onun mirasçıları kendi adlarına özgülenmeyi isteyebileceklerdir<sup>44</sup>. Onlar haklarını önceki davaya devam etmek şeklinde kullanamazlar. İstiyorlarsa özgülenme davasını ayrıca açmaları gerekir.

Muris, yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla ehil olan mirasçılardan birinin tarımsal işletmenin kendine özgülenmesini isteme hakkını ortadan kaldıramaz (TMK m.662/I). Ancak bu kuralın istisnası da TMK m. 662/II'de düzenlenmiştir ve bu fıkra uyarınca, muris için mirasçıyı mirasçılıktan çıkarma sebebi mevcutsa ve bu sebebe dayanarak mirasçıyı mirasçılıktan ölüme bağlı tasarrufu ile çıkardıysa, bu kişi mirasçılığa ilişkin her türlü imkânı kaybedeceği gibi, terekede yer alan bir tarımsal işletmenin de kendine özgülenmesini talep edemeyecektir<sup>45</sup>. Mirastan feragat edilmesi durumunda da aynı çözüm uygulanacaktır. Bir kez daha altını çizmekte fayda görüyoruz: özgülenme yapılacak kişi, hâkimin özgüleme kararını verdiği anda mutlaka mirasçı olmalıdır<sup>46</sup> ve herhangi bir sebeple bu sıfatı kaybetmemelidir.

Özgülenmeyi sadece yasal mirasçı değil atanmış mirasçı da talep edebilmektedir<sup>47</sup>. Ölüme bağlı tasarruf ile kendilerine mal bırakılan kişiler (vasiyet ala-

<sup>42</sup> BAĞATUR, s. 862.

<sup>43</sup> TUOR/PICENONİ, Art.620, Nr. 13.

<sup>44</sup> CİN, s. 125, ZEVKLİLER, s. 111.

<sup>45</sup> Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bir iptal davası neticesinde iptal edildiği takdirde, o mirasçı, mirasçılığa ilişkin tüm yetkileri geri kazanacaktır ve arzu ederse terekedeki bir tarımsal taşınmazın kendine özgülenmesini talep edebilecektir. Bu konu ile ilgili bkz: DURAL/ÖZ, s. 496; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 577.

<sup>46</sup> Mirasçı sıfatını çıkarılma, red, mirastan yoksunluk veya miras payının tamamının devri gibi sebeplerle yitiren kişi lehine tarımsal işletme özgülenemez. Bu konuda bkz: BAŞPINAR, (Tarımsal İşletmelerin Tahsisi).

<sup>47</sup> TUOR/PICENONİ, Art. 620 Nr. 18, s. 954; BGE 73, II. 23; BGE 81, II. 595.



caklıları) ise özgülenme talebinde bulunamazlar. Onlar sadece murisin kendilerine verilmesini istediği malın mülkiyetinin kendilerine devri hususunda bir alacak hakkı sahibi olurlar<sup>48</sup>. Bir mirasçı özgülenmeyi talep etmiyorsa, diğer mirasçılar onun adına özgülenmenin gerçekleştirilmesini sağlayamazlar. Talepte bulunmayan mirasçıya, diğer tüm koşulları karşıladığı gerekçesiyle arzusu dışında özgülemeye bulunulamaz<sup>49</sup>. Hâkim mirasçılardan biri özgülenme talebinde bulunmadan, re'sen özgüleme yoluna gidemez<sup>50</sup>. Mirasçı miras payını bir üçüncü kişiye devrettiğinde, mirasçılık sıfatını muhafaza eder ancak özgülenme talebinde bulunamaz. Miras payını kendisi ile birlikte mirasçı olan kişilerden birine devretmesi halinde ise mirasçılık sıfatını da kaybeder ve hiçbir şekilde özgülenme istemini ileri süremez.

Özgülenme talebinin ne şekilde yapılması gerektiğine dair TMK'da herhangi bir düzenleme yoktur. Bu durumda özgülenme istemi resmi şekilde, mektupla, adi yazılı biçimde ve hatta sözlü olarak gerçekleştirilebilir<sup>51</sup>. Buna karşın, mirasçı veya mirasçıların bu talebi açık bir şekilde ileri sürmeleri zorunludur çünkü TMK m.661/I'de mirasçılardan birinin özgülenme istemine itiraz etmesi hususundan bahsedilmiştir. Diğer mirasçıların buna itiraz edebilmeleri için, özgülenme isteminin sarih biçimde yapılmış olması ve herhangi bir kuşkuya yer bırakmaması gerekir. Özgülenme talebi tüm mirasçılara yöneltilmelidir.

Miras bırakanın tek bir mirasçısı varsa tüm tereke o kişiye ait olacağından, tereke içinde yer alan tarımsal işletmenin özgülenmesi gibi bir sorun da doğma-

<sup>48</sup> Vasiyet konusu mal, tarımsal işletme bünyesine dahil olduğu takdirde ne olacaktır? Vasiyet borcu yerine getirilip tarımsal işletme kapsamından çıkarılacak mıdır? Vasiyet konusu, tarımsal işletmenin küçük bir parçası olabileceği gibi çok büyük bir kısmı veya tamamı da olabilir. Bu durumda somut olayın özellikleri dikkate alınır. Vasiyet yerine getirilmesine rağmen tarımsal işletme varlığını sürdürebiliyorsa, mirasçılardan arzu edenler özgülenmeyi isteyebilirler. Oysa tarımsal işletmenin büyük bir kısmı veya tamamı vasiyete konu edildiyse, artık diğer mirasçılar özgülenme talebinde bulunamazlar. Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz: GÖKÇE, s. 850.

<sup>49</sup> DURAL/ÖZ, s. 497; ZEVKLİLER, s. 110.

<sup>50</sup> Doktrinde tarımsal işletmelerin parçalanmasının önünü kesmek isteyen kanun koyucunun, tarımsal işletmelerin özgülenmesinde mutlaka mirasçıların talepleri ile bağlı olunmasının uygun olmadığını, bilakis hâkimin talep olmadan da re'sen tarımsal işletmenin özgülenmesi yönünde hareket etmesi gerektiğini savunan yazar için bkz: GÖKÇE, s. 856.

<sup>51</sup> Tarımsal işletmelerin özgülenmesi talebi ülkemiz hukuk sisteminde şekle tâbi olmamakla beraber İsviçre'de durum farklıdır. İsviçre'de özgülenme talebi bir dava yoluyla ileri sürülür. ESCHER, Art. 620, Nr. 34, s. 545; TUOR/PICENONİ, Art. 620, Nr.11, s.950; BGE 90 II 1; BGE 75 II 198.



yacaktır. Tarımsal işletmenin birkaç mirasçı arasında paylaşılıp ufalanması gibi bir tehlike ortaya çıkmayacağından, tek mirasçıya özgülenmesinin bir anlamı da olmayacaktır. Murisin hiçbir mirasçısının olmaması halinde ise, genel kural uygulanacak ve Devletin yasal mirasçılığı gündeme gelecektir. Tek mirasçının Devlet olması durumunda da özgülenme hükümleri uygulanmaz. "Paylaşım isteği olmayan yerde tahsisten de söz edilemez."<sup>52</sup>

Mirasçılardan hiçbirinin özgülenme talebinde bulunmaması veya içlerinden birinin bu talepte bulunmasına rağmen talebinin reddedilmesi halinde, tereke içinde bulunan tarımsal işletme genel hükümler uyarınca paylaşılır veya satılır. Tarımsal işletmenin paylaşımı hususunda mirasçılar anlaşmaya varamıyorlarsa, ve bunlardan hiç biri işletmenin satışını da istemediyse sulh hâkiminin ne yönde hareket edeceğini düzenleyen bir kanun hükmü mevcut değildir. Hâkim re'sen satışa karar veremez. Bu durumda yegâne çözüm, paylaşmayı genel olarak düzenleyen TMK m. 646 vd. hükümleri uygulamaktır<sup>53</sup>. Miras bırakan özgülenmenin nasıl yapılacağını tayin etmiş ise onun arzusuna uyulur<sup>54</sup>.

Tarımsal işletmenin özgülenmesini birden fazla mirasçı talep ediyorsa ve kendi aralarında bir anlaşmaya varamıyorlarsa<sup>55</sup> hâkim lehine karar vereceği mirasçıyı belirlerken pek çok kriteri beraber göz önünde tutar. TMK m. 662 uyarınca özgülenmeyi talep eden mirasçı en başta bu tip bir işletmeyi işletmeye "ehil" olmalıdır. Maddede kullanılan "ehliyet" kavramı yalın bir fiil ehliyetinin ötesindedir. İşletmenin idaresi için gerekli olan fiziki, fikri, ahlaki ve mesleki donanımı ve yeteneği de ihtiva eder<sup>56</sup>. Hatta özgülenmeyi talep eden mirasçının kişisel durumu, yaşayışı, alışkanlıkları, mesleki alandaki tecrübe ve yeteneği de "ehil olma" kriterinin varlığını tespit ederken hâkime ışık tutacaktır. Davada

<sup>52</sup> GÖKÇE, s. 849.

<sup>53</sup> DURAL/ÖZ, s. 498; BAŞPINAR (Tarımsal İşletmelerin Tahsisi), s. 280; GÖKÇE, s. 856, ANTALYA, s. 464. Kanunda bu hususun düzenlenmeyip çözümsüz bırakılmış olması, tarım hukuku hükümlerinin ruhuna ve işletmelerin bölünmesinin istenmediği bir hukuk sistemine uymamaktadır.

<sup>54</sup> OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995, s. 341.

<sup>55</sup> Mirasçılar kendi aralarında özgülenme konusunda uzlaştıktan sonra bu durumun mahkemeye intikal etmesine gerek kalmaz. Ancak birden fazla mirasçı işletmenin kendilerine özgülenmesini isteyip bu işi kendi aralarında başaramadıkları takdirde, olayın çözümü hâkime kalacaktır. Hâkim kanundaki hükümler uyarınca hareket eder.

<sup>56</sup> CİN, s. 125; DURAL/ÖZ, s. 497, OĞUZMAN, s.340, TUOR/PICENONİ, Art. 620, Nr. 16, s. 952.



yargıç, tarımsal işletmenin bulunduğu bölgede yakın büyüklükte ve çapta olan bir tarımsal işletmenin idare edilebilmesi için gerekli olan ortalama yetkinlik düzeyini arayacaktır<sup>57</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesinin çeşitli kararlarına göre, mirasçılarının ehil olup olmadıkları tespit edilirken, onların alkolik, tembel, müsrif ve homoseksüel olmaları gibi özelliklerinin de üzerinde durulmuş<sup>58</sup>; bu özelliklerin mevcudiyeti halinde, mirasçılarının ehil sayılmayacakları hükme bağlanmıştır. Hedef, tarımsal işletmelerin bölünmemesi ve verimliliğinin artırılması olduğu için, kişisel nitelikler açısından daha çalışkan, daha tutumlu, daha aktif, daha tecrübeli ve sağlıklı bireylerin bu işletmelerin başına geçirilmesinin tercih edilmesi yerinde bir tercih olacaktır<sup>59</sup>.

Ehil sayılabilmek için tarımsal işletmeyi bilfiil işletmek zorunlu değildir. Yani kendisine tarımsal işletme özgülenecek olan mirasçı toprağı bizzat işleyip, toprağı kazıp, saban pulluk kullanarak toprağı sürüp, harman yapmak zorunda değildir. Gerçekten de TMK m. 659'da ehliyet açısından "bizzat işletme" unsuru aranmamıştır. Mühim olan işletmeyi o mirasçının idaresi ve sorumluluğu altında işletmektir<sup>60</sup>. Mirasçı işletmeye bir müdür veya kâhya atamış olabilir. İşletme kendisine özgülenen kişi işletmeyi şahsen idare etmiyor olsa dahi önemli olan, yönetimin nihai olarak ona ait olmasıdır. Mirasçı, iyi bir müdür veya kâhya seçme yeteneğine sahip ise bu onun ehil kabul edilebilmesi için yeterli sayılmaktadır<sup>61</sup>. Faaliyetlerin yürütülmesini, denetlenmesini, bir sorun ortaya çıktığında bunun giderilmesini temin edebilecek donanımı bulunan mirasçı, işletmeye ehildir. Şu hususu da belirtmek gerekir ki, özgülenmeyi talep eden birden fazla mirasçı arasında, işletmeyi şahsen işletecek bir mirasçı bulunuyorsa, işletmeyi bir müdür atayarak idare edecek mirasçıya nazaran hâkim tarafından daha büyük bir

<sup>57</sup> TUOR/PICENONİ, Art. 620 Nr. 18, s. 954; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 577.

<sup>58</sup> BGE 77 II 226; BGE 83 II 118; TUOR/PICENONİ, Art. 620, Nr.17.

<sup>59</sup> Federal Mahkemenin kararlarında ehil sayılmaya engel olan durumlar arasında homoseksüellik de sayılmıştır. Bir kişinin cinsel yöneliminin, tarımsal bir işletmeyi dikkatle, özenle, tecrübeyle ve gerekli bilgi donanımı ile yönetebilmesini nasıl olup da olumsuz şekilde etkileyeceği ve hatta engelleyeceği, tarafımızca anlaşılabilmiş değildir. Yukarıda sayılan diğer sebeplerin bir kişinin idarecilik vasfını olumsuz şekilde etkileyeceği aşikârdır. Ancak bu sebepler ile homoseksüelliği bir tutmak ayrımcılıktır ve tarafımızca tasvip edilemez.

<sup>60</sup> ESCHER, Art. 620, Nr. 39, s. 547.

<sup>61</sup> EREN-BAŞPINAR, s. 190; BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi), s. 284-285.



ihtimalle tercih edilecektir. İşletmeye ehil olmanın belirlenmesinde mirasçının eşinin yetenekleri de önemli rol oynar (TMK m. 661/III).

Mirasçının ehil olup olmadığının tespitinde özgülenmeyi talep eden mirasçının yaşı da dikkate alınır. Federal Mahkemenin bir kararında<sup>62</sup> özgülenme talebinde bulunan mirasçı işletme hususunda gayet donanımlı olmasına rağmen yaşı sebebiyle (ki kendisi 54 yaşındadır) diğer mirasçılara nazaran ehliyet açısından tercih edilmezken; bir diğer kararda<sup>63</sup>, 16 yaşında olup henüz ergin bile sayılmayan bir mirasçıya ileride kendisini yetiştirme konusunda potansiyeli bulunduğu gerekçesinden hareketle, tarımsal işletme özgülenmiştir.

Özgülenme yapılacak mirasçının tayininde mirasçının ekonomik durumu da göz ardı edilmez. Her ne kadar sadece ekonomik durumun iyi olması, ehil sayılabilmek için yeterli olmayacaksa da, mirasçının ekonomik durumu, hâkime kendini, işlerini idare edebilmesi, kendine bir tarımsal işletme özgülediği takdirde onun malvarlığını ve verimliliğini idame ettirebilmesi hakkında ipucu verecek, yol gösterecektir.

Yargıtay da “*tahsis isteğinde bulunan paydaşın ekonomik ve çalışma durumu ile yerin (işletmenin) bütününi işletmeye yeterli ise*” diyerek yukarıda açıkladığımız kriterlerin hepsini bir arada özgüleme yaparken değerlendirmektedir<sup>64</sup>.

Hâkim mirasçının işletme ehliyetini tespit ederken dikkatli davranmalıdır ama aşırı detaycı ve zorlayıcı bir tutum, hiçbir mirasçının gerekli niteliklere sahip olmadığı sonucuna yol açabilir. Hiçbir mirasçının işletmeye ehil bulunmaması durumunda, tarımsal işletme özgülenemez ve genel paylaşım kurallarına tâbi olur. Tarımsal işletmenin çok ehil olmasa da kısmen ehil olan bir mirasçıya özgülenmesi, en azından o taşınmazın parçalanmasına ve nihayetinde verimsizleşmesine engel olur. Bu yönde yapılacak tercihin Kanunun ruhuna daha uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Birden fazla mirasçı aynı anda tarımsal işletmenin kendilerine özgülenmesini isterlerse ne olacaktır? Hâkim hangisine özgüleme yapacaktır? Tarımsal işletmenin özgülenmesini bir mirasçı talep ettiğinde ve onun nitelikleri bu özgülenme için yeterli ise problem olmaz ve tarımsal işletme bir bütün olarak o mi-

<sup>62</sup> BGE 70 II 18.

<sup>63</sup> BGE 71 II 24.

<sup>64</sup> Yargıtay 2. HD. 1.4.1952 T., 1952/2022 sayılı Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.



rasçıya özgülenir. Ancak özgülenme talebinde bulunan birden fazla mirasçıların hepsi nitelik olarak bu işletmeyi idare etmeye ehillerse, hâkim seçim yapmak zorunda kalacaktır. Bu konuda TMK m. 661'deki bazı kriterler yol gösterici olabilir. (i) İlk planda işletmeyi başkasına bırakmadan şahsen işletecek olan mirasçı seçilecektir<sup>65</sup>. (ii) Özgülenmeyi isteyen mirasçıların her biri de işletmeyi bizzat işletmeyi hedefliyorsa, TMK m. 661/1 devreye girer ve bu mirasçıların içinden en yetenekli ve durumu en uygun olan belirlenir. Mesleki durumu, eğitimi, donanımı ve tecrübesi en fazla olana özgülenir. Bu madde kapsamında, Eski Medeni Kanun m. 598'de olduğu gibi "*mahalli âdetlere öncelik tanıma*" kriteri bulunmamaktadır<sup>66</sup>. Aynı şekilde EMK 598'de yer alan "erkek çocuklarının kız çocuklarına tercih olunacağı" yönündeki düzenleme, TMK 661'e alınmamıştır. Mirasçılardan erkek çocuklarının önceliği ilkesi, kaldırılmıştır. Bu düzenleme, AY'da yer alan eşitlik ilkesine (AY m. 10) aykırı bulunduğundan TMK'ya alınmamıştır. Bu sayede hem mirasçıların eşitliği, hem de tarım işletmelerinin özgülenmesinde eşitlik temin edilmiştir<sup>67</sup>.

Hâkimin özgülenmeyi yaparken önemle üzerinde duracağı bir diğer husus ise, mirasçının işletmeye duyduğu ihtiyaçtır. İşletme, en çok ihtiyaç duyan mirasçıya özgülenir<sup>68</sup>. Vaktinin ve çalışmasının büyük kısmını veya tamamını işletmeye ayıracak olan mirasçı seçilir. Evli mirasçı bekâr mirasçıya, miras payı fazla olan mirasçı payı daha az olana, genç ve dinamik olan yaşlı olana nazaran önde gelir<sup>69</sup>.

İşletmeye ehil olan mirasçıların özgülenmeyi talep hakkı, murisin ölümüne bağlı bir tasarrufu ile ortadan kaldırılamaz (TMK 662/1). Ancak özgülenme

<sup>65</sup> İşletmeyi bizzat mirasçı ve ailesi beraberce işletecekse bu o mirasçı lehine tercih sebebi teşkil eder. Bkz: CİN, s. 127; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 577; GÖKÇE, s. 862; EREN-BAŞPINAR, s. 190.

<sup>66</sup> Yerel adetlerin dikkate alınmasına ilişkin bir düzenlemenin TMK'a da eklenmesinin gerekli olduğunu düşünen ve bunun tarımsal işletmelerin özgülenmesinde bir eksiklik olduğuna inanan yazarlar için bkz: İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 578. Bu yönde bir ölçüt TMK'ya konmuş olsaydı dahi sonucun değişmeyeceği zira ülkemizde bu hususta bir âdet bulunmadığına dair açıklama için bkz: BAĞATUR, s. 868.

<sup>67</sup> Kadın erkek eşitliğini zedeleyen, cinsiyet ayrımcılığını destekleyen ve haklı gören bu düzenlemenin yeni TMK yapılırken elimine edilmiş olması, kanaatimizce son derece yerinde olmuştur.

<sup>68</sup> BGE. 44 II 247. Bu konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz: TUNÇOMAĞ, Kenan, "Ziraî Gayrimenkullerin Mirasçılara İntikali Sureti", İBD, C. XXVII, Nr.2, Nr.11, C. XXVIII, Nr. 10, hepsi bir arada ayrı baskı, İstanbul 1953, s. 89.

<sup>69</sup> BGE 75 II 203.



koşullarına sahip olan birden fazla mirasçının bulunması halinde, muris ölüme bağlı tasarrufu ile bunlardan birini tercih edebilir (TMK m. 662/III).

Tarımsal işletme bütün olarak talepte bulunan mirasçıya özgülenecektir ancak TMK m. 659/II'de "*bir işletme, değerinde azalma olmaksızın birden çok yeterli tarımsal varlığa sahip işletmeye bölünebilecek nitelikte ise, sulh hâkimi bunları, istemde bulunan ve işletmeye ehil olan birden çok mirasçıya ayrı ayrı özgüleyebilir*" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Yani hâkim birden fazla nitelikli mirasçı talepte bulunduğu anda, işletmeyi bölerek de mirasçılara özgülemek yolunu seçebilir<sup>70</sup>.

Tarım işletmesine bağımlı bir yan işletme<sup>71</sup> varsa, tarımsal işletmeyi bilfiil işletmek isteyen mirasçı, yan işletmeyi şahsen işletmek istemese bile, yan işletmeyi bizzat işletmeyi istemesine rağmen tarımsal işletmeyi bizzat işletmek istemeyen mirasçıya nazaran hâkim nazarında öncelikli olacaktır<sup>72</sup>.

TMK m. 667'de tarım işletmesine bağlı olan ve yan sınaî işletme niteliğinde olan malların özgülenmesi düzenlenmiştir. Mirasçı yan işletmelerin esas işletme ile birlikte özgülenmesini talep edebilecektir. Bunun için öncelikli olarak tarımsal işletme esas işletme niteliğinde olmalıdır ve yan işletmelere kıyasen üstün durumda olmalıdır<sup>73</sup>. Sınaî işletme, esas işletmenin teferruatını<sup>74</sup> teşkil etmeli ve esas tarımsal işletmenin hizmetine tahsis edilmelidir. Yan işletmenin esas tarımsal işletmeye nazaran daha üstün olması durumunda, artık her iki işletmenin birlikte özgülenmesi talep edilemez<sup>75</sup>. TMK'ya göre esas olan, bu ayrı tesislerin tarımsal işletmenin hâkimiyeti altında bulunmasıdır. Tarımsal işletme ile ona bağlı olan tesisler ekonomik bir bütün oluşturmalıdır.

Tarım işletmesi ile yan işletmenin birlikte özgülenebilmesi için mirasçının bu talebi açık biçimde yapması gerekir<sup>76</sup>. TMK m. 667/III uyarınca, mirasçılar-

<sup>70</sup> DURAL/ÖZ, s. 497; ZEVKLİLER, s. 130; CİN, s. 129.

<sup>71</sup> Değirmen, arı kovanları, ekmek fırınları gibi tesisler.

<sup>72</sup> BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi), s. 287.

<sup>73</sup> İMRE/ERMAN, s. 489.

<sup>74</sup> Burada kullanılan teferruat kelimesi teknik anlamda "eklenti" anlamına gelecek şekilde kullanılmamıştır.

<sup>75</sup> Çünkü böyle bir durumda sınaî işletmenin eklentisi olma niteliği kaybolacaktır. Örn: küçük arazi üzerindeki dev fırıncılık tesisi.

<sup>76</sup> Talep yapılmazsa hâkim kendiliğinden yan işletmeyi tarım işletmesi ile birlikte özgüleyemez.



dan biri itiraz ederse veya birden fazla mirasçı özgülenme isterse, hâkim her iki işletmenin ekonomik açıdan bağımsız olarak faaliyetlerine devam olanağının bulunup bulunmadığına ve mirasçıların kişisel durumlarına bakarak yan işletmenin tarımsal işletmeyle birlikte veya ondan ayrı olarak özgülenmesine veya satışına karar verir. Tarım işletmesi özgülenirken, işletmenin gelir değeri; yan işletmenin özgülenmesinde ise sürüm değeri dikkate alınır (TMK m. 667/II)<sup>77</sup>. Mirasçılar tarımsal işletmenin değerini aralarında kararlaştırabileceklerdir. Ancak aralarında anlaşmaya varamazlarsa, bu değer sulh hâkimi tarafından belirlenir (TMK m. 658).

Hâkim, yan işletmenin tarımsal işletme ile birlikte özgülenmemesine karar verirse, yan işletme tarımsal işletmeden ayrı tutulur ve mirasın paylaşılmasına ilişkin genel hükümlere tâbi olur<sup>78</sup>.

Tarımsal işletmenin özgülenmesinin gerçekleştirilmesine geldiğimizde, özgülenme kararının mirasın paylaşılması niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Özgülenme kararı, miras ortaklığını sona erdiren özel bir paylaşma biçimidir<sup>79</sup>. Mirasçıların özgülenme konusunda fikir birliğine varmaları halinde, özgülenmede bu anlaşma esas alınır<sup>80</sup>. Miras bırakan özgülenmenin kime yapılacağını ölüme bağlı tasarrufu ile belirtmiş olabilir. Bu takdirde murisin arzusuna uyulur. Ortada özgülenmeye ilişkin ne bir anlaşma, ne de ölüme bağlı bir tasarruf yoksa; murisin son yerleşim yeri sulh hâkimi özgülenme kararını verir. Mirasçı gerekli görüyorsa, bazı araç, gereç ve hayvanların da işletme için taşıdıkları değer üzerinden kendisine özgülenmesini talep eder (TMK m. 660). Ancak bunların da açıkça ve ayrı bir şekilde talep edilmeleri şarttır.

Tüm koşullar gerçekleştiğinde, tarımsal işletme mirasçılardan birine özgülenir. Bu özgülenmeyi müteakip, terekede yer alan başka malvarlığı değerleri ile

<sup>77</sup> Bu değerlendirmelerin nasıl gerçekleştirileceği hususunda kanunda düzenleme yoktur.  
<sup>78</sup> İMRE/ERMAN, s. 490.

<sup>79</sup> GÖKÇE, s. 867. Özgülenme kararının kesinleşmesi ile birlikte aynı hak özgülenme yapılarına geçer. Bu bir tescilsiz iktisap halidir. Ancak sonradan bu hakka dayanarak tasarrufi işlem yapılması planlanıyorsa tapuda açıklayıcı tescilin yapılması gerekecektir.

<sup>80</sup> OĞUZMAN, s. 341. Mirasçılar kendi aralarında diledikleri gibi bir paylaşma şekli kararlaştırabildiklerine göre tarımsal işletmeyi de akıllarına estiği gibi paylaşabilirler. Bu durumda tarımsal arazilerin verimliliğinin azalmasına yol açan parçalanmanın önüne geçilemez. Bu sebeple TMK hükümleri, bu hedefe ulaşmada yetersiz kalmaktadır. Ancak mirasçıların aksini kararlaştıramayacağı emredici hükümler bu soruna çare olabilir. Aynı görüşte olan yazar için bkz: ZEVLİLER, s. 128.



diğer mirasçılarının miras payları karşılanabiliyorsa problem olmaz. Tarımsal işletme bir bütün olarak mirasçılardan birine özgülenirse, sadece bu işletme (ve onunla beraber özgülenmiş yan işletmeler var ise bunlar) tereke dışına çıkarılmış olur ancak diğer mirasçılar da yasal miras paylarının kendilerine verilmesini isteyeceklerdir. İşte tarımsal işletme bir bütün olarak mirasçılardan birine özgü-lendiğinde, bazen bu işletmenin değeri, özgülediği mirasçının miras payı değe- rinden daha yüksek olabilir. Böyle bir durumda diğer mirasçılarının miras payları ihlâl edilmiştir<sup>81</sup> ve tarımsal işletme lehine özgülenmiş olan mirasçı, tatmin edilmemiş olan diğer mirasçılara borçlanmış olur<sup>82</sup>. Bazen terekedeki tarımsal işletme o derecede büyük olur ki işletme yeterli büyüklüğe sahip birden çok tarımsal işletmeye bölünebilir ve her bir mirasçıya bu bölümler özgülenerek mirasın paylaşılması gerçekleştirilebilir (TMK m. 659/II). Özgülenme yapılan mirasçı yukarıdaki örneklerde diğer mirasçılarının miras paylarını ödemek zorun- da kalacaktır<sup>83</sup>. Ancak şurası kesindir ki, mirasçılar arasındaki ilişkiler, mirasın paylaşılması tamamlanıncaya değin sürer<sup>84</sup>. Mirasçılarının miras paylarına ilişkin olan alacak hakları, TMK m. 893 b.2 hükmü uyarınca “*Elbirliği ortaklığına giren taşınmazlarda paylaşmadan doğan alacakları için birlikte mirasçı olanlar veya diğer elbirliği ortakları kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilirler*” deni- lerek kanunen teminat altına alınmıştır. Yani diğer mirasçılar daha alacaklarını tahsil etmeden, tarımsal işletmenin özgülenmesine razı olmak zorundadırlar. Ellerinde tek bir imkân vardır; o da bu ipotek hakkının derhal tescilini sağlamak- tır<sup>85</sup>. Bu ipotek yüzünden işletme kendisine özgülenen mirasçı, o işletmeyi sat- mak zorunda kalırsa bu durum da kanunun amacına ters düşecektir. TMK m. 664 bu sonucun engellenmesine yönelik özgülenen mirasçıyı koruyucu bir dü- zenleme getirir. “*Kendisine işletme özgülenen mirasçının, diğer mirasçılarının payları karşılığında ödemesi gereken miktar ile daha önce işletme üzerinde kurulmuş bulunan rehinlerle güvence altına alınmış olan borçların toplamı, işletmenin gelir değerinin dörtte üçünü aşarsa, kendisine özgüleme yapılan mirasçının istemi üzerine özgülenen işletmenin paylaşılması uygun bir süre ertelenebilir.*”

<sup>81</sup> BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi), s. 290.

<sup>82</sup> OĞUZMAN, s. 341.

<sup>83</sup> Diğer mirasçılarının miras paylarının karşılanması zorunluluğu, özgülenme yapılan mirasçı açısından bir borç teşkil eder.

<sup>84</sup> BAĞATUR, s. 870.

<sup>85</sup> DURAL/ÖZ, s. 498.



*Bu takdirde mirasçılar arasında kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulmuş olur.”*

Maddedeki gibi bir erteleme<sup>86</sup> talep edilirse, bu süre boyunca miras ortaklığı, kendiliğinden aile malları<sup>87</sup> ortaklığına dönüşmüş olacaktır ve bu sebeple durumun mahkeme kararında yer alması gerekmemektedir. Ortaklık, erteleme kararının kesinleştiği tarihte kurulmuş sayılır<sup>88</sup>. Kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğunda, tarımsal işletme, özgülünen mirasçı tarafından yönetilir ancak diğer mirasçılar miras payları oranında kâr payı (temettü) alırlar. Özgülünen mirasçı dışındaki mirasçılar bu ortaklığa girmek zorunda değildirler. İster bu ortaklığa girerler ve kâr payından yararlanırlar, ister miras paylarının tarımsal işletmeye ait taşınmazlarla güvence altına alınan bir alacak hakkına dönüştürülmesini talep ederler (TMK m. 666/1). Kazanç paylı aile malları ortaklığına girmeyen mirasçı açısından miras paylaşımı sayılır<sup>89</sup>. Miras ortaklığı, özgülünen mirasçı ve kazanç paylı aile malları ortaklığına giren diğer mirasçılar arasında devam eder.

Kazanç paylı aile malları ortaklığı devam ettiği müddetçe miras ortaklığı devam eder ve tüm mirasçılar tarımsal işletme üzerinde elbirliği ile hak sahibi konumunda olurlar<sup>90</sup>. Aile malları ortaklığının kurulabileceği bir diğer durum ise TMK m. 663’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre “*Mirasçılar arasında ergin olmayan ayırt etme gücüne sahip altsoy varsa; paylaşma bunlar ergin oluncaya kadar ertelenebilir veya mirasçılar arasında özgülemeye karar verilebilecek tarihe kadar aile malları ortaklığı kurulur.*” Bu hüküm eski Medeni Kanunda yer almayan bir hükümdür. Hükümün amacı, ergin olmayan ama ayırt etme gücü bulunan altsoyun da tarımsal taşınmazın kendisine özgülünenmesini isteyebilmesidir. Kanaatimizce toprak hukukunun ruhuna ve amacına uygun bir yenilik yapılmıştır.

Kendine tarımsal işletme özgülünen kişilerin ne değerinde bir işletmeleri olduğunun ve diğer mirasçılara ne miktarda borçlandıklarının tespiti için hem terekenin toplam değerinin hem de tarımsal işletmenin kıymetinin belirlenmesi gerekir. Bu sebeple de mirasçılar terekenin ve tarımsal taşınmazın değerini ken-

<sup>86</sup> Ertelene süre ve bu süre içerisinde ödemenin nasıl yapılacağını hâkim takdir edecektir.

<sup>87</sup> ZEVKLİLER, S. 161 vd., CİN, s. 130-131.

<sup>88</sup> GÖKÇE, 875 vd., BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi).

<sup>89</sup> İMRE-ERMAN, . 492.

<sup>90</sup> İMRE-ERMAN, s. 492.



di aralarında değerlendirebilirler. Mirasçılarının anlaşamaması halinde ise bu değer sulh hâkimi tarafından belirlenir (TMK m. 658)<sup>91</sup>.

İşletmeyi idare eden mirasçı, diğer mirasçılarının miras paylarını aşırı bir borç altına girmeksizin ödeyebilecek duruma geldiğinde, mirasçılardan herhangi biri, ortaklıktan çıktığını bildiirip, payının karşılığının kendine ödenmesini talep edebilir (TMK m. 665/I). Yine lehine özgülenme yapılan mirasçı da ortaklığın sona erdirilmesini her zaman isteyebilir (TMK m. 665/II).

Yukarıda kısaca özetlenen tarımsal işletmelerin özgülenmesi kavramı yeni TMK'nun kabul edilmesi ile İsviçre'deki eski düzenlemeye benzer bir hal almıştır. Bu son derece olumlu bir gelişmedir. İsviçre Medeni Kanunundaki tarımsal işletmelerin özgülenmesine ilişkin düzenlemeler, 1991'de yürürlükten kaldırılmıştır ancak orada artık bu konuda özel yasalar<sup>92</sup> yürürlükte olduğundan bu hükümlerin İMK'da yer almasına gerek kalmamıştır. TMK'daki düzenlemelerin ise yeterli olduğu söylenemez zira bu hükümler emredici nitelikte olmadığından, mirasçılar kendi aralarında bu hükümlerin aksine bir paylaşım şeklini benimseyebilirler ve tarımsal taşınmazları çok sayıda küçük parçaya bölebilirler<sup>93</sup>. Ayrıca tarımsal işletmelerin taşıyamayacakları miktarlarda borç yükü altına girmesini engelleyici tedbirler alınmalıdır. Çiftçinin ekonomik ve sosyal durumu dikkate alınıp, verimli arazilerin parçalanmasının önüne geçilmelidir<sup>94</sup>. Bu sebeplerle Avrupa Topluluğu'nda olduğu gibi ülkemizde de ortak bir tarım politikası belirlenmeli<sup>95</sup>, tarım alanında hem teknik ilerleme geliştirilmeli, hem farklı sosyal bölgeler arasındaki yapısal ve doğal farklılıkların niteliği de hesaba katılarak tarımda çalışanların geliri yükseltilmeli, hem de bu amaçlara varılabilmesi için zorunlu olan hukuki altyapı, ihtiyaçlara cevap verecek biçimde düzenlenmelidir.

<sup>91</sup> GÖKÇE, s. 869; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 579. Hâkim bu değerleri belirlerken resmi bilirkişilerden de destek alır.

<sup>92</sup> 1.1.1947 tarihli "*Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen*"; 1.1.1953 tarihli "*Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes*"; 4.10.1991 tarihli "*Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht*"; 29.4.1998 tarihli "*Bundesgesetz über die Landwirtschaftsgesetz*".

<sup>93</sup> Kırsal kesimdeki nüfus yoğunluğu da dikkate alındığında, ölenin ardında çok sayıda mirasçı bırakması ve bu sebeple terekenin bölünmesi gereken miras paylarının da azalıp ufalması, kuvvetle muhtemeldir.

<sup>94</sup> Aynı kanaatteki yazarlar için bkz: BAĞATUR, s. 876-877; BAŞPINAR, (Tarım İşletmelerinin Tahsisi), s. 291-292; ZEVLİLER, s. 189-199.

<sup>95</sup> Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz: TEKİNALP, Gülören (TEKİNALP, Gülören - TEKİNALP, Ünal), Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 531-542.



### III. Tarım Reformu ve Tarım İşletmelerinin Özgülenmesi Sorununun Bu Reform İçindeki Yeri

Toplumun bünyesine ve hukuk düzenine uygun bir toprak mülkiyeti rejimi, hepimizin hayatını yakından etkileyen bir faktördür ve yalnızca hukuki bir boyuttan oluşmaz. Aynı zamanda ülkede o esnada mevcut olan ekonomik yapı da bu rejimin ayrılmaz parçasını oluşturur. Tarımsal ekonomi, doğrudan doğruya toprak mülkiyeti ve tasarrufu rejimi ile ilgilidir. Dengesiz ve adaletsiz bir toprak mülkiyeti anlayışı, sosyal huzursuzlukların temel sebebini oluşturacaktır. Her devlet kendine özgü arazi mülkiyeti ve buna bağlı olarak tarımsal miras rejimini de yaratmalıdır<sup>96</sup>. Kişilerin malik oldukları arazilerin kullanılma şekli ve usulleri de, milli toprak rejimine en üst seviyede uyulmasını sağlayacak biçimde düzenlenmelidir.

Bir tarım ülkesi olarak kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nde, topraksız ve az topraklı çiftçi ailelerinin topraklandırılması, toprak mülkiyetinin büyük ölçüde aynı kişilerde toplanmasının önüne geçilmesi ve toprakların parçalanarak küçükleşmeler haline dönüşmesinin engellenmesi gerekmektedir. Devletin temel amaçlarından biri de kendi kendine yeterli olabilen, ekonomik açıdan bağımsız çiftçi işletmelerinin kurulabilmesine öncülük etmek olmuştur. Bunun sağlanabilmesi için bir toprak ve tarım reformuna ihtiyaç vardır.

Tarım reformu, toprak-insan ilişkilerini ekonomik verimlilik, sosyal adalet ve hukuk ilkelerine göre iyileştirmeye yönelik çok yönlü bir program paketidir<sup>97</sup>. Tarım reformu ile tarımsal toprakların veriminin artırılması, işletme usullerinin geliştirilmesi, tarımsal topraklar üzerindeki mülkiyetin adil biçimde dağıtılması, tarımsal toprakların miras yoluyla mirasçılar arasında paylaşılarak parçalanmasının engellenmesi ve gerekli görüldüğünde verimsiz küçük arazilerin bir araya getirilerek arazi toplulaştırılmasının gerçekleştirilmesi hedeflenir<sup>98</sup>. Tarım reformu ile ekonomik üretime olanak veremeyecek kadar parçalanmış arazilerin birleştirilmesi ve miras paylaşımı yüzünden çiftçi ailelerinin geçimini sağlamaya ve aile bireylerinin işgücünü değerlendirmeye olanak vermeyecek

<sup>96</sup> CİN, s. 134.

<sup>97</sup> EREN-BAŞPINAR, s. 115.

<sup>98</sup> Toprak reformunun dar ve geniş anlamdaki tanımları ve özellikleri konusunda detaylı açıklamalar için bkz: EREN-BAŞPINAR, s. 115-169; AKSOY, Suat, Tarım Hukuku, Ankara 1984, s. 236 vd; ZEVKLİLER, s. 57-70; CİN, s. 133-153.



kadar küçülen arazilerin hukuki düzenlemeler yoluyla kaybedilmesinin önüne geçilmesi arzulanır.

Biz çalışmamızda tarım reformunun miras hukukunu ilgilendiren yüzünü ele aldığımızdan, verimliliği arttıran tedbirleri, topraksız çiftçi ailelerinin topraklandırılmalarını kısacası reformun sosyal, ekonomik ve politik yönünü irdelemeyeceğiz. Makalemizde toprak reformu bünyesinde, tarımsal taşınmazların miras yoluyla paylaşılması sorununa yönelik getirilen düzenlemeler ve bu düzenlemelerin TMK'daki hükümlere etkisi ele alınacaktır.

Türk Toprak Hukukunun tarihi ve Cumhuriyet devrine kadar olan gelişimi, incelememiz kapsamını aşar niteliktedir ve bu konularda detaylı çalışmalar yapılmıştır<sup>99</sup>. Cumhuriyet döneminde tarım reformu ile ilgili çıkarılan ilk kanun, 11.6.1945 tarihinde kabul edilmiş olan ve 15 Haziran 1945 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, 4753 Sayılı "*Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu*"dur. Bu Kanun ile çiftçilere dağıtılmış olan topraklar, bir bütün olarak işletilen tarımsal işletmeler olarak kabul edilmiştir ve bu işletmelerin miras paylaşımı sebebiyle parçalanmasının önüne geçilmek istenmiştir. Bu tip arazilerin 25 yıl boyunca paylaşılması veya üzerindeki ortaklığın giderilmesi kabul edilmemiştir<sup>100</sup> (Ç.T.K m. 59/f). Bu 25 yıl süresince arazinin bedelinden kaynaklanan borcun ödenmemesi halinde, bu süre daha da uzayabilir. Yine bu kanunla 25 yıl içinde borç ödenmiş olsa dahi, arazi bölünemez, devir ve temlik edilemez. Bu kanun ile tarımsal işletmelerin en azından 25 yıllık bir süre için bölünmemesi ve devredilmemesi sağlanmak istenmiştir ancak bu süre tamamlandıktan sonra arazilerin küçük parçalara ayrılmasını önleyen ilke hükümler yoktur<sup>101</sup>.

1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra da bir takım Tarım ve Toprak Reformu Kanun Tasarıları hazırlanmış ancak hiçbiri kabul edilmemiştir<sup>102</sup>. 19.7.1973 Resmi Gazete tarihli 1757 Sayılı "*Toprak ve Tarım Reformu Kanunu*" ikinci Toprak Reformu Kanunudur. Bu kanun yürürlüğe girinceye değin, ara dönemlerde çıkarılmaya çalışılan tasarıların hiçbiri kanunlaşmamıştır. 1757 Sayılı Kanun (16. dipnotumuzda belirttiğimiz üzere), Anayasa Mahke-

<sup>99</sup> CİN, s. 133 vd.; KÖPRÜLÜ, s. 127 vd.; SEVİĞ, Vasfi Raşit, *Toprak Hukuku Dersleri*, Ankara 1953, s. 224 vd.; BERKİ, Şakir, *Toprak Hukuku* 3. Bası, Ankara 1967, s. 58; EREN-BAŞPINAR, s. 52-114; ZEVKLİLER, s. 57-70.

<sup>100</sup> CİN, s. 141.

<sup>101</sup> CİN, s. 142.

<sup>102</sup> 1961, 1962, 1965, 1966, 1972 Tarihli Toprak Reformu Kanun Tasarıları.



mesi tarafından 10.05.1976 günlü, E.1973/42, K. 1976/48 Sayılı Karar ile iptal edilmiştir. İptal edilen Kanuna göre, ölen toprak sahibinin mirasçıları, kendilerine intikal eden toprakları, 54. maddede gösterilen miktarlardan az olmayacak şekilde taksim edebilecekler, arzu eden mirasçılar, toprak dağıtımından yararlanacak olan mirasçılara devir ve temlik ederek miras ortaklığına son verebileceklerdir (TTRK m. 69/2). Miras açıldıktan itibaren 6 ay içinde, mirasçıların aralarında taksim veya devir ve temlik yapmamaları halinde, tarımla ilgili olan taşınır ve taşınmaz mallar, Toprak ve Tarım Reformu Örgütüncü, mirasçılar arasında taksim edilir veya Kurum, toprağı en iyi işleyeceği anlaşılan mirasçı veya mirasçılara tahsis ederdi (TTRK m. 52, 53).

1757 Sayılı Kanun, sadece toprak ve tarım reformu bölgeleri arasında yer alan araziler için çözüm getirdiğinden, tüm ülke toprakları için uygulanamıyordu. Bu sebeple tarımsal taşınmazların miras yoluyla parçalanmasının önüne geçilmesinde yeterli ve yaygın korumayı sağlamaktan uzaktı.

22.11.1984'de 3083 Kanun numarası ile kabul edilen "*Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu*" günümüzde de yürürlüktedir. Adı geçen Kanunun uygulanmasını sağlamak üzere 11.6.1985 tarihli ve 85/9588 No'lu Bakanlar Kurulu Kararı ile "*Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu Uygulama Yönetmeliğı*"de kabul edilmiştir. Bu kanunun geniş kapsamlı bir tarım reformunu hedeflediğı adından da anlaşılmaktadır<sup>103</sup>. Bu kanunun "Amaç" başlıklı 1. maddesinin -b- bendinde, "*Yeterli toprağı bulunmayan ve topraksız çiftçilerin zirai aile işletmeleri kurabilmeleri için Devletin mülkiyetinde bulunan topraklarla topraklandırılmalarını, desteklenmelerini, eğitilmelerini*" ve -c- bendinde, "*Ekonomik üretime imkân vermeyecek şekilde parçalanmış tarım topraklarının gerektiğinde ve imkânlar ölçüsünde genişletilmesi suretiyle de toplulaştırılmasını, tarım arazisinin ailenin geçimini sağlamaya ve aile iş gücünü değerlendirmeye yeterli olmayacak derecede parçalanmasını ve küçülmesini önlemeyi*" hedeflendiğı belirtilmiştir.

<sup>103</sup> "Sulama alanları", adı geçen Kanunun 2. maddesinde, "*Devletçe sulamaya açılan veya projeleri bitirilmiş olup da sulama yatırımlarına başlanan ve devam eden alanlar*" olarak tanımlanmıştır.

<sup>104</sup> EREN-BAŞPINAR, s. 127.



Yine aynı kanunun 6. maddesinde ise, Kanunun amaçları doğrultusunda, uygulama alanlarında<sup>105</sup>, ilgili Kuruluş<sup>106</sup> tarafından isteğe bağlı olarak veya maliklerin rızası aranmaksızın arazi toplulaştırılması yapılabileceği düzenlenmiştir. Tarım topraklarının parçalanmasına engel olmak üzere, bu Kanunda madde 6/IV emredici bir nitelikte yapılmıştır. Bu düzenleme uyarınca, toplulaştırma sonucunda dağıtılan veya sahibine bırakılan tarım arazileri malikleri adına tescil edilir. Tescil edilen bu araziler, bu Kanunda yer alan hükümler dışında, o bölge için tespit edilmiş olan oranlardan daha küçük parçalara ne rızai olarak; ne de hükmen taksim edilemezler. Bu husus tapu siciline şerh edilir<sup>107</sup>.

Tarım Reformu Kanununun 11. maddesinde, dağıtılan topraklara ilişkin olan tasarrufi işlemlere getirilen sınırlamalar yer almaktadır. Bu maddeye göre dağıtılan topraklar bölünemeyecektir ve miras hükümleri dışında, başkalarına devredilemeyecektir. Sahibine bırakılan topraklar, o bölge için belirlenmiş dağıtım normundan daha ufak parçalara bölünmeksizin devir ve temlik edilebilecektir. Kısacası, adı geçen topraklara ilişkin temlik tasarruflar geçerlidir ancak belirlenmiş dağıtım normundan daha küçük parçalara ayırma çabaları kesin hükümsüzlükle sakatlanacaktır. Temlik tasarruflar, sadece uygulama bölgelerinde durdurulmuştur ve uygulama bölgeleri dışındaki tarımsal işletmelere ilişkin bir tasarruf kısıtlaması, mevcut değildir<sup>108</sup>.

*“Dağıtılan ve sahibine bırakılan topraklarda mirasçıların tasarrufu”* başlıklı 12. madde uyarınca, mirasçılar mirasın açılmasını müteakip altı ay içinde tarımsal işletmeyi aile ortaklığı şeklinde işletmezlerse veya rızaen kendi aralarında devir ve temlik işlemlerini yapmazlarsa, uygulayıcı kuruluş bu toprakları bedelini ödemek kaydıyla geri alır. 12. maddenin ikinci fıkrasına göre ise, kendilerine tarım toprağı bırakılanlar öldüklerinde, onlara ait olan tarım toprağı o bölge için tespit edilmiş olan miktarlardan az olmayacak şekilde mirasçılar arasında paylaşılarak, miras ortaklığına son verilebilir.

<sup>105</sup> “Uygulama alanları”, bu Kanuna göre Bakanlar Kurulunca sınırları belirlenmiş olan alanlardır (m.2/k).

<sup>106</sup> “İlgili kuruluş”, Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığına bağlı Toprak ve Tarım Reformu Genel Müdürlüğüdür (m.2/j).

<sup>107</sup> Bu yasak kanundan doğan bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olduğundan, sicile şerh verilirse dahi hüküm ve sonuçları doğacaktır.

<sup>108</sup> EREN-BAŞPINAR, s. 155.



13.2.2001 tarihinde, 4626 Sayılı Kanununun 2. maddesi ile değiştirilen 13. maddenin birinci fıkrası uyarınca, uygulama alanlarında, kamulaştırma, toplulaştırma, arazi değiştirilmesi ve dağıtım işlemlerinin tamamlanması veya tapuya tescili tamamlanıncaya kadar, gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine ait arazilerin mülkiyeti devir ve temlik edilemeyecektir. Ancak bu kısıtlama süresi de beş yılı aşamaz.

13. maddenin ikinci fıkrasına göre ise, kısıtlama süresi içinde arazisini ve işletmesini satmak isteyen kişiler, Uygulayıcı Kuruluşa başvurur ve Kuruluşa, altmış gün içinde bu arazileri ya kamulaştırır ya da bunların başkalarına satışına izin verir. Uygulayıcı Kuruluşun izni alınmadan yapılan devirler geçersizdir. Yani BK m. 19/II ve m. 20/I uyarınca batıldır.

Türkiye’de tarımsal işletmelerin miras yoluyla çok sayıdaki mirasçı arasında paylaşılması ve kırsal kesimdeki nüfusun gün geçtikçe çoğalması yüzünden, her jenerasyonda geride bırakılan mirasçı sayısının katlanarak artması, toprakların verimsizleşmesine ve gün geçtikçe yok olmasına sebep olmaktadır. Sadece Medeni Kanunda yer alan hükümler, bu tehlikenin önlenmesinde yeterli olmaktadır. Üstelik bu hükümler emredici olmayıp, mirasçılar tarafından bunlara aykırı çözümlerin kararlaştırılmaları tehlikesi, hiç de uzak değildir. Toprak reformunun hukuki boyutunu güçlü kılmak isteyen Kanun koyucu, özel kanunlar vasıtasıyla<sup>109</sup>, bu açmazı halletmek istemektedir.

Tarımsal işletmeleri ilgilendiren bir diğer Kanun düzenlemesi, 26.02.1985 kabul tarihli ve 3155 Sayılı “*Tarım Reformu Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun*”dur. Bu Kanunda da “*tarım arazisinin parçalanmasının önlenmesi*”, Amaç başlıklı 1. maddede hedefler arasında yer almaktadır. Aynı zamanda bu Kanun ile Tarım Reformu Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Önceki Kanunlar ile kurulmuş olan “*Toprak Tarım Reformu Müsteşarlığı*”, bütçesi ile birlikte Genel Müdürlüğe devrolunmuştur (Geçici madde 1). Bu Yasa, toprak reformunun gerçekleştirilmesini sağlayacak kurumlarda ve yetkilerinde bir farklılık yaratmıştır, ancak önemli olan kurumların unvanlarını değiştirmek değil; o kurumların işlevselliğini arttırmaktır.

Günümüze yaklaşırken, 26.01.2003 Resmî Gazete Tarihli ve 25005 Resmî Gazete sayılı “*Tarım İşletmelerinin Yeterli Tarımsal Varlığa Sahip Olma-*

<sup>109</sup> Üstelik bu Kanunlar, TMK’daki tarımsal işletmelerin özgülenmesi hükümlerinin aksine, emredici nitelikteki hükümleri içerir.



*diğının Tespitine Dair Yönetmelik*" yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik sayesinde, tarım işletmelerinin bütünlüğü korunarak arazilerin bölünmesi engellenmekte ve paylaşımlar neticesinde işletmelerin yeterli ekonomik varlığa sahip olup olmadıkları belirlenebilmektedir (m.1). Ayrıca bu belirlemede uyulacak usul ve esaslar ortaya konmaktadır (m.2). Aynı Yönetmelik bünyesinde, yeter gelirli tarımsal işletme ve bölünebilirlik kriterleri (m.6) ile bölünemez tarımsal parsel büyüklüğü de netleştirilmiştir (m. 7).

30 Haziran 2003 Resmi Gazete Tarihli ve 25154 Resmi Gazete Sayılı 2003/20 No'lu "*Yeter Gelirli Tarımsal İşletme Büyüklüklerinin Tespitine Dair Tebliğ*" de yukarıda adı geçen Yönetmelik çerçevesinde, yeter gelirli tarımsal işletme büyüklükleri ile bölünemez tarımsal parsel büyüklüklerinin tespitine yönelik usul ve esasları düzenler. Bu Tebliğin sonunda ekler yer alır. EK 1'de Tarım Bölgelerine Göre İllerin Listesi vardır ve paylaşım konusu işletmenin hangi tarım bölgesinde yer aldığı buradan bulunur. EK 2 ve EK 3'de tarım bölgelerine göre Yeter Gelirli İşletme Büyüklükleri yer alır ve söz konusu işletmenin arazi varlığı ve büyüklüğü, buradaki oranlar ile karşılaştırılarak o işletmenin yeter gelirli olup olmadığı anlaşılır. Ancak işletmenin ihtisas işletmesi olduğu anlaşılırsa, EK 3'deki tablo değerleri esas alınır (m.10). İşletmenin birden fazla kişiye özgülenebilecek kadar büyük olması halinde, paylaşımında arazinin bölünebilir olup olmadığı kontrol edilerek, parsellerin paylaşımı buna göre gerçekleştirilir (m.11/1). Tarım işletmesi hakkında yapılan tespitler raporlanır ve işletmenin birden fazla mirasçıya özgülenip özgülenemeyeceği anlaşılır (m. 12). Bu rapora mirasçılar itiraz edebilirler ve bu itirazlar Sulh Hukuk Mahkemesine gönderilir (m.14/1).

Bu Tebliğ, 25005 Resmi Gazete sayılı Yönetmeliğin uygulanmasını, açıklığa kavuşturmuştur. Hem Yönetmelik hem de Tebliğ, tarımsal işletmelerin miras yoluyla çok küçük parçalara bölünmesine olanak tanımayan düzenlemelerdir. Yukarıda adı geçen tüm yasal düzenlemeler ile birlikte ele alındıklarında, TMK'daki tarımsal işletmelerin özgülenmesine ilişkin tamamlayıcı hukuk kurallarının yaratabileceği karmaşa ortamını yumuşatmaya ve Avrupa Birliği düzenlemelerine<sup>110</sup> paralel bir hukuk uygulaması yaratılmasına katkıda bulunmaktadırlar.

<sup>110</sup> AB hukukunda, tarımsal taşınmazların özgülenmesine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: TEKİNALP/TEKİNALP, s. 531-542; LERMAN, Zvi. "Land Reform and Farm Restructuring: What Has Been Accomplished to Date?", American Economic Review,



#### IV. Tarım Reformu Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun Değiştirilerek, Genel Müdürlük Bünyesinde Toprak Bankası Kurulmasını Amaçlayan Kanun Teklifi<sup>111</sup>

28.10.2009 tarihinde, Tarım Reformu Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun Değiştirilerek, Genel Müdürlük Bünyesinde Toprak Bankası Kurulmasını Hedefleyen bir Kanun Teklifi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulmuştur. Bu Kanun Teklifinin gerekçesinde, tarımsal üretimin sadece gıda güvenliğini sağlamakda değil ama aynı zamanda uluslar arası siyasette de önemli olduğu; ülkemizin doğru politikalarla coğrafi özellikleri, iklimi ve zengin kaynaklarıyla sadece kendi ihtiyaçlarını karşılamakta öte, Avrupa Birliği üye ülkelerinin ana gıda tedarikçisi haline gelebileceği belirtilmiştir. Bu sebeple de, tarımsal arazilerin kaybına yol açmaksızın, amaç dışı kullanımları engellenmeli ve bireysel çıkarlar doğrultusunda parçalanmaları ve tarımsal üretim dışına çıkarılmaları durdurulmalıdır. Kanun teklifi gerekçesine göre son dönemlerde, yabancı kökenli bankalar, tarım arazilerinin ipotek edilmeleri karşılığı, çiftçilerimize ödeyebileceklerinden daha yüksek miktarlarda kredi sağlamakta ve borçların ödenmemesi durumunda ise bu arazilere el koymaktadırlar. İşte bu Kanun teklifi ile bir Toprak Bankası kurulması ve bu sayede açıklanan sıkıntıların aşılması hedeflenmektedir.

İşbu Kanun teklifi ile 05.03.1985 tarih ve 18685 sayılı Kanunun bazı maddelerinde değişiklikler yapılması öngörülmüştür. Kanun teklifi yedi maddeden oluşmaktadır. 2009 Tarihli Kanun Teklifi'nin 1. maddesi ile Tarım Reformu Kanununun 1. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yürürlükteki Kanunun 1. maddesinde Kanunun amacı ortaya konulmuştur. Tasarı ile bu maddede belirtilen amaçlar içerisine, "*tarım arazilerinin amacı dışında kullanılmasının ve parçalanmasının önlenmesi ile mülkiyet değişikliklerinin kurallara bağlanarak tarımsal üretimin dışına çıkarılmaması için bir toprak bankasının kurulması*" eklenmiştir.

Vol. 89, No.2, May 1999, s. 271-275; European Union, "Agricultural Situation and Prospects In The Central and Eastern European Countries: Summary Report.., Brussels Belgium: European Union, Agriculture and Rural Development, June 1998.

<sup>111</sup> Bu Kanun Teklifi, metnimizde bundan böyle, "2009 tarihli Kanun Teklifi" olarak adlandırılacaktır.



Kanun Teklifi'nin 2. maddesi ile Tarım Reformu Kanunu'nun 2. maddesinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu maddede, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün görevleri sayılmıştır. Teklifin -c- bendinde bu görevler içerisine, tarım arazilerinin maksat dışı kullanılmasının ve parçalanmasının engellenmesi ve her türlü mülkiyet değişikliklerinin kurallara bağlanması suretiyle, bir Toprak Bankasının kurulup, işletilmesi ve bu amaçla hizmet üreterek gerektiğinde hizmetlerin satın alınması, hususları yer almaktadır.

2009 tarihli Kanun Teklifi'nin 5. maddesinin -a- bendine göre, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü bünyesinde bir Toprak Bankası kurulacaktır. Aynı maddenin -b- bendinde ise pek çok yenilik getirilmiştir. Bu bend uyarınca; tarım arazilerinin miras sebebiyle parçalanmasının önüne geçilmesi için tarımsal üretim yapacağını taahhüt eden en büyük çocuğa tarım arazisi özgülenir ve özgülenen mirasçı, arazinin rayiç bedel üzerinden belirlenen değeri karşılığı diğer mirasçılara paylarını öder. En büyük çocuk özgülenmeyi istemezse, talep hakkı büyük çocuktan küçüğe doğru intikal eder.

Bu düzenleme, eski Medeni Kanunumuzun tarımsal işletmelerin tahsisi hükümlerine daha uygun mahiyettedir. Zira, yürürlükte olan TMK m. 661 uyarınca, tarımsal işletmenin özgülenmesini isteyen mirasçı sayısı birden çok ise, sulh hâkimi, kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutarak özgülenme kararını verir. TMK m. 661/II'ye göre, işletmeyi bilfiil işletmek isteyen ve bunu başaraabilecek ehliyetinde olan mirasçılara öncelik tanınır. TMK'da en büyük çocuğa veya erkek mirasçıya öncelik tanınacağına dair bir hüküm mevcut değildir. Mirasçılar arasında, kadın-erkek, büyük çocuk-küçük çocuk ayrımları yer almaz. Oysa eski Medeni Kanunun 598. maddesine göre, ölenin oğullarından hiçbiri tahsisi istemedikleri takdirde, kızları veya bunların kocaları işletmeye ehil olmaları durumunda tarımsal işletmenin kendilerine özgülenmesini isteyebilirlerdi<sup>112</sup>. Teklifin 5. maddesinin -b- bendinde tarımsal işletmelerin özgülenmesine ilişkin getirilen düzenleme, yürürlükteki TMK ile uymadığı gibi, TMK hükümlerini iyileştirir, modernleştirir bir nitelikte değildir. Bu sebeple, 2009 tarihli Kanun Teklifinin tarımsal işletmelerin özgülenmesine ilişkin getirdiği bu düzenlemenin yasalaşmaması gerektiğini düşünüyoruz.

<sup>112</sup> Böyle bir ayırımın Kanun eliyle yapılmasının doğru olmadığını, Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğini ve 4721 Sayılı TMK ile bu ayırımın giderilmesinin yerinde olduğunu düşündüğümüzü, çalışmamızda daha önce belirtmiştik.



Kanun Teklifinin –b- bendinin 3. cümlesine göre, gerektiğinde özgülennenin yapılmadığı diğer mirasçılarının paylarının ödenmesi amacıyla, kurulacak olan Toprak Bankası, özgülenn mirasçıya, 10 yıl süreli, yıllık enflasyon değerinin faiz olarak tahakkuk ettirildiği bir kredi verecektir. Bu düzenleme son derece yerinde olmuştur. Özgülennin yapıldığı mirasçı, çoğunlukla diğer mirasçılarının miras paylarını ödemek için kredi almak zorundadır. Bankalar, çiftçiye uzun süreli ve düşük faizli kredi vermemektedirler. Yüksek kredi borçlarını karşılamayan çiftçiler de tarımsal işletmelerinin satılması karşısında çaresiz kalmaktadırlar. Toprak Bankasının kurulması, hem bu taşınmazların kredi borçları için satılıp el değiştirmesini, hem de parçalanmasını engelleyebilecektir. Sırf bu amaçla kurulacak olan Toprak Bankası, tarımsal işletmelerin kıyımına yol açan pek çok soruna somut çözüm yaratabilir ve Tarım Reformunun hukuk ayağının en güçlü dayanağını meydana getirebilir. Bu sebeple, 2009 Kanun Teklifi'nin getirdiği bu yeniliği destekliyoruz.

Yine aynı bend 4. cümle uyarınca, murisin hiçbir çocuğu, tarımsal işletmenin özgülennmesini istemezse, Toprak Bankası, tarım arazisinin rayiç bedel üzerinden belirlenen değerini mülk sahiplerine 6 ay içinde ödeyerek, işletmeyi devralır. Bu düzenleme ile yukarıda açıklandığı gibi, tarımsal işletmenin mirasçılar tarafından özgülennmesinin talep edilmemesi halinde, satılıp küçük parçalara bölünebilmesi riski ortadan kaldırılmış olmaktadır.

5. maddenin –c- bendine göre, 5 yıl süreyle tarımsal üretim için kullanılan tarım arazileri, belirlenen rayiç bedel üzerinden ve değeri malike 6 ay içinde ödenmek üzere, toprak bankasına devrolunur. Aynı maddenin –d- bendinde ise, *“ipotek karşılığı, teminat olarak gösterilen ve borcun ödenmemesi sonucu haczedilerek mülkiyet değiştiren tarım arazileri belirlenmiş rayiç bedel üzerinden değeri mülk sahibine 6 ay içerisinde ödenmek kaydıyla toprak bankasına devrolunur”* denilmektedir.

Kurulması planlanan Toprak Bankasının görevleri ve fonksiyonu dikkate alındığında, 2009 Kanun Teklifinin bir an önce yasalaşmasının ne kadar elzem olduğu anlaşılır. Yukarıda tarımsal işletmelerin özgülennmesinde uyulacak kriterlerin düzenlendiği 5. madde –b- bendi hariç tutulmak üzere, bu Teklif, Tarım Reformu ile hedeflenen amaçlara ulaşılmasında eksikliği duyulan hukuki altyapının da hazırlanmasını sağlayacak niteliktedir.



## SONUÇ

Tarımsal işletmelerin özgülenmesi konusu, hem Medeni Kanunu, hem Toprak Reformunu, hem ekonomi bilimini, hem de ülke siyasetini yakından ilgilendiren bir olgudur. TMK'da bu konu 659. madde ile 668. maddeler arasında ele alınmıştır. Bu maddelerdeki düzenlemeler epey ayrıntılı olsa da, nitelikleri icabı emredici olmadıklarından, Kanun düzenlemesinden ayrılmak ve tarımsal taşınmazları, miras paylaşımı yoluyla parçalamak mümkündür. İşte bu sebeple, özel Kanunlar hazırlamak yoluyla bu sakıncanın giderilmesine çalışılmıştır. Tarım Reformunu başarıp, Avrupa Birliği mevzuatına paralel düzenlemeler getirmeyi hedefleyen Kanun koyucu, Cumhuriyet'in kurulmasından bu yana pek çok Kanun ve Kanun Tasarıları hazırlayarak, bir tarım ülkesi olan ve verimli toprakları ile neredeyse tüm Avrupa'ya öncülük edebilecek olan ülkemizi, bu taşınmazların parçalanıp yok olması tehlikesinden korumayı hedeflemiştir. 28.10.2009 tarihli Kanun Teklifi, bu yolda yapılmış olan en fonksiyonel çalışmalardan biridir. En kısa zamanda bu Teklifin yasalaşmasını ümit etmekteyiz.







## DAVA EDİLEBİLİRLİK KONUSUNA GENEL BİR BAKIŞ

Yrd. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-FERENDECİ\*

### I. Genel Olarak

Günümüzde, yargılamanın amacının bireysel hukuki korunmaya hizmet ettiği ve maddi hakkın gerçeğe dayanarak temin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, sübjektif hakların korunması ve adaletin temini, ancak maddi gerçeği bularak tam anlamda sağlanabilmektedir<sup>1</sup>. Bu bağlamda dava edilebilirlik (Klagbarkeit) kavramı önem taşımaktadır. Zira davalıdan bir talebi olan davacı, hakkını aramak için yargı önüne gittiğinde, talep ettiği hususun devletin yardımıyla çözülmesini ve nihai bir sonuca bağlanmasını istemektedir. Dolayısıyla davacı, devletten bireysel hukuki korunma talep etmektedir. Yargılamanın amacı da zaten bunu sağlamakta ve aynı zamanda maddi gerçeği bulmakta yatmaktadır. Devlet, bireylerine hukuki korumayı sağlamakla yükümlüdür. Ancak davacının talebinin dava edilebilir olması gerekmektedir<sup>2</sup>.

Maddi hukuk anlamında talebi olan davacının, dava konusu yapmak istediği bu talebin, dava konusu olabilmesi için, yargı organı mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, mahkeme bu talep için hukuki

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.  
1 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 3 vd.; Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 83, 90 vd.; Grunsky, s. 5, kenar notu 12; Özkaya-Ferendeci, Ara Tespit Davası, s. 194; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 47 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 2, kenar notu 5 vd.; Schilken, s. 6, 7, kenar notu 10 vd.

2 Stech, ZZZ 77 (1964), s. 162'de bu hususu "Rechtsgarantie", yani hukuk garantisi olarak adlandırmaktadır. Yazar, dava yoluyla hukuki korunmanın, özel hukuk bakımından devletin sağladığı garantiyi teşkil ettiğini belirtmektedir. Bundan dolayı dava edilemeyen bir talebin yargı önüne taşınması halini, "hukuk garantisinin" eksikliği olarak nitelendirmektedir; aynı şekilde Baumgärtel, ZZZ 75 (1962), s. 394.



koruma sağlamaya mecbur olmalıdır. Bunun için de söz konusu talebin dava edilebilir olması gerekmektedir. Dava edilemeyen bir talep için dava açıldığında, dava esastan reddedilemez, zira talebin kendisi aslında mevcuttur. Böyle bir durumda dava usulden reddedilmelidir, yani dava kabule şayan (zulässig) değildir.

Dava edilebilirlik kavramı, davaya konu olan talebin maddi hukuk bakımından var olmadığı anlamına gelmemektedir. Talep, maddi hukuk bakımından yersiz ise (örneğin talebin şartları oluşmadıysa), o zaman mahkeme önüne getirildiği halde dava esastan reddedilecektir, çünkü maddi hukuk bakımından talep oluşmamıştır. Başka bir deyişle, bu halde talebin dava yoluyla elde edilememesinin sebebi, maddi hukukta yatmaktadır<sup>3</sup>. Dolayısıyla dava esastan reddedilecektir.

Bu durum, dava edilebilir olmaktan ayrı bir haldir. Dava edilebilirlik şöyle tarif edilebilir: Talep aslında maddi hukuk bakımından mevcuttur, ancak mahkeme önüne taşınmamaktadır. Örneğin bir kanun maddesi ile bu hususun talep edilmesi, yani dava edilebilir olması yasaklanmıştır. Söz konusu talebin mahkeme yoluyla elde edilmesi mümkün değildir, çünkü bu hususta hukuki himaye hakkı bulunmamaktadır<sup>4</sup>. Böyle bir durumda dava usulden reddedilecektir.

Görüldüğü üzere dava edilebilirlik, talebin maddi hukuk bakımından mevcut olmaması halinden farklı bir durumdur<sup>5</sup>. Bu farklılık kendini kesin hükmün (objektif) kapsamında da göstermektedir.

HUMK m. 237'ye göre (Tasarı'nın 307. maddesi), daha önce kesin hükme bağlanmış bir dava ile, yeni açılmak istenen bir davanın tarafları, dava konusu ve dava sebebinin aynı olması halinde, ikinci davanın açılması mümkün değildir<sup>6</sup>. Böyle bir durumda ikinci dava kabule şayan olmadığı için reddedilmek

<sup>3</sup> Stech, ZZZP 77 (1964), s. 161, s. 162; bu duruma "unvollkommene Verbindlichkeit", yani tam olmayan talep denmektedir. Bu kavram, talebin maddi hukuk bakımından bir eksikliği bulunduğu anlamını içermektedir.

<sup>4</sup> Stech, ZZZP 77 (1964), s. 161, s. 162; bu duruma da "unklagbare Verbindlichkeit", yani dava edilemeyen talep denmektedir. Bu kavram da, talebin aslında maddi hukuk bakımından var olduğunu, ancak mahkeme tarafından hukuki himaye sağlanamayacağı anlamını içermektedir.

<sup>5</sup> Stech ZZZP 77 (1964), s. 162'de bu ayrımın ve bundan doğan özelliklerin ilk defa Reichel tarafından belirtildiğine dikkat çekmektedir. bak. s. 162, dn. 3'de anılan eser.

<sup>6</sup> Söz konusu bu üç unsurun açıklanması için bak. Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 40 vd..



zorundadır, zira daha önce verilmiş bir kararın kesin hüküm etkisinin bulunmaması gereği, olumsuz bir dava şartı teşkil etmektedir<sup>7</sup>.

Davanın usulden reddedilmesi ("absolutio ab instantia") usuli talep (prozessualer Anspruch) üzerinde bir karar olmasına rağmen, esasa ilişkin bir karar teşkil etmediğinden, yeni bir dava açılması mümkündür<sup>8</sup>. Oysa davanın esastan reddedilmesi ("absolutio ab actione") halinde, HUMK m. 237 uyarınca bu dava bir daha açılmamaktadır.

Bu tespitler, dava edilebilirlik konusu için şu sonucu göstermektedir: Dava edilebilir olmadığından ve dolayısıyla usulden reddedilen dava, engelin kalkmasıyla tekrar açılabilir<sup>9</sup>. Oysa talebin maddi hukuk bakımından olmadığı hallerde, dava esastan reddedileceği için, aynı dava HUMK m. 237 uyarınca bir daha açılmamaktadır. Bundan dolayı, yani dava edilebilirlik hususunun bulunmamasından dolayı usulden reddedilen davaların, sadece şu an için kabule şayan olmadığından reddedilmesi (als zur Zeit unzulässig) söz konusudur<sup>10</sup>.

Dava edilebilirlik kavramına genel bir bakıştan sonra, bu kavramın usul hukukundaki yerini incelemek istiyoruz.

## II. Dava Edilebilirliğin Bir Dava Şartı Olup Olmadığı Hususu

Dava edilebilirliğin, dava şartları içinde yer alıp almadığı konusunu incelemek için tüm dava şartlarına kısaca göz atmak gerekmektedir.

<sup>7</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 193; Bilge/Önen, s. 686 vd.; Kuru, c. II, s. 1361; Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 99, s. 100; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 275, s. 276; Postacioğlu, s. 677 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 1057, s. 1058. kenar notu 10 vd.; Schilken, s. 175, kenar notu 325; Üstündağ, s. 312.

<sup>8</sup> Davanın kabule şayan olmadığı hallerde yeniden açılabilmesi hali için detaylı bilgiler için bak. Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 97, s. 98. Buna göre, davanın kabule şayan olmasına ilişkin bir şartın yokluğundan dolayı reddedilen dava, şartın yerine gelmesiyle, yeniden açılabilir. Ancak daha önce verilmiş bir kararın kesin hüküm etkisinin bulunmaması gereği, hiçbir zaman ortadan kalkmayacağı için, bu durumda dava hiçbir zaman kabule şayan olmayacaktır, zira kesin hüküm etkili karar ortadan kalkmayacaktır.

<sup>9</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 915, kenar notu 16; Stech ZZP 77 (1964), s. 162.

<sup>10</sup> BGH NJW RR 1989, 1048; BGH NJW 1990, s. 441; BGH NJW RR 2006, s. 632, s. 635; Jauernig, ZPO 29. Auflage, s. 106; Walchshöfer, FS Schwab, s. 521 vd.; aynı şekilde ifade eden Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 22.



## A. Dava Şartları

Mahkemenin, davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan hususlara, dava (yargılama) şartları (Prozessvoraussetzungen veya Sachentscheidungsvoraussetzung<sup>11</sup>) denmektedir. Bunlar, başka bir deyişle, davanın görülebilirlik şartlarıdır. Ancak bu şartların varlığı veya yokluğu halinde, mahkeme esasa yönelik bir inceleme yapabilmektedir. Dolayısıyla, davanın kabule şayan olup olmadığı, dava şartlarına bağlıdır. Dava şartları hakim tarafından resen gözetilir. Dava şartları oluşmadığı takdirde, dava usulden reddedilir<sup>12</sup>. Ancak, dava şartlarından biri olmadan açılan dava da derdesttir, sadece dava usulden reddedilmektedir<sup>13</sup>. Dava şartları Kanunumuzda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Kanun, ilk itirazlar bölümünde HUMK m. 188 cümle 2’de, hakimin resen dikkate alması gereken hususlardan söz etmektedir. Dava şartları, dava açılmasından hükmün verilmesine kadar var olmalıdır<sup>14</sup>.

Dava şartları genel olarak mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin olarak üç grupta<sup>15</sup> incelenmektedir<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Alman Hukuku’nda dava şartlarına Prozessvoraussetzung, yani yargılama şartı dendiği gibi. Sachentscheidungsvoraussetzung, yani esasa yönelik kararın verilebilmesi için gerekli şartlar da denmektedir; bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 619, kenar notu 5 vd.; Schilken, s. 142, kenar notu 253.

<sup>12</sup> HGK 10.12.1997 t., YKD 1998/11, s. 1608-1609; HGK, 05.02.2003 t., YKD 2003/6, s. 849 – 850; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 200; Kuru, c. II, s. 1343 vd.; Önen, s. 148 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 276, s. 277, s. 278; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 619, kenar notu 5 vd.; Schilken, s. 142, kenar notu 253; Üstündağ, s. 279 vd..

<sup>13</sup> Yar. HGK, 3.3.1993 t., E.1992/2-773/K.1993/82 (YKD 1993/5, S. 3, s. 682); Yar. HGK, 22.3.1995 t., E.1994/5-835/K. 1995/215 (YKD 1996/12, S. 1, s. 1879); Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 200; Kuru, c. II, s. 1344; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 619, kenar notu 4 ve 5.

<sup>14</sup> Kuru, c. II, s. 1391.

<sup>15</sup> Bunun yanı sıra bir de özel dava şartları mevcuttur. Bunlar şöyle sıralanabilir: 1) İİK m. 227 ve sonrasında düzenlenen iptal davasının açılabilmesi için aciz vesikasının olması gerekmektedir, 2) Terk sebebi ile boşanma davasında ihtar (MK, m. 164), 3) Anonim Şirketlerde Denetçilerin, Yönetim Kurulu Üyelerine karşı sorumluluk davası açabilmeleri için bu yolda Genel Kurul kararı bulunmalıdır (TTK m. 341), 4) Anonim şirketlerin Genel Kurulunun kararlarının iptali davasının açılabilmesi için muhalefetin tutanağa geçirilmesi gerekmektedir; Yar. 11. HD., 20.11.2001 t., E.2001/6860/K.2001/9182 (YKD 2003/9, S. 26, s. 1382; ayrıca bak. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 216 ve s. 217.

<sup>16</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 190 vd.; Bilge/Önen, s. 403 vd.; Önen, s. 149 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 13 ve s. 272 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 618, kenar notu 6 vd.; Üstündağ, s. 287 vd..



### 1. Mahkemeye İlişkin Dava Şartları

Mahkemeye ilişkin dava şartları şu şekilde sayılmaktadır:

- a) Davalı bakımından yargı hakkına sahip olunması;
- b) Yargı yolunun doğru seçilmiş olması,
- c) Mahkemenin görevli olması,
- d) Mahkemenin yetkili olması.

### 2. Taraflara İlişkin Dava Şartları

Taraflara ilişkin dava şartları şunlardır:

- a) Taraf ehliyetinin bulunması,
- b) Dava ehliyetinin bulunması<sup>17</sup>,
- c) Dava takip yetkisinin bulunması,
- d) Taraf teşkili Yargıtay tarafından bir dava şartı olarak kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

### 3. Dava Konusuna İlişkin Dava Şartları

Dava konusuna ilişkin dava şartları da şu şekilde sayılmaktadır:

<sup>17</sup> Dava ehliyeti bir davayı yürütebilme, usuli işlemleri yapabilme ehliyetidir, bak. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116, s. 117; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 274; Alman Hukuku'nda bu bağlamda "Postulationsfähigkeit" kavramı mevcuttur. Bu kavram, herhangi bir hukuki prosedür içerisinde işlemde bulunabilme yetkisi anlamına gelmektedir; bak. Yıldırım/Deren-Yıldırım, İcra Hukuku, s. 9. Alman Hukuku'nda avukatla temsil zorunluluğu bulunmaktadır, bak. Alman Medeni Usul Kanunu'nun 78. maddesi. Avukatla temsil zorunluluğu bulunan hukuki prosedür içerisinde, tarafın, avukatın muvafakati ve nezareti olmadan yaptığı işlemler geçersiz olmaktadır, zira Postulationsfähigkeit özelliği eksiktir. Başka bir deyişle, avukatla temsil zorunluluğu hallerinde, taraf kendi başına mahkemede usuli işlemlerde bulunamamaktadır, bunun için avukata ihtiyaç duymaktadır. Aksi takdirde taraf duruşmaya geldiği halde, giyap hükümleri uygulanmaktadır; bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 269, kenar notu 3 vd.; Schilken, s. 68, kenar notu 132 ve s. 154, kenar notu 278.

<sup>18</sup> Yargıtay, taraflara usulüne uygun şekilde tebligat yapılmadıkça, duruşma yapılamayacağını ve hüküm verilemeyeceğini kabul etmektedir, bak. Yar. 2. HD., 31.10.1995 t., E.1995/8635/K.1995/11308 (YKD 1996/3, S. 6, s. 374); Yar. 17 HD., 29.03.2001 t., E.2000/1121/K.2001/1309 (YKD 2002/11, S. 38, s. 1693); ayrıca Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 192'de, dn. 3a'da anılan Yargıtay Kararları.



a) Aynı dava için önceden alınmış bir kesin hüküm bulunmamalıdır<sup>19</sup>,

b) Genellikle kabul edildiği üzere, davanın (dava dilekçesinin) zaruri unsurları ihtiva etmesi gereği de bir dava şartıdır<sup>20</sup>,

c) Menfaat olmalıdır,

d) Dava edilebilirlik hususunun dava şartı olup olmadığı tartışması Alman hukukunda artık neredeyse yeknesak bir biçimde cevaplandırılmaktadır. Buna göre dava edilebilirlik hususu dava konusuna ilişkin bir dava şartı olarak kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Türk hukukunda ise konuyla ilgili tartışma halen sürmektedir<sup>22/23</sup>.

<sup>19</sup> Alman Hukuku'nda kesin hükmün bulunmamasının yanı sıra, davanın başka bir mahkemede derdest olmaması da dava şartı olarak sayılmaktadır, bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 620, kenar notu 16 ve s. 656, kenar notu 18 vd.; Schilken, s. 133, kenar notu 235 ve s. 175, kenar notu 325. Kanaatimizce derdestlik, ilk itiraz yerine (HUMK m. 187 bend 5), dava şartı sayılmalıdır. Zira derdestlik ile kararın kesinleşmiş olması arasında sadece zaman bakımından bir fark mevcuttur. Eğer karar verilmiş ve kesinleşmiş ise, bu durum ikinci davanın görülmesini bir dava şartı olarak engelleyecektir. Derdestlik ise bu bağlamda henüz kesinleşmemiş karar olarak gözükmektedir. Dolayısıyla, kanaatimizce bu bakımdan ayrı bir düzenleme yapılmamalı, davanın başka bir mahkemede derdest olmama hususu da dava şartı sayılmalı ve hakim tarafından resen gözetilmelidir; aynı yönde Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 193.

<sup>20</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 193.

<sup>21</sup> BGH NJW 1970, s. 1507; BGH NJW RR 2006, s. 632, s. 635; Baumgärtel, ZZP 75 (1962), s. 394 ve s. 398; Musielak, s. 77, kenar notu 123; MüKo/Becker-Eberhard vor § 253, kenar notu 10, yazar Almanya'da hakim görüşün dava edilebilirliği bir dava şartı olarak nitelendirdiğini belirtmekte, aksi görüşü savunuların ise dava edilebilirliği eda davalarının özel dava şartı olarak nitelendirdiğini ifade etmektedir. Böylece her iki görüşün aynı sonuca vardığını eklemektedir, her iki görüşe göre de dava usulden reddedilecektir. Pohle, FS Lent, s. 215; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 594, kenar notu 21 ve s. 620, kenar notu 620; Schilken, s. 175, kenar notu 325; Jauernig 2002 yılında dava edilebilirliğin bir dava şartı olmadığı görüşünü savunurken (bak. Jauernig, ZPO 27. Auflage, s. 132, s. 133), bu görüşünü ders kitabının yeni basısında değiştirmiştir, bak. Jauernig, ZPO 29. Auflage, s. 106; Jauernig de artık dava edilebilirliğin dava konusuna ilişkin bir dava şartı olduğunu kabul etmektedir.

<sup>22</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 195, s. 196'da dava edilebilirliğin dava şartı olmadığını belirtmektedir, zira bazı taleplerin maddi hukuk bakımından dava edilemeyeceği öngörüldüğünden [örneğin BK m. 504 (kumar ve bahis) ve m. 506 (piyango)], bunların davanın esasında incelenmesi gerekmektedir. Bundan dolayı da davanın ancak esasan reddedilmesinin mümkün olacağı eklenmektedir; aynı şekilde Kuru, c. II, s. 1361, oysa Üstündağ, s. 312'de, dava edilebilirliği dava konusuna ilişkin dava şartı olarak saymaktadır; aynı şekilde Önen, s. 151'de dava edilebilirliği dava konusuna ilişkin bir dava şartı olarak saymıştır; aynı şekilde Bilge/Önen, s. 405; Postacıoğlu, s. 204'de: "... bir alacağın vadeye bağlanmış olup, vade hulul etmeden dava ikame edilmişse, va-



Kanımızca dava edilebilirlik, dava konusuna ilişkin bir dava şartı olarak kabul edilmelidir. Gerçi Türk hukukunda savunulan aksi görüşe katılmanın da mümkün olduğu açıktır. Zira kanunen yasaklanmış, maddi hukuk bakımından dava edilemeyeceği öngörülen taleplerin davanın esasında incelenmesi sistematik açısından doğrudur. Böylece dava edilebilir olmayan bir talebin söz konusu olup olmadığı mahkeme tarafından davanın esasında incelenecek ve dava edilebilirliğin mevcut olmadığı anlaşıldığında, dava esastan reddedilecektir. Bunun sonucunda da kesinleşen karardan sonra bu konu bir daha dava edilemeyecektir<sup>24</sup>. Savunduğumuz görüşün çıkış noktası da budur.

Bir kararın kesinleşmesiyle, aynı davanın bir daha görülemeyeceğini tespit ettik. Bu kural, kesin hükmün "kesinliğini" ve gücünü göstermektedir. Zira kesinleşen karar yanlış bile olsa, hukuk güvenliği ve barışı bakımından bu karar da kesindir, kararın yanlış etkilememektedir. Bu aynı zamanda kesin hükmün amacını da teşkil etmektedir<sup>25</sup>. Görüldüğü üzere, kesinleşen karar üzerine, aynı dava bir daha görülememektedir. Yalnız bu bağlamda usulden ve esastan reddedilen davalar için bir ayırım yapmak gerekmektedir. Zira, yukarıda da belirttiğimiz üzere<sup>26</sup>, davanın esastan reddedilmesi halinde, HUMK m. 237 uyarınca bu dava bir daha açılmamaktadır. Oysa davanın usulden reddedilmesi halinde, eksik dava şartının yerine gelmesiyle yeni bir dava açılması mümkündür.

Bu sonuç göz önünde tutulduğunda, dava edilebilirliğin bir dava şartı olarak kabul edilmesini uygun bulmaktayız. Böylece, dava edilebilirliğin mevcut olmadığı durumlarda, dava usulden reddedilecektir ve dava edilebilirlik şartının sonradan yerine gelmesiyle, dava yeniden açılabilir. Oysa dava edilebilirlik dava şartı olarak kabul edilmediğinde, dava esastan reddedileceği için, bir daha açılmayacaktır. Bunun davacı bakımından sakıncalı olduğunu düşünmekteyiz. Zira dava edilebilirlik Alman hukukunda ve yargısında belirtildiği üzere, bazen

---

*denin henüz hulul etmediğini ve menfaatin halen mevcut olmadığını ileri sürmek karşı tarafta terettüp eder denilebilir. Eğer hasım taraf alacağı muacceliyet peyda etmemiş olması sebebiyle dava hakkının doğmadığını ileri sürmezse, bunun mahkemenin re'sen nazara alamayacağı düşünülebilir. ..."* demektedir.

<sup>23</sup> Dava hakkının unsurları (şartları) için bak. Postacıoğlu, s. 186 vd..

<sup>24</sup> Bak. yuk. I. Genel Olarak bölümüne.

<sup>25</sup> Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 101, s. 102; Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 5; s. 178 vd..

<sup>26</sup> Bak. yuk. I. Genel Olarak bölümüne.



sadece belirli bir süre için mevcut değildir<sup>27</sup>. Böyle bir durumda dava edilebilirlik sonradan yerine geldiğinde (örneğin dava edilebilirlik taraflar arasında bir sözleşme ile belirli bir süre için bertaraf edilmiş ise<sup>28</sup>), dava esastan reddedildiğinde, bir daha açılmayacaktır<sup>29</sup>. Halbuki usulden reddedilmiş olsaydı, dava, dava edilebilirlik şartının sonradan yerine gelmesiyle, yeniden açılabilir. Bunun, davacının hukuki korunması bakımından önemli bir husus teşkil ettiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde, davacı mevcut bir hakkı olmasına rağmen, talebine kavuşamaması söz konusu olacağından, devlete karşı olan hukuki korunma talebinden yoksun bırakılmış olacaktır. Bundan dolayı dava edilebilirliğin bir dava şartı olması gerektiğini savunmaktayız.

## B. Değerlendirme

Yukarıda belirttiğimiz üzere, dava edilebilirlik Alman hukukunda da dava şartı olarak kabul edilmektedir. Kanımızca bu değerlendirme isabetlidir. Kesin hükmün amacı göz önünde tutulduğunda bu sonucun bireyin hukuki korunması bakımından daha uygun olduğu kanısındayız. Birey hakkını kendi arayamayacağı için, devlete karşı hukuki himaye hakkının önemi ortadadır. Bundan dolayı dava edilebilirlik bir dava şartı olarak kabul edildiğinde, hukuki korunmanın daha iyi sağlanacağını düşünmekteyiz.

Sonuç olarak dava edilebilirlik dava konusuna ilişkin dava şartı olarak kabul edilmelidir. Böylece davaların usulden reddedilmesi gerekecektir. Bu bağlamda Alman hukukundaki şu an kabule şayan olmayan<sup>30</sup> (Bu kavramı süreli olarak algılamak gerekir; zira henüz dava edilebilirliğin yokluğundan reddedilen bir dava, sonradan, dava edilebilirliğin mevcut hale gelmesi ile yeniden açılması mümkündür. Bu bağlamda, dava edilebilirliğin yokluğu nedeniyle verilen usulden red kararı, şu an kabule şayan değildir.) sonradan dava kavramının uygun olduğunu düşünmekteyiz.

<sup>27</sup> BGH NJW RR 2006, s. 632, s. 635; Walchshöfer, FS Schwab, s. 521 vd.; aynı şekilde ifade eden Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 22.

<sup>28</sup> Konuyla ilgili açıklamalar için bak. aşağıda III. Dava Edilebilirliğin Taraf Sözleşmesiyle Bertaraf Edilebilme İmkânı bölümüne.

<sup>29</sup> Aynı hususa Stech de dikkat çekmektedir; bak. Stech ZZP 77 (1964), s. 215, s. 216.

<sup>30</sup> Bak. yuk. I. Genel Olarak bölümüne; bak. ayrıca Walchshöfer, FS Schwab, s. 534, yazar davanın şu an kabule şayan olmaması çözümünü, adil sonuçlar için gerekli olduğunu belirtmektedir.



### III. Dava Edilebilirliğin Taraf Sözleşmesiyle Bertaraf Edilebilmesi İmkânı

Dava edilebilirliğin bir dava şartı olduğu tespitini yaptıktan sonra, dava edilebilirlik hususunun taraf sözleşmesiyle bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığını incelemek gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukukumuzda bazı dava şartları üzerinde tarafların anlaşması mümkündür (mahkemenin yetkisinde olduğu gibi)<sup>31</sup>.

Dava edilebilirlik iki şekilde mevcut olmayabilir. Dava edilebilirliğin, kanun<sup>32</sup> öngördüğü için mevcut olmamasının yanı sıra, taraf sözleşmesiyle de belirli bir süre için bertaraf edilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda davanın şu an için kabule şayan olmadığından dolayı reddedilmesi (als zur Zeit unzulässig) söz konusudur.

Dava edilebilirlik hususu üzerinde tarafların tasarruf yetkilerinin bulunup bulunmadığı hususu açık değildir. Bu bağlamda Alman hukukunda bir tartışma mevcuttur<sup>33</sup>.

Alman hukukundaki hakim görüşe<sup>34</sup> göre, taraflar dava edilebilirlik hususu üzerinde sözleşme yapmakta serbesttirler. Bunun için, dava edilebilirliği bertaraf

<sup>31</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 106 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 124 vd. Yetki anlaşmaları usul hukuku sözleşmeleridir. Bu bağlamda sadece kesin yetki söz konusu olduğunda yetki anlaşması geçerli olmamaktadır.

<sup>32</sup> Örneğin MK m. 119 cümle 1'e göre, "Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez"; BK m. 65 uyarınca, "Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur", aynı düzenleme Alman Medeni Kanunu'nun 1297. maddesinde de mevcuttur; BK m. 504'e göre, "Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez. Kumar yahut bahis için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler hakkında ve kumar ve bahis vasfını haiz olduğu takdirde borsaya dahil olan emtia ve kıymetli evrakin fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli alışverişlerde dahi, hüküm böyledir"; BK m. 506 fıkra 1 cümle 1 uyarınca, "Hükümet tarafından müsaade edilmiş olmadıkça, piyango hiçbir alacak hakkı tevhit etmez."

<sup>33</sup> Bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 24; Schilken, s. 97, kenar notu 182. Böylece hakim görüşe göre, dava edilebilirlik taraf sözleşmesiyle bertaraf edilebilmektedir; bak. ayrıca Üstündağ, s. 275.

<sup>34</sup> BGH NJW RR 1995, s. 290, s. 292; BGH NJW RR 2006, s. 632, s. 635; Baumgärtel, ZZZP 75 (1962), s. 394; Musielak, s. 72, kenar notu 123; MüKo/Becker-Eberhard vor § 253, kenar notu 14; Pohle, FS Lent, s. 214; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 24; Stech, ZZZP 77 (1964), s. 162; Wagner, s. 398.



edilen talebin üzerinde tarafların tasarruf edebilme yetkilerinin bulunması gerekmektedir<sup>35</sup>.

Dava edilebilirliğin bertaraf edilmesinin açıklaması şu şekilde yapılmaktadır: Taraflar bir talep üzerinde tasarruf yetkisine sahiptirler, örneğin bir talepten feragat edebilmektedirler. Feragat sonucunda, feragat edilen talepten üzerinde maddi hukuk bakımından vazgeçilmiştir, dolayısıyla o talebin bir daha istenmesi mümkün olmayacaktır. Madem taraflar bir talepten maddi hukuk bakımından feragat edebiliyorlar, usul hukuku bakımından neden edemesinler? Usul hukuku bakımından vazgeçmek, maddi hukuk bakımından vazgeçmekten daha küçük bir adımdır. Zira maddi hukuk bakımından feragat edildiğinde, talep artık bir daha istenemeyecektir. Oysa usul hukuku bakımından süreli bir vazgeçmede, talep maddi hukuk bakımından varlığını korumakta, sadece şu an için mahkeme önüne taşınmamaktadır<sup>36/37</sup>. Bundan dolayı, yani *argumentum a maiore ad minus* ile tarafların dava edilebilirlik hususu üzerinde sözleşme yapabilmeleri savunulmaktadır.

Dava edilebilirliğin taraf sözleşmesiyle bertaraf edilmesinin sonucu olarak, talebin mahkeme önünde aranabilir olması hususundan vazgeçildiği belirtilmektedir. Sözleşme süresince hakkın dava yoluyla aranması mümkün değildir<sup>38</sup>.

Alman hukukunda azınlıkta kalan görüş ise, dava edilebilirlik üzerinde tasarrufta bulunulmasının mümkün olmadığını savunmaktadır<sup>39</sup>. Bu görüşe göre, dava edilebilirlik üzerinde taraf sözleşmesine izin verildiğinde, anayasal güvence altında yer alan hukuki dinlenme, hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, *fair trial* gibi hususlardan da vazgeçilmesine yol açılmaktadır. Zira *argumentum a maiore ad minus* uygulandığında, sayılan hususlardan da vazgeçmek mümkün

<sup>35</sup> Musielak, s. 72, kenar notu 123; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 24.

<sup>36</sup> Açıklamalar için bak. Prütting, ZZZ 99 (1986), s. 96, s. 97.

<sup>37</sup> Bu açıklamalardan dolayı da dava edilebilirliğin bir dava şartı olması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde taraf, istediğinden daha fazlasından vazgeçmiş olacaktır. Şöyle ki, taraf sadece dava edilebilirlikten vazgeçtiğini düşünürken, dava edilebilirlik esasta incelenirse ve dava reddedilirse, davacı o davayı, kesin hüküm etkisinden dolayı, bir daha açamayacaktır. Dolayısıyla, maddi hukuk bakımından talepten feragat etmemiş olan davacı, talebini temelli kaybetmiş olacaktır. Oysa, dava edilebilirlik dava şartı sayılırsa, dava usulden reddedileceği için, ileride davanın yeniden açılması mümkün kalacaktır.

<sup>38</sup> Wagner, s. 398.

<sup>39</sup> Prütting, ZZZ 99 (1986), s. 96, s. 97.



olacaktır. Madem taraf tüm davadan feragat edebiliyor, o zaman bu gerekçeyle küçük unsurlardan da vazgeçmesi olası olacaktır<sup>40</sup>.

Kanaatimizce Alman hukukundaki hakim görüş isabetlidir. Zira azınlık görüşün gerekçeleri haklı bir endişeye yer vermesine rağmen, ikna edici değildir. Bu görüş dava edilebilirlik hususu üzerinde tasarruf edilmesinden ziyade, *argumentum a maiore ad minus* yönteminin uygulanmasından doğan sonucu reddetmektedir. Oysa dava edilebilirlik denildiğinde talebin kendisi söz konusu olmaktadır; yargılamanın temel prensipleri değil. Talebin kendinden vazgeçmek mümkün olunca da, talebin sadece dava edilebilir olması hususundan da vazgeçme mümkün olmalıdır. Buradaki ilişki, yani talebin maddi hukuk bakımından mevcudiyeti ile dava edilebilir olması, tüm dava ile anayasal prensiplerin ilişkisinden farklıdır. Dava edilebilirliğin bertaraf edilmesi, talebin (bir süre için) mahkeme önüne taşınmasını engellemektedir. Kaldı ki, bazı anayasal haklardan feragat etmek zaten mümkün değildir. Bundan dolayı yapılan benzetmenin isabetli olmadığı görüşündeyiz. Kanaatimizce taraflar dava edilebilirlik konusu üzerinde sözleşme yapabilirler.

#### IV. Sonuç

Dava edilebilirliğin bir dava şartı olduğunu tespit ettik. Dolayısıyla davanın esasına girmeden incelenmesi ve yokluğunda davanın usulden reddedilmesi gerekmektedir.

Ayrıca taraflar dava edilebilirlik üzerinde sözleşme yaparak, bertaraf edilmesini sağlayabilmektedirler. Bu, süreli bir bertaraf ise, davanın o süre için usulden reddedilmesi gerekmektedir.

#### Kısaltmalar Cetveli

bak.	bakınız
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BK	Borçlar Kanunu
c.	cilt

<sup>40</sup> Prütting, ZZP 99 (1986), s. 97.



dn.	Dipnot
E.	Esas
FS	Festschrift
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra İflas Kanunu
K.	Karar
m.	madde
MK	Medeni Kanun
NJW RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs Report
S.	Sıra
s.	sayfa
t.	tarihli
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Yar.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	yukarıda
ZR	Zivilrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Bibliyografya

- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. bası, İstanbul 2009 (kısaltma: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım)
- Baumgärtel, Gottfried; Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZZP Band 75, 1962, s. 385 vd. (kısaltma: Baumgärtel, ZZP 75 (1962))



- Bilge, Necip/ Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, (kısaltma: Bilge/Önen)
- Gaul, Hans Friedhelm; Yargılamanın Amacı – Güncelliğini Koruyan bir Konu İlkelere Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Derleyen: Yıldırım, M. Kamil, Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis, 5. bası, İstanbul 2006, s. 72 vd., (kısaltma: Gaul, Yargılamanın Amacı).
- Grunsky, Wolfgang; Zivilprozessrecht, 11., neu bearbeitete Auflage, München 2003; (kısaltma: Grunsky).
- Jauernig, Othmar; Zivilprozeßrecht, 27., völlig neubearbeitete Auflage, München 2002, (kısaltma: Jauernig, ZPO 27. Auflage).
- Jauernig, Othmar; Zivilprozeßrecht, 29., völlig neubearbeitete Auflage, München 2007, (kısaltma: Jauernig, ZPO 29. Auflage).
- Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001, (kısaltma: Kuru, c. II).
- Musielak, Hans-Joachim; Grundkurs ZPO, 8., neubearbeitete Auflage, München 2005, (kısaltma: Musielak).
- Münchener Kommentar; zur Zivilprozessordnung, Band I §§ 1 – 510 c, 3. Auflage, München 2008, (kısaltma: MüKo/Becker-Eberhard).
- Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, (kısaltma: Önen).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden; Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden; Alman Medeni Usul Hukuku'ndaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt: 13, Sayı: 1 - 2, s. 193 vd.; İstanbul 2007 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Ara Tespit Davası)
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammed; Medeni Usul Hukuku, 8. bası, Ankara 2009 (kısaltma: Pekcanitez/Atalay/Özekes).
- Pohle, Rudolf; Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957 (kısaltma: Pohle, FS Lent).
- Postacıoğlu, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975 (kısaltma: Postacıoğlu).
- Prütting, Hanns; Anmerkung zum BGH Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82 – OLG Oldenburg, LG Oldenburg, ZZP Band 99, 1986, s. 90 vd. (kısaltma: Prütting, ZZP 99 (1986)).



dn.	Dipnot
E.	Esas
FS	Festschrift
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra İflas Kanunu
K.	Karar
m.	madde
MK	Medeni Kanun
NJW RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs Report
S.	Sıra
s.	sayfa
t.	tarihli
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Yar.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	yukarıda
ZR	Zivilrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Bibliyografya

- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. bası, İstanbul 2009 (kısaltma: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım)
- Baumgärtel, Gottfried; Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZZP Band 75, 1962, s. 385 vd. (kısaltma: Baumgärtel, ZZP 75 (1962))



- Bilge, Necip/ Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, (kısaltma: Bilge/Önen)
- Gaul, Hans Friedhelm; Yargılamanın Amacı – Güncelliğini Koruyan bir Konu İlkelere Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Derleyen: Yıldırım, M. Kamil, Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis, 5. bası, İstanbul 2006, s. 72 vd., (kısaltma: Gaul, Yargılamanın Amacı).
- Grunsky, Wolfgang; Zivilprozessrecht, 11., neu bearbeitete Auflage, München 2003; (kısaltma: Grunsky).
- Jauernig, Othmar; Zivilprozeßrecht, 27., völlig neubearbeitete Auflage, München 2002, (kısaltma: Jauernig, ZPO 27. Auflage).
- Jauernig, Othmar; Zivilprozeßrecht, 29., völlig neubearbeitete Auflage, München 2007, (kısaltma: Jauernig, ZPO 29. Auflage).
- Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001, (kısaltma: Kuru, c. II).
- Musielak, Hans-Joachim; Grundkurs ZPO, 8., neubearbeitete Auflage, München 2005, (kısaltma: Musielak).
- Münchener Kommentar; zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1 – 510 c, 3. Auflage, München 2008, (kısaltma: MüKo/Becker-Eberhard).
- Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, (kısaltma: Önen).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden; Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden; Alman Medeni Usul Hukuku'ndaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt: 13, Sayı: 1 - 2, s. 193 vd.; İstanbul 2007 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Ara Tespit Davası)
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammed; Medeni Usul Hukuku, 8. bası, Ankara 2009 (kısaltma: Pekcanitez/Atalay/Özekes).
- Pohle, Rudolf; Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957 (kısaltma: Pohle, FS Lent).
- Postacıoğlu, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975 (kısaltma: Postacıoğlu).
- Prütting, Hanns; Anmerkung zum BGH Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82 – OLG Oldenburg, LG Oldenburg, ZZP Band 99, 1986, s. 90 vd. (kısaltma: Prütting, ZZP 99 (1986)).



- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter; Zivilprozessrecht, 16., neubearbeitete Auflage. München 2004 (kısaltma: Rosenberg/Schwab/Gottwald).
- Schilken, Eberhard; Zivilprozessrecht, 5., neu bearbeitete Auflage. Köln, Berlin, München 2006 (kısaltma: Schilken).
- Stech, Jürgen; Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht, ZZP Band 77, 1964, s. 161 vd. (kısaltma: Stech, ZZP 77 (1964)).
- Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000 (kısaltma: Üstündağ).
- Wagner, Gerhard; Prozeßverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998 (kısaltma: Wagner).
- Walchshöfer, Alfred; Die Abweisung einer Klage als „zur Zeit“ unzulässig oder unbegründet, in Festschrift für Karl Heinz Schwab, München 1990 (kısaltma: Walchshöfer, FS Schwab).
- Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis; İcra Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2005 (kısaltma: Yıldırım/Deren-Yıldırım, İcra Hukuku).



# EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

Arş. Gör. Dr. İlker ÖZTAŞ\*

## I. Genel Bakış

Evlilik birliğinin temsili Medeni Kanununun 188- 191. maddeleri arasında düzenlenmektedir. MK. m. 188/f.1 hükmü şu şekildedir: "Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder." Anılan kanun hükmünün ikinci fıkrasında ise, ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer ihtiyaçlar açısından evlilik birliğinin temsilinin şartları yer almaktadır. Bu hükme göre, sürekli ihtiyaçlar dışındaki ihtiyaçlar için evlilik birliği, ya diğer eşin ya da hâkimin yetkilendirmesi yahut aile birliğinin menfaatleri açısından gecikmesinde sakınca bulunan ve diğer eşin rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde temsil edilebilir. MK. 189 uncu maddesi ise, evlilik birliğinin temsil edildiği işlemler açısından eşlerin üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumluluğunu düzenlemektedir. Anılan kanun hükmünün devamında, eşlerin birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumlu olacağı, ancak temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılacak şekilde aşılması durumunda eşlerin müteselsil sorumluluğunun doğacağı hüküm altına alınmaktadır. MK. m. 190 hükmü temsil yetkisinin kaldırılmasını düzenlerken, MK. m. 191 temsil yetkisinin geri verilmesine ilişkin hükümler içermektedir.

Kanunda yer alan bu düzenlemelere dikkat edilecek olursa, evlilik birliğinin temsilinin, bir eşe ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla üçüncü kişilerle

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.



diğer eşin hukuk alanında da etkili olacak şekilde hukuki işlem yapabilmesini sağlayan yasal bir yetki olduğu söylenebilir<sup>1</sup>.

Medeni Kanunun evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümleri incelendiğinde, eşler arasında temsil yetkisi açısından eşit davranıldığı görülecektir. Bu noktada evlilik birliğinin temsilindeki eşitliğin sadece cinsiyet açısından olmadığını belirtmek gerekir. Kanun koyucu eşlerin ekonomik durumunu veya kendi aralarındaki görev paylaşımını dikkate almaksızın her iki eşe de evlilik birliğini temsil yetkisi tanımıştır<sup>2</sup>.

Evlilik birliği eşler açısından bir yararlanma ve tüketim ortaklığıyken, eşlerin yanlarında yaşayan çocukların yetiştirilmesi açısından, bir bakım ortaklığı niteliğindedir<sup>3</sup>. Eşler bu ortaklığı beraber yönetme ve ortaklık giderlerine güçleri oranında katılmakla yükümlüdürler. Evlilik birliğinin temsili hükümleri aracılığıyla kanun koyucu, bir yandan eşler arasında, ekonomik durumlarına veya cinsiyetlerine göre bir ayırım yapmaksızın, eşlere evlilik birliğini temsilen hareket etme imkânı sağlarken, diğer yandan bu amaçla yapılan işlemlerden dolayı eşlerin üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumlu olmalarını öngörmektedir. Kanun koyucu bu düzenleme aracılığıyla ekonomik açıdan güçsüz olan eşe dahi evlilik birliğini temsil etme hakkı tanımaktadır<sup>4</sup>. Ayrıca eşlerin kendi aralarındaki görev paylaşımını düzenleyen anlaşmalardan bağımsız olarak, eşlerin evlilik birliğinin ihtiyaçlarının karşılanması nedeniyle, kanun tarafından üçüncü kişilere

<sup>1</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, Schweizerisches zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band: I, I. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Artikel 159- 180 ZGB, Bern 1999, Art. 166, N. 10; Cyril HEGNAUER/Peter BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 4. überarbeitete Auflage, Bern 2000, N. 18.03; Peter TUOR/Bernhard SCHNYDER/Alexandra RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002, s. 284; Murat DOĞAN, Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜHF, Y:2003, C:52, S:4, s. 93- 129, s. 117; Ayşe HAVUTÇU, Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006, s. 21; Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 183; Hüseyin HATEMİ, Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, İstanbul 2005, s. 81; Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ/Alper GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2010, s. 166; Mustafa Alper GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185- 281), İstanbul 2008, s. 111- 112.

<sup>2</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 166; HAVUTÇU, s. 38.

<sup>3</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 8; GÜMÜŞ, s.110; HAVUTÇU, s. 100.

<sup>4</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 8; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.04; Franz HASENBÖHLER, ZGB- Art. 159- 180: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Zürcher Kommentar, IIIc, 3. Auflage, Zürich 1998, Art. 166, N.5.



karşı müteselsil sorumlu kılındıklarını görmekteyiz. Bu kural aracılığıyla üçüncü kişi, eşlerden dilediğine başvurma imkânına kavuşmaktadır. Bu yönüyle, evlilik birliğinin temsiline ilişkin kurallar, işlem güvenliğini korumaktadır<sup>5</sup>. Kanun koyucunun, evlilik birliğini temsilen yapılan işlemlerden dolayı eşleri müteselsil sorumlu kılmasının bir diğer nedeninin de, evlilik birliğinin bir yararlanma ve tüketim ortaklığı olması ve yapılan işlemde sonuç olarak her iki eşin de yararlanması olduğu öğretilmektedir<sup>6</sup>.

Bu çalışma ile ilk olarak evlilik birliğinin temsiline ilişkin açıklamalarda bulunulacak, daha sonra evlilik birliği temsil yetkisinin sona erdiği haller incelenecektir.

## II. Temsilin Niteliği

Medeni Kanundaki evlilik birliğinin temsili ile ilgili hükümlerde yer alan temsil ifadesi, teknik anlamıyla temsili karşılamamaktadır<sup>7</sup>. Borçlar Hukukundaki temsil kavramıyla aile birliğinin temsili arasındaki farklar şu şekilde ortaya konulabilir:

<sup>5</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 8; HASENBÖHLER, Art. 166, N.7; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 166.

<sup>6</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 9; HAVUTÇU, s. 100.

<sup>7</sup> Marlies NÄF-HOFMANN/Heinz NÄF-HOFMANN, *Das neue Ehe- und Erbrecht im Zivilgesetzbuch Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht Einführung für den Praktiker*, 2., neubearbeitete und ergänzte Auflage, Zürich 1989, N. 310; HASENBÖHLER, Art. 166, N.9; ÖZTAN, s.183; HAVUTÇU, s. 24; Mehmet DEMİR, *Türk Medeni Kanununa Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 691.-715, s. 649; Serkan AYAN, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004, s. 215; Turgut AKINTÜRK/Derya Ateş KARAMAN, *Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, C.II, 12. Bası, İstanbul 2010, s.125. Aslında evlilik birliğinin temsili ifadesi yanıltıcıdır. Zira evlilik birliğinin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Evlilik birliğinin tüzel kişiliği bulunmamasından dolayı, teknik anlamıyla temsilden bahsedilemeyeceğine ilişkin, bkz., HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.03; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 309; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, s. 284; ÖZTAN, s.183; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 125; HATEMİ, s. 81. Eşlerin evlilik birliğinin olağan temsilinin kapsamına girmeyen konularda hukuki işlem yapabilmeleri için, birbirlerine ayrıca Borçlar Hukukuna göre temsil yetkisi tanıyabilecekleri konusunda şüphe duymamak gerekir, bkz., Richard FRANK, *Grundprobleme des neuen Ehe- und Erbrechts der Schweiz*, Basel und Frankfurt am Main, 1987, § 7, N.2.



Borçlar Hukukundaki doğrudan temsilde, temsil yetkisine dayanılarak yapılan işlem temsilcinin değil, temsil olunanın hukuk alanında doğar. Dolaylı temsilde ise, yapılan hukuki işlem ilk önce temsilcinin hukuk alanında doğar. Daha sonra temsilcinin yapılan hukuki işlemin sonuçlarını temsil olunana aktarması gerekir. Evlilik birliğinin temsilde ise, sadece işlemi yapan eş değil, diğer eş de hukuki işlemin tarafı olmakta, işlemin sonuçlarının ayrıca işlemin yapılması safhasına katılmayan eşin hukuk alanına aktarılmasına gerek kalmamaktadır<sup>8</sup>.

Ayrıca doğrudan temsilde kural olarak, adına ve hesabına işlem yapılan kişinin kim olduğunun üçüncü kişiye açıklanması gerekir. Oysaki evlilik birliğinin temsilde, işlemi yapan eşin ayrıca temsil ilişkisinden bahsetmesi şartı aranmaz. İşlemi yapan eş kendi adına hareket etmiş olsa bile, evlilik birliğinin temsili için aranan şartların varlığı halinde, diğer eşin de yapılan işlemde dolayı müteselsil sorumluluğu doğar<sup>9</sup>.

Ayrıca evlilik birliğinin temsilde, işlemi yapan eşin temsil yetkisinin bulunmaması halinde, yapılan işlem geçersiz kabul edilmez. Bu durumda sadece işlemi yapan eş, işleme taraf olan üçüncü kişiye karşı sorumlu olur. Diğer eşin yetkisiz olarak yapılan işlemde dolayı müteselsil sorumluluğu doğmaz<sup>10</sup>.

Borçlar Hukuku anlamındaki temsille evlilik birliğinin temsili arasındaki bir diğer fark da, temsil yetkisinin kaynağından ortaya çıkmaktadır. Borçlar Hukuku anlamında temsilden bahsedebilmek için, kural olarak temsil olunanın temsilciyi yetkilendirmesi gerekir. Evlilik birliğinin temsili yetkisi ise kanundan kaynaklanmaktadır<sup>11</sup>. Ancak evlilik birliğinin temsiline yasal temsilden de farklı olduğunu belirtmek gerekir. Yasal temsilde, yasal temsilcinin yaptığı işlemle, yasal temsilci değil, temsil olunan bağlı hale gelir. Evlilik birliğinin temsilde ise, yapılan işlemin sonuçları her iki eşin hukuk alanında doğar<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Bkz., HASENBÖHLER, Art. 166, N.9, N.10; HAVUTÇU, s. 25, s. 26.

<sup>9</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art.166, N.11, N.13; HASENBÖHLER, Art.166, N.10; HAVUTÇU, s. 25.

<sup>10</sup> Bkz., FRANK, § 7, N.21; HAVUTÇU, s. 27.

<sup>11</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N.10; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.11, N.13; AKINTÜRK/KARAMAN, s.125; HAVUTÇU, s.25- 26.

<sup>12</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N.11; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.13; HAVUTÇU, s. 26.



Borçlar Hukuku anlamında temsil kavramıyla, evlilik birliğinin temsili kavramları arasındaki bu farklılıktan yola çıkarak, Borçlar Hukukundaki temsile ilişkin hükümlerin evlilik birliğinde uygulama alanı bulmayacağı sonucuna ulaşılamaz. Her şeyden önce, eşlerin birbirlerine, herhangi bir hukuki işlemin yapılabilmesi için temsil yetkisi tanınmasının önünde bir engel yoktur. Eğer yapılan bir hukuki işlem, evlilik birliğinin temsili kapsamına girmiyorsa ve eşlerden biri, bir diğerine bu işlemin yapılabilmesi için temsil yetkisi vermişse, bu hukuki işleme Borçlar Hukukuna ilişkin kurallar uygulanır<sup>13</sup>. Evlilik birliğinin temsilen yapılan hukuki işlemlerde ise, Borçlar Hukuku anlamındaki temsile ilişkin kurallar yukarıda anılan farklılıklara dikkat edilmesi şartıyla, uygulanabilecektir. Özellikle, MK. m.188/f.2/b.1 uyarınca eşlerden birinin diğer eşi yetkilendirdiği hallerde, iradi yetkilendirme söz konusu olduğundan, yetki verme işleminin geçerliliği, Borçlar Hukukundaki temsile ilişkin kurallara göre belirlenir<sup>14</sup>.

Evlilik birliğinin temsili, Aile Hukukuna ait sui generis bir hukuk kurumu olup<sup>15</sup>, evlenmeye bağlı ortaya çıkan bir yan sonuçtur<sup>16</sup>. Evlilik birliğini temsil yetkisi, kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle, başkasına devredilemez ve bu yetkiden vazgeçilemez<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N.13; HAVUTÇU, s. 29.

<sup>14</sup> Bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.15; HAVUTÇU, s. 29.

<sup>15</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 13; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.166; ÖZTAN, s. 183; AYAN, s.215; HAVUTÇU, s. 27; GÜMÜŞ, s.112.

<sup>16</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N.18; HAVUTÇU, s. 48.

<sup>17</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.14, N.21; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 20; ÖZTAN, s. 186; HAVUTÇU, s. 48; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.166; GÜMÜŞ, s.112; Pınar Özlem DEMİR, Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 509- 562, s. 527. Evlilik birliğini temsil yetkisinin devredilmesinin veya feragat edilmesinin mümkün olmaması, ailenin ihtiyaçları için işlem yapmaya karar vermek açısından, eşlerden biri, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hukuki işlem yapmaya karar verdikten sonra, işlemin yapılması için temsilci atayabilir veya yardımcı şahıs kullanabilir, bkz., HASENBÖHLER, Art. 166, N.20; HAVUTÇU, s. 49; DEMİR, s. 698- 699.



### III. Temsilin Konusu

#### A. Genel Olarak

Evlilik birliğini temsilin konusunu, ailenin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için yapılacak hukuki işlemler ve hukuki işlem benzerleri oluşturur<sup>18</sup>. Hukuki işlemin borçlandırıcı işlem veya tasarruf işlemi olması arasında ise fark yoktur<sup>19</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, evlilik birliğini temsil sadece maddi hukuka ilişkin işlemlere ilişkindir. Usul Hukukuna ait işlemler evlilik birliğini temsil yetkisinin içeriğine dâhil olmazlar<sup>20</sup>. Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi hukuka aykırı fiilleri ve maddi fiilleri kapsamaz<sup>21</sup>.

#### B. Ailenin İhtiyaçları Kavramı

MK. m. 188'deki ifadelerden, evlilik birliğini temsilen yapılabilecek işlemlerin, "ailenin ihtiyaçları"nın karşılamaya yönelik olabilecekleri anlaşılmaktadır. Bir işlem ailenin ihtiyaçları ile ilgili değilse, evlilik birliğini temsilen yapıldığı söylenemez.

Evlilik birliğinin temsili açısından ailenin ihtiyaçları kavramı, aile olarak birlikte yaşayan eşlerin ve çocukların ihtiyaçlarını kapsar<sup>22</sup>. Ancak hukuki işlemin aile bireylerinin menfaatine olması, MK. m. 188 hükmünün uygulanması için yeterli değildir. Yapılan hukuki işlemin konusu olan ihtiyacın eşlerin bireysel ihtiyaçları değil, aile ortaklığının ihtiyacı niteliğine sahip olması da gerekir<sup>23</sup>. Bir ihtiyacın aile ortaklığının ihtiyacı olarak görülebilmesi için, yapılan işlem-

<sup>18</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.56; HASENBÖHLER, Art. 166, N.47; HAVUTÇU, s. 51.

<sup>19</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.85; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 48; ÖZTAN, s. 183; GÜMÜŞ, s.119- 120. HAVUTÇU ise farklı görüştedir. Yazar, evlilik birliğini temsil yetkisinin sadece borçlandırıcı işlemlere ilişkin olduğunu, tasarruf işlemlerinin evlilik birliğini temsil yetkisini kapsamadığı kanaatindedir, HAVUTÇU, s. 55- 62.

<sup>20</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 62; HASENBÖHLER, Art. 166, N.47; GÜMÜŞ, s. 120.

<sup>21</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.60, N.86; HASENBÖHLER, Art. 166, N.47; haksız fiiller açısından, bkz., ÖZTAN, s.187.

<sup>22</sup> FRANK, § 7, N.11; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.166; GÜMÜŞ, s.114; HAVUTÇU, s. 63.

<sup>23</sup> HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.10; HAVUTÇU, s. 63.



den elde edilecek karşı edimden aile bireyleri doğrudan yararlanmalıdır<sup>24</sup>. Bu nedenle, eşlerin kişisel nitelikli mesleki ve sanatsal faaliyetleri, spora ve boş zaman değerlendirilmesine yönelik uğraşları gibi ihtiyaçlar aile ihtiyaçları olarak görülmez<sup>25</sup>. Eşlerin malvarlığı yönetimine ilişkin faaliyetleri de, yönetilen malvarlığının ortaklık veya bireysel malvarlığı olup olmadığına bakılmaksızın, aile ihtiyacı kapsamına girmez<sup>26</sup>.

Nelerin aile ihtiyacı olarak değerlendirilebileceği sorusuna cevap verirken dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, ailenin ihtiyaçları kavramının her aile açısından değişiklik göstereceğidir. Bütün aile ilişkilerini kapsayacak şekilde, aile ihtiyaçlarına ait götürü bir liste vermek mümkün değildir. İlgili ailenin yaşam tarzı, eşlerin finansal ilişkileri, iş ve meslek durumları, aileyi oluşturan bireylerin sayısı, ailenin sosyal yapısı, yerel adetler gibi faktörlere bağlı olarak, üçüncü kişinin ediminin somut olaydaki ailenin ihtiyacı olarak görülüp görülmeyeceği belirlenir<sup>27</sup>. Ailenin ihtiyaçları kavramı sadece yapılacak işlemin konusu açısından değişken bir yapı sergilemez. Zaman içerisinde de, ilgili ailenin

<sup>24</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art.166, N.41; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Bern 2002, N.08.60; ÖZTAN, s.184; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 167; GÜMÜŞ, s.115.

<sup>25</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.43; HASENBÖHLER, Art. 166, N.30; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.10; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.60; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 167; ÖZTAN, s.183; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 125; GÜMÜŞ, s.115; Sevgican AYDIN, Türk Aile Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 1, İstanbul 2009, s. 387- 408, s. 395. ZEYTİN ise, eşlerin sürekli kişisel ihtiyaçları için yaptıkları borçlardan dolayı diğer eşin sorumlu olacağı görüşündedir, bkz., Zafer ZEYTİN, Türk Medeni Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 2, İstanbul 2009, s. 1649- 1680, s. 1663.

<sup>26</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.43; HASENBÖHLER, Art. 166, N.30; HEGNAUER/BREITSCHMID, N.18.10; HAVUTÇU, s. 65; GÜMÜŞ, s.115.

<sup>27</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.37; HASENBÖHLER, Art. 166, N.46; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.62; ÖZTAN, s. 187; GÜMÜŞ, s.114- 115; HAVUTÇU, s. 64. Ailenin yapısı, aile bireylerinin sayısı, ailenin oturduğu konutun durum, eşlerin sosyal ve mesleki konumları, mahalli adetler gibi unsurlar sadece nelerin aile ihtiyacı olarak görülmesi gerektiğini belirlemekle kalmaz, aynı zamanda hangi ihtiyaçların ailenin sürekli ihtiyacı niteliğine sahip olup olmadığını tespit de kullanılır, FRANK, § 7, N.18; HAVUTÇU, s. 75-77. Ailenin sürekli ihtiyaçları için temsil açısından, bkz., DOĞAN, s.117; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 126; AYDIN, s. 394; Cem BAYGIN, 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinlalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 437- 661, s. 452.



ekonomik gücüne ve sosyal yapısına bağlı olarak, bu kavramın içeriği değişiklik gösterir<sup>28</sup>.

Ailenin ihtiyaçları kavramı, MK. m.186'da dile getirilen birliğin giderleri kavramıyla aynı anlama gelmez. Birliğin giderleri kavramı ailenin ihtiyaçları kavramından daha geniş kapsamlıdır. İleride de açıklanacağı üzere, ailenin ihtiyaçlarından bahsedebilmek için, ortak yaşama devam ediliyor olması ve eşler ile bakımını üstlendikleri çocukların ortak nitelikli fiili bir ihtiyacın var olması gerekir. Oysaki birliğin giderleri kapsamına eşlerin birlikte yaşamasına ilişkin olmayan ihtiyaçları da dâhil olur<sup>29</sup>.

#### IV. Evlilik Birliğinin Temsili Türleri

##### A. Genel Olarak

MK. m. 188 hükmünde, evlilik birliğinin temsili düzenlenirken, ailenin ihtiyaçlarının iki alt kategoriye ayrıldığı görülmektedir. Kanun hükmünün ilk fıkrasında "ailenin sürekli ihtiyaçları"ndan, ikinci fıkrasında ise, "diğer ihtiyaçlar"dan bahsedilmektedir. Çalışmanın ilerleyen bölümünde, ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik temsil yetkisini olağan temsil yetkisi, diğer ihtiyaçları karşılamaya yönelik temsil yetkisini ise olağanüstü temsil yetkisi olarak anılacaktır.

Bu iki temsil türüne uygulanacak kurallar açısından bazı farklılıkların bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu iki temsil kategorisi arasındaki ilk farklılık doğuş şartları açısındandır. Olağan temsil yetkisi doğrudan, kanun gereği doğmaktadır. Olağanüstü temsil yetkisi kapsamındaki işlemleri eşlerin tek başlarına evlilik birliğini temsilen yapabilmeleri için, ya diğer eşin ya da haklı nedenlerle hâkimin yetkilendirmesi veya acil bir durumun varlığı gereklidir.

Olağan temsil yetkisi ile olağanüstü temsil yetkisi arasındaki bir diğer farklılık da, temsil yetkisinin kaldırılmasında kendini gösterir. Temsil yetkisinin kaldırılması kural olarak ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik temsil yetkisi açısından uygulanır. Bu konuya ileride değineceğimizden şimdilik bu kadar açıklamayı yeterli buluyoruz.

<sup>28</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 37.

<sup>29</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.38; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 167; HAVUTÇU, s. 66- 68.



## B. Olağan Temsil

Olağan temsil yetkisini düzenleyen MK. m. 188/f.1 hükmü şu şekildedir: “Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder”. MK. m. 189/f.1 hükmü de, aile birliğini temsil yetkisinin kullanıldığı hâllerde, eşlerin üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olacaklarını belirtmektedir. Görüleceği üzere, ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması için yapılan hukuki işlemlerden dolayı, eşlerden her biri, ayrıca işlemin yapılmasına rıza göstermeseler bile, müteselsil sorumluluk altına girmektedirler.

Ailenin sürekli ihtiyaçlarının kapsamına ortak yaşamla maddi bağlantı içinde olan, evlilik birliğinin günlük ve olağan ihtiyaçlarının giderilmesine ilişkin hukuki işlemler girer<sup>30</sup>. Bu tür ihtiyaçların ne sıklıkta ortaya çıktığı önemli olmasa da, bir ihtiyacın ailenin sürekli ihtiyacı sayılabilmesi için, aile bütçesine olağanüstü yük getirmemesi gerekir<sup>31</sup>.

Hangi tür ihtiyaçların olağan temsil yetkisinin kapsamına girdiği belirlenirken, ayrıca, ilgili ihtiyacın görülmesi için eşlerin önceden bu konuda görüşmeye ihtiyaç duyup duymadıklarının incelenmesi gerekir. Eğer hukuki işlem yapılmadan önce, eşlerin bir araya gelerek görüşmeleri gerektiği sonucuna ulaşırsa, işlemin, olağan temsil yetkisi kapsamı dışında kaldığı sonucuna ulaşılır<sup>32</sup>.

Olağan temsil yetkisinin kapsamına giren işlemlerden dolayı diğer eş de müteselsil sorumluluk altına girdiğinden, olağan temsil yetkisinin kapsamının dar tutulması gerekir<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.48; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 167; benzeri şekilde, HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.07. Eski Medeni Kanun döneminde, kadına tanınmış olan “anahtar yetki”nin 4721 sayılı Medeni Kanununun 188/f.1. (ZGB Art.166 Abs. 1) hükmüyle düzenlenen olağan temsil yetkisiyle aynı anlamda olduğuna dair, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 47; ayrıca bkz., TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, s. 284.

<sup>31</sup> HAVUTÇU, s. 71; GÜMÜŞ, s.116- 117.

<sup>32</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.48; HAVUTÇU, s. 73.

<sup>33</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 46; HAVUTÇU, s. 70- 71. Olağan temsil yetkisi açısından dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da, eşlerin olağan temsil yetkisinin yarışmasıdır, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.55; HASENBÖHLER, Art. 166, N.50; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 167; HAVUTÇU, s. 77; GÜMÜŞ, s. 119. Eşler birbirlerinden habersiz olarak, aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik iki farklı işlem yaparlarsa, her iki işlem açısından da müteselsil sorumlulukları doğar. Bu kuralın istisnası ise, işlemlerden birine taraf olan üçüncü kişinin, bu konuya ilişkin işlemi daha önce diğer



Bu değerlendirmeler ışığında, beslenme, giyim, su, elektrik, ısınma, evin ve çamaşırların temizlenmesi için temizlik araç gereçleri satın alma, ufak tefek onarımlar gibi faaliyetlerin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamına girdiği söylenebilir<sup>34</sup>. Bunların yanında, çocukların ve aile üyelerinin eğitimleri, kültürel ihtiyaçları ve boş zamanlarını değerlendirmeleri, olağan sağlık giderleri ile evde yaşayan hayvanların bakımlarıyla ilgili hukuki işlemler de olağan temsil yetkisi kapsamına dâhildir<sup>35</sup>.

Buna karşın, pahalı mobilyalar, lüks eşyalar alınması, büyük onarım ve tadilat yapılması<sup>36</sup>, çamaşır makinesi, buzdolabı, elektrikli süpürge, kombi cihazı gibi giderleri fazla ev eşyalarının satın alınması<sup>37</sup>, çocuğun özel yatılı okula gönderilmesi<sup>38</sup> gibi ihtiyaçlar olağan temsil yetkisinin sınırlarını aşarlar.

---

eşle yaptığını bilebildiği hallerdir. Bu durumda ikinci işlemin yapılmasına katılmayan diğer eş ikinci işlem nedeniyle sorumlu olmaz, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.55; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 50; GÜMÜŞ, s.119. Yazar, bu ihtimalde üçüncü kişinin, daha önce bu işlemin diğer eşle yapıldığını ikinci işlemi yapan eşe bildirme yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmektedirler. Yazara göre bu yükümlülüğün kaynağı dürüstlük kuralıdır ve bu yükümlülüğün ihlali, sözleşme öncesi bir aydınlatma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir. Üçüncü kişinin söz konusu aydınlatma yükümlülüğünün ihlal etmesi halinde, işlemle bağlı olan eşin uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü doğar, bkz., GÜMÜŞ, s.119. Kanaatimizce, bu durumda ikinci kez yapılan işlemle bağlı olan eşin sahip olduğu diğer hukuki imkanlar da, hata veya hile nedeniyle sözleşmenin iptali olmalıdır. Yeri gelmişken, olağan temsil yetkisi kapsamında işlem yapan eşin, diğer eşe bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğunu da belirtmek gerekir, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.55; GÜMÜŞ, s.119; HAVUTÇU, s.78.

<sup>34</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.50; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 39; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.07;bkz., FRANK, § 7, N.17; GÜMÜŞ, s.117; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 126; BAYGIN, s.. 452.

<sup>35</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.50; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 39; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.63; HAVUTÇU, s. 73; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 126. Aile bireylerinin tıbbi ihtiyaçları niteliğinde görülmeyecek olan estetik operasyonlar ise ailenin ihtiyaçları kapsamına yer almazlar, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.40; ayrıca bkz., HEGNAUER/ BREITSCHMID, N.18. 10; HAVUTÇU, s.74.

<sup>36</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 54; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 40; HAVUTÇU, s. 73.

<sup>37</sup> HAVUTÇU, s. 73; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 126; GÜMÜŞ, s.117. Ancak, ailenin ihtiyaçları kapsamının götürü bir şekilde belirlenmesinin mümkün olmadığı ve aileden aileye bu kavramın kapsamının değişiklik gösterebileceği göz önüne alınmalıdır. Ailenin sürekli ihtiyaçları ile diğer ihtiyaçları arasındaki sınır da, tüm aile birlikleri için geçerli olacak şekilde götürü olarak belirlenemez. Ailelerin sosyal ve ekonomik ilişkileri, bir aile ihtiyacının dâhil olacağı temsil kategorisini belirlemede özellikle dikkate alınması gere-



Ailenin yaşam standartları ve ekonomik ilişkilerine uygun olmak koşuluyla, bireyleriyle ilgili sigorta sözleşmelerinin olağan temsil yetkisi kapsamına girmesi mümkündür<sup>39</sup>.

Kredi kartı ile yapılan işlemlerde ise yapılan işlemin hangi amacı taşıdığına bakılması gerekir. Eğer kredi kartına dayalı işlem ile elde edilecek karşı edim, doğrudan ailenin geçimine ilişkinse, olağan temsil yetkisi kapsamına girer. Bu nedenle kredi kartı ile yapılan işlemlerin tek tek değerlendirilmesi zorunludur<sup>40</sup>. Nakdi kredili işlemler ise, miktarları yüksel olduğundan, çoğu kez olağan temsil yetkisi kapsamına girmezler. Ancak bu tür krediler ile elde edilen meblağın

---

ken unsurlardır. Bu nedenle somut olaydaki ailenin ekonomik gücünün yüksek olması halinde, bulaşık, çamaşır makinesi, buzdolabı gibi ev aletlerinin satın alınması, sürekli ihtiyaçlar kategorisinde değerlendirilebilir, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.50.

<sup>38</sup> HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.07; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 126; HAVUTÇU, s. 73. Ailenin yaşam standartlarının yüksek olması durumunda çocuğa müzik dersleri verilmesine ilişkin hukuki işlem olağan temsil yetkisi kapsamında görülebilir. Ancak çocuğun özel okula gönderilmesi olağan temsil yetkisinin sınırlarını aşar, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 50.

<sup>39</sup> HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.07. Kaza, sorumluluk ve konut sigortalarının ailenin sürekli ihtiyaçları arasında olduğuna dair, bkz., HAUSHEER/REUSSER/ GEISER, Art. 166, N.39a; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 39. Geniş kapsamlı ve uzun süreli sigorta sözleşmelerinin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamına girmeyeceği yönünde, bkz., NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 319. Kaza, hayat, sorumluluk ve konut sigortalarının sürekli aile ihtiyaçları arasında yer aldığı, sağlık sigortasının ise, ancak eşin bir sosyal güvenlik kurumundan sağlık yardımı almadığı ve sigorta primlerinin ailenin ekonomik durumuna uygun düşmesi halinde sürekli ihtiyaç kapsamında değerlendirilebileceği yönünde, bkz., GÜMÜŞ, s.118. Motorlu araç sigortası ve kasko sigortası ise otomobil edinmenin ailenin sürekli ihtiyacı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine göre belirlenmesi gerekir, bkz., HAUSHEER/REUSSER/ GEISER, Art. 166, N. 39a; GÜMÜŞ, s.118. HAVUTÇU ise, sigorta sözleşmelerinin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamına girmediği görüşündedir, bkz., HAVUTÇU, s. 75.

<sup>40</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.52; HASENBÖHLER, Art. 166, N.43; ÖZTAN, s.188-189; GÜMÜŞ, s.118. HAVUTÇU ise, kredi kartı ile yapılan işlemleri, kredi kartının türüne göre farklı değerlendirmelere tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir, bkz., HAVUTÇU, s.89-92. Yazara göre, eşlerin mağaza kartı niteliğindeki kredi kartları ile yaptıkları işlemlerde, işlemin süreklilik arz edip etmediğine bakmak gerekir. Eğer eş, mağaza kartıyla tek bir işlem yapmışsa, bu işlemin objektif olarak ailenin sürekli ihtiyacı olarak görülmesinin mümkün olup olmadığına göre karar verilmelidir. Eğer eşlerden biri mağaza kartıyla sürekli olarak işlem yapıyorsa, olağan temsil yetkisinin kapsamı dışına çıkıldığının kabulü yerinde olacaktır, HAVUTÇU, s.89. Yazar, üçlü sisteme göre kullanılan kredi kartları ile yapılan işlemlerin, ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olsa bile, temsil yetkisi kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşündedir, HAVUTÇU, s.89- 92.



ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanılıyorsa, nakdi kredili işlemin istisnaen de olsa olağan temsil yetkisi kapsamına girmesi mümkündür<sup>41</sup>.

Veresiye işlemlerde ise, yapılan işlem münferit ve az gidere neden oluyorsa ve yapılan işlemle ailenin sürekli bir ihtiyacı karşılanıyorsa, olağan temsil yetkisinin varlığından bahsedilebilir<sup>42</sup>. Ancak eşlerden biri sürekli olarak veresiye işlem yapıyorsa, yapılan işlemden dolayı diğer eşin MK. m.188/f.1 hükmü uyarınca müteselsil sorumluluğu doğmaz<sup>43</sup>.

Taksitli satımlarda ise, yapılan sözleşme ile elde edilecek karşılık edimin niteliğine bakılmalıdır. Eğer karşılık edimin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamına girdiği kanaatine varılırsa, sözleşmeden dolayı eşlerin müteselsil sorumlulukları doğar<sup>44</sup>.

### C. Olağanüstü Temsil

Evlilik birliğinin ihtiyaçları sadece günlük ve olağan ihtiyaçlardan ibaret değildir. Günlük ve olağan ihtiyaçların dışında kalan diğer aile ihtiyaçları ise olağanüstü temsil yetkisinin kapsamına girer. Hangi ihtiyaçların olağanüstü temsil yetkisinin kapsamına girdiği belirlenirken, eşlerin bu ihtiyaçların karşılanması için önceden birbirleriyle görüşmelerinin ve birbirlerine danışmalarının gerekli olup olmadığına bakılmalıdır<sup>45</sup>. Büyük gidere neden olacak tamirat işleri, lüks mobilya, otomobil satın alınması, buzdolabı, çamaşır makinesi alınması, tatile çıkılması gibi ihtiyaçların giderilmesine yönelik işlemler olağanüstü temsil yetkisinin kapsamına örnek gösterilebilir<sup>46</sup>. Aile konutu olarak kullanılmak üzere bir konutun kiralanması veya satın alınmasının diğer ihtiyaçlar kapsamına girip girmediği ise tartışmalıdır<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N. 44; ÖZTAN, s.189; HAVUTÇU, s. 92- 93; GÜMÜŞ, s. 118. Banka kredisi ve ödünç sözleşmelerinin olağan temsil yetkisi kapsamına girmeyeceğine ilişkin, HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.07; ÖZTAN, s.188.

<sup>42</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.52; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 43; HAVUTÇU, s.85.

<sup>43</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.52; HAVUTÇU, s.85.

<sup>44</sup> HAVUTÇU, s.86.

<sup>45</sup> HAVUTÇU, s. 78- 79.

<sup>46</sup> HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.09; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.64; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 126; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 168; HAVUTÇU, s. 79.

<sup>47</sup> Bir görüşe göre, aile konutu temin etmek amacıyla yapılan kira ve satış sözleşmeleri diğer ihtiyaçlar kapsamına girer. Bu görüş için, bkz., HEGNAUER/BREITSCHMID,



Medeni Kanunun olağanüstü temsil yetkisini düzenleyen 188/f.2. hükmü incelendiğinde, diğer ihtiyaçların karşılanması için eşlerin birlikte hareket etmelerinin kural olarak benimsendiği, ancak istisnai hallerde, eşlerin tek başlarına bu tür ihtiyaçları karşılayabilmek için temsil yetkisine sahip olabileceği görülebilir<sup>48</sup>. Kanun, eşlere olağanüstü temsil yetkisini üç halle sınırlı olarak tanımaktadır. Bunlardan ilki, işlemi yapacak eşin diğer eş tarafından yetkilendirilmesidir. Eşlerden birinin bir diğerini geçerli bir şekilde yetkilendirip yetkilendirmediği Borçlar Hukukunun temsile ilişkin kurallarına göre belirlenir<sup>49</sup>. Ancak ola-

---

N.18.09; HASENBÖHLER, Art. 166, N.40; FRANK, § 7, N.23; DEMİR, s. 700; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 168; GÜMÜŞ, s.120; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 126. Bir diğer görüşe göre ise, aile konutu temin etmek amacıyla yapılan kira ve satış sözleşmeleri evlilik birliğinin temsili kapsamında değerlendirilemez. Bu görüş için, bkz., HAVUTÇU, s. 81- 83.

<sup>48</sup> DOĞAN, s. 117; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 126- 127; ZEYTİN, s. 1663; BAYGIN, s.. 453.

<sup>49</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.67; HAVUTÇU, s. 111. Örneğin, teknik anlamıyla temsilde olduğu gibi, olağanüstü temsil yetkisi de şekle tabi değildir ve açık veya örtülü irade beyanıyla verilebilir, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 68; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N. 08.67; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.11; ÖZTAN, s. 190; HAVUTÇU, s. 112. Ancak eşlerin temsil yetkisini örtülü irade beyanıyla verip vermediği belirlenirken, dikkatli davranılmalıdır. Kanaatimizce, eşlerin sözleşmenin yapılması safhasında katılıp, sessiz kalmaları tek başına, işlemi yapan eşe temsil yetkisi tanıdıkları şeklinde yorumlanamaz. Bu sonuca ulaşabilmek için, eşlerin ayrıca sözleşmenin kurulması safhasında aktif davranışlar sergilemelerinin yanında, davranışlarının bu şekilde yorumlanmasını sağlayacak ek unsurların varlığı gerekir. Bu açıdan, sadece taşınmazın birlikte gezilmesi, otomobille deneme sürüşü yapılması gibi davranışlar, yapılacak işlem için temsil yetkisi verildiğine ilişkin örtülü irade beyanı olarak yorumlanamaz, HAVUTÇU s.112- 113. Bu konuya verilecek bir başka örnek ise, eşlerden birinin satın alınan bir televizyona ait faturayı tek başına alıcı sıfatıyla imzalamasıdır. Bu ihtimalde sadece satış sözleşmesini kuran eş, satıcıya karşı sorumlu olacaktır. Diğer eşin sözleşmenin kurulması safhasına katılması da hukuki sonucu değiştirmeyecektir, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.68, N.69; Aksi kanaatte, HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.11. Eğer sözleşme yazılı şekilde yapılmışsa, eşin sözleşmeyi yapan eşle birlikte üçüncü kişiye karşı müteselsil sorumlu olabilmesi için, ya sözleşme metnini birlikte sorumlu olarak imzalaması ya da diğer eşe bu sözleşmeyi yapması için yetkilendirmesi gerekir, bkz., HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.11; HASENBÖHLER, Art. 166, N.56. Ayrıca eşlerden birinin yetkisiz olarak yaptığı hukuki işleme diğer eş, teknik anlamıyla temsilde olduğu gibi icazet verebilir, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.72; NÄFHOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 326; HAVUTÇU, s.113. Eğer eş yapılan işleme icazet verirse, kendisi de yapılan işlemde dolayı müteselsil sorumlu hale gelir. Eğer diğer eş icazet vermezse, işlem geçerliliğini korur, ancak üçüncü kişi sadece işlemi yapan eşe başvurma hakkına sahiptir. Ancak üçüncü kişinin işlemi yapan eşin temsil yetkisini



ğanüstü temsile ilişkin verilen yetkinin Aile Hukukuna özgü bir kurum olduğu göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, eşlerden birinin diğer eşe olağanüstü temsil yetkisi vermesi halinde, yapılan işlemde dolayı, olağan temsil yetkisinde olduğu gibi, her iki eş de müteselsil sorumlu hale gelir<sup>50</sup>.

Olağanüstü temsil yetkisinin ortaya çıktığı bir diğer hal ise, hâkim tarafından yetkilendirilme. Eşlerden biri, evlilik birliğini temsilen işlem yapabilmesi için diğer eşin yetkilendirmesine ihtiyaç duyuyor, ancak diğer eş haklı bir neden olmaksızın işlem için gerekli izni vermiyorsa, hukuki işlemin yapılabilmesi için hâkimden izin alınabilir (MK. m. 188/ f.2/b.1). Hâkim tarafından yetkilendirilmenin talep edilebilmesi için, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapılacak işleme, eşlerden birinin haklı bir neden olmaksızın izin vermiyor olması gerekir. Bu işlemle giderilecek ihtiyacın sürekli ihtiyaç kapsamını aşarak, ailenin diğer ihtiyaçları niteliğine sahip olması gerektiği ise açıktır. Zira ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik işlemleri yaparken, eşler birbirlerinin rızalarına ihtiyaç duymazlar.

Yapılacak işlem için hâkimden yetkilendirilme talebinde bulunabilmek için gerekli şartlardan bir diğeri de, işlemin ailenin menfaatine hizmet ediyor olması gerekir<sup>51</sup>. Hâkimin yetkilendirme kararı verebilmesi için, yapılacak işlemin diğer eş istemese de müteselsil sorumluluğuna yol açacak ölçüde evlilik birliği açısından önemli olması gerekir<sup>52</sup>. Kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da, öğretime kabul edildiği üzere, hukuki işlemi yapabilmek için hâkimden yetkilendirilmesini isteyen eşin, ayrıca bu yetkilendirmede menfaatinin bulunması da şarttır<sup>53</sup>.

---

aştığını bilmediği ve bilmesinin kendinden beklenmediği hallerde, müteselsil sorumluluk devam eder, bkz., GÜMÜŞ, s. 122.

<sup>50</sup> Teknik anlamıyla doğrudan temsilde, yapılan hukuki işlemde dolayı temsilcinin sorumluluğu doğmaz. Ayrıca temsilcinin temsil olunanla birlikte müteselsil sorumlu olabilmesi için, bu yöndeki iradesini işlemi yaptığı üçüncü kişiye karşı ortaya koyması gerekir. Oysaki evlilik birliğinin olağanüstü temsiline, aynı olağan temsilde olduğu gibi, yetkilendirilen eşin yaptığı hukuki işlemde kaynaklanan müteselsil sorumluluğun kaynağı iradi yetkilendirme değil, kanundur, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.65; HAVUTÇU, s. 111- 112.

<sup>51</sup> HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.12; HASENBÖHLER, Art. 166, N.57; HAVUTÇU, s. 115.

<sup>52</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N. 57; HAVUTÇU, s.115. Hakim tarafından yetkilendirmenin evlilik birliğini koruma tedbirleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde, bkz., HATEMİ, s. 82.

<sup>53</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.75; HASENBÖHLER, Art. 166, N.57; HAVUTÇU, s.115; GÜMÜŞ, s.123. Örneğin, işlemi yapacak eşin üçüncü kişiler nezdin-



MK. m. 188/f.2/b.1'in uygulanmasına ilişkin olarak, aile konutunda yapılması zorunlu olan bir tamiratın yapılması veya konuta yapılan haksız müdahaleleri önlemek için, malik yahut kiracı sıfatını taşıyan eşin, haklı bir neden olmaksızın harekete geçmemesi örnek gösterilebilir<sup>54</sup>.

Olağanüstü temsil yetkisinin ortaya çıktığı son durum ise acil işlemlerdir. Bu tür işlemler evlilik birliğinin menfaati açısından derhal yapılması gereken işlemlerdir. Medeni Kanunun 188/f.2/b.2. maddesinde yer alan ifadelerden anlaşılacağı üzere, acil işlemlerden bahsedebilmek için sadece işlemin yapılmasının gecikmesinde sakınca bulunulması yeterli değildir. Ayrıca diğer eşin rızasının alınmasının mümkün olmaması gerekir<sup>55</sup>. Kanun hükmünde diğer eşin rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerden bahsederken "diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle" ifadesine yer vermektedir. Kanun maddesinde yer alan hastalık ve başka bir yerde bulunma hallerinin örnek olarak sayıldığı "veya benzeri sebeplerle" ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. İşlemi yapmak isteyen eşe, diğer eşin haklı neden olmaksızın temsil yetkisini tanımadığı ve hâkime başvurmak için yeterli zamanın bulunmadığı durumlar da acil işlemler kapsamına girer<sup>56</sup>.

Olağanüstü temsil yetkisi kural olarak sadece belirli hukuki işlemlere ilişkindir. İstisnai olarak, olağanüstü temsil yetkisinin bir işlem kategorisine yönelik olması da mümkündür. Ancak bunun için işlemler arasında sıkı bağlantı olması şarttır<sup>57</sup>.

---

deki ekonomik itibarı tek başına işlem yapabilmesi için yeterli ise, hâkimden yetkilendirilmesini talep edebileceği bir menfaat yok demektir. Diğer eş yapılan işlemde dolayı müteselsil sorumluluk altına girmese dahi, üçüncü kişiler muhatap oldukları eşle hukuki işlemi zaten yapacaklarından, hakimden yetkilendirme talebinde bulunulamaz, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.75; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 57; HAVUTÇU, s.115.

<sup>54</sup> NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N.328; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.12; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 57.

<sup>55</sup> HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.70; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 168. Acil işlemlerin yapılabilmesi için eşlere yetki tanıyan kuralın, vekâletsiz iş görmenin özel bir türünü düzenlediği yönünde, FRANK, § 7, N.3.

<sup>56</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art.166, N.78; HASENBÖHLER, Art.166, N.58; HAVUTÇU, s. 116.

<sup>57</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 70, N.76; GÜMÜŞ, s.122- 123- 124; HAVUTÇU, s. 115- 116. HAVUTÇU, s.117; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 168, s.169. Bu konuya ilişkin başka bir görüş ise, acil işlemler ve hâkim tarafından yetkilendirmenin sadece belirli işlemler için söz konusu olabileceğini, eşlerin birbirlerini diğer ihtiyaçların



## V. Temsile Bağlanan Sonuçlar

Medeni Kanununun 189. maddesi evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılması halinde, eşlerin üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumlu olacaklarını hükme bağlamıştır. Eşlerin evlilik birliğini temsilen yapılan işlemlerden dolayı müteselsil sorumlulukları, kanun gereği, kendiliğinden doğduğundan, eşlerin hukuki işleminden dolayı üçüncü kişilere müteselsil sorumlulukları olabilmeleri için, işlemin ailenin ihtiyaçları için yapılmış olması ve evlilik birliğini temsile ilişkin diğer koşulların somut olayda var olması yeterlidir. Bu anlamda, yapılan işlemin olağan veya olağanüstü temsil yetkisi kapsamına girmesi bir farklılık oluşturmaz<sup>58</sup>. Evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler bu açıdan ele alındığında, üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği sonucuna ulaşılabilmektedir<sup>59</sup>.

Evlilik birliğini temsilen yapılan işleminden dolayı müteselsil sorumlu olan her iki eş de birinci dereceden sorumludur<sup>60</sup>. Bu nedenle üçüncü kişi eşlerden dilediğine başvurma hakkına sahiptir.

Eşlerin kendi aralarında, ailenin geçimine, evlilik birliğinin giderlerinin karşılanmasına yönelik anlaşmalar yapmaları mümkündür. Bu tür anlaşmalar aracılığıyla, evlilik birliğinin temsiline ilişkin düzenlemeler de yapılabilir. Ancak bu yöndeki anlaşmalar, sadece iç ilişkiyi ilgilendirir<sup>61</sup> ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Eşlerin evlilik birliğinin temsiline ilişkin kendi aralarında yaptıkları anlaşmaları üçüncü kişilerin bilmesi veya bu konuda araştırma yapmaları beklenemez. Bu nedenle eşlerle hukuki işlem yapan üçüncü kişilerin yasal düzenin varlığına duydukları güven korunur<sup>62</sup>.

Evlilik birliğinin temsiline ilişkin kurallar, eşler arasındaki mal rejiminden de bağımsızdır<sup>63</sup>. Bu nedenle, evlilik birliğini temsil yetkisinin mal rejimi sözleşmesi aracılığıyla düzenlemesi de mümkün değildir<sup>64</sup>.

---

karşılanması amacıyla genel olarak da yetkilendirebilecekleri yönündedir, bkz., HEGNAUER/ BREITSCHMID, N. 18.11, N. 18.14; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 59.

<sup>58</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 85; HAVUTÇU, s.119.

<sup>59</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 9.

<sup>60</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N. 64; HAVUTÇU, s.120; GÜMÜŞ, s. 125.

<sup>61</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N.15, N.66, N. 73; ÖZTAN, s.189; HAVUTÇU, s.128- 129.

<sup>62</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N.15; HAVUTÇU, s. 47.

<sup>63</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 8; HEGNAUER/BREITSCHMID, N.18.05; GÜMÜŞ, s.111. Evlilik birliğinin temsiline ilişkin kurallar, eşler arasındaki mal



Eşlerin kendi aralarındaki anlaşmalar sadece iç ilişkide etkili olduğundan, üçüncü kişiye karşı ifada bulunan eş, diğer eşe rücu ettiğinde, bu anlaşmalar dikkate alınır<sup>65</sup>.

Eşlerin kendi aralarındaki evlilik birliğinin giderlerinin karşılanmasına yönelik anlaşmaları üçüncü kişilere karşı ileri sürememelerine ilişkin kural mutlak değildir. Üçüncü kişinin, bu yöndeki bir anlaşmanın kendisine karşı etkili olmasını kabul etmesi mümkündür<sup>66</sup>. Ayrıca işlemi yapan eş, üçüncü kişiyle işlem nedeniyle sadece kendisinin sorumlu olduğu yönünde de anlaşabilir. Her ne kadar evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler emredici nitelik taşıyalar da, bu ihtimalde, hem sorumluluk altına girmeyen eşin lehine bir anlaşma yapılmakta, hem de üçüncü kişi işlemin yapılmasına katılmayan eşe başvurma hakkından kendi rızasıyla vazgeçmektedir. Ancak işlemi yapan eş yerine diğer eşin hukuki işleminden dolayı sorumlu olacağına yönelik bir anlaşmanın, diğer eş bu konuda rıza göstermedikçe geçerli olması söz konusu olamaz<sup>67</sup>.

Evlilik birliğini temsilen yapılan işlemlerden dolayı eşlerin üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumlu olmalarına yönelik kural, borçların doğdukları anda ifa edildikleri peşin işlemlerde önem arz etmez. Bu tür işlemlerde üçüncü kişi karşılık edimini derhal elde ettiğinden, hangi eşin işleminden dolayı sorumlu olduğuyula ilgilenmez. Bu nedenle, evlilik birliğini temsilen yapılan işlemlerden dolayı eşlerin müteselsil sorumlu olmalarına ilişkin kural özellikle kredili işlemlerde önem kazanır<sup>68</sup>.

---

rejiminden bağımsızdır. Eşler arasında geçerli olan mal rejiminin türüne bakılmaksızın, evlilik birliğini temsilen yapılan hukuki işlemlerden dolayı eşlerin müteselsil sorumluluğu doğar, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.96; HAVUTÇU, s. 122.

<sup>64</sup> ÖZTAN, s.186; DEMİR, s.694.

<sup>65</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 103; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 73; GÜMÜŞ, s. 130.

<sup>66</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.88; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.56; HAVUTÇU, s. 47. Üçüncü kişinin eşler arasındaki müteselsil sorumluluğu ortadan kaldıran anlaşmaya rıza göstermesine yönelik beyanı, işlem güvenliği nedeniyle açık biçimde verilmesi gerekir, bkz., HASENBÖHLER, Art. 166, N. 15; HAVUTÇU, s. 48.

<sup>67</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.15; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.56; HAVUTÇU, s.48, s.125; ÖZTAN, s. 184; ayrıca bkz., GÜMÜŞ, s. 126.

<sup>68</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 8; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 62; HAVUTÇU, s. 121; bkz., GÜMÜŞ, s. 126.



Eşlerin müteselsil sorumlulukları sadece asli edimin ifasıyla sınırlı değildir. Eşler sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan yükümlülükler nedeniyle de, müteselsil sorumludurlar. Eşlerin müteselsil sorumluluklarının kapsamı sadece asli edimin ifasıyla sınırlandırılırsa, borca aykırı davranışlar aracılığıyla müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmanın yolu açılmış olur<sup>69</sup>.

MK. m. 189/f.2 hükmü gereğince, eşlerden biri evlilik birliğini temsil yetkisi olmaksızın hukuki bir işlem yaparsa, bu işlemle sadece kendisi bağlı olur. Ancak anılan kanun hükmünün temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılacak şekilde aşılması hâlinde, eşlerin müteselsilen sorumlu olacaklarını da belirtmektedir. Temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılacak şekilde aşılması hâlinde eşlerin müteselsilen sorumlu olacaklarına yönelik bu hüküm, özellikle diğer ihtiyaçları gidermek için yapılan işlemler açısından önem taşımaktadır. Zira eşlerin sürekli ihtiyaçların karşılanabilmesi için ihtiyaç duydukları temsil yetkisi, kanun gereği zaten vardır<sup>70</sup>. Eşlerden birinin diğer ihtiyaçları karşılayabilmek için evlilik birliğini temsilen işlem yapabilmesi için ya diğer eş ya da hâkim tarafından yetkilendirilmesi veya işlemin acil işlem niteliğine sahip olması gerekir. Eşlerden biri, diğer eşin rızası olmaksızın, diğer ihtiyaçları karşılamak için işlem yaparsa veya kendisine tanınan temsil yetkisinin sınırlarını aşarsa, bu işlemde kural olarak sadece kendisi sorumlu olur. Ancak MK. m. 189/f.2 hükmü uyarınca, diğer ihtiyaçların karşılanması amacıyla yetkisiz işlem yapıldığını bilmeyen ve ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması için işlem yapıldığını zanneden iyiniyetli üçüncü kişilere karşı eşlerin her ikisi de müteselsil sorumlu olacaklardır<sup>71</sup>. Bu noktada, üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumlu olan eşin,

<sup>69</sup> Bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 86; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 64.

<sup>70</sup> HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.75; ÖZTAN, s. 192; HAVUTÇU, s. 126.

<sup>71</sup> HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.75; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N.18.17; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 128; AYDIN, s. 396. Üçüncü kişinin özen yükümlülüğü değerlendirilirken dikkatli davranılmalıdır. Kural olarak üçüncü kişilerden, yapılan işlemin karşı tarafındaki kişilerin aile içinde aldıkları kararları, gerçek ekonomik durumlarını bilmeleri beklenemez. Üçüncü kişiler sadece eşlerin dış dünyaya yansıtıkları yaşam biçimlerine bakarak bir değerlendirmede bulunabilirler. Bu nedenle üçüncü kişilerin temsil yetkisinin aşıldığını bilmemekte haklı olup olmadıkları değerlendirilirken, işlemi yapan eşin dış dünyayla bağlantılı yaşamına bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.91; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 68; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.59; NÄFHOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 332, N. 333; GÜMÜŞ, s. 127; HAVUTÇU, s. 127.



temsil yetkisini aşan eşe, üçüncü kişiye yaptığı ödeme nedeniyle rücu etme hakkına sahip olduğunu da belirtmek gerekir. Ayrıca, MK. m.190 gereğince, temsil yetkisini aşan eşin, yetkisinin kaldırılmasının da talep edilmesi de mümkündür<sup>72</sup>.

## **VI. Evlilik Birliğinin Temsil Yetkisinin Sona Erme Nedenleri**

### **A. Genel Olarak**

Medeni Kanunun 190. maddesinde, evlilik birliğinin temsili yetkisinin hâkim kararıyla kaldırılması düzenlenmişse de, temsil yetkisinin genel olarak ortadan kalktığı hallere ilişkin herhangi bir özel düzenleme yer almamaktadır. Evlilik birliğinin temsili yetkisinin ya kendiliğinden sona erdiğini ya da hâkim kararıyla kaldırıldığını söyleyebiliriz. Evlilik birliğini temsil yetkisinin kendiliğinden sona ermesi için, temsile ilişkin şartların ortadan kalkması gerekir. Evlilik birliğini temsil yetkisinin hâkim kararıyla kaldırılabilmesi için ise başka şartların varlığı aranır. Aşağıda temsil yetkisinin sona erdiği bu iki durum incelenecektir.

### **B. Temsil Yetkisinin Kendiliğinden Sona Ermesi**

#### **1. Evliliğin Sona Ermesi**

Evlilik birliğinin temsiline evliliğe bağlı bir yan sonuç olduğundan bahsetmiştik. Bu nedenle evlilik birliğinin temsiline bahsedebilmek için geçerli bir evliliğin var ve devam ediyor olması gerekir<sup>73</sup>. Aralarında kanunun kabul ettiği bir evlilik bağı olmayan kişilerin yaptıkları hukuki işlemlere evlilik birliğinin temsiline ait hükümler uygulanmaz<sup>74</sup>. Aralarında evlilik bağı olmayan

---

Ancak somut olayın özelliklerinden, üçüncü kişinin eşlerin iç ilişkilerini bilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilirse, üçüncü kişinin özen yükümlülüğü daha geniş değerlendirilir, HASENBÖHLER, Art. 166, N. 68; HAVUTÇU, s.127. Yapılan işlemde dolaylı eşlerin müteselsil sorumluluğuna başvurmak isteyen üçüncü kişi, evlilik birliğinin temsili şartlarının doğduğunu ispatla yükümlüdür, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 92.

<sup>72</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 12; HASENBÖHLER, Art. 166, N.14.

<sup>73</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N.19; HAVUTÇU, s. 95.

<sup>74</sup> Medeni Kanunun kabul ettiği bir evlilik birliği olmadan bir arada yaşayan kişilerin yaptıkları hukuki işlemlere, evlilik birliğini temsile ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla dahi uygulanamayacağına dair, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.18, N.19; HASENBÖHLER, Art. 166, N.19; HAVUTÇU, s. 95-96. Nişanlılık ilişkisi içindeki kişiler, sonradan evlenseler dahi, kural olarak nişanlılık dönemindeki hukuki işlemlere evlilik birliğini temsile ilişkin hükümlerin uygulanamayacağına dair, HAUS-



kişilerle hukuki işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyeti de korunmaz. Her ne kadar, evlilik birliğini temsile ilişkin hükümler aracılığıyla üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmuşsa da, bu korumanın mutlak olmadığı, sadece yetki aşımına münhasır olduğu dikkate alınmalıdır<sup>75</sup>.

Geçerli bir evlilik birliğinin varlığı, hukuki işlemin yapıldığı esnada aranır<sup>76</sup>. Evlenmenin butlanına karar verilmeye kadar, evlilik geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğuracağından, evlilik birliğini temsil hükümleri hâkim tarafından butlan kararı verilmeye kadar uygulanır<sup>77</sup>. Tek başına evliliğin butlanı veya boşanma davası açılmış olması evlilik birliğini temsil yetkisini ortadan kaldırmaz. Ancak, ileride de açıklanacağı üzere, evlilik birliğinin temsili için gerekli şartlardan biri de ortak yaşamın devamıdır. Eğer eşler butlan veya boşanma davası açıldıktan sonra ortak yaşamaya devam etmezlerse, evlilik birliğini temsil yetkisi ortadan kalkar<sup>78</sup>. Mahkeme tarafından haklarında ayrılık kararı verilmiş eşler açısından da, evlilik birliğini temsil yetkisinin varlığından bahsedilemez.

HEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.18; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 19. Öğretide evlilik birliğini temsile ilişkin hükümlerin nişanlılık dönemine uygulanmaması kuralına istisna tanıyan bir görüş mevcuttur. İsviçre Öğretisinde savunulan bu görüşe göre, nişanlılardan biri ileride kurulacak evliliğe dayalı ortak yaşama ilişkin olağan ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hukuki işlem yapmışsa, bu işleme evlilik birliğini temsil hükümleri uygulanır, bu görüş için, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.18; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 19. Bu konuya ilişkin diğer bir görüş ise, evlilik birliğini temsil yetkisinin doğup doğmadığının belirlenmesinde, temel ölçünün ilgili işlemin değindiği ekonomik menfaat olmadığını belirtmekte ve bu görüşü reddetmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, evlilik birliğini temsil yetkisinin maddi şartlarından biri de, evlilik ilişkisinin kurulmuş olmasıdır. İlgili işlemin kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanında bulunduğu an temsil yetkisinin doğması için gerekli şartlar mevcutsa, eşlerin müteselsil sorumluluğu doğar. Bu nedenle nişanlılık dönemindeki hukuki işlemlere evlilik birliğini temsile ilişkin kuralların uygulanması mümkün değildir. Eşlerden birinin evlilikten önce yaptığı hukuki işlemde dolayı, diğer eşin evlilikten sonra rızasıyla, müteselsil sorumluluk üstlenmesi de sonucu değiştirmez. Bu durumda sonradan müteselsil sorumluluk üstlenen eşin sorumluluğunun kaynağı, evlilik birliğini temsile ilişkin değil, sonradan borca katılmaya ilişkin kurallar belirler, bkz., HAVUTÇU, s. 98. Ayrıca nişanlılık döneminde yapılan işlemlerden dolayı, evlilik birliğini temsile ilişkin hükümlerin uygulanmasının ülkemizin toplumsal ihtiyaçlarına uygun düşmeyeceğine dair, bkz., HAVUTÇU, s. 98.

<sup>75</sup> Bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 18; bkz., HAVUTÇU, s.98-99-100.

<sup>76</sup> HAVUTÇU, s. 95.

<sup>77</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.19; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 24; HAVUTÇU, s. 96.

<sup>78</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.19; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 24; GÜMÜŞ, s. 116.



Gerçi bu durumda geçerli bir evlilik mevcuttur. Ancak ortak yaşam sona erdiğinden evlilik birliğinin temsilinden bahsedilemez. Bu açıdan ortak yaşamın fiilen devam edip etmediği dikkate alınır. Bu nedenle, mahkemenin ayrılık kararına rağmen, eşler birlikte yaşamaya devam ederlerse, evlilik birliğini temsil yetkisi ortadan kalkmaz<sup>79</sup>.

Benzeri bir sonuca eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi halinde ulaştırılması gerekir. Her ne kadar, sadece eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi, MK. m. 131/T'e uyarınca, evliliği sona erdirmese de, evlilik birliğinin temsil yetkisi gaiplik kararından önce sona ermiş sayılacaktır. Zira evlilik birliğinin temsil yetkisinin varlığı için aranan ortak yaşamın devam etmesi şartı ortadan kalkmıştır. Bu açıdan gaiplik kararının alındığı an değil, ortak yaşamın fiilen sona erdiği an dikkate alınmalıdır.

Evliliğin sona ermesi halinde, evlilik birliğini temsil yetkisi de kendiliğinden sona erer. Evlilik birliğinin sona ermesine kadar geçen sürede, birliği temsilen yapılan işlemlerden dolayı eşlerin müteselsil sorumluluklarının devam edeceğini de belirtmek gerekir<sup>80</sup>. Evlilik birliğini temsili yetkisi, evlilik hangi nedenle sona ermiş olursa olsun, evliliğin son bulmasıyla ortadan kalkar.

Evliliğin sona ermesinden önce, birliği temsilen yapılan işlemlerden dolayı, eşlerin konularına yönelik bazı özel durumlara değinmek yerinde olacaktır. Evliliğin sona ermesiyle, temsil yetkisinin de ortadan kalkmasına yönelik kural, ani edimli sözleşmeler açısından herhangi bir özellik arz etmez. Ani edimli bir sözleşme, daha sonra ifa edilecek olsa bile, evliliğin devamı esnasında yapılmışsa, eşler bu sözleşmeden dolayı müteselsil sorumlu olurlar. Ancak sürekli edimli sözleşmeler söz konusu olduğunda, evliliğin sona ermesine rağmen, eşlerin müteselsil sorumluluklarının devam edeceği sonucuna götürü bir şekilde ulaşılamaz. Evlilik sona erdikten sonra, evlilik birliğini temsilen yapılmış sürekli edimli sözleşmelerden dolayı eşlerin müteselsil sorumluluklarının devam edebilmesi için, üçüncü kişinin menfaat durumunun değerlendirilmesi gerekir. Eğer üçüncü kişi eşlerin müteselsil sorumluluklarını işlemin yapılması açısından esaslı bir unsur olarak görülmüşse, evlilik sona erse de, bu tür işlemlerden dolayı eşlerin müteselsil sorumlulukları devam eder<sup>81</sup>. Olağanüstü temsil yetkisinin diğer eş

<sup>79</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.20; HAVUTÇU, s. 96.

<sup>80</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.19; HAVUTÇU, s.121.

<sup>81</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.98; HASENBÖHLER, Art. 166, N.69; GÜMÜŞ, s. 129; HAVUTÇU, s. 121.



veya hâkim tarafından tanınması durumunda, üçüncü kişinin eşlerin müteselsil sorumluluklarını işlemin yapılması için esaslı bir unsur olarak gördüğü kabul edilebilir. Eşlerden birinin, hukuki işlemi olağan temsil yetkisine dayanarak yaptığı ve işlemi yaparken, her iki eşin de sorumlu olduğunu açıkça belirttiği durumlarda, üçüncü kişinin eşlerin müteselsil sorumluluğunu esaslı unsur olarak gördüğü sonucuna ulaşılabilir<sup>82</sup>.

## 2. Ortak Yaşamın Sona Ermesi

Evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, eşlerin ortak yaşama devam etmeleridir<sup>83</sup>. Bu şart, MK. m. 188/f.1'deki "ortak yaşamın devamı" ifadesi ile açıkça dile getirilmiştir. Kanun koyucu evliliğin yararlanma ve tüketim ortaklığı olduğundan hareketle, evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümleri düzenlemiştir. Bu nedenle yararlanma ve tüketim ortaklığının varlığından bahsedilemeyen hallerde, evlilik birliğinin temsili hükümleri uygulanamaz. Bu kural sadece olağan temsile ilişkin olmayıp, olağanüstü temsilde de geçerlidir<sup>84</sup>. Bu noktada, acil işlerde olağanüstü temsil yetkisini düzenleyen, MK. m. 188/f.2/b.2.'de yer alan "diğer eşin başka bir yerde bulunması" ifadesine dikkat etmek gerekir. Kanunda yer alan "diğer eşin başka bir yerde olması" ifadesiyle, eşler arasında ortak yaşamın sona ermediği, ancak rızası alınması gereken eşin geçici süre ile başka bir yerde bulunduğu haller kastedilmektedir. Eşler ortak yaşama son vermeleri nedeniyle ayrı yerlerde bulunuyorlarsa, evlilik birliğini temsile ilişkin hükümler uygulanamaz. Eğer ortak yaşamın son bulunduğu hallerde uygulanacak şekilde, acil işlemlerin kapsamı genişletilecek olursa, ayrı yaşayan eşlerin yapacakları tüm işlemler acil işlem kapsamına girer. Oysaki kanunun acil işlemleri istisnai olarak düzenlediğini görmekteyiz. Bunun dışında, eşlerden birinin yaptığı işlemde yararlanamayacak eşin, yapılan işlemde dolayı müteselsil sorumlu olması da kabul edile-

<sup>82</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.98; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 69; HAVUTÇU, s. 121.

<sup>83</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N. 25; FRANK, § 7, N.10; ÖZTAN, s. 185- 186; HAVUTÇU, s. 96.

<sup>84</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.65; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 55; GÜMÜŞ, s. 121; HAVUTÇU, s. 101.



mez<sup>85</sup>. Ortak yaşamın devam etmediği hallerde, hâkimin eşlerden birine evlilik birliğini temsil yetkisi vermesi de mümkün değildir<sup>86</sup>.

Evlilik birliğini temsil yetkisinin varlığı açısından, önemli olan eşlerin fiilen ortak yaşama devam edip etmedikleridir. Eşlerin ortak yaşama ara vermele-  
rinin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ise önemli değildir<sup>87</sup>. Eşlerin geçici nedenlerle ortak yaşama devam etmemeleri halinde, evlilik birliğini temsil yetkisi varlığını sürdüreceğini de belirtmek gerekir. Bu tür durumlara, eşlerden birinin, mesleki nedenlerle, askerlik görevini yerine getirmek amacıyla veya tedavi olabilmek için ayrı yerde yaşaması örnek gösterilebilir<sup>88</sup>.

Eşlerin evlilik hayatlarını iki veya daha fazla evlilik konutunda devam ettirmeleri ortak yaşamın var olmadığı anlamına gelmez. Eşlerin evlilik konutuna sahip olmayıp, sürekli olarak yolculuk etmeleri halinde de, ortak yaşam devam etmektedir<sup>89</sup>. Bu iki ihtimalde, eşler evlilik birliğini temsilen üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilirler.

Geçerli bir evlilik olmasına rağmen, eşlerin ortak yaşama devam etmemeleri halinde, evlilik birliğinin temsili yetkisi askıdadır. Bu durumda eşlerden birinin yaptığı hukuki işlemlerden dolayı diğer eş üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumluluk altına girmez. Ayrı yaşayan eşlerin temsil yetkisinin askıya alınması doğrudan kanun gereği gerçekleştiğinden, ayrıca hâkimden karar alınmasına gerek yoktur<sup>90</sup>.

Temsil yetkisinin şartlarından biri olan ortak yaşamın varlığı, hukuki işlemin yapıldığı anda aranır. Hukuki işlemin yapıldığı sırada, eşler fiilen ortaklaşa yaşama devam ediyorlarsa, yapılan işlemlerden dolayı müteselsil sorumlu olurlar. Sözleşmeden kaynaklanan borçların ifası sırasında ortaklaşa yaşamın devam

<sup>85</sup> Ayrıca bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.65.

<sup>86</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.65.

<sup>87</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.31; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 28; FRANK, § 7, N.10; GÜMÜŞ, s. 129.

<sup>88</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 32; HASENBÖHLER, Art. 166, N.27; HAVUTÇU, s. 102.

<sup>89</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 32; HAVUTÇU, s. 101-102. Yazar, eşlerin nikahtan sonra bir araya gelmedikleri, bağımsız konutlarda yaşadıkları durumlarda evlilik birliğini temsilen işlem yapmalarının mümkün olmadığını belirtmektedir, bkz., HAVUTÇU, s.102.

<sup>90</sup> HAVUTÇU, s. 102- 103. Ortak yaşama ara verildiğinde, temsil yetkisinin etkisizleştiği (uyur hale geçtiği) yönünde, bkz., GÜMÜŞ, s.116.



etmiyor olması, eşlerin üçüncü kişiye karşı müteselsil sorumluluklarını ortadan kaldırmaz<sup>91</sup>. Yapılan işlemin sürekli edim içeren bir sözleşme olması da varılacak sonucu değiştirmez. Yeter ki, sözleşmenin kurulduğu anda, eşler fiilen ortaklaşa yaşama devam ediyor olsun<sup>92</sup>.

Eşlerin tekrar ortaklaşa yaşamı tesis etmeleri halinde, evlilik birliğini temsil yetkisi ileriye etkili olarak, kanun gereği, başka bir işleme gerek kalmaksızın canlanır<sup>93</sup>. Ortaklaşa yaşamın kurulmasından önce yapılan işlemlerden dolayı ise diğer eş müteselsil sorumluluk altına girmez<sup>94</sup>.

Eşlerin sürekli bir biçimde ortak yaşamı kurmadıkları, sadece deneme amaçlı olarak bir araya geldikleri hallerde de, evlilik birliğini temsili yetkisi yeniden canlanır. Bu açıdan eşlerin bir araya gelip, deneme amaçlı olsa da ortak yaşamı kurmaları yeterli olmalıdır. Zira üçüncü kişilerin eşlerin sürekli mi deneme amaçlı mı bir araya geldiklerini anlamaları mümkün değildir. Ayrıca belirli şartlarla bir araya gelmiş olan eşlerin tekrar ortak yaşama ara vermeleri halinde, evlilik birliğini temsil yetkisi tekrar askıya alınacaktır<sup>95</sup>.

Evlilik birliğinin temsili halinde eşlerin müteselsil sorumlu olmalarına yönelik düzenleme, eşler arasındaki ortak yaşama bağlı emredici bir kural olduğundan<sup>96</sup>, ortak yaşamın devam etmediği durumlarda, üçüncü kişinin iyiniyeti de korunmaz.

Ayrıca, MK. m.189/f.2 hükmü, üçüncü kişilerin iyiniyetinin sadece yetki aşımında korunacağını öngörmektedir. MK. m. 189/f.2'de üçüncü kişilerin

<sup>91</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.98; HASENBÖHLER, Art. 166, N.70; GÜMÜŞ, s. 129.

<sup>92</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 98; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 70; HAVUTÇU, s. 121- 122.

<sup>93</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art.166, N.30; HASENBÖHLER, Art. 166, N.28; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.58; ÖZTAN, s.186; HAVUTÇU, S.103; GÜMÜŞ, s.116.

<sup>94</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 98.

<sup>95</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.30; HAVUTÇU, s. 103, dn. 146; GÜMÜŞ, s.116. Farklı görüşte: HASENBÖHLER, Art. 166, N.28. Yazar, eşlerin şartsız ve sürekli bir şekilde ortak yaşama dönmedikleri takdirde temsil yetkisinin yeniden canlanmasının mümkün olmadığı görüşündedir.

<sup>96</sup> HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.78; GÜMÜŞ, s. 128- 129; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 311. Ancak yazarlar, ortak yaşamın devam etmemesi halinde, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağını belirtirken, sadece hâkim kararıyla ortak yaşama ara verilmesinden bahsetmektedirler.



iyiniyetinin korunmasının nedeni, olağan temsil yetkisi ile olağanüstü temsil yetkisi arasındaki sınırın üçüncü kişiler tarafından anlaşılmasının her zaman mümkün olmamasıdır. Eşler arasındaki ortak yaşamın sona ermesi halinde, eşlerden birinin yaptığı işlemde diğer eşin yararlanması mümkün olmayacaktır. Ayrıca üçüncü kişilerin eşlerin ortak yaşama son verdiklerini anlamaları daha kolaydır. Bu nedenle, kanun koyucu MK. m. 189/f.2'de üçüncü kişinin menfaatlerini sadece yetki aşımının var olduğu hallerde korumuş, temsil yetkisinin ortadan kalktığı durumlarda, eşlerin menfaatlerini, üçüncü kişilerin menfaatlerine göre üstün tutmuştur<sup>97</sup>.

### **3. Hukuki İşlem Ehliyetinin Sona Ermesi**

Evlilik birliğini temsil yetkisi, ailenin ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla hukuki işlem yapılmasına ilişkin olduğundan, fiil ehliyetine tam olarak sahip olmayan eş, evlilik birliğini temsil edemez. Bu nedenle ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlilik birliğini temsil yetkisinden yoksundur<sup>98</sup>.

Ayırt etme gücüne sahip olan, ancak kısıtlı olan eşin de evlilik birliğini temsil etmesi mümkün değildir. Her ne kadar ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlıların yasal temsilcilerinin izni veya icazetiyle kendilerini borç altına sokan işlemleri yapabilmeleri mümkünse de, yasal temsilcinin evlilik birliğini temsilen yapılacak bir işleme izin veya icazet vermesi mümkün değildir<sup>99</sup>. Unutulmaması gereken, yasal temsilcinin sadece kısıtlı kişinin kendi işlemlerini gerçekleştirmesi amacıyla, izin veya icazet verebileceğidir. Bunun dışında, yasal temsilci aile ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik işlemler için kısıtlı eşi yetkilendirerek, diğer eşin de müteselsil sorumluluk altına girmesini sağlayamaz. Yasal temsilcinin özen yükümlülüğü sadece kısıtlının menfaatlerini korumaya ilişkindir. Bu nedenle yasal temsilcinin özen yükümlülüğü kapsamına, kısıtlının aile ihtiyaçlarını

<sup>97</sup> Bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.33.

<sup>98</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 23; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 32; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N. 08.57; ÖZTAN, s. 184; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 166; GÜMÜŞ, s. 112; HAVUTÇU, s. 105- 106.

<sup>99</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 23; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 34; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N. 08.57; ÖZTAN, s.185; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 166; HAVUTÇU, s. 106; GÜMÜŞ, s.112- 113. Eşlerden birinin kısıtlanmış olması, diğer eşin temsil yetkisini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, işlem ehliyetine sahip eşin aile birliğini temsilen yaptığı işlemlerden dolayı kısıtlanan eşin müteselsil sorumluluğu devam eder.



koruma yükümlülüğü girmez<sup>100</sup>. Evlilik birliğini temsil yetkisinin kişiye sıkı sıkıya bağlı olma niteliği de, bu yetkinin yasal temsilci tarafından kullanılmasını engeller<sup>101</sup>. Bu kuralın istisnası ise, evlilik birliğini temsilen yapılacak işlemlerle eşlerin borç altına girmedikleri durumlardır. Kısıtlı eş, bu tür işlemleri tek başına evlilik birliğini temsilen gerçekleştirebilir<sup>102</sup>.

Fiil ehliyetine sahip olan eşin, kısıtlı eşi ailenin ihtiyaçlarının karşılanması için hukuki işlem yapma konusunda yetkilendirmesi ise mümkündür. Çünkü temsilci olarak hareket edebilmek için tam ehliyetli olmak gerekmez. Bu şekilde yetkilendirilmiş kısıtlı eşin yaptığı işleme yasal temsilcisinin onay vermesiyle birlikte yapılan işlem geçerli olur ve eşlerin müteselsil sorumlulukları doğar<sup>103</sup>.

Hakkında kısıtlama kararı alınmış eşle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunup korunmayacağına belirlenebilmesi için, kısıtlılık kararının gerekçesine bakmak gerekir. Eğer kısıtlama kararı ayırt etme gücünün yokluğundan dolayı verilmişse, üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmaz<sup>104</sup>. Yapılan işlem kesin hükümsüzdür. Kısıtlama kararının ayırt etme gücünün yokluğu dışında, diğer nedenlerden dolayı verildiği hallerde, kısıtlama kararının ilan edilip edilmediğine bakılması gerekir. Eğer kısıtlama kararı ilan edilmemişse, üçüncü kişilerin iyiniyetleri korunur<sup>105</sup>.

Eşlerden birine yasal danışman atanması halinde ise, eşin ehliyeti ortadan kalkmadığından, kendisine yasal danışman atanan eşin aile birliğini temsil yetkisi sona ermez<sup>106</sup>. Ancak eşlerden birine yasal danışman atanması, temsil yetkisi-

<sup>100</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.23; HASENBÖHLER, Art. 166, N.34; HAVUTÇU, s. 106; GÜMÜŞ, s.113.

<sup>101</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.23; HASENBÖHLER, Art. 166, N.34; ÖZTAN, s. 185; HAVUTÇU, s. 106; GÜMÜŞ, s.113.

<sup>102</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 23; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 34; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 166; GÜMÜŞ, s. 113.

<sup>103</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 25; HAVUTÇU, s. 109.

<sup>104</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 24.

<sup>105</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 24.

<sup>106</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.27; ÖZTAN, s. 185; HAVUTÇU, s. 109.

Eşlerden birine yönetim danışmanı atanması halinde ise, kendisine yasal danışman atanan eş evlilik birliğini temsilen işlem yapmaya devam edebilir. Ancak ister kendisi, ister diğer eş tarafından yapılmış olsun, hukuki işlemden dolayı üçüncü kişi, kendisine yönetim danışmanı atanmış eşin sadece malvarlığı gelirlerine el atabilir, eşin malvarlığının özüne ise dokunamaz, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.27; HASENBÖHLER, Art. 166, N.35; HAVUTÇU, s.110.



nin kaldırılması veya sınırlandırılması için önemli bir delil oluşturur. Bu nedenle diğer eş, kendisine yasal danışman atanmış eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını talep edebilir<sup>107</sup>. Eşlerden birine oy danışmanı atanmışsa, evlilik birliğini temsilen yapılacak işlemin niteliğine bakmak gerekir. Eğer yapılacak işlem MK. m. 429'da sayılan işlerden biriye, kendisine yasal danışman atanmış eşin bu işlemi yapabilmesi için yasal danışmanın izni alınması gerekir<sup>108</sup>. Yeri gelmişken, MK. m. 429'da sayılan durumların büyük çoğunluğunun ailenin ihtiyaçları kavramına dahil edilmesi mümkün olmayan olgular olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bağışlama, ödünç verme ve alma, ana parayı alma, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işlerinin ailenin ihtiyaçları kapsamına girmesi mümkündür<sup>109</sup>. Bu tür işler ise, olağan değil, olağanüstü temsil yetkisinin kapsamına girer. Bu nedenle, kendisine yasal danışman atanan eş, MK. m. 429 kapsamına giren işlemlerin yapılabilmesi için diğer eşi ancak yasal temsilcisinin onayıyla yetkilendirebilir<sup>110</sup>.

Eşlerden birine kayyım atanması halinde ise, kendisine kayyım atanan eşin fiil ehliyeti sınırlanmadığından, evlilik birliğini temsil yetkisi devam eder<sup>111</sup>.

#### **4. Olağanüstü Temsilin Şartlarının Ortadan Kalkması**

Yukarıda anılan şartlar, sadece olağan temsil yetkisi için değil, olağanüstü temsil yetkisi açısından da aranan şartlardır. Bu başlık altında, olağanüstü temsil yetkisinin kendiliğinden sona ermesine ilişkin şartlar değerlendirilecektir.

Olağanüstü temsil yetkisinin sadece belirli bir işlemin yapılabilmesine yönelik olduğundan bahsedilmişti. Temsil yetkisinin ilişkili olduğu işlemin yapılmasıyla veya imkânsız hale gelmesiyle birlikte olağanüstü temsil yetkisi sona erer<sup>112</sup>.

Olağanüstü temsil yetkisinin diğer eşin yetkilendirilmesi sonucunda ortaya çıkabileceği ve bu tür bir yetkilendirmeye Borçlar Hukukundaki kuralların uygulanacağından bahsedilmişti. Borçlar Hukukundaki temsil yetkisinin ortadan

<sup>107</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.27; HAVUTÇU, s. 109.

<sup>108</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.27; HAVUTÇU, s. 109.

<sup>109</sup> HASENBÖHLER, Art. 166, N.35.

<sup>110</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 28; HASENBÖHLER, Art. 166, N. 35; HAVUTÇU, s.110.

<sup>111</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.28a; HAVUTÇU, s.110; GÜMÜŞ, s. 114.

<sup>112</sup> HASENBÖHLER, Art. 174, N.15.



kalkmasına ilişkin kurallar, evlilik birliğinin olağanüstü temsil yetkisinin ortadan kalkmasına da uygulanır. Örneğin, BK. m. 34 gereğince, olağanüstü temsil yetkisini tanıyan eş, dilediği an bu yetkiyi geri alma hakkına sahiptir<sup>113</sup>. Ayrıca, Borçlar Kanununun 35. maddesinde yer alan ayırt etme gücünün kaybı halinde temsil yetkisini ortadan kaldıracığına ilişkin hüküm, evlilik birliğinin olağanüstü temsiline de uygulanır<sup>114</sup>. Bu nedenle, eşlerden birinin kısıtlanmasının diğer eşin olağanüstü temsil yetkisini etkilememesi için, bu yetkinin ya mahkeme kararına dayanması ya da acil işlemlere ilişkin olması gerekir<sup>115</sup>. Aynı sonuca, eşlerden birinin iflas etmesi halinde de ulaşılır (BK. m. 35).

Hâkim tarafından yetkilendirilme ise, kural olarak sadece belirli bir işlem için söz konusu olabilir. Bu nedenle, hâkim tarafından yetkilendirilmeye ilişkin şartların ortadan kalkması halinde, temsil yetkisi kendiliğinden sona erer<sup>116</sup>. Yetkilendirmenin konusunu oluşturan işlemin yapılması veya imkânsız hale gelmesi yahut işlem yapılmadan evlilik birliğinin sona ermesi bu duruma örnek gösterilebilir.

Acil işlemler de, kural olarak, belirli işlemler olmak zorundadırlar. Bu nedenle işlemin yapılması veya yapılmasının imkânsız hale gelmesi durumunda, acil işlemlere ilişkin temsil yetkisi kendiliğinden sona erer. Olağanüstü temsil yetkisinin ortaya çıkmasını sağlayan aciliyet durumunun veya diğer eşin rızasının alınmasını engelleyen şartların ortadan kalkması durumunda da, acil işlemleri yapma yetkisi kendiliğinden ortadan kalkar<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art.166, N.14, N.82, Art 174, N.6a; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.67; GÜMÜŞ, s.123.

<sup>114</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.26; HAVUTÇU, s. 107.

<sup>115</sup> HAVUTÇU, s. 107. Diğer ihtiyaçları karşılamaya yönelik hukuki işlemleri yapmak isteyen eşe, kısıtlı eşin yasal temsilcisinin onayını alarak izin vermesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kısıtlanan eş, yasal temsilcisinin onayı ile diğer eşini yetkilendirebilir. Bu görüş için, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N.26; HASENBÖHLER, Art. 166, N.34. Başka bir görüş ise, yasal temsilcinin sadece kısıtlının menfaatlerini korumakla yükümlü olduğu, ailenin işlerine yasal temsilcinin katılması uygun olmayacağından bahisle yasal temsilcinin onayıyla kısıtlı eşin diğer eşini yetkilendirmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Bu görüş için, bkz., HAVUTÇU, s. 108; GÜMÜŞ, s.114.

<sup>116</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.6a; HAVUTÇU, s. 148.

<sup>117</sup> Verena BRÄM, , ZGB- Art. 159-180; Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Zürcher Kommentar, II/c, 3. Auflage, Zürich 1998, Art. 174, N.17.



## **C. Temsil Yetkisinin Kaldırılması**

### **1. Genel Olarak**

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması başlığını taşıyan MK. m. 190 hükmü şu şekildedir: "Eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir. İstemde bulunan eş, temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını, üçüncü kişilere sadece kişisel duyuru yoluyla bildirebilir. Temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması, durumun hâkimin kararıyla ilân edilmesine bağlıdır". Evlilik birliğinin temsili aracılığıyla eşler ailenin ihtiyaçlarını karşılamak için üçüncü kişilerle hukuki işlem yapma olanağı kazanmaktadırlar. Ancak evlilik birliğini temsilen yapılan hukuki işlemler nedeniyle diğer eş de müteselsil sorumlu hale gelmektedir. Eşlerin bu şekilde üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumluluklarının doğması beraberinde sakıncalı bir sonucu da getirir. Eğer eşlerden biri aile birliğini temsilde yetersiz kalırsa veya yetkisini aşarsa, diğer eşin ekonomik çıkarlarının zarar görme rizikosu doğar. Bu sakıncanın giderilmesi amacıyla kanun, eşlerin temsil yetkilerinin belirli şartlar altında sınırlandırılmasını veya kaldırılmasını öngörmüştür<sup>118</sup>. Eşlerin temsil yetkilerinin kaldırılması kurumunun sadece eşlerin ekonomik çıkarlarının korunması amacına hizmet etmediğini de belirtmek gerekir. Bu kurum aynı zamanda aile birliğini korumaya yönelik bir önlem niteliğindedir<sup>119</sup>.

### **2. Olağanüstü Temsil Açısından MK. m. 190'ın Uygulama Alanı**

Aile birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin MK. m.190 hükmü incelendiğinde, kanun koyucunun, temsil yetkisinin kaldırılması açısından, olağan temsil yetkisi ile olağanüstü temsil yetkisi arasında bir ayırım yapmadığı görüle-

<sup>118</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.5; BRÄM, Art. 174, N. 2; HAVUTÇU, s. 147.

<sup>119</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.5; BRÄM, Art. 174, N.2, N.3; AYAN, s. 215 vd., Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin hükmün aile birliğini koruma fonksiyonu nedeniyle, İsviçre Medeni Kanununda bu hüküm, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler arasında yer almaktadır. Türk Hukuku açısından da, kanun sistematigi açısından doğru olan düzenlemenin bu olduğu kabul edilmekte ve da, kanun sistematigi açısından doğru olan düzenleme biçimi eleştirilmektedir, bkz., GÜMÜŞ, s. 200; HAVUTÇU, s. 147-148.



bilir. Ancak, olağanüstü temsil yetkisinin kaldırılmasının sınırlı bir alanda uygulanacağını belirtmek gerekir. Şöyle ki;

Olağanüstü temsil yetkisinin diğer eşin yetkilendirilmesi sonucunda elde edildiği hallerde, Borçlar Kanunundaki kurallar uygulanır. BK. m. 34 hükmü gereğince, temsil yetkisi dilendiği an geri alınabilir. Bu nedenle, olağanüstü temsil yetkisinin, eşlerin birbirlerini yetkilendirmesi sonucunda çıktığı durumlarda, temsil yetkisini tanıyan eş, bu yetkiyi dilediği an geri alabilir. O halde, eşlerin olağanüstü temsil yetkisini tanıdıkları durumlarda, yetkinin kullanılmasında yetersiz kalması veya sınırlarının aşması halinde, hâkime başvurmaya gerek kalmaksızın, temsil yetkisini geri alınabilir<sup>120</sup>.

Hâkim tarafından yetkilendirilmede ise, hâkim kural olarak sadece belirli bir işlem için eşleri yetkilendirebilir. Bu nedenle temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin kurallar uygulama alanı bulmaz. Hâkim tarafından verilen yetki işlemin yapılmasıyla veya yetkilendirmeye temel olan şartların ortadan kalkmasıyla, hâkim tarafından verilen yetki kendiliğinden son bulur. Ancak hâkimin aynı amaca yönelmiş işlem grupları veya tekrarlanabilir belirli işlem türlerine ilişkin eşleri yetkilendirmesi mümkündür. Bu tür işlemler açısından, temsil yetkisinin kaldırılması mümkündür<sup>121</sup>. Belirli bir işlem için hâkim tarafından yetkilendirilmede ise, hâkim tarafından yetkilendirilen eşin, henüz işlemi yapmadığı safhada hastalanması gibi bir nedenle, yetkiyi kullanmakta yetersiz kalacağı anlaşılıyorsa, temsil yetkisinin kaldırılmasının talep edilebileceği öğretide savunulmaktadır<sup>122</sup>.

Acil işlemler de, niteliği gereği belirli bir işlem olmak zorundadır. Bu nedenle temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin hükümler kural olarak acil işlemlerde uygulanamaz. Ancak hâkimin tarafından yetkilendirilme halinde olduğu gibi, acil işlemin de tekrarlanan veya sürekli işlem niteliğine bürünmesi mümkündür. Bu tür istisnai işlem çeşitlerinde, eşin temsil yetkisinin kaldırılmasının talep edilebilir<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.6a; HAUSHERR/GEISER/KOBEL, N.08.80; BRÄM, Art. 174, N.5; GÜMÜŞ, s. 202.

<sup>121</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.6a; BRÄM, Art. 174, N.15; HAVUTÇU, s. 148.

<sup>122</sup> BRÄM, Art. 174, N.15; HAVUTÇU, s. 152.

<sup>123</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166, N. 84, Art. 174, N.6a; BRÄM, Art. 174, N.17, N.33; HAVUTÇU, s.148.



### 3. Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının Şartları

#### a. Temsil Yetkisinin Varlığı

Evlilik birliğinin temsil yetkisinin var olmadığı durumlarda, temsil yetkisinin aşılması veya temsil yetkisinin kullanılmasında yetersiz kalınmasından bahsedilemez. Temsil yetkisinin var olmadığı durumlarda üçüncü kişilerin iyiniyeti de korunmaz. Dolayısıyla eşlerden birinin yaptığı işlemde dolayı diğer eşin müteselsil sorumluluğu doğmaz. Bu nedenle ayrıca hâkim kararıyla temsil yetkisinin kaldırılmasına da gerek yoktur<sup>124</sup>.

#### b. Temsil Yetkisinin Aşılması veya Kullanılmasında Yetersiz Kalınması

##### aa. Temsil Yetkisinin Aşılması

MK. m. 190 gereğince, eşlerden biri evlilik birliğinin ihtiyaçlarını gidermek için işlem yaparken, temsil yetkisini aşarsa, temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması talep edilebilir. Temsil yetkisinin aşılmasından, sürekli ihtiyaç niteliğinde sayılmayacak büyük işlemlerin yapılması, ailenin sosyal ve ekonomik durumuna göre lüks sayılabilecek giderler yapılması anlaşılmalıdır<sup>125</sup>.

Olağan temsil yetkisinde, yetkinin aşılp aşılmadığı belirlenirken iki ayrı ölçüt kullanılır<sup>126</sup>. Bu ölçütlerden ilki objektif ölçüttür. Hangi işlemlerin konusunun ailenin ihtiyaçları olarak nitelendirilebileceği objektif olarak belirlenir. Ancak objektif ölçüt temsil yetkisinin aşılmasında tek ölçüt olarak kullanılamaz. Ailenin ihtiyaçları kavramının ailenin sosyal ve ekonomik yapısına göre değişiklik gösterebileceğinden bahsetmiştik. Bu durumda, objektif olarak sınırı çizilen ailenin ihtiyaçları kavramının, somut olaydaki ailenin sosyal ve ekonomik yapısı dikkate alınarak ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan, temsil yetkisinin aşılp aşılmadığının belirlenmesinde, yapılan işlemin neden olduğu gider, önemli bir rol oynar. Ailenin ekonomik ve sosyal yapısına kıyaslandığında ölçülü sayılmayacak giderler yapıyorsa, temsil yetkisinin aşıldığı sonucuna ulaşılır<sup>127</sup>.

Eşlerin temsil yetkisinin sınırlarını tek bir işlemle aşmaları mümkün olduğu gibi, tek başlarına değerlendirildiklerinde fazla yekün tutmayan, ancak bir bütün

<sup>124</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.9; BRÄM, Art. 174, N.7; ÖZTAN, s.193; HAVUTÇU, s.149.

<sup>125</sup> Bkz., HAVUTÇU, s. 150.

<sup>126</sup> BRÄM, Art. 174, N.10; HAVUTÇU, s.150.

<sup>127</sup> BRÄM, Art. 174, N.10; HAVUTÇU, s. 150- 151; GÜMÜŞ, s. 201.



olarak aile bütçesine ağır yük getirebilecek birden çok işlem yaparak da temsil yetkisinin sınırlarını aşabilirler<sup>128</sup>.

Eşlerin olağan temsil yetkilerinin kaldırılması için, temsil yetkisinin aşıldığının anlaşılabilir derecede açık olması gerekir<sup>129</sup>. Ancak, temsil yetkisinin kaldırılmasının talep edilebilmesi için, üçüncü kişilerin yetki aşımını fark edip etmemeleri bir önem taşımaz<sup>130</sup>. Eğer temsil yetkisinin aşıldığını üçüncü kişiler biliyorsa veya bilmeleri gerekiyorsa, yapılan işlemde dolayı diğer eşin müteselsil sorumluluğu doğmaz. Üçüncü kişilerin yetki aşımını fark etmeleri nedeniyle, işlemi yapmayan eşin müteselsil sorumluluğunun doğmaması, temsil yetkisinin kaldırılmasını talep etme hakkını ortadan kaldırmaz. Unutulmaması gereken, temsil yetkisinin aşılması halinde, üçüncü kişinin bu durumu anlamaması nedeniyle, eşlerin müteselsil sorumluluğunun doğmasına ilişkin kuralın, üçüncü kişilerin menfaatlerini korumaya yönelik olduğudur. Oysaki temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin hüküm, eşlerin menfaatlerini koruma amacı güder. Bu nedenle yetkilerini aşan eşin, ileride benzer şekilde yetkilerini aşıp, diğer eş müteselsil sorumluluk altına sokma rizikosuna varsa, diğer eşin temsil yetkisinin kaldırılmasını talep etme hakkı vardır<sup>131</sup>.

Eşlerin yetkinin aşılması nedeniyle, temsil yetkisinin kaldırılmasının talep edilebilmesi için, yetki aşımının süreklilik arz etmesi gerekir. Eşlerden birinin sadece münferit bir olayda temsil yetkisini aşması nedeniyle temsil yetkisinin kaldırılması talep edilemez<sup>132</sup>. Meğerki eşin benzeri şekilde ileride de yetkilerini aşacağına yönelik belirtiler olsun<sup>133</sup>.

<sup>128</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.10; BRÄM, Art. 174, N.11; GÜMÜŞ, s. 201.

<sup>129</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.11; BRÄM, Art. 174, N.10; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 183; GÜMÜŞ, s. 201; HAVUTÇU, s.151.

<sup>130</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.11. Örneğin, eşlerden biri olağan temsil yetkisi kapsamında kalacak bir ihtiyaç için, aile bütçesini zorlayacak ölçüde veya gereksiz yere birden fazla işlem yaparsa, işlemlerin tarafı olan üçüncü kişiler yetki aşımını fark etmeyebilirler. Bu durumda diğer eş, yapılan işlemler nedeniyle müteselsil sorumlu olacaktır. İşlemi yapan eş ise, temsil yetkisinin sınırlarını aşmış kabul edilecektir, benzeri şekilde, bkz., NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 335.

<sup>131</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.11; BRÄM, Art. 174, N.11; GÜMÜŞ, s. 202, s. 203.

<sup>132</sup> BRÄM, Art. 174, N.11; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N.18. 24; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 337; ÖZTAN, s.192; HAVUTÇU, s. 152.

<sup>133</sup> BRÄM, Art. 174, N.24; HAVUTÇU, s. 152.



## bb. Temsil Yetkisinin Kullanılmasında Yetersizlik

MK. m. 190 hükmünde, temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının sadece temsil yetkisinin aşılmasında değil, temsil yetkisinin kullanmada yetersizlik hallerinde de talep edilebileceği belirtilmektedir. Eşlerden birinin bilgisi, kişisel yetenekleri, tecrübesi evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla işlem yapma açısından yeterli değilse, temsil yetkisinin kullanılmasında yetersizlikten bahsedilir<sup>134</sup>. Temsil yetkisinin kullanılmasında yetersizliğe, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla işlem yapan eşin makul bir kişinin yapmayacağı şartlar altında işlem yapması, lüks yaşam tutkusu nedeniyle gereksiz giderlere neden olması, yaşadığı psikolojik sıkıntılar nedeniyle aşırı harcama yapmaya başlaması örnek gösterilebilir<sup>135</sup>. Ancak temsil yetkisini kullanmakta yetersizlik sadece psikolojik nedenlerden ortaya çıkmaz. Temsil yetkisinin kullanılmasında yetersizlik, eşlerden birinin fiziksel sağlığındaki sorunlardan da kaynaklanıyor olabilir<sup>136</sup>. Eşin ailenin ihtiyaçlarının karşılanması için işlem yapma konusunda zamansal açıdan doğru davranmadığı hallerde de, temsil yetkisinin kullanılmasında yetersiz kalınmış olur<sup>137</sup>.

Bu noktada eşin ayırt etme gücünün bulunmamasının, evlilik birliğini temsilde yetersizlik kavramıyla karıştırılmaması gerekir. Ayırt etme gücünden yoksunluk, evlilik birliğini temsil yetkisini kendiliğinden ve tamamen ortadan kaldırır. Daha önce de bahsedildiği üzere, eşlerden birinin kısıtlanması halinde, ayırt etme gücünden yoksunlukta olduğu gibi temsil yetkisi kendiliğinden ortadan kalkar. Bu nedenle eşlerden birinin kısıtlanması da evlilik birliğinin temsilinde yetersizlik kavramı kapsamına girmez<sup>138</sup>.

## c. Kusurun Aranmaması

Temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının talep edilebilmesi için, temsil yetkisinin sınırlarının aşılması veya temsil yetkisinin kullanıl-

<sup>134</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.13; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 183; HATEMİ, s. 83; GÜMÜŞ, s. 203- 204.

<sup>135</sup> HAVUTÇU, s.153.

<sup>136</sup> BRÄM, Art. 174, N.21.

<sup>137</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.13.

<sup>138</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.13; BRÄM, Art. 174, N. 20, N. 21.



masında yetersiz kalınması yeterli olup, evlilik birliğini temsil eden eşin ayrıca kusuru aranmaz<sup>139</sup>.

#### d. Eşin İstemi

Eşlerden birinin temsil yetkisinin kaldırılması için, diğer eşin mahkemeye başvurması gerekir. Temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin davada ispat yükü, talepte bulunan eşe aittir<sup>140</sup>.

Davacı eşin sadece temsil yetkisinin sınırlandırılmasını talep ettiği hallerde, hâkim talebi aşarak temsil yetkisinin kaldırılmasına karar veremez. Ancak, hâkimin davacının yetkinin kaldırılmasını talep etmesi durumunda, temsil yetkisinin kaldırılması yerine, sınırlandırılmasına karar vermesi mümkündür<sup>141</sup>. Yetkinin sınırlandırılması yapılacak işlemlerin neden olacağı giderlerin miktarına ilişkin olabileceği gibi, belirli türdeki işlemlerin yapılmasının yasaklanmasına yahut belirli bir malvarlığı değerine ilişkin işlem yapılmasının yasaklanmasına yönelik de olabilir<sup>142</sup>. Eşin temsil yetkisinin sınırlarını aşması veya temsil yetkisinde yetersizliği belirli türlerdeki hukuki işlemlere ilişkinse, temsil yetkisini tamamen kaldırmak yerine, bu işlemler açısından sınırlandırmak daha uygun olur<sup>143</sup>.

Eşin temsil yetkisini kullanmasındaki yetersizliği, kısıtlanmasına veya yasal danışman atanmasına neden olacak yoğunlukta ise, hâkimin temsil yetkisinin kaldırılması yerine vesayet makamını haberdar etmesi ve bu konuya ilişkin önlemleri alması gerekir<sup>144</sup>.

#### 4. Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının Sonuçları

Temsil yetkisinin kaldırılması, fiil ehliyetinin sınırlandırılması anlamına gelmediğinden<sup>145</sup>, yetkisi kaldırılan eşin yaptığı hukuki işlemler geçerlidir. An-

<sup>139</sup> ÖZTAN, s. 192.

<sup>140</sup> HAVUTÇU, s. 154.

<sup>141</sup> HEGNAUER/ BREITSCHMID, N.18. 24; HAVUTÇU, s. 154.

<sup>142</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.15b; HEGNAUER/ BREITSCHMID, N.18. 24; ÖZTAN, s.193; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 183- 184; HAVUTÇU, s. 154.

<sup>143</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.15a.

<sup>144</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.16; HAVUTÇU, s. 154.

<sup>145</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.22; BRÄM, Art. 174, N. 37; HAVUTÇU, s.155.



cak bu hukuki işlemlerden dolayı üçüncü kişilere karşı diğer eşin kural olarak müteselsil sorumluluğu doğmaz. İşlemi yapan eşin aile birliğini temsil yetkisi olmadığından, yapılan hukuki işlemde dolayı, sadece işlemi yapan eş sorumlu olur<sup>146</sup>. Bu noktada, temsil yetkisinin kaldırıldığını bilmeyen üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin korunacağı ve diğer eşin müteselsil sorumluluk altına girmesinin mümkün olduğunu belirtmek gerekir (MK. m. 189/f.2)<sup>147</sup>.

Temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin verilen mahkeme kararı ileriye etkilidir. Bu nedenle, mahkeme kararından önce temsil yetkisi kaldırılan eşin evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yaptığı hukuki işlemlerden dolayı diğer eş de müteselsil sorumlu olur<sup>148</sup>.

İyiniyetli üçüncü kişilere karşı bu şekilde müteselsil sorumlu hale gelen ve ödemede bulunan eş, temsil yetkisi kaldırılmış olmasına rağmen hukuki işlemi yapan eşe karşı iç ilişkide rücu edebilir<sup>149</sup>.

### **5. Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının Duyurulması**

MK. m. 190 hükmünün ilk fıkrasının son cümlesinde, temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını talep eden eşin, bu konuya ilişkin mahkeme kararını üçüncü kişilere sadece kişisel duyuru yoluyla bildirebileceği düzenlenmektedir. Aynı kanun maddesinin ikinci fıkrasında ise, temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması için, durumun hâkimin kararıyla ilân edilmesi gerektiğini belirtilmektedir.

<sup>146</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.22; BRÄM, Art. 174, N. 37; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 184; HAVUTÇU, s.155.

<sup>147</sup> Üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak belirlenir. MK. m. 190 gereğince, temsil yetkisinin kaldırıldığı üçüncü kişiye kişisel duyuru yoluyla bildirilmişse, üçüncü kişi iyiniyet iddiasında bulunamaz. Aynı şekilde, temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin karar hâkim kararıyla ilan edilmişse, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenmez. Temsil yetkisinin kaldırıldığı ilan edilmemiş veya kişisel duyuru yoluyla üçüncü kişiye bildirilmemiş olsa bile, somut olayın özelliklerinden üçüncü kişinin temsil yetkisinin kaldırıldığını bilmesi beklenebiliyorsa, üçüncü kişinin iyiniyet iddiası dinlenmez, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N. 23.

<sup>148</sup> HAVUTÇU, s.155; GÜMÜŞ, s. 203. Olağanüstü temsil yetkisinin kaldırılmasının ileriye etkili olduğuna dair, bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. :66, N. 84.

<sup>149</sup> Bkz., HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N. 24; BRÄM, Art. 174, N. 37; HAVUTÇU, s.155- 156.



Kanun hükmü incelendiğinde, temsil yetkisinin kaldırıldığıının üçüncü kişilere bildirilmesi açısından, kanunun kişisel duyuruyu esas aldığı görülebilir<sup>150</sup>. Ancak, MK. m.190/f.2 hükmünde, “durumun hâkim kararıyla ilan edilmesinden” bahsedildiğine göre, temsil yetkisinin kaldırıldığıının, mahkeme kararının ilanı yoluyla da üçüncü kişilere duyurulması mümkün olacaktır.

Hâkim, sadece temsil yetkisinin kaldırılmasına karar vermekle yetinmemeli, temsil yetkisinin kaldırıldığıının üçüncü kişilere kararın ilanı yoluyla mı, kişisel duyuru yoluyla mı bildirileceğini de hükümde belirtmelidir<sup>151</sup>. Temsil yetkisinin kaldırıldığıının ilan yoluyla üçüncü kişilere duyurulabilmesi için, somut olayın özelliklerine göre, bu tür bir ilana ihtiyaç olması gerekir<sup>152</sup>. Hâkim, bu konuda karar verirken, ilan yoluyla yapılan duyurunun, temsil yetkisi kaldırılan eşin kişilik alanına müdahale anlamına gelebileceğini göz önüne almalıdır<sup>153</sup>. Hâkim, temsil yetkisinin kaldırıldığıının üçüncü kişilere duyurulması ile korunan menfaat ile yetkisi kaldırılan eşin kişilik hakkının korunmasına ilişkin menfaati karşılıklı olarak tartmalı ve somut olayın özelliklerini de göz önünde tutularak bir karar vermelidir<sup>154</sup>. Eğer ilan yoluyla duyuru hal ve şartlara uygun düşmüyorsa, hâkim temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin kararın kişisel duyuru yoluyla üçüncü kişilere bildirilmesi yönünde hüküm vermelidir<sup>155</sup>. İlan yoluyla duyuruya özellikle, temsil yetkisi kaldırılan eşin, işlem yaptığı çevrenin, diğer eş tarafından bilinmesinin beklenemeyecek olduğu hallerde başvurulmalıdır<sup>156</sup>.

Temsil yetkisinin kaldırılmasının kişisel duyuru yoluyla üçüncü kişilere bildirildiği hallerde, davacı eş, kararı yetkisi kaldırılan eşin işlem yapması muhtemel olan çevresine mektup, telefon gibi bireysel araçlarla doğrudan bildirebil-

<sup>150</sup> HAVUTÇU, s.156.

<sup>151</sup> HAVUTÇU, s. 156.

<sup>152</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N. 20; HAVUTÇU, s.156; GÜMÜŞ, s. 205. Temsil yetkisinin kaldırıldığıının üçüncü kişilere ilan yoluyla bildirilmesini haklı kılacak bir menfaatin bulunmadığı hallerde yapılacak ilan, eşin kişilik hakkının ihlal edeceğinden hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılık nedeniyle, ilana rağmen üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasını ileri sürebileceği yönünde, bkz., GÜMÜŞ, s. 206.

<sup>153</sup> Bkz., BRÂM, Art. 174, N.44; HAVUTÇU, s.157.

<sup>154</sup> BRÂM, Art. 174, N.44; HAVUTÇU, s.157.

<sup>155</sup> HAVUTÇU, s.157.

<sup>156</sup> BRÂM, Art. 174, N.43, N.44.



lir<sup>157</sup>. Davacı eş, kararı gazete ilanı gibi kitlesel araçlarla özel olarak ilan edemez<sup>158</sup>. Davacı eşin bu yöndeki davranışları, temsil yetkisi kaldırılan eşin kişilik hakkına saldırı niteliği taşıdığı gibi, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali anlamına da gelir<sup>159</sup>. Davacı eşin, yetkisi kaldırılan eşin işlem yapmayacağı açık olan üçüncü kişilere, kişisel duyuru yapması da, yetkisi kaldırılan eşin kişilik hakkının ihlal edildiği anlamına gelebilir. Her ne kadar davacı eş, kendisinin müteselsil sorumluluğunu engellemek amacıyla, eşinin temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandığını üçüncü kişilere duyurma hakkına sahipse de, bu hakkı amacını aşacak şekilde kullanamaz.

Eğer temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararı ilan yoluyla üçüncü kişilere duyurulmuşsa, MK. m. 190/f.2 hükmü uyarınca, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenmez<sup>160</sup>. Ancak kararın ilanından önce yapılan işlemlerden dolayı üçüncü kişilerin iyiniyetli olduklarını ileri sürmeleri mümkündür<sup>161</sup>.

Kararın kişisel duyuru yoluyla bildirilmesi ise üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını kesin olarak ortadan kaldırmaz. Örneğin, temsil yetkisinin kaldırıldığını bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişiye, yetkinin kaldırıldığına ilişkin gönderilen mektup ulaşmamış veya geç ulaşmış ise, üçüncü kişinin iyiniyeti korunur. Bu durumda temsil yetkisi kaldırılan eşin iyiniyetli üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeden dolayı diğer eş de müteselsil sorumlu hale gelir<sup>162</sup>.

## 6. Temsil Yetkisinin Geri Verilmesi

Kaldırılan veya sınırlandırılan temsil yetkisinin geri verilmesi mümkündür. MK. m. 191 bu konuyu şu şekilde düzenlemektedir: "Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin karar, koşullar değiştiğinde eşlerden birinin

<sup>157</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.19; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 339; HAVUTÇU, s.157. Davacı eşin, üçüncü kişilerle bizzat görüşüp, eşinin temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını bildirmesi de mümkündür. AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 129.

<sup>158</sup> NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 338; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, s. 290; DOĞAN, s.118.

<sup>159</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N. 18; FRANK, § 7, N.25; HAVUTÇU, s. 157.

<sup>160</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 174, N.23; BRÄM, Art. 174, N.44; HAUS-HERR/GEISER/KOBEL, N.08.82; ÖZTAN, s.194; HAVUTÇU, s.158.

<sup>161</sup> HAVUTÇU, s.158.

<sup>162</sup> HAVUTÇU, s. 157- 158.



istemi üzerine hâkim tarafından değiştirilebilir. İlk karar ilân edilmiş ise, değişikliğe ilişkin karar da ilân olunur<sup>163</sup>.”

Hâkimin temsil yetkisinin geri verilmesine karar vermesi için, temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin nedenlerin ortadan kalktığı konusunda kanaat getirmelidir<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> İlanın açıklayıcı fonksiyona sahip olduğuna dair, bkz., GÜMÜŞ, s. 207.

<sup>164</sup> HAVUTÇU, s.158. Temsil yetkisinin geri verilmesine ilişkin davanın yenilik doğuran dava olmadığı, ancak dava sonucunda verilen kararın kurucu olduğu yönünde, bkz., HATEMİ, s. 84.



# **ÇEVİRİLER**







# ALMANYA DÜSSELDORF İŞ MAHKEMESİ'NİN UÇUŞ HİZMET SAATLERİNİ AŞMAYA VE ÇALIŞMAYI REDDETMEYE İLİŞKİN BİR KARARI<sup>1/2</sup>

Yard. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-FERENDECİ\*

(Düsseldorf İş Mahkemesi'nin 9. Dairesinin 24.02.1998 tarihli ve 9 Ca 8020/97 dosya numaralı kararı)

## Ana cümle (Orientierungssatz)

1. Eğer yetkili kaptan özel bir karar / emir (Kommandantenbescheid) ile uçuşun yapılacağına dair karar vermiş ise ve uçuş ekibinden birisi bu karara rağmen uçuşu yapmak istemiyorsa, o zaman iş akdinin feshi için önemli bir sebep mevcuttur (olayımızda bu oluşmamıştır).

2. Davalı havayolu şirketinin kabin ve uçuş ekibi için Toplu İş Sözleşmesi'nin (Manteltarifvertrages) § 22'nin yorumlanması

## Olay (Tatbestand)

1 Taraflar bir davranıştan dolayı beyan edilen süreli iş akdi feshinin iptali bildirimiminin ve süresiz iş akdi feshinin iptali bildirimiminin geçerliliğini tartışmaktadırlar

<sup>1</sup> Bu mahkeme kararı 29.12.2009 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde sunulan "Almanya'da İş Mahkemeleri Yargılaması" adlı tebliğin devamıdır. Adı geçen tebliğ yukarıda yer almaktadır. Karar, Yard. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir.

<sup>2</sup> Bu karar ZLW (Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht) 1999, s. 488 – s. 490 arasında ve NZA-RR (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) s. 235 – s. 236 arasında kısaltılmış halde yayınlanmıştır.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.



2 30 yaşındaki davacı Mayıs 1994'den beri kabin ekibi görevlisi olarak davalıda çalışmaktadır. Son olarak aylık brüt 3200 DM ücret almaktaydı. Davalının genelde 10'dan fazla çalışanı (işçisi) olmaktadır. Söz konusu iş akdi için davalı havayolu şirketinin toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır.

3 Davacı, 02.11.1997'de Düsseldorf'dan Maldivler'e yapılacak olan uçuş için görevlendirilmişti. Uçak 21.20'de Düsseldorf'tan kalkacaktı. 02.11.1997'de Düsseldorf ve civarında sis vardı. Hava şartlarından dolayı davalı Frankfurt havalimanında bir merkez uçuş noktası (Drehkreuz) kurmaya karar verdi. Düsseldorf'a gidecek olan tüm uçuşlar Frankfurt'a yönlendirildi. Düsseldorf'a gelen yolcular da tren yolu ile Frankfurt'a getirildi. Düsseldorf'ta hava şartları azıcık düzeldikten sonra, üç tane uçuş ekibi, Maldivler'e gidecek uçak ile Frankfurt'a geldiler. Üç uçak ekibinin Düsseldorf'taki çek-in'i saat 23.20'de gerçekleşti, Frankfurt havalimanına inmeleri ise saat 0.17 gibi oldu. Colombo'ya devam edecek uçuş ekibi, uçağın Frankfurt'a inmesi ile uçaktan ayrıldı. Mombasa'ya uçacak olan uçuş ekibi ise uçakta kaldı. Maldivler'e uçacak uçuş ekibinin sorumlu pilotu olarak A, uçağı Frankfurt'a getiren pilottan devraldı.

4 Olayın bundan sonrası tartışmalıdır. Özellikle tartışma konusu olan husus ise şöyledir: Uçağın kalkmasının daha da gecikeceği anlaşıldığında A'nın, Toplu İş Sözleşmesinin (Manteltarifvertrag) § 22'sine göre uçuş ekibine özel bir emir (Kommandantenbescheid) verip vermediği konusu. Bu düzenlemeye göre uçağın sorumlu pilotu, uçuş ekibinin de görüşünü aldıktan sonra azami uçuş hizmet saatini 2 saat uzatabilir. Toplu İş Sözleşmesinin (Manteltarifvertrag) § 15'e göre gece uçuşlarında uçuş hizmet saati 12 saat olarak tespit edilmiştir. Yani bu sürenin 2 saat uzatılarak, 14 saate çıkartılması mümkündür. Toplu İş Sözleşmesi hükümleri hakkında uçuş ekiplerinin bilgisi vardır.

5 Maldivler'e uçuşun artık 02.11.'ı 03.11.'a bağlayan gece yapılamayacağı anlaşılınca, A, Check-Out-saatini gece 02.00 olarak belirlemiştir. Bundan kısa bir süre sonra da tüm ekip uçağı terk edip otele gitmiştir. Uçuş daha sonra aynı ekip ile 10 saatlik bir asgari dinlenme süresinden sonra ertesi gün saat 12.00'de yapılmıştır.

6 230 yolcu Frankfurt'ta davalının hesabına otellere yerleştirildi. Maldivler'deki 166 yolcu ise ya başka uçaklara yönlendirildi ya da otellere yerleştirildi. Tüm yolculara davalı tarafından 600 – 800 DM arasında değişen değerlerde uçak bileti hediye edildi.



7 A, davalıya olaylarla ilgili bir dosya notu iletti. Davalı, davacıyı dinledikten sonra, 15.11.1997 tarihli yazısı ile süresiz (yani hemen geçerli olacak şekilde) iş akdini fesih bildirimini yaptı. Her ihtimale karşın 24.11.1997'de ise süreli iş akdi fesih bildirimini de gerçekleştirdi. Davacı her iki iş akdi fesih bildirimlerine karşı dava açtı, ilk davayı 19.11.1997'de, ikinci davayı da 28.11.1997'de açtı. Uçuş ekibinin geri kalan personeline de iş akdinin feshi bildirimini yapıldı.

8 Davacı, kabin personelinden en kıdemli kişi olan (Purser) P'nin pilot A'ya 02.11.1997 akşamı evden aradığını ileri sürdü. Pilot A ona, kendisini iyi hissetmediğini ve standby olarak bekleyen bir pilot ile değiştirilmek istediğini belirtti. A, ayrıca, P'ye uçuş ekibinin 12 saatten fazla çalışıp çalışmayacağını sormasını istedi. Bunun üzerine P Frankfurt'ta pilot A'ya sorduğu soru üzerine, kabin ekibinin kendisini yeterince zinde hissetmediğini ve 12 saatin dışına çıkamayacağını belirtti. Bu bağlamda, kabin ekibinin havalimanına ulaşmasında sisten dolayı çok zorluk çektiğini söyledi. Bunun üzerine A, ekiple kendisinin konuşacağını ifade etti. Saat 0.45'de kabin ekibi, A'ya, havalimanına gelmeye zorlandıkları için, kendilerini yeterince zinde hissetmediklerini belirttiler. Bunun üzerine A hiçbir yorum yapmadan kokpite geçti.

9 Kabin ekibinde çalışan bayan B, başka bir ekibin üyesi ile, kendi uçuş hizmet saatlerini hesapladı. Sonra da kokpite, pilot A ve yardımcı pilota bu hesabın sonucu bildirmek üzere gittiler. Pilot A, B'ye, uçuş hizmet saatini özellikle başka bir ekibin üyesi ile hesaplamamasını söyledi; ayrıca kendisi için son kalkış saatinin 01.40 olduğunu, sonra kalkmayacağını belirtti. A bundan sonra P'ye kokpitte saat 2 gibi Abu Dabi'ye uçacaklarını söyledi. Uçuş ekibi bunun üzerine Abu Dabi uçuşunun hazırlıklarını yapmaya başladı. Havalimanında bekleyen yolculara da duyuru yapıldı. Saat 02.15'den sonra A uçuşu (uçuş hazırlıklarını) yarıda kesti ve ekibe, check-out-saati olarak saat 02.00'yi belirlediğini, böylece ertesi gün saat 12.00'de uçuş yapılabileceklerini söyledi. Ekibe bunu kabul edip edemeyeceklerini sordu, ekip de kabul ettiğini belirtti. Düsseldorf'tan gelen catering saat 02.15 gibi Frankfurt'a ulaştı. Uçuş ekibi de çok kısa bir süre sonra uçaktan ayrıldı.

10 Pilot A, Mombasa uçuşunu yapan diğer pilota, özel bir emir (Kommandantenbescheid) vermediğini, zaten veremeyeceğini, zira aksi takdirde 14 saatlik en azami uçuş hizmet saatinin dışına çıkmış olacağını söyledi.



11 Davacının iddiasına göre, yapılan iş akdi fesih bildirimleri zaten pilot A'nın özel bir emir (Kommandantenbescheid) vermiş olması halinde bile geçerlidir, zira Maldivler'e 14 saat olan en azami uçuş hizmet saatinin dahilinde uçmaları mümkün olamayacaktı.

12 Davacı,

13 İş akdinin ne 15.11.1997 tarihli ne de 24.11.1997 tarihli fesih bildirimini ile sona ermediğinin tespitini talep etmektedir.

14 Davalı,

15 davanın reddedilmesini talep etmektedir.

16 Davalının iddiasına göre, pilot A, yardımcı pilot Y'ye saat 0.45 gibi, 12 saatlik uçuş hizmet saatinin dışına çıkmayı planladığını bildirmiştir. Y de hemen kabul etmiştir. A saat 01.00 gibi kokpitten ayrılıp, kabin ekibinin uçağın ortasına gelmesini istemiştir. Orada kabin ekibine, planlanan uçuşun 12 saat içinde gerçekleşmesinin mümkün olmadığını, bundan dolayı kendisinin bu süreyi tüm etkenleri dikkate alarak 14 saate çıkardığını söylemiştir. Ekipten görüş almak üzere yapılan bu konuşmada, P, tüm kabin ekibi adına, 12 saatlik süreyi aşmaya hazır olmadıklarını belirtmiştir. Davacı da P'nin yaptığı bu beyana katılmıştır. Pilot A da bunun üzerine aynen şöyle demiştir: „Uçacağız, meğer ki ekipten kendini bu uçuş için yeterince iyi hissetmeyen olsun ve kendine rapor alsın. Hizmeti (yani uçuşu) yapmamanın başka bir imkanı yoktur. Kararım bağlayıcı ve kesindir.“ Bunun üzerine kabin ekibi, toplu olarak, azami uçuş hizmet saatinin bir dakikadan fazla bile aşmaya hazır olmadıklarını belirtmiştir. Aynen şu sözler söylenmiştir: „Biz sadece Toplu İş Sözleşmesi dahilinde çalışırız ve haklarımızı tanıyoruz“. Kokpite dönen pilot A, yardımcı pilot Y'ye, kabin ekibinin çalışmak istememesini şu sözlerle aktarmıştır: „Düşünsene, 12 saatin dışına çıkmak istemiyorlar, haklarını biliyorlarmış ve bunu yapmak zorunda olmadıklarını da biliyorlarmış“. Bu arada P kokpite gelmiş ve kabin ekibinin, azami uçuş hizmet saati olan 12 saat içinde Abu Dabi'ye uçmaya hazır olduklarını belirtmiştir. A da ona, bunun bir alternatif teşkil etmediğini, zira Abu Dabi'de yedek bir ekibin bulunmadığını ve böylece uçuşun Maldivler'e devam edemeyeceğini söylemiştir. Bunu üzerine P, kabin ekibine geri dönüp şunları söylemiştir: „Ben de tabi ki sadece 12 saat uçmak isterim, ama kararı pilot tek başına verir.“ Kabin ekibi bu uyarısını dikkate almamıştır. Bunun üzerine P gene kokpite gidip, A'ya, kabin ekibinin 12 saatin dışına çıkma konusunda olumlu bir yaklaşım göstermediğini



belirtmiştir. Catering saat 01.00 gibi Frankfurt Havalimanına gelmiştir. Diğer uçaklara dağıtım yaptıktan sonra, saat 02.00 gibi Maldivler'e gidecek uçağa gelmiştir. Havayolu şirketi, ertesi gün, yolcuları daha fazla mağdur etmemek için, gene aynı ekiple, zira yedek bir ekip hazır değildi. uçuşu gerçekleştirmiştir.

17 Mahkeme 22.01.1998 tarihli kararına istinaden tanık dinlenmesine karar verdi. Delil ikamesinin sonuçları için 24.02.1998 tarihli duruşma tutanağına atıf yapılmaktadır.

### **Kararın Gerekçesi (Entscheidungsgründe)**

18 Dava haklı bir davadır. Davalının 15.11.1997 ve 24.11.1997 tarihinde beyan ettiği iş akdini fesih bildirimleriyle, iş akdi sona ermemiştir.

1.

19 Davalının 15.11.1997 tarihli süresiz iş akdi fesih bildirimi geçersizdir.

a)

20 Dava süresinde açılmıştır.

21 Dava dilekçesi 19.11.1997 tarihinde mahkemeye verildiğinden, fesih bildiriminden sonra işlemeye başlayan üç haftalık dava açma süresi içinde dava açılmıştır (§§ 13 fıkra 1 cümle. 2, fıkra 4 cümle 1 KSchG<sup>3</sup>).

22 İş akdi Fesih Bildiriminden Koruma Kanunu (bakınız §§ 1 fıkra 1, 23 fıkra 1 KSchG) söz konusu iş akdine uygulama alanı bulduğu için, dava açma süresine uyulmak zorundaydı.

b)

23 İş akdinin feshi bildirimi haksızdır.

24 Süresiz iş akdi fesih bildirimini haklı olup olmadığı hususunun Alman Medeni Kanunu'nun 626. maddesinin 1. fıkrası gereğince incelenmesi gerekir. Bu inceleme iki aşamalıdır. Öncelikle belirli bir hayat olayından önemli bir fesih sebebinin doğup doğmadığı incelenmelidir. Eğer böyle bir hayat olayı mevcut ise, yani önemli bir fesih sebebi doğmuş ise, o zaman ayrıca tüm hususlar dikka-

<sup>3</sup> Çevirmenin notu: Kündigungsschutzgesetz (Alman İş Akdi Fesih Bildiriminden Koruma Kanunu).



te alınarak, iş akdinin süreli bir iş akdi fesih bildirimini süresince devam etmesinin her iki tarafın menfaati bakımından uygun olup olmadığı incelenmelidir (Federal İş Mahkemesinin 02.03.1989 tarihli kararı; BAG, Urteil vom 2.3.1989, EzA § 626 BGB n.F. 118).

25 Davalı, davacının, Toplu İş Sözleşmesinin 22. maddesinde düzenlenen, yetkili kaptanın özel bir emrine (Kommandantenbescheid) karşı geldiğini iddia etmektedir. Bu tarz bir davranış aslında haklı bir fesih sebebi teşkil etmektedir, zira ısrarlı bir şekilde işi yapmama tavrı ("beharrliche Arbeitsverweigerung") olarak değerlendirilmektedir. Alman Federal İş Mahkemesinin içtihatlarına göre, böyle bir davranışın kalıcı nitelikte olması gerekmektedir, yani işçi bu yönde ısrarlı bir istek sergilemelidir. Başka bir deyişle işçinin, kendisine verilen görevi bilinçli ve kalıcı bir şekilde yapmaması gerekir. Bunun için, işçinin bir direktife uymaması yeterli değildir. İsrarlı bir şekilde işi yapmama konusu ("beharrliche Arbeitsverweigerung") için, işçinin işi yapmama konusunda yoğun bir tavır olmalıdır. İsrarlılık unsuru, bir olayda işçinin bir talimata uymaması olarak da algılanabilir. Ancak böyle bir durumda ihtar edilmiş ve bu ihtarın işe yaramamış olması gerekmektedir (Federal İş Mahkemesinin 9.5.1996, 21.5.1996 tarihli kararları; BAG, Urteile vom 9.5.1996 und 21.5.1996, EzA § 626 BGB n.F, Nr. 161 und EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50).

26 Mahkeme heyetinin görüşüne göre, yetkili kaptanın özel bir emrine (Kommandantenbescheid) uymamak hususu, ısrarlı bir şekilde işi yapmama tavrı olarak değerlendirilmektedir; bu durumda önceden bir ihtara da gerek yoktur. Bu tarz bir davranışın sonucu, davalı için çok ciddi sonuçlara yol açmaktadır, zira uçuşun yapılamamasına bağlı olarak, yolcuların davalıya karşı tazminat hakları doğmaktadır. Somut olayda yüzlerce yolcu davalının hesabına otellere yerleştirildi. Ayrıca davalı hediye uçak biletleri dağıtmak zorunda kaldı. Bu sonuçlar çok geniş kapsamlıdır ve bunlara karşın bir ihtar yapılması, işçiye, işi yapmaz ise, ne tür sonuçların doğabileceği konusunda yeterli kalmayacaktı. Kaldı ki, kabin ekibi Toplu İş Sözleşmesindeki bu prosedür konusunda bilgisi var.

27 Davalı tarafından yapıldığı iddia edilen, yetkili kaptanın özel emri (Kommandantenbescheid), eğer yapıldıysa, yapıldığı andan itibaren 14 saatlik uçuş hizmet sınırının aşıp aşılmaması hususu önemsizdir. Çünkü Toplu İş Sözleşmesinin 22. maddesi kaptan pilota bu bağlamda tüm yetkiyi vermekte; böyle-



ce hassas durumlarda zaman kaybedilecek tartışmayı yaratmamak amaçlanmaktadır. Kaptanın vereceği karar, ekip tarafından kabul edilmek zorundadır.

28 Delillerin incelenmesi sonucunda davalının iddia ettiği hususlar tespit edilemedi. Tüm duruşmaların içeriği ve delillerin incelenmesinin sonucu göz önünde tutulduğunda (Alman Medeni Usul Kanunu'nun 286. maddesinin 1. fıkrası), mahkeme, yetkili kaptanın özel emir (Kommandantenbescheid) verdiği ve kabin ekibine de bu emrini gerekli açıklıkla söylediği sonucuna varmak için yeterince ikna olmamıştır. Bu hususun açıklığa kavuşmamasının sonucuna davalı katlanacaktır, zira kendisi fesih sebebinin varlığını ispat etmekle yükümlüdür.

29 Kabin ekibinin diğer üyelerinin tanık olarak dinlenmesine gerek olmadığı mahkeme tarafından tespit edilmiştir; zira bunlar (sadece) davacının kendisini savunması için dermeyan ettiği tanıklardı. Havalimanında Abu Dabi'ye uçuş yapılayacağı konusunda duyuru yapıp yapılmadığı konusunda da tanık dinlenmesine gerek kalmadı. Karar verilirken, bu durum davalı lehine göz önünde tutuldu, yani duyurunun yapılmadığı varsayım olarak kabul edildi (ama sonuç değişmedi).

30 Heyet, tanık A'nın yetkili kaptan olarak özel bir emir (Kommandantenbescheid) verdiği kanaatine varmadı, çünkü tanığın ifadesinin önemli bir kısmı gerek diğer tanıkların ifadesi ile gerekse davalının iddia ettiği hayat olayı ile örtüşmemektedir.

31 Detaylı olarak şunlar geçerlidir:

32 Tanık olarak dinlenen pilot A, yetkili kaptan olarak özel bir emir (Kommandantenbescheid) vermek istedi. Bu sonuca, tüm tanıkların ifadesi örtüştüğü için varılmaktadır. Buna göre A, diğer tanık olan Y ile konuştu ve bu konuşması kabin ekibiyle yaptığı konuşmadan önce gerçekleşti. A diğer Y ile yaptığı konuşmada özel bir emir vermek konusunda kararlı olduğunu söyledi. Ancak mahkeme heyetinin, A'nın bu niyetini gerekli açıklıkla kabin ekibine karşı da yaptığı konusunda şüpheleri bulunmaktadır. Tanığın kendisi (A) „yetkili kaptan olarak özel bir karar emir“ terimini kullanmadığını söyledi. Heyetin görüşüne göre, kabin ekibinin uçuşa katılma konusundaki olumsuz tavrı, tanığın (A'nın) bu terimi kullanması gereksinimini özellikle ortaya çıkartmıştır; böylece, özellikle bundan sonraki anlaşmazlıklar tümünden ve güvenilir bir şekilde ortadan kaldırılabilinecekti.



33 Davanın çözümlenmesinde büyük etken olan husus, Y'nin tanık ifadesi olmuştur. Bu tanık inanılır bir şekilde, A ile kokpitte konuştuklarını beyan etti. Heyet, tanık Y'nin A ile yaptığı konuşmayı anlatan sözlerine, yani A'nın „uçaktan iniyoruz, yoksa cezai sorumluluğum doğacaktır“ dediğine, inanmıştır. Tanığın verdiği ifadeden ortaya çıkan hayat olayı kendi içinde tutarlıdır ve çelişkiye yer vermemektedir. Tanık sadece ispat sorusuna (Beweisfrage) bağlı kalmadı, bütün olanları tüm ayrıntıları ile anlattı. Ayrıca şuna da dikkat etmek gerekir ki, tanık Y'nin kendi işverenin, yani davalının aleyhine yalan beyanlarda bulunması için herhangi bir neden yoktur. Aynı şekilde A'ya zarar vermek için de bir nedeni yoktu. Y verdiği ifadede, A'nın özel bir emir vermeme konusundaki fikrine (heyete göre bu inanılır bir şekilde oldu) anlayış gösterdiğini söylemesi, zaten bütün bunları doğrulamaktadır. Ayrıca davanın sonucu konusunda tanığın bir menfaati yoktur.

34 A'nın olay esnasında kullandığı ve diğer tanıklar tarafından da doğrulanan sözlerinin, ancak Y'nin ifade ettiği şekilde anlaşılabilmesi mümkündür. A, tanık Y'ye özel bir emir vermediğini ifade etmek istedi. „Yoksa cezai sorumluluğum doğacaktır“ sözleri ile A, 14 saatten fazla süren bir uçuş hizmetinin yapılmasının bir ihlalin gerçekleşmesi olduğunu beyan etmiştir. Tanık Y'nin inanılır ifadesi karşısında, A'nın tanık olarak ifadesinde Y ile konuşmadığı yönündeki beyanı anlayamamaktadır. Bu tarz bir konuşmayı hatırlamadığı konusu çok olası gözükmemektedir. Zira olayın önemi ve sıra dışı olması bu tür bir olasılığı ortadan kaldırmaktadır. Kaldı ki, her iki pilot da aynı durumda idi ve bir karar verilmesi her iki pilot için de önem taşımaktaydı.

35 A'nın bu yöndeki ifadesine heyet katılmamaktadır ve bundan iki sonuç doğmaktadır: İlk olarak, eğer bir kaç dakika önce kabin ekibine karşı, özel bir emir vereceğini söylediye, o zaman tanık Y'ye karşı o sözleri kullanmazdı. İkinci olarak da, ifadesindeki bu çelişki, ifadesinin diğer bölümlerinin de inanılır olmamasına sebebiyet vermektedir.

36 P'nin tanık ifadesinde de, A'nın özel bir emir vermek istediği ortaya çıkmamaktadır. Öncelikle, mahkeme heyetinin P'nin ifadesini tamamında inanılır olarak değerlendirdiğini belirtmek gerekir. O da aynı diğer tanık Y'de olduğu gibi, hayat olayını detaylı ve kendi içinde tutarlı anlatmıştır. Tanığın herhangi bir tarafın menfaatini korumak yönünde hareket ettiği ise tespit edilememiştir.

37 P'nin ifadesi bir çok yönden, mahkeme heyetinde, A'nın özel bir emir vermediğine dair kanaat oluşmasına sebebiyet vermiştir.



38 Ayrıca tanığın, A'nın sözde özel emri verdiği konuşmaya taraf olmadığına tespiti gerekmektedir. Tanık P hayat olayının bu bölümüyle ilgili sadece civar vakıalara ilişkin beyan da bulunabilmiş, ama bunların değerlendirilmesi sonucunda, asıl olayın ortaya çıkması mümkün olmuştur.

39 Bunun dışında bir de şuna dikkat etmek gerekir ki, tanık P, A'nın sözlerine istinaden, özel bir emir verdiğini düşünmekteydi. Bu çerçevede kabin ekibinin sözlerini değerlendirdi ve kabin ekibine bu çerçevede cevap verdi. Ancak kabin ekibinin sözleri bu bilgi olmadan başka türlü de anlaşılabilirdi. Ancak önemli olan şudur: Kabin ekibinin sözleri P'nin anlattığı biçimde dikkate alınır- sa, A'nın özel bir emir vermiş olduğu sonucuna - bir davada gerektiği kesinlik derecesinde - varılması mümkün değildir.

40 Tanık P, başka bir tanığın şu sözlerini „ben kararımдан vazgeçmeyeceğim“ şöyle anladı: Bu sözler, A tarafından verilmiş olan özel emre istinaden söylenmiştir. Ancak bu beyanı başka şekilde anlamak da mümkündür. Beyanın içeriğine bakıldığında, uçuş hizmet saatinin aşılması ile ilgili olmayan bir konu için de söylenmiş olabilir. Eğer uçuş hizmet saatine istinaden söylendiyse, o zaman kabin ekibinin 12 saati aşmaması konusu da kastedilmiş olabilir. Tanığın, tüm kabin ekibi adına, açıkça verilmiş bir özel emre karşı gelmek istediği bu sözlerden çıkmamaktadır.

41 P'nin söylediği şu sözleri: „Ben de tabi ki sadece 12 saat uçmak ve otele gitmek isterim, ama kararı pilot tek başına vermektedir“ üzerine kabin ekibi susmuştur. Ancak bu susma, kabin ekibinin bağlayıcı bir özel emre karşı gelmek istediği sonucunu doğurmaz. Bu davranış sadece kabin ekibinin uçmak istemediğini göstermekte, ki bu husus da zaten tartışmasızdır. Ayrıca kabin ekibinin kokpite bu yönde baskı yapması da bunu desteklemektedir, ancak işi yapmama konusundaki bir değerlendirmeyi kabul etmemektedir.

42 Ayrıca tanığın, sonraki, kabin ekibinin 15 dakika fazla çalışmaya hazır olduğuna dair beyanı da, bir özel emir verilmediğini göstermektedir; zira bu sözler bir orta yol bulma çabasıdır; böylece kimseyi zorlamadan, herkesin uygun gördüğü bir çözüme ulaşmaya çalışılmıştır.

43 Davalının Abu Dabi konusu ile ilgili iddiaları ile tanıkların ifadeleri arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Davalı, P'nin kokpite geldiğini ve tanık A ile Y'ye, kabin ekibinin Abu Dabi'ya uçmak konusunda olumlu düşündüğünü beyan ettiğini iddia etmiştir. Bu husus Y'nin ifadesi ile örtüşmektedir; zira Abu



Dabi'ye uçmak konusunu ilk defa tanık P'den öğrendiğini belirtmiştir. A ise, Düsseldorf'taki uçuş merkezinde bu alternatif üzerinde değerlendirme yapıldığını söylemiştir. "Eğer son belirtilen doğru olsaydı, o zaman Abu Dabi konusunu uçuşu yapacak olan pilotlar ortaya koymuş olacaktı ve böylece davalının iddiası doğru olmayacaktı. Bu alternatif kabul edildiğinde, kabin ekibinin Abu Dabi konusunu nasıl öğrendiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Zira hem A hem de Y bu konuda kabin ekibi ile konuşmadıklarını beyan etmişlerdir. Ancak Abu Dabi uçuşu bir şekilde tartışma konusu oldu.

44 Mahkeme heyeti kararını verirken A'nın ifadelerine dayanmak istemedi, zira ifadesinde, olayların kronolojik akışında, hiçbir neden göstermeden farklılıklar ortaya çıkmıştır. 07.11.1997'de yaptığı dosya notunda A, kendisine saat 0.15'de Catering'in halen yolda olduğu ve yolun da yoğun olduğu bildirildiğini yazmaktayken, tanıklık ifadesinde bu bildiriye saat 0.45'de aldığını belirtmiştir. A ifadesini mahkeme önünde verirken eleştirici gözle bu davayı takip eden kamuoyunun baskısı altında idi, ayrıca olayın üstünden de üç aydan fazla bir zaman geçmişti, dolayısıyla A'nın zaman konusunda hiçbir beyanda bulunmamasını heyet anlayışla karşılayabilirdi; ancak dosya notunu hazırlarken bu tarz bir baskı altında değildi. Bu notu olaydan bir kaç gün sonra rahat bir ortamda hazırladı. Ve neden bildirinin 0.45'de yapıldığını tanık ifadesinde açıklayamamıştır.

2.

45 Yardımcı talep olarak 24.11.1997'de beyan edilen süreli iş akdinin feshi bildirimini de geçersizdir.

a)

46 Dava 28.11.1997'de süresinde açıldı.

b)

47 Fesih bildirimini sosyal haklılığı<sup>4</sup> konusunda yukarıdaki açıklamalarımıza atıf yapılmaktadır. Davalı, davacının özel bir emre karşı çıktığının ispatını getirmedi.

<sup>4</sup> Çevirmenin notu: Alman Hukuku'nda fesih bildirimini ayrıca sosyal olarak haklı bir gerekçesi olması gerekir; yani fesih bildirimini için üç gerekçeden birinin varlığı bulunması gerekmektedir: İşçinin kişiliği ile, ya da işçinin davranışıyla, ya da işyerinden kaynaklanan bir sebep.



3.

48 Masraflar ve harçlarla ilgili karar § 46 fıkra 2 ArbGG<sup>5</sup> ve § 91 fıkra 1 cümle 1 ZPO<sup>6</sup> gereğince verilmiştir.

49 Dava konusu değerinin tespiti § 61 fıkra 1 ve § 12 fıkra 7 cümle 1 ArbGG'e dayanmaktadır.

---

<sup>5</sup> Çevirmenin notu: Arbeitsgerichtsgesetz (Alman İş Mahkemesi Kanunu).

<sup>6</sup> Çevirmenin notu: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu).







## ALMANYA'DA İŞ MAHKEMELERİ YARGILAMASI<sup>1</sup>

Dr. Jochen Sievers<sup>\*</sup> / Dr. Sabine Poeche<sup>\*\*</sup>

Çeviren: Yard. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci<sup>\*\*\*</sup>

Almanya'da beş tane adli yargı kolu bulunmaktadır. Kamu hukuku alanında idari yargı, sosyal yargı ve vergi yargılaması vardır. Genel mahkemelerde, hukuk ve ceza hukuku ayrımı mevcuttur. İş mahkemeleri, hukuk mahkemeleri içinde özel mahkemelerdir. İş mahkemeleri işveren ile işçi ve onların menfaatlerini koruyan temsilcileri (Betriebsräte) arasında çıkan ihtilafları çözümlenmekle görevlidirler.

İş Mahkemelerinin yargılaması üç dereceli olarak kurulmuştur. Burada şöyle bir özellik vardır: En üst derece yargılamasına kadar iş mahkemelerinde meslekten hakimlerin (Berufsrichter) yanında onursal veya fahri hakimler de (ehrenamtliche Richter) bulunur. Fahri hakimler karar verme konusunda hakim ile aynı haklara sahiptirler. Yargılamanın ilk iki derecesindeki mahkeme heyeti, bir meslekten hakim ile iki fahri hakimden oluşmaktadır. Sadece en üst derece yargılamada mahkeme heyetinde meslekten hakimler çoğunluktadır. Federal İş Mahkemesi'ndeki daireler üç meslekten hakimden ve iki fahri hakimden oluşmaktadır. Fahri hakimler uygulamadan edindikleri pratik tecrübelerini karar aşamasında kullanmak üzere görevlendirilmişlerdir. Bunlar eşit sayıda işveren ve işçi tarafının temsilcilerinden gelmektedirler.

---

<sup>1</sup> Bu tebliğ 29.12.2009 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde sunulan mectindir.

<sup>\*</sup> Köln İş Mahkemesi Hakimi.

<sup>\*\*</sup> Köln İş Mahkemesi Hakimi.

<sup>\*\*\*</sup> Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.



Ekonomik krizin etkileri ile özellikle İş Mahkemelerinin iş yükü çok artmıştır. İşverenin iş akdini fesih bildirimine karşı açılan davalarda çok büyük bir artış tespit edilmektedir. Sadece Köln'deki İş Mahkemesi'nde 2009 yılında 11.000'den fazla dava açılmıştır. Bu açılan davalar mevcut olan 18 hakime dağıtılmaktadır. Her hakime her ay ortalama 60 – 70 yeni dava düşmektedir. Davaların hakimlere dağıtımını tesadüf prensibi ile yapılmaktadır (iş bölümü). Anayasanın düzenlemesine göre, hiçbir taraf kendi hakimini seçemez ve hiçbir hakim de davasına bakmak istediği tarafları seçemez.

Köln İş Mahkemesi'nde iş bölümü şöyle yapılmaktadır: Sırasıyla açılmış 20 dava bir hakime verilmekte, söz konusu hakime 20 yeni dava verildikten sonra, ondan sonra yeni açılan 20 dava da sıradaki hakime verilmektedir.

Bu artan sayıdaki davaların bir sonuca bağlanabilmesi, iş mahkemeleri yargılamasında öngörülen diğer bir özellik sayesinde mümkün olmaktadır. Hakim, dava dilekçesinin mahkemeye sunulmasından kısa bir süre sonrası için bir sulh teşebbüsü günü (Güteverhandlung) tayin eder. Söz konusu sulh teşebbüsü hakim tarafından tek başına yönetilmektedir. Bu sulh teşebbüsü günü, genelde davanın açılmasından bir ay sonradır. Sulhe teşebbüs gününde ihtilafın sözlü olarak hakim önünde kısaca tartışılması öngörülmekte ve mümkünse her iki tarafın rızası ile bir sulh yapılarak uyuşmazlık sonlandırılmaktadır. Sulh teşebbüsü günü ile davaların büyük bir kısmını bitirmek mümkün olmaktadır. Bu aşamada hakimin karar vererek davayı bitirmesi henüz mümkün değildir.

Eğer sulh teşebbüsü gününde bir anlaşma sağlanamadıysa, o zaman hakim duruşma gününü tayin eder. Aynı zamanda taraflardan ve onların temsilcilerinden, ihtilafı kapsamlı bir biçimde yazılı olarak beyan etmelerini ister. Duruşma genelde sulh teşebbüsü gününden üç dört ay sonra yapılmaktadır. Bu duruşma gününe Kammertermin, yani heyet duruşması denilmektedir, zira bu aşamada fahri hakimler de yer almaktadır. Söz konusu duruşma gününde de gene bir sulha teşvik çabası gösterilmektedir. Eğer sulha teşvik gene olumlu sonuçlanmıyorsa, mahkeme heyeti davayı artık kararla sonlandıracaktır. Tarafların beyan ettikleri hayat olayları birbirinden farklı ise, (tartışmalı vakia için) konu le ilgili olarak tanıklara ve bilirkişilere başvurulacaktır. Ancak taraflar arasında hukuki değerlendirme açısından farklı bir değerlendirme mevcut ise, bunu mahkeme doğrudan kendisi sonuçlandıracaktır.

Almanya'da hakimin pozisyonu çok güçlüdür. O, yasama ve yürütmenin yanında üçüncü güç olarak yer alan yargılamanın temsilcisidir. Hakim, Anayasa



tarafından özel olarak korunmaktadır. „Hakimin bağımsızlığı“ temel bir prensiptir. Bunun anlamı şudur: Hakime kimse konuyla ilgili emir ve talimat veremez. Başka bir deyişle, kimse hakime belirli davalarda belirli şekilde karar vermesini emreder. Ayrıca atanmış bir hakim rızası olmadan görev yaptığı mahkemeden başka bir mahkemeye (mahkemenin yargı çevresine) gönderilemez. Bunun dışında hakimlerin hukuki sorumluluğu da özeldir. Hakimlerin bağımsızlığının bir sonucu olarak, hakimler çalışma saatlerini kendilerine göre ayarlayabilmektedir.

Ancak bu özgürlüğün de uygulamada sınırları vardır. İş mahkemesi hakimi bir haftada kural olarak 2 gün duruşma yapmaktadır: bir sulh teşebbüsü günü ve bir heyet duruşma günü. Sulh teşebbüsü gününde genelde 20 davaya yer verilmekte ve her dava için ortalama 10 dakika ayrılmaktadır. Bu zaman içinde söz konusu dava sözlü olarak tartışılmaktadır. Sulh teşebbüsü günü saat 9'da başlar ve saat 13 gibi biter. Heyet duruşmasında ise ortalama yedi veya 8 davaya yer verilmektedir.

Heyet duruşma gününde görülecek olan davalara ortalama yarım saatlik bir süre ayrılmaktadır. Duruşma başlamadan yarım saat önce hakim, fahri hakimlere ihtilafların içeriklerini rapor etmektedir. Sözlü duruşma esnasında hakim gene ihtilaflı hususları belirterek, davanın anlaşılmasını sağlamaktadır. Hakim ayrıca taraflarla hayat olayına ilişkin soruları ve hukuki değerlendirme konusunu tartışır.

İş mahkemesinin ilk derece yargılamasında avukat zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak uygulamada tarafların % 90'ından fazlası kendisine bir temsilci tayin etmektedir. Bu temsilci avukat olabileceği gibi, sendikadan gelen bir temsilci de olabilir.

Sözlü duruşmada genelde bir „pazarlık“ söz konusu olmaktadır. Bu pazarlığın amacı taraflarca kendilerine uygun bir sulh ortamı yaratıp, ihtilaflı kendi katkılarıyla çözmektir. Bu özellikle iş akdinin feshi bildirimimin iptali davalarında (Kündigungsschutzverfahren) söz konusu olmaktadır. Zira bu durumda tazminat ödemesi karşılığında iş akdinin sona ermesi kabul edilmektedir. Tazminatın miktarı için genelde ciddi bir pazarlık yapılmaktadır. Hakim bu pazarlık esnasında her iki tarafın menfaatlerini göz önünde tutarak, adil bir çözüme ulaşmak için teşvikte bulunmaktadır. Ancak buna rağmen bir sulh yapılamıyorsa, hakim artık karar verecektir, ancak iş akdinin sona ermesi hususunu bir tazminata bağlayarak karar vermesi mümkün değildir. Hakim sadece iş akdinin



feshi bildirimnin (Kündigung) geçerli olup olmadığı hususunu karara bağlayabilmektedir. Eğer iş akdinin feshi bildirim geçerli ise, o zaman iş akdi sona ermiştir ve bu halde işçiye bir tazminat ödenmeyecektir. Eğer iş akdinin feshi bildirim geçersiz ise, o zaman iş akdi sona ermemiştir ve işveren işçiyi çalıştırmaya devam edecektir.



# **KARAR İNCELEMESİ**







## T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ KARARI<sup>1</sup> KARAR İNCELEMESİ

Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT\*

ESAS NO : 2007/7554  
KARAR NO : 2008/10181

### YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi  
TARİHİ : 01/12/2006  
NUMARASI : 2005/709 – 2006/817  
DAVACI : AVİVA SİGORTA A.Ş. VEKİLİ : AV. SERHAT ÜNSAL  
DAVALILAR : 1- TRANSMEKİK ULUSLAR ARASI NAK. VE TİC. LTD.  
ŞTİ. VEKİLİ : AV. İLKER KIRGIL  
2- BADAY ULUSLARARASI NAKLİYAT TARIM  
HAYVANCILIK TURİZM GIDA SAN. VE TİC. LTD. ŞTİ.  
İHBAR OLUNAN : İSVİÇRE SİGORTA A.Ş. VEKİLİ : AV. BÜLENT KESKİN

Taraflar arasında görülen davada Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 01.12.2006 tarih ve 2005/709 – 2006/817 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verilmiş olduğu anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Abdullah Turgut tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe lahiyalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelenildikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü :

<sup>1</sup> Kararı tarafıma ulaştıran Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı Hâkim Sayın Olcay KURTSOY'a teşekkürü bir borç bilirim.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı



Davacı vekili, müvekkil şirketçe nakliye rizikolarına karşı sigortalı alüminyum profil emtiasının davalıların üst ve alt taşıyıcısı oldukları araçla Türkiye'den Kazakistan'a taşınması sırasında hasarlandığını ileri sürerek, sigortalılarına ödenen 10.335,00 YTL'nin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılardan Transmekik Uluslararası Nakliyat Ltd. Şti. vekili, davanın reddini istemiş, diğer davalı davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, hasarın yükleme ve istif hatasından kaynaklandığı, CMR 17/4-b, c maddesi uyarınca yükleme istif hatasından nakliyeci sorumlu değil ise de, taşıyıcının basiretli tacir gibi davranmayarak nezaret görevini ihmal etmiş ise kusur oranında oluşan hasardan sorumlu olduğu, somut olayda ise, konişmentodaki açık hüküm uyarınca yükün ambalajlanması ve araç içine istiflenmesinden göndericinin sorumlu olduğu, taşıyıcının ise sorumlu olmadığı hükmüne yer verilmesi nedeniyle, taşıyıcının nezaret görevinin devam ettiğinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, taşıma sigorta poliçesine dayalı tazminat alacağıının davalı taşımacılardan rücuen tazmini istemine ilişkindir.

Taşıma, CMR Konvansiyonu'na tabi olup, yükleme ve istiflemelerin gönderene ait olduğu taşıma sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılmıştır. Hasar nedeni, malların yüklenmesi, istiflenmesi ve ambalajlanmasında taşımanın ve yol koşullarının dikkate alınmaması olduğu tespit edilmiş olup, mahkemece de böyle kabul edilmiş, hasar nedeni bakımından hükme esas alınıp, müterafik kusur noktasında ilke olarak hükme esas alınmayan bilirkişi kurulu raporunda ise, davalı taşımacıların yüklemeye, ambalajlamaya ve istiflemeye nezaret görevi nedeniyle %25 oranında müterafik kusurlu olduğu, taşıma senedine konulan şerhlerin varlığının, müterafik kusur kaldırmayacağı görüşü bildirilmiştir. Mahkemece, yazılı gerekçelerle, anılan şerhler nedeniyle taşımacının sorumluluğunun sözleşme ile kaldırıldığı, taşıyıcını CMR Konvansiyonu'ndan doğan sorumluluğunu peşinen kaldıran sözleşmelerin geçersiz oluşuna rağmen, tarafların iradelerinin önemli olduğu, sonuçta davalılardan taşımacının kusurlu olmadığı sonucuna varılarak, davanın reddine karar verilmiştir.



Oysa, taşımacının sorumluluğunu hafifleten sözleşme koşulları, CMR Konvansiyonu'nun "Sözleşmeye Aykırı Koşulların Hükümsüzlüğü" başlıklı 41 nci maddesi karşısında, gönderen – taşıtan ile taşımacı arasındaki hukuki ilişki bakımından hükümsüzdür. Bu hüküm, emredici bir hüküm olup, buna benzer hükümler, yurt içi taşıma bakımından TTK'nun 766 ncı hava yolu ile uluslararası taşıma bakımından Varşova Sözleşmesi'nin 32 nci maddesinde yer almıştır. CMR Konvansiyonu'nun 41 nci maddesinde, 40 ncı madde hükümleri saklı tutulmuş olup, 40 ncı madde ile taşımacıların kendi aralarında yapacakları sözleşme bakımından, 37 ve 38 nci maddelerdeki haller dışında tam bir serbesti getirilmiştir. Diğer anlatımla, gönderen taşıtan ile taşımacı arasındaki taşıma sözleşmesi bakımından CMR Konvansiyonu, sözleşme serbestisi getirmemiş, konvansiyonun hükümlerini doğrudan doğruya veya dolayısıyla ihlal eden her türlü koşul, anlaşma, kayıt hükümsüz sayılmıştır.

Bu itibarla, davacının selevi ile davalılar arasındaki taşıma ilişkisi bakımından, tarafların beraberce, taşımacının müterafik kusuruna dayalı sorumluluğunu kaldırılmaları ve bunu aralarında kararlaştırılıp, benimsemeleri, konvansiyonun anılan emredici hükmüne aykırı ve hükümsüz olup, esasen bunu mahkemenin re'sen gözetmesi de gerekmektedir.

Bu durumda, mahkemece, taşımacı olan davalıların müterafik kusurlu olduğunun ilke olarak benimsenmesi suretiyle davanın ele alınması, buna göre diğer davalı sorumluluk sigortacının hukuki durumunun da tartışılması sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

**SONUÇ :** Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 18.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Yurdaer Özdilek	A. Özgan	L. Yavuz	H.G. Vuraloğlu	M.U. Tahran

## **I. OLAY**

Dava, TTK'nun 1301. maddesine göre, sigortacının sigortalısına ödediği sigorta tazminatının, zarar sorumluluklarından tahsiline yönelik rücu davasıdır. Dava konusu uyuşmazlıkta, dava dışı gönderen ile üst ve alt taşıyıcılar arasında,



alüminyum profillerin, Türkiye'den Kazakistan'a taşınması konusunda taşıma sözleşmesi yapılmıştır. Ancak taşıma esnasında, taşıma konusu alüminyum profiller hasarlanmıştır. Davacı sigorta şirketi, dava dışı sigortalısına aralarındaki nakliye sigorta sözleşmesine dayalı olarak sigorta tazminatını ödemiştir. Sigorta tazminatını ödeyen sigorta şirketi, zarar sorumlularına rücu davası açmıştır.

## II. MAHKEME GÖRÜŞLERİ

I. İlk Derece Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle, davanın reddine karar vermiştir:

a) Dava konusu uyuşmazlıkta hasar yükleme ve istif hatasından kaynaklanmaktadır;

b) Yükleme ve istifin gönderen tarafından yapılması halinde ise, CMR 17/4-b, c maddesine göre, yükleme istif hatasından nakliyeciyi sorumlu değildir;

c) Ancak bu halde bile, taşıyıcının basiretli tacir gibi davranmayarak nezaret görevini ihmal etmesi halinde, kusur oranında oluşan hasardan sorumludur;

d) Somut olayda ise, konişmentodaki açık hüküm uyarınca yükün ambalajlanması ve araç içine istiflenmesinden göndericinin sorumlu olduğu, taşıyıcının ise sorumlu olmadığı hükmüne yer verilmesi nedeniyle, taşıyıcının nezaret görevinin devam ettiğinden söz edilemez.

II. Yargıtay Özel Dairesi aşağıdaki gerekçelerle, ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir:

a) Dava konusu taşıma, CMR Konvansiyonu'na tabi olup, yükleme ve istiflemelerin gönderene ait olduğu taşıma sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılmıştır.

b) Dava konusu hasar nedeninin, malların yüklenmesi, istiflenmesi ve ambalajlanmasında taşımanın ve yol koşullarının dikkate alınmaması olduğu tespit edilmiş ve mahkemece de bu durum kabul edilmiştir.

c) Dava dosyasına mübrez bilirkişi raporunda tespit edilen hasar nedeni, ilk derece mahkemesinin kararında hükme esas alınmış ancak müterafık kusur noktasında ilke olarak hükme esas alınmamıştır.



d) Söz konusu bilirkişi kurulu raporunda, davalı taşımacıların yüklemeye, ambalajlamaya ve istiflemeye nezaret görevi nedeniyle %25 oranında müterafik kusurlu olduğu, taşıma senedine konulan şerhlerin varlığının, müterafik kusur kaldırmayacağı görüşü bildirilmiştir.

e) İlk derece mahkemesi ise, anılan şerhler nedeniyle taşımacının sorumluluğunun sözleşme ile kaldırıldığı, taşıyıcının CMR Konvansiyonu'ndan doğan sorumluluğunu peşinen kaldıran sözleşmelerin geçersiz oluşuna rağmen, tarafların iradelerinin önemli olduğu, sonuçta davalılardan taşımacının kusurlu olmadığı sonucuna varılarak, davanın reddine karar vermiştir.

f) Oysa, taşımacının sorumluluğunu hafifleten sözleşme koşullar, CMR Konvansiyonu'nun "Sözleşmeye Aykırı Koşulların Hükümsüzlüğü" başlıklı 41 nci maddesi karşısında, gönderen - taşıtan ile taşımacı arasındaki hukuki ilişki bakımından hükümsüzdür. CMR Konvansiyonu'nun 41 nci maddesinde, 40 ncı madde hükümleri saklı tutulmuş olup, 40 ncı madde ile taşımacıların kendi aralarında yapacakları sözleşme bakımından, 37 ve 38 nci maddelerdeki haller dışında tam bir serbesti getirilmiştir. Diğer anlatıyla, gönderen taşıtan ile taşımacı arasındaki taşıma sözleşmesi bakımından CMR Konvansiyonu, sözleşme serbestisi getirmemiş, konvansiyonun hükümlerini doğrudan doğruya veya dolayısıyla ihlal eden her türlü koşul, anlaşma, kayıt hükümsüz sayılmıştır.

g) Bu nedenle, davacının selefi ile davalılar arasındaki taşıma ilişkisi bakımından, tarafların beraberce, taşımacının müterafik kusuruna dayalı sorumluluğunu kaldırılmaları ve bunu aralarında kararlaştırılıp, benimsemeleri, konvansiyonun anılan emredici hükmüne aykırı ve hükümsüz olup, esasen bunu mahkemenin re'sen gözetmesi de gerekmektedir.

### III. HUKUKİ SORUN

İlk derece mahkemesi ile Yargıtay Özel Dairesi arasındaki hukuki ihtilaf, CMR m. 17 / 4 - c maddesine göre, yükleme, istifleme veya boşaltmanın gönderen, gönderilen veya onlar adına hareket eden kişiler tarafından yapılması halinde, taşıyıcının "nezaret" görevinin, bulunup bulunmadığı; bu tür bir nezaret görevinin bulunduğu kabulü halinde, taraflar arasındaki bir sorumsuzluk anlaşması ile söz konusu nezaret görevinin kaldırılıp kaldırılamayacağıdır.



#### IV. İNCELEME

I.) İncelememizde öncelikle, CMR m. 17/4 – c hükmü ele alınacaktır.

A) CMR 17/4 maddesi:

*“18. maddenin 2 ila 5. fıkraya hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ziya ve hasar aşağıda belirtilen durumların bir veya daha fazlasının doğal sonucu olan özel tehlikelerden kaynaklanıyorsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulur.”*

şeklinde bir düzenleme öngördükten sonra (c) bendinde :

*“eşyanın gönderen, gönderilen veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi, istiflenmesi veya boşaltılması”* halinde taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağını düzenlemektedir.

CMR m.17/4’de sayılan haller, taşıyıcının sahip olduğu özel sorumluluktan kurtulma sebepleridir. Bu sorumluluktan kurtulma sebepleri, ziya ve/veya hasar haline özgü sebeplerdir. Maddede sayılan sebeplerin ziya ve/veya hasar tehlikesini arttırdığı düşünülmekte ve bu nedenle özel risk olarak kabul edilmektedirler<sup>2</sup>.

Bu özel sorumluluktan kurtulma hallerinden biri de, maddenin (c) bendinde düzenlenen, *“eşyanın, gönderilen veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi, istiflenmesi veya boşaltılması”* halidir.

Taşınan eşyanın yüklenmesinin, istiflenmesinin ve boşaltılmasının kimin yükümü olduğuna ilişkin CMR ve TTK’da hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu yükümün kimin üzerinde olduğunun belirlenmesinde somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır<sup>3</sup>.

Buna göre taşıyıcı, yükleme, boşaltma veya istiflemenin gönderen, gönderilen veya bu kişilerin adamları tarafından yapıldığını ispatlarsa, taşınan eşyaya bu nedenle gelen ziya ve hasardan sorumlu olmaz.

<sup>2</sup> KAYA Arslan, Kara Yolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme’nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan (*İmregün’e Armağan*), İstanbul 1998, s.326.

<sup>3</sup> KAYA Arslan, Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme’de (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları. (II), Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’na Armağan (*Velidedeoğlu’na Armağan*), İstanbul 1999, s. 257.



B) Yükleme, boşaltma veya istiflemenin gönderen, gönderilen veya bu kişilerin adamları tarafından yapıldığı durumlarda dahi, taşıyıcının yapılan işlemi denetlemek (kontrol / nezaret), tespit ettiği yanlışları gönderene / gönderilene bildirmek yükümlülüğünü bulunup bulunmadığı tartışmalı bir husustur.

Bu konuda Fransız ve Belçika mahkemelerinin uygulamasına göre, taşıyıcının yükleme ve istiflemeye nezaret etmesinin bir yükümlülük olduğu, bu nedenle yüklemenin açıkça kötü olduğu hallerde, taşıyıcının meydana gelen zarardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

Diğer taraftan Alman Hukukunda<sup>5</sup>, taşıyıcının yükleme ve istiflemeyi, sadece aracın işletme gerekleri bakımından kontrol etmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu bağlamda taşıyanın kontrol yükümü, taşıyanın yüklemeyi işletme güvenliğine (*Betriebsichere Verladung*)<sup>6</sup> ya da taşıtın işletme güvenliğine (*Betriebsicherheit des Fahrzeuges*)<sup>7</sup> uygun olup olmadığı bakımından kontrol etmesi olarak ifade etmektedirler. Buna göre taşıyıcı, gönderen tarafından yapılan yükleme ve istifi, bu işlemlerin aracın dengesini bozup bozmayacağı, aracın manevra kabiliyetini etkileyip etkilemeyeceği bakımından, kontrol etmekle yükümlüdür ve bununla sınırlıdır<sup>8</sup>. Bu kontrol yükümlülüğünü yerine getirmeyen taşıyıcı, CMR m. 17/4-c'den yararlanabilecek, ancak söz konusu ihlalin somut olayda zarara yol açan katkısı oranında CMR m.17/5 uyarınca sorumlu olabilecektir<sup>9</sup>. Dolayısıyla yapılan yükleme ve istifin, aracın dengesinin bozması veya manevra kabiliyetini kaybetmesi nedeniyle araç devrilirse ve zarar bu sebepten meydana gelirse, taşıyıcının müterafik kusuru söz konusu olacaktır<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> EBENROTH / BOUJONG / JOSST / STROHN, *Handelsgesetzbuch*, München, 2. Auflage 2009, Rn. 64 ; AYDIN Alihan, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, İstanbul 2002, 83; KAYA Arslan, (*Velidedeöglu'na Armağan*), s. 258.

<sup>5</sup> EBENROTH / BOUJONG / JOSST / STROHN, Rn. 64.; KOLLER Ingo, *Transportrecht, Kommentar zu Spedition und Gütertransport*; München 2004, Rn. 43. Yazarlar Alman hukukunda taşıyanın kontrol yükümü, HGB §412, Abs. 1, S.2'ye dayandırmaktadırlar.

<sup>6</sup> EBENROTH / BOUJONG / JOSST / STROHN, Rn. 64.

<sup>7</sup> KOLLER Ingo, Rn. 43.

<sup>8</sup> AYDIN Alihan, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, İstanbul 2002, 84; KAYA Arslan, (*Velidedeöglu'na Armağan*), s. 258.

<sup>9</sup> KOLLER Ingo, Rn. 44.

<sup>10</sup> KAYA Arslan, (*Velidedeöglu'na Armağan*), s. 258.



Bunun dışında taşıyıcının yapılan yüklemenin ve istifin, eşyanın zarar görmesine sebep olup olmayacağını kontrol etme yükümü yoktur<sup>11</sup>. Ancak eşyanın zarar görmesine neden olabilecek yükleme ve istif hatasının *açık (evident)* olması ve taşıyıcının söz konusu hata hakkında *müspet vukfunun (positiv erkennt)* olması durumunda, taşıyıcı gönderileni haberdar etmelidir<sup>12</sup>. Aksi halde, taşıyıcı zararı CMR m. 17/5'e göre paylaşmak durumunda kalır.

İngiliz Hukukunda da, yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı durumlarda, taşıyıcının aracın güvenliğini (*safety of the vehicle*) etkileyen yüklemeye ki hatanın yol açtığı zarardan kısmen sorumlu olduğu belirtilmektedir<sup>13</sup>. Bunun dışında taşıyanın yapılan işi genel olarak kontrol etme yükümü yoktur.

Yargıtay uygulaması açısından konuya baktığımızda ise, incelemiş olduğumuz Yargıtay kararlarında, yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı hallerde dahi, taşıyıcının, yükleme ve istif hatasının ayrıca araştırmaya gerek duyulmaksızın kolaylıkla fark edebileceği hallerde, durumu gönderene duyurarak onu uyarmasının dürüstlük kuralının gereği olduğu, bu uyarının yapılmadığı hallerde zararı BK m. 44'e göre paylaşması gerektiği belirtilmektedir<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> KAYA Arslan, (*Velidedeoğlu'na Armağan*), s. 258.

<sup>12</sup> EBENROTH / BOUJONG / JOSST / STROHN, Rn. 65; KOLLER Ingo. Rn. 44.

<sup>13</sup> CLARKE / YATES, *Contracts of Carriage by Land and Air*, London 2004, s. 32.

<sup>14</sup> "... Yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı anlaşılmasına, gönderenin taşınması üstlenilen emtianın istifin yanlış yapmış olması halinde taşıyıcının tazminatla sorumlu tutulması düşünülmezse de, yükleme ve istif hatasının ayrıca araştırmaya gerek duyulmaksızın kolaylıkla fark edebileceği hallerde taşıyıcının durumu gönderene duyurarak onu uyarması dürüstlük gereği olmasına bu uyarının yapılmadığı hallerde zararın gönderen ile taşıyıcı arasında BK.nun 44. maddesi uyarınca paylaşılması uygun olacağına göre, zararın istif hatasından mı yoksa taşıma kusurundan mı kaynaklandığı tartışmasız bir şekilde tespit edilerek..." bkz. Yarg. 11. HD. E. 2003 / 6234, K. 2003 / 9575, T. 20.10.2003; "...Gönderene ait olan yüklemeyi ve ambalajı taşıyıcının ilke olarak, görünüş itibariyle kontrol yükümlülüğü bulunmaktadır..." bkz. Yarg. 11. HD. E. 2005 / 9011, K. 2006 / 9884, T. 09.10.2006; "... Diğer yandan, CMR.'nin 17/1. maddesi uyarınca, kural olarak, taşıyıcı, teslim aldığı andan teslim edilinceye kadar, malların tamamen veya kısmen kaybindan ve vuku bulacak hasardan sorumludur. Bu karinenin aksinin ispatı, CMR.'nin 17/4-c maddesine göre, yüklemenin gönderene ait olması ve malların gönderici, alıcı veya bunlar adına hareket eden şahıslar tarafından yüklenmesi, istif edilmesi veya boşaltılması sırasında hasarın oluşmasının ispat edilmesi halinde mümkündür. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, somut olayda hasar sorumluluğunun belirlenmesinde ispat yükü davalı taşıyıcıdadır. Hatta, taşıyıcı yukarıda anılan hususları ispat etse bile, yükleme ve istif hatasından ayrıca bir araştırmaya gerek duyulmaksızın kolaylıkla fark edebilecek nitelikte olması durumunda, TMK.nun 2. maddesi gereği taşıyıcının durumu gönderene duyurarak onu uyarması gerektiğinden, bu durumda taşıyıcının da BK nun 44. maddesi kapsamında



Görüldüğü üzere Türk, Alman Hukuklarında benimsenen, bizim de katıldığımız görüşe göre, yükleme ve istiflemenin gönderene ait olması durumunda dahi, taşıyıcının yapılan yüklemenin ve istiflemenin aracın işletme gereklerine uygun olarak yapıp yapılmadığını kontrol etme (nezaret) yükümünün bulunduğu; açık yükleme ve istif hatalarını gönderene bildirmesi gerektiği yönündedir. Aksi halde taşıyıcı zararı, CMR m. 17 / 5'e göre paylaşmak zorundadır.

II.) Bu noktada, CMR m. 17 / 5 hükmünü de, ele almak gerekmektedir.

CMR m.17/5 :

*"taşıyıcı ziya, hasar veya gecikmeye sebebiyet veren hususların bazıları bakımından bu maddeye göre hiçbir sorumluluk altında değilse sadece, bu madde uyarınca sorumlu olduğu diğer hususların ziya, hasar veya gecikmeye yaptığı etki oranında sorumlu tutulur."* şeklinde düzenleme öngörmektedir.

Maddeye göre, CMR m.17'de öngörülen taşıyıcının sorumluluğunun bulunmadığı hallerde dahi, taşıyıcının sorumlu olduğu *diğer hususların* ziya, hasar veya gecikmeye yaptığı etki oranında sorumlu olacaktır. Bizim katıldığımız görüşe göre, taşıyıcının esasen CMR m. 17 / 4 -c' ye göre sorumlu olmadığı, ancak CMR m. 17 / 5'e göre sorumluluğunun gündeme geldiği diğer hususlardan biri de, taşıyıcının yapılan istiflemenin aracın işletme gereklerine uygun olup olmadığını kontrol etme (nezaret) yükümüdür. Bu yüküm MK m.2'de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla taşıyan bu yükümü yerine getirmez ise, zararı CMR m. 17/5 çerçevesinde paylaşmalıdır.

III. Son olarak, gönderen ve taşıyanın, aralarında yapacakları bir anlaşmaya veya karar incelemesine konu olan olayda olduğu gibi, taşıyan tarafından konişmentoya konulacak sorumsuzluk kaydıyla, gönderen tarafından yapılan yüklemenin aracın işletme gereklerine uygun olup olmadığını kontrol etme (nezaret) yükümünü ortadan kaldırıp kaldıramayacağı ele alınacaktır.

---

müterafik kusuru söz konusu olabilecektir..." bkz. Yarg. 11. HD, E. 2005 / 8774, K. 2006 / 9820, T. 05.10.2006; "...CMR Konvansiyonunun 172.b maddesine ambalaj yapılmamasından veya kötü ambalaj nedeniyle meydana gelen hasardan taşıyıcı sorumlu değildir ancak basiretli bir taşıyıcının yükleme ve istiflemeyi gözetmesi, yükün güvenle taşınabilmesi için her tedbiri alması hatalı bir yükleme varsa buna karşı çıkması gerektiğinden paletlerin sağlamlaştırılmaması nedeniyle çarpmadan kaynaklanan hasarın oluşumundan taşıyıcı müterafik kusurludur..." bkz. Yarg. 11. HD, E. 2002 / 5585, K. 2002 / 10202, T. 11.01.2002.



Yukarıda vardığımız sonuca göre, gönderen tarafından yapılan yükleme ve / veya istiflemenin aracın işletme gereklerine uygun olarak yapılıp yapılmadığını kontrol yükümü, taşıyanın CMR m. 17 / 5'e göre, sorumluluğunun söz konusu olduğu diğer hususlardan biridir. Bu yüküm MK m.2'de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Bu hususun (kontrol / nezaret görevinin), hasara neden olması durumunda taşıyan, zararı bu oranda paylaşmalıdır. Buna göre taşıyıcının, yapılan yükleme ve istifi aracın işletme görevleri bakımından kontrol (nezaret) etmemesi ve ziya ve hasarın bu nedenden doğması halinde, taşıyıcının sorumluğu, CMR m. 17/5'den kaynaklanmaktadır.

CMR m. 41 / 1'e göre ise :

*"40. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu antlaşmanın hükümlerini doğrudan veya dolayısıyla ihlal eden her türlü şart hükümsüzdür. Böyle bir şartın hükümsüzlüğü, sözleşmenin diğer hükümlerinin geçersizliği sonucunu doğurmaz."* denilmektedir.

Dolayısıyla, CMR m. 41/1'e göre, CMR m. 40 dışındaki hükümler emredicidir. Bu hükümleri doğrudan veya dolayısıyla ihlal eden sözleşme hükümleri, hükümsüz sayılmaktadır.

Bu anlamda CMR m. 41/1'e göre, taşıyıcının CMR m. 17 / 5'den kaynaklanan sorumluluğunu bertaraf eden sözleşme hükümleri de, hükümsüzdür. Bir başka ifadeyle taşıyıcının, yükleme ve istiflemeyen doğan ziya ve hasardan sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme kayıtları, taşıyıcının gönderen tarafından yapılan yükleme ve istifin aracın işletme görevleri bakımından kontrol (nezaret) etme yükümünü, CMR m. 41/1'e göre bertaraf etmez, bu sözleşme kayıtları hükümsüz sayılır. Taşıyıcı, kontrol nezaret görevini yerine getirmedeği oranda, CMR m. 17/5'e göre zararı paylaşır. Bu çerçevede, bizce inceleme konusu yaptığımız Yargıtay Özel Dairesi kararı yerinde bir karardır.

## SONUÇ

- CMR 17 / 4-c maddesine göre, yüklemenin gönderen veya gönderenin adamları tarafından yapılması halinde, kural olarak taşıyıcının sorumluluğu söz konusu değildir.

- Ancak bu halde dahi, taşıyıcının gönderen tarafından yapılan yüklemenin aracın işletme gerekleri bakımından uygun olup olmadığını kontrol etme (neza-



ret) yükümü bulunmaktadır. Yine bunun gibi taşıyıcı, yüklemdeki hatanın açıkça belli olduğu ve müspet vukufunun söz konusu olduğu durumda, açıkça görülen hataları, gönderene bildirmelidir. Bu yüküm MK m.2'de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Bu yükümü yerine getirmeyen taşıyıcının CMR m. 17 / 5'e göre sorumluluğu gündeme gelecek ve zararı paylaşacaktır.

- Taşıyıcının, gönderen ile yapacağı bir sözleşmeye ya da taşıma senedine yazacağı "yükleme ve istiften sorumlu olmayacağına" ilişkin sorumsuzluk kaydı, CMR m. 17 / 5'e aykırılık oluşturacaktır. CMR m. 41 / 1 karşısında, bu tür sözleşme kayıtları ise hükümsüz sayılmaktadır. Dolayısıyla, bu tür sözleşme kayıtları, taşıyanın kontrol (nezaret) görevini bertaraf etmeyecektir.







# MATRAH TAKDİRİ İÇİN TAKDİR KOMİSYONUNA BAŞVURULMASI ZAMANAŞIMINI DURDURMAZ Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi

Ar. Gör. Gülşen GEDİK\*

## Giriş

Türk vergi sisteminde, vergi borcunu sona erdiren nedenlerden birisi olan “zamanaşımı” kavramı, Vergi Usul Kanunu (VUK) 114.maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “*Vergi alacağıın doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkûr komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren işlemeye devam eder.*”

*Şarta bağlı istisna veya muafiyet uygulamaları sonucu kısmen veya tamamen alınmayan vergilere ilişkin zamanaşımı süresi, istisna veya muafiyet şartlarının ihlâl edildiği tarihi takip eden takvim yılı başından itibaren başlar.*

*Damga vergisine tabi olup vergi ve cezası zamanaşımına uğrayan evrakin hükmünden tarh zamanaşımı süresi dolduktan sonra faydalandığı takdirde mezkur evraka ait vergi alacağı yeniden doğar.”*

Bu çalışmada, VUK 114.maddesinin 2.fıkrasında yer alan “matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulmasının zamanaşımını durduracağına” dair düzenlemesini iptal eden Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) 2006/124 E., 2009/146 K. sayılı ve 15.10.2009 tarihli kararı<sup>1</sup> ayrıntılı olarak incelenerek,

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> RG: 08.01.2010, 27456.



vergi hukukunda zamanaşımı süresi ve buna bağlı olarak mükellef aleyhine doğabilecek ek yükümlülükler için açıklamalara yer verilecektir.

## 1. Kararın İncelenmesi

**1.1. Olay:** Yıllık gelir vergisi beyannamesinin verilmemesi nedeniyle takdir komisyonu kararına dayanılarak re'sen salınan cezalı tarhiyatın kaldırılması istemiyle açılan davada, itiraz konusu VUK 114/2 hükmünün, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan, Diyarbakır Vergi Mahkemesi, “...*Hukuk devleti ilkesinin gerekleri kararlarda açıklanmış olup devletin aynı ya da benzer durumlarda olan kişi ve olaylar hakkında eşit davranması gerekmektedir; takdir komisyonuna matrah tayini için sevk edilmesi tahakkuk zamanaşımı süresini durdurmakla beraber; durma süresinin sınırlandırılmaması idarenin farklı uygulamalarına sebep olabilmekte, bazı durumlarda ise takdir komisyonunda geçen süre hukukun genel ilkelerinden hak ve nefaset ilkesini zorlamakta ve bu durum alacağını takip ve tahsil noktasında alacağını takip etmeyen alacaklıların alacağını eksik borç haline getirmeyi amaçlayan zamanaşımı müessesesini işlemez hale getirmekte diğer taraftan idarenin iç işleyişinden kaynaklanan gecikme sebebiyle mükellef aleyhine fazladan gecikme faizi hesaplanmasına sebep olmaktadır*” gerekçesi ile 19.07.2006 tarihinde, sözkonusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

**1.2. Hukuki Sorun:** AYM kararına konu olan uyuşmazlıkla ilgili olarak; “...*takdir komisyonuna tevdi nedeniyle zamanaşımında durmanın süreyle sınırlandırılmamasının idarenin farklı ve keyfi uygulamalarına yol açtığı, takdir komisyonunda geçen sürenin hukukun genel ilkelerinden hak ve nesafet ilkesini zedelediği, zamanaşımı müessesesini işlemez hale getirdiği, idarenin geç işleyişinden kaynaklanan gecikme sebebiyle mükelleflerin fazladan gecikme faiziyle karşı karşıya kaldığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu*” ileri sürülmüştür.

“Zamanaşımı Süreleri” başlıklı VUK 114.maddesine göre; “*Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar.*”

Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkur komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren işlemeye devam eder”.



“Değerlendirme” bölümünde ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere, vergi hukukunda tarh zamanaşımı süresinin durduran nedenlerden birisi olan, “takdir komisyonuna başvurulması” hali, mükellef açısından, gecikme faizi ödeme yükümlülüğü getirmesi nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Çünkü, re’sen vergi matrahı takdirinde bulunmaya yetkili takdir komisyonu, matrah tespitine dair raporunu vergi dairesine gönderdikten sonra, komisyonda geçen süre boyunca duran zamanaşımı süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder. Fakat vergi dairesi ancak takdir komisyondan gelecek rapora istinaden tarhiyat işlemini yapacağından, komisyonda geçen süre boyunca işlem yapılmamakta, sözkonusu işlem yapılmayınca da tebligat ve tahakkuk aşamaları gecikmekte, bu süre boyunca vergi borcuna, normal vade tarihinden tahakkuk tarihine kadar gecikme faizi işletilecektir. Bu nedenle, VUK 114/2 hükmünün, Anayasa’nın 2.maddesinde; *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir”* şeklinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesine aykırılığı iddia edilmiş ve AYM sözkonusu yasa maddesini bu çerçevede değerlendirmiştir.

**1.3. AYM Kararı:** AYM, iptali istenen VUK 114/2 düzenlemesi ile ilgili olarak, değerlendirmesini, Anayasa’nın 2.maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesi çerçevesinde yaparak, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisi olan hukuki güvenlik ve bunun uzantısı olarak ortaya çıkan belirlilik ilkesini; *“...Vergilemede belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerektirir. Vergilendirme mükellefler yönünden güvensiz bir sisteme dönüşmemelidir”* şeklinde ifade ettikten sonra, zamanaşımı süresi ile ilgili belirlilik nitelendirmesini şöyle yapmıştır: *“...Yasakoyucu, zamanaşımının amacını gözönünde tutarak olayın niteliği ve önemi ile borçlu ve alacaklıların durumuna göre uygun göreceği zamanaşımı sürelerini öngörürken hukukun genel esaslarına ve özellikle Anayasa’nın ilkelere bağlı kalmak zorundadır”*.

AYM’nin, zamanaşımı ile ilgili değerlendirmesinde kullandığı bir başka ölçüt ise, yasallık ilkesi olmuştur. Mahkeme, vergi ile ilgili yasallık tespitinde kullandığı temel ölçü normunu, bu kararında da kullanmış ve *“...zamanaşımı, vergilendirmenin temel öğeleri arasındadır ve süre geçmesi suretiyle vergi alacağının kalkması sonucunu doğurur. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını*



etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım gibi vergilendirmenin temel öğelerinden olan zamanaşımının da yasalarla belirlenmesi gerekir" ifadesinden sonra şu önemli değerlendirmeyi yapmıştır: "...Zamanaşımı hükümlerindeki açıklık, sadece zamanaşımı süresinin, başlangıç ve bitişinin yasada gösterilmesiyle kendisini göstermez. Vergilemede hukuksal kararlılığın sağlanması amacıyla getirilen zamanaşımını durduran nedenlerle, durma süresinin ve duran zamanaşımının işlemeye başlama tarihinin de açık, belirgin, somut ve öngörülebilir olması, keyfiliğe izin vermemesi yasallık ve hukuk devleti ilkesinin gereğidir".

İptali istenen yasa hükmü ile ilgili bir başka değerlendirme ise, vergi matrahı tespitine dair raporu hazırlayan takdir komisyonu kararının verilmesinde "herhangi bir süre öngörülmemiş olması" çerçevesinde yapılmış ve şu ifadeye yer verilmiştir: "...vergi dairesince takdir komisyonuna başvuru yapıldıktan sonra matrahın tespiti, buna ilişkin kararın oluşturulması ve kararın gönderilmesinde bir süre öngörülmemekte, çalışma süresi tamamen komisyonun takdirine kalmaktadır. Ancak, zamanaşımının durmasının süreyle sınırlandırılmaması, vergi mükellefleri önünden uygulamada keyfiliğe, haksızlığa, eşitsizliğe yol açacak sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

İtiraz konusu kuralın ikinci tümcesinde, duran zamanaşımının işlemeye başlaması, ilgili takdir komisyonu kararının vergi dairesine tevdiine bağlanmıştır. Takdir komisyonu kararının tevdi, bu komisyonun çalışma ve kararını oluşturarak tamamlama süresine bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bu durum, duran zamanaşımının yeniden işlemeye başlama süresini, yükümlü yönünden öngörülemez hale getirmektedir.

Zamanaşımının durma süresinin belirsizliği, makul ve adil bir sürenin bulunmaması, vergi dairesince matrah takdiri için başvurunun sırf zamanaşımını durdurmak için keyfi olarak kullanılmasında güvence sağlamayacağı gibi yükümlüye vergi tahsilâtının geciktiği süre kadar gecikme zammı ve faizi uygulanacak olması da yükümlünün vergi yükünü artırarak haksız sonuçlar doğmasına neden olabilir".

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda da, "itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline" karar verilmiş; ancak AYM üyesi, Şevket APALAK, bu karara katılmayarak karşı oy kullanmıştır.



**1.4. Karşı Oy:** AYM üyesi Şevket Apalak, aşağıda yer alan görüşünü ifade ederek, “karşı oy” kullanmıştır:

“...Takdir komisyonlarına vergi matrahının belirlenmesi için yapılacak başvurularda vergi idaresinin görevi kesilmekte, kendi kararları yönünden özgür bir birimin işlevi başlamaktadır. Takdir komisyonları vergi işlemlerini başlatan salan ve tebliğ eden bir idare olmadığından, görevleri bunlar dışında gelişir. Gerçekten de vergi alacağına doğduğu yılı izleyen beş yıl içinde tebliğ edilmeyen vergilerin zamanaşımına uğraması konusunda egemen olan ölçüt “tebliğ” olgusu olduğuna, tebliğ de vergi idaresinin göreviyle ilgili bulunduğuna göre, vergi dairesinin görevinin kesildiği zamanda, zamanaşımın da kesilmesi doğal bir hukuksal sonuçtur.... Takdir komisyonlarına karar verme süresinin tanınmamış olması, vergi görevinin akışındaki tutarlılığı da etkilemeyecektir....Öte yandan, kural, herkesin mali gücüne karşı vergi ödemesini zorunlu kılan Anayasa'nın 73. maddesiyle de tam uyum içinde olduğu gibi hukuk devletine aykırılığı da söz konusu değildir. Çünkü zamanaşımına ilişkin kural açık, belirgin ve somuttur. Kuralın öngördüğü zamanaşımı verginin tebliği, yani vergi idaresinin işleviyle bağlantılı olduğundan, başka bir konumu olan takdir komisyonuna ilişkin olarak zamanaşımı kurumunun kapsamını genişletmek, bu haliyle zamanaşımı kurumunun söz ve özülle ördüğü yapının amaç ve felsefesiyle bağdaşmayacaktır”.

## 2. Yasa Maddesinin Değerlendirilmesi

AYM, iptali istenen yasa hükmü ile ilgili Anayasa'ya aykırılık iddiasını, “hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri olan hukuk güvenliği ve belirlilik” ilkeleri çerçevesinde değerlendirmiştir. Kararın gerekçelerini incelemeye başlamadan önce, iptali istenen VUK 114/2 hükmü çerçevesinde, zamanaşımı kavramını ve zamanaşımı süresine bağlı olarak tahakkuku geciken vergi borçlarında mükellefin gecikme faizi ödeme yükümlülüğünü, vergi hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde açıklayalım.

**2.1. Vergi Hukukunda Zamanaşımı:** Vergilendirme süreci, vergiyi doğuran olay ile başlar ve tarh, tahakkuk, tebliğ ve tahsil ile sona erer<sup>2</sup>. Yine vergi hukukunda bu sürece ilişkin yasalarla belirlenmiş olan süreler, VUK

<sup>2</sup> Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, 17.Bası, Ankara, Ekim 2009, s. 87-109, Saban Nihal, Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 5.Bası, 2009, s. 129-145.



18.maddesine göre hesaplanır. Süreler ile ilgili önemli düzenlemelerden biri de zamanaşımı süreleri olup, zamanaşımı, alacak hakkının, belli bir süre kullanılmaması yüzünden “dava edilebilme” niteliğinden yoksun kalmasını ifade ederken, vergi hukuku alanına geçtiğimizde ise VUK 113.madde hükmüne göre<sup>3</sup>, sürenin geçmesi suretiyle vergi alacağının kalkması olarak tanımlanır<sup>4</sup>.

Vergi hukukunda tarh zamanaşımı ve tahsil zamanaşımı olmak üzere iki çeşit zamanaşımı süresi vardır. Bunları diğer hukuk alanlarıyla yakınlıkları çerçevesinde değerlendirecek olursak; tarh zamanaşımının, dava zamanaşımına, tahsil zamanaşımı ise ceza zamanaşımına benzediğini söyleyebiliriz<sup>5</sup>.

**2.1.1. Tahsil Zamanaşımı:** Tahsil zamanaşımı, VUK’da değil, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)’un 102.maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “*Amme alacağı, vadesinin rasladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar. Para cezalarına ait hususi kanunlardaki zamanaşımı hükümleri mahfuzdur.*”

*Zamanaşımından sonra mükellefin rızaen yapacağı ödemeler kabul olunur”.*

Aynı Kanun’un 104.maddesinde de; “*Borçlunun yabancı memlekette bulunması, hileli iflas etmesi veya terekesinin tasfiyesi dolayısıyla hakkında takibat yapılmasına imkan yoksa bu hallerin devamı müddetince zamanaşımı işlemez.*”

*Zamanaşımı, işlememesi sebeplerinin kalktığı günün bitmesinden itibaren başlar veya durmasından evvel başlamış olan cereyanına devam eder”* denilmek suretiyle tahsil zamanaşımının hangi hallerde duracağı belirtilmiştir.

Tahsil zamanaşımına uğrayan vergi borcu, tabii borç haline gelir. Yani, mükellef isterse sona eren borcunu ödeyebilir ve vergi dairesi bu ödemeyi kabul eder<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> VUK 113; “*Zamanaşımı, süre geçmesi suretiyle vergi alacağının kalkmasıdır.*”

*Zamanaşımı, mükellefin bu hususta bir müracaatı olup olmadığına bakılmaksızın hüküm ifade eder”.*

<sup>4</sup> Saban, s. 149.

<sup>5</sup> Saban, s. 149.

<sup>6</sup> Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, 23.Bası, Seçkin Yayınları, Ocak 2010 , s. 113.



**2.1.2. Tarh Zamaşıımı:** İnceleme konumuz açısından asıl önemli olan tarh zamaşıımı ise, VUK 114.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*Vergi alacağını doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamaşıımına uğrar*”.

Yasa hükmünden açıkça anlaşılacağı gibi, tarh zamaşıımı süresinin başlangıcı, vergiyi doğuran olaya bağlanmıştır<sup>7</sup>. Örneğin; 2005 yılında elde edilen bir gelirin vergisinin zamaşıımına uğraması için, 2006 takvim yılının 1 Ocak gününden, 31 Aralık 2010 tarihine kadar tarh ve tebliğ edilmemiş olması gerekir.

VUK ve AATUHK, zamaşıımı süresine dair düzenlemelerle birlikte hangi hallerde bu sürelerin “duracağına” ve “kesileceğine” dair düzenlemelere de yer vermiştir. Zamaşıımı süresinin durması ile kesilmesi arasındaki en önemli fark, durmadan ve kesilmeden önce geçen sürelerin hesaba katılıp katılmaması ile ilgilidir. Durmada, geçen süreler daha sonra hesaba dahil edilmekte; kesilmede ise, geçen süreler silinmekte, zamaşıımı daha sonra yeniden sıfırdan işlemeye başlamaktadır<sup>8</sup>. Alacaklının alacağını izleme olanağının kalmaması veya bunun çok zor olması halinde zamaşıımı süresi durur; sürenin işlemesine engel durumun kalkmasıyla kaldığı yerden işlemeye başlar<sup>9</sup>.

Ancak VUK, tarh zamaşıımının kesilmesine dair bir düzenleme içermektedir. Yani, tahsil zamaşıımında olduğu gibi, tarh zamaşıımında süreyi kesen ve ortadan kalktıktan sonra sürenin başından itibaren yeniden hesaplanmasını gerektirecek bir işlem bulunmamaktadır. Tarh zamaşıımı bakımından sadece “zamaşıımını durduran nedenler” kabul edilmiştir. Bunlardan birisi, VUK 15.maddesinde yer alan mücbir sebepler<sup>10</sup>, diğeri de AYM kararına konu olan VUKK 114/2 hükmünde yer alan “takdir komisyonuna başvurulmasıdır”.

Vergi dairesinin matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurması ile duran zamaşıımı, dosyanın takdir komisyonunda kaldığı sürece işlemez; ancak takdir komisyonu kararının vergi dairesine gelmesini izleyen günden itibaren

<sup>7</sup> Tarh zamaşıımı süresinin başlangıç tarihinin vergiyi doğuran olaya bağlanmasının iki istisnası vardır. Veraset ve İntikal Vergisi 20.maddesi ve Emlak Vergisi Kanunu 40.maddesi.

<sup>8</sup> Bilici, s. 113.

<sup>9</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 136.

<sup>10</sup> VUK 15: “13.maddede yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar süreler işlemez”.



yeniden işlemeye devam eder. Takdir komisyonu kararının zamanaşımı süresinin dolmasından önce veya bu süre dolduktan sonra vergi dairesine gelmesi arasında herhangi bir fark bulunmayıp, her iki durumda da zamanaşımı, takdir komisyonunda geçen süre kadar duracaktır<sup>11</sup>.

İlk bakışta mükellef lehine bir hüküm olarak görülen zamanaşımı düzenlemesinde, "takdir komisyonuna müracaat edilmesi ile sürenin duracağına" dair hüküm, vergi alacağında tahakkuk süresini belirsiz bir süre için geciktireceğinden, mükellef aleyhine gecikme faizi ödeme borcunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

**2.2. Gecikme Faizi:** Vergi kanununa göre doğan vergi alacağını, dava açılması veya dava açılmadığı halde vadesinde ödenmeyerek geç tahakkuk etmesi nedeniyle, daha ileri bir tarihte almak durumunda kalan devlet, ekonomik anlamda bir kayba maruz kalması ve zamanında beyan edilmeyen ve ödenmeyen vergi suretiyle haksız olarak devletin parasının uzun süre kullanılması karşılığının alınması, hukuk düzeninin bir gereğidir<sup>12</sup>.

"Devletle vergi yükümlüsü arasındaki borç alacak ilişkisinde, devlet lehine bir dizi zarar tazmin/telafi mekanizması doğal olarak hukuk sisteminde yer almıştır. Vergi yükümlüsünün devlete (topluma) ödemeyerek kullandığı para için devlet -esasen toplum- lehine oluşturulan telafi mekanizmaları hukuken meşrudur ve kamu yararına hizmet eder"<sup>13</sup>. Bu telafiyi sağlayan yükümlülük ise, gecikme faizi olup, VUK 112.maddesine göre; "1. İkmalen, re'sen veya idarece tarh olunan vergiler taksit zamanlarından evvel tahakkuk etmişse taksit süreleri içinde; taksit süreleri kısmen veya tamamen geçtikten sonra tahakkuk etmişse; geçmiş taksitler, tahakkuk tarihinden başlayarak bir ay içinde ödenir.

2. Memleketi terk ve ölüm gibi mükellefiyetin kalkmasını mucip haller dolayısıyla beyan üzerine tarh olunan vergiler, beyanname verme süreleri içinde ödenir. Mükellefin, vadeleri mezkûr süreden sonra gelen vergileri de aynı süre içinde alınır.

<sup>11</sup> Arslan Mehmet, Vergi Hukukunda Zamanaşımı, Yaklaşım Yayıncılık, 2007, s. 138.

<sup>12</sup> Kumrulu Ahmet, "Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IL, Sayı. 1-4, Ankara 1989 s. 240.

<sup>13</sup> Yalıtı Billur, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları- Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/ Değer Kayıpları", Vergi Dünyası, Sayı: 310, Haziran 2007, 23.



*Memleketi terk edenlerin, ölenlerin veya benzeri haller dolayısıyla mükellefiyetleri kalkanların ikmalen, re'sen veya idarece tarh olunan vergileri tahakkuk tarihinden başlayarak bir ay içinde ödenir.*

*Bu fıkroda yazılı tahsil süreleri Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun mucibince teminat gösterildiği takdirde, Vergi Kanunu ile belli taksit zamanına kadar ve taksit zamanı geçmiş ise üç ay uzatılır.*

*3. Vergi mahkemesinde dava açma dolayısıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin 3 numaralı fıkrası gereğince tahsili durdurulan vergilerden taksit süreleri geçmiş olanlar, vergi mahkemesi kararına göre hesaplanan vergiye ait ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir. Ayrıca ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda:*

*a) Dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar;*

*b) Dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, yargı organı kararının tebliği tarihine kadar;*

*Geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır. Gecikme faizi de aynı süre içinde ödenir. Gecikme faizinin hesaplanmasında ay kesirleri nazara alınmaz.*

*Uzlaşılın vergilerde gecikme faizi; uzlaşılın vergi miktarına, (a) fıkrasında belirtilen tarihten itibaren uzlaşma tutanağının imzalandığı tarihe kadar geçen süre için uygulanır.*

*Dava açılması nedeniyle tahsili duran vergi ve cezalar mükellefler tarafından istenildiği takdirde davanın devamı sırasında da kısmen veya tamamen ödenebilir.*

*4. Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz.*



120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir.

5. İhtirazi kayıtlarla beyan edilip ödendikten sonra yargı kararına göre iade edilip yine yargı kararı uyarınca tahsili gereken vergilere, iade tarihinden yargı kararının vergi dairesine tebliği tarihine kadar geçen süre için bu maddede yer alan esaslar dahilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında gecikme faizi hesaplanır".

Yukarıdaki hükmün incelenmesinden, gecikme faizinin, sadece re'sen, ikmalen ve idarece tarh edilen vergiler için uygulama alanı bulunduğunu<sup>14</sup> görmekteyiz.

Beyannamesini vaktinde ve doğru şekilde vererek, vergisini vaktinde tahakkuk ettiren mükellefler, eğer vergi borcunu vadesinde ödemezler ise, gecikme zammı uygulanır. Gecikme faizi ise, beyanda bulunmayan veya eksik beyanda bulunan mükelleflerden, vergisini doğru ve tam olarak tahakkuk ettirmemiş olmaları dolayısıyla alınmaktadır<sup>15</sup>.

Gecikme faizi, normal zamanında tarh ve tahakkuk ettirilmemiş (dolayısıyla ikmalen, re'sen ve idarece tarh edilen) vergilerin, normal vade tarihlerinden, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar geçen süre için yürütülmektedir ve vergi aslına uygulanacak olan gecikme faizi miktarı, normal vadeden, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar yürürlükte olan oranlar uygulanarak hesaplanmaktadır. Yani gecikme faizi, mükellefçe tarh ve tahakkuku zamanında yaptırılmayan verginin ait olduğu yıla ilişkin normal vade tarihinden, tahsil edilebilir hale geldiği tarihe kadar, geçen zaman dilimi için uygulanmaktadır<sup>16</sup>.

**2.3. Takdir Komisyonları:** Vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarıyla belirtilen matrah veya matrah farkı kısmı üzerinden verginin tarh olunmasına, re'sen tarhiyat denilmektedir (VUK 30). Takdir Komisyonlarının oluşumu ve görevlerine dair düzenlemeler ise VUK 72-76.maddeleri arasında düzenlenmiş olup, komisyon,

<sup>14</sup> Sonsuzoğlu Elif, Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 75.

<sup>15</sup> Sonsuzoğlu, s. 75.

<sup>16</sup> Sonsuzoğlu, s. 83.



kendilerinden istenen matrah takdirini yapar<sup>17</sup>; ancak matrah takdiri için ne kadar bir süre içerisinde dosyayı inceleyerek vergi dairesine tevdi etmeleri gerektiğine dair hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

### 3. Kararın Değerlendirilmesi

Yukarıdaki bölümde iptali istenen "takdir komisyonuna başvurulması ile zamanaşımı süresinin duracağına" dair VUK 112/4 hükmünün içeriği ve bu hükmü Anayasa'nın 2.maddesinde belirtilen hukuk devleti ve buna bağlı hukuki güvenlik ile yasallık ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal eden AYM'nin kararı belirtilmiş olup, bu bölümde ise AYM kararının gerekçeleri incelenecektir.

Vadesinde beyan edilmeyen veya ödenmeyen vergi alacağına dair yapılacak re'sen tarhiyatta matrah tespiti için dosyanın takdir komisyonuna gönderilmesi ile zamanaşımı süresi durur ve takdir komisyonunun matrah tespiti kararının tevdi tarihine kadar süre işlemez ve vergi alacağı tahakkuk etmez; yani ödenebilir aşamaya gelmez. Burada mükellef aleyhine temel sorun ise, verginin normal vade tarihinden tahakkuk tarihine kadar geçecek süre için gecikme faizi ödemek zorunda olmasıdır ve VUK, bize matrah tayini yapılmak üzere komisyona gönderilen bir dosyanın ne kadar bir süre sonra vergi idaresine tevdi edilmesi gerektiğinin cevabını vermez. Dolayısıyla hakkında matrah takdiri için takdir komisyonuna başvuru mükellefin, ne kadar bir süre için, gecikme faizi ödeyeceğini önceden bilme imkanı yoktur.

AYM'nin, iptal gerekçesinde; "...Vergilemede belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerektirir. Vergilendirme mükellefler yönünden güvensiz bir sisteme dönüşmemelidir....Takdir komisyonu kararının tevdi, bu komisyonun çalışma ve kararını oluşturarak tamamlama süresine bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bu durum, duran zamanaşımının yeniden işlemeye başlama süresini, yükümlü yönünden öngörülemez hale getirmektedir" şeklindeki değerlendirmesi, vergi hukukunda hukuki güvenlik ilkesine dayanmaktadır. Hukuk devletinin bir sonucu olan hukuki güvenlik ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden

<sup>17</sup> Saban, s. 136.



bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre güvenle düzenlemesi anlamına gelir ve kişilerin geleceğe yönelik planlarını yapmalarını sağlarken, vergilendirmede keyfilik de önemli ölçüde önlenebilecektir<sup>18</sup>. Hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkelerinden biri olan “belirlilik” ise, vergilerin miktarlarının, tarh ve tahsil zamanlarının ve biçimlerinin hem idare, hem de kişiler yönünden belli ve kesin olması anlamına gelir. Vergilerle ilgili kurallar ve işlemler açık ve anlaşılabilir olduğu ölçüde keyfilik önlenecektir<sup>19</sup>. Bir başka deyişle, vergi yükümlülerinin hukuki güvenliklerinin sağlanabilmesi için mutlaka kişisel vergi yükünün açık olarak önceden hesaplanabilmesi ve tahmin edilebilmesi gerekir<sup>20</sup>.

VUK 114/2 düzenlemesinde ise, mükellef, vergi borcunun tahakkuk tarihini ve tam olarak ödemesi gereken vergi miktarını bilememektedir. Uygulamada, vergi idaresinin, zamanaşımı süresinin dolmasına az bir zaman kalmış olan mükellefin dosyasını komisyona göndermek suretiyle, zamanaşımı süresini durdurarak, alacağı tahsil anlamında idareye zaman kazandırabilmesi ve matrah tayini yapmakla görevli olan takdir komisyonunda dosyanın kalacağı süreye dair hiçbir yasal hüküm bulunmaması nedeniyle “takdir yetkisi” adı altında, keyfi uygulamalar yapmasına neden olabilmektedir.

Oysa idarenin takdir yetkisi, hukuk kuralları içinde serbestçe hareket edebilmesidir<sup>21</sup> ve kaynağını ve varlık sebebini hukuk devletinden alır<sup>22</sup>. Hukuk devleti ilkesi ise, bütün devlet organları gibi idarenin de hukuka bağlılığını gerektirir ve takdir yetkisinin yasal açıdan sınırlandırılması yönünde bir etki yapar<sup>23</sup>.

Takdir komisyonlarınca verilen takdir kararları, idareye tanınan takdir yetkisi çerçevesinde kalmakla birlikte, bu durum, komisyonun istediği süre içerisinde ve keyfi bir şekilde karar verebileceği anlamına gelmez<sup>24</sup>.

Kaldı ki, vergilendirme ile temel hak ve özgürlüklere müdahale edildiği için zaten “Anayasa 13.maddesi gereğince kanunla düzenlenmesi gerekliliği ile

<sup>18</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 45-46.

<sup>19</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 46.

<sup>20</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 46.

<sup>21</sup> Gerçek Adnan, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık Ankara, 2006, s. 14.

<sup>22</sup> Gerçek, s. 22.

<sup>23</sup> Gerçek, s. 53.

<sup>24</sup> Gerçek, s. 137.



yetinmeyerek, kanunilik ilkesine ayrıca vergi bakımından Anayasa'da ayrıca açıkça yer veren ve yasallık ilkesini vergilendirme alanında çok daha katı bir şekilde uygulamayı hedefleyen bir hukuk devletinde kanun koyucunun vergi idaresine bilinçli bir şekilde sınırsız takdir yetkisi ile donatmak istediğini düşünebilmek mümkün değildir"<sup>25</sup>.

Bu nedenle de AYM 'nin kararının gerekçesinde belirtilen "zamanaşımı durma süresinin belirsizliği nedeniyle hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu" saptaması hukuka uygun ve iptal kararı da yerinde bir karar olmuştur.

Karara dayanak oluşturan bir başka ilke ise yasallık ilkesi olup, bu ilke hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile bağlantılı olarak açıklanmıştır. AYM, kararında verginin yasallığı ilkesini; "*vergi kurumunun hukuksal yapısının temel koşulu olup oranının, salınma biçiminin, alınma zamanının yönetim ve yükümlüler bakımından belirginliğine dayanır*" şeklinde ifade etmiş ve "*“Zamanaşımı hükümlerindeki açıklık, sadece zaman aşımı süresinin, başlangıç ve bitişinin yasada gösterilmesiyle kendisini göstermez. Vergilemede hukuksal kararlılığın sağlanması amacıyla getirilen zaman aşımını durduran nedenlerle, durma süresinin ve duran zaman aşımının işlemeye başlama tarihinin de açık, belirgin, somut ve öngörülebilir olması, keyfiliğe izin vermemesi yasallık ve hukuk devleti ilkesinin gereğidir*" görüşüne yer vermiştir.

Verginin yasallığı ilkesinin, yasal temeli Anayasa'nın 73/3 maddesinde yer alan; "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*" hükmüdür.

Bir verginin yasa ile konulmuş sayılması için konu, matrah, oran, tarh, tahakkuk, zaman aşımı gibi verginin kurucu öğelerinin belirlenmiş olması gerekir ve bu kurucu unsurları içermeyen bir düzenleme, biçimsel anlamda vergi yasası adını taşısa bile, maddi anlamda vergi yasası olarak nitelendirilmeyecektir"<sup>26</sup>. Hukuk devletinin faaliyetlerini yerine getirirken, mükellefe yükleyeceği sorumluluğun sınırı, verginin yasallığı ilkesi ile çizilmektedir"<sup>27</sup>. Bunun sonucu olarak, yasallık ilkesi gereği, her şahsın ödemekle yükümlü olduğu vergi kesin olmalı,

<sup>25</sup> Başaran Yavaşlar Funda, "Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun mu?", Vergi Sorunları, Sayı: 257, Şubat 2010, s. 173.

<sup>26</sup> Saban, s. 51.

<sup>27</sup> Güneş Gülşen, Verginin Yasallığı İlkesi, Alfa Yayınları, Temmuz 1998, s. 110.



isteğe bağlılığa (keyfilığe) yer vermemelidir. Ödemeyi yapan kimse için ve diğer tüm kişiler için ödeme zamanı, ödeme şekli, ödenmesi gereken miktar açık ve belli olmalıdır<sup>28</sup> ve vergi yükümlüsüne doğan vergi yükümlüğünü, doğuş zamanı, miktar, ödeme şekli, vade gibi yönlerden kesin olarak hesaplanabilme olanağı verilmelidir<sup>29</sup>.

O halde mükellefin vergiyi doğuran olayla birlikte devletle arasında kurulan kamusal borç ilişkisinden kaynaklanan vergi borcu, sadece Anayasa'ya uygun kanuni düzenlemeler çerçevesinde ortaya çıkan miktarla sınırlı olduğundan bu sınırı aşan miktarda vergi, hukuka aykırı bir varlık aktarımıdır. Dolayısıyla böyle bir durum, verginin mali güçle orantılı olması ilkesine aykırıdır ve bu ilkenin ihlaline bağlı olarak, burada mülkiyet hakkının ihlali de gündeme gelmektedir<sup>30</sup>.

Hangi nedene dayalı olursa olsun, hukuken öngörülme-yen bir verginin ya da hukuken öngörülenden daha fazla miktardaki verginin tahsilinin mükellef bakımından anlamı, onun malvarlığında bu miktar kadar hukuka aykırı azalma<sup>31</sup> ve mülkiyet hakkına müdahaledir<sup>32</sup>.

Sonuç itibariyle AYM'nin iptal kararını yasallık ilkesi çerçevesinde değerlendirdiğimizde de yine hukuka uygun ve yerinde bir karar olduğunu söyleyebiliriz.

Tüm bu saptamalardan sonra, belirtilmesi gereken bir başka önemli husus ise vergide eşitlik/verginin mali güçle orantılı olması ilkesidir.

AYM kararında; "...zamanlaşımının durmasının süreyle sınırlandırılmaması, vergi mükellefleri yönünden uygulamada keyfilığe, haksızlığa, eşitsizliğe yol

<sup>28</sup> Güneş, s.17

<sup>29</sup> Güneş, s. 55.

<sup>30</sup> Başaran Yavaşlar, "Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz", Vergi Dünyası, Sayı: 316, Aralık 2007, s. 85.

<sup>31</sup> Başaran Yavaşlar, s. 85,86. Ayrıca mükellefin malvarlığındaki azalmanın içeriği için bkz. s. 86,87.

<sup>32</sup> Mülkiyet hakkı ve mülkiyet hakkına müdahale için bkz., Başaran Yavaşlar, s. 85 vd., Yalıtı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 43 vd., Başaran Yavaşlar Funda, "Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır", Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Editör: Ulusan İlhan/ Öztürk Bahri, Ankara 2009, s. 147 vd.



*açacak sonuçlar doğurabilecek niteliktedir*" görüşüne yer vermiş; ancak eşitlik ile ilgili herhangi bir ölçümleme yapmamıştır.

Anayasa 73/1'e göre; "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür". Bu hüküm ile vergi yükü, mali güç ölçütüne bağlanmıştır ve mali güç, anayasal bir vergi ölçütüdür. Buna göre, vergilendirmede eşitlik, aksini haklı kılan bir neden olmadıkça, mali gücü aynı olanların aynı, farklı olanların farklı vergi ödemesidir<sup>33</sup>.

Mali gücü aynı olanların aynı vergi ödemelerinin istisnası AYM kararlarında "haklı neden" olarak belirtilmiştir<sup>34</sup> ve farklılaştırmada kullanılan ölçüt ise "ölçülülük" ilkesidir. Ölçülülük ilkesi, üç unsur içermektedir: Elverişlilik (alınan tedbirle istenilen sonuca ulaşılmaya elverişli olması), gereklilik (güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından en az müdahalede bulunan araçla erişilmesi) ve orantılılıktır (araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir oran bulunması)<sup>35</sup>.

Bu ilke çerçevesinde AYM kararına konu olan hükmü incelediğimizde; beyan etmedikleri vergi miktarı aynı olan mükelleflerin dosyalarının takdir komisyonlarında farklı sürelerde kalması halinde, her biri için vergi, farklı zamanlarda tahakkuk edecek ve her biri farklı miktarlarda gecikme faizi ödeyecektir. Ve mali gücü aynı olan mükellefler arasında, katlanacakları vergi yükünün farklılaştırılması, elverişli, zorunlu ve orantılı yani ölçülü olmadığı için, vergide eşitlik/verginin mali güçle orantılı olması ilkesine aykırılık teşkil edecektir ve AYM kararında bu hususların belirtilmemiş olması büyük bir eksikliklerdir.

AYM, kararında sadece hukuki güvenlik, belirlilik ve yasallık ilkelerine değinirken temel gerekçesini; "takdir komisyonlarında geçen sürenin belirsizliği" üzerinden kurgulamıştır. Ve yasakoyucu, sözkonusu iptal kararından sonra "6009 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"<sup>36</sup> un 8.maddesi ile "takdir ko-

<sup>33</sup> Ateş Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Derin Yayınları, İstanbul 2006, s. 4.

<sup>34</sup> Ateş, s. 122. Haklı neden kavramı ile ilgili AYM kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Yalıtı Soydan Billur, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak", XI-II.Türkiye Maliye Sempozyumu, "Anayasal Mali Düzen", Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No:12, s. 88 vd.

<sup>35</sup> Ateş, s. 125 vd.

<sup>36</sup> RG: 01.08.2010, 27659.



misyonlarının raporunu hazırlayarak vergi dairesine tevdi edeceği süreye ait üst sınır öngören” bir düzenleme yapmıştır. 8.madde hükmü şöyledir:

“213 Sayılı Kanununun 114 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması, zamanaşımın durdurur. Duran zamanaşımı mezkur komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak işlemeyen süre her hal ve takdirde bir yıldan fazla olamaz”.

Oysa AYM, iptal kararının gerekçesinde temel ölçümlemeyi “verginin mali güçe orantılı olması” ilkesi çerçevesinde yapmış olsa idi, asıl hukuki sorunun dosyanın takdir komisyonunda kaldığı süre değil, bu süre nedeniyle aynı mali güce sahip mükelleflerin katlanacakları vergi yükünün farklı olacağı ve bu farklılaştırmanın da “ölçülü” olmadığı görülebilecekti.

6009 Sayılı Yasa ile getirilen hüküm ise, vergi mükellefinin lehine bir düzenleme olmaktan halen çok uzaktır ve ancak “takdir komisyonunda geçen ve zamanaşımını durduran süre içerisinde mükellefe gecikme faizi yüklenemeyeceğine” dair bir düzenleme yapılması ile hukuka uygun hale gelecektir.



# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ “(Perez/Fransa Kararı<sup>1</sup>)” İNCELEMESİ

Ar. Gör. Gülfem PAMUK\*

## I. Giriş

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, hem hukuki hem de cezai uyumsuzluklara ilişkin yargılamalarda uygulama alanı bulmaktadır. Şöyle ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkrası sadece ceza yargılamasında uygulanabilecek nitelikte iken, 6. maddenin 1.fıkrası<sup>2</sup> hem hukuki, hem de cezai uyumsuzluklara uygulanır<sup>3</sup>.

Her suç aynı zamanda bir haksız fiildir ve suç mağduru aynı zamanda haksız fiil mağdurudur. Özel hukuk kapsamında haksız fiilden zarar gören kişinin bu fiilden doğan zararlarının tazminini istemesi mümkündür. Kural olarak bu hak talebinden doğan uyumsuzluklar hukuki nitelikte uyumsuzluklardır. Ancak bu tür hukuki uyumsuzluklar temelde ceza uyumsuzluğundan doğduğu için ceza mahkemelerinin yargı görevi kapsamına da alınabilirler. Diğer taraftan mağdur, hiçbir medeni hak talebinde bulunmadan şüpheli veya sanığın cezalandırılması

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Perez/ Fransa Kararı, Başvuru No: 47287/99, 12 Şubat 2004.

<sup>2</sup> “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davalının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir”.

<sup>3</sup> Prof.Dr. Christoph Grabenwarter, “ Yargılanma Güvenceleri- Adil Yargılanma Hakkı (İHAS md.6)”, Çev. Yrd. Doç.Dr.Osman Can, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof.Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Bölüm 7, 183.



sürecine iddia makamı ile birlikte katkıda bulunmak isteyebilir, diğer bir söyleyişle ceza muhakemesine katılabilir.

Adil yargılanma hakkı, sadece şüpheli ve sanığa özgülenmiş bir hak değildir. Suçtan zarar gören kişiler de, adil yargılanma hakkı kapsamında medeni hak ve yükümlülüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>4</sup>'ne başvuruda bulunabilirler.

'Mağdur' kavramı, Mahkeme'ce iç hukukta karşılık bulduğu anlamdan bağımsız olarak yorumlanmaktadır. Bu kapsamda Mahkeme'ye göre kişinin mağdur sayılabilmesi ve Sözleşme'den doğan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini Mahkeme önünde ileri sürebilmesi için, dava açma konusunda menfaatinin bulunması veya hukukî işlem yapmaya ehil olması gerekmektedir<sup>5</sup>. Mağdur sıfatını almak için muhakkak bir zarara uğramış olmak gerekmez<sup>6</sup>. Ayrıca, uyumsuzluğa konu olan eylem veya ihmal (suç veya haksız fiil) başvuru kuralı olarak doğrudan etkilemiş olmalıdır<sup>7</sup>. Ancak Mahkeme bazı durumlarda, doğrudan mağdur olmayan ancak "potansiyel mağdur" olarak görülen kişilerin de başvurusunu kabul etmiştir<sup>8</sup>. Benzer şekilde, doğrudan mağdurla başvuru arasında özel bir bağ mevcutsa, Mahkeme iddia edilen ihlalden doğrudan etkilenmemiş olan dolaylı mağdurların da başvurusunu kabul edebilmektedir<sup>9</sup>.

Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisinin karşılığı, iç hukukta çoğunlukla "şüpheli veya sanık" sıfatını taşıyan kişi olmaktadır<sup>10</sup>. Aşağıda incelediğimiz

<sup>4</sup> Bundan böyle "Mahkeme" olarak kısaltılacaktır.

<sup>5</sup> Bkz: Gorraiz Lizarraga ve diğerleri/İspanya, No: 62543/00, § 35.

<sup>6</sup> Bkz: Marckx/Belçika, 13 Haziran 1979, Seri A No: 31, § 27, Inze/Avusturya, 28 Ekim 1987, Seri A No: 126, § 32.

<sup>7</sup> Amuur/Fransa kararı, 25 Haziran 1996, 1996-III, § 36.

<sup>8</sup> Klass ve diğerleri/Almanya, 6 Ekim 1978, Seri A No: 28, § 34, Soering/Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989, Seri A, No: 161), Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda, 29 Ekim 1992, Seri A No: 246-A, § 44.

<sup>9</sup> <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DBA146DD-9DF8-4F1A-9384->

Mağdurun eşinin başvurusu; 27 Eylül 1995 tarihli Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı. Ölmüş bir kişinin akrabasının başvurusu; 2 Eylül 1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararı. Gözaltında kaybolan bir kişinin annesinin başvurusu; 25 Mayıs 1998 tarihli Kurt/Türkiye kararı. Kaybolan bir şahsın kardeşinin mağdur sayılmaması hakkında; 8 Temmuz 1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararı.

<sup>10</sup> Madde 34 – Bireysel Başvurular: İşbu Sözleşme ve protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmecî Taraflar'dan biri tarafından ihlali sonucunda mağdur olduğu iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir.



Perez/Fransa kararında ise başvuru iç hukuk yargılamasında “mağdur” sıfatını taşıyan kişidir. İç hukuk bakımından mağdur sıfatını taşıyarak ceza davasına müdahil olan Perez, ceza davasına katıldığı süreçte adil yargılanma hakkı çerçevesinde “medeni hak ve yükümlülüklerinin” (AİHS m.6/1) ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur.

Mahkeme, yaptığı tetkik ve incelemeler sonucunda, başvuru bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği kanaatine varmıştır. Ancak, inceleme konumuzu oluşturan kararı önemli kılan ve bizi de bu kararı incelemeye sevk eden husus, Mahkeme’nin iç hukukta ceza muhakemesine katılan suçtan zarar gören sıfatını taşıyan başvuru bakımından da AİHS m.6/1’in uygulanabileceğini kabul etmiş olmasıdır. Mahkeme öncelikle AİHS m.6/1’in iç hukukta mağdur sıfatını taşıyan başvuru bakımından uygulanabileceğini kabul etmiş, ardından başvuru hakkının adil yargılanma hakkı çerçevesinde medeni hak ve yükümlülüklerinin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır.

Aşağıda önce kararın maddi konusu ve hukuki uyumsuzluğu ortaya konulacak, daha sonra başvuru hakkının ve Hükümet’in iddiaları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin uyumsuzluğu çözüm şekli ele alınacaktır. Son olarak kararın genel bir değerlendirmesi yapılarak, Mahkeme’nin hükmünün Türk hukukuna yansımaları üzerinde durulacaktır.

## II. Maddi Olay

Başvuru, 31 Temmuz 1995 tarihinde iki çocuğu tarafından saldırıya uğradığı gerekçesiyle kolluk kuvvetlerine şikayette bulunmuştur. Soruşturma hakkı tarafından iddia edilen suçun işlendiğine ilişkin yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturma açılmasına yer olmadığı kararı verilmiş ve karar aynı gün şüpheli konumunda bulunan başvuru hakkının oğullarına taahhütlü olarak bildirilmiştir<sup>11</sup>.

Başvuru hakkının, kovuşturmayla yer olmadığı kararının bir örneğinin kendisine tebliğ edilmediği ve kovuşturmayla yer olmadığı kararına itirazı değerlendiren mercinin kararının yeterli gerekçeyi içermediğinden bahisle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur.

<sup>11</sup> Parag.9.



Başvurucu, soruşturma sırasında muhakemeye müdahil olarak katılmıştır<sup>12</sup>.

### III. Hukuki Uyuşmazlık

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca herkes, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalarda tarafsız ve bağımsız bir mahkemede adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu bağlamda mağdurun ve hatta geniş anlamda suçtan zarar gören kişinin medeni hak ve yükümlülükleri bakımından bu maddenin uygulanma alanı ve kapsamı nedir?

AİHS m.6/1'in suçtan zarar gören kişi bakımından uygulanabilmesi için suçtan zarar gören kişinin müdahil olarak muhakemeye katılmış olması yeterli midir? Yoksa m.6/1'in uygulanabilmesi için ayrıca suçtan kaynaklanan zararın tazmin edilmesinin de talep edilmiş olması gerekli midir?

Mağdur, AİHS m.6/1'den doğan adil yargılanma hakkını ceza muhakemesi sürecinde hangi andan itibaren kullanabilir?

### IV. Başvurucunun İddiası

Başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca *herkesin*, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalarda tarafsız ve bağımsız bir mahkemede adil yargılanma hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.

Başvurucuya göre; AİHS madde 6/1, suçtan zarar gören kişi muhakemeye katıldığı anda uygulama alanı bulacaktır<sup>13</sup>. Başvurucu, kamu davası açılmadan önce yani soruşturma evresinde soruşturma hakimine başvurarak, muhakemeye katılma talebinde bulunmuştur<sup>14</sup>. Ayrıca, başvuru karakola vermiş olduğu şikayet dilekçesinde tazminat yönündeki talebini ve iradesini de ortaya koymuş olduğunu iddia etmektedir<sup>15</sup>. İç hukuk bakımından mağdur konumunda bulunan başvurucuya göre, olayda m.6/1 uygulanmalıdır. Adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

<sup>12</sup> Parag.13.

<sup>13</sup> Parag.43.

<sup>14</sup> Parag.44.

<sup>15</sup> Parag.45.



## V. Hükümet’in İddiası

Hükümet öncelikle, başvurunun sanık sıfatıyla değil şikayetçi sıfatıyla muhakemede yer alması dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin uygulanamayacağını ileri sürmüştür.

Hükümet’e göre, suçtan zarar görenin muhakemeye katılma yönünde talepte bulunması, AİHS madde 6’nın doğrudan uygulama alanı bulması sonucunu doğurmaz. Aksi yönde bir yorum, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin uygulama alanını genişleterek, bugüne kadar kapsam dışında bırakılan hakların da kapsama alınması sonucunu doğuracaktır<sup>16</sup>.

Hükümet, suçtan zarar görenin Sözleşme kapsamında garanti altına alınan medeni hakkının, ancak suç nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesinin talep edildiği anda doğacağını iddia etmektedir<sup>17</sup>. Dolayısıyla Hükümet’e göre, suçtan zarar görenin medeni hakları bağlamında m.6’nın uygulanabilirliği ancak müdahil tarafından tazminat talebinde bulunulması halinde mümkün olacaktır<sup>18</sup>.

Hükümet somut olayda, m. 6’nın uygulanamayacağını çünkü mağdurun muhakeme esnasında suçtan kaynaklanan zararını tazmin talep etme hakkını kullanmadığını ifade etmiştir<sup>19</sup>. Fransız hukukuna göre, suçtan zarar gören kişi müdahil olsa dahi bu durum, onun doğrudan ceza mahkemesinden tazminat talep edeceği anlamına gelmez. Bu nedenle müdahil olmak ile müdahil olarak tazminat talep etme arasındaki fark göz önünde bulundurulmalıdır.

## VI. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki Düzenleme

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu<sup>20</sup>, nun Başlangıç Kısmı’nda, ceza yargılamasının adil olması ve tüm taraflar arasında denge sağlanması gerektiği belirtilmiş, mağdurun korunması hakkı gibi belirli temel prensipler öngörülmüştür. Mahkemeler, mağdurları bilgilendirilmek ve ceza yargılaması sırasında haklarını garanti altına almakla yükümlüdür<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Parag.36.

<sup>17</sup> Parag.37.

<sup>18</sup> Parag.64.

<sup>19</sup> Parag.40.

<sup>20</sup> Kanun no: 2000-516, 15 Haziran 2000.

<sup>21</sup> Parag. 72.



Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. maddesinin 1. paragrafı gereğince, bir suçun mağduru olan kişi, tazminat talebini, açılmış bulunan kamu (ceza) davasına katılarak ileri sürebileceği gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 4. maddesinin 1. paragrafı gereğince kamu davasından bağımsız olarak hukuk mahkemelerinde dava açarak da ileri sürülebilir. Fransız hukuku, mağdura, zararını hukuk ya da ceza mahkemelerinde talep etmek bakımından seçim yapma hakkı tanımıştır<sup>22</sup>.

Ceza davasına katılma, suçtan zarar görenin bu yöndeki talebini gösteren belirli bir şekle ve şarta bağlanmış başvurusu ile olmaktadır<sup>23</sup>. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. maddesinin 2. paragrafında, mağdurun suçtan kaynaklanan tüm zararının tazmin edilmesine yönelik şahsi hak talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir.

Suçtan zarar gören, muhakemeye soruşturma hakimine ya da mahkemeye, muhakemeye katılma talebini içeren bir başvuruda bulunarak katılabileceği gibi, ceza muhakemesini, şikayet dilekçesi vererek ya da ihbar yoluyla mahkemeyi doğrudan harekete geçirerek kendisi de başlatabilir<sup>24</sup>.

## **VII. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Uyuşmazlık Hakkındaki Kararı**

Mahkeme öncelikle adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin sözkonusu ihtilaf bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağını incelemekle yükümlüdür<sup>25</sup>. Başvurucu m.6/1'in olay itibarıyla uygulanabilir olduğunu ileri sürmektedir, Hükümet ise aksi kanaattedir.

Mahkeme, Hükümet'in; "suçtan zarar gören kişinin müdahil olmasının, doğrudan ceza mahkemesinden tazminat talep edeceği anlamına gelmediği, bu nedenle müdahil olmak ile müdahil olarak tazminat talep etme arasındaki farkın göz önünde bulundurulması gerektiği" yönündeki iddiasını yerinde görmemiştir. Mahkemeye göre, bu durum 6. maddenin 1. fıkrasının uygulanabilirliği açısından bir fark yaratmamaktadır. Fransız hukuku davaya katılma ile tazminat talep etme arasında ikilik yaratmış değildir. Bu iki kavram arasındaki fark, davanın

<sup>22</sup> Parag.59.

<sup>23</sup> Parag.61.

<sup>24</sup> Parag.61.

<sup>25</sup> Parag.31.



suçtan zarar görenin müdahalesi ile açılmış olması veya açılmış bulunan davaya katılma arasındaki farktan ibarettir.

Mahkeme, Hükümet’in görüşünün aksine, Fransız hukukuna göre, müdahale edenin muhakemenin her aşamasında tazminat talep etme hakkına sahip olduğunu ve bu bağlamda medeni haklarını savunabileceğini ifade etmiştir.<sup>26</sup>

Mahkemeye göre, AİHS m.6/1, iç hukukla bağlantılı olarak uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, iç hukuk gereğince muhakemeye müdahil olma yönündeki başvuru, soruşturma hakimi tarafından kabul edilemez bulunmuşsa, sadece bu nedenle m. 6/1’in olaya uygulanması mümkün değildir<sup>27</sup>.

Mahkeme “Medeni haklar ve yükümlülükler” kavramına kendine has otonom bir anlam yüklemektedir. Bu bağlamda devletin mevzuatının önem taşıdığını, bir hakkın Sözleşme’de ifade bulunduğu şekliyle medeni hak kapsamında olup olmadığını tayin ederken sadece hukuki sınıflandırmasının değil, aynı zamanda taraf devletin iç hukukundaki bağımsız kapsam ve etkisinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme denetleme fonksiyonunun icrası kapsamında ayrıca Sözleşme’nin amacının ve hedefinin de dikkate alınması gerekliliği üzerinde durmakta ve “medeni haklar ve yükümlülükler” kavramı bakımından yaptığı bu yorumu inceleme konumuz kararın 57. paragrafında “Yeni bir Yaklaşım” başlığı altında ele almaktadır<sup>28</sup>.

Mahkeme, demokratik bir toplumda önemli bir yer tutan 6. maddenin yorumunun sınırlı şekilde yapılmasının kabul edilemeyeceğini ifade eder. Sözleşme’nin ruhuna uygun olacak şekilde teknik yorumlardan kaçınılmalı ve Sözleşme’nin lafzından çok mevcudiyetini sağlamaya yönelik yoruma öncelik verilmelidir<sup>29</sup>. Dolayısıyla, Hükümet’in iddiasının aksine, 6.madde müdahil tarafından tazminat talep edilmemiş olsa da uygulama alanı bulmaktadır. Medeni haklar açısından bir ihlalin mevcut olup olmadığı yargılamanın bir bütün olarak ele alınması ile değerlendirilecektir<sup>30</sup>.

AİHS m. 6/1, hazırlık aşamasında yapılacak şahsi hak taleplerini dahi içine alacak şekilde uygulama alanı bulur. Hatta, Mahkeme uygulama alanını daha da

<sup>26</sup> Parag.63.

<sup>27</sup> Parag.48.

<sup>28</sup> Parag.57.

<sup>29</sup> Parag.64.

<sup>30</sup> Parag.65.



genişleterek, 6. maddenin 1. fıkrasının gerektiğinde hukuk mahkemeleri önündeki derdest davalar bakımından veya açılma ihtimali bulunan potansiyel davalar bakımından da uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir<sup>31</sup>.

Ceza muhakemesinin, sadece cezalandırma amaçlı yapılıyor olması durumunda, m.6/1'in uygulanabilmesi suçtan zarar görenin yargılama sonuçlanana kadar davaya katılması ile mümkündür. Başka bir deyişle, ceza mahkemesinden ayrıca tazminat talep edilmemiş ise, m.6/1, ancak davaya katılma durumunda uygulama alanı bulacaktır<sup>32</sup>.

Madde 6/1 uygulamasının tespitinde belirleyici olan husus; müdahil tarafın teşkil edildiği andan, bu yargılanmanın sona erdirildiği ana kadar hukuk yargılamasının sıkı bir şekilde ceza yargılamasının işleyişine bağlı kalıp kalmadığının tespitidir. Hukuk yargılaması ceza yargılamasına bağımlı kalıyorsa veya hukuki talepler, cezai unsurlarla yakın ilişki içinde olup, ceza yargılaması medeni hakları etkiliyor ise, m.6/1, hem cezai hem de şahsi hak talepleri bakımından uygulanacaktır<sup>33</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin m.6/2 ve 6/3 fıkraları çerçevesinde, adil yargılanma kavramının gerekleri, hukuki nitelikli hak ve yükümlülükler ve cezai yargılamalar bakımından aynı değildir. Ancak, bu fıkralarda hukuki uyumsuzluklar bakımından ayrıntılı düzenleme bulunmaması Mahkeme'nin, mağdurun durumunu reddettiği veya haklarını göz ardı ettiği anlamına gelmemektedir<sup>34</sup>. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, mağdurun haklarının korunmasının gerekliliği ve ceza yargılamasında kendilerine verilen yer ile örtüşmektedir.

Mahkeme olayda, başvuruçunun ceza soruşturması sırasında müdahale talebinde bulunduğunu, zararı için tazminat talep etme hakkını kullandığını ve hakkından feragat etmediğini tespit etmiş ve **karara konu uyumsuzluğu madde 6/1 kapsamında görmüştür**<sup>35</sup>.

AİHS m.6/1'in mevcut olaya uygulanabileceğini kabul eden Mahkeme, aynı olayda suçtan zarar gören kişinin adil yargılanma hakkı çerçevesinde güvence

<sup>31</sup> Parag.66.

<sup>32</sup> Parag.67.

<sup>33</sup> Parag. 67,68.

<sup>34</sup> Parag.72.

<sup>35</sup> Parag.74.



altına alınan medeni hak ve yükümlülükleri açısından herhangi bir ihlalin mevcut olmadığını kabul etmiştir.

Kararı incelememizdeki asıl amaç, suçtan zarar görenin medeni hak ve yükümlülüklerinin adil yargılanma hakkı çerçevesinde garanti altına alınmış olup olmadığının tespitine yönelik olduğundan, olayda Mahkeme'nin adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği yönündeki kararının gerekçesi üzerinde durmuyoruz.

### VIII. Değerlendirme

Adil yargılanma güvenceleri sanık aleyhindeki soruşturmanın başladığı andan, kanun yolları da dahil olmak üzere ceza yargılaması tamamlanana kadar devam etmektedir. Mağdur bakımından adil yargılanma güvenceleri, şüpheli ve sanığın haklarına paralel olarak sanık hakkında soruşturmanın söz konusu olduğu anda başlamaktadır.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinin 2. fıkrasına göre, Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve *adil bir yargılamanın yapılması için* emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. Dolayısıyla adil yargılanma hakkının şüpheli, sanık ve mağdura getirdiği güvencelerin soruşturma aşamasında başladığını kabul etmek gerekecektir. Yargılama öncesi süreçlerdeki hak ihlalleri çoğu zaman yargılama ve yargılama sonrası süreçlerde önemli etkiler göstermektedir.

İncelediğimiz kararın 66. paragrafında ifade edildiği üzere, 6. madde, soruşturma aşaması dahil olmak üzere yapılacak şahsi hak taleplerini içine alacak şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Diğer bir deyişle, 6. maddenin soruşturma aşamasında yapılacak şahsi hak talepleri bakımından da uygulanması mümkündür.

Mahkeme'ye göre, AİHS m.6/1 iç hukukla bağlantılı olarak uygulama alanı bulur. Türk Ceza Muhakemesi Hukuku sisteminde ise iddia makamının suçtan zarar gören fert tarafından tek başına işgal edilmesi olarak tanımlanabilecek<sup>36</sup> şahsi dava ve buna bağlı olarak şahsi hak davası kaldırılmıştır. Eski Yasa döneminde, şahsi davacı, açtığı davada sanığın cezalandırılmasını istemekle birlikte, şahsi hak istemi hakkında da karar verilmesini isteyebilmekteydi. Davacının

<sup>36</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, 2008, 228.



şahsi hak talebi maddi veya manevi olabilirdi. Şahsi dava ve şahsi hak davasının kaldırılmış olması nedeniyle suçtan zarar gören kişi maddi ve manevi zararını ancak Hukuk Mahkemelerinden talep edebilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ceza yargılamasının sadece “cezalandırıcı” olması veya aynı zamanda “tazmin etme özelliğini de barındırması” yönünde seçim yapma hakkını taraf devletlerin iç hukukuna bırakmıştır. Örneğin Hamer/Fransa kararı<sup>37</sup>’nda Mahkeme, Fransız iç hukukuna göre, suçtan zarar görenin ilk soruşturma aşamasında veya yargılama aşamasında tazminat talebinde bulunmamış olması durumunda, zararını artık ceza mahkemesinden talep edemeyeceğini kabul etmiş, ancak suçtan zarar görenin hukuk mahkemesinden tazminat talebinde bulunma hakkı mevcut olduğundan m.6/1 bakımından ihlal görmemiştir.

Türk doktrininde şahsi davanın aleyhinde olan yazarlar, ceza kanunlarının uygulanmasının bir kamu hizmeti olduğu ve vatandaşa teminat tanınmak isteniyorsa, *kamu davasını açtırabilme veya ona katılma yetkisinin verilmesi gerektiği* yönünde görüş bildirmektedirler<sup>38</sup>. Bu görüşe kısmen katılmakla beraber, davaya katılma hakkının sadece kovuşturma aşamasında tanınmış olmasının mağdurun haklarını sınırlar nitelikte olduğu kanaatindeyim. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 237. maddesine göre, Türk hukukunda davaya katılma, açılmış bir davaya katılma şeklinde olur. Öncelikle açılmış bir davanın olması gereklidir, suçtan zarar gören kişi kamu davasını harekete geçiremez<sup>39</sup>. Mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişiler, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar, şikayetçi olduklarını belirterek kamu davasına katılabilirler (CMK m.237). Dolayısıyla Türk Ceza Muhakemesi Hukuku sisteminde duruşma hazırlığı devresi de dahil olmak üzere, iddianamenin kabulü kararının açıklanmasından hükmün verilmesine kadar katılma talep edilebilecektir.

İncelediğimiz kararın 67. paragrafında, ceza yargılamasının sadece cezalandırma amaçlı yapıldığı durumlarda, suçtan zarar görenin yargılama sonuçlanana kadar davaya katılması ile madde 6/1’in uygulanabilmesinin mümkün olacağı ifade edilmektedir. Şahsi hak davasının kaldırılmış olmasıyla birlikte, Türk

<sup>37</sup> Hamer/Fransa, Başvuru No: 19953/92, 7 Ağustos 1996, III.

<sup>38</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, 2008, 232.

<sup>39</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2008, 761.



Ceza Muhakemesi sisteminde ceza yargılamasının sadece cezalandırma amaçlı yapıldığı söylenebilir. Bu durumda, Türk hukukunda mağdurun m.6/1’in sağladığı güvenceden faydalanması sadece kovuşturma aşamasında mümkün gözükmektedir.

Türk Ceza Muhakemesi uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında adil yargılanma hakkının soruşturma evresinde de uygulama alanı bulacağı ilkesi ile çelişmekte ve mağdurun hakları bakımından sınırlayıcı olmaktadır.