

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 1 - Sayı: 1
Haziran 2015

Sahibi

TC. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK

Sorumlu Müdür

Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER

Editörler

Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR
Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN

İletişim Adresi

TC. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Taksim Yerleşkesi, Sıraselviler Cad. No.65,
Taksim 34437 - Beyoğlu/İSTANBUL
Tel: +90 (212) 867 55 89
Faks: +90 (212) 867 55 67
hukukdergi@beykent.edu.tr

Sayfa Tasarımı

Bilge KARAKÖSE

Kapak Tasarımı

Musa GÜNDOĞAN

Baskı

Seçkin Yayıncılık A.Ş. Sağlık Sok. No: 21 Sıhhiye / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

ISSN

2149-5068

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Adem SÖZÜER (İstanbul Üniversitesi)	Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (İstanbul Ticaret Üniversitesi)
Prof. Dr. Billur YALTI (Koç Üniversitesi)	Prof. Dr. Veliye YANLI (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Binnur S. ÇELİK (Beykent Üniversitesi)	Prof. Dr. Yücel OĞURLU (Uluslararası Saraybosna Üniversitesi)
Prof. Dr. Erol CİHAN (Beykent Üniversitesi)	Doç. Dr. Naim DEMİREL (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fikret GEZGİN (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Dilek EKMEKÇİ (Girne Amerikan Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülsen GÜNEŐ (Bahçeşehir Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk Nami NOMER (İstanbul Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (Marmara Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Hulki A. CİHAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan Nuri YAŞAR (Marmara Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Tülin ÇAĞDAŞ (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Nihat BULUT (İstanbul Şehir Üniversitesi)	

YAYIN KURULU

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN
Arş. Gör. Dr. Hülya ATLAN KAZAN
Arş. Gör. Murat Can PEHLİVANOĞLU

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) Ocak ve Haziran olmak üzere yılda 2 kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel çalışmaların özel hukuk, kamu hukuku ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelmektedir.
3. Dergi'nin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla beraber, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir.
4. Dergi'de hakem denetiminden geçen makale, mevzuat ve mahkeme kararı değerlendirmesi, kitap incelemesi, çeviri ve tebliğlere yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Dergi'de yayımlanacak çeviri çalışmalarında, çevrilen yabancı eserin yazarından ve/veya yayın haklarına sahip kişi veya kurumlardan yazılı yayım izni alınması ve bu iznin Yayın Kurulu'na iletilmesi gerekmektedir.
6. Yazarların, yazılarıyla birlikte, iletişim bilgilerini (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, telefon numarası ve elektronik posta adresi) dergi editörlüğüne sunmaları gerekmektedir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-posta ile gönderdiği haliyle yazının basımına onay verdiği kabul edilir. Gönderilen yazının ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından yapılmaktadır. Temel bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakemin yazarı bilmemesi esaslı uyarınca yazar ismi gizlenerek, konu hakkında uzman hakeme (yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme) gönderilir. Hakemden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilir. Yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Gerekli durumlarda ikinci hakemin görüşüne başvurulabilir. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilmez.
9. Yazının ilk sayfasında aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:
 - a. Yazının Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır;
 - b. Yazar isimleri, konu başlığının altında ve sağ tarafında unvanlı olarak yer almalı ve soyadının bitimde bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotunda yazarın çalıştığı kurum, branşı, sıfatı ve e-posta adresi belirtilmelidir;
 - c. Her iki dilde, metnin amacını ifade edecek şekilde, en az 150 en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere özeti ile en çok 5 adet anahtar sözcük yer almalıdır.

10. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında; dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve normal satır aralığında yazılmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Kısaltmalar liste olarak verilmemelidir. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk kez kullanıldığında açık olarak yazılmalı ve parantez içinde kısaltması verilmeli, müteakiben sadece kısaltma kullanılmalıdır.
13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar adına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
14. Dipnotlarda yazarların adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı italik olarak yazılmalı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayın yeri ve yılı, sayfa numarası gösterilmelidir. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı kaynaklar için de aynı usule uyulmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
15. Gönderilen çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda yayımlanması da dâhil olmak üzere tüm telif haklarını Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
16. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı ortaya çıkabilecek tüm sorumluluk yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen yazıların, Word formatında yukarıda belirtilen yayın ilkelerine uygun olarak **hukukdergi@beykent.edu.tr** e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir.

SUNUŞ

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kuruluşundan günümüze en önemli hedeflerinden biri olan Hukuk Fakültesi Dergisini yayımlamanın mutluluğunu yaşamaktadır. Yılda iki sayı olarak hakemli ve süreli şekilde yayımlanacak dergimizin okuyucumuza ve hukuk âlemine faydalı olmasını temenni etmekteyiz.

Bilim hayatına katkısı büyük olan Hukuk Fakültesi dergilerinde akademisyenler tarafından ele alınan farklı konular, bilimsel verilere dayanmakta ve bir bütünlük içerisinde çeşitliliğe ulaşarak okuyucuya sunulmaktadır. Okuyucu da dergi içinde sunulan farklı konulara odaklanabilmekte ve hatta bazıları üzerinde tez ya da kitap yazacak düzeyde derinleşebilmektedir. Bu nedenle, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak hedefimiz, Dergimizin ülkemizdeki hukuk tartışmalarında hukuksal sorunlara teorik ve pratik çözümler getirmekte katkı sağlamasıdır.

2014-2015 Bahar döneminde Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yayın hayatına girmesinde bizi teşvik eden ve her sorunumuzda yanımızda olan değerli Rektörümüz Sayın Prof. Dr. Mehmet Emin KARAHAN Hocamıza minnet ve şükranlarımızı arz ederiz.

Ayrıca derginin oluşmasında çok değerli eserlerini vererek katkıda bulunan tüm meslektaşlarımıza, derginin yayına hazırlanmasında emeği geçen mesai arkadaşlarımıza minnetlerimizi sunarız.

Son olarak, dergimizin yayımlanmasını üstlenen ve bu kapsamda diğer işlemleri titiz bir şekilde gerçekleştiren Seçkin Yayınevinin sahibi Koray SEÇKİN'e ve tüm çalışanlarına teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Binnur ÇELİK
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

İÇİNDEKİLER

Sunuş.....	9
Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri Bağlamında Yöneticinin Özen Borcunun Rekabet ve Temsil Sorunu ile İlişkisi Duty of Care's Relation with the Agency and Competition Problems in the Context of the Delegation of Representation and Management Powers in Joint Stock Corporations <i>Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR Av. Faruk CELEP</i>	11
1982 Anayasası Çerçevesinde Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Sorunu Le Problème d’Indépendance de la Juridiction selon la Constitution de 1982 en Turquie <i>Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN</i>	29
Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli The Barrier of Public Order on Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions Lacking Reason <i>Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN</i>	61
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Koşula Bağlı Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu The Validity of the Conductive Lease Contracts According to 6098 n. Turkish Law of Obligations <i>Yrd. Doç. Dr. A. Hulki CIHAN</i>	87
Sınır Aşan Yer Altı Sularının Uluslararası Hukuk Açısından Uygulama Alanı The Scope of Implementation of Transboundary Groundwaters in Terms of International Law <i>Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER</i>	97
Kaynak Hakkı The Right of Spring <i>Arş. Gör. Dr. Hülya ATLAN KAZAN</i>	119
Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu (TCK m.130) Insult to the Memory of a Person (Article 130 of TPC n.5237) <i>Arş. Gör. Ezgi CANKURT</i>	147
Türkiye’de Sermaye Şirketlerinin Kurumlar Vergisi Mükellefiyetinin Mantığı Üzerine Bir Deneme An Essay on the Logic of Taxing Stock Corporations by the Corporate Tax Regime in Turkey <i>Arş. Gör. Murat Can PEHLIVANOĞLU</i>	177
“Umut Hakkı” Kapsamında Güncel Gelişmeler Current Developments Within the Context of “The Right to Hope” <i>Arş. Gör. Pınar DİKMEN</i>	195
The Boundaries of Most Favored Nation Treatment Clause (Especially on Dispute Settlement Agreement) En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Sınırlandırılması (Özellikle Uyuşmazlığın Çözümüne Yönelik Hüküm Açısından) <i>Arş. Gör. Övünç AYDIN</i>	211

Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri Bağlamında Yöneticinin Özen Borcunun Rekabet ve Temsil Sorunu ile İlişkisi

Duty of Care's Relation with the Agency and Competition Problems in the Context of the Delegation of Representation and Management Powers in Joint Stock Corporations

*Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR**
*Av. Faruk CELEP***

Özet

Büyük ve orta ölçekli anonim ortaklıklarda yönetim faaliyeti çoğunlukla profesyonel yöneticiler tarafından yerine getirilir. Profesyonel yöneticilerin önünü açmak bağlamında 6102 sayılı TTK, anonim şirket yönetim kurulu üyesi olarak görev yapabilmek için pay sahibi olma koşulunu kaldırmıştır. Dolayısıyla yönetim kurulunun kurul olarak ve üyelerin bireysel olarak profesyonel yönetici niteliği, pay sahibi olmaksızın veya sembolik ya da etkili pay sahipliği durumunda da devam etmektedir. Anonim şirketlerde yönetim faaliyetleri yerine getirilirken, pay sahipleriyle yöneticiler arasında çeşitli çıkar çatışmalarının meydana gelmesi olasıdır. Dikey çıkar çatışmaları olarak adlandırılan bu yapının temelinde, temsil ilişkisine dayanan yetki devrinin, çatışan çıkarlar doğrultusunda kötüye kullanılma olasılığı vardır.

Anonim şirket yönetimi ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını azaltmanın yollarından birisi temsil sorununa ilişkin yeni yaklaşımlar çerçevesinde yönetim ve temsil yetkilerinin belirlenmesi ve devrine ilişkin yasal düzenlemelere yer vermektir. Diğer bir yol, son yıllarda özellikle halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerinin yerleştirilmesi ve buna bağlı dış denetim mekanizmalarının oluşturulmasıdır. Hukukçular tarafından çok az tartışılan bir diğer yöntem ise yönetici işgücü piyasasının oluşumu ile kendi kendini denetimi ve rekabetçi politika ve piyasa yapılarının zorlamasıdır.

Anahtar Kelimeler

Temsil Sorunu, Temsil Yetkisinin Devri, Özen Borcu, Rekabet.

* Yrd. Doç. Dr. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi
** Avukat, İstanbul Barosu

Abstract

In middle and large scaled joint stock corporations, management activities are mostly carried out by professional managers. To allow professional managers to manage the corporation, 6102 numbered Turkish Commercial Code invalidated the rule to be a shareholder in order to work as a member of the board of directors. Therefore the professional nature of the board and the board members continues independently from being a shareholder or owning a small or effective share. While management activities are being carried out, conflicts of interest can arise between shareholders and managers. This issue, which is called as vertical conflict, is based upon the possibility of abusing the delegated representation power in accordance with the conflicted interest.

A way to reduce the conflicts of interest between shareholders and managers is to regulate the scope of the management and representation powers and the delegation of these powers by taking new approaches on the representation problem into account. Another way, which is being used especially for publicly held joint stock corporations, is to introduce corporate governance principles and external audit mechanisms. Another way, which is discussed too little by lawyers, is to deal with this issue by the help of the self-regulating nature of the competition in the professional manager job market and the competition law.

Keywords

Agency Problem, Delegation, Duty of Care, Competition.

GİRİŞ

Anonim ortaklığın yönetimi ve temsili, kural olarak yönetim kurulu-na aittir (TTK m.365). Ancak anonim ortaklıkların genellikle büyük ölçekli olduğu gerçeği, ticari yaşamın karmaşıklığı, yeni rekabet alanlarının ortaya çıkardığı baskının profesyonel organizasyonları gerekli kılması gibi nedenlerle, yönetim kurulu görev ve yetkilerinin bir kısmını veya tamamını bazı yönetim kurulu üyelerine veya üye olmayan müdürlere bırakabilir (TTK m.367). Yönetim kurulu, bazı yönetim yetkileri ile beraber temsil yetkisini de devrederek daha pasif bir işlev üstlenebilir (TTK m.370)¹. Bu duruma ilişkin yasal düzenlemelerin temelinde profesyonel yönetim gerçeğinin yattığı söylenebilir.

Anonim ortaklıkta yönetim faaliyetleri yerine getirilirken, pay sahipleriyle yöneticiler arasında çeşitli çıkar çatışmalarının meydana gelmesi olasıdır. Dikey çıkar çatışmaları olarak adlandırılan bu yapının temel sorunu, temsil ilişkisine dayanan yetki devrinin, çatışan çıkarlar doğrultusunda kötüye kullanıma olasılığıdır. Literatürde bu olgu temsil sorunu (agency problem)² adıyla

¹ AYAN, Ö., Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.22.

² Agency problem, Anglo-Sakson literatürde sıkça kullanılmakta ve Türkçe'ye "temsil sorunu" veya "vekâlet sorunu" olarak çevrilmektedir. Bu makalede, çalışmanın genel kontekstine uygun düşme-si ve hukuksal nitelermeye elverişliliği nedeniyle "temsil sorunu" ibaresi tercih edilmiştir.

anılmaktadır³. Bu temsil sorununu bertaraf edebilmek adına bir takım araçlar üretilmiştir. Örneğin kurumsal yönetim ilkelerinin belirlenmesi ve belli nitelikteki şirketlerde uygulanmasının gözetimi, yönetim ve temsil yetkilerinin devrinin ayrı ayrı düzenlenmesi ve bunların bazı koşullara bağlanması gibi hukuksal araçlar yanında, rekabet politikaları ve yönetici iş gücü piyasaları oluşturulması gibi ekonomik araçlar bunlardan bazılarıdır. Aşağıda bu araçlara kısaca değinilecektir.

Anonim ortaklık yönetimi söz konusu edildiğinde örneğin Tekinalp; 6102 sayılı TTK m.375 düzenlemesinin, genel kurulun yönetim kurulunun yetkilerine müdahalesini önlediğini ve anılan düzenlemenin profesyonel yönetime imkan verme amacı taşıdığını belirttikten sonra, kurumsal yönetim felsefesine uygun olarak yönetim kurulunun yönetim işlevini bir iç yönetmelikle [yönerge] devredebileceğini ifade etmektedir⁴.

Kurumsal yönetim, hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için öngörülmüş, uyulması isteğe bağlı, iyi yönetim, gözetim ve denetim kurullarından ibarettir⁵. Kurumsal yönetim pay sahiplerine, şirket yöneticilerinin işletmenin çıkarları yerine kendi kişisel çıkarlarını takip etme eğilimini, etkin bir şekilde kontrol etme ve önleme olanağı vermektedir⁶.

Kurumsal yönetim sistemi özellikle anonim şirketlere yönelik bir yapılanmadır. Bunun nedeni ise, anonim şirketlerin insanların günlük hayatlarını dahi etkileyebilecek birçok iktisadi, sosyal, politik ve hukuksal fonksiyonlara sahip olmalarıdır. Bu fonksiyonları nedeniyle toplumun bütününe çok yakından ilgilendiren bir örgütlenmeye sahiptirler⁷. Dolayısıyla bu kadar önemli işlevleri üstlenen bir organizasyonun sadece geleneksel ortaklık hukuku düzenlemeleriyle baş başa bırakılması düşünülemez.

Bu çalışma kapsamında yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını önlemenin temel yöntemlerinden birinci grubu, anonim şirketlere ilişkin uyulması zorunlu yasal düzenlemeler –özellikle yönetim ve temsil yetkisinin devri ile yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü- oluşturmaktadır. İkinci grubu ise uyulması zorunlu olmayan kurumsal yöne-

³ ŞEHİRALİ ÇELİK, F.H., **Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2008, s.38.

⁴ TEKİNALP, Ü., **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2012, s.115 (Ortaklıklar ve Tek Kişi).

⁵ PULAŞLI, H., **Şirketler Hukuku-Temel Esaslar**, 5. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2007, s.278. (Temel Esaslar).

⁶ PULAŞLI, (Temel Esaslar), s.278.

⁷ PASLI, A., **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, 2. Bası, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005, s.41.

tim düzenlemeleri, temsil sorununu çözmeye ilişkin yaklaşımlar ve piyasa kavramı etrafında şekillenen rekabet ve rekabet düzenlemeleri oluşturmaktadır. Kısaca bu kavramların rolüne değindikten sonra, TTK m.369 kapsamında yönetim kurulu üyelerinin “tedbirli bir yöneticinin özeniyle” davranma yükümlülüğüne ilişkin mevcut düzenlemesi temsil sorunu ve rekabet bağlamında analiz edilecektir.

I. YÖNETİM VE TEMSİL KAVRAMLARININ FARKLILIĞI VE DEVRİ

A. Yönetim Yetkisinin Devri ve İç Yönerge

Yönetimin devri başlıklı TTK m.367/1 düzenlemesi şu hükme yer vermektedir: “*Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleneceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir*”.

Anılan madde düzenlemesine göre usulüne uygun bir yetki devri için üç şartın birlikte bulunması koşulunu aramaktadır⁸.

- Esas sözleşmede devre izin veren bir hüküm bulunmalı,
- Düzenlemede belirtilen asgari içeriğe sahip (usulüne uygun) bir iç yönerge hazırlanmalı ve bu iç yönerge yönetim kurulu kararıyla kabul edilmeli,
- Yönetim kurulu, yönetimi bu iç yönergeye göre devrettiğine dair bir karar almalı,
- Devredilen yetki, m.375 kapsamına girmemelidir (Devredilemez görev ve yetkiler).

Görüldüğü üzere iç yönerge hazırlanması gereği, yönetim kurulunun kandan doğan yönetsel görevlerini kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye kalkışması durumunda ortaya çıkacaktır. TTK m.375 gereği devredilemez yetkiler ise zaten bu kapsamda değildir. Dolayısıyla yönetimin devri söz konusu değil ise bir anonim şirketin iç yönerge hazırlanmasına da gerek yoktur. Zira iç yönerge şirketin iç organizasyonuna ilişkin genel yönetim kurallarını düzenler; bu kapsamda

⁸ KIRCA (Manavgat/Şehirli Çelik), **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 1, Ankara, 2013, s.599; AKDAĞ GÜNEY, N., **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul, 2012, s.58; ŞENER, O.H., **Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2012, s.360.

yönetim kurulunun iç yapılanması, çalışma usulü ve genel kuralların uygulanmasına, tamamlanmasına ve açıklanmasına hizmet eder⁹.

Türkiye uygulamasında büyük ölçekli kurumsal anonim şirketler hariç, diğer anonim şirketler yönetimin devri yoluna gitmediklerinden yani klasik anlayışla yönetim yetkisi doğal olarak yönetim kuruluna ait olduğundan bir iç yönerge hazırlama gereği de hissetmemektedirler.

Temsile yetkili kişileri belirleme yetkisi zaten yönetim kuruluna ait olduğundan, uygulamada anonim şirket yönetim kurulları bunu kendi içlerinde yapıp tescil ve ilan yoluna gitmektedirler. Bunun için iç yönerge hazırlanmaz ve buna yasal anlamda gerek de yoktur. Zira yukarıda açıklandığı üzere temsil şirketin üçüncü kişilerle ilişkilerinde rol oynar ve TTK m.370 bu konuyu düzenlemektedir. Doktrinde m.370'in m.367 ile birlikte ele alınması gerektiğine ilişkin az sayıda görüş var ise de, kanunun düzenleme amacı ve tekniği açısından bu görüşe katılabilmek mümkün değildir. Zira madde 367 başlığı "yönetimin devri", madde 370 başlığı ise "temsil yetkisi" şeklinde düzenlenmiş ve madde 370 içeriğinde 367'ye direkt veya dolaylı hiçbir atıf yapılmıştır.

B. Temsil Yetkisi ve Devri

Temsile ilişkin olarak TTK m.370 şu düzenlemeye yer vermektedir:

"(1) Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.

(2) Yönetim Kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.

TTK sisteminde bir yönetim kurulu üyesine hem idare hem de temsil yetkisi devredilmiş ise bu kişi "murahhas" üye olarak adlandırılır. Bir üyeye sadece "yönetim" yetkisi devredilmiş ise bu kişi "murahhas üye" olamaz¹⁰. Buradan şu sonuç çıkmaktadır. Temsil yetkisi verilen YK üyeleri dışında kalan diğer YK üye veya üyelerinin yönetim yetkisi devam edebilir. Bu kapsamda TTK m.367, "yönetimin devri" başlığını taşımakta ve özellikle yönetimin devrini düzenlemektedir yoksa temsil yetkisinin kullanım şekli veya devrini değil. Buna göre de yönetimin devri söz konusu olduğunda iç yönerge yapıl-

⁹ PULAŞLI, H., **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.963, (Şerh).

¹⁰ TEKİNALP, Ü., **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.220.

ması ihtiyacı doğar. Şayet bir yönetim devri söz konusu değilse iç yönerge düzenlenmesi gerekmez.

TTK m.370/1 düzenlemesinde “...*temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir*” hükmü incelendiğinde, esas sözleşmede aksine düzenleme yoksa veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisinin çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna ait olduğundan söz edilmektedir. Üç veya daha fazla yönetim kurulu üyesi bulunduğu durumlarda bu çift imza ile temsil yetkisini hangi üyelerin kullanacağını belirleme yetkisinin yine yönetim kuruluna ait olduğunda kuşku yoktur. Temsil yetkisini kullanacak imzaları/üyeleri belirlemek, yönetim yetkisinin devri anlamını taşımaz. Dolayısıyla temsil yetkisi verilmeyen üyelerin yönetim yetkisi devam eder. Bu nedenledir ki, TTK m.367 hükmü temsil yetkisini belirleyen bir yönetim kurulu kararına ilişkin değildir.

Nitekim Tekinalp; “*Şirket unvanı altına imza koyacak olan imza yetkisini haiz kişileri YK belirler (atar). Bu yetki YK'nın devredilemez yetkileri arasında yer alır (TK m.375.1). TK sisteminde hiç kimse, hiçbir görev veya sıfat sahibi kanunen münferit imza yetkisini haiz değildir. Münferit imza yetkisi kanundaki sistemden ayrılarak verilir. TK'ya göre, hem imza hem de münferiden temsil yetkisi YK üyesine veya üye olmayan kişiye bir YK kararıyla verilmelidir. Türk sisteminde bazı YK üyelerine imza yetkisi verilmeyebilir. Ancak en az bir YK üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır. YK bu kişilerin tek başlarına (münferiden) mı yoksa birlikte (müştereken) mi imzaya yetkili olduğunu (temsil şekli) da karara bağlar ve bunların noterce onanmış şeklini (imza örnekleriyle) tescil ve ilan etmek üzere ticaret sicili memurluğuna verir (TK m.373)*” yönünde yaptığı değerlendirme ile aslında TTK m.370/1 sisteminde çift imza ile temsil yetkisinin nasıl verileceğini anlatmaktadır¹¹. Dolayısıyla m.370/1 temsil yetkisinin devrini değil, temsil yetkisini yönetim kurulu üyelerinden hangilerinin kullanacağını belirlenmesine ilişkin yine yönetim kuruluna verilen yetkiyi ifade etmektedir.

II. ÖZEN BORCUNUN ANLAMI SINIRLARI VE REKABETLE İLİŞKİSİ

A. Türk Hukukundaki Yeni Düzenleme

Anonim şirket yönetimi ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını azaltmanın yollarından birisi ve aynı zamanda yöneticilerin özen borcuna objektif bir sınır getirebilmenin ve gerektiğinde kusurluluk halinde sorumlu tutabilmenin birincil yolu direkt şirketler hukukuna ilişkin yasal düzen-

¹¹ TEKİNALP, s.222.

lemeler yapmak ve uygulamayı doktrin ve yargıya bırakmaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddelerinde yönetim kurulu üyelerinin yönetim ve gözetim yükümü, şirketle işlem yapma yasağı, şirketle rekabet etme yasağı, özen borcu, sadakat borcu gibi önlemler düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerin gerçek anlamda çıkar çatışmalarını önleme yeteneği tartışmalı olduğu gibi, önlediğine ilişkin somut ekonomik sonuçlara ulaşmak da zor gözükmektedir. Ayrıca aşağıda yapılacak tartışmalar paralelinde, çıkar çatışmalarında pay sahiplerini koruma ve toplumsal refahı artırma hedefine yönelmek üzere yönetim kurulu üyelerinin *özen borcunun*¹² sınırlarının somut şekilde çizilmesinin gerekliliğine işaret edilmelidir.

Özel hukuk alanında daha da önemlisi şirketler hukuku alanındaki çıkar çatışmalarından söz ettiğimize göre, yöneticilerin özen borcuna uygun davranıp davranmadıklarının somut ekonomik sonuçları olmalıdır. Dolayısıyla özen ve bağlılık borcunun objektif sınırının çizilmesinde beklentisi olan taraf/ tarafların ekonomik çıkarlarının negatif veya pozitif yönde etkilenip etkilenmediği önemli bir ölçüttür. Zira bir kişinin başka bir kimsenin olası ekonomik çıkarlarına zarar vermemek için göstereceği etkili özen yükümlülüğüne (duty of effective care) aykırı davranışının karşılığı, sadece görevin bırakılması değil aynı zamanda ekonomik kaybın da karşılanması şeklinde olabilmelidir¹³. Ancak önemli bir sorun, sadece özen yükümlülüğünün kesin sınırlarının belirlenmesi değil, ilgiliyi sorumlu tutabilmek için aynı zamanda soyut zararın belirlenmesinde en makul ve objektif yöntemin seçilebilmesidir¹⁴.

¹² Roma hukukunda özen borcu "diligentia" olarak bilinir ve fayda (utilitas) prensibine göre saptanan çeşitli derecelerde diligentia'lar ortaya çıkmıştır. Örneğin bir kişinin kendi işlerinde gösterdiği özene, diligentia quam in suis denmektedir. Diligentia (özen yükümü) ve çeşitli dereceleri, farklı borç ilişkilerindeki sorumlulukların saptanmasına yarayan ayrı bir ölçüt olarak Iustinianus döneminde genel olarak uygulanmaya başlamıştır. Diligentia'nın, klasik hukuk dönemindeki objektif sorumluluk ölçütlerinden custodia'nın Iustinianus dönemindeki sübjektif sorumluluk anlayışına uyarlanmış biçimi olduğu söylenebilir. (ZİLELİOĞLU, H., Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1982-1987-39-01-04/AUHF-1982-1987-39-01-04-Zilelioglu.pdf> (E.T.: 07.04.2015)).

¹³ BARKER, K., "Economic Loss and the Duty of Care: A Study in the Exercise of Legal Justification", The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, No. 09-02, p. 1.

¹⁴ Barker'in aktardığına göre, örneğin İngiltere'de hâlihazırda soyut zararın belirlenmesinde üç yaklaşım üzerinde tartışılmaktadır. Birincisi; dava öncesi/zarar öncesi durumu mevcut durum ile kıyaslayan "artırımlılık"(marjinalite) yöntemidir. İkincisi, davalının "sorumluluğu üstlenmesi" ve davacının "makul güveni" esasına dayalı "ikiz kavramlar" yöntemidir. Bir diğeri "zararın öngörülebilirliği", "yakınlık" ve "hakkaniyet, adalet ve makullük" esasına dayalı "üç aşama yaklaşımı"dır. Görüldüğü üzere bu yaklaşımlar arasındaki ilişki net değildir. İngiltere'de bazı mahkemeler şüpheli bir bakış açısıyla hepsinin aynı sonuca meyilli olduğunu varsayarak, çeşitli faktörler göz önüne alındığında yaklaşımlardan herhangi birinin kullanımının gerçek anlamda bir önem arz etmediğini ileri sürmektedirler (Barker, s.1).

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 320'nci maddesi, "İdare meclisi azalarının şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında Borçlar Kanununun 528'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü tatbik olunur" prensibine yer vermektedir. Doktrinde dikkat ve basiretin somut anlamı belirgin değildir. Borçlar Kanununun 528'inci maddesinin ikinci fıkrası ise "şirket işlerini ücretle idare eden şerik tıpkı bir vekil gibi mesul olur" diyerek temsil sözleşmesinde vekilin özen yükümlülüğüne atıf yapmaktadır¹⁵. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri görevlerini yaparken, ortaklığın ve pay sahiplerinin menfaatine göre hareket etmek ve bu konuda gerekli dikkat ve özeni göstermek zorundadır¹⁶. Bu özenin ölçüsünün objektif olarak takdiri tartışmalıdır. Yargıtay bir kararında yönetim kurulu üyelerinin "tedbirli bir şirket idarecisi gibi hareket etmelerini" belirtmiş¹⁷, ancak yasadaki hükmün başka bir şekilde tekrarından kaçınmamıştır.

TTK m.369, "özen ve bağlılık yükümlülüğü" başlığını taşımaktadır. Anılan madde; "(1) Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar" hükmüyle yukarıda zikredilen Yargıtay kararına uygun bir düzenlemeye yer vermektedir. Maddenin birinci fıkrasına ilişkin gerekçe ise bir bakıma yukarıda tartışılan ABD ve Avrupa yaklaşımlarının bir karışımını içermektedir. Maddenin birinci fıkra gerekçesinde hükmün çağdaş düzenlemelere uygun olduğu ifade belirtilmektedir. Gerçekten eski TTK m.320 düzenlemesinin uygulamada katı yorumlanmasının adaletsizliğe yol açtığı yönünde eleştiriler mevcuttur¹⁸.

Gerekçede de ifade edildiği üzere 6102 sayılı TTK m.369, eTTK m.320'den oldukça farklı bir düzen getirmektedir. Eski Kanun m.320'deki göndermeler sonucunda varılan nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) özen ölçüleri açık değildir¹⁹. Yeni durumda özen, tedbirli bir yönetici ölçüsü ile ta-

¹⁵ Doktrinde bu atıflar dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin (ücret alan ve almayan ayrımı da yapılarak) özen borcunun işçinin özen borcu veya vekilin özen borcu ile benzeştirildiği çeşitli tartışmalar görülmektedir (ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar**, Yedinci Bası, Beta, İstanbul, 1997, s.309-310;M.HELVACI, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 1995, s.34). Ancak çağdaş anonim şirketler hukukunda yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün, işçinin ve vekilin özen yükümlülüğünden çok öte bir şey ifade ettiği kanısındayız. Bunu anonim şirketlerin ekonomik fonksiyonlarını göz önünde bulundurarak objektif kriterlere bağlanma gereği vardır.

¹⁶ PULAŞLI, (Temel Esaslar), s.323.

¹⁷ Yargıtay Ticaret Dairesi, 16.12.1962, E.4545/K.4384

¹⁸ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat, İstanbul, 2014, N.:582, (Ortaklıklar I).

¹⁹ Gerekçeye göre; "Anılan ölçünün terk edilmesinin bir diğer sebebi de 6762 sayılı Kanunun kabul ettiği ölçünün işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmış olmasıdır. Ücret alan yönetim kurulu üyesinde "iş" in gerektirdiği özen bunun kanıtıdır. Böyle bir ölçü, bir çelik üretim şirketinde yönetim

nımlamış ve aynı zamanda şirketin menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapılmıştır. Buna somut ölçüt olmak üzere de dürüstlük kuralı kabul edilmiştir²⁰.

Özen yükümü yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Gerekçeye göre yöneticilerin ayrıca zikredilmeleri, yukarıda ifade edildiği üzere yönetim hakkının m.367 kapsamında devri söz konusu olduğunda özellikle önem taşımaktadır.

Özenin derecesi ve işin gerektirdiği özen nesnel olarak belirlenmelidir. Çamoğlu'na göre m.553/3'te getirilen, "*Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz*" hükmü ile özen ve bağlılık yükümünün sınırının nerede bittiği gösterilmektedir²¹. Bu kapsamda "tedbirlî yönetici" terimi bir taraftan kusurda ölçü rolü oynarken, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder, ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz. Gerekçeye göre de, 553'üncü maddenin üçüncü fıkrası hükmü söz konusu sınırı çizmekte, 557'nci madde de özenin kişi temelinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Başka bir açıdan işin gerektirdiği özen kavramı ile o alan veya konuya ilişkin uzman bilgisi kastedilmemektedir.

Anılan madde gerekçesinde nesnellik kavramından, yönetim kurulu üyesinin veya yöneticinin görevi yerine getirebilmek için yetkinlik düzeyi, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olması anlaşılmalıdır.

Nesnellikte, bir kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen (diligentia quam in suis) yeterli görülmez, bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır. Eski Kanunda öngörülmuş bulunan basiret ölçüsü terkedilmiş hatta basiretli işadamı ölçüsünden uzak durulmuş buna gerekçe olarak da, Yargıtay kararlarında basiretli işadamı ölçüsünün sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlanmış olması gösterilmiştir.

kurulu üyelerinin yüksek teknik bilgiyi haiz olmalarının şart olduğu yorumlamasına hak kazandırabilir. İşletme konusuna bağlanan özen, sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özeni ya tamamen tartışma dışı bırakır ya da dolayısıyla ve güçlükle kapsar. Ücret almayan üyenin özen borcu ise içerikten ve sınırdan yoksundur. Oysa "tedbirlî yönetici" ölçüsü bütün yukarıda anılanları ve yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni de içerir. Bu sebeple, hükümdeki özen 6762 sayılı Kanununun 320'nci maddesinde öngörülenden daha da geniş ve amaca daha uygun"dur.

²⁰ Ancak 369. maddenin ikinci fıkrası ile şirketler topluluğu ile ilgili 203 ve 205'inci maddelerin istisnaf durumlarına dikkat çekilmiştir.

²¹ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), (Ortaklıklar I), N.: 580.

Aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamak adaletsiz sonuçlar doğurabileceği belirtildikten sonra anılan Gerekeçe'de şu görüşlere yer verilmiştir:

"Tebirli yönetici ölçüsü basiretli işadama kavramından farklı olup, bu ölçüye, Alm. POK 93'üncü paragrafının kaynaklık ettiği de düşünülmemelidir. Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü, ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Hükme esin veren yeni öğreti daha gerçekçidir.

Tebirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadama kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553'üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştı. Özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceği şüphesizdir.

Birinci fıkrada yer alan, şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereğine ilişkin temel özen kuralı 6762 sayılı Kanunda açık olarak öngörülmemiştir. Bu yüküm ile yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hâkim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hâkim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar".

Moroğlu, m.369 metninde geçen "... tebirli bir yöneticinin..." ifadesinin yeterli olmadığını, bunun yerine "... tebirli ve işbilir bir yöneticinin..." denilmesinin daha uygun olacağını vurgulamaktadır²². Zira anonim şirketlerin ülke ekonomisi açısından yerine getirdikleri fonksiyon düşünüldüğünde, hiç risk almayan bir tebirlik yerine, işbilir ve dolayısıyla belli bir ölçüde risk alabilen bir tebirlik²³ aramak daha doğru bir yaklaşım olabilir.

²² E. MOROĞLU, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı-Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s. 168.

²³ MOROĞLU, a.g.e., s. 168.

B. Rekabet Baskısı ve Temsil Sorunu Bağlamında Özen Borcunun Sınırı

Rekabet politikası kuralları anonim şirketlerin kurumsal yapısına etki etmekle beraber bu etki hak ettiği kadar az ilgi görmüş bir konudur. Rekabet politikasının²⁴ temel yararlarından biri, şirket yönetiminin daha iyi ve etkin olmasını desteklemektir. Bu alanda AB ile ABD'deki rekabet politikaları karşılaştırıldığında görece maliyetleri ve faydalarının hesaplanmasında önemli farklılıklar görülebilir²⁵. Ancak bu farkın içeriği tam olarak belli değildir. Bu durum, hem ürün piyasasındaki rekabet ile şirket yönetimi arasındaki kesin ilişki hakkındaki belirsizlikten, hem de şirket yönetimi söz konusu olduğunda, farklı rekabet hukuku düzenlemelerinin ürün piyasasındaki rekabete etkileri hakkındaki bilinmezlikten kaynaklanır.²⁶

Gerek yerel gerekse uluslararası şirketler, bazı ciddi temsil sorunlarıyla (agency problem) karşılaşabilirler. Bu şirketlerin alt ve üst düzey yöneticilerine en önemli ortak kararları alma konusunda birçok yetki verilmiştir. İlgili ülke yasaları tarafından verilen bu geniş yetkilendirme, yöneticilerin yetkilerini pay sahiplerinden ziyade kendi çıkarları için kullanma eğilimi doğurabilir. Şirket yönetim sistemi, bu gibi temsil sorunlarını kontrol altına almak için birçok değişik metotlar geliştirmiştir. Biri, dostça olmayan bir şekilde yönetimi ele geçirme ve gözdağıdır. Yöneticileri kontrol etmek için ikinci yol, adaleti sağlayacak tazminattır. Üçüncü önemli bir metot, yönetici işgücü piyasalarının²⁷ oluşmasıdır.²⁸

Şirketler değişik nedenlerle kâr maksimizasyonu amacından sapabilirler. Bu sapmanın bir nedeni *temsil* (agency problem) sorunudur. Başka bir anlamıyla, ekonomik olarak bir kaynağın etkin kullanılıp kullanılmadığının birkaç göstergesi vardır. Bir tanesi X-etkinliğidir. X-etkinliği, kullanılan üretim faktörleri açısından bir malın üretiminin mümkün olan en düşük maliyetle sağlanmasıdır. Şayet kaynaklar yerli yerinde kullanılmaz veya malın üretiminde umursamaz biçimde israfçı davranılırsa X-etkinsizliği meydana gelir²⁹.

²⁴ Burada *rekabet politikası* rekabet hukukunun teorik arka planı anlamında kullanılmayıp, aşağıda açıklanacağı üzere iktisadi anlamda ürün piyasası rekabeti, üreticinin veya tüketicinin korunması ya da iktisadi etkinliği esas alan politikaları ifade etmek için kullanılmaktadır.

²⁵ McDONNELL, B.H. ve D.A. FARBER, "Are Efficient Antitrust Rules Always Optimal?", **The Antitrust Bulletin**, Fall-2003, s.815.

²⁶ McDONNELL ve FARBER, s.816.

²⁷ Yönetici işgücü piyasası, kötü bir yöneticiye düşük ücret vererek onun bir nevi cezalandırılması, iyi yöneticinin de gösterdiği performans için özel bir ikramiye sağlanarak ödüllendirilmesi ile oluşan piyasadır (ŞEHİRALİ ÇELİK, s.42).

²⁸ McDONNELL ve FARBER, s.816.

²⁹ TOSUN, M.U., "Türkiye'de Kamu Sektöründe Yeni Yönetim Felsefesi: Kaynak Kullanımında Etkinlik Açısından Bir Değerlendirme", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 19, Aralık-2007, s.84.

X-etkinliği genel olarak bir temsil sorununun bulunduğu ortamlarda önem kazanır veya bir temsil sorununun varlığının ifadesidir.

Temsil sorununa verilebilecek en yaygın örneklerden biri, profesyonel yöneticiliğin geliştiği şirketlerde, pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki ilişkidir. Bu ilişkide temsil sorununun ortaya çıkmasının nedeni, pay sahipleri ile yöneticilerin hedeflerinin aynı olmamasıdır. Örneğin pay sahiplerinin amacı her zaman en fazla kâr elde etmek iken, yöneticilerin hedefi kendi nüfuzlarını pekiştirmek, atalet içinde rahat bir iş ortamı yaratmak veya üçüncü kişiler nezdinde saygınlık kazanmak olabilir. Pay sahiplerinin yöneticileri denetleyememeleri, başka bir anlatımla denetleyebilmek için gerekli mekanizmalara en azından ayrıntılı bilgiye sahip olmamaları, buna karşın yöneticilerin bilgi/belge avantajını ellerinde bulundurmaları nedeniyle, şirketler, kâr maksimizasyonunun gerekleri yerine yöneticinin kişisel hedeflerine göre yönetilebilir. Örneğin pay sahipleri belki firmanın kârını gözlemleyebilirler, ama bu kârın (veya zararın) ardında şansın mı yoksa yöneticinin kararlarının veya performansının mı yattığını çözemeyebilirler. Bu durumda yöneticiler üstün performans içinde olmak yerine ataleti tercih edebilir, bu da etkinlik kaybına yol açabilir.³⁰

Yönetsel davranışı kontrol etmenin bağımsız bir diğer aracı, ürün piyasası rekabetidir. Eğer yöneticiler işi kötü yönetiyorlarsa ve bu durum, yüksek maliyetlere ve yüksek fiyatlara veya düşük kalite ürünlere neden oluyorsa, rekabete dayalı bir piyasada, şirket kısa bir zamanda piyasa payını kaybedecektir. Piyasa payında dramatik bir düşüş, iflasa ve yöneticilerin işlerini kaybetmelerine neden olur. Buna karşılık, ürün piyasasında daha az rakibi bulunan bir şirket, yüksek fiyata düşük kalite ürünler veya servisler sunsa bile, uzun zaman için karlı olarak kalabilecektir. Şirketler arasındaki rekabet, hem hangisinin iyi iş yaptığı hakkında bilgi hem de yöneticilere işlerini daha iyi yapmak için teşvik sağlar. Bazen, ekonomistler ürün piyasası rekabetçiliğiyle, teknik etkinlik veya şirket içindeki gevşekliğin derecesi arasındaki ilişkiden söz ederler. Harvey Leibenstein, bu ilişkiyi X-etkinliği hakkındaki çalışmasında ortaya atmıştır. Leibenstein, rekabetin X-etkinliğine etkisinin, rekabet ile dağıtım etkinliği (allocative efficiency)³¹ arasındaki geleneksel ilişkiden daha güçlü ve daha önemli olduğunu ileri sürmüştür. Şirket yönetiminde rekabetin etkisini ciddi bir şekilde analiz etme yönünde bazı girişimler olmuştur. Birkaç çalışmada da o etkiyi deneysel olarak ölçme çabası olmuştur. Ne teorik ça-

³⁰ ATİYAS, İ., "Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler", **Rekabet Dergisi**, C.:1, No:1, 2000., s.32.

³¹ Dağıtım (tahsis) etkinliği, kaynaklarla ilgili yeni bir düzenleme yapmaksızın, bir bireyin fayda veya tatmin düzeyini düşürmeden diğerinin fayda veya refahını yükseltmeye imkan olmaması durumunu ifade eder (FRANK, R.H., **Microeconomics and Behavior**, Third Edition, Irvin/McGraw-Hill, Boston, 1997, s.350).

lışmalar ne de deneysel çalışmalar belirsizliği giderme konusunda yeterlidir. Fakat genel olarak rekabetin, şirketleri, üretimlerini etkin şekilde organize etmek konusunda teşvik ettiği ileri sürülebilir.³² Bu durum şirket yöneticilerinin özen ve sadakat yükümlülüğüne uygun davranıp-davranmadıkları konusunda rekabetçi Pazar sonuçlarının karşılaştırılmasının ve buna bağlı olarak etkinlik analizlerinin objektif bir ölçü verebileceğine işaret etmektedir.

Ürün piyasası rekabetinin yöneticileri disiplin altına alma yöntemlerinden en etkili olduğu söylenebilir. Bu ölçüt yöneticilerin yavaş çalışmasına ve makul düzeyde bir gevşeklik göstermelerine neden olabilir. Ancak yöneticilere, işlerini iyi yapmak hususunda kuvvetli teşvik sağlar. Yukarıda bahsedilen mekanizmaların hepsi, ürün piyasası rekabeti kadar önemli bazı kısıtlamalara sahiptir. Bu kısıtlamalar, şirketin devralınmasına karşı geliştirilen savunmaları, dostça olmayan şekilde şirket ele geçirmeleri, 1980'lerde oldukları duruma göre çok etkisiz hale getirmiştir. Piyasa gözlemcileri yüksek miktarlardaki eşitlik amaçlı tazminatların, o aktörleri kontrol etme yolu olmaktan ziyade, kontrol edilememiş aktörlerin bir kötülük yapabileceklerinin işareti olarak görmektedir. İş gücü piyasaları, yöneticilerin bireysel etkinlikleri hakkında oldukça kusurlu bilgilere sahiptir ve bir profesyonelin kötü yönetimi ancak uzun bir gecikmeden sonra ortaya ıkabilir³³.

Ürün piyasası rekabeti yalnız disiplin altına alıcı mekanizma olduğu için değil, yukarıda bahsedilen metotları tamamladığı için de önemlidir. Ürün piyasasında güçlü bir rekabetle karşılaşan şirkette, kötü yönetim performansı çok çabuk belli olur. Monopoller kârlı bir şekilde üretimlerine devam edebilirler ve bu yüzden, bu şirketler oldukça kötü yönetilseler bile dışarıdan başarılı görünebilirler. Rekabete maruz olan şirketlerde, piyasa gözlemcileri kötü yönetimi ortaya çıkarırsa, kötü yönetimin bedeli kısa sürede daha düşük hisse senedi fiyatlarıyla ortaya çıkar. Sonuçta bu durum, şirketi dostça olmayan yöntemlerle devralmaya daha kolay hedef yapacaktır. Ancak ardından ayrılmak durumunda kalacak olan yöneticilerin tazminatları, şirketin hisse senetlerinin değeriyle ilişkili olarak azalacaktır. Rekabetçi şirketlerin kötü yönetimlerinin daha çabuk görünür olması, iş gücü piyasasının ne kadar etkin şekilde yöneticilerin performansını değerlendirdiğini de göstermektedir. Bu yüzden, ürün piyasası rekabeti, hem direkt olarak hem de dolaylı olarak şirket yönetiminin hayati bir parasıdır³⁴.

³² LIEBENSTEIN, H., "Allocative Efficiency vs. X-Efficiency", **American Economic Review**, No. 56, 1966, s.392.

³³ McDONNELL ve FARBER, s.816-817.

³⁴ McDONNELL ve FARBER, s.818-820.

Örneğin şirket yönetiminde ürün piyasası rekabetinin rolü hakkındaki bu ilişkiler, daha güçlü şekilde ABD'ye uymaktadır. Kıta Avrupa'sının şirket yönetimi sistemi (İngiltere hariç), Amerikan sisteminden oldukça farklıdır. Avrupa'daki halka açık büyük anonim şirketler, şirketi etkin şekilde kontrol eden büyük hissedarlara (kişi, aile veya kurum, çoğunlukla bir banka) sahiptir. ABD'de dağınık ve küçük hissedarlara göre Avrupa'da büyük hissedarlar, şirket yönetiminin performansını denetlemek ve izlemek için hem istekli hem de şanslıdır³⁵. ABD'nin aksine, bu yüzden, denetim ve kaydı arttırmalar. Diğer yandan Avrupa'da yukarıda söz edilen etkinlik vb. diğer mekanizmalar daha zayıftır. Bu durum, Avrupa şirket yönetim sistemini zayıflatma eğilimindedir. İki şirket yönetim sisteminden hangisinin daha etkili olduğu tartışılmaya devam etmektedir³⁶.

Bu farkların sonucu olarak, ABD veya kıta Avrupa'sında ürün piyasası rekabetinin, temsil maliyetlerinde ne derece kısıtlayıcı olduğu belirsizdir. Bir tarafta, Amerikan piyasa merkezli mekanizmalara oranla, yoğunlaşmış hissedarlık Avrupa'daki yönetimle ilgili temsilcilik problemlerini çözmeye daha başarılıdır. ABD'ye oranla, Avrupa'da bir kısıtlayıcı olarak ürün piyasası rekabeti, yöneticiler üzerinde daha az etkiye sahiptir. Diğer tarafta, Avrupa'ya göre, ABD'de yönetim kurulunu disiplin altına alıcı diğer mekanizmalar yöneticileri daha iyi sınırlandırabiliyorsa, Avrupa'daki ürün piyasası rekabeti, temsil maliyetlerinde bir kısıtlama olarak önemli hale gelebilir³⁷. Eğer, Amerika'ya oranla, Avrupa'daki temsil sorunu ciddi şekilde devam ederse, ürün piyasası rekabetinin tamamladığı diğer mekanizmalar (şirketi devralma, eşit tazminat ve iş gücü piyasası) üzerine yapılan zayıf vurgu, bu tür bir rekabeti Avrupa'daki şirket yönetimleri için önemsiz hale getirebilir. Genel olarak, belirsizliğini korumakla birlikte, Avrupa sistemine oranla, ürün piyasasındaki şiddetli rekabetin Amerikan sisteminde daha merkezi konuma sahip olduğu ortaya çıkar. Bu görüş, ürün piyasası rekabetinin Avrupa'da hiçbir öneme sahip olmadığı anlamına gelmemekte, görece daha az önemli olduğunu ifade etmektedir³⁸.

Rekabet politikasının amaçlarının belirlenmesinde, ürün piyasası rekabetinin şirket yönetimi konusunda ortaya çıkaracağı sonuçları irdelemek gerekir. Burada diğer bir belirsizlik kaynağı daha vardır. Gifford ve Kudrle tarafından şirket yönetimiyle ilgili olarak rekabeti teşvik etmek için tanımlanan dört po-

³⁵ SHLEIFER, A. ve R. VISHNY, "Large Shareholders and Corporate Control", *Journal of Political Economy*, Vol.: 94, 1986, s.461.

³⁶ McDONNELL ve FARBER, s.821.

³⁷ SHLEIFER ve VISHNY, s.462.

³⁸ McDONNELL ve FARBER, s.820.

litika hedefinin (rekabet, üreticinin korunması, tüketici rantının korunması ve refah maksimizasyonu) göreceli üstünlükleri tam belirgin değildir³⁹. Burada rekabetin etkisini gösteren sonuç şu şekilde ölçülebilir: Verimsizleşen şirketler, rakip firmaya geçen müşteriler tarafından hemen cezalandırılabilirlerse, rekabet güçlüdür. Dolayısıyla rekabet politikasının bu temele oturtulması rekabeti teşvik eder. Üreticinin korunması amacı, bu açıdan kötü bir politika hedefi olarak görünebilir. Üreticinin korunması, az etkin şirketlerin çok etkin rakipleriyle girdiği rekabetten az etkilenmelerini sağlar. Öyle bir politikanın şirket yönetimine etkisi potansiyel olarak büyüktür. Çünkü şirketler rakipleri kadar çalışmazlarsa, ürün piyasası rekabeti, şirketlerin ve yöneticilerin zenginliğini tehdit ederek, şirket yönetiminin iyileşmesine katkıda bulunabilir. Etkin rakiplerden şirketleri korumak, bu nedenle şirket yöneticilerini kontrol etme sistemini yaralar. Rekabet politikasının şirket yönetimine bu etkisi, rekabet kanunlarının analizinde vurgulanan dağıtım etkinliği sonucuyla en azından aynı öneme sahiptir.

Rekabetin amacı zaman zaman bir bilmeceye dönüşebilmektedir. Bazı yorumlarda rekabet, şirketlerde ve onların yöneticilerinde rekabetçi baskıyı artırıcı bir işlev olarak görülmektedir. Bu nedenle, teknik etkinliği arttırmanın bir yolu olarak, “yarışma”ya geri dönülmesini savunmaktadırlar. Gifford ve Kudrle ise rekabet ve üreticinin korunmasını benzer fenomenler olarak görme eğilimindedirler.⁴⁰ Ancak onlar, bazılarının rekabeti üretkenliğin bir uyarıcısı olarak yeniden canlandırmaya çalıştıklarına işaret etmişlerdir. Rekabet savunucularından bir kısmı, rekabete verilen zarar ile rakiplere verilen zararı birbirinden ayırırlar ve bunlardan ikincisi üreticinin korunmasıyla bağlantılıdır. Ancak bu farkı yargı organlarının uygulamada ayırt edebilmeleri zordur. Rekabet politikasının şirket yönetimine etkileri hakkında öne sürülen tezlere bakıldığında, rekabeti artırmanın üreticinin korunmasına mı yoksa yozlaştırmaya mı hizmet ettiği anlaşılabilir.⁴¹

Özetlenecek olursa, ürün piyasası rekabeti, şirket yönetimi üzerinde güçlü bir etkiye sahiptir ve bu yüzden, şirketlerin ne kadar etkin çalıştıkları üzerinde belirleyici olabilir. Bu etki, farklı şirket yönetim sistemlerinden dolayı Avrupa’da daha belirsiz olmakla beraber, Avrupa’da ürün piyasası rekabetinin, yönetimle ilgili yanlış davranışlar üzerinde daha az kısıtlayıcı olduğu söylenebilir⁴¹.

³⁹ GIFFORD, D.J. ve R.T. KUDRLE, “EU Competition Law and Policy: How Much Latitude for Convergence With the U.S.?” *The Antitrust Bulletin*, Fall-2003, s. 18.

⁴⁰ GIFFORD ve KUDRLE, s. 19.

⁴¹ McDONNELL ve FARBBER, s.822.

Ayrıca şu iki nokta üzerine durmak gerekir: Birincisi, şirket yönetimleri üzerinde tartışılan bu etkiler, rekabet analizcilerinin üzerinde yoğunlaştıkları direkt dağıtım etkinliği sonuçlarıyla aynı öneme sahiptir. İkincisi, rekabet politikalarının şirket yönetimine etkileri ABD’de ve Avrupa’da birbirinden oldukça farklıdır. Bu yüzden, ABD ve Avrupa’da rekabet politikalarındaki farklı tercihlerin faydalarının ve maliyetlerinin ayrıntılı bir şekilde hesaplanmasında, şirket yönetimine etkileri açısından yapılan tahminler de farklı olacaktır⁴².

⁴² McDONNELL ve FARBER, s.823.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, N., Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat, İstanbul, 2012.
- AYAN, Ö., Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- ATİYAS, İ., “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi, C.:1, No:1, 2000.
- BARKER, K., “Economic Loss and the Duty of Care: A Study in the Exercise of Legal Justification”, The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, No. 09-02.
- FRANK, R.H., Microeconomics and Behavior, Third Edition, Irvin/McGraw-Hill, Boston, 1997.
- GIFFORD, D.J. ve R.T. KUDRLE, “EU Competition Law and Policy: How Much Latitude for Convergence With the U.S.?”, The Antitrust Bulletin, Fall-2003.
- HELVACI, M., Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 1995.
- KIRCA, İ./ ŞEHİRALİ ÇELİK, F.H./MANAVGAT, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013
- LIEBENSTEIN, H., “Allocative Efficiency vs. X-Efficiency”, American Economic Review, No. 56, 1966.
- McDONNELL, B.H ve D.A. FARBER, “Are Efficient Antitrust Rules Always Optimal?”, The Antitrust Bulletin, Fall-2003.
- MOROĞLU, E., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı-Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s.168.
- PASLI, A., Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005.
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat, İstanbul, 2014 (Ortaklıklar I).
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Yedinci Bası, Beta, İstanbul, 1997.
- PULAŞLI, H., Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- PULAŞLI, H., Şirketler Hukuku-Temel Esaslar, 5. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2007.
- SHLEIFER, A., ve R. VISHNY, “Large Shareholders and Corporate Control”, Journal of Political Economy, Vol.: 94, 1986.

- ŞEHİRALİ ÇELİK, F.H., Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2008.
- ŞENER, O.H., Ortaklıklar Hukuku, Seçkin, Ankara, 2012.
- TEKİNALP, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, (Yeni Hukuk).
- TEKİNALP, Ü., Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2012 (Ortaklıklar ve Tek Kişi).
- TOSUN, M.U., “Türkiye’de Kamu Sektöründe Yeni Yönetim Felsefesi: Kaynak Kullanımında Etkinlik Açısından Bir Değerlendirme”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 19, Aralık-2007.
- ZİLELİOĞLU, H., Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1982-1987-39-01-04/AUHF-1982-1987-39-01-04-Zilelioglu.pdf>

1982 Anayasası Çerçevesinde Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Sorunu

Le Problème d’Indépendance de la Juridiction selon la Constitution de 1982 en Turquie

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN*

Özet

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin tam anlamıyla korunabilmesi için ihtiyaç duyulan bağımsız yargı, hukuk devletinin de olmazsa olmazıdır. Temelinde kuvvetler ayrılığı ilkesi olan yargı bağımsızlığı, yürütme ve yasama organlarının yanı sıra, yargı organının kendi içinden de gelebilecek baskı ve müdahalelere karşı korunmak zorundadır. Yargı bağımsızlığını sağlayacak olan yargıçların, diğer kamu görevlilerinden farklı olarak sahip oldukları yargıç güvenceleri, 1982 Anayasası’nın 139 ve 140. maddelerinde düzenlenmektedir.

Yargıçların atanma ve yükseltmelerinin, tayin ve nakillerinin, disiplin işlerinin, görev sürelerinin, özlük ve mali haklarının Anayasa’daki yargı bağımsızlığı ilkelerine göre düzenlenmesi büyük önem taşımaktadır. Zira bu konulara ilişkin işlemler siyasi iktidarın yargıçlar üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak baskı kurmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, hakimlerin özlük işlerinin bağımsız bir kurul tarafından gerçekleştirilmesi, yargı bağımsızlığını sağlayabilmek açısından önemlidir. Ancak, 1982 Anayasası’nın, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu” olarak adlandırdığı bu kurulun oluşumu, üyelerinin seçimi, çalışma düzeni, görevleri, verdiği kararların denetimi ve bağımsızlığı sürekli eleştiri konusu olmaktadır. Maalesef Türkiye’de HSYK ile ilgili sorunlar hiç bitmemekte ve toplumun yargıya duyduğu güven sarsılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kuvvetler Ayrılığı, Hukuk Devleti, Yargı Bağımsızlığı, Hakim Teminatı, İnsan Haklarının Korunması.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
ebrukaraman@beykent.edu.tr.

Résumé

Afin de protéger les droits fondamentaux et les libertés des individus, il y a une nécessité de l'indépendance judiciaire qui est une condition sine qua non dans l'Etat de droit. L'indépendance de la juridiction fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs doit être protégée contre toutes les sortes de pressions et d'influences peuvent venir de l'intérieur du pouvoir judiciaire comme des organes exécutif et législatif. Les articles 139 et 140 de la Constitution de 1982 réglementent les garanties de juge qui assureront l'indépendance de la juridiction.

Il est important d'être réglementé la nomination et la promotion des juges, la discipline de travaux, la durée du mandat et leurs droits financiers selon les principes Constitutionnels de l'indépendance judiciaire. Les transactions liées à ces domaines causent directement ou indirectement la pression sur les juges par le pouvoir politique. C'est la raison pour laquelle des juges ont des statuts différents pour garantir leur indépendance par rapport aux autres agents publics. Par conséquent, il est important d'être effectuée des affaires personnelles des juges par un conseil indépendant pour assurer l'indépendance du pouvoir judiciaire. Toutefois, « le Conseil Supérieur des Magistratures et des Procureurs » est constamment l'objet de critiques à cause de la formation du Conseil, l'élection de ses membres, les fonctions, l'indépendance et le contrôle des décisions. Malheureusement, les problèmes du Conseil continuent et la société ne fait pas confiance au pouvoir judiciaire en Turquie.

Mots-Clés

Séparation des Pouvoirs, Etat de Droit, Indépendance de la Juridiction, Garantie de Juge, Protection des Droits de l'Homme.

GİRİŞ

Adalet, insanların en temel duygularından ve ortak değerlerinden birini oluşturur. Yargı da, her dönem, bu adalet duygusunun zedelenmesini engelleyen önemli bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır. Elbette bunu sağlayacak gücün, özellikle yasama ve yürütmeden gelebilecek etkilere karşı “bağımsız” olması gerekmektedir¹. Esas işlevi, adaletin gerçekleşmesi olan “bağımsız yargı” kavramının çerçevesini çizebilmek için de, öncelikle “yargı” kavramının açıklanması gerekmektedir.

Yargı fonksiyonunun içeriğini gösteren maddi kriter, hukuki uyumsuzlukları ve hukuka aykırılıkları çözüme kavuşturan ve bunlara yaptırım bağlayan bir devlet fonksiyonu olarak tanımlanmaktadır. Bağımsız mahkemelerin faaliyetlerini, yargı fonksiyonu olarak kabul eden kriter ise, yargı fonksiyonunun şekli kriteridir². Devlet, görevlerini yasama, yürütme ve yargı düzeyinde

¹ Birol Kırmaz, *Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.1.

² Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 9.bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.433.

üç alanda sürdürürken; şekli kriter, yargı fonksiyonunu yasama ve yürütme fonksiyonundan ayırabilmek için daha elverişlidir.

Yargı fonksiyonunun varlık nedeni, kanunların uygulanmasıyla ortaya çıkan uyumsuzlukları gidermek ve bireyin hak ve özgürlüklerini devlet karşısında korumaktır. Diğer bir ifadeyle; amacı, adaletin ve hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi ve korunması olan yargı fonksiyonu, bağımsız mahkemelerin kişilerin devletle ve diğer kişilerle olan hukuki anlaşmazlıklarını ve uyumsuzluklarını gerekli hukuki yollarla karara bağlama faaliyetidir³.

Yargı fonksiyonunu gerçekleştiren organların, bu fonksiyona yakışır özelliklere sahip olması ve hakimlerin de diğer kamu görevlilerinden daha fazla güvencelere kavuşması gerekmektedir. Nitekim yargı yetkisini kullanan mahkemelerin bağımsız nitelikte olması zorunluluğu, 1982 Anayasası’nın 9. maddesinde “yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır” ifadesiyle yer almaktadır.

Günümüzde “bağımsız yargı”, demokratik rejimlerin vazgeçilmez unsurlarından biridir. Ancak genelde, otoriter veya totaliter rejimlerde yargı, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak değil, temel hak ve özgürlüklere saygı göstermeyen mevcut baskı araçlarından biri olarak tasarlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, bu tür rejimlerde mahkemeler adalet dağıtan kurumlar olarak değil, rejim karşıtlarını yargılayan, cezalandıran ve rejimin aşırı güç kullanımını hukuken meşrulaştırmaya çalışan kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle bu konumuyla yargının, otoriter ve totaliter rejimlerde büyük ölçüde siyasal iktidara bağımlı olduğu görülmektedir⁴.

Demokratik rejimlerde temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olan “bağımsız yargı”, iki temel ilke olan “kuvvetler ayrılığı” ve “hukuk devleti” ilkeleriyle iç içe geçtiği için, yargı bağımsızlığı değerlendirilirken Anayasal nitelikteki bu ilkelerle olan ilişkileri göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde, yargı bağımsızlığının “kuvvetler ayrılığı” ve “hukuk devleti” ile ilişkisi incelenecektir. İkinci bölümde, 1982 Anayasası’nda yargı organının yasama, yürütme, yargının kendisine ve çevreye karşı bağımsızlığını açıkladıktan sonra; son bölümde, Türkiye’de yargı bağımsızlığını etkileyen unsurlar çözüm önerileriyle birlikte değerlendirilecektir.

³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 18.bs., Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s.393.

⁴ Lisa Hilbink, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Naklen: Levent Gönenç, *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Anayasa Çalışma Metinleri No.3, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, 2011, s.6.

I. GENEL OLARAK YARGI BAĞIMSIZLIĞI

A. Yargı Bağımsızlığı ve Kuvvetler Ayrılığı İlişkisi

Kuvvetler ayrılığı ilkesi teorik olarak yasama, yürütme ve yargı olarak adlandırılan devletin üç temel kuvvetinin var olduğunu ve bunların farklı organlarca kullanılması gerekliliğini kabul eder. *Yasama kuvveti* temsili parlamentolara ait kural koyma yetkisini; *yürütme kuvveti*, hükümetin elinde bulundurduğu kuralları uygulama yetkisini; mahkemelerce yerine getirilen *yargı kuvveti* ise, uyuşmazlıkları çözümleyen kuvvetlerdir⁵.

Parlamentar demokrasilerde kuvvetler ayrılığı sistemi esastır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinden oluşan demokratik sistemin sağlıklı işleyebilmesi için bu kurumların denetime açık olmaları, işlem ve eylemlerinin hukuki hesabını vermeleri ve birbirlerinin alanına da müdahil olmamaları gerekmektedir. Kuvvetlerden birinin diğerine baskı kurması, demokrasiyi sekteye uğratacak bir davranış olarak değerlendirilebilir⁶.

Çoğunluğun egemenliğinde azınlığın da haklarının korunması asıldır. Azınlıkta kalan kesimlerin haklarının ihlal edilmesi durumunda “yargı organı” devreye girer. Temel hak ve özgürlüklerin bireyler açısından korunması için yargının hiçbir etki altında kalmaması gerekir. Yasama çoğunluğunun içinden çıkan yürütme kuvveti, yasamayla çoğunluk görüşü doğrultusunda genelde bir bütünlük içinde hareket eder. Ancak yargı da yasama gibi yürütmeye bağımlı hale gelirse, o ülke demokrasisi otoriterleşmeye doğru hızla yol alır⁷.

Kuvvetler ayrılığı demokrasiyi korumakta ve totaliter hükümlere engel olabilmektedir. Bazı durumlarda ise kuvvetler ayrılığı, aynı zamanda yönetimi yavaşlatmakta ve yürütme diktatörlüğünü desteklemekte, denetimi azaltmaktadır. Kanunlar yasama organı tarafından yapılır, bu yasalar yürütme organı tarafından yürütülür ve adalet yargı organı tarafından yerine getirilir. Her üç kuvvet de gücünü halk egemenliğinden alır. Çağdaş demokrasinin gerçekleşmesi için birbirinden ayrı bu üç organın birbirinden gerçek anlamda ayrılması gereklidir. Eğer yasama organının çıkardığı yasaların Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından ve eğer yürütme organının karar, işlem ve eylemleri de yargı organı olan Danıştay tarafından denetlenemiyorsa, ortada kuvvetler ayrılığı ilkesi ve çağdaş demokrasi yok demektir⁸.

⁵ Ender Ethem Atay, *Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1-2, 2013, s.1136.

⁶ Celal Ülgen, *Hukukun Üstünlüğü ve Kuvvetler Ayrılığı*, 30 Nisan 2010 Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.7.

⁷ Ülgen, a.g.e., s.7.

⁸ Muammer Aydın, *Hukukun Üstünlüğü ve Kuvvetler Ayrılığı*, 30 Nisan 2010 Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.12.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi denince akla ilk gelen kişi Montesquieu’ye göre: “Kuvvet sahibi herkes, bunu kötüye kullanma eğilimindedir⁹. Bir takım sınırlamalarla karşılaşınca kadar bu kuvveti kullanır. İktidarın kötüye kullanılmaması için, eşyanın niteliği gereği, kuvvetin kuvveti durdurması gerekir¹⁰. Kuvveti sınırlamanın en iyi çözümü; kuvvetlerin tek elde toplanmasını engellemek için kuvveti, her biri bir parçasını kullanan devlet organlarına dağıtmaktır”. Montesquieu, her devlette mevcut olan yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin ayrı organlar tarafından kullanılması gereğini şöyle açıklamaktadır¹¹: “Yasama kuvveti yürütme ile birleşmişse, asla hürriyetten söz edilemez. Çünkü aynı hükümdarın ya da meclisin zorbaca uygulanmak üzere, zorbaca kanunlar yapmasından korkulur. Yargılama kuvveti yasama ile birleşmiş olsaydı, yurttaşların hayatı ve hürriyeti üzerinde iktidar keyfi olurdu; zira, yargıç kanun koyucu olurdu. Yargılama kuvveti yürütme ile birleşmiş olsaydı, yargıç baskı yapanın kuvvetine sahip olabilirdi¹².”

Yargı kuvvetinin bu mekanizma içinde yerini bulmak oldukça zordur. Montesquieu diğer iki kuvvetin her birine diğerini durdurma yetkisi verirken yargı kuvvetini ayrı bir hale getirerek, toplum içinde fonksiyonların belki de en önemlisi olan yargıyı, yürütme ve yasama kuvvetlerinin etkisinden kurtarmak istemiştir¹³. Zira ancak bağımsız bir yargı, diğer organların yasalara ve Anayasaya uygun hareket edip etmediğini araştırabilir. Aynı zamanda yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin birbirinden ayrılması ve bu kuvvetlerin birbirinden bağımsız olarak işlev görmesi temeline dayanan kuvvetler ayrılığı ilkesi, “hukuk devleti” ilkesinin de uygulanmasını mümkün kılabilmektedir.

B. Yargı Bağımsızlığı ve Hukuk Devleti İlişkisi

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları insanlığın tarihi gelişiminden ve uzun mücadeleler sonucunda edinmiş olduğu birikimler doğrul-

⁹ Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasındaki ayırım Aristo ve Locke tarafından Montesquieu’den önce dile getirilmiş olsa da bu ilkenin klasik anlamda anayasal bir ilke olarak ortaya çıkması Montesquieu ile gerçekleşmiştir. Detaylar için bkz.: Ebru Karaman, *Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı (Fransız İdari Yargısı ile Karşılaştırmalı)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.12.

¹⁰ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 14.bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.467.

¹¹ Georges Vedel, Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, 12.éd., C.1, PUF, Collection Thémis, Paris, 1992, s.98.

¹² Teziç, a.g.e., s.467.

¹³ Gerçekten, Montesquieu yargı kuvvetine yeni bir statü vererek onu “görünmez” kılıp siyasi özgürlük için tehlike oluşturmayacak bir duruma getirdiğini düşünmüştür. Yargı kuvveti, daima bir senatoya verilmeyip halk arasından ayrılmış kişilere verilmelidir. Bunlar senenin belirli aylarında kanunla tespit edilen usule göre toplanarak mahkemeyi kurarlar. Mahkeme lüzumu kadar devam eder. Bu şekilde insanlar arasında dehşet salan yargı kuvveti, belirli bir sınıfa ve mesleğe bağlanmadan görünmez hale gelmiş olur. Bkz.: Orhan Aldıkaçtı, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı*, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960, s.39.

tusunda bugünkü seviyeye gelmiştir. Bu seviyeyi toplumsal örgütlenmenin ulaştığı en ileri ve çağdaş düzey olan, “çoğulcu demokratik hukuk devleti” olarak nitelendirebiliriz. Demokratik hukuk devleti kurallar ve kurumlar rejimidir. Hukuk devleti ilkesi çağdaş demokrasilerin belirleyici niteliğidir. Çağdaş uygarlık düzeyine yükselebilmek hukuk devleti ilkesinin evrensel standartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi ve korunmasıyla olanaklıdır. Hukuk devleti demokratiklik ilkesinin yanı sıra evrensel kuralların üstünlüğünün de güvencesidir. Hukukun üstünlüğü ilkesi devletin hukuka bağlılığını yasama ve yürütme kuvvetleriyle yönetimin işlem ve eylemlerinin “bağımsız yargı” tarafından denetimini sağlar; temel hak ve özgürlüklerin güvencesini oluşturur. Böylece kişilerin hukuk güvenliğini de sağlamış olur¹⁴.

Temel hak ve özgürlükler olarak da belirtilen insan hakları uygar toplumların olmazsa olmaz koşuludur. Demokratik hukuk devleti temel hak ve özgürlükleri korumak ve yaşama geçirmekle yükümlüdür. Çağdaş demokrasinin en önemli özelliği devletin insan için var olduğu anlayışıdır. Toplumda her şey temel hak ve özgürlükleri sağlamaya, bunları korumaya ve geliştirmeye yönelik olmalıdır.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğünün yaşama geçirildiği, yönetimde keyfiliğin önlenildiği, devletin hukuka bağlı olduğu, yargının bağımsız niteliğiyle siyasal baskı ve karışmalardan etkilenmeden çalıştığı, hukuk kurallarının herkese eşit uygulandığı, hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı, bireylere hukuk güvenliğinin sağlandığı bir sistemi ifade eder¹⁵. Hukuk devletinden söz edebilmek için genel, soyut, önceden bilinebilir, anlaşılabilir ve istikrarlı kurallardan oluşan bir hukuk düzeni mevcut olmalı ve hukuk kuralları yönetilenler kadar siyasi iktidarı kullanan devlet organlarını ve yöneticilerini de bağlamalıdır¹⁶.

Bağımsız yargı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesidir. Zira hukuk devleti, özünü yargının bağımsızlığında bulur. Demokratik rejimlerinde yargı bağımsızlığı hukuk devleti ilkesinin yapıtaşlarından¹⁷. Diğer bir ifadeyle, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, anayasacılığın, insan hakları ve demokrasinin korunmasının ve hukuk devleti ilkesinin köşe taşlarını oluşturur ve bunların önemi, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler tarafından da kabul edilmektedir. Yargının, hukuk devletinin kendisine yüklediği bu dene-

¹⁴ Jacques Chevaillier, *Hukuk Devleti*, Çev.:Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Yayınevi, Ankara, 2006, s.140.

¹⁵ Atay, a.g.e., s.1138.

¹⁶ Yüksel Metin, *Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Anayasa Yargısı Yayınları, S.27, Ankara, 2010, s.217.

¹⁷ Metin, a.g.e., s.220. Naklen: Ozan Erözden, *Hukuk Devleti İlkesi ve Yargı Tarafsızlığının Normatif Hukuk Ötesi Boyutu*, Yargısal Düşüm: Türkiye’de Anayasal Reforma İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Ed.: Serap Yazıcı, TESEV Raporu, İstanbul, 2010, s.10.

tim fonksiyonunu yerine getirmesi ise, ancak bu organın tarafsızlığını ve bağımsızlığını garanti eden, yargı fonksiyonuna etkinlik ve verimlilik kazandıran mekanizmaların varlığıyla mümkün olabilir¹⁸.

Millet adına yargılama fonksiyonunu yerine getiren yargı organının ve yargı kuvvetini kullanan hakimlerin bağımsızlığının bir hukuk devleti için vazgeçilmez önemi vardır. Yargılama fonksiyonunu yerine getirerek adaletin gerçekleşmesini sağlayan bir organ olan yargının, yasama ve yürütme karşısında bağımsız olması gerekmektedir. Ancak hukuk devleti olmadan yargı bağımsızlığının sağlanması mümkün değildir. Yargı bağımsızlığının ise, yargılamanın bağımsızlığıyla birlikte hakimlerin ve hatta yargılamada taraflar arasındaki bağımsızlığı da kapsadığı unutulmamalıdır.

II. 1982 ANAYASASI’NDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Yargıçlar önlerindeki somut olay hakkında yürürlükteki yasalar çerçevesinde karar verirken herhangi bir gücün etkisi veya baskısı altında kalmamalıdır. Bu bağlamda, iki tür yargı bağımsızlığından söz edilmektedir: Dış bağımsızlık ve İç bağımsızlık.

A. Dış Bağımsızlık

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin somutlaşmış hali olan dış bağımsızlık, karar verme sürecinde yargı üzerinde dışsal etkilerin olmamasıdır. Devletin siyasi kurumlarından ve baskı grupları gibi devlet dışı gruplardan gelen bütün müdahaleler yargı bağımsızlığı üzerindeki dışsal etkiyi oluşturmaktadır¹⁹.

Modern anlamda kuvvetler ayrılığı, devlet fonksiyonlarının yasama, yürütme ve yargı organları arasında anayasal olarak paylaşılmasıdır. Dış bağımsızlık, öncelikle yargı organının diğer devlet organları olan yasama ve yürütme organına karşı bağımsız olmasıdır²⁰. Ancak sadece ayrı bir yargı kuvvetinin varlığı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerçekleşmesini sağlayamaz. Kuvvetler ayrılığının gerekli işleyişinin sağlanabilmesi için, siyasi iktidarların yargıya müdahale etme yollarının kapatılması, yargının tamamen bağımsızlaştırılması ve bunun sağlanabilmesi için yargı ile siyaset arasındaki çizginin daha ayırt edici bir biçimde şekillenmesi gerekmektedir. Yargının sahip olduğu görevleri yerine getirirken, iktidara sahip olanlardan kaynaklanan etkilerden uzak

¹⁸ Serap Yazıcı, *Yargı Reformu Stratejisi Kapsamında Anayasal Değişiklikler*, Yargısal Düğüm: Türkiye’de Anayasal Reforma İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Ed.: Serap Yazıcı, TESEV Raporu, İstanbul 2010, s.8.

¹⁹ Thomas Giegerich, *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor*, 2009, s.12. Bkz.: <http://www.abgm.adalet.gov.tr/> Naklen: Metin, a.g.e., s.226.

²⁰ Gönenç, a.g.e., s.2.

kalabilmesi gerekir. Bu durum, bireylerin devlet karşısında sahip olduğu hak ve özgürlüklerin en önemli güvencesidir²¹.

Yargı bağımsızlığı denildiği zaman ilk akla gelen, yargıyı dışarıdan gelecek tehditler karşısında koruyabilmektir. Yargı bağımsızlığının tarihi ve siyasi süreci dikkate alındığında, dışarıdan yargıyı en çok etkileme ihtimali olanlar siyasi aktörlerdir. Yasama ve yürütmenin yargıya müdahale etmesinin kabul edilemeyeşi, yargı bağımsızlığı, hakim güvencesi, demokrasi, insan hakları ve özgürlüklerinin korunabilmesi açısından vazgeçilmezdir.

1982 Anayasası'nda kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği görülmektedir. Bu bağlamda;

- Anayasa'nın 6. maddesi, "Egemenliği" kullanan organları, kuvvetler ayrılığı anlayışına uygun olarak çoğul ifade etmiştir²². Hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa'da bahsedilen ve egemenlik yetkisini kullanan bu "organlar" yasama, yürütme ve yargı kuvvetleridir²³.
- Anayasa'nın 'Yasama yetkisi' başlıklı 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve devredilemeyeceği hükme bağlanmıştır.
- Anayasası'nın "Yürütme yetkisi ve görevi" başlıklı 8. maddesi, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını ve yerine getirileceğini düzenlemiştir.
- Yargı yetkisini düzenleyen Anayasa'nın 9. maddesi de, "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" şeklindedir.
- Ayrıca, 1982 Anayasası'nın "Başlangıç" Bölümü'nün 4. paragrafında "kuvvetler ayrılığı" ifadesi yer almakta ve bu ayrımın Anayasa açısından ne anlam ifade ettiği açıklanmaktadır. Söz konusu hükümde; "... kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu..." belirtilmiştir.

Yargının yasama organı karşısında bağımsızlığını korumak için 1982 Anayasası'nın 138. maddesinin 3. fıkrasına özel bir hüküm konulmuştur. Söz konusu hüküm uyarınca; "Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz." Aynı maddenin 2. fıkrası

²¹ Bülent Yavuz, *Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.47.

²² Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.101.

²³ 1982 Anayasası m.6/2: "Türk Milleti, egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır". Bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr> (14.3.2015)

ise; “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.” şeklindedir. Anayasa’nın bu hükmündeki genel yasak ise, yasama organını da kapsamaktadır. Zira, Anayasa koyucunun fıkraya “hiçbir organ” ifadesi ile başlaması, yargının bağımsızlığı açısından yasama organının da tehdit unsuru oluşturabileceğinin kabul edildiğinin göstergesidir. Nitekim, siyasi aktörler genelde düşüncelerini yasama organının çatısı altında açıklarken, yargının bağımsızlığını ihlal etmektedirler²⁴.

Yargıya müdahale etme ihtimali, imkanı ve isteği en fazla olan organ ise, yürütmedir. Hemen hemen bütün hükümetlerin yargıyı etkileme, yargıda kadrolaşma girişimlerinde buldukları ifade edilmektedir²⁵. Doktrinde bazı yazarlar, yargı bağımsızlığını, mahkemelerin hükümete karşı bir duruşunun olabilmesi ile ölçmektedir. Yargının yürütmenin işlemlerini iptal etmesine seyrek rastlanması, yargı bağımsızlığının olmadığı yönündeki şüpheleri arttırsa da, yargı bağımsızlığını siyasi iktidarın işlemlerini sık sık iptal etme ile özdeşleştirmek doğru değildir. Zira bu doğrultuda güçlü bir karine olsa da, yargının bağımsızlığı siyasi iktidar dışındaki etkenler karşısında şüpheli hale gelecektir²⁶.

Yargıcın yürütme organına karşı bağımsızlığının korunması tartışmasız kabul edilen bir husus olmasına karşılık, yargı bağımsızlığının en zor gerçekleştirildiği kuvvet de yürütmedir. Bu nedenle Anayasalar yargıcın yürütme organına karşı bağımsızlığını güvence altına almak için gerekli olan düzenlemelere yer vermektedir. Yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat verilemeyip genelge gönderilemeyeceğini, tavsiye ve telkinde de bulunulamayacağını düzenleyen Anayasası’nın 138. maddesinin 2. fıkrasındaki genel yasak, yasama organını kapsadığı gibi yürütme organını da kapsamaktadır²⁷. Söz konusu maddenin 4. fıkrası ise; yürütme organının, yargı kararlarına uymak zorunda olduğunu ve bunları değiştiremeyip yerine getirilmesini geciktiremeyeceği düzenlemektedir²⁸. Yargıcın bağımsızlığını zedeleyebilen

²⁴ Yavuz, a.g.e., s.49.

²⁵ Fazıl Hüsnü Erdem, *Yargının Siyasi İktidar ve Devlet İktidarı Karşısında Bağımsızlığı Sorunu*, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Y.3, S.6, Eylül 2005, s.129. Naklen: Yavuz, a.g.e., s.71.

²⁶ Peter H. Russell, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, Judicial Independence in the Age of Democracy, Ed.: Peter H. Russell-David M. O’Brien, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 2001, s.7-8. Naklen: Yavuz, a.g.e., s.71.

²⁷ 1982 Anayasası m.138/2: “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.” Bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982> (14.3.2015).

²⁸ 1982 Anayasası m.138/4: “Yürütme organı, mahkeme organlarına uymak zorunda olup, yargı kararlarının değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”. Bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982> (14.3.2015).

hususların hukuk sistemimizde ağırlıklı olarak yürütmeden kaynaklandığı dikkate alındığında, bu kuralın önemi daha iyi anlaşılacaktır²⁹.

Yargının, yasama ve yürütme organlarından ayrı ve bağımsız olması “dış bağımsızlık” olarak ifade edilmekle birlikte; yasama ve yürütmenin etki ve müdahaleleri dışında yargının bağımsızlığı için tehlike oluşturabilecek başka yargıdışı faktörlerin de mevcut olduğu unutulmamalıdır. Yargının bağımsızlığı için tehlike oluşturabilecek tüm bu yargıdışı faktörleri ise, “çevreye karşı bağımsızlık” olarak genel bir başlık altında değerlendirmek mümkündür.

Yargıçların yargıdışı kişi, kurum ve örgütlerden, örneğin siyasal partilerden, sivil toplum örgütlerinden, medyadan, sermaye gruplarından, davanın taraflarından veya davayla ilgili herhangi bir menfaati olan kişilerden gelebilecek; hukuka ve vicdanlarına göre karar vermelerini engelleyebilecek baskı ya da telkinlere karşı da korunmaları gerekmektedir³⁰. Genelde çevre baskılarının en büyüğü basın organlarından gelmektedir. Medyanın yargı faaliyet alanına yönelik çalışmaları, yargı bağımsızlığı ile basın hürriyeti bağlamındaki hassas dengeyi zorlar niteliktedir³¹. Bu dengeyi korumak için, Anayasa’nın 26. maddesinin 2. fıkrası; basın hürriyetinin, yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Buna ilaveten, Basın Kanunu’nun 30. maddesinin 2. fıkrası; ceza kovuşturmasının başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar geçen sürede hakim ve mahkemelerin hüküm, karar ve işlemlerine ilişkin görüş yayınlamasını yasaklamaktadır³².

B. İç Bağımsızlık

İç bağımsızlık, yargının yasama ve yürütme organları karşısındaki bağımsızlığı değil, yargı organının kendi içindeki bağımsızlığıdır. Diğer bir ifadeyle, iç bağımsızlık, "yargıiçi" bağımsızlıktır. Buna göre, yargıçlar aynı veya üst düzeydeki meslektaşlarının etkileme, telkin, talimat ve emirlerine muhatap olmamalıdır. Yargıiçi bağımsızlık ilkesi, her bir yargıcin bağımsızlığının yargısal karar verme faaliyetleri kapsamında karşılaşılabilecek yargıçlar arası bir tabiiyet ilişkisine muhatap olmaması anlamına gelir³³.

Yargıçlar ne ölçüde bağımsızlıklarının bilincinde ise, yargı bağımsızlığı da o ölçüde güçlenir. Bu yüzden önemli olan yalnızca yargının devletin diğer iki organı

²⁹ Muharrem Özen, *Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri*, s.40. Bkz.: <http://www.ankarabarasu.org.tr> (14.3.2015).

³⁰ Gönenç, *a.g.e.*, s.2, dp.6.

³¹ Kırmaz, *a.g.e.*, s.31.

³² Gözler, *a.g.e.*, s.407.

³³ Detaylar için Bkz.: Venedik Komisyonu, Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu’nun 11-12 Aralık 2010 tarihli “Yargıçların Bağımsızlığı” konulu 1. Bölüm Raporu. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)042-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-f) (23.04.2015)

olan yasama ve yürütmeden bağımsız olması değil; aynı zamanda her bir hâkimin görevi sırasında kendisini özgür ve bağımsız hissetmesi de önemlidir. “İç bağımsızlık” hâkimin yargılama yetkisini kullanırken sahip olduğu bağımsızlıktır. Diğer bir ifadeyle, iç bağımsızlık, yargı kuvveti içindeki üst makamlardan gelen ve yargıcın bağımsızlığını zedeleyebilecek talimatlarla yargıcın hareket etmeyip onlarla bağlı olmamasıdır. Dolayısıyla bu bağımsızlık, yargıcın meslektaşları ve özellikle kendinden üst seviyedeki diğer yargıçlara karşı olan bağımsızlığıdır.

Yargıcın kararlarına etki edebilecek bir makam yoktur. Yargıç, yargısal görevlerini yerine getirirken, tek başına karar vermek zorunda olduğu hususlarda diğer yargıçlardan bağımsızdır³⁴. Zira yargıçlar, amirlerinin emir ve talimatlarıyla bağlı olan memurlardan farklı konumdadırlar. Gerçi bir yargıcın verdiği karar, üst derece mahkemesi tarafından değiştirilebildiği gibi mahkeme kararlarına karşı objektif eleştiriler de yöneltilebilir. Ancak bu durum, ilgili yargıç için disiplinle ilgili bir sonuç doğurmamaktadır. Nitekim, bir yargıcın kararının başka bir yargıç tarafından denetlenmesi durumunda, denetleyen yargıcın denetlenen yargıca emir verdiği söylenemez.

“Yargıcın kendi içindeki iç bağımsızlık” sorunu, dış bağımsızlık sorununa kıyasla daha az önemli değildir. İç yargısal bağımsızlık ilkesi, birey olarak her hâkimin bağımsızlığının, hâkimler arasında bir tabiiyet ilişkisiyle bağdaşamayacağı anlamına gelir. Dikkat edilmesi gereken husus; yargı bağımsızlığına karşı bir iç yargısal hiyerarşiden gelebilecek potansiyel tehdittir. Dolayısıyla yargısal bağımsızlık sadece uygunsuz dış etki karşısında özgürce karar verip hareket edebilme değil; aynı zamanda bazı durumlarda diğer yargıçların tutumundan kaynaklanabilecek uygunsuz iç etki karşısında da bağımsızca tutum sergileyebilmektir³⁵.

Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını düzenleyen Anayasa’nın 9. maddesi, yargı kuvvetinin millet kaynaklı olduğunu vurgularken; bağımsız mahkemelerin yargı yetkisini tek başlarına kullanacaklarını da ifade etmektedir. Yargı bağımsızlığı, yargıçların sadece hüküm verirken yargı organının içinden ya da dışından herhangi bir müdahaleye maruz kalmamaları değildir. Yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik en önemli kurumlardan biri “yargıç güvenceleri”, diğeri ise; bu güvenceleri sağlayacak “bağımsız bir kurul”dur. Diğer bir ifadeyle; atanmaları, özlük hakları ve çalışma koşulları gibi yargıçlara sağlanan güvenceler ile bağımsız bir Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye’de yargı bağımsızlığını etkileyen en önemli unsurlardır.

³⁴ Sibel İncooğlu, *Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi*, 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr> Naklen: Metin, a.g.e., s.226.

³⁵ Ergun Özbudun, *HSYK Üzerinde İdeolojik Kavga*, Star Gazetesi, 19 Nisan 2010.

III. TÜRKİYE'DE YARGI BAĞIMSIZLIĞINI ETKİLEYEN UNSURLAR

Yargı bağımsızlığı, yargıcı baskı ve müdahalelere karşı koruyacak yasal ve anayasal mekanizmaların kurulmasını gerektirir. Ancak uygulamada, gerekli hukuki mevzuat olsa da, yargıçlar, yargı bağımsızlığını zedeleyecek etki ve müdahalelere maruz kalabilmektedir. Yargı bağımsızlığına içerden ve dışarıdan gelebilecek baskı ve müdahalelere karşı yargıçların güvencesi olan kurum ve kuralların, yasama ve yürütme organlarını da bağlayan ve zor değiştirilebilen Anayasalarda yer alması daha uygundur³⁶. Bu nedenle, 1982 Anayasası'nın hakimlik teminatına ilişkin hükmüne uygulamada uyulduğu ölçüde yargı bağımsızlığının gerçekleşebilme olasılığı daha yüksektir. Ayrıca, maalesef ülkemizde hakim ve savcılarının özlük haklarına ilişkin işlemleri yapan gerçekten bağımsız bir kurulun varlığına duyulan ihtiyaç da gün geçtikçe artmaktadır.

A. 1982 Anayasası'nda Hakimlik Teminatı

Yargıçlık mesleği açısından, yargıçların atanma ve yükseltmelerinin, tayin ve nakillerinin, disiplin işlerinin, azledilmelerinin, görev sürelerinin, özlük ve mali haklarının vs. Anayasa'daki yargı bağımsızlığı ilkelerine göre düzenlenmesi büyük önem taşımaktadır. Zira bu konulara ilişkin işlemler siyasal iktidarın yargıçlar üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak baskı kurmasına neden olmaktadır³⁷.

Bu çerçevede diğer modern hukuk sistemlerine paralel olarak "Hâkimlik ve Savcılık Teminatı" başlığı altında Anayasa'nın 139. maddesi ile "Hakimlik ve Savcılık Mesleğini" düzenleyen Anayasa'nın 140. maddesinde yargıç güvencesiyle ilgili çeşitli ilkelere yer verilmektedir. Söz konusu ilkeler, mahkemelerin bağımsızlığının ancak yargıçlara her türlü baskı, korku ve endişeden uzak bir biçimde görev yapma olanağı yaratacak kişisel güvenceleri garanti altına almaktadır. Nitekim hakimlik teminatı, hakimlere tanınmış bir ayrıcalık olmayıp, kişisel bağımsızlığını koruyarak görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Bu kurumun nihai amacı ise, hakimlerin kişisel yararı değil; topluma adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir³⁸.

Kişinin yargıçlık mesleğine girebilmesi için, bu mesleğin gereklerine uygun niteliklere sahip olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, yargıç adaylarının teknik hukuk bilgisine sahip olmaları, onların iyi bir yargıç olmaları için

³⁶ Gönenç, a.g.e., s.14.

³⁷ Gönenç, a.e.

³⁸ AYM Kararı, T.27.4.1993, E.1992/37, K.1993/18. Bkz.: İbrahim Şahbaz, *AlHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Kararsızlığı*, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, C.25, 2008, s.259.

Bkz.: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ibrahim_sahbaz.pdf. (1.4.2015).

yeterli değildir. Yargıç adaylarında, yargıçlık mesleğinin gerektirdiği dürüst, güvenilir ve ahlaklı olmak gibi niteliklerin de bulunması beklenir. Kişiden kişiye farklılık gösteren bu niteliklerin, özellikle yargıçlık mesleğine giriş aşamasında yapılan mülakatlarda değerlendirilmesi, yargıç atamalarında keyfi uygulamaların ortaya çıkmasına da neden olabilmektedir.

1982 Anayasası’nın 139. maddesi uyarınca; “Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılmaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır”³⁹.

* Hakimlerin “**azil yasağını**” düzenleyen söz konusu hükmün 1. fıkrası uyarınca; hakimler azlolunamaz. Bu hükmeye rağmen meslekten çıkarma konusunda hem Anayasa’nın ilgili maddesinin 2. fıkrasında hem de Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 53. maddesinde hakimlerin azledilme yasağının istisnaları düzenlenmektedir⁴⁰. Buna göre; meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı mahkûm olma, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması ve meslekte kalmanın uygun olmadığına karar verilmesi durumları hakimlerin azledilmeme güvencesinin istisnalarını oluşturmaktadır⁴¹.

Ancak doktrinde, söz konusu istisnaların varlığının, hakimlerin azil yasağının sağladığı güvenceyi işlevsiz hale getirdiği yönünde eleştiriler de mevcuttur. Anayasa’nın 139. maddesinin 2. fıkrasıyla uyumlu bir düzenleme içeren, HSYK Kanunu’nun 53. maddesinde yer alan azil yasağının istisnalarının varlığı halinde, hakim Anayasa’nın ilgili maddelerindeki güvencelerini de kaybedecektir⁴².

³⁹ Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982> (1.5.2015)

⁴⁰ Şeref Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, TBMM Yayınları, Ankara, 1994, s.30.

⁴¹ “Hakimlik ve Savcılık Görevlerinin Sona Ermesi” başlıklı HSYK Kanunu m.53: “Hakim ve savcılarının: a) Bu Kanun hükümlerine göre meslekten çıkarılmaları veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmesi, b) Haklarında soruşturma ve kovuşturma bulunması halleri hariç olmak üzere, mesleğe alınma koşullarından herhangi birini taşımadıklarının sonradan anlaşılması, c) (Değişik bend: 22/12/2005-5435 S.K./23.mad) Görevdeyken, 8’inci Maddenin (a), (d) ve (g) bentlerinde yazılı niteliklerden herhangi birini kaybetmeleri, d) Meslekten çekilmeleri veya çekilmiş sayılmaları, e) İstek, yaş haddi veya malullük nedenlerinden biriyle emekliye ayrılmaları, f) Ölümleri, hallerinde görevleri sona erer.” Bkz. <http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Kanunlar/Hsk.html> (1.5.2015)

⁴² Özen, a.g.e., s.42.

* 1982 Anayasası'nın yürütme organına karşı hâkime tanıdığı güvencelerden bir diğeri ise, hakimlerin “Anayasa’da belirtilen yaştan önce emekliye sevk edilememedir”. Ancak hâkimlik güvencesi, hâkimlerin bu mesleği ömür boyu yapması anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, bütün hâkimler için eşit olarak belli bir yaşta emekli olunmasının kabulü, hâkimlerin bağımsızlığını zedelememektedir. Diğer bir ifadeyle, hâkimlerin emekliye ayrılamaması; hakimlerin yaşamları boyunca görevde kalması değil, belli bir yaşa gelmedikçe emekli olamayacaklarının göstergesidir.

Hakimlerin görev sürelerinin nasıl düzenlendiği, anayasal sistem açısından diğer kamu görevlilerinkinden daha önemlidir. Zira yargıçların anayasa ve yasalarla belirlenmiş sabit bir görev süresi yoksa, görev sürelerinin keyfi bir biçimde kısaltılabilmesi ya da hakimlerin görevlerinden alınabilmeleri; yargı bağımsızlığı açısından sorun oluşturmaktadır. Bu nedenle 1982 Anayasası'nın 140. maddesinin 4. fıkrası, hâkimlerin görevde kalabilecekleri yaşı altmışbeş olarak belirlemiştir. Söz konusu hüküm uyarınca; “Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler...”. Bu hüküm, hakimlerin kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağını düzenleyen 139. madde ile birlikte değerlendirildiğinde; hâkimlerin kendileri istemedikçe 65 yaşını bitirmeden önce emekliye ayrılamayacağı anlaşılmaktadır. Askeri hâkimler bakımından ise, Anayasa’da askeri hizmetlerin niteliğini esas alarak belli bir yaş öngörülmemiş kanunla belirlenmesi kabul edilmiştir⁴³.

Hâkimlerin belli bir yaştan önce emekliye sevk edilememeleri HSYK Kanunu’nda da güvence altına alınmaktadır. Azil yasağını da düzenleyen HSYK Kanunu’nun 44. maddesinde, hakimlerin kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamayacakları hükme bağlandıktan sonra, Anayasa’nın 139. maddesinin son fıkrasında yer alan üç istisnai durum tekarrarlanmaktadır⁴⁴. Özellikle hâkimin rızası dışında görevden alınma halinde, bu durumun örtülü bir azil olduğu ileri sürülmektedir⁴⁵.

* Hakimlerin bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa “**aylık ve ödeneklerden yoksun kılınmaması**”da Anayasa’nın 139. maddesinde düzenlenmiş olan bir diğer hakim güvencesidir. Diğer bir ifadeyle,

⁴³ Anayasa m.140/4: “...Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.”

⁴⁴ “Hakimlik ve Savcılık Teminatı” başlıklı HSYK Kanunu m.44: “Hakimler ve savcılar azlolunamazlar. Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa aylık ve ödeneklerinden ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamazlar, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamazlar. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.” Bkz.: <http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Kanunlar/Hsk.html> (1.5.2015).

⁴⁵ Özen, a.g.e., s.43.

1982 Anayasası, yargının bağımsızlığını koruyabilmek adına hakimlerin mali güvencesi olduğunu kabul etmektedir.

Bütçeyi yapan yürütme organı, ülkenin kamusal kaynaklarının nereye, nasıl ve ne kadar aktarılacağına karar vermek suretiyle, diğer organların mali özerkliklerini de belirlemektedir. Bu nedenle, hakimlerin diğer güvencelerinin anlam ifade edebilmesi için yürütme kuvvetinin etki ve baskılarını ortadan kaldırmayı amaçlayan Anayasa ve HSYK Kanunu, mali güvencelere yer vermektedir⁴⁶. Buna göre, hâkimler, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamaz (AY. m.139/1 ve HSYK Kanunu m.44).

Ancak sadece bu hükümlerin varlığı yargı kuvvetini kullanan hâkimlerin ekonomik sorunlarını çözmekte yetersiz kalmaktadır. Hâkimlerin ülkenin ekonomik koşullarını ileri sürülerek geçim sıkıntısı içinde bırakılmaları, yargı bağımsızlığı açısından da olumlu sonuçlar doğurmamaktadır⁴⁷. Türkiye’de yargı bütçesinin hazırlanması ve yönetimi, yargıçların ve savcılarının maaşlarının ödenmesi de olmak üzere, Adalet Bakanlığı’nın, dolayısıyla yürütme organının yetkisindedir. Bu konuda mahkemelerin veya HSYK’nın asli bir yetkisi bulunmamaktadır. Yüksek mahkemeler dışında mahkemelerin kendilerine ait bir bütçeleri de yoktur. Bu durumda, "...bağımsızlık kavramının aksine, yargının mali kaynakları, yürütmenin mutlak iradesine..." bırakılmaktadır⁴⁸.

* Yargı kuvvetinin, yürütme organı karşısında bağımsızlığını koruma yollarından bir diğeri ise; **“hakimlerin özlük haklarından yoksun bırakılmamasıdır”**. Yükselme, yargıçların tecrübe ve başarılarıyla doğru orantılı olarak mesleki kariyerlerinde daha üst basamaklara çıkmaları anlamına gelmektedir. Eğer yükselmeler objektif ölçütlere bağlanmazsa siyasal iktidar tarafından yargıçlar üzerinde baskı kurmak için bir araç olarak kullanılabilir. Siyasal iktidara yakın veya yandaş olan yargıçların yükseltilmeleri, diğerlerinin tecrübe ve başarı bağlamında hak ettikleri halde yükseltilmemeleri yargının iç dengeslerini bozabileceği gibi, yargının bağımsızlığını da zedelemektedir⁴⁹.

Yargıçların atanmalarında ve yükseltilmelerinde esas alınacak ölçütler yargının bağımsızlığı açısından büyük önem taşımaktadır. Eğer yargıçların mesleğe başlarken atanmalarında ve mesleki kariyerleri boyunca yükseltil-

⁴⁶ Seada Palavric, *Yargı Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu*, Anayasa Yargısı Dergisi, No.27, Ankara, 2010, s.24; Ünal, a.g.e., s.39.

⁴⁷ Baki Kuru, *Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı*, Ankara, 1966, s.16. Naklen: Özen, a.g.e., s.44.

⁴⁸ Bkz.: Avrupa Birliği Komisyonu İstişari Ziyaret Raporu, I: 104. Naklen: Gönenç, a.g.e., s.25.

⁴⁹ Gönenç, a.g.e., s.17.

melerinde objektif ölçütler geçerli olmazsa yargının bağımsızlığı konusunda şüpheler ortaya çıkabilmekte; bu yüzden de yargıç atamalarında ve yükseltmelerinde “liyakat” esas alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, yargıcın yetenekleri, kapasitesi ve meziyetleri kabul edilmeli; söz konusu niteliklerin bulunup bulunmadığı da objektif yöntemlerle tespit edilmelidir⁵⁰.

Yargıçların sicillerine işlenen **disiplin cezaları** meslekte yükselmelerine engel olabileceği gibi, toplum nezdinde güvenilirliklerini olumsuz yönde etkileyebilir. Bu yüzden, yargıçlar açısından çok olumsuz sonuçları olan bu cezalar siyasi iktidar tarafından bir tehdit aracı olarak kullanılabilir⁵¹.

“**Tayin ve nakil**” de yargıçlar üzerinde baskı kurmak için kullanılabilen bir başka araçtır. Hakimin, kendi isteği dışında, görev yaptığı yerden başka bir yere nakledilmemesi “coğrafi teminat” olarak tanımlanmaktadır. İstek dışı nakil halinde, o yargı mensubunun coğrafi teminata sahip olmadığı, bunun sonucu olarak da bağımsız olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁵².

Yargıçlar belli bir süre görev yaptıkları yerlerde doğal olarak yerleşik hayata geçerler. Diğer bir ifadeyle, aile düzenleri de belli bir süre görev yaptıkları yerde şekillenir. Bu nedenle, yargıçlar sık sık görev yerlerinin değiştirilmesini, düzenlerinin bozulmasını istemezler. Ancak, tayin ve nakil yapmaya yetkili organ, yargıçların bu insani kaygılarını kötüye kullanarak yargıçları tayin/nakil tehdidiyle kontrol altında tutmaya çalışabilmektedir. Bununla birlikte, yargıçların görev yaptıkları yerler, sosyal ve ekonomik anlamda eşit şartlarda da değildir. Yargıçlar, yine doğal olarak, aileleriyle birlikte daha iyi yerlerde yaşayıp görev yapmak isteyebilirler. Bu durumda da, tayin ve nakil konusunda yetkili makam yargıçlar üzerinde baskı kurmak için "iyi yerlere tayin ve nakil" vaadini bir araç olarak kullanabilmektedir⁵³.

Bölge sistemini kabul eden 1982 Anayasası, hakimler için coğrafi güvenceye yer vermemektedir. Buna paralel olarak düzenlenen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu da bölge sistemini tercih ederek, HSYK'nın çıkaracağı atama ve nakil yönetmeliğine uygun olarak yer değiştirme yoluyla atamaların gerçekleştirilmesini kabul etmektedir. Coğrafi güvence sistemi yerine bölge sistemine geçilmesi, doktrinde eleştirilerek; bu sistemin yargı bağımsızlığını zedelediği kabul edilmektedir⁵⁴. Bu nedenle, yargı bağımsızlığının gereği olarak birçok devletin Anayasasında ve ilgili uluslararası belgelerde,

⁵⁰ Gönenç, a.g.e., s.18.

⁵¹ Gönenç, a.g.e., s.20.

⁵² Süha Tanrıver, *Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine*, s.72. Bkz.: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/292/2664.pdf> (23.4.2015).

⁵³ Gönenç, a.g.e., s.19.

⁵⁴ Özen, a.g.e., s.47.

yargıçlara “coğrafi güven” tanınmış; diğer bir ifadeyle, yargıçların kendi istekleri dışında, yer ve görevlerinin değiştirilemeyeceği esası kabul edilmiştir⁵⁵.

* Yargı bağımsızlığının gerçekleştirilebilmesi için hakimlerin “**başka görev yapamaması**” kabul edilmektedir. Yargı görevinin yerine getirilmesini sağlayan temel süje olan hakimlerin, yargı göreviyle bağdaşmayacak başka görevler yapmasına imkan sağlamak doğru değildir. Böyle bir imkanın tanınması halinde, hakimlerin belli kesimlere hoş görünmek amacıyla, mesleklerini kötüye kullanma olasılığı mümkündür. Bu durum yargıya, dolayısıyla adalete duyulan güveni sarsmaktadır⁵⁶.

Bu gerekçeyle, Anayasa’nın 140. maddesinin 5. fıkrasında “hakimler, kanunda belirtilenler haricinde hiçbir görev alamazlar” ifadesi yer almaktadır. Nitekim bu hükme paralel olarak düzenlenmiş olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nun 48. maddesi uyarınca da, “Hakim ve savcılar, kanunlarda belirlenenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar, kazanç getirici faaliyetlerde bulunamazlar.”

Hakimlerin başka iş ve görevlerini ayrıntılı bir şekilde düzenleyen ilgili Kanun’un 48. maddesi; hâkim ve savcıların, bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, davet edildikleri veya yetkili makamlarınca görevlendirildikleri, ulusal ve uluslararası kongre, konferans gibi bilimsel toplantılara görevlerini aksatmamak koşulu ile katılabilirler. Ayrıca hakim ve savcılar, Adalet Bakanının izin vermesi koşuluyla meslekleriyle ilgili konularda ders ve konferans da verebilmektedirler⁵⁷.

Anayasa’nın ilgili hükmü uyarınca; bir hakim kendi isteği olmaksızın, hakimlik sınıfından alınıp Adalet Bakanlığı’nda **idari bir göreve atanması** da, hakimlerin bağımsızlığına bir tür müdahaledir⁵⁸. Bu nedenle, hakimlerin Adalet Bakanlığı’nda idari göreve atanmaları ancak onların

⁵⁵ Gönenç, *a.g.e.*, s.19.

⁵⁶ Kırkmaz, *a.g.e.*, s.111.

⁵⁷ HSYK Kanunu m.48: “Hâkim ve savcılar, bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabilirler. Davet edildikleri veya yetkili makamlarınca görevlendirildikleri, ulusal ve uluslararası kurul, kongre, konferans ve benzeri bilimsel toplantılarla meslekleri ile ilgili diğer toplantılara, görevlerini aksatmamak koşulu ile katılabilirler. Mesai gün ve saatlerinde bu tür toplantılara katılmak izne tâbidir.

Bu konuda Devlet memurları hakkındaki hükümler uygulanır.

Hakim ve savcılar, Adalet Bakanının izin vermesi koşuluyla adalet yüksekokulları ile hizmet öncesi, hizmet içi ve bir üst göreve hazırlama kurslarında meslek ile ilgili konularda ders ve konferans verebilirler.

Hakim ve savcılar, kanunlarda belirlenenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar, kazanç getirici faaliyetlerde bulunamazlar. Eşlerinin, reşit olmayan veya kısıtlanmış çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini Adalet Bakanlığına onbeş gün içinde bildirmekle yükümlüdürler.” Bkz.: <http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Kanunlar/Hsk.html> (1.5.2015).

⁵⁸ Gözler, *a.g.e.*, s.408.

muvafakatleriyle olabilir⁵⁹. Aksi halde, söz konusu idari atamalar, yargıçlar üzerinde siyasal iktidar tarafından bir baskı aracı haline dönüştürülebilmektedir⁶⁰.

Sonuç olarak; azil yasağı, altmışbeş yaşına gelmedikçe ve istekleri dışında emekliye sevk edilememe, mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamama, resmi ve özel hiçbir görev yapamama gibi hakimlere tanınan teminatlar; zaman zaman farklılık hatta üstünlük olarak görülebilse de, bu kurallar aslında toplum tarafından kabul edilmiş güvencelerdir. İlk bakışta ayrıcalık sanılan bu teminatların amacı, hakimlerin bağımsız olarak karar verebilmelerini sağlamaktır. Bağımsız yargının varlığı ve toplumda ona duyulan inanç ise, adaletin ve toplumsal barışın tesisi ve muhafazası için şarttır.

B. 1982 Anayasası'nda Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu

Hâkimlerin bağımsızlığını güvence altına alacak ve dolayısıyla yürütme organının yargı üzerindeki etkisini ortadan kaldıracak yollardan biri de hâkimlerin özlük haklarının yürütme organı tarafından değil, bağımsız bir kurul tarafından gerçekleştirilmesidir⁶¹. Hâkimlerin mesleğe atanması ile özlük işlerinin düzenlenmesinin kimin tarafından yapılacağına tespitinde, o ülkenin siyasal ve tarihsel süreci de rol oynadığından, karşılaştırmalı hukuk açısından farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir⁶².

Hakimlerin özlük işlerinin bağımsız bir kurul tarafından gerçekleştirilmesi, yargı bağımsızlığını sağlayabilmek açısından önem teşkil ettiğinden, öncelikle söz konusu kurulun oluşumu ve iç yapısı hakkında genel bir değerlendirme yapılmasında fayda vardır. Nitekim, 1982 Anayasası'nın, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" olarak adlandırdığı bu **kurulun oluşumu, üyelerinin seçimi, çalışma düzeni, görevleri, verdiği kararların denetimi ve bağımsızlığı** sürekli eleştiri konusu olmakta ve uygulamada da HSYK ile ilgili sorunlar hiç bitmemektedir⁶³.

⁵⁹ Anayasa m.159/12: "Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir." Bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982> (1.5.2015).

⁶⁰ Hakimler için bir başka teminat olan savcılık sınıfına atanmama ise, 1982 Anayasası'nda düzenlenmemektedir. Dolayısıyla, hakim rızası alınmadan savcılığa atanması mümkündür ve bu durum, hakim bağımsızlığına bir müdahale sayılabilmektedir. Bkz.: Kırmaz, *a.g.e.*, s.114.

⁶¹ Özbudun, *a.g.e.*, s.372.

⁶² Hâkimlerin seçilmesinde kullanılan dört farklı sistem mevcuttur: Halk tarafından seçilme, yasama organı tarafından seçilme, yürütme organı tarafından seçilme ve hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi. Bkz.: Özen, *a.g.e.*, s.44.

⁶³ Gözler, *a.g.e.*, s.409.

1982 Anayasası Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Hâkimler Kurulu ayırımından vazgeçerek hâkimler ve savcılarla ilgili kurumsal yapıyı tek çatı altında birleştirmiş ve *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nu* oluşturmuştur. 1982 Anayasası’nın 159. maddesinde düzenlenen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısı 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan Anayasa referandumu ile değiştirilmiştir⁶⁴. Söz konusu referandumla yeniden düzenlenen HSYK’nın ardından kabul edilen 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile Kurul’un çalışma usulü ve esasları belirlenmiştir⁶⁵. Ancak söz konusu Kanun’un Adalet Bakanının yetkilerini düzenleyen hükümlerinin büyük çoğunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁶⁶.

* 22 asıl, 12 yedek üyeden oluşan Yeni HSYK, üç Daire halinde çalışmaktadır. Yedişer üyeden oluşan her Daire’nin ayrı görevi vardır⁶⁷. Daireler haricinin-

⁶⁴ 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan Anayasa referandumundan önceki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı şu şekildedir:

- Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Müsteşarın katılmadığında toplantı yapılamaz.
- Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler.
- Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer.
- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar.
- Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.
- Kurulun bağımsız bütçesi ve sekreteryası yoktur. Sekreteryaya hizmetleri Adalet Bakanlığınca yerine getirilir.
- Hâkim ve savcılarının denetlenmesinden sorumlu Teftiş Kurulu Bakanlığa bağlıdır.

⁶⁵ Fikret İlkiz, *Anayasa Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi*, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Demeği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.35.

⁶⁶ AYM Kararı T.10.4.2014, E.2014/57, K.2014/81. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar>

⁶⁷ Buna göre; Birinci Daire, hâkim ve savcılarının atama, nakil, yetki ve izinle ilgili işlemlerinden, İkinci Daire, hâkim ve savcılarının terfi ve disiplin işlemleri ile meslekten çıkarma ile ilgili işlemlerinden, Üçüncü Daire hâkim ve savcılarının mesleğe kabulü ile haklarındaki şikâyetler ile ilgili işlemlerden sorumludur. Bkz.: HSYK Kanunu m.9: (1) **Birinci Dairenin görevleri** şunlardır:

a) Hâkim ve savcılarla ilgili olarak;

1) Atama ve nakletme, 2) Geçici yetki verme, 3) Kadro dağıtma, 4) Müstemir yetkileri düzenleme, 5) Yıllık ve mazeret izinleri dışında her türlü izin verme, 6) Türkiye Adalet Akademisi tarafından yapılan plânlamaya ve alınan taleplere uygun olarak eğitim programlarına katılmaya ilişkin izin verme, işlemlerini yapmak.

b) Meslek öncesi eğitimde staj mahkemelerini belirlemek.

c) Genel Kurul tarafından verilen diğer işleri yapmak.

(2) **İkinci Dairenin görevleri** şunlardır:

a) Hâkim ve savcılarının;

1) Her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayırma işlemlerini yapmak, 2) Görevlerinden dolayı veya görevleri sırasındaki suç soruşturması ile disiplin soruşturma ve kovuşturması sonucu hakkında karar vermek,

de HSYK, Genel Kurul ile genel sekreterlik ve teftiş kurullarından oluşmaktadır. Yargı bağımsızlığı açısından eleştirilerin odak noktası ise, HSYK'nın başkanı olan "Adalet Bakanı" ile Kurul'un tabii üyesi "Adalet Bakanlığı Müsteşarı"dır. Yürütmenin temsilcisi olan Adalet Bakanı ve Müsteşarı, yürütmenin yargı üzerindeki Kurul'un temsilinin yanı sıra özellikle Kurul'un yönetiminin de Adalet Bakanına bırakılması; Adalet Bakanı, Dairelerin çalışmalarına katılamasa da yargı bağımsızlığı açısından sorun teşkil etmektedir. Adalet Bakanı'nın, HSYK aracılığıyla bağımsız bir güç olması gereken yargı üzerindeki yetkilerinin olağanüstü artırılıp "süper yetkili bakan" yapılmasının, adâlet ihtiyacından ziyade başka amaçlarla alenacele çıkarıldığı endişesini yaratmaktadır⁶⁸.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, HSYK başkanı da olan Adalet Bakanının, HSYK üyelerinin hangi dairede asıl ve yedek üye olarak görev yapacağını belirleyeceğine ilişkin hükmü de iptal etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi

3) Disiplin veya suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle geçici yetkiyle yer değiştirmesine veya görevden uzaklaştırılmasına karar vermek, 4) Meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar vermek, 5) Diğer kurumların geçici görevlendirme ve nakil taleplerine ilişkin izin işlemlerini yürütmek.

b) Genel Kurul tarafından verilen diğer işleri yapmak.

(3) **Üçüncü Dairenin görevleri** şunlardır:

a) Hâkim ve savcı adaylarını mesleğe kabul etmek.

b) Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarına ilişkin denetleme işlemlerini Teftiş Kuruluna yaptırmak.

c) Hâkim ve savcılar hakkındaki ihbar ve şikâyetleri inceleyip gereğini yapmak.

ç) Hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını Kurul müfettişleri veya müfettiş yetkilerini haiz kıdemli hâkim veya savcı eliyle araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri için teklifte bulunmak.

d) Hâkimlik ve savcılık görevine tekrar atanma ile diğer hizmetlerden mesleğe atanma talepleri hakkında karar vermek.

e) Meslekten çekilme, çekilmiş sayılma ve görevin sona ermesi hakkında karar vermek.

f) İlgili kanunlarda verilen görevlerin yerine getirilmesi bakımından en yakın ağır ceza, bölge adliye ve bölge idare mahkemesini belirlemek.

g) Genel Kurul tarafından verilen diğer işleri yapmak."

⁶⁸ Tüm bu eleştirilerin aksine; "2010 Anayasa değişikliği ile Adalet Bakanının Kurul'daki başkanlık statüsünün ve Adalet Bakanı Müsteşarının tabii üyeliğinin muhafaza edilmesi, bazı çevrelerin eleştirdiği gibi yargıyı, yürütmenin ve parlamento çoğunluğunun kontrolüne tabi kılmamaktadır. Her şeyden önce, parlamenter sistemde, adalet hizmetlerinin yürütülmesinden dolayı parlamentoya karşı sorumlu olan aktör, Adalet Bakanıdır. Bu nedenle, Adalet Bakanının Kurula başkanlık etmesi, doğal karşılanmalıdır. Bundan daha önemli olan husus, 2010 anayasa değişikliği ile Adalet Bakanı ve Müsteşarının Kurul'daki yetkilerinin sınırlanmasıdır. Adalet Bakanı, disiplin işlerinin görüşüldüğü genel kurul toplantılarıyla, dairelerin çalışmalarına katılamaz. Disiplin incelemelerinin ilgili dairenin talebi ve Adalet Bakanının oluru ile başlatılabileceği kuralıda bakanın yetkileri üzerinde önemli bir sınırlamayı ifade etmektedir. Adalet Bakanı Müsteşarı Kanuna göre birinci dairenin üyesi olmakla birlikte daire başkanı olamaz. Bu nedenle, Adalet Bakanı Müsteşarının tabii üyelik statüsünün korunması da iddia edildiği gibi, yargıyı, çoğunluk partisinin kontrolüne sunan bir husus değildir." Bkz.: Sertap Yazıcı, *Yargı Bağımsızlığı ve HSYK'nın Yapısı*, Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Düünden Bugüne HSYK ve Avrupa Uygulaması ile Mukayese Sempozyumu, 24-27 Ekim 2011, İstanbul. Bkz.: http://www.hsyk.gov.tr/resim_galerisi/adalet-yargi-gunleri/sonuc-raporu.pdf (1.5.2014)

10.04.2014 tarihli kararında, Adalet Bakanına, HSYK Genel Sekreter yardımcılarını atama yetkisi veren kanun hükmünü; Kurul personelini naklen atamasını öngören kanun hükmünü; hakim ve savcılar hakkında yapılan inceleme ve soruşturmalara olur verme yetkisi ile soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemlere olur verme yetkisini öngören hükmü; soruşturma sonucunu ilgiliye yazılı olarak bildirmesi ve dosyayı kovuşturma işlemlerinin yürütülmesi için Genel Kurul'a sunacağına ilişkin düzenlemeleri iptal etmemiştir⁶⁹.

* 2010 Anayasa değişikliğiyle, Kurul’un üyelerinin seçim usulü de değişmiş; Yargıtay ve Danıştay’da olan üye seçme yetkisi, ilk derece hakimlerine de tanınmıştır. Ancak, HSYK’nın üyelerinin seçiminin halkın temsilcilerinden kopuk olduğu gerekçesiyle seçim usulü eleştirilmeye devam edilmektedir⁷⁰. Kurul’un üyelerinin çoğunluğunun ya da önemli bir bölümünün yargının kendisi tarafından seçilmesi, diğer üyelerin ise yasama organı tarafından seçilmesi gereği uluslararası organlar tarafından dile getirilmiş olmakla birlikte, doktrinde fazla kabul görmemektedir⁷¹. Zira, yasama ve yürütme organları seçimle belirlendiğinden, ulus iradesine dayandığı; ancak yargı organı açısından böyle bir durum olmadığı yönünde bir kanı vardır. Yargının kendisine meşruluk kazandırması için ulusun temsilcileri olan yasama ve yürütme organlarının yargının oluşumuna katılmaları gerektiği ileri

⁶⁹ AYM Kararı T.10.4.2014, E.2014/57, K.2014/81. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar>

⁷⁰ HSYK’nın oluşumu Anayasa’nın 159. maddesinin 2 ila 5. fıkraları arasında düzenlenmektedir: “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asil ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asil üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asil ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asil ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asil ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asil ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılar arasından adli yargı hâkim ve savcılarınca, üç asil ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılar arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.

Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde yapılır. Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan Kurul üyeliğinin boşalması durumunda, boşalmayı takip eden altmış gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır. Diğer üyeliklerin boşalması halinde, asil üyenin yedeği tarafından kalan süre tamamlanır.

Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adli ve idarî yargı hâkim ve savcılar arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının; oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asil ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır.

Bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982> (5.5.2015).

⁷¹ Türkiye’de HSYK’nın oluşumu ile ilgili tartışmalar için Bkz.: Burak Çelik, *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Bir Karşılaştırma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.128 vd.

sürülmekte ve böylece yargının demokratik meşruluğuna ilişkin tartışmalar gündeme gelmektedir⁷².

Demokratik meşruluk savının, aşırı vurgulanarak abartılı yorum ve değerlendirmeler yapılması, yargı organlarının ve HSYK üyelerinin meşruiyetini sadece organik bağla sınırlı tutmaya neden olur. Oysa demokratik bir toplumda, yargı kuvvetinin demokratik bir şekilde yetkilendirilmesi yasama ve yürütmeninkinden farklı olabilir. Nitekim Anayasa'nın kendisi, demokratik bir egemen gücün en üstün işlemi olarak, kurduğu organların demokratik meşruluğunun kaynağıdır. Diğer bir ifadeyle, Anayasayla kurulmuş bir organ olan Kurul'un meşruluğunun kaynağı, doğrudan Anayasa'nın kendisidir⁷³.

Bununla birlikte, demokratik bir hukuk devletinde, yargının ve yargıçlarının meşruluğunun kaynağı, bireyin hak ve özgürlüklerinin koruyucusu olma işlevidir. "İşlevsel meşruluk" olarak ifade edilen bu görüş, yargının işlevinin, hukukun uygulanması ve hukuka uygunluk denetimi olduğunu kabul etmektedir. Yargılama faaliyeti artık, yalnızca yasanın teknik bir uygulamasından ibaret değildir. Dolayısıyla yargının meşruiyeti, Anayasa'nın siyasal iktidara karşı bu organa sağladığı bağımsız statüde, halkın ona duyduğu güvende ve onun halk nezdinde kazandığı saygınlıkta aramak gerekir⁷⁴.

* Yargı bağımsızlığı açısından hakimlerin atanmaları, nakilleri, yükseltmeleri ile meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme yetkisi HSYK'ya aittir. HSYK'nın bu konudaki görevlerini düzenleyen Anayasa'nın ilgili maddesi uyarınca; Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Ayrıca Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar⁷⁵.

Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden

⁷² Çelik, a.g.e., s.148-149.

⁷³ Çelik, a.g.e., s.151-152.

⁷⁴ Fazıl Sağlam, *AKP'nin Anayasa Değişikliğine Bakış-3: Yargıda Yapılmak İstenenler*, Cumhuriyet, 14.04.2010. Naklen: Çelik, a.g.e., s.153.

⁷⁵ Anayasa md.159/8: "Adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. Bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982> (5.5.2015).

dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, görevlerinin icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır⁷⁶. Bununla birlikte, 6087 sayılı HSYK Kanunu’nun 4. maddesi de, Anayasa’nın 159. maddesine benzer hükümler içermektedir⁷⁷. HSYK’nın bu kadar çok yetkiyi bünyesinde toplamış olması, doktrinde eleştirilmekle birlikte, yapılması gereken işlerin sorumluluğunun da HSYK’nın üzerinde olduğunun göstergesidir⁷⁸.

* Hâkim ve savcılarının denetlenmesinden sorumlu Teftiş Kurulu’nun oluşumu ve görevlerini düzenleyen HSYK Kanunu’nun 4. maddesi; Teftiş

⁷⁶ Anayasa m.159/9: “Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.”

Bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982> (5.5.2015).

⁷⁷ HSYK Kanunu m.4: “(1) Kurulun görevleri şunlardır:

a) Bakanlığın, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlamak.

b) Hâkim ve savcılarla ilgili olarak;

1) Mesleğe kabul etme, 2) Atama ve nakletme, 3) Geçici yetki verme, 4) Her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayırma, 5) Kadro dağıtma, 6) Meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, 7) Disiplin cezası verme, 8) Görevden uzaklaştırma, işlemlerini yapmak.

c) Aşağıdaki alt bentlerde belirtilen hâkim ve savcılar hariç olmak üzere, hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yürütmek.

1) Bakanlık merkez, bağlı ve ilgili kuruluşları ile uluslararası mahkemeler veya kuruluşlarda görev yapan hâkim ve savcılar. 2) Geçici yetki veya görevlendirme ile başka bir kurum, kurul veya kuruluştta çalışan hâkim ve savcılar. 3) İdarî görevleri yönünden savcılar. 4) Komisyon işlerine yönelik görevleri yönünden adalet komisyonu başkan ve üyeleri.

ç) Yargı yetkisinin kullanımına ilişkin hususlar hariç olmak üzere hâkimlerin idarî görevleri ile delilleri değerlendirme ve suçu nitelendirme yetkisi hariç olmak üzere savcılarının adli görevlerine ilişkin konularda genelge düzenlemek.

d) Yargıtay ve Danıştay’a üye seçmek.

e) Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

(2) Kanunlarda açıkça Bakanlığa verilenler dışında, hâkim ve savcılarının tüm özlük işleri, Kurul tarafından yerine getirilir.” Bkz.: <http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Kanunlar/Hsyk.html> (5.5.2015).

⁷⁸ Ali Aydın, *Yüksek Yargı Kurulları (HSYK) ve Yargı Bağımsızlığı*, Aktüel Hukuk Dergisi, Kocaeli Barosu Yayınları, Kocaeli, S.1, 2015, s.40.

Kurulu'nun, Başkanın gözetiminde Kurul adına görev yapmasını öngörmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrası ise; Kurul müfettişlerinin, görevlerini yerine getirirken Teftiş Kurulu Başkanına; Teftiş Kurulu Başkanının ise Kurula karşı sorumlu olduğunu düzenlemektedir⁷⁹. Anayasa Mahkemesi 10.04.2014 tarihli kararında, Teftiş Kurulu Başkan ve başkan yardımcılarını, ilgili daire başkanı yerine, Kurul Başkanı olan Adalet Bakanı tarafından verilen görevleri yapmakla yükümlü kılan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Diğer bir ifadeyle, Teftiş Kurulunun görevleri arasında sayılan "Kanun, tüzük ve yönetmeliklerde gösterilen veya Kurul tarafından verilen benzeri görevleri yapmak" hükmündeki "kurul" yerine "başkan" ibaresinin getirilmesi ve daha önce Kurul'a karşı sorumlu olan Teftiş Kurulu Başkanının, Adalet Bakanına karşı sorumlu olması şeklinde yapılan değişiklik de Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁸⁰.

* 6087 sayılı Kanun'un, HSYK'yı mali yönden bağımsız bir kurul haline getirerek, kendisine ait bir sekreteryaya sağlaması, elbette olumlu bir adımdır. Hakimlerin özlük işlerine ilişkin bütün işlemler, her aşamada Kurul'un gözetim ve denetimi altında olmalıdır. Ancak karar vermek kadar, kararın oluşum aşaması ve takip edilen yöntemler de önemlidir. Bu nedenle, Kurul'un idaresi ve takdirinin kararlara tam olarak yansiyabilmesi için yeterli zaman, eleman ve mali olanaklar tanınmalı, yürütme organının tamamen dışında bir teşkilatlanmaya gidilmelidir⁸¹. Diğer bir ifadeyle, Kurul'un tam bağımsız çalışabilmesi ve aldığı kararları kolayca uygulayabilmesi için mutlaka mali bağımsızlığa kavuşması gerekmektedir. Yapacağı harcamalar için idarenin onayını almak zorunda olan bir Kurul, idare karşısında tam bağımsızlık sağlayamaz. Nitekim idare, yapılmasını istemediği işleri mali sebepleri gerekçe göstererek sürüncemede bırakabilir. Dolayısıyla yargının tam bağımsızlığının sağlanması, HSYK'nın mali açıdan bağımsızlığının gerçekleştirilmesine bağlıdır⁸².

⁷⁹ HSYK Kanunu m.14: "(1) Teftiş Kurulu; Teftiş Kurulu Başkanı, üç başkan yardımcısı ile yeteri kadar Kurul başmüfettişi ve müfettişi ile bürolardan oluşur.

(2) Teftiş Kurulu, Başkanın gözetiminde Kurul adına görev yapar.

(3) Kurul müfettişleri, görevlerini yerine getirirken Teftiş Kurulu Başkanına; Teftiş Kurulu Başkanı ise Kurula karşı sorumludur...."

Bkz.: <http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Kanunlar/Hsyk.html> (5.5.2015).

⁸⁰ AYM Kararı T.10.4.2014, E.2014/57, K.2014/81. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar>

⁸¹ Sami Selçuk, *Yargı Bağımsızlığına İlişkin Reform Önerileri, Türkiye'de Anayasa Reformu, Prensipler ve Sonuçlar*, Konrad Adenauer Vakfı Yayınları, Ankara 2001, s.97. Naklen: Kırmaz, a.g.e., s.137.

⁸² Kırmaz, a.g.e., s.138.

SONUÇ

Günümüzde, bireylerin hak ve özgürlükleri ile hukuk devleti ve demokrasinin korunması ihtiyacı, yargının ve yargıçların işlevsel meşruluğunu ön plana çıkartmaktadır. Söz konusu işlev, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, gerek ulusal gerekse uluslararası alanda yargıcın rolünün öneminin giderek artmasına neden olmaktadır. Üstelik yargı, artık hukuk devleti ve demokrasinin yalnızca koruyucusu olmaktan çıkarak, bunların en önemli kurucu unsurlarından biri haline gelmiştir⁸³.

Türkiye’de, demokratik bir hukuk devletinin en önemli kurucu unsurlarından olan yargı bağımsızlığı ile yargı görevini yerine getiren hakimlerin bağımsızlığı üzerinde önemle durulması gerekmektedir. Hukuk devleti, hukuka ve demokratik anayasal düzene uygunluğu sağlayan kuralların olduğu, devletin de bu kurallara uyup kararlarının ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulduğu, insan haklarına saygı gösteren, temel hakları ve özgürlükleri koruyan, adil yargılanma ilkesi bağlamında gerekli güvencelerin sağlandığı ve yargı bağımsızlığının var olduğu bir devlettir. Hukuk devletinin temellerinden biri kuvvetler ayrılığı, diğeri de temel hak ve özgürlüklerdir. Elbette bu temelleri sağlayacak ve sağlamlaştıracak olan da yargı organı ve yargı bağımsızlığıdır.

2010 Anayasa değişikliği sonrası, mahkemelerin bağımsızlığı, hakim teminatı ve HSYK’yı düzenleyen hükümleri değerlendiren Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu⁸⁴, gerek 2010 Anayasa değişikliği sonrası ortaya çıkan HSYK’nın yeni yapısını gerekse 18.12.2010’da kabul edilen HSYK Kanunu hakkında hükümete olumlu görüş sunmuştur. Doktrinde de yapılan bu değişikliklerin, Türkiye’de yargının bağımsızlığını güçlendirici mahiyette olduğu ifade edilmektedir⁸⁵. Ayrıca Komisyon, HSYK’ya yasama organı tarafından üye seçilmesini, teftiş yetkisinin yargı bağımsızlığını ihlal etmemesi için güvenceler öngörülmesini, hakimlerin ve savcılarının iliş-

⁸³ Çelik, a.g.e., s.155.

⁸⁴ Venedik Komisyonu olarak bilinen Avrupa Demokrasi ve Hukuk Üstünlüğü Komisyonu, Konseye üye 18 devlet tarafından 1999’da kurulmuş Avrupa Danışma Kurulu’dur. Komisyon’un görevi, üye devletlere hukuki danışmanlık hizmeti vermek; üye devletlerin hukuksal ve kurumsal yapılarını Avrupa standartlarına getirmek ve demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü alanlarında uluslararası tecrübelerden devletlerin faydalanmasını sağlamaktır. Komisyon, karşılıklı iletişime dayalı bir yaklaşım benimser; üye devletlere kendi tecrübelerini ve uygulamalarını aktarır. Bu doğrultuda, Türkiye ile ilgili olarak 2004’ten itibaren, Anayasa Mahkemesi, siyasi partiler, dini topluluklar, yargıçlar ve savcılarının hukuki durumlarına ilişkin hazırlanan görüşler mevcuttur. 2010 ve 2011 yıllarında Venedik Komisyonu, HSYK’nın yasal statüsüyle ilgili tavsiyelerde bulunmuştur. Bkz.: Lucian Mihai, *Bağımsız ve Etkin Yargı*, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2014 İstanbul, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.161.

⁸⁵ Yazıcı, a.e.

kilerinin adil olarak temsil edilmeleri hususlarının gözden geçirilmesini; Türkiye Adalet Akademisi⁸⁶ ile HSYK arasındaki ilişkinin yeniden analiz edilmesini ve Kurul üyelerinin seçiminde geniş bir temsil sağlanabilmesi için seçim usullerinin tekrar değerlendirilmesini tavsiye etmektedir⁸⁷. Ancak, HSYK üyeleriyle ilgili disiplin süreçlerinin başlatılması, sürecin koordinasyonu, HSYK içindeki birimlerde görev dağılımı ve toplantıların zamanlaması gibi HSYK Genel Kurulu'na ait bir çok yetkinin Adalet Bakanına devredilmesiyle; artık kendi kendini yöneten bağımsız bir organdan söz edilemeyecektir. HSYK, büyük ölçüde iktidar ve Adalet Bakanının kontrolüne geçmekte; bu durum da yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının temelini zamanla çürütmektedir. Böylece toplumun yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına olan güveni sarsılmaktadır⁸⁸.

Venedik Komisyonu'nun hazırladığı görüşlerde belirtilen asgari standartlar, HSYK benzeri yargı organlarında üyelerin çoğunluğunun yargının içinden gelmesi gerektiğini göstermektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin de yargının bağımsızlığı konusunda kılavuz işlevi gören bu doğrultuda tavsiye kararları var. Tarihi faktörler dikkate alındığında, yargı gelenekleri ülkeden ülkeye değişebilmekte; Türkiye'nin özeline bakıldığında ise, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının kuvvetlendirilmesi gerektiği görülmektedir. Bunu yapmak için de yürütmenin yargı içindeki konulara müdahalede kullandığı bazı araçları kaldırmak gerekmektedir. Bu aynı zamanda toplumun yargıya güveninin tesis edilmesi için tek yoldur ki, yargıya güven de Türkiye'de sorun teşkil etmeye devam etmektedir⁸⁹.

Avrupa Konseyi açısından memnuniyetle karşılanan bir husus ise; hâkimlerin çalışmalarında performans kriteri olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının benimsenmiş olmasıdır. Bu da Avrupa Konseyi standartlarının hakim ve savcılar tarafından günlük yaşama uyarlanması bakımından önemli bir noktadır. Eğer HSYK'nın bu kılavuzluk gücü azaltı-

⁸⁶ Hakimlerin hizmet öncesi ve hizmet içi eğitiminde Adalet Bakanının etkisinin kaldırılması yönündeki talepler doğrultusunda oluşturulmuştur. Ancak Adalet Akademisi, Adalet Bakanlığına bağlıdır. Eleştirisi için Bkz.: Nevin Ünal Özkorkut, *Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.1, 2008, s.239. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-01/AUHF-2008-57-01-unal-ozkorkut.pdf> (20.4.2015)

⁸⁷ Harry Gstöhl, *Venedik Komisyonu Perpestifinden Türkiye'nin Yargı Reformu ve Yeni HSYK*, Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Dünden Bugüne HSYK ve Avrupa Uygulaması ile Mukayese Sempozyumu, 24-27 Ekim 2011, İstanbul. Bkz.:http://www.hsyk.gov.tr/resim_galerisi/adalet-yargi-gunleri/sonuc-raporu.pdf (1.5.2014)

⁸⁸ Nils Muiznieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği. Bkz.: <http://www.dw.de/avrupa-konseyi-ne-diyor/a-17369421> (3.5.2015).

⁸⁹ Muiznieks, a. e.

lır veya ortadan kaldırılırsa, yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı açısından ciddi bir gerileme olma olasılığı yüksektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi uyarınca, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma “adil yargılanma” hakkının önemli bir unsurudur⁹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemelerin bağımsızlığı kavramının belirlenmesinde, üyelerin göreve gelme usulü, görev süreleri, kurumun yapısının bağımsız bir biçimde olup olmadığı ve dışarıdan gelen baskılara karşı güvencelerin mevcudiyeti unsurlarını dikkate almakta ve söz konusu hükümü geniş yorumlamaktadır. Adil yargılanma hakkının bir hukuk devletinde gereği gibi korunması ve uygulanması da hakimlerin bağımsızlığı ile sağlanabilecektir. Diğer bir ifadeyle, bu bağımsızlık adil yargılanma hakkı için gerekli bir unsur olarak kabul edilmektedir. Yargı organı ve yargı fonksiyonuna ilişkin hangi ilkeler kabul edilirse edilsin, yargının demokratik hesap verebilirliğinin artırılması gereklidir. Bu durum, oluşturulacak bir yargı kurulunun temel ilkesinin, ancak bağımsızlık ve hesap verebilirlik arasında iyi bir denge olması ile mümkündür.

Günümüz demokratik toplumlarının temel ilkelerinden biri, kurumların hesap verebilir olmasıdır. Dolayısıyla bir kurum olan yargının ve yargı içindeki yargıçlarla savcılarının bu konuda bağımsızlığı bulunmamaktadır. 2010 Anayasa değişikliğiyle, meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı bırakılması, Kurul’un yargı önünde hesap verilebilirliğine ilişkin tartışmaların devam etmesine neden olmaktadır. Yargı bağımsızlığı açısından, ilgili kişilere ek bir güvence sağlamak için, HSYK’nın yalnızca disiplinle ilgili kararlarına karşı değil, yargıçlarla savcılarının menfaat ve haklarını etkileyen (ilgililerin yükseltilmemesi, görev yerinin değiştirilmesi gibi) bütün kararlara karşı yargı yoluna başvurma olanağının verilmesi hem yargı bağımsızlığı hem de hukuk devleti açısından en uygun çözüm olacaktır⁹¹.

Türk Milleti adına yargılama işlevini yerine getiren bağımsız mahkemelerin, yasama, yürütme ve yargı organlarına karşı bağımsızlığının yanı sıra çevreye karşı da bağımsız olması gerekmektedir. Hakimlerin bağımsızlığı, onlara tanınmış kişisel bir ayrıcalık değildir. Hakimlerin özlük hakları ve çalışma koşulları bu bağımsızlığı sağlayacak şekilde teminat altına alınmalıdır. Nitekim Türkiye, ulusal mevzuatın yanı sıra, yargı bağımsızlığına ve hakim teminatlarına ilişkin bir çok uluslararası düzenlemeye de imza atmıştır. Ancak söz

⁹⁰ Muiznieks, a.e.

⁹¹ Çelik, a.g.e., s.352-353.

konusu belgeleri sadece imzalamak ile yetinilmemeli; etkin bir şekilde içselleştirilip uygulanması da sağlanmalıdır⁹². Diğer bir ifadeyle, yargıçlarımız kendilerini uluslararası hukuka açmadığı ve yargı bağımsızlığına ilişkin Anayasal hükümlere uygun idari uygulamalar hayata geçirilmediği sürece, Türkiye’de yargı sorunları da bitecek gibi değildir⁹³.

Yasama ve yürütme organlarından gelebilecek baskı ve müdahalelerle birlikte, hakimin yaşadığı çevreye karşı da bağımsız olamadığı bir yargının, asıl fonksiyonunu yerine getirebileceğinden bahsedilemez. Adil yargılamanın da temel koşulu olan “bağımsız” bir yargı tarafından özgürlükler korunmadığı takdirde, “yargı bağımsızlığı” içi boş bir kavrama dönüşmektedir. Yargının bağımsızlığının olmadığı, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin gerektiği gibi korunmadığı böyle bir devletin de “hukuk devleti” olduğunu söylemek, şüphesiz hiç de gerçekçi değildir. Ancak hukuk devleti açısından en önemlisi, devletin, yargı kararlarını bekletmeden yerine getirerek “yargının otoritesine duyduğu saygıyı” göstermesidir. Zira devletin, yargının otoritesine duyduğu saygı; aynı şekilde kamunun da yargıya güveniyle doğrudan ilgilidir⁹⁴.

⁹² Eraslan Özkaya, *Hukuk Devleti ve Yargı Reformu Paneli*, 13 Mart 2004, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s.21.

⁹³ Işıl Karakaş, *Bağımsız ve Etkin Yargı*, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2014 İstanbul, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.161.

⁹⁴ Karakaş, a.g.e., s.159.

KAYNAKÇA

- Ali AYDIN, *Yüksek Yargı Kurulları (HSYK) ve Yargı Bağımsızlığı*, Aktüel Hukuk Dergisi, Kocaeli Barosu Yayınları, 2015, S.1, s.39.
- Baki KURU, *Hakim ve Savcuların Bağımsızlığı ve Teminatı*, Ankara, 1966.
- Birol KIRMAZ, *Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Burak ÇELİK, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Bülent TANÖR, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3.bs., BDS Yayınları, t.y.
- Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 9.bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Bülent YAVUZ, *Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Celal ÜLGEN, *Hukukun Üstünlüğü ve Kuvvetler Ayrılığı*, 30 Nisan 2010 Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s.7.
- Ebru KARAMAN, *Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı (Fransız İdari Yargısı ile Karşılaştırmalı)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Ender Ethem ATAY, *Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1-2, 2013, s.1136.
- Eraslan ÖZKAYA, *Hukuk Devleti ve Yargı Reformu Paneli*, 13 Mart 2004, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s.21.
- Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, 14.bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 10.bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Ergun ÖZBUDUN, *HSYK Üzerinde İdeolojik Kavga*, Star Gazetesi, 19 Nisan 2010.
- Fazıl Hüsnü ERDEM, *Yargının Siyasi İktidar ve Devlet İktidarı Karşısında Bağımsızlığı Sorunu*, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Y.3, S.6, Eylül 2005, s.129.
- Fazıl SAĞLAM, *AKP'nin Anayasa Değişikliğine Bakış-3: Yargıda Yapılmak İstenenler*, Cumhuriyet, 14.04.2010.
- Fikret İLKİZ, *Anayasa Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi*, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.35.
- Georges VEDEL, Pierre DELVOLLE, *Droit Administratif*, C.1, 12.éd., Paris, PUF, Collection Thémis, 1992.
- Halit YILMAZ, *Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No.166, Ankara, 2009.

- Harry GSTÖHL, *Venedik Komisyonu Perpestifinden Türkiye'nin Yargı Reformu ve Yeni HSYK*, Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Düünden Bugüne HSYK ve Avrupa Uygulaması ile Mukayese Sempozyumu, 24-27 Ekim 2011, İstanbul. Bkz. http://www.hsyk.gov.tr/resim_galerisi/adalet-yargi-gunleri/sonuc-raporu.pdf (1.5.2014).
- Işıl KARAKAŞ, *Bağımsız ve Etkin Yargı*, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2014, İstanbul, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.158.
- İbrahim ŞAHBAZ, *AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Kararsızlığı*, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, C.25, 2008, s.259.
- İpek ÖZKAL SAYAN, *Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı Sorunu*, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2008, C.4, Y.4, S.2, s.44.
- Jacques CHEVAILLER, *Hukuk Devleti*, Çev.: Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Yayınevi, Ankara, 2006.
- Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 18.bs., Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.
- Levent GÖNENÇ, *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Anayasa Çalışma Metinleri No.3, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, 2011.
- Lisa HILBINK, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Lucian MIHAI, *Bağımsız ve Etkin Yargı*, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2014, İstanbul, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.161.
- Muammer AYDIN, *Hukukun Üstünlüğü ve Kuvetler Ayrılığı*, 30 Nisan 2010 Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s.12.
- Muharrem ÖZEN, *Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri*, s.40, <http://www.ankarabarusu.org.tr> (14.3.2015).
- Nevin ÜNAL ÖZKORKUT, *Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiyesi'nde Yargıya Genel Bir Bakış*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, 2008, S.1, s.225. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-01/AUHF-2008-57-01-unal-ozkorkut.pdf> (20.4.2015)
- Nils MUIZNIEKS, *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği*. <http://www.dw.de/avrupa-konseyi-ne-diyor/a-17369421> (3.5.2015).
- Orhan ALDIKAÇTI, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı*, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960.
- Ozan ERÖZDEN, *Hukuk Devleti İlkesi ve Yargı Tarafsızlığının Normatif Hukuk Ötesi Boyutu*, Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasal Reforma İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Ed.: Serap Yazıcı, TESEV Raporu, İstanbul 2010, s.10.

- Peter H. RUSSELL, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, Judicial Independence in the Age of Democracy, Ed.: Peter H. Russell-David M. O’Brien, University Press of Virginia, Charlottesville and London, 2001.
- Sami SELÇUK, *Yargı Bağımsızlığına İlişkin Reform Önerileri, Türkiye’de Anayasa Reformu, Prensipler ve Sonuçlar*, Konrad Adenauer Vakfı Yayınları, Ankara, 2001.
- Seada PALAVRIC, *Yargı Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu*, Anayasa Yargısı Dergisi, No.27, Ankara, 2010, s.24.
- Serap YAZICI, *Yargı Reformu Stratejisi Kapsamında Anayasal Değişiklikler*, Yargısal Düşüm: Türkiye’de Anayasal Reforma İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Ed.: Serap Yazıcı, TESEV Raporu, İstanbul 2010, s.8.
- Serap YAZICI, *Yargı Bağımsızlığı ve HSYK’nın Yapısı*, Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Düünden Bugüne HSYK ve Avrupa Uygulaması ile Mukayese Sempozyumu, 24-27 Ekim 2011, İstanbul. <http://www.hsyk.gov.tr/> (20.4.2015).
- Serkan YOLCU, *İngiltere’de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Çalışmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Sibel İNCEOĞLU, *Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi*, 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr>
- Süha TANRIVER, *Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.49, 2000, S.1-4, s.67. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2000-49-01-04/AUHF-2000-49-01-04-icindekiler.pdf> (23.4.2015).
- Şeref ÜNAL, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, TBMM Yayınları, Ankara, 1994.
- Thomas GIEGERICH, *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor*, 2009, s.12. <http://www.abgm.adalet.gov.tr/> (22.4.2015).
- Venedik Komisyonu, *Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu’nun 2010 tarihli “Yargıçların Bağımsızlığı” konulu 1. Bölüm Raporu* [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)042-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-f) (23.04.2015).
- Yüksel METİN, *Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Anayasa Yargısı Yayınları, S.27, Ankara, 2010, s.217.

Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli

The Barrier of Public Order on Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions Lacking Reason

Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN*

Özet

Türk mahkemeleri tarafından verilen kararların mutlak surette bir gerekçe ihtiva etmesi konusunda gerek anayasal düzenimizde gerekse usul hukuku mevzuatımızda açık hükümler yer almaktadır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da gerekçeli karar hakkı adil yargılanma hakkının bir parçası olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu hükümler ve AİHM kararlarının, Türk mahkemelerinde tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararları bakımından da bağlayıcı olup olmadığı meselesi ise hem doktrin hem de uygulama tarafından tartışılmıştır. Gerekçesiz yabancı mahkeme kararının tenfizinin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini savunan görüşün karşısında, yabancı mahkeme kararlarının gerekçe kısımlarının tenfiz incelemesi kapsamında yer almaması gerektiği, aksi takdirde bu incelemenin revision yasağına aykırılık teşkil edeceğini savunan görüş yer almaktadır. Bu çalışmada ise doktrin ve uygulamada taraftar bulan söz konusu karşıt görüşler irdelenerek söz konusu hukuki sorun hakkında yazarın kişisel görüşü açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tanım ve Tenfiz, Revision Yasağı, Kamu Düzeni, Gerekçeli Mahkeme Kararı, Adil Yargılanma Hakkı.

* T.C. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, gizempercin@beykent.edu.tr

Abstract

In Turkish Law both constitution and law of procedure contain regulations about the necessity to have a reason for any decision rendered by a Turkish Court. Also in the decisions of European Court of Human Rights (ECHR) the right to reasoned judgement is classified as a part of right to a fair trial. Doctrine and practice have argued the issue whether the principle of “having a reasoned court decision” should also be applicable for foreign court decisions or not during the recognition or enforcement of them before a Turkish Court. In one point of view foreign court decisions lacking reason are contrary to public order and shouldn't be recognised or enforced. But the other point of view argues that whether a foreign court decision contains reason or not shouldn't be within the scope of recognition and enforcement, otherwise it would be a breach of the prohibition of revision au fond. The aim of this study is to examine these opposite point of views argued by the doctrine and practice, in the meantime to state the author's point of view about this legal issue.

Keywords

Recognition and Enforcement- Prohibition of Revision au fond- Public Order- Reasoned Court Decision- Right to a Fair Trial

GİRİŞ

Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranan koşullar arasında söz konusu kararların “gerekçeli” olmasına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak söz konusu kararların, tenfiz koşulları arasında düzenlenen, “kamu düzenine açıkça aykırı olmama” koşulunu sağlayıp sağlayamadığının tespiti bakımından gerekçenin varlığı önem arz edebilir. Öte yandan yabancı mahkeme kararının gerekçesinin tenfiz hakimi tarafından incelenmesi, Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda benimsenen ve yabancı mahkeme kararlarının esasına ilişkin inceleme yapılmasını engelleyen “*revision*” yasağına aykırılık teşkil edebilecektir.

Bu çalışmada, öncelikle yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin amacı ve sonuçları ile koşulları üzerinde durulacak, daha sonra gerekçenin bu koşullardan “kamu düzenine açıkça aykırılık” koşuluyla bağlantısı tespit edilmeye çalışılacaktır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğunun hukuksal temelleri, hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk kaynaklarıyla açıklandıktan sonra, söz konusu kaynakların yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde de bağlayıcı etkisinin olup olmayacağı tartışılacaktır. Konuyla ilgili Türk doktrinindeki görüşlerin yanı sıra Yargıtay uygulamaları ve AİHM kararlarına da değinilecektir. Gerekçesiz yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi meselesi ise bu çalışmanın kapsamı dışında yer almaktadır.

I. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNİN AMACI VE SONUÇLARI

Devletlerin, ülkeleri üzerinde kullandıkları en temel egemenlik yetkilerinden biri “yargılama” yetkisidir. Devletlerin bu yetkilerini kullanmaları ile oluşan mahkeme kararları, verildikleri ülkede, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, re’sen hukuki sonuç doğururlar. Ancak, sınırlar arası ilişkilerin artmasıyla sayıları çoğalan yabancılik unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenebilmesi için bir devlet mahkemesinden verilen ilamın başka bir devlette hukuki sonuç doğurması gerekebilmektedir. İşte söz konusu hukuki sonucun gerçekleşebilmesi için yabancı mahkeme kararlarının, hukuki sonuç doğuracağı devlette tanıma- tenfiz işleminden geçirilmesi gerekmektedir.

Her mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki sonucu vardır¹. Kesin hüküm, “bir uyuşmazlığı nihai olarak ortadan kaldıran ve o konunun mahkemelerde yeniden inceleme konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vasfıdır”². Bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvveti kazanmasının bir maddi bir de şekli sonucu vardır. Maddi kesin hüküm, artık o uyuşmazlık hakkında aynı taraflar arasında aynı sebeple yeniden dava açılmaması sonucunu doğurur. Söz konusu karar kesin delil teşkil etmektedir. Buna rağmen dava açılırsa, davalı kesin hüküm itirazında bulunabilecektir. Şekli kesin hüküm ise, söz konusu karar hakkında bütün kanun yollarının tüketilmiş olmasını ve bu nedenle kararın değiştirilememesini ifade eder. İşte yabancı bir mahkeme kararının, söz konusu kesin hüküm kuvvetinin Türk Hukukunda kabul edilmesi için bu kararının tanınması gerekmektedir.

Bir mahkeme kararının icra kabiliyeti kazanması ise, “sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete getirebilme vasfıdır”³. Yabancı bir mahkeme kararına dayanılarak Türk icra makamlarının harekete geçirilmesi için ise söz konusu kararın tenfiz işlemine konu edilerek kesin hüküm ve icra kabiliyetinin Türk Hukukunda kabul edilmesi gerekmektedir. Birine bir şeyi verme, yapma veya vermeme konusunda belirli bir edime mahkum eden kararlar olan eda davası⁴

¹ Bkz. Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.615, Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.485 ve 488, Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.463, Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013 s.101, Rona Aybay/Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.291.

² Çelikel/Erdem, a.g.e., s.615

³ Çelikel/Erdem, a.g.e., s.616

⁴ Çelikel/ Erdem, a.g.e., s.617, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.465. Doğan, a.g.e., s.102, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.

kararları, kesin hüküm vasıflarının yanında icra kabiliyeti de taşıdıkları için yabancı mahkeme tarafından verilmiş söz konusu kararlar tenfize konu teşkil edecektir.

II. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNİN KOŞULLARI

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi usulü, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 50-59. maddeleri arasında düzenlenmiştir⁵. Söz konusu hükümlerden 50. madde tenfizin önkoşullarını düzenlerken 54. maddede ise tenfizin esas koşulları yer almaktadır. MÖHUK m.58 f.1 uyarınca, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında da, 54. maddenin birinci fıkrasının a bendinde yer alan "karşılıklılık" koşulu hariç, tenfiz için gereken bütün koşullar aranmaktadır. Şimdi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için gerekli olan ön koşullara ve esas koşullara kısaca değinelim.

A. Ön Koşullar

MÖHUK m.50 f. 1 uyarınca "*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.*"

Söz konusu düzenlemede yer alan yabancı mahkemelerin tanınması ve tenfizine ilişkin ön koşullar⁶ şunlardır;

- 1) Tenfizi istenen karar "yabancı bir devlet mahkemesi" tarafından verilmiş olmalıdır.
- 2) Tenfizi istenen karar hukuk davalarına ilişkin verilmiş olmalıdır.
- 3) Tenfizi istenen karar, kararı veren devletin kanunlarına göre kesinleşmiş olmalıdır.

Birinci sıradaki ön koşul gereğince Türk mahkemelerinde sadece yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizi mümkündür. Yabancı bir devletin idari organları tarafından verilen bir karar, kural

⁵ Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler de anılan kanununun 60-63. Maddeleri arasında düzenlenmektedir. Ancak bu çalışmanın konusu sadece gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olduğu için yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlere ayrıca değinilmeyecektir.

⁶ Doktrinde, MÖHUK m.50 f.1'de yer alan söz konusu üç koşul tanıma tenfizin ön koşulları olarak kabul edilmektedir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.470-478, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.296-299, Doğan, a.g.e., s.102-106. Ekşi ise, bu üç koşulun yanı sıra, yabancı ilamın apostilli veya konsolosluk onaylı olmasını ve zamanaşımına uğramamış olmasını da ön koşullar arasında değerlendirmektedir. Bkz, Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013 s.109-156

olarak, tanıma-tenfiz konusu yapılamaz. Bu kuralın özel bir kanun hükmü ile getirilen bir istisnası Nüfus Hizmetleri Kanunu m.30 f.2'de yer alan evlat edinmeye ilişkin yabancı idari kararların verilen ülke hukukuna göre kesinleşmesi durumunda tanıma-tenfiz konusu yapılabileceğine ilişkin hükümdür. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde de bu konuya ilişkin istisnalar yer alabilmektedir. Örneğin Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme uyarınca, taraf devletlerin idari makamları tarafından verilmiş nafaka kararlarının diğer taraf devletlerde bu sözleşmenin hükümleri çerçevesinde tanınması ve tenfizi mümkündür.

İkinci sıradaki önkoşul ise tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının hukuk davalarına ilişkin olmasıdır. Burada "hukuk davaları" ifadesi ile kastedilen özel hukuk uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalardır⁷. Ayrıca yabancı mahkemelerin ceza ilamlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler de özel hukuka ilişkin olmaları sebebiyle- tenfiz konusu yapılabilir (MÖHUK m.50 f.2)

Üçüncü ön koşul ise, yabancı devlet mahkemesi tarafından verilen kararın, bu kararın verildiği yabancı devlet kanunlarına göre kesinleşmiş olmasıdır. Kesin hüküm teşkil etmeyen bir kararın tanınması veya tenfiz edilmesi mümkün değildir. Söz konusu kesin hüküm kuvvetinden ne anlaşılması gerektiği ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, burada yabancı mahkeme kararının verildiği ülke hukukuna göre şekli kesin hüküm taşımasının yeterli olduğunu dile getirirken⁸ diğer bir görüş ise, söz konusu kararın hem maddi hem de şekli kesin hüküm teşkil etmesi gerektiğini savunmaktadır⁹. Geçici nitelik taşıyan ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarının tenfiz edilip edilemeyeceği konusunda ise söz konusu kararların geçici niteliği gereği tenfize konu teşkil edemeyeceği belirtilmekte ancak yabancı mahkemenin hukukuna göre böyle bir karar uyuşmazlık konusunu kesin ve nihai olarak çözümlüyorsa

⁷ "Hukuk davaları" ifadesinin hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanındaki bütün davaları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının kamu hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının da tanıma tenfiz konusu yapılabileceği şeklindeki yanılıcı bir sonuç doğurabile ihtimaline dikkat çeken Ekşi, böyle bir yorumun engellenebilmesi bakımından "hukuk davaları" ifadesi yerine milletlerarası özel hukuka ilişkin Avrupa Birliği düzenlemelerinde de sıkça kullanılan "medeni ve ticari konulara ilişkin davalar" ifadesinin kullanılmasını önermektedir. Ekşi, a.g.e., s.120-122.

⁸ Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.40-41, Ergin Nomer, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı*, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Bası, İstanbul, 2010, s.911, Çelikel/ Erdem, a.g.e., 621.

⁹ Günseli Öztekin Gelgel, *Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements Within The Framework of The Application of The Supreme Court of Appeals*, Tahir Çağrı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.392, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.477.

MÖHUK m.50 uyarınca tenfiz edilebileceği dile getirilmektedir¹⁰. Yabancı kararın kesinleştiğini ispat etmek için, tenfiz mahkemesine, söz konusu yabancı kararın kararı veren yabancı mahkeme tarafından usulen onanmış aslı veya örneği ve tercümesi ile birlikte veren mahkeme tarafından bu kararın kesinleştiğini onayan bir belge sunulmalıdır (MÖHUK m.53).

B. Esas Koşullar

Yabancı devlet mahkemesi tarafından hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş ilamların tanıma- tenfizi için aranacak esas koşullar MÖHUK m.54'te belirtilmiştir. "Tenfiz Şartları" başlığını taşıyan söz konusu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır;

"Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir:

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması

b) İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükümü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması."¹¹

Şimdi söz konusu esas koşulları kısaca açıklamaya çalışalım.

¹⁰ Ekşi, a.g.e., s.135 vd., Nomer, a.g.e., s.491, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.477, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.299, Doğan, a.g.e., s.107.

¹¹ 2675 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden evvel 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) yürürlükten kalkan 504. maddesinin 4. fıkrası uyarınca aile hukuku ve kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi imkanı yoktu. Daha sonra bu konuya ilişkin 2675 sayılı MÖHUK m.38 f.e yürürlüğe girdi. Bu hüküm uyarınca, "Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması" bir tenfiz engeli olarak düzenlenmişti. Söz konusu hükümle hakkında tenfiz kararı verilecek Türk vatandaşı davalıya kendini savunma imkanı tanınmaktaydı. Türk hakiminin *revision* yasağına aykırı davranması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilen söz konusu tenfiz engeli 5718 sayılı MÖHUK döneminde kanunda yer almamıştır. Bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s.658-661, dn. 183.

1. Karşılıklılık

MÖHUK m.54'te yer alan tenfiz koşullarının ilki a bendinde düzenlenmiş olan karşılıklılık koşuludur. MÖHUK m.58 f.1 uyarınca yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında aranmayan tek koşul olan karşılıklılık koşulu ile, sadece kendi ülkesinde Türk mahkeme kararlarının tenfizine izin veren devlet mahkemelerinin kararlarının tenfiz edilebilmesi sağlanmıştır. Söz konusu karşılıklılık sözleşmesel, kanuni veya fiili olabilmektedir.

Sözleşmesel karşılıklılıktan kasıt, tenfizi talep edilen kararın verildiği devlet ile Türkiye Cumhuriyeti arasında, mahkeme kararlarının karşılıklı tenfizine ilişkin bir uluslararası sözleşmenin bulunmasıdır. Kanuni karşılıklılık ise, Türkiye'de tenfiz edilecek kararın verildiği yabancı devlet hukukunda, tenfize konu teşkil eden kararın türü ve hukuki niteliği bakımından¹² Türkiye'den alınan kararların tenfizine ilişkin herhangi bir engelin bulunmamasıdır. Böylece Türk mahkemelerinde tenfizi talep edilen karar ile türü ve hukuki niteliği aynı olan Türk mahkemesi kararı, söz konusu yabancı kararın verildiği devlet mahkemesinde tenfiz edilebiliyorsa kanuni karşılıklılık gerçekleşmiş kabul edilecektir¹³. Fiili karşılıklılık ise, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının verildiği devlette, aynı nitelikteki Türk mahkemesi kararının fiilen icra edilmesidir¹⁴. Sözleşmesel veya kanuni karşılıklılığın bulunmadığı durumlar dahi Türkiye Cumhuriyeti ile tenfizi talep edilen kararın verildiği devlet arasında fiili karşılıklılık varsa söz konusu karar tenfiz edilebilecektir¹⁵.

2. Kararın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Giren Bir Konuda Verilmiş Olmaması ve Yabancı Mahkemenin Kendisini Aşkın Yetki Teşkil Edecek Surette Yetkili Görmüş Olmaması

MÖHUK m.54'te yer alan ikinci tanıma- tenfiz koşulu ise b bendinde yer alan, ilamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine

¹² Çelikel/Erdem, a.g.e., s.636.

¹³ Türk hukukuna göre daha ağır tenfiz koşulları öngören bir yabancı devletten verilen mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz edilip edilmeyeceği konusundaki tartışmalar için bkz. Nomer, a.g.e., s.500, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.482-486, Çelikel/Erdem, a.g.e., s.6335-636. Karşı görüş için bkz. Ekşi, a.g.e., s.174-177.

¹⁴ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.481

¹⁵ Sözleşmesel ve/veya kanuni karşılıklılığın bulunduğu durumlarda aslında fiili bir karşılıklılık söz konusu değilse, doktrinde, karşılıklılık koşulunun gerçekleşmediğinin kabulü ile tenfizin reddine karar verilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Ancak fiili karşılıklılığın gerçekleşmeme nedeni henüz Türk mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin herhangi bir talep olmamasından kaynaklanıyorsa, var olan sözleşmesel ve/veya kanuni karşılıklılık söz konusu yabancı devlet mahkemesinin kararının tenfizi için yeterli olacaktır. Bkz. Nomer, a.g.e., s.498, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.300-301, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.488-489, Doğan, a.g.e., s.109.

yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmamasıdır. 2675 sayılı MÖHUK döneminde söz konusu koşul sadece ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmemiş olmasına ilişkindir. Ancak 5718 sayılı MÖHUK döneminde ilk kez davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması koşulu, kısacası “aşkın yetki” (aşırı yetki) kuralı bir tenfiz engeli olarak kanunda düzenlenmiş oldu.

Öncelikle söz konusu koşulun ilk bölümünü oluşturan ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması ile ne kastedildiğini tespit etmek gerekmektedir. Bu noktada, milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin niteliğinin ve amacının farklı olması sebebiyle iç hukuktaki her “kesin yetki” kuralının milletlerarası usul hukuku bakımından “münhasır yetki” olmayacağını kabul etmek gerekecektir. Milletlerarası usul hukuku bakımından “münhasır yetki”; uyuşmazlık konusunun mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş yetki kuralları olarak ifade edilebilir¹⁶. Örneğin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) yer alan kesin yetki kurallarından “taşınmazın aynından doğan davalarda yetkiyi” düzenleyen HMK m.12 hükmü milletlerarası usul hukuku bakımından da münhasır yetki oluşturmaktadır.

MÖHUK m.54 bent b’de yer alan koşulun ikinci bölümü “aşkın yetkiye” (aşırı yetki) ilişkindir. Aşkın yetki söz konusu hükümde, “dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesinin” yetkisi olarak tanımlanmıştır. Bu tenfiz engeli, genel kuralın aksine, ancak davalının itirazı üzerine tenfiz mahkemesi tarafından incelenebilecektir¹⁷. Dolayısıyla, davanın konusu veya tarafları ile mahkeme arasındaki ilişkiyi, zayıf, geçici ve tesadüfi ölçülere göre tesis eden veya herhangi bir ilişki (gerçek bağlantı) aramayan söz konusu yetki kurallarına¹⁸ göre tesis edilen yetkili yabancı mahkemeden alınan karar, davalının itiraz etmesi kaydıyla Türk mahkemelerinde tenfiz edilemeyecektir.

¹⁶ Çelikel/Erdem, a.g.e., s.642, Nomer, a.g.e., s.502, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.302, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.490, Ekşi, a.g.e., s.180, Doğan, a.g.e., s.113.

¹⁷ Bu durumda yabancı mahkemede görülen dava, ölmüş sayılma, hacir, isim tashihi, yaş tashihi gibi hasımsız bir dava ise, verilen kararın Türkiye’de tanınması için açılan davalarda Türk mahkemesinin, yabancı mahkemenin yetkisi aşkın olsa bile bunu denetlemesi mümkün değildir. Sonuç itibarıyla söz konusu davaların davalısı olmadığı için tanıma-tenfiz davasında aşkın yetkiye itiraz edecek bir davalı da mevcut olmayacaktır. Bkz. Ekşi, a.g.e., s.277.

¹⁸ Ekşi, a.g.e., s.275.

3. Kararın Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması

MÖHUK m.54'te yer alan tenfiz koşullarından biri de c bendinde yer alan "hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması"dır. Söz konusu koşul aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin mümkün olup olmadığını tespit bakımından da ayrıca önem taşımaktadır.

Kamu düzeni zamana ve mekana göre değişiklik gösteren bir kavram olması nedeniyle eksiksiz bir tanımı yapılamayan bir kavramdır. Ancak Yargıtay birçok kararında "kamu düzeninden" ne anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli açıklamalarda bulunmuştur. Bunlardan biri Yargıtay 2 H.D.'nin 17.02.1997 tarihli 1997/675E. 1997/1633K.¹⁹ numaralı kararıdır. Söz konusu kararda; "(Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının)...toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürebilmesi için uyulması zorunlu hukuki, ahlaki ve vicdani temel kurallarına açıkça aykırılık halini oluşturacak bir eda emrini taşıması..." durumunda bu kararın Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarihli 2010/1 E. 2012/1 K.²⁰ numaralı kararında da kamu düzeninin çerçevesinin ".....Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel ahlak ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık" şeklinde çizilebileceği dile getirilmiştir.

Doktrinde de, yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılabilmesi için, söz konusu kararın, Anayasanın veya hukuk sisteminin temel ilkelerine, Türk toplumunun genel örf adet ve ahlak kriterlerine aykırı olmaması gerektiği belirtilmiştir²¹. Bu nedenle Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri yok eden veya kısıtlayan ya da Anayasa'da yer alan bazı temel ilkeleri ihlal eden, savunma haklarına²² uyulmadan verilen, genel ahlaka aykırı talep ve ilişkileri hüküm altına alan, hukuken veya ahlaken ifası istenemeyen

¹⁹ www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 10.11.2014)

²⁰ www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 10.11.2014)

²¹ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.497, Nomer, a.g.e., s.509, Çelikel/Erdem, a.g.e., s.162-163, Ekşi, a.g.e., s.280,

²² Burada kastedilen savunma haklarının ihlali, aşağıda ayrı başlıkta incelenecek diğer bir tenfiz engeli olan MÖHUK m.54 bent ç'de düzenlenen "savunma haklarının ihlali" kapsamında yer almayan ihlallerdir.

ve korunması tenfiz devletinin veya üçüncü bir devletin dış ticaret, gümrük veya vergi mevzuatına karşı muvazaa teşkil eden ilişkilerden doğan alacaklar ile sahte evrak tanzimi sonucunda elde edilen yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir²³.

Kamu düzeni kavramının değişkenlik özelliği nedeniyle hakim, her somut olayda uyumsuzluğun ve dönemin özelliklerini dikkate alarak hangi konuların Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine takdir yetkisini kullanarak kendisi karar verecektir. Hakimin kamu düzenine aykırılığın tespiti konusundaki takdir yetkisi MÖHUK m.54 c. bendindeki “açıkça” ifadesi ile sınırlandırılmıştır²⁴. Dolayısıyla ancak tenfiz konusu yabancı mahkeme kararının uygulanmasının “açıkça” Türk kamu düzenini ihlal etmesi durumunda hakim söz konusu yabancı mahkeme kararını tenfiz etmeyecektir²⁵.

4. Savunma Haklarına Uyulmuş Olması

MÖHUK m.54’te yer alan son koşul ise ç bendinde yer alan “O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması” koşuludur.

Bu koşul da aşkın yetki koşulunda olduğu gibi, taraf itirazı üzerine tenfiz hakiminin incelemesi gereken bir koşuldur. Diğer bir deyişle tenfiz hakimi söz konusu koşulun varlığını re’sen araştırmaz²⁶.

Kendisine karşı tenfiz istenen kişinin savunma haklarının ihlal edildiğine ilişkin itirazları ancak hükümde belirtilen konularda olabilir. Bu bentte yer al-

²³ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.497-500.

²⁴ Kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi teorisinde bu ifadenin yeri için bkz. Demir- Gökyaayla, a.g.e., s.133.

²⁵ Örneğin Türk hukuk sistemindeki emredici hükümlere aykırılık teşkil eden her yabancı mahkeme kararı tenfiz engeline takılmamış olacak, bunlardan sadece uygulanması Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edenler tenfiz edilmeyecektir. Bu konu Yargıtay 2. H.D.’nin 04.11.2004 tarihli 2004/10683E. 2004/13120K. numaralı kararında da tartışılmış ve Yargıtay Türk hukukundaki her emredici hükmün kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini şu ifadelerle dile getirmiştir; “...Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması tek başına mahkeme kararının tanınması veya tenfizini engelleyici bir sebep olarak görülemez. Türk kamu düzeni, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerinin korunması için sadece kamu düzenine aykırılığı aşkar olan olaylara münhasır olduğunun kabulü gerekir...” İlgili karar özeti için bkz. Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.502 dn. 332.

²⁶ Doktrinde ise, savunma hakkının temel bir hak olduğu ve bu nedenle söz konusu hakkın ihlal edilip edilmediğinin, davalının itirazına gerek duyulmadan, hakim tarafından re’sen araştırılması gerektiği savunulmuş ve ilgili hükümde bu yönde bir değişiklik yapılması gerektiği dile getirilmiştir. Bkz. Burak Huysal, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Cilt 32, Sayı 1, 2012 s.96.

mayan fakat savunma hakkının ihlaline neden olan bir konu ancak bir üst başlıkta açıklanan “kamu düzenine aykırılık” koşulu içerisinde değerlendirilerek, söz konusu yabancı mahkeme kararının tenfizi engellenebilir. Böyle bir durumda, savunma hakkının ihlaline neden olan olay hakkında davalının itirazda bulunması gerekmeyecek, söz konusu olay hakim tarafından re’sen araştırılacaktır²⁷.

III. TANIMA VE TENFİZE İLİŞKİN KOŞULLARIN İNCELENMESİNDE BENİMSENEN SİSTEM- EXEQUATUR SİSTEMİ- REVİSİON YASAĞI

Yabancı mahkeme kararının tanıma-tenfiz işleminin gerçekleşeceği mahkemede nasıl bir incelemeden geçeceği konusunda iki temel sistem mevcuttur. Bunlardan ilki, “*revision sistemi*” olarak adlandırılan, yabancı karar verilirken uygulanan hukukun doğru seçildiği, doğru uygulandığı, delillerin doğru takdir edildiği, kısacası kararın esas yönünden doğruluğunun inceleme konusu yapıldığı sistemdir²⁸. İkincisi ise “*exequatur sistemi*” olarak adlandırılan, tenfiz mahkemesinin yetkisinin sadece kanunda öngörülmüş belirli koşulların varlığının tespitinden²⁹ ibaret olan sistemdir.

Türk Milletlerarası Usul Hukukunda *exequatur* sistemi kabul edilmiştir. Dolayısıyla Türk hakim, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararını esaslan inceleme yasağı (revision yasağı) mevcuttur. Türk hakim, yabancı mahkeme kararının MÖHUK’ta yer alan tenfiz koşullarını taşıması halinde, bu kararı tenfiz etmeme gibi bir takdir yetkisine sahip değildir. Bu durum, tenfiz kararına davalının itiraz edebileceği konuların tahdidi olarak (numerus clauses) sayıldığı MÖHUK m.55 f.2 hükmünden de anlaşılmaktadır³⁰. Söz konusu hüküm uyarınca, davalı da ancak, tenfiz koşullarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek, tenfiz kararına itiraz edebilir. Davalının tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının esasına ilişkin bir itirazda bulunma imkanı yoktur. Ancak söz konusu koşullardan bir tanesinin bile gerçekleşmemesi hakim, tanıma-tenfiz talebini reddetmesi sonucunu doğuracaktır³¹.

²⁷ Nomer, a.g.e., s.506, Çelikel/Erdem, a.g.e., s.644, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.495, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.308, Doğan, a.g.e., s.117-118, Ekşi, a.g.e., s.308.

²⁸ Nomer, a.g.e., s.495, Çelikel/Erdem, a.g.e., 623, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.469, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.293, Doğan, a.g.e., s.125

²⁹ Nomer, a.g.e., s.488, Çelikel/Erdem, a.g.e., 623, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.469, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.293, Doğan, a.g.e., s.125.

³⁰ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.469.

³¹ Böyle bir durumda, tenfiz edilmeyen yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerindeki davalarda “takdiri delil” olarak kullanılabilmesi yönündeki bir karar için bkz. 24.10.2001 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2001/4-962 E. 2001/750 K numaralı kararı. Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com (son ziyaret tarihi 28.11.2014)

IV. TÜRK HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ GEREKÇELİ OLMA ZORUNLULUĞU

Türk Hukukunda mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu, 1982 Anayasası'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” ifadesi ile açık bir şekilde düzenlenmiştir. 6100 sayılı HMK'nın “hukuki dinlenme hakkı” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde de “..... *kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi...*” söz konusu hakkın içeriğinin bir parçası olarak belirlenmiştir.

Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de “adil yargılanma hakkı” düzenlenmekle beraber söz konusu hükümde mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiğine ilişkin doğru- dan bir ifade yer almamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararında gerek ceza gerekse hukuk yargılamaları sonucunda verilen mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği vurgulanarak “gerekçe hakkının” adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmektedir^{32, 33}.

Gerekçenin amacının ne olduğu ve gerekçesiz mahkeme kararlarının hukuki sonuçları konusunda uygulamada birçok üst derece mahkemesi kararı mevcuttur³⁴. Bunlardan Yargıtay Hukuk Daireleri'nin yakın tarihli kararlarına değinmek gerekirse;

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 08.03.2000 tarihli ve 2000/829 E. 2000/1121 K.³⁵ numaralı kararında mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği konusunda “.....*Hukukun üstün kılınması, yargıya güven duyulup bunun kuvvetlendirilmesi, yansız ve aleni yargılama yanında, yoğun bir mesainin ürünü olan nihai kararların da yargılama safahatına uygun, doyurucu ve inandırıcı biçimde kaleme alınmasıyla olanaklıdır. Devletin temel*

³² Detaylı bilgi için bkz. Sibel İncooğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s.322 ve M. Nedim Berki, *Gerekçeli Karar Hakkı*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s.209-213.

³³ Doktrinde adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenme hakkının özdeş olmadığı dile getirilmektedir. Adil yargılanma hakkı hukuki dinlenme hakkını da bünyesinde barındıran kapsam itibarıyla ondan daha geniş içeriğe sahip bir hak konumundadır. Hukuki dinlenme hakkı yargılama başladıktan sonra, yargılamaya katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde işlem görmelerini, iddia ve savunmada bulunma olanağının verilmesini hedefler. Adil yargılanma hakkı ise bu hakkın yanı sıra, kanuni bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, aleni olarak makul bir sürede yargılanmayı da içerir. Bkz. Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi Ankara, 2003, s.57 ve Hakan Pekcanitez, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, Seyfulah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s.754.

³⁴ Bu konudaki Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Ceza Daireleri ve Danıştay kararları hakkında detaylı bilgi için bkz. Nedim Berki, a.g.e., s.218-226.

³⁵ www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 12.12.2014)

esaslarını düzenleyen Anayasa'da konuya yer verilmiş olması da bundandır.....Kararların gerekçeli olması kamu düzenine ilişkin olmakla aksi hal bozma nedenidir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 19.09.2013 tarihli ve 2013/10286 E. 2013/14182 K.³⁶ numaralı kararında ve Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 03.02.2014 tarihli ve 2014/ 725 E. 2014/ 677 K.³⁷ numaralı kararında ise “ ...Kararlarda bulunması gereken gerekçeler sayesinde taraflar, hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi, karar aleyhine kanun yoluna başvurulduğunda da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesi uyarınca Yargıtay incelemesi sırasında ancak bu gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı saptanabilecektir. Diğer bir anlatımla, Yargıtay denetimi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir.....” denilmiştir.

Konu hakkındaki en yakın tarihli karar ise Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 06.03.2014 tarihli 2013/8031 E. 2014/1682 K.³⁸ numaralı karardır. Söz konusu kararda da benzer ifadeler yer verilmiş ve ayrıca “.....(gereksiz karar verilmesi) veya yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesini, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkını ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.....Taraflar ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hüküm ne kadar haklı olursa olsun, gereksiz ise tarafları doyurmaz....” denilmiştir. Aynı kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.12.2011 tarihli 2011/15-708 E. 2011/ 737 K. numaralı kararına da gönderme yapılarak gerekçenin “...hakimin tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi...” yaptığı bir kez daha vurgulanmıştır.

Doktrinde de, hakimin, gerekçe sayesinde verdiği hükmün doğru olup olmadığını, yani kendini denetleyeceği dile getirilmektedir³⁹. Ayrıca gerekçenin hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olduğu ifade edilerek hayat ilişkilerinin ne kadar birbirine yakın olursa olsun aynı olmadığı, her yargılama sü-

³⁶ www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 12.12.2014)

³⁷ www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 12.12.2014)

³⁸ www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 15.12.2014)

³⁹ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* -6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış, 22. Bası, Yetkin Yayınevi Ankara, 2011, s.472. Ayrıca yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında gerekçe için kullanılan “Gerekçe hakimin tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi...” ve “Taraflar ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hüküm ne kadar haklı olursa olsun, gereksiz ise tarafları doyurmaz....” ifadeleri de aynı eserden alıntılanmıştır.

jesinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiği, genel olarak bilirkişi raporuna veya dosyadaki delillere atıf yapan ve tam bir değerlendirme içermeyen gerekçelerin hepsinin mutlak anlamda hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir⁴⁰.

Gerek uygulama gerekse doktrinde mahkeme kararlarının gerekçeli olmasına ilişkin yapılan açıklamalardan üç temel sonuç çıkarmak mümkündür. Bunlar; 1-) Gerekçe kamu düzenine ilişkindir. 2-) Gerekçe hakim kendi denetlemesini sağlayarak keyfi kararlar vermesini engellemeyi hedefler. 3-) Gerekçe üst derece mahkemesinin, alt derece mahkemesinin kararlarını hukuka uygunluk bakımından denetlemesini sağlar. Söz konusu sonuçlar bir arada değerlendirildiğinde, her üçünün de ortak bir amaca hizmet ettiği söylenebilir. Bu amaç, yargılama faaliyetinde keyfiliğin engellenmesidir. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi aşamasında, söz konusu amacın ne kadar dikkate alınacağı sorusuna verilecek cevap ise tenfizde gerekçenin zorunlu olup olmayacağını belirleyecektir. Ancak bu değerlendirmeye geçmeden önce yabancı mahkeme kararlarında gerekçe olması zorunluluğunun tenfiz koşulları bakımından hangi kapsam içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinin tespiti yapılmalıdır.

V. TENFİZ KOŞULLARI BAKIMINDAN YABANCI MAHKEME KARARLARININ GEREKÇELİ OLMA ZORUNLULUĞU

Bir üst başlıkta açıklandığı üzere bir mahkeme kararının gerekçeli olmasının temel amacı hakim keyfi karar vermesinin doğurabileceği hukuka aykırılıkların önüne geçilmesidir. Bu yönüyle “gerekçe hakkı”, yukarıda zikredilen uluslararası sözleşme ve kanunlarda belirtilen “adil yargılanma hakkı” ve “hukuki dinlenilme hakkı”nın bir parçasıdır. Çünkü gerek “adil yargılanma” gerekse “hukuki dinlenilme” hakkının özünde tarafların kendilerini hukukun imkan tanıdığı her türlü yolla savunmaları düşüncesi yatmaktadır. Bunun sağlanabilmesi için ise yapılan yargılama faaliyetinin keyfilikten uzak, hukuka uygun olması gerekmektedir. Gerekçe ise yargılama faaliyetinin denetlenebilmesini sağlaması sebebiyle keyfiliğin önündeki en büyük engeldir.

Gerekçenin amacı bakımından, bir kararın Türk mahkemesinden veya yabancı bir devlet mahkemesinden verilmiş olmasının bir farkı yoktur. Ancak usul hukuku bakımından, gerekçenin ihtiva etmesi gereken unsurlar konusunda yabancı mahkeme kararları ile Türk mahkeme kararlarının tabi olduğu kuralları birbirinden ayırmak gerekecektir. Türk milletlerarası özel hukuku-

⁴⁰ Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özeker, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.332.

nun genel ilkelerinden biri, usul hukukunun *lex fori*'ye (hakimin hukuku) tabi olmasıdır⁴¹. Bu ilke nedeniyle tenfizi istenen her yabancı mahkeme kararının, verildiği ülkenin usul hukuku hükümlerine tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir yabancı mahkeme kararının gerekçesinin hangi unsurları ihtiva edeceği, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre değil, o yabancı kararı veren devletin usul hukuku hükümlerine göre tespit edilecektir.

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi konusunda *exequatur* sistemi benimsendiği için Türk hakim sadece yukarıda açıklanan tenfiz koşullarının var olup olmadığını inceleme yetkisine sahiptir. Oysa söz konusu koşullar arasında, yabancı mahkeme kararının mutlaka bir gerekçesinin olması gerektiği konusunda doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda söz konusu meselenin mevcut tenfiz koşulları içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tespit etmek gerekecektir.

Tenfiz koşulları arasında son sırada yer alan “savunma haklarına uyulmuş olması” koşulu, gerekçenin temelinde, tarafların kendilerini hukukun imkan tanıdığı her türlü yolla savunmalarına imkan tanıma, düşüncesinin yatması sebebiyle, ilk etapta değerlendirilmesi gereken tenfiz koşulu olarak belirlemektedir. Ancak MÖHUK m.54 b. ç’de yer alan söz konusu koşul hangi durumların bu koşulun kapsamında yer aldığını tahdidi olarak saymıştır. Söz konusu hüküm karşısında taraflar ancak, “ 1-) o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış 2-) o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olması koşullarından birinin olması ve kendisine karşı tenfiz talep edilen kişinin bu koşullardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının gerekçe içermemesi bu koşullar arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tenfizi konusu söz konusu tenfiz koşulu kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Doktrinde, MÖHUK m.54 b.ç’de belirtilen durumların dışında kalan savunma hakkı ihlallerinin “kamu düzenine aykırılık” koşulu içerisinde değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmektedir⁴². Bu durumda, yabancı mahkeme kararlarında gerekçe bulunmamasının, tenfiz koşullarından “Türk kamu dü-

⁴¹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s.433, Şanlı/Esen/Figanmeşe, a.g.e., s.310 Nomer, a.g.e., s.386 vd., Doğan, a.g.e., s.42 vd.

⁴² Nomer, a.g.e., s.506, Çelikel/Erdem, a.g.e., s.644, Şanlı/Ataman/Figanmeşe, a.g.e., s., 495, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.308, Doğan, a.g.e., s.119. Ergin Nomer, *Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu*, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s.718 ve Ata Sakmar, *Yabancı İllamların Türkiye’deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, 1982, s.73.

zenine açıkça aykırılık” oluşturup oluşturmadığını değerlendirmek gerekecektir. Bu noktada Türk doktrinindeki görüşler, Yargıtay kararları ve AİHM ile Avrupa Adalet Divanı kararları ayrı başlıklar halinde incelenerek bir tespit yapılmaya çalışılacaktır.

A. Türk Doktrinindeki Görüşler

Çelikel, yabancı ilamda gerekçenin olmamasının, tenfizden reddi için yeterli bir sebep olmadığını, yargılama usulü ve ilamın şeklinin lex fori’ye tabi olduğunu, Alman usul hukukuna göre gıyabı yargılama sonunda verilen kararda gerekçe gösterilmeyebileceğini ifade etmiştir⁴³. Nomer de, yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirterek “*tenfizi talep edilen yabancı mahkeme ilamında Türk usul hukukunun anladığı anlamda bir gerekçenin bulunması ya da bulunmaması Türk kamu düzeninin müdahalesi bakımından tenfiz için ne etkili ne de gerekli*” olduğunu savunmuştur⁴⁴. Sakmar da benzer mülahazalarla aynı sonuca varmaktadır⁴⁵. Erdem de, aşağıda daha detaylı incelenecek olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nın yerindelğine gönderme yaparak, gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebileceği yönündeki görüşünü belirtmiştir⁴⁶.

Şanlı ise gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Şanlı’ya göre; “*...mahkeme kararlarında gerekçe demokratik hukuk devletinin bir gereğidir. Keyfiliği önleyecek yegane ilke, kararların gerekçeli olmasıdır. Gerekçe ile kararın dayandığı maddi ve hukuki dayanaklar anlaşılır hale gelir ve bir kararın adalete muvafık olup olmadığı da gerekçeye bakılarak söylenebilir. Bu sebeple Anayasanın 141. maddesindeki ilke Anayasada yer alan temel bir yargılama ilkesidir ve Türkiye’de etki tanınacak yabancı mahkeme kararları bakımından da geçerli ve bağlayıcıdır. Kuşkusuz ülkeler değişik mülahazalarla; özellikle hak arama mekanizmalarını hızlandırmak için gerekçesiz kararlara dayalı hızlı yargılama usulleri kabul edebilirler. Ancak bunlara ülkemizde etki tanımak mecburiyeti yoktur. Hatta bu türden kararların men’şe ülkesinde kesin hüküm teşkil etmeleri de durumu değiştirmez....*”⁴⁷.

⁴³ Aysel Çelikel, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 29, Sayı 3, 1963 s.864.

⁴⁴ Ergin Nomer, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Gerekçe (Tenfizde Gerekçe)*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s.12.

⁴⁵ Sakmar, a.g.e., s.78-79.

⁴⁶ Çelikel/Erdem, a.g.e., s.644-645.

⁴⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, a.g.e., s.498 vd. dn. 327.

Esen de, yabancı mahkeme kararlarının gereksiz olmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini belirterek bu tür kararların tenfiz edilmemesi gerektiğini savunmuştur. “*Gereğe içermeyen bir yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğu yönündeki (kendisinin de katıldığı) görüşe karşılık bu kararın lex foriye tabi olarak verildiği ve Türk hukukuna tabi olmadığı gerekçesini ileri sürmenin yerinde olmayacağını*”⁴⁸ savunan Esen, “*yabancı mahkeme kararının gereğe ihtiva etmemesinden ötürü kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespiti ile revision au fond prensibi ile doğrudan bir bağlantı bulunmadığını*” da dile getirmiştir⁴⁹.

B. Yargıtay Kararları

Yargıtay’ın gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği konusunda çelişkili kararları mevcuttur. Aşağıda söz konusu kararlara kronolojik sırayla değinildikten sonra bu konuda verilen içtihadı birleştirme kararı üzerinde durulacaktır.

Bu konu hakkında tespit edilebilen ilk karar Yargıtay Ticaret Dairesi’nin 01.04.1961 tarihli 828 E. ve 1060 K. numaralı kararıdır. Söz konusu kararda Berlin mahkemesi tarafından verilen, belirli bir miktar para alacağını tespit eden karar, başka nedenlerin yanı sıra, “*esbabı mucibenin (gerekçenin) gösterilmemiş olması*” nedeniyle de tenfiz edilmemiştir⁵⁰. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 18.03.1993 tarihli 1992/7081 E. 1993/2756 K.⁵¹ numaralı kararında gereksiz yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle tenfizinin mümkün olmadığına hükmedilmiştir. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK’un tenfiz koşullarını düzenleyen 38. maddesine göndermede bulunan kararda şu ifadelere yer verilmiştir; “*..... Anılan maddede gösterilen koşullardan biri de olayımız için önemli olabilecek olan "hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" koşuludur. Mahkemenin bu koşulun varlığını denetleyebilmesi için tenfizi istenen kararın gerekçeli aslı ve onanmış tercümesinin olması gerekir. O halde, mahkemenin "yabancı mahkeme kararının onanmış gerekçeli aslı ve onanmış tercümesi olmadan" MÖHUK'un 38. maddesinde açıklanan tenfiz kararı vermesi yasaya aykırı olup, hüküm bu nedenle bozulmalıdır.*”

⁴⁸ Emre Esen, Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi, MHB, Cilt 27, Sayı 1-2, 2007, s.69.

⁴⁹ Emre Esen, a.g.e., s.72

⁵⁰ Çelikel, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi*, s.863-865.

⁵¹ www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 27.12.2014)

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 30.06.1999 tarihli 1999/5858 E. 1999/7609 K.⁵² numaralı kararında da Sidney Aile Mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının geçici nitelikte olmasının yanı sıra gerekçesiz olması sebebiyle Türk kamu düzenine aykırılık⁵³ teşkil edeceğinden tenfiz edilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05.12.2001 tarihli 2001/9007 E. 2001/11406 K.⁵⁴ numaralı kararında da ".....*Tenfiz ve tanıma istenen kararların, yasanın bu aradığı şartları taşıyıp taşımadığının araştırılıp denetlenebilmesi için, gerekçelerinin de olması gerekir. Davacı tarafından ibraz edilen kararların gerekçesi olmadığından, bu denetlemeyi yapmak olanaksızdır.*" ifadelerine yer verilmiştir.

Aynı şekilde, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 02.10.2003 tarihli 2003/6226 E. 2003/11095 K.⁵⁵ numaralı kararında da gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olması sebebiyle tenfiz edilemeyeceği belirtilmiştir.

Oysa Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir diğer kararında, yabancı mahkeme kararının gerekçesinin bulunmaması tek başına bir tenfiz engeli olarak kabul edilmemiş ve söz konusu yabancı mahkeme kararı bu haliyle Türk kamu düzenine aykırı bulunmamıştır. 08.06.2006 tarihli 2006/2612 E. 2006/9147 K.⁵⁶ numaralı bu kararda şu ifadelerle yer verilmiştir; "...*Tanıma ve tenfizde; yabancı mahkeme kararının doğruluğu, uygulanmış olan usul hükümleri, maddi ve hukuki tespitler inceleme dışında tutulmalıdır. Yabancı mahkemenin Türk hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması veya yanlış yorumlayıp uygulaması tek başına yabancı kararın tanıma ve tenfizine engel teşkil etmemelidir. Kendisinden tanıma ve tenfiz istenen mahkeme ilamı veren mahkemenin üst mercii durumunu üstlenmemelidir. Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere milletlerarası hukukta kabul edilen temel ilkelere adil yargılanma ve savunma hakkına genel ahlaka, Türk hukuk düzeninin*

⁵² www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 28.12.2014)

⁵³ Söz konusu kararda yabancı mahkeme kararının geçici nitelik taşımasının tenfiz koşullarından Türk kamu düzenine aykırılık" koşulu içerisinde değerlendirilmesinin yerinde olmadığı görüşündeyiz. Zira söz konusu Yargıtay kararının verildiği tarihte yürürlükte bulunan 2675 sayılı MÖHUK'un tenfiz ön koşullarını düzenleyen 34. maddesinin 1. fıkrasında tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmiş olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddine ilişkin nedenlerden kararın geçici nitelikte olması nedeni MÖHUK m.34 f.1 anlamında bir ön koşul eksikliği olarak değerlendirilmeliydi.

⁵⁴ www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 28.12.2014)

⁵⁵ Söz konusu karar yayımlanmamıştır. Ancak aşağıda detaylı şekilde açıklanacak 10.02.2012 tarihli 2010/1 E. 2012/1 K. numaralı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı'nda söz konusu kararın içeriği ile ilgili bilgi verilmektedir.

⁵⁶ Kararın tam metni ve "muhalefet şerhi" için bkz. www.kazanci.com.tr (son ziyaret tarihi 28.12.2014)

temelini oluşturan ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelere aykırılık oluşturması halinde kamu düzenine açıkça aykırılıktan söz edilir.

2675 Sayılı Yasanın 35/c maddesinde bu durum "açıkça aykırılık" ibaresiyle ifade edilmiştir.

Yabancı mahkeme kendi usul kuralları içerisinde hükmünü kurmuştur. (Lex Fori) Yabancı unsurlu davalarda yargılamaya ilişkin sorunlar hakim in kendi kanununa tabidir.

Yabancı ilamın Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasınının 388. maddesindeki unsurları ihtiva etmemesi kamu düzenine açıkça aykırılık olarak kabul edilmemelidir.

Mahkemece; tenfize karar verilmesi gerekirken hüküm gerekçeden yoksun olduğundan söz edilerek yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır."

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yukarıda zikredilen kararlarının kendi içerisinde ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin kararlarıyla çelişmesi sebebiyle, söz konusu görüş ayrılığının içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi amacıyla, 10.02.2012 tarihinde 2010/1 E. 2012/1 K. numaralı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı (YİBBGKK) yayımlanmıştır⁵⁷. Gereksiz yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği ve bu nedenle de bir tenfiz engeli oluşturmayacağına hükmeden bu kararda söz konusu görüş şöyle gerekçelendirilmiştir;

".....Önemle vurgulanmalıdır ki, tenfiz hâkiminin yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisi yoktur. Bu yasak çerçevesinde, tenfiz hakiminin ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesi de söz konusu olamaz.

Diğer bir deyişle, ilamda bir gerekçenin bulunması veya bulunmaması ilamda yer alan hükmün kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımamaktadır. Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme ilamında Türk Usul Hukuku'nun anladığı anlamda bir gerekçenin bulunması ya da bulunmaması Türk Kamu düzeninin müdahalesi bakımından tenfiz için ne etkilidir ne de gereklidir. Aksinin kabulü, yeniden yargılama yapmak sonucunu doğuracağı gibi yabancı ilamı ittihaz eyleyen mahkemenin de denetim ve inceleme organı haline gelmek gibi istenilmeyen bir durum belirecektir.....

.....İlke olarak, her mahkeme kendi usul hükümlerini uygular ("Lex Fori" prensibi). Bu sebeple yabancı mahkemenin uyguladığı usulün, Türk

⁵⁷ Kararın tam metni 20.09.2012 tarihli ve 28417 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bkz. www.resmigazete.gov.tr (son ziyaret tarihi 29.12.2014)

Usul hukukundan farklı olması Türk Kamu düzeninin müdahalesi için bir gerekçe değildir.....

...Uygulamada ve ilmi görüşlere göre benimsenen lex fori prensibi gereği, şekil ve maddi içeriği ile "gerekçe" her ülke hukukunun bizzat kendisi tarafından belirlenen ve diğer ülke hukukları tarafından "gerekçe" olarak kabul edilmesi zorunlu ve gerekli bir kavramdır. Buna rağmen Anayasa'da yer alan Türk Mahkeme kararlarının gerekçeli olması kuralı, Türk Kamu Düzeninin müdahalesini gerektirebilecek bir emredici hüküm olarak düşünülemez.

Diğer yandan, mahkeme kararlarının gerekçeli yazılması gerektiğini ifade eden anayasa kuralının Türk Mahkemelerinden verilmiş kararlar için "emredici" nitelikte olduğunda şüphe yoktur.

Ancak burada, her emredici kuralın, Anayasa kuralı dahi olsa, "temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir kural olmadıkça" yabancı hukukların uygulanmasında ve dikkate alınmasında Türk Kamu Düzeninin müdahalesini gerektirmeyeceğinin de kamu düzenine ilişkin bilinen bir prensip olduğunu hatırlamak gerekir.

Türk tenfiz hukuku yabancı mahkeme kararlarının taşıdığı "hükümlerin" açıkça Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceği konusu ile ilgilenir. Üstelik tenfiz hâkimine kararın gerekçesini incelemek ve dikkate almak görev ve yetkisi dahi verilmemiştir. Yabancı mahkeme kararı, verildiği ülkenin usul hukuku kuralı "lex fori" kuralına tabidir.

..... Türkiye Cumhuriyeti Anayasası "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" ilkesini benimsemiştir (m.141/3). Türk Mahkemelerindeki davalarda duruşmalara ilişkin yargılama kurallarını tespit eden 141. maddenin, her türlü kararlarda gerekçe bulunmasını emreden hükmünde yer alan "Bütün mahkemeler" kavramına, yabancı mahkemelerin de dahil olduğunu söylemek olanaksızdır....."

Söz konusu kararın 13. Hukuk Dairesi üyeleri tarafından kaleme alınmış olan "karşı oy" yazısında ise, mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu diğer mevzuat ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 45. maddesine dayandırılmaktadır. Meseleyi, sadece anayasal düzlemde değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlükler düzleminde de değerlendirmesi bakımından önemli olduğuna inandığımız bu yazıda, "gerekçe hakkının" 45. madde kapsamında değerlendirilmesi yerinde olmamıştır. Çünkü söz konusu hüküm Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işleyişi ve uygulayacağı usule ilişkin hükümlerin yer aldığı II. bölümde bulunmakta ve dolayısıyla sadece "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının"

gerekçeli olması gerektiğine vurgu yapmaktadır⁵⁸. Oysa bir sonraki başlıkta daha detaylı belirtileceği üzere, “gerekçe hakkı”, AİHS m.6 uyarınca “adil yargılanma hakkı”nın bir parçası olarak değerlendirilmelidir.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı Kararları

AİHS’in 6. maddesinde “adil yargılanma hakkı” düzenlenmiştir. Söz konusu madde şu şekilde kaleme alınmıştır;

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

⁵⁸ Ayrıca yine aynı karşı oy yazısında verilen örnekte yazarlarında da zikrettiği gibi bir “vergi hukuku uyuşmazlığı” söz konusudur ki 5675 sayılı MÖHUK m.1 f.1 uyarınca bu kanun sadece yabancılık unsuru taşıyan “özel hukuka” ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanma imkanı bulur. Dolayısıyla söz konusu örneği 5675 sayılı MÖHUK kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Bir an için söz konusu örneğin bir özel hukuk ilişkisine ilişkin olduğu kabul edilse dahi, örnekte belirtilen “davanın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren” bir konuda görülmesi, 5675 sayılı MÖHUK’un 54. maddesinin b bendi uyarınca başlı başına bir tenfiz engelidir ve dolayısıyla burada Türk kamu düzenine aykırılık olduğundan bahisle tenfizi engellemek yerinde olmayacaktır.

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

Görüldüğü üzere söz konusu hükmün lafzında “gerekçe hakkı”na ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Oysa AİHM’in, 1994 yılından itibaren AİHS m.6 ile ilgili verdiği birçok kararında, söz konusu maddenin dar yorumlanmasının, bu sözleşmenin demokratik toplumlar bakımından önemi karşısında, doğru olmayacağı dile getirilerek, mahkemelerin verdikleri kararları gerekçelendirme yükümlülükleri olduğu belirtilmiştir⁵⁹.

“Gerekçe hakkı”nın AİHS m.6 kapsamında adil yargılanma hakkının bir parçası olarak değerlendirilmesinin doğrudan etkisi, sözleşmeye taraf devletlerin mahkemelerinin verdikleri her türlü kararda gerekçe belirtmeleri yükümlülüğüdür. Ancak söz konusu doğrudan etkinin yanı sıra bir de “dolaylı etki” vardır ki o da, taraf devletlerin ülkelerinde tanıma tenfiz konusu yapılan gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarını tenfiz etmeme yükümlülüğüdür⁶⁰.

AİHM’in 20.09.2001 tarihli “Pellegrini v. Italy kararında⁶¹, Vatikan mahkemesinin evliliğin feshine ilişkin kararının İtalya mahkemelerinde tenfizinin gerçekleştirilebilmesi için, öncelikle Vatikan mahkemesinden verilen kararın AİHS m.6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesi gerektiği dile getirilmiştir. Ayrıca taraf devletin böyle bir araştırmada bulunması için tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının, Vatikan gibi AİHS’e taraf olmayan bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş olmasının bir önemi olmadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla tenfizi istenen yabancı mahkeme kararı, ister AİHS’in tarafı bir devlet tarafından verilmiş olsun, ister bu sözleşmeye taraf olmayan bir devlet tarafından verilmiş olsun, tenfiz hakimi söz konusu yabancı kararın AİHS m.6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getirip getirmediğini tespit etmek yükümlülüğü altındadır. AİHM içtihatlarınca “gerekçe hakkı” da “adil yargılanma hakkı” kapsamında AİHS m.6 ile güvence altına alınan bir hak olduğu için gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının bu tespitten geçerek tenfiz edilmesi mümkün olmayacaktır.

⁵⁹ Karen Reid, *A Practitioner's Guide To The European Convention On Human Rights*, Sweet and Maxwell Yayınevi, 4. Bası, Londra, 2012, s.234 ve Gilles Cuniberti, *The Recognition of Foreign Judgements Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance and Efficiency*, International and Comparative Law Quarterly, Sayı 57, Cilt 1, 2008, s.27, 29.

⁶⁰ Cuniberti, a.g.e., s.29-30.

⁶¹ Başvuru no: 30882/96 Kararın İngilizce tam metni için bkz. www.hudoc.echr.coe.int (son ziyaret tarihi 30.12.2014)

Avrupa Adalet Divanı'nın 28.03.2000 tarihli Krombach v. Bamberski⁶² kararında ise Avrupa Birliği üyesi devletler arasında uygulanan medeni ve ticari uyuşmazlıklara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Brüksel I Tüzüğü'nün, tenfizin koşullarından "kamu düzenine açıkça aykırılığı" düzenleyen 34. maddesinin birinci bendine ilişkin açıklamalarda bulunulurken "...Üye devletler, kendi ülkelerindeki kamu düzeni kavramının sınırlarını belirlerken tam bir özgürlük içerisinde değildir...Üye devletlerin kamu düzenleri AİHS ve AİHM içtihatlarının oluşturduğu insan hakları anlayışını içermelidir" ifadelerine yer verilmiştir. Türkiye'nin Avrupa Birliği üyesi bir devlet olmaması sebebiyle günümüz itibarıyla doğrudan bir bağlayıcılığı olmayan söz konusu kararın, Türkiye'nin AİHS'e taraf bir devlet olması sebebiyle "Türk kamu düzeni"nin sınırlarının çizilmesi bakımından yol gösterici nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

"Kaynağında insanın bilme isteğinin bulunduğu"⁶³ gerekçe hakkı, dava taraflarına, kendilerini hukukun imkan tanıdığı her türlü yolla savunma ve hakimin hukuka aykırılık oluşturan keyfi uygulamalarından kaçınma imkanı sağlamaktadır. Bu hak, gerek 1982 Anayasası'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında gerekse 6100 sayılı HMK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'in "adil yargılanma hakkı"na ilişkin 6. maddesinin lafzında "gerekçe hakkı" yer almamasına rağmen, söz konusu hakkın adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu AİHM içtihatlarında açıkça belirtilmiştir.

Dava taraflarının sahip olduğu gerekçe hakkının doğal sonucu olan, devlet mahkemelerinin gerekçeli karar verme yükümlülüğünün sınırlarının çizilmesi bu çalışma bakımından büyük önem arz etmektedir. Söz konusu yükümlülüğün sadece Türk mahkemelerinden verilen kararlar bakımından var olduğunun kabul edilmesi durumunda, diğer bütün tenfiz koşullarını taşıyan gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tenfizi mümkün olacaktır. Aksi takdirde ise, gereksiz yabancı mahkeme kararları, tarafların "gerekçe hakkı"nın ihlal edilmiş olması sebebiyle MÖHUK m.54 c bendi uyarınca "Türk kamu düzenine açıkça aykırılık" teşkil edecek ve bu nedenle tenfiz edilmeyecektir.

⁶² Dava no: C-7/98. Kararın İngilizce tam metni için bkz. www.eur-lex.europa.eu (son ziyaret tarihi 30.12.2014)

⁶³ Berki, a.g.e., s.227.

Söz konusu sınırın çizilebilmesi için öncelikle yabancı mahkeme kararlarındaki gerekçenin, şekli anlamda gerekçe ve maddi anlamda gerekçe olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak incelenmesi gerekmektedir. Şekli anlamda gerekçe, gerekçenin ihtiva etmesi gereken unsurların neler olduğunun tespitine ilişkindir ve usul hukuku kapsamında değerlendirilmelidir. Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda usul hukukuna ilişkin meselelerde “*lex fori*” ilkesi geçerlidir. Bu ilke sebebiyle yabancı mahkeme kararının gerekçesinin ihtiva etmesi gereken unsurlar verildiği devletin usul hukuku kurallarına göre belirlenecektir. Dolayısıyla yabancı bir mahkeme kararının gerekçesinin 6100 sayılı HMK'da düzenlenen unsurları taşıması, gerek doktrinde gerekse konuya ilişkin 10.02.2012 tarihli YİBBGKK'nda isabetli bir şekilde dile getirildiği üzere, “Tük kamu düzenine açıkça aykırılık” olarak kabul edilmemeli ve yabancı mahkeme kararının bu neden tenfizi engellenmemelidir.

Maddi anlamda gerekçe ise, kısaca “gerekçe hakkı” olarak da ifade edilebilecek olan, dava taraflarına kendilerini hukukun imkan tanıdığı her türlü yolla savunma ve hakimın hukuka aykırılık oluşturan keyfi uygulamalarından kaçınma imkanı sağlayan bir haktır. Söz konusu hak, Türk hukuku bakımından, sadece anayasal düzlemde değil uluslararası hukuk düzleminde de koruma altına alınmıştır. AİHS'e taraf olan Türkiye'nin, AİHM içtihatlarında açık bir şekilde belirtilen “*gerekçeli karar hakkının dolaylı etkisi*” nedeniyle gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarını tenfiz etmemesi gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken son bir nokta, tenfiz hakiminin yabancı mahkeme kararının gerekçesi konusunda gerçekleştireceği incelemenin sadece AİHS m.6 kapsamında “adil yargılanma hakkı”nın ihlal edilip edilmediğine ilişkin olacak olmasıdır. Diğer bir deyişle, tenfiz hakimi *revision au fond* yasağına uygun olarak, yabancı mahkeme kararının gerekçesinde yer alan hükmün esasına ilişkin hiçbir incelemede bulunmayacaktır.

Bu doğrultuda, AİHS ve AİHM içtihatlarını dikkate almadan karar veren Yargıtay'ın, 10.02.2012 tarihli YİBBGKK'daki görüşünden dönmesi ve gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tenfizini, AİHS m.6'nın ihlali olarak değerlendirerek, MÖHUK m.54 bent c kapsamında “Türk kamu düzenine açıkça aykırılık” nedeniyle engellemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Ata Sakmar, Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Aysel Çelikel/ B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı -6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış, 22. Bası, Yetkin Yayınevi Ankara, 2011.
- Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- Hakan Pekcanıtez/ Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Karen Reid, A Practitioner's Guide To The European Convention On Human Rights, 4. Bası, Sweet and Maxwell Yayınevi, Londra, 2012.
- Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, 1. Bası, Yetkin Yayınevi Ankara, 2003.
- Nuray Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- Rona Aybay/Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.
- Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Makaleler

- Aysel Çelikel, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 29, Sayı 3, 1963 s.863-865.
- Burak Huysal, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Cilt 32, Sayı 1, 2012 s.71-101.
- Emre Esen, Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi, MHB, Cilt 27, Sayı 1-2, 2007, s.21-79.

- Ergin Nomer, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Bası, İstanbul, 2010, s.911
- Ergin Nomer, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Gerekçe (Tenfizde Gerekçe), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s.9-16.
- Ergin Nomer, Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s.685-730. Ata Sakmar, Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, Fakülteler Matbaası, 1982, s.73.
- Gilles Cuniberti, The Recognition of Foreign Judgements Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance and Efficiency, International and Comparative Law Quarterly, Sayı 57, Cilt 1, 2008, s.25-52.
- Günseli Öztekin Gelgel, Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements Within The Framework of The Application of The Supreme Court of Appeals, Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.392.
- Hakan Pekcantez, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s.753-788.
- M. Nedim Berki, Gerekçeli Karar Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s.209-213. s.204-228.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Koşula Bağlı Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu

The Validity of the Conductive Lease Contracts According to 6098 n. Turkish Law of Obligations

Yrd. Doç. Dr. A. Hulki CİHAN*

Özet

Bu çalışmada koşula bağlı kira sözleşmelerinin geçerliliği incelenmektedir. Bu bağlamda önce, koşul kavramı ve koşulun türleri kısaca açıklanmıştır. Bundan sonra ise, geciktirici koşula bağlı kira sözleşmelerinin kurulabilmesine 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bir engel olup olmadığı irdelenmiş, bu aşamadan sonra da geciktirici koşula bağlı kira sözleşmelerinin kurulmasından sonra, hangi hallerde geciktirici koşulun, kira sözleşmesinin geçersizliğine yol açacağı belirlenmiştir.

Bozucu koşul ya da olgu halinde de, yine 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, bozucu koşula ya da olguya bağlı bir kira sözleşmesinin kurulmasını engelleyici hükmün varlığı araştırılmıştır. Bu türden engelleyici hükmün varlığı tespit edildikten sonra da, bozucu koşul ya da olguya bağlı olarak kurulan kira sözleşmelerinin geçersizliği ve geçersizliğinin türü üzerinde durulmuştur.

Ayrıca, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durum olan bozucu koşula ya da olguya bağlı kira sözleşmesi kurulması halinin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 354'de düzenlenen ve tahliye sebeplerinin sınırlılığı kuralı olarak anılan emredici hükmün varlığı karşısındaki akıbeti incelenmiştir. Bu durumun içinde de, bazı istisnai durumlar mevcuttur ve bu durumlar için kira sözleşmesinin bozucu koşul ya da olguya bağlanarak sona ermesi yönünden tarafların niteliklerine bakılmaz. Bu durumda emredici hükmün varlığı gözetilerek, tarafların ortak iradeleri esas alınır.

Anahtar Kelimeler

Kira Sözleşmesi, Geciktirici Koşul, Bozucu Koşul, Tahliye Sebeplerinin Sınırlılığı, Geçersizlik.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi,
hulkicihan@hotmail.com

Abstract

This paper examines the validity of the conditional lease contract. In this present context, the terms and concepts are briefly described type of condition. After that, can be the establishment of retardant conditional lease agreement 6098 numbered Turkish Code Of Obligations debt were investigated whether an obstacle to the Code, after the establishment of the then-retardant conditional lease agreements of this phase, in which case the delay condition is determined to lead to the invalidity of the lease.

In the form of disruptive circumstances or cases, however, the Turkish Code of Obligations Act No. 6098, racking condition or existence of the barrier to the establishment of a lease provision depending on the case was investigated. After detecting the presence of inhibitors in the provision of this kind, focused on the disruptive condition or type of invalidity and enforceability of the lease agreement established depending on the case.

Moreover, in practice often disruptive, which encountered a status condition or establishment due to lease cases state of 6098 numbered Turkish Code of Obligations Article 354 in organized and known as the limitation of the rules of evacuation reason commanding presence against the fate of the provision was examined. This is also in the case, there are some exceptions to this case and can not be viewed in terms of the lease agreement for disruptive or qualification of the parties towards the end connected to the case. In this case, considering the presence of a mandatory provision, the common will of the parties will prevail.

Keywords

Lease Contract, Reterdant Condition, Disruptive Condition, Limitation of the Discharge Causes.

GİRİŞ**I. KOŞUL KAVRAMI VE 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN AYRIM SİSTEMATIĞI**

Koşul, tarafların ileride gerçekleşip gerçekleşmemesine sonuç bağladıkları şüpheli olaydır¹. O halde, gelecekte meydana gelmesi muhtemel olaya koşul, buna bağlı işleme de koşula bağlı işlem denir².

¹ Andreas von Tuhr (Tercüme Eden: Cevat Edege) *Borçlar Hukuku Umumi Kısım*, İkinci Cilt; İstanbul, 1952, s.792; Reinhard Zimmermann *The Law of Obligations*, Roman Foundation of The Civillian Tradition, Clarendon Press, Oxford, 1996, s.717; Kemal Tahir Gürsoy, *Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet* AÜHFD. 1954 C.11, S.1-4, s.371; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 2012, s.478; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s.328 Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm*, 13. Bası, İstanbul, 2011, s.174; Lale Sirmen *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, 1992, s.1 vd.; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3.Bası, İstanbul, 2015, s.343; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 1977, s.991 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 18. Bası, Ankara, 2014, s.738;

² von Tuhr Cilt II, s.792; Zimmermann, s.717; Gürsoy, s.371; Oğuzman/Öz, s.478; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.328; Aybay, s.174; Sirmen, s.1 vd.; Hatemi/Gökyayla s.343; Tunçomağ Cilt I, s.991 vd.; Kılıçoğlu, s.738.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) madde (m) 170-176 arasında koşullar düzenlenmiştir. TBK'daki bu düzenlemenin geciktirici koşul – bozucu koşul ayrımı esas alınarak yapıldığı gözlemlenmektedir³.

II. KOŞULUN KİRA SÖZLEŞMELERİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

A. Geciktirici Koşula Bağlı Kira Sözleşmeleri

1. Geciktirici Koşula Bağlı Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu

6098 s.Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmesinin geciktirici koşula bağlı olarak kurulabilmesini engelleyen bir hüküm yoktur⁴. Geciktirici koşula bağlanmış kira sözleşmeleri özellikle henüz inşaat halindeki taşınmazların kiralanmasında söz konusu olur.

İNCEOĞLU'na göre bu türden kira sözleşmelerinde, gerekli izin ve ruhsatların makul sürede alınmaması halinde, sözleşme kendiliğinden geçersiz hale gelir⁵. Oysa bize göre böyle bir durumda sözleşmenin kendiliğinden geçersiz hale gelmesi yanlış anlaşılacak tarzda bir ifadedir. Çünkü geciktirici koşula bağlı bir sözleşme geçerli olarak kurulmakla birlikte, sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlaması geciktirici koşul meydana gelene kadar söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle sözleşmenin hükümleri askıdadır.

Geciktirici koşulun meydana gelmesiyle beraber, sözleşme hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Şu halde, henüz inşaat halindeki bir taşınmaza ilişkin bir kira sözleşmesi inşaatın tamamlanması geciktirici koşuluna bağlanarak kurulduysa, inşaat makul sürede tamamlanmazsa da sözleşme geçersiz hale gelir. Ancak bu geçersizlik kendiliğinden meydana gelmez. Geçersizliğin sebebi, geciktirici koşul olan inşaatın tamamlanması ya da ruhsatın alınmasının makul sürede gerçekleşmemesidir. Geçersizlik türü ise; kurulduğu anda askıda hükümsüz olan sözleşme, inşaatın tamamlanması ya da ruhsatın alınması geciktirici koşulu makul sürede meydana gelmezse, geciktirici koşul meydana gelmediği için geçersiz (kesin hükümsüz) hale gelir. Ancak bu kesin hü Bu sonuç, geciktirici koşul kavramının anlamından kaynaklanır. Geciktirici koşul ile “geciktirilen”, sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlamasıdır. Bundan dolayıdır ki, geciktirici koşula bağlı bir kira sözleşmesi hükümlerini, geciktirici koşul meydana gelene kadar doğurmaya başlamaz, ancak sözleşme geçerli olarak kurulmuştur.

³ Emrehan İnal, *Koşullar*, Prof. Dr. İsmet Sungurbey Armağanı, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul, 2014, s.79.

⁴ M. Murat İnceoğlu. *Kira Hukuku* Cilt I, İstanbul, 2014, s.35; Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi*, İstanbul, 2013, s.109; Efrail Aydemir, *Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Hukuku*, Ankara, 2012, s.64.

⁵ İnceoğlu. *Kira Hukuku Cilt I* s.35.

Bu sebeple biz, *İNCEOĞLU'nun* inşaatın tamamlanması geciktirici koşuluna bağlı kira sözleşmesinin, inşaatın makul sürede tamamlanması halinde kendiliğinden geçersiz olduğu yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

2. Geciktirici Koşula Bağlı Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorununa İlişkin Görüşümüz

Bize göre, henüz inşaat halindeki bir taşınmaza ilişkin kira sözleşmesi, “inşaatın tamamlanması ya da gerekli izin ve ruhsatların alınması” geciktirici koşuluyla kurulduğunda ve geciktirici koşul meydana gelmediğinde çözüm şu şekilde olmalıdır:

- İlk olarak, kira sözleşmesinin bağlandığı geciktirici koşul makul sürede meydana gelmediği için sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olduğu sonucuna varılamaz. Aksi durumun kabulü, TBK m.354'ün anlamını kaybetmesi neticesini doğurabilir.
- Kira sözleşmesinin inşaatın tamamlanması ya da gerekli izin ve ruhsatların alınması geciktirici koşuluna bağlanması durumu, “ifası sözleşme kurulduğunda imkansız olan edimin, ifa tarihinde mümkün hale gelmesi” durumudur.
- Kira sözleşmesi kurulduğu anda edimin imkansız olması durumunda, sözleşmenin, edimin imkansızlığının ileride ortadan kalkacağı ihtimali gözetilerek kurulması halinde, edimin imkansızlığı ortadan kalktığında sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülememesi gerekir⁶. Bu şekildeki bir kira sözleşmesi de, zaten ileride inşaatın tamamlanması ya da gerekli izin ya da ruhsatların alınması gözetilerek kurulmuştur.
- Bu durumda, edim ancak “ifa tarihinde mümkün hale gelmediyse” sözleşmenin geçersizliği söz konusu olur. Bu geçersizlik de, edimin önceki imkansızlığının yol açtığı geçersizliktir. *İNCEOĞLU* ise geciktirici koşulla bağlanmış kira sözleşmesinin, koşul makul sürede gerçekleşmezse kendiliğinden geçersiz hale geleceğini belirtmektedir⁷. Oysa, burada geçersizlik kanaatimizce, az önce belirttiğimiz üzere edimin (inşaat tamamlanmadığı ya da ruhsat alınamadığı için edimin ifa tarihinde mümkün hale gelmemesi) önceki imkansızlığının ifa tarihinde de devam etmesinden kaynaklanan bir durumdur. Yani sözleşmenin geçersizliği kendiliğinden değil, önceki imkansızlıktan kaynaklanmaktadır.

⁶ von Tuhr, *Cilt I*, s.268; İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, İstanbul, 1994, s.1233; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, s.405; Fikret Eren, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014 s.329; Nihat Renda/Galip Onursan *Borçlar Hukuku*, 4. Hukuk Dairesi'nin Emsal İçtihatlarıyla, Ankara, 1973, s.132.

⁷ Inceoğlu, *Kira Hukuku*, Cilt I s.35.

3. Tarafların Koşul Gerçekleşmeden Önce Edimlerini İfaya Başlamaları Halinde Durum

Geciktirici koşulun varlığı sözleşmenin yürürlüğe girmesini geciktirse de, Yargıtay geciktirici koşula bağlı kira sözleşmesinin hükümlerini doğurmaya başladığı zamana ilişkin verdiği bir kararında, koşul henüz gerçekleşmemişken tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye başlaması üzerine “*geciktirici koşul henüz gerçekleşmeden kiralananın fiilen kullanımını söz konusuysa, bu durumda fiili kullanım anından itibaren sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başladığına*” yerinde olarak hükmetmiştir⁸.

B. Bozucu Şart ya da Olguya Bağlı Kira Sözleşmeleri

1. Bozucu Şartla ya da Olguya Bağlı Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu

Kira sözleşmesinin sona ermesinin bozucu şarta ya da bir olguya bağlanması, tahliye sebeplerinin sınırlılığı kuralı karşısında, oldukça dikkat edilmesi gereken bir husustur. Kiraya verenin tahliye sebeplerinin sınırlılığı kuralını

⁸ Y. 19. H.D. 29.11.2004 T. 2393 E./11736 K. www.kazanci.com (25.03.2015)

“Davacı vekili, davalının dava dışı Selahattin Şerefoğlu ve arkadaşlarına ait taşınmazı 1.12.1999 tarihli sözleşme ile kiraladığını ve kira bedeli olarak adı geçenlere 1.200.000.USA ödemede bulunduğunu, bu ödemenin 20 aylık kira alacağına mahsubunun kararlaştırıldığını, akit devam ederken taşınmazı satın aldıklarını ve 20 aylık ödemeye ilişkin mahsubun bitmesinden sonra kira akdindeki aylık kira bedelinin kendilerine ödenmesi gerektiği halde davalının bu ödemeyi yapmaktan kaçındığını, Ekim 2001 yılına ait 74.230 USA kira alacağının tahsili için başlatılan icra takibine itiraz edildiğini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, kira akdinin taşınmazın kullanma ruhsatının alınması halinde yürürlük kazanacağına kararlaştırıldığını, bu nedenle akdin henüz yürürlüğe girmediğinden davacıya kira borçları bulunmadığını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacı kiralayanın, kiraya konu taşınmazın kullanma ruhsatını temin edemediği ve taşınmazı BK'nın 249. maddesindeki şartlara uygun olarak davalıların hizmetine süremediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı Tansaş ile dava dışı Selahattin Şerefoğlu ve arkadaşları arasında aylık kira bedeli 74.230 USA olan bir sözleşme imzalandığı, bu sözleşme uyarınca kiralayanlara 1.200.000.USA peşin ödemede bulunduğu ve ödemenin aylık kira bedeline 20 ay boyunca mahsup edileceği, kira akdinin kullanma ruhsatı tarihinden itibaren 10 yıl süre ile geçerli olacağı kararlaştırılmış ve taşınmaz daha sonra davacı tarafından satın alınmıştır.

Davalı Tansaş taşınmazı 22.12.1999 tarihinde Belediyeden almış olduğu “Sihhi İşyeri Açma ve Çalıştırma Ruhsatı” ile fiilen kullanmaya başlamış ve çalışma ruhsatını 3.1.2001 tarihinde yenilemiş, akit 22.3.2002 tarihinde tahliye ile sona ermiştir. Bu süreler içinde davalının taşınmaz kullanımına hiçbir müdahale olmamıştır.

Bu durumda kira akdi 22.12.1999 tarihinde fiilen yürürlüğe girmiş olup, davalı Tansaş “kira akdinin taşınmazın kullanma ruhsatı alınmasından itibaren yürürlüğe girmesine” ilişkin hükmü tadil etmiştir. Peşin ödenen 1.200.000 USA'nın 20 ay boyunca mahsup işlemi Ağustos 2001 sonunda bitmiş olup, davalı taşınmazı bu aydan sonra nizasız olarak kiracı sıfatı ile kullanmaya devam ettiğinden akit ile belirlenen kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına takdir edilen 375.000.000.-TL. duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 29.11.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

dolanmak amacıyla kira sözleşmesinin sona ermesini bozucu şarta ya da bir olguya bağlamak suretiyle kira sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiğini ileri sürmesinin önüne geçilmelidir⁹.

Bazı durumlarda ise, kira sözleşmesinin sona ermesinin bozucu şarta ya da bir olguya bağlanması zorunlu olarak karşımıza çıkar¹⁰. Bu durumlardan çok sık görülenleri, üniversitenin öğrencilerine kiraladığı yurt odaları ile bir iş yerinin çalışanlarına kiraladığı lojmanlarıdır¹¹. İş yerinin çalışanlarına lojman kiralaması durumunda, TANDOĞAN, “kira sözleşmesinin iş sözleşmesinin bir unsuru olduğu ve bundan dolayı da iş sözleşmesi sona erdiği anda kira sözleşmesinin de sona ereceğini” belirtmektedir¹². Aynı yolu kanaatimizce, üniversitenin öğrencilerine kiraladığı yurt odaları için de izleyebiliriz. Şu halde, üniversite öğrencilere yurt odası kiraladığında, kira sözleşmesi öğrenci ile üniversite arasındaki okul sözleşmesinin bir unsurudur. Bundan dolayı da, öğrencilik sona ermesiyle birlikte, yurt odasına ilişkin kira sözleşmesi de sona erecektir.

Ancak bir kimsenin çocuğunun yurt dışından yurda dönüş yapması bozucu şartına dayanarak kira sözleşmesi yapılması mümkün değildir¹³. Çünkü kira sözleşmesinin ihtiyaç sebebiyle sona erdirilmesi, TBK m.350/I hükmünde özel olarak düzenlenen bir tahliye sebebidir¹⁴. Tahliye sebeplerinin sınırlılığı karşısında, bu şekildeki bir bozucu şartın kira sözleşmesine konulması, tahliye sebeplerinin kanundakilerden ibaret olmakla sınırlayan TBK m.354 emredici hükmüne aykırı bir durum olur. Başka bir deyişle, bu şekildeki bir bozucu şartın varlığı, tahliye sebeplerinin sınırlı olması kuralını dolanmaya yöneliktir.

Bu konuda doktrindeki bir görüş, şartın ancak kira lehine olduğu veya tahliye sebeplerinin şartlarını taşıdığı hallerde geçerli olduğudur¹⁵. Bu görüşe iki sebeple katılmıyoruz. Birinci sebep, eğer bir tahliye sebebi varsa, kiraya veren zaten söz konusu tahliye sebebine dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilir¹⁶. İkinci sebep de, kira sözleşmesinin bir başka sözleşmenin unsuru olarak akdedildiği durumlardaki kira ilişkilerindeki sorunları çözücü nitelikte olmamasıdır¹⁷.

⁹ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II*, s.183.

¹⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II*, s.184.

¹¹ Haluk Tandoğan Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/2 s.17, 18; İnceoğlu *Kira Hukuku Cilt II*, s.184.

¹² Tandoğan, *Cilt 1/2*, s.17, 18.

¹³ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II*, s.184.

¹⁴ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II*, s.184, 185.

¹⁵ Acar, s.116, 117.

¹⁶ İnceoğlu, *Kira Hukuku, Cilt II*, s.185.

¹⁷ Öğrencinin yurt odasını kiralaması ya da işçinin işyerinin lojmanını kiralaması, kira sözleşmesinin başka sözleşmelerin unsuru olarak akdedilmesinin tipik örnekleridir, İnceoğlu, *Kira Hukuku, Cilt II*, s.185.

Bir başka görüş ise, bu sorunun cevabının TMK m.2 ile çözülebileceğini belirtmektedir. Buna göre kural olarak konut ve çatılı işyeri kiralarının sona ermesinin bozucu şart ya da bir olgunun gerçekleşmesine bağlanmasının önünde bir engel yoktur. Ancak sözleşmenin sona ermesinin bozucu şart ya da bir olgunun gerçekleşmesine bağlanması, tahliye sebeplerinin sınırlı olması kuralını dolanmak amacını taşıyor ise, bu sözleşme hükümleri sonuç doğurmayacaktır. Bu görüş de, “bozucu şartın ya da olgunun tahliye sebeplerinin sınırlı olması kuralını dolanma amacı” gibi soyut ve ispatı güç bir kriteri, esas alması sebebiyle, bizi yanlış çözümlere götürebilir niteliktedir.

Değişik ve ilginç bir örnek de kiraya verenin intifa hakkı sahibi olması halinde ileri sürülen bir görüştür. Bu görüş uyarınca, eğer kiraya veren intifa hakkı sahibi ise ve intifa hakkı sahibi olduğunu kiracıya bildirdiyse, söz konusu kira sözleşmesinin kiraya verenin ölümü bozucu koşuluna bağlı olarak kurulduğu kabul edilmelidir¹⁸. Kiraya veren intifa hakkı sahibinin ölümüyle beraber, kira sözleşmesi sona ermiş olur. Ancak biz bu görüşü isabetli bulmuyoruz. Bize göre, böyle bir durumda bozucu koşulun varlığından bahsedilemez. Çünkü taraflar sözleşmenin bozucu koşula bağlanması hususunda açık bir irade ortaya koymamışlardır. Ayrıca intifa hakkı sahibi kiraya verenin ölmesi, kira sözleşmesinin bozucu koşula bağlandığı yorumunu yapmaya da müsait değildir. Çünkü kiraya verenin ölümü halinde mirasçuları kira sözleşmesinin tarafı olurlar.

2. Bozucu Şarta ya da Olguya Bağlı Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorununa İlişkin Görüşümüz

Kanaatimizce kira sözleşmelerinin bozucu koşula bağlanabilirliği konusunda genel olarak şu sonuçlara varmak gerekir:

- Konut ve çatılı iş yeri kiralarında, kiracı ve kiraya verenin “fesih bildiri mi” yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilme imkân ve şartları ilgili hükümlerde düzenlenmiştir. O halde, kiracı ve kiraya veren bu belirli şartlar dâhilinde fesih bildirimini ile kira sözleşmesini sona erdirebilirler.
- Kiraya veren, belirli şartlar dâhilinde, kanunda sınırlı sayıda zikredilmiş olan “tahliye sebeplerinden birinin” varlığı ile dava yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilir.
- Taraflar, olağanüstü fesih sebeplerinin varlığı halinde sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir. Bu durum hem konut ve çatılı işyeri kiralaları, hem de bu kapsama girmeyen diğer kira sözleşmeleri için ortak bir hükümdür.

¹⁸ Suat Bertan, *Aynı Haklar Cilt II*, Ankara, 1976 s.1425

- Şu halde, kanunda üç kategori olarak zikredilen kira sözleşmesinin sona erme hallerinden başka bir sona erme sebebi ya da şeklinin, konut ve çatılı işyeri kiralaları yönünden kabul edilememesi gerekir. Başka bir deyişle her ne kadar kira sözleşmesinin bozucu şart ya da gerçekleşmesi beklenen olgu sebebiyle sona ermesini açıkça yasaklayan bir hüküm olmasa da, TBK m.354 emredici hükmü uyarınca, dava yoluyla ileri sürülecek olan tahliye sebeplerinin kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği gerekçesiyle, bozucu şart ya da olgunun gerçekleşmesi halinde tahliye davası açılmaz.
- Bozucu şart ya da olgunun gerçekleşmesi sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi, fesih bildirim yoluyla da mümkün değildir. Çünkü fesih bildirimini kanunda emredici sürelerle¹⁹ bağlanmıştır. Sözleşmeye bir hüküm olarak monte edilen bozucu şart ya da olgunun da bir fesih bildirimini niteliğinde olduğu asla düşünülemez.
- İşte tüm bu sebeplerden dolayı, kanaatimizce konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmeleri bozucu koşula ya da olguya bağlı olarak kurulamaz. Aksi takdirde, koşul ya da olguyu içeren sözleşme maddesi hükümsüz olur. Başka bir deyişle burada kısmi hükümsüzlük söz konusu olur²⁰. Ancak bozucu koşul bozucu ya da olgu sözleşmenin işlem temeli niteliğinde olup, hükümsüz olan sözleşme kayıtları sözleşme yönünden “*condictio sine quanon*” ise, artık kısmi hükümsüzlüğü aşan bir durum ortaya çıkar ve sözleşme tümünden kesin hükümsüzlükle (mutlak butlan) bătıldır²¹.
- İşyerinin çalışanlarına lojman kiralaması ile üniversitenin öğrencilere yurt kiralaması, bu hallerin dışındaki istisnai durumlardır. Çünkü bu iki durumda, kira sözleşmesi salt bozucu şartta bağlanmamıştır, kira sözleşmesi başka bir sözleşmenin unsuru haline gelmiştir. Zaten işten ayrılan kişinin lojmanda halen kiracı olarak bulunmaya devam etmesi, ya da öğrenciliği biten bir kimsenin halen yurttaki kiracı olması pratik açıdan da, ilgili lojman ya da yurt odasına ilişkin kira sözleşmesinin kuruluş amacı bakımından da mümkün değildir.

¹⁹ Bu süreler, nispi emredici niteliktedir. Yani, örneğin TBK M. 347'deki konut ve çatılı işyerlerine ilişkin belirli süreli kira sözleşmelerinde, sözleşmenin bitiminden en az 15 gün önce kiracı fesih bildiriminde bulunmazsa, sözleşme 1 yıl uzamış sayılır. Ancak sözleşmenin bitiminden en az 15 gün önce fesih bildiriminden bulunma süresi, sözleşme ile daha önceki bir zaman dilimine çekilebilir.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Nagehan Kırkbeşoğlu, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kısmi Hükümsüzlük*, İstanbul, 2011, s.1 vd.

²¹ Hatemi/Gökyayla, s.82.

SONUÇ

Geciktirici koşula bağlı kira sözleşmesi kurulmasına yasal bir engel yoktur.

Geciktirici koşula bağlı bir kira sözleşmesi, koşul makul sürede gerçekleşmediği takdirde sözleşmenin geçersizliği söz konusu olur. Ancak bu geçersizlik kendiliğinden meydana gelmez.

Buradaki geçersizliğin hukuki sebebi, edimin önceki imkansızlığına dayanmaktadır.

Bozucu koşula ya da olguya bağlı kira sözleşmelerinin kurulabilmesi yönünden, kiraya verenin tahliye sebeplerinin sınırlılığı kuralını dolanmak amacıyla kira sözleşmesinin sona ermesini bozucu şarta ya da bir olguya bağlamak suretiyle kira sözleşmesinin bozucu koşul gerçekleştiği için sona erdiğini ileri sürmesinin önüne geçilmelidir.

Kira sözleşmesinin sona ermesinin bozucu şart ya da bir olgunun gerçekleşmesine bağlanması, tahliye sebeplerinin sınırlı olması kuralını dolanmak amacını taşıyor ise, bu sözleşme hükümleri sonuç doğurmayacaktır şeklindeki görüş, esas aldığı ölçütün oldukça soyut olmasından dolayı ispat yönünden kanuna karşı hileye cevaz verebilecek niteliktedir.

Bize göre, konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmeleri bozucu koşula ya da olguya bağlı olarak kurulamaz. Aksi takdirde, koşul ya da olguyu içeren sözleşme maddesi hükümsüz olur. Başka bir deyişle burada kısmi hükümsüzlük söz konusu olur.

Bazı durumlarda ise, kira sözleşmesinin sona ermesinin bozucu şarta ya da bir olguya bağlanması zorunlu olarak söz konusu olur. Ancak bu türden durumlarda, aslında bozucu koşuldan çok, kira sözleşmesinin, başka bir sözleşmenin unsuru haline gelmesi söz konusudur.

KAYNAKÇA

- Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 18. Bası, Ankara, 2014
- Andreas von Tuhr (Tercüme Eden: Cevat Edege) *Borçlar Hukuku Umumi Kısım*, İkinci Cilt; İstanbul, 1952
- Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm*, 13. Bası, İstanbul, 2011,
- Efrail Aydemir, *Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Hukuku*, Ankara, 2012
- Emrehan İnal, *Koşullar*, Prof. Dr. İsmet Sungurbey Armağanı, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul, 2014
- Fikret Eren, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014
- Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Bası, İstanbul, 2015,
- İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, İstanbul, 1994;
- Kemal Tahir Gürsoy, *Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet* AÜHF. 1954 C.11, S.1-4,
- Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 2012,
- Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 1977,
- Lale Sirmen *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, 1992,
- M. Murat İnceoğlu. *Kira Hukuku* Cilt I, İstanbul, 2014, s.35; Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi*, İstanbul, 2013
- Nihat Renda/Galip Onursan *Borçlar Hukuku*, 4. *Hukuk Dairesi'nin Emsal İçtihatlarıyla*, Ankara, 1973
- Reinhard Zimmermann *The Law of Obligations*, Roman Foundation of The Civillian Tradition, Clarendon Press, Oxford, 1996,
- Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, 1993,
- Suat Bertan, *Aynı Haklar Cilt II*, Ankara, 1976

Sınır Aşan Yer Altı Sularının Uluslararası Hukuk Açısından Uygulama Alanı

The Scope of Implementation of Transboundary Groundwaters in Terms of International Law

Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER*

Özet

Gerek okyanus ya da deniz suyu olsun gerekse yer üstü (yüzey) ya da yer altı suyu olsun temel ihtiyaçlardan biri olan su, insanoğlunun hayatta kalabilmesi ve hayatını idame ettirebilmesi için doğal kaynaklar arasında en önemli yeri tutmaktadır. Yaşadığımız dünya üzerinde insanlığın sayısı gün geçtikçe artmasına ve diğer doğal kaynaklarda olduğu gibi suyun da etkili ve verimli bir şekilde tüketilmemesine rağmen bu özelliğini hala korumaktadır. Doğada yer üstünde ve yer altında kullanıma potansiyeline sahip su, katı, sıvı ve gaz halleri ile diğer doğal kaynaklara nazaran dengesiz bir şekilde dağılmış bir haldedir. Doğadaki toplam su miktarının büyük bir çoğunluğunu okyanus suyu ve tuzlu su oluşturmaktadır. Geri kalan kısmı ise genellikle kutuplardaki buzullarda katı halde bulunan tatlı su olarak bulunmaktadır. Gelecekte yeryüzündeki kurak alanların giderek artması ile günlük ihtiyaçların karşılanması amacıyla tatlı suya olan talebin de aynı oranda artacağı düşünülmektedir. İşte insanların en çok ihtiyaç duyduğu tatlı suya olan bağımlılığı ve miktarının az olması, yer altı sularına olan önemi oldukça artırmaktadır. Bu kadar önemli olmasına rağmen uluslararası hukuk belgelerinde yer altı sularına, yer üstü sularında olduğu kadar yer verilmemektedir. Bu çalışmada, yer altı sularının mevcut durumu ile sahip olduğu önem ortaya konulmak istenmekte ve uluslararası hukuk açısından uygulanacak kurallar hakkında bilgiler verilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Su, Akifer, Uluslararası Sınır Aşan Su Yolu, Yer Altı Suyu, Tatlı Su.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Genel Hukuku Öğretim Üyesi,
E-Posta: kenandulger@beykent.edu.tr

Abstract

Whether ocean water, ground and underground water, one of the most basic necessities is water. It is the most principal necessity between other natural resources in order to sustain life of human being. Although increasing the number of mankind gradually in the earth and not consumed efficiently the water as other natural resources, retains its significance. Ground and underground waters are more disordered compared to other natural resources with the solid, liquid and gaseous forms in nature. The majority of the total amount of water in nature constitutes ocean and sea water. The rest is generally the solid in glaciers at the poles as fresh water. At the same time, arid areas and the demand for fresh water to supply the daily necessities are estimated that will increase gradually in the future. The people's addiction of less amount of fresh water is quite increasing the significance of groundwater. Although it is so important, there is no place in the international law documents for underground waters as ground waters. It is intended to introduce the current situation and significance of underground waters in this study. It is also aimed to provide important information about the scope of implementation in terms of international law.

Keywords

Water, Aquifer, International Transboundary Water Way, Underground Water, Fresh Water

GİRİŞ

Su, tüm doğal kaynaklar arasında insanların hayatta kalması ve hayatlarını sürdürmesi için şüphesiz ihtiyacı olan en önemli olanıdır. Bu özelliğini de dünyada insan topluluğunun giderek artması ve artan bu topluluğun değişen kullanım modelleri altında sürekli baskı altında kalmasına rağmen korumaktadır.¹ Bununla birlikte su, doğada katı, sıvı ve gaz halleri ile diğer doğal kaynaklara göre dengesiz bir şekilde dağılmış bir haldedir. Bir diğer ifadeyle, doğadaki diğer kaynaklardan farklı olarak canlı kaynaklar (balık gibi) ve ormanlar gibi miktarı artanların yanında petrol gibi miktarı azalanlara nazaran suyun doğadaki toplam miktarı sabit ve karmaşıktır.² Doğadaki toplam su miktarı yaklaşık 1,4 milyar kilometre küptür. Bu miktarın yaklaşık yüzde 97,3'ü okyanus suyu veya tuzlu su, yüzde 2,7'si ise tatlı sudur. Söz konusu tatlı su oranının en çok miktarı yüzde 77,2'si³ kutuplardaki buzullarda katı halde bulunmaktadır. Çoğunlukla yer altı sularının oluşturduğu sıvı hali ise yüzde 22,4'ünü kapsamaktadır.

¹ Joseph W. Dellapena, *The Customary International Law of Transboundary Fresh Waters*, International Journal Global Environmental Issues, Vol. I, No. 3/4, 2001, ss. 264-305, s.265.

² Julio Barberis, *The Development of International Law of Transboundary Groundwater*, Natural Resources Journal, Vol. XXXI, 1991, ss. 167-186, s.167.

³ Yazarlar arasında rakamsal olarak tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Kerstin Mechlem'e göre yer altı suları dünyadaki tatlı su oranının yüzde 97'sini oluşturmaktadır. Bkz. Kerstin Mechlem, *International Groundwater Law: Towards Closing the Gaps?*, Yearbook of International Environmental Law, Vol. XIV, 2003, ss. 47-80, s.47.

Geri kalan yüzde 0,04'lük oranı ise atmosferdeki gaz halinde bulunan tatlı su oluşturmaktadır.⁴

Yeryüzündeki kullanılabilir tatlı su miktarının en çok olduğu yer altı suları, geçmişte yalnızca Ortadoğu gibi kurak bölgelerdeki insanların kullandığı bir doğal kaynaktı. Dünyanın diğer bölgelerindeki insanlar genellikle göller, nehirler v.s. gibi yüzey sularını kullanıyorlardı. Ancak 20. yüzyılın ikinci yarısında yer altı suları, dünyada insanlığın en önemli hayati ihtiyacı olan bir doğal kaynak haline geldi. Bunun sebebi olarak da son 50 yıllık süreçte insan nüfusunun artması, teknolojik, endüstriyel ve tarımsal gelişmelerin etkisi gösterilebilir.⁵

Bugün dünya nüfusunun yarısından fazlası içme suyu, yemek pişirme, temizlik v.b. gibi günlük su ve tarımsal sulama ihtiyaçlarını karşılamak için yer altı sularına bağımlı durumdadır. Avrupa devletleri, en az yüzde 75 oranında içme su ihtiyacını yer altı sularından karşılamaktadır. Özellikle İtalya, Macaristan, Hırvatistan, Danimarka, Avusturya, Slovenya ve Litvanya gibi devletlerin su ihtiyacı yüzde 90'ı⁶ aşmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) bu oran toplam içme su ihtiyacının yarısı ile yüzde 97'si arasında değişmektedir. Son yüz yıl içinde dünyadaki kişi başına su tüketimi tam 9 kat artmıştır ve suyun insanlar tarafından kullanılması yılda yüzde 4 ila 8 arasında artmaktadır.⁷ Türkiye'de ise durum ABD'nin içinde bulunduğu şartlardan biraz geridedir. Şöyle ki Türkiye, ABD'nin 1960'larda karşılaştığı çevresel problemleri yeni yeni yaşamaktadır. Bununla birlikte kendisi için

⁴ Barberis, s.167; Bazı kaynaklarda farklı oranlar verilmektedir. Ximena Fuentes'e göre dünyadaki toplam su miktarı yaklaşık 1.4 milyon kilometre kare, bu miktarı yüzde 95'ini deniz suyu oluşturmaktadır. Geri kalan miktarı yüzde 2'si kutuplarda katı halde, yüzde 3'ü ise yer altı sularından oluşmaktadır. Bkz. Ximena Fuentes, *The Utilization and The Allocation of Water Rights to Shared Water Resources*, The Reality of International Law: Essays in Honor of Ian Brownlie, 1999, ss. 177-198, s.179. Ayrıca bu konuda farklı oranlarda küresel su miktarlarını gösteren tablolar için bkz. Gabriel Eckstein-Yoram Eckstein, *A Hydrogeological Approach to Transboundary Ground Water Resources and International Law*, American University International Law Review, Vol. XIX, 2003, ss. 201-258, s.203.

⁵ Gabriel Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure: The UN International Law Commission and The International Law of Transboundary Groundwater Resources*, Sustainable Development Law&Policy, Vol. V, Issue 1, 2005, ss. 5-12, s.5; Dellapena, s.269; Mechlem, s.47; Gabriel Eckstein, *Shared Aquifers and International Law*, International Water Law, s.1; Robert Hayton-Albert Utton, *Transboundary Groundwaters: The Bellagio Draft Treaty*, Natural Resources Journal, Vol. XXIX, 1989, ss. 663-722, s.663-668; Gabriel Eckstein-Yoram Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models for Development of International Law*, Ground Water, Vol. XLIII, No. 5, 2005, ss. 679-690, s.679; Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.201-202.

⁶ Bütün Avrupa devletlerinin içme suyu ihtiyacı oranlarını daha ayrıntılı olarak incelemek için bkz. Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.202, dn. 3.

⁷ Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.202-203; Eckstein-Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models...*, s.679; Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.5; Mechlem, s.51.

ne kadar önemli bir sorun olduğunu bildiği içme suyu ve tarımsal sulama ihtiyacını karşılamak için Türkiye, Fırat Nehri üzerinde dünyanın en büyük baraj projesini hayata geçirmek için büyük çaba harcamaktadır. Söz konusu proje, Güneydoğu Anadolu bölgesinde kurak alanları tarıma elverişli alanlara dönüştürmek için büyük önem taşımaktadır. Rakamsal olarak bakıldığında örneğin Bursa şehrinde yer alan havza, yılda yaklaşık 120 milyon metre küp su kapasitesine sahiptir. Yaklaşık yüzde 60 oranında yer altı suyu miktarı bu bölgede tarımsal sulama amacıyla kullanılmaktadır.⁸

Nihayet göl, nehir gibi yüzey sularının toplam miktarı, dünyadaki toplam su miktarının yüzde 1'inin 1/125'i kadar ve toplam içme suyu miktarının yaklaşık yüzde 1'inin 1/33'ü kadardır. Halbuki yer altı sularının miktarı, dünyadaki içme suyu miktarının yüzde 30'undan daha fazladır. Ancak yer altı sularına jeolojik yapısından dolayı ulaşabilme sorunu, içme su ihtiyacının, daha kolay ulaşabilme ve kullanabilme imkanı nedeniyle yüzey sularından karşılanmasına yol açmaktadır.⁹

I. ULUSLARARASI SINIR AŞAN YER ALTI SULARI HUKUKU

Yer altı sularının şimdiye kadar belirtildiği üzere sahip olduğu sosyal, ekonomik, çevresel ve siyasi önemine rağmen uluslararası hukukun gösterdiği önem ve ilgi aynı doğrultuda olmamıştır¹⁰. Nüfus oranının hızla yükselmesi ile gelişen teknoloji, özellikle kurak bölgelerde yer altı sularına duyulan ihtiyacı oldukça yükseltmektedir. Uluslararası hukuk bugüne kadar çeşitli belgelerde, sözleşmelerde yüzey sularına daha çok yer vermiştir. Yer altı suları ise bu tür argümanlarda hep sözde ya da kısmi olarak yer almıştır.¹¹

Yüzey suları ile yer altı suları arasında sayısız benzerlikler bulunmasına rağmen yer altı sularının kendine has karakteristik özellikleri mevcuttur. Yer

⁸ Thomas Swartz-Kaya Menteşoğlu-Michael Campbell-Orkun Akkol, *Turkey: Ground-Water Issues in a Country with a Developing Economy*, Ground Water Management, The Fifth National Outdoor Action Conference on Aquifer Restoration, Ground Water Monitoring and Geophysical Methods, Las Vegas-Nevada, 1991, No. 5, ss. 165-174, s.165-166, 168.

⁹ Neşe Çetinkaya, *Sınır Aşan Akiferlerin Kapsamı ve Gelişimi*, TMMOB Su Politikaları Kongresi Bildirileri Kitabı, C. II, 2006, ss. 640-650, s.641; Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.203; Fuentes, s.179.

¹⁰ Robert Hall, *Transboundary Groundwater Management: Opportunities Under International Law for Groundwater Management in The United States-Mexico Border Region*, Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol. XXI, No. 3, 2004, ss. 873-911, s.878; Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.205.

¹¹ Mechlem, s.47-48; Barberis, s.168-169; Dellapena, s.274; Eckstein, *Shared Aquifers...*, s.1; Gabriel Eckstein, *Application of International Water Law to Transboundary Groundwater Resources, and the Slovak-Hungarian Dispute Over Gabčíkovo-Nagymaros*, Suffolk Transnational Law Review, Vol. XIX, 1995, ss. 67-113, s.73.

altı suları, kirlenme ve diğer kirliliklere karşı yüzey sularına göre daha savunmasızdır ve bu kirliliğin temizlenmesi daha zor ve masraflıdır. Çünkü yüzey sularına göre yer altı sularının akış hızı daha yavaştır.¹² Bir diğer fark ise yüzey suları genel olarak küçük oranda bir bölgeyi kapsayan çizgisel bir yapıdadır. Tek akifer ya da çok katmanlı akifer sistemleri ise geniş bir bölge altında ve bu alana yayılır. Yer altı suları akıntı örnekleri çok boyutlu ve karmaşık yapıdadır.¹³

Mechlem'e göre yer altı suyu, doymuş bölgede toplanan yer altındaki su olarak veya toprak ve yer tabakasıyla doğrudan bağlantılı olan ve doymuş bölgede yerin altında bulunan tüm sular olarak tanımlanmıştır.¹⁴ Yine Eckstein'de benzer bir tanımlama ile yer altı suyunu, gözenekli jeolojik yapılara dolan tüm sular olarak ifade etmiştir. Yazara göre dünyada yer altı suları, çok çeşitli akifer tiplerinde bulunmakta ve doğadaki toplam tatlı ve tuzlu su miktarının yüzde 1'inin 3/4'ünü oluşturmaktadır. Ancak bu oran bile tüketim için ulaşılabilir tatlı su miktarının yaklaşık yüzde 97'sini oluşturmaktadır.¹⁵ Çevre Terimleri Sözlüğüne göre yer altı suyu, yüzey su kaynaklarından sızıntı ya da yağmur yoluyla yenilenen, yer yüzeyinin altında yutaklanan su oluşumları olarak tanımlanmıştır.¹⁶

Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) 2008 yılında hazırladığı Sınır Aşan Akiferler Hukuku Taslağında akifer, daha az geçirgen tabaka altındaki geçirgen su taşıyan bir jeolojik yapıda ve doymuş bölge yapısında bulunan su olarak tanımlanmıştır.¹⁷ Yine aynı Taslakta akifer sistemi ise hidrolik olarak birbirine bağlantılı iki ya da daha fazla akifer serisi olarak tanımlanmıştır.¹⁸ Mechlem'e göre akifer, geçirgen su taşıyan tabakada bulunan ve verimli olarak kullanılabilir su miktarı olarak tanımlanmıştır. Akiferler öncelikle yağmur sularının yer tabakasına doğru süzülmesi ve yer altına doğru akan nehirlerin doldurmasıyla oluşur.¹⁹ Çevre Terimleri Sözlüğüne göre ise akifer, suyun çok uzak mesafelere gitmesini sağlayan, yer altı sularını pınarlara ve kuyulara ileten gözenekli toprak ya da jeolojik oluşum şeklinde tanımlanmıştır.²⁰

¹² Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.8; Eckstein, *Application of International Water Law...*, s.72.

¹³ Mechlem, s.49.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mechlem, s.47, dn. 1.

¹⁵ Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.209-210; Dellapena, s.274.

¹⁶ Ferzan B. Yıldırım, *Çevre Terimleri Sözlüğü*, IULA Çevre Kitapları Serisi, İstanbul, 1992, s.15.

¹⁷ Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers, UN General Assembly Official Records, Session 63, No. 10, 2008, Art. 2/a.

¹⁸ Draft Articles on..Aquifers, Art. 2/b.

¹⁹ Mechlem, s.49, dn. 8; Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.210.

²⁰ Yıldırım, s.1.

Dünyada sayıları oldukça fazla olduğu tahmin edilen sınır aşan akiferler hakkında tam olarak bir araştırma yapılamamış olsa da BM Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun (ECE/AEK) yaptığı bir araştırmaya göre Avrupa'da yaklaşık 89²¹ tane sınır aşan akifer mevcuttur. Başka bir araştırmaya göre ise ABD-Meksika sınır bölgesinde çoğu uluslararası su yolları ile doğrudan bağlantılı 18 tane sınır aşan akifer mevcuttur.²² Görüldüğü üzere sözü edilen akiferler ülke sınırlarıyla kesişmekte ve "sınır aşan" ve "uluslararası"²³ niteliği taşımaktadır. Bu niteliğe girmeyen diğer akiferler ise tümüyle bir ülke toprakları içinde bulunmakta ve hidrolik olarak bir sınır aşan nehir ile bağlantılıdır. Bu tür akiferler uluslararası sistemin parçası olduğundan uluslararası akifer niteliği taşımaktadır.²⁴

Yer altı su kaynaklarının bu kadar önemli olması karşısında özellikle de paylaşılan/sınır aşan akiferler açısından başta sözleşmeler olmak üzere uluslararası belgeler yüzey sularına nazaran oldukça sınırlıdır. Genellikle uluslararası hukuk yüzey suları²⁵ ile ilgilenmiş, yüzey sularına uygulanacak kurallar ve ilkeler geliştirmiş ancak yer altı suları hukukuna çok az sayıda belgede ya da çok az sayıda belirli ilkelerde rastlanabilmektedir. Bu bakımdan doktrinde yazarlar uluslararası yer altı suları hukukunu, yüzey suları hukukunun zayıf kardeşi olarak nitelendirmektedirler.²⁶ Mechlem'e göre yer altı sularına olan bu ilgisizliğin ve ihmalin birkaç sebebi bulunmaktadır. Öncelikle akiferlerin karmaşık ve jeolojik doğal yapısından dolayı fiziksel ve kimyasal süreç izlenememekte, bu konuda bilgi eksikliği ve belirsizlikler oluşmaktadır.²⁷ Yazara göre, bununla beraber, yukarıda sözü edilen yer altı suları hakkında sınırlı sayıda sözleşme ya da hukuki belge bulunması tespit edilebilir iki hukuki boşluk ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan ilki, resmi boşluk olarak nitelenen ve uluslararası hukuktaki yer altı sularının tümünden eksikliği; bir diğeri ise maddi boşluk olarak nitelenen ve yer altı sularına uygulanabilecek yeterli ve elverişli kuralların eksikliğidir. Bu eksikliklerin giderilmesi gereklidir.²⁸

²¹ Bazı yazarlar söz konusu araştırmaya göre Avrupa'da 100'den fazla sınır aşan akifer olduğunu belirtmektedir. Bkz. Çetinkaya, s.641.

²² Eckstein, *Shared Aquifers.*, s.1.

²³ Sınır aşan terimi uluslararası teriminin bir alt kategorisi olduğu, her sınır aşan akiferin aynı zamanda uluslararası olduğu ancak her uluslararası akiferin sınır aşan olamayacağı hakkında bkz. Mechlem, s.52, dn. 26.

²⁴ Mechlem, s.52; Hayton-Utton, s.664; Eckstein-Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models...*, s.679.

²⁵ Yüzey suyu, geniş anlamda okyanuslarda dahil, yeryüzündeki bütün suları; dar anlamda akarsu yataklarında bulunan suyu ifade eder. Bkz. Yıldırım, s.15.

²⁶ Mechlem, s.52-53; Eckstein, *Shared Aquifers.*, s.1; Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.222; Hall, s.874, 878; Hayton-Utton, s.664.

²⁷ Mechlem, s.53.

²⁸ Mechlem, s.48.

Sınır aşan yer altı sularının genel olarak kullanımına yönelik gelişmiş kuralların yokluğu doktrinde yazarlar tarafından geçmişten beri fark edilmiştir. 1981 yılında Utton'un yazdığı bir makalede uluslararası hukuk ve hukuk kuruluşlarının doğal kaynakların²⁹ yönetimi ve sorunların çözümü hakkında gelişmesi ve büyümesi daha başlangıç aşamasında olduğunu belirtmiştir.³⁰ Hayton'un 1982 yılında yazdığı bir makalede ise su kaynaklarının geliştirilmesi, kullanımı ve korunması veya düzenlenmesi ve temsil edilmesi için herhangi bir kavramsallaştırmaya dahil edilmesi konusunda mantıksal zorlayıcı ya da ikna edici bir durum olmasına rağmen, çoğu devlet yakın zamanda asgari bir yönelme göstermektedir. Çoğu durumda da sınır aşan akiferlerin kirliliği ve diğer zarar verici hallerde devletlerin sorumluluğu konusunda sınırlı bir yaklaşım sergilemektedirler. Birçok devlet, hala yer altı sularını paylaşılan kaynak olarak kabul etmemekte ve bu konunun onların egemen haklarından olduğunda ısrarcı davranarak yüzey suları ile yer altı sularının bir bağlantısının olmadığını ileri sürmektedirler.³¹ Buna karşılık, Barberis ise yürürlükte olan uluslararası hukukta, devletler arasında paylaşılan yer altı sularına genel olarak uygulanabilecek kuralların bulunduğunu iddia etmektedir. Yazara göre söz konusu bazı kurallar, tüm paylaşılan doğal kaynak türlerine uygulanabilecek kurallardandır. Bu kurallar, önemli zarar vermeme yükümlülüğü ve paylaşılan doğal kaynakların ve nisfete uygun (adil) ve makul kullanım yükümlülüğüdür.³²

Nihayet yer altı suları hukuku ile ilgili ilke ve kuralların irdelenmesinde en önemli ve dönüm noktası olarak kabul edilen BM Genel Kurulu'nda 1997 yılında kabul edilen Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme³³, (Su Yolları Sözleşmesi) uluslararası su hukuku açısından en kapsamlı ve çerçeve niteliğinde bir sözleşmedir. Sözleşmenin ikinci maddesi uluslararası su yollarını tanımlamaktadır. Buna göre "su yolu" fiziksel ilişkileri nedeniyle tek bir bütün oluşturan ve normal olarak ortak bir noktaya akarak sona eren yer üstü (yüzey) ve yer altı sular sistemidir³⁴ ve bu su yolunun parçaları ayrı devletler içinde yer alıyorsa uluslararası nitelik taşır³⁵. Eckstein'e göre bu tanım, hidrolojik

²⁹ Doğal kaynak, çevrede doğal olarak gerçekleşen su, hava ve gaz gibi kaynaklardır. Bkz. Yıldırım, s.5.

³⁰ Fuentes, s.185.

³¹ Fuentes, s.185-186.

³² Yazarın bu konuya açıklama getirdiği ayrıntılı bilgi için bkz. Fuentes, s.186.

³³ Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, UN General Assembly Resolution, A/RES/51/229, 1997.

³⁴ Watercourses Convention, Art. 2/a.

³⁵ Watercourses Convention, Art. 2/b.

döngü³⁶ içindeki önemli ilişkiyi onaylamakta ve hidrolojik bütünlük doktrinini desteklemektedir.³⁷

Buna karşın Mechlem'e göre ise söz konusu su yolunun tanımı iki sorunlu gereksinimi içermektedir. Bunlardan ilki, "yer üstü (yüzey) ve yer altı sular sistemi"; diğeri ise "tek bir bütün oluşturan ve normal olarak ortak bir noktaya akarak sona eren"dir. Bu gereksinimler bazı önemli akiferleri Sözleşme kapsamı dışında bırakmaktadır. Bir diğer ifadeyle, bu gereksinimler Sözleşme hangi akiferlere uygulanacak hangilerine uygulanmayacak konusunda olması gereken sınırlama yapma imkanını zorlaştırmaktadır.³⁸

Her ne kadar Sözleşmenin amacı, paylaşılan yer altı su kaynaklarına uygulanabilecek elverişli uluslararası normların gelişmesi ile ilgili sorunlara cevap vermek olsa da arkasında sayısız cevaplanmamış sorular bırakmış ve uluslararası hukukun içinde yer altı sularının statüsü hakkında yeni belirsizlikler meydana getirmiştir. Su yolu tanımı açıkça tüm paylaşılan akiferleri Sözleşme kapsamına almamaktadır. Örneğin Sözleşme, yer üstü (yüzey) ve yer altı sular sisteminin parçası olmayan akiferlere uygulanamamaktadır. Ayrıca diğer yer üstü (yüzey) ve yer altı su kaynakları ile fiziksel ilişkisi bulunmayan ve aralarında fiziksel tek bir bütünlük oluşturmayan akiferlere uygulanamamaktadır. Son olarak normal olarak ortak bir noktaya akarak sona ermeyen akiferleri de kapsamamaktadır.³⁹

Sözleşmenin ikinci maddesinin yorumunda UHK, daha büyük yer üstü (yüzey) ve yer altı sular sisteminin tamamlayıcı bir parçası olan yer altı sularını, su yolu kavramının içine dahil olduğunu açıklamıştır. Dolayısıyla bu şekilde bir ilgisi olmayan yer altı sularının ise söz konusu madde kapsamına girmediğini söyleyebiliriz. Ancak herhangi bir ilgisi olmayan bu tür yer altı sularının kullanımı ihtiyacını göz önünde tutan UHK⁴⁰, uygun olduğu kadarıyla Sözleşme kurallarının bu tür yer altı sularına da uygulanması gerektiğinde dair tavsiye niteliğinde bir karar almıştır.⁴¹ Sonuç olarak, Sözleşme kapsamında yukarıda incelediğimiz su yolu tanımının

³⁶ Hidrolojik döngü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.208.

³⁷ Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.229; Eckstein-Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models...*, s.681; Hall, s.887.

³⁸ Mechlem, s.54; Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.5.

³⁹ Eckstein, *Shared Aquifers...*, s.2; Eckstein-Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models...*, s.681; Hall, s.888-889.

⁴⁰ Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of its Forty-Sixth Session, A/49/10, 1994, ss. 195-326, s.326; ayrıntılı bilgi için bkz. Fuentes, s.180, dn. 17.

⁴¹ Yazar söz konusu kararın, yüzey su yolları ile bağlantılı yer altı suları ile yüzey ve yer altı sularının kullanımı arasında tezatlık içerdiğini düşünmektedir. Bkz. Fuentes, s.181.

içeriği açısından uygulanabilir ve elverişli uluslararası normlar ve ilkelerin yüzey su kaynaklarına olduğu kadar yer altı sularına da uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz.⁴²

II. SINIR AŞAN AKİFERLER HUKUKUNA İLİŞKİN TASLAĞA GÖRE SINIR AŞAN YER ALTI SULARI HUKUKUNA UYGULANABİLECEK İLKELER

Sınır Aşan Akiferler Hukuku Taslağının 1. maddesi, Taslak hükümlerinin kapsamını belirlemektedir. Buna göre Taslak hükümleri, sınır aşan akiferler ve akifer sistemlerinin kullanımını; bu tür akiferler ve akifer sistemleri üzerinde etkisi olan ve/veya olması muhtemel diğer faaliyetleri; bu tür akiferler ve akifer sistemlerin yönetimi, korunması ve muhafazası için gerekli önlemleri kapsamaktadır. Taslak hükümlerinin yorumlarında 1. madde için öncelikle “yer altı suları” terimi yerine, hukukçular ve konunun uzmanları tarafından da kabul gören, teknik ve bilimsel olarak daha doğru bir terim olan “akifer” teriminin tercih edildiği belirtilmiştir. Bununla beraber söz konusu maddede ilk olarak “kullanım” ifadesinin daha sonra da “etkisi olan ve/veya etkisi muhtemel” ifadeleri ön plana çıkmaktadır. Buradaki “etki” ibaresi daha öznel olan “zarar” veya “hasar” terimlerinden daha geniş anlamdadır.⁴³

Taslağın 3. maddesinde ise akifer devletlerinin egemenlik hakkına yer verilmiştir. Buna göre her akifer devleti kendi toprakları içinde kalan sınır aşan akifer ya da akifer sistemi üzerinde egemenlik hakkına sahiptir. Bu egemenlik hakkı, uluslararası hukuka ve söz konusu Taslak hükümlerine uygun bir şekilde kullanılacaktır. Taslak hükmünün yorumunda egemenlik hakkı için BM Genel Kurulu’nun daha önce 1962 yılında aldığı Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik Kararı’na⁴⁴ atıfta bulunarak, devletlerin doğal zenginlik ve kaynakları üzerindeki egemenlik hakkı olduğu ve bunun da tüm devletler tarafından da tanındığı, kabul edildiği belirtilmiştir.⁴⁵

Devletler, gelişen endüstri ve tatlı su kaynaklarına olan ihtiyacın artışı ile ülkesel egemenlik haklarını kendi çıkarları ile paralel görerek daha da katı davranmaya, kıyıdaş oldukları nehir ya da yer altı sularından sınırsız ve kimseyi düşünmeden faydalanma hakları olduğunu iddia etmeye başlamışlardır. İşte yukarı kıyıdaş devletin iddia ettiği bu hakka, mutlak egemenlik

⁴² Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.230.

⁴³ Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part 2, 2008, Art. 1/Commentary, s.32-34.

⁴⁴ Permanent Sovereignty over Natural Resources, UN General Assembly Resolution, A/RES/1803, 1962, Part I, Art. 1, s.15.

⁴⁵ Draft Articles..Commentaries, Art. 3/Commentary, s.38-40.

hakkı⁴⁶ denmektedir.⁴⁷ Mutlak egemenlik hakkı iddiası, devletlerin doğal kaynakları bakımından bir tehdit veya tehlike olarak algılamaları sonucunda ya da aşağı kıyıdaş devletlerin sınır aşan su kaynaklarından yasal bir şekilde eşit paylaşım haklarını inkar ve reddetmek için ortaya çıkmıştır.⁴⁸ Bunun üzerine aşağı kıyıdaş devletlerin de benzer karşı iddiaları sonucunda mutlak egemenlik hakkı iddiası gelişmenin önündeki engel olduğu, işleyemez durumda olduğu gerekçesiyle terk edilmiştir. Sonuç olarak sınırlı egemenlik kavramı geliştirilerek adil kullanım ilkesine varan süreçte ilk adım atılmıştır. Sınırlı egemenlik ilkesine göre aynı doğal kaynak üzerinde bulunan her devlet birbirlerinin haklarına ve ortak kullanım ihtiyaçlarına saygı gösterecek, engel olmayacaktır.⁴⁹

Bununla birlikte, bağımsız devletlerin egemenlik sahasına olan ihlallerin en az seviyeye indirilmesi için üç fikir ortaya atılmıştır. İlki, tüm sınır boyunca geniş ve kapsamlı yönetim yerine yalnızca kritik olan yerlerde kontrol mekanizması kurmak. Çünkü bütünüyle geri çekilme, terk etme kirlenme nedeniyle yer altı suyunun kalitesini tehdit etmektedir. İkinci fikir, gerçek uygulama olarak gözlem ve sorumluluk uluslararası kurumlardan her ülkede kendi iç idari kurumlara bırakılmasıdır. Ortaya atılan son fikir ise ortak mekanizmaların teşvik edilmesi için komisyonlar kurulması, hükümetlerin sınır aşan yer altı suları ile ilgili sorunlarını çözmek için cesaretlendirilmesidir. Akiferler Taslağı da aynı doğrultuda kuraklık, kaynakların tükenmesi, su kalitesi, zenginleşme/dolma alanlarının korunması, halk sağlığı gibi konularda faaliyet gösteren mekanizmalar kurulmasını tavsiye etmektedir.⁵⁰

Taslağın genel olarak bahsedebileceğimiz bir diğer önemli hükmü ise 14. maddesinde yer alan “yönetim” konusudur. Söz konusu maddeye göre akifer devletleri, sınır aşan akiferleri ve akifer sistemlerinin uygun yönetimi için planlar belirlemeli, geliştirmeli ve uygulamalıdır. Devletler, herhangi birinin talebi üzerine sınır aşan akifer ve akifer sisteminin yönetimi hakkında istişarelerde bulunmalıdırlar. Ayrıca uygun olan her yerde ortak yönetim mekanizmaları geliştirmelidirler. Taslak hükmünün yorumunda 14. maddenin devletler açısından sınır aşan akiferler hakkında uygun yönetim planları geliştirmeleri konusunda bir yükümlülük getirdiği ifade edilmiştir. Ülke topraklarında bulunan akiferler üzerindeki egemenlik hakkı ve akifer devletleri arasındaki

⁴⁶ Mutlak egemenlik hakkının doğmasına sebep olan Harmon Doktrini ve tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dellapena, s.270.

⁴⁷ Dellapena, s.269.

⁴⁸ Hall, s.880; Eckstein, *Application of International Water Law...*, s.68-70.

⁴⁹ Dellapena, s.270; Hall, s.880.

⁵⁰ Hayton-Utton, s.664-665.

işbirliği gerekliliği iki çeşit yükümlülük ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan ilki, her akifer devletin kendi akiferleri hakkında kendi planlarını geliştirme yükümlülüğü; diğeri ise herhangi birinin talebi doğrultusunda akifer devletlerinin aralarında istişare etme yükümlülüğüdür.⁵¹

Sınır aşan yer altı suları hukuku öncelikle örf ve adet kuralları ile uluslararası hukuk ilkelerinden oluşmaktadır. Genel olarak tüm devletler için bağlayıcı olan ve genel kabul görmüş örf ve adet kuralları elbette ki yüzey suları hukukuna uygulandığı gibi yer altı suları hukukuna da uygulanacaktır. Bu kurallar, önemli zarar vermeme yükümlülüğü ve nisfete uygun (adil) ve makul kullanım yükümlülüğü, önceden haber verme yükümlülüğü ve görüşme yapma, istişare yükümlülüğüdür.⁵²

A. Önemli Zarar Vermeme Yükümlülüğü

Akifer Taslağının 6. maddesinde düzenlenen önemli zarar vermeme yükümlülüğünde akifer devletleri, kendi topraklarında bulunan sınır aşan akiferler ve akifer sistemlerinin kullanımında, diğer akifer devletlerine veya boşaltım bölgesinde toprakları bulunan devletlere önemli zarar vermeyi önlemek için gerekli tüm tedbirleri almalıdır. İkinci fıkrasında, kullanım dışındaki diğer faaliyetlerden kaynaklanan zararları önlemek için gerekli tüm tedbirlerin akifer devletleri tarafından alınması gerektiği düzenlenmiştir. Son fıkrada ise diğer akifer devletlerine veya boşaltım bölgesinde toprakları bulunan devletlere önemli bir zarar verilmişse; zarar veren devlet, zarar gören devlete de danışarak, Akifer Taslağının 4. ve 5. maddelerini de dikkate alarak ortaya çıkan zararı azaltmak veya en aza indirmek için gerekli tüm tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir.

Zarar, bir devletin diğer bir devlete karşı, belirli bir akifer ile bağlantılı olarak suyun miktarını ya da kalitesini veya jeolojik yapısını etkileyen faaliyetidir. Suyun miktarının etkilenmesinden kasıt belirli zamanlarda kullanıma dayanan azalmalar değildir, bu tür etkilenmeler yapay değişimlerdir. Uluslararası hukuk, her devlete birbirine zarar vermeme yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülük, doğrudan devletin kendi topraklarındaki faaliyetleri ve kendi topraklarını başkalarına zarar verecek şekilde kullanma ve kullandırmayı kapsamaktadır. Bir diğer sorun ise uluslar arası hukuk yalnızca komşu devletleri mağdur eden belli başlı faaliyetleri mi yasaklamıştır? Yoksa belirli faaliyetler konusunda aktif olma ve pozitif yönde etkin olması da gerekli midir? Son zamanlarda doktrinde bu yasağın yalnızca önemli gerçek bir zarar olmasının

⁵¹ Draft Articles..Commentaries, Art. 14/Commentary, s.63-65.

⁵² Barberis, s.186; Eckstein, *Application of International Water Law...*, s.68; Hall, s.879; Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.230.

yanında sınır aşan akiferlerin yakınında nükleer santral kurulması gibi ciddi riskleri de içerdiğini savunmaktadır.⁵³

Taslak hükmünün yorumunda, 6. maddenin Taslağın temel kurallarından biri olduğu belirtilmiştir. “kendi malını başkasına zarar vermeyecek biçimde kullan” ilkesi uluslararası sorumluluk kuralının bir yansımasıdır. “önemli zarar” eşiği esnek ve göreceli bir kavramdır. “önemli” zarar eşiği sorununda UHK daha önceki çalışmasından anlaşıldığı gibi “önemli” ibaresi “saptanabilmek”den daha fazla bir anlam taşımakta ancak “ciddi” kadar gerekli bulunmamaktadır.⁵⁴

Zararın “önemli” olma sınırı pek açık olmasa da yer altı sularının kendine has özelliğinden dolayı aynı standartların hem yüzey sularına hem de yer altı sularına uygulanabilmesi sorundur. Taslak yorumunda da ifade edildiği gibi uluslararası anlamda zarar birden çok anlamlı bir kavramdır. Ayrıca uluslararası zarar olması için mutlaka diğer devletin sudan faydalanmasını etkilemesi gerekir, su kaynakları üzerindeki çıkarlarını ya da akiferleri etkilemesi gerekir.⁵⁵

Son olarak doktrinde “saatli bomba” olarak nitelenen bir durum da kirlenme konusu, özellikle de yer altı su kaynaklarını tehdit eden gerek doğal gerekse insan kaynaklı çevreye bırakılmış kirleticilerdir. Bu tür kirlenmeler şimdilik Taslak bağlamında “zarar” kapsamında olmasa da gelecekte doğal kaynakları azaltıcı ya da etkileyici olması muhtemeldir. Bugün birçok yapay çökelmeler artık yer altı su kaynaklarını önemli derecede tehdit etmektedir.⁵⁶ Buna karşılık “su kirlenmesi”⁵⁷ tanımına yer verilen Helsinki Kurallarına göre kirlenme mutlaka insan davranışlarından kaynaklanması gerekir.⁵⁸ Yer altı su kaynaklarının kirlenmesi, akiferlere mikroorganizmaların ya da kimyasalların bulaşması gibi sonuçlara yol açabilmektedir. İnsan faaliyetleri bu tür sonuçları, tarım, endüstri, madencilik, kentsel kanalizasyon gibi çok çeşitli faktörleri kapsamaktadır. Ancak endüstriyel faaliyetler, yer altı sularının kirlenmesinde en önemli rolü oynamaktadır.⁵⁹ Akifer Taslağının 12. maddesinde düzenlenen kirlenme sorunu, önleme, azaltma ve kirlenmenin kontrol edilmesi başlığını

⁵³ Barberis, s.169-171.

⁵⁴ Draft Articles. Commentaries, Art. 6/Commentary, s.46-47. UHK'nın yorumlarına benzer diğer yazarların görüşleri için bkz. Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.9; Hall, s.881; Mechlem, s.58.

⁵⁵ Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.8; Mechlem, s.58-60; Eckstein, *Application of International Water Law...*, s.69-70.

⁵⁶ Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.8.

⁵⁷ Su kirliliği, suyun yararlı kullanımını etkileyecek miktarlarda kimyasal, fiziksel ya da biyolojik maddelerin katılmasıyla kalitesinin bozulmasıdır. Bkz. Yıldırım, s.12.

⁵⁸ The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, International Law Association, Report of the Fifty-Second Conference, 1966, Art. 9.

⁵⁹ Barberis, s.172.

taşımaktadır. Söz konusu hükme göre akifer devletleri, bireysel ya da ortak bir şekilde sınır aşan akifer veya akifer sistemlerinin kirlenmesini kontrol altına almalı, kirlenmeyi azaltmalı ve önlemelidir. Bu ifadenin içeriğine su toplama sürecinde diğer akifer devletine önemli zarar vermemek de girmektedir.

B. Adil ve Makul Kullanım İlkesi

Akifer Taslağının 4. maddesinde düzenlenen adil ve makul kullanım ilkesine göre akifer devletleri sınır aşan akiferleri ve akifer sistemlerini, sürdürülebilir faydanın artırılarak ve nısfete uygun (adil) ve makul bir şekilde kullanılmalıdır. Suyun kullanımından sürekli ve en yüksek seviyede fayda sağlamayı amaçlamalıdır. Ayrıca şimdiki ve gelecekteki ihtiyaçlarını ve alternatif su kaynaklarını da hesaba katarak bireysel veya ortak kullanım planları geliştirmelidirler. Son olarak akifer devletleri, etkin işleyen bir sürekliliği önleyecek düzeyde su toplayan sınır aşan akifer veya akifer sistemlerini kullanmamalıdır.

Hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi genel olarak uluslararası su kaynaklarından en yüksek seviyede faydalı kullanım elde etme amacını taşımaktadır. Yukarı kıyıdaş devletin paylaşılan kaynakları kullanırken vereceği muhtemel zararı dengelemek için Hakkaniyet ve nısfete uygun kullanım ilkesi, “kendi malını başkasına zarar vermeyecek biçimde kullan” ilkesini içermektedir.⁶⁰

Hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi, paylaşılan doğal kaynakların yönetiminde temel ilkelerden biridir. Barberis'e göre, uluslararası akiferler bakımından söz konusu ilke iki açıdan ele alınmalıdır; ilki kendi kullanımı açısından, diğeri ise devletler arasında paylaştırılan faydayı sağlamak açısından ele alınmalıdır. Son zamanlardaki yer altı sularına olan ilginin artması, devletlerin önceden belirlenmiş ihtiyaçlarına göre kullanımlarını düzenleme ve yönetme gerekliliğinin farkına varmasını sağlamıştır. Hakkaniyet ve nısfete uygun kullanım kuralı uygulandığında, ilgili ülkelerin toplam faydaları ve sakıncaları yer altı sularının çekilmesine yol açacaktır. Paylaşılan akiferlerin adil bölüştürülmesinde her devletin topraklarında bulunan akifer hacmi dikkate alınmalıdır. Bu kural genellikle uluslararası sınırın her iki tarafına da uzanan gaz ve petrol gibi paylaşılmış mineral kaynakların kullanımında uygulanmaktadır.⁶¹ Fuentes, burada Barberis'in bu görüşüne iki eleştiri yöneltmektedir. İlk olarak tüm paylaşılan veya sınır aşan doğal kaynaklar bakımından Hakkaniyet ve nısfete uygun kullanım ilkesinin uygulanabileceğini söylemek doğru değildir. İkinci eleştiri adil paylaşım ilkesinin içeriğinden

⁶⁰ Hall, s.881; Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.9; Mechlem, s.57-58; Eckstein, *Application of International Water Law...*, s.70.

⁶¹ Barberis, s.175-178.

gelmektedir. Söz konusu ilke, taraflar lehine eşitlik doğuran tüm ilgili faktörler⁶² ve şartları dikkate almayı gerektirir ve hiçbir faktörün birbirine doğal bir önceliği ya da üstünlüğü yoktur.⁶³

Bununla beraber, Fuentes'e göre uluslararası yer altı suları açısından adil paylaşırma ilkesine başvurma tartışmalı bir konudur. Çünkü daha önce Su Yolları Sözleşmesi, yer altı sularını yalnızca fiziksel bağlantısı bulunan yer altı sular sistemini kapsam içine almıştır. Dolayısıyla diğer akifer çeşitleri Sözleşme kapsamı dışında kalmıştır. Sözleşme hükmü olarak adil ve makul kullanım ilkesini kapsam dışı akifer çeşitlerine uygulama, konuyu bu yüzden tartışmalı hale getirmektedir.⁶⁴

C. Önceden Haber Verme ve İstişare Yükümlülüğü

Herhangi bir akifer devletin geliştirdiği bir proje yer altı su kaynaklarında zarara yola açıyorsa ilgili komşu akifer devletin bundan haberdar olması gerekmektedir. Bu amaçla devletler, geliştirdikleri planlar, gerekli bilgiler ve yer altı suları üzerinde hazırlanmış olumsuz etkileri olan projelerin sınırlandırılması hakkında kendi aralarında haberleşme prosedürü kurmalıdırlar. Hükümetler arası sorumlu organları tarafından gerekli tüm teknik bilgiler, kendi topraklarında muhtemel etkilerini belirlemesi, tahmin etmesi için diğer devlete verilmelidir. Haber verme, özel kişilere değil, zamanında ve ilgili devletin sorumlu yetkililerine ve/veya birimlerine yapılmalıdır. Projelerin iletişimi, genellikle örf ve adet kurallarını da dikkate alarak, doğal kaynakların paylaşımı için uygulamaya konulmaktadır. Bir diğer önemli olan husus ise istişarelerin doğruluk ve iyi niyet üzerine yürütülmesidir. Taraflar yazışma yoluyla değil somut olarak karşı karşıya gelerek birbirleriyle görüşmelidirler. Görüşmelerin anlamlı ve yararlı olması için mutlaka resmi olması gerekmez. Bazen konunun teknik olarak uzmanları arasında toplantı şeklinde bazen de diplomatik temsilciler aracılığıyla gerçekleştirilebilir.⁶⁵ Kurulan bu prosedürel haberleşme yükümlülüğü, adil kullanım ilkesi ve önemli zarar vermeme ilkesi ile uyumlu olmayı sağlayan bir fonksiyonu üstlenir. Ancak yer altı sularının yönetiminde karşılaşılan önem-

⁶² Adil ve makul kullanım ilkesi ile ilgili faktörler; diğerlerinin yanı sıra coğrafi, hidrolojik, hidrografik, iklimle ilgili ve ekolojik şartlar; önceki, şimdiki ve gelecekteki su kullanımları; her devletin sosyal ve ekonomik ihtiyaçları; alternatif projelerin uygulanabilirliği vs., Draft Articles on..Aquifers, Art. 5.

⁶³ Fuentes, s.186-187.

⁶⁴ Fuentes, s.178.

⁶⁵ Barberis, s.178-179, 181; Eckstein, *Application of International Water Law...*, s.72. Bu konuda dikkate değer bir husus ise düzenli bilgi alışverişi ve görüşme yükümlülüğünün çeşidi, bilgilerin miktarı ve şekli konusunda yanlış anlaşılabilirliktir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.10.

li bir zorluk ise birçok ülkede yer altı sularının miktarı ve kalitesi hakkında yüzey sularına nazaran oldukça az bilgi mevcuttur.⁶⁶

Bu konuda Akifer Taslağına baktığımızda, 8. maddede dört fıkra halinde düzenlendiğini görmekteyiz. Buna göre akifer devletleri düzenli olarak sınır aşan akiferler veya akifer sistemlerin özellikle jeolojik, hidrojeolojik, hidrolojik, meteorolojik ve ekolojik doğası hakkında kolayca sahip oldukları bilgi ve belgeleri paylaşmalıdırlar. Akifer devletleri sınır aşan akifer veya akifer sistemleri ve doğası hakkında yetersiz oldukları durumlarda, mevcut standart ve uygulamaları da hesaba katarak söz konusu akiferler hakkında daha yararlı bilgi ve belgeleri oluşturmak ve bir araya getirmek için ellerinden geleni yapmalıdırlar. Bu konuda bireysel veya ortak ya da uygun olduğu yerlerde uluslararası teşkilatlarla da birlikte hareket edebilirler. Bununla beraber, eğer bir akifer devleti, diğer bir devletten akiferler hakkında elinde hazır olmayan ve kolayca bulunmayan bir bilgi ya da belge için ricada bulunursa yine bu ricanın da yerine getirilmesi için muhatap devlet elinden geleni yapmak durumundadır. Ancak bunun için ricada bulunan devletten uygun olduğu ölçüde araştırma ve bir araya getirme bedeli istenebilir. Taslak hükmünün yorumunda, “kolayca” ibaresinin objektif olarak düşünülmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Birinci ve üçüncü fıkrada kullanılan bu terimin genel olarak “ilgili tüm koşullar ışığında” anlamına geldiği söylenebilir. Ayrıca “akılcı” veya “mantıklı” kelimeleri yerine de “uygulanabilir, yerinde” kelimesi tercih edilmiştir.⁶⁷

III. YER ALTI SULARI HUKUKUNDA GELİŞTİRİLEN AKİFER MODELLERİ

Yer altı sularının önemli bir kısmı akiferlerde bulunmaktadır. Bu akiferlerin bir kısmı yalnızca bir devlete ait ve o devletin yargı yetkisine tabidir ve “devlet akiferi” olarak adlandırılır. Bu tip akiferler tümüyle su toplama bölgesi ile birlikte tek bir devletin topraklarında bulunmaktadır ve komşu devletlerdeki yer altı veya yüzey suları ile hiçbir hidrolojik bağlantısı yoktur.⁶⁸ Buna karşın bazıları haricinde birçok akifer, hidrolojik döngünün bir parçası olarak düzenli bir şekilde döngüye su alıp vermektedir. Bu durum doğrudan akiferde bulunan suyun miktarını ve kalitesine etki etmektedir. Yüzey sularında olduğu gibi yer altı suları da siyasi sınırları dikkate almazlar, yani akiferler bazen uluslararası sınırlara paralel olarak akarken bazen de çapraz olarak akmaktadır.⁶⁹

⁶⁶ Mechlem, s.60; Eckstein, *Application of International Water Law...*, s.71.

⁶⁷ Draft Articles..Commentaries, Art. 8/Commentary, s.50-53

⁶⁸ Barberis, s.167-168.

⁶⁹ Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.231-232; Eckstein-Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models...*, s.681-682.

A. Barberis'in Geliştirdiği Akifer Modelleri

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bazı akiferler yalnızca tek bir devletin topraklarında bulunduğu için devlet akiferi olarak adlandırılmakta ve komşu ülkelerle bir ilgisi bulunmadığından “sınır aşan” veya “uluslararası” nitelikte olmamaktadır. Ancak Barberis'e göre eğer akifer, uluslararası hidrolojik sistemin parçası ise yalnızca bir devlete ait olamaz. Yazara göre devletler arasında ortak sistemin parçası olan yer altı suyu olabilecek dört farklı durum vardır;

- İlk durum, bir uluslararası sınır tarafından bölünmüş olan kapalı akifer⁷⁰, basit bir ortak yer altı suyudur. Bu akifer tipi başka bir yer altı suyu veya yüzey suyu ile hidrolojik olarak bağlantılı değildir ve çoğunlukla o akiferin kendisi paylaşılan bir doğal kaynak olarak kabul edilir.
- İkinci durum ise bir diğer ortak yer altı suyu modeli olan uluslararası bir nehir ile hidrolojik olarak bağlantılı, tümüyle bir devlet topraklarında bulunan akiferdir. Bu tip akiferlerin kullanımı, uluslararası hidrolojik sistemin parçası olarak sistem içindeki suyu etkilemektedir.
- Bir diğeri ise tümüyle bir devletin topraklarında yer alırken komşu bir devletteki akifer ile hidrolojik olarak bağlantılı olan ve daha karmaşık bir paylaşılan yer altı suyu modelidir. Söz konusu bağlantı, kil, balçık gibi yarı geçirgen bir tabaka ile yer altı suyunun bir akiferden diğerine farklı hidrolik seviyelerde su sızdırmasıyla kurulabilmektedir. Ancak akiferin kullanım oranının artışı ya da akiferler arasındaki yer altı suyundan gelen sızıntılar arasındaki yoğunluk farkından dolayı hidrolik seviyede belirgin bir farklılık olabilmektedir.
- Son olarak akiferin kendisinin tümüyle bir devletin topraklarında bulunduğu fakat su toplama bölgesinin yabancı bir devlet topraklarında bulunduğu durumdur. Bu tür durumlar yüzey sularının yer altı sularıyla çakışmadığı, denk gelmediği dağlık bölgelerde söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda, su toplama bölgesinde yapılabilecek su yalıtımı gibi değişiklikler, akiferden faydalanmayı etkileyebilmektedir.⁷¹

Yukarıda sözü edilen modellerde Barberis, sınır ötesinin uluslararası etkilerini, uluslararası yer altı su kaynaklarını ve uluslararası hukukta gizli kalmış, düzenlenmemiş kaynakların hukuki statüsünü belirlemeye çalışmıştır. Yazar, yer altı sularının önemli uluslararası etkilerini anlattığı eserinde haklı olmasına rağmen, iki modelinde düzeltme ve geliştirme ile birlikte bilimsel belirsiz-

⁷⁰ Kapalı Akifer, kaya katmanları arasında sıkışıp kalmış yer altı suyudur. Bkz. Yıldırım, s.8.

⁷¹ Barberis, s.167-168. Doktrindeki Barberis'in önerdiği modeller ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.233; Eckstein-Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models...*, s.682.

likler mevcuttur. Örneğin tüm kapalı akiferleri tek bir model altında birleştirmesi doğru değildir. Ayrıca yukarıdaki dört model, muhtemel uluslararası etkileri olabilecek kapalı ve bağlantısı olmayan diğer su kaynakları da dahil olmak üzere diğer tüm akifer modellerini kapsamadığından eksik kalmıştır.⁷²

B. Eckstein'in Geliştirdiği Akifer Modelleri

Eckstein'de geliştirdiği altı yeni model ile tıpkı Barberis gibi uluslararası etkileri olan yer altı sularını açıklamaya çalışmıştır. Aşağıda açıklanan modeller, dünyadaki tüm akiferlere yer vererek, bilimsel olarak da gelecekte uluslararası hukuk kurallarının oluşmasına katkıda bulunmuştur. Şöyle ki;

- Model A, her ikisi de bir uluslararası sınır boyunca akan ve bir nehir ile hidrolojik bağlantısı olan bir kapalı akiferdir. Bu model, iki devlet arasındaki siyasi sınır gibi ikiye bölen nehrin oluşturduğu tek düze, değişmeyen akifer olarak tanımlanır. Bu yüzden sınırdan ayıran nehir sayesinde akıntılar iki akiferin bölümlerine ulaşamadığından birbirlerine kirlilik gibi herhangi olumsuz etkileri de olmamaktadır. Bu modelin bir diğer sonucu da akifer ile nehir arasındaki ilişkiden kaynaklanan ve akifer akıntılarının bazen nehre doğru akmasıdır.
- Model B, hem kendisi ile hem de hidrolojik olarak bağlantılı olduğu nehir ile kesişen bir uluslararası sınır üzerinde bulunan bir kapalı akiferdir. İlk modelden farklı olarak burada siyasi sınır hem nehri hem de ilgili akiferi bölmektedir.
- Model C, tümüyle tek bir devlette akıp giden bir nehir ile hidrolojik olarak bağlantılı olan ve uluslararası sınırla karşı karşıya akan bir kapalı akiferdir. Model C, karşı karşıya olan iki siyasi sınırın parçasından biri olan akifer-nehir sistemini ifade etmektedir.
- Model D, tümüyle bir devletin topraklarında bulunan fakat uluslararası bir sınırla kesişen bir nehir ile hidrolojik bağlantısı olan bir kapalı akiferdir. Bu modelde akifer daima aşağı kıyıda kalan devlet topraklarında dolayısıyla coğrafi olarak içerde bulunmaktadır fakat nehir daima uluslararası nitelik taşır. Bu model Barberis'in açıkça ikinci modelini tarif etmektedir.
- Model E, herhangi bir yüzey suyu ve su toplama bölgesi ile hidrolojik bağlantısı olmayan uluslararası bir sınır ile karşı karşıya olan veya bütünüyle başka bir devlet içinde yer alan bir kapalı akiferdir. Bu model Barberis'in dört modelinin kavramsallaştırıldığı, herhangi bir yüzey suyu

⁷² Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.234-235; Eckstein-Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models...*, s.682.

ile bağlantısı olmayan tek bir akiferi ifade etmektedir. Bu tip akifer yağışlara maruz kalan bölgede olması nedeniyle hidrolojik döngünün dinamik bir parçasıdır.

- Model F, herhangi bir su toplama bölgesi ve yüzey suyu ile ilgisi olmayan sınır aşan bir akiferdir. Bu model diğer modellere göre kendine has değişik bir modeldir ve akiferin hem herhangi bir yüzey suyu ile hem de hidrolojik döngü ile bağlantısı yoktur. Bu tip akifer su toplayamaz, yenilenemeyen yer altı sularını içermektedir ve devlet bu akiferi asla uzun dönemli kullanamaz. Bu tip akiferler kapalı veya açık olabilir ve çok eski, fosil gibi suları içinde barındırır. Bu tür durgun yapısı ve su toplama, doldurma alanından yoksun olmasından dolayı kirliliğe elverişlidir. Bir defa kirlenen akiferin temizlenmesi oldukça zor ve masraflıdır.⁷³

SONUÇ

Yer altı suları, tüm dünyadaki erişilebilir tatlı su kaynaklarının yaklaşık yüzde 97'sini oluşturmaktadır. Yer altı sularının kirlenmesi, akiferlerin aşırı kullanımdan dolayı bozulması, uluslararası düzeyde önemini arttırmaktadır.⁷⁴ Bunun yanında dünya nüfusunun giderek artması karşısında insanların günlük ya da genel ihtiyaçlarının karşılanmasında yer altı suları, hayati önem taşıyor hale gelmiştir. Çünkü yer altı suları, içme suyu, temizlik, tarımsal sulama ve endüstriyel amaçlı kullanım gibi birçok amaçlarda tercih edilen en önemli paylaşılan doğal kaynaktır. Ancak yer altı sularına olan bu ilgi son yüzyılda bu kadar artmasına rağmen, devletlerin ve uluslararası hukukun yer altı sularına uygulanacak kuralları düzenleyememesi önemli bir eksikliklerdir.

Uluslararası hukuk bugüne kadar hep yüzey suları ile ilgilenmiş, uzun yıllar yürütülen çalışmalar sonucunda Ulaşım Dışı Su Yolları Sözleşmesini yürürlüğe sokmuştur. Sözleşmenin 2. maddesinde bahsi geçen fiziksel bağlantısı olan yer altı sular haricinde genel olarak yer altı sularına uygulanabilecek özel kurallar geliştirilmiş değildir. Çünkü Sözleşmenin ifadesiyle fiziksel bir ilişkisi bulunmayan birçok akifer çeşidi kapsam dışında bırakılmıştır ve yer altı sularının kendine has karakteristik özelliklerinden dolayı bu kaynakların yönetimi, yüzey sularına nazaran birçok sorunlar ile karşı karşıyadır.⁷⁵ Doktrinde birçok yazar hidrolojik döngü bütünlüğü nedeniyle genel olarak su

⁷³ Eckstein-Eckstein, *A Hydrogeological Approach...*, s.235-248; Eckstein-Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models...*, s.682-686.

⁷⁴ Mechlem, s.79; Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure...*, s.10.

⁷⁵ Mechlem, s.79.

kaynaklarına uygulanan benzer kuralların tüm hidrolojik döngünün parçalarına uygulanması gerektiğini düşünmektedir.⁷⁶

Ancak burada söylenmesi gereken önemli bir husus, her ne kadar sınırlı oranda yer altı sularına ve belirli akifer çeşitlerine uygulanabilecek uluslararası kuralların var olduğu söylene de özellikle Su Yolları Sözleşmesindeki ilkeler, aynı zamanda örf ve adet hukuku kuralları olması nedeniyle benzer ilkelerin yer altı sularına da uygulanabileceğini eklemeliyiz. Söz konusu bu ilkeler, önemli zarar vermeme yükümlülüğü, adil ve makul kullanım ilkesi, önceden haber verme ve bilgi alışverişi ile istişare yapma yükümlülükleridir. Önemli zarar vermeme yükümlülüğü ile adil kullanım ilkesi Su Yolları Sözleşmesinde olduğu gibi yer altı suları hukuku açısından da temel ilkelerdir. İki temel ilke birbirini tamamlayacak biçimde birbirine bağlı olarak uygulanmalıdır. Daha sonra da oluşabilecek zararlar ya da geliştirilecek projeler hakkında önceden haber verme veya ihtiyaç duyulan karşılıklı bilgi ve belgelerin düzenli olarak iletilmesi sağlıklı bir yer altı suları hukuku rejimini de hayata geçirebilmek açısından büyük önem taşıyacaktır. İşte ifade etmeye çalıştığımız tüm bu kurallar ve ilkelerin Su Yolları Sözleşmesinden farklı olarak tüm akifer tiplerini ve diğer yer altı su kaynaklarını kapsayacak şekilde yeniden düzenleyen Akiferler Hukuku Taslağı, tıpkı Sözleşme gibi kendi alanında çok önemli yeri olacak bir hukuki belgedir. Son zamanlarda söz konusu Taslağı oluşturan UHK, ortak bir uzlaşma çabasıyla Taslağın yürürlüğe girmesi için uğraş vermektedir.

⁷⁶ Fuentes, s.198.

KAYNAKÇA

- Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, UN General Assembly Resolution, A/RES/51/229, 1997.
- Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part 2, 2008.
- Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers, UN General Assembly Official Records, Session 63, No. 10, 2008.
- Ferzan B. Yıldırım, *Çevre Terimleri Sözlüğü*, IULA Çevre Kitapları Serisi, İstanbul, 1992.
- Gabriel Eckstein, *Application of International Water Law to Transboundary Groundwater Resources, and the Slovak-Hungarian Dispute Over Gabčíkovo-Nagymaros*, Suffolk Transnational Law Review, Vol. XIX, 1995, ss. 67-113.
- Gabriel Eckstein, *Protecting A Hidden Treasure: The UN International Law Commission and The International Law of Transboundary Groundwater Resources*, Sustainable Development Law&Policy, Vol. V, Issue 1, 2005, ss. 5-12.
- Gabriel Eckstein, *Shared Aquifers and International Law*, International Water Law, s.1.
- Gabriel Eckstein-Yoram Eckstein, *A Hydrogeological Approach to Transboundary Ground Water Resources and International Law*, American University International Law Review, Vol. XIX, 2003, ss. 201-258.
- Gabriel Eckstein-Yoram Eckstein, *Transboundary Aquifers: Conceptual Models for Development of International Law*, Ground Water, Vol. XLIII, No. 5, 2005, ss. 679-690.
- Joseph W. Dellapena, *The Customary International Law of Transboundary Fresh Waters*, International Journal Global Environmental Issues, Vol. I, No. 3/4, 2001, ss. 264-305.
- Julio Barberis, *The Development of International Law of Transboundary Groundwater*, Natural Resources Journal, Vol. XXXI, 1991, ss. 167-186.
- Kerstin Mechlem, *International Groundwater Law: Towards Closing the Gaps?*, Yearbook of International Environmental Law, Vol. XIV, 2003, ss. 47-80.
- Neşe Çetinkaya, *Sınır Aşan Akiferlerin Kapsamı ve Gelişimi*, TMMOB Su Politikaları Kongresi Bildirileri Kitabı, C. II, 2006, ss. 640-650.
- Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of its Forty-Sixth Session, A/49/10, 1994, ss. 195-326.
- Robert Hall, *Transboundary Groundwater Management: Opportunities Under International Law for Groundwater Management in The United States-Mexico Border Region*, Arizona Journal of International&Comparative Law, Vol. XXI, No. 3, 2004, ss. 873-911.

Robert Hayton-Albert Utton, *Transboundary Groundwaters: The Bellagio Draft Treaty*, Natural Resources Journal, Vol.XXIX, 1989, ss. 663-722.

The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, International Law Association, Report of the Fifty-Second Conference, 1966.

Thomas Swartz-Kaya Menteşoğlu-Michael Campbell-Orkun Akkol, *Turkey: Ground-Water Issues in a Country with a Developing Economy*, Ground Water Management, The Fifth National Outdoor Action Conference on Aquifer Restoration, Ground Water Monitoring and Geophysical Methods, Las Vegas-Nevada, 1991, No. 5, ss. 165-174.

Ximena Fuentes, *The Utilization and The Allocation of Water Rights to Shared Water Resources*, The Reality of International Law: Essays in Honor of Ian Brownlie, 1999, ss. 177-198.

Kaynak Hakkı

The Right of Spring

Arş. Gör. Dr. Hülya ATLAN KAZAN*

Özet

Başkasının arazisinde bulunan kaynaktan yararlanma olanağı sağlayan kaynak hakkı, sosyal ve ekonomik yönden önem arz eden bir irtifak hakkıdır.

Kaynak, bulunduğu taşınmazın bütünleyici parçası olup, kaynakların mülkiyeti, taşınmazın mülkiyeti ile birlikte kazanılır. Kural bu olmakla birlikte, kaynağın iktisadi bakımdan değerlendirilmesinin hem kaynak malikinin hem de hak sahibinin lehine olduğunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, kaynak üzerinde kurulacak irtifak hakkı ile hak sahibine, kaynak suyuna malik olma hakkını tanımıştır. Böylece, kaynağı işletebilmek için yeterli sermayesi olmayan malik, arazinin mülkiyeti kendisinde kalmakla beraber, başkası lehine kaynaktan yararlanmaya ilişkin bir irtifak hakkı tesis ederek, önemli bir gelir elde etme olanağına sahip olur. Bunun karşılığında hak sahibi; taşınmazı, işletmesi veya diğer bir ihtiyacını karşılamak için gerekli olan kaynak suyunu elde etme imkânına sahip olur. Bu amaçla kurulacak olan kaynak hakkı kapsamında, kaynak suyunun ne şekilde alınacağı, bunun için gerekli olan tesisatın malikinin kim olduğunun, tesisata malik olan kişinin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi, kaynak hakkının kullanılması bakımından önem arz eden hususlardır.

Anahtar Kelimeler

Taşınmaz Mal, Tapu Sicili, İrtifak Hakkı, Kaynak Hakkı

Abstract

The right of spring, which gives a right to benefit from a spring in someone else's land, is a socially and economically important kind of servitude.

A spring is an integral part of a real property from which it originates and ownership of the spring is acquired with the acquisition of the ownership of the real property. Although this is the rule, the legislator also enables the owner of servitude who is not the owner of the real property from which the spring originates to own the water spring, considering the fact that the evaluation of the spring is economically beneficial to both the owner of the spring and the owner of the servitude. Thus the owner of the real property, who has not got sufficient capital to operate the spring, finds a chance to obtain more income by constituting servitude for the spring in favor of another person while the ownership of the property remains with him. In exchange, the owner of the servitude gets the right to own the water spring to use it for his own real property, business or his other necessities. The determination of the way to supply the water spring, the owner of the installment which is necessary to supply the water, the scope of the responsibility of a person who owns the installment are significant issues within the context of the right of the spring.

Keywords

Real Property, Land Registry, Servitude, The Right of Spring

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, hulyaatlan@gmail.com

GİRİŞ

Kaynak üzerinde irtifak hakkının kurulma koşulları ile kapsamının belirlenmesinden önce, kaynak suyunun özel hukuk hükümlerine tabi olup olmadığına bir açıklık getirilmelidir. Özel su/genel su ayrımı, özel su niteliğindeki bazı suların özel düzenlemelere tabi olması; hangi suların Türk Medeni Kanunu'nun (TMK'nın) kaynak hakkı kapsamında yer aldığı tespitini güçleştirdiğinden, bu konuda birtakım ayrımların yapılmasını gerektirir. Bunun yanı sıra, kaynak irtifakı, biri geniş diğeri dar anlamda kaynak hakkı olmak üzere ikiye ayrılır. Dar ve teknik anlamıyla kaynak hakkı, TMK'nın 837. maddesinde düzenlenmiş olup, hak sahibine, başkasının arazisinde bulunan kaynaktan su alma ve suyu akıtma yetkilerini tanıır. Malikin, kaynağından içme veya kullanma suyu alınmasına, başkalarının hayvanlarının ihtiyacı olan suyun sağlanmasına katlanmak gibi yükümlülükler altına girmesine ilişkin olarak kurulacak kişisel veya eşyaya bağlı irtifak hakları ise, teknik anlamda kaynak hakkı sayılmaz.

Kaynak hakkının ne şekilde kazanılacağı, kanunda özel olarak düzenlenmiş değildir. Hakkın kurulmasının tabi olduğu hükümlerin belirlenmesi bu anlamda önem taşımaktadır. Çalışmamızda ilk olarak, kaynak ve kaynak hakkı kavramı, kaynak hakkının kazanılması, bu hakkın içeriği ve tabi olduğu hükümler üzerinde durulacaktır. Daha sonra, kaynak hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesinin koşulları ile hüküm ve sonuçları, kaynak hakkının sona erme nedenleri ile sonuçları inceleme konusu yapılacaktır.

I. KAYNAK VE KAYNAK HAKKI KAVRAMLARI

A. Kaynak Kavramı

1. Genel Olarak

Su biliminin konusu olarak kaynak, yeraltı suyunun üst düzeyinin, yer yüzeyini kestiği yer olarak tanımlanmıştır¹. Bundan başka kaynak, yeraltı suyunun, toprak yüzeyine çıkması olarak da tarif edilmiştir². Bu tanımlar, doğa bilimlerin konusu bakımından kaynak kavramını açıklama hususunda yeterli olmakla birlikte, hukuki anlamda kaynak kavramı, daha farklı bir içeriğe sahiptir³.

¹ Yazman, İrfan, *Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tabi Olduğu Rejim*, Ankara, 1970, s.7; Kılıç, Halil, *Son Değişikliklerle Gayrimenkul Davaları*, C. 4, 4. Baskı, Ankara, 2007, s.4046; Doğrusöz, Edip, *Sular Hukuku*, 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.40.

² İmre, Zahit, *Kaynak-Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları*, İstanbul, 1951, s.32.

³ Yazman, s.70.

4721 sayılı TMK, kaynak kavramının tanımını yapmamıştır. Doktrindeki bir görüşe göre kaynak, “doğal olarak veya insan emeği ile toprak sathına çıkan su” biçiminde anlaşılmalıdır⁴. Bu tanımda geçen su deyimini, sudan başka, suyun sürekli içinde bulunduğu yatağı da kapsamına alır ve bunlar bir bütün olarak anlaşılır⁵.

Esasında doktrinde, kaynak kavramının tanımından çok, özellikleri ve sınırları belirlenmiştir⁶. Biz de aşağıda, kaynak kavramının özelliklerini tespit ederek kaynak kavramını açıklamaya çalışacağız.

2. Kaynak Kavramının Özellikleri

a. Kaynak Kökeninin Yeraltı Suyu Olması

Kaynağı besleyen suyun yeraltı suyu olması gerekir⁷. Yeryüzü suları, özellikle kar, yağmur veya sel suları kaynak sayılmaz⁸. Bununla birlikte, suyun toprağın yüzeyine çıkması gerekir. Toprak yüzeyinden ayrılmamış olan su (bataklık suyu), kaynak olarak nitelendirilemez⁹.

b. Kaynağın Doğal Olması

167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun’un (YSHK’nın)¹⁰ yürürlüğe girmesinden önce, kaynağın, toprağın yüzeyine doğal olarak çıkmasıyla yapay olarak çıkarılması arasında, kaynak kavramı bakımından bir fark bulunmamakta idi¹¹. Zira 743 sayılı Medeni Kanun’un (MK’nın), 138 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önce, yeraltı suları da MK’nın 679. maddesindeki kaynak hükümlerine tabi tutulmuştu¹². Buna karşın, sözü geçen Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, bizim de katıldığı-

⁴ Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.521; İmre, s.32; Belgesay, Mustafa Reşit, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi*, C. IV, Aynı Haklar, 3. Bası, İstanbul, 1945, s.136; Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.375.

⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.521; Yazman, s.22; İmre, s.64; Akgün, Zerrin, *Sular Hukuku ve Sularla İlgili Arazi Davaları*, 2. Bası, Ankara, 1967, s.61; Gücün, Cevat Abdürrahim, *Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, Gayrimenkuller Hakkında*, Birinci Kitap, İstanbul, 1944, s.211.

⁶ Yazman, s.70.

⁷ Gürsoy, Kemal/Eren, Fikret/Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 1984, s.580; Yazman, s.70; İmre, s.32-33; Berki, Ali Himmet/Çumralı, Sedat, *Su Hakları*, Ankara, 1959, s.58; Akgün, s.61; Doğrusöz, s.40.

⁸ Gürsoy/Eren/Cansel, s.580; Yazman, s.70; İmre, s.33. Aynı yönde bkz. Yarg. 5. HD, 20.01.1950, E. 1950/1889, K. 1950/187 (Berki/Çumralı, s.68).

⁹ İmre, s.33.

¹⁰ RG, 23.12.1960, S. 10688, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.167.pdf>, 19.03.2015.

¹¹ İmre, s.34; Berki/Çumralı, s.57; Gücün, s.211.

¹² Kılıç, s.4045.

mız görüş, kaynağın doğal olarak yeryüzüne çıkması gerektiğini belirtmiştir¹³. Zira yapay kaynaklar, yeraltı suyunun kazı yoluyla, kuyu, artezyen gibi faaliyetlerle yeryüzüne çıkarılması halinde söz konusu olur ki, bunlar yeraltı sularından sayılır¹⁴. Yeraltı suları ise, genel sular¹⁵ arasında olup, TMK'nın değil, YSHK'nın kapsamında yer alırlar (YSHK m.1) ¹⁶.

Yeraltı suyunun kullanılması, korunması, yapay kaynak oluşturma olanağı, 167 sayılı Kanuna tabidir¹⁷. Nitekim TMK'nın 756. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, "Yeraltı suları, kamu yararına ait sularandır. Arza malik olmak, onun altındaki yeraltı sularına da malik olmak sonucunu doğurmaz. - Arazi maliklerinin yeraltı sularından yararlanma biçimi ve ölçüsüne ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır". TMK'nın saklı tuttuğu özel kanun, YSHK'dır¹⁸.

Yapay kaynaklar, çıkarıldıkları arazinin mülkiyetine dâhil olmayıp, onun bütünleyici parçasını oluşturmazlar¹⁹. Bu kaynaklar üzerinde irtifak hakkı kurulması da söz konusu olamaz²⁰. Buna karşın, doktrindeki bir başka görüş, kaynağa gelen suyun da kaynak halini alıp yeryüzüne çıkmadan önce bir yeraltı suyundan başka bir şey olmadığından, yeraltında iken yararı kamuya ait bulunan suyun, yeryüzüne çıkınca, çıkış yerinden itibaren özel mülkiyete tabi olabileceğini kabul etmenin, hukuku ve mantığı zorlayan bir sonuç olacağını belirtmiştir²¹.

Yapay kaynaklara karşın doğal kaynaklar, TMK m.756 ve m.718/2 uyarınca, buldukları arazinin mülkiyetine tabidirler²². Buldukları arazi ile

¹³ Doğrusöz, s.40; Gürsoy/Eren/Cansel, s.580; Yazman, s.71 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.521; Kılıç, s.4046; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, *Eşya Hukuku*, 1. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.714.

¹⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, s.901. YSHK'nın 2. maddesi yeraltı suyunu, yeraltındaki durgun veya hareket halinde olan bütün sular olarak tanımlar.

¹⁵ Bir Yargıtay kararına göre, "Umumi suların mülkiyeti Devlete ait olduğundan bunlar üzerinde irtifak hakkı tesis ve tescil edilemez" (Yarg. 6. HD, 31.01.1958, K. 787, Akgün, s.175). Başka bir Yargıtay kararına göre, "Dava konusu kaynak suyunun devletin hüküm ve tasarrufu altındaki orman arazisi içinden çıktığı ve "genel su" niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Genel sulardan ise, kadim ve öncelik hakkı nazara alınmak koşulu ile herkes faydalı ihtiyacı oranında yararlanabilir..." (Yarg. 3. HD, 01.02.2005, E. 2005/350, K. 2005/587, <http://mevzuat.dominanthukuk.com.tr/ictihatt.php?id=109521>).

¹⁶ Doğrusöz, s.38; Gürsoy/Eren/Cansel, s.901. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, 10.06.1992, E. 1992/4209, K. 1992/12052 (Yavuz, Nihat, *Uygulamada Taşınmaz Davaları ve Sular Hukuku*, C. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.1954).

¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.521-522; Gürsoy/Eren/Cansel, s.581.

¹⁸ Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s.635.

¹⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s.901.

²⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, s.901.

²¹ Bertan, Suad, *Aynı Haklar*, Medeni Kanun Şerhi, C. 1, Ankara, 1976, s.898.

²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.522.

kastedilen ise, kaynak noktasının bulunduğu arazidir²³. Yeraltı suyunun görünür şekilde yer yüzeyine çıktığı noktaya, “kaynak noktası” denilmektedir²⁴. Kaynak noktası, hangi taşınmazın sınırları içerisinde ise, kaynak, o taşınmazın mülkiyetine tabi olur²⁵. Doğal kaynaklar tutulmamış olsa bile, kaynak noktası kendiliğinden var olmasına karşın, yapay kaynaklarda kaynak noktası, yeraltı suyunun tutulduğu noktadır²⁶. Doğal bir kaynak olmaksızın yeraltı suyunun tutulması halinde oluşturulan yapay kaynak ve bunu tutmaya yarayan tesisatlar, TMK’nın kaynaklarla ilgili hükümlerine değil, YSHK hükümlerine tabidir²⁷. Arazi üzerindeki mülkiyet türü ne ise kaynak üzerinde de o tür mülkiyet söz konusu olur²⁸.

Doğal kaynaklar TMK hükümlerine tabi olmakla birlikte, kaplıcalar ve maden suları hakkında özel hükümler bulunmaktadır (5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu²⁹, Kaplıcalar Yönetmeliği³⁰)³¹. Bu nedenle, kaplıcalar ve maden suları hakkında, sözü geçen özel düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

c. Kaynak Suyunun Niteliğinin Önemsiz Oluşu

Kural olarak, kaynak suyunun fiziksel ve kimyasal niteliği, kaynak kavramı bakımından önem arz eden bir husus değildir³². Suyun kirli veya temiz, sıcak veya soğuk oluşu, içmeye elverişli olup olmaması arasında bir fark bulunmamaktadır³³.

²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.522, dn. 1087; Doğrusöz, s.41.

²⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, s.580; Yazman, s.74; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.522, dn. 1087. İmre, kaynak noktasını, kaynağın toprak yüzeyine çıktığı nokta olarak tanımlamıştır (İmre, s.33).

²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.522, dn. 1087; Yazman, s.74; Gürsoy/Eren/Cansel, s.580; Kılıç, 4047; Akipek/Akıntürk, s.714; Abik, Yıldız, Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme, TABAD (Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi), S. 3 (1), 2010, s.80, <http://www.nobel.gen.tr/Makaleler/TABAD-Issue%201-12-2011.pdf>, 05.04.2015. Yargıtay 3. HD’nin bir kararına göre, “uzman bilirkişiler aracılığıyla uygun bir dönemde keşif yapılarak dava konusu sulara ilişkin uyumsuzluğun; genel su ilkelerine göre, çıkış yerleri saptanıp debileri ölçülmek...” (Yarg. 3. HD, 30.01.1996, E. 1996/15221, K. 1996/1281, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 30.03.2015). Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 04.06.1952, E. 1/88-4 K. 97 (Berki/Çumralı, s.65).

²⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, s.580; Yazman, s.74.

²⁷ Yazman, s.75 vd.

²⁸ Doğrusöz, s.41.

²⁹ RG, 13.06.2007, S. 26551, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070613-1.htm>, 02.04.2015.

³⁰ RG, 24.07.2001, S. 24472, http://www.jeofizik.org.tr/resimler/ekler/8dce83da57b0395_ek.pdf, 02.04.2015.

³¹ 5686 sayılı Kanun ile 927 sayılı “Sıcak ve Soğuk Maden Sularının İstismarı ile Kaplıcalar Tesisatı Hakkında Kanun” yürürlükten kaldırılmıştır.

³² İmre, s.34; Yazman, s.77; Akgün, s.61.

³³ Yazman, s.77; İmre, s.34.

d. Kaynağın Sürekli Olması

Bir defa yeryüzüne çıkıp devamı gelmeyen su fişkırması kaynak sayılmayıp, yeraltı suyunun, yeryüzüne sürekli bir şekilde çıkması gerekir³⁴. Buna karşın, kaynağın geçici olarak kesilmesi, kaynak niteliğini ortadan kaldırmaz³⁵.

e. Kaynağın, Taşınmazın Sınırlarını Aşacak Ölçüde Güçlü Olmaması

Doktrin ve uygulamada, yeryüzüne çıkar çıkmaz bir dere veya ırmak oluşturan kaynakların özel mülkiyete konu olmayıp, kamusal nitelikte sayılacakları, haklı olarak kabul edilmektedir³⁶. Yararı kamuya ait olan bu sular, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (TMK m.715/2). İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bir kararında belirttiği üzere, özel mülkiyete tabi olan bir arazideki kaynaktan, yararı kamuya ait bir akarsu meydana gelecek derecede bol su çıkıyorsa, o kaynak üzerinde özel mülkiyet söz konusu olmaz³⁷. Bu sular, kamu hukuku kurallarına tabidir (831 sayılı Sular Hakkında Kanun³⁸)³⁹.

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da anılan suların özel mülkiyetin konusu olamayacağı yönündedir⁴⁰. Yüksek Mahkeme'nin bir kararına göre⁴¹, "Kaynak, arzun mütemmim cüz'ü olup mülkiyeti kaynadığı toprağın mülkiyeti ile birlikte iktisap olunur. Başkalarının arzındaki kaynaklardan istifade, irtifak hakkı olarak tapu siciline kayıt olunur. Suyun kaynadığı taşınmazın içinde kalamayacak kadar büyük olması veya suyun yeryüzüne çıkar çıkmaz dere haline gelmesi durumunda arzun mütemmim cüz'ü sayılmaz, genel su olarak kabulü gerekir".

³⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, s.580; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.521; Yazman, s.80; İmre, s.34; Kılıç, 4046; Bertan, s.902; Akipek/Akıntürk, s.714. Aynı yönde bkz. Ayiter, Nurşin, *Eşya Hukuku*, Ankara, 1977, s.126.

³⁵ Yazman, s.80; İmre, s.34; Bertan, s.902; Berki/Çumralı, s.58; Akgün, s.63; Gücün, s.211.

³⁶ Ertaş, s.375; Gürsoy/Eren/Cansel, s.581; Yazman, s.80 vd.; İmre, s.34-35; Kılıç, s.4046; Bertan, s.904; Berki/Çumralı, s.58; Akgün, s.68; Ayiter, s.126. Yargıtay'a göre, "Davalının taşınmazından kaynadığı anlaşılmalı suyun, kaynadığı yeraltı gölünün taşınmazın sınırları içinde kalmayacak kadar büyük olması suyun yeryüzüne çıkar çıkmaz bir dere haline gelmesi ve Özel mülkiyete bağlı sayılmasının umum için zararlı olacağı hallerde, kaynakların arzun mütemmim cüz'ü sayılmayacağı..." (Yarg. HGK, 15.11.1989, E. 1989/3-443, K. 1989/600, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.04.2015).

³⁷ BGE 43 II 158 (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.521).

³⁸ RG, 10.05.1926, S. 368, <http://www.ormansu.gov.tr>, 02.04.2015.

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.521.

⁴⁰ Kılıç, s.4046. 16.02.1995 tarihli bir karara göre, "Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre tapulu yerden kaynasa bile, bir suyun kaynadığı taşınmazın sınırları içinde kalamayacak kadar büyük olması veya suyun yeryüzüne çıkar çıkmaz bir dere haline gelmesi veyahut suyun özel mülkiyete bağlı olması kamu için zararlı olacağı hallerde kaynağın arzun mütemmim cüz'ü hükmünde tutulması mümkün görülmemektedir" (Yarg. 3. HD, 16.02.1995, E. 1995/1454, K. 1995/1870). Bkz. Yarg. 3. HD, 21.06.1988, E. 1988/2050, K. 1988/6544, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 30.03.2015; Yarg. 1. HD, 31.01.1949, E. 1949/121, K. 1949/575 (Berki/Çumralı, s.64); Yarg. 1. HD, 08.12.1936, E. 1296 (Berki/Çumralı, s.66); Yarg. 1. HD, 22.12.1950, E. 1950/2480, K. 1950/4964 (Berki/Çumralı, s.67).

⁴¹ Yarg. 3. HD, 09.05.2002, E. 2002/4557, K. 2002/5150, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 30.03.2015).

Yargıtay, bir başka kararda da aynı sonuca ulaşmıştır⁴²: “Dava konusu suyun tapu kapsamında kalan (mevki, sınır ve tapudaki miktar itibariyle) taşınmazdan çıktığının tesbit edilmesi durumunda suyun miktar itibari ile çıktığı taşınmazın sınırlarını aşacak şekilde büyük olması halinde veya özel mülkiyete bağlı olmasının umum için zararlı olacağı durumlarda kaynak arzın mütemim cüz’ü sayılmayacağından bu tür suların herkesin yararlanabileceği genel su olarak kabulü gerekir”.

Denilmelidir ki, kaynağın, TMK m.756 anlamında özel su sayılabilmesi, yeryüzüne kendiliğinden çıkması ve çıktığı taşınmazın sınırlarını aşmayacak ölçüde az olmasına bağlıdır⁴³.

Aşağıda inceleyeceğimiz kaynak hakkı kavramından önce ifade edelim ki, yukarıda belirtilen sınırlamalar⁴⁴ dışında malik, araziden çıkan kaynağı dilediği gibi kullanabilir⁴⁵; başkalarının kaynaktan yararlanmalarına engel olabileceği gibi, başkalarına irtifak hakkı da tanıyabilir⁴⁶. Biz burada, çalışmamızın konusunu oluşturan ve bir irtifak hakkı olan kaynak hakkını irdeleyeceğiz.

B. Kaynak Hakkı Kavramı

Düzensiz kişisel irtifaklar (el değiştirebilen kişisel irtifaklar)⁴⁷ kapsamında yer alan kaynak hakkı, hak sahibine, başkasının arazisindeki kaynağın sularını almak ve başka yere akıtmak yetkisini sağlayan bir irtifak

⁴² Yarg. 3. HD, 25.12.2001, E. 2001/10207, K. 2001/10967, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 31.03.2015.

⁴³ **Kılıç**, s.4046. Yargıtay’a göre de “Suyun, Türk Medeni Kanunu’nun 679. maddesi anlamında özel su sayılabilmesi bunun kendiliğinden yeryüzüne çıkan bir kaynak suyu ve çıktığı taşınmazın sınırlarını aşmayacak ölçüde az olmasına bağlıdır” (Yarg. 3. HD, 15.11.1993, E. 1993/5037, K. 1993/19255, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 31.03.2015). Benzer bir başka karara göre de “Tapulu taşınmazdan çıkan kaynak suyunun özel su sayılabilmesi o suyun miktarının çıktığı taşınmazın sınırlarını aşmayacak ölçüde az olmasına bağlıdır” (Yarg. 3. HD, 10.10.1994, E. 1994/11859, K. 1994/13094, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 31.03.2015). Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 20.11.1991, E. 1991/3-466, K. 1991/589; Yarg. 3. HD, 25.06.1996, E. 1996/5094, K. 1996/7301, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.04.2015).

⁴⁴ Kaynağa malik olmanın diğer sınırlamalarını şu şekilde belirtebiliriz: Kaynakların kesilmesi ve kirletilmesi (TMK m.757-758); kaynak ortaklığı (TMK m.759); zorunlu su hakkı (TMK m.761); komşuluk hukukundan doğan bazı yükümlülükler (TMK m.742 vd.).

⁴⁵ **Doğrusöz**, s.41.

⁴⁶ **Ertuş**, s.375.

⁴⁷ Düzensiz kişisel irtifaklar, zorunlu olarak kişiye ayrılmaz bir şekilde bağlı olması gerekmeyen; ancak tarafların iradesine göre kişiye bağlı olarak veya olmayarak kurulabilen irtifaklardır (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.857). Düzensiz kişisel irtifaklar, karma veya kural dışı irtifaklar olarak da adlandırılmıştır (**Feyzioğlu**, Feyzi N./**Doğanay**, Ümit/**Aybay**, Aydın, *Eşya Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s.202). Karmaşık irtifak hakları adlandırması da doktrinde kullanılan ifadelerden biridir (**Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.386 vd.; **Abik**, s.80). Hem taşınmaz hem kişi lehine kurulabilmeleri; kişi lehine kurulmaları halinde, diğer kişisel irtifaklardan farklı olarak, devredilebilmeleri ve mirasçıya geçebilmeleri, karma irtifakların özellikleri olarak sayılmıştır (**Feyzioğlu/Doğanay/Aybay**, s.202).

hakkıdır⁴⁸. Kaynak hakkının, hukuki niteliği itibarıyla bir irtifak hakkı, dolayısıyla bir sınırlı ayni hak olması sebebiyle, sınırlı ayni haklar için geçerli olan genel esaslar, kaynak hakkı bakımından da geçerli olacaktır⁴⁹.

TMK m.756/1'e göre, "Kaynaklar, arazinin bütünleyici parçası olup, bunların mülkiyeti ancak kaynaklıklarının arazinin mülkiyeti ile birlikte kazanılabilir". Bu hüküm ile bulunduğu taşınmazın *bütünleyici parçası*⁵⁰ sayılan kaynaklar⁵¹ kural olarak, bağlı bulunduğu taşınmazdan bağımsız haklara ve hukuki ilişkilere konu teşkil edemezler⁵². Kaynakların mülkiyeti, buldukları taşınmazın mülkiyeti ile birlikte kazanılır⁵³. Buna karşın, kaynakların ekonomik önemini göz önünde bulunduran kanun koyucu, kaynaklardan yararlanmayı ayrıca TMK 837'de düzenlemiş, kaynak üzerinde kurulacak olan irtifak hakkı ile el değiştirebilme olanağı sağlamayı amaçlamıştır⁵⁴. Öyle ki, kaynağı işlete-

⁴⁸ Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. Bası, İstanbul, 1982-1983, s.172; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.872; Gürsoy/Eren/Cansel, s.902. Aynı yönde bkz. Aybay/Hatemi, *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.267; Karahasan, M. Reşit, *Yeni Türk Medeni Kanunu-Eşya Hukuku*, C. 2, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007, s.164; Ayiter, s.166; Kılıç, s.4048; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, s.202 s.203; Olgaç, Senai, *İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Olgaç Yayınları, Ankara, 1975, s.735; Şener, Esat, *Türk Medeni Kanunu*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1989, s.1458; Esmer, Galip, *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s.746; Ertas, s.509.

⁴⁹ Ayan, s.77.

⁵⁰ TMK m.684/2 hükmüne göre bütünleyici parça, yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır. Bu tanıma göre, bir şeyin, diğer bir şeyin temel unsurunu teşkil ederek onun bütünleyici parçası haline gelebilmesi iki şekilde söz konusu olabilir. İlk halde, bir şey, asıl şeye sıkı bir maddi bağlantı ile bağlanmış ve maddi olarak asıl şeyden ayrılması, ancak asıl şeyin yok olması, zarara uğraması veya yapısının değiştirilmesi ile mümkün olabiliyordu ki, bu halde bağlanan şey, asıl şeyin temel unsuru haline gelmiştir. İkinci durumda ise, maddi bağlantı bu kadar sıkı olmamakla birlikte, yere adetler, bağlanan şeyi, asıl şeyin temel unsuru saydığından, kanun, onun bütünleyici parçası vasfını kazandığını kabul ediyordu. Buna karşın, her iki halde de maddi bağlantı bulunmak zorundadır (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.285).

⁵¹ Bu yönde bkz. Yarg. HGK, 04.10.1972, E. 1972/6-215, K. 1972/777 (Doğrusöz, s.355).

⁵² Arsebük, Esat, *Mahkeme İçtihatları, Karar İncelemesi*, AÜHFD (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. VIII, S. 3-4, 1951, s.733; Kılıç, 4047; Belgesay, s.136; Yazman, s.191; Esener/Güven, s.394; Bertan, s.911; Berki/Çumralı, s.57; Akgün, s.62; Doğrusöz, s.41; Akipek/Akıntürk, s.714. Esasında, kaynağın akan su olduğu, kaynağı yerdeki arazi ile sıkı bir iç bağlantısının olmaması nedeniyle, arazinin bütünleyici parçası olmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Buna karşın, kanunun, kaynağın mülkiyet hakkına dâhil olabilmesi, üzerinde sınırlı ayni hakların kurulabilmesi için, kaynağın fiziki yapısından değil, sosyal ihtiyaçlardan hareket etmiş olduğu ve bu nedenle bulunduğu arazinin bütünleyici parçası sayıldığı, aynı görüş tarafından ifade edilmiştir (Gürsoy/Eren/Cansel, s.902, Aynı yönde bkz. Bertan, s.905).

⁵³ Berki/Çumralı, s.57; Akipek/Akıntürk, s.714; Esmer, s.745; Belgesay, s.136. Yargıtay 3. HD'nin bir kararına göre, "Kaynak arzin mütemmim bir cüz'ü olup mülkiyeti kaynağı toprağın mülkiyetiyle beraber iktisap olunur" (Yarg. 3. HD, 13.02.1982, E. 1982/982, K. 1982/5031-3200, Doğrusöz, s.359). Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, 29.05.1990, E. 1989/8639, 1990/4949 (Doğrusöz, s.398).

⁵⁴ Esener/Güven, s.394 vd.; Yazman, s.191; Akipek/Akıntürk, s.714. Yargıtay'ın bir kararına göre, "Kaynak arzin mütemmim cüz'ü olup bu kaynaktan yararlanma ancak irtifak hakkı olarak tapu siciline kayıt ile mümkündür" (Yarg. 3. HD, 06.12.1982, E. 1982/982, K. 1982/4988-5047, Doğrusöz, s.359).

bilmek için yeterli sermayesi olmayan malik, arazinin mülkiyeti kendisinde kalmakla beraber, kaynak hakkını başkasına bırakarak, önemli bir gelir elde etme olanağına sahip olur⁵⁵.

Taşınmaz mülkiyetinin içeriği ve kısıtlamaları ayırımında yer alan ve “Kaynak ve Yeraltı Suları” başlığı altında düzenlenen 756. maddenin ikinci fıkrasına göre, “Başkasının arazisinde bulunan kaynaklar üzerindeki hak, bir irtifak hakkı olarak tapu kütüğüne tescil ile kurulur”. Taşınmaz mülkiyetinin içerik ve kısıtlamalarını öngören kısımda yer alan 756. maddenin, ikinci fıkrasında kaynak irtifakına ilişkin anılan hükmü öngörmesinin nedeninin, kaynaklar bakımından, bütünleyici parça kuralının istisnasının söz konusu olduğunu belirtmek için olduğu ifade edilmektedir⁵⁶. Kaynak hakkı esasen, TMK’nın “İntifa Hakkı ve Diğer İrtifak Hakları” ayırımının “Kaynak Hakkı” başlıklı alt düzenlemesinde yer alan 837. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. TMK m.756/2’de belirtilmiş olan irtifak hakkı, TMK m.837 hükmünde düzenlenen “kaynak hakkı” olarak anlaşılmalıdır⁵⁷.

TMK m.837/1 hükmüne göre ise, “Başkasının arazisinde bulunan kaynak üzerinde irtifak hakkı, bu arazinin malikini suyun alınmasına ve akıtılmasına katlanmakla yükümlü kılar”. Bu hükümden, kaynak hakkının, kaynak suyunun *alınmasını* ve başka yere *akıtılmasını* içerdiği anlaşılmaktadır⁵⁸. Bu özelliği itibarıyla kaynak hakkı, kaynak üzerinde kurulabilecek diğer irtifak haklarından farklı bir içeriğe sahiptir. Malikin, kaynağından içme veya kullanma suyu alınmasına, başkalarının hayvanlarının ihtiyacı olan suyun sağlanmasına katlanmak veya suyu başka yere akıtmamak gibi yükümlülükler altına girmesi, eşyaya bağlı (TMK m.779) veya kişisel irtifakların (TMK m.838) içeriğini oluşturabilir⁵⁹. Buna karşın, kurulacak olan bu tür irtifaklar, TMK m.837 anlamında “kaynak hakkı” sayılmaz⁶⁰. Bu nedenle doktrinde, kaynak irtifakının, “geniş anlamda kaynak hakkı” ve “dar anlamda kaynak hakkı” olarak ikiye ayrılabilceği belirtilir⁶¹. Dar (teknik) anlamdaki kaynak hakkı, başkasının arazisindeki kaynaktan su almak ve suyu kendi taşınmazına akıtmak yetki-

⁵⁵ İmre, s.73.

⁵⁶ Yazman, s.192.

⁵⁷ Yazman, s.192.

⁵⁸ İmre, s.73; Yazman, s.193; Abik, s.81.

⁵⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.872, dn. 493; Yazman, s.193; Abik, s.81; Gürsoy/Eren/Cansel, s.902; Esener/Güven, s.394 vd..

⁶⁰ Yazman, s.193; Abik, s.81; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.872, dn. 493; Gürsoy/Eren/Cansel, s.902.

⁶¹ Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku, Sınırlı Ayni Haklar*, C. III, Mimoza Yayınları, Konya, 1994, s.76. Akipek/Akıntürk, “geniş anlamda kaynak irtifakı” ve “kaynak hakkı” biçiminde bir ayırım yapmıştır (Akipek/Akıntürk, s.715 vd.).

lerini verir⁶². Geniş anlamda kaynak irtifakı ise, bir kaynaktan yararlanma veya kaynağı kullanma yetkisi veren bir irtifak hakkı olarak tanımlanır⁶³. Bu anlamıyla kaynak hakkı, yukarıda belirttiğimiz gibi, kaynak üzerinde kişisel veya eşyaya bağlı olarak kurulabilen her türlü irtifak hakkını kapsar⁶⁴. Geniş anlamda kaynak irtifakının, yükümlü taşınmaz malikine, kaynak üzerindeki mülkiyet hakkından doğan yetkilerinden bazılarını kullanmaktan kaçınma ve bunların hak sahibi tarafından kullanılmasına katlanma ödevini yüklediği ifade edilmiştir⁶⁵. Bu kapsamda, kaynak hakkının, kaynak irtifakının özel bir türünü oluşturduğu ifade edilir⁶⁶.

Kaynak hakkının, kişisel irtifakları düzenleyen “intifa hakkı ve diğer irtifak hakları” ayrımında düzenlenmiş olması, mutlaka kişisel irtifak hakkı olarak kurulacağı anlamını taşımaz; eşyaya bağlı irtifak biçiminde de kurulabilir⁶⁷. Bir bahçe veya bir tarlayı sulamak üzere kurulan irtifak hakkı, taşınmaz lehine; kaynaktan çıkan suyu alıp satmak veya bir havuz ve göle akıtıp orada tarımsal faaliyette bulunmak amacıyla kurulan irtifak hakkı ise, kişi lehine kurulmuş olur⁶⁸.

Kaynak hakkı, diğer kişisel irtifakları oluşturan intifa, oturma ve “diğer irtifak hakları”ndan farklı olarak, aksinin kararlaştırılmamış olması halinde, başkasına *devredilebilir* ve *mirasçılara geçer* (TMK m.837/2). Ayrıca kaynak hakkı, bağımsız nitelikte olup, en az otuz yıl için kurulmuşsa, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir (TMK m.837/3). Bu hüküm uyarınca, ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilen kaynak hakkı, tedavül edilebilme özelliğini kazanmaktadır⁶⁹. Bu nedenle, kaynak hakkının, irtifak hakkından geniş ve mülkiyet hakkına yakın bir yararlanma ve tasarruf imkânı tanımakta olduğu ifade edilmiştir⁷⁰.

TMK m.837 hükmünün, eşyaya bağlı irtifaklar karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu, bu hükmün yetersiz kaldığı hallerde, kanunda aksi belirtilme-

⁶² **Ayan**, s.76-77.

⁶³ **Abik**, s.81.

⁶⁴ **Ayan**, s.77.

⁶⁵ **Akipek/Akıntürk**, s.715.

⁶⁶ **Abik**, s.80.

⁶⁷ **Köprülü/Kaneti**, s.172; **Ertaş**, s.509; **Yazman**, s.193; **Arseven**, M. İhsan, *İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyeti*, Ankara, 1949, s.35; **Saymen**, Ferit, H./**Elbir**, Halit, K., *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, s.498; **Tekinay**, Selahattin Sulhi, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1970, s.498; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.872; **Karahasan**, s.164; **Abik**, s.81; **Kılıç**, s.4048; **Feyzioğlu/Doğanay/Aybay**, s.202; **Esener/Güven**, s.394; **Bertan**, s.1552; **Berki/Çumralı**, s.58; **Esmer**, s.746; **Gücün**, s.211; **Arsebük**, s.734; **Ayan**, s.77.

⁶⁸ **Berki/Çumralı**, s.58.

⁶⁹ **Yazman**, s.195.

⁷⁰ **İmre**, s.74.

dikçe ve kaynak hakkının amacına aykırı düşmediği ölçüde, eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin genel hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷¹.

II. KAYNAK HAKKININ KONUSU

Kaynağın çıktığı toprak parçası (arazi), kaynak hakkının konusunu oluşturur⁷². Kaynağın bulunduğu taşınmazın özel mülkiyete tabi olması veya kamu mallarından sayılması arasında bu bakımdan bir farklılık bulunmamaktadır⁷³. Bununla birlikte bu halde, kaynak hakkı kurulmadan önce söz konusu kamu malının tapu siciline kaydedilmesi gerekir⁷⁴ (TMK m.999/1). Ayrıca, kaynak hakkı tescille kurulacağı için, ait olduğu taşınmazın tapu siciline kayıtlı olması gerekir⁷⁵.

Paylı mülkiyete konu bir taşınmazın bulunması halinde, pay üzerinde bir sınırlı ayni hakkın kurulabilmesi, bunun kullanılmasının, paydaşların eşyayı ortaklaşa kullanmalarını sınırlamaması halinde mümkün olacağından, pay üzerinde kaynak hakkının kurulamayacağı belirtilmiştir⁷⁶. Gerçekten, pay, maddi kullanmayı hedef alan irtifak haklarına konu olamaz⁷⁷. Bu hususta, pay üzerinde bir geçit irtifakının kurulamayacağı, zira geçit irtifakına özgülenecek yerin her noktasında diğer paydaşların da hakkının olduğu, bunların haklarını ihlal etmeksizin o yerden geçme imkânının olmadığı ifade edilmiştir⁷⁸. Bizce aynı durum kaynak hakkı bakımından da geçerli olup, pay üzerinde kaynak hakkı kurulamaz.

Kaynak hakkına konu teşkil eden taşınmaz kural olarak başkasına ait olmakla beraber, malikin, taşınmazlarından birinin su ihtiyacını karşılamak için diğer taşınmazı üzerinde kaynak hakkı kurması da mümkündür⁷⁹.

⁷¹ **Yazman**, s.197. Diğer irtifak haklarını düzenleyen TMK m.838/son, "Taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümler, bu tür irtifak haklarına da uygulanır" hükmünü öngörerek, bu hususu açıkça düzenlemiştir.

⁷² **Akipek/Akıntürk**, s.716; **Ayan**, s.77; **Abik**, s.82; **Yazman**, s.197.

⁷³ **Köprülü/Kaneti**, s.172; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.902; **Abik**, s.82; **Yazman**, s.197; **Kılıç**, s.4048; **Bertan**, s.1554; **Akipek/Akıntürk**, s.716; **Ayan**, s.77.

⁷⁴ **Köprülü/Kaneti**, s.172; **Ayan**, s.77, dn. 400.

⁷⁵ **Akipek/Akıntürk**, s.716; **Abik**, s.82; **Köprülü/Kaneti**, s.172; **Yazman**, s.197; **Ayan**, s.77. Aynı yönde bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.902; **Kılıç**, s.4048. Aynı yönde bkz. Yarg. 8. HD, 20.05.1983, E. 1983/5804, K. 1983/5715, **Dalamanlı**, **Lütfü/Kazancı**, **Faruk/Kazancı**, Muharrem, *İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku*, C. V, İstanbul, 1992, s.665-666). Sahipsiz araziden çıkan sular, kamuya ait olup, bu sulardan herkes yararlanır (**Doğrusöz**, s.45). Yargıtay'a göre de "kaynağın, çıktığı taşınmazın tapusuz yerlerden olması halinde özel sayılmayacağından genel su olarak davacının da bundan faydalı ihtiyacı oranında yararlanma hakkı söz konusu olacaktır" (Yarg. 3. HD, 12.10.1987, E. 1987/1097, K. 1987/9797, **Doğrusöz**, s.379-380). Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, 07.03.1994, E. 1994/2587, K. 1994/4293 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.04.2015).

⁷⁶ **Yazman**, s.197; **Abik**, s.82; **Ayan**, s.77.

⁷⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.307.

⁷⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.307.

⁷⁹ **Ayan**, s.77.

Yeraltı suları, arazinin bütünleyici parçası olmadığından, bu sulara ilişkin kaynak hakkının kurulması da mümkün değildir. Şu halde, kaynak hakkının konusu olan taşınmazın üzerinde bir kaynağın bulunması koşuldur⁸⁰.

Bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş olan kaynak hakkının, tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesi halinde, bunun da üzerine bir kaynak hakkı tesis edilebilir⁸¹.

III. KAYNAK HAKKININ KAZANILMASI

Kaynak hakkının kazanılmasına ilişkin olarak TMK, özel bir düzenleme getirmemiştir. Burada da aynen üst hakkında olduğu gibi, eşyaya bağlı irtifakların kazanılması hükümleri uyarınca (TMK m.780'in atfı dolayısıyla), taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler, kıyasen uygulanacaktır⁸². TMK m.780/2 hükmü gereğince, irtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmüş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanacaktır. TMK m.706 hükmü ise, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olmasını, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlamaktadır. TMK 781. maddeye göre de irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği, *resmi şekilde* düzenlenmesine bağlıdır. Dolayısıyla ilk olarak, resmi şekilde düzenlenecek olan bir kaynak irtifakı sözleşmesi yapılmalıdır⁸³. Resmi senet, tapu memuru tarafından düzenlenecektir (Tapu Kanunu⁸⁴ m.26). Daha sonra malikin tescil talebi⁸⁵ ve yükümlü taşınmazın sayfasına yapılacak olan kaynak irtifakı tescil işlemi ile kaynak hakkı kurulmuş olacaktır⁸⁶ (TMK m.780/1, 705/1). Kaynak hakkı-

⁸⁰ Yazman, s.198.

⁸¹ Akipek/Akintürk, s.716; Ayan, s.77; Yazman, s.198.

⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.872; Ertaş, s.509; Yazman, s.198; Abik, s.82; İmre, s.75; Gürsoy/Eren/Cansel, s.902; Karahasan, s.165.

⁸³ Gürsoy/Eren/Cansel, s.903.

⁸⁴ RG., 29.12.1934, 2892, <http://www.resmigazete.gov.tr>.

⁸⁵ Aynı hakkın kazanılmasının tescile bağlı olduğu hallerde, tescil talebinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre tescil talebi, aynı bir sözleşmedir. Başka bir görüş, tescil talebini, hakkı etkilemeyen usuli bir işlem olarak görmektedir. Baskın olan son görüşe göre ise, talep, bunu yapan malikin tek taraflı bir tasarruf işlemidir. Ancak bu görüşün de aksayan taraflarının olduğu, hâkim görüşün, kişiye rızası olmadan hak kazandırması bakımından tereddüde yol açtığı belirtilmiştir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.201-202). Bu tartışma uygulama bakımından da önem arz etmektedir. Talep usuli bir işlem sayılırsa, diğer koşullar mevcut oldukça, talep bulunmaksızın yapılmış tesciller geçerli sayılacaktır. Talep bir tasarruf işlemi sayılırsa, talep bulunmaksızın yapılan tesciller hükümsüz olacak, talebin geçerli olmaması, tescilli sakatlayacaktır (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.202).

⁸⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, s.903; Ayan, s.78; Kılıç, s.4049. Yargıtay 14. HD'ne göre, "Türk Medeni Kanunu'nun 756. maddesindeki "Kaynaklar, arazinin bütünleyici parçası olup, bunların mülkiyeti ancak kaynadıkları arazinin mülkiyeti ile birlikte kazanılabilir. Başkasının arazisinde bulunan kaynaklar üzerindeki hak bir irtifak hakkı olarak tapu kütüğüne tescil ile kurulur" hükmü gereğince kaynak hakkı ancak tapuda resmi senet yolu ile davalı tapu malikinin rızası ile kurulabilir..."

nın kurulmasında, tescil için kaynak malikinin yazılı beyanının bulunması gerekirken, kurulmuş olan bağımsız ve sürekli nitelikteki kaynak hakkının ayrı bir sayfaya kaydedilmesi, kaynak malikinin beyanda bulunmasını gerektirmez⁸⁷.

Kaynak hakkının eşyaya bağlı irtifak biçiminde kurulması halinde, yetkili ve yükümlü taşınmazların her ikisinin de tapu sicilindeki sayfalarına tescilin yapılması gerekir⁸⁸. Kişisel irtifak şeklinde kurulan kaynak hakkında ise, yararlanılan taşınmaz söz konusu olmadığından, sadece kaynağın çıktığı yükümlü taşınmaza ait sayfaya tescil yapılır⁸⁹.

Kaynağın ait olduğu taşınmazda başka sınırlı ayni hakların bulunması halinde, bunlar arasındaki sıra ilişkisi, kuruluş zamanlarına göre tespit edilecektir⁹⁰. Sonradan kurulan kaynak hakkına, diğer sınırlı ayni haklar karşısında öncelik tanınmak isteniyor ise, bu hak sahiplerinin onayının alınması gerekir⁹¹. Buna karşın, daha önce kurulmuş olan sınırlı ayni hak sahiplerinin, kaynak hakkının kurulmasına muvafakat etmeleri aranmaz⁹².

Eşyaya bağlı irtifak biçiminde kurulan kaynak hakkının yetkili kişisi, yetkili taşınmazın maliki olan kişidir⁹³. Kişisel irtifak halinde ise, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, kaynak hakkının yetkili kişisi olabilecektir⁹⁴.

(Yarg. 14. HD, 19.01.2009, E. 2008/4058, K. 2009/173, <http://mevzuat.dominanthukuk.com.tr/icitihatt.php?id=166991>). Yargıtay HGK, "başkasının arazisindeki kaynaklardan istifade hakkını... tapu siciline kaydettirmemiş olduğu tahakkuk etmesine göre, hüsnü niyet sahibi olduğu takdirde üçüncü şahıs tarafında bulunan dava olunana karşı davacının bu hakkı dermeyer edebilmesine cevaz yoktur" şeklinde bir karar vermiştir (Yarg. HGK, 937-474 sayılı kararı, **İmre**, s.75'ten naklen). Başka bir Yargıtay kararına göre, "Özel sulardan öteden beri yararlanma, irtifak hakkı tesis edilmedikçe kullanana ayni (nesnel) veya şahsi (kişisel) bir hak bahşetmez. Davacıların tapu maliklerinin müsamahası (hoşgörüsü) ile suyu öteden beri kullanmaları, davalıların kendi ihtiyaçları için su üzerinde eski uygulamayı değiştirmek biçimindeki tasarruflarına engel olmaz" (Yarg. 3. HD, 13.05.1991, E. 1991/9079, K. 1991/497, **Yavuz**, s.1954). Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, 29.05.1990, 8639/4949 (**Yavuz**, s.1954). Yine 3. HD'nin bir kararına göre, "Tapulu taşınmazdan çıkan kaynak suyunun özel su sayılabilmesi o suyun miktarının çıktığı taşınmazın sınırlarını aşmayacak ölçüde az olmasına bağlıdır. Davalılar lehine kurulmuş ve tescil edilmiş irtifak hakkı yoksa, kadim hakka dayansalar bile özel sudan yararlanamazlar" (Yarg. 3. HD, 10.10.1994, E. 1994/11859, K. 1994/113094, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 30.03.2015).

⁸⁷ **Yazman**, s.200.

⁸⁸ **Arseven**, s.35; **Yazman**, s.200; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.903; **Berki/Çumralı**, s.58; **Belgesay**, s.237; **Ayan**, s.78.

⁸⁹ **Ayan**, s.78; **Yazman**, s.200; **Arseven**, s.35; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.903; **Belgesay**, s.237.

⁹⁰ **İmre**, s.79; **Yazman**, s.200; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.903; **Bertan**, s.1556.

⁹¹ **Yazman**, s.200.

⁹² **Yazman**, s.200.

⁹³ **Yazman**, s.200.

⁹⁴ **Köprülü/Kaneti**, s.172; **Yazman**, s.200.

Kaynak hakkı, hukuki işlem dışında, olağan zamanaşımı, kamulaştırma, mahkeme kararı, miras, cebri icra gibi yollardan da kazanılabilir⁹⁵. Buna karşın, kaynak hakkı, işgal veya olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılamaz⁹⁶.

IV. KAYNAK HAKKININ İÇERİĞİ VE HÜKÜMLERİ

Kaynak hakkının içeriğinin, kaynak suyunun *alınması* ve *akıtılmasına* ilişkin olduğu, TMK m.837 hükmünde ifade edilmiştir⁹⁷. Sadece suyun akıtılması için kurulacak olan bir irtifak hakkı, kaynak değil, mecra irtifakı olmaktadır⁹⁸.

TMK m.837 hükmü, tarafların anlaşma yapabilecekleri unsurların, kaynak suyunun alınması ve bu suyun başka yere akıtılması olduğunu öngörmektedir⁹⁹. Böylece taraflar, anılan kapsamda kaynak hakkının içeriğini; kaynak suyunun tümünün mü hakkın kapsamına dâhil olduğu, suyun ne kadarının alınacağı, malikin de kullanma hakkına sahip olup olmadığı, gibi hususları ayrıntılı olarak irtifak sözleşmesinde düzenleyebilirler¹⁰⁰. Bundan başka, suyun alınması için gereken tesisatlar, akıtılması için kurulacak olan mecralar, bunların bakım ve onarım zamanları gibi hususlar da sözleşmeye konulacak hükümlerle düzenlenebilir¹⁰¹. Tarafların anılan hususlarda ayrıntılı bir düzenleme yapmaları, daha sonra ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların önüne geçilebilmesi bakımından yerinde olacaktır¹⁰².

TMK m.787/1'e göre, "İrtifaktan doğan yetki ve yükümlülükleri açıkça belirlediği ölçüde tescil, irtifakın kapsamını belirlemede esas oluşturur". Böylece, sözleşmenin içeriği, tescil esas alınarak belirlenecektir. Kaynak hakkının kurulmasına ilişkin olan ve resmi şekilde düzenlenen kaynak irtifakı sözleşmesinde yer alan hükümler, aynı etki taşırlar¹⁰³.

⁹⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s.903; Ayan, s.79; Kılıç, s.4049.

⁹⁶ İmre, s.78. Buna karşın bir görüş, kaynak hakkının olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılabileceğini ileri sürmektedir (Ayan, s.79).

⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.872; Köprülü/Kaneti, s.174; Yazman, s.201; Karahasan, s.165; Esener/Güven, s.394; Akipek/Akıntürk, s.715. 743 sayılı MK'nın kaynak hakkını düzenleyen 752. maddesi "suyun alınması veya akıtılması" şeklinde idi. Doktrinde, irtifak hakkı sahibine, suları alma veya bunları kendi arsasına akıtabilme seçimi hakkının tanınmış olduğu şekilde bir düşünce ileri sürülmüştür (Saymen/Elbir, 497). Buna karşın bir görüş, anılan maddede geçen "veya" ifadesinin "ve" olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiş idi (Bertan, s.1553).

⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.523, dn. 1092.

⁹⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s.903; Karahasan, s.165.

¹⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; Yazman, s.201; Gürsoy/Eren/Cansel, s.904; Kılıç, s.4048; Akipek/Akıntürk, s.716; Köprülü/Kaneti, s.174; Abik, s.81; Ayan, s.78.

¹⁰¹ Köprülü/Kaneti, s.174; Yazman, s.201.

¹⁰² Bertan, s.1554.

¹⁰³ Köprülü/Kaneti, s.177.

Eşyaya bağlı irtifak olarak kurulmuş bir kaynak hakkı söz konusu olup, sözleşmede suyun sadece yetkili taşınmazın ihtiyaçları için kullanılacağı belirtilmişse, kaynak hakkı sahibi, suyu başkasına veremez¹⁰⁴. Sözleşmede, belirtilen türde bir kayıt yoksa kaynak hakkı sahibi, su üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilecektir¹⁰⁵.

Kaynak hakkı sahibi, kaynak suyunun alınması ve akıtılması için gerekli olan tesisatları¹⁰⁶ yapma yetkisine sahiptir¹⁰⁷. İrtifak sözleşmesinde ayrıca belirtilmemiş olsa bile, yükümlü taşınmaz maliki, hak sahibinin gerekli tesisatları kurmasına izin vermek zorundadır¹⁰⁸. Bu tesisatları yapma yetkisi doğrudan kaynak hakkından doğduğu için, ayrıca bir üst hakkının kurulmasına da gerek yoktur¹⁰⁹. Tesisatların mülkiyeti, kaynak hakkı sahibine aittir¹¹⁰. Suyun akıtılması için yapılan tesisler ile kaynak hakkı arasındaki ilişki, inşaat ile üst hakkı arasındaki ilişki ile aynıdır¹¹¹. Bu halde, üst hakkında öngörülen inşaat mülkiyetine ilişkin düzenlemeler (TMK m.726), kıyasen kaynak hakkındaki suyu tutma ve akıtma tesisatları hakkında da uygulanır¹¹².

Kaynak hakkı sahibi, yaptığı tesisatların maliki olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.69'a (818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) m.58) göre sorumlu tutulabilecektir¹¹³. Bundan başka, kaynak hakkı sahibi, hakkını kullanırken, aynen taşınmaz maliki gibi, TMK m.737, m.738 hükümlerine uymak zorundadır¹¹⁴. Kaynak sularının korunmasına ilişkin hükümler de hak sahibinin uyması gereken kurallardandır¹¹⁵ (TMK m.757 vd.). Yükümlü taşınmaz

¹⁰⁴ Yazman, s.201.

¹⁰⁵ İmre, s.70; Yazman, s.201; Akgün, s.66.

¹⁰⁶ Kaynak suyunu tutmak için havuz inşa etmek, boru döşemek, tesisat kapsamında yer alır (Berki/Çumralı, s.59). Bir Yargıtay kararına göre, "Başkasının taşınmaz malı üzerinde bulunan kaynak hakkı, hak sahibine yükümlü arazi üzerinde su yolu kurmak yetkisini verir" (Yarg. 6. HD, 11.07.1963, E. 1963/1646, K. 1963/3406 (Doğrusöz, s.356)).

¹⁰⁷ İmre, s.75; Köprülü/Kaneti, s.175; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; Gürsoy/Eren/Cansel, s.904; Abik, s.81; Karahasan, s.164; Kılıç, s.4048; Esener/Güven, s.402; Bertan, s.1557; Berki/Çumralı, s.58-59; Akipek/Akıntürk, s.716; Gücün, s.463.

¹⁰⁸ Köprülü/Kaneti, s.175.

¹⁰⁹ Köprülü/Kaneti, s.173; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; Ayan, s.79; Gürsoy/Eren/Cansel, s.905; Kılıç, 4049.

¹¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; Gürsoy/Eren/Cansel, s.905; Karahasan, s.165; Kılıç, s.4049; Bertan, s.1558; Akipek/Akıntürk, s.718; Köprülü/Kaneti, s.173. Akipek, kaynak irtifakının içeriğinde adeta kanundan doğan bir üst hakkı ile mecra hakkının bulunduğunu ifade etmiştir (Akipek/Akıntürk, s.718). Belgesay, anılan tesisatların da bütünlüycü parça kuralı gereği yükümlü taşınmazın malikine ait olacağını belirtmiştir (Belgesay, s.237).

¹¹¹ Köprülü/Kaneti, s.173.

¹¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; Gürsoy/Eren/Cansel, s.905; Ayan, s.79; Kılıç, s.4049.

¹¹³ Gürsoy/Eren/Cansel, s.905; Yazman, 206; Ayan, s.80; Bertan, s.1559.

¹¹⁴ Bertan, s.1559.

¹¹⁵ Bertan, s.1559.

maliki, hak sahibinden, hakkına uygun şekilde hareket etmesini talep edebilir¹¹⁶. Kaynak hakkının aşırı kullanılması halinde, TMK m.683 hükmüne göre gerekli tedbirlerin alınması için dava açabilecektir¹¹⁷. Buna karşın, malikin, üst hakkından farklı olarak (TMK m.831), aşırı kullanma nedeniyle kaynak hakkının kendisine devrini isteyemeyeceği ifade edilmiştir¹¹⁸.

Hak sahibi, sözü geçen tesisatların kontrolü, bakım ve onarımları amacıyla kaynağın bulunduğu taşınmaza girme yetkisine de sahiptir¹¹⁹. Yükümlü taşınmaz maliki, hak sahibinin bu yetkilerini kullanmasına katlanmak ve hakkın kullanılmasını engelleyen davranışlardan kaçınmak zorundadır¹²⁰.

Tesislerin bakım ve onarımı, suyun biriktirilip akıtılması giderleri, kaynak hakkı sahibine aittir¹²¹. Bununla birlikte, kaynak maliki, TMK m.790/2 hükmüne kıyasen, anılan tesisatlardan yararlandığı oranda bakım masraflarına katlanacaktır¹²².

Kaynak hakkı, ölçü ile belirlenebilen bir irtifak hakkıdır. İrtifak sözleşmesinde bir ölçü kararlaştırılmamışsa ve genel hükümlere göre bir belirleme yapılır ise; eşyaya bağlı irtifak halinde yetkili taşınmazın ihtiyaçları (TMK m.785/1, 788), kişisel irtifak halinde ise yetkilinin ihtiyaçları (TMK m.838/2) göz önünde bulundurularak bir ölçü tespit edilecektir. Buna karşın, kaynak hakkının özelliği, böyle bir ölçünün belirlenmemiş olması durumunda dahi hakkın kapsamının, yetkili kişinin veya taşınmazın ihtiyaçları ile sınırlanmamasındadır¹²³. Ölçü, suyun veriminin 1/2'si şeklinde nispi olarak belirlenmişse, verimin azalıp çoğalmasına göre, kaynak hakkı sahibinin yararlanacağı su miktarı değişecektir. Sabit bir miktarın belirlenmesi durumunda ise, verim artsa da azalsa da aynı miktar sudan yararlanılacak; verimin azalması halinde yetkilinin hakkını tam olarak kullanması, TMK m.788'e göre fazla bir yük sayılmayacaktır¹²⁴.

¹¹⁶ Ayan, s.80.

¹¹⁷ Ayan, s.80.

¹¹⁸ Ayan, s.80.

¹¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; Yazman, s.202; Gürsoy/Eren/Cansel, s.904; Karahasanoğlu, s.164; Kılıç, s.4049; Bertan, s.1557; Akipek/Akıntürk, s.716.

¹²⁰ Esener/Güven, s.395, 403; Gürsoy/Eren/Cansel, s.904; Karahasanoğlu, s.164; Ayan, s.80; Ertaş, s.509.

¹²¹ Köprülü/Kaneti, s.176; Gürsoy/Eren/Cansel, s.905; Ertaş, s.509; Karahasanoğlu, s.166; Ayan, s.80; Akipek/Akıntürk, s.718.

¹²² Karahasanoğlu, s.166; Yazman, s.202; Gürsoy/Eren/Cansel, s.905; Bertan, s.1559; Akipek/Akıntürk, s.718; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, s.663; Köprülü/Kaneti, s.176; Ayan, s.80.

¹²³ Yazman, s.202-203.

¹²⁴ Yazman, s.203. Bu durumda kaynak maliki zorunlu su ihtiyacı içine düşse de bu halde clausula rebus sic stantibus olanağı söz konusu olmayacağı gibi, malik komşu sayılmadığından, zorunlu kaynak hakkından da yararlanamayacaktır (Yazman, s.203).

İrtifak sözleşmesinde bir ivazın kararlaştırılması halinde, bu sözleşmenin bir satım sözleşmesi olarak değil, isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir¹²⁵. Hak sahibinin karşı ediminin aynı etkisinin olmadığı; malikin, bu karşı edimi aynı teminat altına almak istemesi halinde, ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmiş olan kaynak hakkı üzerinde kendi lehine taşınmaz yükü veya ipotek kurabileceği ifade edilmiştir¹²⁶. Yükümlü taşınmaz maliki, bu teminatlar sağlanmadıkça, tescil beyanında bulunmamak suretiyle de kendini güvence altına almış olur¹²⁷. İrtifak sözleşmesinin ivazsız kurulması halinde, bu sözleşmenin hukuki niteliğinin ne olacağı, bir bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, tartışmaya neden olacak bir husustur.

Kaynak hakkı sahibinin karşı edimi genellikle bir miktar para olup, bu edim bir defada ödenebileceği gibi, belirli sürelerle (periyodik biçimde) ödenmesi de kararlaştırılabilir¹²⁸. Kaynak malikinin tescil talebinde bulunmasının istenebilmesi için, irtifak sözleşmesinde yer alan ivazın ifa edilmiş veya ifasının teklif edilmiş olması gerekir¹²⁹. Karşı edimini ifa eden hak sahibi, kaynak malikinin tescil talebinden kaçınması halinde, TMK m.716 hükmüne dayanarak tescilin yapılmasını sağlayabilir¹³⁰.

İrtifak sözleşmesinin belirli bir süre için veya kanunda bir üst sınır belirtilmediğinden süresiz olarak yapılabileceği¹³¹; ancak geciktirici veya bozucu koşula¹³² bağlı olarak yapılamayacağı belirtilmiştir¹³³. Kanaatimizce, teorik bakımdan kaynak irtifakı sözleşmesinin geciktirici veya bozucu koşula bağlanmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Buna karşın, tescil talebinin şarta bağlanamayacağı hususunda, Tapu Sicili Tüzüğü (TST)¹³⁴ hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Yürürlükten kaldırılmış bulunan

¹²⁵ **Yazman**, s.203. Yazara göre, kaynak hakkı sahibinin karşı edimi, irtifak sözleşmesi için bir esaslı nokta (essentiale negotii) niteliğinde değildir (**Yazman**, s.203).

¹²⁶ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.904.

¹²⁷ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.904.

¹²⁸ **İmre**, s.75; **Yazman**, s.203-204; **Bertan**, s.1556.

¹²⁹ **Yazman**, s.204.

¹³⁰ **Yazman**, s.204.

¹³¹ **Feyzioğlu/Doğanay/Aybay**, s.203.

¹³² Tarafların, yaptıkları işlemin tümünün veya bir kısmının hüküm doğurmasını, gelecekteki bir olgunun gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine bağladıkları durumlarda, *geciktirici* koşulun varlığından bahsedilir. *Bozucu* koşul ise, tarafların, yaptıkları işlemin hükümlerinin tamamının veya bir kısmının son bulmasını ilerideki bir olgunun gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine bağladıkları hallerde söz konusu olur (**Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.484).

¹³³ **Yazman**, s.204.

¹³⁴ RG, 17.08.2013, 28738, <http://tkgm.gov.tr/icerik/tapu-sicili-tuzugu>.

Tapu Sicili Nizamnamesi, kesin bir biçimde, tescil talebinin kayıt ve şarta tabi tutulamayacağını öngörmekteydi¹³⁵. 2013/5150 sayılı TST m.16/2 hükmüne göre ise, “İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz”. Bu düzenlemenin ifadesinden, tescili bozmayan veya hükümsüz hale getirmeyen koşulların, tescil talebine bağlanabileceği gibi bir anlam çıkarılabilir. Buna karşın, her halde geciktirici veya bozucu koşulun gerçekleşmesinin tescilin bozulmasına neden olacağı, bu yüzden de anlam değişikliğine rağmen, yeni düzenlemede de tescil talebinin hiçbir koşula bağlı tutulamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁶.

Eşyaya bağlı irtifak biçiminde kurulmuş olan kaynak hakkı, yetkili taşınmaza bağlı olduğundan, bundan ayrı olarak devredilemez; ancak taşınmazın devredilmesi veya miras yoluyla intikali halinde başkasına geçebilir¹³⁷. Kişisel irtifak halinde kurulan kaynak hakkı ise, üst hakkı gibi ve fakat diğer kişisel irtifaklardan farklı olarak, aksinin kararlaştırılmadığı hallerde, başkasına devredilebilir ve mirasçıya geçer¹³⁸ (TMK m.837/2). Esas olan, kaynak hakkının devredilebilir olmasıdır¹³⁹. Hakkın kapsamı, hak sahibinin kişisel ihtiyaçlarına göre tespit edilmediğinden, devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış olması durumunda dahi, hakkın *kullanılması* için başkasına yetki verilebilir¹⁴⁰.

Kaynak hakkı sahibi, suyu alma yetkisine dayanarak kendi hâkimiyet alanına geçirdiği suyun¹⁴¹ ve kaynağın akıtılması için yapılmış olan tesisatların malikidir¹⁴². Bu yetkiler, doğrudan doğruya kaynak hakkından doğan yetkililerdir (adminicula servitutis). Kaynak hakkının kurulmasından önce bulunan tesisatların mülkiyeti kaynak hakkı sahibine ait olmamakla birlikte, onları kullanma hakkına sahiptir ve bunların bakım ve onarımı da ona düşer¹⁴³.

Üst hakkından farklı olarak, kaynak hakkı sahibi, kaynak üzerinde herhangi bir mülkiyet kazanmaz¹⁴⁴. Tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmesi halinde de kaynak hakkı, sadece tapu sicili hukuku bakımından bir taşınmaz

¹³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.200, dn. 622.

¹³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.201, dn. 622.

¹³⁷ Köprülü/Kaneti, s.175; Yazman, s.204; Gürsoy/Eren/Cansel, s.905-906; Karahasan, s.166; Ayan, s.80.

¹³⁸ Ayiter, s.166; Gürsoy/Eren/Cansel, s.905; Köprülü/Kaneti, s.175; Yazman, s.205; Karahasan, s.164; Karahasan, s.166; Fezioğlu/Doğanay/Aybay, s.202; Akipek/Akıntürk, s.717; Ayan, s.78.

¹³⁹ Akipek/Akıntürk, s.717.

¹⁴⁰ Bertan, s.1558; Yazman, s.205.

¹⁴¹ Akipek/Akıntürk, s.716; Köprülü/Kaneti, s.173.

¹⁴² İmre, s.75; Yazman, s.205; Bertan, s.1553.

¹⁴³ Yazman, s.205.

¹⁴⁴ Köprülü/Kaneti, s.176; Ayan, s.79.

niteliği kazanacak olup, irtifak hakkı niteliği devam edeceğinden kaynak, bulunduğu arazinin bütünleyici parçası niteliğini korur, kaynak hakkı niteliğindeki taşınmazın bütünleyici parçası haline gelmez¹⁴⁵. Kaynak, çıktığı arazinin malikinin mülkiyetinde kalır¹⁴⁶.

Kaynaklar bakımından özel hükümlerle düzenlenmeyen konularda, irtifaklara ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁷. Nitekim yararlanan veya yükümlü taşınmazın bölünmesi durumunda, taşınmaz lehine irtifak hakkına ilişkin olan hükümler uygulanacaktır. Yararlanan taşınmazın bölünmesi halinde, bu taşınmaz lehine kurulmuş bulunan kaynak hakkı, aynı kapsamda kalmak üzere, her parsel yararına devam edecektir (TMK m.792/1). Bunlardan biri dışında diğerlerinin bir menfaati kalmamış olsa da kaynak hakkı tam kapsamıyla devam edecektir. Kaynak maliki, taşınmazın bölünmesi sonucu, kaynak hakkının da yetkili taşınmazlar yararına bölünmesini talep edebilmelidir¹⁴⁸. Yükümlü taşınmazın parsellere bölünmesi durumunda da kural, irtifak hakkının her parsel üzerinde devam etmesidir (TMK m.793/1). Zira irtifak bölünmez bir haktır¹⁴⁹. Buna karşın, TMK m.793/2 hükmüne göre, “Ancak, irtifak hakkı belirli parseller üzerinde kullanılmıyorsa, durum ve koşullara göre de kullanılamayacaksa, bu parsellerin maliklerinden her biri, kendi taşınmazı üzerindeki irtifak hakkının terkinini isteyebilir”. Kaynak hakkının kullanılma alanı da kaynakla sınırlı olduğundan, bölünme sonucu kaynağın bulunmadığı kısımlardan hakkın terkinini talep edilebilecektir¹⁵⁰. Bunun üzerine tapu sicil memuru, istemi irtifak hakkı sahibine bildirir ve onun bir ay içinde itiraz etmemesi halinde irtifak hakkını terkin eder (TMK m.793/3).

Kaynak hakkı sahibi, kaynağın kirlenmesine veya kesilmesine neden olan kişilere karşı, TMK m.757 hükmü uyarınca tazminat davası açabilecektir¹⁵¹.

¹⁴⁵ Yazman, s.205.

¹⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; Arseven, s.35; Saymen/Elbir, s.497; Elpe, Neziha, Eşya Hukuku, Ankara, 1966, s.26; Karahasan, s.164; Kılıç, s.4048; Akipek/Akıntürk, s.718; Köprülü/Kaneti, s.173.

¹⁴⁷ İmre, s.77; Yazman, s.206.

¹⁴⁸ Yazman, s.207.

¹⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.804. Yargıtay da bir kararında bu hususu vurgulamıştır: “Somut olayda olduğu gibi, yükümlü taşınmazın parsellenmesi halinde, irtifak hakkı her parsel üzerinde eskisi gibi kalacaktır. Diğer bir ifadeyle, yüklü taşınmazın bölünmesi sonunda meydana gelen bütün parsellerin irtifak hakkıyla yüklü kalması, asıldır. Burada, az yukarıda değinilen, irtifakın bölünmezliği prensibi söz konusudur. Böylece oluşan her parsel üzerinde irtifak hakkı sahibi, irtifak hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanabilecektir” (Yarg. HGK, 16.04.2008, E. 2008/18-317, K. 2008/332, <http://mevzuat.dominanthukuk.com.tr/ictihatt.php?id=143010>).

¹⁵⁰ Yazman, s.207.

¹⁵¹ Ertaş, s.509.

Ayrıca, kaynak, bir taşınmazın ihtiyacı için gerekli ise kaynak hakkı sahibi, anılan hallerde, TMK m.758 uyarınca eski halin iadesini talep edebilecektir¹⁵². TMK m.758'e göre, "Bir taşınmazda oturmak, onu işletmek veya bir yerin içme ya da kullanma suyunu sağlamak için gerekli olan kaynaklar kesilir ve kirletilirse, kaynağın olabildiği ölçüde eski duruma getirilmesi istenebilir. Bunlar dışında eski duruma getirme, ancak özel haller haklı gösterdiği takdirde istenebilir". Bu madde uyarınca eski halin iadesi sağlanamıyorsa, TMK m.757 hükmüne göre tazminat talep edilebilir. Buna göre, "Önemli ölçüde yararlanan veya yararlanmak amacıyla suyu biriktirilen kaynakları veya kuyuları kazı, yapı veya benzeri faaliyetler yüzünden kısmen olsun keserek ya da kirleterek malikine veya onda hak sahibi olana zarar veren kimse, bu zararı gidermekle yükümlüdür". Tazminat talebi, zarar verenin kusuruna bağlanmamış olmakla birlikte¹⁵³, zarar verenin kusurunun olmaması halinde tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği, hâkimin takdirine bırakılmış olur¹⁵⁴ (TMK m.757/2).

V. BAĞIMSIZ VE SÜREKLİ NİTELİKTEKİ KAYNAK HAKKININ TAPU KÜTÜĞÜNE TAŞINMAZ OLARAK KAYDI

A. Genel Olarak

Kişisel irtifak biçiminde kurulan kaynak hakkına daha fazla tedavül yetkisi ve yetkilisine daha kapsamlı bir tasarruf olanağı tanımak için kanun, birtakım koşulların gerçekleşmesi durumunda, üst hakkında olduğu gibi, kaynak hakkının da bir taşınmaz gibi tapu siciline kaydedilebileceğini öngörmüştür (TMK m.837/3)¹⁵⁵. Bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş (sürekli) bir kaynak hakkının bulunması ve bu hakkın bağımsız bir sayfaya kaydının talep edilmesi, kaynak hakkının taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya tescil edilebilmesinin koşullarını oluşturur¹⁵⁶.

¹⁵² Ertaş, s.509.

¹⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.524; Ertaş, s.509.

¹⁵⁴ Ertaş, s.509.

¹⁵⁵ Yazman, s.207. Aynı yönde bkz. İmre, s.71. Belirtelim ki, doktrinde bir görüş, bağımsız ve sürekli nitelikte olan kaynak hakkını TMK m.837 anlamında "kaynak hakkı" olarak nitelendirmekte, TMK m.756 gereğince kaynak üzerinde kurulan irtifak hakkını ise alelade irtifak hakkı olarak nitelendirmektedir (Akgün, s.88; Akipek/Akıntürk, s.715). Bu görüşe göre, kaynak hakkı, hak sahibine irtifak hakkından daha geniş bir yararlanma ve tasarruf olanağı sağlar (Akgün, s.88-89). Benzer görüşte olan Akipek/Akıntürk, ise, kaynak hakkını, devredilebilen ve devredilemeyen kaynak hakkı olarak ayırmakta; devredilebilen kaynak hakkının da kendi içerisinde bağımsız ve sürekli kaynak hakkı ve tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli kaynak hakkı olarak ayrıldığını belirtmektedir (Akipek/Akıntürk, s.717).

¹⁵⁶ Yazman, s.207.

B. Koşulları

1. Bağımsız ve Sürekli Nitelikte Bir Kaynak Hakkının Tescil Edilmiş Olması

Kaynak hakkının bağımsız olmasının anlamı, kaynak hakkının ne bir yetkili taşınmaz ne de münhasıran belirli bir kişi lehine kurulmuş olmasıdır¹⁵⁷. Bir hak üzerinde serbestçe tasarruf edilebiliyor, malvarlığında bizzat bir varlık olarak bulunuyorsa ve devredilmesi olanaklı ise, o hakkın bağımsız olduğu kabul edilir¹⁵⁸.

Kaynak hakkının devrinin, belirli bir kişi topluluğu ile sınırlandırılması veya devir halinde, kaynak hakkı üzerinde rehin hakkı kurulamayacağına kararlaştırılmış olması, bağımsızlık niteliğini etkilemez¹⁵⁹.

TMK m.837/3'e göre, kaynak hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilmesi için, kaynak hakkının bağımsız nitelikte olmasından başka, en az otuz yıl için kurulmuş olması koşulunu da aramaktadır. 743 sayılı MK'nın aynı hususu düzenleyen 752/3 hükmü, "en az otuz yıl için kurulmuş ise" yerine "daimi bir mahiyeti haiz ise" ifadesini kullanmış idi. Kaynak hakkının sürekli olması gerektiği şeklinde anlaşılan bu ifadenin, "daimilik" anlamını taşımadığı belirtilmiştir¹⁶⁰. Ayrıca, süreklilik niteliğinin kuşkuya yer vermeden belirlenebilmesi için, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi en az otuz yıllık bir sürenin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmişti¹⁶¹. 743 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde bir başka görüş ise, MK'nın, üst hakkı bakımından öngördüğü, "en az yirmi yıl için tesis edilmişse sürekli nitelikte sayılır" düzenlemesinin, kaynak irtifakı için de uygulanabileceğini ileri sürmüştü¹⁶².

Kaynak üzerinde bir irtifak hakkının kurulması, tapu kütüğüne tescil ile mümkündür (TMK m.756/2). Yükümlü taşınmazın tapu kütünde kayıtlı bulunduğu sayfada tescil edilmiş bir kaynak hakkının bulunması, bu hakkın ayrı bir sayfaya tescil edilebilmesinin ilk koşuludur¹⁶³.

Kaynak üzerinde irtifak hakkı tesis edildikten sonra, bu hak bağımsız ve sürekli bir nitelik kazanırsa, ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak tescil edilebileceği belirtilmiştir¹⁶⁴.

¹⁵⁷ İmre, s.70; Yazman, s.208; Akgün, s.87. Aynı yönde bkz. Gücün, s.463. Üst hakkı bakımından, başkasına devredilebilme özelliğini taşıyan üst hakkı, bağımsız bir kişisel irtifaktır (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.859).

¹⁵⁸ İmre, s.71.

¹⁵⁹ Yazman, s.208.

¹⁶⁰ İmre, s.72; Yazman, s.209.

¹⁶¹ İmre, s.72-73.

¹⁶² Hatemi/Serozan/Arpacı, s.708.

¹⁶³ Yazman, s.208; Saymen/Elbir, s.498.

¹⁶⁴ Saymen/Elbir, s.498.

2. Kaynak Hakkının Ayrı Bir Sayfaya Kaydının Talep Edilmesi

Bağımsız ve sürekli nitelikte olan kaynak hakkının tapu kütüğüne tescili, hak sahibinin yazılı istemi olmadan yapılamaz¹⁶⁵ (TST m.10, 16). Hak sahibinin talebi yeterli olup, yükümlü taşınmaz malikinin veya diğer sınırlı aynı hak sahiplerinin muvafakatine gerek yoktur¹⁶⁶. Zira irtifak hakkı için bağımsız bir sayfa açılması, bu kişilerin zarar görmesine yol açmaz¹⁶⁷.

Kaynak hakkının ayrı bir sayfaya kaydedilmesi, hakkın, diğer sınırlı aynı haklarla olan sıra ilişkisine etki etmez. Kaynak hakkının kurulması sırasında, yetkilinin, hakkın ayrı sayfaya kaydını talep hakkından feragat etmesi geçerlidir¹⁶⁸.

Kaynak hakkının içeriği, yükümlü taşınmaz sayfasına yapılan tescile göre belirlenir. Ayrı sayfaya kaydedilen kaynak hakkının içeriği, yükümlü taşınmazın sayfasına yapılan tescildekinden farklı ise, iyiniyetli üçüncü kişi ayrı sayfadaki kayda dayanamaz; ancak TMK m.1007'ye göre tazminat talebinde bulunabilir¹⁶⁹.

C. Hüküm ve Sonuçları

Taşınmaz olarak tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilen kaynak hakkı, bağımsız bir taşınmaz eşya gibi işlem göreceğinden¹⁷⁰, taşınmaz eşya ile ilgili olan hükümler, niteliği ile bağdaştığı ölçüde kıyasen bağımsız ve sürekli nitelikteki kaynak hakkı için de uygulanacaktır¹⁷¹.

Kaynak hakkı, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilmekle, irtifak hakkı niteliğini yitirmemekte; ancak hak sahibi, dışı karşı bir malik gibi görünmektedir¹⁷². Esasında, bu nitelikteki kaynak hakkı hukuki anlamda bir eşya olmadığı gibi, kaynak hakkı sahibi de malik değildir. Kanun bu hususlarda birer fiksiyona dayanmaktadır¹⁷³. Bu faraziyeye rağmen kaynak hakkı-

¹⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.161; İmre, s.73; Yazman, s.210; Gücün, s.463.

¹⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.161; Yazman, s.210. Buna karşın, doktrindeki bir görüş, tarafların anlaşması üzerine kaynak irtifakının ayrı sayfaya taşınmaz olarak tescil edilebilir (Saymen/Elbir, s.498).

¹⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.161.

¹⁶⁸ Yazman, s.210.

¹⁶⁹ Yazman, s.211.

¹⁷⁰ İmre, s.73; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.523; Ayiter, s.166; Aybay/Hatemi, s.267; Karahasan, s.166; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, s.203; Ayan, s.78. Bertan, taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olsa da kaynak hakkının, İcra İflas Kanunu m.85'e göre menkul gibi işlem göreceğini belirtmektedir (Bertan, s.1559).

¹⁷¹ Yazman, s.211.

¹⁷² Saymen/Elbir, s.498; Yazman, s.211.

¹⁷³ Yazman, s.211. İmre burada, hak sahibinin, mülkiyet hakkına benzeyen geniş bir tasarruf hakkına sahip olduğunu belirtmektedir (İmre, s.69, Aynı yönde bkz. Akgün, s.87). Arseven ise, burada hak sahibinin, aynen bir malik gibi hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu ifade etmiştir (Arseven, s.35. Aynı yönde bkz. Belgesay, s.237).

nın hukuki niteliği değişmediğinden, ayrı sayfaya kaydedilmiş olan kaynak hakkı, yükümlü taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni haklar ile sıra ilişkisi içinde olup, kaynak hakkının terkinin gündeme gelebilir¹⁷⁴. Bundan başka, mülkiyet hakkı belirli bir süre ile sınırlı olmamasına karşın kaynak hakkı, bir süre ile sınırlandırılabilir. Bu fiksiyonun amacı, kaynak hakkı üzerinde kurulabilecek haklar ve yükümler bakımından taşınmaz eşya ile ilgili kuralların uygulanabilmesini sağlamaktır¹⁷⁵. Nitekim kaynak hakkının devrini öngören sözleşmeler, taşınmaz mülkiyetinin devrinde olduğu gibi resmi şekilde yapılmalı ve tapu siciline tescil edilmelidir¹⁷⁶. Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku bakımından da ayrı sayfada kayıtlı bulunan kaynak hakkı, bir taşınmaz eşya gibi işlem görür¹⁷⁷. Taşınmaz eşya niteliğindeki kaynak hakkı lehine ve aleyhine sınırlı ayni hak tesisi de mümkündür¹⁷⁸. Kaynak hakkı üzerine kurulacak olan sınırlı ayni haklar ile kaynak hakkının yükümlü kıldığı taşınmaz üzerinde kurulan sınırlı ayni haklar, birbirleri karşısında bağımsızdırlar¹⁷⁹.

Kaynak hakkının tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmesinin, tapu siciline güven ilkesi sonucu, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından da önemli olduğu belirtilmiştir¹⁸⁰.

VI. KAYNAK HAKKININ SONA ERMESİ

Kaynak hakkının sona ermesi konusu da kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Genel olarak, eşyaya bağlı irtifakı sona erdiren nedenler, kaynak hakkının da sona ermesine neden olur¹⁸¹.

Kaynak hakkı, eşyaya bağlı irtifak olarak kurulmuş olması halinde, yükümlü veya yetkili taşınmazın yok olmasıyla; kişisel irtifak olarak kurulması durumunda ise, yükümlü taşınmazın yok olması ile sona erer¹⁸² (TMK m.783). Bir görüşe göre, bu sona erme hallerinde, kaynak hakkının son bulması için, hakkın tapu sicilinden terkin edilmesi gerekir (TMK m.1026)¹⁸³. Buna karşın, bizim de katıldığımız görüşe göre, yükümlü veya yetkili taşınmazın ortadan

¹⁷⁴ Yazman, s.212. Aynı yönde bkz. Saymen/Elbir, s.498; Gürsoy/Eren/Cansel, s.903.

¹⁷⁵ Yazman, s.212.

¹⁷⁶ İmre, s.73.

¹⁷⁷ Yazman, s.212.

¹⁷⁸ İmre, s.73; Yazman, s.213; Bertan, s.1559; Akgün, s.86; Gücün, s.463.

¹⁷⁹ Yazman, s.213.

¹⁸⁰ Yazman, s.213.

¹⁸¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; İmre, s.79; Yazman, s.213; Karahasan, s.165.

¹⁸² İmre, s.79; Yazman, s.214; Gürsoy/Eren/Cansel, s.906; Ayan, s.80; Bertan, s.1560.

¹⁸³ Yazman, s.214.

kalkması halinde irtifak hakkı kendiliğinden sona erer, tapu kütüğü sayfasında yapılacak olan terkin, sadece açıklayıcı bir rol oynayacaktır¹⁸⁴. Eşyaya bağlı irtifak şeklinde kurulmuş olan kaynak hakkının terkinini, her iki taşınmazın sayfasında; kişisel irtifak olarak kurulmuş olan kaynak hakkında ise, yükümlü taşınmaza ait sayfada yapılır¹⁸⁵. Kaynağın suyunun sürekli ve bir daha eski hale getirilemeyecek şekilde kesilmesi; yani yok olması halinde de yükümlü taşınmaz maliki TMK m.785 hükmüne dayanarak, hakkın terkinini talep edebilir¹⁸⁶.

Kaynak hakkı yetkilisi, hakkın terkinini her zaman talep edebilir (TMK m.1014). Bununla birlikte, kaynak hakkı, taşınmaz olarak tapu siciline kaydedilmiş ve üzerinde sınırlı aynı hak kurulmuşsa, terkin talebi için, bu hak sahiplerinin de muvafakatlerinin bulunması gerekir¹⁸⁷.

Mirasçıya geçmeyen bir kişiye bağlı kaynak hakkının söz konusu olması halinde kaynak hakkı, hak sahibinin ölümü halinde sona erecektir¹⁸⁸.

Kaynak hakkı için bir süre tespit edilmiş olup, süre sona ermişse, kaynak hakkı da sona erer¹⁸⁹. TMK m.1026/1 uyarınca yükümlü malik veya TMK m.1026/3 gereğince tapu memuru, maddi olarak sona ermiş olan hakkın tapu sicilinden terkinini talep edebileceklerdir¹⁹⁰. Bu terkinin işlevi açıklayıcıdır¹⁹¹.

Ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olan kaynak hakkı, tescil edilmiş olduğu yükümlü taşınmazın sayfasından terkin edilmedikçe, kaydedilmiş olduğu ayrı sayfanın kapatılması ile sona ermez¹⁹². Buna karşın, yükümlü taşınmazın sayfasından terkin edilen kaynak hakkı, ayrı sayfada kayıtlı kalsa dahi, bu kayıt artık hükümsüz olup, re'sen kaldırılması gerekir¹⁹³.

Yararlanan taşınmazın mülkiyeti ile yükümlü taşınmazın mülkiyetinin aynı kişide birleşmesi halinde ise, kaynak hakkı kendiliğinden sona ermez¹⁹⁴.

¹⁸⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.796.

¹⁸⁵ Yazman, s.214.

¹⁸⁶ Bertan, s.1560; Yazman, s.214; Gürsoy/Eren/Cansel, s.906; Akgün, s.91.

¹⁸⁷ Yazman, s.213.

¹⁸⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873; Ayan, s.80; Karahasan, s.165.

¹⁸⁹ Yazman, s.214; Akgün, s.90; Ertaş, s.509.

¹⁹⁰ Yazman, s.214; Akgün, s.90.

¹⁹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.797.

¹⁹² Yazman, s.214. Buna karşın, yükümlü taşınmazın sayfasından terkin edilen kaynak hakkı, ayrı sayfada kayıtlı kalsa dahi, bu kayıt artık hükümsüz olup, re'sen kaldırılması gerekir (Yazman, s.214).

¹⁹³ Yazman, s.214; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.873, dn. 497.

¹⁹⁴ Ayan, s.80.

Hak sahibinin mülkiyetinde olan tesisatları, hak sahibi, kaynak hakkının sona ermesinden sonra sökülüp alma hakkına sahiptir¹⁹⁵. Bununla birlikte, kaynağın bulunduğu taşınmazın malikinin, belirli bir tazminat karşılığında, mevcut tesisatın yerinde kalmasını sağlayabilir¹⁹⁶.

SONUÇ

Düzensiz kişisel irtifaklar arasında yer alan kaynak hakkı, hak sahibine, başkasının arazisindeki kaynağın sularını almak ve kendi arazisine akıtmak yetkisini sağlayan bir irtifak hakkıdır. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başkasına devredilebilen ve mirasçıya geçen kaynak hakkı, bu özelliği ile diğer kişisel irtifak haklarından farklı bir niteliğe sahiptir.

Kaynak hakkının kazanılması, üst hakkında olduğu gibi, kanunda açıkça düzenlenmiş bir konu değildir. Bu halde, eşyaya bağlı irtifakların kazanılması hükümleri uyarınca, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler, kıyasen burada da uygulama alanı bulacaktır.

Kaynak hakkı, kaynak suyunun alınması ve başka yere akıtılmasına ilişkin olup, taraflar bu kapsamda, kaynak irtifakı sözleşmesinin içeriğini oluşturabileceklerdir. Kaynak hakkının içeriği, tescil esas alınarak belirlenir. Kaynak hakkının kurulmasına ilişkin olan ve resmi şekilde düzenlenen kaynak irtifakı sözleşmesinde yer alan hükümler, aynı etki taşırlar.

Kaynak irtifakının kurulmasına ilişkin sözleşmenin, aynı hakkın kazanılması için gerekli olan tescil talebinin şarta bağlanıp bağlanamayacağı hususu, özellik arz eden ve tartışma yaratan bir husustur. Kanaatimizce, tescil talebi geciktirici şarta bağlanamazsa da bozucu koşula bağlanabileceği düşüncesine, TST hükmüne rağmen olumlu bakılmalıdır.

Paylı mülkiyete konu bir taşınmazın bulunması halinde, pay üzerinde bir sınırlı aynı hakkın kurulabilmesi, bunun kullanılmasının, paydaşların eşyayı ortaklaşa kullanmalarını sınırlamaması halinde mümkün olacağından, kanaatimizce, pay üzerinde kaynak hakkı kurulamaz.

Kaynak hakkı sahibi, kaynak suyunun alınması ve başka yere akıtılması için gerekli olan tesisatları yapma yetkisine sahip olur ve bunların mülkiyetini de kendisi iktisap eder. Tesisatların maliki olması nedeniyle kaynak hakkı sahibinin, malikin sorumluluğuna ilişkin olarak getirilmiş olan bazı hükümlere göre sorumluluğu doğabilecektir.

¹⁹⁵ Karahasan, s.166; İmre, s.80; Kılıç, s.4049; Akgün, s.91; Köprülü/Kaneti, s.177.

¹⁹⁶ İmre, s.80; Köprülü/Kaneti, s.177; Kılıç, s.4049.

Kaynak hakkına ilişkin düzenlemelerin yetersiz kaldığı hallerde, kanunda aksi belirtilmedikçe ve kaynak hakkının amacına aykırı düşmediği ölçüde, eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin genel hükümler kıyasen uygulanabilecektir. Nitekim yararlanan veya yükümlü taşınmazın bölünmesi durumunda, taşınmaz lehine irtifak hakkına ilişkin olan hükümler, kaynak hakkı bakımından da geçerli olur.

Bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş (sürekli) bir kaynak hakkının bulunması ve bu hakkın bağımsız bir sayfaya kaydının talep edilmesi, kaynak hakkının taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmesini sağlayacaktır. Bu halde, kaynak hakkı, bağımsız bir taşınmaz eşya gibi işlem görecektir.

Çalışmamızda son olarak incelediğimiz kaynak hakkının sona ermesi konusu, kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Genel olarak, eşyaya bağlı irtifakı sona erdiren nedenler, kaynak hakkının da sona ermesine neden olur.

KAYNAKÇA

- ABİK**, Yıldız, Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme, *TABAD* (Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi), S. 3 (1), 2010, <http://www.nobel.gen.tr/Makaleler/TABAD-Issue%201-12-2011.pdf>, 05.04.2015.
- AKGÜN**, Zerrin, Sular Hukuku ve Sularla İlgili Arazi Davaları, 2. Bası, Ankara, 1967.
- AKİPEK G.**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, 1. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ARSEBÜK**, Esat, Mahkeme İçtihatları, Karar İncelemesi, *AÜHFD*, C. VIII, S. 3-4, 1951.
- ARSEVEN**, M. İhsan, İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyeti, Ankara, 1949.
- AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku, C. III, Sınırlı Ayni Haklar, Mimoza Yayınları, Konya, 1994.
- AYBAY/HATEMİ**, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- AYİTER**, Nurşin, Eşya Hukuku, Ankara, 1977.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, C. IV, Ayni Haklar, 3. Bası, İstanbul, 1945.
- BERKİ**, Ali Himmet/**ÇUMRALI**, Sedad, Su Hakları, Ankara, 1959.
- BERTAN**, Suad, Ayni Haklar, Medeni Kanun Şerhi, C. 1, Ankara, 1976.
- DALAMANLI**, Lütfü/**KAZANCI**, Faruk/**KAZANCI**, Muharrem, İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C. V, İstanbul, 1992.
- DOĞRUSÖZ**, Edip, Sular Hukuku, 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- ELPE**, Nezih, Eşya Hukuku, Ankara, 1966.
- ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ESENER**, Turhan/**GÜVEN**, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- ESMER**, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi N./**DOĞANAY**, Ümit/**AYBAY**, Aydın, Eşya Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.
- GÜCÜN**, Cevat Abdürrahim, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, Gayrimenkuller Hakkında, Birinci Kitap, İstanbul, 1944.
- GÜRSOY**, Kemal/**EREN**, Fikret/**CANSEL**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1984.
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

- İMRE**, Zahit, Kaynak-Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İstanbul, 1951.
- KARAHASAN**, M. Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu-Eşya Hukuku, C. 2, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007.
- KILIÇ**, Halil, Son Değişikliklerle Gayrimenkul Davaları, C. 4, 4. Baskı, Ankara, 2007.
- KÖPRÜLÜ**, Bülent/**KANETİ**, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul, 1982-1983.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- OLGAÇ**, Senai, İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Olgaç Yayınları, Ankara, 1975.
- SAYMEN**, Ferit, H./**ELBİR**, Halit, K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- ŞENER**, Esat, Türk Medeni Kanunu, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1989.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1970.
- YAVUZ**, Nihat, Uygulamada Taşınmaz Davaları ve Sular Hukuku, C. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- YAZMAN**, İrfan, Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tabi Olduğu Rejim, Ankara, 1970.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.
- Dominant Mevzuat ve İçtihat Programı, <http://www.dominanthukuk.com.tr>.

Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu (TCK m.130)

Insult to the Memory of a Person (Article 130 of TPC n.5237)

Arş. Gör. Ezgi CANKURT*

Özet

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 130. maddesinde iki suç cezalandırılmaktadır: Bunlardan biri "ölünün hatırasına hakaret", diğeri ise "ölüyü tahkir"dir. 5237 sayılı TCK'nın 130. maddesi ile korunan hukuki değer, kişinin şerefi yerine ölmüş kimsenin hatırasıdır. Bir kimsenin şerefine ölümünden sonra herhangi bir saldırı gerçekleştirilemez, çünkü kişinin şerefi ölümle sona ermektedir. Şeref, kişilikle bağlantılıdır.

5237 sayılı TCK'nın 130/1 maddesine göre; bir kimse en az üç kişiyle ihtilat ederek ölmüş kimsenin hatırasına hakaret ederse, hakaret cezalandırılacaktır. İhtilat; toplu yahut dağınık en az üç kişiyle iletişim halinde gerçekleştirilebilir. Eğer hakaret aleni işlenirse, altıda bir oranında artırılacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 130/2 maddesine göre; ölmüş kimsenin cesedi veya kemiklerinin alınması yahut ölmüş kimsenin cesedi veya kemiklerine yönelik tahkir edici fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda suç oluşacaktır.

Anahtar Kelimeler

Ölünün Hatırasına Hakaret, Ölüyü Tahkir, İhtilat.

Abstract

There are two offences sentenced in the Article 130 of Turkish Penal Code N.5237: One of these is "insult to the memory of a dead person" and the other is "humiliating a dead person". The protected legal value of the Article 130 of TPC N.5237 is the memory of the dead person instead of a person's dignity. Any attacktion to a person's dignity can not be performed after a person is dead, because person's dignity ends with death. Dignity is included to the personality. According to the Article 130/1 of TPC N.5237; when any one commits a defamation to the memory under the testimony of at least three persons, the insult will be punished. The testimony can be performed by contacting at least three persons; together or one by one. If the insult is committed explicitly, the punishment is increased by one sixth.

According to the Article 130/2 of TPC N.5237; the offence occurs when a person receives the corpse or bones of the dead person or performs humiliating acts agains corpse or bones of the dead persons.

Keywords

Insult to the Memory of a Dead Person, Humiliating a Dead Person, Testimony

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

Ölünün Hatırasına Hakaret ve Ölülere Tahkir Suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (5237 sayılı TCK'nın) Özel Hükümlerin düzenlendiği ikinci kitabının Kişilere Karşı Suçların düzenlendiği ikinci kısmının Şerefe Karşı Suçları düzenlediği sekizinci bölümü içerisinde "*Kişinin Hatırasına Hakaret*" başlıklı 130. maddesinde "(1) Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır.

(2) Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."¹ şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında ölmüş kimsenin hatırasına hakaret suçu, ikinci fıkrasında ise ölmüş kimselere yönelik tahkir suçu olmak üzere maddede iki adet suç tipi düzenlenmiştir.²

Madde başlığı "*Kişinin Hatırasına Hakaret*" adını taşımakla birlikte, metinde ölünün hatırasına hakaret ve ölülere tahkir suçları düzenlenmektedir.³ Kişiler ancak yaşarken haklara sahip olabilirler. Kişinin ölümü ile şeref hakkı da dahil olmak üzere, kişilik hakları sona ermektedir.⁴

1. 765 SAYILI TCK-5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI

5237 sayılı TCK madde 130'da iki ayrı suç tipi yer almaktadır. Kanun koyucu 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'da farklı maddelerde yer alan suç tiplerini aynı başlık altında toplamıştır.⁵

TCK m.130 1. fıkrasındaki suç 765 sayılı TCK döneminde 488. maddenin 2. fıkrasına karşılık gelmekte olduğu doktrinde savunulmaktaydı. Bunun da gerekçesi madde düzenlemesinde yer alan, hakaret suçunun "*ölmüş bir*

¹ <http://www.mevzuat.gov.tr/> Erişim tarihi: 02.05.2015 (Çevrimiçi).

² Aynı görüşte Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3.Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s.3194; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.486.

³ Madde başlığının "*Ölünün Hatırasına Hakaret*" olarak değiştirilmesi gerektiği hakkında bkz. Erden Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s.94.

⁴ Detaylı açıklamalar için bkz. Sahir Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Basım Atölyesi, İstanbul 1989, s.54.

⁵ Doktrinde TCK m.130'un başlığının bu iki suç tipini kapsayacak şekilde düzenlenmemiş olması eleştirilmektedir. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.486; ayrıca doktrinde 765 sayılı TCK'da; benzer bir hükmün bulunmadığı savunulmaktadır. Bkz. Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.886.

adamın hatırasına karşı irtikab olunursa" ibaresinde bahisle bunun ölmüş kimselerin hatıralarına hakaret fiillerini de kapsayacak şekilde geniş bir şekilde yorumlanmaktaydı.⁶

765 sayılı TCK madde 178 ceset veya kemiklerin *tahkir amacıyla* alınmasını düzenlemekteydi ve 492/4 ise ceset veya kemikler üzerinde hırsızlıktan bahsetmekteydi. 765 sayılı TCK madde 178 görevi gereği kendisine ceset veya kemiklerin tevdi edilmesi halinde bu kimseler tarafından bu suçun işlenmesini daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemekteydi.⁷ Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK düzenlemesinde hangi amaçla alınmış olursa olsun, ceset ve kemiklerin alınması bakımından genel kastı yeterli görmüştür. Ayrıca belirli kişilerce işlenmesini daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemekten vazgeçerek, nitelikli haller bakımından özgü suç ayırımından vazgeçmiştir.⁸

Ayrıca 5237 sayılı TCK madde 130/2'de yer alan suç tipinin karşılığı olan 765 sayılı TCK madde 178, Din Hürriyeti aleyhine Cürümlerin arasında düzenlenmekteydi.⁹ Yeni düzenleme ile bundan vazgeçilerek, Özel Hükümler kitabının Kişilere Karşı İşlenen Suçları düzenleyen ikinci kısmı kapsamında Şerefe Karşı Suçlar başlıklı bölümünde düzenlenmiştir.

2. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Her bireyin topluma yansımış bir etkisi vardır. Ölümle birlikte kişilik de sona ereceğinden bahisle, korunan hukuki değer kişinin şerefi değildir. Fakat kişilerin ölümlerinden sonra da hatıraları hafızalarda yer etmeye devam eder. Bu suç ile ölmüş kimsenin toplumdaki hatırası korunmak istenmektedir.¹⁰

5237 sayılı TCK madde 130, düzenleniş yeri itibarıyla 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kitabında kişilere karşı suçlar kısmında şerefe karşı suçlar başlığı altında yer almaktadır. Kanun koyucunun korunan hukuki değer bakımından, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak; din özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmedeği anlaşılmaktadır.¹¹ Kanaatimizce, korunan hukuki değer kişilerin toplum hafızalarında yer etmeye devam eden hatıralarıdır.

⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3.Cilt, s.3194; Murat Kayançık, Şerefe Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.478.

⁷ Doktrinde bu nitelikli halin 5237 sayılı TCK'nın 155.maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Hakan Tokbaş, Türkiye Mevzuatında Şerefi İhlal, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.277.

⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.486.

⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3.Cilt, s.3195.

¹⁰ Benzer görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.487; Ayrıca yazarlar bu düzenlemenin daha laik bir düzenleme olduğunu savunmaktadır.

¹¹ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt:I, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.261.

3. SUÇUN UNSURLARI

3.1. Tipiklik

Gerçekleştirilen fiil, Ceza Kanunu'ndaki tipe uygun olmalıdır ki suç teşkil edebilsin. Eğer tipiklik unsuru gerçekleşmemişse, suçun kanuni unsuru da oluşmayacaktır.¹² Bu kanunilik prensibinin bir gereğidir. Ölmüş kimsenin hatırasına en az üç kişiyle ihtilat edilerek hakaretin gerçekleştirilmesi veyahut ölmüş kimsenin ceset veya kemikleri alınmalı ya da bunlara karşı tahkir edici fiillerde bulunulmalıdır ki tipiklik meydana gelmiş kabul edilebilsin.

3.2. Suçun Maddi Unsurları

3.2.1. Fail

Ölünün hatırasına hakaret suçunun faili herhangi bir kimse olabilir. Madde metninde de bu husus kanun koyucu tarafından "*hakaret eden kişi...cezalandırılır*" biçiminde kaleme alındığından, fail bakımından özellik arz etmediğini görmekteyiz.¹³ Herkes bu suçun faili olabilir. Fakat fail, yaşayan gerçek kişi olmalıdır. Örneğin ölmüş bir kimsenin hakaretimiz yazısının en az üç kişiye ihtilat edilmesi durumunda, bu yazının en az üç kişi tarafından okunmasını sağlayan kişi bu suçun faili olacaktır.¹⁴ Ölüm, 5237 sayılı TCK'nın 64. maddesinde düzenlendiği üzere devletin cezalandırma yetkisini sona erdiren bir sebeptir. Ölüm, dava ve ceza ilişkisini sona erdiren sebeplerden biridir.¹⁵ Ayrıca ceza sorumluluğu şahsidir. Bir kimsenin haksızlık teşkil eden eyleminin cezalandırılabilmesi için genel prensipler uyarınca, suçun bütün unsurları ile tamamlanmış olması gerekmektedir. Ölmüş bir kişinin sağlığında gerçekleştirildiği fiilin cezalandırılabilme imkanı bulunmamaktadır.

Ayrıca cezaların şahsiliği prensibi uyarınca 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesinin de değerlendirilmesinde yarar görüyoruz.¹⁶ Basın Kanunu'nda eserin

¹² Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.203.

¹³ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.262.

¹⁴ Aynı görüşte bkz. Mine Arısoy, "*Hakaret*", TBB Dergisi, Sayı 72, 2007, s.153; fakat somut olayda kişiler haber verme hakkını kullanmışlarsa bu durumda hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyeceğinden suç oluşmayacaktır. Çünkü fiil hukuka uygun addedilecektir. Haber verme hakkının kapsamı in concreto değerlendirilmesi gereken bir mevhumdur.

¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.901.

¹⁶ *Basın Kanunu Madde 11*"Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı

sahibi sorumlu tutulmaktadır. Fakat eser sahibinin sorumlu tutulamaması durumunda sorumluluğun kimde olacağı da düzenlenmiştir. Söz konusu madde fiili işleyen kişi dışında başka kişileri de sorumlu tuttuğundan bahisle Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹⁷

Ölmüş bir kimsenin hatırasına yayın esnasında da hakaret edilmiş olabilir. Bu durumda 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca; TRT yayınları sonucunda işlenen suçlar bakımından tespit yoluyla yapılan yayınlarda metni yazan veya sesi tespit eden kişi, ayrıca bunu fiilen kontrol eden kişi ve son olarak da fiilen yayını yönetip kontrol eden kişilerin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu kişiler TRT Kurumunda çalışan kimselerdir. Ayrıca aynı kanun 28. maddesinin 2. fıkrasında bir şahsi cezasızlık sebebi öngörülmüştür. Sadece metni okuyan kişi açısından okunan metnin hakaret içermesi durumunda dahi, okuyan kişi o fiilden sorumlu tutulmayacaklardır.

2954 sayılı kanun kapsamında canlı yayınlar açısından ise ayrıca bir düzenleme yer almamaktadır. Örneğin ölmüş bir kimse açısından canlı yayında yapılan bir açıklama da hakaret teşkil edebilir. Bu durum açısından TCK'nın genel hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılarak bir çözüme varılabilir. Cezaların şahsiliği genel prensibi ve 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesi uyarınca, canlı yayında açıklamalarda bulunan kişi 5237 sayılı TCK'nın genel hükümleri uyarınca canlı yayında hakaret içerir değerlendirmelerde bulunanlar, ölünün hatırasına hakaret fiilini işleyen kişi olduğundan cezalandırılabilir.¹⁸

3.2.2. Mağdur

Suçun konusuna sahip olan kişi o suçun mağdurudur. Ancak yaşayan gerçek kişiler suç mağduru olabilirler.¹⁹ Ölmüş bir kimsenin iç şerefine devam etmeyeceği açıktır. Ancak dış şerefi yaşamaya devam etmekte midir sorusunun cevabı bizi mağdurun kim olabileceği konusunda da yönlendirmiş

gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.“ denilmektedir. Bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/> Erişim tarihi:02.05.2015 (Çevrimiçi).

¹⁷ Aynı görüşte bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.453; Ahmet Caner Yenidünya/Mehmet Emin Alşahin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", TBBD, Sayı:68, 2007, s.46; Arısoy, a.g.m., s.156-157.

¹⁸ Arısoy, a.g.m., s.156-157.

¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.283-285; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.106.

olacaktır. Çünkü kişi hayatta olmayabilir, ancak bu kimse yaşarken toplum nazarında bir itibar yaratmıştır ve bunu geride bırakmıştır. Yaşayan kimseler açısından toplumun hafızasındaki itibarları ne kadar önemliyse, ölmüş kimseler açısından da onlardan geriye kalan itibarlarının korunması gerekmektedir.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere “*onur ve şeref, ancak yaşayan kişiler açısından söz konusu olabilir. Ölen bir kişinin ancak hatırasına hakaretten, saygısızlıktan söz edilebilir*”.²⁰

Suçun mağdurunun tespiti açısından doktrinde çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde bazı yazarlar suçun mağdurunun dış şerefine hala toplum nazarında korunması gerektiğini savunmaktayken, diğerleri ölmüş bir kimsenin suç mağduru olamayacağını savunmaktadır.²¹ Bir suçun mağduru, suçun hukuki konusunun sahibi kimsedir.²² Ancak yaşayan bir kimse suçun mağduru olabilir.²³ Bundan bahisle ölümler kişi sayılmadıklarından dolayı, suç mağduru da olamazlar.²⁴ Bazı suç tipleri bakımından suçun mağduru ve maddi konusu da aynı kimse olabilir.²⁵ Ölmüş kimsenin kişiliği sona ereceğinden, onur ve şerefi de sona erecektir. Bu sebeple gerçekleştirilen fiil ölmüş kimsenin hatırasına yönelik olacaktır. ²⁶Fakat inceleme konusu suç tipi bakımından, suçun mağduru ölmüş kimse değildir. Her iki fıkra bakımından da mağdur, hatırasına hakaret edilen ölenin yakınlarıdır.²⁷

Ölen bir kişi eğer halka mal olmuş kişilerden ise mağdurun kim olacağı sorusu da tartışmalıdır. Bizce de kişi ister hayatta ister ölmüş olsun, onun toplum hafızasında yer alan itibarına saygı gösterilmesi gerekmektedir. Fakat kişinin ölümüyle birlikte şeref hakkı da sona erecektir. Çünkü kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kişilerin ölümünden sonra bir başkası tarafından kullanılacak değildir. Kanun koyucunun 5237 sayılı TCK'nın 131. maddesinin 2. fıkrasının

²⁰ Bkz. TCK madde 130 gerekçesi için bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yeni dünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.162.

²¹ Görüşler için bkz. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

²² Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.95; “*korunan hukuki değerlerin hamili*” olarak değerlendiren yazarlar da vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayıncılık, Ankara, 2010, s.233.

²³ Toroslu, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.96.

²⁴ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.224; Tokbaş, a.g.e., s.277.

²⁵ Hafizoğulları/ Özen, a.g.e., s.233.

²⁶ Açıklamalar için bkz. Necati Meran, Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.35.

²⁷ Tokbaş, a.g.e., s.277; “*saygı gösterilmesinde menfaati bulunan yakınlarına (veya ailesine) saldırı niteliğinde*” olduğu gerekçesiyle bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 1.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.109; Devrim Aydın, “*Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu*”, Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.884.

da şikâyet hakkı tanıdığı yakınlarının bu suçun mağduru olduğu kanaatindeyiz. Çünkü mağdur ancak yaşan bir gerçek kişi olabilir. Bu sebeple ölmüş bir kimsenin bir suçta mağdur olarak kabul edilmesi suç genel teorisi açısından mümkün olmadığından, bu suçun mağduru yaşayan gerçek kişiler olmaktadır. Yinelemek gerekirse, bu suçun mağduru ölmüş kimsenin yakınlarıdır.

Fakat kanun koyucunun şikâyet hakkını kullanmasına izin verdiği yakınların dışında da diğer kişiler de ölmüş bir kimsenin hatırasına zarar verilmemesinden rahatsızlık duyabilirler. Bu konuda sınırlı bir gruba şikâyet imkânının verilmesi, 5237 sayılı TCK'nın 131. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yakınları bulunmayan kişiler açısından sorun yaratmaktadır.

Ayrıca ölmüş kimsenin cinsiyetinin, yaşarken algılama yeteneğinin olup olmadığının da bir önemi yoktur. Bu suç bakımından önemli olan ölmüş kimsenin hatırasına en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi durumudur.

Ölmüş kimsenin açıkça kimliğinin de belirtilmesi de gerekmez. Örneğin bir ölünün hayattayken kullandığı lakabı, ona takılan ad yahut adının baş harfinden de kimin kastedildiği anlaşılabilirse, ihtilat yeterli sayıya ulaştığında suç oluşacaktır.²⁸

Ölmüş kimsenin hayattayken kendisi hakkında yapmış olduğu açıklamaları, yazıları yahut karikatür gibi araçlar kullanarak kendi şerefi açısından zedeleyici bir durum arz eden fiilleri kişinin ölümünden sonra da cezalandırılmayacaktır. Her şeyden önce fail ve mağdur sıfatının birleşmesi durumunda zaten yaşayan kişilere karşı hakaret suçu da oluşmayacağından, bunun kişinin hayatını kaybettikten sonra yaşarken yayınlanması için bir dergiye gönderdiği karikatürün ölümünden sonra yayınlanması yahut bunun ihtilat edilerek aktarılması durumunda da kanaatimizce suç oluşmayacaktır. Çünkü kişi sağlığında buna rıza göstermiştir. İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi burada gündeme gelecektir.

Belirtmek gerekir ki, Atatürk'ün hatırasına hakaret teşkil eden fiiller 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Bu sebeple 5237 sayılı TCK'nın 130. maddesi kapsamına girmemektedir.²⁹

3.2.3. Fiil

Ölünün hatırasına hakaret suçunun düzenleyen TCK'nın 130. maddesinde iki ayrı suç tipi olduğunu yinelemek gerekirse, suçun maddi unsurları arasında yer alan fiilleri de bu iki ayrı suç tipi bakımından değerlendirerek incelememiz gerekmektedir. Fakat genel olarak fail gerçekleştirdiği fiil ile

²⁸ Açıklamalar için bkz. Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.428.

²⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.486.

ölmüş olan bir kimseye yönelik olarak toplum nazarında onun hatırasını değersizleştirecek şekilde aşağılayıcı bir durum meydana getirmelidir.³⁰

3.2.3.1. TCK madde 130/1 Bakımından Değerlendirme

5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinin ilk fıkrasında yer alan ölmüş kimşenin hatırasına hakaret suçu açısından yaptırıma bağlanan fiil ölünün hatırasına hakaret edilmesidir. Ayrıca bu hakaretin en az üç kişiye ihtilat edilerek yapılması gerekmektedir.³¹ Fail tarafından muhatap alınan en az üç kişiyle hakaret içeren sözler yahut hakaret teşkil edebilecek her türlü düşünce açıklaması paylaşılmalıdır.³²

Kanun maddesinde hakaretin tanımına yönelik açıklamalar bulunmamakla birlikte, fiil bakımından 5237 sayılı TCK'nın diğer maddelerinde düzenlenen hakaret suçunun fiilleri açısından değerlendirme yapmak gerekmektedir. Ancak doktrinde bir görüşe göre kimsenin toplumdaki hafızasında yer alan hatıralarına hakaretin kapsamı genel hakaret suçundan daha yoğun olmalıdır.³³

Genel olarak hakaret suçları, bir kimseye somut bir fiil yahut olgu isnad edilerek veyahut sövmek suretiyle gerçekleştirilebilen fiillerdir.³⁴ Bu düşünce yansımalarının hakaret teşkil edip etmediğinin saptanması somut olaya göre değişkenlik arz edecektir. Yargıtay; *"Bir sözde yerme kasdının bulunup bulunmadığı, sözün söylendiği yere, zamana, şartlara ve hatta onunla söylenen başka sözlere bakılarak belli edilmelidir."* şeklinde içtihat etmiştir.³⁵ Gerçekten de bazı durumlarda hatırasına hakaret edilen ölmüş kimse ile fail arasındaki bağlantı, meslek durumları veya politik kimlikleri de hakaretin oluşup oluşmadığının saptanması bakımından göz önünde bulundurulabilir.³⁶ Örneğin öl-

³⁰ Yurtcan, a.g.e., s.94; *"Hakaretin kişiyi küçük düşürmeye yönelik olması gerekir. Kişiyi onu toplum nazarında küçük düşürmek amaçlı belli bir siyasi kanaatin isnat edilmesi hâlinde de suç oluşacaktır. Bir kişiye yönelik sözlerin veya yapılan davranışın o kişiyi küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını tayin ederken, topluma hâkim olan anlayışlar, örf ve adetler göz önünde bulundurulmalıdır."* Y15CD, 12.2.2014, 2013/13727 E-2014/2583 K Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/libb/giris.htm> Erişim Tarihi: 30.04.2015 (Çevrimiçi)

³¹ Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.4066; Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3.Cilt, s.3196. Bu suç hakaret edilen şahsın ölmüş olması sebebiyle gıyapta işlendiğinden ihtilatlı şekilde işlenebilmektedir. Açıklamalar için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.486.

³² İhtilatta kullanılan hakarete konu içerik, ölmüş kimsenin geçmişiyle ilgili bilgi dahilinde olan olaylardır ve bunlar araç olarak kullanılarak fiil gerçekleştirilir. Bkz. Yurtcan, a.g.e., s.94-95.

³³ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.461.

³⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4066; Koca/Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.460.

³⁵ YCGK, 03.11.1964, 1964/435E-D-2, 1964/481K kararı nakleden Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım, 12.Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1984, s.223.

³⁶ İlhan Üzülmöz, *"Hakaret Suçu"*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:5, S:12, Seçkin Yayıncılık, s.47.

müş kişi hakkında “*kominist*”³⁷ denilmesi durumunda da suç oluşabilir. Ayrıca kullanılan kelimelerin yerel anlamda ne ifade ettiği de önemlidir. Yargıtay bir kararında “*Sanığın sarfettiğin “siz kelavsınız” sözünün yerel olarak ne anlama geldiği ve sövme içerip içermediği araştırılmadan eksik incelemeyle hüküm kurulması*”³⁸ olarak içtihat etmiştir.

Kişinin kamu görevlisi olmadığı durumlarda kişiye beddua edilmesi Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında hakaret olarak kabul edilmemektedir.³⁹ Örneğin Yargıtay bir kararında “*Sanığın “Allah Belanı Versin “sözleriyle davacıya hitabı bedduada bulunmak niteliğinde olup, namus şöhret veya vakar ve hay-siyete taarruz teşkil etmeyeceği gözetilmeden mahkumiyet kararı verilmesi*”⁴⁰ ve “*İnşallah bu bir eczane bulamayıp benzinlikte kalp krizi geçirirsiniz ve ölürsünüz*”⁴¹ kararlarında hukuka aykırı bularak, bedduanın hakaret teşkil etmediği doğrultusunda görüşünü yinelemiştir.

Ayrıca hem 5237 sayılı TCK’nın 130. maddesinin 1. fıkrası hem de genel hakaret suçları bakımından fiil, her ne kadar sırf hareket suçu teşkil etse de icrai şekilde işlenebileceği gibi ihmali şekilde de işlenebilir.⁴² Fakat ölünün hatırasına hakaret suçu açısından en az üç kişiye ihtilat edilmesi gerektiğinden teorik açıdan mümkün olsa da, pratikte işlenmesi zordur.

3.2.3.1.1. Somut Bir Fiil Yahut Olgu Isnat Edilmesi Suretiyle Ölmüş Kimsenin Hatırasına Hakaret Etmek

Ölmüş kimseye yapılan isnat, somut bir fiil yahut olgu şeklinde olmalıdır. Somut bir fiil isnat edilerek hakaret edilebilmesi için, ölmüş kimse hakkında “*belirli, gerçekliği algılanabilen bir fiil*”⁴³ isnadı gerekmektedir. Somut bir olgu isnadı ise, “*belirli bir olayın gerçekleştiğinin belli bir kişiyle bağlantılı bir şekilde*”⁴⁴ aktarılmasıdır. Salt bir yargıdan ibaret açıklamalar bu kapsamda değerlendirilmez. Mutlaka açıklamaların gerçek olma gerekliliği de yoktur. Ancak inandırıcı ve gerçeklikten uzak olmamalıdır.⁴⁵

³⁷ Y2CD, 21.10.1996, 1996/9965 E-1996/10863 K nakleden Erol Çetin, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.49.

³⁸ Y2CD, 08.12.2005, 2005/24330 E-2005/28581 K nakleden Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.213.

³⁹ Kayançipek, a.g.e., s.75.

⁴⁰ Y2CD, 08.12.2005, 2005/22453 E-2005/28522 K nakleden Parlar/Hatipoğlu, a.g.e, s.213.

⁴¹ Y2CD, 17.11.2003, 2003/13645 E-2003/14978 K nakleden Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt -3, Sözkesen Yayıncılık, Ankara 2009, s.2872.

⁴² Hakaret suçunun ihmali hareketle işlenebileceği bakımından aynı görüşte bkz. Yenidünya/Alşahin, a.g.m., s.52; karşı görüş için bkz. Üzülmöz, a.g.m., s.46.

⁴³ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.110.

⁴⁴ Koca/Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.432.

⁴⁵ Üzülmöz, a.g.m., s.49.

3.2.3.1.2. Sövmek Suretiyle Ölmüş Kimsenin Hatırasına Hakaret Etmek

Sövmek suretiyle hakaret edilmesi, her nasıl olursa olsun ölmüş bir kimsenin hatırasına yönelik olumsuz değerlendirme içeren saldırılardır. Bunlar sözle, yazıyla, el kol hareketleri ile de olabilir. Mutlaka kaba bir açıklama olması gerekmez, çok kibar da söylenmiş olsa somut olaya göre sövme teşkil edebilir.⁴⁶ Bir değer yargısının saldırı teşkil etmesiyle işlenebilir. Örneğin kişiye “*topal*”, “*hırsız*” denilmesinde olduğu gibi.⁴⁷ Fakat bunlar saldırı içeren soyut nitelendirmelerden, olumsuz değerlendirmelerden ibarettir.⁴⁸

3.2.3.1.3. Hakaretin En Az Üç Kişiye İhtilat Edilerek Gerçekleştirilmesi

İhtilat sözlükte, “*Karşılaşım görüşme*”⁴⁹ anlamında kullanılmaktadır. İhtilat için kullanılan araç bir önem arz etmemektedir. İster sözle, yazıyla, mektup yahut e-posta göndererek, sanat eserleri gibi ihtilatın oluşumunu sağlayacak her tür araç ile; fail en az üç kişinin bilgisine ulaşacak şekilde ölmüş kimseye yönelik isnadını gerçekleştirebilir.⁵⁰ Kanun koyucu ihtilatın şekli konusunda bir sınırlama yapmamıştır. Önemli olan iletişime elverişli bir yolla bunun en az üç kişiye iletilmesidir.⁵¹ Kanun koyucunun ceza verilebilmesi için ihtilatın oluşumunu şart olarak aramasının sebebi, üçüncü kişilerin bilgisine ulaşan hakaretin etkisinin daha fazla olması, sadece bunu duyan yakınlarının etkileneyeceği bir fiil olmaktan çıkması sebebiyledir.⁵²

Fiil ile ihtilat arasında bir nedensellik bağı olmalıdır. Failin hakaret teşkil eden fiilini en az üç kişiye ulaştıracak şekilde işlemesi gerekir.⁵³ Kanun koyucunun aradığı sayıya ulaşılmaması durumunda, suç oluşmayacaktır.⁵⁴

Genel hakaret suçları bakımından da, gıyapta hakaret için en az üç kişiye ihtilat edilerek işlenmesi şartı gerçekleşmiş ise ancak fiil cezalandırılacaktır. 5237 sayılı TCK öncesinde de; ihtilatın gerçekleştiğinin kabulü için belirli bir sayının aranmaktaydı. Bu sayı, 765 sayılı TCK döneminde 1953 yılına dek;

⁴⁶ Açıklamalar için bkz. Dönmezer, a.g.e., s.254-255.

⁴⁷ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.434.

⁴⁸ Üzülmez, a.g.m., s.49.

⁴⁹ <http://www.tdk.gov.tr/index> Erişim tarihi:02.05.2015(Çevrimiçi)

⁵⁰ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.117 Fail, ihtilat ettiği kişilere sözle, yazıyı okuyarak yahut resmi göstermek suretiyle de fiilini gerçekleştirebilir. Bkz. Yurtcan, a.g.e., s.16.

⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.266; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/ Tepe, a.g.e., s.455.

⁵² Hakaret suçu bakımından ihtilatın gerçekleşmemiş olması, yaşayan kişiler bakımından da sadece iç şerefi zedeleyeceği hakkında bkz. Baha Arıkan, “*Hakaret Suçlarında İhtilat ve Aleniyet*”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 1954, s.3.

⁵³ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.266.

⁵⁴ Yurtcan, a.g.e., s.16.

“birkaç kişi” olarak belirtilmekteydi.⁵⁵ Uygulamada ise bu sayı, ikiden fazla olarak kabul edilmekteydi. Fakat 1953 yılında yapılan değişiklikle ikiden ziyade olarak tanımlanmıştı.⁵⁶

İhtilatın toplu veya dağınık halde olan kimselere karşı yöneltilmesinin de suçun cezalandırılabilmesi için bir önemi yoktur. 765 sayılı TCK’da açıkça “*toplu veya dağınık*” olarak ihtilat edilmesinden bahsedilmekteyken, 5237 sayılı TCK bakımından kanun koyucu en az üç kişiyle ihtilat edilmesini aramıştır. Bu kişilerin toplu yahut dağınık olarak bulunmasına dair ayrıca bir düzenlemeye gitmemiştir.⁵⁷ Toplu olarak kişilerin bir arada bulunması kavramından, en az üç kişinin bu hakarete yönelik bilgi sahibi olması anlaşılmaktadır. İhtilat için aranan asgari sayıdaki kişilerin orada belirli bir toplanma amacıyla bulunmaları da gerekmez.⁵⁸

İhtilatın dağınık halde bulunan kişilere karşı yapılabilmesi ise çeşitlilik arz etmektedir. Fail, farklı zaman dilimlerinde değişik kişilere ölmüş kimşenin hatırasına hakaret içeren açıklamaları aktarabilir. Burada önemli olan sayının en az üç olmasıdır. Fail, yazılı olarak da bunu mektup, e-posta aracılığıyla en az üç kişiye gönderebilir. Ya da fail, bir kişiyi bir başkasına iletmesi için de görevlendirebilir.⁵⁹ Arada nedensellik bağı kurulabiliyorsa fail sorumlu tutulacaktır.⁶⁰

Ayrıca ihtilatın suçun unsuru olarak kabul eden görüşler bakımından, failin ihtilat failin kastına da dahil olmalıdır. Eğer ihtilata yönelik failin kastı bulunmuyorsa, o halde asgari sayı tamamlansa dahi suç oluşmazken, objektif cezalandırılabilme şartı bakımından ise failin kastına dahil olmadığından, asgari sayıya ulaşıldığında suç oluşacaktır.⁶¹

Kanun koyucu tarafından aranan en az üç kişi şartının oluşabilmesi için, iletişime geçilen kişilerin bunu algılaması gerekmektedir. Örneğin; kişi akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi sebeplerle algılayamıyorsa ihtilat için aranan şart gerçekleşmeyecektir.⁶² Yargıtay da bir kararında ihtilat edilen kişilerden birisinin 4 yaşın-

⁵⁵ 765 sayılı TCK madde 482’de “...birkaç kişi ihtilat ederek” diye düzenlenmiştir. Bkz. Sedat Fuat Paçalioğlu, “*Türk Ceza Kanununun 482’inci Maddesinde Yazılı İhtilat*”, İstanbul Barosu Mecmuası, S.7, 1940, s.412.

⁵⁶ YCGK, 17.11.1988, 1988/4-342 E, 1988/430 K nakleden Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1974, s.232.

⁵⁷ Kayaççek, a.g.e., s.94.

⁵⁸ Paçalioğlu, a.g.e., s.412.

⁵⁹ Açıklamalar için bkz. Önder, a.g.e., s.233-234.

⁶⁰ Arısoy, a.g.m., s.169.

⁶¹ Açıklamalar için bkz. Utku Coşkuner Sakarya, “*Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru*”, Ankara Barosu Dergisi, S:2, 2013, s.415.

⁶² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.456; Önder, a.g.e., s.233.

da olması sebebiyle ihtilatın varlığını kabul etmemiştir.⁶³ Ayrıca konuşulan dili bilmeyen kişiler de ihtilattaki asgari sayıya dahil edilmemeleri gerekmektedir.⁶⁴

İhtilat edilen kişilerin kim olduklarının esasında bir önemi olmamakla birlikte, bazı kişiler gerçekleştirdikleri görevler sebebiyle sır saklamak zorundadırlar.⁶⁵ Kanaatimizce ihtilat açısından sır saklamak zorunda olan kişiler bakımından durum farklıdır. Bu kişiler öğrenmiş oldukları sırları başkalarına aktarmamaları için görevlendirilmişlerdir. Bu kişilere görevleri gereği verilmiştir. Sayının hesaba katılmaması gerekmektedir.

3.2.3.2. TCK madde 130/2 Bakımından Değerlendirme

TCK'nın ikinci fıkrasında yer alan ölüleri tahkir suçu bakımından ise, bu suçta yaptırıma bağlanan fiiller, ölmüş bir kimsenin *ceset veya kemikleri almak* yahut *ceset veya kemikleri tahkir etmek* olarak belirtebiliriz. Seçimlik hareketli bir suç tipidir.

3.2.3.2.1. Ölmüş Bir Kimsenin Ceset veya Kemikleri Almak

Bu suçun konusu ölmüş kimsenin ceset veya kemikleridir. Failin hukuka uygunluk sebebi olmaksızın, ceset veya kemikleri alması fiilin varlığı için yeterlidir.⁶⁶ Fail, bunları "*mezardan çıkartarak*" gerçekleştirebileceği gibi, bir hastanenin morgundan da alabilir. Cesedin gömülmüş olup olmamasının bir önemi yoktur. Bu konuda kanun koyucu tarafından bir ayırım yapılmamıştır. 765 sayılı TCK döneminde ise "*mezardan çıkartma*" fiiline yer verilmekteydi.⁶⁷ Kanaatimizce de "almak" fiili için mezardan çıkartılması koşulunun aranmasına gerek yoktur.

"Almak" fiilinden ne anlaşılması gerektiği de doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre ceset veya kemiklerin alınması bakımından zilyetlik kurulmasına gerek yoktur, sadece zilyetliğin ihlal edilmesi gerekir.⁶⁸ Diğer bir görüşe göre ise bunlar üzerinde zilyetliğin kurulması gerekmektedir.⁶⁹ Kanaatimizce fiili hâkimiyet kurulması gerekmektedir.

⁶³ Y4CD, 05.03.1968, 1968/1087 E, 1968/1282 K nakleden Önder, a.g.e., s.233.

⁶⁴ Sakarya, a.g.m., s.421.

⁶⁵ Bir görüşe göre, sır saklamak zorunda olan kişilerin ihtilattaki gerçekleşmesi zorunlu sayı hesabına katılmamaları gerekir. Diğer bir görüşe göre ise, kanunun aradığı sayıya ulaşıldığında kişilerin kim olduklarının bir önemi olmayacaktır. Bkz. Önder, a.g.e., s.233.

⁶⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4067.

⁶⁷ Doktrinde almak fiilinin gerçekleştirilebilmesi için mezardan çıkartmanın şart olması sebebiyle, bu koşulun aranmamasını eksiklik olarak nitelendirilmemektedir. Bkz. Artuk/Gökçen /Yenidünya, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3.Cilt, s.3197 dp.1273; Koca/ Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.463.

⁶⁸ Kayaççiçek, a.g.e., s.499; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4067; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, s.266; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.488.

⁶⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi 3.Cilt, s.3197; Yenidünya/Alşahin, a.g.m., s.90; Koca/Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.463.

3.2.3.2.2. Ölmüş Bir Kimsenin Ceset veya Kemikleri Tahkir Etmek

Tahkirin sözlük anlamı “*Aşağılama, onur kırma, onuruna dokunma*”⁷⁰ ‘dır. Fiil; “*Ölmüş bir kimsenin ceset veya kemiklerini tahkir etmek*” tir. Tahkir edici sözlerin söylenmesi durumunda, ilk fıkra uygulanacaktır. Burada tahkir edici fiillerden maksat, sözlü olmayan suç konusu ceset veya kemiklere bizzat temas ederek yahut ceset veya kemiklere fiziksel şekilde ulaşacak fiillerde bulunmaktır.⁷¹ “*Cesedin parçalanması*”, “*cesetle cinsel ilişkiye girmek*”, “*cesedin göğüs kafesini kırıp, iç organlarını dışarı atmak*”, “*cesedin uzuvlarını kesmek*”, “*cesedin herkesin görebileceği bir yere asılması*” bizzat temas ederek yapılan tahkir fiillerine örnek olarak gösterilebilir. “*Cesede tükürülmesi*”, “*cesedin üzerine tuvaletinin yapılması*” ise ceset veya kemiklere fiziksel şekilde ulaşacak şekilde gerçekleştirilen tahkir fiillerine örnektir.⁷² Önemli olan ceset veya kemiklere bizzat yahut başka bir şekilde fiziksel olarak fiillerde bulunmaktır.

Yargıtay kararlarında da bu husus 765 sayılı TCK döneminde verilen bir kararda, “*ölünün naaş ve kemikleri hakkındaki hakaret, maddi eylemlere yapılan hakareti kapsar.*” şeklinde belirtilmiştir.⁷³

3.2.4. Nedensellik Bağlantısı

Mutlaka her iki fıkra bakımından da fail ile onun gerçekleştirdiği fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

3.2.5. Konu

Bir suçun konusu failin fiilin yöneldiği şeyin ne olduğu ile belirlenir. Mutlaka her suçun konusu vardır. Konunun etkilenişi bakımından suçlar zarar ve tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Tehlike suçları da kendi arasında somut tehlike ve soyut tehlike olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar.⁷⁴ İnceleme konusu suçlar; konunun etkilenişi bakımından bir soyut tehlike suçudur.

5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinin 1. fıkrası bakımından konu ölmüş kimsenin hatırasıdır. 5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinin 2. fıkrası bakımından ise fiilin yöneldiği şey yani suçun konusu, ölmüş bir kimsenin ceset

⁷⁰ <http://www.tdk.gov.tr/index> Erişim tarihi:02.05.2015 (Çevrimiçi)

⁷¹ Mehmet Emin Artuk, “*Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler*”, İBD, C.71, S:7-8-9, 1997, s.504; Yenedünya/Alşahin, a.g.m., s.90; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4067; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.464.

⁷² Örnekler için bkz. Kayaççiçek, a.g.e., s.501; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4067

⁷³ Y4CD, 18.06.1975, 1975/3417E-1975/3467 K, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim tarihi:30.04.2015(Çevrimiçi)

⁷⁴ Artuk/Gökçen/Yenedünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.280-283; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.107.

veya kemiklerdir.⁷⁵ Madde düzenlemesi itibariyle cesedin parçalanması durumunda, ceset parçaları bu suç kapsamında değildir. Fakat kanun koyucu kemiklerin alınmasını düzenlediği için, buradan ceset parçalarını kapsam dışında bıraktığını savunmayan yazarlar da vardır. Ancak açıkça bu hususun madde metninde düzenlenmesi gerekmektedir.⁷⁶

Ölü⁷⁷ kimse sözlükte “1. Hayatı sona ermiş olan, artık yaşamıyor olan, morto, diri karşısı. 2. a. Ölmüş insan, müteveffa, mevta”⁷⁸ anlamına gelmektedir. Ölüm ise “canlı bir organizmanın, canlılığını yitirmesi”⁷⁹ yahut “yaşamın sona ermesi”⁸⁰ olarak tanımlanabilir.

Ceset ise, sözlükte “Ölü beden, naaş”⁸¹ olarak tanımlanmaktadır. Kemik ise sözlükte, “İskeleti oluşturan, içinde kollagen teller ve kalsiyum tuzları bulunan, süngerimsi kemik ve sert kemik olmak üzere iki tipi olan, kasların bağlanmasıyla hareketi sağlayan, uzun, kısa ya da değişik boylarda olabilen, sertleşmiş bir özelleşmiş bağ dokusu tipi.”⁸² olarak tanımlanmaktadır.

Vücuda sonradan eklenen parçalar bu madde korumasında değildir.⁸³ Çünkü bunlar vücudun doğal yapısına sonradan eklenmişlerdir. Örneğin; cesetle birlikte çıkartılmadan gömülen protez bacağın yahut altın dişin alınması durumunda bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.⁸⁴

Embriyo konusunda da kanun metninde açıklık bulunmamakla birlikte, ceset kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğinden bu madde koruması altında değildir.⁸⁵ Fakat ölü doğmuş bir çocuğun bedeni de ceset sayılabilirken,⁸⁶ gebe kadının düşük yapılması durumunda, cenin ceset sayılamayacaktır.⁸⁷ Sözlükte “Organik maddelerin tamamen yanması sonucu artakalan inorga-

⁷⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.487; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.263.

⁷⁶ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.264.

⁷⁷ Ölüm anının saptanması bakımından detaylı açıklamalar için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.487-488.

⁷⁸ <http://www.tdk.gov.tr/index> Erişim tarihi:02.05.2015(Çevrimiçi).

⁷⁹ Ahmet Nezih Kök, Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.158.

⁸⁰ Oğuz Polat, Klinik Adli Tıp, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.243.

⁸¹ <http://www.tdk.gov.tr/index> Erişim tarihi:02.05.2015 (Çevrimiçi).

⁸² <http://www.tdk.gov.tr/index> Erişim tarihi:02.05.2015 (Çevrimiçi)

⁸³ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.463; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.264.

⁸⁴ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.463.

⁸⁵ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.264.

⁸⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.487.

⁸⁷ Yenidünya/Alşahin, a.g.m., s.89.

nik kısım."⁸⁸ anlamına gelen kül; ölmüş bir kimsenin bedeni, inancı gereği yakılmış ve bu şekilde meydana getirilmiş olabilir. Ölmüş bir kimsenin külleri de bu madde kapsamında değerlendirilmelidir.⁸⁹ "Birtakım özel ilaçlar kullanılarak bozulmayacak duruma getirilmiş ceset"⁹⁰ olarak tanımlanan mumyalar da bu madde koruması altındadır.⁹¹

Ölmüş bir kimsenin kısmen veya tamamen kemiklerinin alınması durumunda da bu madde dâhilinde değerlendirilecektir.⁹²

Ayrıca belirtmek gerekir ki; ceset ne de kemikler eşya kabul edilmektedir. Bu nedenle "almak" fiili açısından, bunların alınması hırsızlık suçunun kapsamında değerlendirilmemektedir. Fakat ölmüş kimse ile gömülen vücuda sonradan eklenen parçalar bakımından, bunların faydalanmak maksadıyla buldukları yerden alınmaları durumunda hırsızlık suçu gündeme gelecektir.

3.2.6. Suçun Nitelikli Unsurları

5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinin 1. fıkrası bakımından fiilin ölmüş kimsenin hatırasına hakaret içeren fiilin aleni işlenmesi halinde, ölmüş kimsenin yakınlarının olaydan daha fazla etkilenmeleri kaçınılmazdır. Bu sebeple aleni olarak ölünün hatırasına hakaretin aleni olarak işlenmesini, kanun koyucu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir.⁹³

Aleniyet, sözlükte "Açıklık"⁹⁴ olarak tanımlanmıştır. Ölmüş kimsenin hatırasına hakaret teşkil eden fiillerin, kamuya açık bir yerde gerçekleştirilmesi durumunda bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Fakat failin kendi özel mülkiyetinde yaptığı konuşmaların aleniyet oluşturmadığı kanaatindeyim.⁹⁵ Kişiden dışarıdan duyulmaması için özel mülkiyetinde önlem almasını beklemek de aleniyet kavramının sınırlarını genişletecektir. Kişilerin kendilerini rahat

⁸⁸ <http://www.tdk.gov.tr/index> Erişim tarihi:02.05.2015(Çevrimiçi)

⁸⁹ Aynı görüşte bkz. Artuk, *a.g.m.*, s.499; Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.264-265; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s.488; Ortada ceset veya kemik kalmaması sebebiyle kıyasa yönelik yorum yapılamayacağı gerekçesiyle aksi görüşte bkz. Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.464.

⁹⁰ <http://www.tdk.gov.tr/index> Erişim tarihi:02.05.2015(Çevrimiçi)

⁹¹ Aynı görüşte bkz. Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.265; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s.488; Artuk, *a.g.m.*, s.500. Aksi görüşte bkz. Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.463.

⁹² Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.265.

⁹³ 5237 sayılı TCK tasarısında maddenin ikinci fıkrasına suçun "basın ve yayın yoluyla" işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düşünülmüşse de, TBMM Genel Kurulunda "basın özgürlüğü" gerekçesiyle madde metnine alınmamıştır. Nakleden: Yurtcan, *a.g.e.*, s.95, TBMM Değişiklik Gerekçesi için Yurtcan, *a.g.e.*, s.97.

⁹⁴ <http://www.tdk.gov.tr/index> Erişim tarihi:02.05.2015(Çevrimiçi)

⁹⁵ Aynı görüşte Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s.455.

hissetmeleri gerektiği özel taşınmazları gibi alanlarda dışarıdan görülebilmese yahut duyulmasına yönelik olarak önlem alınmaması sebebiyle aleniyet unsurunun gerçekleşebileceğinin kabulü kanaatimizce özel hayata ciddi ölçüde müdahale teşkil etmektedir. Ayrıca aleniyetin genel hükümlerde tanımının yapılması durumunda, kavram uygulama açısından daha da netlik kazanacaktır.

Hakaretin herkesçe işitip görülebileceği sayısı belli olmayan kişiler açısından da algılanabilir olması durumunda aleniyetin gerçekleştiğini kabul eden yazarlar olduğu gibi⁹⁶; aleniyet unsurunun oluştuğunun kabulü için, fiilin belirli olmayan en az iki kişi tarafından algılanacak şekilde gerçekleştirilmesi yeterli gören yazarlar da vardır.⁹⁷ Doktrinde aleniyet unsurunu kalabalık kimselerin fiili öğrenmesi olarak tanımlayanlar da vardır.⁹⁸

Aleniyet kavramı, kanun koyucu tarafından Türk Ceza Kanunu içerisinde bazı hallerde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri olarak tasnif edilmişken, bazı hallerde de suçun unsurları arasında yer almaktadır.⁹⁹ Aleniyetin tanımı ile ilgili olarak değişik suç tipleri açısından da değerlendirmeler yapılmış ve doktrinde çeşitli tartışmalara sebep olmuştur.¹⁰⁰ Fiilin aleni olarak işlenmesi, insanların genelinin kullanımına açık yahut özel mülkiyete konu olan yerlerde de gerçekleşebileceğinden, kanaatimizce söz konusu ihtimallerin somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir Yargıtay Ceza Genel Kurul kararında aleniyet açısından, kamunun giriş çıkışına açık olan yani genel yerlerden sayılabilecek bir yerde kişilerin duyumuna açık şekilde işlenmesini aleniyet olarak kabul etmiştir.¹⁰¹

Fakat ister bireysel olarak aile yaşantısı olarak olsun, kişilerin yaşadıkları konutlarında daha doğru bir tabirle diğer kişilerin izin almaksızın giremeyeceği yerler kapsamında insanların korunması gereken özel hayatları vardır. İnsanlar buralarda herhangi bir endişe duymadan, fikirlerini birbirlerine aktarabilmeli ve iletişime geçebilmelidirler. Burada sarf etmiş oldukları sözler,

⁹⁶ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.265.

⁹⁷ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.26; Ayrıca açıklamalar için bkz. Erman, a.g.e., s.207.

⁹⁸ Erman, a.g.e., s.207; Sancar, a.g.e., s.174.

⁹⁹ Türkan Yalçın Sancar, "Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini" Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (TCK m.159/1-YTCK 301/1-2), 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.170; Aleniyet kavramı Osmanlı Ceza Hukukunda da nitelikli hal olarak kabul edilmediği suç tiplerinde, genel bir ağırlatıcı hal olarak düzenlenmekteydi. Açıklamalar için bkz. Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya 2010, s.164.

¹⁰⁰ ETCK m.153'te yer alan aleniyet kavramı açısından tartışmalar bakımından daha detaylı bilgi için bkz. Sancar, s.171 vd.

¹⁰¹ YCGK, 05.12.1966, 1966/276 E-1966/456 K Nakleden: Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.265.

aynı çatı altında iki aile dahi yaşıyor olsa kişilerin özel hayatlarına dahildir.¹⁰² Yargıtay bir kararında apartman holünde yapılan hakareti aleni kabul etmiştir.¹⁰³ Kanaatimizce burada genişletici bir yorum yapılmaksızın, dışarı yansiyabilecek konuşmaların nerede yapıldığına dikkat etmek gerekmektedir.

Ayrıca aleniyetin varlığının saptanması mekânlara ayırarak değil, somut olaya göre yapılmalıdır. Kişinin özel alanında örneğin balkonunda bahçedeki komşusu ile yaptığı konuşmada aleniyet unsuru gerçekleşebilecekken, kişilerin herkesin kullanımına açık bir yerde gerçekleştirdiği konuşmalarda da özel alanı olmalıdır.¹⁰⁴

Ölmüş kimsenin hatırasına internet ortamında da hakaret edilmiş olabilir. Doktrinde bunu süreli yayın kapsamında değerlendirerek Basın Kanunu'nun 11. maddesinin uygulanabileceği savunulmaktadır.¹⁰⁵ Diğer bir görüş de, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesi uyarınca "sunuş biçiminden içeriği benimsediği anlaşılıyorsa" ve "kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise" içerik sağlayıcının da genel hükümler uyarınca sorumlu tutulabileceği doğrultusundadır.¹⁰⁶ Kalabalık gruplarca hakaretin öğrenilmesine imkân sağlayan internet ortamı, aleniyetin oluştuğunun kabulüne cevaz vermektedir. İnternet ortamında ölmüş bir kimseye hakaret edilmesi durumunda, kanaatimizce de fiil aleni olarak gerçekleştirilmiş sayılmalıdır.¹⁰⁷

5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinin 2. fıkrası bakımından ise kanunda herhangi bir nitelikli hal bulunmamaktadır.

3.3. Suçun Manevi Unsurları

Ölünün hatırasına hakaret edilebilmesi için failde genel kastın varlığı yeterli görülümüş, herhangi bir saik aranmamıştır.¹⁰⁸

¹⁰² Aynı doğrultuda açıklamalar için bkz. Hamdi Öner, "Hakaret ve Sövme Suçları", Adalet Dergisi, S.10, Ankara, 1946, s.1088.

¹⁰³ "Sanığın apartman holünde sövdüğü ileri sürülen olayda olay yeri müşteki ve tanığa sorulup gerekirse aleniyetin varlığı yönünden keşif yapıldıktan sonra belirlenecek duruma göre karar verilmesi gerekirken aleniyetin varlığı kesin olarak tespit edilmeden eksik soruşturma ile TCK'nın 482/3. maddesi ile hüküm kurulması" Y2CD, 08.12.2005, 2005/24246 E-2005/27900 K Nakleden: Parlar/Hatipoğlu, a.g.e, s.214.

¹⁰⁴ Örnek ve açıklamalar için bkz. Öner, a.g.m., s.1088, ayrıca aynı yazar a.g.m.'de s.1088'de bir ailenin tamamen bir vagonu kapsayacak şekilde yolculuk etmesi yahut bir gazininin özel bir bölümünde yapılacak konuşmalar bakımından bu gibi durumlarda aleniyet unsurunun gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır.

¹⁰⁵ Muharrem Özen, "Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi", TBBD, 2008, Sayı:75, s.103.

¹⁰⁶ Meran, a.g.e., s.34.

¹⁰⁷ Aynı görüşte bkz. Fehmi Şener Gülseren, "İnternet Ortamında İşlenen Hakaret Suçları", EUL Journal Of Social Science (IV.I), June 2013-LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Haziran, s.29; Meran, a.g.e., s.47-48.

¹⁰⁸ Aynı görüşte bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.268; Yaşar/Gökcan/Aruç, a.g.e., s.4068.

ETCK döneminde 765 sayılı TCK'nın 178/1'de ceset ve kemiklerin "*tahkir maksadıyla veya meşru olmayan diğer bir maksatla*" alınması cezalandırılmaktaydı. Fakat manevi unsur açısından ölüleri tahkir suçu bakımından ceset veya kemiklerin alınmasında böyle bir maksat 5237 sayılı TCK bakımından aranmamıştır. Bu sebeple 2. fıkra bakımından da genel kast yerlidir. Doktrinde bu suçun olası kastla da işlenebileceği savunulmaktadır.¹⁰⁹ Kanaatimizce olası kastla da işlenebilecektir.

Suçun taksirli şekli düzenlenmediğinden, örneğin ceset veya kemiklerin yanlışlıkla alınması durumunda failin cezalandırılması mümkün değildir.

3.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Haksızlık teşkil eden bir fiilin suç addedilebilmesi için somut olayda onu hukuka uygun hale getiren bir durumun bulunmaması gerekmektedir.¹¹⁰

İnceleme konusu suç tipi bakımından Kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi ilk akla gelen hukuka uygunluk sebeplerindedir. Ceza Muhakemesi işlemleri olan adli muayene, otopsi vb. çerçevesinde de kanun hükmü yerine getirilebilir.¹¹¹ Adli muayene, ölüm anının saptanması için yapılmaktayken¹¹²; kişinin ölüm sebebinin saptanması için yapılan otopsi işlemi¹¹³ esnasında uygulamada *feth-i kabir* adı verilen cesedin mezardan çıkartılması işlemi yapılmaktadır.¹¹⁴

Özellikle hakkın icrası kapsamında, Milletvekillerinin açıklamalarına da değinmek gerekmektedir. Milletvekillerinin oy ve sözlerinden hatta jest ve mimiklerinden de sorumlu tutulmaması yasama sorumsuzluğunun bir yansımasıdır. Fakat bu düşünce açıklamalarının hakaret teşkil edip edemeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş bu fiiller sebebiyle milletvekillerinin ne hukuk ne de ceza davasına tabi olabilir. Diğer görüşe göre ise bu açıklamalar eğer görevle ilgili değilse, manevi tazminat davasına konu olabilir.¹¹⁵ Milletvekillerinin açıklamaları ölmüş bir kimsenin hatırasına hakaret teşkil ediyorsa da, ceza davasına konu olamayacaktır.

¹⁰⁹ Yenidünya/Alşahin, a.g.m., s.91; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e. s.4068; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.489; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.464.

¹¹⁰ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.369.

¹¹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.489.

¹¹² Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.294.

¹¹³ Detaylı açıklamalar için bkz. Kök, a.g.e., s.223; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.294.

¹¹⁴ Kök, a.g.e., s.226.

¹¹⁵ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 3.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.113.

Tarih hakkında yapılacak olan açıklamalar da bu madde bakımından hukuka uygunluk sebebi doğuracağı tartışmasızdır. Görüşlerin desteklenebilmesi için tarihi bir delile dayanma zorunluluğu da açıktır.¹¹⁶

Haber verme hakkı bakımından da hukuka uygunluk sebebi gerçekleşebilir fakat bunun sınırlarını tayin etmek gerekir.¹¹⁷ Haber verme hakkı, eleştiriye de içinde barındıran Anayasal bir haktır. Anayasanın 28. maddesinde yer alan hakkını kullanan basın mensupları, basın özgürlüğünden faydalanmalıdırlar.¹¹⁸ Fakat bunu mutlak bir dokunulmazlık olarak değerlendirmemek gerekir. Bu sebeple verilecek haber her şeyden önce güncel olmalıdır. Haberin verilmesinde bir kamu yararı bulunmalı ve gerçek olmalıdır. Ayrıca aktarılan olay ve haber arasında nedensellik bağı da olmazsa olmaz şartlardandır. Bunların yanı sıra kişilerin şeref ve haysiyetlerini incitici de olmamalıdır.¹¹⁹ Ölmüş bir kimse hakkında yıllar sonra yapılan haber de güncel olabilir. Olay yeniden gündeme gelmiş ve bilgi alınmasında kamu yararı doğmuş olabilir. Bu gibi durumlarda da haber güncel sayılabilir.¹²⁰ Yargıtay da “*Ceza Hukukunda hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılan haber verme hakkında yararlanabilmek için, haberin gerçek olması, haberin bilinmesinde kamu yararı bulunması ve haberde küçültücü değer yargılarının bulunmaması gerekir. Gazetecinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, haber vermeden önce olayın doğru olup olmadığını araştırması ve yayımlanan haber içeriği ile suçu hukuka uygun kılan çerçevenin aşılmaması gerekmektedir.*”¹²¹ şeklinde içtihat etmiştir.

5237 sayılı TCK madde 127’de yer alan isnadın ispatı bu suç tipi bakımından uygulanamayacaktır.¹²²

¹¹⁶ Tokbaş, a.g.e., s.277; “*tarih hakkı da ölmüş bir şahsın hatırasını gelişi güzel lekelemek yetkinisi tarihçiye vermez ve böyle bir fillin vukuu halinde, tarih hürriyeti ileri sürülerek cezadan kurtulmayı mümkün kılmaz*” bkz. Erman, a.g.e., s.57.

¹¹⁷ “*Karikatür dalında Türkiye’de ün yapan katılanların, etkinlik gösterdikleri meslek alanlarını ve mesleklerini değerlendirmede gerekli olmayan ya da okurların gereksiz merak duygularını doyurmaya yönelik söz ve suçlamaların eleştiri ve haber sınırlarını aşacağı için, haber ve bilgiler gerçek olsa bile, bunların eleştiri ve haber sınırları içinde kalmaları için, bilinmesinde kamu yararının ve halkı aydınlatma işlevinin bulunması gerektiğinin gözetilmesi ve küçük düşürücü suçlamaları haber verme, eleştirme ve bilgilendirme hakları çerçevesine indirgeyen ve eylemi hukuka uygun kılan bir durumun bulunup bulunmadığının değerlendirilip hüküm kurulması gerekir.*” Y4CD, 23.9.1992, 1992/5002 E-1992/5777 K Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 30.04.2015 (Çevrimiçi).

¹¹⁸ Yazar gazetecilik mesleği sebebiyle de bu meslekten kaynaklanan da bir hak olduğu kanaatinde dir. bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), s.323.

¹¹⁹ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.328-331; Haberin güncel olmasından ziyade güncel görünmesi gerektiğini hakkında bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), s.323; Meran, a.g.e., s.77-78-79.

¹²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.329.

¹²¹ Y4CD, 24.05.2006, 2004/15112 E-2006/11311 K Nakleden: Yaşar/Gökcan/Artaç, a.g.e., s.4011.

¹²² Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.460.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun kapsamında da ölüden organ, doku ve kemik alınabilir.¹²³ Ayrıca hem 2238 sayılı hem de 1593 sayılı yasalardan kaynaklanan görevlerin kullanılma- sı hukuka uygunluk¹²⁴ sebebi ortaya çıkartacaktır. Ayrıca Yargıtay bir kararında “TCK 178/2’ile kamu davası açılmışsa da fasılın başlığı din hürriyetiyle ilgilidir. Madde ile mezara ve ölüye tecavüz önlenmek istenmiştir. Doktorların yaptığı tıbbi çalışmaların din hürriyeti ile münasebeti yoktur. Hırsızlık, görevi kötüye kullanmak suçların unsurları ve kastı yoktur.”¹²⁵ şeklinde içti- hat ederek hukuka uygun kabul etmiştir.

4. CEZALANDIRILABİLME ŞARTI OLARAK İHTİLAT

4.1. İhtilatın Hukuki Niteliği

Ölünün hatırasına hakaret suçunun en az üç kişiye ihtilat edilerek işlen- mesi gerekmektedir. İhtilatın suçun unsuru mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı kapsamında mı değerlendirilmesi hususunda doktrinde çeşitli gö- rüşler mevcuttur. Hukuki niteliği açısından varılacak sonuç teşebbüs, manevi unsuru gibi çok çeşitli konularda farklılığa yol açacaktır.

Suçun cezalandırılabilmesi için, kanun koyucunun aradığı şartlara ceza- landırılabilme şartları denir. Fail tarafından şart gerçekleştirilse dahi bunun neticesinin fail tarafından istenip istenmemesi önemli olmadığından, bu şart- lar objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilmektedirler.¹²⁶ Bu şart- ların yokluğu durumunda fail tarafından tipik hukuka aykırı ceza normu ile korunması gereken hukuki değer ihlal edilmiştir, ancak faile fiilinden dolayı ceza verilmemektedir.¹²⁷ Bunlar failin kastı kapsamı dışındadır.¹²⁸ Yani bun- ların gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesine gerek yoktur. Bu hata bahsi açısından da önem arz eden bir durumdur. TCK’nın 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca suçun unsurları açısından düşülebilecek hata kastın kaldırmaktay- ken (taksirli sorumluluk saklı kalmak kaydıyla), objektif cezalandırılabilme şartları açısından failin hatasının hukuken değer atfedilmemiştir.¹²⁹

¹²³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.489; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4068.

¹²⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4068.

¹²⁵ Y4CD, 2.6.1975, 1975/2433 E-1975/3150 K Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 30.04.2015 (Çevrimiçi).

¹²⁶ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.207; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 13.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s.416-418.

¹²⁷ Detaylı açıklamalar için bkz. Zeynel Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHFMD C.LXVIII, S.1-2 2010 <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023009565> s.151

¹²⁸ Koca/ Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.324.

¹²⁹ İlhan Üzülmmez/Ahmet Hulusi Akkaş, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, EÜHFD, C.II, S.1-2, 2007, s.77.

Objektif cezalandırılabilme şartları hukuksal niteliği tartışmalı olup, bir görüşe göre suçun oluşumundan sonra gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirli olmayan daha doğru bir anlatımla gelecekte gerçekleşebilecek bir şarttır. Diğer görüşe göre ise ortada bütün unsurları ile oluşmuş bir suç olmak zorundadır ki, bu aşamadan sonra ancak ve ancak bu şartların varlığı halinde failin cezalandırılabilmesini sağlamaktadır.¹³⁰ İlk görüşün kabulü durumunda suçun unsurlarına bağlı olarak değerlendirilebileceklerdir.¹³¹ Bu sebeple de unsurlarının eksiksiz gerçekleştiği bir suç olması gerekir ki, değerlendirme yapılabilirsin.¹³² Ayrıca cezalandırılabilirlik şartı suçtan önceki bir olay olmamalıdır.¹³³

Cezalandırılabilirlik şartları bakımından cezaların şahsiliği ilkesi çerçevesinde muhakkak failin hareketinden kaynaklanmış olması gerekmektedir. Başkasının fiilinden kaynaklanan bir durumda faili cezalandırmak suçta ve cezada şahsilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Suçun unsurları açısından bağımsız fakat gerçekleşen ceza normunu ihlal eden fiilin cezalandırılabilmesine elverişli olaylar bu kapsama dahil edilebilir.¹³⁴

Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun ön şartlarından da farklı hukuki niteliğe sahiptir. Suçun işlendiğinin kabul edilebilmesi için, unsurların dışında bazı şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu şartların bulunmaması durumunda ise suç gerçekleşmiş kabul edilemez. Bunlar hukuki niteliği tartışmalı da olsa önşart olarak adlandırılmaktadır.¹³⁵

Ön şartlar fiile yönelik¹³⁶ ve suça yönelik olmak üzere doktrinde ayrıma tabi tutulmaktadır.¹³⁷ Bu şartları suça yönelik önşart olarak kabul edenler açısından, suçun gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için korunan hukuksal değer, fiili gerçekleştirecek failin, mağdurun ve isnat kabiliyetinin olmasını ön şarttır. Fiile yönelik ön şart teorisini kabul edenler açısından¹³⁸ ise bunlar suçun maddi unsurları arasında yer alan fiilin dışında, doğal veya hukuksal şartlardır. Bunlar suçun gerçekleşmesi için unsurlardan bağımsız varlığı olmazsa olmaz

¹³⁰ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.207 dp.47.

¹³¹ Aynı görüşte Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.208; Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.417.

¹³² Benzer görüşte bkz. Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s.191. Fakat yazar suç tasnifindeki yerini ceza olarak nitelendirmektedir.

¹³³ Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.418.

¹³⁴ Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.419-420.

¹³⁵ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.206.

¹³⁶ Bu şartları yazar, suç tipine dahil olan fiilin içinde olarak "fiilin önşartı" kabul etmektedir ve suçun asli unsuru olarak kabul etmektedir. Bkz. Hafizoğulları/ Özen, a.g.e., s.191.

¹³⁷ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.206.

¹³⁸ Fiilin ön şartı olduğunu kabul eden yazarlar için bkz. Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.208 dp.46; s.207.

şartlardandır. Örneğin çocuk düşürme suçu bakımından suçun faili kadının gebe olması gerekmektedir.¹³⁹ Ön şartlar kastın kapsamında yer almaktadırlar.¹⁴⁰

Cezalandırılabilme alanını daraltmak açısından, unsur mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu hususunda tereddüt oluşması halinde fail lehine bir yorumla, bunların unsur sayılması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır.¹⁴¹ Daha geniş bir anlatımla bu şartlar cezalandırılabilirlik alanını daraltan, failin bilmesi gerekmeyen, yokluğunda faile ceza verilmesini engelleyen fiilden önce yahut sonra ortaya çıkabilen şartlardır.¹⁴² Kanun koyucu, bunların gerçekleşmesini zorunlu kabul etmektedir ki, fail cezalandırılabilir.¹⁴³ Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlara da teşebbüs olduğu savunulmaktadır.¹⁴⁴

Cezalandırılabilme şartları, kovuşturma şartlarından da farklılık arz etmektedir. Cezalandırılabilme şartları yokluğunda ceza verilmemesini sağlayan şartlardır. Kovuşturma şartları ise hâkimin bilgisine ulaşmasını engelleyen şartlardır.¹⁴⁵

Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda, zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağı da tartışmalıdır. Bir görüş, kanunda ayrıca cezalandırılabilme şartları açısından bir düzenleme olmadığından bahisle, genel hükümlere göre hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁴⁶

4.2. Değerlendirme

Sonuç olarak, madde düzenlemesi açısından, TCK'nın 125. maddesinden giyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için en az üç kişiye ihtilat edilmesinden bahsetmektedir. Fakat kanun koyucu ölünün hatırasına hakaret suçu bakımından maddede ayrıca "*cezalandırılabilir*" ibaresine yer vermemiştir. Bu sebeple ihtilatın suçun unsuru olduğu görüşü bu gerekçeler etrafında yoğunlaşmaktadır.¹⁴⁷ Kanaatimizce ölünün hatırasına hakaret suçu açısından, en az üç kişiye ihtilat edilmesi bakımından ihtilat objektif cezalandırma şartıdır.

İhtilatın gerçekleşip gerçekleşmediği hususu, failin kastına dahil değildir. Kanaatimizce objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlara kural olarak te-

¹³⁹ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.207; Üzülmöz/Akkaş, a.g.m, s.81.

¹⁴⁰ Üzülmöz/Akkaş, a.g.m, s.81.

¹⁴¹ Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım s.420-421.

¹⁴² Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), s.387; Koca/Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.324.

¹⁴³ Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), s.391.

¹⁴⁴ Üzülmöz/Akkaş, a.g.m., s.78.

¹⁴⁵ Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.421.

¹⁴⁶ Üzülmöz/Akkaş, a.g.m., s.79.

¹⁴⁷ Koca/Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.461.

şebbüs mümkün değildir.¹⁴⁸ Bu sebeple ihtilat oluşmadığında fail teşebbüsten cezalandırılmaz. Ayrıca niteliği itibariyle zamanaşımı son kişiyle ihtilat edildiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Ancak hakaretin internet ortamında işlenmesi durumunda, hakaret teşkil eden içerik yayından kaldırılmayabilir. Bu gibi durumlarda ise esasında ani suç olarak işlenebilen ölünün hatırasına hakaret suçu, mütemadi bir karakter arz edecektir.¹⁴⁹ Böylelikle de dava zamanaşımı süresi, TCK'nın 66. maddesinin 6. fıkrası uyarınca temadinin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

5.1. Teşebbüs

Ölünün hatırasına hakaret suçu olarak bahsettiğimiz, TCK'nın 130. maddesinin 1. fıkrasında yer alan suç sırf hareket suçudur. Eğer icra hareketleri parçalara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkün olacaktır.¹⁵⁰ Kural olarak objektif cezalandırılabilme şartı muhteva eden suçlar bakımından teşebbüs çok tartışmalı bir husustur. Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartı muhteva eden suçlara da teşebbüs mümkün olduğunu savunan yazarlar mevcuttur.¹⁵¹

Ölüleri tahkir suçu bakımından teşebbüs gerçekleşebilir.¹⁵² Fail, cesedi bulunduğu yerden almak için icra hareketlerine başlamış ancak kendi elinde olmayan sebeplerle fiili yarıda kalmış olabilir. Özetle 5237 sayılı TCK'nın 2. fıkrası bakımından ceset veya kemiklerin alınması için icra hareketlerinin yarıda kalması sebebiyle almak fiili tamamlanamamış olması durumunda teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

5.2. İştirak

5237 sayılı TCK'nın 130. maddesindeki suçlar iştirak bakımından bir özellik arz etmez.¹⁵³ Birden fazla kimse heykel, karikatür vb. birlikte yaparak da bu suçu işleyebilirler.¹⁵⁴ İhtilat bakımından eklemek gerekirse, asgari

¹⁴⁸ Bu konuda açıklamalar için bkz. Mehmet Emin Artuk/Mehmet Emin Alşahin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.22.

¹⁴⁹ Aydın (Devrim), a.g.m., s.895-896.

¹⁵⁰ Nurullah Aydın, Türk Suç ve Ceza Hukuku, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.241.

¹⁵¹ Haksızlık ile ilgili olmayan bir şartın, teşebbüs gibi haksızlığa ilişkin bir konuyu etkilememesi gerektiği hususunda bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.325; aynı doğrultuda bkz. İlhan/Üzülmez, a.g.e., s.78; Kangal, a.g.e., s.163.

¹⁵² Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.269.

¹⁵³ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.270; Yaşar/Gökcan/Artaç, a.g.e., s.4069.

¹⁵⁴ Aydın (Nurullah), a.g.e., s.241.

sayının oluşabilmesi için sayıya dahil edilmesi gereken kimseler bakımından iştirak hükümleri uygulanmayacaktır

5.3. İçtima

5237 sayılı TCK'nın 130. maddesindeki suçlar içtima bakımından bir özellik göstermez.¹⁵⁵ Genel hükümler çerçevesinde değerlendirmeler yapılacaktır.

İhtilat bakımından asgari sayının üzerine çıkılması durumunda, zincirleme suç hükümlerine göre değerlendirilmeyecektir.¹⁵⁶ Kişide tek suç işleme kastı var ve en az üç kişiyle iletişimde bulunarak hakaret fiilini gerçekleştiriyorsa tek suç oluşacaktır. Aynı kişinin hatirasına birden çok kez aynı suç işleme kararı kapsamında hakaret edilirse, zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

Doktrinde içtima yönelik olarak bir kimseyi öldürdükten sonra, cesede yönelik cinsel saikle gerçekleştirilecek olan fiiller bakımından ETCK döneminde cesede yönelik tahkir kapsamında değerlendirilmesine rağmen, 5237 sayılı TCK bakımından bu maddenin uygulanamayacağı da savunulmaktadır.¹⁵⁷ Kanaatimizce hem kasten adam öldürme hem de ölüleri tahkir suçu meydana gelecektir.

Örneğin failin cesedi parçalara ayırırken bir yandan da hakaretimiz sözler söylemesi durumunda, hem 5237 sayılı TCK 130. maddenin 1. fıkrası hem de 2. fıkrası oluşacaktır, farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.¹⁵⁸

Söz konusu maddenin 2. fıkrası bakımından suçun konusunu oluşturan ceset veya kemiklerdir. Fakat ne ceset ne de kemik, eşya olarak kabul edilemez. Bu sebeple almak fiili açısından hırsızlık suçunun konusunu oluşturamazlar. Fakat ölmüş bir kimse ile birlikte gömülmüş eşyanın alınması durumunda hem 5237 sayılı TCK'nın 130/2 hem de 141 vd. maddelerindeki suçlar oluşacaktır.¹⁵⁹ Aynı gerekçe ile ölmüş bir kimsenin ceset veya kemiklerine yönelik tahkir edici fiillerin işlenmesi bakımından da, mala zarar verme suçu oluşmayacaktır.

Ceset veya kemiğin mezardan alınması esnasında, mezar tahrip edilmiş de olabilir. Bu durumda farklı neviden fikri içtima kuralları uyarınca hem 5237 sayılı TCK m.130/2 hem de 153. madde uygulama alanı bulacaktır.¹⁶⁰ Ceset veya kemiğin alınmayıp, sadece mezarın açılması durumunda ise 5237 sayılı TCK

¹⁵⁵ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.270.

¹⁵⁶ Sakarya, a.g.m., s.422.

¹⁵⁷ Tokbaş, a.g.e., s.277-278.

¹⁵⁸ Yazarlar burada fikri içtima uygulanabileceğini, TCK m.130/1'de seçimlik yaptırım olarak adli para cezasının öngörülmesi sebebiyle de daha ağır cezayı gerektiren TC m.130/2 uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.489.

¹⁵⁹ Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3.Cilt*, s.3197.

¹⁶⁰ Aynı görüşte bkz. Meran, a.g.e., s.175; Kayaççiçek, a.g.e., s.506.

madde 130/2 uygulanamayacaktır. Bu durumda şartları oluşmuşsa Umumi Hıfz-ı Sıhha Kanunu'nun 300. maddesi uygulama alanı bulacaktır.¹⁶¹ Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu bir kararında, tam olarak çürümemiş ise mezarın açılmasının sağlık açısından da tehlike oluşturduğundan bahisle hem Umumi Hıfz-ı Sıhha Kanunu'nun 300. maddesini hem de 765 sayılı TCK'nın 178. maddesinin 2. fıkrasını ihlal ettiği gerekçesiyle farklı neviden fikri içtima uygulanması hususunda içtihat etmiştir.¹⁶² Bizce de; ceset veya kemikler alınırken, mezarın açılması durumunda tek bir hareketle birden fazla suç olduğu için, farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanmalıdır.

6. KOVUŞTURMA VE YAPTIRIM

5237 sayılı TCK'nın 131. maddesinin 2. fıkrasında şikâyet hakkının kimler tarafından kullanılabilceği düzenlenmiştir. Suçun şikâyeti bakımından sadece kan hısımları dikkate alınmıştır. Ölenin kayın hısımları bu madde uyarınca şikâyetçi olamayacaklardır.¹⁶³ Fakat halka mal olmuş dini değerler açısından önemli kişiler bakımından ise hakaret edilmesi durumunda, bu hakaretin "*füllin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde*" 5237 sayılı TCK'nın 216. maddesinin 3. fıkrası uyarınca cezalandırılabilirlerdir.¹⁶⁴

Atatürk'e karşı işlenen suçlar açısından özel bir kanun bulunmaktadır, Atatürk'ün hatırasına hakaret edenler açısından da bu suçtan ayrı olarak uygulanacaktır.¹⁶⁵

Toplum oluşturulan tüm bireylerin hatıralarına hakaret edilmesi durumunda şikâyet edebilecek yakınlarının dışında kayın hısımlığı ile kişiye bağlanmış olanlar açısından da etki doğurabilir. Fakat kayın hısımlarının mağdur olamayacağı, ölümle evliliğin sona ermesi sebebiyle gerekçelendirilebilir. Ancak unutmamak gerekir ki; şikâyet hakkı tanınan kan hısımlığı derecesinde yakınları olmayan kimselerin hatıralarına hakaret edilebilir veya ceset veya kemikleri alınabilir yahut ceset veya kemikleri üzerinde tahkir edici fiiller işlenebilir. Fakat dini açıdan önemli kişilerden olmamakla birlikte halka mal olmuş tarihi şahsiyetler açısından da bu maddenin uygulanma imkânı bulunmamaktadır.¹⁶⁶

¹⁶¹ Aynı görüşte bkz. Yaşar/Gökcan/Artaç, a.g.e, s.4067; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/ Tepe, a.g.e., s.489; Ceset veya kemiklerin alınmasının mezarın da açılmasını gerektirdiği gerekçesiyle burada bir geçitli suç olduğu hakkında bkz. Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s.488.

¹⁶² Y4CD, 26.04.1999, 1999/3437 E-1999/4502 K için bkz. Meran, a.g.e., s.177.

¹⁶³ Şikâyet hakkında sahip olan kimselerin kapsamının değiştirilmesi gerektiği hakkında bkz. Tokbaş, a.g.e., s.279.

¹⁶⁴ Aynı görüş için bkz. Tokbaş, a.g.e., s.279.

¹⁶⁵ Tokbaş, a.g.e., s.278.

¹⁶⁶ Tokbaş, a.g.e., s.279; Ayrıca benzer hükme yer veren önceki tasarımlara yönelik eleştiriler için bkz. Erman, a.g.e., s.297.

Yakınları olmayan ölmüş kimseler açısından ayrıca bir düzenleme yapılarak, şikayet hakkının sınırlandırılmasından vazgeçilerek resen soruşturma yapılabilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılması kanaatindeyiz.¹⁶⁷

Ölünün hatırasına hakaret suçunun aleni olarak işlenmesi durumunda verilecek cezada altıda bir oranında artırım yapılacağı kanunda düzenlenmiştir. Suçun temel şekli bakımından her ne kadar seçimlik ceza öngörülmüş ise de, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal bakımından sadece hapis cezasına hükmedileceğine dair doktrinde bir görüşe iştirak etmekteyiz.¹⁶⁸ Belirli bir oranda artırım yapılabilmesi sadece hapis cezaları bakımından söz konusu olup, adli para cezaları bakımından söz konusu olmadığından aleniyetin varlığı halinde kanaatimizce sadece hapis cezası uygulanmalıdır.

Yapılan muhakeme sonucunda verilecek hükümler Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) madde 223'te düzenlenmiştir. Ceza muhakemesi sonucunda verilecek hükümler mutlaka gerekçeli olmalıdır.¹⁶⁹ Fakat objektif cezalandırılabilme şartı içeren suç tipleri bakımından yapılacak muhakeme sonucunda hangi hüküm çeşidinin verilmesi gerektiğine dair CMK'da açık bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde de bu konuda beraat kararı verilemeyeceğine dair görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce CMK'nın 223. maddesinin 2. fıkrası irdelendiğinde, objektif cezalandırılabilme şartlarının yapısı gereği beraat kararı verilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.¹⁷⁰ Ayrıca doktrinde yapısı gereği şahsi cezasızlık sebeplerine benzetilebileceği gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceği görüşü de mevcuttur.¹⁷¹ Bizce de bu şartın gerçekleşmemesi durumunda, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.¹⁷² Ayrıca takibi şikâyete bağlı suçlar, CMK madde 253 uyarınca uzlaşma kapsamındadır.¹⁷³ Ölmüş kimsenin hatırasına hakaret suçu alenen dahi işlense, şikâyete bağlı olduğundan; uzlaşma kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Aynı görüşte bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.523; Kayaççiçek, a.g.e., s.509-510.

¹⁶⁸ Aynı görüş için bkz. Üzülmöz, a.g.m., s.71.

¹⁶⁹ Hüküm çeşitleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F.Saygılar Kırıtı/Özdem Özyayın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.561-562.

¹⁷⁰ Artuk/Alşahin, a.g.m., s.28; Objektif cezalandırılabilme şartları bakımından detaylı açıklamalar için bkz. Üzülmöz/Akkaş, a.g.m., s.76.

¹⁷¹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.729 dp.109.

¹⁷² Artuk/Alşahin, a.g.m., s.28; Kangal, a.g.e., s.156, Üzülmöz/Akkaş, a.g.m., s.76.

¹⁷³ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.4071.

¹⁷⁴ Kayaççiçek, a.g.e., s.521.

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinin ilk fıkrasında ölmüş kimsenin hatırasına hakaret suçu, ikinci fıkrasında ise ölmüş kimselere yönelik tahkir suçu olmak üzere maddede iki adet suç tipi düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK madde 130/2'de yer alan suç tipinin karşılığı olan ETCK madde 178, Din Hürriyeti aleyhine Cürümlerin arasında düzenlenmekteydi. Yeni düzenleme ile bundan vazgeçilerek, "ölüleri tahkir suçu" isabetli olarak, Özel Hükümler kitabının Kişilere Karşı İşlenen Suçları düzenleyen ikinci kısmı kapsamında Şerefe Karşı Suçlar başlıklı bölümünde yer almıştır.

Ölünün hatırasına hakaret ve ölüleri tahkir suçlarının aynı maddede düzenlenmesi, 5237 sayılı TCK'nın bir yeniliğidir. Fakat madde başlığının "kişinin hatırasına hakaret" değil, suçun konusu ve korunan hukuki değer ile paralel olarak; "ölünün hatırasına hakaret ve ölüleri tahkir" olarak değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira kişilik, ölümle sona ermektedir.

Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın hem 130. maddesinin birinci fıkrası hem de ikinci fıkrası suçların temel şekilleri bakımından aynı yaptırımını uygulamaktadır. Kanaatimizce korunan hukuki değer bakımından; aynı yaptırımın düzenlenmesi de isabetli olmuştur.

Ayrıca vurgulamamız gereken başka bir husus da; 5237 sayılı TCK'nın 131. maddesinin 2. fıkrasında yer alan şikayet hakkına yöneliktir. 2. fıkrada şikayet hakkına sahip yakınlar açısından yapılan düzenleme yerinde olmakla birlikte, belirtilen kişi derecesinde yakınları olmayan ölmüş kimselerin de hatıralarının korumasız bırakılmaması için kanun koyucu tarafından bu konuda bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, madde düzenlemesi açısından, 5237 sayılı TCK'nın 125. maddesinde giyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için en az üç kişiye ihtilat edilmesine paralel olarak; kanun koyucu ölünün hatırasına hakaret suçu bakımından da ihtilat şartının gerçekleşmesini aramıştır. Fakat maddede ayrıca "*cezalandırılabilir*" ibaresine yer vermemiştir. Bu sebeple ihtilatın suçun unsuru olduğu görüşü bu gerekçeler etrafında yoğunlaşmaktadır. Kanaatimizce ölünün hatırasına hakaret suçu açısından da, en az üç kişiyle ihtilat edilmesinin aranması objektif cezalandırma şartıdır. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan aleniyetin de, birçok suçta düzenlendiğinden dolayı genel hükümlerin tanımları içeren 6. maddesinde tanımının yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Ahmet Caner Yenidünya/Mehmet Emin Alşahin, “*Bireyin Şerefine Karşı Suçlar*”, TBBD, Sayı: 68, 2007.
- Ahmet Nezih Kök, Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt -3, Sözkese Yayınları Ankara, 2009.
- Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1974.
- Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Devrim Aydın, “*Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu*”, Nur Centel’e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2009.
- Erol Çetin, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Fehmi Şener Gülseren, “*İnternet Ortamında İşlenen Hakaret Suçları*”, EUL Journal Of Social Sciences (IV.I), June 2013-LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Haziran.
- Hakan Tokbaş, Türkiye Mevzuatında Şerefi İhlal, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Hamdi Öner, “*Hakaret ve Sövme Suçları*”, Adalet Dergisi, S.10, Ankara, 1946.
- Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- İlhan Üzülmöz, “*Hakaret Suçu*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:5, S:12.
- İlhan Üzülmöz/Ahmet Hulusi Akkaş, “*Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*”, EÜHFD, C.II, S.1-2, 2007.
- Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

- Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Mehmet Emin Artuk, "Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler", İBD, C.71, S:7-8-9, 1997.
- Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3. Cilt, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.
- Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Mehmet Emin Artuk/Mehmet Emin Alşahin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Mine Arısoy, "Hakaret", TBB Dergisi, Sayı 72, 2007.
- Muharrem Özen, "Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi", TBB Dergisi, 2008, Sayı:75.
- Murat Kayaççek, Şerefe Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.478.
- Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya, 2010.
- Necati Meran, Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009.
- Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.
- Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Nurullah Aydın, Türk Suç ve Ceza Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Oğuz Polat, Klinik Adli Tıp, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

- Sahir Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Basım Atölyesi, İstanbul, 1989.
- Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım, 12. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1984.
- Türkan Yalçın Sancar, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (TCK m.159/1-YTCK 301/1-2), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Utku Coşkuner Sakarya, “*Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru*”, Ankara Barosu Dergisi, S:2, 2013.
- Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçti-hatlı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- Zeynel Kangal, “*Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları*”, İÜHFM C.LXVIII, S.1-2, 2010. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023009565>
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>
- <http://www.mevzuat.gov.tr/>
- <http://www.tdk.gov.tr/index>

Türkiye’de Sermaye Şirketlerinin Kurumlar Vergisi Mükellefiyetinin Mantığı Üzerine Bir Deneme

An Essay on the Logic of Taxing Stock Corporations by the Corporate Tax Regime in Turkey

Arş. Gör. Murat Can PEHLİVANOĞLU*

Özet

Sermaye şirketlerinin kazançlarının “kurumlar vergisi” adında gelir vergisinden farklı bir vergi rejimi altında vergilendirilmesinin asli sebebi hakkında kapsamlı bir inceleme öğretide mevcut değildir. Bu şirketlerin kurumlar vergisine tabiiyetleri, kurumlardan vergi alınmasının sebeplerini açıklayan görüşler açısından değerlendirildiğinde, bu görüşlerin söz konusu tabiiyeti açıklamada ancak tali sebepler olarak kabul edilebilecekleri görülmektedir.

Sermaye şirketlerinin gelir vergisinden farklı bir rejimde vergilendirilmesinin mantığı ancak bu şirketlerin toplumsal ve hukuki açıdan ifade ettiği anlamın değerlendirilmesiyle saptanabilmektedir. Çalışmada vergilerin işlevi, sermaye şirketlerinin toplumdaki yeri, bu şirketlerin ve kurumlar vergisinin temel yapısı ortaya konarak belirtilen saptamanın yapılmasına çalışılmıştır. Bu kapsamda Anayasa, Türk Ticaret Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu birlikte ele alınmıştır. Bu inceleme neticesinde kurumlar vergisi rejiminin toplumdaki tasarruf ve sermayenin sermaye şirketlerine yönlendirilmesinin teşvikine ve oluşan sermaye birikiminin dağılımsızın iktisadi faaliyetlere yatırılmasının sağlanmasına imkan veren bir döngünün yaratılmasına hizmet ettiğine kanaat getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Sermaye Şirketlerinin Vergilendirilmesi, Şirketlerin Kurumlar Vergisi Mükellefiyeti, Kurumlar Vergisinin Mantığı, Şirketleşmenin Teşviki, Sermayenin Korunması.

* T.C. Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.
E-posta: canpehlivanoglu@beykent.edu.tr

Abstract

There are no researches in Turkish law that widely explains the fundamental reason of taxing stock corporations in the corporate tax regime which is differing from the income tax regime. When those opinions which are being used to explain the reason of taxing corporations are examined, it is understood that those opinions can only be used as secondary explanations for defining the reason of taxing stock corporations by the corporate tax.

The logic of taxing stock corporations by a tax regime differing from the income tax regime can only be explained by examining the significance of stock corporations in the society and the whole Turkish law system. In this study, it is tried to establish this examination by looking at the functions of taxes, stock corporations' importance for the society and the fundamental structure of the stock corporations and the corporate tax law. Hence, the following laws are examined collectively; Constitution, Turkish Commercial Law, Income Tax Law and Corporate Tax Law. As a result of this examination, it is found that the functions of the corporate tax regime are; to encourage the tunneling of the savings and the capital of the society to stock corporations, and to tunnel this capital accumulation as a whole to economic activities. Therefore, it can be said that the fundamental reason of taxing stock corporations by the corporate tax regime is to generate this cycle.

Keywords

Taxing Stock Corporations, Logic of Corporate Taxation, Stock Corporations Taxation, Encouraging Incorporation, Protection of Capital

I. GİRİŞ

Devletin kendisine yüklenen görevleri yerine getirebilmesi, kamusal ihtiyaçları karşılayabilmesi ve egemenliğini sürdürebilmesi için gerekli mali kaynaklar devlet gelirlerinden sağlanmaktadır¹. Bu kapsamda borçlanma, para basma ve bunun sebep olduğu enflasyon suretiyle mali kaynak aktarımı gerçekleştirme devletin geçici nitelikteki olağan gelir sağlama yöntemlerini oluşturmaktadır². Devlet, devamlı ve düzenli geliri ise vergiler yoluyla sağlamaktadır³. Günümüzde Türkiye'nin genel bütçe gelirleri içerisinde vergi gelirlerinin payı yüzde 87'dir⁴. Bu anlamda kamu gelirlerinin içerisinde en önemli yeri vergilerin tuttuğu söylenebilecektir.

Vergiler, kamusal gereksinimlerin karşılanması için özel kesimden kamu kesimine, hukuksal zor altında, karşılıksız ve kesin olarak yapılan parasal aktarımlar olarak tanımlanmaktadır⁵. Vergileme devletin temel yetkilerinden

¹ Anayasa Mahkemesi T. 14/05/1997 E. 996/75 K. 997/50.

² Kenan Bulutoğlu, *Kamu Ekonomisine Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s.411.

³ Bulutoğlu, *Kamu Ekonomisi*, s.425.

⁴ Genel Bütçe Gelirleri Tahsilatı Tablosu, Gelir İdaresi Başkanlığı, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/GBG/Tablo_1.xls.htm (ET: 06/05/2015).

⁵ Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.4.

biri olup, hangi gelir ve varlıklardan ne ölçüde vergi alınacağına takdiri anayasal sınırlar içerisinde yasama organına aittir⁶.

Türk vergi sisteminde gelir üzerinden alınan vergileri gelir vergisi ve kurumlar vergisi; harcamalar (gider)⁷ üzerinden alınan vergileri katma değer vergisi, özel tüketim vergisi, bankacılık ve sigorta vergisi, damga vergisi; servet (varlık) üzerinden alınan vergileri ise veraset ve intikal vergisi, motorlu taşıtlar vergisi ve emlak vergisi oluşturmaktadır⁸. Bu tasnif Türk vergi sisteminde aynı iktisadi unsur olan gelirin iki farklı vergi rejimi ile vergilendirdiğini göstermektedir.

Gelir vergisi ve kurumlar vergisi aynı iktisadi unsuru vergilendirmesine karşın mükellefleri yönünden farklılaşmaktadırlar. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK)⁹ 1. maddesine göre gelir vergisinin mükellefleri gerçek kişilerken, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK)¹⁰ 1. maddesine göre kurumlar vergisinin mükellefleri kurumlardır. Kurumlar vergisi mükellefleri arasında en önde gelen gurubu da, gerek iktisadi yaşam içerisinde teşkil ettikleri önem gerekse elde ettikleri kazanç miktarıyla, sermaye şirketlerinin oluşturduğu bilinmektedir. Peki kurumlar ve bu arada sermaye şirketleri niçin "kurumlar vergisi" adı altında gelir vergisinden farklı bir vergi rejimine tabi tutulmaktadır? Bu çalışmada belirtilen sorunun cevabı aranmakta, sermaye şirketlerinin kurumlar vergisi rejime tabiiyetinin mantığını oluşturan asli sebebin saptanmasına çalışılmaktadır.

II. SERMAYE ŞİRKETİ KAVRAMI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹¹ (TTK) 124. maddesinin 1. fıkrasına göre kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler ticaret şirketlerini oluşturmaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre de anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketi sayılmaktadır. İktisadi hayatta sermaye şirketleri arasında en çok anonim ve limited şirketler ile karşılaşılmaktadır¹². Bu nedenle bu çalışmada sermayesi

⁶ Anayasa Mahkemesi E. 2012/30 K. 2012/96 T. 15/06/2012.

⁷ Öğretilde harcamalar üzerinden alınan vergiler başlığı altında şans oyunları vergisi, harçlar, belediye ve harçları ve gümrük vergisine de yer verildiği görülmektedir (Bkz. Erdoğan Öner, *Türk Vergi Sistemi*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2015, s.28).

⁸ Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.226.

⁹ Resmi Gazete Tarihi: 31/12/1960 S: 10700.

¹⁰ Resmi Gazete Tarihi: 21/06/2006 Sayısı: 26205.

¹¹ Resmi Gazete Tarihi: 14/02/2011 Sayısı: 27846.

¹² 31/12/2011 tarihi itibarıyla Türkiye'de 663.967 kurumlar vergisi mükellefi bulunmakta olup, bunların 65.400'ünü anonim şirketler ve 568.567'ini limited şirketler oluşturmaktadır (Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.517).

paylara bölünmüş komandit şirket üzerine herhangi bir açıklamaya yer verilmeyecektir.

TTK'nın 329. maddesine göre anonim şirketler, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan ve ortakların sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile şirkete karşı sorumlu oldukları şirketlerdir. Bu şirketler tüzel kişiliğe sahip olup (TTK m.125), kanunen yasaklanmamış her türlü iktisadi amaç ve konular için kurulabilmektedir (TTK m.331). Anonim şirketler için şirket borçlarından şirketin kendi malvarlığı ile sorumlu olması imkanın tanınması bu şirketlerin asgari bir sermaye ile kurulması zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir¹³. Yoksa ortakların sınırlı sorumluluğu şirketin ortaklardan ayrı bir kişiliğe sahip olmasından ileri gelmemektedir¹⁴. TTK'nın 332. maddesine göre anonim şirketler için esas sermaye tutarı en az 50 bin Türk Lirası olup, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş şirketler için ise bu tutar en az 100 bin Türk Lirasıdır. Anonim şirketlerin "kapalı" ve "halka açık anonim şirket" olarak tasnif edilmesi de mümkündür¹⁵.

TTK'nın 573. maddesine göre limited şirketler; bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından kurulabilen, ortakların şirket borçlarından dolayı sorumlu olmadığı, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye payları ile şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan yükümlülüklerden sorumlu oldukları şirketlerdir. Bu şirketler tüzel kişiliğe sahip olup (TTK m.125) kanunen yasak olmayan her türlü amaç ve konu için kurulabilmektedir (TTK m.573/3). TTK'nın 580. maddesine göre limited şirketler için esas sermaye tutarı en az 10 bin Türk Lirasıdır.

Bir sermaye şirketi yapısı altında faaliyet göstermek kişilere iktisadi açıdan başlıca dört fayda sağlamaktadır. Bunlardan ilkinin kişilerin iktisadi hayatta karşılaşabilecekleri riskleri şirkete koydukları sermaye ile sınırlı hale getirebilmesi¹⁶; ikincisini sermaye şirketlerinin öteki hukuki yapılara göre piyasadan kaynak toplama da daha çok seçeneğinin (kişilere veya bankalara

¹³ Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe paragraf 60, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, ET: 10/05/2015.

¹⁴ Reiner Kraakman/John Armour/Paul Davies/Luca Enriques/Henry Hansmann/Gerard Hertig/Klaus Kopt/Hideki Kanda/Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law*, Second Edition, Oxford 2009, sf.29.

¹⁵ Öğretide Ünal Tekinalp "halka açık anonim şirket" ile "anonim şirketin" birbirlerinden "önemli ve etkileyici unsurlarla ayrılan" farklı yapılar olmadığını belirterek, bu tasnife ilişkin şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "...her ikisinin de 'anonim ortaklık olması' böyle bir unsur farklılığına olanak tanımaz. HAOO (halka açık anonim ortaklıklar)'lar, anonim ortaklıkların belki de özellik gösteren tipleri bile değildir. Aksine anonim ortaklık kendileridir, gerçek örnekleridir. Aykırı olan kapalı (aile) anonim ortaklıklardır" (Ünal Tekinalp, "Sermaye Piyasasının Hukuki Yönü ve Sorunları", <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023005099/1023004638>, ET: 25/04/2015, s.450-451).

¹⁶ Kenneth W. Dam, "Equity Markets, The Corporation, and Economic Development", http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1195&context=law_and_economics, ET: 23/04/2015, s.6.

borçlanma, pay ihraç etme, tahvil ve benzeri borçlanma araçları çıkarma, sermaye piyasasına başvurma v.b. yöntemler) bulunması¹⁷; üçüncüsünü ortaklık payının kolayca el değiştirebilir olması¹⁸; dördüncüsünü de sermaye şirketlerinin gelir vergisine değil kurumlar vergisine tabi tutulması¹⁹ oluşturmaktadır. Bu anlamda kişilerin iktisadi faaliyetleri için sermaye şirketi yapısını tercih etmesinde kurumlar vergisi belirleyici bir rol oynamaktadır.

III. KURUMLAR VERGİSİ KAPSAMINDA SERMAYE ŞİRKETLERİ

Kurumlar vergisi dünyada özellikle 1. Dünya Savaşı'nın ardından yaygınlaşmış²⁰, Türkiye'de Alman Kurumlar Vergisi Kanunu düzenlemelerinden yararlanılarak hazırlanan ve 1949 yılında kabul edilen 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile günümüzdeki kapsamıyla uygulanır hale gelmiştir²¹. Bu kanun 2006 yılında 5520 sayılı KVK'nın yürürlüğe girmesi ile beraber yürürlükten kalkmıştır.

2015 yılına ait verilere göre Türkiye'de 676 bin kurumlar vergisi mükellefi bulunmaktadır²². Kurumlar vergisinin devletin vergi gelirleri içerisindeki payı 2014 yılı için yüzde 8,8 olarak hesaplanmış olup²³, bu oran OECD ortalamasına yakındır²⁴.

KVK'nın 1. maddesine göre sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarının net(safi) kazançları üzerinden "kurumlar vergisi" alınmaktadır. Bu kapsamda anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, sermaye şirketleri olarak KVK'ya tabi olan yapılardandır.

Kurumlar vergisi kurum gelirlerini vergilendiren dolaysız bir vergi niteliğindedir²⁵. Bu vergiyi doğuran olay kurum kazancının elde edilmesidir (KVK m.1 ve m.6). Kurumlar vergisi matrahı 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç ile ilgili hükümlerine göre saptanmaktadır (KVK m.6). Kurumlar vergisine tabi olan kazançlar GVK'nın 2. maddesinde sayılan ticari kazanç,

¹⁷ Bulutoğlu, Kamu Ekonomisi, s. 496.

¹⁸ Dam, s.7.

¹⁹ Kenan Bulutoğlu, *Türk Vergi Sistemi*, Batı Türkeli Yayıncılık, İstanbul 2004, s.496.

²⁰ Şerafettin Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s. 285. Bununla beraber günümüzde halen kurumlar vergisi rejimini uygulamayan ülkeler de bulunmaktadır, bkz. <http://www.kpmg.com/global/en/services/tax/tax-tools-and-resources/pages/corporate-tax-rates-table.aspx> (ET: 05/05/2015).

²¹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s.329.

²² http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/AIGMS/2015/TABLO_9.xls.htm, ET: 10/03/2015.

²³ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/CVI/Tablo_63.xls.htm, ET: 10/03/2015.

²⁴ <http://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=REV>, ET: 10/03/2015.

²⁵ Öncel/Kumrulu/Çağan, s.329.

zirai kazanç, ücret, serbest meslek kazancı, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ve diğer kazanç ve iratlardır. Kurumlar vergisi yönünden bu kazançların tamamı, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, kurum kazancı olarak nitelendirilerek vergilendirilmektedir²⁶. Vergi, kurumların bir hesap dönemi içerisinde elde ettikleri net kurum kazancı üzerinden hesaplanmakta, net kazanca kazancın elde edilmesi için katlanılan maliyet ve giderlerin brüt kazançtan düşülmesi suretiyle ulaşılmaktadır (KVK m.6-13).

Kurumlar vergisi tek ve sabit oranlı bir yapıya sahip olup, KVK'nın 32. maddesine göre bu verginin oranı yüzde 20'dir²⁷. Bu açıdan Türkiye'de diğer OECD ülkelerine göre nispeten daha düşük bir kurumlar vergisi oranı uygulandığı söylenebilecektir. Esasen kurumlar ile gerçek kişilerin vergilendirilmesi arasındaki en önemli farklılığı da bunların farklı vergi oranına tabiiyeti durumu oluşturmaktadır²⁸. Zira GVK'nın 103. maddesi dolayısıyla gerçek kişiler artan oranlı bir tarifeye tabi tutulmakta, kişinin geliri arttıkça bu gelirden daha fazla oranda vergi alınmaktadır.

Gerek 213 sayılı Vergi Usul Kanunu²⁹ (VUK) gerekse 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun³⁰ incelendiğinde, kanun koyucunun kurumlar vergisinin asıl mükelleflerden tahsil edilememesi halinde başka ilgililerden tahsiline yönelik düzenlemelere yer verdiği görülmektedir. VUK'un 10. maddesi tüzel kişilerin kendi varlıklarından alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinden alınabileceğini düzenlemiştir³¹. Üstelik limited şirketler için bu düzenleme ile de yetinilmemiş ve 6183 sayılı kanunun 35. maddesi ile limited şirket ortakları şirketten alınamayan amme alacaklarından ve dolayısıyla kurumlar vergisi borcundan sorumlu tutulmuştur. 6183 sayılı Kanunun 35. maddesi amme alacakları için, sermaye şirketlerinde ortakların sınırlı sorumluluğu kuralının limited şirketler açısından bir istisnasını yaratmış, tüzel kişilik perdesinin kısmi olarak kaldırılmasına olanak tanımıştır³². Bu noktalar kanun koyucunun kurumlar vergisinin tahsiline verdiği büyük önemi gözler önüne sermektedir.

²⁶ Öner, s.184.

²⁷ OECD üyesi ülkelerdeki kurumlar vergisi oranı için bkz: http://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-database.htm#C_CorporateCapital, ET: 15/04/2015.

²⁸ Danıştay 4.D. E.2001/3020 K. 2002/1280 T. 26/03/2002.

²⁹ Resmi Gazete Tarihi: 10/01/1961 Sayısı: 10703-10705.

³⁰ Resmi Gazete Tarihi: 21/07/1953 Sayısı: 8469.

³¹ Şayet VUK'un bu düzenlemesi olmasaydı sermaye şirketlerinin kanuni temsilcilerinin 6183 sayılı kanunun mükerrer 35.maddesi nedeniyle, eğer bu düzenleme de olmasaydı TTK'nın 553.maddesi kullanılmak suretiyle kurumlar vergisi borcu için takip edilebilecek olduğu unutulmamalıdır (Danıştay 7. Dairesi E.1992/8523 K. 1995/710 T. 27/02/1995).

³² Binnur Çelik, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2000, s.117.

IV. SERMAYE ŞİRKETLERİNİN KURUMLAR VERGİSİ İLE VERGİLENDİRİLMESİNİN YARATTIĞI BAZI OLUMSUZLUKLAR

Kurumlar vergisi uygulanmaya başlandığı zamandan beri çeşitli eleştirilere hedef olmakta ve mevcudiyetinin bazı olumsuzluklar yarattığı ileri sürülmektedir³³. Nitekim bu bölümde ortaya konduğu üzere kurumlar vergisinin varlığının eleştirilmesi yersiz değildir, zira bu verginin mevcudiyeti yarattığı olumsuzluklar nedeniyle kişileri bir sermaye şirketi yapısında faaliyet göstermemeye ya da bu olumsuzluklardan kaçmak üzere yasadışı yollara sapmaya sevk edebilmektedir. Bu nedenle de kurumlar vergisinin devletin vergi politikasına aykırı sonuçlara yol açtığı kolaylıkla ileri sürülebilmektedir³⁴.

Sermaye şirketleri iktisadi konu ve amaçlarla kurulabilen, kazanç elde etmek üzere faaliyet icra etme ve bu faaliyetin gelirini dağıtma temeline dayanan yapılardır³⁵. Bu şirketler kendilerine tahsis edilmiş olan sermayeyi kullanarak faaliyet göstermektedir³⁶. Dolayısıyla şirketlerin elde ettikleri kazançlar ona tahsis edilmiş olan bu sermayenin kullanılması suretiyle doğmaktadır. Gerek sermayeyi koyan gerekse sermayenin kullanılması suretiyle elde edilen kazançta kar payı dağıtımını neticesinde sahip olan kişiler, şirketlerin ortaklarıdır. Bu gerçek bizi kazancı elde edenin şirket değil şirketin arkasındaki ortaklar olduğu ve bu nedenle kurumlar vergisi ile asıl vergilendirilenlerin de şirketin ortakları olduğu sonucuna götürebilmektedir³⁷. O halde şirket faaliyetleri ile elde edilen kazancın hem kar payı dağıtımından önce kurumlar vergisi ile vergilendirilmesi hem de kar payı dağıtımını sonrasında ortakların GVK kapsamında vergilendirilmesi, çifte vergilendirme yapılması anlamına gelebilecektir³⁸. Bu durum aynı zamanda kişilerin iktisadi varlıklarını geliştirme özgürlüklerini güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesi³⁹ ile de çelişecektir. Zira kişilerin aynı gelirden ötürü iki kere vergilendirilmesi, vergilendirmeye konu iktisadi kazancın büyük oranda azalması sonucunu doğurmakta, bu da

³³ Aksoy, s.285.

³⁴ Aksoy, s.286.

³⁵ Veliye Yanlı, "Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Bir Tasarruf Yapılabilir mi?", <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003982>, ET: 10/05/2015, s. 201.

³⁶ TTK m.124-125.

³⁷ Tacettin Güven, "Vergi Yükünün Gerçek ve Tüzel Kişiler Bakımından Dağılışı", <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuamk/article/view/1023015999> Maliye Araştırmaları Merkezi Konferansları Dergisi Sayı 15 Yıl 1968 Sf.232.

³⁸ Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.205. Karşı görüş için bkz: Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, İstanbul 1989, s.350. Kar payları, GVK'nın 75.maddesinin 1.fıkrası göre menkul sermaye iradı sayılmakta ve bu kapsamda vergilendirilmektedir.

³⁹ Anayasa m.17: "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." (https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf, ET: 10/05/2015).

iktisadi varlığı geliştirme özgürlüğünü ortadan kaldırılabilmektedir⁴⁰. Oysa vergilerin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırıcı etki göstermesi gerekmektedir⁴¹.

Sermaye şirketlerinden alınan kurumlar vergisi, şirketlerin kazançlarını vergi matrahından kaçırmak amacıyla örtülü kazanç aktarımı (KVK m.13) yapılması veya kazançların daha düşük oranda vergilendirilmesi için “vergi cenneti” olarak ifade edilen ülkelere kaydırılması, dolayısıyla devletin vergi gelirlerinin düşmesi sonuçlarına da yol açabilmektedir. Ayrıca devletin kurumlar vergisi ile iktisadi hayata doğrudan müdahalesinin, iktisadi ilkelerle ne kadar bağdaştığı da sorgulamaya değerdir⁴². Öğretide şirketlerden kurumlar vergisi alınmasının başka olumsuzluklar da yarattığını ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁴³. Üstelik bu olumsuzluklar sermaye piyasasından reel piyasalara kadar tüm iktisadi hayatı olumsuz yönde etkilediğinden, devletin Anayasa’nın 5. maddesinde belirtilen toplumsal refahı sağlama ve 167. maddesinde belirtilen piyasaların gelişimini sağlama görevlerini yerine getirmediği iddialarını da gündeme getirebilecektir. Bütün bu hususlara rağmen sermaye şirketlerinin kurumlar vergisine tabi tutulması, vergilemenin temelinde önemli bir mantığın yattığının göstergesidir.

V. KURUMLAR VERGİSİNİN MEVCUDİYETİNİN GEREKÇESİNE İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Öğretide kurumlar vergisinin mevcudiyetinin mantığına yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler esasen doğrudan sermaye şirketlerine ve bu şirketlerin kurumlar vergisine tabiyyetine ilişkin değildir. Ancak kurumlardan bu verginin alınmasının haklılığına yönelik ileri sürülen noktaların değerlendirilmesi, sermaye şirketlerinin kurumlar vergisi rejimine tabi tutulmasının asli gerekçesinin saptanması açısından önemlidir. Sonuçta bu

⁴⁰ Benzer yönde bkz: Yusuf Karakoç, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15 Özel Sayı: Prof. Polat Soyer’e Armağan, Cilt II, İzmir 2013, s.1260.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı: 1991/7 Karar Sayısı: 1991/43 ve US Supreme Court, Loan Association v. Topeka, 1874(<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/87/655/case.html>, ET: 10/05/2015).

⁴² Saul Levmore, “The Positive Role of Tax Law In Corporate and Capital Markets”, University of Chicago Law School Chicago Unbound Journal, 1987, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2573&context=journal_articles, (ET: 10/01/2015), s. 501. Vergilerin iktisadi hayata müdahale anlamına gelmesi beraberinde devletin iktisadi hayata müdahale yetki ve görevi olup olmadığı tartışmasını da getirecektir. Devletin iktisadi hayata müdahale yetki ve görevi konusunda bkz: Murat Can Pehlivanoglu, “Devletin Ekonomik Hayata Fiyatlar Yönünden Müdahalesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Ocak- Şubat 2015, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd20151.pdf>, ET: 12/05/2015, s.223-233.

⁴³ Bkz: Levmore, s.484 vd.

görüşler, içerisinde sermaye şirketlerinin de bulunduğu, tüm kurumlar için ileri sürülmektedir. Bu bölümde kurumlar vergisinin mevcudiyetinin gerekçesine ilişkin ileri sürülen görüşler, sermaye şirketlerinin bu vergiye tabiiyeti sorunsalına uygulanarak değerlendirilmektedir. Konuya ilişkin görüşler altı grupta toplanarak incelenebilmektedir:

1. Ortakların Dolaylı Olarak Vergilendirilmesi Görüşü: Tüzel kişiliğe ilişkin teorilerden “gerçeklik teorisi”nden türetilerek oluşturulan bu görüşe göre, kurumlar vergisi ortakları vergilendirmenin dolaylı yollarından biridir⁴⁴. Buna göre şirket kazançlarının kar payı dağıtımının gerçekleşmesinden sonra ortaklarca elde edilmesi sırasında da vergilendirilmesi hususuna ilişkin yapılan çifte vergilendirme tartışmaları doğrudur, ancak eğer şirketlerden kurumlar vergisi alınmaz ise şirketlerin kar payı dağıtmayarak bu kazançları vergiden başışık tutmaları mümkündür⁴⁵.

Bu görüş, bir önceki bölümde açıklandığı üzere, ortakların çifte vergilendirilmesi tartışmasına ilişkin sorunları ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca örneğin anonim şirketlerin kar etmelerine rağmen uzun bir süre kar payı dağıtmamaları dürüstlük kuralına aykırı olacağından, kar elde eden şirketlerin elbet bir noktada kar dağıtmaları gerekmektedir. Açıklanan sebeplerle, sermaye şirketlerinin kurumlar vergisine tabiiyetinin mantığının açıklanmasında ortakların dolaylı şekilde vergilendirilmesi gerekliliğinin ileri sürülmesi mümkün değildir.

2. İmtiyaz Bedeli Görüşü: Ortakların dolaylı olarak vergilendirilmesi görüşünden farklı olarak imtiyaz bedeli görüşü tüzel kişiliğe ilişkin teorilerden “varsayım teorisi”nden geliştirilerek oluşturulmuştur⁴⁶. Bu görüşe göre kurumlar vergisi sermaye şirketlerinden sermaye şirketi yapısı altında faaliyet gösterilmesi “ayrıcılığının” bir karşılığı olarak alınmaktadır⁴⁷.

Kişilere sermaye şirketi yapısı altında, faaliyette bulunulması imkanının sağlanması, bunların başka haklarının elinden alınması ya da ona çeşitli yükümlülükler yüklenmesi sonucunu doğurmamaktadır⁴⁸. Ayrıca zaten sermaye şirketlerine sağlanan “ayrıcılıklar” karşılığında vergi dışında birçok yüküm-

⁴⁴ Steven A. Bank, “Entity Theory as the myth in the origins of the corporate income tax”, <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1433&context=wmlr> (ET: 12/05/2015) s.452.

⁴⁵ Rouven Avi S-Yonah, “Coproration, Society and the State: A Defense of the Corporate Tax”, <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=articles> (ET: 12/05/2015), s.1201 ve Adnan Nas, “Kurumlar Vergilemesinde Yöntemler ve Sorunlar”, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuamk/article/view/1023014008>, s.134.

⁴⁶ S-Yonah, s.1206.

⁴⁷ S-Yonah, s.1207.

⁴⁸ U.S. Supreme Court, *Citizen United v. FEC*, 558 U.S. 2010, <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf> (ET: 12/05/2015).

lülük (denetim zorunluluğu, kar dağıtımına ilişkin kurallar, karar alma sürecindeki işlemlerin ve maliyetin çokluğu v.b.) yüklenmiştir. Bu sebeplerden ötürü, imtiyaz bedeli görüşü de sermaye şirketlerinden kurumlar vergisi alınmasının asli sebebini oluşturamamaktadır.

3. Sosyal Denetleme Aracı Görüşü: Bu görüşte kurumlar vergisinin devlet için bir “sosyal denetleme aracı” olarak işlev gördüğü ve bu nedenle alındığını savunulmaktadır. Bu görüş şirketlerin kazançları neticesinde bünyelerinde oluşan iktisadi kaynak yoğunlaşmasının toplum için tehlikeli olduğu kabulüne dayanmaktadır⁴⁹. Buna göre vergilendirme sayesinde şirketlerin üzerinde bir denetim ve gözetim mekanizması kurulmuş olmakta, bu sayede gerek faaliyetleri denetlenmekte gerekse vergi tahsil edilmesi suretiyle şirket kaynakları azaltılmakta, dolayısıyla kaynak yoğunlaşmasının toplumsal düzeye zarar vermesine engel olunmaktadır⁵⁰.

Devletin kurumlar vergisi ile amacı kaynak yoğunlaşmasının oluşmasını engelleme olsaydı, şirketlerden sabit oranda bir kurumlar vergisi değil artan oranlı bir kurumlar vergisinin alınması gerekirdi. Ayrıca sorun kaynak yoğunlaşması ise, bunu 5054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un⁵¹ düzenlemeleri vergilendirmeden daha etkin şekilde çözebilecektir. Açıklanan bu sebeplerle anılan görüşün de kurumlar vergisine tabiiyetinin asli gerekçesi olarak kabulüne imkan bulunmamaktadır.

4. Hizmet Bedeli Görüşü: Kurumlar vergisinin mevcudiyeti için ileri sürülen bu görüş sermaye şirketlerinin tıpkı gerçek kişiler gibi devletin hizmetlerinden faydalananı olmasına dayanmaktadır⁵². Nitekim şirketlerin içerisinde iktisadi faaliyet gösterdiği sosyal organizasyonun mevcudiyeti, şirket mallarının ve çalışanlarının güvenliği ve benzeri birçok husus devlet tarafından vergilerle elde edilen kaynaklar sayesinde sağlanmaktadır. O halde bu toplumsal organizasyonun mevcudiyetinde menfaati bulunan sermaye şirketlerinin de vergi ödemek suretiyle düzenin devamını sağlaması yine kendi menfaatindedir.

Bu görüş şirketlerin vergilendirilmesini haklı çıkarmakla beraber, bunun niçin kurumlar vergisi adı altında farklı bir vergi rejimi vasıtasıyla yapıldığı sorusunu cevapsız bırakmaktadır.

5. Gelir Kaynağı Görüşü: Sermaye şirketlerinden kurumlar vergisi alınmasının gerekçesi olarak ileri sürülen diğer bir görüşte ise devletin iktisadi

⁴⁹ S-Yonah, s. 1212.

⁵⁰ Thomas Piketty, *21.Yüzyılda Kapital*, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2014, s.13-14.

⁵¹ Resmi Gazete Tarihi: 13/12/1994 Sayısı: 22140

⁵² S-Yonah, s.473.

kaynak ihtiyacını gidermek amacıyla gelir vergisini tamamlayıcı bir vergi olarak kurumlar vergisini getirdiğini savunmaktadır⁵³.

2014 yılı verilerine göre Türkiye’de kurumlar vergisinin vergi gelirleri içerisindeki oranı sadece yüzde 8,8’dir⁵⁴. Devletin bu geliri pekâlâ başka araçlarla da sağlaması mümkündür. Üstelik gerek verginin sabit oranlı olması gerekse vergiye tabi kazancın hesaplanmasında gelirden indirilebilecek giderlerin kapsamının geniş tutulması (KVK m.8), devletin bu vergiye salt iktisadi kaynak anlamı yüklediğini işaret etmektedir. Bu nedenlerle bu görüş de sermaye şirketlerinin kurumlar vergisine tabii tutulmasının mantığını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

6. Ayırma Teorisinin Uygulama Şekli Olduğu Görüşü: Kurumlar vergisinin mantığına ilişkin ileri sürülen son görüşü, vergiyi ayırma teorisinin bir uygulama şekli olarak kabul eden bir görüş oluşturmaktadır⁵⁵. Bu görüşe göre sermaye şirketlerinden alınacak verginin farklı bir vergi tekniği (kurumlar için ayırma ilkesinin uygulanmasının gerekmemesi, kurumların ödeme gücü tespitinde farklı göstergelerin bulunması nedeniyle) gerektirmesi, verginin diğer vergilerden ayrı bir kanun ile düzenlenmesinin sebebini oluşturmaktadır.

Bu görüşe karşı gerekli tekniklerin uygulanması için mutlaka gelir vergisinden ayrı bir vergi rejiminin tesisi gerekmediği ileri sürülebilecektir⁵⁶. Bu nedenle anılan görüş sermaye şirketlerinin kurumlar vergisine tabiiyetinin asli sebebi değil, ancak bu verginin uygulanmasında dikkate alınması gereken bazı ayrıntıların açıklaması olabilecektir.

VI. SERMAYE ŞİRKETLERİNİN KURUMLAR VERGİSİ REJİMİNE TABİİYETİNİN MANTIĞI

Bir önceki bölümde belirtildiği gibi sermaye şirketlerine “kurumlar vergisi” adı altında farklı bir vergi rejiminin uygulanmasının sebebine ilişkin öğretilerdeki görüşlerden hiçbiri bu vergiye tabiiyetin ve verginin mevcudiyetinin asli gerekçesinin açıklanmasında yeterli değildir. Ancak görüşlerin hepsi bir

⁵³ Turhan, s.132. 1930’lu yıllarda Amerika Birleşik Devletlerinde gerçekleştirdiği banka hırsızlıklarıyla ismini duyuran Willie Sutton, bir gazetecinin “neden bankaları soyuyorsunuz?” sorusuna “çünkü para orada” cevabını vermiştir. Sutton’ın bu cevabı daha sonra öğretilerde “Sutton Kuralı” olarak kendine yer bulmuştur. Sermaye şirketlerinin vergilendirmesinin mantığını “Sutton Kuralı” ile cevaplırsak, devletin ihtiyaç duyduğu iktisadi kaynağı elde etmek için paranın olduğu her yere uzanabileceği ve dolayısıyla sermaye şirketlerinden de bu nedenle vergi aldığı sonucuna varılabilmektedir.

⁵⁴ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/CVI/Tablo_63.xls.htm, ET: 10/03/2015.

⁵⁵ Aksoy, s.289.

⁵⁶ Aksoy, s.289.

kısım haklılık payı içerdiğinden, bunların sermaye şirketlerinin kurumlar vergisine tabiiyetinin mantığına yönelik “tali gerekçeler” olarak kabulü yerinde olacaktır.

Sermaye şirketlerinin kurumlar vergisine tabiiyetinin mantığının, gerek verginin gerekse sermaye şirketlerinin tüm toplum ve hukuk düzeninde ifade ettiği anlamın değerlendirilmesi suretiyle saptanması gerekmektedir. Bu kapsamda vergilemenin amacının, sermaye şirketlerinin toplumsal hayattaki işlevinin ve bu işlevin yürütülmesini güvence altına almak üzere getirilen bazı hukuk kurallarının incelenmesi gerekmektedir.

Günümüzde vergileme ile sadece devlete gelir sağlama amacının değil, milli gelir ve servet dağılımını etkilemek gibi çeşitli sosyal amaçların da izlenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷. Vergi devletin sahip olduğu bir araç olduğuna göre, verginin amacını devletin hedeflerinin belirlemesi doğaldır. Bu açıdan kurumlar vergisi ile öncelikli olarak herhangi bir “dolaylı mali amaç” güdülmesi mümkündür. Tıpkı tüm hukuk kuralları gibi, vergi düzenlemeleri de kişileri belirli bir yönde davranmaya ya da davranmamaya doğru yönlendirici bir etki göstermektedir⁵⁸. Vergilerin kişilerin iktisadi kararları üzerinde etki göstererek tercihlerini etkilemesi⁵⁹, vergilerin bu etkisinden faydalanılmak suretiyle sosyal amaçların gerçekleştirilmesi imkanını doğurmaktadır. Nitekim kurumlar vergisinin mantığı da güttüğü dolaylı mali amaçta yatmaktadır. KVK sayesinde sermaye şirketlerinden kazanç oranı ne olursa olsun tek ve sabit oranda bir kurumlar vergisi alınmakta, dolayısıyla şirketler artan oranlı gelir vergisinden korunmakta, bu yapılarda faaliyet gösterenlere GVK’ya tabi kişisel işletmelerden daha fazla kazanç elde etme imkanı sağlanmaktadır. Benzer şekilde KVK sayesinde vergiye tabi kazancın saptanmasında kazançtan indirilebilecek giderlerin kapsamı GVK’ya göre daha geniş tutulmakta ve vergiye tabi olacak olan kazancın düşük çıkmasına olanak sağlanmaktadır⁶⁰. Bu hususlar başlı başına kişileri sermaye şirketi yapısında ticari faaliyette bulunmaya teşvik etmeye yeterlidir⁶¹. Bu açıdan değerlendirildiğinde kurumlar vergisinin mantığının kişileri “şirketleşmeye” teşvik etmek ve bu tür yapıların gelişimini sağlamak olduğu

⁵⁷ Turhan, 27.

⁵⁸ Anthony Ogus, “*What Legal Scholars Can Learn From Law and Economics*”, 79 Chicago- Kent Law Review, Vol.79, Ocak 2004, s.385.

⁵⁹ Kenan Bulutoğlu, Kamu Ekonomisi, s.426.

⁶⁰ Bu kapsamda özellikle kurumlar vergisi matrahının tespitinde geçmiş 5 yıla ilişkin mali bilançolara göre meydana gelen zararların mahsubuna imkan sağlanması (KVK m.9), kazançtan indirilebilecek bir gider unsuru olarak kabul etmesi dikkat çekicidir.

⁶¹ Kenan Bulutoğlu, “*Kurumlar Vergisi Üzerine Bir Deneme*”, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iu-ifm/article/viewFile/1023008271/1023007648>, ET: 12/05/2015, s.226.

ifade edilebilecektir⁶². Nitekim kurumlar vergisi uygulamasının Türkiye’de “şirketleşmeyi” hızlandırmış olduğu gerçeği⁶³, kurumlar vergisinin kendisine yüklenen bu dolaylı mali amacı gerçekleştirmede başarılı olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasa’nın bir iktisadi kamu düzeni kuralı meydana getiren 48. maddesinin 2. fıkrasındaki “Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” ifadesinden anlaşıldığı üzere, devlet, sermaye şirketlerine toplumun iktisadi kalkınmasının sağlanmasında önemli bir rol biçmiştir⁶⁴. Nitekim günümüzde sermaye şirketlerinin sadece kendi üyelerinin menfaatlerini değil kamunun menfaatini de ilgilendiren bir nitelikte oldukları kabul edilmekte⁶⁵ ve ülkelerin sermaye şirketleri olmaksızın iktisadi gelişimlerini sürdüremeyecekleri ifade edilmektedir⁶⁶. Sermaye şirketlerinin hem icra ettikleri faaliyetler neticesinde şirket ile ilişkili kişilere (ortaklar, şirket yöneticileri, şirket çalışanları v.b.) doğrudan refah sağladığı⁶⁷, hem de ülke

⁶² Bulutoğlu, Deneme, s.207.

5542 sayılı Kurumlar Vergisi Kanuna ilişkin olarak 16/03/1949 tarihinde TBMM’ye sunulan 1/173 Esas ve 4 karar numaralı Adalet, Bütçe, Çalışma, Ekonomi, İçişleri, Maliye, Tarım ve Ticaret Komisyonlarından Seçilen Beşer Üyeden Kurulan Geçici Komisyon Raporu’nda sermaye şirketlerinin diğer yapılara düşük bir oranda vergilendirilmesinin sebebini, bu şirketlerin ülkelerin iktisadi gelişiminde oynadıkları rolün dikkate alınarak bunların gelişmesinin ve çoğalmasının sağlanmasını düşüncesinin oluşturduğu ifade edilmiştir.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 25/04/1947 tarihinde TBMM’ye sunulan tasarısının (TBMM S. Sayı: 146/1/173) gerekçesinde gelir vergisindeki artan oranlılığın sebebini kişinin gelir miktarı ile kişisel ihtiyaçları arasında alaka bulunması olduğu, oysa iktisadi varlıkları sadece sermayeye dayanan kurumlar için artan oranlı bir vergi yapısının herhangi bir mana ifade etmediği belirtilmiştir. Sermaye şirketlerinin vergilendirilmesinden sonra ayrıca ortakların kişisel gelirlere giren şirket hissesi üzerinden vergi ödemesinin çifte vergilendirme anlamına geldiği, çifte vergilendirmenin ağır olmaması ve hakiki sermaye kurumlarının yaşamasına ve gelişmesine mani teşkil etmemesi gerektiği, bu nedenle sermaye şirketleri için vergi oranının yüzde 20 olarak tespit edildiği ancak ileride bütçe imkanları izin verirse indirilebileceği ifade edilmiştir. Komisyon raporunun aksine kanun tasarısının gerekçesinde açıkça belirtilmese de, ifadelerden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu sabit ve düşük oranlı bir vergi yapısını esasen sermayeyi ve sermayedarı korumak üzere tercih etmiştir.

⁶³ Bulutoğlu, Kamu Ekonomisi, s.499.

⁶⁴ Öğretide Timur Kuran, İslam coğrafyasında yer alan toplumların Hıristiyanlığın hüküm sürdüğü yerlerdeki devletlere göre iktisadi açıdan daha zayıf olmasının sebebini İslam hukukunun sermaye şirketlerinin gelişimi için uygun bir içeriğe sahip olmamasına bağlamaktadır (Bkz: Timur Kuran, “The Absence of Corporation in Islamic Law, Origins and Persistence”, http://papers.ssrn.com/soi3/papers.cfm?abstract_id=585687, ET: 18/04/2015). Bu değerlendirme dahi başlı başına sermaye şirketlerinin iktisadi gelişim açısından teşkil ettiği önemi gözler önüne sermektedir.

⁶⁵ Halil Arslanlı, *Türk Hukukunda Devletçiliğin Anonim Şirketlerin Ehliyeti Üzerine Tesiri*, İstanbul 1942, sf. 23.

⁶⁶ Dam, s.1 ve 8.

⁶⁷ Andrew Keay, “Stakeholder Theory In Corporate Law: Has It Got What It Takes”, *Richmond Journal Of Global Law And Business*, Volume 9 Number 3 Summer 2010, s. 268.

ekonomisine ve dolayısıyla toplumsal refaha katkı yaptığı belirtilmektedir⁶⁸. Bu şirketler ülkede dağılık halde bulunan ufak sermayelerin toplanması, toplanan sermayenin birikerek büyümesi ve dağılmadan tekrar iktisadi faaliyetlere yatırılması için en uygun yapılar olarak öne çıkmaktadır⁶⁹. Nitekim bu hususlar kanun koyucunun şirketleşmeyi teşvik etme isteğinin kaynağını oluşturmaktadır.

Kurumlar vergisinin şirketleşmeyi teşvik ederek başlattığı döngü, kişilerin iktisadi faaliyet için sermaye şirketi yapısını tercih etmesi neticesinde bu yapıda toplanan sermayenin korunmasını ve birikiminin sağlanmasını temin edici diğer hukuki düzenlemeler ile devam ettirilmektedir. Bu hukuki düzenlemelerin başında TTK'nın kar payı dağıtımına ilişkin hükümleri gelmektedir. TTK'ya göre anonim şirketlerde kar payı dağıtılabilmesi için yıllık bilançoya göre oluşan ve hesaplanan (m.508/2) net dönem karından öncelikle kanuni ve isteğe bağlı yedek akçelerin ayrılması gerekmektedir (m.509/2 ve m. 523). Bu kurallara uyulmaksızın yapılan kar payı dağıtımı bir nevi sermayenin iadesi anlamına gelmektedir ve bu da TTK m.480/3 ile yasaklanmıştır. Kar payı dağıtımı için benzer bir usul limited şirketler için de söz konusudur (TTK m.608)⁷⁰. TTK sermaye şirketlerinin icra ettikleri faaliyetler sonucunda elde ettikleri kazançların bir kısmının yedek akçeler suretiyle yine şirkette kalmasını sağlamakta, şirket sermayesini koruyarak sermayenin birikimine imkan yaratmaktadır⁷¹.

⁶⁸ Bkz: Milton Friedman, "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profit", N.Y. Times 13/09/1970, <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html> (ET:11/03/2015).

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi E. 2010/10 K. 2011/110 sayılı ve 30/06/2011 tarihli bir kararında anonim şirketlerin toplumsal hayattaki yerini ve önemini şu şekilde vurgulamıştır: "Küçük sermaye birikimlerini büyük malî, ticarî ve sanayi kuruluşlar durumunda toplayan anonim şirketler, günümüzde en önemli iktisadî ve sosyal müesseseler arasında yer almışlardır. Bünyelerinde pay sahiplerine, şirket çalışanlarına, şirket alacaklılarına ve topluma ait birbiriyle çatışan farklı çıkarları barındıran anonim şirketler, sağladıkları büyük sermayelerle, sınırlı sorumluluğun ve tüzelkişi olmanın verdiği olanaklardan da yararlanarak, önemli girişimler gerçekleştirmişler ve ülkelerinin kalkınmalarında yararlı olmuşlardır. Bu bakımdan özellikle esas sermayesi büyük olan anonim şirketlerin, bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında denge kurulabilmesi ve halkın bu şirket türüne olan güveninin sarsılmaması için kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılmaları büyük önem taşımaktadır. Anonim şirketlerin çok sayıda ortağı ilgilendiren faaliyetleri, bu kuruluşların toplumda pay sahibi ve yatırımcı kitlesini, çalışanları ve üretilen mal ve hizmetlerin pazarlandığı piyasayı aşan sosyal ve ekonomik etkiler oluşturmalarına yol açmıştır."

⁷⁰ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, Beta Yayın, İstanbul 2003, s.512.

⁷¹ Şirketin zorunlu olarak yedek akçe ayırmasının şirketin ileriki dönemlerde ortaya çıkabilecek zararlara karşı korunması, şirketin faaliyetlerini zarardan etkilenmeden sürdürebilmesi ve ortakların istikrarlı olarak kar payı alabilmesine olanak sağlaması gibi fayda ve işlevleri bulunmaktadır (Yavuz Akbulak, "Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım Esasları ve Yedek Akçeler", *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt 1, Beta, İstanbul 2003, s.173). TTK'nın öncelik sırasından anlaşıldığı üzere kanun koyucu yedek akçeleri, ortakların kar payı hakkına göre daha üstün görmektedir. Kanun koyucunun yedek akçelere kar payına göre öncelik vermesi hususu halka açık anonim şirketler için de

Kurumlar vergisinin yarattığı ve TTK'nın devamını sağladığı döngü yine kurumlar vergisinin yarattığı bir etki ile tamamlanmaktadır. Kurumlar vergisi şirket kaynaklarının devamlı olarak iktisadi faaliyetlere yatırılmasını teşvik edici bir unsur olarak işlev göstermektedir. Şirketlerden kurumlar vergisi alınması şirket kazancının, kar payı dağıtımını da yapılmaksızın, şirket içerisinde kullanılmadan “işe yaramaz” şekilde tutulmasını engellemekte ve mali kaynağı yatırıma dönüştürme güdüsünü artırmaktadır. Zira şirket kazancının yatırıma dönüşmediği bir durumda kazancın içerisinden bir miktarın doğrudan kurumlar vergisi olarak ya da kar payı olarak dağıtıldıysa ortakların cebinden gelir vergisi olarak devlete ödenecek olması, şirketi kontrol eden kişileri “parayı devlete vermektense yatırım yapmaya” yönlendirici etki göstermektedir. Nitekim gerek TTK'nın şirket kazancının şirket bünyesinde kalmasını sağlayıcı hükümleri gerekse KVK'nın şirket kazancını sabit ve düşük bir oranda vergilendiriyor olması ve net kazanç hesabında indirilecek giderlerin kapsamını geniş tutması, şirketlerin kendi bünyesindeki kaynakları kullanarak (özkaynak kullanımı/ otofinansman) iktisadi faaliyetlerini sürdürme ve genişletmelerine uygun bir ortamı sağlamaktadır⁷². Bu anlamda kanun koyucunun şirketlerin dış kaynaklara ihtiyaç duymadan (borçlanmadan) kendi kaynaklarını kullanarak gelişmesini önemseydiğini de ifade etmek mümkündür⁷³.

Devlet kişilerin sermaye şirketi yapısı altında faaliyet göstermelerini cebren sağlayamayacağı için, kurumlar vergisi rejimini sermaye şirketlerine ilişkin döngünün başlatılması ve tamamlanması için kullanmak üzere bir araç olarak kabul etmiştir. Görüldüğü üzere kurumlar vergisinin mantığı ve sermaye şirketlerinin bu rejime tabiiyetinin asli sebebi, ancak belirtilen bu döngünün ortaya konması ile anlaşılanmaktadır.

VII. SONUÇ

Sermaye şirketlerinin kurumlar vergisine tabiiyetinin mantığını tasarruf ve sermayenin sermaye şirketlerine yönlendirilmesi ve bu sermayenin takiben iktisadi faaliyetlere yatırılmasının sağlanması hedefi oluşturmakta olup, vergi rejimi bu döngünün sağlanmasını temin etmektedir. Bu çalışmada sermaye şirketlerinin niçin kurumlar vergisi rejimine tabi tutulduğu sorusu, bu şekilde cevaplandırılmaktadır. Belirtilen mantığa istinaden kurumlar vergisi rejimini devletin iktisadi kalkınma hedeflerini gerçekleştirmek üzere kullandığı araçlardan biri olarak nitelendirmek yerinde olacaktır.

mevcut olmakla beraber, halka açık anonim şirketlerde kar payı dağıtılması için kanuni yedek akçelerin ayrılmış olması yeterli görülmektedir. 6292 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 19.maddesinin 2.fıkrası gereği isteğe bağlı yedek akçeler ancak kar payı dağıtımından sonra ayrılabilir.

⁷² Bulutoğlu, Deneme, s. 215 ve 217.

⁷³ Benzer yönde bkz: Kayar, s.457.

KAYNAKÇA

- Adnan Nas, “Kurumlar Vergilemesinde Yöntemler ve Sorunlar”, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuamamk/article/view/1023014008>, ET: 10/05/2015.
- Andrew Keay, “Stakeholder Theory In Corporate Law: Has It Got What It Takes”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1531065, ET: 10/05/2015.
- Anthony Ogus, “What Legal Scholars Can Learn From Law and Economics”, 79 Chicago- Kent Law Review, Vol.79, January 2004.
- Binnur Çelik, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2000.
- Erdoğan Öner, Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Ernst Hirsch, “Ticaret Kanununun İslahı Hakkında Fikirlerim”, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/search/authors/view?firstName=Ernst&middleName=&lastName=Hirsch&affiliation=&country=>, ET: 07/05/2014
- Halil Arslanlı, Türk Hukukunda Devletçiliğin Anonim Şirketlerin Ehliyeti Üzerine Tesiri, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1942.
- Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014
- Yavuz Akbulak, “Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı Esasları ve Yedek Akçeler”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt 1, Beta, İstanbul 2003.
- Şerafettin Aksoy, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.
- Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Kenan Bulutoğlu, Türk Vergi Sistemi, Batı Türkeli Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Kenan Bulutoğlu, “Kurumlar Vergisi Üzerine Bir Deneme”, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuifm/article/view/1023008271>, ET: 14/05/2015.
- Kenan Bulutoğlu, Kamu Ekonomisine Giriş: Devletin Ekonomik Bir Kuramı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.
- Kenneth W.Dam, “Equity Markets, The Corporation, and Economic Development”, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1195&context=law_and_economics, ET: 23/04/2015
- Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, İstanbul 2013.
- Murat Can Pehlivanoglu, “Devletin Ekonomik Hayata Fiyatlar Yönünden Müdahalesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Ocak- Şubat 2015, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd20151.pdf>(ET: 12/05/2015), s.223-233.
- Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Beta Yayım, İstanbul 2003.

- Reiner Kraakman/John Armour/Paul Davies/Luca Enriques/Henry Hansmann/Gerard Hertig/Klaus Kopt/Hideki Kanda/Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law*, Second Edition, Oxford 2009.
- Rouven Avi S-Yonah, "Coproration, Society and the State: A Defense of the Corporate Tax", <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=articles>, ET: 12/05/2015.
- Salih Turhan, *Vergi Teorisi ve Politikası*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- Saul Levmore, *The Positive Role of Tax Law In Corporate and Capital Markets*, University of Chicago Law School Chicago Unbound Journal, 1987, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2573&context=journal_articles, ET: 10/01/2015.
- Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023004193/1023003785>, ET: 10/10/2014
- Steven A. Bank, "Entity Theory As The Myth In The Origins Of The Corporate Income Tax", <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1433&context=wmlr>, ET: 12/05/2015.
- Tacettin Güven, Vergi yükünün gerçek ve tüzel kişiler bakımından dağılışı, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuamamk/article/view/1023015999> Maliye Araştırmaları Merkezi Konferansları Dergisi Sayı 15 Yıl 1968.
- Timur Kuran, *The Absence of Corporation in Islamic Law, Origins and Persistence*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=585687, ET: 18/04/2015
- Thomas Piketty, *21. Yüzyılda Kapital*, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2014.
- Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Bir Tasarruf Yapılabilir mi? <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003982>, ET: 10/05/2015.
- Yusuf Karakoç, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15 Özel Sayı: Prof. Polat Soyer'e Armağan, Cilt II, İzmir 2013.

“Umut Hakkı” Kapsamında Güncel Gelişmeler

Current Developments Within the Context of “The Right to Hope”

Arş. Gör. Pınar DİKMEN*

Özet

Ceza hukukunda ölüm cezasının kademeli olarak yürürlükten kaldırılması ile birlikte ömür boyu hapis cezası insan hakları hukukunun önemli meselelerinden biri haline gelmiştir. Nitekim tahliye edilebilme imkânına sahip olmadan ömür boyu hapiste tutulmak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesine aykırılık teşkil edebilir. Bu nedenle, Sözleşme'nin gerekleri ile uyumluluk için Sözleşmeciler Devletlere düşen sorumluluğun belirlenmesi önemlidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, Vinter ve Diğerleri - Birleşik Krallık kararında da vurguladığı gibi, ömür boyu hapis cezası alan hükümlülerin tahliye olabilmeyi umut etme hakkı bulunmaktadır. İHAM tarafından söz konusu kararda açığa kavuşturulduğu üzere, taraf devletler iç hukuk uyarınca ömür boyu hapis cezasının gözden geçirilmesini sağlayacak gerçek bir imkân sunmalıdırlar. Azaltılamaz nitelikteki ömür boyu hapis cezası İHAS'ın 3. maddesi açısından bir ihtilaf doğurabilir. Vinter kararında kabul edilen bakış açısı Mahkeme'nin diğer kararlarına yansımakla birlikte, daha sonradan karara bağlanan Hutchinson - Birleşik Krallık kararında eleştirmeye değer bazı noktalar bulunmaktadır. Bu çalışmanın amacı ise bu kararları analiz etmektir.

Anahtar Kelimeler

Hükümlüler, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Ömür Boyu Hapis Cezası, Tahliye Edilebilme İmkânı, Umut Hakkı.

Abstract

With the gradual abolishment of the death penalty in criminal law, life imprisonment has become one of the significant issues in human rights law. Thus, life imprisonment without the possibility of release might be contrary to Article 3 of the European Convention on Human Rights. For this reason, to comply with the requirements of the Convention, it is important to determine the obligations of the Contracting States. As stated in Vinter and Others v. United Kingdom decision of the European Court of Human Rights, prisoners sentenced to life imprisonment had a right to hope to be released. Based on this decision, ECtHR clarified that under domestic law, states had to ensure a real opportunity for the review of a life sentence. An irreducible life sentence may raise an issue under article 3. While the Vinter decisions reflected the other decisions of the Court, the later decision namely Hutchinson v. United Kingdom, has some points to criticise. The main object of this study is to analyse these judgements.

Keywords

European Court of Human Rights, Life Imprisonment, Possibility of Release, Prisoners, Right to Hope.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,
dikmenpnar@gmail.com

GİRİŞ

Ömür boyu hapis cezasının ceza adaleti ve temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi, üzerinde önemli tartışmaların yürütüldüğü bir konudur. Tartışmalar, böylesi bir cezaya çarptırılan bir bireyin belli koşullar gerçekleştiğinde tahliye edilebilmesini umut etme hakkına sahip olup olmadığını da kapsamaktadır. Bunların sonucunda, umut hakkı başka bir ifade ile *hükümlünün saliverilmeyi umut etme hakkı*'nin çerçevesinin çizilmesi oldukça önemli hale gelmektedir.

Belirtmek gerekir ki, toplum nezdinde tepki çeken ağır bir suç işlendiği durumlarda, ölüm cezasının yeniden yürürlüğe konulması ve mevcut cezaların işlevsizliği gibi argümanların gündeme gelmesi², ömür boyu hapis cezası ile ilgili hukuki bir tartışma yaratılmasını engellememelidir. Çünkü her iki yaptırım türüne ilişkin sürdürülen tartışmaların temelinde insan onuru kavramı yer almaktadır. Ek olarak, ömür boyu hapis cezasının temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisinin anlaşılabilirliği, ölüm cezasının üzerine yürütülen tartışmaları ortaya koymakla mümkün olabilir.

Bu sebeple çalışmada öncelikle her iki yaptırıma ilişkin güncel gelişmelerle kısaca değinilecek ve ardından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi³'nin umut hakkına ilişkin oldukça önemli tespitlerinin yer aldığı iki karar olan *Vinter ve Diğerleri - Birleşik Krallık*⁴ ve *Hutchinson – Birleşik Krallık*⁵ kararları analiz edilecektir. Böylece, temel hak ve özgürlüklerin gelişiminde önemli bir role sahip olan İHAM'ın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi⁶ bağlamında taraf devletlere yüklediği sorumluluk belirlenmeye çalışılacaktır.

1. GENEL OLARAK UMUT HAKKININ GELİŞİMİ VE ÖLÜM CEZASI İLE İLİŞKİSİ

Ölüm cezasının ceza adaleti açısından gerekliliğini savunanların görüşleri, üç ana başlık altında toplamak mümkündür.

Bunlardan ilki, ölüm cezasını en ağır suçlara karşı verilebilecek bir müeyyide olarak kabul etmenin zorunluluğunu savunan görüştür. Buna göre; en

¹ Tanım için bkz. E. Eylem Aksoy Retornaz, "Hükümlünün Saliverilmeyi Umud Etme Hakkı", *Hakkınız Var: İnsan Hakları Üzerine Yazılar (Yayına hazırlayanlar: Zehra Kafkaslı ve Begüm Bakı)*, 1. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2014, s.182-185, s. 182.

² Nitekim bkz. Deniz Yıldız ve Tolga Şirin, *Bir Ucu Popülizm Aracı Olarak Ölüm Cezası*, BIANET, <http://www.bianet.org/biamag/insan-haklari/162481-bir-ucuz-populizm-araci-olarak-olum-cezasi>, (e.t. 30.03.2015)

³ Bundan böyle İHAM ya da Mahkeme ismiyle anılacaktır.

⁴ *Vinter and Others v. The United Kingdom*, Application No. 66069/09 130/10 3896/10, 09.07.2013.

⁵ *Hutchinson v. The United Kingdom*, Application No. 57592/08, 03.02.2015.

⁶ Tam adı İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşme. Avrupa Konseyi Antlaşmalar Serisi No. 5, 04.11.1950, Roma. 19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı R.G. Bundan böyle İHAS ya da Sözleşme ismiyle anılacaktır.

ağır ve en tehlikeli suçların aynı oranda ağır bir yaptırıma tutulması gerekliliği, ölüm cezasının kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır⁷. Ölüm cezasının meşruluğunu savunan bir diğer argüman ise işlenmiş/işlenecek suçlardan mağdur olan/olabileceklerin durumunu göz önüne almakta ve toplum güvenliğinin bu şekilde sağlanabileceğini savunmaktadır⁸. Son argüman ise cezalandırmanın en önemli amaçlarından biri olan adaleti gerçekleştirme nosyonu ile ilişkilidir⁹. Adaletin gerçekleşmesi ağır bir suç işleyen failin bunun kefareti ödemesi ile mümkün olacaktır¹⁰. Bununla birlikte, yaşamanın/hayatın yadsınmaz değeri, ölüm cezasının suçların azaltılmasındaki işlevsizliği ve adli hatalar sonucu ölüm cezasına çarptırılan bireylerin ve ailelerinin yaşadığı adaletsizlikler temelinde¹¹, insani, etik ve cezai boyutları ile tepki toplayan bu uygulama, uzun yıllar hukuki alanda ve kamuoyunda verilen mücadelelerin sonucunda, başta Avrupa ülkeleri olmak üzere, birçok ülkede yasaklanmıştır¹².

Ölüm cezasına yönelik güncel tartışmaların aldığı son noktayı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 2010 tarihli bir kararı ile de görmek mümkündür. Bilindiği üzere İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin *yaşama hakkını* koruyan 2. maddesinde; "[y]asanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez" ifadesi yer almaktadır. Sözleşme'nin bu açık hükmüne rağmen oluşturduğu içtihatlarla ölüm cezasına karşı oldukça mesafeli sayılabilecek bir tutum benimseyen¹³ İHAM, 2010 tarihli *Al-Saadoon and Mufdhi - Birleşik Krallık*¹⁴ kararında, bu yaptırımın uygulanmasına ilişkin kesin görüşünü belirtmiştir.

İHAM bahsi geçen kararda, 60 yıl önce Sözleşme onaylanırken ölüm cezasının uluslararası standartları ihlal eden bir nitelikte görülmediğini ancak, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin mevzuat ve uygulamalarında ölüm cezası-

⁷ Karen S. Miller, *Wrongful Capital Convictions and the Legitimacy of the Death Penalty*, LFB Scholarly Publishing, New York, 2006, s. 3.0

⁸ A.g.e., s.3.

⁹ A.g.e., s. 3.

¹⁰ Bunların dışında ölüm cezasının bir de dinsel yönünün bulunduğu, bazı ülkelerin ölüm cezası uygulamasına başvurmalarında dini nedenlerin etkili olduğu iddia edilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Carsten Anckar, "Why Countries Choose the Death Penalty", *Brown Journal of World Affairs*, Volume XXI, Issue 1, Fall/Winter 2014, s. 7-25, s.15.

¹¹ Ahmet Vecizci, *Uygulamalı Etik*, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2013, s. 215-218.

¹² 2014 tarihli bir araştırmaya göre, ülkelerin yarısından fazlası ölüm cezasını hukuki olarak yasaklamış, yasaklamayan ülkelerin %70'inde ise ölüm cezası fiili olarak uygulanmamaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. Anckar, "Why Countries Choose", s. 9; William Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3rd. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 299 ve 300.

¹³ Örneğin bkz. Soering v. The United Kingdom, Application No. 14038/88, 07.07.1989, para. 100-111; Bader and Kanbor v. Sweden, Application No. 13284/04, 08.11.2005, para. 41-48.

¹⁴ *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, Application No. 61498/08, 02.03.2010.

nın tamamen kaldırılması yönünde bir gelişme meydana geldiğini belirtmiştir. Mahkeme ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik hazırlanan iki Avrupa Konseyi Sözleşmesini¹⁵ hatırlatmış ve Avrupa Konseyi ülkelerinden yalnızca birkaçının bu Sözleşmeleri onaylamadığını vurgulamıştır. Davalı devletin her iki Sözleşme'yi de onayladığını vurgulayan Mahkeme, ölüm cezasını yasaklamayan 2. maddenin bu cihetle değiştirilmiş olduğunu belirtmiştir¹⁶.

Umut hakkı İHAM'ın *Al-Saadoon and Mufdhi - Birleşik Krallık* kararında da görülebileceği şekilde, ölüm cezasına ilişkin yaklaşımların değişmeye başladığı süreçte filizlenmiş bir kavramdır. Bir başka anlatımla, bir cezalandırma aracı olarak ölüm cezası uygulamasından gittikçe uzaklaşmaya başlanılmış olması, bu cezanın yerine ikame edilecek başka bir cezanın yaygın kullanımını gerektirmiştir; bu da ömür boyu hapis cezasıdır¹⁷. Toplum güvenliği, cezalandırıcı adalet ve yeniden suç işlemeye meyilli olanlar için caydırıcılık gibi sebeplerle savunulan¹⁸ bu yaptırımın, adli hatalar sonucu uygulanan infazların yarattığı sonuçlar göz önüne alındığında, daha insani bir nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca oldukça ağır bir suç işleyen bireyin özgürlüğü ömür boyu elinden alınarak, ondan işlediği fiilin sonuçlarına katlanması beklenilmektedir.

Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin statik olmayan özelliği, ömür boyu hapis cezalarına karşı bazı görüşlerin yeşermesine sebebiyet vermiştir. Soru, işlediği ağır bir suç nedeniyle ömür boyu hapis cezasına çarptırılan bir bireyin, tahliye edilmesini ümit etmeye hakkı olup olmadığıdır? Bu çerçevede ömür boyu hapis cezasının suçların ve cezaların orantılılığı ilkesine aykırı olduğunu savunan görüşlerin mevcut olduğu belirtilmelidir. Dikkate değer karşıt argümanlardan birisi ise, cezalandırmanın iyileştirme/rehabilitasyon amaçına odaklanmaktır. Buna göre ömür boyu hapis cezası alan bir fail, gerçek anlamda bir iyileşme süreci kaydettiğinde tahliye olabilmek için imkânına sahip olmalıdır¹⁹.

Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ömür boyu hapis cezasının Anayasaya²⁰ uygunluğunun tartışıldığı 1977 tarihli bir kararında bu yönde

¹⁵ 11 No.lu Protokol ile Değişik, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi'ne Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 No.lu Protokol, 28.06.1983, Strazburg, 01.07.2003 tarihli ve 25155 sayılı R.G; İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair Onüç (13) No.lu Protokol, 03.05.2002, Vilnius, 12.10.2005 tarihli ve 25964 sayılı R.G.

¹⁶ *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, para. 116-118.

¹⁷ Catherine Appleton and Bent Grøver, "The Pros and Cons of Life Without Parole", *The British Journal of Criminology*, Volume 47, Issue 4, April 2007, s. 597-615, s. 597.

¹⁸ A.g.e. s. 603-605 ve 607.

¹⁹ Dirk Van Zyl Smit, "Life Imprisonment As the Ultimate Penalty in International Law: A Human Rights Perspective", *Criminal Law Forum*, Volume 9, Issue 1-2, 1998/1999, s. 5-54, s. 33-35.

²⁰ 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası.

önemli tespitlerde bulunmuştur. En önemli hukuki menfaatlerden biri olan yaşama hakkına yönelik gerçekleştirilen fiillere uygulanan ömür boyu hapis cezasını Anayasaya aykırı bulmayan Mahkeme, bu cezanın amprik olarak kanıtlanamasa da, cezaları önleyici özelliğine ve insan hayatına yönelen bir fiile karşılık failin kefaret ödemesinin gerekliliğine dikkat çekmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, mahkûmun cezaevinde geçireceği süre boyunca iyileşmesinin insan onuru ile olan ilişkisini de göz önüne almıştır. Mahkeme'ye göre ömür boyu hapis cezası ancak, mahkûmun somut ve gerçekleştirilebilir bir tahliye beklentisine sahip olduğu durumda insan onuru ile bağdaşabilir bir nitelikte olabilir²¹.

2. İHAM KARARLARINDA UMUT HAKKI

2.1. Genel Olarak

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin oluşturduğu bu içtihatındaki temel vurguya, İHAM kararlarında da rastlanılmaktadır. Aşağıdaki kararlardan da görüleceği üzere, tahliye edilebilmeyi umut etme hakkı, hükmedilen ömür boyu hapis cezasının azaltılamaz/indirilemez (irreducible) bir nitelikte olup olmaması kapsamında değerlendirilmektedir.

Azaltılamaz/indirilemez ömür boyu hapis cezası terimi ilk bakışta bir çelişki uyandırabilirse de, bu terim müebbet hapis cezasının uygulanış biçimi ile ilgilidir. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun²² 107/2. maddesine göre, "*Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmi dört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler*"

Fakat yine aynı kanuna göre, kanunun 107/16. maddesinde belirtilen suçlardan birinin, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde hükümlü koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamayacaktır. Görüldüğü üzere

²¹ BVerfGE, 45, 187, 21.06.1977 (Aktaran: Smit, "Life Imprisonment As the Ultimate Penalty", s. 32-33). Ceza adaleti sisteminin mahkûmu topluma yeniden kazandırma amacı taşıma özelliğinin iç hukukumuzda da yansıdığı savunulmaktadır. Buna göre 1982 Anayasası'nın (Kanun No. 2709, Kabul Tarihi 07.11. 1982, 09.11.1982 tarihli ve 17863 Mükerrer sayılı R.G.) 5. maddesinde belirtildiği üzere, devletin temel amaç ve görevleri arasında "...insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya..." çalışmak yer almaktadır. Ek olarak Anayasanın kişi dokunulmazlığını, kişinin maddi var manevi varlığını koruyan 17. maddesi uyarınca " Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. ...Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. Söz konusu görüşe göre bu hükümler infazın yeniden topluma kazandırma amacının anayasal ilkeleridir. (Daha fazla bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 47.)

²² Kanun No. 5275, Kabul tarihi 13.12.2004, 29.12.2004 tarihli ve 25685 sayılı R.G.

ömür boyu hapis cezası ilke olarak mahkûmun bu cezayı ömür boyu çekmesi anlamını taşımamakta, ancak belirli koşulların varlığı halinde bu ceza gerçek anlamda bir müebbet hapse dönüşebilmektedir.

Bu açıklamadan sonra İHAM içtihatlarına dönülecek olursa, *Einhorn - Fransa* davasında Mahkeme, ömür boyu hapis cezasının azaltılamaz bir nitelikte olması halinde, İHAS'ın işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezayı yasaklayan 3. maddesi kapsamında bir ihtilaf gündeme gelebilmesi olasılığını göz ardı etmediğini belirtmiştir²³.

İHAM'ın *Kafkaris - Kıbrıs* içtihadı ise 3. madde ile uyumlu olmayan ömür boyu hapis cezalarının kapsamının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. Kararda ömür boyu hapis cezası alan ve işlediği suçun niteliği gereği tahliye edilebilme imkânı bulunmayan başvuru hakkında Mahkeme, başvuruçunun cezasının azaltılabilir bir nitelikte olup olmadığına dair önemli bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre eğer bir ceza *de jure* ve *de facto* olarak azaltılamaz bir nitelikte ise 3. madde açısından bir ihtilaf gündeme gelebilmektedir. İç hukukça tahliye edilebilme imkânını sağlayan bir usul öngörülmüşse ve mahpusun tahliye edilebilme beklentisine sahip olmasını sağlayabilecek bir uygulama mevcutsa, bu durumda ömür boyu hapis cezası indirilebilir bir niteliktedir²⁴. Yani hem teoride hem de pratikte, hükümlünün salıverilme beklentisine sahip olmasını sağlayan bir mekanizma mevcut olmalıdır.

Bu tespitin ardından şikayete konu olan olayı inceleyen Mahkeme, davalı devletin iç hukukunda ömür boyu hapis cezası almış bireylerin iyi hal ve benzeri sebeplerle tahliye edilebilmelerini sağlayan spesifik bir hüküm bulunmadığını tespit etmiştir. Bununla birlikte Anayasanın ve Cezaevi Kanununun ilgili maddesi gereğince, başvuruçunun görüşü ve Devlet Başkanının kararı sonucunda hükümlülerin şartlı tahliye olabileme imkânları bulunmaktadır. Başka bir ifade ile bahsi geçen makamların inisiyatifleri ile hükümlülerin tahliye edilebilmeleri mümkündür. Sonuç olarak, davalı devletin iç hukukunda tahliye edilebilme imkânı açısından bazı eksikliklerin olduğunu kabul eden İHAM, belirli sayıdaki hükümlünün daha önceden bu uygulama çerçevesinde tahliye edildiğine dikkat çekerek, Sözleşme'nin 3. maddesine bir aykırılık bulmamıştır²⁵.

O halde bu karara göre, tahliye edilebilme imkânı sınırlı da olsa iç hukukça öngörülmüşse, ceza Sözleşme açısından bir sorun teşkil etmeyecektir. Bu noktada ileri tarihli *Vinter ve Diğerleri - Birleşik Krallık* kararı ise bu imkânın iç hukuktaki uygulanış biçiminin hangi hallerde Sözleşme ile uyumlu olmayacağını

²³ Einhorn v. France, Application No. 71555/01, 16.10.2001, para. 27.

²⁴ Kafkaris v. Cyprus, Application No. 21906/04, 12.02.2008, para. 95-99.

²⁵ A.g.k., para. 95-108.

göstermesi açısından oldukça önemlidir. Bir başlangıç noktası olarak tanımlanabilecek *Einhorn* ve *Kafkaris* kararlarından sonra, *Vinter* kararında ortaya konan ilkelerin taraf devletlere önemli sorumluluklar yüklediğini belirtmek gerekir.

2.2. VINTER Kararının Analizi

İngiltere ve Galler'de ölüm cezasının kaldırılması ile birlikte, cinayet suçunun cezası ömür boyu hapis olarak düzenlenmiştir. Böyle bir cezanın verilmesi halinde dava yargıçları, suçun ağırlığını da göz önüne alarak cezaevinde kalacak asgari bir süre belirlemek zorundadırlar. Hükümlü bu belirlenen süreyi cezaevinde geçirdikten sonra tahliye olabilmek için Şartlı Tahliye Kuruluna başvurabilmektedir. Bununla birlikte işlenen suçun oldukça ağır olduğu hallerde, yargıç asgari bir süre belirlemek yerine cezayı tahliye olabilmek imkânını ortadan kaldırır bir nitelikte müebbet hapis cezasına çevirebilmektedir²⁶.

Başvuruya konu olan olayda, bahsi geçen usul uyarınca tahliye edilebilme imkânına sahip olmayan başvuru, ömürleri boyunca cezaevinde kalmak zorunda oluşları nedeniyle durumlarının Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza yasağına aykırılık teşkil ettiğini savunmuşlardır. Mahkeme yaptığı incelemede öncelikle, ağır derecede orantısız bir cezanın Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edebileceğini belirtmiş, başvuru sahiplerinin aldıkları cezaların orantısız olduğunu iddia etmediklerini hatırlatarak, müebbet hapis cezaları hakkında göze çarpan tespitlerde bulunmuştur.

İHAM'a göre, Sözleşme'de öngörülen ilkelerle çatışmadığı sürece verilen cezaların gözden geçirilmesi ve tahliye prosedürleri de dahil olmak üzere, ceza adaleti sistemine dair Sözleşmeciler Devletlerin spesifik tercihleri, ilke olarak Mahkeme'nin denetiminin dışında kalmaktadır. Buna ek olarak adil ve orantılı cezalandırma hususu rasyonel bir tartışma ve uygar bir ihtilafın konusudur. Bu sebeple, taraf devletler belirli suçlar açısından verilecek hapis cezalarının süresine karar verirken bir takdir marjına sahip olmalıdırlar. Yine aynı sebeplerle Sözleşmeciler Devletler kasten adam öldürme gibi ciddi suçları işleyen yetişkin failere müebbet hapis cezası vermekte özgür olmalıdırlar ki, yetişkin bireylere verilen ömür boyu hapis cezası tek başına Sözleşme'nin 3. maddesi tarafından yasaklanmamış olup bu ceza 3. madde ile uyumsuz bir nitelikte değildir. Bu yorum, böylesi bir ceza vermesi zorunlu olmadığı halde önüne gelen vakada hafifletici ve ağırlaştırıcı faktörleri göz önüne alan bağımsız bir yargıcın müebbet hapis cezasına hükmetmesi durumu için de geçerlidir.²⁷

Bununla birlikte, bir yetişkine verilen azaltılamaz ömür boyu hapis cezası Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında bir tartışma yaratabilir. Buna göre

²⁶ *Vinter and Others v. The United Kingdom*, para. 12.

²⁷ *A.g.k.*, para. 102 - 106.

Mahkeme'nin vurgulanmasında ve yeniden teyit edilmesinde zorunlu gördüğü iki husus bulunmaktadır:

Birincisi, sadece pratikte verilen cezanın tamamının hapisteye geçirilmek zorunda olunması halinde ömür boyu hapis cezası azaltılamaz bir niteliğe bürünmemektedir. Eğer ömür boyu hapis cezası *de jure* ve *de facto* azaltılabilir bir nitelikte ise, 3. madde açısından bir ihtilaf gündeme gelmez. Bir hükümlünün iç hukuk uyarınca tahliye edilebilme durumunun gözden geçirilme imkânına sahip olması ama hükümlünün topluma tehlike teşkil etmeye devam etmesi nedeniyle tahliye talebinin reddedilmesi, 3. madde açısından bir ihtilaf teşkil etmeyebilir. Bu durum Sözleşme gereğince devletlerin toplumu şiddet suçlarına karşı korumak için önlemler alma görevinden ileri gelmektedir. Sözleşme, toplum güvenliğinin sağlanmasının gerekli olduğu hallerde, ağır bir suç işleyen failin süresiz bir şekilde ceza evinde tutulmasını yasaklamamaktadır. Gerçekte hapis cezasının temel işlevlerinden biri, bir suçlunun yeniden suç işlemesini engellemektir. Bu özellikle cinayet ya da bir bireye karşı ağır suçlar işlemiş olan hükümlüler için geçerlidir. Böyle bir mahkûmun halihazırda uzun bir süre hapis cezası çekmesi, devletlerin toplumu koruma niteliğindeki pozitif yükümlülüğünü azaltmaz. Mahkûmlar tehlikeli statüsünde kaldıkları müddetçe, devletler ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiş bireyleri alıkoymaya devam ederek bu sorumluluğu yerine getirebilirler²⁸.

İkincisi, görülen bir vakada ömür boyu hapis cezasının indirilebilir bir nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken, Mahkeme ömür boyu hapis cezası alan bir mahkûmun, tahliye olabilme ihtimaline sahip olup olmadığını araştırır. Ulusal hukuk uyarınca; cezanın değiştirilmesi, hafifletilmesi, sonlandırılması ya da şartlı tahliye durumunun incelenmesi ve ömür boyu hapis cezasının gözden geçirilmesi imkânının mümkün olduğu durumlarda, bu imkânların varlığı 3. madde açısından yeterlidir²⁹.

Özetle İHAM'a göre, ömür boyu hapis cezasını 3. madde ile uyumlu hale getiren birçok neden bulunmaktadır. Buna göre hem tahliye olabilme ihtimali hem de cezanın gözden geçirilme olasılığı bulunmalıdır³⁰.

Yine Mahkeme'ye göre, meşru cezai temelleri olmadığı müddetçe, bir hükümlünün alıkonulamayacağı kabul edilen bir gerçekliktir. Mahkeme tarafından da kabul edildiği üzere bu meşru temeller; cezalandırma, caydırma, toplum güvenliğinin korunması ve hükümlünün iyileştirilmesidir. Bu temellerin birçoğu, cezanın verildiği zamanda mevcuttur. Öte yandan alıkoyma gerekçeleri arasında-

²⁸ A.g.k., para. 108.

²⁹ A.g.k., para. 109.

³⁰ A.g.k., para. 110.

ki denge durağan değildir ve cezanın şekili sırasında yön değiştirebilir. Cezanın başlangıcında birincil gerekçe olan bir durum, cezanın şekilinden uzun bir süre geçtiğinde bu halini muhafaza edemeyebilir. Uygun bir noktadan sonra, süre giden alıkonulma gerekçesinin gözden geçirilmesi ile bu faktörler ya da değişimler doğru bir şekilde değerlendirilebilir. Ek olarak eğer böyle bir hükümlü tahliye ihtimali olmadan ya da cezası gözden geçirilmeden tutulmaya devam edilirse fiilinin/suçunun kefaretinin ödeyememesi ihtimali bulunmaktadır: Mahkûm cezaevinde ne yaparsa yapsın, rehabilite olma gelişimi ne derecede fevkalade olursa olsun, cezası sabit ve gözden geçirilemeyen bir nitelikte kalır. Bilakis, cezası zamanla büyür. Mahkûm ne kadar yaşarsa, cezası o kadar uzun olur³¹.

Mahkeme kararın devamında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda sözü edilen kararına atıf yapmayı ihmal etmemiştir. İHAM'a göre Anayasa Mahkemesi'nin bu sonuca ulaşmasını sağlayan şey, cezaevi makamlarının ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış bir hükümlünün rehabilite edilmesine yönelik sahip olduğu görevdir ve rehabilite etme insan onurunu merkeze alan her hangi bir toplum için anayasaca gereklidir³².

Mahkeme incelemesinin devamında uluslararası belgelerde mahkûmların iyileştirilmesi amacına dikkat çeken hükümlere de atıf yaparak, bu görüşünü güçlendirmiştir³³. Tüm bu bilgiler ışığında Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 3. maddesi müebbet hapis cezasının indirilebilirliğini gerektirmektedir. Cezanın indirilebilirliği ise, ulusal makamların ömür boyu hapis cezası alan mahkûmun değişiminin göze çarpan bir nitelikte olup olmadığını belirlemesine ve ceza süresince iyileşmeye yönelik değişimin, alıkoymanın artık meşru cezai temellerle gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini gözden geçirmeye ilişkindir. Bununla birlikte Mahkeme Sözleşmeciler Devletlerin ceza adaleti ve cezalandırma konularındaki takdir marjını da unutmamaktadır. Gözden geçirme usulünün nasıl olması gerektiğinin belirlenmesi Mahkeme'nin yetki alanına girmemektedir. Aynı sebeple, gözden geçirmenin ne zaman gerçekleşmesi hususunda bir tanım yapmak da Mahkeme'nin görevi değildir. Yine de Mahkeme karşılaştırmalı ve uluslararası hukuk materyallerinde kabul edilen güncel prosedürü referans göstermiştir. Buna göre ömür boyu hapis cezasının verilmesinden en geç 25 yıl süre sonra ve ardından daha periyodik aralıklarla, cezanın gözden geçirilmesini sağlayan bir kurumun varlığı desteklenmektedir. Bu durumda ulusal hukuk böylesi bir gözden geçirme imkânı sağlamadığında, ömür boyu hapis cezası Sözleşme'nin 3. maddesinin standartlarına ulaşmayabilir³⁴.

³¹ A.g.k., para. 111, 112

³² A.g.k., para. 113.

³³ A.g.k., para. 114-118.

³⁴ A.g.k., para. 119-121.

Mahkeme'ye göre, verilen cezanın gözden geçirilmesi ileriye yönelik bir usul olsa da, ömür boyu hapis cezası alan birisi, cezasının 3. maddenin gerekleri ile uyumlu düşmediğine dair hukuki durumuna ilişkin yapacağı başvuruda, belirsiz yıllar boyunca beklemekle yükümlü olmamalıdır. Bu durum gerek hukuki belirlilik, gerekse Sözleşme'nin 34. maddesinde tanımlanan mağdurluk statüsünün ilkeleri ile çatışabilir. Daha da ötesi, hükmedilen cezanın iç hukuk gereği indirilemez olduğu vakalarda, mahkûmu belirli olmayan bir tarihte tahliye edilebilmesini sağlayacak bir mekanizmanın kabul edilip edilmeyeceği bilgisinden mahrum bırakmak ve bu halde ondan kendi rehabilitasyonu için çalışmasını beklemek, düşüncesiz bir istek olur. Ömür boyu hapis cezası alan bir mahkûm cezalandırma sürecinin başında, cezasının gözden geçirilme zamanı da dâhil olmak üzere, tahliye edilebilmek için ne yapması gerektiğini bilmeye hakkı olmalıdır³⁵.

Bu tespitlerden sonra tartışma konusu olayı inceleyen Mahkeme, başvuruların durumunun 3. madde ile uyumluluğunu değerlendirmiştir. Mahkeme Birleşik Krallıkta ömür boyu hapis cezası alan mahpusların durumu ile ilgili mevzuatı açıklıktan yoksun bulmuştur. Mevzuat uyarınca Devlet Bakanının ömür boyu hapis cezası alan mahkûmları tahliye edebilme de dahil olmak üzere, genel bir tahliye yetkisi bulunmaktadır. Davalı devletin savunduğu üzere, Devlet Bakanı bu yetkisini kullanırken, kamu makamlarının İHAS ile uyumlu şekilde hareket etmesini sağlamak için kabul edilmiş olan İnsan Hakları Yasası ile bağlıdır. Böylece bu yetki kullanılırken Sözleşme'nin 3. maddesi ile de uyumlu hareket edilmiş olacaktır. Yine davalı devletin savunduğu üzere, Temyiz Mahkemesinin benzer vakalara ilişkin verdiği iki karar göz önüne alındığında, Devlet Bakanının bu yönde davranmaması için bir neden bulunmamaktadır. Fakat İHAM bu argümanları yeterli bulmamıştır. İç hukuktaki bu uygulama gereğince tahliye olabilme imkânı, hükümlünün ağır derecede hasta olması şartı gibi belirli bazı kısıtlara tabidir. *Kafkaris* davasında da olduğu gibi, tahliye beklentisi sadece bu koşulların varlığı halinde ortaya çıkabilecektir. Fakat bu husus *Kafkaris* davasındaki koşullarla tam olarak uyuşmamaktadır. Ek olarak, Temyiz Mahkemesinin ilgili kararlarına rağmen, Bakanlık tahliye şartlarının yer aldığı kılavuzu değiştirmemiştir. Devlet Bakanının tahliyeye ilişkin olan yetkilerini kullanabilmesi oldukça sıkı koşullara bağlanmış olup gerek uygulamada gerekse hukuki alanda bu mevzuat etkili değildir. Başka bir ifade ile ulusal mevzuat, Mahkeme'nin öngördüğü biçimde cezaların gözden geçirilerek indirilebilmesini sağlayacak yeterli bir mekanizma öngörmemektedir. Mahkeme 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır³⁶.

³⁵ A.g.k., para. 122.

³⁶ A.g.k., para. 123-130.

Görüldüğü üzere *Vinter* kararında Mahkeme, *Kafkaris* kararında da yaptığı iç hukuka ilişkin denetimini sıklaştırmış ve umut hakkına ilişkin geniş kapsamlı tespitlerde bulunmuştur. Buna göre toplum bakımından bir tehlike teşkil eden hükümlünün alıkonulmaya devam edilmesi Sözleşme açısından bir aykırılık teşkil etmemektedir. Bilakis böylesi bir bireyin alıkonulması devletin pozitif yükümlülüğünün bir gereğidir. Bununla birlikte iç hukukta müebbet hapis cezası alan bir mahpusun cezasının gözden geçirilmesini sağlayacak etkin bir mekanizmanın varlığı gereklidir. Başka bir ifade ile iç hukuk (*de jure*) gereği gözden geçirme mekanizmasının varlığı yetmemekte bu mekanizmanın pratikte de (*de facto*) uygulanabilir olması zorunludur. En önemlisi ise bir hükümlünün uluslararası belgelerde kabul edilen aralıklarla cezasının gözden geçirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.

Karar daha dikkatli incelendiğinde, müebbet hapis söz konusu olduğunda Mahkeme'nin hükümlünün topluma yeniden kazandırılma amacını üstün tuttuğu görülebilir³⁷. Buna göre hükmün verilmesi anında hükme etki eden cezai sebepler karşısında zamanla, iyileşme/rehabilite olma faktörü önem kazanabilir. Bunun bir sonucu olarak, tahliye edilebilme imkânına sahip olup olmadığını bilmeden iyileşmesi için hükümlüden çaba göstermesini beklemek Mahkeme'nin deyimiyile düşüncesiz bir davranış olur.

Öte yandan söz konusu kararı her hükümlünün mutlaka bir gün tahliye edilmesi gerekir şeklinde okumak yanlış olur. İHAM'ın Sözleşme'de yer alan hükümlerin ihlal edilmesi durumunda, bu ihlali gidermek için etkin usuller öngörmeyen makamlara karşı takındığı tutum oldukça açıktır³⁸. Daha doğru bir ifade ile cezasız kalan ihlallere karşı Mahkeme eleştirel bir tutum takınmaktadır. Bu karardan çıkan sonuç ise devletlerin bütün hükümlüler açısından geçerli olacak şekilde insan onurunu tanımaları ve hangi suçu işlemiş olursa olsunlar hükümlülerin günün birinde yeniden özgür kalabilme ihtimali çerçevesinde, cezalarını çekerken iyileşme imkânına sahip olabilmeleridir³⁹.

2.3. Sonraki Gelişmeler

Vinter kararının beraberinde birçok kararı etkilediği belirtilmelidir. Örneğin *Trabelsi -Belçika* kararında Mahkeme, sınır dışı edildiği takdirde gideceği ülkede tahliye imkânına sahip olamayacağı bir hapis cezası ile hü-

³⁷ Retornaz, "Umut Etme Hakkı", s. 184.

³⁸ Örneğin bkz. Yaşa v. Turkey, Application No. 22495/93, 02.09.1998, para. 98-100 ve Tanrikulu v. Turkey, Application No. 23763/94, 08.07.1999, para. 101-103.

³⁹ Dirk van Zyl Smit, Pete Weatherby, and Simon Creighton, "Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?", *Human Rights Law Review*, Volume 14, Issue 1, March 2014, s. 59-84, s. 65.

küm giyme ihtimaline sahip başvurucunun durumunu İHAS'a aykırı bulmuştur⁴⁰.

Umud hakkının tartışıldığı sonraki *Huthinson - Birleşik Krallık* kararı ise bazı noktalarıyla incelemeye değerdir. Bu kararda da *Vinter* kararında olduğu gibi ömür boyu hapis cezasına çarptırılan ve cezasını çekmesi için asgari bir süre belirlenmemiş olan başvurucu, Sözleşme'de korunan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme *Vinter* kararındaki tespitlerine atıfta bulunarak, İngiltere'de tahliye sürecine ilişkin olan yapısal sorunlara dikkat çekmiştir. Buna göre vakanın tartışıldığı tarihte Devlet Bakanı her ne kadar *Vinter* kararında eleştirilen şartların yer aldığı kılavuzu değiştirmemiş de olsa, Temyiz Mahkemesi'nin verdiği son karar oldukça ilgi çekicidir. Temyiz Mahkemesi'nin ilgili kararına göre, bahsi geçen kılavuzun değiştirilmemiş olmasına rağmen, bu durumun bir sonuç doğurmayacağı bellidir. Çünkü Devlet Bakanı tahliye konusuna ilişkin yetkisini kullanırken, Sözleşme'nin 3. maddesini dikkate almak zorundadır. Böylece ömür boyu hapis cezası alan bir hükümlünün tahliyesi gündeme geldiğinde, sadece kılavuzda yatan şartlar değil, 3. madde ile uyumlu olarak tahliyeye ilişkin tüm şartlar gözüne alınacaktır. Böylece Temyiz Mahkemesi'nin bu kararı ile kılavuzdaki şartlar ne olursa olsun, hükümlüye tahliye edilebilme beklentisi içinde olma imkânı tanınmaktadır. Nitekim bu karar çerçevesinde Mahkeme, iç hukuktaki belirsizliğin giderildiğini belirtmiş ve 3. maddeden ihlal bulunmamıştır⁴¹. Görüldüğü üzere Temyiz Mahkemesi, davalı devletin *Vinter* kararında yaptığı ama İHAM tarafından ikna edici bulunmayan savunmayı açık bir şekilde tekrarlamıştır. Buna göre söz konusu kılavuz Sözleşme karşısında etkisiz bir konuma gelmiştir.

Bir karşı devrim⁴² olarak nitelendirilen bu kararın eleştirmeye değer bazı noktalarının bulunduğu açıktır. Cevaplandırılması gereken en önemli soru ise, *Vinter* kararında belirsiz ve açıklıktan yoksun olmakla eleştirilen iç hukuk, Temyiz Mahkemesi'nin bu kararı ile daha mı açık yoksa daha mı kesinlikten uzak hale gelmiştir⁴³? Kesin olan tek nokta ise İHAM'ın *Vinter* kararında iç hukuka ilişkin yaptığı sıkı denetimi bu kararda uygulamaktan çekindiğidir. Bununla birlikte bu kararın umut hakkı kapsamında doğuracağı

⁴⁰ Trabelsi v. Belgium, Application No. 140/10, 04.09.2014, para. 121-139. Benzer şekilde İHAM *Öcalan - Türkiye* (Öcalan v. Türkiye No.2, Application No. 24069/03, 197/04, 6201/06 and 10464/07, 18.03.2014, para. 193-214) kararında Türkiye'de ömür boyu hapis cezasına ilişkin olan yasal düzenlemeyi 3. maddeye aykırı bulmuştur. (Türkiye'deki yasal düzenleme için bkz. §2.1. *Genel Olarak*)

⁴¹ *Hutchinson v. the U.K.*, para. 22-26.

⁴² Kanstantsin Dzehtsiarou, *Hutchinson v UK: The right to hope (revisited)*...(posted by Antoine Buyse), ECHR Blog, <http://echrblog.blogspot.com.tr/2015/02/hutchinson-v-uk-right-to-hope-revisited.html>, (e.t. 30.03.2015)

⁴³ Benzer görüş için bkz. Dzehtsiarou, *Hutchinson v UK*.

sonuçları gözlemlemek için biraz daha beklemek gereklidir. Çünkü her iki kararda da Birleşik Krallık'ın iç hukukundaki uygulama tartışılmış ve İHAM Temyiz Mahkemesi'nin verdiği son karar çerçevesinde, davalı devletin etkili bir gözden geçirme prosedürüne sahip olduğuna zımni de olsa ikna olmuştur. Bu nedenle başka bir üye devletten gelecek başvuru kapsamında İHAM'ın ne tür bir sonuca ulaşacağı konusunda açık bir yorumda bulunmak pek mümkün gözükmemektedir.

SONUÇ

Umut hakkı ya da diğer kabul edilen ismiyle hükümlünün salıverilmeyi umut etme hakkı giderek ölüm cezasının yerini alan bir müeyyide haline gelmiştir. Ceza sisteminin hükümlüyü iyileştirme amacı çerçevesinde ortaya çıkan bu hakkın insan onuru ile ilişkisi Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında da vurgulanmıştır.

İHAM içtihatlarında da görüldüğü üzere, devletlerin toplum açısından tehlike arz eden bireyleri alıkoymasına esastır. Nitekim alıkoymanın, iyileştirme amacının dışında tehlikeyi önleme ve failin işlediği fiilin sonuçlarına katlanmasını sağlama niteliği de bulunmaktadır. Aksi halde taraf devletler üzerlerine düşen sorumluluğu yerine getirmemiş olurlar.

Bununla birlikte cezaların iyileştirme amacına odaklanan Mahkeme, her mahkûmun bir gün salıverilmeyi umut etme hakkına sahip olduğu kanaatinde. Bu hak herhangi bir mahkûmun mutlaka tahliye edilmesi güvencesini getirmemektedir. Mahkûm uluslararası belgelerde kabul edilen standartlara uygun olarak cezasının gözden geçirilmesini isteme hakkına sahiptir. *Vinter* kararında da vurgulandığı üzere, tahliye imkânı teoride ve pratikte etkin olmalıdır. Etkili bir gözden geçirme prosedürünün olmaması ya da iç hukukta bu prosedürle ilgili bir kesinlik bulunmaması Sözleşme'yi ihlal edebilir. Etkili bir iç hukuk prosedürü çerçevesinde önemli sorumluluklar getiren bu karara rağmen *Hutchinson* kararı ile taraf devletlere düşen sorumlulukların kapsamı belirsizleşmiştir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Ahmet Cevizci, *Uygulamalı Etik*, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2013
- Carsten Anckar, “Why Countries Choose the Death Penalty”, *Brown Journal of World Affairs*, Volume XXI, Issue 1, Fall/Winter 2014, s. 7-25.
- Catherine Appleton and Bent Grøver, “The Pros and Cons of Life Without Parole”, *The British Journal of Criminology*, Volume 47, Issue 4, April 2007, s. 597-615.
- Deniz Yıldız ve Tolga Şirin, *Bir Ucuz Popülizm Aracı Olarak Ölüm Cezası*, Bianet, <http://www.bianet.org/biamag/insan-haklari/162481-bir-ucuz-populizm-araci-olarak-olum-cezasi>, (e.t. 30.03.2015)
- Dirk Van Zyl Smit, “Life Imprisonment As the Ultimate Penalty in International Law: A Human Rights Perspective”, *Criminal Law Forum*, Volume 9, Issue 1-2, 1998/1999, s. 5-54.
- Dirk van Zyl Smit, Pete Weatherby, and Simon Creighton, “Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?”, *Human Rights Law Review*, Volume 14, Issue 1, March 2014, s. 59-84.
- E. Eylem Aksoy Retornaz, “Hükümlünün Salıverilmeyi Umut Etme Hakkı”, *Hakkınız Var: İnsan Hakları Üzerine Yazılar (Yayına hazırlayanlar: Zehra Kafkaslı ve Begüm Baki)*, 1. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2014, s.182-185.
- Kanstantsin Dzehtsiarou, *Hutchinson v UK: The right to hope (revisited)...* (posted by Antoine Buyse), ECHRBlog, <http://echrblog.blogspot.com.tr/2015/02/hutchinson-v-uk-right-to-hope-revisited.html>, (e.t. 30.03.2015)
- Karen S. Miller, *Wrongful Capital Convictions and the Legitimacy of the Death Penalty*, LFB Scholarly Publishing, New York, 2006.
- William Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3rd. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Mahkeme Kararları

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

- Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, Application No. 61498/08, 02.03.2010.
- Bader and Kanbor v. Sweden, Application No. 13284/04, 08.11.2005.
- Einhorn v. France, Application No. 71555/01, 16.10.2001.
- Hutchinson v. The United Kingdom, Application No. 57592/08, 03.02.2015.
- Kafkaris v. Cyprus, Application No. 21906/04, 12.02.2008.

Öcalan v. Turkey (No.2), Application No. 24069/03, 197/04, 6201/06 and 10464/07, 18.03.2014.

Soering v. The United Kingdom, Application No. 14038/88, 07.07.1989.

Tanrikulu v. Turkey, Application No. 23763/94, 08.07.1999.

Trabelsi v. Belgium, Application No. 140/10, 04.09.2014.

Vinter and Others v. The United Kingdom, Application No. 66069/09 130/10 3896/10, 09.07.2013.

Yaşa v. Turkey, Application No. 22495/93, 02.09.1998.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi

BVerfGE, 45, 187, 21.06.1977

The Boundaries of Most Favored Nation Treatment Clause (Especially on Dispute Settlement Agreement)

En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Sınırlandırılması
(Özellikle Uyuşmazlığın Çözümüne Yönelik
Hüküm Açısından)

Arş. Gör. Övünç AYDIN

Abstract

The aim of this paper is to examine Most Favored Nation Clause (MFN) existing in the Bilateral Investment Treaties (BITs) to which Turkey is a signatory, from a historical and conceptual perspective; to determine the general boundaries of the application of this clause according to the jurisprudence of the international arbitration organs and lastly to point out the important awards that affects its applicability to Dispute Settlement Agreement in Bilateral Investment Agreements. With the aim of preventing discrimination against the nationals of different countries and ascertain equality of treatment regardless of nationality, today, MFN Clauses exist in different types of Model BITs as in the example of German, UK, US, Netherlands, Canadian Model. The restriction of MFN clause which is not directly related with dispute settlement bases on two principals called "temporality" and "erudem generis" which are stated in Rights of Nationals by the United States of America in Morocco and The Ambatielos Case respectively. Maffezini Case and Siemens vs Argentina Case are in favor of the applicability of The MFN Clause to dispute settlement. However Salini Case and Plama Case have the principal to find the real intention of the parties for the application of the Clause.

Keywords

Most Favoured Nation Clause, Dispute Settlement, Bilateral Investment Treaties, Arbitration

* Research Assistant at Beykent University Faculty of Law, Civil Law Department.
ovuncaydin@beykent.edu.tr

Özet

Bu kısa çalışmanın amacı, Türkiye'nin de taraf olduğu İkili Yatırım Anlaşmalarında bulunan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının (MFN Clause) kavramsal ve tarihsel açıdan incelenmesi; uluslararası tahkim organlarının uygulaması uyarınca En Çok Gözetilen Ulus Kaydının genel sınırlarının belirlenmesi; ve son olarak bu Kaydın, İkili Yatırım Anlaşmalarındaki uyumsuzluğun çözümüne yönelik hükümlere uygulanabilirliğine etki eden önemli kararları ortaya koymaktır. Yabancı ülkelerin yatırımcıları arasında ayrımcılık yapılmasını ve milliyete bakılmaksızın eşit muamele sağlamayı amaçlayan MFN Clause; Kanada Hollanda, İngiliz, Alman, Amerikan modeli diyebileceğimiz modeller içerisinde yer almaktadır. Rights of Nationals by the United States of America in Morocco davası ve The Ambatielos davasında usuli sınırlamalar dışında olmak üzere zamansal ve 'ejusdem generis' prensiplerine dayanan sınırlamalar getirilmiştir. Maffezini ve Siemens davasında en çok gözetilen ulus kaydının uyumsuzluk çözüm hükmüne uygulanacağına yönelik karar verilmiş; buna rağmen Salini ve Plama kararlarında ise tarafların bu konudaki gerçek iradelerinin araştırılmasına yönelik prensip öngörülmüştür.

Anahtar Kelimeler

En Çok Gözetilen Ulus Kaydı, Uyuşmazlık Çözümü, İkili Yatırım Anlaşmaları, Tahkim

1) WHAT ARE MOST FAVORED NATION CLAUSE (MFN) AND ITS ORIGIN?

According to United Nations¹, the MFN Treatment is defined as “... *treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favorable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.*”. Also a MFN Clause is “*a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favored treatment in an agreed sphere of relations*”.

This clause is one of the main elements of the modern Bilateral Investment Treaties² and has the aim of ‘preventing discrimination against the nationals of different countries and ascertain equality of treatment regardless of nationality. In the context of international investment, MFN clauses thus contribute to the harmonization of the level of protection accorded to foreign investors and their investments’³.

Historically, from the 1800s and 1900s, The MFN Clause is included in different types of friendship, commerce and navigation treaties⁴ and

¹ UNCTAD Series on International Investment Agreement II, *Most Favoured Nation Treatment*, p. 13

² Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph; 2008; *Principles of International Investment Law*; p. 186

³ Gaillard, E., *Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause*, Vol. 233-No. 105, NYLJ, 2005

⁴ OECD (2004), “*Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>

from the Second World War, as the global business grows; it has become an element of security for the states which prefers to sign BITs in order to ensure protection for their citizens investing abroad⁵.

Today, there can be seen typical formations of MFN clauses in model BITs as in the examples of 1998 German Model Treaty, Netherlands Model BIT, United Kingdom BIT, US and Canadian BITs; which are different from each other in specific ways. The differences of MFN Clauses appear generally on restrictions concerning 'regional economic integration, matters of taxation, subsidies or government procurement and country exceptions'⁶.

Our work will only include the limitation of the application the MFN Clauses in BITs by the arbitral jurisdiction and –not the limitations born of the text of MFN Clause as we stated in the paragraph above- and by its applicability to Dispute Settlement Agreement.

2) THE OLDER AND GENERAL BOUNDARIES OF MFN CLAUSES BY ARBITRAL JURISDICTION

- **Anglo – Iranian Oil Company Case:** This case, dated 1952, based on a dispute arising by the nationalization of Anglo – Iranian Oil Company by Iran. As UK suffered from the losses, wanted the access the ICJ by having the argument that Iran's earlier signed treaties' MFN Clauses to permit to sue in the said jurisdiction authority but ICJ stated that *"It is this [that is, the basic] treaty which establishes the juridical link between the [beneficiary State] and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third-party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the [beneficiary State] and [the granting State]: it is res inter alios acta."*⁷ and rejects UK's claim.⁸
- **Rights of Nationals by the United States of America in Morocco:** This case, dated 1952, is a good example that the temporality is a reason of restriction to MFN Clauses. US wanted to benefit for its citizens from

⁵ Tony Cole, *The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law*, 33 Mich. J. Int'l L. 537 (2012), p. 555. Available at: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol33/iss3/3>

⁶ OECD (2004), *"Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law"*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>

⁷ Stephan W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses*, 27 Berkeley J. Int'l Law. 496 (2009). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol27/iss2/5>

⁸ This case may be considered in the third title of the work. However, as the jurisprudence changes after the case of Maffezini, I preferred to use this systematic in this paper.

the consular jurisdiction to have the rights providing fiscal immunity and had the argument that Great Britain's citizens had also the same rights. However, The Court rejected the claim as the agreement between Great Britain and France had come to an end before the date of claim.

- **The Ambatielos Arbitration:** It is a case that putting forth the principle of "Ejusdem Generis". A Greek trader had suffered a decision from English courts and The Greek Government tried to base on the MFN Clause of the treaties of 1886 and 1926, whose subjects are about commerce and navigation, to benefit treaties between United Kingdom and Denmark, Sweden and Bolivia which are about justice, right and equity. The Commission of Arbitration said: "*The most-favored-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates*". Regarding the specifics of the case, it held that: "*...It is true that the administration of justice*", when viewed in isolation is a subject-matter other than "commerce and navigation", but this is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders. Protection of the rights of traders naturally finds a place among the matters dealt with by Treaties of commerce and navigation. ... Therefore it cannot be said the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the application of the most-favored-nation clause, when the latter includes "all matters relating to commerce and navigation"⁹

3) DO WE APPLY MFN CLAUSE TO THE JURISDICTION?

- **Maffezini vs Spain:** An Argentine investor Maffezini, in a dispute with Spain, had to refer firstly to Spanish Courts before ICSID according to agreement between them. However, MFN Clause in the BIT between Argentine and Spain was:

"In all matters subject to this Agreement, this treatment shall be no less favourable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country."

Therefore, Maffezini argued that Chile – Spain BIT is more favorable in terms of jurisdiction. The Tribunal stated that:

"Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favoured nation

⁹ OECD (2004), "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>

clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce. Consular jurisdiction in the past, like other forms of extraterritorial jurisdiction, were considered essential for the protection of rights of traders and, hence, were regarded not merely as procedural devices but as arrangements designed to better protect the rights of such persons abroad.⁶⁰ It follows that such arrangements, even if not strictly a part of the material aspect of the trade and investment policy pursued by treaties of commerce and navigation, were essential for the adequate protection of the rights they sought to guarantee. International arbitration and other dispute settlement arrangements have replaced these older and frequently abusive practices of the past. These modern developments are essential, however, to the protection of the rights envisaged under the pertinent treaties; they are closely linked to the material aspects of the treatment accorded. ...”

“...if a third-party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favourable to the protection of the investor’s rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favoured nation clause as they are fully compatible with the ejusdem generis principle...”

The tribunal rejected the argument of Spain claiming that the MFN Clause is applicable only for substantive matters because of the expression “in all matters subject to this Agreement”. Also, stated also some restrictions depending on the conditions or the agreement.

“... As a matter of principle, the beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might not have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in questions, particularly if the beneficiary is a private investor.... Here it is possible to envisage a number of situations not present in the instant case. First, if one contracting party has conditioned its consent to arbitration on the exhaustion of local remedies, which the ICSID Convention allows, this requirement could not be bypassed by invoking the most favoured nation clause in relation to a third-party agreement that does not contain this element since the stipulated condition reflects a fundamental rule of 14 international law. Second, if the parties have agreed to a dispute settlement arrangement which includes the so-called fork in the road, that is, a choice between submission to domestic courts or to international arbitration, and where the choice once made becomes final and irreversible, this stipulation cannot be bypassed by invoking the clause. This conclusion is compelled by the consideration that it would upset

the finality of arrangements that many countries deem important as a matter of public policy. Third, if the agreement provides for a particular arbitration forum, such as ICSID, for example, this option cannot be changed by invoking the clause, in order to refer the dispute to a different system of arbitration. Finally, if the parties have agreed to a highly institutionalized system of arbitration that incorporates precise rules of procedure, which is the case, for example, with regard to the North America Free Trade Agreement and similar arrangements, it is clear that neither of these mechanisms could be altered by the operation of the clause because these very specific provisions reflect the precise will of the contracting parties. Other elements of public policy limiting the operation of the clause will no doubt be identified by the parties or tribunals. It is clear, in any event, that a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand.”¹⁰

- **Siemens vs Argentina:** In this case, there was a very close situation between the investor and the state. However, Germany – Argentine BIT was different in comparison with Spain – Argentine BIT. The first one was:

- 1) *“None of the Contracting Parties shall accord in its territory to the investments of nationals or companies of the other Contracting Party or to investments in which they hold shares, a less favorable treatment than the treatment granted to the investments ... of nationals or companies of third States.*
- 2) *None of the Contracting Parties shall accord in its territory to nationals or companies of the other Contracting Party a less favorable treatment of activities related to investments than granted.. to the nationals and companies of third States.”*

Using the text, Argentine tried to benefit from the restrictive wording of the MFA Clause, Nevertheless, The Tribunal applying the same principle in Maffezini stated that:

“as a distinctive feature special dispute settlement mechanisms not normally open to investors. Access to these mechanisms is part of the protection offered under the Treaty. It is part of the treatment of foreign investors and investments and of the advantages accessible through an MFN clause.” It

¹⁰ OECD (2004), “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>

further held that “*the term ‘treatment’ and the phrase ‘activities related to the investments’ are sufficiently wide to include settlement of disputes.*”

- **Salini vs Jordan:** In this case, unlike the Maffezini and Siemens, the Tribunal rejects the investor’s arguments.¹¹ The MFN Clause was:

“Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the Contracting Party no less favorable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States.”

The important part of the decision – focusing intention of the parties- was:

“[T]he circumstances of this case are different [from Maffezini]. Indeed, Article 3 of the BIT between Italy and Jordan [that is, the MFN clause] does not include any provision extending its scope of application to dispute settlement. It does not envisage ‘all rights or all matters covered by the agreement’. Furthermore, the Claimants have submitted nothing from which it might be established that the common intention of the Parties was to have the most-favored-nation clause apply to dispute settlement. Quite on the contrary, the intention as expressed in Article 9(2) of the BIT was to exclude from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and an entity of a State Party in order that such disputes might be settled in accordance with the procedures set forth in the investment agreements.”

- **Plama vs Bulgaria:** This is a case; where also The Tribunal rejects the claimant’s argument by evaluating MFN Clause in the light of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties¹².

“...Bulgaria was under a communist regime that favoured bilateral agreement treaties with limited protections for foreign investors and with very limited dispute resolution provisions.’⁶³ In perhaps, what is the most profound of its conclusions, it further held that a State’s agreement to arbitrate its investment disputes must be ‘clear and unambiguous’.⁶⁴ Accordingly, if an MFN clause is to be used to incorporate into a basic treaty an agreement to arbitrate contained in a third-party treaty, the parties’ intention in this respect must be clear and unambiguous. The tribunal found no such intention in all the circumstances of the case.’

¹¹ Stephan W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses*, 27 Berkeley J. Int’l Law. 496 (2009). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol27/iss2/5>

¹² Aniekam Iboru Upke, *Applicability Of The Most-Favoured-Nation Clause To Dispute Settlement Provisions In Bilateral Investment Treaties: A Uniform Approach?*

Also The Tribunal states again that the clear intention is needed, as in the Salini Case:

'...the principle with multiple exception as stated by the tribunal in the Maffezini case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in... another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them.'

CONCLUSION

This paper tries to explain very briefly the notion of Most Favored Nation Clause, the general principals of its restriction and the criteria of restrictions in dispute settlement provisions of Bilateral Investment Treaties.

The MFN Clauses, originally, having the aim of preventing discrimination, are interpreted by the tribunals in 1950s according to principal of “*res inter alios acta*” and restricted temporarily and also in terms of subject.

The MFN Clauses' interpretation their by the International Arbitration Organs, as it is seen, changes since the 2000s, firstly with the decision of Maffezini, which puts forward the language of the clause, in the matter of affectation of the other BITs conditions to the agreements between state and investor.

However, as we analyze Salini and Plama awards, Tribunals increasingly attach importance to the intention of the parties, rather than the language of the clause.

I think, the language of clause is the biggest sign that shows us the parties' intention but it has not always a certainty and we cannot assume that it has always reliability. It is a way to understand their intentions but has to be taken into account only if it is concordant with the real intention of the parties.

As this general principal of Roman obligation law exists also in Vienna Convention on the Law of Treaties, we can accept that it has a base also in International Law and this will help the use of this rule to reach more equitable decisions.

BIBLIOGRAPHY

- Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7
- The Ambatielos Case, UNRIAA, 1963, Vol. XII at 107
- Anglo-Iranian Oil Company Case, Judgement of 22 July 1952
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria ICSID Case No. ARB/03/24
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan ICSID Case No. ARB/02/13
- Siemens AG v The Argentine Republic, ICSID case NO. ARB/02/8.
- Aniekan Iboru Upke, Applicability Of The Most-Favoured-Nation Clause To Dispute Settlement Provisions In Bilateral Investment Treaties: A Uniform Approach? <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=29276>
- Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph; 2008; Principles of International Investment Law
- Gaillard, E., Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause, Vol. 233-No. 105, NYLJ, 2005
- Stephan W. Schill, Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses, 27 Berkeley J. Int'l Law. 496 (2009)
- OECD (2004), "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing
- UNCTAD Series on International Investment Agreement II, Most Favoured Nation Treatment, New York, 2010

