



YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
NEAR EAST UNIVERSITY



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

FACULTY OF LAW REVIEW

MAYIS / MAY 2020 YIL:2 / YEAR: 2 SAYI: 3 / VOLUME :3



YAKINDOĞU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
NEAR EAST UNIVERSITY LAW FACULTY REVIEW
Yakın Doğu Üniversitesi- Near East University

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. İrfan Suat Günsel

Prof. Dr. Elif Sonsuzoğlu

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Prof. Dr. Polat Soyer

Doç. Dr. Yeter Tabur

Yayın Koordinatörleri / Editorial Coordinators

Dr. Fatma Alaslan

Dr. Nabi Berkut

Dr. Aysun Beydola

Ar. Gör. Özde Dereboylular

Ar. Gör. Gökem Gökuna

Dr. Ayten Ordu

Ar. Gör. Erdi Şafak

Ar. Gör. Nezihe Tekman

Ar. Gör. Erkut Ziya Sivrikaya

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. / Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Near East University Law Faculty Review) is a refereed review.

Yılda iki kez (Mayıs-Aralık) yayımlanır. /Published twice a year (May-December)

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. /Articles published in this review express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in this review can not be republished without citation.

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/> hukuk veritabanında dizinlenmektedir. / Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Near East University Law Faculty Review) is being permanently indexed in <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/> law database.

İletişim Adresi / Communication Address Yayın İşleri Müdürlüğü
Yakın Doğu Bulvarı, Lefkoşa / Mersin 10 Turkey
Tel: (0392) 223 64 64
Fax: (0392) 22364 61
Web: <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/>
E-mail: hukuk.dergisi@neu.edu.tr

Dizgi ve Kapak Tasarımı: Hüseyin Aşkaroğlu

Basım Tarihi / Published Date: Mayıs- 2020

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
NEAR EAST UNIVERSITY LAW FACULTY REVIEW

ISSN: 2636-7580

Danışma Kurulu / Advisoral Board

Rektör : Prof. Dr. Ümit Hassan

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dekan : Prof. Dr. Elif Sonsuzoğlu

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa R. Erdem

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Güray Erdönmez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutcu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arif Kocaman

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Prof. Dr. Berna Kocaman

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Prof. Dr. Yasemin Özdek

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Işıl Özkan

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin Somer

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr . Mehmet Çakıcı

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Polat Soyer

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yıldırım Uler

Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Eylem Ümit Atılğan

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Eylem Atılğan

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Derya Aydın Okur

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Reşat Volkan Günel

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ozan Ergül

TOOB Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Yeter Tabur

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Merve Acun Mekengeç

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Tayfun Ercan

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Muhammet Erdal

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 2018 yılından itibaren “Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi” hakemli olarak yayımlanmaya başlamıştır. Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nde, makaleler, Yüksek Mahkeme, Kaza Mahkemeleri kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 150 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en az 5 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.
c) Yazılar, **anabölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman** karakterinde yazılmalıdır.
d) Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnotta kaynak verirken:
Kitaplar için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabından yararlanılması halinde, bunun, kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynaklarda gösterilmesi gerekir.)
Makaleler için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları.
Yazıların **kaynaklar kısmında da dipnot kurallarına uyulması** zorunludur.
4. Yazılar Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
5. Yazarların ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
6. **Yazıların “hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, **“kör hakemlik”** sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için, yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde, hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre, düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.

9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimi ile yayımlanmasına “olur” verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.
Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
10. Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nin yazı dili Türkçe ve İngilizce’dir.
11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Klavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Klavuzu* esas alınmaktadır.
12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayım haklarına Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi sahip olur.
13. Yazarlara Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.
14. ORCID, Open Researcher ve Contributor ID’nin kısaltması olup, Uluslararası Standart Ad Tanımlayıcı (ISNI) olarak da bilinen ISO Standardı (ISO 27729) ile uyumlu 16 haneden oluşan numaralı bir URI’dir. Bu numara uluslararası dizinlerin önemli bir tarama ölçütüdür. Dergimizde, bilimsel araştırmalarda yazarların isim veya kurum bilgilerindeki benzerlik, soyadı değişiklikleri, Türkçe karakterle yazılmış isimlerinden oluşabilecek sorunların engellenmesi için uluslararası araştırmacı kimlik numarası olan ORCID zorunlu duruma getirilmiştir. Bu numarayı ücretsiz olarak <https://orcid.org/register> linkinden kısa sürede edinmek mümkündür. Sistemimize yazı yüklenirken gerekli yere ORCID numarası girilmelidir. Ayrıca ORCID numarası ilk sayfanın altındaki dipnotta yer alan unvan, görev yapılan kurum, el-mek adresi bilgilerinin alt satırına eklenmelidir. Örnek: ORCID ID: <https://orcid.org/0000-000x-xxxx-xxxx>
15. Dergide yayımlanacak yazılarda giriş ve sonuç bölümleri için harf veya rakam kullanılmamaktadır. Sonrasındaki üst ve alt başlıkların sırasıyla Roma rakamı, büyük harf, rakam ve küçük harf yazılmalıdır.

Örnek:

Giriş

I. Başlık

A. Alt Başlık

1. Alt Başlık

a. Alt Başlık

aa. Alt Başlık

Sonuç

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

EDİTÖRDEN / FROM THE EDITOR.....	xi
----------------------------------	----

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

Erkut Ziya Sivrikaya.....	1
Kıbrıs Meselesinin Hukuki Yollarla Çözümü İçin Vatandaş İnsiyatifi	
Murat Osma.....	15
KKTC Hukuku ve AİHS Bağlamında Marunilerin Mülkiyet Hakkı	
Nazlı Can Varış.....	41
İcranın Eski Hale İadesi Müessesesinin Sağlanması ve Uygulamada Yarattığı Bazı Sorunlar	
Onur Ciddi.....	63
Vergi Hukukunda Ekonomik İrdeleme	
Tafadzwa Chigimura.....	79
Is the European Union Democratic?	

MAKELELER / ARTICLES

Roman Afif Mapolar.....	93
Michali Toumazou ve Diğerleri-KKTC ve Diğerleri (HSBC) Davasında Amerika Birleşik Devletleri Mahkemesi Vurguladı: “KKTC Demokratik Bir Devlettir”	

Editör'den

Değerli Okuyucular,

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi'sinin birinci sayısı Mayıs 2018'de çıkartılarak, dergimiz yayım hayatında yerini almıştır. Elinizdeki sayı dergimizin 3. sayısı olarak hazırlanmış bulunmaktadır. Hedefimiz yılda iki sayı yayımlamak ve Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi (ULAKBİM) dizininde taranan bir dergi olmaktır.

Dergimiz, hem özel hem de kamu hukuku alanındaki makalelerden oluşmaktadır. Dergimizde yer alan hepsi birbirinden değerli akademisyenlerin hazırlamış olduğu makalelerin, hem akademik hem de mesleki hayata katkısı olmasını diliyoruz. Biliyoruz ki, akademik çalışmalar ilgili alanda literatürü genişletirken, yeni tartışmalara da zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda, dergideki çalışmaların literatürü zenginleştirmesi yanında yeni ufuklar açmasını diliyoruz.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin en eski, köklü ve büyük Hukuk Fakültelerinden biri olarak çıkarttığımız bilimsel hakemli dergiye ek olarak; ayrıca hukukçu olmayanlara hitap eden, diğer bir dergi çalışmamız daha olduğu bilgisini de, bu vesileyle paylaşmak isteriz.

YDÜ Hukuk Fakültesi dergisinin 3. sayısına makale yazan meslektaşlarımı kutluyor; hakem, yayın kurulu ve okuyucu olarak emeği geçen herkese teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Elif Sonsuzoğlu
Hukuk Fakültesi Dekanı

HAKEMLİ MAKALELER
REFEREED ARTICLES

“KIBRIS MESELESİNİN HUKUKİ YOLLARLA ÇÖZÜMÜ İÇİN VATANDAŞ İNİSİYATİFİ”

Citizens Initiative for a Legal Solution of the Cyprus Problem

Erkut Ziya SİVRİKAYA*

ÖZET

Kıbrıs’ın bölünmesi ile zararlı çıkan Türkler olmuştur. Kuzey dünyanın geri kalanıyla doğrudan ulaşım, iletişim, ticaret imkânlarından yoksundur. Güney ise bu sıkıntıları yaşamaz. Çözüm, Kuzey’de yaşanan bu sıkıntılardan kurtuluş olarak görülürken Güneyde sahip olunan tüm kaynakların ve devletin Türklerle paylaşımı olarak görülür.

Anahtar Kelimeler: Kıbrıs, Kıbrıs Cumhuriyeti, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti.

ABSTRACT

Turks are the detrimental party of Cypriot division. Direct access, communication and trade opportunities with rest of the world is subdued for Northerners. Southerners does not suffer such distress. For that reason "solution" seen as a salvation from these troubles in the North, while in the South "solution" seen as sharing government and resources with the Turks.

Keywords: Cyprus, Republic of Cyprus, Turkish Republic of Northern Cyprus.

* Araştırma Görevlisi, Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, erkutziya.sivrikaya@neu.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9546-1103> (Makalenin Geliş Tarihi: 30.05.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 01.06.2019-07.06.2019/Makale Kabul Tarihleri: 11.06.2019-06.08.2019)

Giriş

1960 yılında kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti (KC), Kıbrıs Türk ve Kıbrıs Elen cemaatlerinin ortak devletidir.¹ 1974 yılında Enosis² yanlılarının düzenlediği darbe, Türkiye Cumhuriyeti'nin garantör sıfatıyla adaya müdahale etmesine neden olur. Bu tarihten sonra iki toplum Kuzey ve Güney olarak ayrılır. 1983 yılında kurulan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin tanınmaması üzerine Kıbrıs Türkü dünyadan izole olur. 2003 yılında Kuzey-Güney arası sınır kapıları açılır. 2004 yılında Kıbrıs Cumhuriyeti, Avrupa Birliği'ne üye olur ve yine 2004 yılında adanın birleşmesini hedefleyen Annan Planı oylanır. Kuzeyliler birleşmeye evet derken Güneyliler hayır der. Günümüzde Kıbrıs Cumhuriyeti, tüm ada ülkesi ve halkı üzerinde egemenlik iddia ederken Türkiye Cumhuriyeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti bu devleti “*Güney Kıbrıs Rum³ Yönetimi*” veya “*Kıbrıs Rum Kesimi*” şeklinde tanımlayarak adanın Kuzeyindeki egemenlik iddiasını reddetmektedir. Kıbrıs sorununun çözümü için müzakereler halen devam etmektedir.

I. Sorun

Alithia gazetesi ‘Kıbrıslı Türklere Saldırıları Cezasız’ başlığıyla aktardığı haberinde, 2004-2012 Rum Polis Basın Bülteni’de, Kıbrıslı Türkler aleyhinde

¹ Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, Kıbrıs Hükümet Matbaası, Lefkoşa 1960; “*madde 1: Kıbrıs Devleti, bu Anayasa gereğince, Cumhur Başkanı Kıbrıs Elen Cemaati tarafından seçilen bir Elen ve Cumhur Başkan Muavini Kıbrıs Türk Cemaati tarafından seçilen bir Türk olan, başkanlık rejimine sahip bağımsız ve egemen bir Cumhuriyettir.*”

² Yunanca “*birleşme*” anlamına gelen bu söz ile kastedilen Yunanistan ve Kıbrıs’ın birleşmesidir.

³ Rumlar ve Yunanlılar kendilerini (Ελληνες) Elen/Helen olarak tanımlarken Avrupa’da Grek adıyla bilinmektedirler. Rum ya da Rumî esasen Romalı demektir, nitekim Kur’ân-ı Kerîm Rûm Sûresi, Doğu Roma İmparatorluğunun Sasanilerle yaptığı savaştan bahseder. Yunan adı ise Batı Anadolu’daki İyonya bölgesinden gelir. Anadolu’yu ele geçiren Persler bu halkı İyonyalılar olarak tanımış dolayısıyla Farsçada “Yunan” olarak adlandırılmıştır. Türk dilindeki Rum/Yunan ayrımı ise 1821 Yunan İsyanından ileri gelir. Rumların büyük çoğunluğu halen Osmanlı tebaasıyken Mora Yarımadasında kurulan devlete Yunan Krallığı denerek sadık Rumlar tenzih edilir. Böylece Türkiye’nin batısındaki ülkenin adı Yunanistan ve halkının adı Yunan olurken o ülke dışındaki Elenler, Rum olarak anılmaya devam eder. Kıbrıs’ın Ortodoks Hristiyan ahalisi de Türkçede Rum olarak anılır, fakat 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasının Türkçe metninde Elen olarak tanımlanırlar.

*onlarca saldırı ve maddi hasar haberi bulunduğunu ve büyük tepkilere yol açan tek bir vaka dışında, hiçbirinin cezalandırılmadığını yazdı.*⁴

İki taraf arasında sınır kapıları açıldığından beri Güney’e geçen Türkler saldırıya uğramakta, bu saldırılarda şikâyetçi olunması halinde ya soruşturmaya gerek görülmemekte, ya da yeterli delil bulunamamaktadır. Bu saldırı olaylarının en bilinen örneği 26/03/2014 Limasol’da bir konferans esnasında, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ikinci Cumhurbaşkanı Mehmet Ali Talat’a ve yanındaki Türk gazetecilere karşı gerçekleştirilmiştir. Çok sayıda izleyici, basın mensubu ve polisin gözleri önünde gerçekleşen saldırı üzerine gözaltına alınan saldırganlar delil yetersizliğinden serbest bırakılmıştır. Bu kadar şahit, kamera ve polis önünde yeterli delil bulunamaması, saldırganların “Kıbrıs Cumhuriyeti” makamlarınca korunduğunun göstergesidir. Bu olay adil yargılanma ilkesinin ihlallerinden AİHM’ne taşınmalıydı. Hatta kapılar açıldığından beri Türklere düzenlenen saldırıların kovuşturması Kıbrıs Cumhuriyeti’nde yapılmadığından, tüm bu saldırılar için AİHM’ne başvurulmalıydı. Kıbrıslı Elenler AİHM’ne taşınmaz mallar nedeniyle başvuruyorken, Türklerin can güvenliği ve temel hak ihlallerinden yapacağı başvurular, Kıbrıs sorununun çözümüne katkı sağlayacaktır. Zira sorun tespit edilmeden çözüm mümkün değildir.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Mustafa Akıncı, 14/12/2017 tarihinde Yakın Doğu Üniversitesinde “*Geçtiğimiz İki Yılın Ardından Kıbrıs Sorununda Geline Son Nokta*” konulu bir konferans verdi. Cumhurbaşkanı Akıncı;

“Bundan sonra ne yapmayacağım çok açıktır: Kıbrıs Türk tarafı olarak biz bir kez daha ara bölgeye hapsolarak aynı konular etrafında dönüp durmayacağız. Konuşulmayan konu kalmadı. Cenevre ve Crans Montana’ya konuları gidip yeniden tartışmak için değil karar vermek için gittik. Siyasi irade varsa sonuç alınabilirdi. Maalesef Rum tarafı hazır olmadığı için çözüm gerçekleşmedi. Bizim birinci tercihimiz, iki kurucu devlete, siyasi eşitliğe dayalı, toprakta makul düzenlemenin olacağı, iki kesimli iki toplumlu federal çözüm seçeneğini gündemden kaldırmadık. Ancak bu sadece bizim isteğimizle olmuyor. Biz bunu istiyor ve gereken adımları atıyoruz, ancak bunun bir karşılığı gelmeli. Rum tarafı artık neyin mümkün olup olmadığını idrak etmeli. Tek çatı altında olamıyorsak kendi çatımızı berhava mı edelim? Hayır. Aynı çatı altında

⁴ 22/11/2015, “Rumların Kıbrıslı Türklere yaptığı saldırıların hiçbirini cezalandırılmadı” başlıklı haber, http://www.kibrispostasi.com/index.php/cat/58/news/176748/PageName/GUNEY_KIBRIS (E.T.22/12/2018), aynı haber KKTC Dışişleri Bakanlığı internet sitesinden İngilizce verilmiştir. <http://mfa.gov.ct.tr/none-of-the-attacks-by-greek-cypriots-on-turkish-cypriots-have-been-punished/> (E.T.22/12/2018).

olunamıyorsa yan yana yaşamının koşullarını da konuşmaya hazırız. Güneyde bunu konuşmaya başladılar. Ancak bizim pes edip Rum toplumunun hâkim olduğu bir yönetim modelinde azınlıkları olacağımızı bekliyorlarsa, bu asla olmayacak. Hiçbir Kıbrıslı Türk lider ve Kıbrıs Türk halkı bunu asla kabul etmez” dedi.⁵

Konferans sonunda Cumhurbaşkanına “Güney Kıbrıs’ta saldırıya uğrayan Türklerin haklarını koruyabilmeleri için adli yardım ve hukuki danışmanlık verecek bir kurum oluşturulabilir mi?” diye sordum. Kendisi de saldırıya uğrayan kimselere her daim kapısının açık olduğunu belirtti. Bu saldırıların görmezden gelinmesi Güney’de Türklere karşı uygulanan sistematik ayrımcılığın en bariz göstergesidir. Eğer ada bir anda birleşse, Türklerin saldırıya uğramayacağı veya saldırı neticesi gerekenin yapılacağını garantisizdir.

2004 yılında gerçekleşen Annan Planı referandumunda, Kuzeyli seçmen evet derken Güneyli seçmen hayır der. Kuzey – Güney dikotomisi fazla indirgemeci ve basit gelebilir, her iki taraf içerisinde çoğunluğa aykırı muhalefet mevcuttur, yüzbinlerce insanı alakadar eden bu meselenin tek doğrusu bulunmaz fakat istisnalar kaideyi bozmaz. Neden Kuzey “evet” derken Güney “hayır” demiştir? Kısaca cevap vermek gerekirse Kıbrıs’ın bölünmesi ile zararlı çıkan Türkler olmuştur. Kuzey dünyanın geri kalanıyla doğrudan ulaşım, iletişim, ticaret imkânlarından yoksundur. Güney ise bu sıkıntıları yaşamaz. Çözüm, Kuzey’de yaşanan bu sıkıntılardan kurtuluş olarak görülürken Güney’de sahip olunan tüm kaynakların ve devletin Türklerle paylaşımı olarak görülür. Görülür çünkü sokaktaki Güneyli birleşmenin getireceğinden çok götürebileceklerinden çekinir. Bu noktada Kuzey’e geçişlerin, Güney’e geçişlerden düşük olduğu da unutulmamalıdır.⁶ Kıbrıs Cumhuriyeti hukuken Türk ve Elenlerin ortak devleti

⁵ <https://www.kktcb.org/tr/cumhurbaskani-akinci-tmknin-calismalari-hizlandirilmali-6234> (E.T.21/12/2018) KKTC Cumhurbaşkanlığı resmi internet sitesi.

⁶ Yenidüzen gazetesi “Rakamlarla 11 YIL” (25/4/2014) başlıklı haber; “Karşılıklı geçişlerin başlamasının ardından 2014’e kadar Kıbrıslı Türkler 13 milyon 805 bin 576 kez güneye geçiş yaparken, Kıbrıslı Rumların güneyden, kuzeye geçişleri 7 milyon 895 bin 442 ile sınırlı kaldı.” <http://www.yeniduzen.com/rakamlarla-11-yil-37536h.htm> (E.T.27/12/2018). Yenidüzen gazetesi “İBRE TERS DÖNDÜ!” (21/8/2018) başlıklı haber; “7 ayda, 1 milyon 44 bin 392 KKTC vatandaşı kuzeyden güneye geçerken, 893 bin 967 yabancı uyruklu, 749 bin 285 Kıbrıslı Rum barikatları kullanarak adanın kuzeyine geldi.” <http://www.yeniduzen.com/ibre-ters-dondu-105890h.htm> (E.T.27/12/2018). İkinci haber ilk kez Kuzeye geçişin daha fazla olduğunu belirtir, fakat yabancı uyruklu yani Kıbrıslı olmayanlar sayılmadığı takdirde değişen bir şey yoktur. Güney nüfusunun Kuzeyden fazla olduğu göz önünde bulundurulursa Kuzeylilerin Güneye karşı daha açık görüşlü olduğu söylenebilir.

olarak tanımlansa da fiilen bir Elen Cumhuriyetidir. Birkaç istisna dışında tüm memurlar Elendir, hükümetin tamamı Elendir, ufak tefek istisnalar dışında tüm evrakı Elencedir. İki toplum arası bölünme ve Elenlerin devlet üzerinde egemenleşerek Türkleri dışlamaları 1974'ten çok daha önce 1963'e kadar uzanır. Devlet üzerinde Elen egemenliğinin bir göstergesi olan Kıbrıs Cumhuriyetinin milli marşı, 1966'dan beri Yunanistan milli marşıdır.⁷ Kıbrıslı Türkler ve Elenler, istisnalar hariç, tarihin hiçbir döneminde karma siyasi ve sosyal örgütlenmeler içerisinde yer almamıştır.⁸ Müzakereleri uzatan Güney çoğunlukçu anlayışla “devlet” üzerindeki hâkimiyetini sürdürmeyi arzulamaktadır.⁹ Güney, federasyon fikrini Elenlere göre sayıca az olan Türklere tanıtmış bir ayrıcalık olarak görür.¹⁰

II. Çözüm

Kıbrıs Cumhuriyeti, tüm adanın yani Türklerin de devleti olduğunu iddia etmektedir. Bu nedenle KC, Kuzey-Güney arası sınır kapılarının açılması üzerine “vatandaşı” Kıbrıslı Türklere kimlik vermiştir. Güneyde saldırılara ve ayrımcılığa uğrayan Türkler, Güneydeki devlet tarafından korunmamaktadır. Bu halde Kuzey’de yaşayan bir Türk, sadece Kuzeyli müzakerecilerin seçimiyle yetinerek çözüme katkı koymak zorunda değildir. Rahatsızlığı Kuzeyliyi çözüme yakınlaştırıyorsa bu rahatsızlığın bir kısmının Güney’e taşınarak Güney’in de çözüme yaklaştırılması gerekir. Bu rahatsızlık ya Güneydeki devleti terbiye edecek ya da Sayın Akıncı’nın belirttiği gibi “*aynı çatı altında olunamıyorsa yan yana yaşamının koşullarını da konuşmaya hazır*” olunacaktır. Burada önerilen Türklerin KKTC’ni terk etmeleri değil, sahip oldukları vatandaşlık haklarını kullanmalarıdır. Adanın iki kesiminde de vatandaş olan bir Türk, her iki kesimde vatandaşlık haklarını kullanabilmelidir. Örneğin; KKTC vatandaşı kişi aynı zamanda TC vatandaşı ise her iki ülkede de oy kullanabilmektedir. Tabii bu talepler için öncelikle KC vatandaşlığı şarttır. Her ne kadar çok sayıda Kıbrıslı Türk KC vatandaşlığı almış olsa da kimi Türkler başvuruların gecikmeli değerlendirilmesi ya da ibraz edilen evrak kabul edilmemesi nedeniyle KC hukukunca tanınan bu haktan mahrum edilmektedir. Güneydeki

⁷ 6133 sayılı Hükümet kararı, 16 Kasım 1966.

⁸ **Erhürman**, Tufan: “Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği”, AUHFD, 61 (1) 2012:107-147, s.116.

⁹ Ibid, s.124; “*Kıbrıs’ta hâlihazırda devam eden görüşmelerde, Kıbrıs Rum tarafı masaya getirdiği tezlerle kurulacak olan federasyonu olabildiğince üniter devlete, Kıbrıs Türk tarafı da konfederasyona yaklaştırmaya çalışmaktadır.*”

¹⁰ Ibid, s.141; “*1977 Denktas-Makarios Zirve Anlaşması’ndan beri, Birleşmiş Milletler gözetiminde sürdürülen toplumlararası görüşmelerin temel parametresi coğrafi esasa dayanan bir federasyondur. Bu nedenle, Kıbrıslı Rum liderler, görüşme masasında bu parametrenin dışına çıkmamaya özen göstermektedirler.*”

Ombudsmanlığa bu yönde yapılan çok sayıda başvuru¹¹ üzerine hazırlanan raporda Ombudsman Eliza Savvidou'nun açıklaması şu yöndedir; *“Bu alandaki gecikmelerin varlığının haksız olduğuna dikkat çekmiştim, özellikle vatandaşlığın kökene göre kazanılması sürecinde, idarenin soruşturması esas olarak başvuru sahiplerinin Kıbrıs kökeninin doğrulanması / belgelenmesi ile sınırlıdır. Son olarak, Adli Sicil ve Göçmenlik Bürosu'nun beklemede olan şikâyetçilerin şikâyetlerini derhal incelemeye devam etmelerini önerdim.”*

KKTC organlarını çözüme kadar muhafaza ederek KC organlarından yer almanın adadaki soruna etkilerini değerlendiren Erhürman, bu senaryoda Türklerin *“Kuzeyde egemen Güneyde ortak”* olarak anılacağı ve tıkanmalara sebep olacağı şeklinde eleştiride bulunurken, bireysel hak talebiyle açılacak davalar aracılığıyla gerek uluslararası topluluğa ve gerek Güneylilere Türklerin mağduriyetini hatırlatmanın vazgeçilmez bir görev olduğunu belirtir.¹²

A. Nefret Suçu ve Ayrımcılık

Öncelikle Güneyde saldırıya uğrayan Türklerin hakkı aranmalıdır. Güneyde saldırıya uğrayan Kuzeyli başvuracağı makamlar ve izlenilmesi gereken prosedür konusunda bilgisiz olabilmekte veya Güneyli makam talebi dikkate almayabilmektedir. Bunun için Türklere adli yardım hizmeti ve hukuki danışmanlık sağlanması gerekir. Bunlar sağlansa dahi Sayın Talat'ın başına geldiği gibi hukuk işletilmeyebilmektedir. Bu halde mesele AİHM'ne taşınarak hukuk işletilmelidir.

¹¹ Başvuru dosya no: A/Π 2138/2009, A/Π 2489/2009, A/Π 2552/2010, A/Π 834/2012, A/Π 835/2012, A/Π 836/2012, A/Π 837/2012, A/Π 838/2012, A/Π 839/2012, A/Π 840/2012, A/Π 1023/2012, A/Π 1024/2012, A/Π 1025/2012, A/Π 1026/2012, A/Π 1027/2012, A/Π 1192/2012, A/Π 1286/2012, A/Π 1287/2012, A/Π 1288/2012, A/Π 1469/2012, A/Π 1470/2012, A/Π 1471/2012, A/Π 1616/2012, A/Π 1885/2012, A.K.P. 12/2012, A.K.P. 59/2012, A/Π 1538/2013, A/Π 1634/2013, A/Π 1949/2013, A.K.P. 63/2013, A.K.P 70/2014, A/Π 220/2014, A/Π 2046/2014, A/Π 2583/2014, A/Π 92/2015, A/Π 910/2015, A/Π 1261/2015, A/Π 1291/2015. Başvuru dosya no: A/Π 1532/2013, bu başvuruya ilişkin ayrı bir rapor mevcuttur. Ayrıca bkz. Αρ. Φάκ. : A.K.P. 15/2011 no'lu *“Kıbrıslı Türkler tarafından çocuklarını Kıbrıs vatandaşı olarak kaydetme talebinin gecikmesi / tanıtılmaması ve Nüfus ve Göç Dairesi Başkanlığı'nın davanın genişletilmesine yardımcı olmak için yetersiz cevap verilmesine ilişkin Ayrımcılık Karşıtı Rapor”*.

¹² **Erhürman**, Tufan; “Kıbrısta Akıl Tutulması”, Işık Kitabevi, Lefkoşa 2007, ss.171-180. *“1960 Anayasasındaki Hakların Talebi: Ne kazandırır? Ne kaybettirir?”* başlıklı bölüm.

Nitekim Avrupa Konseyi'nin bir kuruluşu olan Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Türklere karşı uygulanan ayrımcılığı Kıbrıs raporlarında defalarca dile getirmiştir;

*“ECRI recommends that the Cypriot authorities pay attention and address problems of racism and racial discrimination facing Turkish Cypriot citizens. In particular, it draws the attention of the Cypriot authorities to the following areas: the conduct of law enforcement officials, access to services, employment discrimination, availability of information in the Turkish language; reinstatement in and compensation of property.”*¹³

*“ELAM promotes an antisemitic, anti-Turkish Cypriot, racist and xenophobic agenda and is believed to be responsible for attacks on Turkish Cypriots and migrants.²⁰ For example, on 28 December 2010, ELAM organised a march against Turkish Cypriots and migrants (see the section on Racist and homo/transphobic violence). However, according to many accounts, ELAM has since then toned down its rhetoric and kept a low profile in recent years.”*¹⁴

*“As already noted, accurate data on racial crime is difficult to obtain. On the one hand, many unofficial sources indicate that there has been an escalation in racist violence in recent years. NGOs report that migrants are particularly subject to serious violent crimes in considerably greater numbers than police records show. Cases have also been reported of Turkish Cypriots targeted for attack. On the other hand, ECRI is pleased to note that there is very little expression of antisemitism or Islamophobia in Cyprus and no incidents of racist violence against the Roma have been recorded recently.”*¹⁵

Güneydeki Ombudsman da bu tür saldırılar üzerine rapor ve bildiriler hazırlamaktadır. Ombudsmanlığın 22 Şubat 2016 tarihli bildirisinde¹⁶ Denia bölgesindeki Camii'nin ikinci kez kundaklanmasından ötürü duyulan üzüntü dile getirilir. Maalesef her iki saldırının failleri halen bulunamamıştır. Bu tarz saldırılar örtbas edilirken KC askeri “*en iyi Türk ölü Türk*” sloganlarıyla talim

¹³ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Third report on Cyprus, Adopted on 16 December 2005, Strasbourg, 16 May 2006. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 3.Kıbrıs Raporu.

¹⁴ ECRI REPORT ON CYPRUS, (fifth monitoring cycle), Adopted on 17 March 2016, Published on 7 June 2016

¹⁵ ECRI REPORT ON CYPRUS (fourth monitoring cycle) Adopted on 23 March 2011 Published on 31 May 2011

¹⁶ Αρ. Φακ.: ΤΟΠ 1/2016

yapar.¹⁷ Bu tarz saldırıların düzenlenmesi ve saldırganların korunması dışında Türklerin en temel hakları Güneydeki devlet tarafından yok sayılmaktadır. Örneğin evlenip aile kurmak bir insan hakkıdır.¹⁸ Fakat 1999 yılında Güney Lefkoşa’da evlenmek için başvuruda bulunan Kemal Selim, Türk olduğu için KC makamları tarafından reddedilmiş, AİHM’ne yapılan başvuru üzerine Selim haklı bulunmuş,¹⁹ fakat bu karara rağmen Türklerin Güneyde evlenmelerine engel olunması üzerine Ombudsmanlık “*Kıbrıs Türklerinin evlenme hakkının ihlaline ilişkin rapor*”²⁰ yayınlamıştır. Bir diğer raporda²¹ Türklere karşı işlenen nefret suçlarının ada bütünselliği ve çözüme verdiği zarar belirtilir.

B. Seçme ve Seçilme hakkı

AİHM’nde görülen İbrahim Aziz davası²² Kıbrıslı Türklerin temel haklarının Güneyli makamlarca ihlal edildiğini gösteren bir emsaldir. 2001 genel seçimlerine katılmak için Güneydeki İçişleri Bakanlığına başvuran İbrahim Aziz, Türk olduğu gerekçesiyle reddedilir. Güneydeki devletin vatandaşı olan Türklere seçme ve seçilme hakkı tanımadığı gerekçesiyle AİHM’ne başvuran Aziz, 2004 yılında mahkemece haklı bulunur. Seçme ve seçilme hakkı, vatandaşlığın sağladığı temel haklardan biridir. KCA madde 31’e göre her vatandaş oy kullanma hakkına sahiptir. Kıbrıs Cumhuriyeti vatandaşı Türkler de diğer vatandaşlar gibi seçme ve seçilme hakkına sahiptir. Güneydeki devletin Türk vatandaşlarının haklarını kullanmalarına olanak sağlamaması “Apartheid” yani ayrımcılıktır.

2014 yılı AB parlamento seçimlerinden önce, Türklerin de oy kullanabilmesi için Güney Kıbrıs’ta yeni bir düzenlemeye gidilir. Fakat seçim görevlileri adresleri Kuzeyde olan Türklerin oy kullanmalarına engel olur. Kıbrıs Türk Öğretmenler Sendikası (KTÖS), Kıbrıslı Türklerin AB parlamentosu seçimlerinden dışlandıkları gerekçesiyle, Güneydeki yüksek mahkemeye

¹⁷ Cumhuriyet gazetesi “*En iyi Türk ölü Türk diye bağurdılar*” (30/7/2009) başlıklı haber; http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diger/77068/ En_ iyi_Turk_ olu_Turk_ diye_bagir_dilar_.html (E.T. 27/12/2018)

¹⁸ BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Madde 16; “*Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı vardır.*”

¹⁹ Selim v. Cyprus (Application no. 47293/99)

²⁰ Dosya no: AKP 71/2013

²¹ Dosya no: Ap. Φακ.: AKP ΤΟΠ 2/2016

²² Aziz v Cyprus (Application no. 69949/01)

başvurur.²³ Güneydeki Ombudsman Eliza Savvidou, 5 Haziran 2015 tarihinde tamamladığı raporda Kıbrıs Türklerinin “seçim sürecine katılımı mümkün olan en iyi şekilde sağlamak için, seçme hakkını kullanmak için resmi koşulları yöneten yasal çerçeve gözden geçirilmesini ve değiştirilmesini” önerir.²⁴ Bu gelişmeler üzerine Güneydeki İçişleri Bakanlığı bir sonraki AP seçimlerine ilişkin “AVRUPA PARLAMENTOSU ÜYELERİNİN SEÇİMİ” başlıklı bildiri yayımlar;

“Değerli Kıbrıslı Türk vatandaşlar, 26 Mayıs 2019 tarihinde Kıbrıs Cumhuriyeti’nin 2019-2024 dönemi için Avrupa Parlamentosu’ndaki altı temsilcisini seçmeye çağrılacağız. Bu seçim sürecinde Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tüm vatandaşlarının eşit seçme ve seçilme hakkı vardır. Avrupa Parlamentosu Üyelerinin Seçilmesi ile ilgili Yasa’nın Mart 2014 tarihinde oylanan 9(1A) Maddesi’nin hükümlerine göre, Nüfus Kayıt Dairesi tarafından verilen Kıbrıs Cumhuriyeti yeni tip kimlik kartına sahip olan ve Nüfus Kayıt Dairesi’nin Sistemindeki kayıtlı resmi adresi Kıbrıs Cumhuriyeti etkin kontrolü altındaki bölgede bulunmayan 77 binden fazla Kıbrıslı Türkün, otomatik olarak Avrupa Parlamentosu Seçimleri ile ilgili özel seçmen listesine dâhil edilerek, seçme ve seçilme hakkına sahip olacağını bilmeniz önemlidir. Kıbrıs Cumhuriyeti hükümetinin etkin kontrolü altındaki bölgede ikamet ettiklerini beyan edenlerinizin, seçmen listesine kayıt olmak için başvuru yapması gerektiği belirtilmektedir. Beklentimiz, Kıbrıs Cumhuriyeti’nin Avrupa Parlamentosu’ndaki temsilcilerinin seçilmesine ilişkin bu sürece herkesin katılmasıdır. Avrupa vatandaşları olarak Avrupa seçimlerine katılarak, Avrupa Parlamentosu’ndaki Kıbrıslı temsilcileri seçersiniz. Çünkü herkesin oy kullandığı zaman, herkes kazançlı çıkar. Dolayısıyla, eğer adresinizin sistemde doğru biçimde kayıtlı olduğu konusunda şüphemiz varsa, 2 Nisan 2019 tarihine kadar Kaza Amiri Daireleri’nden birine veya Vatandaş Hizmet Merkezleri’ne giderek Nüfus Kayıt Dairesi’nin Sisteminde kayıtlı olan resmi adresinizi teyit ediniz.”²⁵

²³ Yenidüzen gazetesi “KTÖS AP seçimlerini dava ediyor” (18/7/2014) başlıklı haber; <http://www.yeniduzen.com/ktos-ap-secimlerini-dava-ediyor-40493h.htm> (E.T.27/12/2018)

²⁴ Başvuru Dosya No: A/P 1092/14, A/P 1093/14, A/P 1094/14, A/P 1095/14, A/P 1096/14, A/P 1097/14, A/P 1099/14, A/P 1100/14, A/P 1112/14, A/P 1113/14, A/P 1114/14, A/P 1115/14, A/P 1116/14, A/P 1214/14.

²⁵ Kıbrıs Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı internet sitesi (E.T.27/12/2018); [http://www.moi.gov.cy/moi/moi.nsf/All/8492265574C0AB85C2258313001E9353/\\$file/060818%20AVRUPA%20PARLAMENTOSU%20SECIMLERI%202019.pdf](http://www.moi.gov.cy/moi/moi.nsf/All/8492265574C0AB85C2258313001E9353/$file/060818%20AVRUPA%20PARLAMENTOSU%20SECIMLERI%202019.pdf)

İbrahim Aziz davasıyla başlayan bu süreç neticesinde Türkler, AP seçimlerinde seçme ve seçilme hakkı elde edebilmiştir. Güneydeki genel ve yerel seçimlere Türklerin katılabilmesi içinse Güneyde ikamet şartı aranmaktadır. Bu şart Kıbrıs dışında yaşayan Elenlerde aranmamaktadır. Örneğin, Londra’da yaşayan Kıbrıs Cumhuriyeti vatandaşı Elen Yorgo uçaktan indiği gibi Güney’de oy kullanabilmektedir. Tekrar edelim, burada kastedilen Türklerin KKTC’den vazgeçip, Kıbrıs Cumhuriyeti içinde yaşamaları değildir. Madem Güneydeki İçişleri Bakanlığına göre 77 binden fazla Türk, KC vatandaşıdır, öyleyse bu statünün tanıdığı tüm haklardan faydalanabilmelidir. Türkler Güney’de siyasete dâhil olarak haklarını arayabilmelidir. Adanın bölünmüşlüğünden dolayı Kuzeyliler kadar sıkıntı çekmeyen Güneyli ahalinin uzlaşmaz ve Türklerin haklarını yok sayan tutumu karşısında makuldür bu tutum. Tüm ada ülkesi ve halkı üzerinde egemenlik iddia eden Kıbrıs Cumhuriyeti’nin, seçme ve seçilme gibi temel hakları tüm vatandaşlara tanınması icap eder, kimi haklardan masun yarım vatandaşlık olamaz.

C. Resmi Dil

Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasının (KCA) 3. maddesine göre devletin resmi dilleri Elence ve Türkçedir. “*Teşrii, icrai ve idari muamele ve vesikalar her iki resmi dilde yazılır ve Anayasanın açıkça gerekli kıldığı hallerde Cumhuriyet Resmi Gazetesinde her iki resmi dilde yayınlanmak suretiyle ilan edilir.*”²⁶ Türkçe, Kıbrıs Cumhuriyetinin resmi dili olmasına rağmen resmi gazete sadece Elence yayınlanmaktadır. Devletin internet siteleri de *teşrii, icrai ve idari muamele ve vesikalar* kapsamına gireceğinden Türkçe olması zorunludur. Bununla beraber aşağıda gördüğümüz resmi internet sitelerinde Türkçe ya eksiktir ya da yoktur;

<https://presidency.gov.cy/cyprus/> (Cumhurbaşkanlığı internet sitesi, E.T.21/12/18, Türkçe Yok)

<http://www.ombudsman.gov.cy> (Ombudsmanlık internet sitesi, E.T.21/12/18, Sitede Türkçe seçeneği olmakla beraber Ombudsmanlık raporlarının Türkçeleri yok)

<http://www.cygazette.com> (Resmi Gazete internet sitesi, E.T.21/12/18, Türkçe Yok)

<http://www.cyprus.gov.cy> (Kıbrıs Hükümet Portalı, E.T.21/12/18, Türkçe Yok)

<http://www.moec.gov.cy/> (Eğitim ve Kültür Bakanlığı internet sitesi, E.T.21/12/18, Türkçe Yok)

<http://www.moi.gov.cy> (İçişleri Bakanlığı internet sitesi, E.T.21/12/18, Türkçe Yok)

²⁶ Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, Kıbrıs Hükümet Matbaası, Lefkoşa 1960, madde 3, fıkra 2.

<http://www.mfa.gov.cy> (Dışişleri Bakanlığı internet sitesi, E.T.21/12/18, Türkçe Yok)

<https://www.moh.gov.cy> (Sağlık Bakanlığı internet sitesi, E.T.21/12/18, Türkçe Yok)

Devleti dijital platformda temsil eden bu siteler, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin dil konusundaki tutumuna ilişkin yeterince açıklayıcıdır. Anlaşılacağı üzere, Türkçe resmi dil olmakla beraber kullanılmamaktadır. Kıbrıslı Türklerin, ihtiyaç duyup başvurdukları kimlik dairesi gibi belirli makamlar haricinde Türkçe bilen memur çalıştırılmamakta,²⁷ 1974 öncesi hazırlanan Türkçe vesikalar haricinde yeni vesikalar hazırlanmamaktadır.

Bu halde Türkler Cumhurbaşkanlığından, devlet meteoroloji dairesine kadar tüm resmi makamlara başvurularak ilgili makamlardan Türkçe evrak talep edebilmelidir. Neticede talep olmazsa arz da olmaz. KCA madde 28'e göre herkes kanun önünde eşittir. KCA madde 29/1; *"Her şahıs, ferdin veya diğer şahıslarla birlikte yetkili herhangi bir amme makamına yazılı olarak müracaat veya şikâyet ve bunların süratle incelenmesi ve karara bağlanması hakkına sahiptir. Gerekçeye dayanacak olan bu karar, derhal ve her halde otuz günü geçmeyen bir süre içinde müracaat veya şikâyet sahibine yazılı olarak bildirilir."* KCA madde 29/2; *"Böyle bir karardan zarar gören her ilgili veya bu maddenin 1'inci fıkrasında gösterilen süre içinde kendisine bir karar bildirilmeyen her şahıs, müracaat veya şikâyet konusu hakkında yetkili bir mahkemeye müracaat edebilir."* KC nezdindeki bu taleplerin bir uzantısı olarak, Avrupa Birliği'ne de başvuruda bulunulabilir.²⁸ Netice itibarıyla Türkçe, Kıbrıs Cumhuriyetinin resmi dili olduğu için AB'nin de resmi dili olması icap ederdi.

1963'ten beri Türkçenin Kıbrıs Cumhuriyetince kullanımının azaltılmasının bir diğer neticesi de taşınmaz mallara ilişkindir. Kıbrıslı Türk mallarının kamulaştırılmasıyla ilgili Resmi Gazetede yayınların Elence olması nedeniyle Türkler öngörülen kısıtlı sürede kamulaştırmaya itiraz

²⁷ Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, Kıbrıs Hükümet Matbaası, Lefkoşa 1960, madde 3, fıkra 8; *"Her şahıs, Cumhuriyet makamlarına resmi dillerden biri ile müracaat etme hakkını haizdir."* Bir dilde müracaat etme hakkının aynı dilde karşılık verilmesini gerektirdiğini belirtmeye gerek yoktur.

²⁸ "Cyprus has two official languages: Greek and Turkish; only Greek is an official EU language." AB resmi internet sitesi (E.T.27/12/2018) https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/cyprus_en

edememektedir.²⁹ Veyahut 14 Ekim 2016 tarihli KC Ombudsmanlık raporuna³⁰ göre Kıbrıslılar da dâhil olmak üzere, Elence konuşamayan Avrupalı vatandaşların, Karayolu Taşımacılığı Departmanının (TOM) lisans alması gereken mesleklere erişimini kısıtlayan veya hatta engelleyen ortak bir hedefle şikâyet konusu olmuştur. Zira ilgili lisans sınavları Elence yapılmakta, dolayısıyla Elence bilmeyenler TOM lisansı gerektiren işlerde çalışmamaktadır. Bunun gibi bir diğer mesele de memurluk sınavlarının Elence yapılıyor oluşudur. Gelgelelim KC makamları gerekli bütün şartları yerine getirirse dahi Türkleri istihdam etmemek için elinden geleni yapmaktadır. Bunun son örneği Deniz Birincinin başından geçenlerdir. *Daha önce bağımsız olarak Rum tarafında Avrupa Parlamentosu milletvekilliği seçimlerine de aday olan Deniz Birinci, Rum Dışişleri Bakanlığı'nın açtığı 'ateşe' münhaline başvurdu. Bir dönem KKTC Cumhurbaşkanı Mustafa Akıncı'nın da özel danışmanı olan Birinci, başvurudan sonra gerekli sınavlara girdi. Fakat Türkçe dil yeterlilik belgesi ibraz etmediği gerekçesiyle mülakata alınmadı.*³¹

Sonuç

Güneydeki devlet adanın tamamında egemenlik iddia ederken Türk asıllı vatandaşların haklarını yok saymaktadır. Dünyayla ulaşım ve ticaret imkânı kısıtlanan Türkler adadaki sorunun çözülmesi için uzlaşmacı bir tutum sergilerken, Güney müzakereleri uzatmaktadır. Eğer Kıbrıs Cumhuriyeti iki toplumun devleti ise mevcut sorun çözülmeden evvel de Türkler vatandaşlıktan ileri gelen tüm haklarını kullanabilmelidir. Yunanistan Başbakanı Kostas Simitis “Kıbrıs’ın AB üyeliği ile Enosis gerçekleşmiştir”³² diyebiliyorsa, Türklerin Güneyde “Taksimci” siyasi parti kurmasında da bir beis yoktur. Kuzey’de yaşayan bir Türk, sadece Kuzeyli müzakerecilerin seçimiyle yetinerek çözüme katkı koymak zorunda değildir. Burada KC kimliği Türkler için bir *Truva Atı* değil haktır. Rahatsızlığı Kuzeyliyi çözüme yakınlaştırıyorsa bu rahatsızlığın bir

²⁹ **Trimikliniotis**, Nicos & **Demetriou**, Corina: “Kıbrıs’ta yerinden olmak Sivil ve Askeri Çatışmanın sonuçları”, Rapor 3, Kıbrıs Cumhuriyeti’ndeki Yasal Çerçeve, PRIO Cyprus, Oslo 2012, s.35

³⁰ Dosya no: Ap. Φακ.: A.K.I. 15/2012, A.K.I. 19/2012, A.K.I. 23/2014 και A.K.I. 23/2015

³¹ Haber Kıbrıs “Bu bölünmüş ülkenin hangi yarısında daha fazla ikinci sınıf vatandaşım?” (22/01/2019) başlıklı haber; (E.T.21/04/2019) <https://haberkibris.com/deniz-birinci-bu-bolunmus-ulkenin-hangi-yarisinda-daha-fazla-ikinci-sinif-vatandasim-2019-01-22.html>

³² 18/2/2003 tarihinde Kıbrıs’ın Güneyi gerçekleştiren bu olayın üzerinden çok zaman geçtiğini söyleyenler olabilir, Güney Kıbrıs 04/2/2018 tarihinde Anastasiyadis’in seçimini Yunanistan bayraklarıyla kutlandı.

kısının Güneye taşınarak, Güney'in de çözüme yaklaştırılması gerekir. Bu rahatsızlık, ya Güneydeki devleti hukuka saygılı hale getirecek ya da Güneydeki devletin Türkleri de temsil ettiği iddiası zayıflayacaktır. Burada önerilen Türklerin KKTC'ni terk etmeleri değil sahip oldukları haklarını kullanmalarıdır.

KAYNAKÇA

- Avrupa Birliği internet sitesi, <https://europa.eu>
ECHR, “Aziz v Cyprus” (Application no. 69949/01)
ECHR, “Selim v. Cyprus” (Application no. 47293/99)
İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 3.Kıbrıs Raporu
İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 4.Kıbrıs Raporu
İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 5.Kıbrıs Raporu
Haber Kıbrıs, <https://haberkibris.com/>
Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, Kıbrıs Hükümet Matbaası, Lefkoşa 1960
Kıbrıs Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı internet sitesi, www.moi.gov.cy
Kıbrıs Postası, www.kibrispostasi.com
KKTC Cumhurbaşkanlığı internet sitesi, www.kktcb.org/tr
KKTC Dışişleri Bakanlığı internet sitesi, <https://mfa.gov.ct.tr>
Trimikliniotis, Nicos & **Demetriou**, Corina: “Kıbrıs’ta yerinden olmak Sivil ve Askeri Çatışmanın sonuçları”, Rapor 3, Kıbrıs Cumhuriyeti’ndeki Yasal Çerçeve, PRIO Cyprus, Oslo 2012.
Erhürman, Tufan: “Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği”, AUHFD, 61 (1) 2012:107-147.
Erhürman, Tufan: “Kıbrısta Akıl Tutulması”, Işık Kitabevi, Lefkoşa 2007
Yenidüzen gazetesi, www.yeniduzen.com

“KKTC HUKUKU VE AİHS BAĞLAMINDA MARUNÎLERİN MÜLKİYET HAKKI”

Examination of the Property Rights of Maronites within the Scope of TRNC
Domestic Law and ECHR

Murat OSMA*

ÖZET

Kıbrıs sorununun çözüm sürecinde, üzerinde en çok durulan ancak taraflarca uzlaşmaya varılamayan konulardan biri olan mülkiyet sorunu, hem KKTC hem de Güney Kıbrıs Rum Yönetimi açısından içerisinden çıkılması güç bir hal almıştır. KKTC özelinde yaşanan mülkiyet probleminin bir parçası konumundaki Marunî mülkiyeti hususu, klasik mülkiyet sorunlarının ötesinde, kendi içerisinde farklı boyutlar taşıyan bir konudur. 1974 Nüfus Mübadelesi Anlaşması kapsamında, kuzeydeki yerleşim yerleri olan; Koruçam, Gürpınar, Karpasa ve Özhan köylerinden gönüllü olarak güneye göç eden Marunîler, aynı konumdaki Rumlardan farklı olarak, gönüllü olarak terk ettikleri mülklerinin maliki olmaya devam etmektedir. Son dönemde gündeme gelen ve KKTC'nin yetkili makamlarınca olumlu karşılanan Marunîlerin KKTC'deki topraklarına dönüş talepleriyle birlikte, söz konusu mülkler özelinde KKTC'de uygulanan mülkiyet rejiminin önemi daha da artmıştır.

Anahtar Kelimeler: Marunîler, Marunî Mülkiyet Hakları, 1974 Nüfus Mübadelesi Anlaşması, KKTC Mülkiyet Rejimi

ABSTRACT

In the solution process of Cyprus Problem, the issue of property, which is one of the most discussed issue, but which could not be agreed upon by the parties, has become difficult to overcome from the point of view of both the TRNC and Greek Administration. The Maronite property issue, which is part of the property problem in the TRNC, is a subject of different dimensions beyond its classical

* Yakın Doğu Üniversitesi, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, muradali1986@hotmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5338-244X>
(Makalenin Geliş Tarihi: 15.05.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 28.05.2019-07.06.2019/Makale Kabul Tarihleri: 19.07.2019-28.11.2019)

property problems. Within the scope of the 1974 Population Exchange Agreement, Maronites, who migrated south from the villages of Koruçam, Gürpınar, Karpasa and Özhan, Which are the northern settlement, continue to be the owner of the properties they voluntarily left, unlike the Greek in the same situation. The demands of Maronites, who have recently come to the fore and are welcomed by the authorized institutions of the TRNC, reveal the importance of the property regime implemented in the TRNC, in particular in relation to the aforementioned properties.

Key Words: Maronites, Maronite Property Rights, 1974 Population exchange Agreement, TRNC Property Regime.

Giriş

Mülkiyet hakkı, üzerine birçok tartışmanın yapıldığı hassas bir konudur. Söz konusu hakkın korunması adına devletlerin Anayasa, medeni kanun ve diğer iç mevzuatlarında yaptıkları düzenlemeler, bahse konu hakkın korunması adına yeterli bir hukuki çerçeve sunabilmektedir. Ancak, günümüzde iç hukukta yapılan düzenlemelerin devletlerin özel mülkiyet haklarını ihlal etmesi önünde yeterli bir güvence sağlamadığı da açıkça görülmektedir. Bu nedenle, Mülkiyet hakkının teminat altına alınması maksadıyla uluslararası anlaşmalar ve diğer temel metinlerde de düzenleme yapılma gereği hissedilmiştir.

Çağdaş, demokratik ve hukuk devleti ilkelerini benimsemiş olan KKTC iç hukukunda mülkiyet hakkı, hem Anayasa’da ayrıntılı olarak düzenlenmiş hem de AİHS’e Ek-1 Numaralı Protokol ile getirilen güvenceler KKTC iç hukukunun parçası haline getirilmiştir. Ancak, yapılan bu düzenlemelerin, anılan hakkın tam anlamıyla korunmasına yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu duruma örnek olarak gösterilebilecek Marunî mülkiyeti hususu, KKTC yönetiminin kendi içerisinde demokratik yollarla çözmeye çalıştığı mülkiyet sorunlarından bir tanesidir.

Marunî mülkiyeti hususunun tüm boyutlarıyla tartışılması adına çalışmada konunun iki farklı boyutu üzerinde durulacaktır. Birinci boyutta, Marunî nüfusunun Ada’nın iki bölgesinde de yaşıyor olması sebebiyle konu; kuzeyde ikamet eden ve güneyde ikamet eden Marunîler açısından ayrı ayrı değerlendirilecek, İkinci boyutta ise; Ada’nın kuzeyinde ikamet eden Marunîlerin hâlihazırda ikamet ettiği Koruçam köyü sivil yerleşime açık iken, Karpasa, Özhan ve Gürpınar köylerinin askeri bölge kapsamına alınmış olması hususunun mülkiyet hakkı üzerine etkisi incelenecektir. Bu bağlamda, çalışmada, AİHS’e Ek-1 Protokol’ün 1’inci maddesi kapsamında, KKTC’de yürürlükte olan mülkiyet rejiminin Marunîlerin mülkiyet hakları üzerine etkisi tartışılacaktır.

I. Marunîler Hakkında Genel Bilgiler

A. Marunî

Marunî kelimesinin nereden türediği hakkında birçok farklı görüş bulunmakla birlikte genel kanı, “Maran” kelimesinden türemiş olduğu ve “Rabbimiz İsa Mesih” anlamına geldiğidir.¹ Diğer bir inanışa göre ise Marunî kelimesi; Suriye’de yaşamış olsa Aziz St. Maron’un önderliğinde dini vecibelerini yerine getiren şahıslara verilen bir isimdir.

Genel olarak Suriye ve çevresinde yaşadığı kabul edilen Marunîler, ortaçağ da Katolik Hristiyanlığı benimsemiş dini bir toplumdur. Bazı kaynaklarda geçen adıyla “Maronitlerin” her ne kadar Suriye kökenli Arap oldukları çeşitli kaynaklarda geçse de, etnik kökene bağlı olmaksızın dini kimlik altında toplanmış insanların oluşturduğu topluluğa verilen bir isim olduğu açıkça görülmektedir.² Etnik birliğin söz konusu olmadığı Marunîlerde dil birliği de bulunmamakla beraber, yaygın olarak “Armice” adı verilen ve “Marunî Arapçası” olarak da bilinen Rumca ile Arapçanın karışımı olan bir dil kullanılmaktadır.³

Günümüzde kendilerine özgü gelenek ve ibadet şekillerini devam ettirmekte olan Marunîler yoğun olarak, başta Lübnan’da olmak üzere Suriye ve Kıbrıs’ta⁴ yaşamlarını sürdürmektedirler.

B. Kıbrıs’ta Yaşayan Marunîlere Tarihsel Bakış

1. 1974 Barış Harekâtı Öncesi

Marunîler, 8’inci yy. ile 13’üncü yüzyılda yaşanan büyük savaşlar sebebiyle ana toprakları olarak kabul edebileceğimiz Suriye ve Lübnan’dan büyük gruplar halinde Mısır, Filistin, Kıbrıs ve dünyanın değişik ülkelerine göç etmişlerdir.⁵

Kıbrıs’a yerleşen Marunîlerin genel olarak Lübnan ve Kuzey Suriye

¹ **Keser**, Ulvi ve **Özdemir**, Muharrem: “Kıbrıs’ta Azınlıklar: Ermeniler, Marunîler ve Gurbetler”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 17(35), 2017, s. 325-326.

² **Bal**, Rıdvan: “Kıbrıs’ta Azınlıklar ve KKTC’nin Bölünmüş Azınlığı: Maronitler”, Akademik Bakış Dergisi, S. 61, 2017, s. 15.

³ **Keser**, Ulvi ve **Altun**, Işıl: “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin unutulmuş Barış Elçileri; Marunîler, Yapılanlar ve Yapılamayanlar üzerine Kesitsel Bir Bakış”, Motif Akademi Halkbilimi Dergisi, Kıbrıs Özel Sayısı, S. 3, 2013 s. 58.

⁴ **Yıldırım**, Münir: “Kıbrıs Marunî Topluluğu”, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 13 (1), 2013, s. 2-3.

⁵ **Demosthenous**, Areti: “The Maronites of Cyprus: From ethnicism to Transnationalism”, Gamer, S. 1(1), 2012, s. 63.

bölgesinden göç ettiği bilinmektedir.⁶ Bu göç sürecinde Marunîlerin Kıbrıs'a göçü, ilk olarak İslam ordularının Lübnan ve Suriye'yi fethetmesi ile başlamış ve Lüzinyan döneminde paralı askerlik sisteminin çıkarılması ile en yoğun dönemini yaşamıştır.⁷ 1224 yılında yapılan sayım belgelerine göre Kıbrıs'ta yaşayan Marunî nüfusu 50.000'i geçmiştir.⁸ Bahse konu dönemde Marunîlere dair imtiyazların artması Kıbrıs'ı Marunîler için bir yaşam merkezi haline getirmiştir. Ancak, Lüzinyan döneminin sona ermesiyle birlikte adada Venedik hâkimiyetinin hüküm sürdüğü yıllarda ayrıcalıklara son verilmesi ve Hristiyan gruplar arası yaşanan çatışmaların artması, Adadaki Marunî nüfusunun azalmasında etkin rol oynamıştır. Osmanlı hâkimiyet döneminde, her ne kadar Marunîler ile Osmanlı yönetimi arasında uyumlu bir süreç yaşansa da Marunî nüfusunun azalmaya devam ettiği görülmektedir.⁹ Söz konusu dönemde Kıbrıs'taki Marunî nüfusunda yaşanan azalmasının sebepleri dışa göçle sınırlı kalmamış, adada yaşayan diğer dini gruplar ile yaşanan etkileşim sonucunda birçok Marunî din değiştirerek Ortodoks Hristiyanlığa veya Müslümanlığa geçmiştir. Söz konusu din değiştirme tercihinde Osmanlı hâkimiyeti döneminde uygulanan vergi sisteminin etkili olduğu da ileri sürülmektedir.¹⁰

Adadaki Osmanlı hâkimiyetinin sonlarına doğru yapılan nüfus sayımında Marunî nüfusunun 1300'e kadar düştüğü saptanmıştır. Diğer taraftan, Ada'nın İngiliz İdaresi'ne geçmesiyle birlikte, Marunîlerin dışa göç hareketlerinin azaldığı ve hatta 1960 Kıbrıs Cumhuriyetinin kuruluş döneminde yapılan sayımda nüfuslarının 2750'ye yükseldiği tespit edilmiştir.¹¹

Kıbrıs'ın çeşitli yerlerinde ikamet etmiş Kıbrıs Marunîleri, özellikle tarım ve hayvancılığa dayalı bir yaşam sürmeleri sebebiyle Ada'nın verimli olan düz bölgelerine yerleşmeyi tercih etmişlerdir. Lüzinyan döneminde Ada'nın 60 farklı köyünde¹² ikamet ettiği bilinen Marunîler, Kıbrıs Cumhuriyeti döneminde yoğunlukla Ada'nın kuzey batısındaki Koruçam (Kormacit), Karpaşa (Karpasia), Özhan (Asomatos), Gürpınar (Agia Marina) ile Larnaka, Limasol ve Gazimağusa bölgelerinde yaşamışlardır.¹³

⁶ Yıldırım, s. 3.

⁷ Yıldırım, s. 3-4.

⁸ Keser ve Özdemir, s. 326.

⁹ Çevikel, Nuri: Kıbrıs: Akdeniz'de Bir Osmanlı Adası (1570-1878), Numara Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 149.

¹⁰ Bal, s. 15-16.

¹¹ Bal, s. 15-16.

¹² Keser ve Özdemir, s. 326.

¹³ Bal, s. 15-19.

2. 1974 Barış Harekâtı Sonrası

Marunîler 1974 öncesi dönemde olduğu gibi sonrasındaki süreçte de aynı şekilde dış etkenler sebebiyle ada içi ve dışına göç etmek durumunda kalmışlardır. Kıbrıs adasında 1974 sonrası ortaya çıkan siyasal ve sosyolojik durum ve sonrasında Ada'nın iki eşit toplumu konumunda ki Türk ve Rum cemiyetleri arasında imzalanan "Nüfus Mübadelesi Antlaşması", Marunîlerin günümüzdeki coğrafi yerleşimlerinin belirlenmesindeki etken faktörleri oluşturmaktadır.

1963-1974 yılları arasında EOKA terör örgütünün adada ki huzur ve güven ortamını sonlandırması, Kıbrıs'ta yaşayan Türklerin ada içinde göçmen konumuna gelmesi ve müteakiben 15 Temmuz 1974 tarihinde Nikos Samson önderliğinde askeri yönetimin Makarios'u devirerek Ada'nın yönetimini ele geçirmesi sonrasında, Adada yaşanan gelişmelere kayıtsız kalmayan Türkiye Cumhuriyeti, garantör yetkilerini kullanarak, 20 Temmuz 1974 tarihinde Ada'ya barış harekâtı düzenlemiştir. 1974 yılının aynı döneminde Kıbrıs, Türkiye ve Yunanistan arasında sürdürülen diplomatik girişimler sonucunda, Kıbrıs adasındaki mevcut durumu görüşmek ve insani konuları çözüme kavuşturmak amacıyla Türk Lider Rauf Raif Denktaş ve Rum Lider Glafkos Klerides arasında görüşmeler başlamış ve Viyana'da yapılan 31 Temmuz - 2 Ağustos 1974 görüşmelerinde "Nüfus Mübadele Anlaşması" imzalanmıştır.¹⁴ Söz konusu anlaşmayla Kıbrıs'ta yaşayan toplumlar ve dini grupların ada içerisindeki göç hareketi de başlamıştır.¹⁵

Her nüfus anlaşması içerisinde toplumlar arasında yaşanmış büyük savaşların ve kıyımların izlerini saklar¹⁶ sözünden hareketle, Ada'da yaşanan büyük çatışmaların sonlandırılması ve kalıcı bir barışın tesisi amacıyla yapılan bu nüfus değişim anlaşması, Rum ve Türk toplumlarının yanında Marunîleri de göçmen konumuna getirmiştir. Ancak, söz konusu anlaşmanın ilk iki maddesinden de anlaşılacağı üzere bahse konu anlaşmaya göre göç, adada yaşayan toplumlara zorunluluk olarak değil gönüllülüğe dayalı bir seçenek olarak sunulmuştur. Zira, "S/11789 sayılı BM belgesi" olarak kabul edilen bahse konu anlaşmanın ilgili maddelerine göre; Kıbrıs Türk Toplum lideri Denktaş ve Kıbrıs Rum Toplum lideri Glafkos Klerides, Ada'nın kuzeyinde yaşayan Rumların özgür bir şekilde halen bulundukları mülklerinde ikamet edebileceği ve buna karşılık olarak Ada'nın güneyinde yaşayan Türklerin de kendi mevcut yerlerinde ikamet etmeye devam edebileceği hususlarında anlaşmaya varmışlardır.

¹⁴ Keser, s. 110-111.

¹⁵ Keser, Ulvi: "Kıbrıs'ta Göç Hareketleri ve 1974 sonrası Yaşananlar", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 12(1), 2006, s. 109-110

¹⁶ Mandacı, Nazif: "Ulus Kurma Süreçleri ve Nüfus Mübadeleleri: Dün ve Bugün", Türkiye Sosyal Araştırmaları Dergisi, S. 18(3), 2014, s. 86.

Söz konusu anlaşmanın detayları incelendiğinde, sadece Türk ve Rum toplumlarından bahsedilmesinin nedeni, 1960 Anayasası'nda yalnız bu iki toplumun varlığının kabul edilmesidir. Anılan Anayasada günümüzde azınlık olarak kabul edebileceğimiz Ermeni, Marunî ve Gurbetler gibi toplumların ise dini grup olarak nitelendirilmiştir. O dönemde söz konusu azınlık gruplardan biri olan Marunîlerin Rum olarak kabul edilmesi nedeniyle, Anlaşmanın 2'nci maddesi uyarınca Marunîlere, Ada'nın kuzeyinde kalmaları hususunda herhangi bir kısıtlama getirilmemiş, serbest dolaşım özgürlüğü tanınmış ve dini ödevleri, sosyal yaşamları, sağlık ve benzeri temel insan hakları hususunda her türlü yardımın gösterileceği ve kolaylığın sağlanacağına dair taahhütte bulunulmuştur.¹⁷ Ancak, verilen tüm taahhütlere rağmen, söz konusu tarihte Ada'nın kuzeyinde ikamet eden Marunîlerin büyük çoğunluğu gönüllü olarak Ada'nın güneyine geçmeyi tercih etmişlerdir. Bahse konu tarihe kadar, Kıbrıs'ta bulunan yaklaşık 5000 Marunî'nin büyük çoğunluğu Ada'nın kuzeyinde ikamet etmekteyken, yaşanan göç süreciyle birlikte bu sayı, 1975 yılında 975'e kadar düşmüştür.¹⁸

II. Marunîlerin Hukuki Statüleri

A. Güney Kıbrıs Rum Yönetiminde (GKRY) İkamet Eden

GKRY'de ikamet eden Marunîlerin hukuksal statüleri, 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası ve ilgili yasalarla belirlenmiştir. Söz konusu Anayasa

¹⁷ S/11789 Sayılı Birleşmiş Milletler belgesince, kapsamı belirlenen Nüfus Mübadele Anlaşmasının kapsamı aşağıda sunulduğu gibidir:

1. Şu anda Ada'nın Güneyinde bulunan Kıbrıslı Türklerin istemeleri halinde, Kıbrıs'taki BM Barış Gücü'nün yardımıyla ve düzenleyeceği program dahilinde, sahip oldukları eşyalarla birlikte Kuzeye geçmelerine izin verilecektir.
2. Halen Ada'nın Kuzeyinde bulunan Kıbrıslı Rumlar, burada kalmakta özgürdürler ve kendilerine normal bir yaşam sürmeleri için her türlü yardımda bulunulacaktır. Buna eğitim, ve din ödevlerini yerine getirebilmek için gerekli olanaklar yanında kendi doktorlarından tıbbi bakım almak ve Kuzeyde dolaşım özgürlüğü de dahildir.
3. Şu andan Güney'de bulunan ve kendi talepleriyle ve herhangi bir baskıya maruz kalmadan güneye taşınmayı isteyen Kıbrıslı Rumlara bunu yapmaları için izin verilecektir.
4. BM Barış Gücü (UNFICYP) Kuzeydeki Kıbrıslı Rum köyler ve yerleşim birimlerine serbestçe ve normal olarak girebilecektir.
5. Yukarıdaki anlaşmanın uygulanması bağlamında, ailelerin yeniden birleştirilmesine öncelik verilecektir. Bu durum, şu anda Güney'de bulunan birçok Kıbrıslı Rum'un Kuzeye naklini de içerebilecektir.

¹⁸ Keser ve Altun, s. 54.

incelendiğinde, iki eşit toplum haricindeki toplumları tanımlamak maksadıyla azınlık kavramı kullanılmadığı görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa'nın 2'nci maddesi, *“Kıbrıs'ta ikamet eden, aynı dini inanca sahip ve aynı mezhebe mensup olan veya aynı dinin yetkisine tabi olan, bu Anayasa yürürlüğe girdiği tarihte sayıları bini aşan ve bu tarihte bunlardan en az beş yüzü Cumhuriyet'in vatandaşı olan”* grupları *“Dini Grup”* olarak nitelendirmiştir.

Bunun yanında, Anayasa'nın 2(3)'ncü maddesi, Anayasanın yürürlüğe girmesinden başlayarak üç ay süre içinde Rum veya Türk cemaatine mensup olmayan diğer vatandaşlara, kendi içlerinde yapacakları bir seçimle, iki toplumdan herhangi birini tercih etme zorunluluğu getirmiştir. Anayasal zorunluluk gereği yapılan bu seçimde Marunîler, büyük çoğunluğun Rumca konuşuyor olması, dini ve örfi yaşamları bakımından Türklere nazaran daha çok ortak noktalarının olmasının etkisiyle bu haklarını Rumlar lehine kullanmışlardır.¹⁹ Bu kapsamda, Kıbrıs Cumhuriyeti vatandaşı olan Marunîler, Rum cemaatinin üyesi olarak, Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın vatandaşlarına tanıdığı tüm hak ve özgürlüklerden yararlanabilmektedir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 111'inci maddesi, dini gruplara, *“nişanlılık, evlilik, evliliğin butlanı, boşanma, ayrılık veya evlilik haklarının iadesine veya mahkeme kararı ile yapılan nesep tespitinden veya evlat edinme”* konuları dışında, aile müesseselerine dair davalarda, kendi kiliselerine ait kanunların uygulanmasına veya davanın bahse konu kiliseye ait mahkemelerde görülmesine olanak tanımıştır. Buradan da anlaşılabacağı üzere, GKRY'de ikamet eden Marunîlerin, klasik laik hukuk sisteminden farklı olarak, kendi dini gruplarına ait kanun ve mahkemelerinin bulunmaktadır.

Seçme ve seçilme hakkı kapsamında ise; Anayasa'nın 109'uncu maddesi de özel olarak dini grupların kendi temsilcilerini seçerek mensubu oldukları cemaat meclislerine temsilci gönderme hakkını tanımıştır. Bu madde uyarınca, Marunîlere kendi dini grup temsilcilerini seçme ve Rum Cemaat Meclisinde temsil edilme hakkı tanınmış olmakla birlikte, GKRY, tüm adayı temsil ettikleri iddiasına bağlı olarak, 8/1960 sayılı Rum Cemaat Meclisi'nin Oluşumuna İlişkin Yasa uyarınca, Marunîlere temsilcilerini Girne bölgesinden seçme hakkı tanımıştır. 58/1970 sayılı Dini Grupların temsili yasasına göre ise; dini grup üyeleri 5 yıl için ve genel seçimle aynı zamanda seçilmektedir. Bu nedenle Marunîler, Kıbrıs Cumhuriyeti vatandaşı olarak hem Temsilciler meclisine hem de kendi üyelerinin seçimine aynı anda oy vermektedirler. Ancak, Marunîlerin seçmiş olduğu temsilci, diğer temsilciler meclisi üyelerinden farklı olarak, Genel Kurulda veya temsilciler Meclisi Komitelerinde oy kullanma hakkına sahip değildir. Bu durum nazara alındığında, GKRY'de yaşayan Marunîlerin, temel haklardan olan seçme ve seçilme hakkına sahip oldukları düşünülse de, uygulamada söz konusu Marunî temsilcisinin sınırlı haklarla yetkilendirildiği ve

¹⁹ Keser ve Altun, s. 55-56.

ciddi bir ayrımcılık yapıldığı görülebilmektedir. Söz konusu durum mevcut Marunî temsilcisi Hadjiroussos tarafından bir röportajında;

*“azınlık hakları konusunda yapılması gereken çok şey var. Parlamento üyesi olmama rağmen, oy kullanmama izin verilmiyor. Daha önce cemaat meclisinde bir konumumuz vardı, fakat kaldırıldı. Bizi parlamentoya hiçbir hak vermeksizin yerleştirdiler. Parlamentoda oy kullanma veya konuşma yapma hakkımız yok. Anayasaya göre, Maronitleri ilgilendiren bir idari işlem olduğunda benim görüşümü almaları gerekiyor, fakat bunu hiç yapmıyorlar. Parti politikası güdüyorlar. Temsilciye söylemeden iş yapıyorlar.”*²⁰

şeklinde ifadede bulunmuştur. Bu ifadeden de anlaşılabacağı üzere GKRY, 2004 itibariyle Avrupa Birliği üyesi olmasına rağmen, azınlık hakları konusunda gereken yasal düzenlemeleri yapmamaktadır.

A. KKTC’de İkamet Eden Marunîler

Günümüzde KKTC’de yaklaşık 150 civarında Marunî yaşamakla beraber bu nüfusun büyük çoğunluğu Koruçam (Kormacit) köyünde ikamet etmektedir. Bahse konu köyde ikamet eden Marunîlerin büyük çoğunluğunu yaşlılar oluşturmakla birlikte, genç nüfusun Ada’nın güneyine göç etmiş olması sebebiyle mevcut nüfus sayısının devamlı azaldığı gözlemlenmektedir.²¹

KKTC’de ikamet eden Marunîler, GKRY’de yaşayanlardan farklı olarak KKTC vatandaşları ile aynı haklara sahip değildir. Nüfus mübadelesi sonrasında KKTC’de kalmayı tercih eden Marunîlere, Kıbrıs Türk Federe Devleti (KTFD) tarafından 433/74 sayılı önergeye ilişkin olarak 10 Eylül 1974 tarihinde alınan Bakanlar Kurulu kararı ile Mavi Kimlik Kartı verilmesi kararı alınmıştır.²²

²⁰ **Kyriakou**, Nicolas ve **Kaya**, Nurcan: “Azınlık Hakları: Kıbrıs Anlaşmazlığına Yönelik Çözümler”, Minority Rights Group International, 2011, s. 14.

²¹ **Keser** ve **Altun**, s. 57.

²² Türk, Rum ve Yabancı Uyruklulara Kimlik Kartı Çıkarılması konulu, 6 Eylül 1974 gün ve 48/69 sayılı Yürütme Kuruluna Önergesine bağlı olarak Bakanlar Kurulunun 10 Eylül 1974 tarihli 5553 sayılı kararı:

“Otonom Kıbrıs Türk Yönetiminin kontrolü altındaki bölgelerde yaşayanlara kimlik kartı verilmesi zorunluluğu karşısında aşağıdaki esaslara uygun olarak; kimlik kartlarının son şekilleri saptanmış olup;

1. Türkler için Pembe renkte Türkçe bastırılmış,
2. Rumlar ve Maronitler için açık mavi renkte Türkçe ve Rumca bastırılmış ve

KKTC yasaları uyarınca, Mavi kimlik kartı sahibi olan Marunîler, her ne kadar KKTC vatandaşı gibi görünseler de, temel insan hakları bağlamında, Seçme ve seçilme hakları çok kısıtlı olup yalnız Koruçam sakini olan Marunîlere kendi muhtarlarını seçme hakkı verilmiştir.²³

Diğer taraftan, KKTC’de ikamet eden Marunîler, eğitim, sağlık ve benzeri diğer tüm insan haklarından yararlanma hususunda, KKTC vatandaşları ile aynı hakka sahiptirler.

III. Marunî Mülkiyeti Konusunun Hukuki Niteliği

Kıbrıs Barış Harekâtı öncesinde Ada’nın kuzeyinde oturan ve ağırlıklı olarak geçimlerini tarımdan sağlayan Marunîler, Özhan, Karpasa, Gürpınar ve Koruçam köylerinde ikamet etmekteydi. Ancak, Kıbrıs Barış Harekâtı sonrasında yapılan nüfus mübadelesi sonrasında, Ada’nın kuzeyinde yaşayan Marunî nüfusun büyük çoğunluğu gönüllü olarak güneye göç ederek mallarını terk etmişlerdir. Bugün 4 büyük Marunî köyünden yalnız Koruçam köyü sivil yerleşime açık olup diğer üç köy (Karpasa, Özhan ve Gürpınar) ise askeri bölge statüsüne alınmıştır. Marunî malları, Rum mallarının aksine, tapu sicil kaydında herhangi bir değişiklik yapılmadan eski statülerinde kalmaya devam etmiştir. Ancak, askeri bölge statüsüne alınmış olan köylere sınırlı erişim olması, Marunî mülkiyeti konusunu farklı bir boyuta taşımıştır.

A. KKTC’deki Mevcut Mülkiyet Rejimi

Kıbrıs’taki mevcut mülkiyet sorunu 2 farklı dönemle ilişkilendirilebilmektedir. Birinci dönem, adadaki İngiliz idare döneminde Osmanlı vakıf mallarının yasadışı olarak özel mülke dönüştürülerek ada sakinlerine (Rum cemaat üyelerine) dağıtılması, ikinci dönem ise, 1974 sonrası dönemde yaşanan geniş çaplı nüfus değişimidir.²⁴

1974 sonrası dönem incelendiğinde; her iki toplumun yöneticilerinin de, nüfus mübadelesi sonrası terk edilmiş olan malların yönetimini sağlamak amacıyla belirli hukuki düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Bu bağlamda, Kıbrıs Türk tarafı, KTFD Anayasası’nın 127’nci maddesi uyarınca yapılan düzenlemeyle, Ada’nın güneyinden kuzeye göç etmiş olan Türklere, güneyde bırakmış oldukları mallara karşılık eşdeğer mal veya tazminat talep hakkı tanımıştır. Bunun yanında, Ada’nın güneyinden göç eden Türklerin hayatı

3. Diğer yabancı uyruklular içinde Türkçe ve İngilizce bastırılmış Beyaz renkte kimlik kartı verilecektir.”

²³ Keser ve Özdemir, s. 331.

²⁴ Gündüzler, Ulaş: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Mülkiyet Sorunu Bakımından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Etkileri”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, S. 15(2), 2016, s. 25-26.

idamelerini sağlamak ve Rumların kuzeyde bıraktığı taşınmaz mallara yerleştirilme işlemlerini düzenlemek gayesiyle 1977 tarihinde “İşkân topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası” yürürlüğe konulmuştur.²⁵ Bahse konu yasal düzenlemelerin temel amacı; terk olunan malların Türklere dağıtımından ziyade, mevcut dönem içerisinde bahse konu malların yönetimini yasal bir zemine dayandırmaktır.

Aynı dönemde benzer bir çalışma GKRY’de de yürütülmüş ve 1974 sonrası Türklerin güneyde bırakmış olduğu malların idaresini düzenlemek ve kuzeyden göç eden Rumların barındırılmasını sağlamak maksadıyla “Vasilik Makamı” kurulmuştur. Bahse konu vasilik makamı; Türklerin terk etmiş olduğu malları, sahibi adına kiralama, paraların toplanması ve gerektiği durumlarda kamu menfaati adına bahse konu malların kamulaştırılması sürecini yönetme hususlarında yetkilendirilmiştir.²⁶

Söz konusu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere hem GKRY hem de KTFD bahse konu dönemde adadaki mevcut mülkiyet haklarını değiştirecek nitelikte düzenleme yapmaktan kaçınmış ve içinde bulunulan süreci yönetme eğiliminde hareket etmişlerdir. Ancak, çözümsüzlüğün devam etmesi neticesinde, haklarını koruma amacıyla olan Kıbrıs Türk tarafı KKTC’yi ilan etmiş ve yeni Anayasa yürürlüğe konulmuştur. Bu değişime bağlı olarak, KTFD döneminde uygulanan mülkiyet rejimi de yeniden düzenlenmiştir.

KKTC Anayasası’nda mülkiyet hakkı yer aldığı bölüm gereği kişilik hakkı olarak değil, ekonomik ve sosyal haklar kapsamında ele alınmıştır. Anayasa’nın 39 (1)’inci maddesinde; her yurttaşın mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu hükme bağlanmış olup, 2’nci fıkrasında ise hangi hal ve şartlarda bu hakkın kısıtlanabileceği, kısıtlanması halinde izlenmesi gereken hukuk yolu ve devletin yükümlülükleri hükme bağlanmıştır.²⁷ Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere KKTC Anayasası’nın mülkiyet hakkı konseptine yaklaşımı

²⁵ **Gündüzler**, s. 26.

²⁶ **Gündüzler**, s. 26.

²⁷ (1) Her yurttaş, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, kamu yararı amacıyla ve yasa ile sınırlanabilir.

(2) Mülkiyet hakkının kullanılmasına, kamu güvenliği, genel sağlık, genel ahlak, kent ve ülke planlaması veya herhangi bir malvarlığının kamu yararı için geliştirilmesi ve faydalı kılınması veya başkalarının haklarının korunması için kesin olarak gerekli kısıntı veya sınırlamalar yasa ile konabilir.

(3) Malvarlığının ekonomik değerini fiilen azaltan kısıntı ve sınırlandırmalar için derhal tam bir tazminat ödenir; anlaşmazlık halinde tazminatı hukuk mahkemesi saptar.

(4) Yukarıdaki (2). ve (3). fıkra kuralları, herhangi bir verginin veya para cezasının tahsili, herhangi bir hükmün yerine getirilmesi, sözleşmeden doğan bir yükümlüğün yerine getirilmesi veya can veya malın tehlikeden korunması amacı ile yasa ile konmuş kuralları etkilemez.

(5) Devletin, 159. maddede belirtilen taşınmaz mallar üzerindeki hakkı saklıdır.

uluslararası hukuk kuralları ile uyumludur.

Ancak, KKTC Anayasası'nın 159 (1)'inci maddesiyle²⁸ mülkiyet hakkına ilişkin olarak ayrı bir düzenleme getirmiştir. İlgili maddeye göre; KKTC'nin kuruluş tarihi itibarıyla KKTC sınırları dâhilinde bulunan; Kıbrıs Cumhuriyeti Hükümeti adına kayıtlı tüm mallar, KTFD ilan edildiği tarihte terk edilmiş bulunan veya sonrasında terk edilmiş olan tüm mallar, aidiyeti saptanamamış mallar ve 1960 kuruluş anlaşması ve ona bağlı eklerle belirlenen askeri tesis, rıhtım, kamp ve sair tüm malların mülkiyeti KKTC'ye intikal ettirilmiştir. Ayrıca, 159 (1) (b) fıkrasında belirlenen malların gerekli görüldüğü takdirde gerçek veya tüzel kişilere devredilebilmesinin yasayla düzenlenebileceği, yine aynı Maddenin 3'üncü fıkrasında karara bağlanmıştır.²⁹ Bahse konu maddeyle, kamu yararına kullanılması esas olan mallar haricindeki diğer malların özel mülk statüsüne geçirilebileceği hükme bağlanmıştır. Yapılan bu düzenleme, Kıbrıs sorunundaki mevcut mülkiyet probleminin oluşumuna ve Türkiye'ye karşı AIHM'de açılan davalara zemin oluşturmuştur.³⁰

²⁸ Devletin Mülkiyet Hakkı; Madde 159 (1)

(1) 15 Kasım 1983 tarihinde, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan, ve;

(a) Tapusu, 16 Ağustos 1960 tarihinden önce Kıbrıs Hükümeti adına kayıtlı tüm taşınmaz mallar ile, 16 Ağustos 1960 tarihinden sonra Kıbrıs Cumhuriyetine intikal eden tüm taşınmaz mallar; kamuya ait yollar, sular, su kaynakları, liman ve sahiller, rıhtım ve iskeleler, göller, dere ve göl yatakları, tarihi kent, bina ve kalıntılar ile kaleler ve bunların alanları, doğal servetler ve yeraltı kaynakları, ormanlar, savunma yapı ve tesisleri ile yeşil saha ve parklar; kamuya açık köy ve tarla yolları, kamu hizmetinde kullanılan binalar;

(b) Kıbrıs Türk Federe Devletinin ilan edildiği 13 Şubat 1975 tarihinde terkedilmiş bulunan veya söz konusu tarihten sonra yasanın terkedilmiş veya sahipsiz taşınmaz mal olarak nitelendirdiği veya hüküm veya tasarrufu kamuya ait olması gerekli olup da aidiyeti saptanamamış olan tüm taşınmaz mallar, bina ve tesisler ile

(c) 1960 Kuruluş Andlaşmasında ve ona bağlı eklerde belirlenen askeri tesis, rıhtım, kamp vesair talim sahaları içinde bulunan tüm taşınmaz mallar, tapuda böyle kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin mülkiyetindedir ve tapu kayıtları buna göre düzeltilir. Bkz. KKTC Anayasası, www.kktcmahkemeler.net.

²⁹ Anayasa'nın 159'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında "Yukarıdaki (1). fıkranın (b) bendinde belirtilen taşınmaz mallardan, orman, yeşil saha, anıt ve park yerleri, sular, yeraltı suları, doğal kaynaklar ve savunma alanları, kamu yönetimi ve askeri amaçları için gerekli bina, tesis ve arsalar ile şehir ve kırsal planlama ve toprak koruma amaçları için gerekli görülenler dışında kalan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkının gerçek veya tüzel kişilere devredilmesi yasa ile düzenlenir" ifadesi bulunmaktadır.

³⁰ **Özersay**, Kudret: "AIHM'nin XENİDES-Arestis Kararı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 61(1), 2006, s. 321.

B. Mevcut Mülkiyet Rejiminin Marunî Malları Üzerine Etkisi

Nüfus Mübadele Anlaşması sonrasında Marunîlerin büyük kısmının gönüllü olarak Ada'nın güneyine göç etmesi ve bir kısmının da kuzeydeki mevcut yerleşim yerlerinde ikamete devam etmesi sebebiyle, Marunî mallarının mülkiyet durumunun, GKRY'de ve KKTC'de ikamet eden Marunîler olmak üzere iki kategoride incelemesi faydalı olacaktır.

Öncelikli olarak, KKTC mevzuatındaki mevcut mal rejimi gereği, KKTC sınırları içerisinde ikamete devam eden Marunîlerin mallarına dokunulmadığı açık olarak görülmektedir. Ancak, her ne kadar bahse konu Marunîlere Mavi Kimlik kartı verilse ve temel hak ve özgürlüklerden özgürce yaralanma hakkı tanınsa da, 2004 yılına kadar bahse konu Marunîlere miras hakkı tanınmamış olması ciddi bir ayrımcılık sorununun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Miras hakkı düzenlemesi yapılan kadar ki süreçte, KKTC'de mukim Marunî şahsın ölmesi durumunda, eğer KKTC'de ikamet eden herhangi bir yakını yok ise, bahse konu şahsa ait mallar KKTC Anayasasının 159'uncu maddesinin ilgili hükümleri uyarınca devletin kontrolüne geçirilmiştir.³¹ Bu yaşanan sorunun giderilmesi maksadıyla Bakanlar Kurulunun 28 Haziran 2004 tarihli ve T-1062-2004 sayılı kararı ile KKTC mevzuatına yeni bir düzenleme getirilerek, Koruçam köyü'nde ikamet eden Marunîlerin taşınmazları "Mala El Koyma Kanunu" dışında bırakılmış ve miras hakları tanınmıştır. Ayrıca, bu karara bağlı olarak, söz konusu bölgede ikamet eden Marunîlerin el konulan malları iade edilmiştir.

Güneyde ikamet eden Marunîlerin taşınmazlarının durumu ise, aynı dönemde Güneye taşınan Rum vatandaşlarından farklıdır. KKTC mevzuatında GKRY'de ikamet eden Marunîlerin malları İskân, Topraklandırma Ve Eşdeğer Mal Yasası³² (İTEM) ve KKTC Anayasası'nın 159'uncu maddesi kapsamında düzenlenmiştir.

İTEM Yasası; 1974 sonrası yaşanan geniş kapsamlı nüfus değişimi sonrası *"terk edilmiş malların"* kullanımı hakkında yasal bir düzenleme sağlamak üzere KTFD tarafından yürürlüğe konulmuştur. Yasanın amacı, 1'nci maddede *"Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti denetim ve yönetimindeki bölge dışında ikamet eden yabancı kişiler veya kimliği veya nerede olduğu bilinmeyen yabancılar tarafından terkedilmiş bulunan; toprak, bahçe, konut, küçük işyeri, arsa ve benzeri taşınmaz malların; mülkiyet, tasarruf ve işletme şeklinin ve işletmelerle ilgili yapının verimlilik ve sosyal adalet ilkelerine uygun olarak düzenlenmesi..."* olarak belirlenmiştir. Yasada bahsi geçen "yabancı" ibaresi ile anlatılmak istenen yine aynı yasanın giriş

³¹ Keser ve Altun, s. 65.

³² Tam metni için bkz; Mala El Koyma Yasasının (2019) . 10.04.2019 tarihinde www.mahkemeler.net/birlestirilmis/15-1962.doc adresinden erişildi.

kısımında; “Kıbrıs ve Yunan asıllı Rumları, bunlar tarafından kurulmuş şirket, ortaklık, firma, sosyal kültürel kurum veya kuruluşları veya bunlardaki hisselerini, Bakanlar Kurulu kararnameleleri ile “yabancı” olarak tanımlanacak diğer Devlet uyruklularını veya herhangi bir ulus asıllıdır” şeklinde tanımlanmıştır. Yapılan bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere, Marunîler İTEM yasasındaki yabancı tabirinin dışındadır. Bu nedenle, ister KKTC de ikamete devam etsin isterse gönüllü olarak güneye göç etmiş olsun Marunîlerin taşınmaz malları üzerine herhangi bir müdahalede bulunulmamıştır.

Bunun yanında, KTFD Bakanlar Kurulunun 6 Ekim 1977 tarihli ve 1050-77 sayılı kararı çerçevesinde gönüllü olarak güneye göç etmiş olan Marunîlerin malları “Mala Zorla El Koyma Emirnamesi” kapsamı dışında bırakılmış ve Koruçam köyünde ikamet eden Marunîlerin köy içindeki mallarının kendi kullanımlarına verilmesi karara bağlanmıştır.³³ Bahse konu kararın yalnız Koruçam Köyünü içermesindeki temel etkenin, diğer üç köyün askeri bölge kapsamına alınmış olması olduğunusöylemek mümkündür.

Diğer taraftan, KKTC’nin ilanı ile birlikte kabul edilen KKTC Anayasası’nın mevcut mülkiyet rejiminde köklü değişikliklere gitmesiyle, hangi malların KKTC Anayasası’nın 159’uncu maddesi kapsamında “terk edilmiş mal” olarak kabul edileceğinin muğlak bir sorun haline geldiğini de söylemek mümkündür. Bu muğlaklığı gidermek maksadıyla, hangi malların devletin mülkiyetine geçeceğiyle ilgili 1(b) fıkrasında bahsi geçen “terk edilmiş veya terk edilmiş mal olarak nitelendirilen mallar” ibaresinin yorumu Anayasa Mahkemesinin 2/86 sayılı kararında açıklığa kavuşmuştur. Söz konusu kararda, terk edilmiş mal ibaresiyle, KKTC Yurttaşı, GKRY vatandaşı, Yunan ve Ermeni asıllı şahıs ve hisseleri oranında bu şahıslar tarafınca kurulmuş olan kurum ve kuruluşlarına ait malların kast edildiği yorumu yapılmıştır. Bu yorumdan da açıkça görüleceği üzere İTEM yasasıyla uyumlu olarak KKTC Anayasası’nda da Marunîlerin mülkiyetlerine müdahale boyutuna gelen herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

³³ 1050-77 sayılı ve 6.10.1977 tarihli kararı ve Ç(K-1)73-83 sayılı ve 12.1.1983 tarihli karar ile yürürlüğe konan “1962 Mala El Koyma Emirnamesi” çerçevesinde sahipleri tarafından terkedilmesi nedeniyle, kamu yararı için daha iyi kullanılması, inkişafı, emniyeti ve altyapı hizmetlerinin geliştirilmesi amacıyla el konulan, Maronitlere ait Koruçam Köyü sınırları içerisindeki mallardan, Maronit dışındaki kişilerin kullanımında olan evler haricindeki malların, yukarıda adı geçen Karar ve Emirname kapsamı dışında tutularak mal sahipleri için serbest bırakılması, Ancak malların iadesinde, söz konusu malların kirada olması halinde, kira sözleşmesinin sona erdiği tarih itibarıyla; kirada bulunan mal üzerinde ağırlı yapılmış olması halinde de bu gibi kişilere aynı amaçlı başka yer gösterildiği tarih itibarıyla işlem yapılması ve 2. Yukarıda adı geçen Emirnamede öngörülen gerekli işlemlerin yapılmasında Maliye Bakanlığı’nın yetkili kılınması.

A. GKRY’de İkamet Eden Marunîlerin Kuzeydeki Malları Üzerindeki Hak Sahipliği Durumu

Nüfus Mübadele Anlaşması kapsamında gönüllü olarak güneye göç eden Marunîler, niyet unsuru belirsiz olmakla birlikte fiili olarak topraklarını terk etmişlerdir. Yukarıda da belirttiğim üzere terk edilmiş veya aidiyeti saptanamamış malların mülkiyetin her ne kadar KKTC’ye geçeceği yasayla karara bağlansa da, Marunî mallarının söz konusu yasa kapsamı dışında bırakılması, Marunîlerin mülkiyet haklarına müdahale boyutunun farklı bir perspektifle ele alınması ihtiyacını doğurmuştur. Ancak şu bir gerçektir ki, KKTC yasalarına göre Ada’nın kuzeyinde ikamet etsin veya etmesin Marunîler, geçerli bir tapu belgesiyle ispat olunmak şartıyla kuzeydeki mallarının malikidir.

Burada ki sorun mülkiyete dair malik pozisyonundaki gerçek veya tüzel kişinin değişmesi hususundan ziyade, taşınmazın kısmi olarak zilyetliğinin kaybı durumudur. Kısmi bir kaybın söz konusu olduğunu belirtmemin sebebi, hâlihazırda, Güney Kıbrıs Rum yönetiminde yaşayan bir Marunî’nin, kuzeyde gönüllü olarak terk ettiği malları üzerinde ekonomik fayda sağlama adına herhangi bir engel bulunmamasıdır. Bu noktada, mal sahiplikleri aynen korunmasına rağmen var olan de-facto (fiili) durumun Marunîlerin mülkiyet haklarını nasıl etkilediği, üzerinde durulması gereken bir sorudur.

GKRY’de ikamet etme amacıyla olan Marunîlerin mevcut durumda malik pozisyonunda olduğu mallarının zilyetliğini geri kazanması tartışmalı bir konudur. Zira, “Yabancı Taşınmaz Mallar (Kontrol ve Yönetim) Yasası” yabancıların KKTC sınırları içerisinde mülk edinebilmesini sınırlandırmaktadır. Söz konusu yasanın tefsir Kısmında yabancı tabirinin açıklamasından anlaşılacağı üzere, KKTC’de ikamet etmeyen Marunîler KKTC vatandaşlığı veya Mavi Kimlik kartları olmaması sebebiyle yabancı kapsamında değerlendirilmektedir. Yabancı şahısların KKTC toprakları üzerinde mülk edinme hakları kamu güvenliği kapsamında sınırlandırıldığından, GKRY’de ikamet eden bir Marunî’nin KKTC vatandaşlığına geçmeden veya Mavi Kimlik kartı almadan kuzeydeki mallarından yararlanamayacağını da öngörmek gerekir.

Ayrıca, bahse konu Yasa’nın 4’üncü maddesi uyarınca, Marunîler tarafından terk edilmiş olan malların yönetiminin “*mülkiyet hakkına hâlel getiren tapu işlemleri hariç*” olacak şekilde KKTC Maliye Bakanlığının yönetimine bırakılmıştır. Bu düzenlemenin amacı, güneyde ikamet eden Marunîlerden kuzeydeki mallarını kullanma niyetinde olmayanların arazilerinin KKTC Maliye Bakanlığınca kiralanması ve gelirlerinin oluşturulacak bir fona aktarılmasıdır. Söz konusu fonda toplanacak paranın ise, çözüm sonrası bahse konu mülk sahibi Marunîlere aktarılacağı öngörülmüştür. Yasanın getirmiş olduğu bu düzenlemelerle, güneyde ikamet eden Marunîlerin mülkleri üzerindeki tasarruflarının kısıtlandığı intibai yaratılmış olsa da, amacın KKTC’nin

menfaatlerini korumak ve bahse konu Marunîlerin KKTC'ye yeniden yerleşmesini teşvik etmek olduğunu söylemek mümkündür.

Diğer taraftan, GKRY'de ikamet eden Marunîlerin kuzeydeki mülkiyetleri üzerindeki yasal haklarını incelerken Koruçam ile Gürpınar, Karpaşa ve Özhan köylerini ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, Koruçam Köyü'nde malı bulunan Marunîlerin taşınmazlarına erişimleri serbesttir. Buna mülkiyet hakkının getirdiği yan haklar olan miras hakkı, devir hakkı, kira ve diğer haklar da dahildir. Bu kapsamda, Koruçam köyünde malları bulunan Marunîlerin, GKRY'de ikamet etsin veya etmesin, malları üzerinde bir hak ihlali olduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak, diğer üç köyde aynı koşullar mevcut değildir. Bahse konu köyler 5/1979 sayılı Askeri Yasak Bölgeler Kararnamesi ile Askerî Yasak Bölge kapsamına alınmış ve Yabancı Taşınmaz Mallar Yasası'nın 12'nci maddesinde; ulusal amaçlar için işgal edilen yerleşim yerlerinin mahkeme kararıyla dahi boşaltılamayacağı, yalnız karşılık olarak bir miktar kira ödenebileceği hükme bağlanmıştır. Karpaşa, Gürpınar ve Özhan köylerinin askerî bölge olması sebebiyle, mevcut durumda söz konusu köylerde evleri bulunan Marunîlerin mallarının zilyetliklerini geri almaları pek mümkün görünmemektedir.

1. Askeri Bölge Kapsamına Alınan Marunî Köylerinin Fiili Kamulaştırma Kapsamında Değerlendirilmesi;

Kamulaştırmaz el atma fiilleri; idare tarafından yapılan işlem ve eylemlere ilişkin bir uygulama olup genel olarak herhangi bir yasal dayanağı bulunmamaktadır.³⁴ İdare, kamu yararı gereği özel kişiye ait mallara, klasik kamulaştırma işlemlerine uymaksızın kalıcı olarak el koyabilmekte veya mülkiyet hakkının tanıdığı yetkiler kısıtlanabilmektedir.³⁵ Türk hukukuna göre kamulaştırmaz el atmanın bazı şartları bulunmaktadır. KKTC'de idare tarafından askerî bölge kapsamına alınan Marunî köylerini fiili kamulaştırma kapsamında değerlendirirken, bahse konu şartlar üzerinden yorum yapmanın faydalı olacağını değerlendirmekteyim. Öncelikle, kamulaştırmaz el atma fiilinden bahsedebilmemiz için, el atılan mülkün özel şahsa ait mallar olması gerekmektedir.³⁶ Marunî mallarının özel mülkiyet kapsamında değerlendirilmesi gerektiği üzerine herhangi bir şüphe yoktur. İkinci şart ise, taşınmaza idare tarafından el konulmalıdır ki Marunî örneğinde de bu durum mevcuttur. İdarenin her faaliyetinde olduğu üzere kamu yararı şartı kamulaştırmaz el atma fiilinde

³⁴ **Mutlu**, Muhammet, Sefa: “Kamulaştırmaz El Atma”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2008, s.7.

³⁵ **Tezcan**, Murat: “Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmaz El Atma”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2013, s. 402.

³⁶ **Tutal**, Erhan: (2016). “Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 1107-1132.

de aynen aranmaktadır. Bahse konu köylerin askeri bölge kapsamına alınması kamu yararı gereği yapıldığı sonucunu doğurmaktadır. Kamulaştırmatsız el atma işleminde idarenin şahsın mülkiyet hakkını sonlandırması gerekmektedir.³⁷ Askeri bölge kapsamına alınan Marunî mallarının mülkiyetinin eski sahiplerinde kalmaya devam etmesi ve tapu sicil kaydında KKTC lehine herhangi bir işlem yapılmamış olması, söz konusu eylemi kamulaştırmatsız el atma olarak değerlenmeyi olanaksız kılmaktadır. Ancak, AİHM’in kararları ışığında, sonradan “*Hukuki El Atma*” olarak da adlandırılan kamulaştırmatsız el atma fiillerinde, idarenin, mülkiyetin statüsünü değiştirmeden, malikin tasarruf hakları üzerine uzun süreli kısıtlama getirilmesine yol açan eylemleri de kapsam dahiline almıştır.³⁸ Söz konusu değişiklik, bahse konu Marunî köylerinin bu kapsamda değerlendirilmesini mümkün kılmaktadır. Buna ek olarak, Kamulaştırmatsız el atma işlemlerinde aranan diğer şartlar; yasal bir dayanak yokluğu, şahsın rızasının olmaması, tapu sicil kaydı gereği malik olması ve müdahalenin kalıcı olmasıdır.³⁹ Bu şartlar üzerinden değerlendirme yapıldığında söz konusu köylerin askeri bölge kapsamına alınmasında yasal dayanağın bulunması, şahısların kendi ev ve topraklarını gönüllü olarak terk etmiş olması ve yapılan müdahalenin kalıcı olmaması bahse konu fiilin kamulaştırmatsız el atma çerçevesinde değerlendirilmesini güçleştirmektedir.

III. AİHS’e Ek-1 Numaralı Protokol Kapsamında Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı, bilinen insanlık tarihi ile aynı süreçte gelişim gösteren ve tarihin her aşamasında çeşitli formlarda karşımıza çıkan bir haktır.⁴⁰ Anılan hak temel bir insan hakkı bağlı haklardan olmakla birlikte devredilebilen bir hak olması sebebiyle klasik kişilik haklarından farklıdır. Kamu idaresi marifetiyle yürütülen devretme işlemi toplumun genel yapısı ve ekonomik düzenin devamı açısından son derece önemlidir.⁴¹

Günümüzde mülkiyet hakkının korunmasındaki en önemli unsur devlet olmakla birlikte, doktrinde mülkiyet hakkının korunması hususunda devlete üç farklı görev yüklenilmiştir. Bu görevlerden ilki “negatif statü hakkı” yani; devletin kişinin haklarına saygı gösterme ve keyfi ihlal etmeme yükümlülüğüdür.

³⁷ **Tutal**, s. 1111.

³⁸ **Bayram**, H. Merve: Kamulaştırmatsız El Atmanın Hukuki Ve Fiili Ayrımı, Yayınlanmış Mater Tezi, T.C. Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanlığı, Ankara. 2018, s. 10-13.

³⁹ **Bayram**, s. 10-13.

⁴⁰ **Anderson**, L. Terry/ **McChesney**, S. Fred: Property Right: Cooperation, Conflict and Law. New Jersey: Princeton University Press, 2003, s. 1.

⁴¹ **Akılhoğlu**, Tekin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S.1, 2013, s. 10-11.

İkinci görev ise “pozitif yükümlülüktür” ki bu yükümlülük devlete, mülkiyet hakkının üçüncü kişilerce ihlal edilmesini önleme görevi yüklemektedir. Son olarak ise “devletin uygulama yükümlülüğü” bulunmakta ve söz konusu yükümlülük gereği devlet malikin mülkü üzerine özgürce tasarrufta bulunmasını garanti altına almakla sorumludur.⁴²

Mülkiyet hakkının, mutlak bir hak olması, onun korunması hususundaki önemi de arttırmış ve ulusal mevzuatın yanında uluslararası hukukta da kendine yer bulmasına neden olmuştur.

Uluslararası hukuk açısından, mülkiyet hakkı ilk olarak “Beyannamelerde” ele alınmıştır. Bu kapsamda, ABD hukukunda 14 Ekim 1774 tarihinde sunulan “Kolonilerin İlk Kongresi Beyannamesi’nin” 1’inci maddesinde insanların mülkiyet hakkının varlığı kabul edilmiştir. Yine aynı şekilde 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi mülkiyet hakkını; değerli, dokunulmaz ve zaman aşımına tabi olmayan bir hak olarak tanımlamıştır.⁴³ 18’inci yüzyıl itibarıyla uluslararası toplum ögesinin gelişmesi ile birlikte, ülkelerin iç hukuklarının kapsamını düzenlemek ve bir uygulama birliği oluşturmak adına evrensel bir hukuk düzeni gelişmiştir. Bu gelişen yeni yapı içerisinde, insan haklarının olmazsa olmazı konumunda ki mülkiyet hakkı da gereken yerini aldığını, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 17’nci maddesinde; “*Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır*” hükmünün varlığından anlamaktayız. Tarihsel süreçte bir ayrıcalık olarak sadece belirli bir zümreye tanınan mülkiyet hakkı, söz konusu bildirgeyle “herkese” tanınan bir hak formuna dönüşmüştür.

Çalışmanın ana konusunu oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) mülkiyet hakkını, ana metinden ayrı olarak sonradan koruma altına alan bir sözleşmedir. Bahse konu sözleşmenin hazırlanma dönemi içerisindeki mevcut siyasal yapı, uluslararası konjonktür ve 2’nci dünya savaşının yarattığı ortamın, mülkiyet hakkının kapsamının belirlenememesinde etkisi olduğunu söylemek mümkündür.⁴⁴ Bunun yanında, AİHS genel olarak kamu özgürlüklerini düzenlemekle birlikte ekonomik haklar bağlamında, sözleşmenin 2’nci maddesinde zorla çalıştırma yasağı, 11’inci maddesinde sendika hakkı ve son olarak Ek-1 Protokol’ün 1’inci maddesinde mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır.⁴⁵

⁴² **Başpınar**, Veysel: “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65(3), 2016, s. 633-636.

⁴³ **Başpınar**, s. 636-637.

⁴⁴ **Gözübüyük**, A. Şeref. ve **Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitap Evi, Ankara, 2016, s. 438.

⁴⁵ **Dinç**, Güney: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, 51, 2004, s. 133-134.

AİHS'e Ek-1 Protokolü 1'nci maddesi⁴⁶ incelendiğinde mülkiyet hakkının 3 aşamada garanti altına alındığını söylemek mümkündür. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında her gerçek veya tüzel kişinin mülkiyet hakkı olduğu ve bu hakkın dokunulmaz olduğu güvence altına alınmış ve devamında ise söz konusu mülkiyetten yoksun bırakılma halleri sıralanmıştır. 22'nci fıkrasında ise devletin hangi hallerde mülkiyet hakkını kısıtlayabileceği belirlenmiştir.

AİHS EK-1 protokol 1'nci maddesinde tüzel ve gerçek kişilerin mülkiyet hakları koruma altına alınmakla birlikte söz konusu korunan menfaatin karşısında devlet vardır. Ancak yine aynı maddede, korunmaya alınan mülkiyet hakkının, hangi hal ve şartlarda sınırlandırılabilirliği karar bağlanarak, devletin egemen ülke yetkisi de korunmaya devam edilmiştir.

A. Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Sözleşmede mülkiyet hakkının ne anlama geldiği veya kapsamının ne olduğuna dair kesin bir tanımlama yapılmasından kaçınıldığı da görülmektedir. Ancak sözleşme ve ek protokollerin yorumlanması görevi, sözleşmenin 32'nci maddesi gereği, günün dinamiklerine uygun olarak yapılmak kaydıyla AİHM'e verilmiştir.⁴⁷ Depolle-Fransa davasında Mahkeme, mülkiyet hakkının devletin iç hukukundaki tanımından ayrı olarak davanın tam boyutları dikkate alınarak tespit edilmesi ve değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir.⁴⁸ Bu noktada her davanın kendi içinde sahip olduğu dinamiklere göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca Mahkeme, De La Cierva Osorio De Moscoso ve Diğerleri/İspanya davasında ekonomik değer taşımayan bir şeyin mülkiyet hakkı kapsamına alınamayacağına hükmetmiştir.⁴⁹ Bu karar ışığında, mülkiyet hakkının ihlaline dair başvurularda ekonomik değer ve meşru beklenti kriterlerini belirleyici unsur olarak kabul ettiğini ve yapılan başvurularda mahkemenin, somut vakıa üzerinden değerlendirme yaparak kişinin hangi hakkının ekonomik menfaat kapsamında değerlendirilebileceğine ve mülkiyet hakkı kapsamına alınıp alınamayacağına karar verdiğini söylemek mümkündür.

Mülkiyet hakkının istisnai haller haricinde dokunulmaz olduğu her ne

⁴⁶ AİHS Ek-1'inci Protokolün 1'inci Maddesinin tam metni: *Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin ya da başka katkılarının kamu yararına uygun olarak kullanılmasını sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakla hâlâ getirmez.*

⁴⁷ **Beyazıt**, İ. Hakkı: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı" Genç Hukukçular Hukuk okumaları, S. 1, 2011, s. 447.

⁴⁸ Depolle/Fransa, No: 34044/02, 29 Mart 2010, par. 62.

⁴⁹ **Beyazıt**, s. 447-448.

kadar AİHS’de açıkça ortaya konmaktaysa da, bahse konu hakkın hangi hal ve şartlar altında de söz konusu maddenin 2’nci fıkrasında açık olarak tanımlanmıştır. Buna göre; egemen devlet özel mülkleri, kamu yararı prensibine, kanunilik ilkesine ve uluslararası hukukun getirdiği emredici hükümlere uygun olarak kamulaştırma hak ve yetkisine sahiptir. Kamulaştırma sürecinde devletin nazarda tutması gereken bu kurallar, AİHS’e taraf devletlere karşı AİHM’e yapılan başvurularda mahkeme tarafından temel alınan “üç kriter”⁵⁰ olarak da nitelendirilmektedir. AİHM’nin yapılan başvuruları değerlendirme sürecinde dikkate aldığı bahse konu kriterleri incelemeyen önce, Mahkeme hakkında kısa bir bilgi vermenin faydalı olacağını değerlendirmekteyiz.

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yeni 19’uncu maddesi⁵¹ tahtında kurulan ve taraf devletlere yüklenilen taahhütlere uyulmasını garantiye almak amacıyla denetim ve yargı görevi icra eden bir mahkemedir. AİHM görevini tam yargısal yönetimle icra etmekte ve taraf devletler açısından bağlayıcı kararlar üretmektedir.⁵² Mahkemenin yargı yetkisi AİHS’nin 32’nci maddesinde açıklanmıştır. Buna göre AİHM devletlerarası başvurular ve bireysel başvuruları incelenmekte ve “Yüksek Sözleşmeciler”⁵³ açısından bağlayıcı kararlar üretmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, mahkemenin kararları yalnız taraf devletler açısından bağlayıcıdır.

AİHS’in 34’üncü maddesine göre; taraf devletlerde ikamet eden herkes, egemen devlet tarafından haklarının ihlal edilmesi halinde, mağduriyetlerini gidermek amacıyla AİHM’ne başvurma hakkına sahiptirler. Bu hakkın bireylere tanınmasıyla birlikte devletler “uluslararası hukukun süjesi” haline gelmiştir.⁵⁴ Bireylerin söz konusu hakkı kullanmasının bazı koşulları vardır. AİHS’nin 35’inci maddesi bu koşulları ayrıntılı olarak açıklamaktadır. Buna göre; öncelikli ilk şart bireyin iç hukuk yolunu tüketmiş olma zorunluluğudur. Yani, hakkı ihlal edilen birey, dava konusu olan taraf devletin iç hukukundaki yetkili yargı mekanizmalarına başvurmadan doğrudan AİHM’e başvuru yapamaz. Bunun yanında, ilgili maddenin ikinci fıkrasına göre yapılan dilekçenin isimsiz olması veya daha önceden görülmüş bir dava hakkında olması halinde, mahkeme başvuruyu reddetmektedir. Ayrıca, aynı maddenin 3’üncü fıkrasına göre; birey başvuru hakkını kötüye kullanıyorsa ise veya başvuru söz konusu ihlalden ciddi bir zarar görmemiş ise, Mahkeme başvuruyu reddetmektedir.⁵⁵ Ancak, taraf devletin yetkili yargı mercileri bahse konu ihlalin incelenmesi

⁵⁰ Şimşek, Suat: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, Sayıştay Dergisi, S. 88, 2013, s. 27.

⁵¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 28.

⁵² Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 32.

⁵³ Ayrıntı için bkz. AİHS Madde 33, 34, 46 ve 47.

⁵⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 38.

⁵⁵ Aybay, Rona: İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 152-153.

aşamasında gereken özeni göstermemişler ise, mağdur şahsın zararı ciddi olmasa dahi Mahkeme başvurusu değerlendirmekle yükümlüdür.

A. Üç Kriter Kuralı

AİHM, mülkiyet hakkının ihlali gerekçesiyle yapılan başvurularda, davalı devletin işleminin niteliğini incelerken bahse konu işlemlerde üç kural olarak nitelendirilen, “Kamu Yararı”, “Kanunilik” ve “Uluslararası Hukukun İlkelerine” uygunluğu araştırmaktadır. Bu kriterleri detaylandırmak gerekirse, AİHM öncelikli olarak, devletin yapmış olduğu eylemin temelinde kamu yararı unsurunun varlığını dikkate almaktadır. Aynı şekilde KKTC Anayasası’nın 36’ncı maddesinin 1’inci fıkrasına göre de mülkiyet hakkı ancak “*kamu yararı veya yasa ile sınırlana bilmektedir*”. Burada bahsi geçen kamu yararı kavramı özel menfaatlerden ziyade toplum yararını konu alan eylem ve işlemlerdir. Bu kapsamda, kamu yararı perspektifi, sosyal hukuk devleti ilkesi ile bütünleşmiş bir kavramdır. Sosyal devlet ilkesi gereği ülke içerisinde yaşayan halkın refah huzur ve güvenliğinin artırılmasında devletin sosyal, iktisadi ve mali tedbir alma hak ve yetkileri mevcuttur.⁵⁶ Bu bağlamda, mülkiyet hakkı kısıtlanırken devletin burada üstün bir yarar gereği bunu yapması esastır.

Diğer taraftan, AİHM “yasallık” ölçütünü objektiflik ilkesinden hareketle açıklık, ulaşılabilirlik, aşırı taktir yetkisinden uzak ve herkes için geçerli kurallar olarak tanımlamıştır.⁵⁷ Devletin, bahse konu sınırlamayı yasal dayanağı olan ve kabul edilebilir nedenlerle yapması gerekmektedir. Ancak bu nedenlerin neler olduğu açıkça listelenmek yerine genel ifadelerle tanımlanmıştır. Bunun temel nedeni ise hukuktaki öngörülebilirlik ilkesidir.

Son olarak ise uluslararası hukuk ilkelerine aykırı olmama şartı ayrıca önem atfedilen bir kriterdir. Mülkiyet hakkı kapsamında temel uluslararası kriterler “iyi niyet, Ahde Vefa, ölçülülük adil denge, Adil yargılanma”⁵⁸ ilkeleri olduğunu söylemek mümkündür. Mülkiyet hakkının korunması hakkında düzenlenen uluslararası belgelerin temel amacı devletleri ortak bir paydada buluşturmak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda AİHS de aynı amaçtan hareketle, egemen devletin yetkilerine ve iç işlerine saygının korunmasını esas olarak hazırlanmış olmakla birlikte bireylerin haklarını korumak maksadıyla taraf devletlere yükümlülükler de getirmiştir. Mahkeme, taraf devletlerin mülkiyetten yoksun bırakmaya dair işlem ve eylemlerine karşı açılan dava incelemelerinde özellikle, adil yargılanma, hukuka uygunluk, adil

⁵⁶ Şimşek, Suat: “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma şart ve Nedenleri Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I”, TBB Dergisi, S. 91, 2010, s.199.

⁵⁷ Ergül, Ergin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci Maddesi Açısından Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi”, Danıştay Dergisi, S. 138, 2015, s. 9-40.

⁵⁸ Beyazıt, s. 450-451.

tazminat ödenmesi ve gereklilik ölçütlerine vurgu yapmaktadır.⁵⁹ Bu bağlamda, devletin mülkiyet hakkına müdahalesi her ne kadar yasallık kriterine uygun olsa da Mahkeme, kamu gücünün bireysel hakkın ihlalinde bir araç gibi kullanılmasının engellenmesinde önemli rol oynamaktadır.

Sonuç ve Değerlendirmeler

Marunîlerin KKTC’de gönüllü olarak terk etmiş olduğu malların hukuki statülerinin incelenmesinde, Koruçam ile diğer üç köyün ayrı ayrı ele alınması gereği kaçınılmaz bir gerçektir. Marunî mallarının “Mala Zorla El Koyma kanunu” kapsamının dışında bırakılması, söz konusu malların AİHS Ek-1’inci Protokolün 1’inci maddesindeki 1’nci kuralın ihlal edilmediğinin göstergesidir. Diğer taraftan, Koruçam’da mal varlığı bulunan Marunîlerin malları üzerindeki tasarruf haklarının kısıtlanmaması hasebiyle, 2’nci kuralın ihlal edilmediği de açıkça görülmektedir. Bunun yanında, Koruçam köyünün sivil yerleşime açık olması ve GKRY’de ikamet eden Marunîlerin topraklarına gelip kalıcı olarak yerleşmesi önünde engel olmaması sebebiyle, KKTC’de fiilen oturmasa dahi Koruçam’da malları bulunan Marunîlerin mülkleri üzerindeki tasarruf haklarında herhangi bir kısıtlama yapılmadığını söylemek mümkündür.

Diğer taraftan, daha öncede belirtildiği üzere, askerî bölge kapsamına alınan Marunî mallarını açısından aynı durumun geçerli olmadığı görülmektedir. Her ne kadar tapu sicil kaydında herhangi bir değişiklik yapılmasa da, eğer şahsın mülkü üzerindeki, devir, miras hakkı, kira ve kullanım hakları gibi mutlak hakları kısıtlanıyorsa, söz konusu 1’inci maddedeki 2’nci kural olan “mülkten yoksun bırakma” ihlalinin varlığı kabul edilmektedir. Ancak, farklı bir görüşe göre ise; eğer devlet özel mülkün mülkiyet hakkını tamamen sonlandırmıyor ve kısıtlıda olsa tasarruf hakkı tanıyorsa, burada “mülkiyetten yoksun bırakma” mevzu bahis olmamaktadır.⁶⁰ Bu kapsamda, AİHM, Sporrong-Lönnroth/İsveç davasındaki kararında; başvuru şahısların mallarının idare tarafından kamulaştırılmadığı, maliklerin; mülklerini satma, devretme ve miras bırakma gibi haklarının devam ettiği ve buna bağlı olarak, mülk üzerindeki tasarruf haklarının kısıtlanmasına rağmen tam anlamıyla sonlandırılmadığı gerekçesiyle, idare tarafından alınan tedbirlerin mülkiyetten yoksun bırakma kapsamında değerlendirilemeyeceğine işaret edilmiştir.⁶¹ Mahkemenin söz konusu değerlendirmesi ışığında, askerî bölge kapsamında ki Marunî mallarının 2’nci kuralı ihlal etmediğini söylemek mümkündür.

Diğer taraftan bahse konu Marunî mallarının durumu, üçüncü kural yani,

⁵⁹ Beyazıt, s. 452.

⁶⁰ Sarı, H. Gürbüz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 77.

⁶¹ Şimşek, s. 34.

“mülkiyet hakkının kamu yararı maksadıyla idare tarafından kısıtlanması” kapsamında değerlendirildiğinde;

Askeri bölge kapsamına alınan üç köyün kamu yararına kullanıldığı açık olmakla birlikte, söz konusu kural gereği, bahse konu malın hakkaniyet kuralına uygun olarak kamulaştırılması⁶² yani adil bir tazminat ödenmesi zorunludur. Ancak bahse konu köylerde, böyle bir kamulaştırma usulünün izlenmemesi ve Yabancı Taşınmaz Mallar Yasası’nın 12’nci maddesine göre ulusal amaçlar için işgal edilen yerleşim yerlerine karşılık olarak yalnız bir miktar kira ödenebileceği hükmü gereği, hukuki bir kamulaştırma işleminin uygulanmadığı görülmektedir. AİHM önüne getirilen benzer davalar üzerinden değerlendirme yapıldığında; Mahkemenin söz konusu hususlara fiili kamulaştırma olarak yaklaştığını görülmektedir. Benzer bir vakıa da; Yunanistan’a karşı açılan 1967 davasında Mahkeme, özel şahsa ait bir malın kamulaştırma bedeli ödenmeden deniz kuvvetleri vakfına devredilmesini ve üs bölgesi olarak kullanılmasını hak ihlali olarak nitelendirmiş ve söz konusu işlemin sonucu olarak adilane bir kamulaştırma bedeli ödenmesi gereğine işaret etmiştir. Bahse konu davada, mülkiyetin statüsünün değiştirilmiş olmasından cihetle Marunî mülkiyetlerinin güncel durumundan ayrıştığı görülmektedir. Benzer bir olayda, yine Yunanistan’a karşı açılan bir diğer davada Mahkeme, 1967 yılında kamulaştırma yapılmadan, el konulan bir özel mülke, 1974 tarihinde kamulaştırma yapılarak gerçekçi olmayan bir para ödenmesini de hak ihlali olarak değerlendirmiş ve adil bir tazminat ödenmesi gereğine işaret etmiştir.⁶³ Bu da göstermektedir ki; yapılacak kamulaştırmanın adil tazminat kuralına uygun olarak yapılması mahkeme açısından açık bir hakka müdahaleyi ihlal olmaktan çıkaran kuralıdır.

Sonuç olarak, Marunîlerin Gönüllü olarak terk etmek suretiyle boşalttığı üç köy, İTEM yasası ve Mala Zorla El Koyma Kanunu kapsamı dışında bırakılarak sivil yerleşime açılmamış ve askeri bölge kapsamına alınarak da hem kamu yararı sağlanmış hem de söz konusu mülkler dolaylı olarak da olsa KKTC idaresince muhafaza altına alınmıştır. Şu anda, KKTC idaresince başlatılan “*Maronit Açılımı*”⁶⁴ adındaki yeni bir adımla GKRY’de ikamet eden

⁶² Türk hukukuna göre kamulaştırmada izlenecek usul;

- 1- İdare tarafından yeterli ödeneğin temini
- 2- Kamu yararı kararının alınması
- 3- İlgili taşınmazların belirlenmesi
- 4- Kamulaştırma kararının alınması
- 5- Satıl alma usulünün denenmesi ve eğer başarılı olunamaz ise kanun yolunun izlenmesi sonucu mahkeme kararına göre taşınmazın bedelinin tespiti ve tapu sicil kaydının değiştirilmesi.

⁶³ Dinç, s. 101-102.

⁶⁴ Maronit Açılımı, 2018, 28.04.2019 tarihinde <https://www.kibrisgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-mehmet-hasguler/maronit-acilimi/6899> adresinden erişim sağlandı.

Marunîlerin, KKTC’de gönüllü olarak terk etmiş oldukları topraklarına dönmeleri için çalışma başlatılmıştır. Bu çalışmanın başlatılmış olması, niyet unsuru olarak, KKTC’nin söz konusu Marunî mallarını işgal etme ve mülkiyet haklarına hâlel getirme amacıyla olmadığını açık bir göstergesidir.

KAYNAKÇA

- Akılhoğlu**, Tekin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 1, 2013 9-27.
- Anderson**, L. Terry/**McChesney**, S. Fred : Property Right: Cooperation, Conflict and Law, New Jersey: Princeton University Press, 2003.
- Aybay**, Rona: İnsan Hakları Hukuku, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- Bal**, Rıdvan: “Kıbrıs’ta Azınlıklar ve KKTC’nin Bölünmüş Azınlığı: Maronitler”, *Akademik Bakış Dergisi*, S. 61, 2017, 8-25.
- Başpınar**, Veysel: “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65(3), 2016, 633-658.
- Bayram**, Hümeysra, Merve: “Kamulaştırmaz El Atmanın Hukuki ve Fiili Ayrımı”, Yayınlanmış Master Tezi, T.C. Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanlığı, 2018, Ankara.
- Beyazıt**, İbrahim, Hakkı: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları*, S. 1, 2011, 445-458.
- Çevikel**, Nuri: Kıbrıs Akdeniz’de Bir Osmanlı Adası (1570-1878), Numara Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Demosthenous**, Areti: “The Maronites of Cyprus: From Ethnicism to Transnationalism”, *Gamer*, S. 1(1), 2012, 61-72.
- Dinç**, Güney: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 51, 2014, 133-152.
- Ergül**, Ergin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci Maddesi Açısından Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi”, *Danıştay Dergisi*, S. 138, 2015, 9-40.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi. Ankara, Turhan Kitap Evi.
- Gündüzler**, Ulaş: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Mülkiyet Sorunu Bakımından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Etkileri”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, S. 15(2), 2016, 23-58.
- Keser**, Ulvi: “Kıbrıs’ta Göç Hareketleri ve 1974 Sonrasında Yaşananlar”, *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S. 12(1), 2006, 103-128.
- Keser**, Ulvi ve **Altun**, Işıl: “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin Unutulan Barış Elçileri; Maruniler, Yapılanlar ve Yapılamayanlar Üzerine Kesitsel Bir Bakış”, *Motif Akademi Halkbilimi Dergisi*, Kıbrıs Özel Sayısı, S. 3, 2013, 52-75.
- Keser**, Ulvi ve **Özdemir**, Muharrem: “Kıbrıs’ta Azınlıklar: Ermeniler, Maruniler ve Gurbetler”, *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S. 17(35), 2017, 317-334.

- Kyriakou**, Nicolas ve **Kaya**, Nurcan: “Azınlık Hakları: Kıbrıs Anlaşmazlığına Yönelik Çözümler”, Minority Rights Group International, 2011, 1-40.
- Mandacı**, Nazif: “Ulus Kurma süreçleri ve Nüfus Mübadeleleri: Dün ve Bugün”, Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi, S. 18(3), 2014, 85-103.
- Maronit** Açılımı, 2018, 28.04.2019 tarihinde <https://www.kibrisgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-mehmet-hasguler/maronit-acilimi/6899> adresinden erişim sağlandı.
- Mutlu**, Muhammet, Sefa: “Kamulaştırmasız El Atma”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2008, 1-27.
- Özersay**, Kudret: “AİHM’nin XENİDES-Arestis Kararı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 61 (1), 2006, 321-332.
- Sarı**, H. Gürbüz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Şimşek**, Suat: “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Şart ve Nedenleri Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 91, 2010, 181-228.
- Şimşek**, Suat: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, Sayıştay Dergisi, S. 88, 2013, 27-47.
- Tezcan**, Murat: “Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmasız El Atma”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2013, 400-408.
- Tutal**, Erhan: “Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, 1107-1132.
- Yıldırım**, Münir: “Kıbrıs Marunî Topluluğu”, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 13 (1), 2013, 1-2

“İCRANIN ESKİ HALE İADESİ MÜESSESESİNİN SAĞLANMASI VE UYGULAMADA YARATTIĞI BAZI SORUNLAR”

Provision of the Establishment of Reinstatement of the Execution and Examination of It's Problems Occuring in Practise

Nazlı Can VARİŞ*

ÖZET

Çalışmamız, İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülmüş olan icranın eski hale iadesi müessesesinin şartları ve usulü üzerine bir inceleme ile eski hale iade sağlanırken, bu müessesenin uygulamada sıklıkla ortaya çıkardığı sorunlar üzerine bir değerlendirme amacı taşımaktadır. Araştırmamızda, icranın eski hale iadesi müessesesinin uygulama sorunları, bu sorunların doktrindeki çözüm önerileri ve yüksek mahkeme içtihatları doğrultusunda aktarılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İcranın iadesi, Kanun yoluna başvuru, İlamlı icra, Hukuki çare, İcradan önceki halin getirilmesi.

ABSTRACT

This research aims to evaluate the conditions and procedures regarding the institution of restitution envis by the code of Enforcement and Bankruptcy Law and the problems encountered in practice. The problems encountered in the implementation of the institution of restitution in kind will be conveyed in accordance with the solutions offered by both the doctrine and Supreme Court case law.

Keywords: Retrocession of enforcement, Appealing to legal remedy, Enforcement proceeding with judgement, Legal remedy, Return to the previous execution.

* Araştırma Görevlisi, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, nazlican.varis@neu.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3363-1848> (Makalenin Geliş Tarihi: 15.05.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 24.07.2019-02.09.2019/Makale Kabul Tarihleri: 02.09.2019-26.09.2019)

Giriş

İcranın eski hale iadesi; takip ekonomisi ilkesine uygun olarak; bir takım kolaylıklar sağlayan bir icra hukuku müessesesidir. İcra ve İflas Kanunu'nu sistematığı içerisinde 24. ve 41. maddeler arasında, ilamlı icraya ilişkin bölümde düzenlenmiştir ve dolayısıyla ancak ilamlı takiplerde söz konusu olabilmektedir

İcranın eski hale iadesi takip hukukuna özgü bir hukuki çaredir. Takipte alacaklı görünen kişinin alacağına, takip hukukunun bir takım kolaylıkları ile kavuşmasını sağlayan düzen, takip borçlusunun da menfaatlerini koruyarak bir denge yaratmaya çalışmıştır. İcra İflas Kanunu'nun 40. maddesi ile ana hatlarıyla düzenlenmiş olan icranın iadesi müessesesi, henüz kesinleşmeden icrasına başlanmış olan bir kararın istinaf mahkemesince kaldırılması ya da Yargıtay tarafından bozulması üzerine icra işlemlerinin durması ve haksız yere icra edilen kısmın iadesinin sağlanmasıdır.

Çalışmamızda, bu önemli müessesenin Kanunda tek bir madde ile düzenlenmiş olması, dolayısıyla bir takım hususlarda uygulanacak yöntemin belirsiz olmasından kaynaklanan ve uygulamada sorun yaratan bazı hususlara değinilecektir. Konu iki ana bölümde incelenecektir. İlk bölümde icranın eski hale iadesi hakkında genel bilgiler verilecek ve genel hatlarıyla icranın iadesinin şartlarına değinilecektir. İkinci bölümde ise icranın eski hale iadesinin hangi usullerle sağlandığı ile bunların uygulamada çıkardığı sorunlara dikkat çekilecek, maddenin uygulanmasının üçüncü kişilere etkisinin ne olacağına ve hükmün kıyasen uygulanarak icranın iadesinin sağlandığı diğer hallere değinilecektir. Nihayet inceleme, değerlendirmelerimize ilişkin açıklamalarla sonlandırılacaktır.

I. Genel Olarak İcranın İadesi Müessesesi

İlamlı icra, İcra ve İflas Kanunu 24. ve 41. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İlamlı icra yolunda, alacaklının elinde alacaklı olduğu gösteren bir mahkeme kararı bulunmaktadır. Alacaklı bu kararın icra edilmesini icra dairesinden talep etmektedir. İcra dairesi bu ilama dayanarak borçluya bu kararı yerine getirmesi için bir icra emri göndermektedir. Mahkeme kararlarının icra edilebilmesi için kural olarak kesinleşmelerine gerek yoktur. Bu nedenle bu kararların icra dairelerince icra edilmelerinin ardından bozulması ve takipte borçlu görünen kişinin aslında bu ilamda yazdığı kadar veya hiç borcu olmadığını anlaşılması üzerine, borçlunun bu karar icra edilmeden önceki haline kavuşturulması için İcra İflas Kanunu'nun 40. maddesinde yer alan icranın eski hale iadesi müessesesi öngörülmüştür.

A. Tanımı ve Amacı

İcranın eski hale iadesinin Kanunda bir tanımı bulunmamakla; İcra İflas Kanunu madde 40'da şartları belirtilmiştir¹: Maddeye göre icranın iadesinin istenebilmesi için, alacaklının elinde, alacaklı olduğunu gösteren bir ilam ile bu ilama dayanan ve borçlu aleyhine girilen bir takip olmalı, borçlu bu takibe dayanak ilama karşı üst derece mahkemesine başvurmuş olmalıdır. Üst derece mahkemesi bu kararı, borçlunun ilamda yazılı olduğu kadar veya hiç borcu olmadığını anlaşılmaması üzerine kaldırmalı ve esas hakkında yeni bir karar vermiş veya bu kararı bozmuş olmalıdır. Üst derece mahkemesinin kararının kesinleşmesi üzerine artık takipte borçlu sıfatına sahip olan kişi, icranın eski hale iadesini ayrıca bir mahkeme hükmüne gerek olmaksızın, bu bozma ilamı ile icra dairesinden talep edebilecektir. Bu şekilde takip borçlusu, ilk derece mahkemesinin ilamının icrası uygulanmadan önceki hukuki durumuna kavuşacaktır. Bu anlamda icranın eski hale iadesi, gerçekte borçlu olmayan takip borçlusunu, ilamın icra edilmesinden önceki durumuna dönmesini sağlayan bir hukuki çaredir². Yargıtay da bir kararında³ icranın eski hale iadesini şu şekilde tanımlamıştır: *“İİK’nin 40/f.II maddesinde düzenlenen icranın iadesi prosedürü, bir ilama dayanılarak takip borçlusundan alınıp takip alacaklısına ödenen tutarın takip dayanağı ilamın bozulması ve takip konusu alacağın haksızlığının daha sonra kurulup kesinleşen bir hükümle saptanması halinde ayrıca hükme hacet kalmaksızın takip alacaklısından icra dairesi marifetiyle gereğinde cebri icra yoluyla geri alınıp takip borçlusuna iadesini temine matuf bir takip hukuku yöntemiştir.”*

İcra İflas Kanunu’nun 40. maddesinin amacı, takip konusu ilama karşı kanun yoluna başvurulması bir hükmün icrasının durdurmayacağından⁴, bu ilama dayanılarak malı haczedilen, paraya çevrilen ve hatta belki de malının bedeli alacaklıya teslim edilen takip borçlusunun, hükmün bozulmasından sonra ayrıca

¹ **Akkaya**, Tolga: “5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlamlı İcrada İcranın İadesi” Legal Medeni Usul ve İcra İflas Dergisi (MİHDER), 2008/3, s. 680; **Çelik**, Yasin: İcranın İadesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s.3.

² **Akkaya**, s. 680.

³ Yarg. 11. HD. 22.11.1990, 6774 E. ve 7483 K. Bkz. **Akkaya**, s. 680, dn. 4.

⁴ İstinaf veya temyiz yoluna başvuru ilamın icrasını durdurmayacağından, alacaklı ile borçlu arasındaki denge sağlamaya yönelik olmak üzere İcra İflas Kanunu 36. maddesinde icranın durdurulması müessesesi öngörülmüştür. Hükme karşı kanun yoluna başvuran taraf, icranın durdurulmasını Yargıtay ya da Bölge Adliye Mahkemesinden talep edebilir. Bkz. **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz /**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, s. 452. Taleple bağlılık ilkesi gereği talep olmaksızın mahkeme icranın durdurulması kararı veremez. (Bkz. **Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 199.

bir dava açmasına gerek olmadan, malını veya malının değerini geri alabilmesi, yani haksız takipten önceki haline kolaylıkla kavuşmasını sağlamaktadır⁵. Eski hale iade müessesesinin sağladığı kolaylık göz önünde bulundurulduğunda, takip ekonomisi ilkesine hizmet ettiği ortadadır. Bununla birlikte madde, hükmün bozulması ile birlikte artık alacaklıya bu takibin devamını sağlamasına izin vermediği gibi, borçluya da bozulan bu hükmün yeni bir ilam ile kesinleşmesine kadar icranın eski hale iadesini isteme hakkı tanımamıştır⁶. Bu açıdan da alacaklı ve borçlu menfaatleri arasında bir denge sağlamaya yöneliktir⁷.

B. Şartları

İcranın eski hale iadesinin gündeme gelebilmesi için mahkemeden alınmış bir ilam henüz kesinleşmeden icraya konulmuş, kısmen veya tamamen icra edilmiş olmalıdır. İlamın icrası sırasında, takip borçlusu bu ilam aleyhine kanun yoluna başvurmuş ve bu karar istinaf mahkemesinde kaldırılmış, esas hakkında yeni bir karar verilmiş veya Yargıtay tarafından bozulmuş olmalıdır.

Buradan hareketle, İcra İflas Kanunu 40. maddenin uygulanma alanı yalnızca ilamlı takiplere özgü olduğunu söylemek mümkündür. Alacaklının ilamlı bir takibe girişebilmesi için öncelikle elinde bir ilam bulunması gerekmektedir⁸; ancak ilam niteliğinde belgeler hakkında nasıl bir yol izleneceği de önem taşımaktadır. İlam niteliğinde belgeler de ilamlar gibi ilamlı icra yoluna başvurulmak suretiyle icra edilmektedirler⁹. Fakat ilam olmadıklarından bunlar aleyhine kanun yoluna başvurulamayacaktır. Yalnız bunlar hakkında genel

⁵ Akkaya, s. 681.

⁶ Postacıoğlu, İlhan E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 639.

⁷ Tanrıver, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s.171. Postacıoğlu'na göre de kanun koyucu bu şekilde mümkün olduğunda icranın iadesi ihtimallerini azaltmaya çalışmıştır. Bkz. Postacıoğlu, s. 639.

⁸ Maddenin lafzı ve amacı da göz önünde bulundurulduğunda icranın eski hale iadesinin uygulanma şartlarının ilamsız takiplerde gerçekleşmesi mümkün değildir. Berksoy, İrem: "Kanun Yoluna Başvurunun İcraya Etkisi", Legal Hukuk Dergisi, C. 5, S. 54, 2007, s. 1853; Uyar, Talih: Takip Hukukunda İcranın Durdurulması-İcranın İadesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2004/3, s. 1021; Olgaç, Senai: İcra- İflas, C. I, Maddeler (1-105), Ankara 1978, s. 296; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 171. İlamsız takiplerde cebri icra yolu ile bir parayı ödemek zorunda kalan kimse için yine bu Kanunun 72. maddesi çerçevesinde zaten istirdat davası açma hakkı bulunmaktadır. Bkz. Tanrıver, İlamlı İcra, s. 171.

⁹ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder /Taşpınar Ayvaz, Sema: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2016, s. 377.

Bununla birlikte kanunlarda "ayrıca bir hükmü gerektirmediği" belirtilen hallerde de ilamlı icra yapılabilir. Bkz. Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 900. Örnek olarak İİK m. 15/I, İİK m. 24/IV, İİK m. 30/II, İİK m. 40/II, İİK m. 133/II.

mahkemelerde ayrı bir sahtelik davası açılabilir; bu davanın açılması da ilamın icrasına engel olmayacaktır¹⁰. İcranın durdurulabilmesi için ancak bu mahkemeden çıkacak kararın, yani ilamın sahteliğinin kesinleşmesi gerekir¹¹. Bu noktada, ilam niteliğinde bir belgenin sahteliğine ilişkin yargılama devam ederken, bu belgenin icrasına da devam edilip borçlunun malları haczedilmiş, satılmış ve hatta alacaklıya teslim edilmiş ise biraz önce bahsettiğimiz üzere ilam niteliğinde belgelere de İcra İflas Kanunu 40. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu gündeme gelecektir. İlam niteliğindeki bir belgenin sahteliğinin anlaşılması üzerine takip, hukuki dayanaktan yoksun kalacağından ve bu belgeler aleyhine kanun yoluna başvuru söz konusu olamayacağından İcra İflas Kanunu’ nun 40. maddesindeki şartlar tümüyle oluşmamış olacak, maddenin ‘doğrudan’ uygulanması mümkün olamayacaktır¹². Fakat kıyasen uygulanabilmesi gerekmektedir¹³. O halde ilam niteliğinde belgenin genel mahkemelerde sahteliğinin ileri sürülmesi üzerine mahkemeden çıkacak kesin kararın ardından, takip ekonomisine de uygun olarak, artık bu kesinleşmiş hüküm ile icranın eski hale iadesi istenebilmelidir.

Kural olarak, alacaklı olduğu bir mahkeme hükmü ile ilama bağlanmış olan taraf, bu kararın kesinleşmesini beklemeksizin, kararın icra edilmesini icra dairesinden talep edebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 350. ve 367. maddelerinin I. fıkrası gereğince, karara karşı kanun yoluna başvurulması ilamın icrasını durdurmaz. Ancak borçlu, henüz kesinleşmemiş bir karar hakkında İcra İflas Kanunu 36. maddedeki koşullar söz konusu ise icranın durdurulması kararı alabilir. Bu karar alınmamış ise ilamın icrasına, istinaf ve temyiz incelemesi sürerken de devam edilecektir¹⁴. İlam henüz kesinleşmeden yüksek mahkemeye taşınmış olan karar ile borçlunun malları haczedilmiş, satılmış ve hatta parası alacaklıya teslim edilmiş olabilir. Ancak, Bölge Adliye Mahkemesi’ nden ya da Yargıtay’ dan çıkan karar ile icrasına başlanmış olan ilam bozulmuş ve borçlunun

¹⁰ **Erdönmez**, Güray: “Adi ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi”, TBBD, 2016/123, s. 170. Ayrıca *Erdönmez’e göre*, HMK 209’da yer alan, “*Resmî senetlerdeki yazı veya imza inkar edildiğinde, senetteki yazı veya imzanın sahteliği, ancak mahkeme kararıyla sabit olursa, bu senet herhangi bir işleme esas alınmaz.*” hükmünde, “*mahkeme kararı ile sabit olmak*” ifadesinden ‘kesinleşme’ nin anlaşılması gerekmektedir.

¹¹ **Çelik**, s. 47-48.

¹² **Çelik**, s. 48.

¹³ **Akkaya**, s. 682; **Çelik**, s. 48.

¹⁴ **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 171; **Uyar**, Talih: İcra Hukukunda İlamlı Takipler, Manisa, 1991, s. 520; **Antalya**, Gökhan: “İcranın İadesi, Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 4, 1983, s. 579; **Üstündağ**, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 354; **Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku C. III, Ankara 1993, s. 2227; **Pekcanitez**, Hakan/Atalay, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2014, s. 323.

aslında borçlu olmadığı yeni bir ilam ile tespit edildiği durumda; eğer icranın ertelenmesi söz konusu olmamışsa; icranın eski hale iadesi ile ilam icra edilmeden önceki duruma dönülmesi, İcra İflas Kanunu 40. maddesinin II. fıkrası çerçevesinde mümkün olacaktır. Doktrinde de icranın iadesi, buradan hareketle, “İlamlar henüz kesinleşmeden icra olunabilirler” ilkesinin yarattığı hukuki durumu, söz konusu ilamın icra edilmesinden önceki haline çevirmeyi amaçlayan bir icra organı işlemi olduğu şeklinde tanımlanmıştır¹⁵. Kesinleşmeden icra edilmeyecek ilamlar¹⁶ ise İcra İflas Kanunu madde 40’ da yer alan “kanun yolunda bozulma” şartını yerine getiremeyeceklerinden, bunlar hakkında İcra İflas Kanunu’ nun 40. maddesinin uygulanması da mümkün olamayacaktır.

İcranın eski hale iadesinin sağlanmasının bir diğer şartı ise takibe dayanak ilama karşı kanun yoluna başvurulmuş olmasıdır. Kanun yoluna başvurulması ile birlikte İcra İflas Kanunu madde 40’ ın I. fıkrası gereğince istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırması veya kararın Yargıtay tarafından bozulması halinde icra işlemleri olduğu yerde durmaktadır¹⁷. Ancak burada icranın durdurulmasını sağlamak için bu bozma kararının icra dairesine ibraz edilmesi şarttır¹⁸. İcra işlemleri, bu bozma kararının ibraz edilmesi üzerine, takip iptal edilmiş olmayacağından, bozmadan önce yapılmış olan icra işlemleri geçerli olacaktır¹⁹. Yani bozma kararının daha önceden yapılmış icra işlemleri üzerinde etkisi yoktur. Ayrıca ilamın bozulması ile durması gereken

¹⁵ **Özbek**, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Ankara 2001, s. 704.

¹⁶ Kesinleşmeden icra edilemeyecek bazı ilamlar şunlardır: Taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin ilamlar, hakem kararları, aile ve şahsın hukukundan doğan uyuşmazlıklar, Sayıştay kararları, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hakkında ilamlar.

Hemen belirtmelidir ki, kesinleşmeden icra edilemeyecek ilamların, icraya konulabilmeleri için, en geç takip tarihinde kesinleşmiş olmaları şarttır; ancak buna rağmen kesinleşmeden icra edilemeyecek bir ilam icraya konulursa, borçlu bu durumu yaratan icra memuru hakkında icra mahkemesinde şikayet yoluna başvurabilecektir. Bununla beraber takip tarihinde kesinleşmiş olmadığı halde, icrasına devam edilirken kesinleşirse bu halde de icra mahkemesinde şikayet yoluna gidilebilecektir. Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 926-927.

¹⁷ Buradaki ‘icra işlemleri’ ifadesi, ‘icra takip işlemleri’ kavramından daha geniş bir anlam ifade etmektedir. *Bu yönde bkz. Postacıoğlu*, s. 639; **Uyar**, Takip Hukuku, s. 1022; **Tanrıver**, Süha: ‘İcranın İadesi’, Yargıtay Dergisi, 1990/4, s. 569.

¹⁸ **Akkaya**, s. 686.

¹⁹ **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 173; **Kuru**, El Kitabı, s. 929; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2017, s. 297; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s. 324; **Yıldırım**, M.Kâmil/ **Deren Yıldırım**, Nevhis: İcra Hukuku, İstanbul 2009, s. 303; **Uyar**, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, (C. 2: İİK. 17-42), Ankara 2004, s. 3398.

işlemler de “icra işlemleri”dir; borcun ödenmesini sağlayan işler ve kararlarla sınırlıdır; koruma tedbirleri niteliğinde olanlar durmayacaktır²⁰.

İlk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf yolu kanun koyucu tarafından kapatılmış ise bu halde zaten Kanunun 40. maddesindeki şartlar oluşmayacak, icranın eski hale iadesi uygulama alanı bulamayacaktır²¹. Ancak istinaf kanun yolu açık bırakılmış ise bu durumda hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulmuş olması Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca, hükmün icrasını durdurmayacağından²², burada takip dosyasında borçlu görünen kişinin Kanunun 36. maddesine dayanarak icranın geri bırakılması kararı alması gerekmektedir²³. Ancak borçlu bunu talep etmemiş veya talep etmesine rağmen mahkeme geri bırakma kararı vermemiş olabilir. Bu halde hükmün icrasına, karar aleyhine kanun yoluna başvurulmuş olmasına rağmen, devam edilecektir. Ancak istinaf kanun yolundan çıkacak kararın hükmün icrasına etkisi farklılık gösterecektir. Çünkü icranın iadesi müessesesi ancak 40. maddenin II. fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, bölge adliye mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırması ve borçlunun hiç ya da ilamda belirtildiği kadar borcunun

²⁰ **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 175; **Akkaya**, s. 689.

Örneğin, bozulacak türden bir ürünün, icra dairesi tarafından paraya çevrilerek saklanması da bir koruma tedbiridir. Bu nedenle de yine teknik anlamda icra işlemi olmadığından, bu ilamın kaldırılması veya bozulmasından sonraki dönemde de yapılabilecektir. Bkz. **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 179; **Tanrıver**, İcranın İadesi, s. 575. Yine *örneğin*, vadesi henüz gelmemiş olan bir alacağın haczinin dayandığı ilam bozulsa dahi, hacizli alacağın üzerindeki haciz devam edeceğinden, icra dairesi tarafından tahsili yapılacaktır. İlam bozulsa dahi icra dairesince yapılacak olacak bu tahsil işlemi, önceden konulmuş olan haczin gereğinin yerine getirilmesidir, bu anlamda da koruma tedbiri niteliği taşıdığından, İcra İflas Kanunu madde 40 I. fıkra kapsamına sokulamayacaktır. Çünkü 40. maddenin I. fıkrası yalnız icra işlemlerini esas almaktadır. Bkz. **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 178; **Uyar**, Şerh, s. 3401. Burada vadesi gelmemiş alacak hakkındaki ilamın bozulması üzerine, yapılacak muhakeme sonrasında alacaklının davasının reddedilmesi ve bu ret kararının kesinleşmesi gerekmektedir; ancak bundan sonra alacak üzerindeki haciz kalkacaktır. Bkz. **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 178; **Postacıoğlu**, s. 640.

²¹ **Çiftçi**, Murat Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2016, s. 935.

²² İstinaf kanun yolu getirilmeden önce uygulanan “temyiz yoluna başvurunun icrayı durdurmayacağı” anlayışı istinaf sisteminde de kabul edilmiştir. Bkz. **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1463.

²³ **Çiftçi**, istinaf kanun yolu aşamasında alacaklı henüz ilamı takibe koymamış olsa da bu halde bile, bu hakkı elinde bulundurduğundan ve her an takibe başlayabileceğinden, borçlu görünen tarafın icranın durdurulmasını talep edebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Çiftçi**, s. 936.

Bölge adliye mahkemesinin de istinaf başvurusunu ‘esastan’ reddettiği hallerde de, icrası önceden durdurulmuş olan karar tekrar icra edilebilir olacağından, istinaf kanun yolu sonucunda verilen karar kesin değil ise borçlunun temyiz yoluna giderken ayrı bir icranın durdurulması kararı alması gerekmektedir. Bkz. **Çiftçi**, s. 953.

olmadığının anlaşılması üzerine, başka deyişle istinaf başvurusu haklı ise gündeme gelecektir²⁴.

Dosyanın temyiz kanun yolunda olduğu hallerde ise Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemesinin kararını usul ve kanuna uygun bulursa onar²⁵. Bu halde icranın iadesi söz konusu olamayacaktır²⁶. Yargıtay istinaf mahkemesinin kararını yerinde görmez ise bozar. Bu halde ise Yargıtay, istinaf kanun yolunda olduğu gibi işin esasına girip karar veremeyecektir; dosyayı bozmakla yetinecektir ve dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderecektir²⁷. Kanun yoluna başvuru ile birlikte eğer icranın durdurulması talep edilmemiş veya talep edilmiş ancak bu yönde bir karar alınamamış ise bu halde kararın bozulması halinde takip olduğu yerde duracaktır; ancak bunun için bozma kararının takip dosyasına sunulması şarttır. Hükmün bir kısmının bozulup bir kısmının onanması

²⁴ İstinaf kanun yoluna başvurulması ile birlikte, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesini kararını denetler ve bazı durumlarda da yeniden yargılama yaparak yeni bir karar verebilir. Bkz. **Arslan Ramazan /Yılmaz Ejder /Taşpınar Ayvaz**, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 585; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 474; **Yılmaz**, Usul Şerhi, s. 1441.

²⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 487; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, Usul, s. 607.

²⁶ Alacaklı henüz takibe başlamamış ise artık başlayabilir; takibe başlamış ise de zaten kanun yoluna başvurulması ile durmayan icra işlemleri devam eder. Daha önce verilen icranın durdurulmasına ilişkin karar varsa da bu karar kendiliğinden kalkar ve takip kaldığı yerden devam eder. Bkz. **Muşul**, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku Esasları, Ankara, 2017, s. 645; **Yıldırım**, M.Kâmil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016, s. 309.)

²⁷ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, Usul s. 607; **Muşul**, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 585; **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 1027.

Mahkemenin kararı görev yönünden bozulmuş ise, bu halde icra işlemleri duracaktır. Görevsizlik kararı üzerine, davacı görevli mahkemeye başvuru yaparak yeniden tebligat yaptırırsa bu dava öncekinin devamı sayılacaktır. Alacaklı bu halde, kararın kendisine tebliğinin ardından görevli mahkemeye başvuramaz ise dava açılmamış sayılacaktır ve tüm hukuki sonuçları ile ortadan kalkacaktır. Bkz. Yarg. 13.HD. 01.11.2002, 9071 E. ve 11490 K. Bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 23.04.2019). Bundan sonra borçlu artık İcra İflas Kanunu madde 40'a dayanarak icranın eski hale iadesi yoluna başvurup, yaptığı ödemelerin geri verilmesini talep edebilecektir. Çünkü bu durumda İcra İflas Kanunu madde 40'daki şartlar gerçekleşmiş olacaktır. Bkz. **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 182; **Tanrıver**, İcranın İadesi, s. 577; **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 524; **Uyar**, İcranın Durdurulması-İcranın İadesi, s. 37; **Akkaya**, s. 690. *Mahkemenin kararı kamu düzenine ilişkin veya kesin bir yetki kuralına uyulmaması nedeni ile bozulursa*, aynı görev yönünden bozulmasında olduğu gibi bir yol izlenmesi gerekmektedir, çünkü bu haller de aynen görev kuralında olduğu gibi bir dava şartıdır. Bkz. **Akkaya**, s. 691; **Tanrıver**, İcranın İadesi, s. 577.

durumunda ise takip bozulan bu kısım için duracak; onanan kısmı için ise devam edecektir²⁸.

Kararın bozulması halinde ilk derece mahkemesinin yapacağı işlemlere göre bozmanın icraya etkisi farklılık gösterecektir: Örneğin, mahkeme bozma kararına uyar ve alacaklının davasının reddine karar verirse, bu karar kesinleştiği takdirde ilamlı icra da son bulacağından, bozma ile birlikte durmuş olan icra işlemleri de son bulacaktır²⁹. Bozmadan önce yapılmış olan icra işlemleri ise bozma hükmü kesinleşinceye kadar geçerlidir³⁰. Bozma kapsamı dışında kalan hususlar ise kesinleşir ve bunlar hakkında yeniden karar verilemez³¹. Temyiz incelemesinin ardından mahkeme kararında direnirse, artık bu kararından dönemez³². Hükmün bozulması ancak ilk derece mahkemesinin direnmesi halinde icraya etkisinin ne olacağı hususunda doktrinde ve Yargıtay uygulamasında farklı görüşler mevcuttur. Ancak Yargıtay'ın daha yeni tarihli kararlarına göre³³ mahkemenin eski kararında direnmesi bozulan kararın tekrarı niteliğinde olup yeni bir hüküm sayılamayacak, 40. madde gereği durmuş olan

²⁸ **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 175; **Antalya**, s. 582; **Kuru**, Cilt: III, s. 2230; **Kuru**, Baki/**Arsan**, Ramazan /**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013, s. 398; **Oskay**, Mustafa/ **Koçak**, Coşkun/ **Deynekli**, Adnan/ **Doğan**, Ayhan: İİK Şerhi, C. I, Ankara 2007, s. 755.

²⁹ **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 174; **Kuru**, El Kitabı, s. 929; **Yıldırım/Deren Yıldırım**, İcra, s. 304.

³⁰ **Antalya**, s. 582; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 324; **Uyar**, Takip Hukuku, s. 1023; **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 570.

³¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 483.

³² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 486.

³³ Yarg. 12. HD. 09.03.2004, 287 E. ve 5426 K.; Yarg. 12.HD. 26.11.2001, 19112 E. ve 19844 K.; Yarg. 8. HD. 12.10.2012, 7863 E. ve 9056 K. *Bu yönde bkz.*, **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 181; **Tanrıver**, İcranın İadesi, s. 576-577; **Uyar**, Talih: "Takip Konusu İlamın Yargıtayca Bozulması Üzerine İcra Dairesince Yapılacak İşlem (İcranın Durdurulması-İcranın İadesi)", Ankara Barosu Dergisi 1981/1, s. 34; **Uyar**, Şerh, s. 3402; **Uyar**, İlamlı Takipler, s.524; **Yıldırım/Deren Yıldırım**, İcra, s. 304; **Oskay/ Koçak/ Deynekli/Doğan**, s. 755; **Akkaya**, s. 688.

Aksi yönde görüş: Mahkeme bozma kararına direnirse, bozma kararı hükümsüz kalacaktır. Bununla beraber, bozma kararının durdurduğu icranın durması sonucu da ortadan kalkacaktır ve alacaklı direnme kararına dayanarak bozma ile duran takibe devam edebilecektir. Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 930. *Aynı görüşte:* **Berksoy**, s. 1952. Yargıtay da önceden bu görüşü benimsiyordu, bozma kararından sonra mahkemenin direnmesi halinde takibin devam edeceği yönünde kararlar vermektedir. *Örnek olarak*, Yarg. 12. HD. 03.02.1976, 817 E. ve 996K.: "İİK'nın 40.maddesinde bir ilamın bozulması halinde takibin duracağı yazılıdır. İsrar kararı müddeabbih yönünden yeni bir hüküm niteliğinde bulunmadığından, bu kararı takip yapan Bakırköy İcra Memurluğu'na ibraz ederek duran takibin yürütülmesi mümkündür." Karar için bkz. **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 180, dn. 32.

takibin de devamını sağlayamayacaktır. Dolayısıyla bu karara dayanarak yeni bir icra emri de çıkarılamayacaktır. Bu açıdan bu direnme kararının kesinleşmesi gerekir.

İcranın eski hale iadesi, ilamın temyiz aşamasında da onaylandığı ancak karar düzeltme aşamasında bozulduğu hallerde de uygulanır. Karar düzeltme istendikten sonra, karar bozulursa, icra takibi duracaktır. Çünkü yukarıda değinildiği üzere eğer karar düzeltme yolu açık ise bu kanun yolundan geçmedikçe hüküm kesinleşmiş sayılmayacaktır; kesinleşmeden icra edilemeyecek bir kararın söz konusu olmadığı durumlarda; kararın icrasına başlanabilecektir³⁴. Burada da karar düzeltme yolunda karar bozulmuş ise aynı şekilde ancak mahkeme bu bozma kararına uyar ve bu karar kesinleşirse İcra İflas Kanunu 40 uygulanacak ve eski haline iade edilecektir³⁵. Bu halde de Kanunun 40. maddesindeki şartlar tümüyle sağlanmış olacağından hüküm doğrudan uygulanabilecektir.

II. İcranın Eski Hale İadesinin Sağlanması

A. İcranın Eski Hale İadesinin Usulü

1. İcranın Eski Hale İadesinin Talep Edileceği Yer

Borçlu, aleyhine takip başlatan alacaklıya karşı, 40. maddedeki koşulları sağladıktan sonra icranın eski hale iadesi talebinde bulunabilir. Her ne kadar ilamlı icrada takip Türkiye’ nin herhangi bir yerindeki icra dairesinde yapılabilecek olsa da, icranın eski hale iadesinin talep edileceği yer; farklı olarak; ancak, alacaklının ilamlı icra takibini başlattığı icra dairesidir³⁶. Bu durum 40. maddenin doğal sonucudur, çünkü maddeye göre borçlu yeni bir takip başlatmayacak ve dava açmayacak, eski takip dosyası üzerinden bir talepte bulunacaktır.

2. İcranın Eski Hale İadesinin Talep Edilme Şekli

Kanunun 40. maddesi icranın eski hale iade edilmesi için gerekli olan şartları saymış; ancak bu talebin nasıl yapılacağını öngörmemiştir. Ancak hemen

³⁴ Postacıoğlu, s. 641.

³⁵ Tanrıver, İlamlı İcra, s. 172; Uyar, Şerh, s. 3404; Uyar, İcranın Durdurulması-İcranın İadesi, s. 38. Aynı yönde bkz. 12. HD. 09.11.1990, 4091 E. ve 11281 K.

Karar düzeltmenin ardından, bozma kararı, Yargıtay tarafından kaldırılarak hükmün onanırsa, bu halde icra işlemleri kaldığı yerden devam edecektir. Bkz. Yıldırım/Deren Yıldırım, İcra, s. 304.

³⁶ Çelik, s. 144.

belirtilmelidir ki, ilamın kaldırılması ile esas hakkında yeni bir karar verilmiş olması veya kararın bozulması halinde, icra derhal iade edilemeyecektir; icranın eski hale iadesinin gerçekleştirilebilmesi için hükmü veren mahkemenin, bu kaldırma veya bozma kararına uyması gerekmektedir. Dolayısıyla buna bağlı olarak, mahkemenin alacaklının davasını reddetmesi üzerine bu ret kararının kesinleşmesini beklemek gerekmektedir³⁷.

İcra dairesinin icrayı kısmen veya tamamen eski hale iade edebilmesi için İcra İflas Kanunu madde 40 uyarınca ayrıca bir hüküm alınmasına ya da takip borçlusunun yeni takip başlatılmasına gerek yoktur, işlemler eski takip dosyası üzerinden yürütülebilecektir³⁸. Borçlunun mahkemeden aldığı kaldırma veya bozma kararına uyduğuna ilişkin ilamı icra dairesine ibraz etmesi, icranın iadesinin sağlanması için yeterlidir. Takip ekonomisi açısından da bu usul yerinde ve gereklidir³⁹. Bu karar icra dairesine ibraz edilinceye kadar icra dairesince yapılan işlemler hukuken geçerli olacaktır⁴⁰. Çünkü daha önce belirttiğimiz üzere, takip, ilamın bozulması üzerine durmayacak; ancak bu kararın kesinleşmesi ve icra dairesine ibrazı üzerine duracaktır.

Uygulamada icranın eski hale iadesi bir dilekçe ile talep edilmektedir ve buna göre iade talep edilen dilekçede şu hususlar yer almaktadır: İcra'nın eski hale iadesi önceki takip dosyasının üzerinden yürütüleceğinden bu dosyanın numarası, takip borçlusu ve alacaklının ad ve soyad bilgileri, açık şekilde icra'nın iadesi istemi, iade sebepleri kısmında Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen kararın kaldırılması veya esas hakkında karar verilmesine ilişkin karar ya da Yargıtay' ın bozma ilamı ile iadesi sebebi, hukuki sebep olarak İcra İflas Kanunu madde 40 hükmünün belirtilmesi ve borçludan alınan şey ile bunun iadesi konusunda açık talep ve son olarak borçlunun imzası⁴¹. Ancak kanaatimizce, borçlu icra dairesine, kendisinin borçlu olmadığını gösteren ilam ve diğer sair belgeleri sunarak ve icra'nın eski hale iadesi istemini sözlü şekilde beyan ederek tutanak altına da aldrabilirdir. İcra hukukunda yazılılık esas olmayıp, bir icra takibinin başlatılması ve hatta şikayette bulunulması dahi sözlü beyan üzerine tutanak altına alınabilmektedir. Bu bağlamda icra'nın eski hale iadesi sağlanırken de bunun böyle bir dilekçe ile yapılması şart olmamalıdır⁴².

³⁷ Tanrıver, İlamlı İcra, s. 180; Kuru, El Kitabı, s. 930; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 397.

³⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, İcra, s. 384; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 398; Muşul, İcra, s. 642; Yıldırım/Deren Yıldırım, İcra ve İflas, s. 316; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 185.

³⁹ Akkaya, s.692; Kuru, El Kitabı s.930; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, İcra, s. 384

⁴⁰ Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1997, s. 877; Kuru, C. III, s. 2227; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 324; Uyar, Şerh, s. 3398.

⁴¹ Çelik, s. 146.

⁴² Aksi görüş: Arslan T., icranın iadesinin dilekçe ile talep edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Arslan, Tuğba: İcra ve İflas Hukukunda İcra'nın İadesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006, s. 97.

İcra dairesi, borçlunun icranın iadesini istemesi üzerine alacaklıya, verilen şeyin iadesi için uyarı amaçlı bir yazı gönderecektir⁴³.

‘‘Ayrıca bir hükmü gerektirmeyen’’ hallerden biri olan icranın iadesi sürecinde, eski hale iade, ilamların icrası gibi sağlanmalıdır⁴⁴. İlk bakışta akla ilamlı icra hükümleri arasında yer alan ve cezai hükümlere atıf yapan hallerde uygulamanın nasıl olacağı gelebilir. Bu durumda sanki bu hükümlerin burada kıyasen uygulandığı ve cezai hükümler kıyasen uygulanamayacağından uygulamada sorun yaratacağı düşünülse de, kanun koyucu ‘‘ayrıca hükme gerek kalmaksızın’’ diyerek ayrı bir dava açılmasındaki hukuki yararı zaten ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle burada yeni bir ilam alınması yoluna gidilemeyecektir. Kaldı ki burada borçlunun elinde zaten üst derece mahkemesinden alınan bir karar bulunmaktadır ve bu karar ile icranın eski hale iadesi sağlanmaktadır. Dolayısıyla ilamlı icra sürecinin burada doğrudan uygulanması ile cezai hükümlere atıf yapan maddeler⁴⁵ de doğrudan uygulama alanı bulabilecektir.

İlk takibe dayanak borç taşınır iken ve icra dairesince alacaklıya uyarı yazısı gönderilmiş ve fakat alacaklı taşınır malı iade etmemişse veya takip konusu şey para iken bu parayı yatırmamışsa, uyarı yazısında ihtar edildiği üzere haciz ve ardından cebri icra ile satış yapılacaktır. Yani alacaklı aldığını geri vermez ise elinden zorla alınacak, borçluya verilecektir⁴⁶. Takibe dayanak borç para ve teminata ilişkin bir borç ise o halde İcra ve İflas Kanunu 32. madde uygulama bulacaktır, ilk takip dosyasında alacaklı görünen kişinin bu halde mal beyanında bulunması gerekmektedir, aksi halde hapis ile tazyik edilecektir.

İcra işlemleri aynı takip dosyası üzerinden yürütüleceğinden ayrı bir harç alınmaması ve ayrıca bir vekalet ücretine karar verilmemesi de uygun olacaktır⁴⁷.

İcranın eski hale iadesi, hukuki ve fiili durumu takip yapılmadan önceki haline çevirmek amaçlıdır. Bu nedenle borçlunun icranın eski hale iadesi talebinde bulunması üzerine alacaklıya gönderilen uyarı, bahsettiğimiz üzere yalnız bu uyarıda belirtilen son günden itibaren işleyecek faiz⁴⁸ ile yalnız bu

⁴³ Yıldırım/Deren Yıldırım, İcra ve İflas, s. 316.

⁴⁴ Ayrıca hükmü gerektirmeyen hallerden olduğundan ilamlı icra yolu uygulanmalıdır. Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 900.

⁴⁵ Bu Kanunda cezai hükümlere örnek için bkz. İİK m. 25/A-2: ‘‘... borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca 341. maddeye göre cezalandırılır.’’

⁴⁶ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 397; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes**, s. 324.

⁴⁷ **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 183; **Çelik**, s. 145.

⁴⁸ ‘‘ Dava, haksız icra takibi sebebiyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. ... Tehir-i icra talebinde bulunulmaması nedeniyle, alacaklının icra takibine devam etmesi ve icra dosyasına yatırılan parayı tahsil etmesi, yasadan kaynaklanan hakkın kullanılması olup bu işlemlerden dolayı alacaklıya kusur izafe edilemeyeceği de açıktır. Alacaklının icra prosedürü içinde aldığı parayı, icra dosyasına yatırmakla yükümlü olduğu tarihten sonra iade etmesi halinde, geç kaldığı dönem itibarıyla kusurlu olduğu ve bu döneme ait zararın alacaklıdan istenebileceği de kabul edilmelidir. Şu halde,

paranın iadesi⁴⁹ veya para dışında bir taşınır mal ise bu malın aynen iadesini sağlamaktadır. Dolayısıyla takipte borçlu görünen kişi eğer kendisini bir vekil ile temsil ettirmiş ise bu vekalet ücretine ilişkin istem talepte yer alamadığından, aynı dosya üzerinden yürütüldüğü takdirde de vekalet ücretine hükmedilmeyeceğinden, uygulamada avukatlar vekalet ücretine yasal olarak hak kazanamamaktadır. Bu durumda vekil ancak söz konusu yasal sürece dair

İİK'nın 40/2. maddesi gereğince paranın icra dosyasına iade edilmesi konusunda icra dairesince gönderilen muhtıradaki son gün itibarıyla paranın iade edilmesi gerektiği, bu tarihten sonra iade edilmesi durumunda, geç kalınan dönem için zararın oluştuğunun kabulü gerekir. Somut olayda, davacının tehir-i icra kararı almadan temiz ettiği mahkeme kararının kesinleşmesi sonrası, icra müdürü tarafından henüz muhtıra düzenlenmeden davalı tarafından davacıya iade yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; davalının hükmün infazı sırasında tahsil ettiği parayı İİK'nın 40/2. maddesi uyarınca icranın eski hale iade prosedürü içinde icra dosyasına yatırdığının kabulüyle davacının faize dair talebinin reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir. '' Yarg. 4. HD. 16.01.2018, 3049 E. ve 97 K. Bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 23.04.2019.)

*'' Bu durumda mahkeme kararına dayalı olarak bir parayı tahsil eden kimse, bu konudaki mahkeme kararının bozulması üzerine verilen kararın kesinleştiği tarihe ve hatta icra dairesi tarafından kendisine çıkartılan muhtırada verilen sürenin sonuna kadar söz konusu parayı elinde tutma yetkisine sahip olup, icra müdürlüğünce çıkartılan muhtıraya rağmen parayı iade etmemesi halinde muhtırada verilen sürenin sonunda temerrüde düşeceğinden ancak bu tarihten itibaren işleyecek faizle sorumlu olur. Buna göre mahkemece, somut olayda davalının icranın iadesi işlemi sırasında çıkartılan muhtıra uyarınca kendisinden istenen parayı ödemediği açıklanan şekilde bir temerrüdünün bulunup bulunmadığının incelenerek, temerrüde düşmüş ise buna ilişkin faizle sorumlu tutulması gerekirken yazılı şekilde davalının ilama dayalı olarak yaptığı icra takibinin haksız bir takip olarak kabul edilmesi suretiyle davalının sorumlu olmadığı davacının teminat mektubu nedeniyle bankaya ödediği faiz ile komisyon masrafı ve teminat mektubunun paraya çevrildiği tarihten itibaren hesaplanan faizden sorumlu tutulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir. '' Yarg. 11. HD. 27.11.2014, 17082 E. ve 18522 K. Bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 23.04.2019.) Ayrıca Yıldırım/Deren Yıldırım'a göre de iadesi talep edilen şey para ise bu muhtıra tarihinden itibaren yasal faiz hesaplanacaktır. Bkz. **Yıldırım/Deren Yıldırım**, İcra ve İflas, s. 316.*

⁴⁹ İcranın iadesi prosedürü içerisinde, borçlunun, iade isteminde bulunurken, 'yaptığı masrafları' ve 'paradan yoksun kaldığı süre için faiz talep' edip edemeyeceği yönünde doktrinde tartışmalar mevcuttur. Ancak Yargıtay, 13 HD.' nin 09.11.2000, 8509 E. ve 9749 K. sayılı kararında, alacaklının bir mahkeme ilamına dayanarak alındığını, dolayısıyla hukuka aykırı bir eyleminin bulunmadığını, ilamların kesinleşmeden icra edilebilmesi dolayısıyla alacaklının yasadın doğan bu hakkını kullandığı ve bu nedenle kendisine kusur yüklenemeyeceğini, ayrıca borçlunun da zaten kendisine verilen sürede icranın geri bırakılması kararını getirmediğini öne sürerek kendi kusurundan kaynaklanan zararını başkasından isteyemeyeceği yönünde hüküm kurarak mahkeme kararını bozmuştur. Bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 23.04.2019.)

belgelerle ya bir alacak davası açacaktır ve bu alacak davası sonucunda elde edeceği ilam ile tekrar ilamlı icra yoluna başvuracaktır; ya da ilamsız icra yoluna başvuracaktır ve eğer ilk takip dosyasında alacaklı görünen kişi takibe itiraz ederse bu halde İcra İflas Kanunu madde 68’ de sayılan belgelerden, *‘resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye’* yani icranın eski hale iadesinin sağlanmasını ardından icra dairesinin vereceği belge(makbuz) ile itirazı kesin olarak kaldırabilecektir. Ancak bu yöntem, avukatları yürütmek zorunda olmadıkları bir sürece yöneltecektir. Bu noktada en kısa yol ise tıpkı icra emrinde olduğu gibi, icranın eski hale iadesi için hazırlanan ve alacaklıya gönderilen uyarıda vekalet ücretinin de ödenmesi gereken bedeller arasına eklenmesi olacaktır.

3. İcranın Eski Hale İadesinin Talep Edileceği Süre

Kanun, borçlu icranın eski hale iadesini talep edecek ise bunu ne kadar sürede isteyeceği konusunda bir zamanasımı süresi öngörmemiştir; ancak bu talep en erken borçlunun hiç veya ilamda yazılı olduğu kadar borçlu olmadığı hakkındaki hükmün kesinleşmesi ile mümkün olacaktır⁵⁰. İcranın eski hale iadesinin ne zamana kadar istenebileceği konusunda ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler özellikle icranın iadesinin istenebileceği durumlarda sebepsiz zenginleşme davası açılıp açılmayacağı tartışmalarından hareketle ortaya çıkmıştır. Bu nedenle öncelikle kısaca bu tartışma üzerinde durmamız gerekmektedir.

Sebepsiz zenginleşme davası açılabilmesi, bir tarafın malvarlığında azalma ve diğer tarafın malvarlığında artış, bu azalma ve artış arasında illiyet bağı ve haklı bir sebebin varlığının bulunmaması koşullarına bağlıdır. Haklı sebebin bulunmamasından kasıt ise, Türk Borçlar Kanunu 77. maddesinin II. fıkrasına göre, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanmasıdır. Bununla birlikte sebepsiz zenginleşmenin dayandığı hal hukuka ve ahlaka aykırı bir amaca dayanmamalıdır; aksi halde bu amaç ile verilenler Türk Borçlar Kanunu 81. madde gereğince iade edilemeyecektir⁵¹. İcra hukuku çerçevesinde de, ilamlı takibe konu hükmün ortadan kaldırılması ile birlikte, sebepsiz zenginleşme davasında olduğu gibi, hukuki sebep ortadan kalkmış olacaktır. Fakat borçlunun, ayrıca hükmü gerektirmeksizin icranın eski hale iadesini isteyebileceği bu durumda, bu yola başvurmaksızın, genel hükümlere göre sebepsiz zenginleşme davası açılıp açılmayacağı konusu doktrinde tartışılmıştır.

⁵⁰ Arslan, T., s. 105.

⁵¹ *Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 512-521.*

Bir görüşe göre, icranın iadesine ilişkin hüküm emredici değildir ve bu nedenle borçlu önceden yaptığı ödemeleri sebepsiz zenginleşme davası açarak da isteyebilir⁵². Buradan hareketle, borçlu bu talep hakkı doğduktan sonra, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açarak daha önceki ödemeleri geri isteyebileceğinden, icranın iadesi açısından da zamanaşımı olarak sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olan hüküm uygulanmalı ve icranın eski hale iadesi iki yıllık sürede talep edilmelidir⁵³.

Bir görüşe göre, iade talebinde bulunulabilmesi için ilamın borçlu lehine kesinleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla iade talebi de bir ilama dayandığından, ilama bağlanmış alacaklar için olan on yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olmalıdır⁵⁴.

Katıldığımız görüşe göre ise ilamın bozulması veya kaldırılmasından sonra, mahkemenin bu kararına uyarak alacaklının davası reddedilmiş ve bozmadan veya esas hakkındaki kararın kaldırılmasından sonra verilen karar kesinleşmiş ise artık ayrıca bir hükme gerek olmaksızın borçlunun bozulan bu ilam gereğince icranın eski hale iadesini talep edebilecektir. Kanun hükmüne ve bu pratik yönleme rağmen sebepsiz zenginleşme davası açılmasında hukuki yarar ve imkan yoktur. Hukuki yarar bir dava şartıdır ve bu nedenle böyle bir dava açılmış olsa bile dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesi gerekecektir⁵⁵. Hüküm açıktır, dolayısıyla burada Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır⁵⁶.

⁵² Bu yönde eski tarihli HGK kararı: *“Henüz kesinleşmeyen ilama dayanarak alınan paranın bu hükmün bozulması üzerine icranın eski haline iade edilmesi yerine bu paranın sebepsiz iktisap kuralları uyarınca geri verilmesinin istenilmesi mümkündür. İcra İflas Kanunu'nun 40.maddesi emredici nitelikte değildir.”* HGK. 05.10.1960, 1963/12 E. ve 12 K. Bkz. **Olgaç**, s. 297. Aynı yönde: Yarg. 3. HD. 26.02.2007, 2264 E. ve 2630 K.

⁵³ **Antalya**, s. 583-584; **Olgaç**, s. 290.

Bir görüşe göre ise ilamlar kesinleşmeden icra edilememelidir. İcra edilebilmeleri için kesinleşmeleri gerekmektedir. Buna rağmen ilamın geçici olarak icra edilebilmesine olanak sağlanmalıdır; ilam alacaklısı bu noktada sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu olmalıdır. Bkz. **Özbek**, s. 710.

⁵⁴ **Arslan**, T. s. 105. Bu yönde: Yarg. 12. HD. 15.10.1981, 6005 E. ve 7813 K. sayılı kararına ilişkin karşı oy yazısı: *“...BK.66'maddesine dayanan bir dava ortada bulunmadığından, hatta böyle bir dava açılmasına lüzum olmadığına nazaran, bir yıllık süre düşünülemez. ... İİK 39.maddesi gereği , ilama bağlanmış istek, on sene geçmekle zamanaşımına uğrar....karar düzeltme isteğinin reddi gerektiği düşüncesindeyim.”* Bkz. **Uyar**, Şerh, s.3445.

⁵⁵ **Uyar**, s. 3406; Aynı yönde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, İcra, s. 384; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 398. Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 13. HD. 02.07.2003, 3831 E. ve 8994 K.; Yarg. 13.HD. 14.02.2002, 12455 E. ve 1585 K.; Yarg. 13 HD. 04.06.1992, 4618 E. ve 5243 K.

⁵⁶ **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 184-185; **Akkaya**, s. 693; **Çelik**, s. 147-148.

Yargıtay önceleri sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı yönünde kararlar vermektedir; ancak daha sonraki kararları⁵⁷ sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı, İcra İflas Kanunu'nun bu konuda bir süre öngörülmediği, bu nedenle bir süre sınırlandırılmasının olduğunun düşünülmediği yönündedir.

B. İcranın Eski Hale İadesi Sağlanırken 3. Kişilerin Durumu

Madde icranın eski hale iadesi sonucunda iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarına zarar gelmeyeceğini açıkça hüküm altına almıştır. Burada iyi niyetten kasıt alacaklının haksız olduğunun üçüncü kişi tarafından bilinmemesi, başka deyişle, üçüncü kişinin üzerinde hak kazandığı şeyin ilamlı takibe konu olduğunu ve hükmün bozulup kendisinden geri talep edilebileceği bilmemesi ya da bilebilecek durumda olmaması gerekir⁵⁸.

Üçüncü kişinin kötü niyetli olup olmadığının icra müdürü önünde ileri sürülmesi mümkün olmadığı gibi icra müdürü de üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığını inceleyemez; bu husus ancak genel mahkemelerde ileri sürülebilir⁵⁹. Kötü niyetli olması halinde ancak üçüncü kişinin elinde bulunan mal, kendisinden alınıp borçluya verilecektir⁶⁰. Ancak hükmün bozulması ile birlikte, örneğin taşınır malın borçluya ait olduğuna karar verilmesinin kesinleşmesi üzerine, icra müdürü Kanunu' nun 40. maddesinin III. fıkrasının açık hükmü gereği taşınır malı iyiniyetli üçüncü kişiden alamaz. Bu durumda, taşınır teslimine ilişkin İcra İflas Kanunu madde 24'ün IV ve V fıkraları kıyasen uygulanacak ve taşınır malın değeri alınarak, borçluya verilecektir⁶¹.

⁵⁷ "...ayrıca hükme hacet kalmaksızın...Bu itibarla Borçlar Kanununun haksız iktisaba ait 66.maddesinin uygulama yeri bulunduğu düşünülemez. Çünkü istirdat davası söz konusu değildir. Yasa hükmünün icrası söz konusu olduğundan BK'nın haksız iktisaba ait zamanaşımı süresi uygulanarak alacaklının şikayetinin kabulü isabetsizdir. " Yarg. 12. HD. 06.10.1977, 6847 E. ve 7838 K. Bkz. Uyar, Şerh, s. 3444.; Aynı yönde Yarg. 19. HD. 06.07.1994, 7336 E. ve 7353 K..

Sebepsiz zenginleşme davası açamayacağı hakkında: Yarg. 19. HD. 24.06.2010, 10949 E. ve 8081 K. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, 14.11.2007 tarihli ve 2007/13-848 E. ve 2007/840 K. sayılı içtihadı ile İcra İflas Kanunu madde 40, İcra İflas Kanunu madde 361'deki gibi "ayrıca hükmü gerektirmeyen" hallerde ayrıca bir dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığını, kanunun koyucunun burada açıkça hukuki yararı ortadan kaldırarak dava açılmasının önüne geçtiğini belirtmiş, bu yönde hüküm kurmuştur.

⁵⁸ Postacıoğlu, s. 640; Muşul, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008, s. 809.

⁵⁹ Tanrıver, İlamlı İcra, s. 185-186; Postacıoğlu, s. 641; Uyar, Şerh, s. 3404.

⁶⁰ Tanrıver, İlamlı İcra, s. 186.

⁶¹ Tanrıver, İlamlı İcra, s. 186; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 398; Kuru, İstinaf, s. 298; Muşul, İcra ve İflas, s. 809.

Bunlarla birlikte borçludan alınan para alacaklı vekiline ödenmiş olabilir. Bu durumda ilam bozulmuş ise dosyadan ödenmiş olan para alacaklı vekilinden değil; yine alacaklıdan istenecektir. Paranın icra dosyasına geri verilmemesi halinde de başvurulacak haciz işlemi vekile karşı değil, yine alacaklıya karşı olacaktır. Fakat paranın iadesi için alacaklı vekiline vekil sıfatı ile uyarı yazısı çıkarılabilecektir⁶².

C. İcra İflas Kanunu 40. Maddesinin Kıyasen Uygulanarak Kıyasen Sağlandığı Diğer Haller

1. İcra ve İflas Kanunu Madde 10/A

İcra iflas kanunun 10/A maddesinde öngörülen düzenlemeye göre icra hakimine karşı ret talebinde bulunulmuş ise bu ret talebinin reddi hakkındaki kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Ancak bu karara karşı kanun yoluna başvurulmuş olması, icra hakiminin önünde bulunan o iş hakkında karar vermesini engellemez. Ancak icra memuru bu işe devam edip icrasını gerçekleştirirken, ret talebinin reddi hakkında karar kaldırılmış ise reddedilen hakimın verdiği karar yerine getirilmez, icrası geri bırakılır⁶³. İşte bu karara uyulur ve ret talebi hakkındaki bu karar artık kesinleşir ise reddedilen hakimın kararı kaldırılır. Bu noktada reddedilen hakimın verdiği kararın icrasına başlanmış ise ve ancak bu karar kaldırılmış ise icra edilen kısım, kısmen ya da tamamen eski haline iade edilecektir⁶⁴. Bu iade İcra İflas Kanunu 40. madde ile sağlanacaktır.

2. Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Kıyasen Uygulanması

Yargılamanın yenilenmesi olağanüstü bir kanun yoludur. Bu durumda maddi anlamda kesinlik kazanmış bir hüküm ile ilgili olarak, birtakım eksikliklerden veya kanuna aykırılıklardan dolayı yeni bir yargılama sonucu, yeni bir karar verilmektedir⁶⁵. Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru da ilamın

⁶² Uyar, Şerh, s. 3405; Uyar, İcranın Durdurulması-İcranın İadesi, s. 39; Yarg. 12. HD. 28.11.1978, 8705 E. ve 9646 K. sayılı kararı. Karar için bkz. Uyar, Şerh, s. 3451-3452.

⁶³ "...Hakimin reddi isteminin reddi hakkındaki kararın bozulması halinde, reddedilen hakimın verdiği kararın yerine getirilmesi geri bırakılır. ... (m. 10/a; m. 40/I)" İİD, 13.01.1966, 344 E. ve 313 K. Bkz. Olgaç, s. 296.

⁶⁴ Tanrıver, İlamlı İcra, s.172-173; Antalya, s. 580; Akkaya, s. 683-684. Ayrıca bu düzenleme İİK madde 366/son hükmü ile de uyumludur. Bkz. Tanrıver, İcranın İadesi, s. 569. Ayrıca İİD. 13.01.1966, 344 E. ve 313 K. sayılı kararı Bkz. Uyar, Şerh, s. 3456.

⁶⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, Usul, s. 612; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 490; Yılmaz, Usul Şerhi, s. 1561; Muşul, Usul, s. 589.

icrasını engellemez; ancak yargılamanın yenilenmesi kabul edilip yeni bir hüküm verilmekle artık hükmün icrası durur. İşte burada da ilk hükmün icrasına başlanmış ancak daha sonra yargılanmanın yenilenmesi yolu ile hüküm ortadan kaldırılmış ise bu yeni hükmün kesinleşmesi üzerine, kısmen veya tamamen icra edilmiş kısım için İcra İflas Kanunu madde 40 kıyasen uygulama alanı bulacaktır⁶⁶.

3. İcra ve İflas Kanunu Madde 366/Son

İcra İflas Kanunu'nun 366. maddesinin son fıkrasına ve Yargıtay uygulamasına baktığımızda icranın iadesinin yalnızca genel mahkemelerin kararlarına değil; icra mahkemesi kararlarına da kıyasen, uygun düştüğü ölçüde, uygulanabileceği görülmektedir⁶⁷. O halde icra mahkemelerin verdikleri kararların da icra edilen kısımlarının eski hale iadesi İcra İflas Kanunu 40. maddesi ile sağlanacaktır.

4. İhalenin Feshi

Bu konuda tartışmalar olmakla beraber, doktrinde icranın eski hale iadesi hükümlerinin halen feshi hallerinde de uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, ihale yapıldıktan 7 gün sonra kesinleşeceğinden malı satın alan kişinin ödemiş olduğu bedel alacaklıya verilmiş; ancak ihalenin feshi İcra İflas Kanunu madde 134' te belirtilen hallerin varlığı halinde 1 yıllık süre çerçevesinde istenmiş ve ihalenin feshine karar verilmiş olabilir. İşte bu halde icranın eski hale

Yargılamanın yenilenmesi nedenleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375 ve 376. maddelerinde sınırlı şekilde sayılmıştır. Bu sebepler dışında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz.

⁶⁶ **Akkaya**, s. 695-696.

Yargılamanın yenilenmesi halinde ve fakat henüz hükmün icrasına başlanmadığı hallerde bu durum bir özellik göstermeyecektir; sorun yaratmayacaktır. Bkz. **Berksoy**, s. 1861.

⁶⁷ **Tanrıver**, İcranın İadesi s. 568; **Tanrıver**, İlamlı İcra s. 172; **Akkaya**, s. 683. *Aynı yönde karar için bkz.* Yarg. 12. HD. 21.03.1995, 2806 E. ve 3929 K.

Doktrinde, 40/I hükmünün icra mahkemesi kararlarına uygulanabilmekle beraber, 40/II hükmünün uygulanmasının, icra mahkemesi kararlarına karşı istirdat davası açma hakkı bulunduğundan uygulanması mümkün olmadığı söylenmiştir. Bkz. **Antalya**, s. 581. Ancak bu görüşün ileri sürüldüğü zamanda İİK ilgili hükmü yalnız 40/I ' e atıf yapılmıyordu: *“Madde 366/son (9.6.1932, 2004 sayılı kanun hükmüdür. – Nakız kararı üzerine icra iflas işlerinde 40 maddenin birinci fıkrası hükmü cari olur.”* Oysa bugün 366/son hükmü doğrudan 40. maddeye atıf yapmıştır: *“Yargıtay'ın bozma kararı veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma, düzelterek veya yeniden esas hakkında vereceği kararları üzerine icra iflas işlerinde 40 ıncı madde hükmü kıyas yoluyla uygulanır.”*

iadesine ilişkin madde 40 kıyasen uygulama bulacak, bu madde çerçevesinde eski hale iade sağlanacaktır⁶⁸.

Diğer görüşe göre ise, ihale bu 7 günlük sürenin geçmesi ile kesinleşmeyecektir; kesinleşebilmesi için yine İcra İflas Kanunu madde 134’ te bahsedilen 1 yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Bu nedenle de ihale sonucunda alacaklıya ödenen para İcra İflas Kanunu madde 40 hükmünün uygulanması ile değil; ancak İcra İflas Kanunu madde 361’ deki hükümlere göre geri talep edilecektir⁶⁹.

Bir diğer görüşe göre ise alıcı bu halde ihale sebebi ile ödediği parayı ne Kanunun 40. maddesi, ne de bu Kanunun 361. maddesi çerçevesinde talep edebilir. Çünkü ihaleden mal alan kişi burada ne takip borçlusu, ne de takip alacaklısı konumundadır. Bu nedenle de ancak sebepsiz zenginleşme davası açarak isteyebilecektir⁷⁰.

İcra İflas Kanunu madde 134’ ün IV. fıkrası bazı hal ve durumlarda uygulanmakla sınırlı olup bir deyişle beklenemeyecek, sonradan meydana gelen olağandışı bir haldir. Bu nedenle ihalenin asıl olarak yapıldıktan 7 gün sonra kesinleşmiş olduğunun kabulü gerekir. Bununla birlikte İcra İflas Kanunu madde 361 hükmü icra dairesi tarafından hata ile ödenen fazla paraların geri ödenmesine ilişkindir; oysa ihale sonucunda alacaklıya para ödenmiş olması sebebe bağlıdır. İhalenin ardından 7 günlük süre geçtikten sonra ve fakat 1 yıl içerisinde, ihalenin feshinin talep edilmesi ve bu talebin kabulü ile adeta mahkeme kararı bozulmuşçasına İcra İflas Kanunu madde 40’ın kıyasen uygulanması ve yapılan ödemenin iadesinin talep edilmesi daha pratik olacak olacaktır; ancak elbette böyle bir halde sebepsiz zenginleşme davasının açılabilmesi de mümkün olmalıdır.

Sonuç

Hukuk sistemimizde eski hale iadeyi sağlamaya yönelik bir takım hukuki çareler mevcut olmakla, icranın eski hale iadesi bir dava türü olmaması ve “ayrıca bir hükmü gerektirmemesi” nedeniyle pratik bir yöntemdir. Ancak kanunda tek bir madde ile düzenlenmiş olması ve bu maddenin de kapsamının dar olması, müessesenin uygulamasında bir takım sorunlar ortaya çıkarmaktadır.

İcranın eski hale iadesi müessesesinin uygulanabilmesi için henüz kesinleşmeden icrasına başlanmış olan bir ilam kanun yolu aşamasında bozulmuş olmalıdır. Kesinleşmeden icra edilemeyecek ilamlar hakkında kanun yoluna

⁶⁸ **Arslan**, Ramazan: İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 207; **Postacıoğlu**, s. 529; **Uyar**, Talih: İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, C. II, Ankara 2002, s.1490.

⁶⁹ **Arslan, T.**, s. 131.

⁷⁰ **Yılmaz**, İcra Şerhi, s. 222.

başvuruların beklenmesi gerektiğinden zaten icranın eski hale iadesi kurumuna gerek kalmayacaktır. Kesinleşmeden icra edilebilecek ilamlara karşı ise kanun yoluna başvuru halinde, bu ilamların icrasına başlanmış ise, bu başvurunun ne şekilde sonuçlar doğuracağı yüksek mahkemenin kararı ve ilk derece mahkemesinin bu karar üzerine davranışını üzerine değişiklik gösterecektir.

İcranın eski hale iadesi, önceki takip dosyası üzerinden yürütüleceğinden, ancak takip alacaklısının takibin başlattığı yerde istenebilecektir. Uygulamada bir dilekçe ile yapılan bu talep, kanaatimizce icra dairesine sözlü başvuru üzerine, ibraz edilen ilam ve belgeler doğrultusunda tutanak altına alınarak da yapılabilir. Talep süresi hakkında ise doktrinde, icranın eski hale iadesinin bir sebepsiz zenginleşme davası ile istenebileceği veya istenemeyeceği konusundaki görüş ayrılığından hareketle tartışmalar doğmuştur. Kanaatimizce, İcra ve İflas Kanunu madde 40 ile kanun koyucu açıkça icranın iadesinin sağlanabilmesi için ayrıca bir hükme gerek olmadığını belirtmiş, ayrı dava açılmasındaki hukuki yararı ortadan kaldırmıştır. Hükmün getiriliş amacı ile takip ekonomisi ilkesi karşısında, daha basit ve pratik bir yol varken ayrıca dava açılması isabetli olmayacaktır. Bu nedenle de zamanaşımı noktasında sebepsiz zenginleşme hükümleri değil, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel zamanaşımı hükümleri uygulanmalıdır.

İcranın iadesi müessesesi, takip borçlusunu, doğrudan takip yapılmadan önceki haline kavuşturmayı amaçladığından, istem yalnız takip alacaklısına ödenmiş paradan veya verilmiş şeyden ibaret olmakta, iade sonucunda uygulamada avukatlar vekalet ücretlerini alamamaktadırlar. Kanaatimizce burada ilamlı icraya ilişkin usul uygulanmalı ve avukatlık vekalet ücreti de alacaklıya gönderilen ve iade istenen muhtırada istenebilmelidir.

İcranın iadesi müessesesi, İcra ve İflas Kanunu madde 10/A, yargılamanın yenilenmesi hali, İcra ve İflas Kanunu madde 366.maddenin son fıkrası ve tartışmalı olmakla beraber ihalenin feshi hallerinde de kıyasen uygulanma bulacak, eski hale iade sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Arslan**, Tuğba: İcra ve İflas Hukukunda İcranın İadesi (İİK.m.40/II), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006.
- Arslan**, Ramazan: İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2016. (Anılış: İcra)
- Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016. (Anılış: Usul)
- Çelik**, Yasin: İcranın İadesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- Çiftçi**, Murat Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013. (Anılış: El Kitabı)
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku, C.III, Ankara 1993. (Anılış: Cilt III)
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2017. (Anılış: İstinaf)
- Muşul**, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008. (Anılış: İcra ve İflas)
- Muşul**, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku Esasları, Ankara 2017. (Anılış: İcra)
- Muşul**, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012. (Anılış: Usul)
- Olgaç**, Senai: İcra-İflas, Cilt: I, Maddeler (1-105), Ankara 1978.
- Oskay**, Mustafa/ **Koçak**, Coşkun/ **Deynekli**, Adnan/ **Doğan**, Ayhan: İİK Şerhi, Cilt: I, Ankara 2007.
- Özbek**, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Ankara 2001.
- Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017.
- Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2014.
- Postacıoğlu**, İlhan E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Tanriver**, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996. (Anılış: İlamlı İcra)
- Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- Uyar**, Talih: İcra Hukukunda İlamlı Takipler, Manisa 1991. (Anılış: İlamlı Takipler)
- Uyar**, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 2:İİK.17-42), Ankara 2004. (Anılış: Şerh)
- Uyar**, Talih: İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, C.II, Ankara 2002.
- Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1997.
- Üstündağ**, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.

Yıldırım, M.Kâmil/ Deren Yıldırım, Nevhis: İcra Hukuku, İstanbul 2009. (Anılış:İcra)

Yıldırım, M.Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016. (Anılış: İcra ve İflas)

Yılmaz, Ejder: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016. (Anılış: İcra Şerh)

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012. (Anılış: Usul Şerh)

Makaleler:

Akkaya, Tolga: “5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlamlı İcrada İcranın İadesi”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi(MİHDER), Sayı:11, Cilt:4, İstanbul 2008, s.677-698.

Antalya, Gökhan: “İcranın İadesi”, Yargıtay Dergisi, Cilt:9, Sayı:4, 1983, s.579-585.

Berksoy, İrem: “Kanun Yoluna Başvurunun İcraya Etkisi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:5, Sayı:54, 2007, s.1845-1864.

Erdönmez, Güray: “Adi ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi”, TBBD, 2016/123, s.147-208.

Tanrıver, Süha: “İcranın İadesi”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 16, 1990/4, s.567-582. (Anılış: İcranın İadesi)

Uyar, Talih: “Takip Konusu İlamın Yargıtayca Bozulması Üzerine İcra Dairesince Yapılacak İşlem”, Ankara Barosu Dergisi, 1981/1, s.33-40. (Anılış: İcranın Durdurulması-İcranın İadesi)

Uyar, Talih: “Takip Hukukunda İcranın Durdurulması-İcranın İadesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.78, S.2004/3, s.1021-1031. (Anılış: Takip Hukuku)

İçtihat Bilgi Bankası

www.lexpera.com.tr

“VERGİ HUKUKUNDA EKONOMİK İRDELEME”

Economic Scrutiny of Tax Law

Onur CİDDİ*

ÖZET

Vergilendirme işlemlerinde vergiyi doğuran olayın saptanması ve yasa hükümlerinin yorumlanması noktasında gerçek ekonomik içeriğin esas alınması, vergi hukukuna özgü yorum yöntemi olan ekonomik yaklaşımın sonucudur. Vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliğine göre değerlendirilmesi ise ekonomik yaklaşımın alt kavramı, ekonomik irdelemeyi oluşturur. Bu noktada ekonomik irdeleme, vergi hukukunda özün şekle üstünlüğünü sağlamakta ve yükümlülerin şeklin arkasına farklı ekonomik içerik gizlemelerini engelleyerek, adalet ve mali güce göre vergileme ilkesinin zedelenmesine engel olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergiyi Doğuran Olay, Ekonomik Yaklaşım İlkesi, Ekonomik İrdeleme

ABSTRACT

In the case of taxation transactions, the situation of the tax and the interpretation of the provisions of the law is actually the basis of the economic situation, the result of the economic phenomenon, which is the method of interpretation specific to tax law. The evaluation of the taxable events that give rise to the tax is based on the economic characterization of the economic approach. At this point, economic scrutiny in tax law provides the superiority of the essence to the form and prevents the concealment of the taxation according to the justice and financial power by preventing the different economic content concealment of the obliged parties.

Keywords: Taxable Events, Economic Approach Principle, Economic Scrutiny

* Araştırma Görevlisi, Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, onur.ciddi@neu.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8713-1200> (Makalenin Geliş Tarihi: 16.05.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 01.06.2019-07.06.2019/Makale Kabul Tarihleri: 01.07.2019-18.06.2019)

Giriş

Kamu gelirleri arasında en önemli yere sahip olan verginin anayasal temelini oluşturan, Anayasanın ‘‘Vergi Ödevi’’ başlıklı 73. maddesinde herkesin mali gücü oranında vergi ödemekle yükümlü olduğu ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amcanı oluşturduğu düzenlenmiştir. Söz konusu ifadelerin hayata geçirilmesi ise vergi kanunlarının doğru ve hakkaniyete uygun yorumlanması ile sağlanmaktadır.

Vergi hukukunda yorumun özelliklerine baktığımızda ise yasanın amacından hareket edilerek yorum yapılması noktasında karşımıza vergi hukukuna özgü bir yorum yöntemi olan ‘‘ekonomik yaklaşım’’ çıkmaktadır. İş bu yöntem Vergi Usul Kanununun 3/b maddesindeki ‘‘vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır’’ hükmünden doğmakta ve vergiyi doğuran olayı anlamaya çalışırken, doğrudan işlemin maddi yönüne dikkat etmek gerektiğini ifade etmektedir.

Maddi olayın saptanması ve normun yorumunu içerdiğinden dolayı ekonomik yaklaşım üst kavram olarak karşımıza çıkmakta ve alt unsurlarını ‘‘ekonomik irdeleme’’ ve ‘‘ekonomik yorum’’ oluşturmaktadır. Bu çerçevede vergiyi doğuracak olaya uygulanacak normun ekonomik gerçeklere göre saptanmasına ekonomik yorum denir. Vergiyi doğuran olayın ekonomik mahiyeti ve işlerliğine göre saptanması ve nitelenmesini ise ekonomik irdeleme oluşturmaktadır.

Buradan hareketle çalışmamızda ekonomik irdeleme kapsamlı bir şekilde incelenecek, somut maddi olayın saptanması ve nitelendirilmesi, yasal dayanakları ve ekonomik irdelemenin uygulama alanına değinilerek Danıştay kararları çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

I. Somut Maddi Olayın Saptanması ve Nitelendirilmesi

Vergi hukukunda yorum yöntemlerine başvururken özenle davranmak gerekir. Zira vergi hukukunda yasallık ilkesinin temel prensip olması yasanın yorum ile düzeltilmesi veya tamamlanmasını engelleyici sınırlar çizmektedir. Bununla birlikte somut maddi olayın saptanmasında gerçekleşen olayın bütün unsurlarının normdaki soyut tanımla aynı olduğu yönünde bir saptamanın yapılması gerekmektedir.¹ Yani normun uygulanması maddi olaya ilişkin soyut tanımın, yorumu ile sınırlı değildir.

Bu açıdan soyut normda öngörülen hukuki sonucu ortaya çıkarmak adına, somut maddi olayın normda tanımlanan soyut olaya uygunluğunun saptanması,

¹ Akkaya, Mustafa: Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 73.

nitelendirme işlemini ifade etmektedir.² Yani nitelendirme işlemi ile somut maddi olayın hangi hukuk kuralının kapsamına girdiği tespit edilmekte ve normdaki hukuki sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı anlaşılmaktadır.

Ham halde olan somut maddi olayın hukuki nitelendirilmesinin yapılabilmesi, kanımızca normda tanımlanan soyut olayın ifade ediliş şekline bağlıdır. Şöyle ki normda tanımlanan soyut olay bütün ayrıntıları ile kazuistik şekilde düzenlenmişse ayrı bir hukuki nitelendirme yapılmadan somut ve soyut olayın örtüşüp örtüşmediği araştırılır.³ Ancak aksi durumlarda normun uygulanması sürecinde somut maddi olayın nitelenmesi, öngörülen hukuki sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı kararını etkileyeceği için önem arz etmektedir.

Durum böyle olmakla birlikte, normda tanımlanan soyut olayda belirli bir ekonomik olgu vergiyi doğuran olayda etkili bir unsur olarak öngörülmüş ise somut maddi olayın söz konusu ekonomik özellikleri taşıyıp taşımadığının saptanması ve nitelendirilmesi yapılmalıdır.⁴

Örneğin, oğluna 15 bin TL bağışlayıp daha sonra aynı miktarı borç olarak geri alan bir tacirin borçtan doğan faizleri indirip indirmeyeceği bir nitelendirme sorunudur. Bu nedenle somut maddi olayın olduğundan farklı bir şekilde gösterilmeye çalışıldığı hallerde, hukuk uygulayıcısı re'sen görüntünün gerçekliğini araştırmak zorundadır. Bu zorunluluk vergi hukukunda mali güç temelindeki adalet ilkesinin gerekliliği olarak somut maddi olayların ekonomik açıdan nitelendirilmesiyle yerine getirilmektedir.

A. Somut Maddi Olayın Saptanması ve Nitelendirilmesinde Yasal Çerçeve

“Vergi hukukunda yorum” ve “vergi hukukunda ispat” başlıkları altında ele alınan somut maddi olayın saptanması ve nitelendirilmesi “vergiyi doğuran olay” ifadesinden ileri gelmekte ve irdelenmesi gereken bir konu olmaktadır.⁵ Vergi Usul Kanunu’nun (VUK) 3/3. maddesindeki, “*vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*” ifadesiyle vergilendirmede özün şekle üstünlüğü ve gerçek durumun esas alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Böylelikle vergi yükümlülerinin somut maddi olayı etkileyerek vergisel sonuçlar elde etmelerini engelleyip somut maddi olayın gerçek boyutunun ele alınması sağlanmış olmaktadır.

Söz konusu madde hükmünde ifade edilen “gerçek mahiyet”, vergilemede gerçeklik ilkesinin somut maddi olayın olduğundan farklı biçimde

² **Gökçay**, Şerif Emre: “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kapsamı, Niteliği ve Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017, s. 136.

³ **Akkaya**, s. 75.

⁴ **Gökçay**, s. 137.

⁵ **Akkaya**, s. 76.

gösterilmemesi gerektiğinin de altını çizmektedir. Zira somut maddi olayın olduğundan farklı gösterilmeye çalışıldığı alan olarak vergi hukukunda, vergiyi doğuran olayın değiştirilmesi ve yerine varsayımsal bir olay ikame edilmesi saptama ve nitilemede kıyas yasağının örtülü olarak aşılmasına yol açacaktır. Bu açıdan bu sınır vergiyi doğuran olayın değiştirilmesi yasağı olarak adlandırılır.⁶

B. Ekonomik İrdeleme

Vergi doğurucu olayın saptanması ve vergi yasalarının gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerinin esas alınmasını ifade eden ekonomik yaklaşımın alt unsurlarından biri ekonomik irdelemedir.⁷ Bu açıdan dış hukuki biçim ve ekonomik içerik olarak somut maddi olay iki unsura ayrılabilir.⁸

Vergi hukukunda vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliği ve işlerliğine göre saptanması ve nitelenmesine ekonomik irdeleme denir.⁹ Bu da normda ifade edilen soyut olayın ekonomik yaklaşım çerçevesinde saptanması ve nitelendirilmesini ifade etmektedir.

Vergilendirmede eşitlik, ekonomik irdelemenin anayasal dayanağı olmakla birlikte nitelendirmenin ekonomik içerik temelinde gerçekleştirilmesi adalet, genellik ve mali güç ilkelerine de hizmet etmektedir. Bu ilkelerle somut maddi olayın büründüğü ya da yansıtıldığı hukuki formdan bağımsız bir şekilde aynı iktisadi olgu ve olayların, iktisadi içeriği dolayısıyla aynı şekilde vergilendirilmesi sağlanmış olur. Ancak vergilendirilmesi öngörülen soyut olayın tanımlanmasında vergilendirmenin bizatihi biçime bağlandığı hallerde ekonomik irdeleme söz konusu olmayacaktır.¹⁰ Örneğin adlarına motorlu taşıt kayıt ve tescil edilen kişilerin Motorlu Taşıtlar Vergisinin mükellefi olması gibi burada taşıttan kimin yararlandığından çok kimin adına kayıt ve tescil ettirilmiş olduğu gibi vergilendirmenin biçime bağlandığı durumlarda ekonomik irdelemeden söz edilemez.

Bunun dışında kalan, soyut olayın tanımlaması salt, biçime bağlı olmayan durumlarda, vergilendirilecek bir işlemin ekonomik mahiyetinin hukuki biçimden farklı olduğu durumlarda biçimsel kalıbın dışına çıkarak olguların nitelendirilmesi gerekir.¹¹ Bu açıdan ekonomik irdeleme hukuki biçimlere takılmadan vergisel işlemlerin ekonomik yapılarına göre ve mali gücü vergisel açıdan tespit etmeyi sağlamaktadır. Bu çerçevede ekonomik irdeleme, somut maddi olayda ekonomik arka planın dikkate alınıp alınmaması sorunu

⁶ Akkaya, s. 78.

⁷ Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/ Çağan, Nami: Vergi Hukuku, 25. Bası, Ankara, 2016, s. 27.

⁸ Gökçay, s. 137.

⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 27.

¹⁰ Akkaya, s. 79.

¹¹ Gökçay, s. 137.

olduğundan hareket noktası hukuki biçimle ekonomik içeriğin uyumsuz olduğu olaylar olacaktır.

Durum böyle olmakla birlikte ekonomik irdelemenin uygulama alanı bulunduğu durumlar şöyle sıralanabilir:¹²

- Hukuka aykırı işlemler, vergilendirilmeye engel teşkil etmez
- Hukuki açıdan geçersiz ve iptal edilebilir bir işlemin vergilendirilmesi gerçek ekonomik durumun sonuca göre yapılır. Muvazaalı işlemlerde gizlenmiş olan ve ekonomik sonucu gerçekleşen işlem dikkate alınır.

1. Ekonomik İrdelemede Yasal Dayanak

Vergi Usul Kanununun 3/b maddesindeki düzenlemeyle somut maddi olayın saptanmasında ve nitelenmesinde sadece dış hukuki biçimlerin değil aynı zamanda içeriklerinin de dikkate alınması gerektiğine daha önce de değinmiş ve ekonomik irdelemenin hukuki sınırlarını çizmiştik. Söz konusu düzenlemenin özel hukuk bakımından batıl ya da yasalarla yasaklanmış işlemlere kadar uzandığının vurgulaması ise Vergi Usul Kanununun 9/2. maddesinde, “*Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz*” şeklinde düzenlenmiştir.¹³

Bunların dışında vergi yasalarına bakıldığında somut maddi olayın saptanmasında ve nitelenmesinde dış hukuki biçimin değil de gerçek mahiyetin esas alınacağı ile ilgili pek çok düzenleneme mevcuttur. Vergi Usul Kanununda yer alan “*tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunursa*”(m.30); “*...yazılı giderlerin gerçek miktarları üzerinden kayıtlara geçirilmesi ve miktarlarının işin genişliğine ve mahiyetine uygun bulunması şarttır*” (m. 228); “*tasarruf değeri, bir iktisadi kıymetin değerlendirme gününde sahibi için arz ettiği gerçek değerdir*” (m.264); “*... gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan...*”; “*...Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge...*” (m.359) ifadeler bunlara örnek olabilir.

Damga Vergisi Kanununda yer alan, “*Bir kağıdın tabi olacağı verginin tayini için o kağıdın mahiyetine bakılır ve buna göre tabloda yazılı vergisi bulunur*” (m.4); “*nispi vergide, kağıtların nevi ve mahiyetlerine göre, bu kağıtlarda yazılı belli para, maktu vergide kağıtların mahiyetleri esastır*”(m.10) ifadeler şeklinde de örnekler çoğaltılabilir.

¹² Gökçay, s. 137.

¹³ Akkaya, s. 81.

2. Uygulama Alanı

Ekonomik irdelemenin uygulama alanının belirlenmesinde daha öncede değindiğimiz üzere normdaki soyut tanımla somut maddi olaydaki etkileşim önemli rol oynamaktadır. Bu yüzden vergiyi doğuran olayın büründüğü biçimin ötesinde, gerçek ekonomik mahiyetin esas alınmasında verginin bağlandığı olay ve olguların iktisadi içerikleriyle vergilendirilmesi gerektiği etkili bir unsur olarak belirlenmiş olması gerekmektedir.¹⁴ Bu çerçevede biçimiyle içeriği farklı olan somut maddi olaylara değinmek konu bakımından yerinde olacaktır.

Şöyle ki yasada yer alan vergiyi doğuran olayla örtüşen somut maddi bir olayın hukuka veya kamu düzenine aykırı olup olmadığı vergilendirme açısından önemli olmayacaktır.¹⁵ Bu nedenle ekonomik irdeleme ile hukuka aykırı eylemlerin hukuka uygun eylemler karşısında korunmuş olmaması ve mali gücün adil şekilde vergilendirilmesi sağlanmış olmaktadır. Zira hukuka aykırı faaliyetlerin vergilendirme dışı bırakılması söz konusu faaliyetlere vergi hukuku açısından koruma sağlanmış olacak ve hukuka uygun faaliyette bulunan kişiler aleyhine eşitlik ilkesi delinmiş olacaktır.

Ekonomik irdelemenin uygulama alanı olan konulardan biri de geçersiz özel hukuk işlemleri olmaktadır. Bunlar, işlemin hiçbir zaman hiç kimse için hukuki etki doğurmadığını ifade eden mutlak butlan, işlemin belli kişiler için geçersiz diğerleri için geçerli olduğunu ifade eden nispi butlan, yapılan işlemin hukuki sonuç doğurması üçüncü kişinin iznine bağlı olan askıda geçersizlik halleridir.¹⁶ Burada tarafların geçersiz hukuki işlemleri, ekonomik açıdan gerçekleştirip gerçekleştirmediği ekonomik irdeleme ile saptanacak ve vergilendirme ilişkisi kurulacaktır. Yani geçersiz işlemde öngörülen edimler ifa edilmiş ve iktisadi sonuçlar doğmuşsa işlemin özel hukuk bakımında geçersiz olması vergilemede dikkate alınmayacaktır.

Geçersiz hukuki işlemlerin, tarafların maksatları ile beyan ettikleri arasındaki uygunsuzluktan doğması yani irade bozukluğuna dayanması durumunu muvazaalı işlemler oluşturmaktadır. Özel hukuk kavramı olan muvazaa, tarafların aralarında mevcut olmayan bir ilişkiyi varmış gibi göstermeleri ya da gerçekte var olan bir ilişkiyi başka bir biçimde dış dünyaya yansıtması ile iki farklı şekilde olmaktadır.¹⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 19. maddesi¹⁸ çerçevesinde sözleşmelerin türünün belirlenmesinde tarafların

¹⁴ **Akkaya**, s. 82.

¹⁵ **Gökçay**, s. 141.

¹⁶ **Akkaya**, s. 84.

¹⁷ **Akkaya**, s. 91.

¹⁸ “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı ön görülmüştür. Görünüşteki işlemlerin geçersizliği ve yapılmak istenen gerçek işlemin öngörülen kurallara uygun olması halinde geçerli olacağı özel hukuk açısından düzenlenmiştir.¹⁹ Bu durum kural olarak vergi hukukunda da geçerli olmakla birlikte ekonomik sonuçların gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınmaktadır. Vergi hukukunda mükelleflerin kendi aralarında yaptıkları göstermelik anlaşmalar ile vergi idaresini yanıltarak vergiden kurtulmak adına yapılan işlemler muvazaalı sayılır.²⁰ Bu çerçevede taraflar görünüşteki işlemin altında gizli bir işlemi saklamışlarsa ve söz konusu gizli işlemin iktisadi sonuçları gerçekleşmişse vergilendirme açısından önem taşıyacak olan olgu gizli işlem olacaktır. Örneğin taraflar ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle iktisadi sonuçları hedefleyip ivazsız olan bağışlamanın iktisadi sonucunu gerçekleştirmişlerse bu işleme Veraset ve İntikal Vergisi uygulanabilecektir.²¹

Devletin vergi gelirlerini azaltıcı nitelikte olan bir diğer kavram peçeledir. Kanunun sözüne uygun davranıp özünü ihlal eden peçelege sözleşmesi her ne kadar muvazaa ile benzer yanları taşısa da muvazaa ile karıştırılmaması gereken bir vergi hukuku kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır.²² Özel hukuk kurum ve biçimlerini olağan kullanımları dışında kötüye kullanarak vergi kaçırma amacı güden vergi yükümlüleri ve sorumlularının sözleşmelerine peçelege sözleşmesi denir.²³ Kanuna karşı hilenin vergi hukukunda yansıması olan peçelege işlemlerinde soyut normun lafzı ile amacı arasındaki görünüşteki farka göre somut maddi olayın manipüle edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle peçelege işlemleri ile vergi yasaların dolanılmasının engellenmesi noktasında ekonomik irdeleme ile somut maddi olayın saptanması ve nitelenmesi ile vergiyi doğuran olayın varlığı araştırılmış olmaktadır. Örneğin nakdi olarak yapılan bir hibe, belirli zaman aralıklarıyla taksitlere bölünerek yapılır ve söz konusu taksitler istisna sınırı çerçevesinde yapılırsa işlem peçelege olarak nitelendirilebilir. Ekonomik irdeleme sonucunda işlemin peçelege olarak kabulünden sonra bölünen hibe tutarlarının toplanarak tek bir meblağ olarak vergilendirilmesi sağlanmış olur.²⁴

Peçelege konusunda tartışmaya konu olan başka bir örneğe değinmek konunun iyice kavranması açısından yerinde olacaktır: Öncelikle Gelir Vergisi Kanunu'nun 73. maddesi çerçevesinde usul-füruğ ve kardeşlik ilişkileri dışında

Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz."

¹⁹ **Akkaya**, s. 91.

²⁰ **Yılmaz**, Elif: "Kanuna Karşı Hilenin Vergi Hukukundaki Görünümü Olarak Peçelege Kavramı ve Muvazaa İle Mukayesesi", GÜHFD, Cilt 17, Sayı1-2, 2013, s. 1770.

²¹ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 27.

²² **Yılmaz**, s. 1776.

²³ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 28.

²⁴ **Gökçay**, s. 150.

bir kişinin bir başkasına konutunu oturması için kira ücreti olmadan bırakması durumunda konut sahibinin emsal kira bedeli üzerinden vergi yükümlüsü olacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede baba “A”nın bir konutu, oğul “B”nin iki konutu vardır; amca “C”nin ise konutu yoktur. Bu durumda GVK m.73’ü dolanmak için “B” iki konutundan birini “A”ya; baba “A” ise konutunu kardeşi “C”ye oturması için bırakırsa, yani ekonomik irdeleme ile ekonomik gerçek saptanır ve peçeleme olarak nitelenirse vergiyi doğuran olay meydana gelmiş sayılacaktır. Ancak somut maddi olayın tüm ayrıntıları dikkate alınır kişilerin sosyal durumları incelendikten sonra işlemin vergi kaçırma yönüne yönelik olmadığı kararına varılırsa vergiyi doğuran olayın varlığından söz edilemeyecektir.²⁵

II. Danıştay Kararları Çerçevesinde Ekonomik İrdeleme

Yukarda değindiğimiz üzere vergi hukukunun kendine özgü yapısının en güzel yansıması olan ekonomik irdeleme, vergiyi doğuran olayı anlamak açısından hukuki ya da şekli noktalardan ziyade doğrudan işlemin maddi yönüne mercek tutmak gerektiğinin altını çizmektedir. Bu noktada Danıştay’ın bu yönde verdiği kararlara değinmek konu bakımından yerinde olacaktır.

Şöyle ki; Danıştay Vergi Davaları Genel Kurulunun E.1996/320, K. 1996/410 sayılı ve 06.12.1996 tarihli kararın vücut bulmasını sağlayan direnme kararı sonucu temyiz istemi şu şekildedir; 8.11.1989 tarihinde satın alınan 4 adet taşınmazın 26 gün gibi kısa bir süre sonra satılmasından sağlanan 15 milyon lira tutarındaki kazancı sermayesine ekleyerek Kurumlar Vergisi Kanununun 10.maddesindeki tüm koşulları yerine getirmek suretiyle söz konusu kazancı kurumlar vergisinden müstesna ederek beyanname vermesi üzerine adına 1989 takvim yılı için ikmalen kaçakçılık cezalı kurumlar vergisi ile fonlar salınmıştır. Tarhiyata açılan dava sonucu Vergi Mahkemesi, davacı şirketin uğraş konusunun hukuken ve fiilen gayrimenkul ticareti olmadığını ve bu kazancı satış ve sermaye ilave işlemlerinde yasanın aradığı bütün koşulları yerine getirdiği gerekçesiyle 10. Madde kapsamında nitelendirilerek cezalı tarhiyatı kaldırmıştır.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini kabul eden Danıştay, gerçek ekonomik mahiyeti irdeleyerek şu ifadelerle yerel mahkemenin kararını bozmuştur; *“Bütün bu açıklamaların ışığında olayı irdelediğimizde, ilk olarak 2970 sayılı Yasa ile KVK’na eklenen geçici 10. madde ile kanun koyucu, işletmelerin ellerinde bulunan sabit değerlerin enflasyon nedeniyle önemli derecede değer kazanmaları nedeniyle bu işletmelerin nakit sıkıntılarına rağmen taşınmazlarını elden çıkarmaktan kaçınmalarını, vergi avantajı sağlayarak engellemeyi, böylece bu kurumların mali yapılarının güçlendirilmesini ve finansman gereksinimlerini gidermeyi amaçlamıştır. Olayda ise, alıp satma arasında geçen 26 gün gibi kısa bir sürede söz konusu sabit değerlerin enflasyon*

²⁵ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 28.

nedeniyle önemli ölçüde yani 500 milyon liraya alınıp 15 milyar 500 milyon liraya satılabilecek kadar 35 misli değer kazanmış olmasını kabule olanak yoktur. Enflasyon oranının 1989 yılının sonunda 26 günde bu kadar artmadığı kuşkusuzdur. Buna göre yasa maddesindeki açıktan yararlanılarak peçeleme sözleşmesi niteliğindeki alış ve satış sözleşmelerine istinaden yapılan, maddeye şeklen uygun kayıt ve düzenlemelerle 15 milyar liralık bir meblağın vergiden müstesna tutulması suretiyle kurumlar vergisi matrahının azaltılması yoluna gidildiği sonucuna varılmaktadır.”

Danıştay 7. Dairenin E. 1992/8205, K. 1994/4596 sayılı ve 06.10.1994 tarihli kararının vücut bulduğu temyiz kararı istemi de şu şekildedir; Velayet altındaki 9 aylık bebek yükümlüye, pay sahibi olduğu anonim şirketteki hisselerin alımı için gerekli olan paranın babası tarafından verildiği üzerine, vergi dairesi tarafından, ortada ivazsız bir intikalin olduğu ileri sürülerek veraset ve intikal vergisi salınmış ve usulsüzlük cezası kesilmiştir. Bunun üzerine vergi mahkemesi, yükümlü yerine yapılan nakit ödemelerin bedelsiz olmayıp, oğlunu(yükümlüyü) kendisine borçlandırmak suretiyle yapıldığını saptamış ve ortada ivazsız bir intikalin bulunmadığı kararına varmıştır. Bu çerçevede vergi dairesi müdürlüğünün temyiz işlemini kabul eden Danıştay 7.Dairesi, somut maddi olayın gerçek ekonomik mahiyetine mercek tutarak şu gerekçelerle vergi mahkemesinin kararını bozmuştur: “7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 1. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şahıslara ait mallar ile Türkiye’de bulunan malların veraset tarikiyle veya herhangi bir suretle olursa olsun ivazsız bir tarzda bir şahıstan diğer şahsa intikalinin veraset ve intikal vergisine tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Borçlar Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında ise: Bir akdin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır, denilmek suretiyle akitlerin yorumunda asıl ilkenin tarafların gerçek irade beyanlarını tespit olduğu açıklanmıştır. Diğer taraftan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3. maddesinde de vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas alınacağı belirtilmiştir. Velayet, 743 sayılı Türk Medeni Kanununun Aile Hukuku kitabının “hısımlar” başlıklı ikinci kısmın beşinci faslında düzenlenmiştir. Söz konusu faslın 262. maddesi ile küçüğün velayeti ana ve babasına verilmiş. 264. ve devamı maddelerinde ise velayet hakkının kapsamı belirtilmiştir. Kanun koyucu velayet hakkının kapsamını belirlerken, küçüğün hak ve menfaatlerini velayet hakkına sahip ana ve babaya karşı da korumak istemiş ve bu amaç doğrultusunda kanunun 271.maddesinde, çocuk ile baba veya ana arasında, yahut ana ve babanın yararına olarak çocuk ile üçüncü şahıslar arasında yapılacak herhangi bir tasarrufla çocuk borç altına girmiş olursa, bu muameleye bir kayyımın iştirakini ve hakimın onayını şart kılmıştır. Olayda, velayet altında bulunan yükümlünün hisse devri nedeniyle babasına karşı borçlandırılmasına karşın, bu

muameleye bir kayyımın iştirak etmediği ve hakim onayına da sunulmadığı hususları ihtilaflı olduğu gibi, Borçlar Kanununun yukarıda anılan 18. maddesi uyarınca yapılan yorumla, hisse devri nedeniyle borçlanılan meblağın, olay tarihinde henüz dokuz aylık bebek olan yükümlü tarafından, reşit olduğu tarihte babasına, ödeneceğine ve söz konusu meblağa her hangi bir faiz hesaplanmayacağına ilişkin muameleden beklenen amacın, sırf veraset ve intikal vergisinden kaçınmaya yönelik olduğunun anlaşılması karşısında borçlandırma işleminin gerçek mahiyetinin, vergiden kaçınma amacına yönelik ivazsız bir intikal olduğu sonucuna varılmaktadır.”

Danıştay 3. Dairenin E. 1997/906, K. 1996/2743 sayılı ve 30.06.1997 tarihli kararında ise; uyuşmazlığa konu olan yükümlü şirket sermayesinin % 50 payına sahip olan ortağı ... Tavukçuluk İşletmeleri A.Ş. ile ortaklığını 1994 yılında bitirmiş ve sonrasında vadeli ve dövize endeksli olarak küspe satın almıştır. Buna göre uyuşmazlık satın aldığı küspe bedelinin örtülü sermaye, satan ve ortaklığı bitirilmiş gösterilen firmaya 1995 yıl sonunda fatura edilen kur farklarının ise örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz olarak nitelendirilmesine ilişkindir.

Kararda; “KVK.nun 16. maddesinde, kurumlar aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya sıkı bir ekonomik ilişki bulunan gerçek ve tüzel kişilerden aldıkları borçların, teşebbüste devamlı olarak kullanılması ve bu borçlarla kurumun özsermayesi arasındaki nispetin, emsali kurumlardakine nazaran açık bir farklılık göstermesi halinde alınan borcun örtülü sermaye sayılacağı açıklanmış, 15/2. maddesinde de örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancından indirilemeyeceği kuralına yer verilmiştir” ifadesiyle vergiyi doğuran olayın değerlendirilmesinde ekonomik irdelemeyle işlemin esas mahiyetine mercek tutmak gerektiği üzerine durulmuştur. Buradan da hareketle 3.Daire şu gerekçelerle alınan küspe bedelini örtülü sermaye olduğu sonucuna varmıştır; “...olayı irdelediğimizde, satıcı şirketin alıcı şirkete mal değil mal bedelini dövize endeksli borç olarak verdiğini ve KVK. 16. ve 15/2. maddelerinin konulduğu sırada enflasyon, TL.nin değerini yitirmesi, dolayısıyla kur farkı gibi ekonomik oluşumlar söz konusu olmadığından "faiz deyiminin kur farkı adı altında yapılan ödemeleri de kapsadığını kabul etmek "ekonomik yorum" kurallarının doğal bir sonucu olmaktadır. Buradan hareketle de 1994 yılında peçeleme sözleşmesi niteliğindeki satış sözleşmesiyle satılan mal bedelinin alıcı şirketçe yıllar boyunca kurum bünyesinde kullanıldığı ve kur farkı adı altında nemalandığı kabul edilmelidir. Satıcı şirket zararlı ve zor durumda olduğundan, olayı vergiye tabi kurumun ihtiyacı olan sermayenin ona, sermaye artırımı yoluyla sağlanması olanağı var iken, borç verilmek suretiyle sağlandığı ve kazancından bir kısmını, kur farkı olarak ve kurum içinde vergiye tabi tutulmaksızın, zararlı olduğu için kurumlar vergisi ödemeyecek olan diğer kuruma aktardığı biçiminde görmek zorunlu olur. Zira yasa koyucunun örtülü sermaye müessesesini getirmekteki amacı kurum kazancının aşındırılmasının

önlenmesidir. Bu nedenle yükümlü kurumun vadeli olarak küspe satın alma yöntemi ile aynı aileye mensup kişilere ait ... Tavukçuluk İşletmeleri A.Ş.'ne dövize endeksli borçlanmasının örtülü sermaye olarak kabul edilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

Danıştay 3. Dairenin E.1997/293 K. 1998/1650 sayılı ve 07.05.1998 tarihli kararın vücut bulmasını sağlayan temyiz istemi ise şu şekildedir; "Röntgen cihazı imalatıyla uğraşan davacı şirketin 1.09.1994-31.8.1995 özel hesap dönemine ilişkin işlemlerinin örtülü sermaye yönünden incelenmesi sonucu tesbit edilen matrah üzerinden adına re'sen salınan kurumlar, geçici kurumlar, gelir (stopaj) vergileri, fon payları ile bunlara bağlı olarak kesilen ağır kusur cezalarına karşı açılan davayı; olayda, davacı şirketin röntgen cihazı imalinde kullanılan (X) ışını jeneratörünü davacı şirketin de ortağıfirmasından 1991 takvim yılından itibaren döviz karşılığı borçlanarak satın almasının iki şirket arasında devamlı iktisadi ilişkinin varlığını gösterdiği, alınan mal karşılığı borçlanılan tutarın şirketin öz sermayesine oranının % 62-71 arasında olması Kurumlar Vergisi Kanununun 16. maddesinde belirlenen örtülü sermaye tanımına uymakta ise de, inceleme raporunda da belirtildiği üzere, davacı şirketin satın aldığı mal karşılığında borçlanmış olması, kambiyo mevzuatı hükümleri çerçevesinde bu borçların ödendiğinin anlaşılması ve üretime dönük faaliyette bulunan şirketin üretim girdilerinin borç karşılığı temini yoluna gidilmesinin ticari hayatın doğal sonucu olması nedeniyle mal karşılığı yapılan borçlanmaların örtülü sermaye olarak kabul edilemeyeceği, öte yandan Kurumlar Vergisi Kanununun 15. maddesinin 2. bendi uyarınca örtülü sermaye olarak nitelendirilen borçlanmalarda, ödenen faizlerin kurum kazancından indirilemeyeceği belirtilmiş olup, madde hükmünde kur farkından söz edilmediğinden davacı şirketin satın aldığı mal karşılığı ödediği kur farkını kurum kazancından indirmesinin yerinde bulunduğu, bu durumda, davacı şirket adına yapılan cezalı tarhiyatta yasal isabet görülmediği gerekçesiyle kabul ederek dava konusu cezalı tarhiyatı kaldıran Bolu Vergi Mahkemesinin 24.10.1996 günlü ve E: 1996/35, K: 1996/187 sayılı kararının; inceleme raporuna dayanılarak re'sen salınan vergiler, fon payı ve kesilen cezalarda kanuna aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istemidir."

Temyiz istemini kabul eden Danıştay 3. Daire, karardaki şu ifadelerle ekonomik irdeleme yaparak yerel mahkemenin kararını bozmuştur; "satıcı şirketin alıcı şirkete mal değil mal bedelini döviz olarak borç verdiğini ve KVK.nun 16. ve 15/2. maddelerinin konulduğu sırada enflasyon, TL'nin değerini yitirmesi, dolayısıyla kur farkı gibi ekonomik oluşumlar söz konusu olmadığından "faiz" deyiminin kur farkı adı altında yapılan ödemeleri de kapsadığını kabul etmek "ekonomik yorum" kuralarının doğal bir sonucu olmaktadır. Buradan hareketle de satış sözleşmesiyle satılan mal bedelinin alıcı şirkete kurum bünyesinde kullanıldığı ve kur farkı adı altında nemalandığı kabul edilmelidir. Zira yasa koyucunun örtülü sermaye müessesesini getirmekteki amacı kurum

kazancının aşındırılmasının önlenmesidir. Bu nedenlerle yükümlü kurumun vadeli olarak hammadde satın alma yöntemi ile cari hesap ilişkisi içinde bulunduğu diğer bir şirkete dövizle borçlanmasının örtülü sermaye unsuru kabul edilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.”

Danıştay daha önceki kararda olduğu gibi döviz karşılığı satın alınan malın bedelini örtülü sermaye kabul edip, kur farkının da örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır.

Danıştay Vergi Davaları Genel Kurulunun E. 2002/422, K. 2003/11 sayılı ve 31.01.2003 tarihli kararın vücut bulmasını sağlayan direnme kararı şu şekildedir; Banka tarafından bir şirketler grubuna, yasal prosedüre uygun işlem yapılarak kredi verilmiş gibi gösterilmiştir. Faiz ve kur farkının şirketler grubunca gider kaydı suretiyle vergi ziyaına sebebiyet verilmesi sonucunda kaçakçılık fiilinin işlenmesine yardım edilmesi çerçevesinde VUK’un 347 nci maddesi uyarınca banka adına kaçakçılığa yardım cezası kesilmiştir. Vergi Mahkemesinin davayı reddetmesi ve Danıştay 4. dairesinin kesilen cezada isabet görülmediği gerekçesiyle kararı bozması üzerine yerel mahkeme kararında direnmiştir.

Danıştay Vergi Davaları Genel Kurulu şu ifadelerle direnme kararının bozulması istemini reddetmiştir; *“Dosyada bir örneği bulunan ve cezanın dayanağını oluşturan vergi inceleme raporundan, bankanın, ... şirketler grubuna kredi verilmiş gibi işlem yaptığı oysa, bunun şirketlerin alacağına ödenmesi niteliğinde olduğu ve ödemenin de asıl borçlu durumundaki banka yönetim kurulu başkan yardımcısı tarafından üstlenildiği, bu durumun tarafların aralarında yaptığı borcun nakli sözleşmesi ile de yazılı hale getirildiği, kredi almış görünen şirketlerin, ödemiş göründükleri faiz ve kur farklarını gider kayıtlarına alarak dönem matrahından indirmek suretiyle vergi ziyaına neden olmaları dolayısıyla, şirketler adına salınan vergi.ve Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesinin i inci fıkrası uyarınca kesilen kaçakçılık cezalarının yargı sürecinden geçmek suretiyle kesinleştiği, davacı bankaya da bu durumu fiili ile kolaylaştırdığı ileri sürülerek kaçakçılığa yardım cezası kesilmesinin önerilmesi üzerine şirketler grubuna kesilen cezanın dörtte birinin kesildiği anlaşılmıştır. Bankanın vermiş olduğu kredinin gerçek anlamda bir ticari kredi niteliği bulunmadığı halde, bu amaçla verilmiş gibi gösterildiği ve söz konusu kredi nedeniyle grup şirketlerin ödemiş göründükleri faiz ve kur farkının dönem matrahından indirilmesi sonucu kaçakçılık suçunun oluşmasına yardımda bulunduğu açıktır. Bu durumda 213 sayılı Yasanın 3 üncü maddesiyle öngörülen vergilemede işlemin gerçek mahiyetinin esas olacağı ilkesi uyarınca gerçek mahiyet tespit edilerek banka adına kesilen cezaya karşı açılan davanın reddinde hukuka aykırılık bulunmamıştır.”*

Danıştay 4. Daire E. 2013/3080, K. 2013/10451 sayılı ve 24.12.2013 tarihli kararın vücut bulduğu temyiz istemi şu şekildedir; ...Bankası tarafından Türk Medeni Kanun’u hükümleri uyarınca kurulan Munzam Sosyal Güvenlik ve

Yardımlaşma Sandığı Vakfına, bankanın her bir çalışanı için ücretlerinin belli bir oranında ödenen banka katılım payı üzerinden gelir vergisi kesintisi yapılmamıştır. Vergi idaresi, bankanın hizmet akdiyle bağlı çalışanlarına sağlanan bu menfaatlerin Gelir Vergisi Kanunun 61. maddesi kapsamında ücret niteliğini taşıdığı gerekçesiyle kendisine vergi ziyai cezalı gelir (stopaj) vergisi ile damga vergisi salınmıştır. Bunun üzerine açılan davada yerel mahkeme, vakfa ödeme yapıldığında çalışanların ödenen tutar üzerinde hukuki ve fiili bir tasarrufun bulunmadığı, doğrudan doğruya çalışana yapılmayan ödemenin ücret olarak kabul edilmesinin verginin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu ve dolayısıyla vergiyi doğuran olayın gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın kabulüne kabul karar vermiştir.

Vergi Dairesi Müdürlüğünün, kararı veren vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği üzerine temyiz istemini kabul eden Danıştay 4. Daire şu ifadelerle yerel mahkemenin kararını bozmuştur; *“213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (B) fıkrasında, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, gerçek mahiyetin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia edene ait olduğu hükmüne yer verilmiş, aynı Kanun'un 134'üncü maddesinde ise, vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak olduğu vurgulanmıştır.*

Uyuşmazlığın çözümü için; davacı banka tarafından, adı geçen vakfa ödenen banka katılım payının, banka çalışanları açısından Gelir Vergisi Kanunu'na göre ücret kapsamında bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Gelir Vergisi Kanunu'na göre, bir ödemenin ücret sayılabilmesi için, bir işyerinde bir işverene bağlı olarak çalışılması ve bunun karşılığında bir menfaat elde edilmesi gerekmektedir. Hizmet karşılığı yapılan ödeme nakit, ayın veya para ile temsil edilebilen menfaatler şeklinde olabilir. İşveren tarafından ücretin farklı isimler altında farklı usullerle ödenmesi yapılan ödemenin ücret olma niteliğini değiştirmez.

Davacı banka tarafından, adı geçen vakfa ödenen banka katılım paylarının herhangi bir kesintiye tabi tutulmadığı, banka katılım payı ödemelerinin, çalışan sayısı, aldığı maaş ve diğer unsurlar dikkate alınarak belli oranda hesaplandığı, bu ödemelere ilişkin belge ve kayıtların personel bazında tutularak muhafaza edildiğinin rapor eki tutanakta açıkça belirtildiği, çalışan personelin yükselmesine bağlı olarak banka tarafından vakfa ödenen tutarın da değiştiği, yapılan bu ödemeler karşılığında sadece çalışanlara özgü olmak üzere, çalışan için ödenen prim sayısı dikkate alınarak, borç vermek, ölüm aylığı ve emeklilik aylığı bağlamak veya toplu ödeme yapmak gibi bir takım menfaatlerin sağlandığının tespit edilmesi karşısında, ödemenin banka tarafından, vakfın

kurulması esnasında düzenlenen vakıf senedinde bir yükümlülük olarak öngörülmüş olmasının vakfa ödenen paranın çalışanlara bir maddi menfaat olarak yansıtıldığı gerçeğini ortadan kaldırmadığı, bizatihi davacı banka tarafından kurulan vakıf aracılığıyla, kendisine hizmet akdiyle bağlı çalışanlarına menfaat temin edildiği, vakfın görevinin, bankanın ödediği tutarı belli şartlar altında çalışan kişiye ödemek olduğu, iç ilişkide bankanın sorumluluğunun, işçiye değil vakfa ait olmasının da bu gerçeği değiştirmeyeceği, banka tarafından ödenen tutarın anlık olarak işçinin tasarrufuna amade kılınmamasının yasal bir zorunluluktan değil özel hukuk tasarrufu niteliğinde olan vakıf senedinden kaynaklandığı ve vergiyi doğuran olayın niteliğini değiştirmeyeceği, kaldı ki bu ödemelerin ayrı bir hesapta kişi bazında izlenmesi, şartlar gerçekleştiğinde çalışan kişiye ödenmesi gibi veriler göz önünde alındığında, tasarruf imkanının oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Ayrıca, davacı bankanın vakfa ödediği banka katılım payı tutarının hesaplamasında çalışanların maaş ve ikramiyelerinin esas almasının, sadece bir hesaplama yöntemi olarak görülmesine olanak bulunmadığı, zira her bir çalışanın maaş ve ikramiyeleri esas alınarak bu ödemelerin personel bazında ayrı ayrı hesaplanması, diğer bir deyişle her ay belirli tutar ödemek yerine çalışanların ücretlerinin belirli bir oranında vakfa ödeme yapılmasının amacının, her bir çalışanın elde edeceği menfaatin net tutarını belirlemek olduğu hususları göz önüne alındığında, davacı banka tarafından doğrudan ödenen ücrete ek olarak kendisine hizmet akdiyle bağlı çalışanlarına vakıf aracılığıyla sağlanan bu menfaatlerin, Gelir Vergisi Kanunu'nun 61'inci maddesi hükmü kapsamında ücret olduğu sonucuna varılmaktadır.”

Sonuç

Vergi hukukunda özün şekle üstünlüğü ile vergi yükümlülerinin somut maddi olayı etkileyerek vergisel sonuçlar elde etmeleri engellenmekte ve vergilendirmenin ekonomik içerik temelinde gerçekleştirilmesiyle, adalet, genellik ve mali güç ilkeleri sağlanmış olmaktadır. Ancak burada önemli olan vergilendirmenin bizatihi biçime bağlanıp bağlanmadığı noktasıdır ki biçime bağlandığı durumlarda ekonomik irdelemeden söz edilemeyecektir.

Danıştay kararlarına baktığımızda ise ekonomik irdelemenin söz konusu olduğu durumları, dış hukuki biçimle ekonomik içeriğin uyumsuz olduğu somut olaylar oluşturmaktadır. Bu nedenle Danıştay gerek direnme kararı doğrultusunda gerek vergi dairesi müdürlüğünün istemi üzerine temyiz edilen uyuşmazlığı karara bağlarken somut maddi olayda hayatın mutlak akışına aykırılık aradığı da gözlenmektedir.

Böylece ne şekilde olursa olsun vergilendirmeyi etkilemek için somut maddi olayın değiştirilmesi ya da yerine varsayımsal olay ikame edilmesinin

engellemesi açısından ekonomik irdelemenin, vergilendirmede eşitlik ilkesi çerçevesinde hayati önem taşıdığının altı çizilmektedir

KAYNAKÇA

Akkaya, Mustafa: Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002

Gökçay, Şerif, Emre: “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kapsamı, Niteliği ve Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2017

Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/ **Nami**, Çağan: Vergi Hukuku, 25. Bası, Ankara, 2016

Toprak, Erşah/ **Armağan**, Ramazan: “Vergi Hukukunda Yorum Kurallarının ve Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kullanılması Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, Ankara 2018

Yılmaz, Elif: “Kanuna Karşı Hilenin Vergi Hukukundaki Görünümü Olarak Peçeleme Kavramı ve Muvazaa İle Mukayesesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı1-2, 2013

Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu, E. 1996/320, K. 1996/410, K.T. 06.12.1996

Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu, E. 2002/422, K.2003/11, K.T. 31.01.2003

Danıştay 3. Daire, E. 1997/906, K. 1996/2743, K.T. 30.06.1997

Danıştay 3. Daire, E. 1997/293, K. 1998/1650, K.T. 07.05.1998

Danıştay 4. Daire, E. 2013/3080, K. 2013/10451, K.T. 24.12.2013

Danıştay 7. Daire, E. 1992/8205, K. 1994/4596, K.T. 06.10.1994

“IS the EUROPEAN UNION DEMOCRATIC?”

Avrupa Birliği Demokratik mi?

Tafadzwa CHIGUMIRA*

ABSTRACT

The European Union as a unique entity which has legislative authority over a wide range of areas affecting EU citizens has garnered attention from scholars regarding its democratic legitimacy echoed in the Constitutional Crisis prior to the Lisbon Treaty. This article attempts to answer the common question of whether the EU may be considered democratic through a discussion of the common themes raised under principles of democratic legitimacy and the so called democratic deficit. It will be shown that the answer to this question is two-fold. Firstly the EU is a unique entity which may be seen as possessing not only ‘super state’ attributes but supranational organization characteristics as well hence a conclusion of its democratic legitimacy may not simply be reached through the ordinary Nation State standards. Secondly it will be seen that the democratic deficit issue that has been raised quite frequently is real but may be the very thing the EU needs to be an effective entity in the context of managing multiple states with a common goal.

Keywords: Democratic Deficit, Democratic Legitimacy, EU Electoral System

ÖZET

Avrupa Birliği, AB vatandaşlarını etkileyen çok çeşitli alanlarda yasama yetkisine sahip benzersiz bir varlık olarak, Lizbon Anlaşması'ndan önce anayasal

* Araştırma Görevlisi-Research Assistant, Yakın Doğu Üniversitesi-Near East University, tafadza.chigumira@neu.edu.tr, Orchid ID: <https://orcid.org/0000-0002-4279-8300> (Makalenin Geliş Tarihi: 30.06.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 05.07.2019-12.07.2019/Makale Kabul Tarihleri: 06.08.2019-06.08.2019)

krizde yankılanan demokratik meşruiyeti ile ilgili akademisyenlerden dikkatçektir. Bu makale, AB'nin demokratik meşruiyet ilkeleri ve sözde demokratik açıklık ilkeleri altında ortaya konan ortak temaların tartışılması yoluyla demokratik olarak kabul edilip edilemeyeceği konusundaki ortak soruyu cevaplamaya çalışmaktadır. Bu sorunun cevabının iki yönlü olduğu gösterilecektir. Birincisi, AB, yalnızca “süper devlet” özelliklerine sahip olmadığı, uluslarüstü örgütlenme özelliklerine sahip olmadığı ve dolayısıyla demokratik meşruiyetinin bir sonucuna, sıradan Ulus Devlet standartlarıyla ulaşılamayacağı şeklinde görülebilen eşsiz bir varlıktır. İkincisi, oldukça sık ortaya çıkan demokratik açık meselesinin gerçektir, ancak AB'nin ortak bir hedefle birden fazla devlet yönetimi bağlamında etkili bir varlık olması gereken şey olabilir.

Anahtar Kelimeler: Demokratik Açık, Demokratik Meşruiyet, AB Seçim Sistemi

Introduction

There are no universally accepted sweeping definitions of the terms democratic legitimacy and democratic deficit. For the purposes of this paper democratic legitimacy refers to those principles and procedures through which decisions made by representatives with political authority become acceptable to the citizens who were not included in making them.¹ An example would be the voting process. Democratic legitimacy is the idea that an institution is just because “it embodies an accepted superior justificatory principle.”²

The democratic deficit principle is used to express the belief that the European Union (EU) lacks sufficient democratic structures and processes within its institutions as compared to national systems.³ This comparison is relevant because the democratic standards the EU is held to are centered on whether the

¹ **Parry**, Philip: “The Democratic Deficit of the EU,” North East Law Review, Vol. 4, Issue 1 (March 2016) p. 97 citing **Bartolini**, Stefano, “The Nature of the EU Legitimacy Crisis and Institutional Constraints: Defining the Conditions for Politicization and Partisanship” in **Cramme**, Olaf (ed), *Rescuing the European Project: EU Legitimacy, Governance and Security* (Policy Network 2009) p. 57.

² **Koo**, Paola, Michelle: “The Struggle for Democratic Legitimacy within the European Union,” Boston University International Law Journal, Vol. 19, Issue 1 (Spring 2001) p. 111 citing **Obradovic**, Daniela in “Policy Legitimacy and the European Union,” Journal Of Common Market Studies Volume 34 Issue 2 (June 1996) p. 191.

³ **Sieberson**, Stephen: “The Treaty of Lisbon and its Impact on the European Union’s Democratic Deficit,” Columbia Journal of European Law, Vol. 14, Issue 3 (Summer 2008) p. 446.

EU is an intergovernmental organization (IGO) or a federation or a hybrid Union because it determines at which primary level citizen's rights are safeguarded.⁴

The problem of legitimacy has been recognized even by the Union itself and the European Council has recognized a need to bridge the gap between the EU and its citizens.⁵ A common argument is that the EU is a 'hybrid polity' whose legitimacy is derived from the Member States' governments who have agreed to surrender some of their sovereignty to it.⁶ This argument however may be considered to be only theoretical because in practice some of the Member State governments themselves believe the EU unjustly encroaches on their own sovereignty.⁷ It seems European integration has resulted in the decline of national parliamentary control and an increase in executive power which destabilizes the democratic principle of institutional balance and accountability.⁸

This paper will look at some of the themes raised in identifying a democratic deficit in the EU and developments which have enhanced its legitimacy.

I. Populism, Politics and the Electoral System

Anti-European moods have been on the rise since the elections of 2014 with the popularity of the EU declining even in the face of the Nobel Peace Prize.⁹ Former President Barroso warned of a rise in populism that would be a danger to "political support and the social fabric."¹⁰ This can be seen in the EU political and electoral systems.

⁴ **Sieberson** (note 3), p. 447.

⁵ See *Commission White Paper on European Governance*, 10 COM (2001) 428 final (July 25, 2001) and the *Laeken Declaration on the Future of the European Union*, in Presidency Conclusions, European Council meeting in Laeken, Annex 1 at 19, 20 (December 15, 2001).

⁶ **Parry** (note 1) citing **Longo**, Michael and **Murray**, Philomena: "No Ode to Joy? Reflections on the European Union's legitimacy" *International Politics* Volume 8 Issue 6 (November 2011) pp. 667-686.

⁷ David Cameron in a Bloomberg speech states that national parliaments alone are "the true source of democratic legitimacy." Cameron, David, "EU Speech at Bloomberg" *Cabinet Office* (London, 23 January 2013).

⁸ **Follesdal**, Andreas & **Hix**, Simon: "Why There is a democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik" *Journal of Common Market Studies* Volume 44 Issue 3 (September 2006) p. 534.

⁹ **Saryusz-Wolski**, Jacek: "Democratic Legitimacy and the European Parliament: The Challenges of the Upcoming Elections," *Polish Quarterly of International Affairs*, Vol. 23, Issue 1 (2014) pp. 10-11.

¹⁰ European Commission Press Release Database, "Speech by President Barroso: 'A New Narrative for Europe'" (23 April 2013) available at < http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-357_en.htm> accessed 17 may 2019.

A. Citizen Participation

An electoral system is a necessary component of a democratic system. At the EU level however, elections to the European Parliament have been termed by many as ‘second-order elections’.¹¹ The popularity of the current national governments plays a large role in how citizens cast their votes at this stage which is why these elections may be seen as preliminary domestic elections and this is magnified by the fact that political issues debated on in these elections are primarily Member States’ European policies rather than the political options available at the EU level.¹²

Citizen participation in these elections is low and this has been attributed partly to the lack of a fully developed party system as Members of the European Parliament (MEPs) generally form broad groups of alignment which result in vague overall agendas that citizens cannot understand.¹³

The European Parliament after the Lisbon Treaty is arguably the most democratic institution of the EU but all the challenges mentioned above do not bode well for its legitimacy. The average EU citizen does not understand the EU structure hence even the European Parliament’s electoral process is not a fully legitimizing factor.¹⁴

B. Accountability and Transparency

This is exacerbated by the fact that EU non-majoritarian institutions such as the European Central bank operate frequently but are not directly accountable to the citizens.¹⁵ In a democratic system institutions must be regulated through checks and balances hence there has been a call for the European Union Commission (hereinafter the Commission) and the Council to be accountable to the democratically elected European Parliament as in national systems.¹⁶

¹¹ **Minwang**, Lin: “On Democratic Deficit in the European Union,” China International Studies Number 12 (Fall 2008) p. 106.

¹² **Minwang** (note 11), p. 107.

¹³ **Parry** (note 1) p. 100 citing **Scicluna**, Nicole: “When Failure isn’t Failure: European Union Constitutionalism after the Lisbon Treaty,” Journal of Common Market Studies Volume 50 Issue 3 (May 2012) p. 441.

¹⁴ **Siebers** (note 3), p. 448 citing European Commission, European Opinion Research Group, *Eurobarometer 59: Public Opinion in the European Union, June 2003*, (Sep. 19, 2005).

¹⁵ **Lindseth**, Peter: “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community,” Columbia Law Review Volume 99 Issue 3 (April 1999) pp. 628, 648.

¹⁶ **Siebers** (note 3), p. 453.

However, the Treaty of Lisbon increased Parliament's co-decision making power.¹⁷ This means the democratically elected institution will have more say in European Union legislation albeit in limited areas. The Treaty of Lisbon also provides citizens with a right to access information related to Council meetings and such.¹⁸

Poor 'representative mechanisms' and poor 'deliberative mechanisms' also contribute to the perceived democratic deficit of the EU.¹⁹ The only directly elected institution of the EU is the Parliament and the fact that the Commission enjoys the sole privilege of legislative initiation undermines the legitimacy that may have been achieved by democratically electing the Parliament.²⁰ Furthermore, the Council has been charged with being secretive in its deliberations.²¹

C. Political Necessity

The EU has been accused of a technocratic regime which dispenses with the need for legitimacy.²² This phenomenon referred to as comitology is a way for states to keep control over legislation to counteract the Commission.²³ The co-decision mechanism is frustrated through committees which have broad and discretionary policy making authority because in the end the committees negotiate with the Council matters intended to be discussed through the co-decision procedure.²⁴

Comitology has also been seen to upset the balance at a national level as European integration has resulted in the executive enjoying increased decision-making power in that through the committees decisions can be reached with no control at the national level.²⁵ In other words national governments can bypass

¹⁷ Treaty of Lisbon Articles 1 (22), 2(227) – 2(278).

¹⁸ Treaty of Lisbon Articles 2(28) (b).

¹⁹ **Parry** (note 1), p. 99 citing **Holkzhaker**, Ronald: "Democratic Legitimacy and the European Union" *Journal of European Integration* Volume 9 Issue 3 (2007) p. 257.

²⁰ **Parry** (note 1)

²¹ **Parry** (note 1), citing **Naurin**, Daniel and **Wallace**, Helen: "Introduction: from Rags to Riches" in **Cramme**, Olaf (ed), *Rescuing the European Project: EU legitimacy, Governance and Security* (Policy Network 2009). Also see **Siebers** (note 3), p. 453 citing **Stein**, Eric, "International Integration and Democracy: No Love at First Sight," *American Journal of International Law*, Vol. 95, Issue 3 (July 2001) pp. 521-524. (The sentiment is that "too much EU activity takes place behind closed doors.")

²² **Koo** (note 2), p. 115.

²³ **Koo**, p. 115 (note 2) citing **Verhoven**, Amaryllis: "Europe beyond Westphalia: Can Postnational Thinking Cure Europe's Democratic Deficit?" *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 5, Issue 4 (1998) p. 369.

²⁴ **Koo** (note 2), p. 116.

²⁵ **Koo** (note 2), p. 115.

their own national parliaments and go straight to the EU level to achieve their goals. Governments even blame the EU for certain policies sometimes when those policies have become unpopular with their own citizens.²⁶

Some scholars note that the original setup of the EU was undemocratic and technocratic and functionalist with the Council being a forum for compromise between Member States in order to further aid integration.²⁷ In this sense a fully democratic approach would not have been compatible with aiding the co-existence of political unity supporters and the open market supporters.²⁸ With this strategy the two ideals were able to co-exist. Former French Foreign Minister termed it a period of “benevolent tyranny.”²⁹

This approach from the beginning created a division between the elites tasked with building the EU and the public. For example while the four freedoms of movement (i.e. people, goods, services and capital) created opportunities for the social elite e.g. politicians, they increased competition and created pressure for the majority who work blue collar jobs and have no “occupational skill.”³⁰ In short, while the EU develops industry the ordinary citizen is very pessimistic due to short term difficulties.³¹

While the EU leaders worry about the enlargement of the EU and the Economic and Monetary Union, the average citizen is more pre-occupied with immediate problems of whether their jobs will be kept or whether crime rates in their communities will rise due to this enlargement and whether companies will be able to acquire cheap labor in which case jobs will be lost.³² This gap between the leaders of the EU and the public also contributes to the perceived lack of legitimacy because it paints the EU to be an elitist project for the elites who are the minority and while some aspects of the EU may be so in order to avoid the tyranny of the majority in this case the result is actually the undermining of the democratic principle of majority rule.

D. Input Legitimacy versus Output Legitimacy

This leads to the accepted distinction in terms of democratic legitimacy. Output legitimacy refers to the EU’s common policies and input legitimacy refers

²⁶ **Micossi**, Stefano: *CEPS Working Document* No. 286/February 2008, 11 available at < <http://aei.pitt.edu/7586/>> accessed 17 May 2019.

²⁷ **Micossi** (note 26), p. 3. (higher interests of the EU were embodied in the Commission)

²⁸ **Micossi**, (note 26).

²⁹ **Minwang** (note 11), p. 110.

³⁰ **Micossi** (note 26).

³¹ **Micossi** (note 26).

³² **Micossi** (note 26), pp. 11-12.

to the decision-making mechanisms.³³ Professor Stefano Micossi acknowledges a period where support for further integration stalled and adds that this insecurity and resistance was also a result of other competing factors such as the impact of globalization on labor markets.³⁴ Furthermore he notes that while it is regrettable that procedures in the council are complex, decision making in the EU has not slowed down and in this regard there is a discrepancy between actual fact and what is reported in the media.³⁵ Further integration has resulted in an accumulation of powers by the EU which Member States cannot take back in view of the unanimity rule that must be satisfied for treaty revision.³⁶ This unease between the EU and Member States may also have contributed to the Brexit situation currently unfolding.³⁷

Some believe that while the EU may be rightly criticized for a lack of input legitimacy, it does not receive enough praise for its output legitimacy.³⁸ For example, scholars have argued that creating the single market is a feat that enhances the EU's output legitimacy against its apparent lack of input legitimacy.³⁹

II. An EU '*demos*'

The lack of a European *demos* is another obstacle the EU has to overcome to achieve democratic legitimacy. This refers to the idea of a European identity. A *demos* cannot be identified due to the nature of the EU as an entity with trans-national characteristics where there are various languages and cultures.⁴⁰

³³ **Micossi** (note 26), p. 1. (He notes that at a point the common policies of the EU diverged from the voters' interests creating a lack of output legitimacy while at the same time the decision making procedures lacked transparency, accountability and democratic involvement creating input legitimacy).

³⁴ **Micossi** (note 26).

³⁵ **Micossi** (note 26), p. 2.

³⁶ **Micossi** (note 26).

³⁷ The United Kingdom decided to leave the Union in accordance with the results of a referendum conducted.

³⁸ E.g. **Koo** (note 2) 124, noting the efforts of the EU to ensure transparency which helps raise participation at the implementation of policy stage. See also **Parry** (note 1), 98 citing **Scharpf, Fritz: *Governing in Europe: Effective and Democratic?*** (OUP 1999).

³⁹ **Menon, Anand and Weatherill, Stephen**: "Democratic Politics in a Globalising World: Supranationalism and Legitimacy in the European Union" (October 2007) LSE Legal Studies Working Paper No. 13/2007 available at SSRN: < <https://ssrn.com/abstract=1021218>> or < <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1021218>> accessed 17 May 2019 p. 8.

⁴⁰ **Siebertson** (note 3), p. 456. Also see **Follesdal, Andreas**: "Citizenship and Political Rights in the European Union: Consensus and Questions," (1997). GRUNRECHTE IN DER EUROPAISCHEN UNION, pp. 43-51, R. Bauböck, J. Melchior, eds., Wien: Institut

Rejection of the Constitutional Treaty in 2005 embodies this lack of a shared identity among EU citizens and it is problematic for the EU to claim any democratic legitimacy over people who are not connected to it.⁴¹

While the EU cannot be said to constitute a single recognizable group it must be noted that the EU was not meant to shatter national identities and replace them with its own.⁴² Treaty language refers to the formation of “an ever closer union among the ‘peoples’ of Europe.”⁴³ Marcus Horeth concludes that in the “absence of a European demos, there cannot be a democracy at the European level.”⁴⁴

Majority rule at EU level is also made impossible by the extent of the cultural and social heterogeneity.⁴⁵ EU citizens are likely to only be excited about integration if it coincides with national interests.⁴⁶

III. On an EU Referendum

It has been argued that an EU wide referendum would help with the EU’s legitimacy problem although such a referendum would entail complicated logistical arrangements. Referenda on the EU have happened at national level most notably the UK’s referendum on its withdrawal from the EU on June 2016. However these referenda have been viewed by scholars as second order referenda much like the EU parliamentary elections.⁴⁷ Although the referenda were about the EU, the debates prior to them were about internal policy and the popularity of the current government.⁴⁸ The unpopularity of President Jacques Chirac who

für Höhere Studien, 1997, available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1731869>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1731869>> accessed 17 May 2019.

⁴¹ Parry (note 1), citing Scicluna (note 13), p. 441.

⁴² Koo, (note 2), p. 121.

⁴³ Koo, (note 2), citing Piris, Jean-Claude: “Does the European Union Have a Constitution? Does it Need One?” *European Law Review* Vol. 24 (1999) pp. 566-567 (referring to Preamble of Treaty of European Union)

⁴⁴ Koo (note 2), citing Horeth, Marcus: “No way out for the beast? The unsolved legitimacy problem of European governance,” *Journal of European Public Policy* Volume 6 Issue 2 (1999) pp. 249,250.

⁴⁵ Koo (note 2).

⁴⁶ Koo (note 2).

⁴⁷ Lupu, Andre-Razvani: “The referendum as a Means for the European Union’s Democratic Legitimacy,” *Romanian Journal of Comparative Law*, Vol. 9, Issue 1 (2018) p. 286. Also see Dehousse, Renaud: “The Unmaking of a Constitution: Lessons from the European referenda,” *Constellations*, Wiley, 2006, 13 (2), pp.151-164. (hal-00973009).

⁴⁸ Lupu (note 47).

initiated a referendum on the Constitutional Treaty in France for example resulted in the negative vote.⁴⁹

Citizen's interests are also frustrated by the complex nature of issues which are the subject of a national referendum about the EU as evidenced by the popular slogan in a referendum in Ireland about the Treaty of Nice which was "if you don't know vote no" and led to a negative vote.⁵⁰

The position of the government on the subject of the referendum has also been seen to affect the outcome even though the government as organizer of the referendum must stay neutral.⁵¹ In a Greek referendum where the people rejected the EU proposal the Greek Premier still went ahead and announced an intention to accept the EU measures.⁵²

Due to the very technical nature of the EU, referenda about it cannot be a useful tool for legitimization as a significant number of citizens do not understand the functions of the EU and political figures will use such referenda to further their ambition rather than actually pursue the true will of the people hence any of those results will be skewed at best.

Conclusion

As mentioned earlier, the EU's status as a unique trans-national entity has spurred a lot of criticism regarding its democratic legitimacy. While the EU has taken various steps to address this challenge notably through the Treaty of Lisbon which was preceded by the Constitutional Treaty disaster, there are various aspects of the EU which frustrate the achievement of this legitimacy. However, the issues that the EU faces are not so different from the issues faced by national governments. A realist perspective seems to stand here that for the sake of progress some undemocratic strategies are necessary. While it may be true that citizens do not understand the structure of the EU the same cannot be said of their governments who have willingly surrendered part of their states' sovereignty because they recognize the benefit of being in the EU. It therefore stands that the entities who are able to justify the legitimacy of the EU are the Member States themselves.

⁴⁹ **Lupu** (note 47). Also see **Hainsworth**, Paul: "France Says No: the 29 May 2015 referendum on the European Constitution," *Parliamentary Affairs* Volume 59 Issue 1 (January 2006) pp. 98-117 available at < <https://doi.org/10.1093/pa/gsj015> > accessed 17 may 2019.

⁵⁰ **Lupu**, (note 47).

⁵¹ **Lupu** (note 47), using the example of the referendum convened by Greek Prime Minister Alexis Tsipras in 2015.

⁵² **Lupu**, pp. 286-287.

REFERENCES

- Bartolini**, Stefano: “*The Nature of the EU Legitimacy Crisis and Institutional Constraints: Defining the Conditions for Politicization and Partisanship*” in **Cramme**, Olaf (ed): *Rescuing the European Project: EU Legitimacy, Governance and Security Policy Network*, 2009.
- Commission White Paper on European Governance, 10 COM (2001) 428 final, July, 2001.
- Dehousse**, Renaud: “*The Unmaking of a Constitution: Lessons from the European Referenda*,” Constellations, Wiley, 2006.
- European Commission, European Opinion Research Group, Eurobarometer 59: Public Opinion in the European Union, June 2003, September, 2005.
- Follesdal**, Andreas & **Hix**, Simon: “*Why There is a democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik*” Journal of Common Market Studies Volume 44 Issue 3, September, 2006.
- Follesdal**, Andreas: “*Citizenship and Political Rights in the European Union: Consensus and Questions*,” GRUNRECHTE IN DER EUROPAISCHEN UNION, pp. 43-51, R. Bauböck, J. Melchior, eds., Wien: Institut für Höhere Studien, 1997.
- Hainsworth**, Paul: “*France Says No: the 29 May 2015 Referendum on the European Constitution*,” Parliamentary Affairs Volume 59 Issue 1, January, 2006.
- Holzhaker**, Ronald: “*Democratic Legitimacy and the European Union*”, Journal of European Integration Volume 9 Issue 3, 2007.
- Horeth**, Marcus: “*No way out for the beast? The unsolved legitimacy problem of European governance*,” Journal of European Public Policy Volume 6 Issue 2, 1999.
- Koo**, Paola, Michelle: “*The Struggle for Democratic Legitimacy within the European Union*,” Boston University International Law Journal, Vol. 19, Issue 1, Spring, 2001.
- Lindseth**, Peter: “*Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community*,” Columbia Law Review Volume 99 Issue 3, April, 1999.
- Longo**, Michael and Murray, Philomena: “*No Ode to Joy? Reflections on the European Union’s legitimacy*” International Politics Volume 8 Issue 6, November, 2011.
- Lupu**, Andre-Razvani: “*The Referendum as a Means for the European Union’s Democratic Legitimacy*,” Romanian Journal of Comparative Law, Vol. 9, Issue 1, 2018.
- Menon**, Anand and **Weatherill**, Stephen: “*Democratic Politics in a Globalising World: Supranationalism and Legitimacy in the European Union*” LSE Legal Studies Working Paper No. 13/2007.

- Micossi**, Stefano: CEPS Working Document No. 286, February, 2008.
- Minwang**, Lin: “*On Democratic Deficit in the European Union*,” China International Studies Number 12, Fall, 2008.
- Naurin**, Daniel and **Wallace**, Helen: “*Introduction: from Rags to Riches*” in **Cramme**, Olaf (ed), *Rescuing the European Project: EU legitimacy, Governance and Security Policy Network*, 2009.
- Obradovic**, Daniela in: “*Policy Legitimacy and the European Union*,” Journal Of Common Market Studies Volume 34 Issue 2, June, 1996.
- Parry**, Philip: “*The Democratic Deficit of the EU*,” North East Law Review, Vol. 4, Issue 1, March, 2016.
- Piris**, Jean-Claude: “*Does the European Union Have a Constitution? Does it Need One?*” European Law Review Vol. 24, 1999.
- Saryusz-Wolski**, Jacek: “*Democratic Legitimacy and the European Parliament: The Challenges of the Upcoming Elections*,” Polish Quarterly of International Affairs, Vol. 23, Issue 1, 2014.
- Scharpf**, Fritz: *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, OUP, 1999.
- Sciuluna**, Nicole: “*When Failure isn’t Failure: European Union Constitutionalism after the Lisbon Treaty*,” Journal of Common Market Studies Volume 50 Issue 3, May, 2012.
- Sieberson**, Stephen: “*The Treaty of Lisbon and its Impact on the European Union’s Democratic Deficit*,” Columbia Journal of European Law, Vol. 14, Issue 3, Summer, 2008.
- Stein**, Eric: “*International Integration and Democracy: No Love at First Sight*,” American Journal of International Law, Vol. 95, Issue 3, July, 2001.
- The Laeken Declaration on the Future of the European Union, in Presidency Conclusions, European Council meeting in Laeken, Annex 1 at 19, 20, December, 2001.
- Treaty of Lisbon.
- Verhoven**, Amaryllis: “*Europe beyond Westphalia: Can Postnational Thinking Cure Europe’s Democratic Deficit?*”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 5, Issue 4, 1998.

MAKELELER
ARTICLES

“MICHALI TOUMAZOU VE DİĞERLERİ – KKTC VE DİĞERLERİ (HSBC) DAVASINDA AMERİKA BİRLEŞİK DEVETLERİ MAHKEMESİ VURGULADI: “KKTC DEMOKRATİK BİR CUMHURİYETTİR”

The Court of the United States in the Case of Michali Toumazou and Others – KKTC and Others (HSBC) Emphasized: “TRNC is a Democratic Republic”

Romans Afif MAPOLAR*

ÖZET

Mülkiyet meselesi, Kıbrıs sorununun temel konularından biridir. Özellikle, 1974 tarihinden sonra ortaya çıkan fiili durum, mevcut sorunun daha da karmaşık hale gelmesine neden olmuştur. Kıbrıs adasının içinde bulunduğu özgün koşulların bir neticesi olan mülkiyet sorunu, birçok ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarına da konu edilmiştir. Çalışmamız kapsamında da, 19 Ekim 2009 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Columbia Eyalet Mahkemesinde açılan Michali Toumazou ve Diğerleri – KKTC ve Diğerleri (HSBC) davası incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Amerika Birleşik Devletleri, Mülkiyet Hakkı, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

ABSTRACT

The property issue is one of the fundamental issues of the Cyprus problem. In particular, the actual situation that emerged after 1974 caused the current problem to become even more complex. The property problem, which is the result of the unique conditions of the island of Cyprus, has been the subject of many national and international court decisions. Within the scope of our study, the case of Michali Toumazou and Others - TRNC and Others (HSBC), which was filed at Columbia State Court on 19 October 2009 will be examined.

Key Words: United States of America, Right of Property, Turkish Republic of Northern Cyprus

* Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Taşınmaz Mal Komisyonu Eski Başkan Yardımcısı, rafifmapolar@yahoo.com

Giriş

Her ne kadar Amerika Birleşik Devletleri tarafından tanınmasa da Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC), Kıbrıs adasının üçte biri üzerindeki alanı kontrol ve idare ettiği ve kendi Cumhurbaşkanı, Başbakanı, Parlamento ve Yargı Sistemi ile demokratik bir cumhuriyet olarak faaliyette olduğu konu Mahkemece kayıt altına alındı.

Kıbrıslı Rumlar 19 Ekim 2009 tarihinde, Amerika Birleşik Devletleri Columbia Eyalet Mahkemesinde (Mahkeme), KKTC ve diğerleri (v/d) (HSBC) (açılımı, Hongkong Shanghai Corporation olan İngiliz Bankası) aleyhine sınıf davası açmıştır. Bu davada getirilen çeşitli iddialar arasında; KKTC'nin hukuka aykırı olarak 1974 yılında kuzey Kıbrıs'taki mülklerine el koyduğu ve *"Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa ve Dünyada HSBC'nin "yardım ve destekleriyle" bu mülklerden kazanç elde etmek ve satmak için geniş bir plan tezgahladığı ileri sürülmüştür. Davacılar; Davalı HSBC'nin "Kıbrıs'ın kuzeyi ve Birleşik Devletler vasıtasıyla KKTC ile iş yaparak, KKTC'nin sahte mülkiyet düzenine bilerek yardım ederek destek olmakta ve bundan yarar sağlamaktadır"* iddiasında bulunmuştur.

Mahkeme, şu hususları not etmiştir: 2005'te, Kıbrıslı Rumların kuzey Kıbrıs'taki mallarına ilişkin tazminat taleplerine yönelik bir iç hukuk yolu sağlamak maksadıyla KKTC tarafından Taşınmaz Mal Komisyonu (TMK) oluşturulmuştur. TMK'nin söz konusu mülkiyet ihtilaflarını çözmedeki yeterliliği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından uygun bulunmuştur, (bkz. *genel olarak Demopoulos v/d - Türkiye Davası*). TMK'nin etkinliğini denetlemek için AİHM'de açılan ilgili birkaç dava, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle reddedilmiştir. Ayrıca, "Kıbrıs" Yasaları tahtında, Kıbrıslı Rum mülkiyet sahipleri, Türk yönetimi altındaki topraklarda bulunan mallarına izinsiz girerek oturmakta olan şahıslar aleyhine yetkili "Cumhuriyet" Mahkemelerinde hukuk davası da açabilir ve özel hukuk tahtında mevcut bulunan tazminat ve diğer yasal çareleri talep edebilirler. Yasal mülkiyet sahipleri lehine verilen hükümler, 44/2001 sayılı Avrupa Konsey (AK) Tüzüğü hükümlerine göre, tüm Avrupa Birliği (AB) Üye Devletlerindeki davalıların aleyhine alınmış kararlar tanınır, uygulanabilir, (bkz. *Orams Davası*).

Davacıların iddiaları özellikle şunlardı: (1) erişim, kullanma ve yararlanma hakları da dahil olmak üzere mülkiyet haklarının ret ve inkar edilmesi; (2) uluslararası ve teamül hukuku ihlali; (3) tazminat alma hakkı için dava açma hakkını doğuran durum; (4) yardım ve yataklık; (5) haksız zenginleşme; (6) Lanham Kanununun ihlali; (7) mülkiyet haklarının kasten ihlal edilmesi; ve (8) bir muhasebe.

KKTC 26 Mart 2010 tarihinde, Mahkemenin KKTC üzerinde yargı yetkisinin olmaması hasebiyle davanın reddedilmesi talebinde bulunmuştur.

Davacılar 12 Nisan 2011 tarihinde üçüncü bir şikayeti dosyalamak için izin istemiştir. Talep edilen şikayet tadilatıyla, 758 münferit davacı ve birçok yeni iddia davaya eklenmek isteniyordu.

Davalı HSBC, 15 Kasım 2011 tarihinde talep takriri dosyalanamadığı cihetle davanın reddi talebinde bulunmuştur. Temel argümanları, Kıbrıs'ın kuzeyinde üç şube işleten Davalı HSBC A.Ş.'e isnat edilen fiillerden sorumlu olduklarının kanıtlanamadığıydı.

Tarafların argümanlarını dikkate alarak Mahkeme; KKTC üzerinden kişisel yargı yetkisine sahip olmadığı ve şikayette davalı HSBC aleyhine herhangi bir talepte bulunulmadığı sonucuna varmıştır. Aynı gerekçelerle Mahkeme, davacıların tadil edilmiş şikayet dosyalamalarına izin vermenin beyhude olacağı bulgusunu yapmıştır. 30 Eylül 2014 tarihinde, Mahkeme, davanın esastan reddine ilişkin her iki talebi kabul etmiş ve davacıların tadilat izni taleplerini reddetmiştir.

Aşağıdaki Görüş, ilgili 30 Eylül 2014 tarihli Emir'in gerekçelerini açıklamaktadır.

1. KKTC'nin, Mahkemenin Yargı Yetkisi Olmaması Nedeniyle Davanın Reddedilmesi Talebi

Davacılar Mahkeme'nin KKTC üzerinde kişisel yargı yetkisine sahip olduğu görüşündedir: Nitekim, yasaların Columbia bölgesinde *"faaliyette bulunan"* yabancı şirketler üzerinde genel yargı yetkisi verdiğini ileri sürerek, Columbia Bölgesinde *"iş yapan"* Davalılar üzerinde özel yargı yetkisi olduğunu iddia ederler.

Mahkeme, bu iddiaya katılmaz ve KKTC üzerinde ne genel ne de özel kişisel yargı yetkisine haiz olmadığına bulgu yapar. Mahkeme, ayrıca Davacıların KKTC'nin *"tüzel kişiliği olmayan bir birlik"* olduğu konusundaki iddialarını tekrarlamalarını dikkate alarak KKTC'nin, Columbia Bölgesi Eyalet Hukuku talepleriyle dava edilme kapasitesinin olmadığını kaydeder.

A. Yasal Kriterler

Mahkeme'nin KKTC üzerinde kişisel yargı yetkisine haiz olduğunun ispat külfeti Davacıya aittir. Bu külfeti yerine getirmek için Davacıların *"Davalılar üzerinde kişisel yargı hakkının kullanılabileceğini kanıtlamak için dayanaksız iddiaların dışında yeterli somut iddialar sunması gerekmektedir"*.

Mahkeme tarafından, kişisel yargı yetkisi olmaması nedeniyle davanın reddi taleplerine yönelik olarak Federal Usul Kuralları Nizamı tahtında, Davacı tarafından ileri sürülen iddiaların tamamının doğru olarak kabul edilmesi gerekmemektedir. Buna göre Mahkeme; tüm yemin varakaları ve

savunmaların dışında konuyla ilgili diğer belgeleri kabul edip dikkate alarak, yargı yetkisine ilişkin olguların tespit edilmesinde kullanabilir.

B. D.C. Yasası § 13-334(a) Tahtında Genel Kişisel Yargı Yetkisi:

Bu başlık altında, Davacıların KKTC'ye ilişkin iddiaları şunlardır;

1. Yurtdışından istihdam yaparak bunları temsilci veya personel sıfatıyla Columbia Bölgesine göndermektedir. Ofis kiralamakta, avukat tutmakta, antetli kağıtla yazışmaktadır. İnteraktif bir web sitesi, telefon, e-posta, faks, harita, ve DC (Açılımı; District of Columbia, “Kolumbiya Bölgesi”) posta adresi kullanmaktadır. Gazetelere yazı yazmakta, üniversitelerde konuşma yapmakta ve işletme sahibi diğer KKTC temsilcisi/temsilcileri ile ofisleri bulunmaktadır;

2. En azından Türkiye'nin Washington DC'deki “*temsilcisi olduğunu ileri süren*” KKTC'nin değil de Kıbrıs Türk Toplumundan “*tanınmış bir lobici veya temsilciyi*” çalıştırmaktadır;

3. HSBC ve “*kendi adı altındaki kurumlar ağıyla*” bankacılık işlemleri yürütmektedir;

4. Web sitesinin bulundurmaktadır (<http://www.trncwashdc.org/>);

5. İşletme ruhsatı olmadan Bölgede faaliyet göstermekte ve D.C. vergilerini ödememektedir;

Davacılar, KKTC'nin Bölge ile irtibatının “*sürekli ve sistematik olması nedeniyle Columbia Bölgesi'nde dava edilme ihtimalini öngörebilir durumda olduklarını*” ileri sürerek, bu iddiaların genel kişisel yargı yetkisi tesis etmek için yeterli olduğunu savunmaktadır.

Davacıların iddiaları, doğru olsa bile, KKTC'nin Columbia Bölgesi'nde “*kendi evinde*” gibi hareket ettiğini gösterme konusunda yetersiz kalmaktadır.

Her ne kadar Birleşik Devletler tarafından tanınmasa da KKTC, Kıbrıs adasının üçte biri üzerindeki alanı kontrol ve idare etmektedir ve kendi Cumhurbaşkanı, Başbakanı, Parlamento ve Yargı Sistemi ile demokratik bir cumhuriyet olarak faal olduğunu söylemektedir. KKTC Olgular Takririnde, Davacıların, KKTC'nin kendilerine ait olan Kıbrıs'taki mülkleri üzerinde devam etmekte olan kontrolüne dayandırdıkları iddiaları, isminden de anlaşılacağı üzere KKTC'nin Columbia Bölgesi'nde değil de Kıbrıs'ın kuzeyinde “*evinde olduğuna*” işaret etmektedir.

C. D.C. Yasa § 13-423 (a) (1) Tahtında Özel Kişisel Yargı Yetkisi (Specific Personal Jurisdiction)

D.C. 13-423 (a) (1) sayılı Yasa, (1) Davalının, Columbia bölgesinde “*yürüttüğü bir işi*” olması; ve (2) Davacıların, taleplerinin yürütülen işten “*kaynaklanması*” halinde iki bölümlü tahkikat gerektiren özel şahsa bağlı yetkiye izin verir. Dolayısıyla özel kişisel yargı yetkisi, yabancı kuruluşun Columbia

bölgesiyle hususi irtibatı ile Davacının ileri sürdüğü iddia arasında bir bağlantı noktasının olmasını gerekli kılar. *“Herhangi bir işi yürütmek”* ibaresi Yargı Süreci Maddesi’nin izin verdiği kapsamın tümünde yargı yetkisi sağlamak için yorumlanmıştır. Böylelikle *“iş yürütmek”* KKTC’nin *“devlet içinde iş yürütme ayrıcalığından kasıtlı olarak istifade etmesini”* ve devlette minimum yeterli irtibatı sağlayıp böylece *“makul surette oradaki mahkemeye götürülme beklentisinde olmasını”* gerektirir.

KKTC yukarıda sıralanan fiili iddiaları yadsımaz. Ancak bu iddialar, Davacıların KKTC’nin Columbia bölgesinde *“iş yürütme ayrıcalığından kasıtlı olarak istifade etmesi”* yönünde veya özel iddiaların bu aktivitelere dayandığı veya bunlardan kaynaklandığına ilişkin yeterli fiili iddia sunamaması sebebiyle, Mahkeme’nin özel kişisel yargı yetkisini kullanması için gerekli olan prima facie (*aksi kanıtlanıncaya kadar doğru olduğu kabul edilen delil*) unsurunu göstermez. (*“İddianın kendisi Columbia bölgesinde yürütülen bir işten kaynaklanmış olmalıdır; aksi takdirde Mahkeme’nin yargı yetkisi yoktur”*).

Federal hükümetle etkileşimde bulunma amacıyla bir ofisin bakımı, kişisel yargı yetkisi oluşturmaz. Bölgede ikamet etmeyen kuruluşların Kongre ve Hükümet kurumlarıyla irtibatı korumak amacıyla bölgede bir ofis bıraktığı zaman istisna uygulanır. Davacılar, KKTC’nin ofisinin bu amaçlarla kullanılmadığını ileri sürdüler; fakat bu iddialarını desteklemek için yalnızca soyut ve dayanıksız iddialar sundular.

Davacılar tarafından, KKTC’nin Washington DC’deki varlığı, gizlice tartışıldığı veya sunulduğu gibi hükümet ilişkisi veya temas değil; davacılara ait olan gayrimenkullerden yasadışı olarak elde edilen maddi kaynakların tamamen veya kısmen Washington DC’de bulunan HSBC’deki hesaplara transferine yardımcı olmak amacını taşıdığı iddia edilir.

Halbuki KKTC, DC’deki ofisinin aktivitelerini açıklayan ve Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı’ndan temsilci statülerine ilişkin belgelerini detaylı yemin varakaları ile sunmuştur. (Bkz. KKTC Temsilcisi Hilmi Akil DC’deki KKTC ofisinin yalnızca Birleşik Devletler hükümetiyle etkileşime girmek için var olduğu yönündeki yemin varakası. Emare 4). Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı, Hilmi Akil’in *“Dışişleri yetkilileri ile düzenli ve uzun vadeli olarak etkileşimde olduğu”* yönünde şahadet vermiştir. KKTC’nin yemin varakaları ve emareleri, davacıların dayanıksız iddialarına karşı fazlasıyla ağır basar. Mahkeme, KKTC’nin DC’deki ofisi aracılığıyla yaptığı irtibatları kişisel yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmekten hariç tutar. Sonuç olarak KKTC’nin söz konusu ofise istihdam yapması ve bahsi geçen faaliyetler için banka işlemi yapması kişisel yargı yetkisi kapsamına girmez.

Davacıların, www.trncwashdc.org web sitesiyle ve KKTC’nin vergi ödememe veya işyeri lisansı için kayıt yaptırmamasıyla ilgili geriye kalan iddiaları da ayrıca başarısızlıkla sonuçlanır. Tarafların uzlaşmadığı web sitesinin sahipliğine bakılmaksın, bölgedeki bir web sitesinin sadece erişilebilirliği,

minimum irtibat kurmak için yetersizdir. Bir web sitesine Columbia bölgesindeki bilgisayarların veya Columbia bölgesinde ikamet edenlerin erişmesi kasıtlı bir fayda değil; yalnızca modern internet teknolojisinin kaçınılmaz bir yan etkisidir. Şikayet ve davacıların görüşleri, bölgede yaşayanların web sitesine gerçekten erişmiş olma yönündeki her türlü iddiadan yoksundur. (Bkz Atlantigas Corp. v. Nisource, Inc., 290 F. Supp. 2d at 52 “*Mesele Columbia bölgesinde ikamet edenlerin davalının web sitesi aracılığıyla bölgede ikamet etmeyen davalıyla iş ‘yapabilmesi’ değil, gerçekten iş ‘yapmasıdır’*”).

Özetle Davalılar KKTC’nin Columbia bölgesinde ofislerinde veya internet üzerinden iş yaptığını gösteren herhangi bir özel olguyu ileri sürmede başarısız olmuşlardır ve bunun aksi yönünde yemin varakaları ve kanıt ibraz etmemişlerdir. Böylelikle davacılar Kısım 13-423(a)(1)’de görülen bir prima facie kanıt sunmamışlardır.

D. Federal Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Nizam 4(k)(2) Tahtında Yargı Yetkisi

Alternatif olarak, Davacılar Mahkemenin, Federal Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Nizam 4(k)(2) uyarınca KKTC ile ilgili kişisel yargı yetkisi kullanabileceğini iddia etmektedir. Bu nizam tahtında, mahkeme aşağıdaki şekillerde bir davalı ile ilgili yargı yetkisini kullanabilir: “(1) federal yasadaki kaynaklanan bir iddia için, (2) celbin dağıtıldığı zamanlarda, (3) eğer davalı tek bir eyalet mahkemesinin yargı yetkisine tabi değilse, (4) federal yargı yetkisinin kullanılması Birleşik Devlet Anayasası (ve yasaları) ile uyumlu olması şartıyla.”

Nizam 4(k)(2) kişisel yargı yetkisini desteklemek amacıyla, davacılar yukarıda reddedilen dayanaksız iddialara dayanmakta ve sadece aşağıdaki olguları beyan etmektedirler: (1) KKTC “Batı Yakası” ve “NY” temsilcisi tutmaktadır, (2) “Güney Birleşik Devletleri”nde Küçük İşletme Konferansına katılmıştır, ve (3) 1989 yılında Indiana’daki davaya müdahale girişimde bulunmuştur.

Bu iddialar Nizam 4(k)(2) tahtında kişisel yargı yetkisinin varlığını desteklememektedir. İlk önce, davacıların iddiaları bu temaslardan kaynaklanmamaktadır. İkincisi, genel kişisel yargı yetkisinin gerektirdiğinin aksine KKTC’nin Birleşik Devletlerde “kendini evinde/rahat hissettiğini” gösterememişler, bu konuda yetersiz kalmışlardır. Sonuç olarak bu Mahkeme Federal Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Nizam 4(k)(2) tahtında kişisel yargı yetkisini kullanamaz.

E. Yargı Yetkisine Yönelik İnceleme Talebi ve Mahkemenin Bulgusu

Davacılar, [KKTC’nin] web sayfasındaki temsil ve temaslarının, District Of Columbia’daki işin niteliği ve toplantı, ziyaretçi, kredi, ödeme ve benzeri dahil

olmak üzere banka ve diğer ilgili bilgilerin tüm kapsamını göstermesi için yargı yetkisine yönelik inceleme talep eder. Bu gibi yargı yetkisine yönelik inceleme bölge mahkemesinin takdir yetkisi dahilindedir.

Bu davada Davacıların iddiaları, sadece KKTC'nin malları D.C'deki ofisi ve web sayfası aracılığıyla pazarlayıp sattığına istinat etmiştir. Somut işlemlerle ilgili herhangi bir emare veya iddia sağlayamamışlardır. Ayrıca KKTC'nin aksi beyanlarını geçersiz kılacak emare sunamamışlardır.

II. İddia Belirtilmemesi Nedeniyle HSBC Davalıları Tarafından Yapılan Davanın Reddi Talebi

HSBC Davalıları, Federal Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Nizam 12(b) (6) uyarınca Davacıların iddia ortaya koymakta başarısız oldukları nedeniyle kendilerine karşı yapılan tüm iddiaların reddini ister. Davalılar aşağıdakileri iddia etmektedir: (1) Davacılar, Türk uyruklu alt kuruluşun eylemleriyle ilgili HSBC Davalılarına konulan yükümlülüğü destekleyen unsurlar ileri sürememiştir; ve (2) Federal Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Nizam 8'in ihlal edilerek dava dilekçesi HSBC Davalıları aleyhine hasar ihbarı yapmakta başarısız olmuştur. Mahkeme bunu kabul eder ve HSBC Davalılarına yönelik iddiaları reddeder.

A. Yasal Standartlar

Tazminat hakkının verilmesi amacıyla bir iddia belirtilemediğinde, Federal Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Nizam 12(b) (6) şikâyetin reddedilmesine izin verir. Federal Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Nizam 12(b) (6) dava vekilinin tazminata hak sahibi olduğunu gösteren kısa ve sade bir dava layihasına gereksinim vardır. Bu şekilde davacıya iddianın ne olduğuyla ve dayanaklarıyla ilgili adil bir ihbarname verilmelidir.

B. Davacılar ikinci şahıs yükümlülüğünü (alter-ego liability) yeterince savunmadı:

Bir aile şirketinin kendi alt kuruluşlarının eylemlerinden sorumlu olmaması Amerika Birleşik Devletleri ekonomi ve hukuk sistemine derinlemesine yerleşmiş şirket yasasının genel bir ilkesidir. Mahkeme tüzel kişilik perdesini kaldırıp aile şirketini alt kuruluşlarının eylemlerinden sorumlu tutabilir. Ancak tüzel kişilik perdesinin kalkması, mahkemelerin kolayca kullanamayacakları ve sadece kurumsal yapıyı yok sayan olağanüstü durumlarda kullanılan bir uygulamadır.

Columbia bölgesinde, tüzel varlığa genellikle saygı duyulur, ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına aşağıdaki durumların ispatlanması şartıyla izin

verilebilir: (1) menfaat ve mülkiyet birliğinin olması ve (2) kurumsal yapının dolandırıcılık yapmak veya haksız eylemde bulunmak için kullanıldığı durumlarda.

Davacıların olgusal iddiaları, KKTC ve kuzey Kıbrıs'ta faaliyet gösteren HSBC A.Ş.'nin davacıların kuzey Kıbrıs'taki malını kontrol ettiği ve bundan menfaat sağladığı yönündedir. (*HSBC, KKTC'de en az üç şube ile faaliyet göstermekte, iş yapmakta ve Davacıların mülkiyet hakkından mahrum olmalarına neden olan KKTC'yi bilerek desteklemektedir*). Davacılar, bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırarak, HSBC Davalılarını HSBC A.Ş.'nin iddia edilen eylemlerinden sorumlu tutmak istemektedir. Ancak Davacılar, bu davada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği yönündeki iddialarını destekleyen hususları yeterince savunamadılar.

C. Davacılar Alternatif Yükümlük Formlarını Yeterince Müdafaa Edemedi

Genel olarak bir Davacı Hukuk Usulü'nün Federal Kurallarında 8. Kural tahtındaki minimum müdafaa zemininin gerekliliklerini yerine getirmelidir.

(“Kural 8(a)'ya göre, kapsamlı bir iddiada birden fazla davalıyı gruplaştırmak, davalılara karşı yapılan iddiaların adil bir şekilde ihbar edilmesi ve çözüm dayanaklarını sağlamak için yetersizdir”). Bunun yerine bir davacının “her bir iddia ve temelinin adil bir şekilde ihbar edilmesini” sağlaması gereklidir.

Davacılar şikayetleri ve ön talimatları boyunca tüm HSBC Davalılarına bir bütün olarak atıfta bulunarak HSBC'nin ayrı teşebbüslerini ayırt etmez, (“bundan sonra tüm HSBC kurumlarından bir bütün olarak bahsedilecek ve hepsi ‘HSBC’ olarak anılacaktır”). HSBC davalılarına karşı yapılan iddialar KKTC ve HSBC davalıları arasında bir fark ayırt etmez. Bu nedenle Mahkeme'nin veya davalıların hangi fiili iddiaların Türk alt kuruluşu olan HSBC A.Ş.'ye, hangilerinin HSBC U.S.A., HSBC Group, veya HSBC Holding'lere ait olduğunu belirlemesi imkansızdır. Sonuç olarak Davacıların eğer varsa alternatif yükümlülük teorileri altındaki iddiaları HSBC davalılarına adil ihbar sağlayamaz ve Hukuk Usulü'nün Federal Kurallarında 8. Kurala aykırı olduğundan reddedilir.

III. Davacıların Tadilat İzni Talebi

Federal Usul Kanunu Nizam 15 tahtında, Mahkeme “adaletin tecellisi için [şikayetin tadil edilmesine] izin verebilir” FED. R. CIV. P. 15(a)(2), ve “Nizam 15'in genel olarak tadilatlarla karşı olumlu bir politika teşekkül ettiği de ortak görüşür”.

Ancak, “karşı tarafa gereksiz gecikme, kötü niyet, gereksiz halel verme, eksikliklerin sürekli giderilememesi veya gerekli olmaması” nedeniyle izin

verilmeyebilir. Richardson v. United States, 193 F.3d 545, 548-49 (D.C. Cir. 1999) (citing Foman v. Davis, 371 U.S. 178, 182 (1962)).

Bu davada talep edilen üçüncü şikayet tadilatı ile davaya (1) aynı fiil, işlemler veya olaylar temelinde tazminat talep eden 758 münferit davacı daha katılacaktı, ve (2) davaya teamül hukukunda hile ve menkul mallara tecavüz iddiaları da eklenecekti. Nitekim, yapılacak olan tadilat ile KKTC ile ilgili yargı yetkisine dayanan noksanlıkların hiçbirisi giderilmeyecekti. Tüm bu hususlar ışığında, davacıların şikayetlerini tadil etme talepleri reddedilir.

Sonuç

Yukarıda belirtilen gerekçelerle Mahkeme 30 Eylül 2014 tarihinde verdiği Emir ile hem KKTC hem de HSBC olan davalıların davanın esastan reddi için dosyaladıkları taleplerin kabul edilmesine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca davacıların tadilat izni taleplerini reddetmiştir. Geriye hiçbir davalının kalmadığı cihetle, Mahkeme davanın esastan reddedilmesine karar vermiştir.

Karar, Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi Yargıci Paul L. Friedman tarafından 9, Ekim 2014 tarihinde imzalanır.



YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
NEAR EAST UNIVERSITY



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

FACULTY OF LAW REVIEW

ISSN: 2636-7580

www.neu.edu.tr