

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

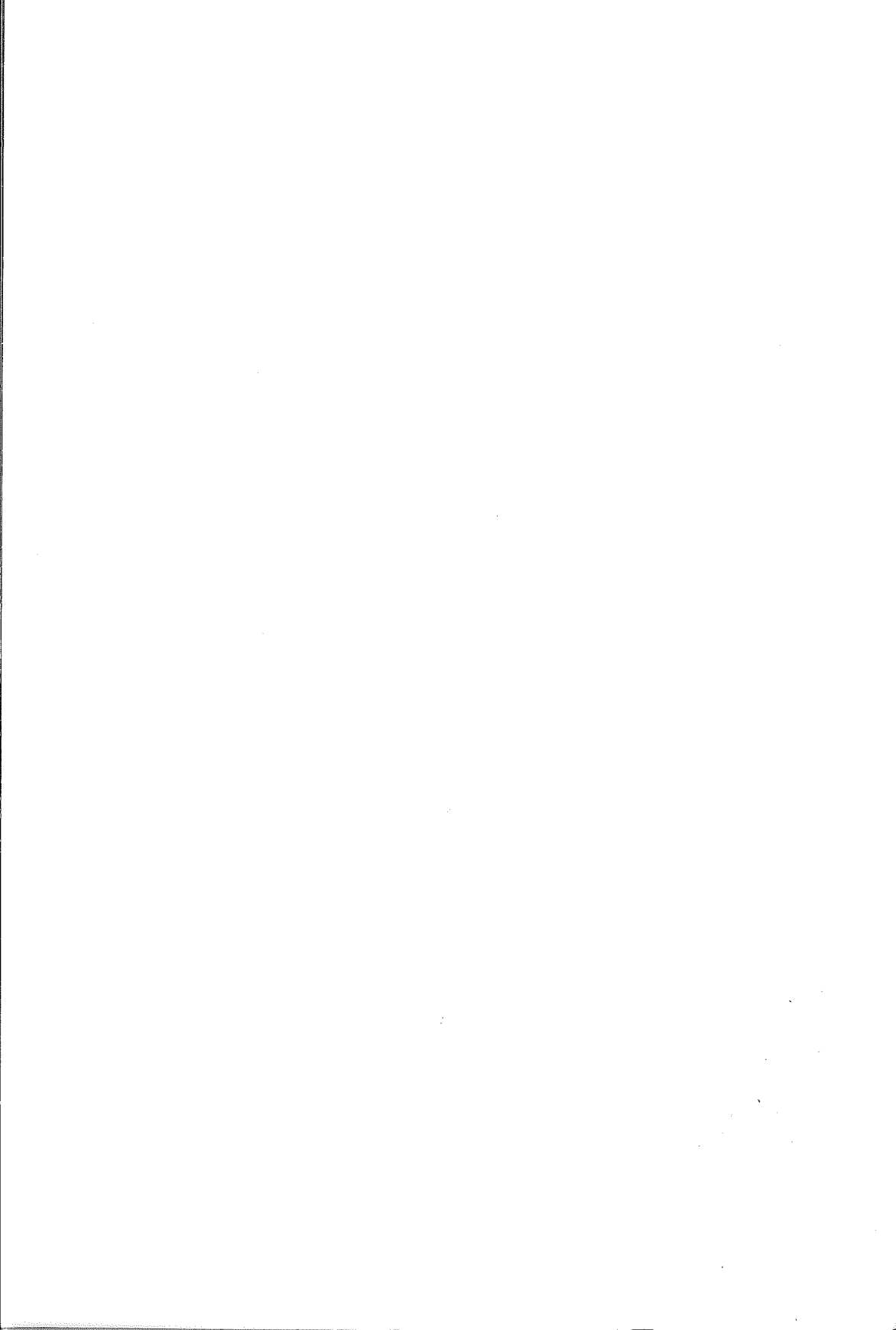
I / 1

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: I
Sayı: 1
Yıl: 2004



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi.

Cilt: 1

Sayı: 1

Yıl: 2004



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

Editörler / Editors

Prof. Dr. Halûk Kabaalioğlu (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Cem Budak (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Bilge Umar (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sait Güran (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Selçuk Öztekin (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Güzel (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zehrettin Arslan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yayın Komisyonu / Editorial Board

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Marmara Üniversitesi, İİBF
Prof. Dr. Aslan Gündüz, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi
Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel
Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law
Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF
Prof. Dr. Hayri Domanıç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Helge Loytved, Universitat Bielefeld, Bundessocialgericht, Kassel
Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Patrick Hugh, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Köni, Yeditepe Üniversitesi İİBF
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi
Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Volkmar Gessner, Universitaet Bremen, The Onati International Institute for Sociology of Law
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sabih Kanadoğlu, Yeditepe Üniversitesi İİBF
Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı, Anayasa Mahkemesi eski üyesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı
Prof. Dr. Stefan Talman, Oxford Üniversitesi
Prof. Dr. Don Wallace, Wr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman
Doç. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Tufan Ögüz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. M. Şükrü Alpaslan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Heidelberg Max Planck Institute
Yard. Doç. Dr. Salih Şahiniz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Sultan Uzeltürk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 1 Sayı: 1 Yıl: 2004

İÇİNDEKİLER

PROF. DR. ASLAN GÜNDÜZ'ÜN ANISINA1

KAMU HUKUKU

YARGININ SORUNLARI VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Dr. Eraslan Özkaya, Yargıtay Birinci Başkanı11

KÜRESELLEŞME SÜRECİNDE BİR GENEL DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Mehmet Akad, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi.....23

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA “KAMULAŞTIRMASIZ ELKOYMA”

Yard. Doç Dr. Salih Şahiniz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi51

THE ANNAN PLAN AND THE CYPRUS CONFLICT

Prof. Dr. Clement Dodd, Londra Üniversitesi, SOAS;
Yeditepe Üniversitesi Konuk Öğretim Üyesi99

ANNAN PLANI VE KIBRIS SORUNU

Prof. Dr. Clement Dodd, Londra Üniversitesi, SOAS; Yeditepe Üniversitesi Konuk
Öğretim Üyesi Çeviri: Araş. Gör. Ceren Su, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi109

**SOME CRITICAL ASPECTS REGARDING THE UN SECRETARY GENERAL'S
PROPOSAL FOR A COMPREHENSIVE SETTLEMENT OF THE CYPRUS PROBLEM**

Prof. Dr. Peter Pernthaler, Innsbruck Üniversitesi Hukuk Fakültesi119

KIBRIS SORUNUNA FEDERAL VEYA KONFEDERAL ÇÖZÜM

Prof. Dr. Peter Pernthaler, Innsbruck Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Çeviri: Araş. Gör. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi137

IS A SETTLEMENT IN CYPRUS STILL POSSIBLE?

Anthony Pearce, Professor of European Affairs at Rouen School of Management149

CYPRUS'S EU ACCESSION AND EU-TURKEY CONVERGENCE

Prof. Dr. Heinz-Jürgen Axt / Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Duisburg-Essen Üniversitesi /
Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Jean Monnet Kürsüsü219

A CRITIQUE OF THE EU'S POLICY TOWARDS THE CYPRUS ISSUE

Yrd. Doç. Dr. Harun Arıkan, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi
Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi249

THE EU ENLARGEMENT AND THE POLITICAL CRITERIA: THE CASE OF TURKEY

Araş. Gör. Ceren Su, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi265

ÖZEL HUKUK

**ACİZ HÂLİ – BORCA BATIKLIK KAVRAMLARININ FARKI VE BU YÖNDEN YENİ M. K.
METİNİNİN DÜŞTÜĞÜ BİR YANLIŞLIK (M. K. m. 605 f. II, 618)**

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.....319

ALACAKLI TESELSÜLÜ VE BUNA İLİŞKİN BAZI DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.....327

BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİ NELER GETİRİYOR?

Prof. Dr. A. Can Tuncay, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.....341

TRAFFIC LIABILITY (A COMPARATIVE ANALYSIS)

Prof. Dr. Erhan Adal, Dekan Yardımcısı, MCL (Columbia)

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi355

AVUKATLIK KANUNU'NUN 2. MADDESİNE GÖRE AVUKATIN BİLGİ VE BELGE İSTEME YETKİSİ

Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi365

HUKUKİ VE TİCARİ KONULARDA DELİLLERİN ELDE EDİLMESİNDE ÜYE DEVLETLERİN MAHKEMELERİ ARASINDA İŞBİRLİĞİNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ KONSEY TÜZÜĞÜ

Doç. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi375

İÇTİHAT KRONİĞİ

ANAYASA MAHKEMESİNİN, HUMK m.87'DEKİ, "MÜDDEABİHİN İSLAH YOLUYLA ARTTIRILAMAMASI" KURALINI İPTAL EDEN 20.7.1999 GÜNLÜ KARARI (RG 4.11.2000, No.24220) ÜZERİNE

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.....419

PAYLI MÜLKİYET KONUSU BİR TAŞINMAZIN PAYDAŞLARINDAN BİRİSİ, TMK m.693/III'E GÖRE TEK BAŞINA KOMŞU TAŞINMAZ MALİKİNDEN ZORUNLU GEÇİT TALEBİNDE (TMK m.747) BULUNABİLİR Mİ? - YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 7.05.2002 TARİHLİ VE E.2002/3187, K.3559 SAYILI KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME -

Yard. Doç Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.....427

MEVZUAT KRONİĞİ

1.1.2000'DEN BAŞLAYARAK, 17.7.2003'E KADAR GEÇEN DÖNEMDE YÜRÜRLÜĞE KONAN YENİ MEVZUAT İÇİNDE MEDENİ YARGILAMA HUKUKU VE İCRA-İFLAS HUKUKUNU İLGİLENDİREN DEĞİŞİKLİKLER

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.....455

ESER İNCELEMELERİ

BAKTIR / TAYLAN / TUTUCU / BİNGÖL / BOZKURT'UN "TÜRK TİCARET KANUNU VE İLGİLİ MEVZUAT" BAŞLIKLİ ESERİNİN İNCELENMESİ'

Prof. Dr. Hasan Nerad, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı477

KURU/ARSLAN/YILMAZ'IN "MEDENİ USUL HUKUKU" DERS KİTABININ 14. (GENİŞLETİLMİŞ) BASIMI ÜZERİNE

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.....481

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazılar A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.
3. Atıfların dipnot şeklinde sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
4. Yazarlar, ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidir.
5. Yayın komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
6. Yazım yanlışlarının olağan dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Komisyonu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
7. Hakem incelemesinden geçen ve yayınlanmasına ve/veya düzeltilerek yayınlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin "Office'98 Word" veya daha gelişmiş bir Word formatı altında kaydedilmiş bir diskette birlikte başlığının İngilizce karşılığı da eklenmek suretiyle A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmesi gerekir.
8. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle basıma verdiği kabul edilir.



PROF. DR. ASLAN GÜNDÜZ

Kendisine çok ihtiyaç duyulan bir dönemde değerli bir hukukçumuza kaybettik. Her türlü imkânsızlıkları, çalışma azmi ve kararlılığı ile aşarak uluslararası düzeyde yayınlarıyla büyük bir saygınlık kazanan ve Türkiye'nin ulusal çıkarları konusunda gösterdiği duyarlılık ve ülkesine hizmet aşkıyla yanan Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün 54 yaşında vefatı büyük üzüntü yarattı.

1970 li yılların sonunda rahmetli hocamız Profesör Mahmut Belik, beni yeni asistanı Aslan Gündüz ile tanıştırdı. Ben 1972 yılında bir kaç ay İÜHF de Profesör Belik'in yanında asistanlık yapmış ancak daha sonra yurt dışında bir burs bulduğum için ayrılmak zorunda kalmıştım. Prof. Mahmut Belik ile dostluğumuz uzun yıllar sürdü ve genellikle beni öğle saatlerinde Elmadağ Divan pastanesinde yarım çörekle çay içmeye davet ederdi. Belik Hoca beni Aslan Gündüz ile orada tanıştırdı. Oldukça asık yüzlü bir kişi izlenimi vermişti. Ancak Mahmut Bey, yeni asistanına yardımcı olmamı istediği için zaman zaman doktora tezi konusunda görüşüyorduk. Ben de katıldığım bir seminerde gerek ABD ve gerekse İngiltere'de Devletin yargı muafiyeti konusunda çıkan yasalardan esinlenerek tezimi bu konuda yazmayı düşünüyordum. Epey de kaynak toplamıştım. Ancak baktım ki Aslan da aynı konuda çalışmak istemektedir. Elimdekileri ona vererek ben başka konuya eğildim. "Doktora tezi konumu çaldın" diye kendisine hep takılırdım. Aslan Gündüz'ün yayınladığı ilk kitap doktora tezi idi: *Yabancı Devletlerin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul, 1984 - Üçdal Neşriyat, (399 sahife)*.

Orta ve yüksek öğrenimini yaparken Devlet Demir Yollarında çalışan Gündüz, son derece zor koşullarda kendini yetiştirmişti. Aslan Gündüz yabancı dil konusunda kendi kendine çalışmış ve İngilizceyi süratle öğrenmişti. İki yıl sonra, İngilizce yazdığı bir makaleyi bana okutturmak istedi. Hiç unutmam Üsküdar sahilinden Beylerbeyi'ne doğru yürüdük. Deniz kenarına yakın bir yerde yazdığı makalede düzeltmeler yapmak için oturduğumda Aslan'ın kısa sürede yabancı dilini geliştirdiğini gördüm. Makalesini güzel bir İngilizce ile kaleme almıştı. Düzeltilecek bir hata yoktu. Tabii Mahmut Belik Hocanın ilk günlerde asık yüzlü bulduğum asistanının gerçekten de son derece güçlü bir kişiliğe sahip olduğunu ve azmederek bir çok güçlüğü aşabilen bir karakterde aslında son derece güler yüzlü olduğunu o gün daha iyi anlamıştım.

Lahey'deki Barış sarayında faaliyet gösteren Devletler Hukuku Akademisi yöneticileri önerdiğim kişilere burs verilmesini sağlıyorlardı. 1980 yılında Lahey Devletler Hukuku Akademisinde Aslan Gündüz'e doktora bursu verildi. Tez çalışmalarımı hemen hemen bitirmişti ama son çıkan yayınlardan yararlanarak bazı ekler yapabilmesi olanağı tanıyan bu bursla Aslan Lahey'e gitti. Ben ise Akademinin Uluslararası İlişkiler ve Uluslararası Hukuk Merkezinin bir aylık bir programına katılıyordum. Fransızca çalışma grubuna da hocam Köksal Bayraktar katıldı. Köksal Bayraktar Hocam ve Aslan Gündüz ile birlikte 1980 yılında Lahey'den güzel anılarımız oldu.

Aslan Gündüz İÜHF de göreve devam ederken ben de Marmara Üniversitesi'ne girmiştim. Marmara Hukuk Fakültesi açılınca tabii Aslan'a rahat vermiyor ve kendisinin Marmara'ya geçmesini istiyordum. O tarihte karşı yakada oturmalarına rağmen Marmara Hukuk'a geçmeyi kabul etti.

Şimdi Yeditepe Üniversitesi Rektörü olan Prof. Dr. Ahmet Serpil, 1985 yılında Marmara Üniversitesinde yüksek lisans düzeyinde kurduğu "Çağdaş İşletmecilik Programı" na beni müdür olarak atadı. Dersler, Teşvikkiye'de ünlü Tozan Köşkinde yapıyordu. Tabii ben müdür olduktan sonra yardımcım olarak Aslan Gündüz'ü aldım. Programın büyük bir ciddiyetle yürütülmesinde ve yerleşmesinde Aslan'ın büyük katkıları olmuştu.

Ben 1984-85 döneminde Virginia Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Fulbright profesörü olarak bulunurken Prof. John Norton Moore'un başkanı olduğu Deniz Hukuku Araştırma Merkezi faaliyetlerini takip ediyordum. Aslan da ülkemizin deniz hukuku sorunlarını yakinen izliyordu. Bu nedenle Aslan'ın Virginia Üniversitesine gitmesini önerdim. Evli ve iki küçük çocuk babası olan Aslan, bilimsel çalışmalar için hiç bir özveriden kaçınmıyordu. Öğretmen olan eşi de kendisini destekliyor ve Aslan Gündüz'ün bilim dünyasında yükselmesi için gerektiğinde kimselerin yapmayacağı fedakârlıkları yapıyordu. Bir yıl süreyle Charlottesville, Virginia'da özellikle kıt'a sahanlığı konusunda yoğun çalışmalar yaptı. Türkiye'nin en önemli milli meselelerinden biri olan kıt'a sahanlığı konusunda doçentlik çalışmalarını derinleştiren Aslan Gündüz, daha sonra bu konuda değerli bir eser de yayınladı: *The Concept of the Continental Shelf in Its Historical Evolution (With Special Emphasis on Entitlement)*, Marmara Üniversitesi, AT Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1990 (260 sahife) . Bana da düğün o tarihlerde kitabı Paris'de, Lahey'de ünlü kitapçılara götürerek rafla-

ra konmasını sağlamak oldu. Tabii burada esas amaç kitabın konuyla ilgili kişilerin eline geçmesi idi. O nedenle kitapçıdan para alınmıyor uygun göreceği başka eserleri göndermesi öneriliyordu.

Ayrıca Aslan Gündüz 1980 ve 1989 yıllarında Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu bursu ile Cenevre’de Komisyonun çalışmalarını izledi, araştırmalar yaptı.

Türkiye’nin milli meselelerine büyük bir duyarlılıkla yaklaşan Aslan Gündüz, Limni adasının silahlandırılması konusunun gündeme geldiği günlerde bu konuda da bir kitap yayınladı: *Limni Adası’nın Hukuki Statüsü Üzerinde Türk Yunan Uyuşmazlığı, İstanbul, 1985 – Otağ Yayınevi (120 sahife)*. Aynı yıl “İki Taraflı ve Çok Taraflı Milletlerarası Antlaşmaların Işığında Bulgaristan Türklerinin Durumu” nu inceleyen makalesi de ilgi çekti.

İlk baskısını 1986 ve ikinci baskısını 1994 yılında gerçekleştirdiği *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler* kitabı daha sonra da yeni baskılar yaptı. Rahatsızlığı sırasında bu kitabın yeni baskısını tamamlayamamaktan yakınıyordu. Temennim meslektaşlarının bu kitabı yenileyerek Aslan’ın eserini devam ettirmeleridir.

1984 yılında Türkiye’de Bruges’daki “*College of Europe*” benzeri bir Avrupa Koleji kurulması için kırka yakın maddesi olan bir yasa tasarısı hazırlamış ve rektörümüz sayın Prof. Dr. Orhan Oğuz aracılığıyla ilgililere sunmuştuk. Unutulan bu tasarı, 14 Nisan 1987 de Türkiye AT ye tam üyelik başvurusu yaptığında hatırlandı ve iki ay sonra 18.6.1987 de ilgili yasalara tek bir cümle eklenerek, Marmara Üniversitesi Rektörlüğüne bağlı olarak bir “Avrupa Topluluğu Enstitüsü” kurulması kararlaştırıldı. Prof. Dr. Orhan Oğuz Hocamız Göztepe kampüsünde lojman olarak kullanılan binada bize bir daire tahsis etti ve hemen Eylül ayında eğitime başladık. Ne var ki Aslan ABD de idi ve o nedenle birinci yıl Enstitü müdür yardımcısı atamak istemedim ve Aslan’ı bekledim. Ancak ertesi yıl yurda dönüşünde Aslan yine yardımcım olarak 1988 de Enstitüde göreve başladı. İngiltere’de AB Hukuku konusunda öncü bir isim olan Prof. Dominik Lasok da bize katıldı ve sekiz yıl AB Hukuku dersleri verdi.

Enstitüde yüksek lisans yapmakta olan öğrencileri AB kurumlarını yakından tanımak ve yöneticileriyle tanışmalarını sağlamak için Brüksel, Lüksemburg ve Strasbourg’a götürüyorduk. İki hafta süren ilk gezide öğrencileri ben götürmüştüm. İkinci yıl gerekli kişilerle tanışması ve bu ku-

rumlara aşinalık kazanması için Aslan ile birlikte gittik. Brüksel'de NATO'ya, Avrupa Komisyonunun çeşitli Genel Müdürlüklerine, Lüksemburg'da AT Adalet Divanı'na, Avrupa Yatırım Bankası ve İstatistik Ofisine, Strasbourg'da Avrupa Parlamentosu'na, Avrupa Konseyi Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, AİHM ne ziyaretler yapılır öğrenciler yetkililere sorular sorar, tez konularına ilişkin araştırma yaparlardı. Avrupa Parlamentosunda Türkiye ile ilgilenen dört beş parlamenter biraraya gelerek öğrencilerimize Avrupa ve Türkiye konularında konuşmalar yaparlar, öğrenciler de bir yıl yoğun bir şekilde AB konularını çalıştıklarından parlamenterlere du-man attırır, yanlış veya önyargılı yaklaşımları şiddetle eleştirir, karşı tarafı etkilerlerdi. Profesör Aslan Gündüz ile Enstitüde amacımız kişilik sahibi, ülke çıkarlarını savunan, yabancıların her söylediklerini keramet gibi kabul etmeyen, sorgulayan mücadeleci gençler yetişmesini sağlamaktı. Zaten AP parlamenterleri diplomatlardan veya profesörlerden değil de bir kaç yabancı dili konuşan genç üniversite öğrencilerinden aldıkları mesajlardan daha çok etkileniyorlardı. AP Başkanı Lord Plumb dahi öğrencilerimizi kabul ediyor, uzun görüşmeler yapıyorlardı. Daha sonraki yıllarda bu gezilere öğrencileri Aslan Gündüz götürdü. Aslan, vakur, şahsiyetli yaklaşımı ve konulara hakimiyeti ile uluslararası temaslarda öğrencilerimize de güzel örnek oluyordu. Şimdilerde AB kurumlarından gelen alt düzey memurlar veya yabancı uzmanlara hoş görünmek için ne yapacaklarını şaşırان kişileri gördükçe Aslan Gündüz'ü çok ama çok arayacağımızı düşünüyorum.

Ekim 1994 de profesörlük başvurusuna ek olarak sunduğu yayın listesinde beş kitap, onaltı makale, üç tebliğ yer alıyordu. Doktora tezine sekiz ayrı bilimsel çalışmada atıf yapılmıştı. Daha o tarihte sekiz yüksek lisans ve iki doktora tezinde danışmanlık yapmıştı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*nde çok sayıda makalesi yayınlandı. Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Deniz Hukuku Sempozyumlarına 1988 den itibaren katıldı. O yıl "*Deniz Savaş Hukukunda Tarafsızlık Kavramı ve Irak-İran Savaşında Tarafsız Devletlerin Ticaret Gemilerine Yapılan Muamelenin Hukukiliği*" konulu bir tebliğ sunmuştu. Bir önemli makalesi de 1990 yılında İstanbul Barosu Dergisinin 1-3 sayısında yayınlandı: "*İktidar ve Milletlerarası Sınırları*" (s 14-64) . Prof. Mahmut R. Belik Armağan'ında yayınlanan iki makalesi de toplam 175 sahife kadardı. Aslan Gündüz'ün profesörlük jürisi üyesi olarak vurguladığım bir başka husus da yedek subaylığını Genel Kurmay Başkanlığı Andlaşmalar Dairesinde yapmış olmasının kendisine önemli deneyim kazandırmış olması idi. Ger-

çekten de “kendi anabilim dalı ile ilgili bir çok andlaşmanın hazırlanması ve tatbiki evrelerinde hukuki görüş bildirmesi bilimsel çalışmaları açısından önemli bir tecrübe kazanmasına yol açmıştı.”

1994 yılında Bükreş’de yapılan bir uluslararası sempozyumda “*World Project on the Freedom of Religion: the Turkish case*” konulu eli sayfalık raporu önemli bir başka çalışmasıydı. Daha sonra da çok sayıda makale ve eser veren Aslan Gündüz, vefatından birkaç ay önce evinde ziyaret ettiğimde Amerika’da yayınlanan bir kitapta kendi makalesine de yer verildiğini belirterek o eseri gösterdi. Yaklaşık otuz yıl önce Beylerbeyi sahilinde yazdığı İngilizce makalesini okumamı isteyen Aslan Gündüz Fransızca’yı da öğrenmiş ve sadece ülkemizde değil yurt dışında da bilimsel çalışmalara önemli katkılar sağlıyordu.

1992 yılında Türkiye’nin insan hakları sorunları Avrupa’nın gündemine getiriliyordu. Öğrencilerin yüksek lisans ve doktora çalışmaları için verilen Jean Monnet burslarından birine, kendisine haber vermeden Aslan’ı aday gösterdim. Kabul etmek istemedi ise de insan hakları konusunda daha derinlemesine ihtisaslaşmamız gerektiğini ve bu konuda kendisinin öncülük etmesini rica ettiğimi söyledim. Beni kırmadı ve bir yıl süreyle Essex’de öğrenci yurdunda kalmak suretiyle oradaki insan hakları programını başarıyla bitirdi. Burs çok kısıtlı bir ödeme öngördüğünden küçük bir odada kaldı ancak önemli eserlere imza attı. Kendisi kıdemli bir doçent olmasına rağmen -YÖK bursuyla giden öğrencilere yapılan ödemenin yarısı kadar bir bursla yetindi. Yapılan ödemeyle bir öğrencinin ancak kişisel harcamaları karşılanabildiğinden ailesi yine İstanbul’da kalmıştı. Yazın bir ay şimdi doktor olan oğlu yanına gelmiş ve o küçük odayı paylaşmışlardı. Aslan Gündüz ve ailesi bu fedakârlığı yaptı. Bilimsel alanda mükemmelliğe ulaşmak için her türlü özveriye göze aldığını gösterdi ama Türkiye’nin en iyi insan hakları hukukçusu oldu.

Aslan Türkiye’ye döndüğünde tüm eserlerini bir zarfa koyup Dışişleri Bakanlığı müsteşarı Büyükelçi Özdem Sanberk’e gönderdim. Strasbourg’daki davalarda Aslan Gündüz’den mutlaka yararlanılmalıydı. Müsteşara Aslan Gündüz’ün Türkiye’nin ulusal çıkarlarının korunmasında fevkalade hassas, son derece güvenilir ve dirayetli bir hukuk adamı olduğunu yazdım. Kısa bir süre sonra Aslan Türkiye’nin Strasbourg’daki avukatlarından biri oldu. Hem de bir çok davayı kazanarak kaybedilen davalar dizisinde şeytanın bacağına kırdı. PKK davalarında Diyarbakır’da şahit dinlenirken yalan söyleyen, vereceği ifade kendisine ezberlettirilen tanıklara

bir kaç soru sorarak gerçekleri çarpıttıklarını ortaya çıkaran Aslan, gerçekten de çok önemli bir çok davayı büyük başarıyla kazandı. Orada kendisine terör örgütü mensubu olduğunu iddia eden kişilerce yöneltilen tehditlere pabuç bırakmadı. Karşısında aslında büyük mali imkânları olan çok sayıda avukatın çalıştığı ve amaçları Türkiye'yi sıkıştırmak olan güçlü bir hukukçular grubu vardı. Hedefleri insan haklarını korumak değil terör örgütünün iddialarına destek olarak Türkiye'yi zor durumda bırakmaktı. Dost ve müttefik sandığımız ülkeler bazı sözde sivil toplum örgütleri kanalıyla bu kişilere büyük meblağlar transfer ettiler. İngiltere'de bir üniversitede Profesör Kevin Boyle'un yönetimindeki bir grup İngiliz hukukçu ve avukat, PKK davalarını tezgâhlamakta ve ülkemizin mahkum olmasına yol açmaktaydı. Bu hukukçular grubuna büyük fonlar sağlanmış, Türkiye'yi Strasbourg'da köşeye sıkıştırabilmek için kendilerine binlerce sterlinlik ödeme yapıyordu. Kevin'in bu sayede bir şato aldığı dahi söylenmekteydi.

Bizim Aslan ise Dışişlerinin ayda verdiği 33 milyon TL ile dosyalar konusunda görüşmek için her ay hem Ankara'ya gidiyor, hem Strasbourg'da davaları savunuyor, hem de şahit dinleme, mahallinde keşif yapmak gibi nedenlerle Güneydoğu'ya gidiyordu. Ödenen meblağ masraflarını dahi karşılamaktan uzaktı. Ancak bu milli görevi fedakarlıkla yerine getirmeye çalışan Aslan Gündüz'ün maaşına bir gün haciz gelmişti ! Aslan'ın Strasbourg uçak biletini dosyadan kaybeden Dışişleri, Sayıştay'ın müdahalesiyle bu fedakar hukukçunun maaşına haciz koydurtmaktan kaçınmadı. Son derece onurlu bir kişi olan Aslan işte o anda görevden ayrıldı. Zaten sürekli olarak ilgili daireyi uyarıyor, Devlet kademelerinde yapılması gerekenleri anlatıyor ancak söylediklerinin kaale alınmadığını üzülerek görüyordu. Strasbourg'daki Daimi Temsilcinin, AİHM de yargıç olabilmek için yaptıklarını anlatan Aslan Gündüz bu tür basit oyunların adamı değildi.

Devrin Dışişleri Bakanı İsmail Cem'e iletilmek üzere bir kaç kez rapor vermiş ancak olumlu bir yanıt alamamıştı. Mekanizmanın düzelmesi için gösterdiği çabalar engellenmişti.

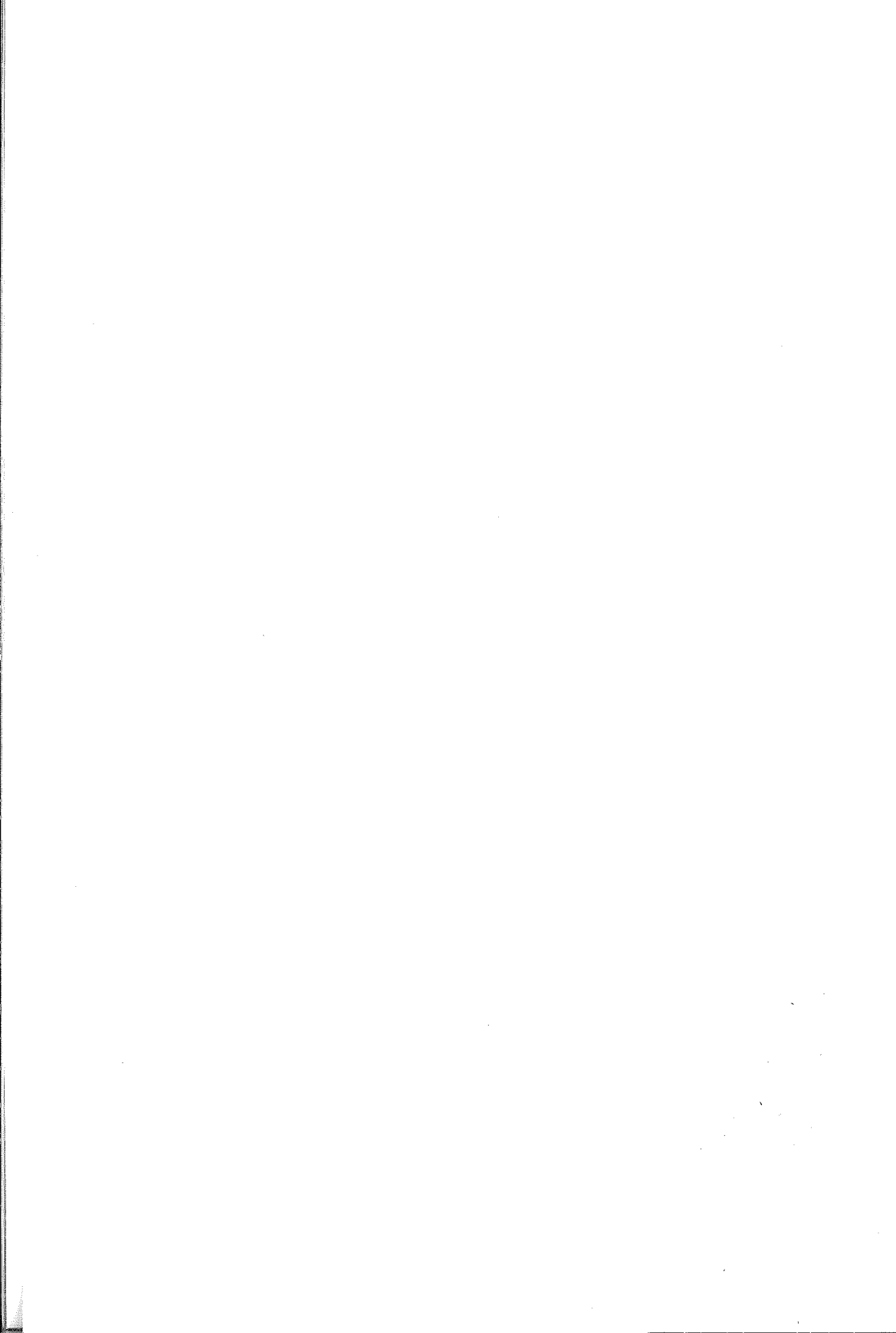
KKTC seçimlerinden önce Tayyip Erdoğan Hükümetinin Loizidou kararını kabul edip tazminatı ödeyeceğini açıklaması, Çapa Tıp Fakültesi hastanesinde ziyaret ettiğim Aslan'ı ve eşi Kezban Hanımı fevkalade üzümüştü. Bu yapılacak şey değildi. Türkiye'nin başına çok sorun açabilirdi. Ancak bu karar, sanki KKTC seçimlerinde muhalefetin kazanmasını da

sağlamak üzere tam seçimlerden önce alınmıştı. (Gerçekten de KKTC de bazı siyasi partiler TC Hükümetinin bu kararını çok güzel istismar ettiler ve siyasi gözlemciler göre bu karar sayesinde oy oranlarını üç dört puan arttırdılar.) Halbuki Aslan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararındaki yanlışları, çelişkileri, önceki ve sonraki içtihatlarında çok farklı kararlar veren AİHM nin Türkiye'ye yaptığı haksızlıkları, "Perceptions" isimli dergide ayrıntılarıyla yazmıştı: "*Creeping Jurisdiction of the European Court of Human Rights: The Bankovich Case vs. the Loizidou Case*" Sept-Nov 2002 (vol. VII). Bir çok uluslararası hukuk uzmanı AİHM nin yanlış karar verdiğini ve bundan dönmek istediğini belirtiyordu. Hatta daha sonra Yugoslavya olaylarına ilişkin davalarda Divan tam tersi kararlar vermişti. Ancak son zamanlarda moda, en haklı olduğumuz konularda dahi sürekli olarak Türkiye'nin ulusal politikalarını eleştirmek idi. Hastanede yatağından televizyon tartışmalarını izleyen Aslan kahroluyordu. Bu kadar yanlış ve haksız bir kararı malum çevrelerin nasıl dillerine pelesenk ettiklerini gördükçe üzüntüsü daha da artıyordu. Bazı emekli diplomatlar, bazı köşe yazarları, televizyonun malum programcıları, ordan burdan "proje alıp para kazanmak sevdasına düşen" sözde bilim adamları, sözde sivil toplum örgütleri, birilerine yaranmak için makbul yaklaşımın kendi ülkesine saldırmak olduğunu düşünüp, gerçekleri tahrif ediyorlardı. Ülke çıkarlarına olağanüstü duyarlılıkla sahip çıkan Aslan Gündüz, hasta yatağında ne kadar kahrolduğunu anlatırken aslında çıkıp bu şahıslara cevap verememenin üzüntüsü içinde idi.

Maltepe Camiinde cenazesi kalkmadan önce eşi Kezban Hanım "bayrak, bayrak" diye mırıldanıyordu. Eşinin Türk bayrağına sarılmasını haklı olarak istiyordu. Hemen büyük bir bayrak temin ettik ve Türk bayrağına sarılı gitmeyi en çok hak eden Aslan'ı öyle uğurladık. Nur içinde yatsın...



KAMU HUKUKU



YARGININ SORUNLARI VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Dr. Eraslan Özkaya,
Yargıtay Birinci Başkanı

Yeditepe Üniversitesinin mütevelli heyeti başkanı, rektörü ve dekanından, öğrenime yeni başlamış en genç öğrencisine kadar değerli mensupları,

*Sayın İstanbul Vali Yardımcısı,
Sayın İstanbul Başsavcısı,
Sayın İstanbul Barosu Başkanı,
Sayın Rektörler,
Seçkin Bilimadamları,
Sevgili Meslektaşlarım,
Saygıdeğer Konuklar,
Basınımızın Değerli Temsilcileri,*

Hepinizi sevgi ve saygılarımla selamlıyorum.

* Sayın Yargıtay Birinci Başkanı'na Yeditepe Üniversitesi'nde Senato'nun kararıyla Fahri Hukuk Doktoru ünvanı verilmesi nedeniyle 12 Şubat 2004 tarihinde yaptıkları konuşmanın tam metni.

Bu güzide üniversitemizin bu güzel salonunda sizlerle beraber olmaktan, sizlere hitap etmekten büyük bir zevk ve onur duyuyorum.

Bana bu zevki tattıran ve fahri doktora unvanı ile onurlandıran üniversite senatosuna en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu paye uzun meslek hayatımda beni çok onurlandıran ödüllerin ilk sıralarında yer almaktadır. Bu onursal doktora unvanını hep gururla taşıyacağım.

Değerli dinleyenlerim,

Bugün size ömrünün 45 yıldan fazla bir süresini hukuka adanmış, hukukun ve yargının içinden gelen bir kişi olarak yargının sorunları, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi hakkında açıklamalarda bulunacağım.

Takdir edersiniz ki, bu konuda anlatılacaklar, değil saatlere, günlere aylara sığmayacak kadar çok ve geniştir. Benim sizlerle paylaşacağım, bu hususta panoramik kısa bir geziden ibaret olacaktır.

Değerli arkadaşlarım,

Demokratik parlamenter sistem, kuvvetler ayrılığı ve denkliliği ilkesine dayanır. Demokratik parlamenter rejimin aksaksız işleyebilmesi kuvvetler ayrılığı prensibinin iyi uygulanması ve hayata geçirilmesine bağlıdır.

1961 Anayasası anayasalarımız içerisinde kuvvetler ayrılığı ilkesini düzenleyen, hayata geçiren, kurum ve kuruluşlarını oluşturan en ileri Anayasa iken, ne yazık ki bu Anayasa bünyemize bol geliyor söylemleri ve bahaneleri ile yıpratılıp değiştirilmiş, daha sonra da tepkisel, tamamen değişik otoriter bir felsefeyle 1982 Anayasası hazırlanıp kabul edilmiştir.

1982 Anayasasında prensip olarak kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiştir. Ne var ki, yürütme organı öyle büyük yetkilerle donatılmış ve öteki yasalarla desteklenmiştir ki, yasama ve yargı, yürütme organının denetimi ve güdümü altına sokulmuştur.

1982 Anayasasında 30'dan fazla değişiklik yapılmasına karşın, halen yürütme erkinin öteki erkler üzerindeki vesayetine son verilmiş değildir.

İşte demokratik hukuk devletinin çalışmasındaki aksaklıklar ve sorunlar buradan kaynaklanmaktadır.

Yürütme organına tanınan bu yetki, özellikle yargıyı etkisi ve kıskaçı altına alarak yargı üzerinde büyük tahribatlara neden olmuştur.

Yürütme organları daima yargı organını etki altına almak, onu yönlendirmek temayülünü gösterirler. Yargının kendilerini denetlemesinden, hukukun içerisinde kalmaya zorlamasından pek hoşlanmazlar. Bu temayül hukuk kültürü ve bilinci gelişmemiş, demokratik hukuk devleti kurallarını tam olarak özümseyememiş toplumlarda çok daha fazla görülmektedir.

Yürütme organı 1982 Anayasası ile eline geçirdiği bu aşırı yetkiyi bir türlü bırakmak, kendi yetki alanı içerisine çekilmek istememekte, ne yazık ki bu yönde yasama organından da destek görmektedir.

1982 tarihinden bugüne dek kuvvetler ayrılığı ve denkliliği, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi yönünde Anayasamızda ve ilgili öteki yasalarda yapılması gereken değişiklikler tüm hukuki zeminlerde dile getirildiği hatta parti programlarında 5 yıllık kalkınma planlarında yer aldığı halde bu yönde en küçük bir ilerleme olmamıştır.

Bırakınız bu yönde bir ilerleme ve gelişmeyi özellikle son dönemlerde yargının daha çok dış kaynaklı sorunlarından ve zaaflarından yararlanılarak yargı sistemli bir biçimde zayıflatılmaya, halkın yargıya karşı güven duygusu bilinçli olarak azaltılmaya, bu suretle yargı üzerinde daha fazla hakimiyet kurulmaya çalışılmaktadır.

Hepiniz hatırlayacaksınız, kısa bir süre önce “Yargıya Güvenmiyoruz” şeklinde yakışsız, yakışsız olduğu kadar da bir hukuk devleti yönünden fevkalade sakıncalı, hatta tehlikeli sloganla başlayan, “Yargıyı İzleyin Çok Önemli Gelişmeler Olacak” sözleriyle devam eden, sonuçta Neşter ismi verilen olayla tamamlanan süreç yargıyı yıpratıp, halkın güven duygusunu yok ederek yargıyı kuşatmanın en somut ve canlı örneğidir.

Yargıdaki noksanlıkları ve hataları, bunların neden ileri geldiğini ve nasıl düzeltilmesi gerektiğini önce biz söylüyoruz. Bunların düzeltilmesi yönünde yıllarca en ufak bir gayret gösterilmeden, münferit bazı olaylardan hareketle, daha cumhuriyet savcısının tahkikatını tamamlayıp iddianamesini hazırlaması dahi beklemeden tüm yargıyı yıpratacak böyle bir olay hukuk devleti ilkelerini bağdaşamaz.

Yargı kendisinin düzeltebileceği hatalarını en kısa zamanda hukuk kuralları içerisinde yine kendisi düzeltecektir.

Yargının başta gelen sorunu bağımsızlıktır. Yargı bağımsızlığı hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur.

Bir demokratik hukuk devletinde yargının yasalar çerçevesinde diğer erkleri denetlemesi gerekirken bizde yargı yürütme ve yasama organlarının denetimi altına sokulmuştur.

Bağımsızlık Türk yargısının bir türlü gerçekleşmeyen bir özlemi olmuştur. Anayasanın 140/6, 144 ve 159. maddeleri, Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunundaki ilgili maddeler değiştirilip kaldırılmadığı sürece yargı bağımsızlığından asla söz edilemez.

Anayasamızın 9, 138, 139 ve 140. maddeleri yargı bağımsızlığından söz etmektedir. Ne var ki, 1982 Anayasası öteki konularda olduğu gibi, önce evrensel kurallara uygun normlar koyup daha sonraki hükümleri ile de bunları teker teker kısıtlama felsefesine uygun olarak 140/6, 144 ve 159. maddeleriyle yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini ortadan kaldırmıştır.

140/6. maddesi ile yargıçlar ve savcılar idari görevler yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır, hükmü getirilmiştir.

144. maddede yargıçlar ve savcılar denetleme, gerektiğinde inceleme ve soruşturma yapma yetkisi Adalet Bakanına ve onun izni ile Adalet Bakanlığı müfettişlerine verilmiştir.

Adalet müfettişleri ise 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa göre Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda, tamamen Adalet Bakanına bağlı memur olarak çalışmaktadırlar.

Adalet Bakanlığı müfettişlerinin raporları bir yargıcın tayini, terfi ve meslekten ihracı yönünde birinci derecede rol oynamaktadır.

Anayasamızın 159. maddesine göre kurulan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun başkanı Adalet Bakanı, müsteşarı ise Kurulun doğal üyesidir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kendisine özgü sekreteryası bulunmayıp, sekreteryası görevi Adalet Bakanlığının özlük işleri tarafından yürütülmektedir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun müstakil bir bütçesi bulunmadığı gibi Adalet Bakanlığının ek binasına sığınmış durumdadır.

Adalet Bakanı Kurula bir kişinin gücü olarak değil, kendisine bağlı müsteşarı, teftiş kurulu, sekreteryası, tüm mali olanakları ile süper bir güç

olarak iştirak etmekte ve Kurula hakim olmaktadır. 1982 tarihinden bugüne kadar geçen uygulama hep bunu göstermiştir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, bu yapısı itibariyle 1982 yılından bu güne kadar iyi bir sınav vermemiştir. Bu Kurulun yapısının mutlaka değiştirilmesi, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanı Müsteşarının Kurul'da görev almaması için Anayasanın 159. maddesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda gerekli değişikliklerin zaman geçirilmeden yapılması, ayrıca adli yargı, idari yargı şeklinde iki bölüm olarak çalışması objektif ve doğru karar vermesi için üye adedinin Yargıtay'ın ve Danıştay'ın üye sayısına orantılı olarak çoğaltılması, her bir bölümde verilen kararlara karşı iki bölümden oluşacak genel kurula itiraz etme olanağının sağlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda daha önce Anayasa Değişiklik Taslağını Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına, Başbakana ve Adalet Bakanına ilettiğimiz durumdayız. Bu değişikliğin biran önce yapılmasını bekliyoruz.

Ayrıca yargıçların mesleğe kabullerinde sonucu belirleyen sözlü sınavları Adalet Bakanlığı yetkilileri tarafından yapılmakta, her Adalet Bakanı kendi siyasi ve ideolojik görüşü doğrultusundaki kişileri mesleğe alma temayülünü göstermektedirler. Bunun yanında Adalet Bakanına tüm yargıç ve cumhuriyet savcılarını geçici görevle başka yerlerde görevlendirme yetkisi verilmiştir.

Kurulu toplantıya çağırarak, Adalet Bakanının insiyatifine terk edilmiştir.

Bütün bu hükümlerle Adalet Bakanının yargıçların ve savcılarının kaderi üzerindeki mutlak yetkisi tartışılmayacak kadar açık bir gerçektir.

Adalet bakanlarının Batı ülkelerinde yargıçların özlük işlerinde yetki sahibi kurum ve kuruluşlarda yer aldığı ileri sürülmektedir. Gerçekten de bir kısım Batı ülkelerinde adalet bakanlarının bu türlü kuruluşlarda yer aldığı gözlenmektedir. Ancak hiçbir hukuk devletinde adalet bakanları bu kadar geniş yetkilerle donatılmamış, yargıç ve savcılarının özlük hakları üzerinde mutlak yetki sahibi kılınmamışlardır.

Öte yandan hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik Batı ülkelerinde hiçbir adalet bakanının yargıyı kendi siyasi görüşü doğrultusunda etki altına almaya çalışması düşünülemez, hatta böyle bir fikir adalet bakanlarının aklından dahi geçmez.

Düşününüz ki, bu kadar büyük yetkilerle donatılmış Adalet Bakanının hakim olduğu Kurulun verdiği kararlar kesin olup, bu kararlar hakkında kanun yollarına başvurulamamaktadır.

Hiç unutulmamalıdır ki, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi yargıçlara tanınan bir imtiyaz olmayıp ferdin ve toplumun en kutsal değerlerinin bir teminatıdır.

Yargıcın sadece yürütme ve yasama organına karşı değil bütün güç odaklarına hatta bizzat yargıya karşı korunması gerekir. Oysa Türk yargısı tüm güç odaklarının etkisi altında bulunmaktadır. Bunların başında yazılı, sözlü ve görsel basın gelmektedir. Anayasanın ve çeşitli yasaların yasaklamasına rağmen yargıya intikal eden bir olay hakkında basının cumhuriyet savcısı, yargıç ve infaz memuru olarak görev yaptığı sıkça görülen bir durum haline gelmiştir. Öyle ki, Türkiye’de basın son dönemlerde, tüm yargıyı kontrol etmek ve yönetmek gibi bir güçle kendini görevli saymaya başlamıştır.

Bu tehlikeli gidişe bir dur demek zamanı gelmiştir. En kısa zamanda yasalarımızda acilen gerekli düzenlemelerin ve düzeltmelerin yapılması gerekmektedir.

Öte yandan yürütme ve yasama organının vesayeti altında bulunan yargının tüm maddi kaynakları yasama ve yürütme organının takdirine bırakılmıştır. Yasama ve yürütme organı da bu takdir hakkını öyle kötüye kullanmıştır ki, Cumhuriyetin ilk yıllarında yargıya genel bütçeden ayrılan pay %3, 5’ların altına düşmemiş iken %o’de 75’lere indirgenmiş, tüm tasarruflar yargı bütçesinden yapılmaya başlanmıştır.

Adalet hizmetlerinden yapılan tasarrufun çok tehlikeli olduğu, bu tasarrufun adaletin sağlanması, toplum huzuru, ekonomik ve sosyal alanlarda çok daha büyük zararlara yol açacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Yargıda insan unsurunun önemi çok büyüktür. Çünkü adalet denen kutsal değeri ancak insanlar gerçekleştirebilmektedir.

Hal böyle iken, hukuk fakültelerinin sayısı artmasına karşın eğitim düzeyleri düşmektedir. Yeterli mekanı, öğretim kadroları ve öğrencilerin bilgiye ulaşma olanağı bulunmayan hukuk fakültelerinin sayısı her gün biraz daha artmaktadır. Bu tür eğitim düzeyi çok düşük tabela fakülteleri hakkında radikal önlemlerin alınması eğitim ve öğrenimlerini belirli standartların üzerine çıkarmadıkları sürece eğitimlerine ara verilmesi en gerçekçi yol olarak gözükmektedir.

Ayrıca hukuk fakültelerindeki daha çok tek yanlı anlatıma dayanan eğitim şekline son verilmeli, öğrenciyi araştırmaya, incelemeye, düşünmeye, muhakeme edip hukuki problemleri çözmeye yönelik eğitim şekline önem verilmelidir.

Yargıçlık ve cumhuriyet savcılığı gerek aşırı iş gerekse çalışma koşullarının elverişsizliği ve mali olanaklarının fevkalade kıtlığı nedeniyle cazip bir meslek olmaktan çıkmıştır.

İyi yetişmiş bilgi, yetenek ve kişilik itibariyle yargıçlık ve savcılık mesleğine yatkın, lisan bilen genç hukukçuların yargıçlık ve cumhuriyet savcılığı mesleğini tercih edecek olanakların biran önce sağlanması gerekmektedir.

Yargıçlık ve cumhuriyet savcılığı mesleğe kabul edilirken, adaylar bilgi, yetenek ve kişilik yönünden çok iyi bir sınavdan geçirilmeli, sınav Adalet Bakanlığı tarafından değil, mutlaka bağımsız ve tarafsız Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kontrolünde yapılmalıdır.

Mesleğe kabul edilen yargıç ve cumhuriyet savcısı adaylarının yeterli ve düzeyli bir meslek öncesi eğitime tabi tutulmaları şarttır. Son dönemlerde yargıç ve cumhuriyet savcısı adayları eğitim merkezi bu hususta olumlu çalışmalar yapmaktadır. Ancak bu eğitim yeterli değildir. Bu eğitime ayrılan 2 yıllık süre kısa gelmektedir. Ya hukuk fakültelerindeki eğitim süresi yahut meslek öncesi eğitim süresi uzatılmalı, öğrenci veya aday uygulamaya en iyi şekilde hazırlanmalı, ferdin en kutsal hakları iyi yetişmemiş hukukçular elinde tecrübe tahtası haline getirilmemelidir.

İyi yetişmemiş hukukçu kadar hukuka ve adalete zarar verebilecek başka bir kimsenin olamayacağı akıllardan çıkarılmamalıdır.

Yargının bağımsız olması kadar yansız olması da çok büyük önem arz etmektedir. Yargıcın yansızlığı bir takım yasal önlemler ile kısmen sağlanabilir ise de, yansızlık bir yargıcın yetişmesi ve kişiliği ile yakından ilgilidir. Bu nedenle yargıçların bilgi ve etik kuralları yönünden çok iyi yetiştirilmesi gerekmektedir.

Avukatlık da yargının ve adalet sistemimizin ayrılmaz önemli bir unsurudur. Avukatın yetişmesinde de aynı noksanlıklar mevcuttur. Avukat adayları da yargıç ve cumhuriyet savcıları gibi sınavla mesleğe kabul edilmeli, çok iyi meslek öncesi bir eğitime tabi tutulmalı, avukatlık mesleğinin de bir kamu görevi olduğu göz önünde tutularak eğitim sürelerince

kendilerine maaş verilmeli, müstakil büro açmaları bilgi ve tecrübe itibarıyla kendi meslek kuruluşları içerisinde belirlenecek bir takım koşullara bağlı tutulmalıdır.

Yargıç, cumhuriyet savcısı ve avukatların meslek öncesi eğitimleri kadar meslek içi eğitimleri de çok önemlidir. Uygulayıcıların meslek içi eğitimleri yok denecek kadar azdır. Meslek içi eğitime gerekli önem verilmeli, bir yandan meslek içi eğitimle noksan bilgiler tamamlanırken, öte yandan daima değişen mevzuattan meslek mensupları haberdar edilmelidir.

Hukukun küçük bir alanı dahi bir insanın ömrüne sığmayacak kadar geniştir. Belirli bir kıdeme gelmiş yargıç ve cumhuriyet savcılarını mutlaka uzmanlaştırılmalı ve uzmanlık alanlarında çalışmalarını sağlanmalıdır.

Yargıçlara ve özellikle cumhuriyet savcılarında yardımcı olacak uzman kadrolar kurulmalıdır.

Adalet Akademisinin kurulması bu yönde atılan önemli bir adımdır. Ancak bu kurumun kuruluş yasasının bütün önerilerimize rağmen iyi hazırlanmadığı endişesini taşıyorum.

Bu kuruluşun tamamen siyasi organdan bağımsız, akademik düzeyde eğitim veren çok saygın bir kurum olması, mesleğinde belirli bir kıdeme ulaşmış hukukçuların akademiye girmek için yarış etmeleri çok iyi bir eğitim ve öğrenimden sonra mezunlarının mesleklerinde bir ivme ve avantaj kazanmaları yönünde gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

Yargının mekan sorunu sefalet düzeyinde devam etmektedir. Pek çok adliye saygınlığına yakışmayan ilkel binalarda görev yapmaktadır. Bu binaların çok önemli bir bölümü kiralık olduğundan iyileştirme çalışmalarına dahi başvurulamamaktadır. Bu elverişsiz koşullar çalışma düzeyini ve kalitesini düşürdüğü gibi saygınlığı da azaltmaktadır. Birçok adliyede yargıç ve cumhuriyet savcılarının oturacakları yeterli oda, duruşma yapacakları salon bulunmamaktadır. Duruşma salonlarını nöbetleşe kullanan adliyelerimizin sayısı az değildir. Duruşma yaparken alttaki köfteci dükkanının duman altında kalan adliyelerimiz dahi mevcuttur.

İstanbul'da dahi 30'dan fazla yerde elverişsiz koşullarda çalışan adliyelerimiz vardır. Bir avukatın aynı gün birkaç adliyede duruşmasının olması haklı mazeretler yaratmakta ve duruşmaların sırf bu nedenle uzun süreler uzamasına neden olmaktadır.

İleri Batı toplumlarının övündükleri adliye binalarını bırakınız rahat görev yapılabilecek adliye binalarının gerçekçi ve sürdürülebilir bir programla tamamlanması artık başlatılmalıdır.

Yargı sistemimiz içerisine çağın getirdiği araç ve gereçler henüz girmemiştir. Halen adliyelerimizin büyük bir kısmı geçen asrın araç ve gereçleriyle görev yapmaya çalışmaktadır. Bazı mahalle pazarlarında dahi bağırıp çağırmak, aşırı gürültü çıkartmak yasaklandığı halde, adliye koridorlarını avaz avaz bağırarak mübaşirlerin çığlıkları kaplamakta, bir ışıklı tabela dahi adliye binalarına çok görülmektedir. Adliyelerde mutlaka bilgisayar sistemine geçilmelidir.

Bu bağlamda Ulusal Yargı Ağı Projesi ümit vermektedir. Yargıtay ile Adalet Bakanlığının birlikte yürüttüğü bu projenin uygulanmasına başlanılmıştır. Ancak tamamlanması geciktirilmemelidir. Bu proje tam olarak hayata geçirildiğinde bir dosyanın bilgisayar aracılığıyla ilk anından son bulmasına kadar bütün safahatı kamu oyunca takip edilebilecek, hatalar azalacak, davalar süratlenecektir. Ayrıca uygulayıcıların bilgiye ulaşma olanağı artacak, tüm içtihatlar takip edilebilecektir.

45 yılı aşan meslek hayatımda eğitilmiş ve tam kadro personelle çalışan bir adliye göremedim. Üstelik personel açığı hergün biraz daha artmakta, bırakınız yetişmiş personeli rasgele personeli dahi bulmak çok zaman mümkün olmamaktadır. Personel açığı birçok adliyeleri durma noktasına getirmiştir.

Türkiye’de nüfus ve dava sayısına göre yargıç ve cumhuriyet savcısı kadroları çok yetersiz kalmaktadır. Bir örnek göstermek gerekirse Türkiye ile yakın nüfusa sahip dava adedi itibarıyla çok az olan Almanya’da 70.000 civarında yargıç ve cumhuriyet savcısı görev yapmakta iken, bizde 6.000 küsur yargıç ile 3.000 küsur savcı bu ağır yükün altından kalkmaya çalışmaktadır.

Yargıç ve cumhuriyet savcısı kadrolarının yeterli düzeye biran önce ulaştırılmasında zorunluluk vardır.

Böyle kadro sıkıntısı yaşanırken, politik yatırım düşüncesiyle köyden ilçe haline getirilen çok küçük yerleşim merkezlerinde adliye kurulması bir israftır. Bu yanlış uygulamaya biran önce son verilmeli, burada görev yapan yargıç ve cumhuriyet savcıları işi çok olan merkezlere kaydırılmalıdır.

Tüm bunlara ilaveten yargıç ve cumhuriyet savcılarının birçok olaylarda sağlıklı bilgi ve belgelere ulaşma olanakları çok kısıtlı hatta imkansız olduğu gibi bu bilgi ve belgelere ulaşmak için zaman kaybedilmektedir. Bu da davaların uzamasına ve yanlış sonuçlanmasına neden olmaktadır. Adliyelerin çeşitli kurum ve kuruluşlardan zaman kaybetmeden bilgi toplayabilmesi için bilgisayar düzeyinde gerekli düzenlemeler biran önce yapılmalıdır.

Adli zabıta en kısa zamanda kurulmalı, Tebligat Kanunu mutlaka günün teknolojik koşullarına uygun ve zaman kaybına neden olmayacak şekilde değiştirilmelidir. Adli tebligatlar için mutlaka güvenli ve süratli yeni bir tebligat sistemi geliştirilmeli, gerekiyorsa bu sistem özelleştirilmelidir.

Kaliteli adaletin sağlanması Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması için Meclis gündeminde bekletilen İstinaf Mahkemeleri Yasa Tasarısı biran önce yasalaştırılmalı, istinaf mahkemeleri yargı sistemi içine sokulmalıdır. Ancak, kaliteli adaletin amaç, iş yükünün azaltılmasının bir sonuç olduğu gözetilerek hangi davaların istinafta çözülmesi gerektiği Türkiye koşullarına uygun olarak iyi belirlenmeli, davaların uzamasını engelleyecek önlemler alınmalıdır.

Bir yandan bu yapısal önlemler alınırken öte yandan da temel yasalarımızda süratle bir yenileme ve değiştirme yoluna gidilmelidir. Kira Yasası, Kadastro Yasası, Orman Yasası, Borçlar Yasası, Ticaret Yasası gibi yasalar biran önce değiştirilip yenilenmeli, dava üreten yasalar olmaktan kurtarılmalıdır.

Hukuk usulü ve ceza usulünde radikal değişiklikler yapılarak davaların uzamasına neden olan hükümler değiştirmelidir.

Bilirkişilik yargıyı hem yıpratın hem de adaleti geciktiren bir kurum haline gelmiştir. Bu nedenle ayrı bir yasa ile yeni baştan düzenlenmelidir.

Birçok hukuk davası basit çözümlenmesi kolay uyuşmazlıklar sonucu açılmakta, davaların artmasına neden olmaktadır. Bu uyuşmazlıkların davadan önce halledilmesi yönünde uzlaşma kurullarının biran önce oluşturulması için yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Yargıya güvenmiyoruz, şeklindeki yakışıksız ve fevkalade tehlikeli söylemler yerine, yargının içerisinde bulunduğu güç koşulların aşılması, yasal ve yapısal reformların biran önce gerçekleştirilmesi halinde Türk

yargısı saygın ve onurlu görevini daha sağlıklı daha etkin ve doğru olarak yerine getirecektir.

Tüm olumsuzluklara ve olanaksızlıklara rağmen Türkiye’de ve Ankara’da yargıçlar vardır. Onurla ve özveriyle vazifelerine devam etmektedirler.

Hepinize sevgiler ve saygılar sunuyorum.



KÜRESELLEŞME SÜRECİNDE BİR GENEL DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Mehmet Akad,
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ülkemizde ekonomik gelişmeye paralel olarak birbirine bağılı iki konu sürekli gündemi meşgul etmekte ve tartışılmaktadır; AB bizi kabul edecek mi, küreselleşmeye nasıl ve hangi ölçüde katkıda bulunacağız, seksen yıldır uğruna savaşlar verilen ancak daha yeni yerleştirmeye çalıştığımız ulus-devlet anlayışı ile bu kavramlar nasıl bağdaşacak? Bir başka deyişle biz ülke olarak bu oluşumlara katılabilecek sosyo-ekonomik ve siyasal yapıya sahip miyiz? Bu çerçevede Avrupa ve dünya bizden ne istiyor, ne bekliyor, biz neler yapıyoruz, ne durumdayız? İşte bu çalışmada ana çizgileriyle bu sorulara yanıt arayacak, tarihsel evrimin penceresinden bakarak ONLAR ve BİZLER arasındaki farkın nasıl doğduğunu ve halen nasıl sürüp gittiğini göstermeye çalışacağım. Bunun için çıkış noktası olarak on sekizinci yüzyılı ve Fransız Devriminin kimi ilkeleri ile sonrasını temel veri alacağız, bir de bizde bir türlü gerçekleştirilemeyen toprak reformu bu çerçevede hep belirleyici olacak, mülkiyet hakkı ile bağlantısı kurulmaya çalışılacak, ancak konu fazla ayrıntıya girmeden temel çizgiler içinde ele alınacak.

I- Fransız Devrimi; Öncesi ve Sonrası

Devrimden önceki “Monarşiler” döneminin burjuvazinin işine yaradığını biliyoruz. Gerçekten, orta çağdan parlamenter sisteme bir geçiş rejimi niteliği taşıyan bu iki yüzyıllık ara dönemde tüm Avrupa'yı saran iç savaşların bitmesi, kamu düzeninin sağlanması topluma huzur ve barış getirilebilmesi, en önemlisi kralın yasama yetkisinin “mülkiyet hakkı ile sınırlandırılması tam yeni oluşmaya başlayan tüccarlar zümresinin isteklerine uygun düşüyordu, zira o sıralar tek amaçları vardı; yeni başladıkları sermaye birikimini pekiştirmek, güvenceye almak. Bu nedenle de orta çağın dağılmış iktidar modeli yerine kralın bölünmez ve merkezi iktidarına destek vermişlerdi. Bundan sonraki gelişmeyi de gene kendileri yönlendirdiler, feodal yapıya dayalı çok başlı iktidar tek elde toplanınca, ekonomik yapıya egemen olan bu yeni güç iktidarı değiştirerek bir devrimle (ve bir İnsan Hakları Bildirisi ile) kendi öngördükleri yönetim biçimini geçerli kıldılar; ulus egemenliğine dayalı parlamenter sistem...¹

Bütün Avrupa'yı saran, bugünkü Avrupa'nın temellerini oluşturan bu ekonomik, sosyal ve siyasal yapılanma, kıtada yaşayan halklara yüzyıllar süren acılar, sıkıntılar çektirmesine rağmen iki kavramı da beraberinde getirmişti; özgürlük ve zenginlik. Bu oluşumu Voltaire şöyle anlatıyor; “Ticaret İngilizleri zenginleştirirken, onların özgürleşmesine de katkıda bulundu, bu özgürlük ticareti yaygın hale getirdi, ticaret de devletin büyümesini sağladı.”²

Böylece Voltaire, İngiltere örneğinden yola çıkarak döneme damgasını vuracak üç temel kavramı açıklıyor; ticaret, mülkiyet (zenginlik) ve özgürlük. Burjuvazinin çağlar boyunca sermaye birikimini sağlayarak ticareti toplumda geçerli kılması, buna bağlı olarak mülkiyet anlayışının giderek yaygınlaşması, hem siyasal hem de ekonomik liberalizmi çağın temel ideolojisi olarak ortaya çıkarmıştır. Bu noktaya gelince, iki liberalizm anlayışının temel çizgilerini hatırlatmak isterim; siyasal liberalizm deyince akla yasa karşısında eşitlik, hukuk devleti ve bunlara bağlı olarak seçimler ve temsili sistem, güçler ayrımı, siyasal plüralizm ve demokrasi geliyor.

Ekonomik liberalizmi açıklamak daha kolay; özel mülkiyete dayalı girişim özgürlüğü ve ticaret yapma özgürlüğü. İlkinde herkes serbestçe

1 Bu konuda Bkz.M. Akad -B. Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der y.2002, İst.s.107.

2 İbid.

kendi işini kurabilecek, istediği alana yatırım yapacaktır. İkincisinde ticaret yapma özgürlüğü beraberinde serbest rekabeti ve pazar ekonomisini getirir.³ Gene bu anlayış, burjuvazi tarafından 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde şöyle açıklanmıştır; 17.md.; Mülkiyet, dokunulmaz ve kutsal bir hak bir hak olduğundan...⁴ Yukardan beri açıkladığımız çağa ve devrime damgasını vuran mülkiyet anlayışı bu anlatımla en açık ifadesini bulmuştur; dokunulmaz ve kutsal hak...

Gerçekten, siyasal ve ekonomik liberalizmin temelinde mülkiyet hakkı var ve Bildiri'nin 17.md..nin devamı onun çağı belirleyici niteliğini ortaya koyuyor; mülkiyet ancak kamu zorunluluğu gerektirince adil, peşin bir tazminat karşılığı kişinin elinden alınabilir, sona erdirilebilir. Görüldüğü gibi burjuvazi, monarşiler döneminden başlayarak büyük özen gösterdiği bu hakkı güvenceye kavuşturmak istemiş, bunu da ayrıntılı bir düzenlemeyle ortaya koymuş.

Kanaatimce özgürlük ve zenginliğin temeli olduğu kadar yeni kurulacak olan demokratik parlamenter sistemin de belirleyici kavramı oluyor mülkiyet. Bir anlamda sanki bütün toplumsal yapı onun üzerine kurulmuş. Gene Bildiri'nin 2.maddesine bakarsak, siyasal topluluk olarak açıklanan Devletin amacının insanın doğal ve zamanaşımına uğramaz hakları olduğu, bunların da özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme olduğunu ve ona verilen büyük önemi görürüz. Serbest piyasa ekonomisinin geçerli olduğu ortamı sermaye birikimiyle kuran burjuvazi, taşınır ve taşınmaz mülkiyetine de kıskançlıkla sahip çıkıyor, bu tavrını da gene toprak reformu hareketiyle bir kere daha ortaya koyuyor.

Gerçekten, Devrimden sonra burjuvazi çıkardığı bir kanunla toprak reformunu sağlamış, böylece toprakta çalışan köylüyü sanayiye kaydırırken, hem kendine kol işçisi yaratmış, hem de topraktaki feodal yapıyı bozmuştur. Bu gelişmenin doğal sonucu da Fransa'da köylülüğün sosyal yapıdaki etkinliğinin azalması ve laikliğin güçlenmesi olmuştur. Tarımdaki toprak mülkiyetinin senyörden köylüye geçmesiyle bunların bir kısmı toprağın başına geçerken, öteki bölümü de kentlere işçi olarak taşınmıştır.⁵

3 Ibid.s.109.

4 Ibid.s.367

5 Devrimle birlikte toprak reformunun önemi ve sonuçları için bkz. Abdullah Dinçkol, Sosyal Güvenlik açısından Toprak ve Tarım Reformu, Marmara Üniversitesi S. B. E. basılmamış Doktora Tezi, İst.1992, s.98, dn..2.

O zamana kadar aristokraziye ve kiliseye bağlı olan senyörlerin yönetiminde olan bu muhafazakar sosyal güç, bu tarihten sonra etkinliğini kaybetmiş, kentleşmenin, ticaretin ve sanayi devriminin de hızıyla nitelik değiştirmiş, bu da dogmatik değerlere dayalı sosyal tabanını kaybetmesine yol açmıştır. Bir başka deyişle artık bu dönemden sonra köylülüğe dayalı siyaset yapma olanağı hem kilise hem de soylular sınıfı için ortadan kalkmış, toplumdaki yeni sosyal yapı devleti yeni baştan kurarken, laiklik ilkesi de zorunlu olarak bu çerçevede yerini almıştır.⁶

Dikkat edilirse, burada mülkiyetin on sekizinci yüzyılın ve sonrasında belirleyici kavramı olduğunu, bu haliyle sistemi etkilediğini görürüz. Bu nedenle mülkiyetin ticaretle bağlantısını açıklamak kolay, hatta bu bağlamda burjuvazinin ticaret yapma serbestisini sağlayan girişim özgürlüğünün de temelini oluşturduğunu biliyoruz. Ancak mülkiyetin korunması beraberinde kamu düzeni ve güvenliğini getirince, orta çağın geniş alanlı, geniş kapsamlı İmparatorlukları yerine monarşiler döneminde temeli atılan ulus-devlet anlayışı ile devrimden sonra ortaya çıkan yeni Devlet kavramı ile de bağlantısı kendiliğinden kuruluyor, önemi de artıyor; mülkiyetin korunması için kilisenin dışarıda bırakıldığı tek başlı ve halk egemenliğine dayalı laik bir yönetim; parlamenter demokrasi...

Doğal olarak bu evrim, kendini sanayi devrimiyle tamamlıyor, buharlı makinenin bulunuşu ve fabrikalara, taşıma araçlarına yerleştirilmesiyle üretim artıyor, taşımacılık ve ülkeler arası ticaret artıyor, gelir yükseliyor, sermaye güçleniyor. Ne var ki bu oluşum kıtaya beraberinde yeni bir sorun da getiriyor; sanayide çalışan işçi sınıfı daha iyi ücret, daha iyi yaşam düzeyi için ayaklanıyor, işverenle çatışmaya giriyor. Bu gelişmenin on dokuzuncu yüzyıldaki ilk pozitif hukuk belgesi gene Fransa'da ortaya çıkıyor; 1848 Anayasası. İşçi ve işverenin haklarını uzlaştırmaya çalışan bu belge, küçük ölçüde de olsa sosyal hakları gündeme getirmiş, sosyal demokrasinin doğmasına aracılık etmiştir.⁷

Siyasal düşünce tarihiyle ilgili herkesin bildiği bu gelişmeyi - mülkiyet hakkının önemi ekseninde - özetlersek; liberalizmin siyasal, sosyal ve ekonomik alanlarda gücünü gösterdiğini ve tüm Avrupa'ya yayıldığını görürüz. Devletin laikleşmesinin ortaya koyduğu yeni yönetim biçimi olan

6 Ibid.s.146, dn.197.

7 Bu konuda bkz. Ibid.s201. Geniş açıklama için bkz.: J. Touchard, (et les autres) Histoire Des Idées Politiques, PUF, Paris, 1967, C. II., S.580 VD.

demokrasi, liberalizmin siyasal yapısını oluştururken ekonomik alanda zenginlik ve mülkiyet iki temel kavram olarak ortaya çıkıyor. Kapitalizm bu yapının ekonomik doktrinidir ve artık toplum; devrimi yapan ve ege-men olan burjuvazinin istek ve gereksinimleri doğrultusunda yeniden ör-gütleniyor: Sınırları, bayrağı, halkı belli bir ulus-devlet ve parlamenter de-mokrasie dayalı bir siyasal rejim...

Öte yandan, Kara Avrupa'sındaki bu gelişme, beraberinde işçi sı-nıfını ve sorunlarını getirince çözüm gene sistem içinde bulunuyor; anayasalara sosyal haklar listelerinin alınması ve bunların uygulanabil-mesi için gerekli ortamın hazırlanmasının devlete görev olarak yüklen-mesi.⁸ Ne var ki bu ülkeler için anayasalardaki söz konusu düzenleme-lerin uygulamaya taşınması o kadar zor değil; sermaye birikimi, zen-ginlik ve mülkiyet nasıl liberalizmin kurucu öğeleri ise, aynı yapı sos-yal demokrasinin de temelini oluşturuyor. Toplumdaki bir kesimin eko-nomik olanaklarının artırılması, üretimde yer alan bu kesimin yaşam düzeyinin yükseltilmesi için mutlaka devletin elinde belirli bir biriki-min bulunması gerekiyor; "Batı'da sosyal devlet anlayışı yaygın hale geldiği zaman, Batı toplumları ekonomilerinin başlangıç kalkınmasını çoktan yapmış, sermaye birikimini çoktan başarmış, sanayileşmenin tem-el aşamalarını çoktan geride bırakmıştı. Bütün sorunu, zaten çoğalmış bir ulusal geliri daha iyi paylaştırmak diye özetlenebilir ve bunu karşı-layan "sosyal adalet" sözü yeterli olabilirdi."⁹ Yoksa belirli ekonomik birikimini yapamamış, sanayi devrimiyle tanışmamış, toprak reformu-nu gerçekleştirememiş bir toplumda sosyal demokrasiden söz etmek ütopyadan öteye geçmez. Aşağıda bunun ülkemiz bağlamında bir örne-ğini göreceğiz.

II- Türkiye Örneği; Öncesi ve Sonrası

Bu bölümde yukarda Avrupa için saptadığımız veriler açısından önce Osmanlı Devletini sonra da Cumhuriyet dönemini ele alıp ana çizgileriyle inceleyerek çıkarılacak sonuçlar açısından başlarken sorduğumuz sorulara

-
- 8 Bizim 1961 Anayasasının 10.ve 1982 Anayasasının 5.maddeleri bu eğilimin örnek-lerini oluşturur. Ancak bizde ne sermaye birikimi, ne de yeterli üretim fazlası bulun-madığı için bu düzenleme devlet eliyle bir türlü hayata geçirilememiştir.
- 9 Bkz.Mümtaz Soysal, Anayasaya Giriş, AÜSBF y. No: 271, Ankara, 1969, s.235. Re-ferans verme kurallarını biraz zedelediğimi biliyorum, ama yeri gelmişken otuz beş yıl önce yapılan bu çok önemli tesbiti bir kere daha hatırlatmak istedim.

yanıtlar arayacağız, bugün geldiğimiz yeri çözümlemeye çalışacağız.

A- Cumhuriyet Öncesi: Osmanlı İmparatorluğu Dönemi

Tarih kitaplarında ayrıntılı olarak gördüğümüz bu dönemin temel özelliklerini şöyle özetleyebiliriz;

- İmparatorlukta çok çeşitli etnik ve dinsel kökenli topluluk birlikte yaşamıştır.

- Gaza ve fetih ilkelerinin esas alındığı bu dönemde on altıncı yüzyılın ikinci yarısında fetihlerin durması ile İmparatorluk gücünü kaybetmeye başlamıştır.

- Batıda kralın üstün iktidarını hukuki ilkelere bağlama süreci yaşanırken, Osmanlı rejimi “mutlak” hükümdarlıktır.

- Osmanlı sultanının aynı zamanda “halife” oluşu, ruhani ve dünyevi otoritenin tek elde toplanmasına neden olmuştur.

- Devlet yapılanmasında islâmi ilkelerin ele alınması “mutlak itaati” güçlendirmiştir.

- Ululemre itaat, halife-padişaha mutlak itaati gerektirdiğinden, devlet iktidarının sınırlandırılması düşüncesi ile bağdaşamazdı.¹⁰

- İslam devlet anlayışına göre mutlak iktidar Tanrı'ya aittir, siyasal iktidar O'nun koyduğu kurallar ile sınırlıdır. Tek başına egemen olan Tanrı egemenliği hükümdara değil bütün Müslümanlara yani ümmete vermiştir. Dolayısıyla halife Tanrı'nın değil ümmetin temsilcisidir.

- Bu çerçevede Osmanlı Devletini kuranların devlet yapılanmasında islâmi esas almalarının en temel sonucu, burada yaşayanların dini inanç esasına göre “millet” adı verilen gruplardan oluşmasıdır. Böyle olunca, Türk unsuru arasında “ulus” bilinci gelişmemiş, dolayısıyla ulus-devletin ortaya çıkması da çok sonraya kalmıştır. Üstelik 1789 Devrimi, etkilerini Müslüman olmayan unsurlar arasında, özellikle de Balkanlarda göstermiş, bölgede ulusçuluk akımlarının güçlenmesine neden olmuştur.¹¹

10 Bkz.M. Akad-B. Dinçkol, age.s.212. Devletin ülke, insan ve egemenlik unsurları açısından bir inceleme için bkz. B. Dinçkol, Atatürk Devrimi, Der y. İst., 2001, s.7 vd.

11 İbid.s.213.

- Ortaya koyduğumuz bu yapıya bir de sosyo-ekonomik açıdan yaklaşalım. Bunun için de mülkiyet temel belirleyici olacaktır. (Yukarda Avrupa için yaptığımız gibi) . Osmanlı'da sermaye birikimi, ticaret gibi kavramlara rastlanmadığı için konuya doğrudan -bugün için de geçerli- toprak mülkiyetinden başlamak gerekiyor.¹²

Önce geçerli genel kuralı belirleyelim; Osmanlı'da toprak mülkiyeti devletin elindeydi, ancak işletilmesi ve kullanılması üçe ayrılarak timar, zeamet ve has sahiplerine bırakılmıştı. Dirlik düzeni denilen bu örgütlenme modelinde bu tür topraklara “miri topraklar” denilirdi. En büyük özelliği ise mülkiyetin tümüyle Beytülmale yani Devlete ait olmasıydı. Böyle bir yapı da giderek -ticaretin ve sermayenin gelişip güçlenmemesi nedeniyle- feodalitenin yerleşmesine, merkezi iktidarın zayıflamasına yol açmakla kalmadı, aynı zamanda günümüze kadar sürüp gelmesine de sebep oldu, toprağa dayalı bu üretim biçimi hiçbir dönemde, ne yazık ki, değiştirilemedi. Halbuki bu gelişme Batı'da feodaliteden merkezi krallıklara oradan da parlamenter sisteme geçiş yönünde olmuş, bu gelişme de hiç kuşkusuz bugünkü Avrupa Birliğinin temellerini meydana getirmişti.¹³

Burada bir kere daha tekrarlayalım ki, Osmanlı İmparatorluğu, çıkış noktası olarak Avrupa'daki toprağa dayalı feodal yapıya benzer bir üretim biçimini benimsemiş, (bu noktada vergi toplama, toprağı işleme, savaş halinde asker donatma gibi benzer yapısal özellikleri hatırlatmak isterim) ancak ekonomik yönden sermaye birikimini gerçekleştirecek milli burjuvaziyi yetiştirememiş, ticaret azınlıkların eline geçmiş, dolaşısıyla servet, zenginlik ve özgürlük ilişkisi hiç kurulamamıştır.¹⁴ Böyle olunca, gene Batı'da olduğu gibi özel mülkiyete dayalı bir ekonomik

12 Doğaldır ki, burada Müslüman olmayan toplumu sistem dışı bırakıyoruz, yoksa o toplumun Osmanlı ekonomisine nasıl egemen olduğunu “Düyun-u Umumiye” olgusu nedeniyle çok iyi biliyoruz...

13 Osmanlı toprak düzeni ve mülkiyet anlayışı üzerine çok geniş bir bibliyografya olduğunu biliyoruz. Bunlardan önemli saydığımız bir tanesi için bkz. Suat Aksoy, 100 Soruda Türkiye'de Toprak Meselesi, Gerçek y., İst., 1969, s.20 vd. Ayrıca Osmanlı İmparatorluğundaki sosyo-ekonomik gelişmenin özlü bir açıklaması için bkz.M. Soysal, age..14 vd.

14 Devlet düzeninin “gaza”ya dayalı, savaş yoluyla genişlemeyi ve toprak elde ederek daha fazla vergi toplamayı, bu yoldan İslamiyeti de yaymayı hedef alan bir anlayışı benimsediğini biliyoruz. Bkz. S. Aksoy, age. s.21, Taner Timur, Türk Devrimi, AÜSBF.y. Ank., 1968, s.20 vd.

düzen ve ona bağlı bir siyasal yapılanma da ortaya çıkmamış, hele sanayi devriminin kıyısından bile geçilememiştir.¹⁵

Hiç kuşkusuz, Osmanlı İmparatorluğu döneminde feodal yapıdan liberalizme (dolayısıyla parlamenter sisteme, hukuk devletine) geçilememesinin nedenlerini böyle bir çalışma kapsamında tüm ayrıntılarıyla ele almak mümkün değil. Konuya farklı değişkenler, belirleyicilerle yaklaşan sayısız eser var.¹⁶ Ancak burada gösterilmek istenen altıyüz yıl süren böyle bir devlet ve toplum bütünlüğünde Avrupa ile kimi zaman iç içe, kimi zaman yan yana bulunulmasına rağmen-bir ölçüde de olsa- katılımın, çeşitli şekillerde sağlanabilecek ilişkiler ağının (kültürel, ekonomik, siyasal gibi) kurulamamış, sağlanamamış olmasıdır. Batı'daki gelişmeler hep şüpheyle karşılanmış, nasıl bir evrim geçirdiği anlaşılammış, geleneksel Osmanlı düzeninin değerlerine dayalı toplum modeli içinde yaşam sürüp gitmişti.

B- Cumhuriyet Dönemi: Kuruluş ve Sonrası

Bu dönemi incelerken, çalışmamızın başında belirttiğimiz gibi sosyo-ekonomik ve siyasal verileri temel kriterler olarak ele alacağız, dönemin kısa tarihsel evrimini açıklarken konulara hep sosyal, siyasal ve ekonomik boyutlarıyla değinmeye çalışacağız. Böylece Cumhuriyet döneminde de neden geri kalmışlıktan kurtulamadığımızın, dolayısıyla neden Avrupa ile bütünleşmeyi sağlayamadığımızın nedenlerine de değinmiş olacağız.

İmparatorluktan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne geçişin temelinde Sivas Kongresi'nde alınan kararlar ile son Osmanlı Meclis-i Mebus an'ın kabul ettiği Misak-ı Milli ilkeleri bulunmaktadır. Misak-ı Milli'nin esasları Sivas Kongresi'nde belirlenmiş olup Mondros Mütarekesi'nin imzalandığı 30 ekim 1918 tarihindeki sınırlarımız içinde kalan vatan topraklarının bölünemez, parçalanamaz bir bütün olduğunu düzenleyen madde benzer bir düzenlemey-

-
- 15 "Gerçekten Osmanlılarda devletin "mülk" biçiminde anlaşılması devlet müdahalesine sınırsız boyutlar kazandırıyor ve özel mülkiyetin statüsünü de tehlikeye düşürüyordu." Bkz. Taner Timur, Osmanlı Toplumsal Düzeni, AÜSBF y. Ank., 1979 s.175 vd. Halbuki John Locke on yedinci yüzyılın ortalarında şöyle sesleniyordu İngiltere'den; "İktidar, mülk sahiplerinin mülk sahiplerine verdiği bir yetkidir." Bkz.M. Akad-B. Dinçkol, ag.s114.
- 16 Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültelerinde okutulan Anayasa ve Kamu Hukuku kitaplarının yanı sıra şu eserlere de bakılabilir; Doğan Avcıoğlu, Türkiye'nin Düzeni, Bilgi, Ank., 1968, Niyazi Berkes,; Türkiye'de Çağdaşlaşma, Bilgi y. Ank., 1973, 100 Soruda Türkiye İktisat Tarihi, Gerçek y. İst., 1970.

le Misak'da yer almış, böylece ulus-devlet'in ülke unsuru sınırları ve o sınırlar içinde yaşayan halkıyla birlikte ortaya çıkmıştır.¹⁷ Bu oluşumda, sırası gelmişken, Atatürk'ün büyük payını ve önderliğini hatırlatmak isterim.

Bu Misak-ı tamamlayan bir de 17 şubat 1923 günü İzmir'de toplanan İktisat Kongresinde kabul edilen Misak-ı İktisadi bulunmaktadır, şimdi kısaca bu belgeyi ve Kongre'nin çalışma ortamını görelim.

“Kongre, bütün illerden gelen tüccar, sanayici, çiftçi, işçi vb. temsilcilerinden olmak üzere 1135 üye ile açılmıştır. Kongre'de istediklerini iyi bilen Avrupalılar ile Rum ve Ermenilerin yerini almaya istekli İstanbul tüccarı önemli rol oynamıştır. Bir araya gelerek İstanbul'da kurdukları “Milli Türk Ticaret Birliği”nin amacı da aynı yöndedir; Lövantenler ile Rum ve Ermenilerin ellerindeki ticari mevkiileri, milliyetçilikten yararlanarak ele geçirmek ve yabancı sermaye ile ortaklıklar kurmaktır.”¹⁸ Ne var ki Birlik, yalnız tüccarları değil, esnaf ve işçileri de örgütlenmiştir; “İstanbul Esnaf Birliği” ile “Türkiye Umum Amele Birliği”ni kurdurmuştur. Bunlardan Esnaf Birliği ad olarak kalmış, Amele Birliği ise hayli faaliyet göstermiştir.¹⁹ Bu “kurdurma”nın gerekçesi ise şöyle açıklanmıştır; barış yıllarında işçiler arasında çeşitli dernekler, partiler kurulmuştu. Bunlar zaferden sonra Türk-Sovyet dostluğundan yararlanarak faaliyetlerine devam etmişler, tüccara, yerli ve yabancı sermaye sahiplerine, zenginlere karşı işçide ve fakir halkta düşmanlık duyguları doğurtmaya çalışmışlardır. Burada amaç sınıf kavgası yaratmaktı; işçiler örgütlenecekler, burjuva sınıfı ile savaşıyorlardı. Halbuki sınıf kavgası milli davaya ihanet demektir, Biz henüz işçisiyle, tüccarıyla, sosyal sınıfları teşekkül etmemiş bir top-

17 Bkz. B. Dinçkol, age.s.75 vd. Burada ulus-devlete geçişte başlangıç saydığımız iki toplantının tarihlerine dikkatinizi çekmek isterim; Sivas Kongresi 4 Eylül 1919 da, Misak-ı Milli'yi kabul eden Meclis. de 28 ocak 1920 de toplanmıştır. Avrupa'da imparatorluktan ulus-devlete geçiş süreci on altıncı yüzyılda başlamıştır. Açıklama için bkz.M. Akad-B. Dinçkol, age.s.73 vd.

18 Bkz. D. Avcıoğlu, age.s.165 vd. Birliğin kurulmasında büyük emeği geçen Ahmet Hamdi Başar'ın şu açıklaması çok ilginç; “Nizamnamemize açıkça koyduğumuz gibi, devletin Türk tüccarı arasında şirketler, tröstler, konsorsiyumlar kurmalarını sağlayarak onlara ithalat-ihracat işlerinde bazı imtiyazlar tanınmasını istiyorduk. Liberal bir görüş ve serbest rekabet şartları içinde (...) devlet gücüne dayanan bir müdahelenin zorunlu olduğuna inanmaktaydık.” Bkz. Aynı yerde. Görüldüğü gibi, liberalizm kurulurken ticaretin millileştirilmesi temel amaç alınıyor, bu yönde devlet yardımı isteniyor, yani sistem -Batı'nın tersine' gene yukardan aşağı kuruluyor, nedeni basit, çünkü tüccarımızın elinde birikmiş sermaye yok...

19 Bkz. D. Avcıoğlu, ibid.s167.Metindeki” kurdurmuştur”sözcüğünü ben işaretledim.

lum olduğumuz için, yapacağımız iş, Türk olarak bu sınıfları yaratmak ve aynı zamanda bunların birbirlerine düşman olmamasına ve elbirliği ederek iktisat meydan muharebesini kazanmalarına çalışmaktı.²⁰

Açıklamadan kolayca anlaşılacağı gibi, ülkemiz savaştan çıktığı için azınlıkların elinde bulunan ticaret ve sanayi, devletin de yardımıyla, milli tüccar ve sanayicilerimizin eline geçmesi için gerekli çalışmalar yapılacaktır, gene sanayinin işlemesi için gerekli işçi sınıfı da bulunarak örgütlenecek, birlikte el ele ülkenin kalkınması için çalışacaklardı. Bu anlayış Kongre'de kabul edilen Misak-ı İktisadi'ye bir ölçüde de olsa yansımıştır; getirilen hükümler hep kardeşlik, birlikte çalışmak, dürüstlük gibi ilkelere dayanmaktadır; "Türk halkı tahribat yapmaz, imar eder, çok çalışır, vaktite, servette ve ithalatta israftan kaçır, hırsızlık, yalancılık, riya ve tembellik en büyük düşmanımızdır, dinine, milliyetine, toprağına, hayatına ve müessesatına düşman olmayan milletlere daima dosttur, ecnebi sermayesine aleyhtar değildir, hangi sanatta ve meslekte olurlarsa olsunlar sevişirler, meslek ve zümre itibariyle el ele vererek birleşirler."²¹

Bu çerçevede gerek Ticaret gerekse Amele Birliklerinin getirdikleri kimi öneriler kabul edilmiş, gümrük himayesi, sanayin teşviki, tekellerden kaçınılması, yerli malı giyilmesi, büyük sermayeli ticaret ve sanayi bankaları kurulması, çiftçi ile tüccar ve sanayiciye kredi sağlanması vb.gibi kararlar hemen hemen oybirliği ile alınmıştır.

Görüldüğü gibi, böyle bir modelle kalkınmak, Batı'daki gelişme şemalarından hiç birisine uymamaktadır. Oradaki milli ticaret ve sanayinin kurulmasında toplumsal sosyo-ekonomik gelişmenin ve birikimin ortaya çıkması ve kendini kabul ettirmesi tarihsel evrimin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır ve yüzyıllar içinden süzülüp gelmiştir.

Hemen söyleyelim ki, Kongre'nin kararları hükümeti bağlayıcı değildir ama toplumdaki sosyal ve ekonomik örgütlenmenin niteliğini ve amaçlarını göstermektedir. Gerçekten toplantıda ne toprak reformundan, ne sendika ve grev hakkından söz edilmemiş, tüccarlar ve büyük çiftçi bütün kararlara ağırlığını koymuştur.²²

20 Bkz. *ibid.* s.167 de hem Birliklerin hem de Kongre'nin kurucusu A. H. Başar'ın açıklamaları.

21 Bkz. Diğer maddeler için s.169.

22 Bkz. *ibidem*. Gerçekten, çiftçi temsilcileri, boş çiftliklerin köylüler arasında paylaşılmasına oybirliği ile ve şiddetle karşı çıkmışlardır.

Bu noktaya gelince, ülkemizin sosyo-ekonomik yapısını, dolayısıyla siyasal iktidarların niteliklerini de etkileyen tarımda “büyük çiftçinin” yerini saptamak, neden toprak reformu yapılamadığını, güçlü bir sermaye birikimi sağlayarak sanayi toplumuna neden geçilemediğinin sebeplerini araştırmak gerekiyor.

Bilindiği gibi gelişmekte olan ve hâlâ daha tarıma, toprakta ağa düzenine dayalı ülkemiz için belki en iyi tanımlama; “tarımdan sanayiye, köylü toplumundan kentli toplumuna geçiş aşamasında”²³ olduğumuza ilişkin olanıdır. Gerçekten, bu konuda yapılan araştırmalar, son otuz yıl içinde (1960-1990 dönemini kastediyoruz) köylü nüfusun giderek azaldığını, buna karşılık şehirli nüfusunun arttığına işaret etmektedir. Örnek vermek gerekirse, 1960 da köylü nüfusun yüzde altmış sekizini oluştururken, 1990 da bu oran yüzde kırk bir'e düşmüştür.²⁴ Ancak bu gelişmede köyle ilgisini keserek kentlere yerleşen ama geleneksel köy değerlerine bağlılığını sürdüren, bu nedenle de kentleri de köylüleştirilen gecekondu nüfusunu da unutmamak gerekir. Köyden kente bu göçün temelinde de -öyle uzun boy-lu sosyolojik çözümlenmelere girmeden söyleyelim- gene topraktaki çarpık üretim ve mülkiyet ilişkisi ile toprak reformunun eksikliği yatmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında ilginç bir gerekçeyle konuya açıklık getirmektedir; İmar ve Gecekondu mevzuatına aykırı yapılara SSK prim ve cezalarının uygulanmayacağına ilişkin 2981 sayılı Yasanın 19. md. hükmünü incelerken önce gerekçesini ele almaktadır; 2981 sayılı Yasanın getiriliş nedenleri Yasanın genel gerekçesinde özetle şöyle açıklanmaktadır; “...yurdumuzda bir imar kargaşası mevcuttur. Büyük şehirlerimizdeki imar mevzuatına aykırı yapılaşma ise düzenli yapılara oranla daha büyük boyutlara ulaşmıştır. Hızlı nüfus artışına, katlanarak büyüyen şehirleşme olayına karşılık inşaata hazır arsa arzı ve sosyal konut üretimi yeterli ölçü ve oranda gerçekleştirilememiştir.... Ekonomik ve sosyal nedenlerle şehirlere göç eden vatandaşların çoğunluğunun *asgari fen ve sağlık koşullarına uygun olmasa dahi bir barınağa sahip olma istekleri bugünkü çarpık yapılaşmanın sebeplerini oluşturmuştur.* Aynı düzensizlik sanayi, turistik ve benzeri yapı ve tesisler açısından da söz konusudur.”²⁵

Yasa koyucunun gerekçesi, ülkenin içinde bulunduğu sosyo-ekono-

23 Bkz. A. Dinçkol, age.s.88. de Gülten Kazgan'ın tanımlaması.

24 Bkz. A. Dinçkol, age.s.90.

25 Anayasa Mahkemesinin E: 86/16, K: 86/25 21.10.1986 Tarihli kararı için bkz. AYMKD., Sy: 22, s.287.

mik koşulları büyük bir samimiyetle açıklamakta, gözler önüne sermektedir; yurdumuzda büyük bir imar kargaşası vardır, bu nedenle hesapsız, plansız ve ilgili mevzuata aykırı bir yapılaşma kentlerin çevresinde sürüp gitmektedir, bunun sebebi kente göç eden vatandaşlarımız olup hızlı kentleşmeye zamanında gerekli önlemlerin alınmamasının sonuçlarına katlanmaktadır, onlar da kendi başlarının çaresine bakarak kendilerine-fen ve sağlık koşullarına uymasa da- (büyük olasılıkla da kamu arazilerine) birer barınak yapmışlar, içine girip oturmuşlardır. Yasanın SSK prim ve cezalarının ödenmemesini istediği inşaatlar işte bunlardır. Ancak gene yasa koyucunun gerekçesinden bu kapsam içine sanayi ve turistik tesislerin de girdiğini anlamaktayız ki bu durum daha vahim bir başka yasa dışı oluşuma işaret etmektedir; gecekonduların yanı sıra kazanç sağlama amacı ile yapılan başka tür inşaatların varlığı... Hemen ilave edeyim ki, bu vatandaşlara tapuları hazırlanıp dağıtılana kadar kendi beyanlarına güven esasına göre (tapu tahsis belgesi) verilmesi, imar planları yapıldıktan sonra tapularının dağıtılması esaslı gene Yasa ile kabul edilmiştir.²⁶

Yasa hakkındaki bu açıklamadan sonra şimdi de Anayasa Mahkemesi'nin kararına bakalım. Yüksek Mahkeme konuya önce SSK'nın toplaması gerekirken Yasa hükmüyle yoksun kaldığı prim gelirleri açısından yaklaşıyor, bunun için 506 sayılı Yasa hükmüne göre kimlerin hangi koşullarda sigortalı sayılacağını inceliyor, sonra da konuya AY.nın 5.md. açısından yaklaşarak şu yorumu getiriyor; “Kişinin sosyal güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve teşkilâtı kurmak devletin görevidir. (...) devletin bu alanda kaynağı belirlemek, yeni kaynaklar yaratmak, kimilerinden vazgeçmek, (...) hususunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu söz götürmez. Kurum kaynaklarının yetmezlik gösterdiği alanlarda ona yardım edecek olan yine devlettir.”²⁷ Zaten “düzensiz ve çarpık yapılaşma sonucu inşa edilmiş sayıları büyük rakamlara ulaşan ve çok büyük bir kesimi gecekondular niteliğinde, daha ziyade işçi çalıştırılmadan karşılıklı yardımlaşma suretiyle yapılmış yapı sahiplerinin gerçekte Sosyal Sigortalar Kurumuna prim borçlusu sayılmalarının doğru olamayacağı gibi bir düşünceye dayandığı söylenebilir.”²⁸ Bu ve benzer gerekçelerle Yüksek Mahkeme 2981 sayılı Yasanın 19 maddesinin imar ve gecekondular mevzuatına aykırı yapılara SSK prim ve cezala-

26 Bkz. ibid. s. 288.

27 Bkz. ibid. s. 291

28 Bkz. ibid. s. 290.

rının uygulanmamasına ilişkin hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmuyor ve iptal etmiyor.

Bu noktaya gelince, ortaya çıkan tabloyu yeniden özetlemek ve değerlendirmek gerekiyor; yasama organı, 2981 sayılı Yasa'nın 19.maddesinde bir değişiklik yapıyor ve nedenini de gerekçesinde açıklıyor; ülkemizde hızlı nüfus artışı devam etmektedir, köylerde yaşayan vatandaşlarımız geçinemediklerini görünce (Yasanın diliyle ekonomik ve sosyal nedenlerle) şehirlere göç etmeye başlamışlardır. Ancak bu göçe karşılık devlet gerekli hazırlıkları yapamamış, yeterli ölçüde sosyal konut üretimini gerçekleştirememiştir. Öte yandan belediyeler de fiziki planlama yapmamış, nitelikli teknik eleman yetiştirmemiş, konuyla ilgili olarak vatandaşları yeterince bilinçlendirmemişlerdir. Burada devletin yürütme organının -yukardan aşağıya uzanan bir çizgi içinde -ilgili bakanlıklar ve belediyeler olarak köyden kente göçü gözlemlediği ama gerekli önlemleri alamadığı anlaşılıyor.

Kente gelenler durumu görünce asgari fen ve sağlık koşullarına uygun olmasa da bir BARINAĞA sahip olmak, başlarını o barınağa sokabilmek için kendilerine gecekondu yapıyorlar, (Yasa'nın isminden anlaşılacağı gibi devlet bunlarla ilgili mevzuat oluşturuyor) kentlerin etrafını çeviren bu yapılar ilgili mevzuata tümüyle aykırı olduğu gibi hem imar kargaşasına hem de bugünkü çarpık yapılaşmaya sebep oluyorlar. Burada dikkatleri çeken husus, vatandaşların kente geldiğinde belediye hizmetlerinden yoksun, alt-yapısı bulunmayan mahalleler oluşturarak kendi aralarında yaşamaya başlaması, başka deyişle kendi başının çaresine bakmasıdır.

Tam bu noktada yasama organı durumu görerek müdahale ediyor, o zamana kadar gerekli önlemlerin alınmadığını görüyor ve hazırlayıp kabul ettiği bir yasal düzenlemeyle bu nitelikteki yapılardan SSK prim ve cezalarını almayarak kendini bir gelirden mahrum ediyor, ancak kendisine başını sokacak barınak yapmış olan vatandaşa da böylece (biraz "çarpık" da olsa) katkıda bulunuyor. Bu arada asıl aynı yasa kapsamına girerek sanayi ve turistik tesis kuranlar da yeni yatırımcılar ve işletmeciler olarak yerlerini alıyorlar.

Son olarak yargının kararına baktığımızda, onun da yasamanın bu düzenlemesini takdir yetkisinin bir sonucu olarak kabul ettiğini anlıyoruz; zira herhangi bir alanda kaynak yetmezliği ortaya çıktığı zaman bunu karşılayacak olan yine devlettir, takdir kendisininindir. Yukarda gördüğümüz Yasa'nın genel gerekçesine uygun olarak yüksek yargı da ilginç bir gerek-

çeyle katkıda bulunuyor; bu barınaklar ve tesisler “daha ziyade işçi çalıştırılmadan karşılıklı yardımlaşma suretiyle yapılmış”lardır.

Görüldüğü gibi, köyden kente göç gibi çok boyutlu sosyo-ekonomik bir olgu yıllardır incelenmemiş, nedenleri, çözümleri araştırılmamış, bir kere vatandaşın kente yerleşmesi ortaya çıkınca, bu durumu meşrulaştıracak yasal bir düzenleme ile yetinilmiş, yasalara uymayanlara prim verilmiş, kısaca yasama, yürütme ve yargı böylece sorunun üstünü örtmeyi tercih etmişlerdir.

Ne var ki, köyden kente göçün nedenlerine tarihsel ve ekonomik açıdan yaklaştığımızda orada toprak ve tarım reformunun bulunduğunu görürüz. Şimdi kısaca neden bu reformun yapılamadığını inceleyelim.

C- Toprak ve Tarım Reformu

Tarım toplumundan sanayi toplumuna geçmenin temel taşlarından olan bu reformun gerçekleştirilememesi yüzünden ülkemiz hâlâ daha az gelişmişlikten kurtulamamıştır. Biraz sonra göreceğimiz gibi, Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana birkaç kez girişimde bulunulmuş ancak nedense bu çabalar her defasında tamamlanamadan yarım kalmış veya bırakılmıştır.

Toprak reformu denilince, geniş toprak mülkiyetinin, belirli bir tavan sınırdan yukarısının kamulaştırılarak, topraksız ya da az topraklı köylülere dağıtımı anlaşılır.²⁹ Tarım reformu ise ikinci dünya savaşından sonra ortaya çıkmış olup, salt toprağın dağıtılmasının yetersiz olduğu, bunun yanında dağıtımdan sonra tarımsal hayatın ve üretimin düzenlenmesi gerektiği düşüncesinden doğmuştur. Kredi ve pazarlamada kolaylıklar, tarımsal vergiler, teknik eğitim, sulama, gübreleme gibi önlemler böyle bir anlayışın içine girmektedir.³⁰

Ülkemizde toprak reformu konusunda atılmış ilk ciddi adım, 1945 yılında çıkartılan “Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu” olup 1973 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Kanunun en önemli maddesi olan 17.md.ye göre büyük toprak sahiplerinin arazilerinin ortakçı, yarıcı ve tarım işçilerine da-

29 Bkz. S. Aksoy, age.s.128.

30 İbid.s.129. Cumhuriyet dönemindeki toprak reformu girişimleri için bkz. A. Dinçkol, age.s.110-113. Ne yazık ki Atatürk'ün tüm çabasına ve arzusuna rağmen 1924, 1927 ve 1934 tarihlerinde yapılan girişimler, yeterli örgütlenmeye gidilmediği için başarısız kalmış.

ğıtılmak üzere kamulaştırılabilecektir “Ne var ki, feodal-benzeri bağımlılık ilişkileri ile işletilmekte olan büyük arazi mülklerinin tasfiyesine ve özel toprak mülkiyetinin istimlakine ilişkin hükümler uygulanamadı.”³¹ Bunun yerine tarımda tohum kullanımı, gübreleme, kredilerin artırılması gibi konularla uğraşılmış, 1950 ve 1955 yıllarında Kanun'da yapılan değişiklikle dağıtılan topraklar hazineden ayrılmış, az topraklı bir çok yeni çiftçi ailesi yaratılmış, sonuçta da bu eksik ve yetersiz uygulamalar sonucu dağıtılan topraklar büyük toprak sahiplerinin eline geçmiş, reform gerçekleştirilememiştir.³²

Kurtuluş savaşından sonra başlayan bu çekişme, 1960 devriminden sonra yeniden gündeme gelmiştir. Çağdaşları arasında en iyilerinden olan 1961 Anayasası'nın getirdiği sosyal devlet anlayışı, Planlı Kalkınma ilkesinin kabul edilmesi, 1950-1960 dönemini tek parti iktidarı gibi yöneten Demokrat Parti yöneticilerinin toprak ağası kimliklerinin hükümetin her tasarrufunda ortaya çıkması sonunda toprak reformu konusunda yeni bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği düşüncesinin Devrimi yapanlar arasında ön plana çıkmasına sebep olmuştur. Bu anlayışın bir sonucu olarak bu dönemde çok sayıda çalışma yapılmış, sonunda bunlar 1972 tarihli ve 1617 sayılı “Toprak ve Tarım Reformu Ön tedbirler Kanunun”da ifadesini bulmuştur.³³ Bu Kanunun amacı, daha sonra çıkarılacak bir toprak reformu kanununun etkisizleşmesini önlemektir, zira daha 60 lardaki Kurucu Meclis zamanından başlayıp sonraki koalisyonlar döneminden geçerek mevcut siyasal iktidarlar yasanın gücünü ve etkisini azaltmaya çalışmışlar, giderek bu çok önemli çalışmayı sulandırarak “tarım reformu”na dönüştürmeyi başarmışlardır.³⁴

Öte yandan bu Kanun, 19 temmuz 1973 tarihinde yürürlüğe giren “Toprak ve Tarım Reformu Kanunu”na kadar yürürlükte kalarak reformu önleyecek önlemlerin alınmasına engel olmuştur. 1945-1973 tarihleri ara-

31 İbid.s.115. Kanun uygulanmadığı gibi, Adnan Menderes, Emin Sazak, Halil Mentеше gibi büyük toprak sahiplerinin öncülüğünde Demokrat Parti karşı bir siyasal hareket olarak ortaya çıkmıştır.

32 İbid.s.115-116. Bkz. S. Aksoy, age.s.63.

33 Bu konuda geniş açıklama için bkz. A. Dinçkol, age.s.116 vd. Burada bir noktaya dikkati çekmek istiyorum, gerek 1960 devrimini yapan gerekse 1971 muhtırasını veren silahlı kuvvetler komutanları her defasında bu konuya eğilmişler, çözüm getirmek istemişler ancak büyük toprak sahiplerinin direnişiyle karşılaşmışlardır.

34 Bkz.İbid.s.117.

sında 28 yıllık sürede yürürlükte kalan Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu zamanında 432.117 aileye 2.2 milyon hektar toprak dağıtılmıştır. Ancak bu işlem sırasında hep hazinenin elindeki topraklar dağıtılmış, ağaların elindeki toprağa hemen hiç dokunulmamıştır. Çok aileye toprak dağıtılın ilkesi uygulamaya çalışılınca, rasyonel şekilde işletilmeyecek ölçeklerde küçük işletmeler ortaya çıkmış, bunlar da sonunda toprak ağaların eline geçmiştir.³⁵

Biraz önce belirttiğimiz gibi, 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 1945 tarihli Çiftçiyi Topraklandırma Kanununu yürürlükten kalkmıştır. Ne var ki bu yeni yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte gene ortalık karışmış, TBMM deki muhalif grup Anayasa Mahkemesine iptal davası açmış, Yüksek Mahkeme 1757 sayılı Kanunun kimi maddelerinin TBMM 'den geçirilmediği gerekçesiyle usulden olaya yaklaşp tümünü iptal etmiş, kararın da bir yıl sonra yürürlüğe gireceğini hükme bağlamıştır.³⁶

Konuyla ilgili en önemli gelişme ise 1982 Anayasası ile getirilen düzenlemedir. Anayasanın 44.md. "Toprak Mülkiyeti" başlığı altında şu hükümleri getirmiştir; "Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, (...) ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. (...) Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yer altı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz.

Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez ve ancak dağıtılan çiftçilerle mirasçuları tarafından işletilebilir."

Maddenin gerekçesine baktığımızda, "tarım reformu gereğı toprak dağıtımının ilkelerinin belirtildiğı" açıklanmaktadır. Ayrıca "toprak dağıtımının, toprakların ekonomik optimal büyüklüklerin altına düşmesi, ülke ekonomisinin tarımdan beklediğı amaçlar ve bizzat korunan şahısları zarara uğratar." denilerek büyük toprak sahiplerinin korunduğı anlaşılmaktadır. Gene maddeden Devletin hangi toprakları topraksız köylüye dağıtacağı anlaşılmamaktadır. Milli Güvenlik Konseyi'nin değişiklik gerekçesin-

35 İbid.s.119.

36 Bkz. E.: 73/42. K.: 76/48.19.10.1976 tarihli karar için AYMKD.sy.14, s.301 vd. Bkz.İbid.s.120-121.

den maddenin Konsey'de değiştirildiği anlaşılmaktadır. İlk şekline göre “tarım reformu gereği olarak uygulanacak toprak dağıtımında, o yöredeki Devlete ait amaca uygun topraklarla ıslah yoluyla tarıma elverişli hale sokmaya müsait topraklardan ve özel mülkiyete ait olup işletilmeyen veya verimsiz işletilen toprakların bu amaçla kamulaştırılmış olan kısımlarından yararlanılır” denilerek yasa koyucu nasıl bir toprak reformu öngördüğünü açıklamaktadır. Buna göre dağıtımına esas alınacak toprak, öncelikle Devletin toprağıdır. Özel mülkiyete ait toprakların ise kamulaştırılmış kısmı dağıtımına esas olacaktır. Ancak bu madde Konsey'de”toprak reformunun uygulanmasına engel olabilecek biçimde düzenlenmiş bulduğundan” değiştirilerek 44.m.d.nin yukarıda gördüğümüz metni ortaya çıkmıştır. Burada da büyük özen gösterilerek toprak sahiplerinin yerleşik düzeninin değişime uğramaması için gerekli önlemlerin alındığı madde metninden anlaşılmaktadır. Şimdi de bir anayasal kurum haline gelen toprak reformunun yasayla nasıl uygulamaya taşındığını görelim.³⁷

1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu'nun iptalinden sonra yapılan ilk düzenleme 22 Kasım 1984 tarih ve 3083 sayılı “Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu” olmuştur. Ancak yasayla ilgili “Uygulama Yönetmeliği” de çıkarılmasına ve ilk uygulama yeri olarak da Şanlıurfa ili seçilmesine rağmen reformun uygulanması Güneydoğu Anadolu Projesi (GAP) nin gerçekleşmesine bağlanmış, ondan sonra da konuya ilişkin tüm programlar 1988 yılı programının uygulanmasına dair Bakanlar Kurulu kararıyla beklemeye alınmıştır.³⁸

Tarımda son durumu görmek için Devlet İstatistik Enstitüsünün bu konudaki çok yeni bir çalışmasını ele almak gerekiyor. DİE tarafından 28 Mayıs-30 Eylül 2001 tarihleri arasında uygulanan VII. Genel Tarım Sayımı sonuçları, konumuzla ilgisi doğrultusunda, şöyle sıralanabilir:

- DİE, tarım sayımlarının genel amacını açıklarken şu tespiti yapmaktadır; “Tarım Sektörü Gayri Safi Milli Hasılamızın yaklaşık % 13'ünü oluşturmakta ve nüfusun önemli bir kesimi hâlâ geçimini tarımla sağlama-ya devam etmektedir.”

37 Bkz. A. Dinçkol bu düzenlemeyi anayasal bir kurum olarak alıyor, age.s.122. Ne var ki, böyle bir düzenlemenin tarihteki örneklerinden farklı olarak topraktaki feodal ilişkileri sona erdireceği söylenemez, nitekim öyle de olmuştur.

38 Bkz. ibid.s.123-124. Konuyu bir sosyal güvenlik sistemi olarak ele alan Dinçkol'un görüşü için bkz.s.130 vd.

- Sayım sonucuna göre tüm köyler ve nüfusu 25.000 den az olan il ve ilçe merkezlerinde tarımsal faaliyetle uğraşan 4.106.983 hane halkı ile 221.562.345 dekar işlenen arazi tespit edilmiştir.

- Toplam hane halkı sayısı 6.189.351, toplam arazi 668.781.782 dekarıdır. Bu durumda toplam arazinin sadece %33,13'ü, tarımsal faaliyette bulunan hane halkının %66,36'sı tararımdan işlenmektedir.

- Toplam hane halkı içinde tarımsal faaliyette bulunan hane halkı oranının en yüksek olduğu bölge %80,82 ile Kuzeydoğu Bölgesi, en düşük olduğu bölge ise %43,47 ile Marmara Bölgesidir. Gene tarımsal faaliyet açısından Karadeniz Bölgesi %77,65 ile ikinci, Ortadoğu Bölgesi %75,55 ile üçüncü, Güneydoğu Bölgesi %74,35 ile dördüncü, Ortadoğu Bölgesi ise %74,28 ile beşinci durumdadır. Ege ve Akdeniz bölgelerinde bu oran % 60'lar civarındadır.³⁹ Rakamlardan anlaşılacağı üzere Ege, Marmara ve Akdeniz Bölgelerinde tarımsal faaliyette bulunan hane halkı oranı Türkiye ortalamasının altında gerçekleşmiş olup özellikle Marmara Bölgesinin sanayi, öteki iki bölgemizin de turizm gelirleri nedeniyle sıralamanın dışında kaldığı söylenebilecektir.

Devlet İstatistik Enstitüsü'nün yukarıya aldığımız açıklamaları ve istatistiklerine baktığımızda ülkemizde tarım kesiminin hâlâ daha 9 bölgemizden altısında egemen olduğu, halkın geçimini bu yoldan sağladığı anlaşılmaktadır. Böyle olunca, hem toprak reformunun, tüm yasal düzenlemelere rağmen, işlerlik kazanamadığı, hem de sanayi toplumunun henüz tüm kurumlarıyla kendisini gösteremediği anlaşılmaktadır.

Konuya son olarak bir de şehir ve köy nüfuslarındaki artışlar açısından bakmak istiyorum. Bunun için gene DİE'nün 1990 ve 2000 yılı nüfus sayımları rakamlarını ele almak gerekiyor.

1990 seçimlerinde toplam nüfus; 56.473.036, şehir nüfusu; 33.656275, köy nüfusu; 22.816.760. Açıkça görüldüğü gibi, köy nüfusu, şehir nüfusunun üçte ikisi oranında. Halbuki 2000 yılı sayımına baktığımızda şehir nüfusunu; 44.109.336, köy nüfusunu ise 23.735.567 olarak görüyoruz.21.yüzyıla girerken ülkemizde köy nüfusunun şehrine oranı artık yarıdan çok az fazladır. Gene bu istatistiğe göre şehirlerde yıllık nüfus artış hızı %27.04, köylerde ise %3.95. dir. Bu oran, bölgelere baktığımızda örneğin Marmara Bölgesinde birbirine yakın rakamlarla açıklanır-

39 Bkz. DİE 2001 Yılı Genel Tarım Sayımı sonuçları için <http://www.die.gov.tr>. TARIM.

ken, (%28-%20 gibi), Ege Bölgesinde %23-%5, Akdeniz Bölgesinde %25-%15 iken, Karadeniz Bölgesinde %21-%eksi 11, Doğu Anadolu'da %35-%eksi 6, Güneydoğu Anadolu'da %36-%7, İç Anadolu'da %22-%2 oranlarındadır. Buradan da anlaşılacağı gibi artık köylerde nüfus azalmakta, eğitim, beslenme, geçim sıkıntısı gibi nedenlerle şehirlere göç gittikçe artmaktadır.⁴⁰ Bütün bu rakamların bize gösterdiği bir gerçek var; ülkemiz insanı geçim sıkıntısı gibi yoksulluk, eğitim, sağlık, barınma gibi yoksulluklar nedeniyle artık köyde yaşamak istememekte, Batı'da olduğu gibi köy-kent farkı ortadan kaldırılamadığı için, daha iyi bir yaşam düzeyine kavuşmak amacıyla kente göç etmektedir.

Buraya kadar yaptığım açıklamaları özetlemek gerekirse, sonuç olarak şunlar söylenebilir; toprak ve tarım reformu bugüne kadar yapılamadığı için ekilebilir tarım arazileri rasyonel biçimde işletilememiş, tarıma makine-yani sanayi- yeterli ölçüde girememiş, büyük toprak sahipleri üretimi hep kendi anlayışlarına göre yönetmiş, bu yüzden randımanlı ürün alınamamış, giderek köyden kente göç başlamış, kentlerin nüfusu artarken köyler küçülmüş, ancak kentlerde de sanayileşme bir türlü gerçekleşemediği için kentlerin etrafında geçim savaşı veren işsizlerin oluşturduğu köylü mahalleleri oluşmuş, bu oluşum da, yukarıdaki Anayasa Mahkemesi Kararında görüldüğü gibi, çarpık kentleşmelere yol açmış, eski kentliyle köyden gelenler arasında kültür farklılıkları ortaya çıkmış, bu da toplumda suç oranlarının artmasına, giderek mafya tipi soygun çetelerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Bu gelişme, geleneksel değerlere bağlı toplumun bu kesimi üzerinde politika yaparak varlığını sürdüren siyasal partilerin de işine gelmiş, çalışmalarını benzer söylemlerle bu defa kentlerin etrafındaki "beldelere" yerleşen bu toplum kesimine yöneltmişlerdir. Böyle olunca, bir türlü kendi toprağına, kendi ürününe sahip olamamış, evrensel değerlere ve gelişme kurallarına ayak uyduramamış bu topluluk, neden, nasıl geri kaldığını anlayamadan dinsel sembollerle (çarşaf, başörtüsü gibi) kutsal değerler üzerine dayalı bir propagandayla karşısına çıkan siyaset aktörleri arasında -tıpkı köyünde olduğu gibi-seçme yapma zorunda kalmıştır. Ne var ki bu

40 Bkz. DİE. NÜFUS sitesi. Bölgelere göre ayırımda ana rakamlar alınmıştır. Burada ilginç olan Karadeniz ve Doğu Anadolu bölgelerinde nüfus artış hızının eksilere düşmesi, buna karşılık şehirlere artmasıdır. Kanaatimce sanayileşmenin ülke düzeyinde gerçekleşmemesi, sınırlı toprağı olan köylünün gereğince işleyememesi gibi nedenlerle bu bölgelerde kente göç daha büyük ölçülerde ortaya çıkmıştır.

kesimin güncel sorunu artık işsizlik ve enflasyonun getirdiği geçim sıkıntısı olgusunda görüldüğü gibi **ekonomiktir**, siyasetin yeni arenasını da bu alanda kurulacaktır.

1789 yılında devrimini -öteki Avrupa ülkelerine örnek olacak şekilde- tamamlayan Fransa modelinde gördüğümüz toprak reformu-sanayi devrimi-tarımın makineleşmesi ve feodal yapının ortadan kaldırılarak hem kilisenin kendi yerine çekilmesi, hem de laikliğin tüm kurumlarıyla işlerlik kazandığı endüstriyel toplum yapısı ülkemizde bugüne kadar kuramadığı için işte karşımıza yukarıda anlattığımız tablo çıkmıştır. M. Kemal Atatürk'ün Cumhuriyet'le birlikte bize sunduğu sosyal devrimlere karşı çıkmak yerine onları sürdürüp topluma yerleştirebilecek kuşaklar yetişirebilseydik "gelişmişlik" yolunda Avrupa ile diyaloga girebilecek daha iyi bir yerde olacağımıza hiç şüphe yoktu. Halbuki 3 Kasım seçimlerine hazırlanılan dönemde Doğu ve Güneydoğu'daki illerimizdeki aşiret oylarının paylaşılması için partilerce gene hesaplar ve pazarlıklar yapılmış, aşiret reisleri ile şeyhlerin partilere göre dağılımına ilişkin listeler gazetelerde yer almıştır.⁴¹

Böyle bir gelişme çizgisi içinde yazının başında alıntı yaptığım Voltaire'in özgürlük-ticaret-zenginlik formülünün geçerli olamayacağı anlaşılmaktadır. Aynı doğrultuda liberal ve sosyal demokrasi ile parlamentarizm de kendi doğal temellerine oturamayacak, bütün kurumlar bir anlamda "Devlet" eliyle ve olanaklar elverdiği ölçüde topluma sunulacaktır, ama toplumun bu konuda fazladan hiçbir çabası olamayacak, zaten gerek de duyulmayacaktır, çünkü mülkiyet ve zenginlik kavramlarının farkına XX.yüzyılın ikinci yarısında varılacak, özgürlük kavramının uygulamaya taşınabilmesi için de 1961 Anayasasına kadar beklenecektir..⁴²

41 Tarıma ve aşiret düzenine dayalı sosyo-ekonomik yapının geçerli olduğu doğu ve güneydoğu ağırlıklı bu illerin listesi için bkz. Hürriyet, 24.9.2002, s.20'de "900bin aşiret oyu hangi partiye gidecek". Gene aşiret reisleri ve şeyhlerin hangi partilerden Meclis'e gireceklerine ilişkin liste için bkz. Hürriyet, 26.9.2002, s.21'de "Aşiret reisleri ve şeyhler Meclis'e - Güneydoğu'da 12 ilde 60dan fazla aday var."

42 Nitekim çalışmanın başından beri tespit etmeye çalıştığım sosyo-ekonomik yapıya ilişkin verilerin doğruluğu 3 Kasım seçimlerinde ortaya çıkmış, din referanslı AKP Anadolu'nun kırsal kesiminden ve kentlerdeki varoşlardan aldığı oylarla 363 milletvekili çıkartarak tek başına iktidara gelmiştir. Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da ise büyük ölçüde DEHAP, barajı aşamamasına rağmen, öne çıkmıştır. Bkz.4 ve 5 Kasım tarihli gazeteler.

D- Ulus-Devletten Globalleşmeye Geçiş Sürecinde Avrupa Birliği'nin Katılım Kriterleri ve Türkiye

Bu sürecin incelemesine geçmeden önce, Osmanlı döneminden miras kalan “ümme” anlayışına karşı Atatürk'ün getirdiği “misak-ı milli” anlayışının sonucu olan ulus-devlet kavramını benimseyen Anayasa Mahkemesi'nin görüşünü açıklamak gerekiyor.

Gerçekten, Yüksek Mahkeme bir kararında konuya ilişkin kanaatini şöyle açıklıyor: “Türkiye Cumhuriyeti tekil devlet esaslarına göre kurulmuş, bütünlüğe dayanan devletlerdendir. (...) Böylece ülke, ulus ve egemenlik, bir bütünlük ve uyum içinde gözetilmesi gereken kavramlar olarak ortaya çıkmaktadır.”⁴³ Gene bir başka kararında “Devlet tek, ülke tüm, ulus birdir.” diyerek ⁴⁴ tekil devlet anlayışına dayalı ulus-devlet görüşünü ve onun öğelerini ısrarla savunmaktadır.

Bu kararları açıklamamızın bir nedeni var; ülkemiz bir yandan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar doğrultusunda tekil ulus-devleti ve egemenliğini sıkı sıkıya koruyacak, ama öte yandan ülke, sınır ve egemenlik anlayışının bir yana bırakıldığı, yasama, yürütme ve yargıda yetkili organlarca verilen kararları aynen uygulayan Avrupa Birliği'ne “entegre” olmaya çalışacak. Şimdi bu çerçevede önce global toplumun ne olduğunu, sonra da AB'nin Kopenhag kriterleri ışığında nereye geldiğini görelim.

Global toplum ya da “küreselleşme olgusu”nun tarihsel temelleri çok eskilere, eski Yunan'da Helenistik okullar içinde yer alan Stoacılar kadar uzanır.⁴⁵ Bütün insanları aynı evrensel mantığa bağlı kardeşler olarak gören bu düşünce akımı, dünyayı da tek bir devlet yani kosmopolis olarak ele alır; aynı evrensel ülkede yaşayan dünya vatandaşları.⁴⁶ Ancak tarihsel evrimin verileri açısından son otuz yıla baktığımızda, karşımıza uluslararası sermayenin ve yeni pazar ekonomisinin devreye soktuğu ekonomik program çıkar. Programı uygulayacak olanlarsa, çokuluslu şirket-

43 Anayasa Mahkemesi'nin 10.7.1992 günlü kararı için bkz.25.10.1992 tarih ve 21386 sayılı R. G.

44 Bkz. E: 93/2, K: 93/3, için 9.8.1994 tarihli R. G. Burada Anayasa'nın 6.md.nde yer alan egemenlik anlayışını da hatırlatmak isterim.

45 Konunun tarihsel gelişimi ve özlü bir açıklaması için bkz. Genel Kamu Hukuku, age.s.174 vd. da Rukiye Akkaya'nın yazdığı bölüm.

46 Bkz. M. Akad-B. Dinçkol, age.s.30-31. Özellikle Avrupa Birliği'nin kuruluş düşüncesiyle benzerliğine dikkat edelim.

lerdir. Söz konusu şirketlerin uluslar arası pazar ve üretim ilişkilerinde temel üretim stratejisi bölgesel olsa da pazar tüm dünyadır, özellikle de üçüncü dünya ülkeleri...⁴⁷ Krizin nedeni de burada gizli; üretim artmış, ancak tüketim, çeşitli nedenlerle azalmış, pasta büyümüş, ancak pazar daralmış, tüketici kitlesi sabit kalmıştır, çünkü satın alma gücü düşmüştür. Bu noktada karşımıza ulusal şirketleri basamak olarak kullanarak çokuluslu yeni, dev firmalara dönüştüren ekonomik güç çıkar, bunların faaliyet alanı da artık devletler değil, bölgeler ve bütün dünyadır. Dünyanın vergi ve ucuz işgücü açısından yüksek kazançlı yerlerine konumlanırlar, ekonomik olduğu kadar siyasi bir yönetim stratejisini beraberlerinde getirirler.⁴⁸ İşte üçüncü dünya ülkelerinin önemi de burada karşımıza çıkar; bu ülkelerin sermaye ve yatırıma ihtiyaçları vardır, çokulusluların da oradaki ucuz işgücüne ve sınırlı da olsa tüketim toplumuna. AB'nin genişleme, eski Sovyet'lere bağlı olan devletlerle programına aldığı öteki devletleri de Birliğe katma politikasının temelinde kanaatimce bu zorunluluk bulunmaktadır. Sanayileşmiş olanların sanayi kurumlarından, tarımla geçinenlerin tarım ürünlerinden yararlanacak, gerekirse bu ülkelere ekonomik yardım yapılacak, enflasyon oranı düşürülecek, kendi ürünlerine "serbest rekabet" ilkesi gerekçe gösterilerek yeni pazarlar bulurken, toplumların satın alma gücünü de yükselterek gittikçe daralan "pazar ekonomisi" ni tekrar canlandırmaya çalışacaktır. Bu aşamada durağanlıktan kurtulmak için yapabileceği pek fazla şey de bulunmamaktadır.⁴⁹

Bu noktada artık AB - Türkiye ilişkilerinin genel çizgisine bakmak gerekiyor. AB Konseyi hazırladığı Katılım Ortaklığı Belgesi'nin Giriş kısmını 3.maddesinde "Topluluk yardımı, temel unsurların karşılanması ve özellikle Kopenhag Kriterlerinin yerine getirilmesi koşuluna bağlıdır." dedikten sonra bir dizi öneri, telkin ve tavsiyede bulunmaktadır.⁵⁰ Öte yandan, AB Ulusal Programı'nın giriş kısmında ülkemizin Cumhuriyet'in ku-

47 Bkz. ibid. s. 175.

48 Bkz. ibid. s. 176.

49 Avrupa Birliği, Kıbrıs sorununda çözüme zaman tanımak amacıyla 10 ülkeli ilk genişleme dalgasını 4 ay erteledi. Buna göre Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Litvanya, Letonya, Estonya, Slovenya, Kıbrıs Rum Kesimi, Malta 1 Ocak yerine 1 Mayıs 2004 tarihinde Birliğe dahil olacaklar. Romanya ve Bulgaristan ise 2007 de katılarak Balkanları temsil edecekler, Türkiye'ye henüz tarih verilmemişine göre AB sınırı çizilmiş olacak. Bkz. Hürriyet, 19.11.2002, s.14.

50 Bkz. Milliyet, İnternet-Siyaset-Belge. 22 Haziran 1993 tarihinde yapılan Kopenhag Zirvesinde kabul edilen belge.

ruluşundan günümüze geçirdiği sosyal, ekonomik, siyasal evreler özetlenirken ekonomik yapıya ilişkin hedefler şöyle gösterilmektedir; “mali sektör reformu, tarım reformu, sosyal güvenlik reformu gibi yapısal değişikliklerin tamamlanması ve özelleştirme sürecine hız verilmesi. Türkiye, Kopenhag ekonomik kriterlerine bu hedeflere ulaşmak suretiyle uyum sağlayacaktır.”⁵¹ Görüldüğü gibi ülkemiz ekonomik alanda alınacak bir dizi önlemin içinde seksen yıldır bir türlü gerçekleştiremediği tarım reformunu da saymakta ve bu reformun Kopenhag kriterlerine ulaşmada temel araçlardan biri olduğunu burada bu defa AB'ne katılma perspektifinde öne çıkarmaktadır. Bir başka deyişle bugüne kadar bir türlü gerçekleştiremediği ve acısını çektiği toprak ve tarım reformunu bu vesileyle bir defa daha hatırlamaktadır. Böyle olunca, toplumumuzun her kesiminde hemen her gün tartışılan ve ülkemizi her bakımdan ilgilendiren bu belgenin ilkelerine genel çizgileriyle de olsa bir göz atmak gerekiyor.⁵²

Kriterler üç başlık altında toplanmıştır;

SİYASİ KRİTER: Demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan haklarına ve azınlıklara saygı gösterilmesini ve korunmasını garanti eden kurumların varlığı. Bu anlayış çerçevesinde çok partili demokratik sistem, idam cezasının olmaması, ırk ayrımcılığı ile kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın yasaklanması, İnsan Hakları Sözleşmesinin tümüyle kabulü ve kesin-siz uygulanması gibi ilkeler kabul edilmiştir.

EKONOMİK KRİTER: Burada işleyen bir pazar ekonomisinin yanı sıra Birlik içindeki piyasa güçleri ve rekabet baskısına karşı koyma kapasitesinin varlığı aranmaktadır. Bu formüle yakından bakınca, karşımıza Avrupa'nın yukarıda açıklamaya çalıştığım ve yüzyıllar boyunca süregelen ticari birikiminin unsurları çıkıyor; arz-talep dengesinin bağımsızlığı, liberal ticaret ve fiyat uygulaması, ticari ve sınai mülkiyetin yasal bir sisteme bağlanması, fiyat istikrarını içeren ekonomik istikrarın varlığı, en önemlisi ekonomik politikaların gerekleri hakkında geniş bir fikir birliğinin olması, mali sektörün tasarrufları üretim yatırımlarına yönlendirebilecek kadar iyi gelişmiş olması. Bundan sonra AB içinde rekabet edebilme kapasitesinin koşulları sayılıyor.⁵³

51 Bkz. AB Ulusal Programı (Giriş ve Siyasi Kriterleri), Milliyet, İnternet-Siyaset-Belge.

52 Bkz. Kopenhag Kriterleri, Milliyet, İnternet-Siyaset-Belge.

53 Bkz. İbidem.

TOPLULUK MEVZUATININ BENİMSENMESİ: Siyasi, ekonomik ve parasal açıdan Birliğin amaçlarına uyma ve üyelik yükümlülüklerini üstlenme kabiliyetin sahip olma şartı getiriliyor üyeler için. Bu birlik altında iki temel ilke düzenlenmiş; AB'nin siyasi birlik ile ekonomik ve parasal birlik hedeflerini kabul etmek, gene Birliğin aldığı kararlara ve uyguladığı yasalara uyum sağlamak. Burada yer alan bir kriter çok önemli; Birliğin “ortak dış politika ve güvenlik” politikasına etkin bir katılım için aday ülkelerin buna hazır olması gerekmektedir. Ayrıca ekonominin tüm alanlarında alınan kararlarla siyasal alanda (bakanlar kuruluna düşen görevlerin hemen tümü sayılmış) topluluğun getireceği **her türlü düzenlemeye uyum sağlanacaktır.**

Ana çizgileriyle özetlemeye çalıştığım Belge'nin baş kısmına baktığımızda getirilen kriterlerin neyi ve kimleri amaçladığı anlaşılmaktadır; “Avrupa Birliği'nin genişlemesinin **Merkezi Doğu Avrupa Ülkelerini kapsayacağını kabul etmiş** ve aynı zamanda adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılaması gereken kriterleri” de belirtmiştir. Yukarda da göstermeye çalıştığım gibi, bunlar siyasi, ekonomik ve **topluluk mevzuatının benimsenmesi olarak** üç grupta toplanmıştır. Burada bir noktanın üzerinde durmak istiyorum; AB kendi mevzuatına göre kabul ettiği ve uyguladığı ilkeleri temel prensipler halinde tespit ederek üye olacak ülkelere ve dolayısıyla bize de bildirmektedir. Önemli olan siyasi, ekonomik ilkelerle topluluk mevzuatının **benimsenmesi ve her türlü düzenlemesine uyum sağlanacak** olmasıdır⁵⁴. Böyle olunca, ekonomik, siyasal ve hukuksal alanda Birliğin alacağı her karar, her düzenleme ve uygulama örnek olacak, derhal uygulamaya konulacak ve iç hukuk düzeninin bir parçası olacaktır. Bu noktada yeni katılacak 10 ülke açısından fazla bir sorun olmayacağı kanaatindeyim, zira bu ülkeler Sovyet rejiminin yıkılmasından sonra bağımsızlığına kavuşmuş ve sosyo-ekonomik alt yapıları sayesinde pek de zorlanmadan (sanayi ve tarımsal düzenlerini kurmuş oldukları için) liberal ekonomiye geçebilmişlerdir. Bu çerçevede Kıbrıs Rum Kesimi ile Malta'yı sistem dışı bırakıyorum, çünkü bu iki ülkenin de geçim kaynağı büyük ölçüde turizme dayanıyor. Ayrıca Kıbrıs Rum kesiminin “istikrarlı ve kurumsallaşmış bir demokrasinin varlığı, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı” gibi ilkelere -geçmişteki uygulamaları göz önünde tutulursa- ne ölçüde bağlı kalacağı, nasıl uygulayacağı doğrusu tartışmaya açıktır.

54 Bkz. Kopenhag Kriterleri, ibid.

Avrupa haritasına bakıldığında, yukarıda belirttiğim Kıbrıs Rum Kesimi hariç diğerleri hem sınırdış, hem tarihsel, hem de kültürel ve dinsel bağlarla birbirlerine bağlı ülkelerdir. Bu açıdan politiko-ekonomik önlemlerin alınması, topluluk mevzuatının benimsenmesi onlar için pek sorun olmayacak, kısa sürede aynı peteği paylaşan kovanın üyeleri olacaklardır, ama durum bizim için de aynı mı acaba ? Şimdi üyelğe aday ülkeler hakkında da çeşitli şeyler söylenecek, eleştiriler yapılacak, eksikler sayılıp dökülecektir. Ama en azından hiç birinde 3 Kasım seçimlerinde yukarıda örneklerle gösterdiğim seçmen ve aday tablosunun bulunmadığını biliyoruz, çünkü onlar, benzemeye ve parçası olmaya çalıştığımız Avrupa'nın birer üyesi olarak aynı tarihsel kaderi paylaşmışlar, aynı sıkıntıları yaşamışlar, aynı evrelerden (yani feodal toplum, monarşiler dönemi ve nihayet ekonomik ve siyasal liberalizm çağını) birlikte geçmişlerdir. Bu ülkelerle bizim, Atatürk'ün getirdiği sosyal devrimler dışında, hiçbir ortak bağımız yok, bu açıdan sisteme entegrasyonumuzun da çok zor olacağı kanaatindeyim⁵⁵

Öte yandan, ülke olarak Kopenhag kriterlerine bakıp kendimize yön tayin etmeye, her alandaki eksikliklerimizi gidermeye çalıştığımız şu aşamanın nasıl tamamlanacağı da ayrı bir endişe konusu olarak karşımızda durmaktadır. Gerçekten, Belge'de ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan ilkelere ülkemizce benimsenmesi ve toplumumuzun çoğunluğu tarafından kabullenilip uyum sağlanmasının yeterli sosyo-ekonomik ve kültürel alt yapının eksikliği nedeniyle çok zaman alacağı anlaşılmaktadır.⁵⁶ Bu arada Birliğe katılma amacıyla parlamentonun söz konusu kriterler doğ-

55 Burada bir çelişkiye çok şaşırdığımı söylemek isterim, AB ile bütünleşmek isteyen mevcut iktidar, aramızdaki tek geçerli köprü olan Atatürk devrimlerini tartışan bir siyaset anlayışına sahiptir, özellikle de laikliği. Bu evrelerden çoktan geçmiş, kilise ile siyasal iktidarın ilgi alanlarını daha 16.yüzyıllarda ayırmış Birliğe dahil ülkelerle nasıl bir diyalog kuracağı da ayrıca merak konusudur.

56 Mevcut iktidarın tabanını Adnan Menderes, Süleyman Demirel, Turgut Özal'ın temsil ettikleri Anadolu'nun muhafazakar değişimcileri, şimdilerin Anadolu burjuvazisi, yani Anadolu kapitalizmi olduğu, bu çerçevede Anadolu sermayesinin ilkökul mezunu kravatsız Hacı amcalar ve onların ABD de okumuş beyaz yakalı oğulları tarafından ortaklaşa yönetildiğine ilişkin ilginç görüş için bkz. Cüneyt Ülsever, AKP'nin ABD okumuş genç ekonomi üçlüsü, Hürriyet, 6.11.2002, sf.13. Ülsever, bu yeni sentezin ana talebinin kapitalist modern devletten pay almak, modern devlete entegre olmak, muhafazakar değerleri ile birlikte kabullenilmek olduğunu söylüyor. Eğer doğru ise Anadolu burjuvazisi de elli yıl sonra kendi ideolojisi doğrultusunda siyasal iktidardan pay almış oluyor.

rultusunda bazı yasal düzenlemeler gerçekleştirdiğini biliyoruz, ancak AB yetkililerinin bunları yeterli bulmadığı, işkence ve insan hakları konusunda daha radikal önlemler alınması, düzenlemelerin derhal uygulamaya taşınması konusunda ısrarcı oldukları her gün yazılı ve görsel medyada yer alıyor.⁵⁷

Son olarak; yukardan beri anlatmaya çalıştığım gibi, tarihsel gelişim çizgisi içinde sermaye birikimini sağlayamamış, sanayi devrimini ve toprak reformunu gerçekleştirememiş, böyle olunca ulusal devleti ve demokrasiyi kurmakta zorluk çekmiş (yukarda 1789 Devriminde gördüğümüz gibi demokrasi -beğensek de beğenmesek de- burjuvazinin eseri) olan ülkemizde ekonomik gelişimin eksikliği yanı sıra kültürel açıdan, özellikle eğitim açısından sanki bütün siyasal iktidarlar ağız birliği etmiş gibi aynı tavrı sergilemişler; klâsik eğitimin yanı sıra dinsel eğitimin de kırsal ve kentsel kesimde yayılması için gerekeni yapmak...

Gerçekten, eğitim tablomuza baktığımızda, İmam Hatip Okulları ile Kuran Kurslarının sayısındaki artış, özellikle ekonomik açıdan yetersiz kırsal kesimlerle kentlerin varoşlarında yerleşmiş köylü toplumu etkilemekte başarılı olmuştur.⁵⁸

Öte yandan, olaya global toplumun verileri açısından yaklaşırsak, Anadolu sermayesinin patronları ile onların ABD de okumuş beyaz yakalı oğulları artık sosyal taban olarak yetişen İmam Hatip'lilerle birlikte ülkenin yeni sermaye ve iktidar yapısını oluşturmaktadırlar. Bu oluşum -beğensek de beğenmesek de- günümüz koşullarına uygundur çünkü “de-

57 Yapılan idamın kaldırılması, derneklerin yeniden yapılandırılması gibi yasal düzenlemelerin yanı sıra 2001 Anayasa değişikliklerini de aynı kapsamda bir çalışma olarak düşünmeliyiz, özellikle düşünce suçuna ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13.md. deki yeni düzenleme bu anlayışın birer ürünü niteliğindedir.

58 Bu konuda Bkz. B. Dinçkol, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik s.134 vd. İmam Hatip Liseleri ile Kuran Kurslarının ve öğrencilerinin sayılarındaki artış rakamlarla yıllara göre verilmektedir. Kısaca örneklemek gerekirse, 1924 yılında 29 adet açılan bu “mektep”ler 1930 yılında tamamen kapatılmış, 1951 yılında 7 tane açılarak başlayan akım, köylüyü üretim içinde eğitime dayalı İsviçre’li Pescatore’nin Meslek Okulları düşüncesi örnek alınarak açılan Köy Enstitülerinin kapatılması üzerine gittikçe gelişerek 1988 yılında sayısını 383’e çıkarmıştır. Bugün Başbakan da İmam Hatip Lisesi mezunudur ve eğitimdeki elli yıllık bu gelişmenin doğal bir sonucu olarak ülkeyi yönetmektedir. Köy Enstitüleri için bkz. D. Avcıoğlu, age.s.238 vd., Şerif Tekben, Canlandırılacak Köy Yolunda, Akçadağ Köy Enstitüsü Basımevi, 1947, passim.

ğişen enerji kaynakları ve gelişen modern teknoloji sayesinde alabildiğine artan üretimi pazarlayabilmek için; yoksul insan yığınlarının zengin edilmesi gerekmektedir. (...) bir milyar 300 milyonluk yoksul İslam dünyasının da zenginleştirilmesi gerekmektedir.”⁵⁹ İşte globalleşmenin hedeflerinden biri de budur, böylece daralan uluslar arası pazara hem AB ve aday ülkeler düzleminde, hem de İslam Dünyası çerçevesinde yeni “tüke-ticiler” bulunacaktır. Ülkemiz; genç Cumhuriyeti, Atatürk’ün zorlukla kurduğu ulus-devleti, Batı’ya dönük devrimleri ile birlikte şimdi de ulus-lar arası pazarın yani globalleşmenin parçası olmaya çalışmaktadır. Bu süreç, biz istesek de istemesek de pazar ekonomisinin kuralları doğrultu-sunda işleyecektir.

Ne var ki, Kopenhag zirvesinden Türkiye ile görüşmelerin 2004 yı-lında yapılacak değerlendirmeden sonra (yani ev ödevlerini tam olarak yapıp yapmadığının denetiminden sonraya) ele alınacağı kararı çıkmış, kesin bir tarih ve ifade açıklamada yer almamıştır. Bu karar ülkemizdeki siyasi yorumcuları ikiye bölmüş, bir kısmı kararı olumlu karşılayıp “ge-çiş sürecinin” başladığına dikkati çekerken, diğer kısmı ise bunun AB’nin oyalama taktiği olduğunu, bizi birliğe almaya niyetleri bulunmadığı şek-linde yorumlamışlardır.⁶⁰ Ancak sorunun yanıtını gene Fransa’nın önem-li siyasal yorumcularından biri (belki de en önemlisi) veriyor. Bu yoruma göre M. Valéry Giscard d’Estaing, Türkiye’nin hiçbir şekilde Avrupa’nın parçası olamayacağını söylemekle belki herkesin aklından geçirdiğini yüksek sesle açıklama cesaretini göstermiş olabilir ve bu ifade hiç şüphe-siz doğrudur, ancak bunun yeri, zamanı ve şekli yanlıştır, çünkü bu yetki Kopenhag’da toplanacak ülkelerin yöneticilerindedir, üstelik kendisinin Türk’leri böyle darıltmaya hakkı da yoktur. Öte yandan birden 64 milyon müslümanın daha önce kendi içindeki değişik ülkelere yerleşmiş bulunan 13 milyon müslümanla birleşeceği düşüncesi Avrupalıyı heyecanlandır-mıştır. Henüz sınırları daha belli olmamış Avrupalı, Türkiye’nin de katı-lımıyla birden kendisini Suriye, Irak, İran, Gürcistan ve Ermenistan’la komşu olarak görecektir. Bunu şimdilik önlemenin yolu (Türkleri kırma-dan) Türkiye’ye özel bir statü tanımak, evrensel, laik değerlerin geçerli olduğu bu yolda ilerlemesi için yardımcı olmak (İslamcı karaktere sahip

59 Bkz. Çetin Atılan, Washington’un, Ankara üstündeki ağırlığı..., Milliyet, 28.11.2002.,

60 Bkz.13 ve 14 Aralık tarihli gazeteler. Kararın son şekli şöyledir; eğer 2004 Aralık ayında toplanacak olan AB Konseyi, AB Komisyonu’nun raporu ve önerisi temelinde, Türkiye’nin Kopenhag siyasi kriterlerini karşıladığına karar verirse, AB Türkiye ile müzakereleri “gecikme olmaksızın” başlatacaktır.

yeni hükümetle birlikte), daima ulaşmaya çalıştığı çağdaşlığı yakalaması için onu desteklemektir.”⁶¹

İşte AB yolundaki ülkemiz için şu aşamada -Kopenhag'da alınan kararın da doğruladığı gibi- Batılı gözüyle yapılan en gerçekçi yorum budur. Konuya bu perspektiften bakıldığında bize yıllardan beri önerilen “Avrupa dışında özel statülü devlet” formülünün yavaş yavaş yürürlüğe konduğunu Jean Daniel açıkça ve d'Estaing gibi ortalığı kırıp dökmeden açıklamaktadır.

61 Bkz., Jean Daniel, L'Europe face à L'Islam, Le Nouvel Observateur, Semaine du jeudi 5 Décembre 2002, No: 1987 L'Edito de Jean Daniel.in www.nouvelobs.com/articles/p1987/a29526.html.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA “KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA”*

Yard. Doç Dr. Salih Şahiniz,
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Genel Olarak Kamulaştırmасız El Koyma Kavramı ve Türleri

İdarenin, özel mülkiyetteki gayrimenkullere, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı ve maliklerinin rızası olmaksızın el koyması, “kamulaştırmасız el koyma” veya “dolaylı kamulaştırma” olarak adlandırılmaktadır¹.

Kamulaştırmасız el koyma, “hukuka uygun” olabileceği gibi, “hukuku aykırı”da olabilir. Şöyle ki: Usulüne uygun bir kamulaştırma kararı alınmasına gerek olmaksızın, 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesi uyarınca, “imar sınırı içindeki özel mülkiyete tabi arsa ve arazilerin, idare tarafından, imar planına uygun şekilde ada ve parsellere ayrıldıktan sonra, bu şekilde bir düzenlemeye tabi tutulan (imara ve dolayısıyla şehirleşmeye uygun hale getirilen) arsa ve arazilerin belli bir bölümüne, bu dü-

* Bu makale, 3.10.2003 tarihinden önceki mevzuat esas alınarak yazılmıştır.

1 Bkz. GÜNDAY, M.: İdare Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s.182; KALABALIK, H.: İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma), Ankara 2002, s.211.

zenleme sonucunda değerlerinde meydana gelecek olan artışın karşılığı olarak, bir defaya mahsus olmak üzere, düzenleme ortaklık payı adı altında el konulması", **hukuka uygun kamulaştırmasız el koyma** olarak adlandırılmaktadır².

Yukarıda bahsedilen "düzenleme ortaklık payı alınması", idare tarafından, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı alınmasına ve bir bedel ödenmesine gerek olmaksızın, özel mülkiyette bulunan gayrimenkullerin belli bir bölümüne, 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesi uyarınca -yani hukuka uygun olarak- el konulmasını ifade etmektedir³. Görüldüğü üzere, bu el koyma yöntemi, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı alınmasına ve bir bedel ödenmesine ihtiyaç olmaksızın özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulmasına imkan vermesi bakımından, "kamulaştırma"dan ayrılmaktadır.

Buna karşılık, bir kanun hükmüne dayanmaksızın, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı almadan ve bir bedel ödemededen, özel mülkiyette bulunan bir gayrimenkulün, tamamına veya bir bölümüne, idare tarafından el konulması, **hukuka aykırı kamulaştırmasız el koyma** olarak adlandırılmaktadır. İdare tarafından gerçekleştirilmesine rağmen, kanuni bir dayanağı bulunmadığı için, bu çeşit el koyma bir "idari eylem" olarak değil, bir "fiili yol" yani "idarenin haksız fiili" olarak kabul edilmektedir⁴. Burada, idarenin, özel mülkiyetteki bir gayrimenkule, hukuka aykırı bir şe-

2 Bkz. GÜNDAY, s.182; KALABALIK, s.211-212.

3 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesindeki düzenlemeye ilişkin detaylı bilgi için bkz. KALABALIK, s.267 vd.; ABAMA, M.: Açıklamalı ve İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara 1996, s.412 vd.

4 Bkz. GÜNDAY, s.183; KALABALIK, s.212. YAYLA, Y.: İdare Hukuku, I, İstanbul 1990, s.142-143: "İdare tarafından yapılan bazı eylemler kişi hak ve hürriyetlerine açık ve haksız bir müdahale teşkil eder ve bir zarara yol açarlarsa, bu, idarenin haksız fiili olur ve bu fiili yapan idare Borçlar Hukuku esaslarına göre sorumlu tutulur. İdare hukukunda, idarenin haksız fiilini anlatmak için fiili yol terimi kullanılır. Fiili yol, idarenin hukuki hiçbir esasa dayanmaksızın hizmet ve faaliyet alanına yabancı bir konuda eylem yapması demektir. Bunun için, Fransız içtihadlarının geliştirdiği şu şartların birleşmesi aranır: a) Maddi bir icra bir eylem olmalıdır. Bu eylem yok hükmündeki bir işlemin icrası olabileceği gibi hiçbir işleme dayanmayan bir icra hareketi de olabilir. b) Dayanılan işlem veya yapılan eylem aşık bir hukuka aykırılığın sonucu veya ifadesi olmalıdır. O kadar ki, yapılan iş idarilik niteliğini kaybetmiştir ve sorumluluk da idare hukuku esaslarına göre değil, adli yargı önünde ve özel hukuk hükümleri uyarınca söz konusu olacaktır. Mesela, bir kimsenin taşınmazına kamulaştırma usul ve esasları izlenmeksizin el atılması veya Anayasanın

kilde ve bir bedel ödemeksizin, el koyması söz konusu olduğundan, bu el koyma yöntemi, gerek "kamulaştırma"dan gerek "hukuka uygun kamulaştırmasız el koyma"dan farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu yöntemi, "gerçek anlamda kamulaştırmasız el koyma" olarak da adlandırmak mümkündür.

Uygulamada, "kamulaştırmasız el koyma" tabiri ile, bu ikinci tür kamulaştırmasız el koyma, yani "hukuka aykırı kamulaştırmasız el koyma" kastedilmektedir. Biz de, bundan sonra, aksini belirtmedikçe, "kamulaştırmasız el koyma" tabirini, "hukuka aykırı kamulaştırmasız el koyma"yı ifade etmek üzere kullanacağız. Ve incelememizi de bu ikinci tür kamulaştırmasız el koymaya hasredeceğiz.

II. Tanım

Kamulaştırmasız el koymanın, diğer adıyla "hukuka aykırı kamulaştırmasız el koyma"nın tanımı, hukuk mevzuatımızda yapılmamıştır. Ne var ki, kamulaştırmasız el koymaya ilişkin tek kanuni düzenleme olan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "*Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemler tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan malın maliki, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer...*" Bu hükümden de yararlanılmak suretiyle, kamulaştırmasız el koymaya ilişkin olarak, doktrinde, benzer tanımlar verilmiştir. Şöyle ki:

ARCAK/DOĞRUSÖZ'e göre⁵, "idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin gayrimenkul malına el koyar, onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut da, o gayrimenkul malı bir hizmete tahsis ederek, mal sahibinin gayrimenkulü üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı her hangi bir girişimde bulunursa, idarenin bu iş-

40.maddesinin öngördüğü, temel hak ve hürriyetler açısından kişileri zarara sokan haksız işlemler gibi. c) Nihayet, fiili yol mülkiyet hakkına veya kamu hürriyetlerine bir tecavüz teşkil etmelidir. El atmadan farklı olarak, fiili yol taşınmaz mülkiyetine tecavüzü de kapsayacak genişliktedir. Hürriyetlere tecavüze gelince, bu, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan hürriyeti gibi çeşitli konularda olabilir".

5 ARCAK, A./DOĞRUSÖZ, E.: Kamulaştırmasız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları, Ankara 1992, s.18, s.19.

lemine, kamulaştırmaz el koyma denir. Diğer bir ifadeyle, gerek kamu-laştırma kanunundaki esaslar çerçevesinde, gerekse özel yasalardaki hü-kümlere uyulmak suretiyle, bir kamulaştırma işlemi yapılmamış veya ka-mulaştırma işlemine başlanılmakla birlikte kamulaştırma oluşmamış ol-masına rağmen, idare, özel mülkiyetteki gayrimenkule el koyarak bu so-nuncuyu kısmen veya tamamen kamu malı durumuna dönüştürmüş veya üzerinde tesisler yaptırmış ise, kamulaştırmaz el koyma söz konusu olur”.

AKAR'a göre⁶, “kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için, kamulaştırma yetkisini haiz olan idarelerin, kamulaştırma yapmaksızın, başka şahısların taşınmaz mallarına el koymaları ve kamu yararına tahsis etmeleri veya üzerine tesis yapmaları gerekmektedir”.

DÜREN'e göre⁷, “idarenin, kamulaştırma yoluna gitmeden ya da geçici işgal koşullarını yerine getirmeden, özel mülkiyetteki bir gayrimen-kule, kamu hizmetlerinin devamlılığı ve görülmesinin zorunluluğu nede-niyle el koymasına kamulaştırmaz el koyma denir. Kamulaştırmaz el koymada, gayrimenkulün zilyetliği, malik veya zilyedin rızası bulunma-dan, sürekli veya geçici bir süre için idareye geçer. İdare, gayrimenkulün maliki veya zilyedi kendisiymiş gibi bazı eylemlere girişmektedir”.

Yine başka bir tanıma göre, “özel mülkiyet konusu olan bir taşınmaz-ın, bilerek ve bilmeyerek, kamulaştırma usul ve kurallarına uygun olmak-sızın ve bir bedel ödenmeden fiilen işgal edilmesi ve bu taşınmazın kamu-nun ortak kullanımına veya kamu hizmetine tahsis edilmesi ya da işgal edilen taşınmaz üzerinde kamu hizmetine ilişkin bir tesisin yapılmış olma-sı halinde, kamulaştırmaz el koyma söz konusu olur⁸”.

III. “Kamulaştırmaz El Koyma”nın “Kamulaştırma” İle Kar-şılaştırılması

Gerek “kamulaştırma” gerek “kamulaştırmaz el koyma” aynı ama-ca hizmet eder. Her iki müessesenin de amacı, kamu yararı ve kamu hiz-metlerindeki devamlılığın ve sürekliliğın sağlanmasıdır. Ne var ki, kamu-

6 AKAR, Z.: İçtihatlı-Açıklamalı-Gerekçeli Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El At-ma Davaları, Cilt I-II, Ankara 2002, s.941.

7 DÜREN, A.: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.211.

8 GÜNDAY, s.183-184; KALABALIK, s.212-213.

laştırmada, kanunda öngörülen usullere uygun şekilde hareket edilmekte iken, kamulaştırmaz el koymada, hukuka aykırı olarak özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulmaktadır. Kamulaştırmaz el koyma, idare tarafından bilerek gerçekleştirilebileceği gibi, bilmeyerek de gerçekleştirilebilir⁹.

Kamulaştırma ile kamulaştırmaz el koyma arasındaki bir diğer fark da, el konulan gayrimenkulün mülkiyetinin idareye geçmesinde görülür. Usulüne uygun olarak gerçekleştirilen kamulaştırmada, mülkiyet idareye, mahkemece verilen tescil kararı ile geçer¹⁰. Kamulaştırmaz el koymada ise, Yargıtaya göre, mülkiyet idareye, "idare aleyhine açılmış olan el konulan gayrimenkulün bedelinin tahsiline yönelik davada (bedel davasında) mahkemece bedele hükmedilmesi ve hükmedilen bu bedelin malike ödenmesi üzerine mahkemece idare adına tescile karar verilmesi" ya da "Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde öngörülen yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi" ile geçer.

IV. Kamulaştırmaz El Koyma'nın Gelişimi

Türk Hukukunda, "kamulaştırmaz el koyma" kavramı, ilk olarak, idarenin, yol yapımı nedeniyle, kamulaştırma yapmadan, özel mülkiyetteki gayrimenkullere el koyması ile ortaya çıkmıştır. Bu tür kamulaştırmaz el koyma hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi ortaya çıkmıştır. O zamanlar, kamulaştırmaz el koymaya ilişkin hiçbir kanuni düzenleme olmadığından, mahkemelerde açılan davalarda birbirinden farklı kararlar verilmiş ve kararlar arasında çelişkiler ortaya çıkmıştır. Bu durum, doktrinde farkedilmiş ve bu konuda içtihadı birleştirme kararı verilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir¹¹.

Kamulaştırmaz el koyma davalarında mahkemeler tarafından verilen kararlar arasındaki çelişkiyi gidermek için, Yargıtay, üç tane içtihadı birleştirme kararı vermiştir. Şöyle ki:

9 KAYA, T.: Kamulaştırmaz El Koyma, İstanbul 2001, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.27.

10 Bkz. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4650 sayılı Kanun ile değişik 25'inci maddesi.

11 OĞUZMAN, M. K.: Bir Gayrimenkulün İstimlak Edilmeden Amme Emlakine Kalp Edilmesi (Tevhidi İctihadı Gerektiren Bir Durum), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XIX, Sayı 3-4'den ayrı basım, İstanbul 1954, s.5 vd.

1) 16.5.1956 gün, E.1, K.6: Usulsüz olarak taşınmaz malı yola kalp edilen şahsın ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el koymanın önlenmesi davası açabileceği gibi, bu eylemli duruma razı olduğu takdirde, taşınmaz malının değer karşılığının verilmesini isteyebileceği hakkında;

2) 16.5.1956 gün, E.1, K.7: Usulsüz olarak taşınmaz malı yol haline getirilen bir kimsenin açacağı bedel davasında zamanaşımının söz konusu olamayacağı hakkında;

3) 11.2.1959 gün, E.1958/17, K.1959/15: İdari mercilerin verdikleri kararlar sonucunda plan ve projelere uygun el atmadan doğan anlaşmazlıklarda görevin idare mahkemesine ait olacağı, bunun dışında haksız el atmadan doğan tazminat davalarında adli yargının görevli olacağı hakkında¹².

Bundan sonra, 5.1.1961 günü kabul edilen ve 13.1.1961 gününde yürürlüğe giren 221 sayılı "Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun" ile, 9 Ekim 1956 tarihinden önceki bir dönemde kamulaştırma yapılmaksızın idarenin el koyduğu gayrimenkuller kamulaştırılmış sayılmıştır¹³. 9 Ekim 1956 tarihinden sonraki kamulaştırmaları ise, Yargıtayın yukarıda belirttiğimiz içtihadı birleştirme kararları uygulamaya yön vermiştir.

Nihayet, kamulaştırmaları el koymaya ilişkin ilk kanuni düzenleme 2942 sayılı ve 1983 tarihli Kamulaştırma Kanununun 38.maddesinde yer almıştır. 2942 sayılı Kanunun bazı maddeleri, 24.4.2001 günü kabul edilen 4650 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ise de¹⁴, 38'inci maddede herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bu maddede şöyle bir hüküm yer almaktadır: "*Kamulaştırma yapılmış ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan malın maliki, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre, taşınmaz mala el koyma tarihinde başlar*".

Kamulaştırmaları el koymaya uygulanacak hükümlerin tayininde,

12 İçtihadı birleştirme kararlarının tam metinleri için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.80 vd.

13 221 sayılı Kanuna ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.309 vd.

14 Bu değişikliklere ilişkin olarak bkz. AKAR, Cilt I, s.5 vd.

"Yargıtayın anılan içtihadı birleştirme kararları", "2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde yer alan hüküm" ve "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ve Yargıtay Hukuk Dairelerinin kararları" göz önünde bulundurulacaktır. Ve bu suretle ortaya çıkacak kurallar bütünü, "Kamulaştırmamızız El Koyma Hukuku"nu oluşturacaktır.

Aşağıda, önce, "Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile getirilen esaslar", daha sonra ise "2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesindeki düzenleme" inceleme konusu yapılacak ve nihayet, "Yargıtay Hukuk Dairelerinin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararları" da göz önünde bulundurulmak suretiyle, Kamulaştırmamızız El Koyma Hukunun kuralları ortaya konmaya çalışılacaktır.

V. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında Kabul Edilen Esaslar

1. 16.5.1956 Gün ve E.1, K.6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen esaslar

Yargıtayın bu içtihadı birleştirme kararında aşağıdaki esaslar kabul edilmiştir:

a. Usulü dairesinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadan ve bedeli ödenmeden gayrimenkulü yola çevrilen şahsın, söz konusu gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, bu fiili durum dolayısıyla hiçbir suretle ortadan kalkmaz. Bu nedenle, gayrimenkulü yola çevrilen malik adına tapu sicilinde mevcut olan kaydın, Medeni Kanunun 912'inci maddesinin (yeni 999'uncu maddesinin) ikinci fıkrası gereğince sicilden çıkarılması mümkün değildir. Ancak, usulüne uygun şekilde bir kamulaştırma işlemi gerçekleştirildikten ve kamulaştırma bedeli malike ödendikten sonradır ki, malikin muvafakatiyle, malikin muvafakat vermektan kaçınması halinde ise mahkeme kararı ile, bir gayrimenkulün sicil kaydı terkin olunabilir.

b. Mülkiyet hakkı baki kalan malik, bu hakkına dayanarak, gayrimenkulü yola çeviren idare adına, her zaman "müdahalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davası" açmak hakkına sahiptir. Ancak, yola çevrilme sonucunda eskisi gibi istifade edilebilmektan çıkan, vasfı değişen gayrimenkulün malikinin, bu hakkını kullanacağı yerde, müdahalenin men'i davası sonucunda verilecek müdahalenin men'i kararının infazındaki güçlüğü düşünerek, dilerse, mülkiyet hakkının idareye devrine razı olarak, "gayri-

menkulün bedelini dava edebilmesi (bedel davası açabilmesi) "de mümkündür.

c. Eğer malik, "müdahalenin men'i davası" açmak yerine "bedel davası" yolunu tercih ederse, talep edebileceği bedel, "gayrimenkulün fiilen yola çevrildiği (gayrimenkule el konulduğu) tarihteki bedel" değil, mülkiyet hakkının idareye devrine razı olduğu tarihteki, yani "dava tarihindeki bedel" olacaktır.

2. 16.5.1956 Gün, E.1, K.7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen esaslar

Yargıtayın bu içtihadı birleştirme kararında şu esaslar kabul edilmiştir:

a. Usulsüz olarak gayrimenkulü yola çevrilen bir kimsenin açacağı "bedel davası"nda, zamanaşımı söz konusu olamayacağı gibi, Borçlar Kanununun 66'ncı maddesi de uygulama alanı bulamayacaktır.

b. Medeni Kanununun 717'inci maddesinin ikinci fıkrası, kamulaştırma halinde, malikin gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının ne zaman sona ereceğinin tayinini özel kanuna bıraktığından, ancak el konulan gayrimenkulün bedelinin idare tarafından malike ödenmesi veya onun emrine bir bankaya yatırılması halinde malikin gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecektir.

3. 11.2.1959 Gün, E.1958/17, K.1959/15 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen esaslar

Bu içtihadı birleştirme kararında ise, aşağıdaki esaslar kabul edilmiştir:

a. Türkiye Kara Yolları veya D.S.İ. U. Müd. veya Belediyeler veya Hususi İdareler gibi "amme teşekülleri"nin verdikleri kararlar sonucunda ve plan ve projelere uygun olarak tesisler yaptırılmış olması veya bu tesislerin kullanılmaları veya bu tesislerin bakımları sebebiyle fertlerin uğramış oldukları zararların tazminine ilişkin olarak açılan davalar, "idari davalar"dan olduklarından, bu davalar "idare mahkemeleri"nin görev alanına girer.

b. Kamulaştırmasız el koyma dolayısıyla açılacak "tazminat davala-

rı"nda ise, yargı yetkisi "adliye mahkemeleri"ne aittir. Zira, kamulaştırmasız el koyma halinde, idare, Kamulaştırma Kanununa uygun hareket etmeksizin ferdin malını (gayrimenkulünü) elinden almış olması sebebiyle, kanuhsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan, dava, "haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davası" olduğundan "adli yargı"nın görev alanına girer.

VI. 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci Maddesi ile Getirilen Hüküm

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesine göre, kamulaştırmasız el konulan taşınmazın maliki, zilyedi veya mirasçılarının, el koyan idareye karşı haiz oldukları her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşecektir. Yirmi yıllık süre, idare tarafından gayrimenkule el koyma tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Görüldüğü üzere, bu hüküm ile, 16.5.1956 Gün, E.1, K.7 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen esastan farklı bir düzenleme getirilmiştir. Şöyle ki: Söz konusu içtihadı birleştirme kararına göre, gayrimenkulüne el konulan kişinin açacağı "bedel davası" ve "müdahalenin men'i davası" herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildi; malik süresiz olarak dava açma hakkına sahipti. Ne var ki, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesiyle getirilen hüküm ile, kamulaştırmasız el koyma nedeniyle açılacak "her türlü dava" -dolayısıyla da bedel davası ve müdahalenin men'i davası- yirmi yıllık hak düşürücü süreye tabi kılınmıştır¹⁵. Bu sürenin geçmesi ile, malikin her türlü dava hakkı (müdahalenin men'i, bedel, tazminat, ecrimisil davası açma hakkı) düşecektir¹⁶. Bu sürenin başlangıç tarihi ise, "idare tarafından gayrimenkule el konulduğu tarih" olarak tayin edilmiştir.

-
- 15 Bu sürenin getirilmesinin Anayasaya aykırı olduğu görüşünde: HATEMİ, (HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.623 vd.'nda)
- 16 Aynı yönde bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.460 ve ARCAK, A./KİTİŞ, S., Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma Davaları ve Devletleştirme, Cilt II, Ankara 1992, s.2132: "...yalnız el atmanın önlenmesine, veya karşılık bedeli istemeye ilişkin dava hakkı değil, madde metninde yazılı olduğu üzere, her türlü dava hakkı düşer. Mal sahibi, bu taşınmazına el atılmasının önlenmesini isteyemez. Karşılık değerini verilmesi (bedel) veya ecrimisil (işgal karşılığı tazminat) davası açamaz. Veya zarar ziyanın, yoksun kalınan karın tazminine yönelik bir tazminat davası açamaz".

VII. Kamulaştırmasız El Koymanın Şartları

1. İdare tarafından, gayrimenkule, kamulaştırma yapılmaksızın "fiilen" el konulmuş olması

Bu şart, 16.5.1956 Gün ve E.1, K.6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan "*Usulü dairesinde İstimlak muamelesine tevessül edilmek-sizin Devlet veya diğer bir amme hükmi şahsiyeti tarafından gayrimenkulü yola kalp edilen şahsın....*" şeklindeki ifadeden çıkarılabileceği gibi, yine 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesindeki "*Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan gayrimenkulün maliki...*" şeklindeki ifadeden de çıkarılabilir.

Şu halde, "kamulaştırma işlemi hiç yapılmamış" veya "kamulaştırma işlemine başlanmış fakat tamamlanmamış" olduğu halde, idare tarafından, özel mülkiyetteki bir gayrimenkule fiilen el konulmuş olması durumunda, kamulaştırmasız el koymadan söz edilebilmesi için gerekli olan bu birinci şart gerçekleşmiş olacaktır.

Bu birinci şart da, kendi içinde iki ayrı şartı ihtiva etmektedir. Şöyle ki:

a. Usulüne uygun bir kamulaştırma işleminin hiç yapılmamış olması veya usulüne uygun şekilde kamulaştırma işlemine başlanmış fakat tamamlanmamış olması

Kamulaştırma işleminin usul ve esasları, 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda düzenlenmiştir¹⁷. Ne var ki, 2001 tarih ve 4650 sayılı Kanun ile, 2942 sayılı Kanunun bazı maddeleri değiştirilmiş, bazı maddeleri ise yürürlükten kaldırılmıştır¹⁸.

Her şeyden önce, kamulaştırma işlemi "hiç yapılmadan" veya "kamulaştırma kanunundaki usul ve esaslara uygun şekilde yapılmadan" ya da "kamulaştırma işlemine başlandıktan sonra bu işlem tamamlanmadan (kesinleşmeden)" özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulmuş olması halinde, kamulaştırmasız el koyma söz konusu olacaktır. Örneğin mal sahibine tebligat yapılamamış veya peşin ödenmesi gereken kamulaştırma be-

17 2942 sayılı Kanuna ve uygulanmasına ilişkin detaylı açıklama için bkz. AR-CAK/KİTİŞ: Cilt I-II, s.5 vd.

18 Bu değişiklikler için bkz. AKAR: Cilt I, s.5 vd.

delinin ödenmemiş olması halinde, tamamlanmamış bir kamulaştırma söz konusu olacaktır¹⁹.

Bu konuda, Yargıtayın çeşitli kararlarında belirttiği şu hususlar örnek olarak verilebilir: "Kamulaştırmanın tekemmülü (tamamlanması) için, kamulaştırma bedelinin yatırılması ve ilgiliye kamulaştırma kanunundaki hükümlere göre tebliği zorunludur. Bu işlemler yapılmadığı için, açılmış olan kamulaştırmaz el koyma davası (bedel davası) red olunamaz²⁰". "Kamulaştırma için Belediye Encümeninin karar vermiş olması yeterli değildir. Diğer işlemlerin de oluşması ve kamulaştırmanın kesinleşmesi gerekir²¹".

b. İdare tarafından gayrimenkule "fiilen el konulmuş" olması

Kamulaştırmaz el koymadan söz edilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart da, "kamulaştırma yapılmaksızın, özel mülkiyetteki bir gayrimenkulün fiilen işgal edilmiş ve bu gayrimenkulün kamunun ortak kullanımına veya kamu hizmetine tahsis edilmiş ya da işgal edilen gayrimenkul üzerinde kamu hizmetine ilişkin bir tesisin yapılmış olması"dır²². Diğer bir deyişle, "kamulaştırma yapılmaksızın, özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulmuş ve kamu yararına özgülenmiş veya bu gayrimenkul üzerinde tesis yapılmış olması"dır²³.

Şu halde, idarenin, kamulaştırma işlemi yapmaksızın, kamu yararı amacıyla, özel mülkiyetteki bir gayrimenkule, **fiilen ve kalıcı (devamlı) olarak el koyması** halinde bu şart gerçekleşmiş olacaktır.

İdarenin, özel mülkiyetteki gayrimenkul üzerindeki hangi faaliyetle-

19 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.457.

20 Yarg. 3. HD., 26.12.1978 gün, E.6852, K.7784 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.177) . Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD., 31.5.1976 gün, E.3499, K.4360 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.175 vd.) . Yarg. 5. HD., 12.10.1993 gün, E.1993/13648, K.1993/18307: "Kamulaştırma Kanununun öngördüğü tebligat işlemleri yapılmadan, gazete ile ilan tebligat işlemi geçersizdir" (YKD., Cilt 20, Sayı 1, Ocak 1994, s.70 vd.).

21 Yarg. 3. HD., 28.9.1976 gün, E.4835, K.6096 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.176 vd.).

22 KALABALIK, s.213.

23 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.18. AKAR, Cilt II, s.941: "Kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için, kamulaştırma yetkisini haiz olan idarelerin, kamulaştırma yapmaksızın, başka şahısların taşınmaz mallarına el koymaları ve kamu yararına tahsis etmeleri veya üzerine tesis yapmaları gerekmektedir".

rinin **"fiilen ve kalıcı (devamlı) olarak el koyma"** sayılacağına gelince: Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi, bu şartın gerçekleşmiş sayılması için, gayrimenkul üzerinde bir "tesis yapılmış olması" nı aramaktadır. Bu tesis bir **"yapı (yol, bina, baraj vs)"** şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, **"belli bir gereksinmeye sürekli özgülenme dolayısıyla, malikin, gayrimenkulünü -kanunların öngördüğü sınırlamalara uygun şekilde- kullanmasını engelleme"** şeklinde de ortaya çıkabilir²⁴.

İdarenin, bir bayındırlık faaliyetinin yürütülmesi (örneğin yol yapımı, bina yapımı) sırasında, özel mülkiyetteki bir gayrimenkulden toprak alması ya da bir gayrimenkule moloz yığılması durumunda, fiili ve kalıcı el koyma söz konusu değildir; dolayısıyla da bu gibi durumlarda "kamulaştırmamasız el koyma" dan söz edilemez²⁵. Bu gibi hallerde, "idarenin bir haksız fiili"nden ("fiili yol"dan) veya "idari eylem"den doğan bir zararın varlığı söz konusu olacak ve yerine göre "adli yargıda Borçlar Hukuku hükümleri (BK.md.41 vd.) uyarınca bir tazminat davası" ya da "idari yargıda bir tam yargı davası" açılmak suretiyle, uğranılan zararın giderilmesi talep edilecektir²⁶. Nitekim, Danıştay 12'inci Dairesinin bir kararına göre de, "kamulaştırmamasız el atmanın varlığı için, idarenin taşınmaz malda, malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunması, hiç değilse, taşınmazı bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerekir. Bu nedenle, Belediyeye ait bir buldozerin bir an için taşınmaza girmesi, kamulaştırmamasız el atma sayılamaz. Olay nedeniyle, malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından... doğan yetkileri bir süre için bile ortadan kalkmamış, sadece taşınmazdaki ağaçlara, su kanallarına ve duvarlara zarar verilmiş ise, bu zarar, kamulaştırmamasız el atmadan değil, idarenin bir eyleminden doğmaktadır²⁷".

Şu halde, İdare tarafından gayrimenkule fiilen el konulduğundan ve

24 Bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.456-457.

25 Bkz. 11.12.1959 Gün, E.1958/17, K.1959/15 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.

26 İdari mercilerin verdikleri kararlar sonucunda plan ve projelere uygun el atmadan doğan zararların tazminine ilişkin dava "idare mahkemesinin görevine giren bir tam yargı davası"dır. Bunun dışındaki haksız el atmadan doğan zararların tazminine yönelik dava ise "adli yargının görev alanına giren, Borçlar Hukuku hükümlerine (BK.md.41 vd.) bir tazminat davası"dır (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 16.5.1956 Gün, E.1958/17, K.1959/15).

27 Danıştay 12'inci Dairesinin, 6.10.1973 gün ve E.1972/144, K.1973/2349 sayılı kararı (KAYA, s.49) . Yarg. 5. HD., 17.12.1998 gün, E.1998/16682, K.19556: "Dava, taşınmaza kamulaştırmamasız el atma nedeniyle bedelinin ödenmesine ilişkindir...

dolayısıyla da kamulaştırmaz el koymanın varlığından söz edilebilmesi için, "idarenin gayrimenkule kalıcı (devamlı) olarak el koyması nedeniyle, malik, bu gayrimenkul üzerinde haiz olduğu mülkiyet hakkından doğan yetkilerini, kanundan doğan sınırlamalara uygun şekilde kullanamaz hale gelmiş, diğer bir deyişle malikin bu yetkilerini kullanması imkanının ortadan kalkmış olması" gerekir. Nitekim, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin bir kararında belirttiği üzere, "Taşınmaz malın güvenlik bölgesi içinde kalması, asli niteliği olan tarım arazisi olarak kullanılmasına engel değildir. Arazi niteliğindeki taşınmaz malın üzerinde, bina yapımı doğal kullanma şekli olmayacağından, bu konudaki engelleme taşınmaz mala kamulaştırmaz el atıldığını kabule hak vermez. Gözden uzak tutulmaması gereken bir diğer husus da, mülkiyet hakkının sınırsız bir hak olmadığıdır. Kamu yararına ve bu hakkın özüne dokunulmadan kanunla sınırlanabilir. Arazi niteliğindeki taşınmaz malda bina yapımının engellenmesi, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir sınırlama olmadığından, kamulaştırmaz el atma olarak kabulü de mümkün değildir"²⁸. Yar-

davalı idarenin yol malzemesi yığmak suretiyle kamulaştırmaz el attığı bölümündeki işgalinin geçici veya daimi nitelikte olduğu tespit edilerek, işgal geçici ise sadece işgal nedeniyle ika edilen zararın tazminine (taşınmaz değerini aşmamak suretiyle) karar verilebileceği gözetilmeden eksik inceleme ile kamulaştırmaz el atılan bölüm bedeline hükmedilmesi, doğru görülmemiştir (AKAR, Cilt II, s.963) . Yarg. 3. HD., 26.2.1991 gün, E.90/15812, K.91/1863: "davada, davalı idarece davacının tapulu tarlasının bir kısmından toprak alınmak ve bir kısmına da toprak yığılmak suretiyle, kamulaştırmaz el atılarak kullanılamaz hale getirildiği iddiasıyla tazminat istemiştir. Mahkemece de olay, kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilip söz konusu yerlerin saptanan bedeline hükmedilmiştir. Oysa, kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmek için, el atmanın kamusal hizmete tahsis amaçlı ve kalıcı nitelikte olması lazım gelir. Olayımızda ise, davacının dava konusu yaptığı taşınmazına vaki el atma böyle bir amaca yönelik olmadığı gibi, özellikle o yeri kullanmadığı ve eli altında bulundurmadığı cihetle, kalıcı nitelik taşıdığından söz etmek de olanaksızdır. O halde, davada.....olayın bir haksız fiil olarak kabulü ile, toprak alınan ve toprak yığılan söz konusu yerlerin eski haline getirilmesi için gerekli olan giderlerin (masrafların) usulünce saptanması ve işte bu tür zararın tazminine karar verilmesi gerekirken, bu hususların düşünülmeyerek belirtilen şekilde taşınmazın bedeline hükmedilmesi yersizdir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.170-171) . Yarg.5. HD., 29.4.1999 gün, E.1999/3246, K.6995: "Dava, kamulaştırmaz el atmaya ilişkin bedel istemine ilişkindir. Dava konusu taşınmaz arsa niteliğindedir. Davalı idare, arsa niteliğindeki bu taşınmazdan, 1992 yılında bir miktar toprak almıştır. Taşınmazın aynına ilişkin kalıcı bir müdahalesi söz konusu değildir. Bu itibarla, kamulaştırmaz el atmaya dayanan, bedel istemine ilişkin davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru değildir" (AKAR, Cilt II, s.956).

28 Yarg. 5. HD., 20.3.1994 gün, E.1994/2579, K.1994/8589 (KAYA, s.50).

gıtay 5. Hukuk Dairesinin bir başka kararına göre de, "Dava konusu taşınmaz 2.sınıf askeri yasak bölge kapsamındadır. Taşınmazın etrafı tel örgü ile çevrilmiştir... Arazi olarak kullanımının engellenmesi söz konusu değildir. Komutanlıktan izin alınmak suretiyle taşınmaz malikinin taşınmazını arazi olarak kullanmasına engel bir durum mevcut değildir. Diğer taraftan, dava konusu taşınmaz mücavir alan sınırları içinde olup, henüz imar parselasyonu da yapılmamıştır. Belirtilen bu niteliğine göre, taşınmazın sadece zirai faaliyette kullanılması mümkün olup, buna da engel olunmadığına göre, kamulaştırmасız el koymadan söz edilemez, dolayısıyla taşınmazın bedeli de istenemez²⁹". Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin başka bir kararına göre ise, "Kamulaştırılan taşınmazın, artan kısmının kullanılmaz hale geldiğinden bahisle, tazminat (bedel) davası açılması halinde, malın bedeline hükmedilebilmesi için, idarenin bu bölüme sahiplenmek amacı ile kalıcı olarak el atmış olması gereklidir³⁰".

Yargıtaya göre, bir gayrimenkulün, imar planında, yeşil saha, yol veya park yeri olarak gösterilmesi veya ortasından yol geçirilmesi "fiilen el koyma" olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla da, böyle bir durumda kamulaştırmасız el koymadan söz edilemez³¹. Bu husus, Yargıtayın çeşitli kararlarında ifade edilmiştir. Şöyle ki: Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin bir ka-

29 Yarg. 5. HD., 7.2.2000 gün, E.2000/391, K.2000/1260 (YKD., Cilt 26, Sayı 4, Nisan 2000, s.534-535) . Yarg. 5. HD., 4.6.1998 gün, E.1998/6732, K.8718: "Dava, kamulaştırmасız el atmaya dayalı bedel istemine ilişkindir. Kamulaştırmасız el atma nedeniyle bedel isteminde bulunulabilmesi için, idarenin taşınmaza fiilen el atması, sahibinin tasarrufunu engellemesi gerekir. Davaya konu teşkil eden taşınmazlar tapuda tarla olarak kayıtlıdır. Henüz imar düzenlemesi yapıp yapılaşma imkanı sağlanmış değildir. Bu durum itibariyle, taşınmazların sadece arazi olarak kullanılabilme imkanı mevcuttur. Davalı idare, taşınmaza fiilen el atarak, davacıların arazi olarak kullanımına engel olmamıştır. Taşınmazın tapu kaydına "Askeri Güvenlik Bölgesi" içinde kaldığının şerh edilmiş olması fiili el atma niteliğinde değildir" (AKAR, Cilt II, s.955 vd.) . Aynı yönde: Yarg. 5. HD., 28.5.1998 gün, E.1998/5605, K.8089 (AKAR, Cilt II, s.955).

30 Yarg. 5. HD., 7.6.1994 gün, E.1994/9102, K.11774 (AKAR, Cilt II, s.961) . Yarg. 5. HD., 30.3.1998 gün, E.1998/2889, K.4527: "Dava, kamulaştırmасız el atılan taşınmazın bedelinin tahsiline ilişkindir... Askeri birlik tarafından kazılan siper ve siperler arası tünellerin belirtilen askeri birlikçe devamlı olarak kullanılıp kullanılmadığı, davacının taşınmaza girmesinin engellenip engellenmediği, dava konusu taşınmaza müdahalenin devamlılık arz edip etmediği araştırılmadan eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir (AKAR, Cilt II, s.961).

31 Aynı yönde: ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.25 vd.; KAYA, s.50 vd.

rarına göre, "Sadece imar planında yol olarak gösterilmek, davanın kabulü için yeterli değildir. Yol haline getirilmiş olması gerekir³²". Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de "Dava konusu yerin, imar planında yol olarak gösterilmesi, kamulaştırma yapılmaksızın fiilen el konulmadıkça, kamulaştırmaz el koyma sayılmaz³³". Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin başka bir kararına göre de, "Kamulaştırmaz el atmaya dayanan davalarda tazminata hükmedilebilmesi için, davalı idarenin taşınmazla fiilen el atması gerekir. Davacının tazminat istemi, dava konusu taşınmazın Belediye imar planında hükümet konağı olarak ayrılmış olması sebebiyle taşınmaz üzerinde inşaat yapamaması olgusuna dayanmaktadır. Açıklanan nedenle, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmiş olması, doğru görülmemiştir³⁴". Malikin başvurusu üzerine inşaat ruhsatı verilmemiş olması da, kamulaştırmaz el koymanın mevcut olmadığı sonucunu değiştirmez³⁵.

2. El koymanın, "kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından" ve "kamu yararı için" yapılmış olması

Fiili el koymanın kamulaştırmaz el koyma sayılabilmesi için, "kamulaştırma yetkisine sahip idare" tarafından yapılmış olması gerekir. "İdare (kamu hukuku tüzel kişisi) tarafından gerçekleştirilmemiş olan" veya "kamulaştırma yetkisine sahip olmayan bir idare tarafından gerçek-

32 Yarg. 3. HD., 31.5.1976 gün, E.3498, K.4359 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.103) . Yarg. 3. HD., 4.5.1976 gün, E.2993, K.3817: "El konulan yer dışında kalan sahanın imar planında yeşil saha olarak gösterilmesi, bedelini tazminat olarak isteme hakkı vermez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.102 vd.).

33 Yarg. 5. HD., 18.3.1983 gün, E.2515, K.2637 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.109) . Aynı yönde: Yarg. 5. HD., 6.2.1987 gün, E.17813, K.1223 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.114 vd.).

34 Yarg. 5. HD., 22.11.1999 gün, E.1999/17315, K.18536 (AKAR, Cilt II, s.956).

35 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.25 vd. "Ancak bir kimsenin gayrimenkulü, imar hükümleri gereğince başka bir parselle ortaklaştırılmış ve yeni bir imar parseli meydana getirilmiş bulunduğu ve bu yeni imar parseli üzerine kamulaştırma yapılmaksızın kamu hizmeti tesisleri kurulmuş olduğu takdirde, yeni parselde ortak pay sahibi olan kimsenin, kendi payı oranında, kamulaştırmaz el koyma karşılığında bedel istemek hakkı vardır (Yarg. HGK., 10.19.1976 gün, E.9783-746, K.797/1392, ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.26, dn.22) . Yarg. HGK., 23.11.1979 gün, E.1978/3-748, K.1979/1392: "...imarda yapılan değişiklik sonucu, şuyulandırılmak suretiyle müstakil parsel haline getirilen taşınmazda, davalı idare, bir kısım tesisler yapmış olmakla, davacının payına kamulaştırma yapılmaksızın el koymuştur" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.96).

leştirilmiş” olan el koyma kamulaştırmaz el koyma oluşturmaz. Nitekim, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, bir kararında, “... Dava konusu taşınmazın üzerinde bulunan binanın... İl Jandarma Komutanlığında görev yapan astsubaylar tarafından kiralandığı, İl Jandarma Komutanlığının cevabi yazısından anlaşılmaktadır. Bu husus davacı tarafından da kabul edilmiştir. Dava konusu taşınmazı kiralayan şahısların, bu kira ilişkisinin dışına çıkarak, dava konusu taşınmazı kullanmış olmaları, davalı idarenin taşınmaza kamulaştırmaz olarak el attığının kabulünü gerektirmez³⁶” demek suretiyle, olayda, el koymanın kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından yapılmadığını, el atanların böyle bir yetkiyi haiz olmadıklarını, dolayısıyla da kamulaştırmaz el koymadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir³⁷.

O halde, yetkisiz idare tarafından gerçekleştirilen el koyma, kamulaştırmaz el koyma olarak nitelendirilemez. Kamulaştırmanın hangi merci tarafından yapılabileceği, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda belirtilmiştir. Yetkili olmayan merciin, kamulaştırma yapmaksızın gayrimenkule el koyması halinde, “müdahalenin men'i” talep edilebileceği gibi (MK.md.683/II), uğranılmış olan “zararın tazmini” de dava edilebilir³⁸. Bu durumda, idarenin haksız fiilinden doğan bir zararın varlığı söz konusu olacağından, uğranılan zararın tazmini, Borçlar Hukuku (BK.md.41

36 Yarg. 5. HD., 8.3.1999 gün, E.1999/1873, K.3653 (AKAR, Cilt II, s.957 ve s.941).

37 Yarg. 5. HD., 30.9.1997 gün, E.1997/10411, K.14162: “Dava, kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel istemine ilişkindir. Dava konusu taşınmaz 6.405.61 m²'dir. Bu taşınmazın bitişiğinde, İlçe Jandarma Bölük Komutanlığına ait bina ve müştemilatı bulunmaktadır. Dava konusu taşınmazın büyüklüğüne göre oldukça küçük sayılabilecek.... Bir bölümü araç yıkama yeri olarak betonlaşmış, ve ayrıca zırhlı askeri araçların geçmesi nedeniyle, içerisinde çukurlar bulunan bir bölüm de yol haline dönüşmüştür. Taşınmaz üzerinde, üç adet de gelişe güzel taştan yapılmış nöbetçi kulübesi mevcuttur. Davacının dava konusu taşınmazdan istifade etmek isteyip bunun davalı idarece engellendiği iddia ve ispat edilmemiştir. Dava konusu taşınmazın bulunduğu yerdeki birlik görevlilerinin kendi inisiyatifleri ile boş olan arsada yukarıdaki işlemleri yapmış olmaları davalı idarenin dava konusu taşınmaza sahiplenmek iradesinin mevcut olduğunu kabul etmeye yeterli değildir. Bu itibarla....kamulaştırmaz el koymadan söz edilemez”. (AKAR, Cilt II, s.957).

38 Yarg. 3. HD., 9.5.1977 gün, E.2265, K.3089: “Kamulaştırmaz el koyan idarenin kamulaştırma yapmaya yetkisi olmalıdır. Yetkisiz idareden ancak zararın tazmini istenebilir” (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.155 vd.) . Bu karara konu olan olayda, el koyma (haksız müdahale) sona ermiş olduğundan, müdahalenin men'i davasından söz edilmemiştir.

vd.) hükümlerine tabi olacaktır³⁹. Her iki dava da, "adli yargı"nın görev alanına girer. Yine bu durumda, kamulaştırmatsız el koymadan söz edilemeyeceği için, "bedel davası" açılmayacağı gibi, açılacak olan "tazminat" ve "müdahalenin men'i" davaları da, Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesindeki 20 yıllık süreye tabi olmayacaklar, bu süre geçmiş olsa dahi bu davalar açılacaklardır. Zira bu durumda, bir kamulaştırmatsız el koyma söz konusu olmadığından, 38'inci madde uygulama alanı bulamaz.

Öte yandan, kamulaştırmatsız el koymadan söz edilebilmesi için, idarenin, gayrimenkule kamu yararı amacıyla el koymuş olması gerekir. Yani idare, kamulaştırma yapabilme imkanına sahip olduğu halde, bunu yapmamış olmalıdır. Yoksa, kamulaştırma yapma olanağına sahip olan bir idarenin, bazı "özel menfaatler için" el koyması halinde kamulaştırmatsız el koymadan söz edilemez⁴⁰. Böyle bir durumda da, yine, 38'inci madde anlamında bir kamulaştırmatsız el koyma söz konusu olmayacağından, "yetkisiz bir idarenin kamulaştırma yapmaksızın el koyması" haline ilişkin olarak hemen yukarıda belirtilen sonuçlar ortaya çıkacaktır.

3. El koymanın hukuka uygun olmaması

Aşağıda görüleceği gibi, idarenin, kamulaştırma yapmaksızın el koymasının hukuka uygun olduğu hallerde, "hukuka aykırı bir kamulaştırmatsız el koyma"nın, diğer bir deyişle "gerçek anlamda bir kamulaştırmatsız el koyma"nın varlığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla da, bu tip hallerde, idareye karşı, aşağıda görülecek olan davalar açılmayacaktır. Bu hallerde, "hukuka uygun kamulaştırmatsız el koyma"nın varlığından söz edilir. İdarenin el koymasının "gerçek anlamda (hukuka aykırı) bir kamulaştırmatsız el koyma" oluşturmadığı haller şunlardır:

39 Yarg. 5. HD., 16.12.1986 gün, E.16858, K.17085: "Kamulaştırma yetkisi bulunmayan kişilerin el atması kamulaştırmatsız el koyma olarak nitelendirilemez.... Böyle olunca, tazminat istemine ilişkin dava, haksız fiilden doğmuş olacağından...." (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.113).

40 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.18; AKAR, Cilt II, s.724. Yarg. 3. HD., 26.2.1991, E.90/15812, K.91/1863: "Kamulaştırmatsız el koymadan söz edilemek için, el atmanın, kamusal hizmete tahsis amaçlı.....olması lazım gelir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.170 vd.).

a. Gayrimenkule, "düzenleme ortaklık payı" olarak el konulmuş olması

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin 1'inci cümlesine göre, "İmar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus olarak alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerler.....için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez".

Kamulaştırma Kanununun, yukarıda belirtilen 35'inci maddesinde "imar mevzuatı gereğince" ibaresi ile atıfta bulunulan hükümler, 3194 sayılı ve 1985 tarihli İmar Kanununun 18'inci maddesinde düzenlenmiş bulunan "isteğe bağlı parsellemeye (hamur kuralına)" ilişkin hükümlerdir. 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "Belediyelerin (ve mücavir alan dışında valiliklerin), imar sınırı içinde bulunan arsa ve arazileri, maliklerinin ve diğer arsa sahiplerinin muvafakati olmaksızın, imar parseline uygun ada ve parsellere ayırmaya yetkili oldukları" hükme bağlanmış ve aynı maddenin 2'inci fıkrasında da, "bu şekilde yapılacak bir imar düzenlemesine tabi tutulan (yani imara uygun hale getirilen) arsa ve arazilerin belli bir kısmına (en fazla %35'ine), değerlerinde meydana gelecek artış karşılığında, bir defaya mahsus olmak üzere, idare tarafından, düzenleme ortaklık payı olarak el konulabileceği" hükme bağlanmıştır⁴¹.

Görüldüğü üzere, "düzenleme ortaklık payı alınması" yolu ile, usulüne uygun olarak bir kamulaştırma kararı alınmasına ve bir bedel ödenmesine gerek olmaksızın, özel mülkiyetteki gayrimenkullerin belli bir kısmına (en fazla %35'ine), 3194 sayılı İmar Kanunu gereğince el konulmaktadır. Düzenleme ortaklık payı olarak, özel mülkiyetteki gayrimenkullerin bir kısmına, kamulaştırma usul ve esaslarına uyulmaksızın el konulmasının gerekçesini ise, "belediyeler tarafından, İmar Kanunu hükümleri uyarınca yapılan düzenleme (imar parsellerinin oluşturulması) işlemi dolayısıyla bu gayrimenkullerin değerlerinde artış meydana gelmesi" oluşturmaktadır. Bu yolla, idare, yaptığı parselleme faaliyetleri (imar parselleri-

41 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KALABALIK, s.271; GÜLAN, A: Türk İmar Hukukunda "Hamur Kuralı" uygulaması, 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım, (yayınlanmamış doçentlik tezi), İstanbul 2000; KELEŞ, R.: Kentleşme Politikası, Ankara 1990, s.196 vd.; ABAMA, M.: Açıklamalı ve İçtihatlı İmar Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara 1996, s.412 vd.

nin oluşturulması faaliyetleri) sonucunda bu gayrimenkullerde ortaya çıkan değer artışını geri almaktadır⁴². Yani, gayrimenkulün el konulan kısmı, değer artışının karşılığını oluşturmaktadır.

İmar Kanununun 18'inci maddesinde hükme bağlanan bu uygulamanın iki açıdan önemi vardır: Birincisi, bu uygulama, imar planlarında meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yol, yeşil alan, cami ve karakol olarak ayrılmış alanların, bedelsiz olarak, idarenin eline geçerek kamunun hizmetine sunulmasını sağlamaktadır. İkincisi ise, imar planlarına ve mevzuatına uygun bir yapılaşmaya olanak tanıyan imar parsellerinin oluşturulması suretiyle, düzenli bir kentsel yapılaşmaya olanak sağlamaktadır⁴³.

İşte, idare tarafından, kamulaştırma yapılmaksızın el konulmasının, İmar Kanununun 18'inci maddesinde öngörülen usul ve esaslara uygun olarak yapıldığı hallerde, "hukuka aykırı (gerçek anlamda) bir kamulaştırmasız el koyma"dan söz edilemeyeceğinden, el koyan idareye karşı, aşağıda inceleyeceğimiz davalar açılmayacaktır⁴⁴.

İmar Kanununun 18'inci maddesine göre, idare tarafından bu madde uyarınca alınacak düzenleme ortaklık payının oranı, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüz ölçümlerinin %35'ini geçemez. Düzenleme dolayısıyla, bu orandan daha fazlasının alınmasının gerekli olduğu hallerde, eksik kalan miktar, idare tarafından, "kamulaştırma" yapılmak suretiyle tamamlanacaktır. Aksi halde, %35'i aşan bölüme, kamulaş-

42 Bkz. YAYLA, Y: Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği, İstanbul 1975, s.166.

43 Bkz. ABAMA, s.412 vd.

44 Yarg., 5. HD., 31.10.1986 gün, E.11343, K.14434: "Dava, kamulaştırmasız el atmanın önlenmesine ilişkindir. Davalı idare vekili, bilirkişi raporuna karşı verdiği itiraz dilekçesinde, 3194 sayılı İmar Kanununun 18.maddesi uyarınca uygulama yapıldığını ileri sürmüş olmasına göre, davaya konu olan taşınmaz malın, sözü edilen madde uyarınca düzenlemeye tabi tutulup tutulmadığının ve bu yoldaki belgelerin belediyeden.....sorulması ve böylece 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 35.maddesinin uygulanma olanağı bulunup bulunmadığının düşünülmesi ve sonucuna hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile el atmanın önlenmesine karar verilmesi..... Doğru bulunmamıştır (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.497) . Yarg.5. HD., 16.6.1997 gün, E.1997/8461, K.9503: "2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35.maddesi uyarınca, imar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerler için, eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı gibi, karşılığı da istenemeyeceğinden, davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.709).

tırma yapılmaksızın el konulmuş sayılır ve ileride inceleyeceğimiz sonuçlar (hukuka aykırı kamulaştırmasız el koymanın sonuçları) ortaya çıkar⁴⁵.

Yukarıda bahsedilen parselleme usulü, gayrimenkul sahiplerinin istek ve muvafakatine (rızasına) gerek olmaksızın, idare tarafından kendiliğinden yapılan parsellemeye ilişkindir. Ne var ki, gayrimenkul sahiplerinin isteği doğrultusunda da parselleme yapılabilir ki, bu "isteğe bağlı parselleme" olarak adlandırılmaktadır. İsteğe bağlı parselleme, arsa ve arazi sahibinin, arsa ve arazisini kendi isteği ile parsellere ayırmasıdır. İsteğe bağlı parsellemenin gerçekleştirilebilmesi için, ilgili gayrimenkulün paydaşlarının tümünün muvafakatinin alınması ve söz konusu işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli bilgi ve belgelerin, parselleme talebinde bulunanlar tarafından hazırlanması ve ilgili idareye sunulması gerekir⁴⁶. Burada da amaç, imar parsellerinin oluşturulmasıdır.

Bu tür parsellemenin kanuni dayanağı, 3194 sayılı İmar Kanununun 15.maddesidir. Bu tür parselleme de, imar planına uygun olarak gerçekleştirilir⁴⁷. Ve bu yapılırken de, imar planına göre, yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere dokunulmaz (md.15, f.1) . İşte, isteğe bağlı parselleme sonucunda, gayrimenkulün bir kısmının (en fazla %35'inin) kamu hizmet ve tesislerine ayrılması ve bu kısımlara idarece el konulması da "gerçek anlamda (hukuku aykırı) kamulaştırmasız el koyma" oluşturmaz; dolayısıyla da, aşağıda inceleyeceğimiz sonuçlara tabi olmaz.

b. El koymanın "özel parselleme"ye dayanması

İmar planı uygulaması yapılmamış yerlerde gerçekleştirilen parselleme "özel parselleme" olarak adlandırılmaktadır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin 2'inci cümlesine göre, "*....özel parselleme sonucunda, malikinin muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez*".

İmar planı uygulaması yapılmamış yerlerde, gayrimenkul maliklerinin yaptıkları bu özel parselleme, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki:

45 Bkz. KAYA, s.53.

46 KALABALIK, s.264.

47 KARAHASAN, M. R.: İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Cilt II, İstanbul 1997, s.2318 vd.

Ya özel parselleme planı tapu idaresine verilerek parseller oluşturulmaktadır ki, bu, hukuka uygun olarak yapılan bir özel parsellemedir. Ya da, parselleme planı tapu idaresine verilmemekte fakat, gayrimenkul fiilen herkesin payı karşılığında parsellere ayrılmakta ve satın alanlara bağımsız bir parsel durumunda teslim etmektedir. Her iki tür özel parselleme yapılırken de, yine, parsellemeye tabi tutulan gayrimenkulün bir bölümü, yol, yeşil saha, oto park gibi kamu hizmetlerine ilişkin alanlar için ayrılmaktadır⁴⁸.

İşte, bu durumda da, kamu hizmetleri için ayrılan bu bölümlere, idarece el konulması "hukuka aykırı (gerçek anlamda) bir kamulaştırmaz el koyma" oluşturmaz ve dolayısıyla da, aşağıda göreceğimiz sonuçlara tabi olmaz⁴⁹.

48 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.480.

49 Yarg., 5. HD., 12.2.1998, E.1997/18109, K.1998/1118: "Dava, taşınmaz mala kamulaştırmaz el atma nedeniyle bedelinin tahsiline ilişkindir.... Davacı, maliki olduğu 203 parseli özel parselasyona tabi tutarak çeşitli kişilere hisse satışı yapmış ve fiili kullanım şekline göre, davaya konu bölümleri yol olarak bırakmıştır. 2942 sayılı kanunun 35'inci maddesine göre, özel parselasyon sonucunda malikinin muvafakatiyle kamu hizmeti için ayrılmış bulunan bu yollarda mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı göz önünde tutularak, davalı idarece asfaltlanan bu yola el atıldığı iddiasıyla açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken bu yerin bedeline hükmedilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.710) . Aynı yönde bkz. Yarg.5. HD., 29.12.1999 gün, E.1999/20929, E.21864: "Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesi uyarınca özel parselasyon sonunda malikinin muvafakatiyle kamu hizmet ve tesislerine ayrılmış yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı da istenemez. Bu kural, hak düşürücü nitelikte olup, davanın her safhasında mahkemece de re'sen dikkate alınmak gerekir. Davaya konu teşkil eden ve yol olarak kullanılan bölümü içine alan taşınmaz, özel parselasyona tabi tutulmuş ve yol olarak ayrılmıştır. Yol olarak ayrılan bu bölümün tapu kaydının davacı üzerinde bırakılmış olması da sonuca etkili değildir. Davanın açıklanan sebeple reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir (AKAR, Cilt II, s.711) . Yarg. 5. HD., 2.4.1999 gün, E.1998/19108, K.1999/1123: "Dava konusu taşınmaz, davacılar ile müşterekleri adına kayıtlı iken, paydaşlar arasında rızai taksim yapılmış ve davalı idarenin el atmasının önlenmesi istenilen bölüm bu rızai taksim sonucu yol olarak ayrılmıştır. Paydaşlar arasındaki taksim sonucu genel hizmetler için ayrılan yerler hakkında, eski malikler, Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesi uyarınca mülkiyet iddiasında bulunamaz ve karşılığını isteyemez. El atmanın önlenmesi davanın reddine karar verilmesinde bu nedenle bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.710) . Yarg. 5. HD., 11.3.1999 gün, E.1999/1844, K.3894: "Dava konusu taşınmazda davacı pay sahibidir. Taşınmaz malda özel bir parselasyon yapılmadığı gibi fiili bir taksimde yoktur. Taşınmaz üzerinde, davacı tarafından kullanılan veya üzerinde inşaat yapılan herhangi bir bölümün olmamasına karşılık, paydaş

c. El koymaya malikin önceden rıza göstermiş (muvafakat etmiş) olması

Herhangi bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla, idare tarafından bir tesisin yapılması (örneğin yol yapımı) sırasında, gayrimenkul maliki, bu tesisin, gayrimenkulünün tamamı veya bir kısmı üzerinde yapılmasına önceden razı olmuş ise, sonradan, gayrimenkulüne kamulaştırmaz el konulduğunu ileri süremez. Bu durumda, malikin gayrimenkulünün tamamını veya bir bölümünü idareye terk ettiğinden söz edilir ve bu halde kamulaştırmaz el koymanın varlığından bahsedilemez⁵⁰.

Nitekim, Yargıtayın bir kararında belirtildiği üzere, "maliki, kendisine yeni yapılacak bir ev karşılığında, taşınmazından yol geçirilmesini kabul etmiş ve bu edimi idare yerine getirmiş ise, artık, yol geçirilen bu yer için ayrı bir bedel davası açılmayacaktır⁵¹. Yine, Yargıtayın bir başka kararına göre, "açılacak yolun geçtiği yerde kalan taşınmazı için bir bedel ve zarar ziyan istemeyeceğini bildiren mal sahibi, bedel davası açamaz⁵²".

d. 221 sayılı Kanunun kapsamına girmesi

El koymanın kamulaştırmaz el koyma oluşturabilmesi için, 221 sayılı Kanunun kapsamına girmemesi gerekir. 5 Ocak 1961 tarihinde kabul edilen 221 sayılı Kanun ile, 9 Ekim 1956 tarihinden önce, idare tarafından

olmayan şahıslara ait yapılar da mevcuttur. Yapılaşma sırasında yol olarak kendiliğinden oluşan bölüme davalı idare asfalt dökerek el atmıştır. Bu durum karşısında, Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin olayda uygulanması mümkün değildir. Ancak, davalı idarenin kamulaştırmaz olarak el atarak yol haline dönüştürdüğü kısımda davacının payına isabet eden miktarın bedelinin tahsiline karar vermek gerektiği düşünülmeden, davacının dava konusu taşınmazın tamamındaki payına isabet eden miktar üzerinden hüküm kurulması doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.716).

50 Bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.25; KAYA, s.55.

51 Yarg., 5. HD., 5.12.1986 gün, E.16923, K.16447 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.25).

52 Yarg., 5. HD., 7.11.1974 gün, E.11322, K.10929 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.254) . Yarg., 5. HD., 19.12.1986 gün, E.15401, K.17319: "davalı idarenin devir konusunda yazdığı yazıya, davacı idare verdiği.....karşılıklı bedel de belirterek genelde devire muvafakat etmiştir. Böyle olunca.... El atmanın önlenmesi istemiyle açılan davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmuştur" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.126 vd.).

fiili olarak el konulan ve üzerinde tesis yapılan gayrimenkuller kamulaştırılmış sayılmıştır. Buna göre, bu tarihten önce el konulan gayrimenkuller, bu Kanun uyarınca kamulaştırılmış olarak kabul edildiğinden, kamulaştırmamasız el koymadan söz edilemeyecektir. Bu tarihten sonraki el koymalar ise kamulaştırmamasız el koyma sayılacaktır.

Daha sonra, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 4'üncü maddesi ile, 221 sayılı Kanunun uygulama alanı daraltılmış ve bu Kanunun ancak "8.11.1983 tarihinden önce 221 sayılı Kanuna dayanılarak açılan davalarda" uygulanabileceği kabul edilmiştir. O halde, el koymanın "kamulaştırmamasız el koyma sayılabilmesi" için, 8.11.1983 tarihinden önce 221 sayılı Kanuna dayanılarak dava açılmamış ve kazanılmamış olması gerekir⁵³. Aksi halde, idare tarafından el konulmuş olan gayrimenkul 221 sayılı Kanun uyarınca kamulaştırılmış sayılacağından, kamulaştırmamasız el koymanın varlığından söz edilemeyecektir.

e. 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi, kamulaştırmamasız el koyma dolayısıyla açılacak bütün davaları 20 yıllık hak düşürücü süreye tabi kılmıştır. Söz konusu maddede yer alan hüküm şöyledir: "...taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre, taşınmaz mala el koyma tarihinde başlar".

Şu halde, gayrimenkule el konulduğu tarihten itibaren 20 yıl geçtikten sonra, artık, kamulaştırmamasız el koymaya dayanılarak hiçbir dava (müdahalenin men'i, bedel, tazminat veya ecrimisil davası) açılmayacaktır⁵⁴. Bu süre, hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan, sürenin geçip geçmediği hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulacaktır⁵⁵.

53 Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.309 vd.

54 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.460-461; ARCAK/KİTİŞ, Cilt II, s.2132 vd.; AKAR, Cilt II, s.1021.

55 Yarg., 5. HD., 23.12.1993 gün, E.16231, K.25006: "Bir taşınmazda kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya hiç kamulaştırma yapılmaksızın kamu hizmetine ayrılma gerçekleşmişse, idarenin iyiniyetli ya da suiniyetli olmasına bakılmaksızın, zilyetliğin nizasız ve fasılasız devam etme şartı aranmaksızın, malik, zilyet ve mirasçılarının her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer" (ARCAK/KİTİŞ, Cilt II, s.2141).

Bu süre, idare tarafından fiilen el konulduğu tarihten itibaren işleme başlar⁵⁶. Bu süre, hak düşürücü süre olduğundan, kesilmez ve durmaz⁵⁷. Ne var ki, dava konusu taşınmazın mülkiyetinin taraflar arasında ihtilaflı olması yirmi yıllık süreyi keser⁵⁸.

- 56 Yarg., 5. HD., 21.9.1998 gün, E.1998/9803, K.12593: "Dava, kamulaştırmaz el atılan yer bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca kamulaştırma yapılmadan veya kamulaştırma işlemleri tamamlanmadan kamu hizmetine tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazın malik ve zilyetlerinin her türlü dava hakkı, yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre, taşınmaza fiilen el atma tarihinden itibaren işlemeye başlar. Dava konusu taşınmazın etrafının çevrilerek okul bahçesine katılmak suretiyle el atıldığına göre, bu el atmanın hangi tarihte yapıldığı davalı idareden sorulmak ve gerektiğinde tarafların göstereceği delilleri de toplamak suretiyle kesin olarak tespit edilmek ve sonucuna göre karar vermek gerekirken, hak düşürücü süre yönünden araştırma yapılmadan işin esasına girilerek hüküm kurulması..... Doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1022 vd.) . Yarg., 5. HD., 13.5.1997, E.1997/4860, K.7789: "Tanık beyanlarına göre, davaya konu yol durumuna dönüştürülen taşınmaz, 1966 yılında toprak yol iken, 1983 yılında Kartal Belediyesince asfaltlanmıştır. 1966 yılındaki toprak yolun idare tarafından el atılmak suretiyle oluşturulup oluşturulmadığının araştırılması, yol haline dönüşme keyfiyetinin bölge sakinlerinin gelip geçmesiyle kendiliğinden oluşmuş olması halinde, 1983 yılının el atma tarihi olarak kabul edilmesi suretiyle, davanın hak düşürücü süre içinde açıldığının kabulünün doğru olacağı; toprak yolun belediye tarafından yapılmış olması halinde ise, el atma ile dava tarihi arasında 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğinin kabul edilmesinin gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile davanın süresinde açıldığının kabulü..... Doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.729).
- 57 Yarg., 5. HD., 22.6.1998, E.1998/8635, K.10095: "Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca fiili el atma tarihinden itibaren 20 yıl geçmekle, taşınmaz malın malik ve zilyetlerinin her türlü dava hakkı düşer. Bu süre hak düşürücü süre olduğundan kesilmez ve tatile uğramaz. Kısmi olarak açılan ilk davada fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması süreyi uzatmaz. Dava konusu taşınmaza 1975 yılında davalı idare tarafından fiilen el atıldığı konusunda taraflar arasında bir çekişme mevcut değildir. 15.5.1997 tarihinde açılan ek davanın hak düşürücü süre yönünden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.737) . Yarg., 5. HD., 1.7.1997 gün, E.1997/8030, K.10983: "Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde belirtilen 20 yıllık süre, hak düşürücü nitelikte olup, taşınmaza fiilen el atma tarihinden başlar. Hak düşürücü sürelerin kesilmesi ve tatile uğraması da mümkün değildir. Ecirimisil davası açılmış olması hak düşürücü süreyi kesmez. El atma tarihinden itibaren dava tarihine kadar 20 yıllık hak düşürücü süre geçtiğinden, kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel davasının reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.740).
- 58 Yarg., HGK., 16.6.1993, E.1993/5-153, K.460: ÖZÜ: "Dava konusu taşınmazın mülkiyetinin taraflar arasında çekişmeli olması, 20 yıllık hak düşürücü süreyi keser"

El konulan gayrimenkulün, 20 yıllık süre geçtikten sonra el değiştirmesi durumunda, yeni malik için 20 yıllık süre yeniden işlemeye başlamaz. Süre geçmiştir ve artık dava açılmaz. Aynı şekilde, el konulan gayrimenkulün, 20 yıllık süre geçmeden önce (bu süre içinde) el değiştirmesi halinde de, yeni malik için 20 yıllık süre tekrar işlemeye başlamaz. Yeni malik kalan süreden istifade eder⁵⁹.

VIII. Kamulaştırmasız El Koymanın Sonuçları

Gayrimenkule idare tarafından kamulaştırmasız el konulması, gerek "el konulan gayrimenkulün maliki", gerek "el koyan idare" bakımından bir takım sonuçlar meydana getirmektedir.

Özel mülkiyetteki bir gayrimenkule kamulaştırmasız el konulması halinde, malike iki türlü dava hakkı tanınmaktadır: a) Mülkiyet hakkına dayanan davalar (müdahalenin men'i davası, bedel davası) . b) Uğranılan zararın tazminine yönelik davalar (tazminat davası, ecrimisil davası) ⁶⁰.

Aşağıda görüleceği üzere, el konulan gayrimenkulün maliki, yukarıda belirtilen davalardan "müdahalenin men'i davası" ve "bedel davası"nı birlikte açamaz. İkisinden birini açmak zorundadır. Özellikle, el konulan gayrimenkulün üzerine kamu hizmetine yönelik bir yapının (yol, bina vs.) inşaa edilmiş olduğu hallerde, müdahalenin men'i davası değil, bedel davası açmak gerekecektir. Zira, idare tarafından, kamu hizmetine yönelik olarak yapılmış olan yapının yıktırılması, yani müdahalenin men'ine ilişkin mahkeme hükmünün icrası çok külfetli olacaktır.

Ayrıca malik, "müdahalenin men'i" veya "bedel davası" ile birlikte

(AKAR, Cilt II, s.737 vd.) . Aynı yönde: Yarg. 5. HD., 8.6.1999 gün, E.1999/8599, K.9730 (AKAR, Cilt II, s.740) . Yarg., 5. HD., 23.6.1999 gün, E.1999/9564, K.10971: ÖZÜ "Davacı idare, davalı idare aleyhine müdahalenin önlenmesi davası açtığından ve bu dava da lehe sonuçlandığından, 20 yıllık sürenin geçtiğinden söz edilemez" (AKAR, Cilt II, s.741).

59 AKAR, Cilt II, s.726. Yarg., 5. HD., 8.6.1998 gün, E.1998/7610, K.9071: "... Her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar. 2942 sayılı Kanununun 38'inci maddesine göre, el koyma tarihinde davalının malik olması da gerekmez. Diğer bir deyişle, davalının el koyma tarihinden sonra taşınmazı iktisap etmiş olması sonuca etkili değildir" (AKAR, Cilt II, s.732).

60 Gerçi "ecrimisil davası", tam anlamıyla uğranılmış zararın tazminine yönelik bir dava olmasa da, tazminat davası ile birlikte anmayı uygun gördük. Bunu yapmamızın nedeni, ileride her bir dava türü incelendiğinde anlaşılacaktır.

ya da bunlardan ayrı olarak, "tazminat" veya "ecrimisil" talebinde bulunabilecektir. Örneğin, idarenin haksız müdahalesi (el koyması) sonucunda arazisindeki ekinlerin zarar görmüş olması halinde, malik, uğramış olduğu bu zararın tazminini de talep edebilecektir. Yine malik, idarenin haksız olarak gayrimenkulünü işgal etmiş olduğu süreye ilişkin olarak ecrimisil de talep edebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, idare tarafından kamulaştırılmasız olarak el konulan gayrimenkulün maliki, bu el koyma dolayısıyla aşağıdaki davaları açabilecektir:

- a- Müdahalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davası
- b- Bedel davası (el konulan yerin bedelinin tahsili davası)
- c- Tazminat davası
- d- Ecrimisil davası

Aşağıda, malikin kamulaştırmasız el koyma dolayısıyla açabileceği bu davaların her biri, sırasıyla inceleme konusu yapılacaktır.

1. Müdahalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davası

Gayrimenkulüne kamulaştırılmasız el konulan malikin, el koyan idareye karşı bu davayı açabileceği, 16.5.1956 Gün, E.1, K.6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "Mülkiyet hakkı baki kalan gayrimenkul malikinin, bu hakkına dayanarak, gayrimenkülü yola kalp eden (çeviren) amme hükmi şahsiyeti aleyhine her zaman men'i müdahale davası açmak hakkına sahip olacağı tabidir"⁶¹. Hatta, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin yakın tarihli bir kararına göre, "el atma-

61 Yarg., HGK., 13.11.1971 gün, E.1969/1-84, K.1971/676: "16.5.1956 gün ve 1/6 sayılı içtihadı birleştirme kararında, usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkülü yola kalp edilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalp eden amme hükmi şahsiyeti aleyhine men'i müdahale davası açmaya hakkı olduğu kabul edilmiştir. Şehir imar planının tasdik edilerek kesinleşmiş olması, idareye, vatandaşın taşınmaz malına kamulaştırma kararı almaksızın el atma hakkı vermez. Davada mülkiyet ihtilafının halli söz konusu olduğuna göre, davaya bakmak adli mahkemelerin görevi içindedir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.121) . Aynı yönde bkz: Yarg., HGK., 23.1.1987, E.1986/5-531, K.1987/41 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.120 vd.) . Yarg., 5. HD., 26.6.1997, E.1997/8895, K.10512: "Dava, kamulaştırmasız el atmanın önlenmesi istemine ilişkindir. Dosyada bulunan kanıt ve belge-

nın önlenmesi davalı idarenin fahiş zararına neden olsa dahi, bu durum davanın kabul edilmesine engel oluşturmaz⁶².

Yine Yargıtaya göre, müdahalenin men'i davası ile birlikte, kal, taşınmazın tapu kaydındaki kamulaştırma şerhinin silinmesi ve ecrimisil talep edilebilecektir⁶³. Bu talepler, müdahalenin men'i davasından ayrı birer dava açılmak suretiyle de ileri sürülebilirler.

Bu dava, Medeni Kanununun 683'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Buradaki hükme göre, "*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı.....her türlü haksız elatmanın önlenmesini... dava edebilir*". Bu dava, mülkiyet hakkına dayanan (aynı) bir davadır⁶⁴.

Müdahalenin men'i davası, esas olarak, "el konulan gayrimenkulün maliki⁶⁵ veya onun mirasçıları" tarafından açılır⁶⁶. Yeni Medeni Kanunun

lere, kararın dayandığı gerekçelere göre, dava konusu taşınmazlara Konak Belediyesine yapılan müdahalenin men'ine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.978).

- 62 Yarg., 5. HD., 22.3.1999 gün, E.1999/3675, K.4588: "Dava, kamulaştırmaz el atmanın önlenmesi ve kal istemi ile açılmıştır. Davalı idare, kamulaştırma yapmadan davacıya ait taşınmaza köprü ayağı yapmak ve üzerine de geçit inşaa etmek suretiyle fiilen el atmıştır. Kamulaştırmaz el atılma durumunda, mülk sahibinin iki dava hakkı vardır. Bunlardan birisi el atmanın önlenmesi, diğeri de el atılan taşınmazın bedelinin tahsilini istemek hakkıdır. Davacı bu haklardan herhangi birini kullanmaya zorlanamaz. İdarenin kamulaştırma yetkisi her zaman için mevcuttur. El atmanın önlenmesinin davalı idarenin fahiş zararına neden olması olgusu davanın kabulüne engel değildir. Bu sebeple, kamulaştırmaz el atmanın önlenmesi ve kal isteminin kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.981).
- 63 Yarg., 5. HD., 18.9.1997 gün, E.1997/10553, K.12944: "Dava, kamulaştırmaz el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi, kal, taşınmazın tapu kaydındaki kamulaştırma şerhinin silinmesi ve elatma nedeniyle mahrum kılınan gelirin istemine ilişkindir. Mahkemece, müdahalenin önlenmesine, kal'e ve kamulaştırma şerhinin tapudan silinmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, davalı vekilinin temyiz talepleri yerinde görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.979).
- 64 Bu davaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. GİRİTLİOĞLU, N.: Müdahalenin Men'i (El Atmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul 1994.
- 65 Tapuda gayrimenkulün gerçek malikten başka bir kişi adına kayıtlı olması halinde, önce bu tapu kaydının tashihi sağlanmalıdır. Davacıya, tapu kütüğünün tashihi davası açması için süre verilmeli ve bu dava bekleme mesele yapılmalıdır (Yarg., 5. HD., 15.10.1974 gün, E.9928, K.10527, ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.52 ve s.219):
- 66 Mirasçılar, tapuda malik olarak görünen kişinin mirasçısı olduklarını, "veraset belgesi" ile ispat etmek zorundadırlar.

702'in maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan, iştirak halinde mülkiyette, "ortaklardan her biri, topluluğa giren hakkın korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır" şeklindeki hüküm uyarınca, mirasçılardan her biri, bu davayı, tek başına, yani diğer mirasçıların muvafakatini almak zorunda olmaksızın, açabilecektir. Eğer davayı kazanırsa, bu korumadan bütün ortaklar yararlanacak, fakat davayı kaybetmesi halinde diğer ortakların hakları bundan etkilenmeyecektir⁶⁷.

Dava konusu gayrimenkulün tapuda kayıtlı olmaması halinde ise, söz konusu gayrimenkulün zilyedi de, -bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış olması şartıyla- müdahalenin men'i davası açabilecektir. Şu halde, zilyedin bu davayı açabilmesi için, bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış olması gerekir. Bu durumda, gayrimenkulün zilyedi olan davacıya, bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazandığını (örneğin kazandırıcı zamanaşımı ile kazandığını) ispat etmesi⁶⁸ ve hatta bu yolda bir dava açması için süre verilmeli ve bekletici mesele yapılmalıdır⁶⁹.

O halde, mülkiyet hakkını kazandığını ispat edemeyen zilyet, müda-

67 Bu arada belirtelim ki, Medeni Kanundaki bu yeni hüküm, "iştirak halinde mülkiyet hukuku" bakımından, uzun zamandır sabırsızlıkla beklenen önemli bir yenilik olduğundan, büyük bir coşkuyla karşılanmalıdır. Eski Medeni Kanunda ise böyle bir hüküm bulunmadığından, eski Kanun döneminde Yargıtay şöyle bir çözüme varmaktaydı: El konulan gayrimenkul iştirak halinde mülkiyete tabi ise, müdahalenen men'i davası bütün paydaşlar tarafından birlikte açılmalıdır. Böyle olmakla birlikte, eğer bir paydaş tek başına dava açmış ise, dava hemen reddedilmemeli, dava açan paydaşa, diğer paydaşları davaya dahil etmesi ve muvafakatlerini alması veya miras şirketine mümessil tayini davası açması için mehil verilmelidir. Aksi takdirde dava reddedilir (Yarg., 5. HD., 18.3.1998 gün, E.1997/17374, K.1998/3591, AKAR, Cilt II, s.980).

68 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.52 vd.: "Dava konusu yer tapuda kayıtlı değilse, o yerin zilyedi ve sahibi olarak mülkiyet hakkını kazanan kimse de, hem el atmanın önlenmesini hem de bedel davasını açabilir. Ancak şu noktaları kanıtlaması gerekir: 1-Dava konusu yerin zilyetlikle mülkiyeti kazanılabilir ve özel mülkiyet konusu olabilir bir yer olduğunu (örn. mer'a, orman, vakıf mal özel mülkiyet konusu olmaz) . 2-Kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolmuş olduğunu (Medeni Kanununun 639'uncu -yeni Medeni Kanununun 713'üncü- maddesindeki koşulların oluşmuş bulunduğunu) . 3-O yerin mülkiyetini kazanmış olduğunu".

69 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.53. Yarg., HGK., 23.2.1983, E.1982/3889, K.1983/160: "Davahı idarenin, taşınmaz el koyduğu tarihte, kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyet edinme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği gereği gibi araştırılmalıdır" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.216 vd.) . Yarg., 5. HD., 1.1.1974 gün, E.11292, K.10801: "Kamulaştırmaz el konulan yerin bedelinin tahsili için açılan davada, davacılar,

halenin men'i davası açmak hakkına sahip olmayacaktır. Böyle bir zilyet, ancak, zilyetliğinin "gasp edildiğini" veya "tecavüze uğradığını" ileri sürerek, zilyetliğe dayanan bir "iade davası" ve/veya "tazminat davası" açabilir. Bilindiği üzere, MK.md.982 ila 984'te, zilyetliği gasp edilmiş veya tecavüze uğramış zilyede, dava yolu ile, zilyetliğini koruma imkanı tanınmıştır. Söz konusu koruma, "gasp" halinde, zilyetliğin iadesi ve tazminat davaları (MK.md.982), "tecavüz" durumunda ise "ref" (saldırının sona erdirilmesi), "men" (saldırının sebebinin ortadan kaldırılması) ve "tazminat" davası ile olur (MK.md.983) . Tazminat davası, haksız fiil kaidelerine (BK.md.41 vd.) dayanacaktır.

El konulan gayrimenkulün "müşterek mülkiyete tabi olması" halinde ise, müdahalenin men'i davasını, gayrimenkulün tamamı için, her paydaş -diğer paydaşların muvafakatini almak zorunda olmaksızın- açabilir. (MK.md.693/III) . Yukarıda da belirtildiği üzere, el konulan gayrimenkulün "iştirak halinde mülkiyete tabi olması" durumunda da, paydaşlardan her biri, bu davayı, gayrimenkulün tamamı için açabilir (MK.md.702/IV).

Davalı, gayrimenkule kamulaştırma yapmaksızın el koyan "idare"dir⁷⁰. Ne var ki, bazen, "gayrimenkule el koymak suretiyle üzerinde te-

mülkiyet haklarını ispat etmek için süre verilmelidir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.219 vd.) . Yarg., 3. HD., 29.3.1976, E.2078, K.2951: "Davalı, taşınmaz mala el konulduğunu ileri sürerek, mülkiyet hakkının devrine karşılık, bedel ile birlikte yıkılan duvar nedeniyle zararını istemiştir. Davalı, tapuya dayanmamaktadır. Tapusuz yerlerin hazineye ait olmaları asıldır. Zilyetlikle iktisaba elverişli yerlerde mülkiyet hakkının kazanıldığıının ispatı zorunludur. Bu da ancak, hazine ile ilgili kamu hükmü şahsiyeti aleyhine açılacak tespit davası ile mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle, davacının böyle bir tescil ilamı varsa ibraz etmesi istenmeli, yoksa tescil davası açmak üzere kendisine mehil verilmelidir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.220) . Yarg.5. HD., 16.12.1999 gün, E.1999/19901, K.20629: "Dava, kamulaştırmaz el konularak enerji hattı geçirilen taşınmazdaki irtifak hakkı karşılığının tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Kamulaştırmaz el koyma nedeniyle tazminat davaları tapulu taşınmazlar için açılabilir. Kamulaştırmaz el atıldığı iddia edilen taşınmaz tapuda kayıtlı değildir. Davacı zilyetliğe dayanmaktadır. Bu durumda, davacıya, tescil davası açıp taşınmazı tapuya adına kayıt ettirmesi için mehil verilmesi, tescilin sağlanması halinde davanın esasına girilerek karar verilmesi gerektiği düşünülmüden esastan hüküm kurulması doğru görülmüştür" (AKAR, Cilt II, s.987).

70 Yarg., 5. HD., 8.10.1998, E.1998/14746, K.14290: ÖZÜ: "3202 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 2.maddesinin (d) bendi uyarınca, köy yollarının yapımı, bakımı ve onarımı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait olduğundan, davacının taşınmazına el atarak yol haline getiren de,

sis yapan idare" ile "bu tesisten yararlanan idare" farklı olabilir. Bu durumda, davanın hangi idareye karşı açılacağı sorunu ortaya çıkar. Örneğin, bir köy yolunu, "Köy Tüzel Kişiliği" değil de, "Köy İşleri Bakanlığı" veya bu Bakanlığın bir parçası olan "Yol Su Genel Müdürlüğü" yapmış ise, husumet kime yöneltilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu konuda iki karar vermiş ve bu kararlarında, "bedelin yolu yapan idareden değil, yolun sahibi olan kuruluştan (idareden) istenmesi"⁷¹ ve dolayısıyla da davanın "el konulan yeri mülkiyetine geçiren tüzel kişilik (idare) aleyhine açılması"⁷² gerektiğine karar vermiştir.

Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesine göre, müdahalenin men'i davası, aynı bir dava olmasına rağmen, 20 yıllık hak düşürücü süre içinde açılabilir.

Müdahalenin men'i davası bakımından "yetkili mahkeme", HUMK.'nun 13'üncü maddesi uyarınca, "gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi"dir. Görevli mahkeme ise, genel hükümlere göre tayin edilir. Yani, müdahale edilen (el konulan) yerin değerine göre görevli mahkeme

Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü olduğundan, köy muhtarlığı aleyhine açılan davanın husumetten reddine karar verilmesi doğrudur" (AKAR, Cilt II, s.1040) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 17.12.1998, E.1998/17694, K.19561 (AKAR, Cilt II, s.1041); Yarg., 5. HD., 26.2.1998, E.1997/19414, K.1998/2132 (AKAR, Cilt II, s.1039) . Yarg., 5. HD., 23.9.1999, E.1999/12589, E.13771: ÖZÜ: "222 sayılı Yasaya göre Temel (İlk) Eğitim Okulları için arsa temini görevi, il özel idaresine ait olduğundan, Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine açılan davanın husumetten reddi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1042) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 27.5.1999, E.1999/7611, K.9430 (AKAR, Cilt II, s.1042); Yarg., 5. HD., 27.5.1999, E.1999/5278, K.7494 (AKAR, Cilt II, s.1041 vd.) . Yarg., 5. HD., 11.10.1999, E.1999/13184, K.15376: "Dosyada bulunan kanıt ve delillerden, davacıya ait taşınmazın bir bölümüne Jandarma 23. Tümen Komutanlığı tarafından el atıldığı anlaşılmaktadır. Jandarma Genel Komutanlığı, 2803 sayılı Yasa uyarınca İçişleri Bakanlığına bağlıdır. Davanın İçişleri Bakanlığı aleyhine açılması gerekirken, Milli Savunma Bakanlığı aleyhine açılmış olması nedeniyle husumetten reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1043 vd.) . Yarg., 5. HD., 9.11.1999, E.1999/13088, K.17583: ÖZÜ: "El atılmak suretiyle geçirilen yol ana arter niteliğinde ise, dava Büyükşehir Belediyesi aleyhine açılmalıdır; aksi takdirde davanın husumetten reddi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1044) . Yarg. 5. HD.'nin aynı yöndeki diğer kararları için bkz. AKAR, Cilt II, s.1045.

71 Yarg., HGK., 4.2.1976 gün, E.1975/2-1031, K.1976/185 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.230).

72 Yarg., HGK., 10.12.1976 gün, E.1975/5-807, K.1976 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.230 vd.)

tain edilecektir. Müdahalenin men'i davası, bazen, "tazminat" ve "ecrimisil" davaları ile birlikte açılır. Böyle durumlarda, tazminat, ecrimisil ve el konulan yerin dava açıldığı tarihteki değerinin toplamı göz önünde tutularak görevli mahkeme tayin edilecektir⁷³.

2. Bedel davası (el konulan yerin karşılığı olan bedelin tahsili davası)

Yargıtayın 16.5.1956 Gün, E.1, K.6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, idare tarafından kamulaştırma yapılmaksızın özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulması, malikin bu gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirmedüğinden, malik, müdahalenin men'i davası açabileceği gibi, dilerse, gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının el koyan idareye devrine razı olarak, "gayrimenkulün karşılığı olan bedelin verilmesi"ni dava edebilir. Özellikle, müdahalenin men'i davası sonunda alınacak müdahalenin men'ine ilişkin hükmün infazında güçlük bulunduğu hallerde, "bedel davası" açmak malikin yararına olacaktır. Bedel davası ile, malik, gayrimenkulün -mülkiyet hakkının idareye devrine muvafakat ettiği tarih olan "dava tarihi"ndeki bedelinin verilmesini talep edebilecektir⁷⁴.

Şu halde, el konulan gayrimenkulün maliki, dilerse, "müdahalenin men'i davası" açmak yerine el konulan yerin bedelinin verilmesini dava edebilir, diğer bir deyişle "bedel davası" açabilir. Bedel davası açmayı tercih eden malik, gayrimenkulün mülkiyetinin idareye devrine razı olmuş demektir⁷⁵.

Yukarıda belirtilen hususlar, Yargıtayın anılan içtihadı birleştirme kararının sonuç bölümünde şu şekilde ifade edilmiştir: "Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine men'i müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de, mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedeli olduğuna.....ittifakla karar verildi".

73 KAYA, s.73; GİRİTLİOĞLU, s.119.

74 Yarg., 5. HD., 17.1.1975, E.17369, K.2826: "...mal sahipleri isterlerse vaki müdahalenin men'ini, dilerlerse mülkiyet haklarını terk etmek suretiyle bedelini dava edebilirler".

75 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.34.

Bedel davası, doğrudan bedel davası şeklinde açılabilir gibi, müdahalenin men'i davası açıldıktan sonra bu dava bedel davasına dönüştürülebilir. Hatta, müdahalenin davası açılmış ve hüküm altına alınmış olduğu halde, bu hükmün, icrasının sağlanması için icra dairesine verilmesi yerine, ayrıca bedel davası açılabilir. Müdahalenin men'i davasının kesinleşmiş olması buna engel yaratmaz; müdahalenin men'i davası kesinleştikten sonra dahi bedel davası açılabilir⁷⁶.

Malik, önce müdahalenin men'i davası açar, mahkemeden hüküm alır ve bu hüküm kesinleştikten sonra bedel davası açar ise, el konulan yerin hangi tarihteki değerine hükmedilecektir? "Müdahalenin men'i davası açıldığı tarihteki değerinin" mi, yoksa "bedel davasının açıldığı tarihteki değerinin" mi ödenmesine hükmedilecektir? Bu konuda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "... Bedel davasının (ikinci davanın) açıldığı tarihteki değerine istenebileceğine" hükmetmiştir⁷⁷. Buna karşılık, eğer malik, müdahalenin men'i davası açtıktan sonra, aynı davada talebini bedele dönüştürmüş ise, bu durumda, "müdahalenin men'i davasının bedel davasına dönüştürüldüğü" tarihteki değil, "müdahalenin men'i davasının açıldığı tarihteki bedele" hükmedilmesi gerekir⁷⁸.

76 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.36. AKAR, Cilt II, s.984: "Önce müdahale davası açan malik, dava sırasında davasını ıslah yoluyla bedele dönüştürebileceği gibi, karar kesinleştikten sonra bile bedel davası açabilir. Kesinleşmiş kararın infazı için zorlanamaz..... Bunun aksinin de mümkün olacağı kanaatindeyim. Şöyle ki; davacı önce bedel davası açmışsa, dava devam ederken, davasını tamamen ıslah edip, müdahalenin önlenmesini isteyebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ıslah müessesesini düzenleyen 83-90.maddelerinde bunu engelleyen bir hüküm yoktur. Aksini düşünmek ıslah müessesesini daraltmak olur. Buna da imkan yoktur. Ayrıca Yargıtay kararlarında açıklandığı üzere davacı istediği davayı açabilir. Açacağı dava konusunda zorlanamaz prensibi de bu hususa uygundur; görüşümdedir". Yarg., HGK., 15.10.1975, E.975/5-741, K.976/2628: "El atmanın önlenmesi kararı kesinleştikten sonra bedel davası açılabilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.146 vd.); Yarg., 5. HD., 21.1.1975, E.14379, K.3342: "Kamulaştırmaz el konulan yerden, önce idarenin el atmasının önlenmesine karar verilmesi, sonradan bedel davası açılmasına engel değildir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.36, dn.42).

77 Yarg., HGK., 15.10.1976, E.975/5-741, K.976/2628: "El atmanın önlenmesi davası kesinleştikten sonra bedel davası açılabilir. Bu durumda dahi, el atmanın önlenmesi davasının açıldığı tarihteki değer değil, son bedel davasının açıldığı gündeki değeri isteyebilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.146 vd.).

78 AKAR, Cilt II, s.984. Bu durumda, "davanın bedel davasına dönüştürüldüğü tarihteki bedele" hükmedilmesi gerektiği görüşünde: ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.36; KAYA, s.77.

Yine Yargıtaya göre, idarenin el koymasına önceden muvafakat eden ve bedel istemeyeceğini belirten malik, sonradan, bedel davası açamaz⁷⁹.

Bedel davasının "davacısı" da, esas olarak, el konulan yerin maliki veya onun mirasçısıdır. Dava konusu gayrimenkulün tapuda kayıtlı olmaması halinde ise, bu gayrimenkulün zilyedi de, -bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış olmak şartıyla- bedel davası açabilecektir. Davacı zilyedin tapuda malik olarak kayıtlı olmaması halinde, kendisine, bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazandığını ispat etmesi ve hatta bu yolda bir dava açması için süre verilmeli ve bekletici mesele yapılmalıdır⁸⁰.

El konulan gayrimenkulün "müşterek mülkiyete" veya "iştirak halinde mülkiyete" tabi olması (örneğin miras şirketine ait bulunması) halinde, her bir paydaş veya iştirak halinde malik, toplam bedelin kendi payına isabet eden bölümünün verilmesi için dava açabilir⁸¹.

Bedel davasının "davalısı"na gelince, müdahalenin men'i davası için yapılan açıklamalar bu dava için de aynen geçerlidir.

Bedel davasında, mahkeme tarafından bedelin nasıl hesaplanacağına gelince: El konulan yerin parasal değeri, malike ödenecek bedeli oluşturacaktır. Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre, kamulaştırması el konulan yerin değeri parasal olarak tespit edilirken, "gayrimenkulün el koyma

79 Yarg., 5. HD., 5.12.1986, E.16923, K.16447 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.35).

80 Yarg., 5. HD., 16.12.1999, E.1999/19901, K.20629: "Kamulaştırma nedeniyle tazminat davaları (bedel davası), tapulu taşınmazlar için açılabilir. Kamulaştırmaz el atılan taşınmaz tapuda kayıtlı değildir. Davacı zilyetliğe dayanmaktadır. Bu durumda davacıya, tescil davası açıp taşınmazı tapuda adına kayıt ettirmesi için mehil verilmesi, tescili sağlaması halinde davanın esasına girilerek karar verilmesi gerektiği düşünülmüden esastan hüküm kurulması doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.987).

81 AKAR, Cilt II, s.983: "Müşterek veya iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazların bedelinin tahsili davalarında, eğer bir hissedar dava açmışsa ve taşınmazın bir kısmına el atılmışsa, davacının el atılan kısımdaki hissesine isabet eden yer bedelinin tahsiline karar verilecektir. Taşınmazın tamamına el atılmışsa, bu durumda, dava açan hissedarın tapudaki toplam payının bedelinin tahsiline karar verilecektir. Yani iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazın bedelinin tahsili davasını, şeriklerden biri kendi hissesi için açabilecektir. Diğer şerikleri davaya dahil ettirip, muvafakatlarını almaya veya miras şirketine mümessil tayin ettirmeye gerek yoktur". Yarg., 5. HD., 11.3.1999, E.1999/1844, K.3894: ÖZÜ: "Hisseli taşınmazın bir kısmına el atıldığında, el atılan kesimdeki davacı payına isabet eden miktarın bedeline hükmetmek gerekir" (AKAR, Cilt II, s.986 vd.) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 30.9.1999, E.1999/15987, K.14523 (AKAR, Cilt II, s.987).

tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak, bu yerin dava tarihindeki değeri - uygun emsallere göre⁸² belirlenmelidir. Yani, el koyma gününden sonra dava konusu gayrimenkul üzerinde bir takım tesisler yapılmış veya değer arttırıcı öğeler oluşmuşsa, bunlar göz önünde bulundurulmayacak, el konulduğu gündeki nitelikleri olduğu gibi saptanarak, bu niteliklere göre dava günündeki değeri tespit edilecektir. Bu değerın tespiti için, mahkemece bilirkişi tayin ettirilerek, keşif yaptırılması gereklidir⁸³.

Nihayet, bedel davalarında "görevli mahkeme", genel hükümlere göre tayin edilmelidir. Böyle olunca, bedel davalarında bu davanın değeri her zaman belli olacağından, HUMK'nun 3156 sayılı Kanunla değişik 1'inci maddesi uyarınca, davanın açıldığı gündeki değeri esas alınmak suretiyle dava açılmak gerekir. Faiz, icra tazminatı ve giderler görevli mahkemenin tespitinde göz önünde bulundurulmaz⁸⁴.

82 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.58: "Bu amaçla, mahkemece taraflara emsal sorulması ve gerekirse tapudan emsal kayıt örneği getirilmesi, emsal kayıtlarla dava konusu yerin satış tarihi ve satış değerine göre kıyaslaması yapılması aranmaktadır".

83 ARCAK/DOĞRUSUZ, s.58; AKAR, Cilt II, s.984. Yarg., 5. HD., 13.9.1999, E.1999/11483, K.12482: ÖZÜ: "Kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel davalarında, dava konusu taşınmazın el atma tarihindeki özelliklerine göre dava tarihindeki değerine hükmedilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.986) . Yarg., HGK., 2.7.1980, E.1978/3-747, K.1980/2111: ÖZÜ: "Dava konusu taşınmazın üzerine, el koyma tarihinden sonra konulmuş bir tesis veya getirilmiş bir hizmet söz konusu değilse, dava günündeki değer hesap edilmeli; ancak el koyma tarihinden sonra yapılmış bir tesis veya getirilmiş bir hizmet söz konusu ise, el koyma tarihinden sonra taşınmazın niteliklerinde meydana gelen bu değişiklikler, değer biçilmesinde göz önüne alınmaz" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.252) . Yarg., 3. HD., 22.3.1990, E.1990/1474, K.1990/2500: "Kamulaştırmaz el atılan taşınmaz malların değeri tespit edilirken, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak, dava tarihindeki değerinin uygun emsallere göre belirlenmesi gerekir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.144 vd.) . Yarg., 5. HD., 27.1.2000, E.1999/21369, K.2000/452: ÖZÜ: "Taşınmazın el koyma günündeki niteliklerine göre, dava tarihindeki bedelinin, ikisi teknik, birisi de mahalli bilirkişiden oluşan üç kişilik bilirkişi kuruluna tespit ettirilmesi ve bu bedele hükmedilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.987 vd.) . Yarg., 5. HD., 3.2.2000, E.2000/76, K.1098: "Mahallinde yapılan keşif sonucu, taşınmazın el koyma günündeki niteliğine göre dava tarihindeki bedelinin, ikisi teknik ve birisi de mahalli bilirkişiden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulunca düzenlenen rapor ile tespit edilmesi ve davalı idareden tahsiline kara verilmesi doğrudur" (AKAR, Cilt II, s.988) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 3.2.2000, E.1999/21473, K.1075 (AKAR, Cilt II, s.989) . Yarg., 5. HD., 1.2.2000, E.1999/21368, K.2000/1096: ÖZÜ: "Kamulaştırma Kanununun Değer biçmeye ilişkin hükümleri, kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel davalarında da kıyasen uygulanacaktır" (AKAR, Cilt II, s.988).

84 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.51; KAYA, s.81 vd.

Bedel davalarında "yetkili mahkeme"de genel hükümlere göre saptanmalıdır. Kuşkusuz, bedel davası, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir⁸⁵. Ancak önemli nokta, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinden başka bir yer mahkemesinde, örneğin davalının ikametgahı mahkemesinde, bu davanın açılıp açılmayacağıdır. Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre, bedel davası, davalının ikametgahı mahkemesinde de açılabilir⁸⁶.

3. Tazminat davası

Bu dava, yukarıda görülen bedel davasından farklıdır. Bu dava ile, mülkiyet hakkının idareye devri karşılığında bir bedel talep edilmesi söz konusu değildir. Mülkiyet hakkı yine malikte kalmakta, fakat idarenin haksız müdahalesi dolayısıyla uğranılan zararın tazmini talep edilmektedir. Kamulaştırmasız el atma dolayısıyla uğranılan zararın tazmini için idareye karşı açılan bu dava, haksız fiil hükümlerine (BK.md.41 vd.) dayanan, adli yargının görev alanına giren bir tazminat davası niteliğindedir. Bu husus, 11.2.1959 Gün ve E.1958/17, K.1959/15 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "İstimlaksız el atma halinde, amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava, Medeni Kanun hükümlerine giren, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bakımdan adliye mahkemesinin görevi içindedir. -Bundan başka, bir amme teşekkülü tarafından bir tesisin yaptırılması sırasında Devlet Malı olmayan yerlerden toprak alınması veya böyle yerlere toprak veya moloz yığılması neticesinde el atma hakkı bulunmadığı ve plan veya projelere ve şartnamelere başkasının malına ihtiyaca göre el konulmasının önlenmesini gerektirebilecek esaslar konulamayacağı cihetle, haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılır".

Yine, Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararına göre⁸⁷, "kıymet takdiri yapıp kamulaştırma bedeli tebliğ edilmeden hafriyat dökmek suretiyle,

85 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.52; KAYA, s.82.

86 Yarg., HGK., 28.12.1983, E.1981/3-644, K.1983/1408 (KAYA, s.83) . Yargıtayın aynı yöndeki diğer kararları için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.215 vd.; KAYA, s.83.

87 Uyuşmazlık Mahkemesi, 8.12.1986 gün, E.1986/50, K.1986/50 (KARAVELİOĞLU, C.: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Açıklama ve En Son İçtihatlarla, Cilt I, Kayseri 2001, s.527).

taşınmaz üzerindeki mahsule verilen zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüm yeri adli yargı yeridir". Aynı kararın gerekçesine göre ise, "kamulaştırma işleminden önce oluşan zarar kamulaştırma işlemine bağlanamayacağından, ortada.....kamulaştırmaz el atma ve bu yüzden oluşan bir zarar ve bunun tazmini bahis konusudur. Kamulaştırmaz el atmada, idarenin bir işlem ve eylemi değil, haksız fiil söz konusu olduğundan, zararın bu esasa göre ve özel hukuk hükümleri uyarınca tazmini söz konusudur. Zira, davacının zararının, mevzuatla öngörülen ve yöntemine uygun olarak yerine getirilen bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğduğu kabul edilemez. Ortada, davalı idarenin haksız fiil niteliğinde bir eylemi ve bunun sonucunda oluştuğu ileri sürülen bir zarar mevcuttur. Bu duruma göre, anılan zarardan, idarenin Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin 41.maddesine göre sorumlu olup olmadığı sorunu ortaya çıkmakta ve bu hukuki sorunun çözümünün ise, özel hukuk hükümlerini ilgilendirdiği ve binnetice olayın incelenme yerinin, Borçlar Kanununun anılan maddesini uygulayacak olan adli yargı olduğu kuşkusuz bulunmaktadır".

Görüldüğü üzere, Uyuşmazlık Mahkemesi, bu kararında, kamulaştırmaz el koyma nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılacak tazminat davalarının, "Borçlar Kanunundaki haksız fiil hükümleri"ne (BK.md.41) tabi olduğuna ve dolayısıyla da bu davaların görülme yerinin "adli yargı" olduğuna karar vermiştir⁸⁸.

88 Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 1.10.1984, E.7919, K.7531 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.211); Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.3.1979 gün, E.1979/48, K.1979/61 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.203 vd.); Yarg., 5. HD., 16.9.1999, K.1999/11588, K.1999/13137: "Dava, kamulaştırmaz el atmanın önlenmesi, el atılan taşınmazın eski haline dönüştürülmesi ve tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın idarenin işlem ve eyleminden kaynaklandığından bahisle idari yargıda görülmesi gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. 16.5.1956 gün ve 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davaya bakmak adli yargının görevi dahilinde olup, 11.2.1959 gün ve 17-15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına yanlış anlam verilerek dava dilekçesinin görev yönünden reddini karar verilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1027 vd.) . Yarg., 5. HD., 15.11.1999, E.1999/18325, K.18007: "Kamulaştırmaz el atma sonucu meydana getirilen zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesinde talep edilen tazminat kamulaştırmaz el atma sonucu meydana gelen zararın giderilmesi istemine ilişkin olup, 16.05.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davaya bakmak adli yargının görevi içerisindedir. 11.02.1959 gün ve 17-15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına yanlış anlam verilerek dava dilekçesinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1028).

Tazminat davası, "müdahalenin men'i davası ile birlikte" açılabileceği gibi⁸⁹, "bedel davası ile birlikte" de⁹⁰ açılabilir. Örneğin, kamulaştırmamasız el koyan idare, gayrimenkul üzerindeki yapılara zarar vermiş ise, müdahalenin men'i veya bedel davası ile birlikte "tazminat davası" da açılabilecektir. Bazen, sadece "tazminat davası" açılması da söz konusu olabilecektir⁹¹.

Tazminat davasını, müdahalenin men'i ve bedel davalarından farklı olarak, malik açabileceği gibi, "zilyet"de açabilir. Örneğin, ektiği ürünün bulunduğu yerden yol geçirilmesi sebebiyle zarara uğrayan zilyet, ekinlerin telef olması yüzünden uğramış olduğu zararın tazminini dava edebilir. Yine, yetiştirdiği ağaçlar kesilen zilyet, bu yüzden uğradığı zararın tazminini dava edebilir. Tazminat davasının davalısı ise, kamulaştırmamasız el koyan idaredir.

Tazminat davası Bk. Md. 60'daki zamanaşımı sürelerine tabi olmaktadır.

Görevli ve yetkili mahkeme, HUMK'ndaki genel kurallara tabi olmaktadır.

89 Yarg., 5. HD., 16.9.1999, E.1999/11588, K.1999/13137 (AKAR, Cilt II, s.1027 vd.).

90 Yarg., 20.9.1979, E.5181, K.5509: "Davacı, mülkiyetinin devrine karşı bedel istemişi ve yol geçirilen kısımların dışında kalan sahanın tarımsal vasıflarını yitirdiğinden ötürü de tazminat istemiştir. Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda, dava konusu parselin (b) harfiyle ayrılan kısmı için de, istifade edilebilme olanağı azaldığından dolayı, diğer el atılan saha gibi değer tespit edilerek tazminat hesap edilmiştir. Mahkemece, bu kısmın devrine karar verilmediği halde, bu kısmın da mülkiyeti devredilecekmiş gibi hesaplanan tazminatın tamamının hüküm altına alınması doğru değildir. Yapılacak iş, gayrimenkulün yol geçilmesi nedeniyle verim gücünü yitiren kısmında meydana gelen zararın karşılığı tazminat olarak ayrı olarak hesap ettirilip, yola kalbedilen ve mülkiyetin devrine karar verilen kısım için takdir edilen bedelle toplanarak bulunacak miktarın hüküm altına alınmasından ibarettir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.171 vd.) . Aynı yönde bkz. Yarg., 3. HD., 20.9.1979, E.5242, K.5511 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.156 vd.).

91 Yarg., 5. HD., 1.11.1974, E.11305, K.10812: "Kamulaştırmamasız el konulan suyun kesilmesinden ötürü tarlasındaki değer düşüklüğünün tazmini istenebilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.154 vd.) . Yarg., 3. HD., 11.5.1976, E.3031, K.3987: "Yer bedeli dışındaki zarar tazminat olarak talep edildiğinde, yer bedeline de hükmedilemez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.55) . Yarg., 3. HD., 9.5.1977, E.2265, K.3089: ÖZÜ: "Kamulaştırmamasız el koyan idarenin kamulaştırma yetkisi olmalıdır. Yetkisiz idareden ancak uğranılan zararın tazmini istenebilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.155 vd.).

4. Ecrimisil (kullanma tazminatı) davası

Ecrimisil, gayrimenkulün haksız işgal edilmiş ve kullanılmış olmasından dolayı kira karşılığı verilmesi gerekli bir tazminattır. Gayrimenkule kamulaştırmaz el koyan idarenin, söz konusu gayrimenkule herhangi bir hasar veya zarar vermediği halde, sırf bu yeri işgal etmiş ve dolayısıyla da maliki bu yeri kullanmaktan alıkoymuş olması dolayısıyla ödeyeceği kira karşılığı bir tazminattır.

Kamulaştırmaz el koyma durumunda, ecrimisil davası tek başına açılabileceği gibi, müdahalenin men'i veya bedel davası ile birlikte de açılabilir⁹². Çoğu zaman, ecrimisil davası, müdahalenin men'i veya bedel davası ile birlikte açılacaktır.

Ecrimisil, bedel davası ile birlikte talep edildiği takdirde, malik, dava gününde bu yerin mülkiyetini idareye devretmeye razı olduğundan, dava gününden sonraki zaman için ecrimisil isteyemez. Bu durumda ancak, dava tarihine kadarki zaman için ecrimisil isteyebilir⁹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamulaştırmaz el koyma nedeniyle bedel davası açan malik, mahkemece saptanacak bedele dava tarihinden itibaren faiz işletilmesini de isteyebilir. Dava tarihinden öncesi için ise faiz istenemez; bu dönem

92 Bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.40; AKAR, s.977. Yarg., 5. HD., 18.9.1997, E.1997/10553, K.12944: "Dava, kamulaştırmaz el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi, kal, taşınmazın tapu kaydındaki kamulaştırma şerhinin silinmesi ve mahrum kalınan gelirin tahsili istemine ilişkindir..... Davalı idarece kamulaştırılmaksızın el atılan taşınmazın el atma tarihinden dava tarihine kadar getireceği kira geliri bilirkişi marifetiyle tespit ettirilerek belirlenecek miktarın davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken bu yöne ilişkin istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.979) . Yarg., 5. HD., 17.9.1998, E.1998/9800, K.12248: "Dava konusu taşınmazın arsa niteliğindeki el atılan bölümünün yüzölçümü 2765 m2 olup, taşınmazın diğer bölümüne el atılmamıştır. El atılan bölüm dışındaki 2400 m2'lik kısmın halen ne şekilde kullanıldığına tespiti ve ecrimisil tazminatının da bu kullanım şekline göre belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, bilirkişilerin herhangi bir tespite dayanmayan mücerret beyanlarına dayanılarak ecrimisil tazminatı miktarının tespiti ile hüküm alınması... Doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.977) . Yarg., 5. HD., 21.3.1987, E.16731, K.525 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.151 vd.).

93 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.40. Yarg., 5. HD., 30.1.1987, E.19618, K.903: "Dava, kamulaştırmaz el atma nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesine ilişkindir.... Davacıların, dava gününe kadar yoksun kaldığı..... Ecrimisili isteme olanağı vardır. Böyle olunca, davacıların istemi uyarınca dava gününe kadar yoksun kalınan kira karşılığı araştırılıp saptanarak sonucuna göre karar verilmek gerekir." (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.152).

için sadece ecrimisil (ve varsa zarar) talep edilebilir⁹⁴.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, ecrimisil davası Bk. md. 126'daki 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.⁹⁵

Yargıtay 5. HD.'nin bir kararına göre, "haksız işgal karşılığı olarak istenen ecrimisil miktarının, farazi kullanım biçimlerine göre değil, emsal taşınmazların kullanım şekilleri ve davacının önceki kullanımı bakımından mahrum kaldığı yararlanmalar açıklanıp dayanakları gösterilmek suretiyle saptanması gerekir"⁹⁶.

Ecrimisil davalarında, görevli ve yetkili mahkeme, genel hükümlere göre belirlenir. Buna göre, ecrimisil davalarında genel yetkili mahkeme, "davalının ikametgahı mahkemesi"dir. Burada, gayrimenkulün aynına ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu olmadığından, HUMK.'nun 13'üncü maddesindeki yetki kuralı uygulanmaz. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁹⁷. Yine Yargıtaya göre, ecrimisil bir tür haksız fiil tazminatı olduğundan, yetki bakımından, HUMK.'nun 21'inci maddesi de bu tür davalarda uygulama alanı bulacaktır. Yani, haksız fiilin meydana geldiği yer olarak kabul edilen "gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemeleri"de yetkilidir⁹⁸.

5. Faiz

Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, kamulaştırma yapılmaksızın el koyma nedeniyle açılan bedel davasında, faiz, el koyma tarihinden itibaren değil, dava gününden başlatılarak yürütülmelidir⁹⁹. Yine Yargı-

94 KAYA, s.102.

95 Yarg., 5. HD., 18.9.1997, E.1997/10553, K.12944: "Davalı idarece kamulaştırılmaksızın el atılan taşınmazın el atma tarihinden dava tarihine kadar getirebileceği kira geliri, bilirkişi marifetiyle tespit ettirilerek belirlenecek miktarın davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken...." (AKAR, Cilt II, s.979).

96 Yarg., 5. HD., 21.3.1985, E.2204, K.3208 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.151).

97 Yarg., 6. HD., 3.12.1975, E.7115, K.7573 (KARAHASAN, M. R.: Türk Eşya Hukuku, Cilt IV, İstanbul 1991, s.1210).

98 DÜZCEER, A. R.: Ecrimisil Davaları, Ankara 1997, s.144; Yarg., 3. HD., 4.4.1963, E2709, K.2703 (KARAHASAN, Türk Eşya Hukuku, Cilt IV, s.1211); Yarg., 3. HD., 25.9.1980, E.4822, K.4851 (KARAHASAN, Türk Eşya Hukuku, Cilt IV, s.1210).

99 Yarg., HGK., 18.10.1995, E.1995/18-633, K.1995/826 (KAYA, s.112, dn.287); Yarg., 5. HD., 5.2.1996, E1996/640, K.1907 (AKAR, Cilt II, s.1015 vd.); Yarg., 5. HD., 27.9.1999, E.1999/12450; K.14049 (AKAR, Cilt II, s.1016); Yarg., 5. HD., 7.2.2000, E.2000/452, K.1151 (AKAR, Cilt II, s.1017).

taya göre, ilk davanın, fazlaya ilişkin hak saklı tutulmak suretiyle açılması halinde, daha sonra açılan ek (ikinci) davada hükmedilen bedel de önceki (ilk) dava tarihine göre tespit edilen değer in arta kalan kısmı olduğundan, bedelin bu arta kalan kısmı için de, ilk davanın tarihi esas alınmak suretiyle faize hükmedilmelidir¹⁰⁰.

Şu halde, kamulaştırmaz el atma dolayısıyla açılan bedel davalarında, dava tarihinden itibaren yasal faize hükmolunacaktır¹⁰¹.

Bedel davasında, dava tarihinden öncesi için faize hükmolunamaz. Davanın tarihinden önceki döneme ilişkin olarak, ancak ecrimisile hükmolunabilir¹⁰².

Bedel davasına ilişkin dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş olduğu halde, yargılama sırasında mahkemeye sunulan bir dilekçe ile faiz talep edilip edilemeyeceğine gelince: Yargıtay 5. HD.'nin 5.12.1986 gün ve E.14436, K.16458 sayılı kararına göre, dava dilekçesinde faiz istenmemiş olduğu halde, yargılama sırasında ayrı bir dilekçe ile faiz talep edilmesi durumunda, eğer devalı buna itiraz eder ise, davanın geniş-

100 Yarg., 5. HD., 9.2.1998, E.1997/17302, K.1998/867: ÖZÜ: "Dava konusu taşınmazın ilk dava tarihi esas alınmak suretiyle değer biçildiğinden, ek davada hükmedilen bedel de önceki dava tarihine göre tespit edilen değer in arta kalan kısmı olduğundan, birinci davadaki dava tarihi esas alınmak suretiyle faize hükmedilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1016) . Yarg., 28.10.1990, E.1999/17559, K.16716: ÖZÜ: "Dava konusu taşınmazın, ilk dava tarihi esas alınarak değer biçildiğine göre, hükmedilen bedelin tamamı için, kısmi olarak açılan ilk dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, S.1017) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 14.10.1999/14420, K.15628 (AKAR, Cilt II, s.1017).

101 Yarg., 5. HD., 27.9.1999, E.1999/12450, K.14149: ÖZÜ: "Taşınmaz bedelinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1016).

102 Ecrimisil davasında faiz talep edilmesi halinde faizin hangi tarihten itibaren hesaplanacağı sorununa gelince: Yargıtayın içtihatlarına göre, faizin, ecrimisil talebinin ilişkin olduğu dönemin sonundan itibaren başlatılması ve hesabın buna göre yapılması gerekir. Ecrimisil belli bir dönemi kapsar. Dönemin bir başlangıç tarihi bir de son bulma tarihi vardır. Birkaç yıllık ecrimisil talep edilmesi halinde ise, birden çok dönem vardır. Bu durumda, faiz her dönemin son bulunduğu tarihten itibaren yürütülecektir; her dönemin başından faiz yürütülemez (DÜZCEER, s.135) . Yarg., 6. HD., 29.11.1975, E.6831, K.7551: "Füzuli işgal haksız bir fiildir. Bu itibarla, zararın gerçekleştiği günden itibaren ve belli dönemlerde, yani işgal tarihinden itibaren geçecek her senenin bitiminde faizin hesaplanması gerekir" (KARAHASAN, Türk Eşya Hukuku, Cilt IV, s.1194).

letilmesi olanağı kalmadığından faiz talebi reddedilecektir¹⁰³. Yargıtay, sorunun bir usul sorunu olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, davacının sonradan faiz talebinde bulunması halinde, eğer davalı buna itiraz etmezse faize hükmolunabilecek, buna karşılık eğer davalı bu talebe itiraz ederse faiz talebi reddolunacaktır¹⁰⁴.

Dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş olduğu halde, söz konusu bedel davasının yargılması sürerken, ayrı bir dava açılmak suretiyle faiz talep edilip edilemeyeceği sorununa gelince: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında haklı olarak belirtildiği üzere, "faiz her ne kadar fer'i nitelikte bir alacak ise de, bunun, asıl alacak davasından ayrı, başlı başına bir dava ile istenmesini engelleyen bir kanun hükmü yoktur. Bu bakımdan, önceden açılmış olan tazminat davasında faiz isteme hakkının saklı olduğunun bildirilmemiş olması da, faizin ayrı bir dava ile istenmesine mani değildir. Hak mevcut olunca onun dava dava edilmesi de kabul olunmak gerekir. BK.md.113'ün 2'inci fıkrasında kabul edilen esas, asıl borcun ödenmiş (ve dolayısıyla sona ermiş) olması ile ilgilidir. Bu madde, asıl borcun ödenmesi (ve dolayısıyla sona ermesi) sırasında işlemiş faizleri istemek hakkı saklı tutulmamışsa, artık faizin istenemeyeceğini belirtmektedir... Bir davanın açılmasından sonra, davacı, o davadaki iddiası ile bağlı olduğundan, diğer tarafın (davalının) rızası olmadıkça, iddiasını o dava içinde genişletemez. Ancak, HUMK'nun 185'inci maddesinde yer alan bu hüküm, asıl davadan ayrı olarak açılan davadaki istekler için uygulanmaz. Nasıl ki, alacağın bir bölümünün dava edilmesinden sonra, geri kalan bölümünün ayrı bir dava ile istenmesi mümkün ise ve bu durumda iddianın genişletilmesi söz konusu edilemez ise, asıl alacak için dava açılmasından sonra bu alacağı ilişkin faizin ayrı bir dava ile istenmesi de, iddianın genişletilmesi olarak kabul edilemez"¹⁰⁵.

Şu halde, dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş olsa da, bu davanın yargılması sürerken, ayrı bir dava açılmak suretiyle faiz talep edilebilecektir. Buna karşılık, asıl alacak ödeme ile sona ermiş ve fa-

103 Kararın metni için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.294.

104 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.70-71; KAYA, s.114.

105 Yarg. HGK., 15.11.1961 gün, E.36, K.38 (ARCAK/KİTİŞ, Cilt I, s.1216 vd.) . Ayrıca bkz. ARCAK, A: Anayasal Değişiklikler Karşısında Kamulaştırma, Ankara 1974, s.115.

kat alacaklı işlemiş faizleri talep hakkını saklı tuttuğunu beyan etmemiş ise ve halin icabından da bu hakkın saklı tutulduğu anlaşılmıyor ise, bu durumda artık, işlemiş faiz talep edilemeyecektir. Gerçekten de, asıl alacağın ödenmesi (ve dolayısıyla sona ermesi) sırasında, evvelce işlemiş faizi talep hakkının talep edilmiş olduğu alacaklı tarafından bildirilmiş olmadıkça veya durumun özelliğinden bu hakkın saklı tutulmuş olduğu anlaşılmadıkça, söz konusu faiz talep edilemeyecektir (BK.md.113/II) ¹⁰⁶.

Faiz alacağının zamanaşımına gelince: Faiz alacağı, BK.md.126'daki 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmalıdır. Faiz isteme hakkı, bedel davasının açılması ile birlikte, yani bu anda doğacağından, 5 yıllık süre de bedel davasının açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. ARCAK/DOĞRUSÖZ'e göre ise, "kamulaştırmaz el koyma olgusu bir haksız fiil olduğundan, burada istenecek faizin tazminat faizi olduğu düşünülebilir. Bu takdirde, 10 yıllık zamanaşımı söz konusu olur"¹⁰⁷.

Müdahalenin men'i davası açılması halinde ise, faiz talep edilmesi düşünülemez. Bu durumda ancak, ecrimisil talep edilebilir. Ecrimisil talebi, ayrı bir dava konusu yapılabileceği gibi, müdahalenin men'i davası ile birlikte de ileri sürülebilir.

Malikin, müdahalenin men'i davası açtıktan ve bu davadaki hü-

106 Özellikle, "alacaklı, alacağı tahsil etmeden önce, idareye dilekçe vererek faiz talebinde bulunmuş" ise veya "asıl alacağın tamamı tahsil edilmeden önce, faiz için ayrı bir dava açılmış" ise, alacaklı tarafından, faize ilişkin hakkın saklı tutulduğu, dolayısıyla da bu hakkın düşmemiş olduğu sonucuna varmak gerekir (bkz. KAYA, s.117) . Yarg.5. HD., 27.4.1992, E.7007, K.11186: "Kamulaştırma bedeli alınmadan faiz davası açılmış ise, BK.md.113/II uyarınca, halin icabı gereği faiz hakkı saklı tutulmuş sayılır" (KAYA, s.117, dn.300) . Yarg., 4. HD., 18.12.2000, E.9029, K.11637: "Faiz, asıl alacağa bağlı fer'i bir haktır. Asıl alacağın ödenmesi ile birlikte faiz alacağı da sona erer. Asıl alacak devam ettiği sürece, faiz alacağının asıl alaktan ayrı olarak talep ve dava konusu edilmesi mümkündür. Aynı şekilde, faizin belli bir dönemde işleyen bölümünün de, asıl alaktan bağımsız olarak istenmesi olanaklıdır. Asıl alacağın ödenmesi için açılan davada faizin hiç istenmemiş veya kısmen istenmiş olması ve fazlaya ilişkin hakkını saklı tutulmamış bulunması, daha sonradan faiz alacağı yönünden ayrı bir dava açılmasına engel teşkil etmez. Yeter ki, faiz isteme hakkı devam etmekte bulunsun. BK.md.113/II'de düzenlenen ayırık durumun varlığı halinde de faiz isteme hakkı, asıl alacağın ödenmesinden sonra da devam eder (YKD., Cilt 27, Sayı 6, Haziran 2001, s.828 vd.).

107 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.71.

küm kesinleştikten sonra bedel davası açması halinde, gayrimenkulün bedel davasının (ikinci davanın) açıldığı gündeki değeri talep edilebileceğinden, bu durumda, bedel davasının (ikinci davanın) açıldığı tarihten itibaren bu bedele faiz işleyecek ve faiz alacağının zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁰⁸. Aynı şekilde, malikin, müdahalenin men'i davasını açtıktan sonra, aynı davada talebini bedele dönüştürmesi halinde de, faiz, bedele dönüştürme talebinde bulunduğu tarihten itibaren işleyecek ve faiz alacağının zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Bedel davalarında hükmedilecek faiz oranı ise, "yasal faiz oranı"dır. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 4489 sayılı ve 1999 tarihli Kanun ile değişik 1'inci maddesi uyarınca, bu oran "reeskont faizi oranı" olup, bu oran her 6 ayda bir değişebilecektir.

6. El konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının kaybedilmesi

Doktrindeki bir görüşe göre, idare tarafından özel mülkiyete tabi bir gayrimenkule kamulaştırma yapılmaksızın el konulması halinde, malikin el konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, el koyma ile birlikte sona erer. Bu görüşe göre, malikin mülkiyet hakkı, idarenin kamulaştırmamasız el koyması ile sona erecek, fakat malik bu yüzden uğradığı tüm zararı (bedel vs.) haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilecektir¹⁰⁹.

Yargıtayın 16.5.1956 Gün ve E.1, K.6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilen ve Yargıtay Hukuk Dairelerince de kabul gören diğer bir görüşe göre ise, "...usulü dairesinde verilmiş bir istimlak kararı olmandan ve bedel ödenmeden gayrimenkulü yola kalp edilen (çevrilen) şahsın bu gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı bu fiili durum dolayısıyla hiçbir suretle zeval bulmaz"¹¹⁰. Görüldüğü üzere, Yargıtaya göre, kamulaştırmamasız el koyma halinde, malikin gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı el koyma ile birlikte sona ermez. Yine aynı içtihadı birleştirme kararında

108 Bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.71.

109 OĞUZMAN, s.5 vd.

110 "Bu nedenle de, gayrimenkulü yola çevrilen malik adına tapu sicilinde mevcut olan kaydın, Medeni Kanunun 912'inci maddesinin (yeni 999'uncu maddesinin) 2'inci fıkrası gereğince sicilden terkinine imkan yoktur".

belirtildiği üzere, mülkiyet hakkı baki kalan malik, bu hakkına dayanarak, gayrimenkulüne el koyan idareye karşı, müdahalenin men'i davası açabileceği gibi, dilerse, mülkiyet hakkının el koyan idareye devrine razı olarak gayrimenkulün bedelini dava edebilir. Yani, dilerse bedel davası açabilir.

Malikin müdahalenin men'i davası açması halinde, mülkiyet hakkının devam ettiğinden şüphe yoktur. Ancak, eğer malik müdahalenin men'i davası açmak yerine bedel davası açmayı tercih ederse, bu durumda malikin mülkiyet hakkı hangi anda sona erecektir?

Yargıtaya göre, bedel davası açan malik mülkiyet hakkının gayrimenkule el koyan idareye devrini kendiliğinden kabul ettiğinden, yani buna razı olduğundan, bedel davasında mahkemece bedele hükmedilmesi ile birlikte, malikin el konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı da sona ermektedir. Bu nedenle, bedel davasını yerinde bulup kabul eden mahkeme, aynı davada, gayrimenkulün idare adına tesciline ya da terkinine de karar vermelidir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.2.1983 gün ve E.1982/3-889, K.1983/160 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Öte yandan bu tür davalarda, hükmedilecek tazminat (bedel) mülkiyet hakkının devrine karşılıktır. Bu nedenle, tazminata hükmedilirken taşınmazın mülkiyetinin de davalı idareye devrine karar verilmesi gerekir"¹¹¹. Yani, mülkiyet idareye geçecek ise "idare adına tesciline", buna karşılık tapuya tescili söz konusu olmayan bir yer (örneğin yol) söz konusu ise, var olan "kaydın terkinine" karar verilmelidir¹¹². Mahkemece,

111 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.64.

112 Yarg. 5. HD., 29.4.1983, E.4286, K.4381: "Mülkiyet hakkının devrine karşılık bedele hükmedildiğine göre, taşınmaz malın tapu kaydında el konulan yerin yol olarak terkinine karar verilmemesi doğru bulunmamıştır" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.282 vd.) . Yarg. 5. HD., 3.6.1983, E.4518, K.5369: "El konulan yerin karşılık parasının ödenmesine karar verilince, o yerin idare adına tesciline de karar verilmesi gerekir...Mülkiyet hakkının devrine karşılık bedele hükmedildiğine göre, el konulan taşınmaz malın davacılar adına olan tapu kaydının iptali ile davalı maliye hazinesi adına tesciline karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi.... Doğru bulunmamıştır" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.283 vd.) . Yarg. 5. HD., 5.12.1986, E.14492, K.16439: "İdare adına tapuya tesciline karar verilebilecek olan garaj gibi yerler için terkinine diye karar verilemez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.285 vd.) . Yarg., 5. HD., 6.2.1987, E.16847, K.1204: "İlk okul yerleri, köy veya özel idare adına tescil edilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.286 vd.) . Yarg. 5. HD., 26.5.1998, E.1998/5036, K.7932: "el atılan taşınmaz yol durumuna dönüştürüldüğünden, TMK.nun 912.maddesi uyarınca tapudan terkinine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1019) . Aynı yönde: Yarg., 5. HD., 5.7.1999,

ilgili tarafın üzerlerine tescil ettirmekte muhtariyetine şeklinde karar verilemez¹¹³.

ARCAK/DOĞRUSÖZ'ün haklı olarak belirttikleri üzere, bedel davası ile birlikte malikin mülkiyet hakkının sona ermesi için, hakimın bedele hükmetmesinden başka, ayrıca mahkemece hükmedilen bu bedelin malike ödenmiş veya onun adına bir bankaya yatırılmış olması gerekir. Söz konusu bedel malike ödenmedikçe veya onun adına bir bankaya yatırılmadıkça hakim tescil veya tescile karar vermemelidir¹¹⁴.

Kanaatimizce, bu konuda şöyle bir çözüme varılmalıdır: Kamulaştırma halinde malikin kamulaştırılan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının ne zaman sona ereceği, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4650 sayılı Kanun ile değişik 25'inci maddesinde şu şekilde hükme bağlanmıştır: "...Mülkiyetin idareye geçmesi mahkemece verilen tescil kararı ile olur". Bu yeni hükme göre, mahkemece verilecek tescil kararı ile birlikte malikin mülkiyet hakkı sona erecek ve mülkiyet idareye geçecektir. Ancak, hakimın tescile hükmedebilmesi için, kamulaştırma bedelinin malike ödenmiş veya onun adına bir bankaya yatırılmış olması gerekir. Şu halde, kamulaştırmaz el koyma halinde de, malikin kamulaştırmaz el

E.1999/11175, K.12123 (AKAR, Cilt II, s.1019) . Yarg. 5. HD., 23.9.1999, E.1999/4633, K.13794: "1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununa göre, kamulaştırmaz el atılan taşınmazın, Hazine yerine Milli Savunma Bakanlığı adına tescilli doğru değilse de, bu yanlışın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hüküm fıkrasında (Davalı Milli Savunma Bakanlığı adına tesciline) kelimelerinin çıkarılmasına ve yerine (davacı üzerindeki tapusunun iptali ile Hazine adına tapuya tesciline) kelimelerinin yazılmasına ve hükmün böylece düzeltilerek onanmasına." (AKAR, Cilt II, s.1020) . Yarg. 5. HD., 5.10.1999, E.1999/10600, K.14849: "... Bedelinin tahsiline karar verilen taşınmazın davalı idare adına tescilli ile iktifa olunmak gerekirken ayrıca terkin kararı verilmesi doğru değilse de, bu yanlışın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hüküm fıkrasındaki (tapudan terkinine) ilişkin bölümün çıkarılmasına ve hükmün böylece düzeltilerek onanmasına." (AKAR, Cilt II, s.1020) . Yarg. 5. HD., 8.11.1999, E.1999/15469, K.17325: ÖZÜ: "İrtifak hakkı bedeline hükmedildiğine göre, davalı idare lehine irtifak hakkının tesciline karar verilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1020).

113 Yarg. 3. HD., 7.6.1977, E.2799, K.2763: "Kamulaştırmaz el koyma davalarında, mülkiyet hakkının devrine karşılık bedele hükmedilecektir. Bu nedenle, dava konusu taşınmazın kim adına tescilli gerekeceği de kesinlikle saptanmalı ve buna da hükmolunmalıdır. Tescil yönünde ilgili tarafın üzerlerine tescil ettirmekte muhtariyetlerine şeklinde hüküm verilemez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.280).

114 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.64-65. Aynı yönde: KAYA, s.125.

konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, bedel davasına bakan mahkemenin vereceği tescil veya terkin kararı ile (bu kararın kesinleşmesi ile) birlikte sona erecektir. Ancak, hakimın tescile veya terkine hükmedebilmesi için, hükmedilen bedelin malike ödenmiş veya onun adına bir bankaya yatırılmış olması gerekir. Söz konusu bedel malike ödenmiş olmadıkça, mahkemece verilen tescil veya terkin kararı ile birlikte malikin mülkiyet hakkının sona erdiğinden söz edilemez.

Nihayet, mülkiyet hakkı, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde öngörülen 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi ile de sona erer. Gerçekten de, söz konusu hükme göre, idarenin gayrimenkule kamulaştırmaz olarak el koyduğu tarihten itibaren 20 yıl geçmekle, malikin bu gayrimenkul ile ilgili her türlü dava hakkı düşer. Bu süre geçtikten sonra, artık malik, müdahalenin men'i, bedel, tazminat veya ecrimisil davası açamaz. Bu sürenin geçip geçmediği hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur. Doktrin ve uygulamada hakim olan görüşe göre, söz konusu sürenin geçmesi ile birlikte, malikin, kamulaştırma yapılmaksızın el konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecek ve mülkiyet hakkı idareye geçecektir. Dolayısıyla da idare, gayrimenkulün kendi adına tescilini veya tapudan terkinini dava edebilecektir¹¹⁵.

115 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.462 vd.; ARCAK/KİTİŞ, Cilt II, s.2134; AKAR, Cilt II, s.1021; KAYA, s.126 vd. Yarg. 5. HD., 15.9.1986, E.15212, K.16669: "Kamulaştırma Yasasının 38'inci maddesinde...kamulaştırmaya tabi tutulmadan kamu hizmetine tahsis edilen taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz ile ilgili her türlü dava hakkının 20 yıl geçmekle düşeceği belirtildiğine ve davacıların bu taşınmaz üzerinde herhangi bir hakkının kalmadığına göre, taşınmaz malın davacı hazine adına tesciline karar verilmesinde bir tutarsızlık görülmemiştir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.473). Yarg. 5. HD., 23.9.1997, E.1997/11410, K.13463: "Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca kamulaştırma işlemleri tamamlanmadan veya hiç kamulaştırma yapılmadan el atılıp kamu hizmetine ayrılarak üzerinde tesis yapılan taşınmaza ilişkin her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer. Milli Savunma Bakanlığının dava konusu taşınmaza dava tarihinden 20 yıl öncesinden beri el atıp taşınmaz üzerine depo inşa ettiği dosya muhtevasına uygun olarak mahkemece kabul ve takdir kılındığından, idare tarafından açılan tapu iptal ve tescil davasının kabulüne, tapu malikinin açtığı el atmanın önlenmesi davasının ise reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.743). Yarg. 5. HD., 19.2.1998, E.1998/1051, K.1637: "Enerji nakil hattı 1971 yılında geçirilmiştir. Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca kamulaştırma yapılmadan veya kamulaştırma işlemi tamamlanmadan taşınmaza el atma hallerinde, el atma tarihinden itibaren 20 yıllık hak düşürücü süre geçtiğinden, mal sahibinin, el atmanın

IX. Kamulaştırmasız El Koyma Dolayısıyla Açılan Davalarda İdarenin Savunma Olarak İleri Sürebileceği Hususlar

Açılan müdahalenin men'i veya bedel davasında, davalı idare, dava konusu gayrimenkul ile ilgili olarak çeşitli hususları savunma olarak ileri sürebilir. İdare, "bu yere fiilen el koymadığını", "gayrimenkule 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesi uyarınca düzenleme ortaklık payı olarak el konulduğunu ve dolayısıyla da 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin 1'inci cümlesinde belirtilen durumun söz konusu olduğunu", "el koymanın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin 2'inci cümlesinde belirtilen özel parselasyona dayandığını", "el koymanın kendiliğinden terke dayandığını", "el koymanın 221 sayılı Kanunun kapsamına girdiğini", "20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunu"¹¹⁶ savunma olarak ileri sürebilir. Bu konuların her biri yukarıda incelenmiş olduğundan, o bölümlere atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Öte yandan, el konulan gayrimenkulün maliki, el koymadan ötürü, ister müdahalenin men'i davası, ister bedel davası açmış olsun, eğer bu davalardan birinin açılmasından sonra idare tarafından "kamulaştırma" yapılırsa, açılmış olan dava hakkında karar verilmesine yer kalmamış demektir. Bu durumda, konusu kalmamış davanın reddine karar verilmek gerekir. Ancak, yetkili merciin (örneğin Belediye Encümeninin) kamulaştırma kararı vermesi ve hatta bu kararın onaylanması yeterli değildir. Kamulaştırma bedelinin de, bankaya yatırılması gerekir. İdare, bedeli yatırmadan "kamulaştırma yapıldığı" savunmasında bulunamaz¹¹⁷.

kapsamı ile sınırlı olarak, her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer ve karşılığında da davacı idare lehine hak doğar... Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca davacı idarenin irtifak hakkı tesciline ilişkin talebinin kabulü gerekirken... Davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.743) . Aynı yönde: Yarg. 5. HD., 24.6.1997, E.1997/9070, K.10479 (AKAR, Cilt II, s.742).

116 Yarg. 5. HD., 12.5.1998, E.1998/4580, K.7408: "... Davalı idarenin (Milli Savunma Bakanlığı'nın), 1960 yılında taşınmaz atış poligonu ve spor alanı yaparak el attığı, maliklerinin istifadesine engel olunduğu, bizzat davacı tarafından kabul edildiğine, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesine göre bu el atma tarihinden 20 yıllık hak düşürücü süre geçmekle, taşınmaz malikinin, taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı düşeceğinden, davacının taşınmazı sonradan iktisap etmesi hak düşürücü süreyi yeniden başlatmayacağından, sonucu itibariyle davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.726).

117 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.67. Yarg. 3. HD., 28.9.1976, E.4835, K.6069: "Kamulaştırma için Belediye Encümeninin karar vermiş olması yeterli değildir. Diğer işlemlerin de oluşmuş ve kamulaştırmanın kesinleşmiş olması gerekir (ARCAK/DOĞRU-

Kamulaştırma yapılmış olmasından ötürü konusu kalmayan davanın reddine karar verince, ortaya, yargılama gideri ve vekalet ücretinin hangi tarafça ödeneceği sorunu çıkmaktadır. Bu konuda, kamulaştırmanın, müdahalenin men'i veya bedel davasının açılmasından önce yapılmış olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Şöyle ki: Kamulaştırmamız el koyma nedeniyle açılan bu davaların açıldıkları güne kadar kamulaştırma işlemi malike tebliğ edilmemiş ise, malikin söz konusu davaları açmakta haklı olduğu ve idarenin bu davalara sebebiyet verdiği görüşünden hareketle, idare, yargılama gideri ve vekalet ücreti ile sorumlu tutulmaktadır¹¹⁸.

SÖZ s.176 vd.) . Yarg. 5. HD., 24.4.1989, E.1989/1124, K.1989/8723: ÖZÜ: "Kamulaştırmamız el konulan yerin bedelinin ödenmesi için açılan dava sırasında, anılan yerin idarece kamulaştırılması durumunda, davacının davasına devam etmek istemesi üzerine, mahkemece davanın kamulaştırma bedelinin arttırılması davasına dönüştüğü kabul edildiğinden, Kamulaştırma Yasasının 11, 12, 25'inci maddelerindeki esaslar göz önünde tutularak, kamulaştırmamız el atma davasında istenen miktarı geçmemek üzere bedelin arttırılmasına karar verilmesi doğrudur" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.183 vd.) . Yarg. 5. HD., 24.11.1983, E.9526, K.10144: ÖZÜ: "Kamulaştırması yapılan yer hakkında, su altında kalsa bile, kamulaştırmamız el koyma nedeniyle dava açılmaz" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.188 vd.) . Yarg. 5. HD., 2.4.1984, E.2614, K.2872: ÖZÜ: "Kamulaştırma yapıldığı durumlarda, kamulaştırmamız el atma nedeniyle dava açılmaz" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.190 vd.) . Yarg. 5. HD., 4.2.1984, E.10357, K.10430: ÖZÜ: "Kamulaştırma işlemi idare bakımından mahallinde ilan yapılmak suretiyle tebligat evresine getirilmiş ise, tazminata (bedele) karar verilemez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.191 vd.) . Yarg. 5. HD., 6.2.1987, E.120, K.1293: "Noter aracılığı ile tebliğ edilmemesi nedeniyle, hukuken geçerli bir kamulaştırmamız söz edilemeyeceğine göre, olayın kamulaştırmamız el atma olarak nitelendirilmesi doğru bulunmuştur" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.195 vd.) . Yarg. 3. HD., 26.12.1978, E.6852, K.7784: ÖZÜ: "Kamulaştırma bedelinin yatırılması ve ilgiliye tebliği gerekir. Bu işlemler yapılmadan açılmış olan kamulaştırmamız el koyma davası red olunamaz" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.177).

118 Yarg. 3. HD., 18.5.1976, E.3363, K.4109 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.107) .

THE “ANNAN PLAN” AND THE CYPRUS CONFLICT

Prof. Dr. Clement Dodd
University of London

The lack of solution of the Cyprus problem ‘could be an important obstacle’ to Turkey’s accession to the EU, according to the November 2003 Progress report of the European Commission. Lest this be misconstrued, the Head of the EU Representation in Turkey, Harisjorg Kretscher, affirmed that a settlement of the Cyprus problem was not a pre-condition for Turkey’s accession, but added that Turkey’s contribution to finding a solution would have a positive impact on the EU process. The President of the European Parliament, Pat Cox, also stated that a Cyprus solution would not be a political condition for Turkey, but also pointed out that in politics people assess issues in a comprehensive manner. The solution of the Cyprus problem was not a political condition but he believed that with the resolution of the problem, the atmosphere with regard to Turkey- EU relations would change in many capitals. Gunther Verheugen, the EU Commissioner for Enlargement has repeatedly stressed the importance for Turkey of a Cyprus solution, whilst, in turn, not going so far as to say that its solution was a prior condition for Turkey’s accession.

It has sometimes been shown stated, or implied, that Turkey is respon-

sible for a solution. In this regard, refuting any such suggestion, the Turkish Foreign Minister has emphasised that responsibility for the Cyprus problem cannot be placed on Turkey alone. Yet the representatives of the UN, the EU the United States and Britain have all been loud in their assertions that the solution lies through acceptance of the 'Annan Plan' ' as the UN Plan submitted at the end of 2002 has come to be known. Since the Annan Plan was rejected by the Turkish Cypriot Government with the approval of the Turkish Government, it would seem to be expected that Turkey could use its influence to modify Turkish Cypriot attitudes. Nor are the pressures just international. Within Turkey there are sections of opinion that believe Turkey has an obligation well above others to bring about acceptance of the Plan. For instance, the Chairman of the Turkish Economic and Social Studies Foundation has warned that Turkey will be unable to enter the EU unless it makes a sincere contribution to solving the Cyprus issue. Yet in his recent important speech in North Cyprus (15 November 2003) the Turkish Prime Minister, Tayyip Erdogan, made no reference to the Annan Plan. Referring to the existence of two states, he insisted that any settlement must be bi-zonal and must preserve the equal status and political equality of the Turkish Cypriots. Does the Annan Plan provide for these requirements as its authors and supporters seem to believe?

The Annan Plan

The Opposition parties in the Turkish Republic of Northern Cyprus support the UN Plan. It is clear that they are much influenced by the membership of the European Union to which it would lead. The economy of the TRNC, severely impaired ever since 1974 by the international embargoes (supported by the EU) suffers from unemployment, or under-employment, for many. This is particularly felt by young people. Membership of the EU would provide a much more attractive future for them than at present available. Free from embargoes, international tourism would be able to develop in the North and Turkish Cypriots would be able to work in principle anywhere in the European Union- Also for them the warnings of the older generation that the Greek Cypriots are not to be trusted and will seek to dominate the North, often seem to fall on deaf ears. For the young it is now a different world, They believe that Greek Cypriot attitudes have changed and that they will be safe from domination by virtue of being members of the post-modern European Union

Moreover the Plan seeks to provide a solution of the problem by following the Belgian pattern, a country where there is a serious division between its two constituent peoples. The Turkish Cypriots would still have their own state, as would the Greek Cypriots, alongside a joint, or 'common state'. Moreover it is stated in the Plan that between the two 'constituent, states and the 'Common state' the relationship would not be hierarchical. The 'constituent states' would also have significant functions. These would include education and culture, health, fisheries, agriculture, internal commerce and industry, and local police. As in Belgium, each of the 'constituent states' would be able, if need be, themselves to represent their own interests in these areas in the councils of the European Union. They would not have to be represented by members of the 'common state'. They could even develop international relations in some spheres. Moreover, it has been asserted by many international statesmen in support of the Plan that the 'Common state' would in practice have little to do, with much legislation emanating from the European Union. In addition, in his Report on the failure of the Plan, the UN Secretary-General points out that, in deference to Turkish Cypriot views, that the Swiss model was appropriate for a federal structure, it was allowed in the Plan that only in certain specified functions would the Turkish Cypriot state be transferring sovereignty to the 'common state'. This is claimed to accord with the Turkish Cypriot position, as stressed in earlier views, that they regarded themselves as sovereign except insofar as they had transferred items of sovereignty to the centre. However, in more recent years the Turkish Cypriots have made it clear in advancing 'equal partnership' (essentially confederal) proposals for a solution they would be transferring *functions* not *sovereignty*.

When the Plan seems to confer so many benefits, and is conceived within the ethos of the brave new post-modern world of the European Union, why should any Turkish Cypriots object to it? The Opposition parties in the TRNC, or at least some of their younger supporters, appear to be carried away by the new anti-nationalist idealism of the European Union. Others see the economic benefits they expect to receive as EU members. So what could be the objections?

The first point to be made is that although the Plan would fittingly have been advanced, or at least approved, by the 'constituent states' this was not to be the case. It was intended that the Plan, embracing the

whole scheme, would simply be accepted by the leaders of each community, and then approved by referenda in both the South and the North. This is very strange. Why were the two 'constituent' states not being given the function of actually constituting, and approving, the new structure? If they did not have this function they could hardly be called 'constituent' states. *Ab initio*, the Plan avoids the involvement of the two states; this served, of course, to avoid any recognition of the Turkish Republic of Northern Cyprus. The early resort to referenda is also particularly worrying. Complex schemes like those in the Plan have to be fully digested and discussed before being put to referenda, a notoriously dangerous way to make decisions on anything but simple and straightforward issues.

Incidentally, a later change that annoyed the Turkish Cypriots was the proposal in the Plan to call the new overall political structure the 'United Republic of Cyprus'. This seemed to imply that the original Republic of Cyprus had become disunited after the Turkish Cypriots claimed to be no longer part of it, but was now to be reunited! The Turkish Cypriots have also wanted the creation of a *new* state, as seemed earlier to be promised by the United Nations. However, in the Plan there is only reference to the creation of a 'new state of affairs', not the same thing by a long way.

To turn to more concrete matters, although the unimportance of the 'common state' was often stressed, Gunther Verheugen has constantly insisted that the 'common state, must be strong enough to perform EU functions. These would include the responsibility, as in Belgium for the 'common state' to ensure that each of the 'constituent states' budget deficits did not go above 3 per cent of gross domestic product, in accordance with EU rules. In accordance with EU norms, the common state; would also ensure that *acquis* rules were applied throughout Cyprus. These would include free movement of labour and capital, and freedom to live anywhere. This last freedom was in fact restricted in the Plan, as will be seen but such limitations would always be struggling against the unrestrictive basic Philosophy of the European Union. In the conditions required under the *acquis* in so small an island as Cyprus there would also be a felt need for common systems of social security and private taxation. In short the 'common state' could be expected to acquire more and more legislative and supervisory functions.

These would add to the already considerable functions ascribed in the

Plan to the 'common state'. These comprised external and EU affairs, Central Bank functions, all indirect taxation (including value added tax; and customs and excise dues), economic and external trade policy, national resources, responsibility for the Teritorial waters and the continental shelf, communications overall (including telecommunications and air travel), immigration [a thorny subject], anti-terrorist measures and the common state police. In brief, the 'common state' would control the application of EU legislation and EU norms ' as well as itself having some substantial functions. It is arguable that for the sake of economy and efficiency, 'common state' functions would need to be fairly comprehensive, but the question has to be asked, Where would power lie in the' "common state"?"

It is clear from analysis of the constitutional structure proposed for the 'common state' that power would lie with the Greek Cypriots. This is so because of the composition of the legislative and executive institutions to be established, namely the Senate, the Chamber of Deputies and the Presidential Council.

All 'comon state' legislation would have to be passed by simple majority in both Homes. Each House would have 48 members. Half the Senate would be elected by the Turkish Cypriot state's electorate. The number of the elected Deputies from each community would be proportional to the population of each state, with the proviso that there would be at least 12 deputies from each community. Significantly, and unusually, there is no provision for any representation of the two 'constituent states' in the Senate or Chamber of Deputies.

Voting would, be by simple majority in both Houses, though votes in favour of a measure in the Senate would normally require the inclusion of a quarter of each side's senators present and voting. A 'special majority' of two fifths would be required in legislation and decision; on finance, immigration, foreign affairs,, and the election of the executive Presidential Council. This was to be composed of six members, pro tional to the population of each state, but with at least two from each community. Voting would be by simple majority, but with at least one vote from each community member. Under present circumstances, the election of the Turkish Cypriot members would largely be in the hands of the Greek Cypriot members of the legislature. These provisions would act as brake on Greek Cypriot domination, but deny the political equality so often promised to the Turkish Cypriots

Property, Territory and Residence.

Turkish Cypriot criticism of the UN Plan has tended to make more of other adverse sections of the Plan than those provisions outlined above. This no doubt because the general populace does not find it easy to address itself to complex constitutional matters, important though they are. More significant for them were the Plan's provision; with regard to the return of property to those displaced by the events of 1974. Whilst not many Turkish Cypriots want to return to live among the Greek Cypriots, many of the 180, 000 Greek Cypriots who mainly fled their homes in 1974 wish to return. Under the complex property provisions in the Plan, many would be able to reclaim their properties, whilst some would only be able to claim compensation. According to UN estimates, some 15, 000 to 18, 000 Turkish Cypriots would have to relinquish their homes to former Greek Cypriot owners. Since the TRNC would be required to surrender some 7 per cent of its land (from the 34 per cent held) there would be 47, 000 persons to be relocated in the reduced Turkish Cypriot state. Altogether, according to UN estimates,, there would be between 62, 000 and 65, 000 displaced persons in the Turkish Cypriot state. Turkish Cypriot estimates are for 100, 000, half the population.

Including those Greek Cypriots who would return to their properties in the new proposed Turkish Cypriot state, after a period of 15 years 21 per cent of the population of the Turkish Cypriot state could be Greek Cypriot, but there were ambiguities in the Plan suggesting it could easily constitute a greater proportion. There was, notably, a provision that would allow the return of former inhabitants *and their descendants* to return to some villages in the Karpas peninsula!

In sum, the Turkish Cypriot Government could see considerable disadvantages in the Plan. Moreover in addition to the factors described above, there was a strong feeling that under the operation of EU norms there would be nothing to stop the Greek Cypriots from investing heavily in the Turkish Cypriot state, in fact, dominating it economically. Quite a number of Turkish Cypriots expressed the fear that since Greek Cypriots often believed the island was essentially theirs, they would make every effort to buy out Turkish Cypriot owners of enterprises and property, even at uneconomic prices. However, the Opposition parties in the TRNC believe the Greek Cypriots have changed, and that these views no longer reflect reality. In support of these sentiments, it might be noted that the a

view is sometimes expressed in the Greek Cypriot press that it would be an unnecessary expense to unite with the Turkish Cypriots and have to meet development costs to bring their economy up to the level of that of the South.

The ultimate fate of the Annan Plan was expected to be decided by the results of the parliamentary elections held on 14 December 2003. In the run-up to the elections the main item in dispute was whether the TRNC should return to discuss the Annan Plan. In particular, the prospect of its opening up the road to EU membership was attractive to many. Consequently the Opposition parties stressed how EU membership would provide jobs in a much more developed Turkish Cypriot economy, in the rest of Cyprus, and in the EU generally. They pointed also to the failures of the past, particularly to the tribulations arising from the troubled Turkish economy, to alleged corruption in government, and to the over-riding influence of Turkey in the TRNC. For instance the control of the police by the Turkish military was a particular bone of contention for Mustafa Akinci, who expressed considerable hostility to Turkey.

The nationalist pro-government parties stressed how the Annan Plan would destroy the autonomy of the Turkish Cypriots and would return them to the situation before 1974. Mainly they sought to defend the existence of their state, an achievement that had guaranteed them peace and security for thirty years. They were not against union of some sort with the Greek Cypriots, and were for EU membership, but insisted that agreement could only come through recognition of the existence of the TRNC, in the first place. They were pro-Turkish, stressing the importance of the aid and succour received. Hindsight suggests that they did not make enough of their desire to join the European Union.

They were much heartened by the visit (mentioned above) made to the TRNC on 15 November by the Turkish Prime Minister, Tayyip Erdogan a visit routinely condemned by the Greek Cypriot Government. Erdogan did not go so far as to say that the TRNC should first be recognised, but he came close to it in an important speech. He pointed out that there were 'two separate democratic states' in Cyprus and he believed 'reconciliation efforts should be based on these realities'.¹ He further had no doubt 'that the Turkish people of Cyprus are in a position to become

1 Quotations are from a translation of Erdogan's speech made by the President's Office Lefkosa.

one of the equal partners of comprehensive consensus to be reached on the island'

In the result, the elections held on 14 December 2003 very unusually produced a stalemate. The government parties, the National Unity Party and the Democratic Party, gained 32.9375 and 12.93% of the vote respectively, winning 18 and 7 seats. A minor party, the Nationalist Peace Party, won 3.23% of the vote, but under the 5% rule did not qualify for any seats. This party wasted votes for the nationalist cause. Had it joined one of the two other nationalist parties, there almost certainly would not have been a deadlock. On the Opposition side the Republican Turkish Party and the Peace and Democracy Movement won 35.2% and 13.16% of the vote respectively, winning 19 and 6 seats. The pro-EU party led by the Chairman of the Chamber of Commerce, the Solution and European Union Party, earned 1.99175% of the vote, but won no seat. The tiny Cyprus Justice Party won only 0.6% of the vote. Whilst the Republican Turkish Party might be described as having won the election each bloc won 25 seats. Unless a coalition government can be formed, the Constitution requires that another election be held after 60 days.

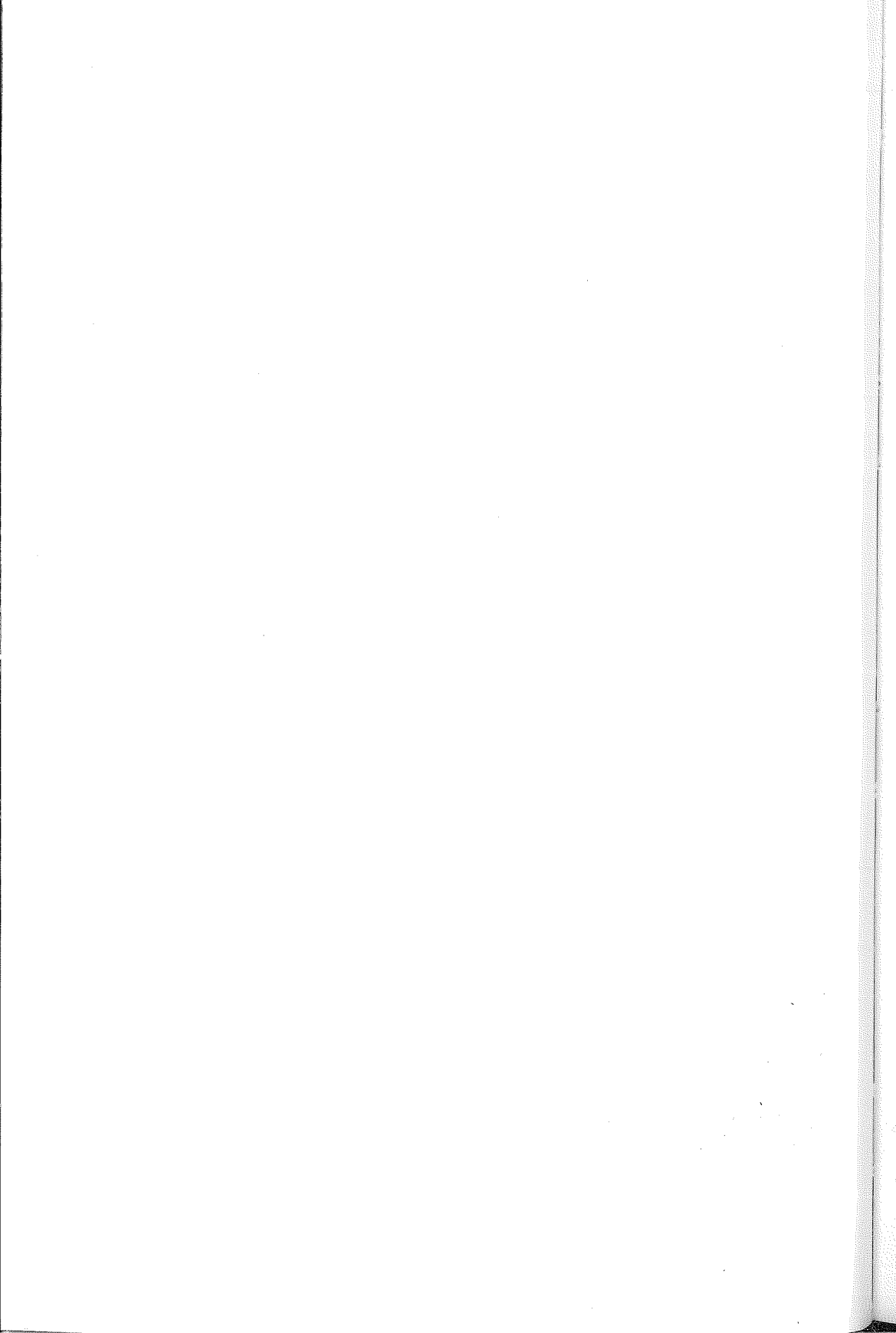
This unusual and difficult result will probably not prevent the presentation of new proposals expected from the Turkish side. They would no doubt continue to call for a partnership state between two internationally recognised states. No doubt they would also call for real political equality in the institutions of a common state. This is one version of the two-state solution that is generally coming more to the fore. The Opposition parties will almost certainly wish to proceed with trying to open new negotiations on the basis of the Annan Plan, but without necessarily calling for a two-state solution.

A two-state solution might take one of two forms. A more fundamental version would be for complete separation of the two states and for international recognition of the existence of the Turkish Republic of Northern Cyprus. This would mean the removal of international embargoes. In a position, then, then to develop international tourism, the TRNC would *no* doubt be able to make its way very satisfactorily in the world., whether a member of the EU or not.

The problem for a rigorous two-state solution, promising though such would be, is the serious difficulty presented by the international recognition of the Republic of Cyprus that fortuitously, for the Greek

Cypriots, followed the events of 1964. On its own *no* major state would seem likely to recognise the TRNC, and at the same time derecognise the Republic of Cyprus as sovereign over the whole of the island - least of all Britain and the United States, with their extensive defence and listening installations in the South. Could the Greek Cypriots be persuaded or encouraged to renounce their claim to sovereignty over the Turkish Cypriots, a claim that is very hard to justify? They could follow the example of the Irish Parliament, which has renounced its claims to sovereignty over Northern Ireland. They could do so in return for satisfaction over return of territory and return to, or compensation for, property lost in 1974. In this regard it has also to be borne in mind that between 1963 and 1974, and in 1974, the Turkish Cypriots also abandoned many properties. This approach would pave the way for a two-state solution of whichever sort, thus relieving the EU of the considerable difficulties it faces if the Republic of Cyprus enters the EU in May 2004 with part of its alleged territory not under its control. When it could be maintained that the TRNC was 'occupied' without EU authority by Turkish troops.

Perhaps the only way to bring about the very desirable renunciation by the Greek Cypriots of their sovereignty over the Turkish Cypriots would be for other states to begin, or threaten to begin, a process of recognition of the TRNC. This would be highly unwelcome to the Greek Cypriots. Former President Glafcos Clerides recently announced that, when in office, he had made effective representations to the UN Secretary-General to dissuade four Arab states from their intention to recognise the TRNC. However, the more likely way forward, given the strength of the desire recently shown in the TRNC to enter the EU, is renewed pressure by the international community on the TRNC to discuss the Annan Plan, or some version of it, without any of prior international recognition of the Turkish Republic of Northern Cyprus. Recognition of the TRNC is sometimes dismissed as a matter that would be of no practical value after an agreement was signed, but by recognising their political equality it would provide psychological encouragement and security for the Turkish Cypriots and thus make them much more amenable to a solution. However, all is in flux until a new Turkish Cypriot government is formed with a clear majority to make the important decisions that lie ahead.



ANNAN PLANI VE KIBRIS SORUNU¹

Prof. Dr. Clement Dodd, University of London

Çeviren: Araş. Gör. Ceren Su
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Avrupa Komisyonu'nun Kasım 2003 İlerleme Raporu'na göre, Kıbrıs'ta çözümsüzlük Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyeliği önünde "önemli bir engel teşkil edebilir". Bu ifadenin yanlış yorumlanması ihtimaline karşı Avrupa Birliği Türkiye Temsilciliği Başkanı Hansjorg Kretschmer Kıbrıs'ta çözümün Türkiye'nin üyeliği açısından bir ön koşul olmadığını beyan etmiş, ancak Türkiye'nin bir çözüm bulunmasına yapacağı katkının Avrupa Birliği sürecine olumlu etkisi olacağını eklemiştir. Avrupa Parlamentosu Başkanı Pat Cox ise; Kıbrıs'ta çözümün Türkiye için bir siyasi şart olmadığını ortaya koymuş bununla beraber, siyasette konuların geniş bir açıdan ele alınmakta olduğuna işaret etmiştir. Pat Cox, Kıbrıs'ta çözüm siyasi bir şart olmamakla beraber, sorunun çözümüyle Türkiye – AB ilişkilerine hakim olan atmosferin birçok önemli açıdan değişeceğine inandı-

1 Bu dergide yayımlanan "Annan Plan and the Cyprus Conflict" başlıklı makalenin çevirisidir.

ğını belirtmiştir. Avrupa Birliği Komisyonu genişlemeden sorumlu üyesi Gunter Verheugen Kıbrıs'ta çözümün Türkiye açısından önemini bir çok defa vurgulamış, buna karşın çözümün Türkiye'nin üyeliği için bir ön şart olduğunu belirtecek kadar ileri gitmemiştir.

Zaman zaman bir çözüm bulunmasının Türkiye'nin sorumluluğu olduğu belirtilmekte ya da ima edilmektedir. Türk Dışişleri Bakanı, bu tür iddiaları reddederek, Kıbrıs sorununa ilişkin sorumluluğun yalnızca Türkiye'ye yükletilemeyeceğini vurgulamıştır. Ancak, Birleşmiş Milletler temsilcileri, Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere çözümün 2002 yılı sonunda sunulan Birleşmiş Milletler Planı'nın, yaygın olarak bilinen adıyla "Annan Planı"nın kabulünden geçtiği iddialarını dile getirmektedirler. Görünen odur ki; Annan Planı Kıbrıs Türk Hükümeti tarafından, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin de desteğiyle, reddedildiğinden, Türkiye'nin nüfuzunu Kıbrıs Türk Hükümeti'nin aldığı tavrı değiştirmekte kullanması umulmaktadır. Bu baskılar yalnızca uluslararası değildir. Türkiye içinde, Annan Planı'nın kabulünü sağlamanın Türkiye'nin önde gelen yükümlülüğü olduğu fikrini benimsemiş çevreler bulunmaktadır. Örneğin; Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı Başkanı, Türkiye'nin, Kıbrıs sorununun çözümüne samimi bir katkıda bulunmadıkça, Avrupa Birliği üyesi olamayacağı uyarısında bulunmaktadır. Ancak, Türk Başbakanı Tayyip Erdoğan yakın zamanda (15 Kasım 2003), Kuzey Kıbrıs'ta yaptığı önemli bir konuşmada Annan Planı'na değinmemiştir. Tayyip Erdoğan iki devletli bir oluşuma gönderme yaparak, herhangi bir anlaşmanın iki bölgeliliğe dayanması ve Kıbrıs Türkleri'nin eşit statüsünü ve siyasi eşitliğini koruması hususlarında ısrar etmiştir. Annan Planı, hazırlayıcılarının ve destekleyicilerinin inandığı gibi, bu talepleri karşılamakta mıdır?

Annan Planı

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti muhalefet partileri Birleşmiş Milletler Planı'nı desteklemektedirler. Bu partilerin Plan'ın getireceği Avrupa Birliği üyeliği düşüncesinin etkisi altında kaldıkları açıktır. 1974'ten beri, (Avrupa Birliği'nce desteklenen) uluslararası ambargolar nedeniyle aşırı derecede bozulan KKTC ekonomisi yaygın işsizlik veya yetersiz istihdam sorunlarıyla karşı karşıyadır. Bu sorunlar özellikle genç nüfus tarafından hissedilmektedir. Avrupa Birliği bu kesim için şu anda mümkün gözükenden çok daha çekici bir gelecek sağlayacaktır. Ambargoların kalkmasıyla uluslararası turizm Kuzey'de gelişme imkanı bulacak ve Kıbrıslı Türkler,

prensipte, Avrupa Birliği'nin her yerinde çalışabileceklerdir. Eski neslin Kıbrıslı Rumlar'a güvenilemeyeceği ve bunların Kuzey'de hakimiyet kurmaya çalışacakları uyarıları ise genç kesimce dikkate alınmamaktadır. Genç nesil dünyayı farklı algılamakta, Kıbrıslı Rumlar'ın değiştiğine ve kendilerinin, post – modern Avrupa Birliği'ne üyeliğin gerçekleşmesiyle, hakimiyet altına alınma tehlikesine karşı güvende olacaklarına inanmaktadır. Bundan başka, Plan Belçika'nın, aralarında ciddi surette ayrılma söz konusu olan iki kurucu topluma sahip bir ülkenin, modelinin izlenmesi suretiyle bir çözüm sağlanması amacını taşımaktadır. Kıbrıs Türkleri, bir birleşik ya da "ortak" devletin yanısıra, Kıbrıs Rumları gibi, kendi devletlerine sahip olacaklardır. Bunun dışında, Plan'da iki "kurucu" devlet ve "Ortak Devlet" arasındaki ilişkinin hiyerarşik olmayacağı ortaya konmuştur. "Kurucu devlet"ler de önemli işlevlere sahip olacaklardır. Bu işlevler eğitim ve kültür, sağlık, balıkçılık, tarım, iç ticaret ve endüstri ve yerel polis gücünü içermektedir. Belçika'da olduğu gibi kurucu devletlerin her biri, ihtiyaç hasıl olduğunda bu alanlardaki çıkarlarını Avrupa Birliği konseylerinde kendi başlarına temsil edebileceklerdir. "Ortak Devlet" üyeleince temsil edilmek zorunluluğu olmayacaktır. Bazı alanlarda uluslararası ilişkilerde dahi bulunabileceklerdir. Bundan başka, Plan'ı destekleyen bir çok devlet adamı tarafından, bir çok yasanın Avrupa Birliği'nden kaynaklanacak olması nedeniyle "ortak devlet" in gerçekte pek az işlevi olacağı iddia edilmektedir. Buna ek olarak, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Plan'ın başarısızlığına ilişkin raporunda, Kıbrıslı Türkler'in görüşlerine riayet edilerek, İsviçre modelinin federal bir yapı için uygun bir model olarak teklif edilmiş olduğuna dikkati çekmektedir. Sonuç olarak Plan, Kıbrıs Türk Devleti tarafından "ortak devlet" e egemenlik devrinin yalnızca, kesinlikle belirlenmiş bazı işlevlerin yerine getirilmesi konusunda gerçekleşmesine izin vermiştir. Bu durumun, Kıbrıs Türkleri'nin önceki yıllarda altını çizdikleri, kendilerini merkeze devrettikleri egemenlik unsurları dışında egemen addeden görüşleriyle uyum içinde olduğu öne sürülmüştür. Ancak yakın geçmişte Kıbrıs Türkleri eşit ortaklığa (temel olarak konfederasyona) dayanan çözüm teklifleri geliştirerek, *egemenlik* devri yerine *işlev* devrinde bulunacaklarını kesinlikle ortaya koymuşlardır.

Plan bir çok yarara sahip görünmekteyken ve Avrupa Birliği'nin yeni ve cesur post – modern dünyasının toplumsal özelliklerine göre yoğrulmuşken, bir Kıbrıslı Türk Plan'a hangi nedenlerle itiraz edebilir? KKTC muhalefet partileri, en azından bunların genç destekleyicileri Avrupa Birliği'nin yeni anti – milliyetçi idealizmine kapılmış görünmektedirler. Di-

ğer kesimler Avrupa Birliği üyeleri olarak elde etmeyi umdukları ekonomik faydaları gözönünde bulundurmaktadır. Böyle bir durumda Plan'a karşı ileri sürülebilecek itirazlar neler olabilir?

İlk olarak, Plan "kurucu devlet"ler tarafından münasip şekilde geliştirilebilecek, en azından onaylanabileceken, bu yola başvurulmamıştır. Yalnızca, tüm düzenlemeleri içermekte olan Plan'ın iki toplumun liderlerince kabul edilmesi ve daha sonra Kuzey'de ve Güney'de halk oylamalarıyla onaylanması niyetiyle yola çıkılmıştır. Bu şaşkırtıcı bir durumdur. Neden "kurucu devlet"lere, yeni yapıyı "kurma" ve onaylama işlevi fiili olarak tanınmamıştır? "Kurucu devlet"lerin bu işlevi haiz oldukları öngörülmediyse bunları "kurucu devlet" olarak adlandırmak güçtür. Esasında, Plan iki devletin işin içine karışmasından kaçınmaktadır, bu durum, tabiidir ki; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ni herhangi bir şekilde tanımaktan kaçınılmasını sağlamıştır. Referanduma erken başvurulması özellikle endişe vericidir. Plan'da yer alanlar gibi karmaşık düzenlemeler, basit ve açık konular dışında herhangi bir konu üzerinde karar vermek için tehlikeleri bilinen bir yol olan referanduma sunulmadan önce, tamamen sindirilmeli ve derinlemesine tartışılmalıdır.

Sonradan yapılan bir değişlikle Plan'da yer alan, yeni siyasi yapının bütünü'nün "Birleşik Kıbrıs Cumhuriyeti" olarak isimlendirilmesi tekli Kıbrıslı Türkler'i rahatsız etmiştir. Bu adlandırma, ilk Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kıbrıslı Türkler'in kendilerinin bunun bir kurucusu olmadıklarını iddia etmeleri ile dağıldığını ancak şimdi yeniden birleşmekte olduğunu ima eder görünmekteydi. Ayrıca, Kıbrıslı Türkler, Birleşmiş Milletler tarafından kendilerine vaat edildiği gibi, yeni bir devletin yaratılmasını istemektedirler. Ancak, Plan yalnızca "yeni düzen"e değinmektedir ki, bu kavram "yeni devlet" kavramından oldukça farklıdır.

Daha somut hususlara değinilecek olursa, "ortak devlet"in önemsizliği sıklıkla vurgulanmış olsa da, Gunter Verheugen "ortak devlet"in AB ile ilgili işlevleri yerine getirebilecek kadar güçlü olması konusunda ısrar etmektedir. Bu durum Belçika'da olduğu gibi, "ortak devlet"in, AB kuraları uyarınca, kurucu devletlerden her birinin bütçe açıklarının gayrisafi milli hasılanın %3'ünü geçmemesini sağlamaktan sorumlu olmasını da içerecektir. Yine AB normları uyarınca, "ortak devlet" Topluluk müktesebatının tüm Kıbrıs'ta uygulanmasını da sağlayacaktır. Bunun içine sermaye ve iş gücünün serbest dolaşımı ve istenilen yerde yaşama özgürlüğü girmektedir. İstenilen yerde yaşama özgürlüğü, ileride görüleceği gibi,

Plan'da aslen kısıtlanmış olmakla beraber, bu kısıtlamalar Avrupa Birliği'nin sınırlayıcı olmayan temel felsefesi ile her zaman çatışma içerisinde olacaktır. Müktesebatın gerektirdiği şartlar altında, Kıbrıs gibi küçük bir adada, ortak sosyal güvenlik ve özel vergilendirme sistemlerine de ihtiyaç duyulacaktır. Kısacası, "ortak devlet" in gittikçe daha çok yasama ve denetim işlevi kazanması beklenebilecektir.

Bütün bunlar Plan'da "ortak devlet" için belirlenen şimdiden dikkate değer işlevlere eklenecektir. Bu işlevler dış ilişkiler ve Avrupa Birliği ilişkileri, Merkez Bankası'na ilişkin işlevler, dolaylı vergilendirmenin tamamı (katma değer vergisi ve gümrük ve rusumet vergileri dahil olmak üzere), ekonomi ve dış ticaret politikası, milli kaynaklar, karasuları ve kıta sahanlığına ilişkin sorumluluk, tüm iletişim ağı (telekomünikasyon ve hava taşımacılığı dahil), göç (ki bu konu güçlük çıkartmaktadır), terrörle mücadele tedbirleri ve ortak devlet polis gücünü içermektedir. Özet olarak, "ortak devlet" AB mevzuatı ve normlarının uygulanmasını kontrol etmenin yanısıra önemli bazı işlevlere de sahip olacaktır. Ekonomi ve verimlilik adına "ortak devlet" işlevlerinin oldukça kapsamlı olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu noktada sorulması gereken soru "ortak devlet" in idaresinde gücün kimin elinde olacağıdır.

"Ortak Devlet" in Kontrolü

"Ortak devlet" için teklif eden anayasal yapı analiz edildiğinde, gücün Kıbrıslı Rumlar'ın elinde olduğu açıkça görülebilir. Bunun nedeni yasama ve yürütme kurumlarının yani Senato, Vekiller Meclisi ve Başkalık Konseyi'nin oluşum şekilleridir.

Her iki kamarada da tüm "ortak devlet" yasalarının basit çoğunlukla kabul edilmesi zorunludur. Her kamara 48 üyeye sahip olacaktır. Senatının yarısı Kıbrıs Türk Devleti seçmenlerince seçilecektir. Her bir toplumun seçilmiş Vekillerinin sayısı, her biri için en az 12 olmak koşuluyla, devletlerin nüfuslarıyla orantılı olarak belirlenecektir. "Kurucu devlet"lerin Senato'da veya Vekiller Meclisi'nde temsiline ilişkin hiçbir hüküm olmaması dikkat çekici ve olağan dışıdır.

Senato'da bir yasanın kabul edilebilmesi için her bir taraf üyelerinin dörtte birinin oylamada hazır bulunması ve olumlu oy kullanması gerekmektedir. Her iki kamarada da oylama basit çoğunluk esasına dayanacaktır. Maliye, göç, dışişleri ve yürütmeden sorumlu Başkanlık Konse-

yi'nin seçimine ilişkin yasa ve kararların kabulü için beşte bir oranında nitelikli çoğunluk aranacaktır. Başkanlık Konseyi her bir toplumdaki en az iki üye olması şartıyla, her bir devletin üye sayısı nüfusuyla orantılı olmak üzere toplam altı üyeden oluşacaktır. Oylama, her bir toplumdaki en az bir üyenin olumlu oy kullanması şartıyla basit çoğunluk esasına dayanacaktır. Bu şartlar altında, Kıbrıslı Türk üyelerin seçimi, genel olarak Kıbrıslı Rum yasama üyelerinin ellerinde olacaktır. Bu hükümler Kıbrıslı Rumlar'ın hakimiyetini frenleyici etki yaratacak ancak, Kıbrıs Türkleri'ne sıkça sözü verilen siyasi eşitliği engelleyecektir.

Mülkiyet, Toprak ve İkamet

Kıbrıs Türkleri'nin eleştirileri yukarıda ana hatları çizilen hükümlerden ziyade Plan'ın diğer olumsuz kısımlarına yönelme eğilimindedir. Bu durum, şüphesiz, halkın genelinin, önemli olmalarına rağmen, karmaşık anayasal konulara yönelmekte zorlanmasından kaynaklanmaktadır. Halkın geneli için, 1974 olayları nedeniyle mülklerini terketmek zorunda kalmış olanlara mülkiyetin geri verilmesine ilişkin hükümler daha önemli olmuştur. Kıbrıslı Rumlar'ın arasında yaşamak üzere geri dönmek isteyen Kıbrıslı Türkler'in sayısı fazla değilken, 180, 000 Kıbrıslı Rum nüfusunun 1974 olayları nedeniyle yaşadığı yeri boşaltmış olan çoğunluğu geri dönme arzusunda. Plan'ın mülkiyete ilişkin detaylı hükümleri uyarınca, bir çoğu mülkiyetin iadesini talep edebilecekken bir kısmı yalnızca tazminat talebinde bulunabilecektir. Birleşmiş Milletler tahminlerine göre, 15, 000 ila 18, 000 Kıbrıs Türk'ü evlerini önceki Kıbrıslı Rum sahiplerine bırakmak zorunda kalabileceklerdir. KKTC'den topraklarının yüzde yedisini teslim etmesi istendiğinden, yüzölçümü azalmış Kıbrıs Türk Devleti'nde yeniden yerleştirilmesi gereken 47, 000 kişi olacaktır. Bunların hepsi toplandığında, Birleşmiş Milletler tahminlerine göre, 62, 000 ila 65, 000 kişi yerinden çıkarılmış olacaktır. Bu konudaki Kıbrıslı Türk tahminleri 100, 000 kişi yani nüfusun yarısı şeklindedir.

Teklif edilen Kıbrıs Türk Devleti'ndeki evlerine geri dönen Kıbrıslı Rumlar dahil olmak üzere, onbeş yıl sonra, Kıbrıs Türk Devleti nüfusunun yüzde yirmibirini Kıbrıslı Rumlar oluşturabilecektir. Ancak Plan'da bu oranın daha fazla olabileceğini düşündüren belirsizlikler yer almaktadır. Dikkate değer olarak, önceki yerleşimcilerin ve *bu kişilerin soylarından gelenlerin* Karpaz Yarımadası'ndaki bazı köylere geri dönmelerine olanak sağlayan bir madde bulunmaktadır.

Özet olarak, Kıbrıs Türk Hükümeti Plan'da önemli mahzurlar görmekteydi. Bunun yanı sıra, yukarıda açıklanan hususlara ek olarak, AB normlarının işleyişi altında Kıbrıs Rumları'm Kıbrıs Türk devletinde bir çok yatırım yapmaktan ve devleti ekonomik olarak hakimiyet altına almaktan alıkoyacak bir yolun olmaması yolunda ciddi endişeler bulunmaktaydı. Bir çok Kıbrıslı Türk, Kıbrıslı Rumlar'ın çoğu kez adanın öncelikle kendilerine ait olduğuna inanmaları nedeniyle, Kıbrıs Türkleri'nin şirket ve mallardaki hisselerini, zarar ettirecek derecede yüksek fiyatlar üzerinden olsa dahi, satın almak için her türlü çabayı gösterecekleri yönündeki korkularını belirtmiştir. Ancak, Muhalefet partileri Kıbrıslı Rumlar'ın değiştiğine ve bu görüşlerin artık gerçeği yansıtmadığına inanmaktadır. Kimi zaman Kıbrıs Rum Basını'nda belirtilen Kıbrıslı Türkler ile birleşmenin ve ekonomilerini Güney'inki ile aynı düzeye getirmek amacıyla kalkınma masraflarını karşılamının gereksiz bir ekonomik yüke yol açacağı görüşleri bu inancı destekler niteliktedir.

Kıbrıs Türk Parlamentosu Seçimleri, Aralık 2003

Annan Planı'nın kaderi üzerinde, 14 Aralık 2003'te yapılan parlamento seçim sonuçlarının belirleyici olması beklenmekteydi. Seçim öncesinde tartışılan başlıca konu KKTC'nin Annan Planı müzakerelerine geri dönmemesinin gerekip gerekmediği olmuştur. Halkın çoğu için özellikle, Plan'ın Avrupa Birliği üyeliğine giden yolu açacak olması çekiciydi. Bu nedenle, muhalefet partileri Avrupa Birliği üyeliğinin, çok daha fazla gelişecek olan Kıbrıs Türk ekonomisinde, Kıbrıs'ta ve Avrupa Birliği genelinde bir çok iş sahası yaratacağını vurgulamışlardır. Ayrıca, Türkiye ekonomisindeki bozulmalardan kaynaklanan sıkıntılar, hükümetin karıştığı iddia edilen yolsuzluklar ve Türkiye'nin KKTC üzerindeki güçlü etkisi başta olmak üzere, geçmişin başarısızlıklarına dikkati çekmişlerdir. Örneğin, polis gücünün Türk ordusunun denetiminde olması, Türkiye'ye karşı husumetini açığa vuran Mustafa Akıncı için temel bir itiraz sebebi olmuştur.

Milliyetçi, hükümet yanlısı partiler Annan Planı'nın Kıbrıs Türkleri'nin otonomisini yok edeceğine ve onları 1974 öncesi duruma döndüreceğine dikkat çekmişlerdir. Esas olarak kendilerine otuz yıl boyunca güvenlik ve barışı garanti etmiş bir başarının eseri olan devletlerinin varlığını savunmuşlardır. Kıbrıslı Rumlar ile gerçekleşecek herhangi bir birleşmeye karşı olmamalarına ve AB üyeliğini desteklemelerine rağmen, uzlaş-

maya ancak öncelikle KKTC'nin tanınması şartıyla varılabileceğinde ısrar etmişlerdir. Türkiye yanlısı bu partiler, Türkiye'nin zor zamanlarında yaptığı yardımın ve Türkiye'den alınan ianenin önemini vurguladılar. Sonradan anlaşıldığı üzere, Avrupa Birliği'ne katılma arzularının üzerinde yeterince durmamışlardır.

15 Kasım'da Türk Başbakan Tayyip Erdoğan'ın KKTC'ne yaptığı ve Kıbrıs Rum Hükümeti'nce her zaman olduğu gibi kınanan ziyaret bu partileri oldukça yüreklendirmiştir. Erdoğan, öncelikle KKTC'nin tanınması gerektiğini belirtecek kadar ileri gitmemekle beraber, yaptığı önemli bir konuşmada, bunu söylemenin eşğine gelmiştir. Kıbrıs'ta iki ayrı demokratik devletin var olduğuna dikkati çekmiş ve uzlaşma çabalarının bu gerçekleri temel alması gerektiğine inandığını belirtmiştir. Ayrıca Kıbrıs Türk Halkı'nın adada varılacak geniş mutabakatın eşit ortaklarından biri durumunda bulunduğuna hiç şüphesi olmadığını ifade etmiştir.

Neticede, 14 Aralık 2003'te yapılan seçimler olağandışı bir şekilde kısır bir sonuç doğurmuştur. İktidar partileri Ulusal Birlik Partisi ve Demokrat Parti sırasıyla %32.93 ve %12.93 oranında oy alırken, ilki 18, ikincisi 7 koltuğa sahip olmuştur. Küçük çaplı bir parti olan Milliyetçi Barış Partisi %3.23 oranında oy almasına rağmen %5 kuralı nedeniyle parlamentoya girememiştir. Bu parti milliyetçi oyların bölünmesine yol açmıştır. Diğer iki milliyetçi partiden birine katılmış olsaydı, kesinlikle bir çıkamaza girilmeyecekti. Muhalefet tarafında, Cumhuriyetçi Türk Partisi ve Barış ve Demokrasi Hareketi sırasıyla %35.2 ve %13.16 oy alarak, 19 ve 6 koltuk kazanmışlardır. Ticaret Odası Başkanı liderliğindeki Avrupa Birliği yanlısı Çözüm ve Avrupa Birliği Partisi oyların %1.99'unu almış ancak parlamentoda koltuk kazanamamıştır. Çok küçük çaplı bir parti olan Kıbrıs Adalet Partisi yalnızca %0.6 oranında oy almıştır. Seçimi Cumhuriyetçi Türk Partisi'nin kazandığı söylenebilirken her iki blok da 25'er koltuğa sahip olmuştur. Anayasa bir koalisyon hükümetinin oluşturulmaması halinde 60 gün sonra bir başka seçimin yapılmasını gerektirmektedir.

Bu olağandışı ve zorluk yaratan sonuç Türk tarafından beklenen yeni tekliflerin sunulmasını her halde engellemeyecektir. Türk tarafı büyük ihtimalle uluslararası olarak tanınmış iki devlet arasında kurulacak bir ortaklık devleti çağrısında bulunmaya devam edecektir. Kıbrıs Türk muhalefet partileri neredeyse kesinlikle Annan Planı'nı temel alan yeni müzakereler başlatmayı denemek isteyecekler ancak iki devletli bir çözümü şart koşmayacaklardır.

İki devletli bir çözüm iki biçimden birini alabilir. İki devletin tamamen ayrılması ve KKTC'nin varlığının uluslararası tanınması diğerinden daha köklü bir biçim olarak ortaya çıkar. Bu, uluslararası ambargoların kalkması anlamına gelecektir. Böylelikle, uluslararası turizmi geliştirebilir duruma gelecek KKTC, şüphesiz, AB üyesi olsun olmasın, dünyadaki yeri açısından yeterli yol kat edebilecektir. İkinci biçim Avrupa Birliği'ne girecek bir birleşik federal ya da konfederal bir devletin oluşturulması ancak bundan önce KKTC'nin tanınması şeklinde olacaktır.

Her ne kadar ümit verici olsa da iki devletli çözümün her iki biçiminin de sorunu, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin 1964 olayları sonrasında, Kıbrıslı Rumlar'ın şansına, tesadüfi olarak tanınmış bulunmasının yarattığı ciddi zorluktur. Kendi başına herhangi bir büyük devletin, en azından Güney'de büyük savunma ve dinleme tesislerine sahip bulunan İngiltere ve Birleşik Devletler'in, KKTC'ni tanıması ve aynı zamanda Kıbrıs Cumhuriyeti'ni tüm adanın hakimi olarak tanıma kararını geri alması olası gözükmemektedir. Acaba Kıbrıslı Rumlar'ın açıklanması çok zor olan hakimiyet iddialarını geri almak yolunda ikna edilmeleri ya da cesaretlendirilmeleri imkanı var mıdır? Kıbrıslı Rumlar'ın Kuzey İrlanda üzerindeki hakimiyet iddiasını geri alan İrlanda Parlamentosu örneğini izlemeleri mümkün olabilir. Bunu, bir kısım toprağın ve ellerinden çıkan mülklerin kendilerine geri verilmesi veya bu mülkler için tazminat ödenmesi karşılığında yapacaklardır. Bu hususta, 1963 ile 1974 arasında ve 1974'te, Kıbrıs Türkleri'nin de bir çok mülkü terk ettiklerini göz önünde bulundurmak gerekir. Bu yaklaşım, hangi biçimde olursa olsun iki devletli bir çözümü kolaylaştıracak ve Kıbrıs Cumhuriyeti Mayıs 2004'te ileri sürdüğü sınırlarıyla ancak bu toprakların bir kısmı kendi denetiminde olmaksızın Avrupa Birliği'ne girerse, Avrupa Birliği'ni, KKTC'nin, Avrupa Birliği'nin otoritesi hilafına, Türk Ordusu'nun "işgali" altında olduğu iddialarıyla karşılaşmaktan ve bundan kaynaklanacak güçlüklerden kurtaracaktır.

Belki de Kıbrıslı Rumların, arzu edildiği gibi, Kıbrıslı Türkler üzerindeki hakimiyet iddialarını geri almalarını sağlamanın tek yolu diğer devletlerin KKTC'nin tanınmasına dair bir süreç başlatmaları veya başlatmak tehdidinde bulunmalarıdır. Bu durum Kıbrıs Rumları tarafından büyük hoşnutsuzlukla karşılanacaktır. Önceki Başkan Glafkos Clerides, kendi iktidarı sırasında dört Arap devletini KKTC'ni tanıma niyetlerinden vazgeçirmek için Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine etkili itiraz bildirimlerinde bulunduğunu kısa zaman önce beyan etmiştir. Ancak,

KKTC'de son dönemde gösterilen AB'ye girme arzusunun güçlülüğü göz önüne alınırsa, ilerisi için daha muhtemel olan Annan Planı veya bunun uyarlamalarının müzakere edilmesi konusunda uluslararası toplum tarafından KKTC üzerinde kurulmuş baskının, KKTC'ne bundan önce uluslararası tanınma sözü verilmeksizin, yinelenmesidir. KKTC'nin tanınması bir antlaşma imzalandıktan sonra uygulamada getirisi olmayacak bir husus gibi görülerek zaman zaman göz ardı edilmektedir, bununla birlikte siyasi eşitliklerinin tanınması suretiyle, Kıbrıs Türkleri'ne psikolojik olarak cesaret ve güven verecek ve böylece çözüme daha sıcak bakmalarını sağlayacaktır. Ancak, bu konuların tümü, önünde yatan önemli kararları almasını sağlayacak tartışmasız bir çoğunluğa sahip yeni bir Kıbrıs Türk hükümeti kurulana kadar belirsizliğini koruyacaktır.

SOME CRITICAL ASPECTS REGARDING THE UN SECRETARY GENERAL'S PROPOSAL FOR A COMPREHENSIVE SETTLEMENT OF THE CYPRUS PROBLEM

Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler
University of Innsbruck, Austria

I. The Legal Position of the Peoples of Cyprus

The two populations of Cyprus are two clearly distinct ethnic groups, which means that there is no homogeneous "nation" or "people" of Cyprus that could exercise a "national" right of self-determination for the entire island.¹ Therefore, both the Greek Cypriot and Turkish Cypriot community are subjects of the right of self-determination in Cyprus.² Neither of the two ethnic groups (peoples) possesses the *de iure* or the *de fac-*

* The author would like to thank Dr. Anna Gamper for her assistance with this article.

1 Cf also Art 2 of the Constitution of 1960, which does not mention a „Cypriot nation“, but only the Greek and Turkish „Communities“.

2 Cf the famous statement of the British Colonial Secretary, Mr. Lennox-Boyd: "(It) will be the purpose of Her Majesty's Government to ensure that any exercise of self-determination should be effected in such a manner that the Turkish Cypriot community ... shall ... be given freedom to decide for themselves their future status ... (The) exercise of self-determination in such a mixed population must include partition among the eventual options." (House of Commons, 1956). See also Oberling, *Negotiating for Survival. The Turkish Cypriot Quest for a Solution to the Cyprus Problem* (1991) 37 f; Leigh, *The Legal Status in International Law of the Turkish Cypriot*

to power to deny or overrule the right of self-determination of the other group.³

The sovereignty of the historically "semi-federal"⁴ state of Cyprus was clearly defined and restricted by international law (London and Zurich Agreements of 1959) in order to protect the Turkish Cypriot community. The illegal amendments of the constitution and the violation of the civil rights of the Turkish population during the early sixties therefore surpassed the legal scope of Cyprus's sovereignty (*ultra vires* acts).⁵ These acts immediately caused a civil war between the two populations. The

and the Greek Cypriot Communities in Cyprus, in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions*2 (1997) 54; Lauterpacht/Leigh, *On Sovereignty in Cyprus and its Relationship to Proposals for a Solution of the Cyprus Problem along Federal Lines*, in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions*2 (1997) 69 ff; Blumenwitz, *The Legal Status of Greek Cypriots and Turkish Cypriots as Parties of a Future Agreement for Cyprus*, in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions*2 (1997) 85, 88 and Heinze, *On the Question of the Compatibility of the Admission of Cyprus into the European Union with International Law, the Law of the EU and the Cyprus Treaties of 1959/60*, in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions*2 (1997) 181, 199. Heinze, *Zum Stand des Zypern-Konflikts unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Selbstbestimmung der Völker*, *ZfP* 1991, 406, 425 f points out that the establishment of the Republic of Cyprus in 1960 was not an act based on the self-determination of a homogenous „Cyprus nation“, but on the congruent self-determination belonging to each of the two communities.

- 3 Cf Bouony, *The Status of the Turkish Republic of Northern Cyprus and its Adherence to the Organization of the Islamic Conference*, in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions*2 (1997) 112, 113: „The equality of status is the fundamental notion recognized and accepted by the founders of the new state and also by the guarantor states of the status of the island ... (which) leads to the free exercise of the right of self-determination particular to each of the communities and to the insubordination of one to the other.“
- 4 The qualification as a "semi-federal" system seems to be justified considering those provisions in the Constitution of 1960 which established institutions of "functional federalism": Namely, one could mention Art 46 et seq, which provided for a Turkish Vice-President (vested with the right to final veto in certain cases) and a Council of Ministers composed of seven Greek Ministers and three Turkish Ministers. Moreover, according to Art 86 et seq, the Greek and the Turkish Communities respectively were entitled to elect from amongst their own members their own Communal Chambers which were responsible for certain matters of legislation.
- 5 Cf Lauterpacht, *The Right of Self-determination of the Turkish Cypriots*, in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions*2 (1997) 9, 12: "(Not) only did the Greek Cypriot community ... break the Constitution and violate its pledged

constitutional amendments certainly cannot be supposed to have created "one Cypriot nation", because they could not be accepted by the Turkish population, whose share in the constitutional power had been granted by international treaties. Nor could these acts create a new type of unitary state dominated by the Greek Cypriots, because this was not within the *de iure* or the *de facto* power of the Greek authorities. Thus, the "new state" was a *de facto* Greek Cypriot national regime.⁶

In principle, the Treaties of 1959 and 1960 still exist legally⁷, although practically, on account of the constitutional changes and the new political situation in Cyprus they are more or less inapplicable.⁸ Both existing states - i.e. the so-called "Republic of Cyprus" and the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) - are illegitimate regarding the provisions of the treaties of 1959 and 1960 as well as the constitution of 1960. The division of both the island and the ethnic groups, which is based on a complex pattern of clearly illegal acts, makes the reinstatement of the former constitution (1960) and the application of the larger part of the Treaties impossible. Therefore, the Treaties should be rephrased in order to create a new international guarantee for a Cypriot confederation.

Until 1963, the Turkish population of Cyprus had been a national community that shared territory and lived intermingled with the Greek majority. Since the illegal destruction of its constitutional status the Turkish population has developed to a separate and independent political entity which has no connection to the Greek Cypriot national regime. Since the illegal ethnic dividing of the population and the establishment of two

word in an absolutely fundamental way; it also repudiated a solemnly assumed treaty undertaking which formed an indispensable element in any legal assessment of its position."

- 6 Cf Lauterpacht (fn 5): „But that *de facto* acceptance (of the Greek Cypriot regime) by the international community could not, and did not, in any way expunge the international illegality or ... deprive the Turkish Cypriot community of its entitlement, possessed in common with the Greek community, to the enjoyment of its right of self-determination." See also Leigh (fn 2) 61, 63.
- 7 Cf Panico et al, Joint Opinion on the Legal Status of the Turkish Republic of Northern Cyprus, in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions 2* (1997) 101.
- 8 Cf Mani, *Resolving the Cyprus Conflict: A Framework for Self-Determination*, in Sharma/Epaminondas (eds), *Cyprus: In Search of Peace and Justice* (1997) 195 ff.

separate territories caused by the Turkish military intervention one has not been able to speak of "national communities" any longer, but rather of two different peoples inhabiting the island.⁹

II. Statehood and Recognition

Although international law today clearly grants a right of self-determination to all peoples, it does not provide a mechanism for the unilateral secession from an existing state, because this would violate the principles of the integrity and sovereignty of a state. The foundation of the TRNC, however, was no secession from a semi-federal state of Cyprus, but rather a reaction to the foundation of the national Greek Cypriot de facto regime leading to 10 years of civil war.¹⁰

Both de facto regimes in the north and in the south of Cyprus have now developed into national states, simply because they possess all essential elements of independent states that are required by international law, i.e. they exercise stable and effective constitutional power on a clearly defined territory and over permanent population without foreign control.¹¹

The disavowal of the TRNC by all states except Turkey is a severe practical problem, which, however, has no legal effect on its quality of being an independent state according to the prevailing declaratory theory.¹² The resolutions of the UN Security Council 541/1983 and 550/1984 not to recognize the TRNC as a state are merely political advice and not legally binding.¹³ Moreover, they are legally self-contradictory, because they do not consider the illegal acts that were first performed by the Greek Cypri-

9 Accordingly, the UN Security Council as well as the Secretary-General have always emphasized that negotiations between the two communities should be on an „equal footing“.

10 See Rumpf, *Die staats- und völkerrechtliche Lage Zyperns*, EuGRZ 1997, 533, 544 f; Necatigil, *The Cyprus Conflict in International Law*, in Dodd (ed), *The Political, Social and Economic Development of Northern Cyprus* (1993) 46 ff and Panico et al (fn 7) 107.

11 See Necatigil (fn 10) 66 ff; Leigh (fn 2) 65 f and Heinze (fn 2) ZfP 1991, 417.

12 See Rumpf (fn 10) 546; idem, *Verfassung und Recht*, in Grothusen et al (eds), *Cyprus - Handbook on South Eastern Europe VIII* (1998) 155, 175; Panico et al (fn 7) 105 and 108; Leigh (fn 2) 64 f; Blumenwitz (fn 2) 88 ff and Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law* (1998) 310 ff.

13 Similarly Rumpf (fn 10) 544.

ots as being the main reason for the establishment of a separate Turkish Cypriot state.¹⁴ The de facto existence of two national states in Cyprus legally and practically impedes the application of those parts of the Treaties of 1959 and 1960 that were the legal basis of the constitution of the semi-federal "Republic of Cyprus".

Both the new Turkish Cypriot and Greek Cypriot state represent the former "Republic of Cyprus" within their respective territories. Although the TRNC is protected by the strong presence of Turkish troops, it cannot be dismissed as a "puppet-state" that lacks real sovereignty, because it represents the national self-determination of the Turkish Cypriot population. The TRNC government is neither legally nor practically dependent on or represented by Turkish authorities.¹⁵

Since there are two legally independent political entities presently, both of them partly representing the "Republic of Cyprus", the Greek Cypriot state cannot claim to be its sole successor. Within its particular territory, each state represents the continuity of the former "Republic of Cyprus". Therefore, the "part-states" can legally provide two separate citizenships, because each "part state" has the legal power over its own citizens and thus controls the conditions of obtaining citizenship.¹⁶ Therefore, it

14 See Stephen, *The Cyprus Question* (1997) 1: „The Greek Cypriots claim that the Cyprus problem was caused by the landing of Turkish troops in 1974 and that if only they would withdraw, the problem would be solved. This is a serious misconception, for the modern Cyprus question began in 1960 and the landing of the Turkish troops was the consequence, not the cause of the problem." Cf also Lauterpacht (fn 5) 32: "(The Security Council) should not have found that the TRNC Declaration was 'incompatible' with the 1960 Treaty of Establishment without also having found that the conduct of the Greek Cypriot Community had for the previous 20 years been 'incompatible' with the 1960 settlement and ... that it was that conduct of the Greek Cypriot community that had led directly to the reaction of the Turkish Cypriot community. There can be no legal basis for holding one party to the terms of an agreement without predicating the requirement of an equal degree of compliance by the other ... (As a) Cyprus that is not regulated by the Basic Articles of its Constitution is not 'the Republic of Cyprus' at all ... it follows that the assertion of the independence of the TRNC cannot be an unlawful secession." Similarly, Heinze (fn 2) in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions* 2 (1997) 188 and 198 even perceives a „Greek Cypriot secession" from the constitution of 1960, after which a „Turkish Cypriot secession was no longer possible as the object of a secession no longer existed" (cf also idem [fn 2] ZfP 1991, 418).

15 See Rumpf (fn 12) in Grothusen et al (eds), *Cyprus - Handbook on South Eastern Europe VIII* (1998) 175.

will not be illegal if the Turkish and the Greek Cypriot state naturalize persons originating from their respective ethnic group outside Cyprus. Since, however, according to international practice only the Greek Cypriot state is recognized as the successor of the former "Republic of Cyprus", it will be legal if the Greek Cypriot state assists and protects members of the Turkish ethnic group with respect to international concerns, because these subjects are no foreigners, but citizens of the former "Republic of Cyprus".¹⁷

III. The Foundation of a Federal State of "The United Cyprus Republic" in the Light of Constitutional and International Law

The foundation of a **federal state** implies that - beyond codified federal constitutional law - a whole body of unwritten determinants, derived from international and constitutional law and state theory, is co-adopted and embodied on a constitutional basis ("constitutional pre-understanding"). These determinants are inextricably connected to the term "federal state", which has been developed in constitutional and international practice since the foundation of the "model federal states" of the USA (1787) and Switzerland (1848). Further to that, the Foundation Agreement itself refers to the Swiss federal system as its underlying model (Art 2). It remains unclear which basic structures and unsaid principles of Swiss federalism, and to what extent, are to be inherited in this way. In doubt, it is to be assumed that, according to the wording of Art 2 of the Foundation Agreement, the essential structures (basic principles) of Swiss federalism are **fully** inherited.

In detail, this means most notably:

A. The constituent states' designation as "sovereign" is as irrelevant and misleading as the similar designation used for the Swiss cantons under Art 3 of the Swiss Federal Constitution of 1999. In truth, **only the federation** ("federal government") is sovereign under international and constitutional law.

1. This is due to international law and European law in so far as both of them are "federalism-blind", which means that, without explicit consti-

16 See Rumpf (fn 12) in Grothusen et al (eds), *Cyprus - Handbook on South Eastern Europe VIII* (1998) 175.

17 Similarly Blumenwitz (fn 2) 91.

will not be illegal if the Turkish and the Greek Cypriot state naturalize persons originating from their respective ethnic group outside Cyprus. Since, however, according to international practice only the Greek Cypriot state is recognized as the successor of the former "Republic of Cyprus", it will be legal if the Greek Cypriot state assists and protects members of the Turkish ethnic group with respect to international concerns, because these subjects are no foreigners, but citizens of the former "Republic of Cyprus".¹⁷

III. The Foundation of a Federal State of "The United Cyprus Republic" in the Light of Constitutional and International Law

The foundation of a **federal state** implies that - beyond codified federal constitutional law - a whole body of unwritten determinants, derived from international and constitutional law and state theory, is co-adopted and embodied on a constitutional basis ("constitutional pre-understanding"). These determinants are inextricably connected to the term "federal state", which has been developed in constitutional and international practice since the foundation of the "model federal states" of the USA (1787) and Switzerland (1848). Further to that, the Foundation Agreement itself refers to the Swiss federal system as its underlying model (Art 2). It remains unclear which basic structures and unsaid principles of Swiss federalism, and to what extent, are to be inherited in this way. In doubt, it is to be assumed that, according to the wording of Art 2 of the Foundation Agreement, the essential structures (basic principles) of Swiss federalism are **fully** inherited.

In detail, this means most notably:

A. The constituent states' designation as "sovereign" is as irrelevant and misleading as the similar designation used for the Swiss cantons under Art 3 of the Swiss Federal Constitution of 1999. In truth, **only the federation** ("federal government") is sovereign under international and constitutional law.

1. This is due to international law and European law in so far as both of them are "federalism-blind", which means that, without explicit consti-

16 See Rumpf (fn 12) in Grothusen et al (eds), *Cyprus - Handbook on South Eastern Europe VIII* (1998) 175.

17 Similarly Blumenwitz (fn 2) 91.

tutional authorisation, they only recognize the **state as a whole**, and its governmental organs, as international law subjects (monopoly of international and European legal personality enjoyed by federal organs). The proposed federal constitution and the Foundation Agreement do not only provide no exception in favour of the constituent states, but virtually confirm this structure (Art 2 of the Foundation Agreement; Art 1 of the Constitution). This is in conformity with the Swiss model, which provides the federation's monopoly regarding international law and foreign policy (Art 54 of the Federal Constitution), but only very limited and inferior exceptions in favour of the cantons who, however, need to co-operate with the Federal Government (Art 55 and 56 of the Federal Constitution).

2. Such a constitutional and international legal basis is unacceptable if a permanently peaceful and just settlement between the two ethnic groups is to be achieved: As a consequence, the Turkish community would lose its **right of self-determination** and, losing its legal personality, become incapable to act under international law. This is confirmed by the explicit exclusion of the constituent states' **right of secession** (Art 1 § 6 of the Foundation Agreement), which, in its absolute formulation, might even be invalid and in breach of international law.¹⁸

3. Any legal solution to the Cyprus problem must provide the constituent republics with a sufficiently **autonomous legal personality and capacity to act under international law** in order to allow them to enforce their indispensable interests and conditions of existence against the international community and, **in particular, against the EU**, freely and independently. The solution, as provided by the Foundation Agreement and the Constitution, presupposes a **unitary state of Cyprus** at the level of international law, which only recognizes a limited autonomy of the constituent states within its internal dimensions. This model, which follows the Swiss Federal Constitution, is not at all qualified for preserving the self-determination and independence of the Turkish ethnic group, as it would need a homogeneous nation of the state, which is very clearly expressed by the preamble to the Swiss Federal Constitution ("The Swiss people"...).

It follows from these reflections that Cyprus requires a multinational federal state shaped after the model of Belgian or Canadian federalism in principle, but adapted to the specific situation of the Turkish Community

18 Cf. the International Court's decision regarding East Timor and Hilpold, *Der Osttimor-Fall* (1996).

within the framework of a multi-national confederation of states. According to the model proposed by the Foundation Agreement, the Turkish Community would not have any chance to independently determine the EU accession treaty (which was lopsidedly negotiated by the Greek side), although this would be essential, or to enforce its rights autonomously before the courts. Neither are the regions (constituent states) yet entitled to sue before the European Court of Justice; nor has Turkey, as the Turkish Community's protection power, joined the EU, which makes it impossible for Turkey to represent a legal case relating to the Turkish Community within the EU organs. By contrast, the Greek Community would not only dispose of a majority within the proposed federal organs of Cyprus, but would also enjoy the protection of Greece, which is a EU member state. In case of conflict, the Greek Community could thus act independently - both legally and politically - at the level of the EU and that of the international community.

4. The **Foundation Agreement** does not even itself provide an independent mechanism of actions and legal review in favour of the Turkish Community or the Turkish constituent state, which would be indispensable in order to review subsequent constitutional amendments that diminished the Turkish Community's rights. Considering the negative experience which the Turkish Community suffered from the former Republic of Cyprus' constitutional reviewing mechanism, such an international protection mechanism would be indeed imperative. The Monitoring Committee, created by the proposed Treaty between Cyprus, Greece, Turkey and the United Kingdom on Matters Related to the New State of Affairs in Cyprus (Annex IX, Attachment 1), would provide a purely international law procedure, which would be open neither to the Turkish Community nor the Turkish constituent republic.

5. According to the Swiss model, the constituent states **neither are sovereign under constitutional law**, since they do not enjoy exclusive, supreme and independent state power within their territories. The constituent states are subordinate to the federal constitution and the federal constitutional jurisdiction, enjoying only those state functions which are allocated to them by the federal constitution. According to the proposed allocation of powers (Art 14 of the Constitution) essential competences would be reserved to the central government. Beyond that - as in all federal systems -, there would be an obligation as to **federal loyalty** (Art 2 §

2 and 3 of the Foundation Agreement), which, being not exhaustively determined, is usually made more concrete by the jurisdiction of a Federal Constitutional Court, which creates new obligations and reduces the constituent states' autonomy.

6. Above all, however, the constituent states are not sovereign, since they are legally and politically subordinate to the supranational power of the EC (EU), without being entitled to direct participation, as the member states are. EU law takes priority in the constituent states as well: They are obliged to enforce and implement it effectively, being subject to supranational and national measures of supervision (e.g. transfer of competences, cf. Art 19 § 5 of the Constitution). It is true that Art 2 § 2 of the Foundation Agreement provides the constituent states' right to take part in formulating and implementing European and international policies. This participation procedure, however, is limited to the constituent states' own competences and does not comprise their autonomous representation at the international and European level, which is reserved to the federation. Co-operation with the Federal Government thus becomes essential and needs to be practically determined by co-operation agreements.

7. The reference which is made to the "Belgian model" by the Foundation Agreement is misleading in this context, since the Belgian allocation of powers relies on a totally different system (cf. Art 167 of the Belgian Constitution). As Art 2 § 1b of the Foundation Agreement and Art 14 of the Constitution provide the **federal government** with an exclusive and uniform **competence** regarding international and European law, all rights of participation solely refer to the intra-national organisation of this exclusive federal power sub reservo the devise "**to speak with one voice**" within European and international organs. This means, that in case of conflict the federal government will be definitely competent to determine and represent a "uniform position" of the Republic of Cyprus, which results from its rights of representation within international and European organs.

B. The foundation of a federal state based on two equal constituent states, as proposed by the drafted constitution, neither solves the **question of the sovereignty** of the state as a whole and the constituent states in the sense of self-determination nor will it ensure sufficient protection if the Greek majority abuses the constitution.

1. Today, both federal theory and practice agree that not the constituent states, but the federation (federal government) are **sovereign** under in-

ternational and constitutional law. The allocation of powers and structural organisation of a federal state only provides the constituent states with constitutional rights of co-determination and participation in federal government according to standards laid down by federal constitutional law, which rely on confidence and co-operation between the federation and the constituent states ("**federal loyalty**"). Without this basic political requirement, a federal state will not be able to work and will be forced to solve future crises unilaterally by empowering the federation - either written or unwritten - to act with unlimited emergency powers. Due to the **federal government's** sovereignty and emergency powers the regular federal system is incapable to protect nations or ethnic groups, which dispose of a majority in only one constituent state, unless there were - as in Canada or Belgium - an old tradition of peoples living peacefully together and being mutually loyal to each other, which is obviously lacking in Cyprus presently.

2. If, under such a federal solution, nationalities are to be protected effectively and permanently, the compliance with the federal constitutional framework will need to be supervised and enforced by **supra-state control** and a sanction mechanism. Such an external control on the federal system's functioning, however, is not explicitly provided by the UN Plan, if one abstains from the reference "that the Treaty of Establishment, the Treaty of Guarantee und the Treaty of Alliance shall remain in force and apply mutatis mutandis to the new state of affairs" (Art 1 § 3 of the Foundation Agreement). In practice, these treaties will have as little effect to the new federal system as to the Constitution of 1960 and would, moreover, need to be amended and completed by a new treaty between Cyprus and the guarantor powers. This concept is to be turned down in particular, as it would vest the new federal state (as a whole), being party to the agreement, with the sole international law guarantee, whereas, vice versa, the international sovereignty of the federal state would need to be **restricted** in order to protect the rights of the Turkish Community.

3. Thus, the sole acceptable solution would be a special **confederal** arrangement between the two existing Cypriot states, at any rate for a certain period of time. Only such a confederal solution could ensure a special international status and legal protection of the Turkish Community. Moreover, a confederal arrangement could gradually inspire political confidence in both ethnic groups, whose faith in a joint political and legal future would be indispensable for a successful federal system.

IV. Some Comments on the Consequences of EU Membership regarding the Protection of the Rights of the Turkish Population

1. In Case of Reunification and Commencement of the Legal Acts Related to the "Comprehensive Settlement":

A. The restrictions imposed on the freedom of establishment and the acquisition of land by the Foundation Agreement and the Constitution (in particular, Attachment 3: "Constitutional Law on Internal Constituent State Citizenship Status and Constituent State Residency Rights") are necessary in order to protect the Turkish Community from foreign infiltration, but contravene the EU's *acquis communautaire* as well as the European Convention on Human Rights. They would thus need to be embodied in EU primary law by the means of special provisions in the Accession Treaty. Beyond that, the Turkish constituent state will be likely to take additional measures of protection, which cannot be pinpointed at the moment, since they depend on the factual - particularly, economic and social - development in the aftermath of reunification. It may be possible as well that the measures provided by Annex VII: "Treatment of Property affected by Events since 1963" individually contravene EU law and the European Convention on Human Rights, although it is impossible to determine them more precisely at present.

B. The "Protocol requested to be attached to the Treaty of Accession of Cyprus to the European Union", which is provided by Annex IX, does neither suffice regarding its general conception nor its detailed provisions, if the aforementioned special provisions are to be guaranteed on the basis of European law. First of all, article IV of its preamble relativizes the whole dimension of protection as provided by the Protocol, as it is understood to achieve "Accommodation of the Foundation Agreement in line with the principles on which the European Union is founded". These "principles" - which mainly consist of the four fundamental freedoms, but also of other basic structures of European law - thus take priority over the rules laid down in the Protocol, which - being exemption clauses - have to be construed narrowly anyway. Moreover, as regards time and content, these proposed special provisions seem to be **too restrictive to guarantee** sufficient protection to the Turkish Community **for longer periods**. In particular, one cannot find any exemption clause regarding the European Convention on Human

Rights, regarding the property question (Annex VII) or in favour of necessary future protection measures taken by the Turkish constituent state. Whereas, in this respect, the Federal Government might at least negotiate with the EU (without any promising prospects of success), the Turkish constituent state is protected from doing so due to its lacking legal personality at the international and European level.

Finally, it should be pointed out in this context that the proposed protocol to the Accession Treaty does not at all approach the level of protection inherent in the "Protocol No 2 on the Åland islands" (Official Journal 1994 No C 241, of 29 August 1994) which was annexed to Finland's and Sweden's EU Accession Treaty in order to guarantee the comprehensive protection of the islands' autochthonous Swedish minority from EU primary law without any time limit.

2. In Case of Accession of the Greek de-facto regime of "Cyprus":

An accession of the divided island would meet several legal obstacles: According to Art 1 para 2 of the Treaty of Guarantee the „Republic of Cyprus ... undertakes not to participate, in whole or in part, in any political or economic union with any State whatsoever. It accordingly declares prohibited all activity likely to promote, directly or indirectly, either union with any other State or partition of the Island." The first question to be raised is therefore, whether the accession of the so-called „Republic of Cyprus" would be contrary to this treaty. Considering the fact that the first pillar of the European Union certainly establishes an economic union and that the intention to move towards a political union cannot be overseen, there may remain some difficulties with identifying the European Union or the European Communities as well with „any State whatsoever". It is true, of course, that neither the EU nor the EC are states in the strict meaning of that word. It has to be considered, however, that the EU is not a legal person under international law and that an applicant has to conclude the EC, ECSC, EURATOM and EU treaties with each of the 15 member states. Thus, it could be argued with good reasons that an accession would bring an at least economic union with „any state whatso-

ever", considering in particular that "whatsoever" clearly broadens the rigid meaning of "state".¹⁹ Moreover, several authors²⁰ suppose an accession to be likely to promote, directly or indirectly, a union with Greece in the long term.

As pointed out by the Turkish Memorandum of 1990, „a membership of the European Communities would involve a degree of participation by the Communities in the life of their Members which is quite unworkable in the circumstances presently prevailing in Cyprus". The difficult situation was also realized by the European Commission²¹ that particularly emphasized the importance of a „political settlement" prior to the accession, which, although it was not considered a "precondition" by the Helsinki European Council, clearly remains an essential political as well as legal target. Given the present situation, it seems to be obvious that the territorial application of the *acquis communautaire* would be limited to the southern part of the divided island. Thus, it may well be asked how a fundamental breach of EU principles could be avoided. It appears to be rather paradoxical that - not only by its name - the impression of the applicant being the legitimate successor of the formerly undivided Republic of Cyprus is given, whereas it has neither the *de facto* nor, in my view, the *de iure* authority necessary for implementing EC law on Cyprus as a whole.²² If the current situation is not changed, the Greek Cypriot regime will have to restrict the free movement of persons, services, goods and capital within the very territory which it pretends to be its own.²³ It is quite obvious that both issues - a political settlement and an accession to the European Union - are inevitably

19 Cf Rumpf (fn 10) 535; Mendelson, *The Application of „The Republic of Cyprus" to join the European Union*, in Ertekün (ed), *The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions* (1997) 139, 177 f and Stephen (fn 14) 80.

20 Cf eg Mendelson (fn 19) 177.

21 COM 1993/313 final of 30. June 1993: "[The] Commission must envisage the possibility of the failure of the intercommunal talks to produce a political settlement of the Cyprus question ... [In this case] the situation should be reassessed ... and the question of Cyprus's accession to the Community should be reconsidered."

22 Cf Panico et al (fn 7) 108: "That the (Greek Cypriot) Government ... cannot implement its norms and policies on the territory under the competence of the ... TRNC is clearly evident."

23 Cf Necatigil (fn 12) 344.

linked together.²⁴ The question, however, remains, whether a political settlement will end up in a federation, which the Turkish Cypriots²⁵ have already strongly objected to, or in a confederation of two independent states on the island of Cyprus.

V. A Confederal Solution as a First Step towards Reunification

Regarding the political situation and the international legal status of the two states existing within the territory of the former "Republic of Cyprus", a reunification seems to be only possible on the basis of an accord between the two political systems about the future constitution of a unified bi-communal and bi-zonal state. Such a "constitutional compact" of a new federal system seems to be the essential precondition of transforming the two sovereignties into one new state without denying either ethnic group the right of self-determination.

Therefore, the first steps towards reunification must consist of international treaties embedded in a confederal system - and not in a federal state yet. This seems to be the only realistic and democratic way for the now strictly separated political entities to create a new homogeneous legal and political system during an extended transitional period that should be part of the reunification process. Attention must be particularly drawn on the fact that in a federal system the population must not be divided by allotting certain groups of people to certain parts of the territory and prohibiting them to settle in another part of the country. However, when seeking protection from the ethnic predominance, which might be caused by the unlimited "immigration" of persons belonging to one ethnic group, problems with EU law could only be avoided, if the Turkish Cypriot state, though connected with the Greek Cypriot state in a confederal system, acceded to the EU under the proviso that the free movement of persons might still be restricted by domestic law if necessary.

24 Apostolides, *The European Acquis Communautaire and a Federal Cyprus*, in Sharma/Epaminondas (eds), *Cyprus: In Search of Peace and Justice* (1997) 251 f objects to the notion that "a solution to the Cyprus problem is necessary for Cyprus to become an EU Member State", but the close connection between an accession and a general solution to the conflict cannot be denied (see Pabst, *Zypern, UN, EU und Status quo, Vereinte Nationen* 4/2001, 139 ff, 142).

25 See the "Proposal for a Lasting Solution in Cyprus" by President Denktas in Moran, *Sovereignty Divided* (1998) 206.

A finally reunified Cyprus should be a federal system based upon two constituent states of both ethnic groups.²⁶ These component states should have full autonomy in all important matters due to their specific interests. On the other hand, the organisation of federal powers must provide effective mechanisms to guarantee participation of both ethnic groups according to the principle of "ethnic partnership".²⁷

Beyond all formal legal concerns about the way and individual steps towards reunification it seems to be clear that in a bi-communal and bi-zonal federal system accords between the two nations are a precondition of exercising constitution-making power ("pouvoir constituant"). The reason for this is that both nations equally share sovereignty of the new state, based upon their respective rights of self-determination.

Moreover, this basic constitutional agreement would have to define how the constitution-making power within the new federal system should be shared between the two constituent states and which guarantees or sanctions would be provided if these power-sharing mechanisms were violated.

International guarantees given by external states should be clearly defined and limited by special treaties between the two Cypriot states and the external powers at the beginning of the reunification process ("2+3 treaties"). These international treaties should also settle the complex problem of repatriation of refugees and compensatory payments, the withdrawal of the Turkish troops, international economic help to develop the northern part of Cyprus and the final territorial borders between the two constituent states within the future federal system of Cyprus.

VI. Conclusion

1. The Requirement of a Constitutional Compact

The precondition of a **constitutional** reunification under the auspices of a new federal system would be a **contractual agreement** between both ethnic groups. This binding agreement should contain all es-

26 Such a system would certainly not be compatible with the idea of "reducing the Turkish Cypriots ... to merely minority status", as Moran (fn 25) 149 points out rightly.

27 Cf Wippmann, *International Law and Ethnic Conflict on Cyprus*, *Texas International Law Journal* 31 (1996), 141, 172 ff.

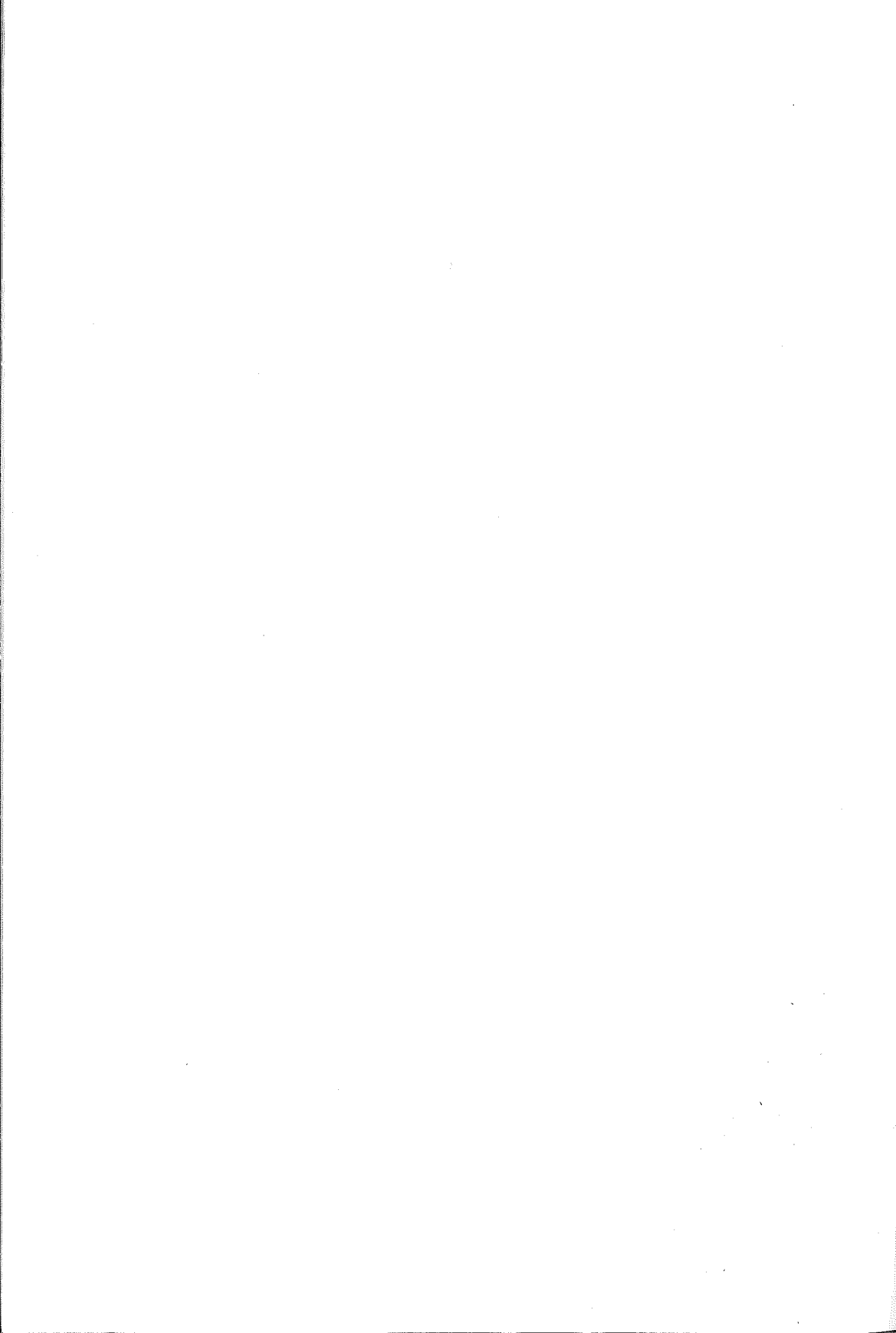
sential elements of a future federal constitution and clarify the adherent legal questions. A system of contracts ("2 + 3 Treaties") between the constituent states and the guarantor powers should be established under **international law**. If such a system were prevented by political reasons, the constitutional compact would have to be enshrined in another legal form permitting judicial review in the future in accordance with the legal conditions required for the new federal constitution. Following the concept underlying the South African constitutional process, eventually all salient points of this agreement would have to be enshrined in the **constitutions** of both constituent states in order to allow the constitutional review of its correct legal implementation.

2. The Requirement to Embody the Key Elements of the Agreement in EU Primary Law

Considering the definitely bad Austrian experience with EU special provisions, extreme cautiousness concerning the **process of EU accession** must be advised. Since the EU is basically "blind" regarding the internal federal structures of its member states and accepts special provisions only as limited as possible, one must not oversee the risk that the measures, taken by the Turkish constituent state in order to protect itself against foreignization, and the full self-determination within its territory would be increasingly repelled **after EU accession** on account of the jurisdiction of the European Court of Justice and EC secondary law. Thus, the first and indispensable precondition of Cyprus's EU accession is the embodiment of all salient points of the constitutional compact mentioned above within **EU primary law**, e.g. in the form of a binding annex to the accession treaty, following the concept of the specific rules concerning the autonomy of the Aland Islands set up in the accession treaty of Finland and Sweden. Otherwise, even EU law as it is in force today (*acquis communautaire*) would contradict the key provisions intended for the protection of the Turkish group, since the latter would be incompatible with the fundamental freedoms of the EU, as they have been construed and developed by the jurisdiction of the European Court of Justice.

3. The Requirement of Ethnic Protective Provisions (Asymmetric Federalism)

In order to protect the Turkish group within a future state common to both ethnic groups, it is by no means sufficient to transfer the model of the **Swiss federal system** to the two national constituent states of the Greek and Turkish groups. Namely, the Swiss federation is based on a constitution which serves as a typical example of **homogeneous federalism**, as it does not permit any special provisions in favour of certain constituent states (cantons). Accordingly, the Swiss system makes it impossible to restrict certain parts of the population to live in certain parts of the territory or to vest them in their territories with different rights. Such a model of federalism - which presupposes a homogeneous nation (the "Swiss people") - is not acceptable to the Turkish group, since, in the end, it would restore Greek hegemony. As a consequence, only concepts of "asymmetric federalism" are suitable for Cyprus, as they allow effective ethnic protection and special provisions pertaining to the constituent states (e.g. Belgium or Canada). Unless the ethnic constituent states enjoy equality, the states, procedures and institutions of the whole state, the organisation of which must reflect the idea of partnership and must not enable the majority to outvote the minority, cannot be provided. Given the time required for setting confidence-inspiring measures, a real, homogeneous and comprehensive federal system can thus develop only on the basis of such a system of quasi-confederal organisation and of the equality of both constituent ethnic groups in their respective autonomous constituent republics.



KIBRIS SORUNUNA FEDERAL VEYA KONFEDERAL ÇÖZÜM AB ÜYELİĞİ KABULÜ HUKUKİ STATÜSÜNE YENİ BİR YAKLAŞIM

PETER PERNTHALER¹

University of Innsbruck

Çeviren: Araş. Gör. Semin Töner Şen*
Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

I. Kıbrıs Nüfusunun Hukuksal Durumu

Kıbrıs nüfusu birbirinden keskin çizgilerle tamamen ayrılmış iki etnik gruptan oluşur. Bu şu anlama gelmektedir; tüm ada üzerinde ulusal bir hak olan “self-determinasyon” hakkını kullanacak homojen bir “ulus” ya da “toplum” yoktur.² Bu nedenle ada üzerindeki hem Rum kesimi hem Türk kesimi halkı self-determinasyon hakkının birer öznesidir.³ De Jure veya De facto güce sahip olan iki etnik gruptan hiçbiri bu gücü diğer dev-

* Çeviri konusundaki yardımları için Sayın Şebnem İpçi'ye teşekkür ederim.

- 1 Yazar, Dr. Anna Gamper'a bu makalenin yazılmasındaki yardımlarından dolayı teşekkür eder.
- 2 Aynı zamanda 1960 Anayasasının 2. maddesi, “Kıbrıs ulusu”ndan bahsetmemektedir, yalnızca Türk ve Rum “Toplumlarından” bahsetmektedir.
- 3 İngiliz Koloni Sekreteri, Mr. Lennox-Boyd' a ünlü beyanatına göre: “Self-determinasyon hakkının uygulaması olan her davranış Türk kesiminin..., kendi gelecekle-rini belirleme satulerini temin etmek İngiliz (Kraliyet) Hükümetin isteğidir.

letin self-determinasyon hakkını reddetmek veya hükümsüz kılmak için kullanamaz.⁴

Kıbrısın tarihsel “yarı-federal”⁵ egemenliği Türk kesimi halkını korumak için uluslararası hukukça (Londra ve Zürih Anlaşmaları 1959) tanımlanmış ve tescil edilmiştir. 1960’ların başında, Anayasa’nın gayri hukuki maddeleri ve Türk kesiminin medeni haklarının çiğnenmesi Kıbrıs egemenliğinin hukuksal kapsamı baskın bir neden teşkil eder (ultra vires teorisi).⁶Bu davranışlar iki toplum arasında kısa sürede bir sivil iç savaşa neden olur. Anayasal maddelerin “Bir Kıbrıs Ulusu” yarattığı tabii ki dü-

Böyle karışık nüfuslu toplumlarda Self determinasyon hakkının uygulanması nihai kararların alınmasında her iki toplumun da yer almasını içermektedir.” (House of Common’s 1956) bkz. Oberling, Negotiating for Survival. The Turkish Cypriot Quest for a solution to the Cyprus Problem(1991) 37; Leigh, The Legal Sttaus in International Law of the Turkish Cypriot and The Greek Cypriot Communitiesin Cyprus, Ertekün, The Status of Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions (1997) 54; Lauterpacht/Laigh, On Sovereignty in Cyprus and its Relationship to Proposal for a Solution of The Cyprus Problem along Federal Lines, Ertekün, The Status of Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions (1997) 85,88 ve Heinze, On the Question of the Compatibility of the Admission of CYPRUS İNTO THE European Union with International Law, the Law of the AB and the Cyprus Treaties of 1959/60, Ertekün, The Status Status of Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions (1997) 181,199. Heinze, Zum Stand des Zypern-Konflikts unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Selbstbestimmung der Völker, ZfP 1991, 406,425 iki ulusa ait ahengli self-determinasyon hakkı hariç. 1960 Kıbrıs Cumhuriyetinin self-determinasyon hareketi kaynaklı homojen Kıbrıs ulusu kurulmasını işaret etmektedir.

- 4 Bouny, The Status of the Turkish Republic of Northern Cyprus and its Adherence to the Organization of the Islamic Conference, Ertekün, The Status Of Two People in Cyprus: Legal Opinions (1997) 112,113: “ Statünün eşitliğinin temel nosyonları yeni devletin kurucuları ve adanın statüsünün garantörleri tarafından tanınmış ve Kabul edilmiştir... her iki toplumun self –determinasyon hakkının uygulanması ve bir birine başkaldırması”
- 5 “Fonksiyonel Federalizm” enstitüleri kuran 1960 Anayasası görüşlerine gore “yarı-federal” sistemi haklılaştırılmıştır: Türk Başbakanı makamı oluşturduğu ve 7 Rum ve 7 Türk temsilciden oluşan bir meclis oluşturduğu 46. maddede belirtilmiştir. Ayrıca, 86. maddeye gore çeşitli konularda kanunlaştırma yapabilmek için Rum ve Türk toplumları tarafından kendi içlerinden seçilen temsilcilerin olduğu belirtilmiştir.
- 6 Lauterpacht, The Right of Self-determination of Turkish Cpriots, Ertegün, The Status Of Two People in Cyprus: Legal Opinions (1997) “Kıbrıs kesimi toplumu Anayasayı ve teminat olarak verilmiş sözleri temelden ihlal etmekle kalmamış aynı zamanda kendi pozisyonları için zaruri olan hukuksal sözleşmeleri reddedilmiş farzetmiştir.”

şünülemez, çünkü paylaşılmış anayasal gücü, uluslararası sözleşmeler ile garanti altına alınmış olan Türk nüfusu, tarafından kabul edilemez. Bu davranışların, Rum kesimi idaresinin ne de jure ne de de facto bir gücü olmaması nedeniyle, Rum kesimi hakimiyetinde tek tip bir devlet yaratması düşünülemez. Bu nedenle yeni devlet, de facto Rum kesimi ulusal rejimidir.⁷

Kural olarak, 1959 ve 1960 sözleşmeleri hukuksal olarak hala mevcuttur⁸, fakat uygulamada anayasal değişikliklerin ışığında ve Kıbrıs'taki yeni politik statü nedeniyle, sözleşmeler daha çok veya daha az uygulanabilir durumdadırlar. ⁹1959 ve 1960 sözleşmelerine ve 1960 Anayasasına göre her iki devlette- Kıbrıs Cumhuriyeti olarak adlandırılan (Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti) hukuksal değildir. Açıkça hukuka aykırı karmaşık davranışlara dayanan adanın ve etnik grupların ikiye ayrımı, önceki anayasanın (1960) yeniden uygulanmasını ve sözleşmelerin büyük bir kısmının uygulanmasını, imkansız hale getirmektedir. Bu nedenle bir Kıbrıs Konfederasyona, yeni uluslararası garanti yaratmak amacıyla sözleşmeler yeniden gözden geçirilmelidir.

1963 yılına kadar Kıbrıs'taki Türk nüfusu adanın ulusal halkı olarak Yunan çoğunluğu ile birlikte aynı topraklarda birarada yaşamıştır. Anayasal düzenin hukuka aykırı olarak ihlalden sonra Türk nüfusu Rum kesimi ulusal rejiminden tamamen ayrı ve bağımsız politik bir oluşuma girmiştir. Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen etnik temizlikten ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin adaya çıkması ile oluşan adada yaşayan birbirinden ayrı iki ulusal toplumdan biri artık bir diğeri hakkında söz söyleme ve temsil etme hakkına sahip değildir.¹⁰

7 Lauterpacht: "Fakat de facto rejimin (Rum Kesiminin) uluslararası topluluk tarafından kabulü uluslararası hukuksallığı silmemiştir veya... Türk Kesiminin yetkisinin-den mahrum bırakılmıştır, Yunan toplumuna sahip çıkmakta, self-determinasyon hakkını rahatça kullanmaktadır."

8 Panico et al, Joint Opinions on the Legal Status of the Turkish Republic of Northern Cyprus, Erteğün, The Status of Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions (1997) 101

9 Mani, Resolving the Cyprus Conflict: A Framework for Self Determination, Sharma/Epaminondas (eds), Cyprus: In search of Peace and Justice (1997) 195.

10 BM Güvenlik Konseyi Sekreteri ve Genel Sekreterin sürekli vurguladığı görüşe göre iki toplum arasındaki görüşmeler "eşit zeminde" gerçekleştirilmelidir.

II. Devletin Oluşumu ve Tanınması

Bugün Uluslararası Hukuk tüm toplumlar için self-determinasyon hakkını garanti altına almış olsa dahi, varolan bir devletten tek taraflı bir ayrılma mekanizmasının oluşmasını sağlamamaktadır. Çünkü bu bir devletin egemenlik ve bütünsellik haklarının ihlali anlamına gelmektedir. KKTC'nin kuruluşu, "yarı-federal" bir devlet olan 10 yıl sürecek olan bir sivil savaşa neden olan Kıbrıstan ayrılma anlamına gelmekten çok aslında, Rum kesiminin de facto rejimi oluşturmasına karşı bir tepkidir.¹¹

Kıbrıs'ın kuzeyinde ve güneyinde oluşan her iki de facto rejim de bugün iki ulusal devlete dönüşmüşlerdir, çünkü, her ikisi de bağımsız bir devlet olmak için uluslararası hukukun gerektirdiği tüm esaslı koşulları yerine getirmişlerdir. Örneğin her ikisi de açıkça tanımlanmış bir toprak parçası ve yerleşik bir nüfus üzerinde hiçbir yabancı kontrolü altında kalmadan sürekli ve etkili anayasal güç uygulamaktadırlar.¹²

KKTC'nin Türkiye hariç diğer tüm devletler tarafından tanınmaması, uygulamada ciddi sorunlar yaratmasına rağmen hakim olan "Açıklayıcı, Beyan Edici Teoriye" göre bağımsız bir devlet olmasını engelleyecek herhangi bir hukuki etki meydana getirmemiştir.¹³ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 541/1993 ve 550/1984 tarihli ve sayılı , KKTC'nin bir devlet olarak tanınmasına ilişkin kararları, ancak birer politik tavsiye niteliğinde ve hukuksal açıdan bağlayıcı olmayan kararlardır.¹⁴ Ayrıca bu kararlar hukuksal olarak kendileri ile çelişmektedir, çünkü; ayrı bir Kıbrıs Türk Federe Devleti kurulmasının en temel nedeni olan hukuk dışı davranışların ilk olarak Rum kesimi tarafından gerçekleştirildiğini kabul etmektedirler.¹⁵ Kıbrıs'ta de facto olarak varolan iki ulusal devlet "yarı-fe-

11 Bkz. Rumpf, *Diesataats-und völkerrechtliche Lage Zyperns*, EuGRZ 1997, 533,544, Necatigil, *The Cyprus Conflict in International Law*, Dodd, *The Political, Social and Economic Development of Northern Cyprus* (1993) 46 ve Pacino s. 107

12 Bkz. Necatigil 66 s., Leigh 65 s. ve Heinze *ZfP* 1991, 417.

13 Bkz. Rumpf 546; *Verfassung und Recht in Grothusen*, *Cyprus- Handbook on Eastern Europe VIII* 81998) 155,175; Pacino s. 105 ve 108; Leigh 64s., Blumenwitz 88s.ve Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law* (1998) 310

14 Rumpf ile aynı 544.

15 Bkz. Stephen, *The Cyprus Question* (1997) 1: " Rum kesimin iddiasına göre Kıbrıs sorunu Türk Askerinin 1974 yılında adaya çıkmasından kaynaklanır ve sadece askerinin adadan çekilmesi halinde sorun çözülebilir. Bu hatalı bir hürüştürmodern Kıbrıs için sorunlar 1960 yılında başladı ve Türk Askerinin adaya çıkışı sadece bir sonuçtu

deral” Kıbrıs Cumhuriyetinin hukuksal temeli olan 1959 ve 1960 sözleşmelerinin “yarı-federal” anayasal düzeni sağlayan kısımları bakımından uygulanmasını pratik açıdan ve hukuksal olarak engellemektedir.

Adaya Türk çıkarmasını hukukileştirme çabaları Garanti Sözleşmesinin 4. maddesinde yer alan mahsus hükümlere dayandırılmaktadır.¹⁶ Adanın % 36.4 nün işgali Rum kesimi nüfusunun medeni haklarının acımasızca ihlal edilmesi ışığında, müdahale – Rum kesimi tarafından istila olarak değerlendirilirken, Türk kesimi bakımından, Rum kesiminin önceki fiilerine karşı bir tepki ve gelecekteki ihlallere karşı bir koruma olarak adlandırılmıştır- hukuksallığı aşmıştır. Ayrıca Kıbrıs’ın kuzeyindeki etnik temizlik ve adada ikamet eden 180.000 Rum’un topraklarından çıkarılması uluslararası hukukun ihlali anlamına gelir.

Yeni Türk kesimi ve Rum kesimi devletlerinin her ikisi de kendi toprakları bakımından önceki Kıbrıs Cumhuriyetini temsil etmektedirler. KKTC güçlü Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından korunuyor olsa da, gerçek egemenlikten yoksun bir “Kukla Devlet” olarak nitelendirilemez. Çünkü Türk kesiminin uluslararası self-determinasyon hakkını temsil etmektedir. KKTC hükümeti ne hukuksal olarak ne de uygulamada Türk devletinin idaresine dayanmamakta ve Türk devletinin otoritesini temsil etmemektedir.¹⁷

Kıbrıs Cumhuriyetini parçasal olarak temsil eden hukuksal olarak bağımsız iki politik oluşumun varlığından beri Rum kesimi devleti kendisinin tek mirasçı olduğunu iddia edemez. Her iki devlet de kendi toprak-

ancak sorunun sebebi değildi “aynı zamanda Lauterpacht (fn 5) 32 (Güvenlik Konseyi) KKTC deklarasyonu Rum kesiminin 20 yıl önceki davranışları olmaksızın 1960 Kurucu Anlaşması ile uyumsuzdu, ve... Rum kesiminin Türk kesimi toplumu-na yönelik tutumundan ortaya çıkmıştır. Eşit derecede olan diğer tarafın rızası olmaksızın anlaşmaya göre taraflardan birinin üstün tutulmasının yasal bir dayanağı yoktur... Anayasanın temel hükümlerinde yer alan “Kıbrıs” “Kıbrıs Cumhuriyeti” ile aynı değildir... KKTC’nin bağımsız otoritesinin kabul edilmesi hukuka aykırı değildir. ” Aynı, Heinze, Ertekün, The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions (1997) 188 ve 198 idrak eden “Rum Kesimi ayrılması” 1960 Anayasasında, Sonraki “Türk Kesiminin ayrılması artık imkansız hale gelmiştir.” (Aynı zamanda 1991, 418.)

16 Bakış açısı şöyledir: “Genel ve uyumu sağlayan davranışlar, bugün yürürlükte olan Sözleşme ile şimdiye kadar üç garantör gücün olayın içinde rol alma hakkının imkansızlığını kanıtlamaz.” Heinze 1991, 420.

17 Bkz. Rumpf in Grothusen, Cyprus- Handbook on South Eastern Europe VIII (1998) 175.

ları bakımından önceki Kıbrıs Cumhuriyetinin devamını temsil etmektedirler. Bu nedenle “parça devletler” hukuksal olarak iki farklı vatandaşlık oluşturabilirler, çünkü; “parça devletler” den her biri kendi vatandaşları üzerinde hukuksal yetkiye sahiptir ve buna ek olarak vatandaşlığı kazanım koşullarını da belirleme hakkına sahiptirler.¹⁸ Bu nedenle, Türk ve Rum kesimleri devletlerinin Kıbrıs dışında kendi etnik soylarından gelen insanları vatandaşlığa kabul etmeleri hukuka aykırı değildir. Uluslararası uygulamada Rum kesimi devleti önceki Kıbrıs Cumhuriyetinin devamı olarak tanınmaktadır, bu nedenle Rum kesimi devletinin Türk etnik grubunu uluslararası gereklere göre koruması ve desteklemesi hukuka uygundur. Çünkü bu insanlar yabancı bir ulus değil, önceki Kıbrıs Cumhuriyeti'nin vatandaşlarıdır.¹⁹

III. Kıbrıs'ın AB'ye Kabul Başvurusu

1990 yılında “Kıbrıs Cumhuriyeti”, KKTC tarafından bir memorandum ile neredeyse hemen reddedilen, bir AB'ye kabul başvurusunda bulunmuştur. Neyse ki, Avrupa Komisyonu, Avrupa Konseyinin desteğiyle Kıbrıs'ın²⁰ kabul başvurusu konusunda içtihat geliştirerek, başvuru sürecinin tüm ada adına devam etmesini sağlamıştır. 6 Mart 1995'te Genel İlişkiler Konseyi Kararı Kıbrıs'ın üyelik için uygunluğunu onaylamıştır. 1997 Lüksemburg'da gerçekleştirilen Avrupa Konseyi, kabul görüşmelerinin 1998 yılı baharında başlayacağını bildirmiştir. Görüşmeler 30 Mart 1998'de Kıbrıs Cumhuriyetinin, resmi başvuru sahibi olarak kabul edilmesi ve AB ön görüşmeleri tamamlanmasını takiben başlamış ve o günden bu yana bağımsız görüşmeler devam etmiştir. Bugüne kadar AB ön görüşme şartlarınının 29 bölümü tartışmaya açılmış ve şimdye kadar 24'ü geçici olarak tartışılmaya kapatılmıştır.

Kıbrıstaki ihtilafın çözümü, kabul için şekli önkoşul olarak ileri sürülmesine rağmen çok daha esnek bir tavır Aralık 1999 Helsinki Avrupa

18 Bkz Rumpf in Grothusen, Cyprus- Handbook on South Eastern Europe VIII (1998) 175.

19 Blumenwitz ile aynı.

20 “Kıbrıs” ve “Kıbrıs Cumhuriyeti” isimlerinin uygunsuz kullanımı Heinze tarafından eleştirilmiştir. Ertekün, The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions (1997) 184

Konseyinde ortaya konuldu: “Avrupa Konseyi politik bir uzlaşmanın Kıbrıs’ın Avrupa Birliğine kabulünü kolaylaştıracağıının altını çizmektedir. Eğer kabul görüşmelerinin tamamlanmasına kadar herhangi bir uzlaşma sağlanamazsa, konseyin kabul konusundaki kararı yukarıda belirtilen önkoşul ileri sürülmeden verilecektir. Bu durumda konsey tüm ilgili faktörleri, Helsinki Avrupa Konseyi kararlarında, hiçbir şekli önkoşul kararlaştırılmamış olmasına rağmen, Avrupa Birliğinin, halen, kabulden önce UN nezareti altında bir uzlaşmaya varılmasını, tercih ettiğine dair hiçbir kuşku yoktur.”²¹

Fakat ikiye bölünmüş ada, kabul sürecinde birçok hukuksal engelle karşılaşmak durumunda kalacaktır: Garanti Anlaşmasının 1. maddesi 2. paragrafına göre “ Kıbrıs Cumhuriyeti... bir bütün ya da parça olarak her ne olursa olsun hiç bir devletle politik veya ekonomik bir birliğin içinde yer almayacağını kabul eder. Ayrıca doğrudan veya dolaylı olarak diğer devletlerle herhangi bir birlik tesis etme ve destekleme veya adanın bölünmesi gibi tüm davranışların yasaklanmış olduğunu beyan eder.” Bu nedenle ortaya çıkan ilk soru, Kıbrıs Cumhuriyetinin kabulünün bu anlaşmaya aykırı olup olmayacağı olacaktır. Gerçekleri göz önünde bulunduracak olursak Avrupa Birliğinin ilk temeli ekonomik birliği ve buradan da politik birliğe doğru ilerlemeyi amaç edinmek olduğu gözardı edilemez, Avrupa Birliğini kimliğini tanımlarken geriye örneğin Avrupa Topluluğunun “alelade herhangi bir devlet” ile bağdaştırılmayacağı gibi, bazı sorunlar kalabilir. Hiç şüphesiz, ne AB ne de AT’nin keliminin mutlak anlamında devlet olmadığı açıktır. Göz önüne alınmalıdır ki, AB uluslararası hukuka göre hukuksal bir kişilik değildir, ayrıca başvuru sahibi AT, ECSC (European Coal and Steel Community- Avrupa Kömür ve Demir Sözleşmesi), EURATOM (European Atom Energy Community- Avrupa Atom Enerjisi Sözleşmesi) ve AB anlaşmalarını üye olan her 15 devlet ile de tamamlanmalıdır. Ek olarak, kabulün en azından “alelade herhangi bir devlet” ile ekonomik birliğe neden olacağı gibi iyi nedenlerden dolayı tartışılabilir, ayrıca dikkat edilmelidir ki “alelade” terimi açıkça devletin sert anlamını genişletmektedir.²² Ayrıca bazı yazarlar²³ uzun süreçte Yunanistan ile

21 EU Summit in Nice in December 2000 de belirtilen resmi düşünceleri, son zamanlarda , The European Commission’s 2001 Regular Report on Cyprus’s Progress towards Accession of 13 November 2001 (SEC [2001] 1745)23.

22 Rumpf 535; Mendelson, The Application of “The Republic of Cyprus” to join the European Union, Ertegün, The Status of the Two Peoples in Cyprus: Legal Opinions (1997) 139, 177 ve Stephen 80.

doğrudan veya dolaylı yoldan bir birliği tesis edeceğini öngörmektedirler.

1990 Türk memorandumunda da işaret edildiği gibi “Avrupa Topluluğuna üyelik topluluk üyelerinin hayatlarında, Kıbrıs’ın şu an içinde bulunduğu mevcut şartları altında yürümeyecek, bir katılım derecesini kapsamaktadır.” Bu zor durum, aynı zamanda Avrupa Komisyonu²⁴ tarafından da farkedilmiş ve Helsinki Avrupa Konseyi tarafından önkoşul olarak kabul edilmemesine rağmen, kabulden önce, “politik uzlaşma”nın önemi, sürekli ve açık olarak, esaslı politik bir hedefle ortaya konmuştur. Şu anki duruma göre bölgesel başvuru (acquis communautaire) bölünmüş olan adanın sadece güney kısmı ile sınırlanacağı açıkça görülmektedir. Ayrıca, AB prensiplerinin, temel ihlalinin nasıl engelleneceği de sorulabilir. Durum paradoksal-yalnızca isim olarak değil- olarak ortaya çıkmaktadır ki henüz bölünmemiş olan Kıbrıs Cumhuriyetinin hukuki mirasçılığı, başvuruda bulunanın lehine kabul edilir şekilde bir etki vermektedir. Oysa, Kıbrıs’ın tamamı için AT hukukunu yerine getirmek ne de facto, benim fikrim göre, de jure idare için gerekli değildir.²⁵ Eğer şimdiki durum değişmez ise, Rum kesimi rejiminin, kişilerin, hizmetlerin, malların ve kapitalerin serbestçe dolaşımını, kendi toprağı gibi hareket ettiği karar sınırları içinde yasaklamak durumunda kalacaktır.²⁶ Şu açıkça görülmektedir ki her iki konuda –politik uzlaşma ve AB’ye kabul- kaçınılmaz surette birbirine bağlıdır.²⁷ Geriye her ne kadar politik uzlaşmanın Türk kesiminin²⁸ çoktan, şiddetli olarak reddettiği bir federasyon ile mi sonuçlanacağı yoksa Kıbrıs adası üzerinde bulunan iki bağımsız devletin oluşturduğu bir konfederasyon ile mi sonuçlanacağı sorusu kalmaktadır.

23 Mendelson 177.

24 COM 1993/313 30 Haziran 1993’ün sonu: “Komisyon, Kıbrıs sorununa politik bir çözüm bulmak amaçlı yapılan görüşmelerin sonuç vermeme ihtimalini gözönünde bulundurmalıdır... [Bu konuda] durum tekrardan değerlendirilmelidir... ve Kıbrıs’ın Birliğe kabulü tekrardan düşünülmelidir.”

25 Panico 108: “Rum kesimi Hükümeti KKTC egemenliği altında olduğu açığa kanıtlanan topraklar üzerinde kural ve politikalarını gerçekleştirmez.”

26 Necatigil 344.

27 Apostolides, The European Acquis Communautaire and a Federal Cyprus, in Sharma/Epaminondas, Cyprus: In search of Peace and Justice (1997) 251 “Kıbrıs probleminin çözümü Kıbrıs’ın AB üyesi olabilemesi için önemlidir.”ne karşı çıkmaktadır fakat sorunun genel çözüm ve Kabul arasındaki bağlantı reddedilemez (Bkz. Pabst, Zypern, UN, EU und Status quo, Vereinte Nationen 4/2001, 139,142.

28 Bkz. “Proposal for a Lasting Solution in Cyprus” Cumhurbaşkanı Denктаş in Moran, Sovereignty Divided (1998) 206.

IV. Yeniden Birleşme için Atılan İlk Adım:Konfederal Çözüm

Önceki Kıbrıs Cumhuriyeti toprakları üzerinde yeralan iki devletin politik durumu ve uluslararası hukuki statüsü gözönüne alındığında, yeniden birleşme, gelecekteki iki halk ve iki bölgeden oluşan birleşmiş devletin anayasası açısından, iki politik sistem arasındaki uyumu gerçekleştirecek tek olasılık olarak görülmektedir. İki egemenin diğer etnik grubun self determinasyon hakkını reddetmeden yeni bir devlete dönüştürülmesinde, yeni federal sistem için böyle bir “anayasal sözleşme” esaslı bir önkoşul olarak görülmektedir.

Bu nedenle, ilk adım, yeniden birleşmenin, henüz ortada federal bir devlet bile yokken, uluslararası sözleşmelerin, konfederal sisteme oturtulmasının gerçekleştirilmesi ile oluşur. Bu, birbirinden mutlak olarak ayrılmış iki politik oluşumdan, yeni, homojen, hukuki ve yeniden birleşmenin bir parçası olan tek bir politik sistem yaratmak için gerçekleşen transformasyon süreci içinde tek gerçekçi ve demokratik yol olarak görünmektedir. Dikkatler şu gerçek üzerinde toplanmaktadır: Federal sistemde nüfus, iki grup halkın, ülkenin diğer bölgelerine yerleşmeyi yasaklayan ve toprak parçasının belli bölgelerine dağıtılması anlamına gelen şekilde bölünmemelidir. Ancak AB hukuku ile önlenebilen, önceki etnik hakimiyetin korunması isteminin oluşturabileceği, sonu gelmeyen bir etnik grup göçü, eğer Türk kesimi devleti, Yunan kesimi ile konfederal sistem içinde yer alırlarsa, AB'nin insanların serbest dolaşım kuralları çerçevesinde mümkün kılınabilir. Buna rağmen iş hukuka göre eğer gerekli görülürse yasaklana da bilir.

Sonuçta yeniden birleşmiş Kıbrıs her iki etnik gruptan oluşan iki devlete dayanan bir devlete dayanan bir federal sistem olmalıdır.²⁹ Bu iki katılımcı devlet, kendilerine özgü tüm önemli konularda tam bir idareye ve yetkiye sahip devletler olmalıdır. Diğer yandan federal güç örgütleri “etnik ortaklık” prensibine göre oluşan, her iki etnik grubun katılımını garanti eden aktif mekanizmaları sağlamalıdır.³⁰

Yeniden birleşmenin kendine özgü tüm adımları ve yolları hakkındaki şekli hukuksal kaygılar iki toplumlu ve iki bölgeci federal sistem ile iki ulus arasındaki uyumun, anayasa-yapıcı güç tarafından uygulanan bir

29 Bu sistem “Türk kesimi azınlık statüsü fikrinin azaltılması” fikri ile uyumlu bir sistemdeğildir. Moran 149 sayfasında açıkça işaret edilmektedir.

30 Wippmann, International Law and Ethnic Conflict on Cyprus, Texas International Law Journal 31(1996), 141,172.

önkoşul olduğu açıkça görülmektedir. Bunun nedeni, her iki devletin her birinin de kendi self-determinasyon haklarına dayanan, eşit paylaşılmış bir egemenliğe sahip olmalarıdır.

Bunun dışında, bu temel anayasal sözleşme federal sistemdeki anayasa yapıcı gücün nasıl iki katılımcı devlet arasında paylaşılacağını ve eğer bu güç paylaşım mekanizmaları ihlal edilirse yaptırım ve garantilerin nasıl sağlanacağını belirtmek durumundadır.

Dış devletler tarafından verilen uluslararası garantiler yeniden birleşim işleminin başında Kıbrıs devletleri ve dış güçler arasında yapılacak özel sözleşmeler ile tanımlanmalı ve sınırlanmalıdır. ("2+3 sözleşmeleri") Bu sözleşmeler ayrıca, mültecilerin yeniden vatanına dönmesi gibi karmaşık sorunların Türk idaresi tarafından gerçekleştirilecek tazminat ödemelerini nasıl yapılacağına Kuzey Kıbrıs'ın gelişmesi için gereken uluslararası ekonomik yardımları ve iki katılımcı devlet arasında Kıbrıs'ın gelecekteki federal sistemine göre belirlenmiş son topraksal sınırları tanımlamalıdır.

V. Bugünkü Politik Gelişmeler ve Bakış Açıları

Şu açıkça bilinmektedir ki, Kıbrıs Cumhuriyeti ve KKTC arasındaki tansiyon, Kıbrıs Cumhuriyetinin önceki AB'ye üyelik başvurusundan itibaren yükselmiştir. Brüksel Avrupa Birliği Konseyi Kıbrıs'ın AB'ye giriş görüşmelerinin başlamasına karar verildiğinde, Türk tarafı, bir federal çözümün gerçekleşmesini ortadan kaldıracak şekilde, Rum kesimi akranları ile olan doğrudan, açık görüşmelerini kesmiştir. 1997 ve 1998 de her iki taraf arasındaki politik tansiyon Yunan tarafının kendi toprakları üzerinde yeni bir roket sistemi istasyonu inşa etmek niyetiyle doruk noktasına ulaşmıştır. Bu durum, Türkiye'nin askeri güç kullanarak, ada üzerinde kendi istasyonunu kuracağını belirten tehdidiyle devam etmiştir.

Durum her ne kadar uluslararası baskı altında olursa olsun, Yunan tarafının farkederek istasyonu yapmaktan vazgeçmesi ile en azından geçici olarak son bulmuştur. Avrupa Birliği görüşmelerinde AB Türk kesimini dışlamakla suçlanmıştır.

Fakat birileri temel probleminin ne olduğunun farkına varmalıdır, Kıbrıs'ın giriş talepleri ile yüzleşmek durumundadır: ³¹ AB, bir yandan,

31 The European Commission's 2001 Regular Report on Turkey's Progress towards Accession of 13 November 2001 (SEC [2001] 1756)30.

Rum kesiminin adayı tek başına temsil eddiği iddialarını kabul etmediği takdirde, Yunanistan'ın, AB'nin genişlemesini, tümünden veto edeceği tehdidiyle, karşı karşıya kalmakta, diğer yandan KKTC'nin egemenlik iddiasının, reddedilemeyecek şekilde problemlili olduğu gerçeği ve KKTC ile Türkiye arasında politik bir birlik oluştuğuna dair bir senaryo ile karşı karşıya kalmaktadır. Problem, aynı zamanda Türkiye'nin, AB bakış açısıyla, gelecekteki kabul işlemlerinin, en azından Kıbrıs sorununun çözülmesi şartına bağlanacağı sorunundan oluşmaktadır.³²

Son birkaç yılda yeteri kadar çok sayıda farklı seneryo ve muhtemel çözümler geliştirilmiştir. Bunlar, politik pratikliğin reddedilmesi anlamına gelen çözümler kadar Kıbrıs sorununun muhtemel çözümlerini –Federal veya Konfederal olması gibi-de içermektedir. Daha sonraki bir konu ise eğer Kıbrıs'ın başvurusu rafa kaldırılırsa, Yunanistan'ın tahmin edileceği gibi üyelik için AB'ye başvuran Merkez ve Doğu Avrupa devletlerinin AB'ye girişlerini engelleyici düşünülebilir. Yunanistan'ın genişlemeye bakışına ilişkin olarak veto hakkını düzenlemesine rağmen, prensipte bu hakkı Yunan kesiminin lehine kullanmakta isteksiz olmayacağı açıktır. Fakat uzun süreçte politik ve ekonomik nedenlerden dolayı doğan taleplerin AB'nin geriye kalanı ile olan ittifakı sona erdireceğinden çekinecektir. Sonuç olarak, Kıbrıs sorununun çözümü AB'ye üyelik için ön koşul olduğu ve Rum kesiminin Kıbrıs'ın tek temsilcisi olduğu iddiaları AB tarafından kabul edilmeden, Kıbrıs Cumhuriyetinin devamı olarak iktidara gelmesinin gerçekleşme olasılığı vardır. Eğer bu seneryo Kıbrıs Cumhuriyetinin olası bir sonuç olarak adanın bölünmesi düşüncesini daha da sağlamaştıran en temel riski atlatmakta gözardı ederse, KKTC şekli olarak Türkiye ile ortaklığa girecektir.

Giriş görüşmelerinin 2002 yılı sonunda bitmesi beklenirken görüşmeler şimdi de zaman baskısı altında kalmaktadır. Her ne kadar 2000 yılından beri iki taraf arasındaki ilişkiler gergin olsa da, ilişkiler farkedilir şekilde gelişmiştir. Kasım 2000'de Cenevre'de gerçekleştirilen, ilişkileri geliştirme görüşmelerinde, BM genel sekreteri her iki tarafın düşüncelerini de etraflı bir uzlaşma çerçevesinde birleştirmiştir. Önceki BM "Kıbrıs

32 Son zamanlarda, Jenkis, Der Beitritt Zyperns zur Europäischen Union- Eine polit-ökonomische Analyse, in Paraskewopoulos (ed), Die Osterweiterung der Europäischen Union: Chancen und Perspektiven (2000) 258, Nugent, EU Enlargement and "Cyprus Problem", Journal of Common Market Studies 38 (2001), 131 141 ve Pabst (fn 26) 143

hakkında bir iskelet oluşturan fikirler birliği anlaşması” ne uygun olarak, iki parça devlete gönderme yapmakta her ikisinde kendi temel hukukları ve geniş kendi kendine yönetimleri ile ortak bir devlet oluşturulmuştur. 2001 Eylül’üne devam etmesi beklenen ilişkileri geliştirme görüşmelerine rağmen AB’nin genişlemesinden sorumlu komisyon üyesi ile 2001 Ağustosunda görüşen KKTC Cumhurbaşkanı BM Güvenlik Konseyi ve AB Başkanlığını davet ederek, bu görüşmeleri sürdürmekteki isteksizliklerini belirterek üzüntülerini dile getirmişlerdir.

2002 yılının başlarında umut vadeden yeni bir adım atılmıştır: Kıbrıs Cumhuriyetinin ve KKTC’nin başkanı 16 Ocak 2002 BM genel sekreterliğinin Kıbrıs özel danışman gözetiminde yüzyüze görüşmüşlerdir. Bu görüşmenin sonucunda, BM kontrolündeki tampon bölgesinde, belirlenmiş bir zaman diliminde haftada üç kez görüşülmesi konusunda mütabakata varılmıştır. Bugüne kadar bu plan tüm görüşmeler gerçekleştirilebildiği için başarıyla yürütülebilmiştir. Bu görüşmelerin bir uzlaşmaya varılabilmesi için tarafların kaygılarını yansıtan ve Türk kesiminin de kabul görüşmeleri sona ermeden önce, kabul işleminin bir parçası olmasını sağlayan gerçek bir “Fırsatlar Penceresine”³³ dönüştürülmesini arzulamaktadır.

33 Bkz. European Commission’s 2001 Regular Report on Cyprus’s Progress towards Accession of 13 November 2001 (sec [2001] 1745) 23.

IS A SETTLEMENT IN CYPRUS STILL POSSIBLE?

Anthony Pearce ¹

Professor of European Affairs, Rouen School of Management

Abstract: In the light of the failure of the UN sponsored talks between the Greek and Turkish Cypriots to reach a settlement of the Cyprus question, this paper asks whether a settlement in Cyprus is still possible. It starts by looking at the reasons why no agreement has yet been reached. In order fully to understand the crucial issues of sovereignty, the federal nature of any future Cyprus state, the Treaty of Guarantee, and the rights of half of the population who were displaced between 1963 and 1974, the paper reviews the history of this conflict. It then looks in detail at the key elements of any future settlement, and the progress made by the UN in the recent talks. The paper discusses a possible model for a settlement that seems to address the essential concerns of the Greek Cypriots, the Turkish Cypriots and Turkey. Finally, it discusses briefly how a settlement might be brought about.

¹ Anthony Pearce is Professor of European Affairs at Rouen School of Management, France, and a Partner in the Paris-based firm International Development and Strategies EEIG.

1. The recent UN-sponsored talks

Proximity talks between the United Nations and the Greek and Turkish Cypriots were held from December 1999 to November 2000, and direct talks from January 2002 to February 2003. The UN believed that the two sides were not able to reach agreement without third-party assistance, not least because the protagonists had been talking for nearly four decades without reaching any shared conclusions. Consequently the UN Secretary General tabled a comprehensive settlement proposal on 11 November 2002, a first revision on 10 December, and a second revision on 26 February 2003. The original aim was to establish a basis for agreement by the time of the EU's meeting of heads of state and government in Copenhagen on 12-13 December 2002. As agreement was not reached by the time of the Copenhagen EU summit negotiations resumed in Cyprus in mid-January 2003. In parallel, technical committees, agreed to by the two leaders began meeting, following a three-month delay by President Denktaş in appointing the Turkish Cypriot representatives. Greece and Turkey met on 21 February to address security issues related to the Plan.

The UN Secretary General visited Cyprus on 26 February 2003 and invited the leaders to The Hague on 10 March to announce whether they were prepared to sign a commitment to submit the Plan for approval at separate simultaneous referenda on 30 March. This was said to be to allow sufficient time to allow a united Cyprus to sign the EU Accession Treaty in Athens on 16 April 2003. On 11 March, at 05:30 am and following negotiations with the two leaders and the guarantor powers lasting more than 19 hours, the UN Secretary General announced that there had been no agreement, and at that point the process had reached the end of the road.

On 1 April 2003 the UN Secretary General published a report on his attempt to achieve a comprehensive settlement of the Cyprus problem². The 40-page report states that the TRNC President Rauf Denktaş should bear the 'prime responsibility' for the collapse of the Cyprus initiative - "except for a very few instances, Mr Denktaş by-and-large declined to engage in negotiation on the basis of give and take."

The Secretary General's report continues,

"both sides have done little over the years to prepare their res-

² UN document S/2003/398 dated 1 April 2003.

pective publics for the compromise that a settlement would involve. There remains among Greek Cypriots in particular a general reluctance to accept that the ultimate choice is not between a compromise along the lines of the Plan that I put forward and a better one, but between that and no settlement at all. I saw little effort by the Greek Cypriot leadership to explain to the public that this was the case.”³

The UN Security Council approved unanimously on 14 April 2002 Resolution 1475 that condemned:

“the negative approach of the Turkish Cypriot leader, culminating in the position taken at the March 10-11, 2003 meeting in The Hague, [as a result of which] it was not possible to reach agreement to put the Plan to simultaneous referenda as suggested by the Secretary General, and thus that the Turkish Cypriots and the Greek Cypriots have been denied the opportunity to decide for themselves on a plan that would have permitted the reunification of Cyprus and as a consequence it will not be possible to achieve a comprehensive settlement before April 16, 2003.”⁴

General problems with the Annan Plan

This last-minute rush which characterised the Annan Plan was aimed at achieving a settlement before the signing of the treaty for the accession of Cyprus and nine other countries to the European Union on 16 April. The timing of Kofi Annan’s proposals for a comprehensive settlement with its 12 December deadline for the final answer and other procedures was dreadful, given the fact that President Denktaş was in a New York hospital for a critical heart operation, and that there was no government in Turkey following the 3 November general elections. As Professor Clement Dodds comments, “It is certainly not the sort of plan to be presented when there is little time for the lengthy study and negotiation, but one thing is sure. It is very unlikely that after 28 years of independence, the Turkish Cypriots are going to relinquish their freedom and place themselves in a position inferior to that of the Greek Cypriots.” “It is puzzling,

3 UN document S/2003/398 dated 1 April 2003.

4 UN Security Council Resolution 1475 of 14 April 2003.

and hardly constructive, that the UN Secretary General should have produced so detailed and problematic a plan for consideration at virtually the last moment.”⁵

Worse than the timing was, however, the fact that the Annan Plan ignored both side’s “bottom line” positions – issues that they were very unwilling to bargain away. For the Greek Cypriot people the key issue is that all the Greek Cypriots displaced in 1974 want their properties back. This is evidenced by the massive public demonstrations against the Annan Plan in the South in December 2002 and early 2003. Despite massive public support for a settlement, most Turkish Cypriots do not wish to live in the same territory as the Greek Cypriots – they wish to be good neighbours, each living in their own territory. Ignoring these basic, immutable positions condemned the Annan Plan to failure.

Greek Cypriot Objections

Greek Cypriot public pronouncements indicate that the following are the main drawbacks of the Annan Plan from their perspective.

- a. The Plan essentially leads to the dissolution of the Republic of Cyprus and, furthermore, creates a new state, the “common state”, which will be under the strong influence of three guarantor powers, Turkey, Britain and Greece.
- b. It introduces serious derogations from the *acquis communautaire*, many of which would be permanent, thus creating a second- or third-class state that will have very limited chances of surviving.
- c. It establishes a divisive and dysfunctional system of governance which, among other things, will have serious adverse, if not catastrophic, effects on the economy.
- d. The 1960 Treaty of Guarantee and the right of intervention by the guarantor powers would continue to be in force, which it is argued, is anachronistic and has no place in the post-Cold War era.

5 Prof. Clement Dodd (2003), *UN Cyprus Plan: Solution or Delusion?*, published on the Internet at various sites including http://www.foreignpolicy.org.tr/eng/articles/dodd_070103.htm.

- e. The National Guard would be disbanded but the proposal fails to demilitarize Cyprus because it allows for a significant number of Turkish troops to remain on the island under expanded intervention rights, supporting the proposal requires the US to ignore the UN's requirement for a full and true demilitarization of Cyprus.
- f. The absence of a completely unified and free market throughout the island and the complicated decision-making mechanisms would derail the Cyprus economy and render the objective of joining the Eurozone in 2006 extremely difficult, if not impossible.
- g. As regards administrative arrangements, the whole system is characterised by complicated decision-making mechanisms which, in essence, demand separate (double) majorities by the two communities.
- h. Another provision that would create problems is the fact that the laws of the common state have no priority over those of the constituent states.
- i. The three-state structure proposed by the Annan Plan would entail an enormous increase in public sector expenditure.
- j. The proposal is undemocratic - the parliamentary system essentially creates a minority veto similar to that of the 'ill-advised 1959-1960 agreements, which vetoes led to the breakdown of the Cyprus constitution'.⁶ The new proposal is even more complicated than the 1959-1960 agreements and creates the conditions for continuous squabbling, disagreements and deadlock.
- k. The proposal undermines the Foundation Agreement - the Supreme Court shall consist of an unspecified number of judges with an equal number of judges from each component state appointed by the Presidential Council and 3 non-Cypriot judges. It is likely that 3 non-Cypriots will make the fundamental legislative decisions for the common state abrogating its sovereignty and independence.

6 Any observer of the events of the 1960s will recall this Greek-Cypriot attitude was the trigger for the breakdown between the two communities and the subsequent conflict.

- l. It essentially legitimises the continued presence of' the settlers from Turkey and paves the way for the transformation of the demographic character of the island.
- m. The proposal subverts property rights - the Plan proposes a highly complicated, ambiguous and uncertain regime for resolving property issues. However, the proposals are clearly based on the principle that real property owners can ultimately be forced to give up their property rights and abide by whatever regime were to be created by the Plan for property issues. This violates international law.

Turkish Cypriot objections

The Turkish Cypriot administration's public statements on their objections to the Annan Plan are as follows.

- a. TRNC Foreign Affairs and Defence Minister, Tahsin Ertuğruloğlu, has condemned the Plan on the grounds that it "can not be considered as the plan for a settlement, but as the dissolution of the Turkish Cypriots".⁷
- b. "There exists no sovereignty in this document, it's only restricted autonomy – it puts the Greek Cypriots in charge, which is what the Greek Cypriots have always wanted."
- c. The Plan fails to treat the two states as equal, and allocates seats in the new federal lower house of parliament on the basis of population.
- d. The Turkish Cypriot side never accepted the concept of 'component-states' and rejected it during the negotiations process but, the formula 'constituent states' used in the third version of the Plan is acceptable.
- e. The Plan has excessive land concessions reducing the Turkish Cypriot territory from 36% to 28.5% of the island. The maps are not acceptable to any Turkish Cypriot government as the lands

7 Tahsin Ertuğruloğlu's criticisms were discussed in a private meeting in January 2003, but have also been aired in radio and television interviews reported at <http://www.trncinfo.com>.

to be relinquished considerably undermine Turkish Cypriot interests, indeed survival on the island.

- f. Turkish Cypriots would not be sovereign owners of the proportion of the land that will remain to them because with 1% of the Greek Cypriots coming to the North each year, after 20 years the Greek Cypriot population will amount to 33% of the population of the Northern state. The proportion of land remaining to the Turkish Cypriots will not be 28.5%, after the return of the Greek Cypriots to the North and the properties taken by the Church, this proportion may be lowered to around 13%.
- g. These Greek Cypriots will have the right to be represented in the Northern Assembly and will therefore dilute the self-government of the Turkish Cypriots.
- h. The right to veto by the Turkish Cypriots is eliminated.
- i. The Turkish sector would have an international force that could only be sent away by the Common State, and the Turkish Army would be reduced to around 6,000.
- j. A multi-national force with vast authorities will not be present to safeguard the Turkish Cypriots but only with the aim of protecting the rights of the Greek Cypriots within the Northern state.
- k. The maps are unacceptable and require around 42,000 Turkish Cypriots to move from their homes with no prospect of any replacement for the fertile lands they would be leaving.
- l. "The EU membership as it is foreseen in this document would lead to the hegemony of the Greek Cypriots and the elimination of the Turkish Cypriot people within the EU."⁸
- m. "Turkey would not be granted EU membership, as the North, entering the EU unprepared following a solution to the Cyprus issue, would lose its political existence in a short time."⁸
- n. Each revision of the Plan was slightly worse than the preceding one from the perspective of the Turkish Cypriots.

8 Gunduz Aktan (2003) *Congratulations, you got rid of Turkey*, Turkish Daily News, Ankara, 20 March 2003.

Turkish Government position

The Ministry of Foreign Affairs in Ankara seemed in January and February 2003 to be divided on Cyprus. Despite the change of government as a result of the general election on 3 November 2002, amongst many civil servants the view of the Ecevit Government persisted – that there can be no EU accession of Cyprus until Turkey also has membership. Within this group the phrase “... is unacceptable to my government” was frequently heard. In this camp can be found academics associated with the establishment and with strong links to the military.

Whilst not liking the Annan Plan Turkish politicians and senior civil servants were willing to look at the detail and discuss refinements and improvements to the Plan. This seemed to be in line with the statement by the Turkish Foreign Ministry spokesman Yusuf Buluç on 9 January 2003 that the Government was modifying its policy on Cyprus in line with the Annan Plan. Mr Buluç underlined that, “There is not even the slightest difference” between Turkey and the Turkish Cypriots and stated that Ankara agreed with Mr Denктаş’s objections to certain aspects of the Annan Plan. At the same time the Chief of the General Staff General Hilmi Özkök delivered the message that the military would support Mr Denктаş. Commentators took the view that the extent of this support may be limited and it may be more for show, although the General’s statement did not suggest that the Turkish establishment was willing to display the flexibility expected by the UN and hoped for by the EU.

As far as Turkey is concerned, accommodating the EU on Cyprus is the last card that Turkey has to play. Because the Turkish Cypriots could not be persuaded to sign up to a deal at the time of the Copenhagen summit it meant that if Turkey were to facilitate a solution to enable Northern Cyprus to accede with Cyprus, Turkey would be playing that card with no guarantee of Europe reciprocating by accelerating the date for the start of negotiations on Turkish EU membership. Turkey would have to trust the EU to keep its side of any bargain at a future EU summit, and there is no reason why Turkey should do so. Recent signs are more promising with Commissioner Günter Verheugen saying that Turkey could start accession negotiations with the EU in 2005, if it was firmly determined to do so.⁹

9 Günter Verheugen stated this on 31 January 2003 when he was visiting Ankara as part of an EU Troika mission.

Role of Lord Hannay

Lord (David) Hannay has been very much involved in the process for more than a decade. He was appointed British Government Special Representative for Cyprus in 1996 "to give support and new impetus to UN efforts to find a Cyprus settlement"¹⁰ He was clearly involved to a large degree in the development of the UN Plan.¹¹ But Lord Hannay said on 3 February 2003 that Britain was not one of the leading actors of the Cyprus question and added that Britain was only involved indirectly in the Cyprus problem in terms of the guarantorship.¹²

According to Jean Christou writing in the *Cyprus Mail* quoting 'informed sources' in the Greek Cypriot administration:

"Britain's envoy for Cyprus Lord David Hannay made changes to the UN peace plan to safeguard British interests, preventing thousands of refugees from Famagusta returning to their abandoned homes." He also "had a hand in watering down a section of the Plan that provided for cross voting between the two communities. 'He has been interfering all along in an imperialist manner in all these processes of preparing the Plan, primarily to protect British interests in Cyprus.' The source claimed Hannay had intervened to redraw a line on the map going into Famagusta in a clear attempt to secure British strategic interests. A second informed source on the Greek Cypriot side said that Hannay's fingerprints 'were all over the Plan'. 'We knew the British were working on the proposal for a long time but we don't know how much of it is Britain's work or the work of the US,' the second source said."¹³

The Turkish Cypriots have also criticised Lord Hannay. The Minister for Foreign Affairs and Defence, Tahsin Ertuğruloğlu, has said that the

-
- 10 Answer to a House of Commons Written Question by Tom Cox MP by UK Minister for Europe, Peter Hain MP, House of Commons Hansard, Thursday 11 July 2002
- 11 The UN Secretary General "singled out in particular the support and advice received from ... Lord Hannay, and the special envoy of the United States of America, Thomas Weston." United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 149
- 12 Reported by Ankara Anatolia news agency 03 February 2003
- 13 Jean Christou (3 December 2002), *British meddling leaves 5, 000 refugees out in the cold*, Nicosia, *Cyprus Mail*

UN Plan was the creation of Lord Hannay, and bore little relationship to the proximity talks that preceded it. It is alleged that Lord Hannay has always been biased towards the Greek Cypriots, and there have been unsubstantiated reports that he is a shareholder in a company substantially owned by former Greek Cypriot President Vassiliou.

On occasions over the years Lord Hannay managed to annoy both sides at the same time, such as when both the presidents of the Republic of Cyprus and the TRNC boycotted meetings with him on 22 January 1999.¹⁴ Whilst these criticisms are probably incorrect, it is significant that all sides are blaming Lord Hannay for his perceived role. It is undoubtedly the case that peace brokers are likely to be blamed by both sides and thanked by neither, but the extent to which Lord Hannay has been blamed for the perceived inadequacies of the Plan indicates that he was more visible than he should have been.

2. History of the conflict

It seems as though almost everyone in Cyprus is obsessed with history. For the Greek Cypriots history began in 1974; for the Turkish Cypriots it began in 1963. You cannot meet one of the veteran leaders in Cyprus without having a history lesson. Indeed, in his report on his mission of good offices the UN Secretary General observed that “meetings often revert to debates about history or visions”.¹⁵ Whilst it is not desirable to dwell in the past, it is important to understand why the Turkish Cypriots have stood out against a return to the *status quo ante* demanded by the Greek Cypriots, in which they are regarded as simply a “minority” community on the island.

1960-1973

The 1960 constitution of the independent Cyprus established and guaranteed a 30: 70 power-sharing arrangement between the Turkish and Greek Cypriots in the government of the Republic of Cyprus. The constitution established the two communities as politically equal, but the overw-

14 Reported in Turkish Daily News 23 January 1999.

15 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 39.

helming motivation was the continued control by the UK of the military and intelligence facilities on the island.

“The main elements of the 1959 independence agreements were not brokered by London but discreetly by Washington, as British records of NATO meetings and US diplomatic activity show in great detail. And they were shaped not in the interests of giving the Cypriots self-determination, but with the aim of preserving in perpetuity the use of the defence facilities on the island by the West.”¹⁶

The US State Department’s Bureau of Intelligence and Research issued an analysis of the 1959 London and Zurich agreements, calling them dysfunctional. It predicted problem areas that were manifested in 1963¹⁷ when this power sharing arrangement had lasted just three years before the then President of the Republic, Archbishop Makarios proposed in a 13-point memorandum on 30 November to amend the Constitution of the Republic. He was apparently encouraged by the British High Commissioner, Sir Arthur Clarke, whose advice he valued.¹⁸ Brendan O’Malley comments that:

“A contributing factor to the quick constitutional collapse was the fact that the ministers in the new government came to power with no experience of real democracy — because it had been denied them - and many had a history of pursuing the narrow interests of their community through violent or confrontational tactics.”¹⁹

On 21 December 1963 the Greek Cypriots forced through the House of Representatives these 13 constitutional amendments, six of them to Basic Articles that previously had been declared as immutable by treaty and constitutional provision.²⁰ These amendments had as their obvious purpo-

16 Brendan O’Malley (16 January 2001), *Origins of the Cyprus Problem*, a lecture at the Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, United States.

17 Bureau of Intelligence and Research (July 1959) *Analysis of Cyprus Agreements*, Washington, Publication no. 8047

18 Ibid.

19 Brendan O’Malley (16 January 2001), *Origins of the Cyprus Problem*, a lecture at the Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, United States.

20 Article 182 of the 1960 constitution stated that, “The Articles or parts of the Articles of this Constitution set out in Annex III hereto which have been incorporated from the Zurich Agreement dated 11th February 1959, are the basic Articles of the Constitution and cannot, in any way, be amended, whether by way of variation, addition or repeal.”

se the elimination of the carefully negotiated balance of power between the two communities. According to John Reddaway:

“In short the amendments emasculated the Constitution of all those provisions which were of fundamental importance to the Turkish community and on which they relied to protect them from subordination...”²¹

Both Britain and Turkey as Guarantor powers²² issued diplomatic protests condemning the amendments as “contrary to the Constitution of the Republic of Cyprus, which is under the safeguard of international treaties.” The Turkish Cypriot members of the House of Representatives were effectively expelled from the legislature and government.²³ The UK Commons Select Committee found, “When in July 1965 the Turkish Cypriot members of the House of Representatives sought to resume their seats they were told that they could do so only if they accepted the legislative changes to the operation of the Constitution enacted in their absence.”²⁴ This sparked inter-communal violence in which the Turkish Cypriots clearly came off worse. An incident between Greek Cypriots and Turkish-Cypriots on 21 December 1963 leading to the deaths of a Turkish-Cypriot couple, led in turn to the launching of:

“a major attack on the Nicosia Turkish-Cypriots, the first stage in a campaign to settle the problem by force... The Greek-Cypriots aimed at the subjugation of the Nicosia Turks by a swift knockout blow, and, in consequence, the automatic surrender of the Turkish-Cypriot communities in the rest of the island. The Turkish-Cypriots were largely defenceless, the Turkish-Cypriot police having been di-

21 John Reddaway (1986), *Burdened with Cyprus - the British Connection*, London: Weidenfeld and Nicolson.

22 Treaty of Guarantee between the Republic of Cyprus and Greece, the United Kingdom and Turkey, drawn up and approved by the Heads of the Governments of Greece and Turkey in Zurich on 11 February 1959, taking into account the consultations in London, from 11 to 16 February 1959 between the Foreign Ministers of Greece, Turkey and the United Kingdom.

23 The Turkish Cypriots claim to have been thrown out of the bi-communal House of Representatives. In fact the Turkish Cypriots walked out of the House on 23 December. In January 1964 they asked the President of the House, Glafcos Clerides to be allowed to return to the House, but this was refused by Clerides.

24 Report of the Select Committee on Foreign Affairs, UK House of Commons, 2 June 1987 (H. C. no. 23 of 1986-87).

sarmed as a result of a ruse on the part of the Greek-Cypriot minister.”²⁵

This incident “was followed immediately by a major Greek-Cypriot attack by the various para-military forces against the Turks in Nicosia and Larnaca”²⁶ and this further developed into a comprehensive pogrom of the Turkish Cypriots by the Greek Cypriots. British veteran war correspondents Rene MacColl and Daniel McGeahie reported on 28 December 1963:

“We went tonight into the sealed-off Turkish quarter of Nicosia in which 200 to 300 people had been slaughtered in the last five days. We are the first Western reporters there and we have seen sights too frightful to be described in print and horrors so extreme that people seemed stunned beyond tears and reduced to a hysterical and mirthless giggle that is more terrible than tears.”²⁷

And three days later another British journalist reported:

“... A few days ago, 1, 000 people lived here, in their solid, stone built homes which hug the coast road to Kyrenia, 13 miles from Nicosia. Then in a night of terror 350 villagers - men, women and children - vanished. They were all Turks”.²⁸

Greece and Turkey became increasingly embroiled in the situation. Greece sent 20, 000 troops to the island illegally, while Turkey responded to attacks on Turkish Cypriot areas with air strikes. The UN Security Council passed a Resolution on 4 March 1964 on Cyprus “recommending the creation of a UN Peace-keeping Force in Cyprus”²⁹ (UNFICYP), which was rapidly deployed. The Security Council also recommended the UN Secretary-General to designate a mediator “for the purpose of promoting peaceful solution and an agreed settlement of the problem confront-

25 Nancy Crawshaw (1978) *The Cyprus Revolt: an Account of the Struggle for Union with Greece*, London and Boston: G. Allen & Unwin (pp 336-7); Oberling, Pierre. *The Road to Bellapais: The Turkish Cypriot Exodus to Northern Cyprus*. (East European Monographs, No. 125) Boulder, Colorado: Social Science Monographs, 1982, pp 87 et seq.

26 Keith Kyle, (1997), *Cyprus: In Search of Peace*, Cyprus Cypis (p. 10).

27 Daily Express (28 December 1963), London.

28 Daily Herald (31 December 1963), London.

29 UN Security Council Resolution, 186 (S/5575) of 4 March 1964.

ting Cyprus.”³⁰

Forced displacements of population – “ethnic cleansing” as it has become known - occurred between 1963 and 1970, in which Greek Cypriot military and paramilitary forces attacked and terrorised Turkish Cypriots, displacing 20, 000 people. The Turkish Cypriots lost 103 villages and lived in small enclaves corresponding to only 3% of the territory of Cyprus, as a result of being forced there by Greek Cypriot armed assaults. Some 803 Turkish Cypriots are still missing. The reports of the UN Secretary General to the Security Council during this period bear testimony to these violations of the Turkish Cypriots’ human rights:

“... thousands of Turkish Cypriots fled from their homes, taking with them only what they could drive or carry and sought refuge in what they considered to be safer Turkish Cypriot villages and areas.”³¹

Keeping the two sides apart became the accepted solution to the problem, but the issue was how this was to be achieved. The UK House of Commons Foreign Affairs Committee later observed:

“Both before and after the events of December 1963, the Makarios government continued to advocate the cause of *enosis* and actively pursued the amendment of the Constitution and the related treaties to facilitate this ultimate objective... There is little doubt that much of the violence, which the Turkish Cypriots claim led to the total or partial destruction of 103 Turkish villages and the displacement of about a quarter of the total Turkish Cypriot population, was either directly inspired or certainly connived at by the Greek Cypriot leadership.”³²

Arbitrary arrests, murder, rape, restrictions in freedom of movement, economic blockades and innumerable other hardships became daily occurrences that the Turkish Cypriots had to suffer. The then US Under-Secretary of State, George W Ball, recorded his personal experiences of events in Cyprus during that period:

“Makarios’ central interest was to block off Turkish intervention so

30 Ibid.

31 Report of the UN Secretary-General S/8286 of 8 December 1967.

32 Report of the Select Committee on Foreign Affairs, UK House of Commons, 2 June 1987 (H. C. no. 23 of 1986-87).

that he and his Greek Cypriots could go on happily butchering Turkish Cypriots." "... the Greek Cypriots... do not want a peace keeping force; they just want to be left alone to kill Turkish Cypriots."³³

British Prime Minister at the time was Sir Alec Douglas-Home wrote in his autobiography,

"I was convinced that if Archbishop Makarios could not bring himself to treat the Turkish Cypriots as human beings he was inviting the invasion and partition of the island."³⁴

It is now a matter of historical record³⁵ that this was a systematic plan to wipe out the Turkish Cypriot population and bring about the union of Cyprus with Greece, or *enosis*. In 1962 Archbishop Makarios with Interior Minister Polycarpos Yeorgadjis and President of the House of Representatives Glafcos Clerides drew up a plan (the Akritas Plan) based on the principles of:

"annihilating a sizeable part of the Turkish Cypriot community in 48 hours,

"uniting the island with Greece before Turkey could intervene,

"misleading world public opinion into believing that what was occurring on the island was a simple civil strife, perpetrated by some Turkish Cypriot extremists."³⁶

During this period Harry Scott Gibbons was covering the Middle East for the London *Daily Express* from Cyprus. In his book *The Genocide Files*, based on his own first-hand experience and eyewitness accounts of the events in Cyprus from 1963 to 1968, he notes that:

33 George W Ball (1982), from quoting what he had reported to President Johnson on 15 February 1964 following a week of meetings in Cyprus, Ankara and Athens, from his memoirs *The Past Has Another Pattern*, New York: Norton.

34 Lord Home of Hersel, (1976), *The Way the Wind Blows* Collins ISBN 0 00 211997-8 at p. 242.

35 Various sources including Glafcos Clerides' autobiography (1989-90), *Cyprus: My Deposition*, Nicosia: Alithia.

36 First published on 21 April 1966 in the Greek Cypriot newspaper *Patris* and widely published in other sources since then, including in Glafcos Clerides' autobiography (1989-90), *Cyprus: My Deposition*, Nicosia: Alithia.

“When Makarios became president, one of the first appointees to his cabinet was Yeorgadjis³⁷ who ... took control of EOKA³⁸ and the *enosis* movement. It was not long, however, before Makarios announced that he had signed the terms of the independence agreements under coercion. *Enosis* was still the final solution, he said. The call for union with Greece again swept the island.

And Yeorgadjis was given the task of organising that end, the ‘final solution’ that, in order to be achieved, would of necessity mean the extermination of the Turks. And so ... Makarios, the saintly president, Yeorgadjis, the EOKA killer, and Glafkos Clerides, wartime Royal Air Force hero turned EOKA propaganda chief³⁹, at that time leader of the Cyprus House of Representatives and today president of Greek Cyprus, sat down and worked out a plan for genocide.”⁴⁰

In 1967 a military junta seized power in Greece backed by the KYP (the Greek CIA and supported financially by the United States CIA). The junta seemed determined to resolve the deadlock between the Greek and Turkish Cypriots, and bring about *enosis* by force. As relations with the junta deteriorated after several coup plots were revealed, Makarios grew closer to the Soviet Union. He sought to bolster his position by making an eight-day visit to Moscow. In 1972 when he imported Czech arms without seeking the approval of Athens to prepare against a possible coup. His closeness to Moscow prompted more fears in the west that he was becoming a “Castro of the Mediterranean”⁴¹ who, backed by the strongest

37 Minister of the Interior Polycarpus Yeorgadjis was appointed as commander of “the organisation” later renamed The National Guard of Cyprus, and the President of the Parliament Glafkos Clerides and the Minister of Labour Tassos Papadopoulos were appointed as its deputy commanders. This was reported by Lieutenant General George Karajan’s (a Greek army officer who served in Cyprus at the time) to an Athens newspaper on 13 June 1965.

38 In the 1950s there was a terrorist organisation in Cyprus led by George Graves called *EOKA* (Ethnic Organises Cyprian Agonist on) whose aim was to achieve independence from Britain and union with Greece.

39 Clerides’ role in EOKA and his code-name Prides is recorded in his CV published on the Republic of Cyprus Government website as well as in Glafkos Clerides’ autobiography (1989-90), *Cyprus: My Deposition*, Nicosia: Alithia.

40 Harry Scott Gibbons (1997), *The Genocide Files*, London: Charles Bravos.

41 Quote from Henry Kissinger (1999), *Years of renewal*, New York: Weidenfeld & Nicholson p.199.

communist party in the middle east (AKEL), might hand the island to the Eastern Bloc, jeopardising the south-eastern flank of NATO and the spying facilities on the island. "After the [Arab-Israeli] October War in 1973, the US became increasingly eager to get rid of Makarios and secure a strategic foothold on the island by installing its Greek and Turkish allies on Cyprus. Britain had denied Washington the use of Cyprus-based communications facilities which might have enabled the US to warn Israel of the Arabs' pre-emptive attack."⁴²

Turkish intervention

All sides agree that the 1974 intervention by the Turkish mainland forces was a response to the *coup d'etat* sponsored by the Greek military regime seeking to achieve *enosis*. On 15 July 1974 Greek National Guard officers deposed President Makarios (who fled to Britain) and replaced him with Nicos Sampson, a terrorist and self-confessed murderer nicknamed "Butcher of the Turks." Sampson was as a long-standing recipient of financial support from the CIA. He also received money for his fanatical Nicosia newspaper *Makhi* ("Combat" – which is still published today) from a pro-junta CIA proxy in Athens, Savvas Constantopoulos, the publisher of the pro-junta newspaper *Eleftheros Kosmos* (Free World).⁴³ The Turkish Cypriots genuinely feared that they were going to be exterminated. It was clear that Greece was in breach of the Treaty of Guarantee that states:

"Greece, Turkey and the United Kingdom ... recognise and guarantee the independence, territorial integrity and security of the Republic of Cyprus ..."⁴⁴

Article IV of the Treaty of Guarantee states:

"In the event of a breach of the provisions of the present Treaty, Greece, Turkey and the United Kingdom undertake to consult together with respect to the representations or measures necessary to ensure

42 Michael Jansen (20 July 1999), *Duplicity over Cyprus survives to this day*, London: The Daily Star.

43 Christopher Hitchens (2001), *The Trial of Henry Kissinger*, London: Verso.

44 Article 2, *Treaty of Guarantee* signed in Nicosia on 16 August 1960 by the Republic of Cyprus and Greece, Turkey, and the United Kingdom.

observance of those provisions. In so far as common or concerted action may not prove possible, each the three guaranteeing Powers reserves the right to take action with the sole aim of re-establishing the state of affairs created by the present Treaty.”

But James Callaghan, the British Foreign Secretary, told the House of Commons on 16 July that Britain had no authority to take any action beyond urging Athens and Ankara to meet and discuss their differences. The Turkish Government, led by the youthful Prime Minister Bülent Ecevit, wanted Britain and Turkey as guarantor powers, to intervene militarily to protect the Turkish Cypriot citizens and to restore the 1960 Constitution. British troops were already on the island, both as UN peace-keepers (16/5th Lancers) and in the Sovereign Bases in the south of the island. There were also British marine commandos training in the Kyrenia mountains in the north of the island. Ecevit’s idea was that Turkish forces should land on the island at the Sovereign Bases (presumably by air) and should then fan out in a joint operation to restore order. James Callaghan, then British Foreign Secretary, recalled that:

“Prime Minister Bülent Ecevit of Turkey arrived at No 10 Downing Street on the evening of 17 July, accompanied by some of his Ministers and two Generals. On our side were the Prime Minister [Harold Wilson], Minister of Defence Roy Mason, and myself. Ecevit was very direct. In view of the coup he no longer recognised Greece as a Guarantor of Cyprus and he would not therefore meet them for the consultations among the three powers, as laid down in Article IV of the 1960 Treaty. There must be immediate action to bring about an effective Turkish presence on the island to save Turkish lives. The island needed fewer Greek troops, not more Turkish troops, and we had called on the Greek Government to withdraw their National Guard officers.”⁴⁵

Ecevit’s recollections of the dinner with Harold Wilson and James Callaghan are similar. Ecevit told them, ‘If you want to avoid bloodshed and irreparable harm to NATO, let us undertake joint action, permitting the Turkish armed forces to operate from the British Bases. I call upon you to fulfil your obligations under the Treaty of Guarantee.’ Replying, Wilson assured him that Britain was well aware of the sort of man Sampson was

45 James Callaghan (1987), *Time and Chance*, London: Collins.

and shared Turkey's anxieties. 'But', he said, 'it is not yet too late to restore the old regime'. Ecevit answered, 'With every hour that passes, the situation becomes more difficult. It is imperative that Sampson should be quickly forced to step down and a new order established. The balance has been completely upset and we are determined to safeguard the Turkish Cypriot community.'⁴⁶

The British Government argued that Britain was under no duty to take military action, but the treaty of Guarantee provided that Britain would guarantee the independence, territorial integrity and security of the Republic, which it manifestly failed to do. The House of Commons Select Committee on Cyprus investigated this and concluded that "Britain had a legal right to intervene, she had a moral obligation to intervene. She did not intervene for reasons which the Government refuses to give."⁴⁷

The British Prime Minister agreed that Turkey and Britain had a responsibility to set the Treaty of Guarantee in motion and both countries should jointly invite the Greeks to come to London for the consultation under the Treaty of Guarantee.

"On 18 July we at last received a reply from the Greek Military Government. Brigadier Ioannidis was as uncompromising as Ecevit had been. He told our Ambassador that Greece would not come to London for talks, either between the three Guarantor Powers under the Treaty or bilaterally with Britain."⁴⁸

As the Turkish delegation was about to depart from London on 18 July the British Government told them that they "expected Turkey not to resort to unilateral military action and so worsen an already bad situation."⁴⁹ Wilson declared, "We do not share the view that the Treaty of Guarantee confers on Britain any right to intervene militarily." To which Ecevit replied, "That is a pity, for there will be all the more bloodshed."⁵⁰ But it was clear that the Turkish Government's mind was made up. As Callaghan recalled:

46 Mehmet Ali Birand (1985), *30 Hot Days*, Lefkoşa: K. Rustem and Bro.

47 House of Commons Select Committee report HC 331 1975/76 para. 22

48 James Callaghan (1987), *Time and Chance*, London: Collins.

49 Ibid.

50 Mehmet Ali Birand (1985), *30 Hot Days*, Lefkoşa: K. Rustem and Bro.

“It seemed to us that [Turkish Foreign Minister, Turan] Güneş had little or no authority. Behind him stood the Turkish Cabinet, and behind the Cabinet stood the Turkish Generals.”⁵¹

On Thursday 18 July the BBC news bulletin at 08.00 hrs contained a detailed account of Ecevit’s confidential talks with the British leaders and included the statement that “the Turks are determined to land troops in Cyprus.” Precisely the same story was carried by the morning papers and must have emanated from either the Foreign Office or the Prime Minister’s Office. In the opinion of the Turkish delegates, this was a deliberate leakage with a two-fold aim - to increase international pressure on Turkey, and to alarm both the Greeks and the Greek Cypriots.⁵²

On the morning of 20 July Turkey launched Operation Attila, landing troops on the northern coast of Cyprus in a “peace operation” to protect the Turkish-Cypriot population. However, the Greek Cypriots struck back against Turkish Cypriot civilians. The Times correspondent observed that:

“Thousands of Turkish Cypriots were taken hostage after the Turkish forces landed. Turkish women were raped, children were shot in the street and the Turkish quarter of Limassol was burnt out by the (Greek) National Guard.”⁵³

On 23 July the collapse of the military junta in Athens coincided with the collapse of the coup in Nicosia. Parliamentary speaker Glafcos Clerides took over as caretaker President of Cyprus until the restoration of Makarios.

Talks in Geneva were initiated between the UK, Greece and Turkey on 25 July during a tentative ceasefire, and all parties agreed to continue negotiations. By 30 July the powers agreed that the withdrawal of Turkish troops from the island should be linked to a ‘just and lasting settlement acceptable to all parties concerned’. The declaration also spoke of ‘two autonomous administrations - that of Greek-Cypriot community and that of the Turkish-Cypriot community’.⁵⁴ Had the Turkish

51 James Callaghan (1987), *Time and Chance*, London: Collins.

52 Mehmet Ali Birand (1985), *30 Hot Days*, Lefkoşa: K. Rustem and Bro.

53 The Times (23 July 1974), London.

54 C. H. Dodd, (1993), *Cyprus: A Historical Introduction*, in C. H. Dodd (ed.), *The Political, Social, and Economic Development of Northern Cyprus*, Huntingdon, Cambridgeshire, England: Eothen Press.

Prime Minister Bülent Ecevit, withdrawn his forces at this point, 'he would have been remembered as the man who rid Greece of the junta, saved Cyprus from its designs, and rebuilt the image of Turkey in the West.'⁵⁵

At the second Geneva Conference on 9 August, Turkey pressed for a federal solution to the problem, against stiffening Greek resistance. Whilst Turkish Cypriots wanted a bi-zonal federation, Turkey, under American advice, submitted a cantonal plan involving separation of Turkish-Cypriot areas from one another. For security reasons Turkish-Cypriots did not favour cantons. Each plan embraced about 34% of the territory.⁵⁶ These plans were formally presented to the conference on 13 August by the Turkish Foreign Minister, Turan Güneş. Clerides wanted thirty-six to forty-eight hours to consider the plans, but Güneş demanded an immediate response, and the talks broke up.⁵⁷

Massacres of Turkish Cypriots took place on 14 and 15 August in villages in the east of the island near Famagusta. 57 of the 60 inhabitants of the Turkish village of Atlılar (Aloa) were massacred by Greek Cypriot gunmen and buried in a mass grave. In Sandallar (Sandallaris), the whole population of 57 and in Muratağa (Maratha) 82 Turkish Cypriots were lined up and shot dead and buried in mass graves. Amongst the victims there were elderly people, women, children and even a 16-day old baby. In the village of Tokhni on 14 August all the Turkish Cypriot men between the ages of 13 and 74, except for eighteen who managed to escape, were taken away and shot.⁵⁸ In Zyvi on the same day all the Turkish Cypriot men aged between 19 and 38 were taken away by Greek Cypriots and were never seen again. On the same day Greek Cypriots opened fire in the Turkish Cypriot neighbourhood of Paphos killing men, women, and children indiscriminately.

The Turkish army advanced eastward in a second phase of the operation starting on 14 August partly to ensure a defensible position, and partly to fulfil a plan agreed with the United States to divide the two com-

55 Christopher Hitchens (1997), *Hostage to History: Cyprus from the Ottomans to Kissinger*, London: Verso, p. 102.

56 Ibid.

57 Ibid.

58 The Times, Guardian, 21 August 1974.

munities in order to bring about peace on the island.⁵⁹ Towards the end of 16 August they controlled 37% of the island, creating a safe haven in Northern Cyprus for Turkish Cypriots. Hitchens contends there are a variety of reasons why the Turks initiated the extension of their presence on the island.⁶⁰ Central to his thesis is the influence of the great powers interested in Cyprus. He argues that knowing of a build-up of Turkish forces on Cyprus, US Secretary of State Kissinger sent a signal to Ankara on 13 August suggesting the US did not disapprove of Turkey's actions.⁶¹ Indeed Ecevit reported at the time that he was on the phone with Kissinger hourly on 16 August keeping him informed of the progress of Turkish troops moving towards the line previously agreed for the area to be occupied by the Turkish Cypriots. The then Chief of the General Staff, later Turkish President Kenan Evren, said that the Turkish military plans for Cyprus were more moderate, but that the Turkish Army moved forward beyond the intended boundaries because the Greeks fled and the Turkish forces filled the vacuum, with the intention of relinquishing some of the land at the time of a final settlement.⁶²

No informed observer disputes that Turkey had a legal right under the Zurich and London Accords of 1960 to intervene - the problem arises as to whether they should have stayed on the island.⁶³ Examining the

59 The key architects of the US proposed scheme in 1964 was US Secretary of State Dean Acheson and Deputy Secretary George W Ball. The plan was to use NATO to force Athens and Ankara to divide the island between them. The plan was revived in 1973 at the Geneva talks.

60 Until the second invasion Turkey held just 5% of Cyprus in the northern part of the island. This was extended to 37% after 14 August.

61 Christopher Hitchens (1997), *Hostage to History: Cyprus from the Ottomans to Kissinger*, London: Verso, p. 99.

62 "Turkish Pulse" Editorial, 26 November 2002.

63 Although legal commentators disagree on the legitimacy under international law of the extension of the Turkish intervention in August 1974, it remains a fact that the situation was under close scrutiny by the Security Council and that body did not at any point determine that the Turkish action was a breach of the peace or an act of aggression. The furthest that the Council went was to express concern at the situation resulting from "military operations which constituted a most serious threat to peace and security in the Eastern Mediterranean area" and to record "its formal disapproval of unilateral military actions undertaken against the Republic of Cyprus" (note the plural covering both Greek and Turkish military action). *United Nations Security Council resolution 360 (1974)*.

events of 1974 the UK Government concluded that “on 20th July 1974 Turkey intervened under Article IV of the Treaty of Guarantee.”⁶⁴ The Athens Court of Appeals, in its Decision of 21 March 1979, has also ruled that the intervention of Turkey in Cyprus was legal:

“... The Turkish military intervention in Cyprus, which was carried out in accordance with the Zurich and London Agreements, was legal. Turkey, as one of the Guarantor Powers, had the right to fulfil her obligations. The real culprits... are the Greek officers who engineered and staged a coup and prepared the conditions for this intervention.”⁶⁵

The legitimacy of the Turkish intervention under the Treaty of Guarantee was confirmed by the Consultative Assembly of the Council of Europe which passed the following Resolution:

“2. Condemning the *coup d’etat* carried out in Cyprus by officers owing allegiance to the Greek military dictatorship;

“3. Regretting the failure of the attempt to reach a diplomatic settlement which led to the Turkish Government to exercise its right of intervention in accordance with the article 4 of the Treaty of Guarantee of 1960.”⁶⁶

These events caused major social upheaval for both peoples of the island. Some 180, 000 to 200, 000 Greek Cypriots fled south and about 50, 000 to 60, 000 Turkish Cypriots fled north, including many who had been displaced before. Almost half the population of Cyprus lost properties as a result of inter-communal strife or military action between 1963 and 1974 and the unresolved division of the island since that time.⁶⁷ Forty percent of Greek Cypriots and half the Turkish Cypriots were made refugees.⁶⁸ A large proportion of these are now living abroad, with around 300, 000

64 UK Foreign & Commonwealth Office doc. CPS/75, Jan., 1987.

65 Decision No. 2658/79 dated 21 March 1979.

66 Resolution 573 (1974) of 29 July 1974.2 and 3. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, ref Doc. 3464, report of the Political Affairs Committee - quoted by Dr Necati Münir Ertekün, *Some reflections on the Cyprus Question*.

67 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 107.

68 Reuters (15 Nov 1996), *Economist assesses impact of Cyprus federation*, London.

Cypriots currently living in the UK, mainly in north London.⁶⁹

The geographic separation has resulted in peace with only around a dozen people having died on the border since 1974.

1974-1998

The response of the international community was crystallised into UN Security Council Resolutions 365 (1974) and 367 (1975). The creation of a bi-zonal, bi-communal federation was agreed by both communities in the 1977 and 1979 High Level Agreements and set out in the relevant UN Security Council resolutions. Practically every sort of possible arrangement to form a bi-communal bi-zonal federation has been discussed, culminating in the UN Secretary-General's 'Set of Ideas' in 1992 and the comprehensive 'Confidence Building Measures' a little later. Although the two sides agreed about the principle (and much of the detail) of having such a federation, the final steps eluded negotiators for more than a quarter of a century.

From a practical point of view two states have existed side by side on Cyprus with little or no civil society contact for most of the last 3 decades. The international community continues to display a considerable lack of logical thought on the nature of a bi-communal bi-zonal federation. A federation, by definition is a "union of several states under a federal government, each retaining control of its own internal affairs"⁷⁰. Dr Andrew Mango observes:

"A federation requires the support of the inhabitants of its constituent parts. A marriage cannot be valid, let alone happy, without mutual consent. At present this consent is lacking in Cyprus."

In order to form a federation, therefore, more than one state must be recognised. For various reasons, discussed below, the Turkish Cypriot state has not been recognised.

69 See ethnographic research at <http://www.ucy.ac.cy/research/ethno/article1.htm>. Former Greek Cypriot President Vassiliou once joked with the former MEP for London North, Pauline Green, that "more Cypriots vote for you than voted for me."

70 Oxford English Dictionary.

The confederation proposal and after

The proposal of President Denktaş of 31 August 1998 for a confederation of “two peoples and two states of the island supported by symmetrical agreements with the two respective motherlands and guarantor states” foresees a confederal entity. The sting, however, is in the tail of the proposal: “By participating in these negotiations [to form a confederal arrangement] the parties will acknowledge that the Greek and Turkish Cypriot sides are two sovereign and equal states, each with its own functioning democratic institutions and jurisdiction, reflecting the political equality and will of their respective peoples. They will also acknowledge that the authorities of one party do not represent the other.” The TRNC uses the shorthand “state-to-state” talks to describe this condition.

In July 1999 the UN Security Council passed two resolutions regarding the Cyprus issue. One called upon the two sides in Cyprus to negotiate, without any precondition, within the framework of the Secretary-General’s good offices mission.⁷¹ The first round of the proximity talks between President Denktaş and President Clerides was held in New York on 3-14 December 1999 under the supervision of the UN Secretary-General Kofi Annan and his Special Advisor for Cyprus Alvaro de Soto. The aim of the talks was to prepare the ground for comprehensive face-to-face negotiations in reaching a lasting solution in the island. But after four rounds of talks there had been little significant progress. President Denktaş announced on 24 November 2000 that the Turkish Cypriot side would not continue the talks unless the original parameters of “State-to-State talks” are accepted. With this decision the proximity talks came to a halt.

A year later, partly thanks to a series of interviews conducted by Mehmet Ali Birand on CNN Turk with groups of Turkish and Greek Cypriot youth born since 1974 and with the leaders of the two communities, and with the encouragement of the Turkish military,⁷² Rauf Denktaş took the initiative and wrote to Glafcos Clerides on 8 November 2001 calling for a face-to-face meeting. Clerides’ first response was to reject the offer, but after some frantic manoeuvring in Athens, Ankara and both sides of the divided capital of Nicosia, he agreed, provided that UN special

71 UN Security Council Resolution No 1250.

72 Reported by the UK House of Commons Foreign Affairs Committee (April 2002) *Turkey*, London: House of Commons; para 89.

Cyprus representative Alvaro de Soto also was in attendance. President Denktaş agreed, and the three met on 4 December 2001 in the UN-controlled buffer zone. On 5 December the Greek Cypriot leader Glafcos Clerides, crossed over to the TRNC, for the first time since 1974 in order to attend a dinner being hosted by President Denktaş. In return, the President Clerides invited President Denktaş for a dinner, which took place on 29 December at his private home in Nicosia. The face-to-face talks started on 16 January 2002 and continued until they broke down in The Hague on 11 March 2003.

3. Sovereignty

Undoubtedly the most difficult and contentious issue is that of the sovereignty of Northern Cyprus. The UN Security Council has passed over 100 resolutions on the subject of Cyprus. Most of these are procedural resolutions renewing the UNFICYP mandate and other similar administrative tasks. All of the political resolutions have been overwhelmingly on the side of the Greek Cypriot position claiming the right to be the only true government of the island.

Declaration of the Turkish Republic of Northern Cyprus

The Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) was established on 15 November 1983 by a declaration that stated amongst other things that the proclamation will not hinder the establishment of a federation and that the new Republic will not unite with any other state. The TRNC was not recognised by the international community. In fact three states (Pakistan, Jordan, and Bangladesh) did immediately recognise the TRNC, but they were told by the US Administration to reverse the recognition. The Islamic countries would probably recognise the TRNC willingly, but the matter is marginal to their interests and the slightest pressure from Britain or the United States is sufficient to keep it off their agenda.

On 18 November, three days after the declaration of the TRNC, the United Nations Security Council adopted a British-tabled Resolution No 541 (1983), which states:

“The Security Council ...

1. deplores the declaration of the Turkish Cypriot authorities of the

purported secession of part of the Republic of Cyprus;

2. considers the declaration ... as legally invalid and calls for its withdrawal; ...

6. calls upon all States to respect the sovereignty, independence, territorial integrity and non-alignment of the Republic of Cyprus;

7. calls upon all States not to recognise any Cypriot State other than the Republic of Cyprus.”

This Resolution was reaffirmed in Resolution 550 (1984), adopted on 11 May 1984 in response to the exchange of ambassadors between Turkey and the TRNC. The Security Council reiterated the call upon all states “not to recognise the purported State of the ‘Turkish Republic of Northern Cyprus’ set up by secessionist acts and calls upon them not to facilitate or in any way assist the aforesaid secessionist entity.”

This was at a time when the international community had been confronted with a number of secession problems with Biafra/Nigeria, in the Congo and elsewhere. The fear was that if the TRNC were recognised it would lead to the break-up of other states. In a letter from the UN Secretary General to the General Assembly dated 20 December 1996 the Secretary General reflected that:

“The cold war interrupted the project of democratic international organisation begun by the founders [of the United Nations]. Throughout the decades of this confrontation, many of the major decisions of international peace and security were taken outside the United Nations and managed within the context of a non-democratic system, the bipolar system. The principle of self-determination was usurped and manipulated. International law became a casualty.”

It can reasonably be argued that in this case the people of Northern Cyprus also became a casualty.

Since 1983 the cold war has ended and the USSR has broken up, fragmenting into more than a dozen states, all of which have been accepted as members of the United Nations. The UN largely encouraged Eritrean separation from Ethiopia, and Eritrea has been accepted as a member of the United Nations. Yugoslavia has broken up and in the “velvet divorce” the Czech and Slovak Republics separated. All have been recognised by the international community.

The TRNC authorities tried to obtain recognition for their Republic. The Islamic nations were the key target of Turkish Cypriot recognition efforts. In wooing Islamic support, Turkish Cypriot officials emphasized the religious aspect of the Cyprus conflict and stressed the importance of Muslim solidarity. Meetings of the Organisation of the Islamic Conference (OIC), in which Turkey played an increasingly active role in the 1980s, were an important focus for the TRNC. The OIC passed several resolutions urging economic support and cultural contact with the Turkish Cypriots, but stopped short of embracing the recognition issue. Many Arab Islamic countries had ambivalent relations with Turkey, because of the legacy of the Ottoman Empire, and also because they wished to maintain good relations with the Republic of Cyprus, which served as a financial centre and *entrepôt* for Middle Eastern business activity. These reservations inhibited the TRNC in seeking to achieve its goals in the Islamic world.⁷³

Self-determination

The Charter of the United Nations underlines the stated Purposes of the United Nations "to promote respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples".⁷⁴ Later, the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, adopted by the General Assembly in 1960, strongly reaffirmed the right of all peoples to self-determination and declared that,

"by virtue of that right [all peoples] freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development".⁷⁵

The principle of self-determination was reaffirmed also in the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights.⁷⁶ Also, members of the Commonwealth, of which Cyprus has always been a member, "will use all our efforts to foster hu-

73 Source: US Library of Congress Federal Research Division, Country report on Cyprus.

74 Article 1, paragraph 2, and Article 55.

75 General Assembly resolution 1514 (XV) - coincidentally with the granting of independence to Britain's colony of Cyprus.

76 General Assembly resolution 2200 A (XXI).

man equality and dignity everywhere, and to further the principles of self-determination and non-racialism.”⁷⁷ And twenty years later at Harare, the heads of government of the Commonwealth declared,

“we believe in the liberty of the individual under the law, in equal rights for all citizens regardless of gender, race, colour, creed or political belief, and in the individual’s inalienable right to participate by means of free and democratic political processes in framing the society in which he or she lives.”⁷⁸

The UK Government explicitly recognised from the outset of the independence negotiations in the 1950s that the Turkish Cypriots had a right to self-determination and that, “any exercise of self-determination should be effected in such a manner that the Turkish Cypriot community, no less than the Greek Cypriot community, shall in the special circumstances of Cyprus, be given freedom to decidé for themselves their future status.”⁷⁹

The position today is that states are recognised on the basis of ethnicity. And yet the TRNC remains unrecognised by the international community apart from Turkey. No one would argue that there is a single ethnic origin called Cypriot - everyone recognises that the Greek and Turkish Cypriots are different ethnically, religiously and culturally. According to Professor Perenthaler:

“The two populations of Cyprus are two distinct ethnic groups, which means that there is no homogenous ‘nation’ or ‘people’ of Cyprus that could exercise a ‘national’ right of self-determination for the entire island. Therefore, both Greek and Turkish Cypriot communities are subjects of the right of self-determination in Cyprus.”⁸⁰

At a multilateral level the Barcelona Conference brought together on 27-28 November 1995 twenty seven foreign ministers (Europe’s 15 member states and the Mediterranean 12 - including the Republic of Cyprus)

77 Declaration of the Principles of the Commonwealth, issued at the Heads of Government Meeting in Singapore, 1971.

78 Declaration adopted by the Heads of Government Meeting on 20 October 1991 in Harare, Zimbabwe.

79 See 526 Parliamentary Debates, House of Commons, 5th series, 1956, pp. 1267-1268.

80 Professor Dr. Peter Perenthaler, *A Federal or Confederal Solution to the Cyprus Problem?*, Innsbruck, University of Innsbruck.

and saw the formal launching of the Euro-Mediterranean partnership. They all endorsed a Declaration pledging to promote peace and stability in their region, and to respect the right to self-determination. The Barcelona Declaration states that "The participants ... undertake in the following declaration of principles to:

"respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States, as reflected in agreements between relevant parties; "

It would appear that the non-recognition of the TRNC is an anachronism stemming from the cold war era, and therefore Security Council Resolution 541 should be reversed. Having said this, UN Resolutions are very rarely repealed although they can be superseded. Therefore the Greek Cypriots must acknowledge that the Turkish Cypriots can govern themselves. The consistent failure of the administration of the Republic of Cyprus to acknowledge the human right of the Turkish Cypriot community to self-determination is a breach of the Copenhagen Criteria (see below).

Statehood

According to international law the territory controlled by the Turkish Cypriot administration is more eligible for statehood than its Greek Cypriot counterpart. The traditional requirements recognised by international law for the existence of a state are:

- a permanent population,
- a reasonably well-defined territory,
- an effective government, and
- independence from foreign control of decision-making, particularly regarding relations with other states.

The Turkish Cypriot state is more eligible than the Republic of Cyprus because it is quite clear what territory the Turkish Cypriots control and it is delimited by an internationally established and UN patrolled buffer-zone. The Republic of Cyprus, on the other hand claims 60% more

territory than it controls⁸¹, and over which it provides no government. According to the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States:

“An entity that satisfies [these] requirements... is a state whether or not its statehood is formally recognised by other states.”⁸²

On 16 December 1991, the European Community’s Council of Ministers adopted a ‘Declaration on Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union’ and agreed to extend recognition by 15 January 1992 to those republics that met the conditions of recognition. The Declaration affirmed the principles of the Helsinki Final Act and the Charter of Paris, particularly the principle of self-determination. It then noted that the European Community would “recognise, subject to normal standards of international practice and political realities in each case, those new states which, following the historic changes in the region, have constituted themselves on a democratic basis, have accepted the appropriate international obligations and have committed themselves in good faith to a peaceful process and to negotiations.”⁸³

Again according to Professor Peter Pernthaler:

“The foundation of the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC), was no secession from a unitary state of Cyprus, but rather a reaction to the foundation of the Greek *de facto* regime leading to ten years of civil war. Both *de facto* regimes in the north and in the south of Cyprus have now developed into nation states, simply because they possess all essential elements of independent states that are required by international law, i. E. they exercise stable and effective constitutional power on a clearly defined territory and over permanent population without foreign control.”⁸⁴

81 The Greek Cypriot area is around 60% of the total area, but it claims to control 100% of the island.

82 *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States* 26 December 1933, 165 League of Nations Treaty Series 19.

83 *JCG Balkans Report No. 101, Current Legal Status of the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) and of Serbia and Montenegro* Washington/Brussels, 19 September 2000, pp. 6–7, quoted by M. Ergün Olgun (2001), *Confederation: The last chance for establishing a new partnership in Cyprus*, Brussels.

84 Professor Dr. Peter Pernthaler, *A Federal or Confederal Solution to the Cyprus Problem?*, Innsbruck: University of Innsbruck.

According to Brierly in *The Law of Nations*:

“Thus, there exist in Cyprus two independent states, namely the Turkish Republic of Northern Cyprus and the Greek Cypriot State in South Cyprus, which both meet the traditional *indicia* recognised by customary international law for the political existence of states: an organised government, a defined territory, and such a degree of independence of control by any other state as to be capable of conducting its own international relations.”⁸⁵

“A state may exist without being recognised, and if it does exist in fact, then whether or not it has been formally recognised by other states, it has a right to be treated by them as a state.”⁸⁶

Copenhagen criteria

In 1993, at the Copenhagen European Council, the EU member states agreed that ‘the associated countries in central and eastern Europe that so desire shall become members of the European Union.’ ‘Accession will take place as soon as an applicant is able to assume the obligations of membership by satisfying the economic and political conditions required.’ The member states designed the membership criteria referred to as the ‘Copenhagen Criteria’. The first Copenhagen criterion states that a country must “achieve institutional stability as a guarantee of democratic order and the rule of law and for ensuring respect for human rights, as well as respect for and the protection of minorities”, before accession negotiations are opened. The Commission believes that, apart from the northern part of the island which is under Turkish control, fundamental freedoms are sufficiently respected in the rest of the territory and thus, accession negotiations were opened with the Republic of Cyprus. This is a rather simplistic view of the situation.

The European Commission concluded in its 2002 Regular Report that “Cyprus continues to fulfil the Copenhagen political criteria.”⁸⁷ But

85 J. L. Brierly (1st edition 1963), *The Law of Nations, Sixth Edition*, Oxford: Oxford University Press, p. 137 quoted by Dr Necati Münir Ertekün, *Some reflections on the Cyprus Question*.

86 *Ibid.*, p. 139.

87 European Commission Regular report on Cyprus’ Progress towards Accession, Brussels, 9 October 2002, section 2.1, page 30.

the same report also notes that:

“The Turkish Cypriots living in the government controlled areas cannot exercise their *right to vote*. Participation in national elections would entail a constitutional revision.”

The 2001 Regular report noted that:

“the application by a Turkish Cypriot living in the south and holding a Cypriot passport to be enrolled in the voters list of the Greek Cypriot Community for the national elections was dismissed by the Supreme Court on 23 May 2001 on constitutional grounds. Two days later, he filed an application before the European Court of Human Rights⁸⁸ for an alleged breach of his right to free elections.”

All references to the Constitution by the EU are to the 1960 Constitution. According to Jolanda Westerling:

“Here we come to the heart of the problem; the unfortunate ambiguity of a government that, on paper, is responsible for a part of its territory in which, in reality, it cannot even set foot. The problematic situation that will thus arise is that the constructive ambiguity (recognising the responsibility of the Republic of Cyprus for the whole island, whereas the northern part is in fact ruled by Turkish-Cypriot authorities) in Cyprus will no longer function. The Republic of Cyprus, the Greek-Cypriot authorities to be more precise, with whom the negotiations are being held, cannot *de facto* be brought to account for events happening in the northern part and it cannot guarantee the implementation of any policy measure in that part of its territory. In practical terms this will not only become problematic in sectors such as transport and agriculture, but also for discussions on the amelioration of respect for human rights in the north.”⁸⁹

The Greek Cypriot Government says that it is governed under the 1960 Constitution, but it is in reality a modified version excluding Turkish-Cypriot participation. It is notable that on his re-election in 1973 President

88 Aziz vs. Cyprus, ref. number 69949/01 quoted in the European Commission's Regular Report on Cyprus 2001, (SEC (2001) 1745), issued on 13 November 2001, p. 17.

89 Dr. Iur. Jolanda Van Westerling (2000), *Conditionality and EU Membership: The Cases of Turkey and Cyprus*, Brussels: European Foreign Affairs Review (Vol. 5 pp. 95-118, 2000).

Makarios took a modified form of oath which avoided a declaration of respect for the 1960 Constitution.⁹⁰ Indeed, when it suited their purposes from 1964 to 1974 the Greek-Cypriots repeatedly declared the Treaty creating the 1960 constitution to be invalid.⁹¹ On 29 March 1965 the UN Mediator for Cyprus, Dr Galo Plaza said, "It is obvious that the Cyprus problem cannot any longer be solved by trying to implement fully the 1960 Treaties and the Constitution governed by the treaties ... The events since December 1963 have created a situation which makes it psychologically and politically impossible to return to the previous situation."⁹²

Who governs Northern Cyprus?

Officially the Greek Cypriot Government is the only recognised authority throughout the island. And yet there is wide acknowledgement that there are two states on Cyprus. As early as 1965 the UN Secretary General's report to the Security Council indicated that President Makarios' writ did not run over the Turkish Cypriots or the whole of Cyprus. This report⁹³ noted the "inaccessibility of the areas inhabited entirely by Turkish Cypriots to the Government's law-enforcing authorities and officials. The organs of the State are thus powerless in these areas to administer justice." "For example, this government has never collected any taxes from the Turkish Cypriot community." "Likewise, its courts have not judged cases involving Turkish Cypriots." "In Nicosia the work of the courts, however, has been almost entirely confined to those cases where the parties involved are Greek Cypriots. Only Greek Cypriot litigants and Greek Cypriot counsel have attended the courts to transact business."

The Geneva Declaration of 30 July 1974 issued by the Foreign Ministers of Greece, Turkey and the United Kingdom "noted the existence in practice in the Republic of Cyprus of two autonomous administrations, that of the Greek Cypriot community and that of the Turkish Cypriot community". According to Professor Pernthaler:

90 Michael Stephen (1987) *Cyprus: Two Nations in One Island*. London: Bow Educational Briefing No.5.

91 UK Government publication, Cmnd. 6579 para. 4 (c).

92 UN doc. S/6252.

93 The report of the Secretary-General on the United Nations Operation in Cyprus (S/6228 dated 11 March 1965).

“Neither of the two ethnic groups or peoples possesses the *de jure* or the *de facto* power to deny or overrule the right of self-determination of the other group. The sovereignty of the historical unitary state of Cyprus was clearly defined and restricted by international law (London and Zurich Agreements of 1959) in order to protect the Turkish Cypriots. The illegal amendments of the constitution – by Greeks – and the violations of the civil rights of the Turkish population during the early 60s, therefore, surpassed the legal scope of Cyprus’ sovereignty. They are clearly *ultra vires acts*.”⁹⁴

During the negotiations leading up to this on 28 July 1974 the Turkish delegation proposed that the three foreign ministers should accept the *de facto* existence of two separate autonomous administrations in the island. Greek Foreign Minister Mavros was affronted. “This is going too far. I can’t accept this. Are we trying to partition the island?” There was a long argument during which the British Foreign Secretary Callaghan said, “Mr Mavros, if you notice, the Turkish proposal uses the term ‘*de facto*’, isn’t that so? And isn’t that just what we have got?” After consulting with his colleagues, Mavros accepted the proposal. In his memoirs President Glafcos Clerides of the Republic of Cyprus states:

“There exist in Cyprus two poles of power on a separate geographical basis, ie the Government of the Cyprus Republic, controlling the largest section of the territory of the state and internationally recognised, and the Turkish Cypriot Administration, which controls a very limited area and is not internationally recognised, but has already taken almost all the characteristics of a small state.”⁹⁵

President Clerides told Rauf Denктаş in the presence of the UN Secretary-General’s Special Advisor on Cyprus, Diego Cordovez at the talks at Glion-sur-Montreux, Switzerland in August 1997:

“I know I do not govern the Turkish Cypriots or the whole of Cyprus, but since the whole world tells me that I do, why should I say otherwise?”⁹⁶

94 Professor Dr. Peter Pernthaler, *A Federal or Confederal Solution to the Cyprus Problem?*, Innsbruck, University of Innsbruck.

95 Glafcos Clerides’ autobiography (1989-90), *Cyprus: My Deposition*, Nicosia: Alithia, Vol 3, pp 236-237.

96 Frequently quoted by Rauf Denктаş.

At a press conference in Cyprus on 4 May 1998 President Clinton's Special Envoy Richard Holbrooke stated:

"I think it is very clear and no one has disputed that Glafcos Clerides does not represent or has any control over the people of Northern Cyprus. He does not deny that. It's a fact. He said it."

It is clear that a major obstacle to progress towards a settlement has been the insistence of the international community that the Greek Cypriot administration governs the whole of Cyprus, whilst in reality the TRNC is self-administering. There is wide agreement that "the Turkish Cypriot community possesses the same political status as the Greek Cypriot community, that the two communities participate in the negotiations for the settlement of the Cyprus question on an equal footing and that, it follows, the Greek Cypriot community should not enjoy any privileged position in the negotiations, whether on matters of substance or of procedure, by reason of the fact that it presents itself as the Government of the Republic of Cyprus."⁹⁷

It is therefore both incorrect, and in the long-run risks serious political damage, for the European Union to deny the existence of the TRNC both as a state and as the legally competent authorities with whom to negotiate the accession of Northern Cyprus to the European Union.

Soundness of Security Council Resolution 541

Doubts have been expressed about the legal soundness of the Security Council resolutions 541 (1983) and 550 (1984), both of which purported to pronounce unlawful and invalid the 1983 declaration of the establishment of the Turkish Republic of Northern Cyprus (the TRNC) and called upon States not to recognise the TRNC. In an Opinion dated 10 July 1990, Professor Elihu Lauterpacht concludes that:

"The Security Council did not adopt an even-handed approach. Instead it dealt with the action of the Turkish Cypriot community in isolation. If it had assessed the situation as a whole, it could not possibly have concluded that the conduct of the Turkish Cypriot com-

⁹⁷ Prof. Elihu Lauterpacht, CBE, QC (1990) . *Legal opinion The Turkish Republic of Northern Cyprus-The Status of the two Communities in Cyprus* (10 July 1990).

munity violated the controlling legal instruments while the conduct of the Greek Cypriot community did not. Nor could it have reached any other conclusion than that the action of the Greek Cypriot community justified the conduct of the Turkish Cypriot community.

“The resolutions of the Security Council were, therefore, tainted by such a degree of selectivity and incompleteness as to render them arbitrary and discriminatory, and thus not well founded in law. It follows that the call to States not to recognise the TRNC was not legally justified.”⁹⁸

In another legal Opinion on the legal status in international law of the Turkish Cypriot and Greek Cypriot communities in Cyprus dated 20 July 1990, Professor Monroe Leigh⁹⁹ concluded as follows:

“The Greek Cypriot people has never had the right to assert sovereignty over the Turkish Cypriot people without their consent. Nor, from the moment the Greek Cypriots unilaterally rejected the constitutional basis on which the legitimacy of the Cypriot government rested in international law, has the Greek Cypriot regime had any right to assert sovereignty over the island. Since that time, practical necessity has created two governments on Cyprus. The rights of the peoples of the two communities to determine their own political futures have remained unchanged and in all respects are equal. The nations of the world, through resolutions of the Security Council and General Assembly of the United Nations, have recognised and consistently reaffirmed these rights, as have the two communities themselves in their interim negotiated agreements. Under these circumstances, international law does not sanction differential treatment of the two communities in the current negotiations or in any resulting settlement. If these efforts to establish a federal government of Cyprus with the equal participation and mutual acceptance of the two peoples should fail, each regime - the Turkish Cypriot no less

98 Prof. Elihu Lauterpacht, CBE, QC, is a British international lawyer of great academic and professional experience. He is at present Director of the Research Centre for International Law of the University of Cambridge, a Bencher of Gray's Inn and a member of the Institut de Droit International.

99 Monroe Leigh is an American international lawyer engaged in general practice of law, with special emphasis on international disputes. Appointed as Legal Adviser to the Department of State in January 1975.

than the Greek Cypriot - would be eligible for recognition as an independent state. Such recognition by other states would not then infringe any principle of international law.”

UN Plan proposals

The UN Secretary General made his proposals for a comprehensive settlement of the Cyprus question on 11 November 2002, and these were subsequently revised twice. These three versions of the Plan have been widely analysed and are available on the internet so I do not propose to do more than summarise the proposals:

- a common state made up of two equal component (later “constituent”) states in “indissoluble union”
- single Cypriot citizenship
- a six-member presidential council proportional to the population of the two states, with a 10-month rotating presidency
- a transitional government for three years
- a two-chamber parliament, each chamber containing 48 members
- territorial adjustments lowering the Turkish Cypriot controlled area of in the island from 36% to around 29%
- Cyprus to join the European Union and maintain special ties with Greece and Turkey
- Cyprus to be demilitarised and barred from purchasing arms, with UN observers to monitor compliance
- Greece and Turkey allowed to maintain limited military forces on the island
- the constitution must safeguard civil rights and rights of minorities
- a reconciliation commission to promote tolerance and mutual respect.

The UN plan proposes that “the status and relationship between the United Cyprus Republic, its federal government and its constituent states is modelled on the status and relationship of Switzerland, its fede-

ral government, and its cantons". Accordingly, the Plan specifies that the United Cyprus Republic has a single international legal personality and sovereignty, and partition or secession are expressly prohibited. At the same time, the Plan provides that the constituent states sovereignly exercise all powers not vested in the federal government, and (as in Belgium) for no hierarchy between federal and constituent state laws.¹⁰⁰

The Greek Cypriot side may take comfort in the fact that Switzerland was clearly a sovereign State and its cantons do not enjoy a right to secede. The Turkish Cypriots may take comfort in the fact that the Swiss model, which they regularly cite as their inspiration, is the model to be applied.¹⁰¹

4. EU Accession

Implications of membership for Northern Cyprus

Throughout much of the last decade, an important element in Mr Denktaş's position, supported by Turkey, was that the accession of Cyprus to the European Union was illegal, as long as Turkey was not a member and as long as the Turkish Cypriots had not consented to it. Under Article I of the Treaty of Guarantee¹⁰² the Republic of Cyprus "undertakes not to participate, in whole or in part, in any political or economic union with any State whatsoever. It accordingly declares prohibited any activity likely to promote, directly or indirectly, either union with any other State or partition of the Island."

At face value it seems that the accession of Cyprus to the EU without the agreement of the signatories to the Treaty of Guarantee would be a clear breach of that Treaty. These accords were designed to prevent *enosis* with Greece and *taksim* with Turkey. The Vienna Convention on the Law

100 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 76.

101 The reference to the Swiss model in regard to issues of status, and the Presidential Council, has led to the mistaken belief in some quarters that the plan proposed the Swiss model in general as the solution for Cyprus. This is not the case. Cyprus requires its own model. While specific aspects of various models provided inspiration, none were simply transplanted wholesale.

102 *Treaty of Guarantee* signed in Nicosia on 16 August 1960 by the Republic of Cyprus and Greece, Turkey, and the UK.

of Treaties provides that treaties can only be terminated by mutual consent of the parties.¹⁰³ It has therefore been argued that Cyprus can only legally join the EU if both Greece and Turkey are members.¹⁰⁴ The legal arguments put forward by the Turkish Government in support of this view are set out in an opinion written by Professor Maurice Mendelson QC, which was circulated, at the request of Turkey, within the UN in 1997.¹⁰⁵ The arguments in the Mendelson opinion were subsequently rebutted in a joint opinion commissioned by the Government of the Republic of Cyprus from Professors James Crawford, Gerhard Hafner and Alain Pellet.¹⁰⁶ Then, towards the end of 2001, two further opinions by the same authors were circulated by the Turkish and Cypriot Governments respectively.¹⁰⁷ These additional opinions amplify some of the points raised in 1997, but do not contain any new substantive arguments. In evidence to the UK House of Commons Foreign Affairs Committee the British Foreign and Commonwealth Office stated:

“The [British] Government and EU position is that there is no legal obstacle to Cypriot membership of the EU, since EU membership does not constitute “union with another State” and is therefore not ruled out by the Treaty of Guarantee. The UK Government subscribes to the legal analysis in the joint Crawford/Hafner/Pellet opinions on this point. The Government’s view of the legal position is also supported by the actions and statements of other EU member States, the European Commission and the UN Security Council. Since, in the Government’s view, Cypriot membership of the EU does not constitute a breach of the Treaty of Guarantee, the question of the need to obtain Turkey’s consent, as a guarantor power, does not arise.”¹⁰⁸

103 *Vienna Convention on the Law of Treaties* (3 May 1969), art. 54, 1155 United Nations Treaty Series 331 (1969)

104 According to the conclusions of the Copenhagen European Council the issue of starting accession negotiations with Turkey will next be considered in December 2004.

105 UN document A/51/951-S/1997/585.

106 UN document A/52/481-S/1997/805.

107 Second Mendelson opinion: UN document A/56/451-S/2001/953. Second Crawford/Hafner/Pellet opinion: UN document A/56/723-S/2001/1222. 108 British Foreign and Commonwealth Office evidence to the UK House of Commons Foreign Affairs Committee (April 2002) *Turkey*, London: House of Commons; Annex D.

108 British Foreign and Commonwealth Office evidence to the UK House of Commons Foreign Affairs Committee (April 2002) *Turkey*, London: House of Commons; Annex D.

It seems clear that EU membership would bring significant economic, social and human benefits to both communities on the island but given economic and numerical disparities, the unrestricted application of the *acquis communautaire* in the North would be problematic for the Turkish Cypriots. The European Union confirmed that the EU with its *acquis*, would never be an obstacle to finding a solution to the Cyprus problem, and that the EU would accommodate whatever arrangements the parties themselves agreed to in the context of a political settlement.¹⁰⁹ Furthermore the Treaty of Accession for the applicant states including Cyprus, once concluded and ratified, would constitute an integral part of the Union's primary law and would give Turkish and Greek Cypriots recourse to the European Commission, the Parliament, the Council, and the European Court of Justice to ensure that their rights under the Treaty of Accession are implemented in full.

Economic benefits

According to public opinion polls, more than 90% of Turkish Cypriots want to be a part of the European Union.¹¹⁰ On 9 August 2002, 86 NGOs which represent about 38, 000 members, signed a declaration, entitled the "Common Vision of the Turkish Cypriot Civil Society", calling for a solution to the Cyprus problem and EU membership before the end of the year 2002.¹¹¹ As a result of the failure of the two sides to reach agreement before the Copenhagen European Council in December 2002 there have been large demonstrations against President Denktaş calling for his resignation. At the demonstration on 26 December some 30, 000 people come onto the streets in protest, on 14 January 2003 around 50, 000 and on 27 February around 70, 000 people – more than one third of the total

109 The European Union's policy was stated on 22 June 2002 in the Seville European Council Presidency conclusions: "The European Union would accommodate the terms of ... a comprehensive settlement in the Treaty of Accession in line with the principles on which the European Union is founded: as a member State, Cyprus will have to speak with a single voice and ensure the proper application of European Union law. The European Union would make a substantial financial contribution in support of the development of the northern part of a reunited island."

110 Source: BBC 26 March 2002.

111 Reported in the European Commission's Regular Report on Cyprus, 9 October 2002, page 27.

population of Northern Cyprus. The leader of Turkey's ruling party AK Party, Recep Tayyip Erdoğan, has forcefully criticized President Denktaş for ignoring his constituents' desire for a negotiated peace.

The TRNC Minister of Foreign Affairs and Defence, Tahsin Ertuğ-ruloğlu puts these demonstrations down to opposition manipulation with the help of the media, and he claims that the opinion polls have been manipulated. I have been assured by those who commissioned the polls that this is not the case. But certainly among the business community there is a deep anger and disquiet at the failure of their government to move their country towards EU membership.¹¹²

Economically, the EU's single market would provide new opportunities for the development of the tourism and offshore sectors and significant amounts of private investment from the EU and elsewhere would take an interest in Northern Cyprus. The direct benefits of membership to Turkish Cypriots would include freedom of movement throughout the Union, the right to set up a home and a business anywhere in the Union, and the right to have their diplomas and qualifications recognised in all the member states. According to Michael Leigh, the Director responsible for Cyprus and Turkey within the European Commission's Directorate General for Enlargement:

"The European Commission is on stand-by in the event of a settlement to provide an emergency 'pre-accession programme for the north specially designed', and that member states can easily shoulder the burden of bringing the economy of Northern Cyprus, with a population of little more than 200, 000, into line with EU standards, even though it falls far short of the Copenhagen criteria."¹¹³

Federal structure

In November 2002 the newly-elected Turkish Government started mentioning the Belgian model for a new federal Cyprus soon after the election on 3 November 2002, although the waters have been somewhat

112 Based on private discussions in January and February 2003.

113 Michael Leigh, Director of the European Commission's Directorate-General for Enlargement, stated in evidence to the UK House of Commons Foreign Affairs Committee (April 2002) *Turkey*, London: House of Commons; para 92.

muddied subsequently. In an interview on 4 November with Greek TV channel NET Recep Tayyip Erdoğan stated that his party supported the Belgian model for a permanent solution on the island. He recalled that United Nations Secretary-General Kofi Annan had previously recommended the same model, a federal governance based on equality between the constituent parts and the central government. Greek and Greek Cypriot officials remarked that if Turkey officially adopts a Cyprus policy advocating the Belgian model, then the island's problems might be near their end. Greek Foreign Minister George Papandreou stated that this was the first time the Belgian model had been advocated by such a key Turkish political figure, a development he hailed as positive.¹¹⁴ This model is clearly acceptable to the EU, and it has been openly discussed by both sides in Cyprus since the middle of 2002.¹¹⁵

Belgium appears to be one form of federal model consistent with the objective of a bi-zonal, bi-communal federation agreed by both. Turkish Cypriot ministers would take part in meetings of the Union's Council of ministers in exactly the same way as both Walloon and Flemish ministers attend meetings side by side. This has been amply summarised by Emerson and Tocci:

“Since Article 146 of the EU Treaty permits only one person to represent Belgium in the EU Council (with the right to speak and vote), and given the large decentralisation of competences and the legal equality of the national and sub-national levels of government, elaborate rules have been developed on who should represent Belgium depending on the agenda of the Council. The decision on whether the leader of the Belgian delegation should be from the federal or sub-national government depends on which level of government has the main competence for the sector of policy of the particular formation of the Council in question. For this purpose four categories have been established:

114 Reported in Turkish Daily News 6 November 2002.

115 For example, daily press briefing by Republic of Cyprus Government spokesman, 26 June 2002 see: <http://www.kypros.org/PIO/news/spokesman/spokesman267.htm>.

Belgian model for representation in EU Councils - Practice

Type	Division of competences	Sector-specific Councils	Representation
I	Exclusively federal	Foreign policy, Macroeconomic policy, Budget (of EU), Development aid Telecommunications Justice and Home Affairs	Federal
II	Mainly federal, partly sub-national	Internal market Public health Energy Transport Environment* Agriculture**	Federal minister, assisted by one (rotating) sub-national representative
III	Mainly sub- national, partly federal	Industry Research	One (rotating) sub-national representative, assisted by a federal representative
IV	Exclusively sub- national	Culture Education Tourism Land use planning Fisheries***	One (rotating) sub-national representative

* It is being discussed whether to move environment down to Type III.

** Agriculture is a special case. In the absence of a federal ministry of agriculture, a deputy minister of foreign affairs represents Belgium in the Council, supported by two assessors from Flanders and Wallonia without rotation.

*** Fisheries is also a special case. Since only Flanders has a coastline, there is no rotation with Wallonia, and Flanders therefore always represents Belgium in the EU Fisheries Council.

Source: *Kerremans and Beyers (2000)* .”¹¹⁶

5. Distribution of competences

There has been a great deal of focus on the powers that would reside with the two federal states. Initially it was foreseen that these powers would be those proposed in 1992 in the Secretary General's "Set of Ideas".¹¹⁷ The latest proposal limits the federal powers to those necessary to

116 Michael Emerson and Nathalie Tocci (2002), *Cyprus as Lighthouse of the East Mediterranean - Shaping EU Accession and Re-unification Together*, Brussels, Centre for European Policy Studies.

117 Para 26 of the UNSG's "Set of Ideas" proposes that the federal government will have the following powers and functions: a. foreign affairs [although the federated

ensure that Cyprus can speak and act with one voice internationally and in the European Union, fulfil its obligations as a European Union member state, and protect its integrity, borders, resources and ancient heritage. This subject was discussed at length by Emerson and Tocci in their recent publication *Cyprus as Lighthouse of the East Mediterranean*.¹¹⁸

On *monetary policy* the whole of Cyprus would probably accede in 2006/7 to the Euro area. Acceding states cannot join the Euro area immediately, because they must first join the Exchange Rate Mechanism 2 and comply with the convergence criteria for 2 years. Under the latest plan Northern Cyprus would use the Cyprus Pound as currency (it is still widely accepted in Northern Cyprus although the official currency is the Turkish Lira) but Northern Cypriot business could do their accounting in Euros. As Emerson and Tocci say, "this leaves open the possibility for the central bank to delegate to its branches in the constituent states a role in supervising financial institutions (German model)."

For the *internal market* both sides would adopt the *acquis communautaire* with its freedom of movement of goods, services, labour and capital. It is worth noting that much of the internal market *acquis* has already been adopted by Turkey as part of its customs union agreement with the EU. In theory Northern Cyprus has a customs union with Turkey in the same areas, and so in theory has adopted the *acquis* in these areas, but some in Northern Cyprus take the view that this has not actually happened. Entry of the whole of Cyprus into the EU would also mean automatically joining the EU's *customs union* with Turkey and the abolition of all present trade restrictions with Northern Cyprus and between the two states on the island.

states may enter into separate agreements]; b. central bank functions; c) customs and co-ordination of international trade; d. airports and ports as concerns international matters; e. federal budget and taxation; f. immigration and citizenship; g. defence; h. federal judiciary and federal police; i. federal postal and telecommunications services; j. patents and trademarks; k. appointment of federal officials and civil servants; l. standard setting for public health, environment, use and preservation of natural resources and weights and measures; m. co-ordination of tourism and industrial activities.

118 Michael Emerson and Nathalie Tocci (2002), *Cyprus as Lighthouse of the East Mediterranean - Shaping EU Accession and Re-unification Together*, Brussels, Centre for European Policy Studies. See the section entitled *Kompetenz Katalog*.

“For the *budgetary system* of the re-unified Cyprus, there is a wealth of experience in advanced, multi-tier government systems, with clearly identified models for taxation, social security finance and revenue redistribution to choose from. These choices may be influenced, and pressures for inter-community redistribution eased, by grants and loans from the EU institutions. These funds would be largely aimed at the economic catch-up of Northern Cyprus, which could proceed at an impressive speed as long as the political settlement is perceived as credible for investors.”¹¹⁹

On *economic* matters, in 1999 the GDP per capita in the North was approximately \$4, 666¹²⁰, although in purchasing power standard (PPS) terms this would undoubtedly be much higher because of the relatively low cost of living in Northern Cyprus. It is also thought that this figure takes no account of the unregistered economy which could well be half the total economy. For comparison the GDP per capita at current prices in southern Cyprus for 1999 was estimated at _13, 000 or _17, 500 in PPS terms.¹²¹ Taking all these factors into account, it may be concluded that the North has roughly half the wealth per capita of the South. This has been borne out recently by Turkish Cypriots crossing to the South finding prices very much higher, indicating a much lower cost of living in the North.

In several sectors, such as *energy, transport and environment policy*, the broad sweep of policy would be governed by the EU *acquis*, but the delivery would be at a constituent state level.

The EU has little competence in the area of *education* and indeed education for the two communities has always been handled separately in Cyprus.

There would be single Cyprus *citizenship* and all citizens would also be citizens of the European Union. The free *movement of persons* internationally will be determined by EU and Schengen law, and transitional arrangements could be as part of the settlement in order avoid new restrictions such as visa requirements between Cyprus and Turkey. Similar exceptions to the general rules exist, for example between the UK and the

119 Ibid.

120 Source: TRNC Government Public Information Office.

121 Source: European Commission Regular Report on Cyprus, October 2001.

Republic of Ireland (both outside the Schengen area) where there has always been passport-free access between the two countries.

Foreign policy would call for a major responsibility at the common state level but would fit into the EU's Common Foreign and Security Policy (CFSP). In terms of attracting investment and developing trade the two states would continue to market themselves as they do at present in the international arena. In terms of *defence policy*, again this would come within the scope of the CFSP but would be adapted by the terms of the settlement between the two states. It has been suggested that, "The demilitarised island would not need an army or defence policy (beyond international and EU guarantees)." ¹²²

Regional, agricultural and tourism policies would undoubtedly be handled at a constituent state level. Of major importance is the restructuring of the Turkish Cypriot economy which currently relies heavily on subsidies from Turkey and is burdened by an overly large public sector. The economy is basically service oriented, but it has a relatively smaller tourism base ¹²³ and a larger agricultural sector than the Greek Cypriot economy. Under the Northern Cypriot administration's liberal economic policy, trade, tourism, banking, education, transportation and industrial sectors are important.

Embargo

The European Court of Justice (ECJ) ruled on 5 July 1994 against the British practice of importing produce from Northern Cyprus based on certificates of origin and phytosanitary certificates granted by TRNC authorities. The ECJ decision stated that only goods bearing certificates of origin from the Government of Cyprus could be recognized for trade by EU member countries. That decision resulted in a considerable decrease of Turkish Cypriot exports to the EU: from \$36.4 million (or 66.7% of total Turkish Cypriot exports) in 1993 to \$24.7 million in 1996 (or 35% of total exports) in 1996. Even so, the EU continues to be the TRNC's second-largest trading partner, with a 24.7% share of total imports and 35% share of total exports. This has forced the Turkish Cypriots to rely heavily on Turkey. Whilst this was not a political act by European Union or the

122 Ibid.

123 The TRNC only received 84,000 tourists, or 3% of the 2.7 million arrivals in the south. Source: European Commission Regular Report 2002.

Court of Justice, it was undoubtedly a political act by the Republic of Cyprus in bringing the case to the European Court.

If Northern Cyprus is on a short course towards EU membership, then this decision can be overcome, by the European Commission proposing a Decision to the Council under Article 133. European Commission spokesman Jean-Christophe Filori has said that the Commission will propose on 4 July 2003 an easing of restrictions on exports from the Turkish part of the island to EU member countries. This announcement came hours after Turkish Foreign Minister Abdullah Gül proposed to make Cyprus free of embargoes, urging the European Union to lift the embargo on goods from the Turkish Cypriot side, and saying Turkey was ready to do the same for Greek Cyprus.¹²⁴ This would enable Turkish Cypriot goods such as oranges and grapefruit to enter the EU.¹²⁵

UN negotiations

Although they began far apart in the negotiations, the Greek and Turkish Cypriots made progress on the issue of distribution of competences, leaving only a small gap to be bridged. The plan equips the federal government with specified powers, comprising those necessary to ensure that Cyprus can speak and act with one voice internationally and in the European Union, fulfil its obligations as a European Union member state, and protect its integrity, borders, resources¹²⁶ and ancient heritage. All remaining powers - which are the bulk of the powers and include most matters affecting the day-to-day life of citizens or requiring major budgetary

124 Source Turkish Daily News 17 May 2003.

125 The main agricultural and industrial products exported from TRNC are: live lambs & kid; dairy products; citrus crops; grapes; citrus animal fodder; concentrated citrus; fresh vegetables; potatoes; carob seeds; kibbled carobs; olives and olive oil; refreshments; tobacco; hides and leather; wool; gypsum; PVC band (sellotape); craft linear paper; kitchen utensils (Teflon); ready-made clothes; welding electrodes.

126 Natural resources were initially proposed as a matter within the competence of the constituent states. In view of Turkish Cypriot concerns that a disproportionate share of water resources would be within the Greek Cypriot State (since any realistic territorial adjustment would affect aquifers in the Famagusta and Morphou areas), this was included as a federal matter in the second version of the plan, with the specific matter of water resources to be regulated by special majority law and equitably attributed between the constituent states.

expenditure - would fall within the sphere of competence of the constituent states, which would thus enjoy residual powers. The plan also provides for the implementation of federal legislation by the constituent states where this is appropriate.¹²⁷

The plan contains mechanisms to promote cooperation and coordination between the constituent states, and between them and the federal government. These include Constitutional Laws, Cooperation Agreements, and facilities for cooperation and coordination funded by the federal government. The concept of Constitutional Laws was developed to regulate in a uniform manner the exercise of powers by the constituent states (and the federal government) at a level of detail not appropriate for the Constitution. Cooperation Agreements between the federal government and the constituent states, inspired by the Belgian model (which was repeatedly invoked by the Turkish Cypriot side during the talks), were the mechanism to ensure cooperation on foreign and European Union relations, as well as on police matters.¹²⁸

To provide for the functioning of Cyprus as a European Union member state, the Plan foresees, among other things, extensive cooperation between the federal government and the constituent states based on cooperation agreements inspired by the Belgian model. Cyprus could thus be represented in the European Council by members of constituent state institutions if the issue under discussion fell into the sphere of competence of the constituent states.¹²⁹

If the two Cyprus states could enter the EU at the same time there would need to be rapid progress towards the normalisation of relations between the two parts of the island and between Northern Cyprus and the rest of the world. A crucial issue here is that of the internal border between the two sides. Full freedom of movement between the two sides is simply impractical from the outset. There are precedents for restrictions on the free movement between the two parts of the island. As Emerson and Tocci tell us in their recent publication for the Centre for European Policy Studies:

127 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 87-88.

128 *Ibid.*, para 89-91.

129 *Ibid.*, para 97.

“Some permanent derogations to the full application of the four freedoms have been accepted within the EU in the past in exceptional cases that were ‘justified by history’. In Finland the Aaland Islands represent an autonomous entity of Swedish-speaking Finnish citizens, approximately 25, 000 in number. The right to ‘official domicile’ on the islands is controlled by the Aaland Islands authorities and is restricted to Swedish-speaking people. Of course all Finnish and EU citizens have freedom of movement in and out of the islands. Without official domicile, however, the individual cannot participate in elections, stand for local office, own property or exercise a trade or a profession without a licence of the Aaland authorities. These special arrangements existed prior to Finland’s EU membership and were retained upon Finnish accession to the EU through a Protocol annexed to the Treaty of Accession. In Denmark there are still permanent restrictions on the acquisition of second homes by German citizens, more than a century after the settlement of the Schleswig-Holstein dispute. In the current round of enlargement negotiations, Malta succeeded in securing permanent restrictions on the purchase of property by foreigners. Following EU membership only foreigners who have been residing in Malta for more than five years will be able to freely acquire property in the island. In order to guarantee the permanent nature of these arrangements, a Protocol will be annexed to Malta’s Accession Treaty, which can only be altered with Malta’s consent.”¹³⁰

Col Stephen Norton described this in a recent briefing for the CSCE:

“New flexibility [is needed] regarding the basic EU tenet that all citizens can move freely, with the right to acquire private property, within a member country. This greatly concerns Turkey, which envisages Greek Cypriots simply moving north, buying the TRNC parcel by parcel, and relegating Turkish Cypriot workers to unskilled labour and farming while Greek Cypriots become the primary entrepreneurs across the entire Cypriot republic. But this EU tenet is not absolute and arrangements - even at a transitional level - can be considered for Cyprus to assuage these fears.”¹³¹

130 Michael Emerson and Nathalie Tocci (2002), *Cyprus as Lighthouse of the East Mediterranean - Shaping EU Accession and Re-unification Together*, Brussels, Centre for European Policy Studies.

131 Col Stephen R Norton (US Army Retd.) (26 March 2002) *Briefing for CSCE: If the Cyprus talks fail*.

In the UN negotiations there was little disagreement between the two sides on the economic aspects. Significant investment will be necessary in Northern Cyprus and the European Commission was in the process of organizing an international donor conference for this purpose. There would be a net transfer of resources from the Greek Cypriot State to the Turkish Cypriot State until the economic disparities between the two states have disappeared.¹³² The whole of the territory of the Northern state would benefit from European Union structural funds and programmes, as well as the creation of a special fund of _200 million for the Turkish Cypriot State in order to assist further the economic harmonisation process.

6. Treaty of Guarantee

A major concern for the TRNC is that accession would affect the safeguards currently offered by the guarantor powers - notably Turkey - under the Treaty of Guarantee. It would be perfectly possible for the new Cyprus federation to retain guarantee arrangements along with other provisions relating to Cyprus' security assuming these are acceptable to both sides within the new federal arrangement. There would be likely to be some changes to the Treaty of Guarantee, partly through using some key provisions of the EU Treaties (Articles 6 and 7 of the Treaty on European Union).

The UN plan includes devices by which the key international actors would underwrite, in different ways, the principles of the agreement. This would occur, through acknowledgement, endorsement and/or guarantee, by the Security Council, the European Union, the Council of Europe and the guarantor Powers. The various devices form a coherent structure of international underpinning of the agreement.¹³³

In answer to a UK parliamentary question from Lord Monson on 30 July 1997 the British Government affirmed that it considers both the 1960 Treaty of Guarantee and the 1960 Treaty of Establishment to be in force. This was reaffirmed in a parliamentary answer to Lord Kilclooney of Armagh on 7 November 2001 in which the British Government further dec-

132 According to Turkish Cypriot calculations roughly 25 million Cyprus pounds (around _42 million) in the first year after a settlement.

133 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 78.

lared that the Treaty of Guarantee would not be affected if Cyprus were to join the EU.

7. Security

The report of the UN Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus states that, "the issue of security was one of the few where points of agreement were reached, however ephemerally, in direct negotiations between the leaders — before Mr Denktaş retracted his provisional agreement."¹³⁴ There was agreement on the need for an arms embargo, the creation of a Monitoring Committee, the Treaty of Guarantee would not only remain in force and be extended to cover the constitutional order of the United Cyprus Republic, the territorial integrity, security and constitutional order of its constituent states. On the issue of the maximum number of Greek and Turkish troops to be on the island the third UN proposal was for a figure of 6, 000 and withdrawal of all troops stationed under the Treaty of Alliance upon Turkish accession to the European Union.¹³⁵

8. Presidential Council

The United Nations proposal states that the office of head of State is to be vested collectively in a Presidential Council of six equal members — four Greek Cypriots, two Turkish Cypriots. The chair of the Council would rotate among the six members. This would mean that a Turkish Cypriot would represent the Presidential Council as head of State one third of the time — underlining political equality while also reflecting in a democratic manner the larger number of Greek Cypriot citizens. The members of the Council would be elected from a single list (unlike in Switzerland), requiring the support of at least two fifths of the Senators from each constituent state. This would ensure that those elected would have clear support from their own constituent state (a Turkish Cypriot concern) and from both constituent states (a Greek Cypriot concern). The plan proposes that the decisions of the Presidential Council would be taken by consensus if possible, and otherwise by simple majority provided such a majority included at least one Greek Cypriot and one Turkish Cypriot. The compani-

134 Ibid., para 120.

135 Ibid., para 121-122.

on concepts that no decision could be taken by persons from one constituent state alone, and that no single person could veto decisions or block the running of the state, run like a golden thread throughout the Plan.¹³⁶

9. Bicameral parliament

As to the federal Parliament, the UN plan proposes a Senate with a 50-50 composition, reflecting the political equality of the constituent states, and a Chamber of Deputies reflecting the population of the island with a slight weighting of seats towards the smaller Turkish Cypriot population (minimum of 25% of seats per constituent state). The decision-making procedures of the Senate are designed to ensure that decisions enjoy substantial support from both constituent states. Ordinary decisions would require a majority of Senators which included at least one quarter of Senators from each constituent state. On a range of subjects that could be said to touch on vital interests of the constituent states, a special majority of two fifths of Senators of each constituent state would be required.¹³⁷

10. The key role of the Supreme Court

In a system without legal hierarchy between the federal and the constituent state level of government, the Supreme Court is the only institution which can ultimately guarantee the harmonious functioning of the state. The UN plan underlines that there should be an equal number of Greek Cypriot and Turkish Cypriot judges, and to prevent the Court from being deadlocked on issues contentious between the two communities or the two constituent states, to provide for non-Cypriot judges. Cyprus would not be the only country with foreign judges in its Supreme Court and this would in no way diminish its sovereignty, as those judges would be appointed by the Cypriot authorities.¹³⁸ In January 2003, the Greek and Turkish Cypriot

136 Ibid., para 84-85.

137 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 86.

138 It should be noted that the plan provided flexibility on this issue, enabling the federal Parliament to dispense with foreign judges once trust and confidence built up between the two sides. It should also be noted that a refinement was added in the third version of the plan whereby the foreign judges would not participate in decisions if the Cypriot judges were able to reach decisions without their participation.

leaders reluctantly agreed that the inclusion of foreign judges, and the deadlock-resolving role of the Supreme Court, would be necessary.¹³⁹

11. Residency rights

In the UN sponsored negotiations the issue of freedom of establishment of residence was extremely contentious. The plan suggests a very gradual approach to the establishment of residency by former inhabitants and other Greek Cypriots in the Turkish Cypriot State (and vice versa) . Initially there would be a total moratorium, though people over 65 and their spouses (or one sibling), as well as former inhabitants (and their descendants) of four villages at the tip of the Karpas peninsula where some Greek Cypriots have remained since 1974, would be exempted from limitations after two years.¹⁴⁰ The second plan extended the moratorium but slightly accelerated the pace to end with a limitation of 28% after 15 years. The third plan introduced the concept of lifting these limitations after Turkey joins the European Union in exchange for lower limits before, and the exemption for the elderly in exchange for a longer overall moratorium.¹⁴¹

12. Citizenship and the exercise of political rights

In the negotiations the Greek Cypriot side took the view that there should be a single Cypriot citizenship and that it should be held only by people who were citizens of the Republic of Cyprus in 1960 and their descendants (and by persons who have since acquired such citizenship in accordance with the law of the Republic) . In particular, the Greek Cypriot side considered that Turks who had migrated to Northern Cyprus since 1974 should not be given citizenship but at best some form of residency rights for humanitarian reasons, while most of them should return to their places of origin. The Turkish Cypriot position, ba-

139 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 92-94.

140 The population of these villages had also been granted special rights under the third Vienna Agreement reached by Mr Clerides and Mr Denktas in 1975.

141 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 99-100.

sed on the approach of two pre-existing states coming together, demanded blanket recognition of existing citizenship rolls and dual citizenship for the future, that is, the allocation of constituent state citizenship by constituent state authorities, which would automatically entail citizenship of the United Cyprus Republic.

The UN proposals on who would be considered a citizen of the United Cyprus Republic, proposes that, in addition to those who had citizenship in 1963 and their descendants, plus a list of 45, 000 people from each side, priority to be given to people who grew up in Cyprus and to others on the basis of length of stay, while people married to Cypriots would automatically be considered citizens.¹⁴²

13. Properties affected by events since 1963

Almost half the population of Cyprus lost properties as a result of inter-communal strife or military action between 1963 and 1974 and the unresolved division of the island since that time. The Greek Cypriot side advocated a solution based on full respect for property rights so that all displaced persons, from either community, would have the right to have their properties reinstated. The Turkish Cypriot side argued that they do not wish to live with the Greek Cypriots, and Turkish Cypriots do not want the properties that they left in the South to be returned. They argue that property claims should be settled through liquidation by means of a global exchange and compensation scheme, meaning that no displaced persons, from either side, would have the right to have their properties reinstated. This is similar to the arrangements at various points over the last century where there has been a global settlement of property claims as a result of an exchange of population.

This issue raises problems of human rights, not least since the European Court of Human Rights has taken decisions recognising the property rights of Greek Cypriots in the northern part of the island and allocating

142 In addition, each constituent state would be entitled to give permanent residency rights to citizens of Greece or Turkey, as the case may be, up to a level of 10 per cent of the number of persons holding its internal constituent state citizenship status. Such persons would, in time, be entitled to acquire Cypriot citizenship. Source: United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 102-106.

damages at the expense of Turkey.¹⁴³ Thousands of similar cases are pending before the Court.

The UN has proposed a scheme, to be administered by a property board, giving priority to the claims of current users who have themselves been displaced and dispossessed of properties and allows them to obtain title in exchange for their property in the other part of the island. Similarly, anyone who has significantly improved a property would be able to obtain title provided he/she pays for the value of the property in its original state. Other properties would be reinstated to their owners — although a range of incentives would encourage dispossessed owners to sell, lease or exchange their properties or seek compensation. In addition, reinstatement would not be possible for more than 20% of the residences and land in any village or town and for more than 10% of the residences and land in either constituent state. Owners whose properties were not reinstated would be compensated with bonds guaranteed by the federal government and redeemable after 10 or 15 years from a compensation fund, to be funded by the sale of properties by the property board (the concept being that no one should obtain title to a property without paying for it through exchange or in cash). The property proposals also include detailed provisions for adequate alternative accommodation and a preferential loans scheme for current users.¹⁴⁴

But as Michael Stevens put it in a recent article:

“People on both sides lost their homes nearly 3 decades ago, and justice can be done by compensating them in cash and property. Instead

143 In March 1989, the Greek Cypriot Titina Loizidou attempted to cross the ‘green line’ in order to reach her property in Kyrenia and was stopped by Turkish forces. In July Ms Loizidou filed a complaint to the European Court of Human Rights (no. 15318/89). The Court’s rulings on the Loizidou case came in different stages. On 23 March 1995, the Court first accepted the premise that in the light of the ongoing conflict and the presence of Turkish forces in northern Cyprus, Turkey’s jurisdiction was considered to extend to the northern part of the island. In its second ruling on 18 December 1996, the Court found Turkey guilty of violating Article 1, Protocol 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms guaranteeing Ms. Loizidou’s ‘peaceful enjoyment of her possessions’. Finally on 28 July 1998, the ECHR requested a compensation of £800,000 from Turkey to Ms. Loizidou for denying the enjoyment of her property in Kyrenia.

144 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 109-110.

the UN Plan would have caused mass evictions and would have turned at least 50, 000 Turkish Cypriots into forcibly displaced persons, many of whom have already been refugees twice before.”¹⁴⁵

14. Territory

The area currently under Turkish Cypriot control is slightly more than 36% of the territory of the 1960 Republic of Cyprus, including 57% of the coastline. During at least the century that preceded the division of the island, the share of the Turkish Cypriot population had consistently been in the vicinity of 18%, and that of the Greek Cypriot population over 80%. These statistics suggest that a fair solution which would be acceptable to both sides would require a substantial territorial adjustment.¹⁴⁶ The Turkish Cypriots, however, argue that territory of Northern Cyprus is approximately equal to the land which the Turkish Cypriots and their religious foundation, EVKAF¹⁴⁷ had owned, and their share of the jointly-owned national land.

The United Nations initially proposed two alternative maps for territorial adjustment based on maximising the number of Greek Cypriots that could return to their former homes. These maps were changed and the map in the third proposal allocated slightly more than 29%¹⁴⁸ of the territory and more than half the coastline of the 1960 Republic of Cyprus to the Turkish Cypriot State. The area of territorial adjustment, which represents about 7% of the territory of Cyprus, was home to 54% of the Greek Cypriots displaced in 1974.¹⁴⁹ The number of current inhabitants according to the 1996 Turkish Cypriot census would be 47, 000, though the United Nations believes the actual figure is probably lower. This figure,

145 Michael Stevens (2003), *Cyprus after Annan*, http://www.trncpresidency.org/press/news/after_annan.htm.

146 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 112-113.

147 EVKAF and its properties are recognised under Article 110 (2) of the Constitution of the Republic of Cyprus, 1960.

148 In earlier negotiations under United Nations auspices, Mr Denktaş, in the context of an overall package had accepted that the Turkish Cypriot State would be within this range.

149 More than 86, 000 then; with offspring, about 120,000 today (since population growth among Greek Cypriots since 1974 has been about 40 per cent).

combined with the maximum of 15, 000 to 18, 000 persons who would be affected by reinstatement of properties in the Turkish Cypriot State, amounts to a maximum of 62, 000 to 67, 000 persons being dislocated under the Plan. The cost of this would probably be covered by international donors.¹⁵⁰

It is clear that whilst the Turkish Cypriot authorities recognise that some territory will have to be handed back to the Greek Cypriots, they have major problems with these proposed territorial transfers. The Turkish Cypriots would be willing to hand over the “dead” area of Varosha (around 3% of the territory) from where 50, 000 people were displaced¹⁵¹, and this has been offered by President Denktaş in his proposals of 2 April 2003. As a result of the recent border opening and the revelation that the two sides do not need to be kept apart by a *cordon sanitaire* 3 km wide, it can be argued that much of the land in the UN buffer zone (currently 3% of the land area) could be released, and this would enable a further 30, 000 people to return to their homes.¹⁵² With other territorial adjustments along the boundary between the two states significant numbers of Greek Cypriots could return to their homes while disrupting relatively few Turkish Cypriots.

15. Possible scenarios

There are two alternative approaches to the Cyprus question:

- the current approach
- progressive membership of the two sides.

The current approach

If nothing substantial happens between now and May 2004, the Republic of Cyprus will join the EU, but the *acquis communautaire* will only

150 United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good-offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 114-119.

151 Former President Evren told Turkish Pulse, “It is a fact that Varosha, next to the port of Famagusta, has been kept idle for more than a quarter of a century with the intention of relinquishing it at the final settlement.”

152 Various sources, notably Council of Europe (COE), Parliamentary Assembly, 27 April 1992, *Report on the Demographic Structure of the Cypriot Communities*, Doc. 6589.

apply to the southern part of the island. This is similar to the situation under which the Federal Republic of Germany joined the European Economic Community in 1958, where it was deemed that both eastern and western Germany were a member of the Community, but the *acquis* did not apply in the eastern part). Thus with the reunification of Germany the eastern *länder* were already officially in the European Community.¹⁵³

Since the breakdown of the talks in The Hague, President Denktas proposed on 2 April a scheme to allow those Turkish Cypriots who want to participate in the EU to do so. Elements of the scheme are as follows:

- allowing Turkish Cypriots to take Republic of Cyprus (that is European Union) passports, and thus participate in the EU;
- the abolition of military service for Turkish Cypriots;
- freedom of movement to allow Turkish Cypriots to travel to the south;
- freedom to travel in and out of Cyprus via Greek Cypriot ports and airports;
- the lifting of restrictions on trade with the south.

The Greek Cypriot National Council has accepted the border opening proposals but rejected the rest as an attempt to get around the UN Plan.

But the medium- to long-term consequences of there being no settlement are potentially very severe for Turkey and the Turkish Cypriots. The political correspondent Mehmet Ali Birand foresaw these consequences in an article in 2001 in which he pointed out that taking a divided island into the EU would have the following effects:

1. With southern Cyprus as a full EU member, the TRNC will be left out in the cold.
2. A short time later, cases will be opened at international platforms and campaigns will be started up against the Turkish party on the pretext that 'EU territory is under occupation'. Indeed, the latest decision to be taken by the European Court of Human Rights demonstrates what attitude the court will adopt in the

¹⁵³ These articles of the Treaty of Rome were removed from the Treaty at Maastricht because they were no longer required.

years ahead. Accordingly, any Greek Cypriots who apply to the court will be able to receive compensation for their property.¹⁵⁴ There are signs that unless Turkey changes its own attitude, it will be expelled from the Council of Europe.

3. The door to the EU is closed in two ways to Turkey. One is due to the domestic reaction Turkey will show. The other is due to the veto system within the EU.
4. It will mean the perpetuation of TRNC, which only Turkey in the entire world recognizes, as either an annex of Turkey or a piece of land continuously nourished by Turkey.
5. It will see the start to new provocations and a new arms race in the Aegean.
6. It will see Turkey being roughed up by the UN, the Council of Europe, the European Parliament and other international bodies and then pushed into political isolation.¹⁵⁵

The list of undesirable consequences was extended by Dr Harry Anastasiou and Dr Birol Yeşilada in a paper for the TÜSIAD office in Washington DC:

7. The UN will withdraw its peace-making efforts for the near future [which happened on the day this paper was published]
8. The division of Cyprus will become permanent. Greek Cypriots will continue on the EU membership road while the Turkish Cypriots move closer to integration with Turkey.
9. Turkish Cypriots and Greek Cypriots will become permanently alienated from each other.
10. Greek-Turkish relations will suffer a major setback and diminish the progress made in recent years.
11. The ESDI-NATO relations may be strained.
12. Finally, in this worst-case scenario, the prime losers will be tho-

154 As stated above, already thousands of such cases have been filed at the European Court of Human Rights.

155 Mehmet Ali Birand (22 May 2001), *Turkey wake up! We're losing Cyprus*, Ankara: Turkish Daily News.

se Greek Cypriots and Turkish Cypriots who had spent their lives hoping for peace and reconciliation on their Island.¹⁵⁶

These views were confirmed in the wake of the collapse of UN sponsored talks when the European Union issued a stern warning to Turkey on 11 March 2003 that the Greek Cypriot side remained on course to join the EU in 2004, and from that date on, Turkey would become a country occupying EU territory. EU spokesman Jean-Christophe Filori restated the EU's position that only the internationally recognized Greek Cypriot state will join the EU, unless Turkish and Greek Cypriot leaders accept a reunification agreement by the accession date. Jean-Christophe Filori added, "The timetable will continue as planned. There is absolutely no change in the situation." "If by the end of 2004 there is still no settlement on Cyprus, we will be facing this rather weird situation where a candidate country knocking at the door does not recognise one of our own member states." Greek Prime Minister Costas Simitis warned that Turkey would not enter the European Union as long as Cyprus remained divided. "The line dividing Nicosia also separates Turkey from the European Union," Simitis said in a televised speech after a meeting of his ruling socialist party's executive committee.¹⁵⁷

On the other hand Professor Clement Dodd of the School of African and Oriental Studies argues that failure of the UN Plan will not really be an obstacle to Turkey's EU membership:

"The decision to admit so large and populous a country as Turkey would be a decision of historic proportions, going far beyond the confines of the Cyprus issue. If the European Union wants Turkey as a member it will be for reasons that have little or nothing to do with Cyprus and a great deal to do its oil reserves (not least in the Caspian), and to the sources of world terrorism - points to the need to make Turkey a part of the European Union. Clearly the major European states are beginning to see this, even if European public opinion often seems to lag behind."¹⁵⁸

156 Dr Harry Anastasiou & Dr Birol Yeşilada (11 March 2003) *The Annan Plan: A Historic Challenge for the Cypriots*, Turkish Industrialists' and Businessmen's Association, Washington DC Office.

157 Quoted by AFP, 8 April 2003.

158 Prof Clement Dodd (2003), *UN Cyprus Plan: Solution or Delusion?*, published on the Internet at various sites including http://www.foreignpolicy.org.tr/eng/articles/dodd_070103.htm.

Progressive membership of the two sides

I believe that there is a possible alternative model that addresses the major concerns of both the Greek and Turkish Cypriots. For the Turkish Cypriots the principle issues that need to be addressed are: sovereignty; the maintenance of the Treaty of Guarantee; that Northern Cyprus should not join the EU before Turkey does; and the maintenance of an economically viable and contiguous territory. For the Greek Cypriots the main issues are: accession of the whole of the island to the EU in May 2004; a workable federal arrangement; and the return of all Greek Cypriots to the properties they lost in the North of the island.

In many areas I believe that the two sides are quite close, and agreement could be achieved in the following areas: the issue of sovereignty and the status of two states within a new federal union; EU accession; the distribution of competences between the states; the maintenance of the Treaty of Guarantee; security; and the Presidential Council.

There are much more deep-seated problems in the other areas: the bicameral parliament; the role and structure of the Supreme Court; residency rights; citizenship and the exercise of political rights; properties affected by events since 1963; and territory. On the Supreme Court both sides seem opposed to having foreign judges. The problem could be overcome by a combination of appealing to the British Privy Council (Cyprus is a member of the Commonwealth) which may be sufficiently politically distasteful to force Cypriots to resolve problems, and reference to the European Court of Justice to the extent that the federal constitution will be underwritten by the Accession Treaty.

The subjects of properties affected by events since 1963 and the issue of territory are intimately bound up in the "bottom line" issues. The fact that both sides are unwilling to negotiate certain points does not make diplomacy impossible, but it does explain why a solution has not been found over the last twenty nine years.

The Treaty for EU enlargement could take the whole of a new Cyprus federation into the EU. Cyprus would comprise two states, one in the South would accede fully in May 2004, and the one in the north would accede step-by-step in line with Turkey's progress towards the EU (foreseen for 2010). Thus the Northern state would implement immediately a customs union in industrial products with the EU and would adopt mo-

re and more of the *acquis communautaire* over a period of six years in line with the extension of the EU-Turkey Customs Union. The relationship between the states and the new federation, and the powers vested in the federal state would be as foreseen in the Annan Plan based on the Swiss and Belgian models. The federal state would have the powers necessary to ensure that Cyprus can speak and act with one voice internationally, fulfil its obligations as an EU member state, and protect its integrity, borders, resources and ancient heritage.

Clearly this arrangement is distinctly less than ideal from the EU's perspective - for the Northern state to be legally part of a federation that is a member of the European Union, but for it to progressively apply more and more of the *acquis* over time. This could be regarded by the EU as derogations over whole chapters of the *acquis* for say 6-8 years.

There is a precedent for the *acquis* not applying in a part of the European Community and that is the situation in East Germany from the signing of the Treaty of Rome for 30 years up till German Reunification. Indeed, if nothing happens to reach a settlement in Cyprus between now and May 2004, "the application of the *acquis* to the northern part of the island shall be suspended, until the Council decides unanimously otherwise" according to the Copenhagen European Council decision.¹⁵⁹ The same European Council meeting declared, "In case of a settlement, the Council, acting by unanimity on the basis of proposals by the Commission, shall decide upon adaptations of the terms concerning the accession of Cyprus to the EU with regard to the Turkish Cypriot community." So the European Union should be prepared to accommodate an unusual set of conditions regarding Northern Cyprus if this were part of a settlement on the island. Furthermore, the European Union has confirmed that the EU with its *acquis*, would never be an obstacle to finding a solution to the Cyprus problem, and that the EU would accommodate whatever arrangements the parties themselves agreed to in the context of a political settlement.¹⁶⁰

159 Copenhagen European Council Conclusions, 12 and 13 December 2002.

160 The European Union's policy was stated on 22 June 2002 in the Seville European Council Presidency conclusions: "The European Union would accommodate the terms of ... a comprehensive settlement in the Treaty of Accession in line with the principles on which the European Union is founded: as a member State, Cyprus will have to speak with a single voice and ensure the proper application of European Union law. The European Union would make a substantial financial contribution in support of the development of the northern part of a reunited island."

The other problem from the EU's perspective would be the linkage between the implementation of the *acquis* for the Northern state, and the negotiations on membership of another state, Turkey. On the face of it this linkage would be unacceptable to the Commission and a number of the existing member states, but in view of the desirability of resolving the Cyprus question, it is probable that an acceptable formula could be found to overcome this issue.

There would be territorial adjustments reducing the area of the Northern state to around 30% of the island. The Northern administration has indicated that it would be willing to hand over the "dead" area of Varosha (around 3% of the territory) from where 50, 000 people were displaced.¹⁶¹ In recent weeks the crossings of the population to the other part of the island have shown that the people should be able to live side by side without the need for a UN buffer zone that is up to 3 kilometres wide. Opening up the UN buffer zone (currently 3-4% of the land area) would enable a further 30, 000 people to return to their homes.¹⁶² Further territorial adjustments could be made along the boundary between the two states, for example handing over the territory that was taken by Turkish forces after the cease-fire of 18h00 on 16 August 1974. This plus the enclave of Kokkina / Erenköy¹⁶³ would enable around 10, 500 of the displaced Greek Cypriots to return to their homes, but would displace perhaps 5, 000 Turkish Cypriots. Altogether these territorial adjustments would add around 10% of the island to the area available for Greek Cypriots and would enable up to 90, 000 (56%) of the displaced Greek Cypriots (plus their descendants means around 125, 000 people today¹⁶⁴) to return to their homes im-

161 President Denktaş in his statement of 2 April 2003 proposed that, "the fenced area of Varosha south of Dhimokrathias Street, including the area extending to the UN Buffer Zone, will be transferred to the Greek Cypriot control to be opened for re-settlement." Former Turkish President Evren told Turkish Pulse, "It is a fact that Varosha, next to the port of Famagusta, has been kept idle for more than a quarter of a century with the intention of relinquishing it at the final settlement."

162 Various sources, notably Council of Europe (COE), Parliamentary Assembly, 27 April 1992, *Report on the Demographic Structure of the Cypriot Communities*, Doc. 6589.

163 Whilst the enclave of Kokkina / Erenköy has great political significance for the Turkish Cypriots, and it was an entirely Turkish village, it must cost greatly more than it is worth to maintain this as part of the Northern state.

164 This is based on a population growth amongst Greek Cypriots of 40% since 1974.

mediately whilst disrupting relatively few Turkish Cypriots. The Annan Plan foresaw the handing over of about 7% of the territory of Cyprus from the Turkish Cypriot area to the Greek Cypriots, and this was home to 54% of the Greek Cypriots displaced in 1974, but meant that some 42,000 Turkish Cypriots would have to be relocated.¹⁶⁵

The remaining 44% of the properties (numbering presumably around 25,000 based on a total displaced Greek Cypriot population of 160,000 according to UN figures) would be subject to the proposed exchange of properties and compensation scheme. This scheme has been heavily criticised by the Greek Cypriots as undemocratic and a breach of human rights, but it is not without precedent and has been used to resolve these kinds of issues in Europe for the last hundred years – in 1912 and in the 1920s between Greece and Turkey, and more recently in the former Yugoslavia.

President Denktaş has indicated that all Greek Cypriots would be allowed to return to live in the North and to buy back their properties (having received compensation previously) once Turkey (and, under this plan, Northern Cyprus) is a full member of European Union. This way all Greek Cypriots could have their properties back; half of them immediately, and half in probably about 2010, as opposed to the Annan Plan which allowed about half to have their properties back slowly over 20 years.

I believe this model fulfils most of the objectives of the Greek Cypriots, the Turkish Cypriots and Turkey:

- The Greek Cypriots would be able to claim that the whole of Cyprus is joining the EU under the “legitimate” government; about half the displaced Greek Cypriots would be able to get their properties back immediately, and the other half eventually when the EU accession process is complete.
- The Turkish Cypriot state would get progressive membership of the EU, but immediately the trade embargo would be lifted and it would mean that the economy of Northern Cyprus could be rebuilt. The Turkish Cypriots would not need to go to the South in order to participate in the EU. The EU should be happy because it would have a resolution to the conflict.
- Turkey should be reasonably content except that Cyprus would be

¹⁶⁵ Around 86,000 people then, with offspring, means about about 120,000 today (based on a population growth among Greek Cypriots since 1974 of about 40%).

joining a supra-national body before Turkey, but they would still have the “nuclear button” of being able to delay the membership of the whole of Cyprus until Turkey joins. This would mean the Greek Cypriots would not want to block Turkey’s accession because it would mean delaying the full “reunification” of the island. Indeed, the House of Commons Foreign Affairs Committee has confirmed that “The Greek Cypriots we met ... including President Clerides, denied that they wished to prevent Turkey’s EU candidacy from making progress.”¹⁶⁶

President Denktaş said on 15 April 2003 that he was willing to restart talks with Greek Cypriots but would not accept the Annan plan as a basis for negotiations.¹⁶⁷ It seems that in fact he is not rejecting the whole plan, but is underlining there are completely unacceptable elements of the Annan package. On the other hand President Papadopoulos had already told President Denktaş that any new initiative for the recommencement of talks must be based on the UN Plan.

Although the core of this model is different from the Annan plan, large parts of the plan can be used within this model. For example, the UN reports broad agreement on the combination of Swiss and Belgian models for the structure of the new federal republic, the distribution of competences, the maintenance of the Treaty of Guarantee, and security questions. In addition there is broad agreement on much of the detail being discussed in technical committees.

16. Scope for further negotiations

Four decades of history in Cyprus indicate clearly that the failure to address the essential concerns of the Turkish and Greek Cypriot people does not lead to a solution of this problem. Both sides have indicated a willingness to continue discussions, although President Denktaş says that it is not on the basis of UN Plan, whilst President Papadopoulos insists that it should be. Objectively it would be a great shame to throw out the vast amount of detailed work that has been done, especially in areas whe-

166 UK House of Commons Foreign Affairs Committee (April 2002) *Turkey*, London: House of Commons; para 87.

167 Turkish Daily News (16 April 2003), *Denktaş says ready for restarting talks, but not on basis of Annan plan*, Ankara.

re the two sides are close to agreement. Radical changes, however, need to be made to the overall structure of any possible settlement so as not to ride roughshod over the essential requirements of the two sides.

If a new programme of negotiations is not to be a waste of time, returning time and again to historical questions, there must be proper ground work to ensure that the discussions are fully focused on issues to be resolved. It seems to me that the major issues are as follows:

Issue	Greek Cypriot position	Turkish Cypriot position	Possible compromise
Sovereignty	UN plan leads to dissolution of Republic of Cyprus	In the third proposal references to "constituent state" are acceptable.	It seems that compromise is possible here.
EU Accession	Greek Cyprus will be acceding in May 2004. Reasonable agreement on distribution of competences for reunified Cyprus. Objects to derogations on free movement etc.	Government prefers accession for Northern Cyprus only when Turkey accedes to EU. Reasonable agreement on distribution of competences for reunified Cyprus.	It seems that compromise is possible here.
Distribution of competences	Broad agreement - only small gap to be bridged.	Broad agreement - only small gap to be bridged.	Broad agreement.
Treaty of Guarantee	Willing to accept.	Treaty of Guarantee is essential.	It seems that compromise is possible here.
Security	Object to Turkish troops remaining but agreement possible.	Turkish troops only fully withdrawn after Turkish EU accession, but agreement possible.	It seems that compromise is possible here.
Presidential Council	Divisive and dysfunctional system of governance	Acceptable.	It seems that compromise is possible here.
Bicameral parliament	Essentially undemocratic with minority veto.	There is no need for two chambers - they prefer one parliament with equal numbers parliamentarians from the two sides.	Major divisions here. Logically a unicameral system is what is needed for the federal government. The unresolved issue is on the level of representation of the two communities in the parliament.
The key role of the Supreme Court	The foreign judges would make fundamental legislative decisions, which is not acceptable.	No need for foreign judges. The Supreme Court should have equal Turkish and Greek Cypriots.	Both sides seem opposed to having foreign judges. The problem could be overcome by a combination of appealing to the Privy Council (Cyprus is a member of the Commonwealth) which may be sufficiently politically distasteful to force Cypriots to resolve problems, and reference to the European Court of Justice to the extent that the federal constitution will be underwritten by the Accession Treaty.

Residency rights	-	Turkish Cypriots do not want to live with Greek Cypriots - bizonal arrangement with Greek Cypriots in South, Turkish Cypriots in North.	Significant divergence here. Greek Cypriots want their properties back but Turkish Cypriots do not want to live with Greek Cypriots. See discussion in paragraphs 19-21.
Citizenship and the exercise of political rights	Plan legitimises presence of Turkish settlers who are illegal immigrants.	Existing citizens of the two states must have right to stay.	The main problem here is over the number of Turkish mainland settlers who may remain, but this does not seem to be an issue that would of its own cause breakdown if all other matters are resolved.
Properties affected by events since 1963	Proposals subvert property rights, undemocratic and breach human rights. All displaced Greek Cypriots must be able to have their properties back.	Should be handled on the basis of an exchange of property and compensation. No property should be given back except "dead" part of Varosha.	The "dead" part of Varosha, the UN buffer zone and some other marginal areas should be given to the Greek Cypriots. This would enable up to 90,000 to return to their homes immediately.
Territory		The maps are unacceptable. Only the "dead" part of Varosha should be given back.	The others should be compensated, and allowed to return to their former villages after full implementation of the acquis in the North. See paragraphs 19-21.

17. Conclusions

The history of Cyprus shows one thing clearly - persistent ignoring of the legitimate interests of both sides simply perpetuates confrontation. It is absolutely clear that taking a divided island into the EU would not contribute to the resolution of the Cyprus dispute – on the contrary it would create a permanent division of the island. The clear losers would be the people of both parts of Cyprus. As the UN Secretary General put it in his report on the negotiations:

“One of the obstacles to solving the Cyprus problem has been the perception on both sides that this was a zero-sum game: one side’s gain was the other side’s loss. I am strongly convinced that, had [the Plan] been accepted, my proposal would have created a win-win situation.”¹⁶⁸

An agreement for settling the Cyprus problem would bring enormous benefits for both sides and for the international community:

¹⁶⁸ United Nations (2003), *Report of the Secretary-General on his mission of good offices in Cyprus*, Doc S-2003-398, para 109-143.

1. both the Greek Cypriot and Turkish Cypriot people will enjoy the fruits of EU membership, greater security, prosperity and freedom;
2. it is difficult to over-estimate the economic benefits that would flow to Northern Cyprus and the step-change in the well-being of the Turkish Cypriot people;
3. hundreds of thousands of Cypriots living abroad would be likely to return to the island, bringing wealth, talent and business opportunities;
4. the young will be freed from a history that currently dominates their lives, but they had no part in creating;
5. relations between Turkey and Greece will greatly improve;
6. a major road block will be removed from Turkey's road towards EU membership;
7. Northern Cyprus will be the first Muslim state to join the EU, and Turkish will be an official language of the EU – this will considerably ease the path for Turkey and other Muslim states (such as Bosnia-Herzegovina);
8. there will be greatly enhanced stability in the eastern Mediterranean, which will facilitate the greater participation of the EU through the Euro-Mediterranean partnership in helping to bring about a peaceful solution to the Palestinian conflict.

No one Cypriot side has a monopoly of truth or justice. A scrupulously even-handed approach in dealing with the legitimate concerns of both sides could create an atmosphere conducive to compromise. If there were a simple or easily agreed solution to the conflict it would have been found at least a quarter of a century ago. The plain fact is that both sides have "bottom lines" on which they are not willing to compromise, and no amount of blaming one or the other for intransigence is going to change this position. Recently the UN tried, and failed, to bully both sides on their "bottom lines" because of the deadline for signing the EU accession treaty.

The UN with the Greek and Turkish Cypriots have done a huge amount of invaluable work in preparing the way for a solution. In broad terms all the small issues have been solved, and there remain on the table only a few big issues. I believe that a solution to the Cyprus question is possible

- what is need is for these important issues to be addressed in an open-minded and sympathetic way, and for the two sides to be willing to compromise a little on the less important points.

CYPRUS'S EU ACCESSION AND EU-TURKEY CONVERGENCE

Prof. Dr. Heinz-Jürgen Axt and Prof. Dr. Nanette Neuwahl
Duisburg - Essen University / Montreal University

I. Introduction

Nicholas Emiliou gave expression to the hopes of many when he wrote that Cyprus's accession into the EU would serve the interests of all the parties involved in the partition of the Island:

“It would offer security to both Cypriot communities and would foster mutual trust. It would serve as a guarantee for the respect of human rights and democratic principles for the people of Cyprus. It would also strengthen the economic development of Cyprus, the benefits of which would be enjoyed by both communities. Finally, it would contribute to the long term stabilization and peace in [the] Southeastern Mediterranean.”¹

1 Nicholas Emiliou, „The Constitutional Impact of Enlargement at EU and National Level: the Case of the Republic of Cyprus”, in: Alfred Kellerman, Jaap de Zwaan and Jenö Czuczai (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*. 2001 T.M. C Asser Instituut, The Hague, pp. 243- 57, at p. 257.

This statement was made at the turn of the millennium. Since then the „Basis for Agreement on a Comprehensive Settlement of the Cyprus Problem”,² known as the Annan Plan after its drafter UN Secretary General Kofi Annan, has failed³ and the EU is going ahead with the accession of a divided Cyprus. In this paper we look at the implications of this decision and of the failure of the 2002 settlement plan for the stabilisation of the area concerned.

II The Rejection of the Annan Plan: Who is to Blame?

The Annan Plan for the solution of the problem of Cyprus has failed. Who is responsible for this? Was the Annan plan a sustainable compromise? Did it take the interests of both sides into consideration? Was it feasible at all to aim for a “win-win” situation? Was the link between the resolution of the conflict and the accession of Cyprus to the EU realistic or was it counterproductive? Has Turkey fallen into a “Cyprus trap”? And what does the accession of a divided Cyprus mean for the EU? Will the precautions taken in Copenhagen be sufficient to prevent the EU from being harmed?

1. Reproaches to the Turkish Cypriot Leadership

For the world public opinion and the United Nations (UN), the leader of the Turkish Cypriots, Rauf Denktash carries the political responsibility for the failure of the latest negotiations on Cyprus. During the night of 10/11 March 2003 both the Greek and Turkish Cypriot leaders had to communicate to the UN Secretary General whether they agreed to the holding of referenda about the peace plan by, the Greek and Turkish Cypriot population. The newly elected Greek Cypriot President Tassos Papadopoulos agreed but President Denktash declined in spite of pressure by the United States and the United Kingdom. Kofi Annan had to conclude to his dismay that his attempt at mediation had failed. He is sceptical about the future. It is unclear whether there will be another opportunity in the near future. EU diplomats have expressed the view that we have reached the

2 Extracts of the plan are attached at the end of this article.

3 For a good, recent analysis of the demise of the UN plan see Clement Dodd, *Disaccord on Cyprus – The UN Plan and After*. He Eothen Press, Huntingdon, 2003.

end of the road. In their view, Rauf Denktash has not exactly done the Turkish Cypriots a service because now they will not receive the structural funds that come with the preparation for EU accession.⁴ Sir Dávid Hannay, the British commissioner responsible for the Cyprus dossier suggested that the Turkish Cypriot leader always meant to sink the initiative and that Kofi Annan was not really given a chance. An American representative commented that the Turkish Cypriot population had been deprived of the possibility to decide themselves about their own future. For Günter Verheugen, European Commissioner with responsibility for enlargement, Turkey bore part of the responsibility for this failure. Mr Verheugen addressed Turkey saying that he could not imagine that the Commission would positively recommend the opening of accession negotiations with Turkey as long as the situation with respect to Cyprus remained unchanged. He called the breakdown of the UN talks an obstacle on the Turkish road towards EU accession.

If one looks at these comments, then Rauf Denktash – backed by Turkey, as Mr Verheugen stated – is to blame for the failure of the most recent attempt at mediation. But that is short sighted. First of all, it is true that the Turkish diplomats and the *État majeur* did express objections against the Annan plan. But the same was not true for the AKP government elected in November 2002, under the leadership of Recep Tayip Erdogan. Secondly, the Greek Cypriot leadership has never officially had to declare its agreement with the signature of the proposal, not even in front of its own constituency. The election on 16 February 2003 of the nationalist Tasos Papadopoulos as president instead of the more conciliatory Glafkos Clerides is an indication that in the eyes of many inhabitants of the south the concessions in the Annan plan towards the Turkish Cypriot population were considered too generous.

2. Cyprus and the New Turkish Government

The convergence of Turkey towards Europe requires a constructive attitude on the part of Turkey with regards to the Cyprus problem. The problem is however, that while the Government may be willing to make concessions with regard to Cyprus in order to further the accession of Tur-

4 Funds are currently being awarded to the recognised government of the Republic of Cyprus.

key to the EU, it has difficulties in making its policy prevail against the *État majeur* and the Foreign Ministry.⁵ These see the Cyprus problem strictly in a security context, as was demonstrated in 1998, when the Greek Cypriots bought S-300 missiles from Russia. These long range and highly capable anti-aircraft missiles were meant to put an end to the Turkish hegemony over Cypriot airspace. However, they would also have enabled the Greek Air Force to fly into Cyprus in accordance with the Greek-Cypriot defence doctrine, as well as to allow to control part of Turkish airspace and to operate against targets on mainland Turkey. Ankara declared the deployment of such missiles a *casus belli* and the conflict nearly escalated into a full-scale war. Greece had to let the pressure off by agreeing to have the missiles installed on Crete instead.

The strongly security policy oriented outlook of Turkey resurfaced when on 11 November 2002, immediately before the European Council of Copenhagen, the Secretary General of the United Nations Kofi Annan presented his plan for Cyprus. Annan wanted to put pressure on the leaders of both sides. The Copenhagen Summit was beckoning, and with it the perspective of admitting a united Cyprus into the EU. Also, Annan was expecting positive impulses from the outcome of the November elections in Turkey, which had brought about the change from the old political elite and brought to power the AKP. The AKP had perhaps not entirely discarded its Islamic roots, but in its election campaign the party had presented itself unambiguously as pro-European. It was hoped that by 12, 13 December the foundations of a solution could be laid down so that the European Council could propose the accession of a united Cyprus. As we all know, even after prolongation of the negotiations this hope was misplaced.

In Turkey, the Prime Minister elect, Mr. Recep Tayyip Erdogan took a conciliatory stance when Annan presented his plan for Cyprus. This was not surprising, as he had just returned from a good-will tour of the European capitals, lobbying for an early date for the opening of accession negotiations with the EU. Erdogan's stance met with resistance from the Turkish foreign service (then represented by Omur Oymen), the military, the Turkish President Ahmet Necdet Sezer and the former Prime Minister Bülent Ecevit. They objected to the reduction in the number of Turkish tro-

5 Whereas the Parliament is divided on this issue, for the Turkish population there of course are emotions involved, as Turkish soldiers had to die in 1974 to rescue the Turkish Cypriots despite international guarantees.

ops in Cyprus proposed in the Annan plan, and to its generous territorial concessions for the benefit of the Greek Cypriot inhabitants of the island. When Mr. Ecevit declared that the reduction of troops in Cyprus was unacceptable, he no doubt voiced the scepticism of the *État majeur*. Thus, The AKP government, intent on pursuing EU membership and therefore favouring a compromising attitude on the Cyprus question, challenged the views of many whose role was to deal with national security.

Besides, many people in Turkey, were far more sceptical than the AKP government about Turkey's chances of being admitted into the EU. They reasoned that if the perspective of entry into the EU was as vague as it seemed, why should Turkey be prepared to make major concessions now with regards to its foreign and security policy? And indeed, it is not unthinkable that the wavering attitude of the European Council about mentioning a date for the opening of accession negotiation will reinforce the position of those who have a euro-sceptic attitude. There is reason for concern that the more headway the euro-sceptics in Turkey will gain, the more difficult it will become for the euro-friendly forces to jump the hurdles put into place by the EU, most importantly, the implementation of the reforms required as a condition for even the opening of accession negotiations and the settlement of the Cyprus problem.

Nevertheless, the AKP government has tried to meet the expectations of the EU by encouraging Mr. Denktash to be accommodating. For the first time in history the firm leader of Turkish Cyprus was criticised by the government of the "motherland". If President Denktash had not been able to count on the support from the military and diplomatic circles in Turkey, he would probably have been forced to give in, the more so because he was facing growing pressure within his own constituency. On 27 November 2002, 12 000 Turkish Cypriots took part in demonstrations, on 26 December 30 000 did so again, and on 14 January, 50 000 took to the streets, demanding not just negotiations on the Annan Plan but even the replacement of President Denktash with someone who did not have his reputation for intransigence. However, and in all fairness, it must be noted that the important counter-demonstrations in support of Denktash were neglected by the international press.

What did Denktash criticise in the Annan Plan? The territorial concessions and free movement rights to the Greek Cypriot islanders were considered overly generous. The reduction of Turkish troops would have

implied security risks for the Turkish Cypriots. Greek Cypriots would have been able to undermine the autonomy of the Turkish-Cypriot component state.⁶ Also, the Plan did not consider that this component state would not be economically viable. In fact, the Turkish Cypriot preference has been for a solution of the conflict that was based on a high measure of independence from the Greek Cypriots, and they also advocated, at least *ad interim*, diplomatic recognition of the Turkish Republic of Northern Cyprus as a necessary step towards a solution.⁷

3. The Tacit Objections of the Greek Cypriots

It is usually overlooked that the Annan Plan also encountered strong reservations from the Greek Cypriot side. By contrast to the Turkish Cypriots they have chosen not to voice them all too openly. However, Greek Cypriots equally criticised the concessions to the "other side" as going too far. The promise of equality of treatment was contrary to the widely held view that a political system in Cyprus should reflect the demographic characteristics of the island and therefore, the Greek Cypriot majority. The Turkish Cypriot veto on political decisions reminded the Greek Cypriots too much of the beginning of the 1960s, when the decision-making process was paralyzed more than once. The rotation of the Presidency, cherished by the Turkish Cypriots, equally met with resistance. Opinion polls⁸ have shown that the Greek Cypriots were quite critical of the Annan plan. Many regarded the limitations on the freedom of movement and the question of property acquisition as going too far. Many Gre-

6 See the comments by Michael Stephen further below.

7 See further „The Annan Plan – Myths and Realities”. Paper by Ergün Olgun (Under-Secretary, TRNC Presidency), Istanbul 17 July 2003.

8 According to the Macedonian press agency (MPA) report of 16 August 2003, in November 2002, the majority of Cypriots and Greeks, 71% and 53.8% respectively, said “no” to the Annan plan, while only 27% of Cypriots and 45.3% of Greeks said “yes”. 74% of Cypriots believed that the Annan proposal is not viable and 55.4% of Greeks agree with them. 66% of Cypriots and 76.3% of Greeks were not prepared to accept the Annan solution in order for Cyprus’ to be incorporated to the EU. 73.3% of Greeks believed that the solution is unfair, and 21.7% believed it is fair. The results of the poll were published in the newspaper “Eleftheros Typos”. www.mpa.gr/article.html?doc_id.=307890. See also the results of the Cypriot daily Simerini of 11 December 2002 posted at www.Agamemnon.Dabsol.Co.uk/Opposition.htm.

ek Cypriots still live in the expectation that unification must come with the unlimited right to move to the North, to buy property and to establish oneself. And this is a sore point for the Turkish Cypriots, who fear that the North would be bought up by the well-to-do islanders of the South.

The Greek Cypriot diplomacy escaped scrutiny because it was Denktash who pulled the plug on the initiative. But a closer look reveals, not for the first time, how far apart the expectations of the peoples were, and what is more, how both groups think selfishly, in terms of their own perceived interests. Under these conditions a project for the common good has little or no chance, even when there is the "carrot" of accession to the EU. Even though the Annan plan contained all ingredients for compromise on a common Cypriot State and merely had to be adapted in one or the other respect, one has to want it, one has to see a perspective in it with something to gain as compared to the current partition of the island. And that is most likely what is currently missing on both sides of the Green line. Whether this will change does not only depend on the preparedness of Rauf Denktash to make greater concessions. It also depends on whether the Greek Cypriots can be trusted to resist the temptation –after accession– to bring about unification on their own terms. It is tempting to conclude that with the Annan Plan, somebody wrote a sensible plan without taking into account the realities on the ground.

III Implications for the EU

One may ask, what does this all mean for the EU? The Copenhagen Summit resolved to take Cyprus into the European Union in 2004. For the time being, admission is only open to the southern part held by the Greek Cypriots. The application of the *acquis communautaire* cannot be extended to the Northern part of the island until the Council, upon recommendation of the Commission, unanimously⁹ decides otherwise. This arrangement was intended to protect the EU and to counter the temptation to *de facto* and *de jure* extension the EU regulations and privileges to the northern part before the division of Cyprus has ended. Had the EU not taken such precautions, then a Greek Cypriot citizen could have called upon the European courts to enforce his rights to free movement and the freedom to acquire property in the north of the island, which would entail claims to

9 That is, including Greece and South Cyprus.

territorial jurisdiction which would be considered offensive by the Turkish Cypriots (see further below) . By resolving that for the time being the *acquis* will not apply to the North, the EU hopes to be able to prevent the potentially explosive progressive inclusion of the Turkish Cypriot part without settlement. But the very fact that the heads of state and government adopted these precautions is a sign that the EU needs to brace itself and be prepared to be drawn into civil strife. Henceforth it will no longer be able to play the part of the unaffected third party.

So far, the accession prospect has not been a means for settling the conflict, but what has not happened may still come. The Commission's Cyprus policy is as always based on the view that Cyprus' s accession to the EU is creating favourable conditions for the two communities to reach a comprehensive settlement of the Cyprus problem. The recent easing of restrictions in the contacts and communication between Greek and Turkish Cypriots has demonstrated that the two communities may yet live together in a reunited island within the Union. At the same time, however, the EU still requires comprehensive settlement. This in turn influences the relations between the EU and Turkey. (See below.) Cyprus will not be the obstacle to the EU's eastern enlargement which many people feared it could be, but in order to obtain this, the accession of Cyprus and Turkey had to be somewhat linked by allowing an opening for Turkey to insist on membership.

On 19 February 2003 the European Commission gave its favourable opinion on the accession of ten new candidate countries, including Cyprus.¹⁰ On 9 April the European Parliament declared itself in favour of the accession of Cyprus. One week later, on 16 April, the Republic of Cyprus signed unilaterally the accession treaty, in name of the whole island. This has opened up an entire range of questions about the implementation of the Treaty and the future ways of integrating North Cyprus into the EU.¹¹ The subsequent section of this paper will address these issues.

10 COM (2003) 79 final.

11 Abdelkhaleq Berramdane, Chypre entre adhésion à l'Union européenne et réunification , 2003/1 *Revue trimestrielle de droit européen*, 87-108, at 105.

1. Implementation of the Treaty of Accession

a) Ratification

In the second week of August 2003 the Parliament of the Republic of Cyprus ratified the Accession. The Government of the Republic of Cyprus does not represent the Turkish Cypriots,¹² who, moreover, under the abrogated Constitution and the 1960 Treaty of Guarantee have a right of veto in external relations except when Cyprus, Greece and Turkey simultaneously adhere to a Union or alliance with other states. Under the Vienna Convention on the Law of Treaties, this would make the unilateral accession invalid.¹³

Article I of the 1960 Cyprus Treaty of Guarantee provides that the Republic of Cyprus “.....undertakes not to participate, in whole or in part, in any political or economic union with any State” whatsoever. Article II of the Treaty provides that Greece, Turkey and the United Kingdom “... undertake to prohibit, so far as concerns them, any activity aimed at promoting, directly or indirectly, either union of Cyprus with any other State or partition of the Island.” It would therefore be illegal, as Prof. Maurice Mendelson QC has explained,¹⁴ for Cyprus to join the EU without the consent of all parties to the Cyprus Treaty of Guarantee (including Turkey). It would be open to the Turkish Government to challenge the legality of Cyprus accession in the form of an action against the UK and/or Greece in the International Court of Justice in The Hague, but the court has no compulsory jurisdiction and the prospective Defendants may not agree to submit themselves to the court. It is possible that an action could be bro-

12 The Turkish Cypriots maintain that the Republic of Cyprus was destroyed in 1963, and that the Greek Cypriots represent only themselves. This issue has never been adjudicated on its merits in any international court.

13 See Paolo Bargiacchi, „The Island of Cyprus Within The International Legal System and Its Admission into The European Union”, paper given at the Colloquium „Legal Implications of Peace in the Mediterranean, Antalya, 17 July 2002.

14 Written opinions (ISBN 0-9540675-1-7) dated 6th June 1997 (UN doc. A/51/951-S/1997/585) 21st July 1997, 12th September 2001 and 3rd March 2002 in which he considers in detail the arguments to the contrary advanced in joint written Opinions obtained by the Greek Cypriot Administration from Professors Crawford, Hafner and Pellet. See also Prof. Peter Perenthaler, Univ. of Innsbruck, Austria. Paper delivered at seminar in Jerusalem 1998 agreeing with Prof. Mendelson.

ught in the European Court of Justice. However, in view of its decision in the *Anastasiou* case¹⁵ preventing fruit and vegetable exports from Northern Cyprus to the EU, as one British lawyer has put it „I have no confidence that the Court would decide the case free from political considerations.”¹⁶ One option would be to ask the UN Secretary General to put a question to the International Court of Justice. Needless to say, this does not resolve the Cyprus problem.

b) Institutional implications

The number of members of parliament and the number of votes in the Council which the Nice Treaty gives to Cyprus is not being contested, although it is likely that these numbers could be attacked for infringement of the principle of democracy and institutional balance.¹⁷

c) Territorial application

The Treaty of 16 April 2003 provides four different territorial zones:

i) the whole island is under the jurisdiction of the European Community and the Union; ii) the zones which are under UK sovereignty enjoy a privileged status in the sense that not all EC rules apply there; iii) the demarcation line of the UN peacekeeping force will also have a special derogation régime; iv) finally, the TRNC is exempted in the sense that the application of the Community *acquis* is suspended as long as the Cyprus problem has not received a comprehensive settlement. (Article 1 para 1 of protocol 10 to the Act of Accession.)

2. Future extension of the application to the TRNC

Article 1 paragraphs 1 and 4 provide for the lifting of the suspension of the *acquis communautaire* in the north of the island after a solution

15 Case C-432/92, R. v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food *ex parte* Anastasiou, Judgement of 5 July 1994, ECR I-3087.

16 Michael Stephen, „Cyprus After Annan”. Manuscript, London 2002.

17 Berramdane, loc. Cit, at 106.

is found. This decision is to be taken by unanimity in the Council and therefore, of course, with the approval of Greece and the Greek Cypriots. The application of the *acquis* can be facilitated by implementing measures, in particular, financial support by the EU, via a procedure yet to be established in favour of the Turkish Cypriot population, intended to allow the North to catch up with the South. These provisions are clearly meant to be a carrot inviting the Turkish Cypriots to fall into line.¹⁸ The approval of Greece and the Greek Cypriots may induce the latter to try and seek a solution on their own terms, and this in turn may affect the good relations between the EU and Turkey.

3. The Relations Between the EU and Turkey – Cyprus as a Bargaining Chip

The Copenhagen Summit and the decision to admit ten new members into the EU, including Cyprus, have induced the Member States to be more forthcoming towards Turkey and admit that they would consider the possibility of opening accession negotiations. It was resolved that in December 2004 the European Council would proceed to an evaluation of the progress by Turkey in the implementation of the Copenhagen criteria, and if the outcome is positive, it will open accession negotiations with Turkey without further delay. The mellowing of the EU no doubt has had to do not only with Erdogan's lobbying (see above) but also with the fact that Cyprus cannot be integrated into the EU without the collaboration of Turkey. As a result, this small divided island has served both the EU and Turkey to further their geo-strategic aims even if apparently they do not fully coincide.

Opinions in the European Union are divided on the issue of the desirability of Turkish accession. Turkey is tremendously important for the

18 The Greek Cypriot Government, and several institutions outside Cyprus, currently apply a system of sanctions against the Turkish Cypriots - which is partially offset by Turkish measures in favour of TRNC residents., a situation which does not contribute to the creation of a climate of confidence. For a report on the effects of sanctions on the Turkish-Cypriots, see, inter alia, Marketa Geislerova, Report on Cyprus from the Round Table "Living Together: Sharing the Canadian Experience", Banff, Alberta - March 28-30, 2001, www.Ecommons.net/ccfpd-europe.. The legality of such measures have never been investigated by an international body, nor do there exist comprehensive studies on their effectiveness.

EU, but Turkey's accession to the EU is extremely controversial. Advocates of Turkey's entry into the EU argue that it would be in the Union's advantage because it would:

- Help prevent a "clash of civilizations" by showing that Christians, Muslims and others can live together peacefully in the European Union;
- strengthen the "model Turkey", with its secular and pro-western basis as an example to follow by its neighbouring countries,
- enhance the EU's capacity to gain global influence;
- support reformists in Turkey and prevent growing influence of anti-modern and Islamic tendencies;
- facilitate the integration of the Turkish population living in current EU member states by confirming that Turkey is a European state;
- secure Europe's energy supply. Turkey is an important transit area for commodities and oil.¹⁹ For such reasons, among others, integration between Turkey and the EU is encouraged by the United States.²⁰

19 The Middle East possesses three quarters of the proven world oil reserves, which end 2001 amounted to 908 billion barrels. Bernard Poignant, „Janvier 2003: la Turquie et les frontières de l'Union", www.herodote.net/editorial/0301.htm.

20 Abdelkhaleq Berramdane, *op. Cit.* at 103. Poignard points out that the USA's position dates back to the cold war and is formed especially at the time of the Cuban missile crisis of October 1962, when it discovered that missiles were being installed in that island with a range that could reach US targets. They had Germany as an ally but needed Turkey too, and therefore, its association with the western camp, which was then largely economic. In the 1990s Turkey was important as the eastern flank of Iraq and so the Europeans who were proceeding to an ever closer union were invited to keep Turkey on board. This explains the US support for the customs union agreement, the deposition of Turkey's applications for membership in 1998, the proposed date in 2002 for an appointment in 2004. „Il ne faut pas chercher là-dedans un intérêt quelconque pour l'Union européenne, son intégration, son modèle politique et social, ses capacités de diplomatie et de défense communes." Bernard Poignant, *op. Cit.* See also Joaquin Roy, „La incomprensión de la UE en los EU", 15 Oct 2002, *ElNuevoHerald. Com*, <http://www.miami. Com/mld/elnuevo/news/opinion/4361602.htm>

Opponents argue that Turkey's accession would:

- undermine the EU's "political finality", as it would prevent the EU from becoming a political union;
- weaken the establishment of a European identity;
- endanger the secular basis of Europe by supporting Islamic tendencies;
- transform the EU in a region without frontiers and encourage Russia, the Ukraine, Belarus, Morocco and other countries to apply for membership;
- require too many security guarantees from the EU, as Turkey is located in highly insecure surroundings;
- bring more Turkish migrants into the current member States. Free movement of persons within the EU might increase the Turkish immigrant population in Germany from 2 to 3, 5 million in thirty years time²¹;
- "outstretch" the EU's capacity to offer budget transfers in the framework of its structural policy; and
- transform Turkey into a politically dominant actor within the Union. Under present rules, Turkey would have the greatest number of Council votes among all of the acceding countries. It would have as many votes as the largest countries of the EU (Germany, France and the UK). In the European Parliament Turkey would have as many seats as Germany has. At the same time, in the short and medium term, most of the economic effects of the accession will be felt by Turkey.

21 While people do not move much within Europe (Adrian Favell, „Why Europeans Do Not Move”, Paper presented at the EUSA Conference, Nashville, 27-29 March 2003), a study by Deutsche Bank Research predicts that large-scale migration will occur from central and eastern Europe to the west. Up to three million people could move from eastern to Western Europe by 2015. „UK to Profit Significantly from EU Enlargement”, BBC news release, 7 August 2003. The study cites wage differentials as the main stimulus to migrate. Meanwhile, many researchers warn that the populations in the old fifteen EU members, are aging and shrinking, and these countries will have to compete for human resources in the near future. (See UN Population Division. Department of Economic and Social Affairs, Replacement Migration: Is it a Solution to Declining and Ageing Populations? New York 2000.) They may also want to diversify their minorities to create a balance.

Nevertheless, it is widely believed that the main obstacles to the Turkish accession are not economic, but political. It is often suggested that historical experience prevents Turkey from eliminating the decisive political role of the military, from giving the Kurds and other minorities cultural rights and from upholding basic human rights.²² The collaboration between the EU and Turkey for the purpose of bringing about reforms is dealt with elsewhere in this book.²³

4. Interim conclusions

The above analysis gives rise to the following conclusions:

1. Cyprus accession was successfully used as a vehicle for improving the relations between the EU and Turkey in the short term.
2. So far, the lure of accession has not succeeded in bringing about a unification of the island, it would seem, because the Greek Cypriots and the Turkish Cypriots are not yet ready for this.
3. This gives rise to the accession of a divided Cyprus, a situation to which the current Turkish government might tacitly agree as long as it could hope to improve the prospect of its own accession.
4. It is possible that over time the trust between the parties on Cyprus improves. How long this may take is difficult to predict and it is also possible that it will not. In this connection it is worth noting that a preliminary report by the Brussels based Centre for European Policy Studies (CEPS) is cautiously optimistic:²⁴

“... the political situation has become exceptionally fluid. As the

22 See the chapter on Turkey elsewhere in this volume. See also, Harry Flam, *Politics and Economics of Turkish Accession*, CESifo Working Paper 983, March 2003, www.CESifo.De. See also Ganze Avci, “Putting the Turkish EU Candidacy into Context,” 7 *European Foreign Affairs Review* (2002), 91-110.

23 See the chapter by Harun Arıkan elsewhere in this volume.

24 Bruno Coppeters, Michel Huysseune and Michael Emerson, Nathalie Tocci, Marius Vahl, „European Institutional Models as Instruments of Conflict Resolution in the Divided States of the European Periphery”, CEPS Working Document No 195, July 2003. www.Ceps.Be.

Turkish Cypriot leader, Rauf Denktaş chose to open the frontier for the movement of persons, to which the people responded in large numbers. Parallels with the fall of the Berlin Wall have been suggested, but they may be premature. Nevertheless, the initiative has, for the first time, passed from the exclusive hands of the leaders to the people.”

This assessment was made in the context of an important study into the potential for supra-national and international settlement in secessionist conflicts at the periphery of the EU.²⁵ The study involves Cyprus, Montenegro and Serbia, Moldova-Transdnistria and Georgia- Abkhazia.²⁶ In all of these cases, conflict settlement is related, in the near future or in the long run, to the prospect of integration into a European framework expressed by the one or the other party. It is of course interesting to see how EU policy can help, in the long term, to overcome these difficulties, on its own or through collaboration with other actors on the international scene. It is clear that all these cases enjoy a degree of internationalisation and the involvement of the major powers.

5. There is a possibility that the EU's strategy with regard to Cyprus will backfire, for instance, if it appears that there is no basis for trust between Greek and Turkish Cypriots or if the EU does not handle the Turkish application for membership well. In that case we are not just talking about the loss of a small island or a part of it. Any form of escalation and the ensuing alienation between Turkey and the EU is to be avoided in view of the fact that it is a whole geostrategic area that is concerned.

IV Prospects for Solving the Cyprus Problem after Accession

If the Cyprus problem is not to be solved by force, any settlement requires the approval of the Turkish Cypriot leadership, which is in turn influenced by the people and by the amount of protection they can expect from Turkey. Turkey is inclined to protect the Turkish Cypriots, the more

25 Ibid, at p. i.

26 The above-mentioned CEPS study reports that „Moldova-Transdnistria is on the edge of the Europeanization process especially as Romania's accession prospects improve.... Georgia-Abkhazia is furthest away from the concept of Europeanization, but still has certain European aspirations....” Ibid, at p. 11.

so because its own geostrategic interests are at stake (including its orientation towards Europe). Any negotiated settlement between the Greek and Turkish Cypriots would invariably start from the ill-fated UN proposals and therefore, a study of the main issues is inescapable. According to Cyprus expert and former UK Member of Parliament Michael Stephen,²⁷ there are serious problems with the Annan plan, including the following:

1. Property

Currently, Turkish Cypriot properties in the South are being occupied by Greek Cypriots and vice versa. If an overall settlement is to have the best chance of being accepted, it is important to minimize opportunities for disagreement, and litigation in the local courts or the European Courts. It is essential that forced evictions and relocation of families are kept to the minimum. Apart from the fact that people in Cyprus have suffered much disruption to their lives over the years and should be entitled to security and stability for their future, eviction would lessen the chance of acceptance should a referendum on the settlement be organised. In the view of Stephen,²⁸ the right way to approach the property issue is to accept that people left their old homes twenty-eight and more years ago, and have re-adjusted to their present circumstances. Many have already been compensated in cash or property out of local resources or international aid. An agreement in 1975 between the two peoples has formalised this exchange of populations, and so much has happened in the intervening period that it is unrealistic and inhuman to attempt to unravel these events and restore people to the *status quo ante*. In the view of Stephen, justice can be achieved by the payment of compensation and dispossession of property for the public good. Among others, relocation of persons would also cause serious security problems. Allegations of espionage, sabotage, or terrorism real or imagined would be inevitable, and would cause serious tension and even a renewal of violence. While Turkish Cypriots expect to be left with a viable territory in which they can support themselves, they believe that the Greek Cypriot religious and poli-

27 Michael Stephen LL.M. is barrister in London. He was a member of the UK Parliament 1992-97 and Assistant Legal Adviser to the UK Ambassador to the UN for the 25th General Assembly. He is the author of *The Cyprus Question* (London, July 2001).

28 Speech to the Turkish Parliamentary Association at the Turkish Parliament in Ankara on 17th January 2003.

tical leadership does not accept it because they want to make Cyprus a Greek island, and they think the EU will help them to do it.

2. Representation in a Cyprus constitution

The Turkish Cypriots accept that the new Cyprus should be a state with international personality, and are willing to look at a variety of ways in which the fundamentally different interests of its two peoples could be accommodated. However, what has happened to the Turkish Cypriot community in the 1960s was nothing short of ethnic cleansing before that phrase came into vogue in the Western media.²⁹ For this reason, the bottom line of the Turkish Cypriot leadership is that neither of the two peoples should have the legal power or the practical potential to dominate the other. The Greek Cypriots favour strong federal institutions in which their superior numbers and their superior wealth would give them a decisive advantage. From the Turkish Cypriot point of view, although the legislative powers in the Annan plan are ostensibly democratic, they do not give Turkish Cypriots many votes, and they fear that it would take only a very few Turkish Cypriots to be intimidated, bribed, or misled into casting their vote for a measure which could have far reaching effects. As a result, the proposals for a more proportional representation are difficult to accept.³⁰

3. Other aspects

A detailed arrangement about the political questions is all the more necessary because there is not much scope in leaving essential items to a supreme court of Cyprus. Cases in the European Court of Justice and the European Court of Human Rights (in particular, *Loizidou*³¹ and *Anastasiou*³²) have led the Turkish Cypriots to distrust European judges.

The principle of geographical adjustments is not being contested.

29 See „The Genocide Files” by the British journalist Harry Fitzgibbons, who was based in Cyprus at the time.

30 Michael Stephen, speech to the Turkish Parliamentary Association at the Turkish Parliament in Ankara on 17th January 2003.

31 See Zaim Necatigil, *The Loizidou Case: A critical Examination*. Centre for Strategic Research, SAM Papers 8/99 (ISSN 1302-3845) . Ankara, November 1999.

32 Case C-342/92, see *supra*.

However, as stated before, it is difficult for the TRNC to proceed without public support. For this reason, in the view of Stephen, Varosha could be negotiated but not the agricultural hinterland of Guzelyurt, and not the land immediately east of Lefkosa.³³

V Evaluation

The Cyprus ouvertures have brought about a small step in the improvement of the relations between the EU and Turkey. It has not yet served the economic interest of the TRNC (dogged, moreover by a system of economic sanctions perceived as unjust) nor contributed to the settlement of the Cyprus problem. Perhaps the remaining questions can be overcome with time and a settlement can be found,³⁴ but this is by no means a foregone conclusion. The accession by Turkey to the European Union might help. Whether it is worth for the EU to pay this price is difficult to assess. A different approach would be to consider that matter on its own merits.

VI Conclusion

In conclusion, the Cyprus issue might yet be resolved through the accession of Turkey into the Union, but the prospects for this are not clear. Consequently, the situation in Cyprus remains unsatisfactory and entry into the EU alone is unlikely to change the status quo.

Appendix

Basis for Agreement on a Comprehensive Settlement of the Cyprus Problem

(excerpt)

33 Michael Stephen, speech to the Turkish Parliamentary Association at the Turkish Parliament in Ankara, January 17, 2003.

34 At the annual TUNAECS conference in Istanbul, 25-27 September 2003 there was considerable interest in a proposal by Nihat Akyol for a temporary constitutional regime for Cyprus featuring innovative euro-regions with free circulation on an experimental basis which could be laid down in an amendment to the 1960 Treaty.

FOUNDATION AGREEMENT

- i. *Affirming that Cyprus is our common home and recalling that we were co-founders of the Republic established in 1960*
- ii. *Resolved that the tragic events of the past shall never be repeated and renouncing forever the threat or the use of force, or any domination by or of either side*
- iii. *Acknowledging each other's distinct identity and integrity and that our relationship is not one of majority and minority but of political equality*
- iv. *Deciding to renew our partnership on that basis and determined that this new partnership shall ensure a common future in friendship, peace, security and prosperity in an independent and united Cyprus*
- v. *Underlining our commitment to international law and the principles and purposes of the United Nations*
- vi. *Committed to respecting democratic principles, individual human rights and fundamental freedoms, as well as each other's cultural, religious, political, social and linguistic identity*
- vii. *Determined to maintain special ties of friendship with, and to respect the balance between, Greece and Turkey, within a peaceful environment in the Eastern Mediterranean*
- viii. *Looking forward to joining the European Union, and to the day when Turkey does likewise*
- ix. *Welcoming the Comprehensive Settlement freely reached by our democratically elected leaders on all aspects of the Cyprus Problem, and its endorsement by Greece and Turkey, along with the United Kingdom*

We, the Greek Cypriots and the Turkish Cypriots, exercising our inherent constitutive power, by our free and democratic, separately expressed common will adopt this Foundation Agreement.

Article 1 The new state of affairs

1. This Agreement establishes a new state of affairs in Cyprus.
2. Upon entry into force of this Agreement, the treaties listed in this Agreement shall be binding on Cyprus, and the attached <common state> legislation indispensable for the functioning of the <common state> shall be in force.
3. The Treaty of Establishment, the Treaty of Guarantee, and the Treaty of Alliance remain in force and shall apply *mutatis mutandis* to the new state of affairs. Upon entry into force of this Agreement, Cyprus shall sign a Treaty with Greece, Turkey and the United Kingdom on matters related to the new state of affairs in Cyprus, along with additional protocols to the Treaties of Guarantee and Alliance.
4. Cyprus shall sign and ratify the Treaty of Accession to the European Union.
5. Cyprus shall maintain special ties of friendship with Greece and Turkey, respecting the balance established by the Treaty of Guarantee and the Treaty of Alliance and this Agreement, and as a European Union member state shall support the accession of Turkey to the Union.
6. Any unilateral change to the state of affairs established by this Agreement, in particular union of Cyprus in whole or in part with any other country or any form of partition or secession, shall be prohibited. Nothing in this Agreement shall in any way be construed as contravening this prohibition.

Article 2 The State of Cyprus, its <common state> government, and its <component states>

7. The status and relationship of the State of Cyprus, its <common state> government, and its <component states>, is modeled on the status and relationship of Switzerland, its federal government, and its Cantons. Accordingly:
 - a. Cyprus is an independent state in the form of an indissoluble partnership, with a <common state> government and two

- equal <component states>, one Greek Cypriot and one Turkish Cypriot. Cyprus has a single international legal personality and sovereignty and is a member of the United Nations. Cyprus is organized under its Constitution in accordance with the basic principles of rule of law, democracy, representative republican government, political equality, bi-zonality, and the equal status of the <component states>.
- b. The <common state> government sovereignly exercises the powers specified in the Constitution, which shall ensure that Cyprus can speak and act with one voice internationally and in the European Union, fulfill its obligations as a European Union member state, and protect its integrity, borders and ancient heritage.
 - c. The <component states> are of equal status. Within the limits of the Constitution, they sovereignly exercise all powers not vested by the Constitution in the <common state> government, organizing themselves freely under their own Constitutions.
8. The <component states> shall cooperate and co-ordinate with each other and with the <common state>, including through Cooperation Agreements, as well as through Constitutional Laws approved by the legislatures of the <common state> and the <component states>. In particular, the <component states> shall participate in the formulation and implementation of policy in external and European Union relations on matters within their sphere of competence, in accordance with Cooperation Agreements modeled on the Belgian example. The <component states> may have commercial and cultural relations with the outside world in conformity with the Constitution.
 9. The <common state> and the <component states> shall fully respect and not infringe upon the powers and functions of each other. There shall be no hierarchy between the laws of the <common state> and those of the <component states>. Any act in contravention of the Constitution shall be null and void.
 10. The Constitution of Cyprus may be amended by separate majority of the voters of each <component state>.

Article 3 Citizenship

11. There is a single Cypriot citizenship. Special majority <common state> law shall regulate eligibility for Cypriot citizenship.
12. All Cypriot citizens shall also enjoy internal <component state> citizenship status. Like the citizenship status of the European Union, this status shall complement and not replace Cypriot citizenship. A <component state> may tie the exercise of political rights at its level to its internal <component state> citizenship status, and may limit the establishment of residence for persons not holding this status in accordance with this Agreement. Such limitations shall be permissible if the number of residents hailing from the other <component state> has reached 1% of the population in the first year and 20% in the twentieth year, rising by 3% every three years in the intervening period. Thereafter, any limitations shall be permissible only if one third of the population hails from the other <component state>.

Article 4 Fundamental rights and liberties

13. Respect for human rights and fundamental freedoms shall be enshrined in the Constitution. There shall be no discrimination against any person on the basis of his or her gender, ethnic or religious identity, or internal <component state> citizenship status. Freedom of movement and freedom of residence may be limited only where expressly provided for in this Agreement.
14. Greek Cypriots and Turkish Cypriots living in specified villages in the other <component state> shall enjoy cultural and educational rights and shall be represented in the <component state> legislature.
15. The rights of religious and other minorities, including the Maronite, the Latin and the Armenian, shall be safeguarded in accordance with international standards, and shall include cultural and educational rights as well as representation in <common state> and <component state> legislatures.

Article 5 The <common state> government

16. The <common state> Parliament composed of two chambers, the Senate and the Chamber of Deputies, shall exercise the legislative power:

- a. Each Chamber shall have 48 members. The Senate shall be composed of an equal number of Senators from each <component state>. The Chamber of Deputies shall be composed in proportion to population, provided that each <component state> shall be attributed no less than one quarter of seats.
- b. Decisions of Parliament shall require the approval of both Chambers by simple majority, including one quarter of voting Senators from each <component state>. For specified matters, a special majority of two-fifths of sitting Senators from each <component state> shall be required.

17. The Office of Head of State is vested in the Presidential Council, which shall exercise the executive power:

- c. The Presidential Council shall comprise six members elected on a single list by special majority in the Senate and approved by majority in the Chamber of Deputies. The composition of the Presidential Council shall be proportional to the population of the two <component states>, though no less than one-third of the members of the Council must come from each <component state>.
- d. The Presidential Council shall strive to reach decisions by consensus. Where it fails to reach consensus, it shall, unless otherwise specified, take decisions by simple majority of members voting, provided this comprises at least one member from each <component state>.
- e. The members of the Council shall be equal and each member shall head a department. The heads of the Departments of Foreign Affairs and European Union Affairs shall not come from the same <component state>.
- f. The offices of President and Vice-President of the Council shall rotate every ten calendar months among members of

the Council. No more than two consecutive Presidents may come from the same <component state>. The President, and in his absence or temporary incapacity, the Vice-President, shall represent the Council as Head of State and Head of Government. The President and Vice-President shall not enjoy a casting vote or otherwise increased powers within the Council.

g. The [executive heads]³⁵ of the <component states> shall be invited to participate without a vote in all meetings of the Council in the first ten years after entry into force of the Agreement, and thereafter on a periodical basis.

18. The Central Bank of Cyprus, the Office of the Attorney-General and the Office of the Accountant-General shall be independent.

Article 6 The Supreme Court

19. The Supreme Court shall uphold the Constitution and ensure its full respect.

20. It shall be composed of nine judges, three from each <component state> and three non-Cypriots.

21. The Supreme Court shall, *inter alia*, resolve disputes between the <component states> or between one or both of them and the <common state>, and resolve on an interim basis deadlocks within the institutions of the <common state> if this is indispensable to the proper functioning of the <common state>.

Article 7 Transitional <common state> institutions

22. The <common state> institutions shall evolve during transitional periods, after which these institutions shall operate as described above.

23. Upon entry into force of this Agreement, the leaders of the two sides shall become Co-Presidents of Cyprus for three years. The Co-Presidents shall exercise the executive power during the first

35 **Observation:** Terminology to be adjusted when the governmental structures of the <component states> are decided.

year, assisted by a Council of Ministers they shall appoint. For the following two years, the executive power shall be exercised by a Council of Ministers elected by Parliament, and the Co-Presidents shall together hold the office of Head of State.

24. <component state> legislatures to be elected within 40 days of entry into force of this Agreement shall each nominate 24 delegates (reflecting the political composition of their legislature) to a transitional <common state> Parliament to operate for one year.
25. A transitional Supreme Court shall be appointed by the Co-Presidents for one year.

Article 8 Demilitarization

26. Bearing in mind that:

- h. The Treaty of Guarantee, in applying mutatis mutandis to the new state of affairs established in this Agreement and the Constitution of Cyprus, shall cover, in addition to the independence, territorial integrity, security and constitutional order of Cyprus, the territorial integrity, security and constitutional order of the <component states>;
- i. The Treaty of Alliance shall permit Greek and Turkish contingents, each not exceeding [insert 4-digit figure] all ranks, to be stationed under the Treaty of Alliance in the Greek Cypriot <component state> and the Turkish Cypriot <component state> respectively;
- j. Greek and Turkish forces and armaments shall be redeployed to agreed locations and adjusted to agreed levels, and any forces and armaments in excess of agreed levels shall be withdrawn;
- k. There shall be a United Nations peacekeeping operation to monitor the implementation of this Agreement and use its best efforts to promote compliance with it and contribute to the maintenance of a secure environment, to remain as long as the government of the <common state>, with the concurrence of both <component states>, does not decide otherwise;

- l. The supply of arms to Cyprus shall be prohibited in a manner that is legally binding on both importers and exporters; and
- m. A Monitoring Committee composed of the guarantor powers, the <common state>, and the <component states>, and chaired by the United Nations, shall monitor the implementation of this Agreement,
- Cyprus shall be demilitarized, and all Greek Cypriot and Turkish Cypriot forces, including reserve units, shall be dissolved, and their arms removed from the island, in phases synchronized with the redeployment and adjustment of Greek and Turkish forces.
27. There shall be no paramilitary or reserve forces or military or paramilitary training of citizens. All weapons except licensed sporting guns shall be prohibited.
28. Neither <component state> shall tolerate violence or incitement of violence against the <common state>, the <component states>, or the guarantor powers.
29. Cyprus shall not put its territory at the disposal of international military operations other than with the consent of Greece and Turkey.

Article 9 boundaries and territorial adjustment

30. The territorial boundaries of the <component states> shall be as depicted in the map which forms part of this Agreement.
31. Areas subject to territorial adjustment which are legally part of the Greek Cypriot <component state> upon entry into force of this Agreement, shall be administered during an interim period no longer than three years by the Turkish Cypriot <component state>. Administration shall be transferred under the supervision of the United Nations to the Greek Cypriot <component state> in agreed phases, beginning 90 days after entry into force of this Agreement with the transfer of administration of largely uninhabited areas contiguous with the remainder of the Greek Cypriot <component state>.

32. Special arrangements shall safeguard the rights and interests of current inhabitants of areas subject to territorial adjustment, and provide for orderly relocation to adequate alternative accommodation in appropriate locations where adequate livelihoods may be earned.

Article 10 Property

33. Claims by property owners dispossessed by events prior to entry into force of this Agreement shall be resolved in a comprehensive manner in accordance with international law, respect for the individual rights of dispossessed owners and current users, and the principle of bi-zonality.
34. In areas subject to territorial adjustment, properties shall be reinstated to dispossessed owners.
35. In areas not subject to territorial adjustment, the arrangements for the exercise of property rights, by way of reinstatement or compensation, shall have the following basic features:
- n. Dispossessed owners who opt for compensation or whose properties are not reinstated under the property arrangements shall receive full and effective compensation on the basis of value at the time of dispossession plus inflation;
 - o. Current users, being persons who have possession of properties of dispossessed owners as a result of an administrative decision, may apply for and shall receive title if they agree in exchange to renounce their title to a property, of similar value and in the other <component state>, of which they were dispossessed;
 - p. Current users may also apply for and shall receive title to properties which have been significantly improved provided they pay for value in original condition;
 - q. There shall be incentives for owners to sell, lease or exchange properties to current users or other persons from the <component state> in which a property is located;
 - r. Properties not covered by the above shall be reinstated five

years after entry into force of this Agreement (three years for vacant properties), provided that no more than X% of the area and residences in either <component state> and Y%³⁸ in any given municipality or village (other than villages specifically designated in this Agreement) shall be reinstated to owners from the other <component state>; and

- s. Current users who are Cypriot citizens and are required to vacate property to be reinstated shall not be required to do so until adequate alternative accommodation has been made available.
36. Property claims shall be received and administered by an independent, impartial Property Board, composed of an equal number of members from each <component state>, as well as non-Cypriot members. No direct dealings between individuals shall be necessary.

Article 11 Reconciliation Commission

37. An independent, impartial Reconciliation Commission shall promote understanding, tolerance and mutual respect between Greek Cypriots and Turkish Cypriots.
38. The Commission shall be composed of men and women, comprising an equal number of Greek Cypriots and Turkish Cypriots, as well as at least one non-Cypriot member, which the Secretary-General of the United Nations is invited to appoint in consultation with the two sides.

Article 12 Past acts

39. Any act, whether of a legislative, executive or judicial nature, by any authority [...] whatsoever, prior to entry into force of this Agreement, is recognized as valid and, provided it is not inconsistent with or repugnant to any other provision of this Agreement, its effect shall continue following entry into force of this Agreement. No-one shall be able to contest the validity of such acts by reason of what occurred prior to entry into force of this Agreement.

40. Any claims for liability or compensation arising from acts prior to this Agreement shall, insofar as they are not otherwise regulated by the provisions of this Agreement, be dealt with by the <component state> from which the claimant hails.

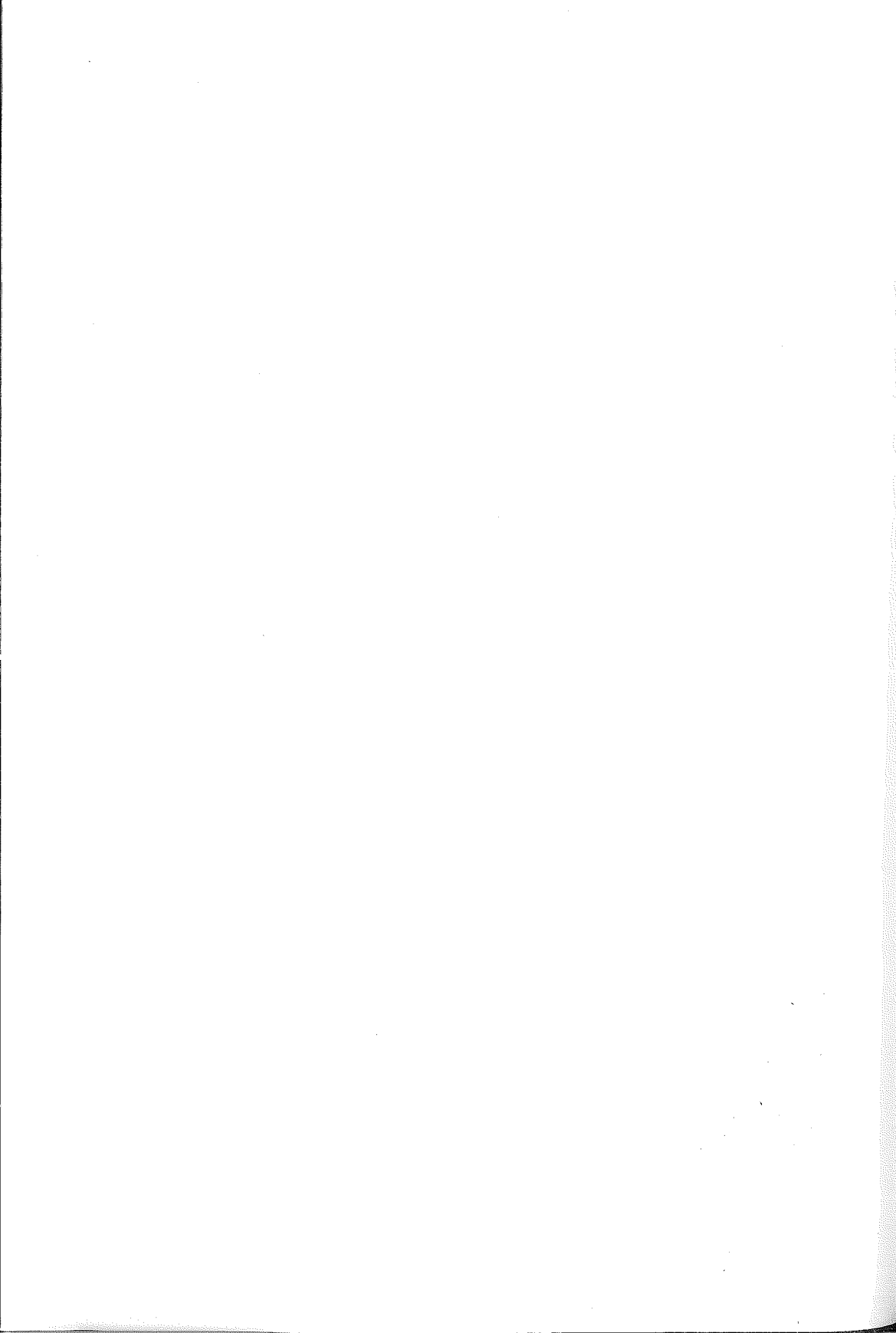
Article 13 Entry into force and implementation

41. This Agreement shall come into being at 00: 00 hours on the day following confirmed approval by each side at separate simultaneous referenda conducted in accordance with the Agreement.
42. Upon entry into force of this Agreement, there shall be ceremonies throughout the island at which all flags other than those prescribed in the Constitution are lowered, the flags of Cyprus and of the <component states> raised in accordance with the Constitution and relevant legislation, and the anthems of Cyprus and of the <component states> played.
43. Upon entry into force of this Agreement, the Co-Presidents shall inform the United Nations that henceforth the membership rights and obligations of Cyprus in the United Nations shall be exercised in accordance with the new state of affairs. The agreed flag of Cyprus shall be raised at United Nations Headquarters.

This Agreement shall be implemented in accordance with the binding timeframes laid down in the various parts of the Agreement and reflected in the calendar of implementation.

[...]

[Annexes omitted]



**A CRITIQUE OF THE EU'S POLICY
TOWARDS THE CYPRUS ISSUE**

Yrd. Doç. Dr. Harun Arıkan

Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi

Uluslararası İlişkiler Bölümü

Introduction

The Cyprus issue is (and will most likely be) one of the most controversial topics on the agenda of the EU. The objective of this article is to assess the EU's policy in relation to Cyprus. It argues that the EU has failed to act as an agent for conflict resolution in the Cyprus case. To support this argument, this study, firstly, examines the literature of the role of the EU as an external inducement to change the foreign policy behaviour of candidate states. Then, it moves on to provide a brief historical background of the Cyprus conflict. Finally, it investigates the extent to which the EU's post Helsinki diplomacy towards Cyprus issue has been effective.

The EU As a Foreign Policy Instrument for Policy Changes in Candidate States

The influence of the EU on policy developments in the applicant states is a highly debated issue in European integration. The EU is perhaps the most successful international organization to exercise external leverage on the behaviour of the applicant states. Indeed, the works of various scholars (*Munuera, 1994; Grabbe, Ram, 1999; Smith, 2000 and Christou, 2002*) underline the impact of the EU, as the external factor, on the process of policy changes in the applicant states. This is because the EU has built, to a large extent, its enlargement policy on comprehensive and strict conditions, including the diplomatic settlement of bilateral issues and the good neighbourhood agreements, on borders and on the treatment of ethnic minority (*Arikan, 2003a*). For instance, Coppeters et. al. argues that the EU can play a decisive role in conflict resolution in the European periphery throughout the Europeanisation process; a process that "can contribute to conflict resolution by triggering critical political security, economic and societal developments in a manner that can positively transform the interests of the conflict parties" (2003:1). Similarly, Milanese suggests that "EU conditionality applied on the Central and Eastern European Countries' political system has a deep and pervasive impact on shaping new institutions and policies, because candidate countries are reaching the goal of accession, while transforming their domestic institutions and political behaviours" (2002:10). Accordingly, the conditional membership has transformed increasingly into an effective policy instrument for the EU to influence policy change in the candidate countries.

Before analysing the use of conditionality by the EU as a policy tool in the context of enlargement, the concept of conditionality needs some clarification. This concept is a highly vague and debatable one. Lannon et al. states that "conditionality as a concept is difficult to circumscribe as it is still in its infancy. Proper delimitation of conditionality will therefore always require the assessment of its application in the light of the specific bilateral relationship" (2001:99). According to Checkel, "conditionality is a mutual arrangement by which a government takes, or promises to take, certain policy actions, in support of which an international institutions will provide specified amounts of assistance" (2000:2).

In the context of the EU's enlargement policy, conditionality refers to the way in which the candidates need to resolve their political issues in

accordance with the norms of conduct presented by the EU. As Smith puts it: "conditionality brings an imposition upon the candidate countries to adopt specific development directions according to certain characteristics" (2000:33). The EU's policy of conditionality includes the carrot and stick instruments. While the first instrument can be defined as a positive sanction, encouraging or rewarding the applicant country, the second one is defined as a negative sanction, punishing the applicant state as a means of delaying its inclusion in the enlargement policy process. As Gabriel Munuera wrote:

The appeals of membership to the European Union contribute to the prevention of conflicts in Central and Eastern Europe. It may contribute in two ways: on the one hand by imposing self-restraint on countries that want to show their good intentions and their readiness for membership; on the other hand, this appeal provides the European Union with important external leverage over the behaviour of potential candidates (*Munuera, 1994*).

President of the European Commission, Romano Prodi, explicitly acknowledges the influence of the EU on policy developments in the applicant states in his speech in December 2002 at the ECSA biennial world conference, stating that "EU enlargement to some extent be used as a tool of European union foreign affairs, the 'carrot' inducing the third countries in Europe to adopt policies which are in harmony with those of the EU" (*quoted in Neuwhal, 2004:3*).

However, the effectiveness of the EU's conditionality depends heavily on two main factors: first, "conditionality will only be effective if it is applied consistently - otherwise, it loses force because third states will question the conditionality; second, the use of conditionality will be effective only to the extent that the third country in question desires the carrot on offer or fears the sticks" (Smith, 2000: 39). By implication, the targeted countries need to be convinced that they have been treated fairly and equally. There is another factor affecting the degree of conditionality: domestic political challenges and political sensibility of the issue. Moreover, the success of conditionality also requires well-functioned policy dialogue mechanism between the international organization and the targeted state (s), as policy dialogues would provide a forum for exchanging views and for transferring new knowledge among national elites in the targeted states (*Checkel, 2000*).

The EU as an Agent for Conflict Resolution

As the analysis above shows, the EU provides guidance for conflict resolution. The European Council at the Essen Summit added a new accession criterion by setting up the good neighbourliness conditionality for the EU membership. This underlined "the importance of the promotions of good neighbourly relations and intra-regional co-operation between the associated countries themselves and their immediate neighbours" (*Lannon et al., 2001:99*). This new condition is based upon a mutual respect for existing borders and a settlement of all outstanding political issues among the candidate states, indicating that all candidate countries can join the EU once they have resolved their bilateral issues (*Arıkan, 2003a*). The EU Council at the Helsinki Summit has reaffirmed this conditionality, and thus urged all the candidate countries to recognize the International Court of Justice's (ICJ) jurisdiction for the resolution of disputes. This implies that the principle of peaceful settlement of disputes is one of the main conditions for the EU membership.

Conditionality has also played an important role in the settlement of bilateral issues between the candidate countries. For instance, there have been links between the efforts by Romania and Hungary to resolve their minority issues and their membership expectation vis-à-vis the EU. As Ram writes: "the common incentive of European integration made it possible for entrenched disputes to be resolved peacefully and relatively quickly considering the depth and duration of animosity between the two countries" (*2001: 6*). Furthermore, EU diplomacy had a constructive role in settling the dispute over the dam on the Danube between Hungary and Slovakia: membership expectation played an important role in brokering the London Accord on this issue. As a result, the parties agreed to submit the case to the International Court of Justice and thus the dispute was referred to the Court on 9 July 1993 (*Munuera, 1994*). Serbia and Montenegro (not to mention Estonia over the border dispute with Russia) are other cases: the conflict over the structure of the federal state between the parties has been solved by establishing the State Union of Serbia and Montenegro in February 2003. Accession prospect in the future was obviously one of the main reasons behind the establishment of the state of the Union (*Coppieters et al., 2003:5*). In the case of Slovakia, EU's accession commitment encouraged policy makers to take a positive stance on mi-

nority issue. Moreover, the EU's conditionality has been effective in encouraging moderation in Estonia's treatment of ethnic Russian minorities through discreet diplomatic demarches (*Christou, 2002:4*).

All these cases provide clear evidence that the EU can influence the applicant countries to contribute to the diplomatic settlement of their bilateral issues through a consistent application of conditionality instrument. The rest of the study will evaluate whether the EU has been entirely consistent in applying conditionality of good neighbourliness for the Cyprus case. Before analyzing the EU's policy towards the Cyprus issue, a brief assessment of the historical background of the Cyprus conflict would be necessary to better understand the state of the Cyprus conflict.

A Brief Historical Background of the Cyprus Conflict

The island of Cyprus was under the rule of the Ottoman Empire during the period between 1571 and 1878¹. Then, Great Britain took the control over the island after the defeat of Ottoman Empire in the World War I (*Muftüler-Bac, 1999:561*). As a result, Cyprus became a British colony (*McDonald, 2001:117*). The Greek Cypriots began to challenge British authorities. They launched anti colonial revolt led by the Orthodox Church under the leadership of Archbishop Makarios and the National Organization of Cypriot Fighters, EOKA, (Ethnike Organosis Kyprion Agoniston) under the leadership of General George Grivas during the 1950s (*Joseph, 1997:19*). The revolt aimed at annexing Cyprus to the Greece (Enosis). The EOKA not only frequently resorted to guerrilla activities against British administration, but also carried out ethnic violence against Turkish Cypriots with the support of Greece. This generated severe tension between Greece and Turkey.

Due to pressures from international community, including the UN and the USA, Britain reluctantly accepted to seek a solution to the Cyprus problem through diplomacy (*Joseph, 1997:20*). Negotiation talks were launched between Turkey, Greece and the UK, and thus the parties finally agreed on the establishment of independent Cyprus State in London on February 1959. The involved parties signed the London and Zurich Agreements, which laid the principles and basic structure of the new state. On

1. For a detailed analysis about the Ottoman rule in Cyprus, see Luke, Harry (1989), *Cyprus Under the Turks*, C. Hurst & Company, London.

the basis of these Agreements, the Constitution of Cyprus was drawn in 1960. The Constitution provided bicomunal and bizonal presidential state, with a Greek Cypriot president and a Turkish Cypriot vice-president, elected separately by the two communities. The Constitution also provided 'communal dualism' in all aspects of Government activity (*Joseph, 1997:22*). The Constitution was accompanied by the Treaty of Guarantee that did not allow Cyprus to "participate, in whole or in part, in any political or economic union with any state whatsoever" (Republic of Cyprus, Treaty of Guarantee, Article 1 (2)). Hence, the Constitution provided the balance between the two communities.

Nevertheless, the new Republic never functioned as envisaged. The disputes between the communities over distribution of post in public administration and allocations of forces in the army led to internal conflicts (*McDonald, 2001 118*). As one scholar puts it: "The Greek Cypriots were not enthusiastic about the implementation of some of the constitutional provisions which they regarded as injustice and unrealistic" (*Joseph, 1997:25*). In November 1963, the Greek Cypriots, under the president of Archbishop Makarios, proposed amendments to the Constitution, aiming to change the balance of power between the two communities in favour of majority rule of Greek Cypriots (*Gürel, 1993:177; Joseph, 1997:28; Yeşilada and Sözen, 2002:265*). During the inter-communal negotiations, the Greek Cypriots insisted on changing the 1960 Constitution with a unitary state that would provide minority rights for the Turkish Cypriots. As an alternative, the Turkish Cypriots proposed a federal state, based on political equality, yet it was rejected by the Greek Cypriots (*Yeşilada and Sözen, 2002:265*). The strong disagreement and ethnic fragmentation led to inter-communal conflicts, and resulted in the withdrawal of the Turkish Cypriots from the Government. Consequently, the Turkish Cypriots established their own administration.

Since then, there have been a number of diplomatic efforts for settlement under the auspices of UN, but the parties failed to reach an agreement due to mistrust between the two communities. While diplomatic efforts were in process, Greek Government, under the Junta leader Ionnidis, increased its activities against Makarios regime, with the aim of annexing the island to Greece. Finally on July 15th 1974, the Cypriot National Guard led by Greek sponsored Nicos Sampson overthrew Makarios with a Coup d'état. (*MacDonalds, 2001:120*). As a result, the conflict between

the two communities increased substantially. Turkey appealed to the United Kingdom, as one of the guarantor powers, to co-operate with Turkey and take military action on Cyprus. However, the British Government was unwilling to intervene militarily. In July 1974, Turkey intervened alone militarily on the base of Article IV of Treaty of Guarantee in order to protect Cyprus from the enosis to Greece (*Bahçeli, 1992:24; Yeşilda and Sözen, 2002:265*). Turkish military intervention on Cyprus led to the collapse of both the Junta regime in Greece and the Sampson regime in Cyprus. As a result of an intense diplomatic campaign by the international community to prevent further conflict and to find solution for the issue, a number of inter-communal dialogues between the Greek and Turkish Cypriots under the auspices of the United Nations took place². Nevertheless, no agreement was reached. After the failure of the negotiation process, the Turkish Cypriot leadership declared itself the "Turkish Federated State of Cyprus", stating that they were ready to negotiate with the Greek Cypriots to establish federal system (*Yeşilda and Sözen, 2002:265*). During the 1970s, many inter-communal talks were held, but no acceptable compromised solution was reached.

During the 1980s, Greece made effort to Europeanize the Cyprus issue. Due to the fact that Greece was a part of the EU, it was impossible for the EU not to be involved in the Cyprus issue. In particular, political developments in Cyprus made the EU vulnerable to the increased pressure from Greece in this respect. In response to Greek efforts, the Turkish Cypriot leadership declared itself the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) as an independent state in November 1983. Nevertheless, the UN Security Council strongly condemned this declaration and urged all states not to recognize it (*Dodd, 2003:5*). Political developments in Cyprus and Turkey's full support to the Turkish Cypriot leadership were favourable factors for Greece in facilitating its efforts to gain the agreement of the EU over its stance on the Cyprus issue. Indeed, the EU expressed its concern over the developments in Cyprus. For instance, at the Luxembourg Council Summit in 1984, the EU issued a statement asking Turkey to withdraw her recognition of the TRNC and called on her to exercise influence on the Turkish Community so that they should rescind their decision (European Council, 1984).

2. For a detailed analysis of Greek and Turkish Cypriots position during the 1965-1980, see Sönmezoglu, Faruk (1999), *Türkiye-Yunanistan İlişkileri ve Büyük Güçler*, (Turkish- Greek- Relations and Big Powers), Der Yayınları, İstanbul.

After the establishment of the TRNC, there have been several meetings between the leaders of the two communities under the auspices of the UN Secretary General³, but they failed to reach an agreement. This was largely due to the fact that two sides had different approaches to the negotiation of a settlement (*Müftüler-Bac, 1999:564*). While the Turkish side supported the idea of a confederation with the political equality of the two Cypriot peoples, the Greek side advocated a bizonal and bicomunal federal state with a single sovereignty, with a full respect for freedoms of settlement, property and movement.

In July 1990, Greek Cypriots applied for EU membership. Supported by Greece, the Greek Cypriot Government believed that the prospect of EU membership would serve as a catalyst to reach a political settlement in the Cyprus issue (*Bahçeli, 1999:109*). Nevertheless the Greek Cypriots' application for EU membership has made the issue even more complicated⁴.

Post Helsinki: To What Extent Has the EU Diplomacy Been Effective?

The EU's post Helsinki policy towards Turkey has provided new grounds for a rapprochement process in the relations between Turkey and Greece. The EU's acceptance of Turkey's EU candidacy has induced both parties to be more forthcoming in the settlement of their bilateral disputes including the Cyprus issue (*Arıkan, 2004:276*). Since the Helsinki Summit, there have been a number of inter-communal talks between the leaders of two Cypriot communities under the auspices of the UN: proximity talks were held between Denktas and Clerides in December 1999 in Geneva and in November 2000 in New York, with the aim of establishing a ground for constructive negotiations. Despite the new optimism of the Helsinki Summit, these talks did not produce a framework for a lasting re-

-
3. For a detailed analysis of the UN efforts, see Bolukbasi, Süha (1998), *The Cyprus Issue and the United Nations: Peaceful non-settlement between 1945-1996*, 'International Journal of Middle Eastern Studies' Vol.30, No.3, Cambridge University Press.
 4. For a detailed analysis of the EU's approach to the Greek application, see Harun Arıkan, (2003a), "Good Neighbourliness Conditionality for EU Membership: The EU Policy Towards the Cyprus Conflict and Its Security Implications", *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 58, Sayı 4.

solution, due to policy differences over the basic principle of the negotiation between the parties. As one scholar describes it: "what appeared to be a brief 'honeymoon' effectively ended with the breakdown of the talks. Greece promptly reconfirmed its threat of a veto, while Turkey hardened its own stance by proposing a two-state formula for Cyprus" (*Yiangou, 2002:5*).

With intense diplomatic efforts by the UN and the EU, the involved parties agreed to resume the talks in December 2001. This is partly because the Greek and Turkish Cypriots did not want to take the blame for the failure of the diplomatic effort. Consequently, a number of direct talks were held in January 2002 and in February 2003 and in March 2003 under the auspices of the UN with direct involvement from the UN Secretary General Kofi Annan. Nevertheless, the parties were not able to reach an agreement. As Leser and Larrabee noted: "these talks have made little progress. There have been some minor changes in approach on both sides, but neither side has substantially altered its fundamental position" (*2003:81*). They showed some reluctance to the UN Plan, known as the Annan Plan⁵, for Cyprus settlement in November 2002. While Denktaş openly criticized the Annan Plan and rejected it on the grounds that it could not yet provide an appropriate framework for a comprehensive settlement in many aspects, newly elected Papadoulus was careful not to oppose it, despite his personal disapproval of the plan on many subjects. As Axt and Neuwahl stated: "the Annan Plan also encountered strong reservation from the Greek Cypriot side. By contrast to the Turkish Cypriots, they have chosen not to voice them all openly. However Greek Cypriots equally criticized the concessions to 'the other side' as going too far" (*2004:16*). More recently, Kofi Annan has initiated an intensive shuttle diplomacy by inviting Denktaş and Papadopoulos to New York on 10 February 2004 to resume Cyprus negotiations. Ne-

5 According to some, the Annan Plan is a carefully written document, designed to satisfy Turkish and Greek Cypriots. Tocci argues that "The UN plan satisfies the first basic need of the Turkish Cypriot community: political equality with their Greek Cypriot compatriots through the formation of a common state composed of politically equal component states enjoying legal equality with the central level and exercising sovereign powers in their areas of competence. The trade-off in this win-win settlement is that the Greek Cypriots will witness the reunification of the island (although in a very loose form) and regain control over a large portion of territory. The territorial readjustment will respect more closely the demographic balance on the island, and allow the return of a large number of Greek Cypriot refugees under Greek Cypriot administration" (*2002: 1*).

vertheless, preconditions attached to his invitation letter seem to have already undermined his diplomatic efforts, since both the Turkish Cypriots and the Greek Cypriots were critical of Annan's preconditions.

For its part, the EU appears to have used the UN framework for the solution of the issue. In a number of official documents, including the Helsinki text of 1999, the EU has consistently ask Turkey to act in line with the UN efforts in achieving a comprehensive settlement of the Cyprus question. From this perspective, the EU considered the Plan as a suitable framework for the settlement. The European Council at the Copenhagen in 2002 declared that "the UN proposals offer a unique opportunity to reach a settlement" (*European Council, 2002:3*). Similarly, EU Commissioner of Gunter Verheugen, responsible for enlargement policy, asked the Greek and Turkish communities to take advantage of the opportunity for peace presented by the Annan plan to reunite the island⁶. In this vein, the EU has been putting enormous pressure on Turkey to accept the Anan Plan.

Greece has played an important role in shaping the EU's policy stance in relation to Cyprus. That is, EU membership has increased Greece' bargaining power to get more political concessions and assurances from the EU with regard to Cyprus issue. Given that Greece takes part in the decision-making of the EU as a veto-wielding member, the EU cannot in any case qualify as a neutral participant (*Arikan, 2003b:177*). As expected, Greece has continued to exert pressure on the member states and the European Parliament to Europeanize the Cyprus issue. The leadership of Greek Cypriots and Greece hoped that a political settlement in Cyprus would have a better chance under the auspices of the European Union. As Turkey had been eager to join the EU, Greece and Greek Cypriots assumed that Turkey would eventually need to compromise over Cyprus, in return for prospective EU membership. They were well aware not only of Turkey's desire but also of the EU's determination to develop the EU-Turkey relations (*Arikan, 2003b*). This has made the EU more vulnerable to Greek influence.

It appears that the EU has supported Greece on the issue. A number of official documents of the EU have not only suggested that Cyprus' accession to the EU would facilitate political settlement in the island, but also have made an explicit linkage between the resolution of the Cyprus question and the prospect of Turkish accession (*Preston, 1997:220*). More

6. See the BBC News (<http://news.Bbc.Co.uk/1/hi/world/europe/2449071.stm>)

interestingly, the EU explicitly warned Turkey that it would be difficult to start accession negotiations if Cyprus remains an issue between Greece and Turkey. For example, President of the European Commission, Romano Prodi, paid an official visit to Ankara in February 2004 to convey a message to Turkish officials that resolving the Cyprus issue would help Turkey's accession to the EU.

The EU appears to have sought to blame the Turkish side for the failure; it has, to a large extent, condemned Turkey for its policy stance towards the issue. The EU perceives that Turkey has failed to comply with the obligation to contribute to the search for a political solution. Within this line, the EU came to the conclusion that it would be unfair to delay Cyprus accession on the political grounds. Besides, the Union asserted that Turkey should not be allowed to veto the accession of a European country, which fulfils all other accession criteria (*Bischof, 2002:27; Nugent, 2000:134*).

This is not a convincing argument to explain the EU's different and inconsistent policy towards Turkey and Greek Cypriots. Indeed, it is difficult to explain the EU's unconditional policy towards Cyprus. This has not been the case for Turkey. The EU's policy of conditionality towards Turkey, which links the membership prospect of Turkey with the resolution of Cyprus issue, seems to have made the settlement of the issue even more complicated and difficult. To explain further, there has been considerable inconsistency between the EU's policy towards Greek Cypriots and its policy approach to Turkey: conditionally has not been visible in EU's policy towards Cyprus, while it has been too rigid and firmly effective over the issue of Turkish membership. As Jolanda Van Westering argues:

The EU, on numerous occasions, has stated that its relations with Turkey cannot be seen separately from the Cyprus question, though it justifies separating its relations with Turkey when dealing with Cyprus. Yet the two countries and their problems are intrinsically linked and can only be approached as a unity. The Union's rather inconsistent attitude towards Turkey can indeed be better understood while assessing its relationship with Cyprus (*2000:114*).

By implication, the EU has undermined its own effort to solve the issue through its differentiated policy towards Turkey and Greek Cypriots. After securing EU accession, Greek Cypriots have become less willing to make compromise over Cyprus (*Yeşilda and Sözen, 2002:277*). In this ve-

in, the Greek Cypriots assume that the EU membership will provide a substantial leverage for them to settle the issue in accordance with their own interests. They seem to take the view that after joining the EU, Turkey and the Turkish Cypriots would adopt a more flexible approach towards a settlement of the Cyprus issue (Theophanous, 2000 and 2003).

There is of course one other factor that has been undermining the EU's influence in settling Cyprus problem: this is lack of incentives and credibility in the EU's policy towards prospects of Turkey's membership. This is perhaps the main paradox of the EU's policy: while the EU has provided a clear accession commitment for Cyprus, its policy towards Turkey has not involved similar accession carrot in the direction of Turkish membership in the foreseeable future. "Even after the Helsinki Summit, the EU has failed to provide a balanced set of incentives for Greece, Turkey and the two respective communities in Cyprus to resolve their long-standing dispute" (Öniş 2002:17).

However, it cannot be denied that the post- Helsinki process has opened a new dialogue between the two parties to resolve Cyprus issue. More recently, the new Turkish Government under the Justice and Development Party (AKP) appears to advocate a flexible stance on the Cyprus issue. The AKP leadership is putting pressure on President Rauf Denktash to take a more constructive approach towards settling the issue. This is in conformity with the foreign policy objectives of the new Turkish Government, which has declared accession negotiations with the EU as the main foreign policy objective in the near future. However, the new Turkish government policy stance in relations to Cyprus issue has met considerable resistance from a number of circles in Turkey, including the opposition parties, military, Turkish foreign service and a number of civil society, on the grounds of reductions of Turkish military presence in the island, generous territorial concessions to the Greek Cypriots and losing military-strategic asset in the island (Axt and Neuwahal: 2004:14) . Needless to say, this quick move of the AKP does not represent a change in Turkish state policy with regard to the Cyprus issue. With time the policy stand of the AKP leadership may change.

It can be argued that, the EU has a capacity and opportunity to generate sufficient incentives for Turkey and the TRNC to take a more conciliatory approach towards the settlement of the Cyprus issue. The EU might have a catalyzing effect on the political settlement on the island

through a more effective and balanced policy approach to Turkey and Cyprus. Considering that “the two countries and their problems are intrinsically linked and can only be approached as a unity” (*Van Westering, 200:114*), Cyprus and Turkey could be placed in the same accession process with strong accession commitment that would generate similar incentives for both Turkey and Cyprus in finding a lasting solution in Cyprus. Such membership incentives might attract the parties to compromise.

Conclusions

The primary conclusion of this paper is that the viability and rationality of the effective policy of the EU towards Cyprus issue needs to be more thoroughly considered than was hitherto the case. The EU still has an opportunity to play major role in resolving the issue through a balanced policy which should provide a rational framework serving mutual interests of the involved parties. A more effective and balanced policy would push the Greek Cypriots and Greece to make an effort to reach agreement. This should also link the Cyprus accession to the conditionality of political settlement, at the same time, it should provide considerable leverage for the EU over Turkey to reconsider its policy stance over Cyprus. On this account, a clear and firm accession commitment to Turkish accession might help the prospects for the solution of the issue.

REFERENCES

- Arikan, Harun (2003a), “Good Neighbourliness Conditionality for EU Membership: The EU Policy Towards the Cyprus Conflict and Its Security Implications”, *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 58, Sayı 4.
- Arikan, Harun (2003b) *Turkey and European Union: An Awkward Candidate for EU Membership?* Aldershot: Ashgate Publication.
- Arikan, Harun (2004), “Post Helsinki: is Turkey in the Accession Process”, in Neuwahl (ed), *European Union Enlargement: Law and Socio-Economic Changes*, Les Editions Themis, Montreal: Canada.
- Axt-Jurgen, Heinz and Neuwahl, Nanette, (2004), “Cyprus Ouertrue” in Neuwahl (ed), *European Union Enlargement: Law and Socio-Economic Changes*, Les Editions Themis, Montreal: Canada.
- Bahçeli Tozun (1992) ‘1974 and After: New Realities for Cyprus, Greece and Turkey’ *Turkish Review Quarterly Digest*, 6 (1): 17-43.
- Bahçeli, Tozun (1999) ‘Turkish Cypriots, the EU Option, and Resolving Ethnic Conflict in Cyprus’ in Theophanous A., Peristianis N. and Ioannou A (eds), *Cyprus and the European Union*, pp. 107-124, Nicosia: Intercollege, Cyprus.

- Bahceli, Tozun (2001) 'The Lure of Economic Prosperity versus Ethno-Nationalism: Turkish Cypriots, the European Union Option, and the Resolution of Ethnic Conflict in Cyprus' in Michael, Keating and John, McGarry (eds) *Minority Nationalism and the Changing International Order*, pp.203-223, Oxford: Oxford University Press.
- Biscop, Sven (2002) *Enlargement as a Tool for Conflict Resolution? Security Implications of the European Union's Mediterranean Enlargement*. Paper presented at the conference on Bigger and Better? The European Union, Enlargement and Reform, Fifth Biennial Conference of the European Community Studies Association, Canada Toronto, 30 May – 1 June 2002. Internet resources: <http://web.uvic.ca/ec-sac/toronto/papers/on/line/pdf/8B-sbiscop.pdf>
- Bolukbasi, Süha (1998), "The Cyprus Issue and the United Nations: Peaceful non-settlement between 1945-1996", 'International Journal of Middle Eastern Studies' Vol.30, No.3, Cambridge University Press.
- Christou, George (2002) 'The European Union and Cyprus: The Power of Attraction as a Solution to the Cyprus Issue', *Journal on Ethnopolitics and Minority issues in Europe*, 2/2002. Internet resource at http://www.Ecmi.De/jemie/download/Focus2-2002_Christou.pdf
- Checkel, Jeffrey, T. (2000) *Conditionality and Compliance*, ARENA Working Paper, WP 00/19. Internet source: http://www.Arena.uio.no/publications/wp00_18.htm
- Coppieters, Bruno, Huysseune, Michel, Emerson, Michael, Tocci, Nathalie and Vahl, Marius (2003) *European Institutional Models as Instruments of Conflict Resolution in the Divided States of the European Periphery*, CEPS Working Documents No.195. Internet source: www.Ceps.Be
- Dodd, Clement (2003), *Disaccord on Cyprus: The UN Plan and After*. London: The Eot-hen Press.
- European Council (1984) *Presidency Declaration*, Luxembourg, 20 March 1984, Brussels: General Secretariat of the Council.
- European Council (1999) *Presidency Conclusions*, Helsinki, 10-11 December. Brussels: General Secretariat of the Council.
- European Council (2002) *Presidency Conclusions*, Copenhagen, 10-11 December. Brussels: General Secretariat of the Council.
- Grabbe, Heather (1999), *A Partnership for Accession? The Implications of EU Conditionality for the Central and East European Applicants*, Robert Schuman Centre Working Paper 12/99
- Güven-Lisaniler, F. and Rodriguez L. (2002) "The Social and Economic Impact of EU Membership on Northern Cyprus", in Tomas Diez (ed.), *Modern Conflict, Postmodern Union: The EU and the Cyprus Conflict*, pp.181-203. Manchester: Manchester University Press.
- Gürel Sükrü (1993) 'Turkey and Greece: A difficult Aegean Relationship' in Balkir and Williams (eds), *Turkey and Europe*, pp.161-190, London: Pinter Publishers.
- Joseph S. Joseph (1997) *Cyprus: Ethnic Conflict and International Politic*. London: Macmillan Press Limited.

- Lannon, E., Inglis, K and Haenebalcke, T. (2001) 'The Many Faces EU Conditionality in Pan-Euro- Mediterranean Relations, in Maresceau, Marc and Lannon, Ervan (eds), *The EU's Enlargement and Mediterranean Strategies A comparative Analysis*. New York: Palgrave Publisher Ltd.
- Leseer, Stephen, F. and Larrabee, Ian O. (2003) *Turkish Foreign Policy: In an Age of Uncertainty*, Rand Document. Internet sources: <http://www.rand.org/publications/MR/MR1612/MR1612.Ch4.pdf>
- Luke, Harry (1989), *Cyprus Under the Turks*. London: C. Hurst & Company.
- McDonald, Robert (2001) 'Greek-Turkish Relations and the Cyprus Conflict' in Keridis, Dimitris and Triantaphyllou (eds), *Greek-Turkish Relations in the Era of Globalisation*, Virginia: Brassey's Inc.
- Mendelson Q. C., (1997) *Opinion on the Legal Aspects of Membership Application of the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus to the European Union*, London.
- Milanese Jimmy Oliver, (2001) *Europeanization in Central Eastern European Democratic Transition: a multi-level explanation approach*. Paper prepared for presentation at the YEN Research Meeting November 2-3, 2001 Siena, Italia. Internet Source: http://www.geocities.Com/yen_siena2000/milanese2001.pdf
- Munuera, Gabriel (1994), *Preventing Armed Conflict in Europe: Lessons from Recent Experience*, Chaillot Papers, 15/16, Institute for Security Studies Western European Union, Paris, June 1994. Internet source: <http://aei.pitt.Edu/archive/00000467/01/chai156e.html>
- Müftüler-Bac, Meltem (1999) 'The Cyprus debacle: what the future holds', *Futures*, 36 (6): 559-575.
- Nugent, Neil (2000) 'EU Enlargement and Cyprus Problem', *Journal of Common Market Studies*, Vol. 38 (1): 131-150.
- Öniş, Ziya (2003), *Greek-Turkish relations and the role of the European Union: perpetuator of conflict or contributor to peace?* Internet source: <http://home.ku.Edu.tr/~zoniş/fall02/grek.PDF>
- Preston, Christopher (1997) *Enlargement and Integration in the European Union*, London: Routledge.
- Ram, H. Melanie (1999) *Transformation Through European Integration: A Comparative Study of the Czech Republic and Romania*, Unpublished Ph. D. Thesis, George Washington University.
- Ram, H, Melanie (2001) *Sub-regional Cooperation and European Integration: Romania's Delicate Balance*. Paper presented at the International Studies Association Annual Meeting, February 20-24, 2001, Chicago. Internet source: <http://www.isa-net.org/archive/ram.html>
- Smith E. Karen (2000) 'The Conditional Offer of EU Membership as an Instrument of EU Foreign Policy: Reshaping Europe in the EU's Image', *Marmara Journal of European Studies*, 8 (2): 33-46
- Sönmezoglu, Faruk (1999), *Türkiye-Yunanistan İlişkileri ve Büyük Güçler*, (Turkish-

- Greek- Relations and Big Powers), Istanbul: Der Yayınları.
- Theophanous, Andreas (2000) 'Cyprus, the European Union and the Search for a New Constitution', *Journal of Southern Europe and the Balkans*, Vol. 2 No. 2.
- Theophanous, Andreas (2003) 'The Cyprus Problem: Accession to the EU and Broader Implications', *Mediterranean Quarterly: Winter*, 14 (1): 42-66.
- Tocci, Nathalie (2002), *Cyprus and Turkey: Europe's Historic Opportunity*. Brussels: The Center for European Studies.
- Yeşilda, Birol and Sözen, Ahmet (2002) 'Negotiating a Resolution to the Cyprus Problem: Is Potential European Union Membership a Blessing or a Curse', *International Negotiation*, Vol. 7: 261-285.
- Yiangou, S. George (2002) 'The Accession of Cyprus to the EU: Challenges and Opportunities for the New European Regional Order' *Journal on Ethnopolitics and Minority issues in Europe*, 2/2002. Internet source: http://www.Ecmi.De/jemie/download/Focus2-2002_Yiangou.pdf
- Westering, Van, Jolanda (2000) 'Conditionality and EU Membership: The Cases of Turkey and Cyprus', *European Foreign Affairs Review*, 5 (1): 95-118.

THE EU ENLARGEMENT AND THE POLITICAL CRITERIA: THE CASE OF TURKEY*

Araş. Gör. Ceren Su
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Introduction

The Helsinki Summit of 1999 ushered a new era in the EU-Turkey relations. Turkey, an associate since 1963 and an applicant since 1986, was announced to be a candidate for the EU membership for the first time. In this context, human rights and democracy issues, which have played a major role in the relations between the two parties, have gained the lime-light, since the membership requires Turkey to fulfil the Political Criteria.

This paper will examine the impact of the EU on the human rights situation in Turkey.

For this purpose, first the implementation of the human rights conditionality by the EU towards third countries and the birth of the Political Criteria will be examined. In this context, the human rights enforcement

* LLM dissertation by the author presented to the London School of Economics and Political Science in July 2002. The author hereby thanks to her supervisor, Mr. Damian Chalmers for his support. The Postscript part of this paper was added after the presentation of the original study, for the purpose of providing an outline of the developments following the presentation date.

and scrutiny tools of the EU within the pre-accession strategy will be identified.

Secondly, the EU – Turkey relations beginning from Turkey’s application for associate membership of the EU in 1959 till the Helsinki Summit, will be reviewed. This part will focus on the role of the human rights in the relations. The reasons underpinning periodic human rights policy shifts in the EU will also be addressed.

Finally, the current human rights situation in Turkey will be analysed in the light of the Accession Partnership, the National Programme of Adoption of the Acquis and the Regular Reports.

II. A Brief Background to the Political Criteria

Prior to the late 1980s, human rights policy of the EU remained rather internal. Although the EU lacked its own Bill of Rights, as is the case now, the case law that the European Court of Justice has developed since 1969¹ constitutes “an unwritten charter of rights”². In many of its judgements on human rights issues, the ECJ repeatedly referred to “the constitutional traditions common to the Member States” and “international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated on or of which they are signatories”³, particularly the European Convention on Human Rights⁴ as its inspirations⁵. On December 14, 1973, the Copenhagen Council recognised respect for human rights to be one of the essential values composing the European identity. In late 1970s, the European Parliament emerged as another important actor besides the ECJ in shaping the human rights policy of the

1 Case 29/69 *Stauder v. City of Ulm* (1969) ECR 419., Barbara Brandtner and Allan Rosas, “Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice”, 9 *EJIL*, (1998), p. 468, also available at the *EJIL* website at <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No3/index.html>.

2 Paul Craig and Grainne de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* 2nd ed., (Oxford University Press, 1998), p. 296.

3 Case 4/73, *Nold v. Commission*, (1974), ECR 491.

4 However, the ECJ decided that accession of the European Community to ECHR was not within the competence of the Community. Opinion 2/94, *Accession by the Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 2 *CMLR*, (1996), p. 265.

EU. It was the European Parliament, which led to Joint Declaration on Human Rights of the European Parliament, Council and Commission on April 5, 1977. This Joint Declaration of the Parliament, the Commission and the Council, stating the significance attached by these institutions to human rights as well as their commitment to respect them while exercising their powers, was endorsed by the European Council of April 1978 in Copenhagen⁶. Moreover, since 1983, the EP has been adopting annual reports and resolutions on human rights issues.

In the mid 1980s, the EU's human rights policy began to gain external dimensions. The Single European Act (SEA), which entered into force on July 1, 1987 stated human rights issues, democracy and the rule of law to be an essential element of the Community's foreign policy. Furthermore, Articles 8 and 9 of the SEA amended Articles 237 and 238 of the Rome Treaty so as association agreements with third countries and accessions of new members to the Community to be subject to the assent of the EP. The EP, on many occasions, used this authority for human rights considerations. In 1986⁷, the European Political Cooperation submitted its first annual written report on human rights, due to the EP's request. On July 1986, a statement made by the foreign ministers meeting in the EPC framework reconfirmed "their commitment to promote and protect human rights and fundamental freedoms"⁸. Moreover, due to the Community's, especially the EP's persistence a joint declaration restating that human dignity to be an essential objective of development was included in Lome III Agreement of 1985⁹.

Human rights conditionality in the EU's relations with the third countries initially occurred towards the countries of Central and Eastern Europe (CCEE), in the wake of dissolution of the Soviet Union in late

5 Nanette A. Neuwahl, "The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?", in Nanette A. Neuwahl and Allan Rosas (eds.), (The Hague, Nijhoff, 1998), pp. 1 – 22.

6 Daniela Napoli, "The European Union's Foreign Policy and Human Rights", in Nanette A. Neuwahl and Allan Rosas (eds.), (The Hague, Nijhoff, 1998), pp. 297 – 312.

7 Since then, the EPC/CFSP Presidency has continued with presentation of annual reports to the EP.

8 Karen Smith, "The Use of Political Conditionality in the EU's Relations with Third Countries: How Effective?", 3 EFA Rev., (1998), pp. 253 – 274.

9 Karen Smith, (1998).

1980s. By the end of the cold war, a significant change in favour of conditionality took place. The initial statement of human rights conditionality was made by the Strasbourg European Council of 1989 as follows: *“The Community’s dynamism and influence make it the European entity to which the countries of Central and Eastern Europe now refer, seeking to establish close links. The Community has taken and will take the necessary decision to strengthen its cooperation with peoples aspiring to freedom, democracy and progress and with States which intend their founding principles to be democracy, pluralism and the rule of law.”*¹⁰

In 1990 the Commission established the conditions to be met by the CCEE for the signature of association agreements (Europe agreements) with the Community. These conditions were identified as follows; the rule of law, human rights, a multi-party system, free and fair elections and a market economy.

The first three association agreements with Czechoslovakia, Hungary and Poland in December 1991) did not comprise human rights clauses. However On May 11, 1992, the Council decided that all cooperation agreements concluded with CCEE to include a clause permitting the suspension of the agreements in case of the violence of human rights, democratic principles and the principles of market economy¹¹. The outcome was insertion of human rights clauses in the following association agreements with CCEEs¹².

The Birth of Copenhagen Criteria

In April 1993, the Commission in its communication “Towards a Closer Association with the countries of Central and Eastern Europe” explicitly stated the final goal of the relations with these countries¹³. The Commission mentioned the objective of future membership, an objective that had already existed within the framework of the relations between the parties, yet, had remained implicit. The Commission suggested that the

10 Strasbourg European Council Presidency Conclusions, 1989, EC Bull 12/1989.

11 Karen Smith, (1998).

12 Karen Smith, (1998).

13 Andrew Williams, “Enlargement of the EU and Human Rights Conditionality: A Policy of Distinction”, 25 ELRev., (2000), pp. 601 – 617.

European Council confirm its commitment to membership of the EU for the CCEEs. However, this membership was recommended to be subject to a number of conditions expressed by the Commission as follows: capacity to assume the Community acquis and the competitive pressures of membership, ability to guarantee democracy, human rights, respect for minorities and the rule of law and the existence of a functioning market economy. Moreover, the Community's own capacity to absorb new members was to be considered.

The decisions taken by the Copenhagen Council of April 1993 on the relations with the CCEEs were in line with the Commission Communication:

“ The European Council today agreed that the associated countries in Central and Eastern Europe that so desire shall become members of the European Union....

Membership requires that the candidate country has achieved stability of institutions, guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities, the existence of a functioning market economy as well as the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the Union.”¹⁴

The establishment of the accession criteria (Copenhagen Criteria) was mostly noteworthy since it placed human rights conditionality, which was already introduced in trade agreements and development cooperation with third countries, into the EU's accession policy for the first time. The Copenhagen Criteria constituted a formal basis, of which human rights is an essential element, for evaluation of membership applications.

The Essen Council of December 1994 decided on the implementation of a pre-accession strategy for each candidate, in order to “provide a route plan for the associated countries as they prepare for accession”¹⁵. This strategy was to be realized through; (a) a “structured relationship” covering “Community areas, especially those with a trans-European dimension (including energy, environment, transport, science and technology, etc.); Common Foreign and Security Policy as well as home and judi-

14 Copenhagen European Council, June 1993, Presidency Conclusions, EC Bulletin 6/1993.

15 Essen Council Presidency Conclusions, December 9 and 10, 1994, Annex IV, available at: <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>

cial affairs"¹⁶ and (b) preparation of the CCEEs for the integration into the Internal Market through a number of short and medium term measures. Moreover, this strategy was to be supported by PHARE programme, which would "develop on an indicative basis into an enhanced medium-term financial instrument with improved possibilities to promote infrastructure development and intra-regional cooperation"¹⁷.

The Florence Council of June 1996 re-emphasized "the need for the Commission's opinions and reports on enlargement as called for at Madrid to be available as soon as possible after the completion of the Intergovernmental Conference"¹⁸. This would avail the beginning of the negotiations six months after the Intergovernmental Conference, following a close examination of the progress made by the CCEEs in meeting the Copenhagen Criteria, and thus human rights.

In line with the request of the Council, in 1997, the Commission presented "Agenda 2000"¹⁹. Agenda 2000 documentation comprised the Commission's suggestions concerning the future of the EU's policies, the enlargement strategy and the EU's financial framework for the period 2000 – 2006. The Commission's preliminary Opinions²⁰, evaluating the progress made by each CCEE towards meeting the accession criteria, came as a part of the Agenda 2000. The assessment of political issues was stated in these Opinions, which were delivered separately for each applicant. The Commission evaluated the applicants' situations regarding political criteria on three pillars, i.e.; (a) democracy and the rule of law, (b) human rights, and (c) respect for minorities. The sources of information used through the examination were listed as follows; (a) answers given by the authorities of applicant States to a questionnaire sent to them in April 1996, (b) bilateral follow-up meetings, (c) reports from Member States' embassies and the Commission's delegation, (d) assessments by international organisations, in particular the Council of Europe and the Organisation for Security and

16 Essen Council Presidency Conclusions.

17 Essen Council Presidency Conclusions.

18 Florence Council Presidency Conclusions, June 1996, available at: <http://ue.eu.int/en/1nso/eurocouncil/index.htm>

19 EC Bull Supp. 5/1997.

20 Commission Opinions on the applications of ten CEECs, COM (1997) 2001 – 2010 final. The applicants were Hungary, Poland, Romania, Slovakia, Latvia, Estonia, Lithuania, Bulgaria, Czech Republic and Slovenia.

Cooperation in Europe (OSCE), (e) reports produced by non-governmental organisations, and (f) other sources. Following its evaluation, the Commission reached to the conclusion that, the applicants, with the exception of Slovakia satisfied the Political Criteria.

The Luxembourg Council of December 1997 announced the opening of the negotiations on March 11, 1998 with Greek Cypriot Administration and five CCEEs²¹ that were decided to have met the Copenhagen Criteria by the Commission in Agenda 2000. While the preparation of negotiations with four CCEEs²² failing to satisfy the economic criteria and Slovakia were decided to be speeded up “through an analytical examination of the Union *acquis*” and with the opportunity of discussion “at ministerial-level bilateral meetings with the Member States of the Union”, Turkey was presented a “European strategy”.

A significant step taken by the Luxembourg Council in the context of human rights conditionality for accession was the adoption of two new tools for the pre-accession strategy, namely Accession Partnerships and Regular Reports. The instrument of Accession Partnership was initially introduced by the Commission in its Agenda 2000, as “the key feature” of the enlargement strategy. Adoption of Accession Partnerships was significant in two ways. First, by identifying the priorities to be realised by the applicants for membership on an individual basis, Accession Partnerships brought the Political Criteria to specific and “personalised” terms for each applicant. Second, progress made towards achieving these specified priorities was made a condition of receiving the financial assistance of the EU within the framework of pre-accession strategy. Moreover, the Council decided that the Commission to present regular reports, “reviewing the progress of each Central and East European applicant State towards accession in the light of the Copenhagen criteria”. These regular reports were to “serve as a basis for taking, in the Council context, the necessary decisions on the conduct of the accession negotiations or their extension to other applicants”. Through putting regular reports in motion, an effective inspection on progress by each candidate towards accession, thus realising objectives placed in its Accession Partnership, was established.

21 Czech Republic, Hungary, Poland, Estonia, Slovenia

22 Romania, Latvia, Lithuania, Bulgaria

Human Rights Conditionality for Membership in the Context of Treaty of European Union

Article O of the Maastricht Treaty did not mention any conditions to be satisfied in order to become a member of the European Union, except for the condition of being a "European State". However, Article 49 (former Article O) of the Amsterdam Treaty explicitly establishes human rights conditionality by referring to Article 6/1 (former Article F) of the TEU: "*Any European State which respects the principles set out in Article 6/1 may apply to become a member of the Union.*"

Article 6/1 of the TEU reads, "*The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States.*"

The human rights conditionality for accession to the EU under the Amsterdam Treaty seems to be the emplacement of the Copenhagen Political Criteria in the text of the TEU. Nevertheless, there are two main dissimilarities between the two texts. First, contrary to the Copenhagen Criteria, Article 6/1, "which applies to all Member States, i.e. even to those which do not recognize minorities such as France"²³, does not refer to respect for minority rights. Second, Article 6/1 mentions the principle of liberty while the Copenhagen Criteria do not include such principle.

Articles 6/1 and 49 of the TEU reinforce the basis created by the Copenhagen Criteria for the imposition of human rights conditionality by the EU on the applicant States. It is also noteworthy that Article 7 (former Article F.1), envisaging suspension of Member States' rights in the case of "*a serious and persistent breach of principles mentioned in Article 6/1*", expands the conditionality from the context of candidacy to enjoyment of the rights arising from membership, thus completes the picture.

III. The History of the EU – Turkey Relations

The idea of westernisation in Turkey has had a long history, which dates from the last ages of the Ottoman Empire. In the 19th century, the

23 Manfred Nowak, "Human Rights 'Conditionality' in Relation to the Entry to, and Full Participation in, the EU", in Philip Alston (ed.) with the assistance of Mara Bustelo and James Heenan, *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999), pp. 687 – 698.

views of Turkish elites supporting adoption of a more “Western” model in many areas resulted in the beginning of Europeanisation process concerning economical, political and social structures of the Empire.

Within this framework, Westernisation and deepening the relations with European Civilisation have been among the main principles of Turkish Republic since its establishment in 1923. Turkey has adopted European social, political and legal measures and has allied herself closely to the West. In the post-Second World War period, being motivated by the Soviet Union threat as well as her main goal of Westernisation, Turkey became a member of many European institutions. Turkey participated in OECD in 1948, in the Council of Europe in 1949 and in NATO in 1952. Thus, besides being an identity and a social project, Westernisation turned out to be the key motive of the Turkish foreign policy²⁴.

The 1959 Application of Turkey to the Community for Associate Membership

Following the abovementioned approach, Turkey, under the premiership of Adnan Menderes, applied to European Economic Community on July 31, 1959, 36 years after the establishment of the Turkish Republic and 19 months after the Rome Agreement came into force. While examining the reasons underpinning Turkey’s application, which were, in particular, being in search of intensified relations with the Western Europe and endorsing the economic development of the country by providing the inflow of external funds and the free entry of the Turkish products into the European markets, one should also note the “Greece” factor. Therefore, it was not a coincidence that Turkey applied to the EEC two months after Greece’s application²⁵.

24 Atila Eralp, “Turkey and European Union in the Aftermath of the Cold War”, in Libby Rittenberg (ed), *The Political Economy of Turkey in the Post-Soviet Era: Going West and Looking East?*, (Westport, Conn., Greenwood Press, 1998), pp. 37-50.

25 It is known that Greece has always played an important role in Turkish foreign policy-making. For a better understanding of the role of Greece in Turkish foreign policy and in particular in Turkey’s application to EEC for associate membership, it is worth-mentioning the words of Fatin Rüştü Zorlu, the Turkish Foreign Minister at the time of application: “If Greece is jumping into a swimming pool, it is essential to follow her even though that pool is empty.” S. Rıdvan Karluk, *Avrupa Birliği ve Türkiye* (European Union and Turkey) (Istanbul, Beta, 2002), p. 465.

Acting cautiously in order to balance its relations between these two countries and considering the security and strategic issues arising from the Cold War era, the EEC welcomed both applications. The negotiations between Turkey and the EEC started on September 28, 1959. During the negotiation process for her membership of the EEC, for the first time, Turkey faced the importance of human rights and democratic principles for the Western Europe and experienced the fact that leaving democracy would also mean leaving Europe. That was when the President of France, De Gaulle, insisted on the relations with Turkey to be frozen due to the deaths of the Prime Minister Adnan Menderes, the Foreign Minister Fatin Rüştü Zorlu and the State Minister Hasan Polatkan by capital punishment, consequent to the military interlude on 27 May 1960. As a result, the EEC Council, which met on 26-27 September 1961, decided to postpone the negotiations with Turkey until the democratic principles were re-established in the country. Having De Gaulle's veto been lifted, the negotiations between parties restarted on July 24, 1962, as a result of which the **Agreement Establishing an Association between the European Economic Community and Turkey**²⁶ (the Ankara Agreement) was signed on September 12, 1963 at Ankara.

The Ankara Agreement

The Ankara Agreement, which still forms the legal basis of the Association between the EC and Turkey, came into force on December 1, 1964. The Ankara Agreement foresaw the progressive establishment of a customs union between the parties within a three-stage route consisting of a preparatory stage, a transitional stage and a final stage (Articles 2/2 and 2/3). The aim of the Agreement was stated in Article 2/1 as "*...to promote the continuous and balanced strengthening of trade and economic relations between the Parties, while taking full account of the need to ensure an accelerated development of the Turkish economy and to improve the level of employment and the living conditions of the Turkish people.*" In accordance with the Article 6 of the Agreement, an Association Council was to be formed in order to "*...ensure the implementation and the progressive development of the Association.*" The Association Council would settle disputes or decide to transfer disputes to the Court of Justice of the

26 OJ 1973 C 113/2.

European Communities or to any other existing court or tribunal (Article 25/2). The Agreement included freedom of movement for workers (Article 12), freedom of establishment (Article 13) and freedom to provide services (Article 14) between the parties by the guidance of the relevant provisions of the Rome Treaty. Concerning the agricultural products, the Association would operate within special rules, taking into consideration the common agricultural policy of the Community (Article 11). Article 28 of the Ankara Agreement considered the accession of Turkey to the Community "*as soon as the operation of this Agreement has advanced far enough to justify envisaging full acceptance by Turkey of the obligations arising out of the Treaty establishing the Community.*"

The EEC applied Article 238 of the Rome Treaty in order to grant associate membership to Turkey. The customs union envisaged by the Ankara Agreement comprised not only of the termination of tariff and quantitative barriers to trade between the Parties and the implementation of a Common External Tariff to imports from third countries, but also of the approximation with the EEC policies in most of the areas relating the internal market. The Association established by the Agreement was designed in line with the consideration of Turkey's eventual full membership to decision-making mechanism.

The preparatory stage of the Ankara Agreement appeared to advance fluently and the Turkish Government applied to the EEC for the initiation of the transitional stage in May 1967 motivated by some economical and yet mostly political reasons²⁷. However, the period initiated by Turkey's application turned out to be problematic relating to the Turkey-EEC relations as well as the domestic debates on the issue of transition in Turkey²⁸. At the beginning, the EEC acted unwillingly to meet this request claiming that the Turkish economy was not ready to handle the burden of the transition to the second stage. However due to political reasons, the EEC shifted from its initial response and the official negotiations over the transitional stage began on January 1, 1970.

27 Selim İlkin, "A History of Turkey's Association with the European Community" in Ahmet Evin, Geoffrey Denton (eds.), *Turkey and the European Community*, (Opladen, Leske+Budrich, 1990), pp. 35 – 49.

28 For details of these debates, see Selim İlkin, (1990).

The Additional Protocol of 1970²⁹ 30

The Additional Protocol, which spotted the opening of the transitional stage was signed on November 23, 1970 between the EEC and Turkey and came into force on January 1, 1973 after ratification by the parliaments of the Community's member states. The purpose of the Protocol was to establish a customs union between the EEC and Turkey by December 31, 1995. The Protocol brought about Turkey's further integration into the European Market and provided with the establishment of the transitional stage in such a way as to grant Turkey a space in order to make the required alterations in her economy without encumbering its development. In accordance with Articles 9 and 24 of the Protocol, the EEC immediately eliminated customs duties and quantitative restrictions on imports from Turkey with a couple of exceptions, namely, certain petroleum and textile products. In return Turkey was to remove customs duties and quantitative restrictions on imports from the EEC progressively, over a normal period of 12 years or an exceptional period of 22 years (Arts. 10-16, 21-23, 25-28). The Protocol included provisions relating to free movement of workers (Arts. 36-40) and approximation of laws and policies concerning economic and trade matters (Arts. 43-56).

Paradoxically, the signature of the Additional Protocol turned out to mark the beginning of a steady deterioration in relations between Turkey and the European Community³¹. Disagreement between the parties in the application of the Additional Protocol's provisions relating to agriculture, the EEC's inability to perform its commitments such as establishing free movement of workers and granting further concessions over industrial exports arising from the Protocol worsened the relations. In addition, the 1973 Oil Crisis had to be dealt with by both parties on their sides. In Turkey, the increasing problems concerning balance of payments after the Oil Crisis led to harsh domestic debates over the possible negative effects

29 OJ 1977 L361/1.

30 For a detailed analysis of the Additional Protocol, see Roswitha Bourguignon, "The History of the Association Agreement between Turkey and the European Community" in Ahmet Evin, Geoffrey Denton (eds.), *Turkey and the European Community*, (Opladen, Leske+Budrich, 1990), p. 51-63 and Meltem Müftüleri-Bac, *Turkey's Relations with a Changing Europe*, (Manchester-New York, Manchester University Press, 1997), p. 58.

31 Meltem Müftüleri-Bac, (1997), p. 60.

of a customs union with the EEC³². Following the Oil Crisis, the EEC on its side adopted the Global Mediterranean Policy, which windswept the priorities granted to Turkey. The 1972 Enlargement of the EEC, the 1974 Cyprus intervention by Turkey and finally 1975 Greek application for full membership were the other factors that damaged the relations further. As a result of the crisis years and under economic difficulties as well as political instability, Turkey under the premiership of Bülent Ecevit officially requested a freeze for five years in the terms of Ankara Agreement invoking Art. 60 of the Additional Protocol in October 1978. The Demirel government, which came into office in 1979, withdrew this request and Turkey opened her economy to the operation of market forces and integrated to the international economy in accordance with the January 24, 1980 decisions. Moreover, on June 30, 1980, the Turkish Foreign Minister Hayrettin Erkmen stated that Turkey formally would apply for full membership to the EEC by the autumn. Although these developments weakened the estrangement between the parties for a short time, the EEC-Turkey relations came to a freeze as a consequence of the September 12, 1980 military interlude in Turkey.

The 1980 Military Interlude in Turkey – A Stormy Era

The military intervention in Turkey, which took place seventeen years later than the signature of the Ankara Agreement, brought the relations between Turkey and the Community to a standstill that lasted for six years.

Straight away after the military coup, the Commission announced that the Association between the Community and Turkey would continue. Nevertheless, the Commission also stated that it wanted to see the re-establishment of democratic institutions in Turkey as soon as possible. The Foreign Ministers of the EC decided that the Community would adopt a policy of cooperation with Turkey only if the new military government were to fulfil three conditions: -to re-establish democratic institutions quickly, -to observe human rights, -to guarantee the lives of political prisoners. Nevertheless, officials of the Community stated that a long-lasting continuation of a non-democratic situation would be seen as a violation by

32 Atila Eralp, (1998).

Turkey of several explicit undertakings to which she had agreed when she signed the Association Agreement³³.

However, the relations, which had seemed to remain normal in spite of the military intervention became deteriorated increasingly, beginning from the second half of 1981. In line with the European Parliament's request in April 1981, the Commission decided to freeze the Fourth Financial Protocol, regarding the October 1981 arrests of the former leaders of Turkey's political parties as an impediment in restoration of democracy. In addition, on January 22, 1982, the Association Agreement and the Joint Parliamentary Committee was suspended until the re-establishment of democratic principles and respect for human rights in Turkey by a Resolution passed by the European Parliament³⁴.

Contrary to Turkish leaders' expectations and in spite of being a significant step towards re-establishing democracy, the general elections in Turkey of November 6, 1983 did not alter the position of the Community which took into account the facts that only three parties were approved to participate the elections and former party leaders were still banned from participation. On October 23, 1985, the European Parliament adopted the Balfé Report, which had been prepared in order to reassess the political circumstances in Turkey. The Balfé Report stated that significant infringements of human rights and democratic principles were still continuing in Turkey.

Normalisation Process and Turkey's Application for Full Membership

Özal government, which came into office following the 1983, elections aimed at liberalising Turkish economy, improving deteriorated relations with the Community and tightening the links between the parties especially in economic terms. Evidently, the Foreign Minister of the new government was sent to Brussels with an assignment of requesting the revitalization of the Association Agreement on January 21, 1984³⁵ and in line

33 Meltem Müftüleri-Bac, (1997), p. 79.

34 Mehmet Uğur, *Avrupa Birliği ve Türkiye: Bir Dayanak/İnandırıcılık İkilemi* (European Union and Turkey: An Anchor/Credibility Dilemma), (Everest, 2000), p. 273.

35 This request was rejected by the Commission arguing that the Turkish leaders of the 1970s were still banned from active politics through the Political Parties Act of 1982. Meltem Muftuler-Bac, (1997), p. 82.

with the recommendations stated in the Balfe Report, the martial law was lifted in most of the larger cities within a few months after the adoption of the Report by the European Parliament³⁶. Moreover, on July 1985 the Prime Minister Turgut Özal announced that Turkey would apply for membership of the EC as soon as more favourable conditions occurred³⁷. On February 17, 1986, the Council, in spite of Greece's objections, endorsed the proposal by the Commission for the reactivation of the relations³⁸. This was followed by the Association Council meeting on September 16, 1986, after a break of six years, in Brussels³⁹. As a result, the normalisation process in the relations between the parties was initiated.

Motivated by increasingly improving relations with the Community and in line with the emerging idea in business circles for economic purposes⁴⁰ and in other circles with the concern of reinforcing the newly gained democracy⁴¹, Turkey applied to the Community on April 14, 1987. Concerning her application, Turkey did not make use of the relevant articles of the Ankara Agreement, in particular Article 28, but invoked Article 237 of the Rome Treaty which granted the right to apply for full membership to every European State. Following the usual process stated under the Treaty of Rome, the Luxembourg Council of April 27, 1987 decided to forward the application to the Commission for preparation of an Opinion. The Commission delivered its opinion on the issue on December 18, 1989, two and a half years later than the application. The Opinion concluded that although Turkey was eligible for membership the accession of her to the Community was not feasible on the following grounds. Firstly, the Commission mentioned the consolidation problems within the Community arising from the third enlargement and the objective of establishing a single market as envisaged in the Single European Act of 1986. Within this framework, the Commission stated, "*it would be unwise, with regard both to the candidate countries and to the Member States, to envis-*

36 Meltem Müftüleri – Bac, (1997), p. 82.

37 S. Rıdvan Karluk, (2002), p. 472.

38 S. Rıdvan Karluk, (2002), p.472.

39 S.Rıdvan Karluk, (2002), p.472.

40 Canan Balkır, "The Customs Union and Beyond", in Libby Rittenberg (ed), *The Political Economy of Turkey in the Post-Soviet Era: Going West and Looking East?*, (Westport, Conn., Greenwood Press, 1998), pp. 52-77.

41 Canan Balkır, (1998).

age the Community becoming involved in new accession negotiations before 1993 at the earliest, except in exceptional circumstances.”⁴² Secondly, the Commission examined Turkish economy and noted that there were major disparities between Turkey’s economy and that of the Community. Thus it concluded that “...Turkey would experience serious difficulties in taking on the obligations resulting from the Community’s economic and social policies” and the supplementary burden on the funds of the Community “would be even greater than at the time of the last accessions, given Turkey’s size and level of development.”⁴³ Thirdly, relating to political context, the Commission underlined the concerns of the Community arising from the issues of democracy and human rights in Turkey, the dispute between Turkey and Greece and the situation in Cyprus⁴⁴.

It must be noted that the timing of the application of Turkey surprised many circles⁴⁵; the Community was preoccupied by its internal integration in progress and the debates between the parties on democracy and human rights situation in Turkey were persisting. Both prior to the application and during the period of evaluation of it by the Commission, the Turkish Government took some steps for improving the country’s record on democracy and human rights⁴⁶. The death penalty, to which political prisoners were sentenced, was converted to a thirty-year long prison sentence by a law enacted by the Turkish Parliament on March 11, 1986. In January 1987, Turkish citizens obtained the right to apply individually to the European Commission of Human Rights. Turkey ratified the UN and European Conventions for prevention of torture in January 1988. The political restrictions imposed by the military on the party leaders of 1970s were removed with the Turkish referendum held on

42 Commission Opinion on Turkey’s Request for Accession to the Community - 20 December 1989, see the web page of Turkish Ministry of Foreign Affairs, available at: <http://www.mfa.gov.tr>.

43 Commission Opinion on Turkey’s Request for Accession to the Community, (1989).

44 Commission Opinion on Turkey’s Request for Accession to the Community, (1989).

45 see Atila Eralp, “Turkey and the European Community: Prospects for a New Relationship”, in Atila Eralp, Muharrem Tunay and Birol Yesilada (eds.), *The Political and Socioeconomic Transformation of Turkey*, (Westport-Connecticut-London, Praeger, 1993), pp. 193-213, see also Roswitha Bourguignon, (1990), pp. 51-63.

46 Meltem Müftüler-Bac, (1997), p. 83 and 87.

September 6, 1987, as a result of which Article 4 of the 1982 Constitution was repealed. This followed by an early election held in November 1987, which was hoped to be regarded, on the contrary of the 1983 elections, as fully democratic by the Community. Although, these improvements were not considered as adequate by the Community for full membership⁴⁷, they led to complete normalisation of relations between the parties⁴⁸.

The Council endorsed the Commission's Opinion on Turkey's Request of Accession to the Community on February 5, 1990. Thus, Turkey's hope for full membership had to be postponed until 1993. Nevertheless, in its Opinion the Commission recommended that the Community "pursue its cooperation with Turkey, given that country's general opening towards Europe"⁴⁹. Moreover, it recommended that the Community to "*propose to Turkey a series of substantial measures which, ... , would enable both partners to enter now on the road towards increased interdependence and integration, in accordance with the political will shown at the time of the signing of the Ankara Treaty*"⁵⁰. These measures would focus on four aspects, namely, completion of the customs union, the resumption and intensification of financial cooperation, the promotion of industrial and technological cooperation, and the strengthening of political and cultural links⁵¹. In line with these recommendations, in 1990, the Commission presented the Matutes Package, a cooperation package, which included the aim of completion of customs union, economic, industrial and political cooperation and resumption of the Fourth Financial Protocol. However, the same year, the Council rejected the adoption of the Matutes Package due to the Greek veto. In this context, establishment of a customs union turned out to be the only way to intensify the relations. In Brussels, at the Association Council meeting between

47 Commission Opinion on Turkey's Request for Accession to the Community - 20 December 1989.

48 As a response to these political reforms, the European Parliament adopted a Resolution on the revival of the Association Agreement on September 15, 1988. Meltem Müftüleri-Bac, (1997), p. 84.

49 Commission Opinion on Turkey's Request for Accession to the Community, (1989), para. 12.

50 Commission Opinion on Turkey's Request for Accession to the Community, (1989), para. 13.

51 Commission Opinion on Turkey's Request for Accession to the Community, (1989), para. 13.

Turkey and the EC on November 9, 1992, the parties agreed on the realisation of a customs union by January 1, 1996. At the 34th Association Council Meeting which was held on November 8, 1993, a "Work Programme on the Customs Union" covering the instant topics concerning the conclusion of the customs union was formed.

The negotiation period, which took place between 1992 and 1995, was highly coloured by political issues. The Cyprus issue, democracy and respect for human rights, especially minority rights and the issues relating to the Turkish citizens with Kurdish ethnicity, dominated the debates between the parties rather than the economic issues. The decision of the Turkish Parliament to lift the parliamentary immunities of the pro-Kurdish Democracy Party (DEP) members in March 1994 had a negative impact on the relations between the parties⁵². The problem grew deeper when the DEP was abolished by the Turkish Constitutional Court in June 1994⁵³. In September 1994, the European Parliament resolved to freeze the activities of the EC – Turkey Joint Parliamentary Committee⁵⁴. In December 1994, following the ending of the trials of the former members of the DEP by imprisonment of those, the European Parliament passed a resolution maintaining the suspension of the Joint Parliamentary Committee till Turkey considered the Parliament's demands, deciding to submit to the Council a call for the immediate suspension of the talks on the establishment of a customs union between Turkey and the EU and pointing out that the agreement on a customs union with Turkey was subject to the assent procedure⁵⁵.

Following lengthy debates on political and economic matters, the 36th

52 The decision was based on the grounds that the members in question were guilty of performing the acts enlisted in Art. 125 of Turkish Criminal Code. This article reads: "The person who commits crimes aiming at putting the whole or a part of state's territories under a foreign state's sovereignty, diminishing the state's independence, or separating a part of territories which are under the state's sovereignty from the state's administration, will be sentenced to death."

53 The DEP had thirteen members, six of which were already under custody since March. Meltem Müftüleri-Bac, (1997), p. 90.

54 Resolution on the trial of members of the Turkish Grand National Assembly – September 29, 1994, see the web page of European Parliament, available at <http://www.europarl.eu.int>.

55 Resolution on the trial of Turkish Members of Kurdish origin of the Turkish Grand National Assembly, Doc. B4-0515, 0526, 0530, 0534, 0540, 0548, 0553, 0555 and 0567/94, December 15, 1994, available at <http://www.europarl.eu.int>.

Turkey – EC Association Council took the decision on customs union on March 6, 1995. On July 23, 1995, Turkey, under the motive of improving the situation of democracy and human rights in line with the request of the Community, amended a number of provisions of the 1982 Constitution. These amendments included the right of trade unions to take place in political activities (Articles 33 and 52), the right of civil servants to bargain collectively⁵⁶ (Article 53), the lowering of the voting age to 18 and the right of university staff and students to participate in political parties (Articles 67, 68). In October 1995, Article 8 of the Anti-Terrorist Law which forbade “any written or oral propaganda, meeting, demonstration and march which aim at violating the indivisible integrity of the State of Turkish Republic with its territory and nation, irrespective of the methods, motives or intentions of those concerned” was amended by the removal of the last part beginning with “irrespective”. Due to this amendment eighty-two prisoners, including two imprisoned DEP members, who were sentenced in accordance with this Article, were released. Moreover, sentence to five years of imprisonment envisaged in case of infringement of Article 8 was decreased to three years. The Council welcomed these developments in Turkey⁵⁷. The Commission regarded the amendments as convincing signals that Turkey would fulfil her obligations under the European Human Rights Convention⁵⁸.

The European Parliament assented to the Decision on Customs Union on December 13, 1995, however, conditionally upon Turkey’s respect to democratic principles, rule of law, human rights, especially minority rights⁵⁹. *“Of the 528 European deputies who participated in the European Parliament session, 343 voted in favour of establishing a customs union between the EC and Turkey, 149 voted against and 36 abstained. As it was voiced by Pauline Green, the leader of the Socialist Group in the EP, the ones who voted in favour of Turkey wanted to encourage the democratic evolution in Turkey ‘in favour of individual and minority rights’. They believed that it was the right way to support and encourage democratic forces in Turkey”*⁶⁰. Having been ratified by The European

56 However, the right to strike was not granted to those.

57 Madrid European Council, December 15 and 16, 1995, Presidency Conclusions

58 Mehmet Uğur, (2000), p. 287.

59 Resolutions of December 13, 1995, see the web page of European Parliament, available at <http://www.europarl.eu.int>.

60 Canan Balkır, (1998), pp. 52-77.

Parliament, the Customs Union Decision entered into force on January 1, 1996.

The Customs Union Decision (Association Council Decision 1/95)

The Customs Union Decision settled the coverage of the customs union and the obligations of the parties. The Decision was accompanied by two other documents, namely, the Resolution of EC-Turkey Association Council on the development of the Association and the Community Declaration on the resumption of Financial Cooperation⁶¹. With these instruments added, the Decision 1/95 established the customs union as a sound tool to bring Turkey closer to the EU rather than a customs union in general and more limited terms⁶².

The Decision set a schedule for the elimination of customs duties, quantitative restrictions and measures having equivalent effect on trade in industrial goods between the parties. Moreover, it included provisions envisaging adoption by Turkey of the Community's Common Customs Tariff (CCT), alignment by Turkey with the preferential customs regime of the Community and approximation of laws regarding the rules on competition and protection of intellectual, industrial and commercial property rights.

Turkey welcomed the Decision 1/95 with jubilation considering the Customs Union a significant and sound step towards her ultimate goal of full membership to the EU. However, contrary to the initial expectations; the Customs Union introduced another uneasy era in the EU-Turkey relations.

Besides a number of economic problems in Turkey, brought about by the implementation of the Customs Union Decision⁶³, the issues underpinning the uneasiness between the parties were rather political. The Turkey – Greece dispute on the Aegean islets of Kardak (Imia) in January 1996, caused tension in the relations between the EU and Turkey. This was followed by the death of a journalist, Metin Göktepe under detention in

61 Canan Balkır, (1998), pp. 52-77.

62 Nanette A.E.M. Neuwahl, "The EU – Turkey Customs Union: A Balance, but No Equilibrium", 4 EFA Rev., (1999), p. 37.

63 Canan Balkır, (1998), pp. 52-77.

January 1996 and the Bursa Prison hunger strikes, which began in June 1996 and ended in July 27, 1996, claiming the lives of 12 political prisoners⁶⁴. These events raised concerns in the EU, especially in the European Parliament about the human rights situation in Turkey. Following the December 24, 1995 general elections, the Islamist Welfare Party's coming into office as a coalition partner made the matters worse. Finally, on September 19, 1996, the European Parliament passed a Resolution freezing the financial aid allocated for Turkey in accordance with the Customs Union Decision and calling on the Commission to block all allocations set under MEDA programme for projects in Turkey, except those concerning the promotion of democracy, human rights and civil society⁶⁵. The events led to this Resolution were as follows; the judgement of the European Court of Human Rights, delivered on September 16, 1996 which held Turkey responsible for breaching Article 8 of the European Human Rights Convention and Article 1 of Protocol No. 1⁶⁶, continuing imprisonments of Leyla Zana and three other DEP ex-parliamentarians with Kurdish ethnicity, ongoing military operations by the Turkish armed forces in eastern Turkey and killings of two unarmed Greek-Cypriots by Turkish soldiers. As a result of this Resolution freezing the EU financial aid, the economical drawbacks of the customs union faced by Turkey increased.

Another factor, which deepened the aggravations in the EU – Turkey relations, was the dissimilarity between the parties concerning their approach to the customs union. While Turkey enthusiastically regarded the customs union as a way leading to eventual full membership, the EU seemed to consider it as an alternative to full membership and a “skilful way of keeping Turkey in the periphery of Europe”⁶⁷. The Madrid European Council of December 1995, emphasising the priority it attached to the development and reinforcement of the relations with Turkey, however not mentioning Turkey's name within the enlargement process and among the countries to be briefed on the progress of the Intergovernmental Conference, led to disenchantment on Turkey's side. With the

64 Turkish Daily News, July 27, 1996, available at http://www.turkishdailynews.com/old_editions/07_27_96/tdn.htm.

65 Resolution on the political situation in Turkey – September 19, 1996, see the web page of European Parliament, available at <http://www.europarl.eu.int>.

66 Akdivar and others v. Turkey No 00021893/93

67 Canan Balkır, (1998), pp. 52-77.

Luxembourg Summit of 1997, this disappointment deepened when Turkey was plainly excluded of the EU's enlargement process.

The Luxembourg Summit (12-13 December 1997)

During the Luxembourg Summit the European leaders, taking into consideration the Commission's recommendations stated in Agenda 2000 determined the list of the applicant countries to be included into the EU enlargement process. In this context, the European Council declared that accession negotiations with Greek Cypriot Administration, Hungary, Poland, Estonia, the Czech Republic and Slovenia to begin and decided that the preparation of negotiations with Romania, Slovakia, Latvia, Lithuania and Bulgaria to be accelerated in particular through an analytical examination of the Union *acquis*. Whereas Turkey was confirmed to be eligible for full membership, she was not listed among the candidate countries. Nevertheless, the European Council decided on preparation of a strategy to bring Turkey closer to the EU membership. Yet, rapprochement policy for Turkey was subject to the conditions laid down in the Presidency Conclusions as follows: "*country's pursuit of the political and economic reforms, ..., including the alignment of human rights standards and practices on those in force in the European Union; respect for and protection of minorities; the establishment of satisfactory and stable relations between Greece and Turkey; the settlement of disputes, in particular by legal process, including the International Court of Justice; and support for negotiations under the aegis of the UN on a political settlement in Cyprus on the basis of the relevant UN Security Council Resolutions.*"⁶⁸

The response of the Turkish Government to the Luxembourg decisions, which it regarded as "biased and prejudiced",⁶⁹ was considerably sharp. The Turkish Prime Minister, Mesut Yilmaz, announced that the EU would not be addressed vis-à-vis political issues concerning Turkey anymore, although bilateral relations between Turkey and EU member states would continue as before⁷⁰. Moreover, the Government rejected the invitation of the EU for the

68 Luxembourg European Council, December 12 and 13, 1997, Presidency Conclusions, para. 35.

69 Statement by Mesut Yilmaz, Turkish Daily News, December 15, 1997, available at http://www.turkishdailynews.com/old_editions.

70 Statement by Mesut Yilmaz, (1997).

European Conference, the participation in which was subject to recognition of the settlement of territorial disputes through the jurisdiction of the International Court of Justice in The Hague⁷¹. Yet, the Turkish leaders announced that Turkey would preserve her motivation of integration with the EU despite the attitude exposed at the Luxembourg Summit⁷².

The Luxembourg Summit marked the entry of the relations into a troubled phase, which lasted for two years. At the Cardiff Summit held in June 1998, the first report relating to Turkey's progress towards membership was put in motion⁷³. The European Council of December 1998 in Vienna underlined "the great importance it attached to the further development of relations between the EU and Turkey taking forward the European Strategy to prepare Turkey for membership"⁷⁴. However, it was only in December 1999 that the ice between the parties was thawed, when the European Council at the Helsinki Summit announced Turkey's candidacy.

The Helsinki Summit of 1999 and Turkey's Candidacy

The Helsinki Summit of December 1999 has been a milestone in the relations between the EU and Turkey. The explicit acceptance by the EU of Turkey's candidacy for the first time ended the uneasiness and brought jubilation on Turkey's side.

The European Council did not include opening of accession talks within the pre-accession strategy for Turkey. Instead, it envisaged "enhanced political dialogue, with emphasis on progressing towards fulfilling the political criteria for accession with particular reference to the issue of human rights as well as on the issues referred to in paragraphs 4⁷⁵ and 9(a)^{76,77}.

71 Milliyet Newspaper, December 15, 1997, available at <http://www.milliyet.com.tr/1997/12/15/index.html>.

72 Statement by Mesut Yilmaz, see above n. 46.

73 Cardiff European Council, June 15 and 16, 1998, Presidency Conclusions, para. 68.

74 Vienna European Council, December 11 and 12, 1998, Presidency Conclusions, para. 63.

75 This paragraph relates to settlement of border disputes through jurisdiction of The Hague.

76 This paragraph relates to the Cyprus problem.

77 Helsinki European Council, December 10 and 12, 1999, Presidency Conclusions, para. 12.

As a result of the conditions put forward by the EU “in carefully weighed words”⁷⁸ for Turkey’s membership, besides Turkish – Greek dispute and Cyprus problem, human rights issue which has influenced the relations between the parties over decades, has become the limelight, this time in the context of Turkey’s candidacy.

IV. Turkey’s Human Rights Related Obligations in the Context of Candidacy

Following the announcement of Turkey’s candidacy, in accordance with the request by the Helsinki Council of December 1999, the Commission, initiating the legal procedure concerning Turkey’s accession strategy, submitted two proposals, namely “Proposal for a Council Regulation on assistance to Turkey in the framework of the pre-accession strategy, and in particular on the establishment of an Accession Partnership”⁷⁹, dated July 28, 2000 and “Proposal for a Council Decision on the principles, priorities, intermediate objectives and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey”⁸⁰, dated November 8, 2000. The Foreign Affairs Council agreed on the two aforementioned documents at a meeting in Nice on December 4, 2000 and formally adopted the framework Regulation⁸¹ on February 26, 2001. The framework Regulation provided for the legal basis for the Accession Partnership and aimed at coordination of all the EU financial assistance for pre-accession under a single system. The General Affairs Council formally endorsed the Accession Partnership by its Decision⁸² dated March 8, 2001.

78 Jolanda Van Westering, “Conditionality and EU Membership: The Cases of Turkey and Cyprus”, *SEFA Rev.*, (2000), pp. 95 - 118

79 Proposal for a Council Regulation on assistance to Turkey in the framework of the pre-accession strategy, and in particular on the establishment of an Accession Partnership, (July 28, 2000), COM/2000/502/Final.

80 Proposal for a Council Decision on the principles, priorities, intermediate objectives and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey (Nov. 8, 2000), COM/2000/714/Final.

81 Council Regulation (EC) No 390/2001 of 26 February 2001 on assistance to Turkey in the framework of the pre-accession strategy, and in particular on the establishment of an Accession Partnership, OJ L58, (February 28, 2001), p.1.

82 Council Decision of 8 March 2001 on the principles, priorities, intermediate objectives and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey, (2001/235/EC)

The Accession Partnership names the principles, priorities, intermediate objectives and conditions to be met and considered by Turkey within the framework of her candidacy. Thus, it constitutes a "roadmap" for Turkey, and is at the heart of pre-accession strategy. Under the title "Objectives", the purpose of the Accession Partnership was stated as "*to set out in a single framework the priority areas for further work identified in the Commission's 2000 regular report on the progress made by Turkey towards membership of the European Union, the financial means available to help Turkey implement these priorities and the conditions which will apply to that assistance*". The priorities and intermediate objectives to be realized by Turkey for satisfying the Copenhagen Criteria were identified by the Commission taking into consideration the analysis in the 2000 Regular Report of Turkey's progress towards accession. The priorities and intermediate objectives were classified within two groups, i.e., short-term priorities and intermediate objectives to be completed by Turkey by the end of the year 2001 and long-term ones, which are likely to take more than one year to complete, yet the efforts for which should be initiated within 2001, where possible.

Regarding the Political Criteria, the demands of the EU were specified within the abovementioned classification, namely, short-term and long-term priorities. The most highlighted issues constituting Turkey's "homework" concern freedom of expression, freedom of association and peaceful assembly, prevention of torture, abolishing capital punishment, minority rights, strengthening efficiency of judiciary, the role of the National Security Council and improvement of conditions of prisons. Moreover, two non-human rights issues, i.e., the situation in Cyprus and the dispute with Greece are to be settled in short-term concerning the former and in long-term for the latter.

Under the title "Conditionality", it was stated that the financial assistance of the EU within the framework of pre-accession strategy to be subject to respect by Turkey to her commitments under the Association Agreement, customs union, the decisions of the EC-Turkey Association Council and the priorities identified by the Accession Partnership. Moreover, it was added that "*failure to respect these general conditions could lead to a decision by the Council on the suspension of financial assistance on the basis of Article 4 of the proposed single-framework Regulation*".

The monitoring of the implementation the Accession Partnership will take place under the framework of the Association Agreement.

Having been submitted the Accession Partnership, Turkey announced her National Programme for the Adoption of the Acquis (NPAA)⁸³ prepared by Secretariat General for EU Affairs on March 19, 2001. The NPAA was submitted to the EU on March 26, 2001. The EU welcomed the NPAA in its official statement, however cautiously noting that certain areas such as abolition of death penalty and minority rights required further efforts. The criticisms by the EU circles referred to the vagueness of the document, in particular that of the parts concerning abolition of death penalty and freedom to use Kurdish language⁸⁴. The EP in its Resolution dated October 25, 2001 referred to the NPAA as follows:

“The European Parliament,

...

having regard to Turkey’s national programme for the adoption of the acquis, adopted by Turkey on 19 March 2001 and forwarded to the Commission on 26 March 2001,

...

whereas the national programme for the adoption of the acquis takes up the main thrust of the priorities set out in the Accession Partnership and for the first time makes a comprehensive assessment of the potential effect of European integration on Turkey and puts forwards a wide-ranging political and economic reform programme, which, though useful as a beginning of the vast transformation needed for the modernisation of Turkey, unfortunately lacks a clear enough “road map” and timetable,

...

Welcomes Turkey’s adoption of the national programme for the adoption of the acquis setting out a programme of the reforms required to meet the Copenhagen criteria as a first significant step in

83 The text of the NPAA is available at the Commission’s enlargement web’ page at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/index.htm>.

84 Gamze Avci, “Putting the Turkish EU Candidacy into Context”, 7 EFA Rev, (2002), pp. 91 – 110

the right direction; regards it as vital, however, that this programme be backed up with details of the actual substance of the undertakings concerned and a timetable for their implementation; expects that the programme will be adapted to embrace further reform as the first phase of the constitutional amendments takes effect;

Urges Turkey to propose in the coming year a precise timetable for fulfilling the political criteria of Copenhagen as soon as possible.”⁸⁵

Human Rights in Turkey

a) Constitutional Basis

To define the original structure of the 1982 Constitution, one should observe the conditions under which it was prepared. The 1982 Constitution of the Republic of Turkey was adopted right after the 1980 military interlude, under unusual and anti-democratic conditions. During the establishment of the Constitution, the assumption of the authoritarian rule was that large-scaled freedoms granted to individuals and society could result in terrorism and chaos. This approach, underpinned by the instinct of protecting the State against individuals and society considering those as a political threat, identified the structure of the Constitution. The Constitution was structured on the contrary to the fundamental purpose of protecting the fragile rights of the citizens against strong State⁸⁶. One can witness the reflection of this approach on the 1982 Constitution through a number of authoritarian and restrictive articles placed especially in the original text prior to several amendments. This characteristic of the Turkish Constitution was also emphasised by the EP in its Resolution dated October 25, 2001; “ ... *the Turkish Constitution, approved under military rule in 1982, fails to provide an adequate legal framework to guarantee the rule of law and fundamental freedoms; whereas thorough constitutional reform alone will enable to Turkey to embrace democracy*

85 European Parliament resolution on the 2000 Regular Report from the Commission on Turkey’s progress towards accession, October 25, 2001

86 Yılmaz Aliefendioğlu, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği yeni Boyut”, *Anayasa Yargısı Dergisi* Cilt 19, (2002), available at <http://www.anayasa.gov.tr/anyarg19/aliefendioglu.pdf>.

wholeheartedly and irrevocably"⁸⁷.

The aforementioned deficits arising from the nature of the 1982 Constitution led Turkey to amend its Constitution in order to improve democracy and human right. Since its birth in 1982, the Turkish Constitution has witnessed five series of amendments, which took place in 1987, 1993, 1995, 1999 and 2001. Among these amendments one can spot the 1995 amendments and the 2001 amendments as the most significant ones.

Having been amended for several times, the Turkish Constitution, today, recognizes a large spectrum of freedoms and rights and democratic principles. Article 2 of the Constitution reads: "*The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by the rule of law; bearing in mind the concepts of public peace, national solidarity and justice; respecting human rights*". Article 4 forbids any amendments or proposals of amendments to Article 2. Article 3 states that "*The fundamental aims and duties of the state are; to safeguard ..., the Republic and democracy; ..., to strive for the removal of political, social and economic obstacles which restrict the fundamental rights and freedoms of the individual in a manner incompatible with the principles of justice and of the social state governed by the rule of law; and to provide the conditions required for the development of the individual's material and spiritual existence.*" Article 9 establishes the principle of equality before the law, "*irrespective of language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such considerations*".

Moreover, Article 12/1 states that "*Everyone possesses inherent fundamental rights and freedoms which are inviolable and inalienable.*" Some examples of freedoms, rights democracy and rule of law-related principles recognized by the Constitution are as follows: right to life and the right to protect and develop one's material and spiritual entity (Article 17), right of personal liberty and security (Article 19), freedom of conscience, religious belief and conviction (Article 24), freedom of thought and opinion (Article 25), freedom of expression (Article 26), freedom of association (Article 33), right to collective bargaining and right to strike and lockout (Articles 53, 54), right to form and participate in political par-

87 European Parliament resolution on the 2000 Regular Report from the Commission on Turkey's progress towards accession, October 25, 2001.

ties (Article 68), recourse to judicial review against all actions and acts of administration (Article 125), independence of the courts (Article 138).

Besides recognising several rights and freedoms listed under the Turkish Constitution, Turkey ratified numerous international treaties concerning protection of human rights.

In this context, it is noteworthy that the Article 90/5 states that, "*International agreements duly put into effect carry the force of laws*". This means that once an international treaty is ratified by the Turkish Grand National Assembly, it will perform the same effects as domestic laws; as a part of the domestic law, it will be directly applicable. Moreover, by many, it is argued that international agreements are in the same degree with the Constitution in hierarchy of norms or at least, they are supreme to the domestic laws. The reasoning of this argument is constituted by Article 90/5 which reads: "*No appeal to the Constitutional Court can be made with regard to these agreements, on the ground that they are unconstitutional*", while the annulment by the Constitutional Court of domestic laws in conflict with the Constitution is possible. While theoretical disputes on this issue carry on, in practice, it is often accepted that if a provision of domestic law conflicts with that of an international treaty, the provision of the latter is applicable⁸⁸.

b) Examination of Specific Democracy and Human Rights Issues in Turkey in the context of Candidacy

The Role of Military and the National Security Council

The military has influenced Turkish politics and governments since the first years of the Turkish Republic. The National Security Council, established by the 1961 Constitution is considered to be the proof of the important role played by the military in governing of Turkey. The EU concerns regarding the effective role of the military on Turkish political life have often been voiced.

The Commission in its 1998 Regular Report on Turkey's progress towards accession referred to a number of points demonstrating the emphasized role of the military: "*The Chief of the General Staff is not for-*

88 Seref Ünal, "Turkish Legal System and the Protection of Human Rights", (1999), SAM Papers No 3/99, available at: <http://www.mfa.gov.tr/grupa/ac/aca/acad/hmrghts.htm>

mally responsible to the Minister of Defense; he is nominated by the Supreme Military Council and appointed by the Prime Minister"⁸⁹. Regarding the National Security Council, the Commission stated:

"The existence of this body shows that, despite a basic democratic structure, the Turkish constitution allows the Army to play a civil role and to intervene in every area of political life.

...The National Security Council demonstrates the major role played by the army in political life. The army is not subject to civil control and sometimes even appears to act without the government's knowledge when it carries out certain large-scale repressive military operations."⁹⁰

The European Parliament in its Report dated June 25, 1998 addressed the same issue by referring to the military's "*inclination to meddle too much in politics*"⁹¹. Furthermore, the Report noted:

"As for the role played by the army in society, it must be said that its influence over Turkish political life is excessive by any standards. Its de facto and de jure position in the legal and constitutional framework is far in excess of what is used in the EU Member States.

The Constitution and provisions of secondary legislation should move towards the exclusion of the army from political activity and government. With this in view, the National Assembly should strengthen its powers of control over the armed forces and the National Security Council"⁹².

On September 17, 1998, the European Parliament adopted a Resolution on the Commission reports on developments in relations with Turkey since the entry into force of the Customs Union. In its Resolution, the European Parliament stressed the importance of "*continuing democratization, safeguarding human rights and establishing political control of*

89 Regular Report from the Commission on Turkey's Progress Towards Accession, (1998), p. 10.

90 Regular Report, (1998), p. 14

91 Report on the Commission reports on developments in relations with Turkey since the entry into force of the Customs Union, (June 25, 1998), by Edward McMillan-Scott, DOC_EN/RR/356/356875 PE 222.635/fin, p. 11.

92 Report on the Commission reports on developments in relations with Turkey since the entry into force of the Customs Union, (1998), p. 12.

the armed forces"⁹³ in Turkey.

The 1999 and 2000 Regular Reports reconfirmed the EU concerns regarding continuous influence of the military, in particular the National Security Council on the governing of the country. The 2000 Regular Report noted, "*the Council of Higher Education, which controls the activities of the institutions of higher education, as well as the Higher Education Supervisory Board, include one member selected by the Chief of General Staff*"⁹⁴. The Accession Partnership, prepared by the Commission on the basis of the evaluation in the 2000 Regular Report placed the issue in medium-term priorities. In accordance with this, Turkey was to "*align the constitutional role of the National Security Council as an advisory body to the Government in accordance with the practice of EU Member States*".

Turkey did not address the EU concerns about the aforementioned issue until the adoption of the NPAA. The NPAA stated, "*The National Security Council, which is a constitutional body, has the status of a consultative body in areas of national security. Relevant articles of the Constitution and other legislation will be reviewed in the medium term to define more clearly the structure and the functions of this Council*". However, this statement is considered to be far from satisfying the EU's demands, on the grounds that it is rather vague and lacks a timetable. Moreover, the Commission's aforementioned observations in the 1998 and 1999 Regular Reports, pointing out inadequate civilian control over the military were not taken into consideration.

The 2001 constitutional amendments brought about a considerable, however inadequate improvement of the issue of civilian control over the military. On October 17, 2001, Article 118 of the Turkish Constitution was amended in a way providing for the civilian members of the National Security Council to outnumber the martial members. Moreover, the expression "*The Council of Ministers shall give priority consideration to decisions of the National Security Council*" was amended as "*The Council of Ministers shall evaluate decisions of the National Security*

93 Resolution on the Commission reports on developments in relations with Turkey since the entry into force of the Customs Union, (September 17, 1998), A4-0251/1998, para. 20.

94 Regular Report from the Commission on Turkey's Progress Towards Accession, (2000), p. 12.

Council"⁹⁵ in order to emphasise the advisory role of the body. Nevertheless, the improvements have remained limited to the National Security Council and have not been extended to the other aspects of civilian control over the military.

There have been three military interventions in Turkey since the establishment of the Republic. Partly due to these experiences, the power of military over Turkish political life is an issue of concern not only in the EU but also in some Turkish circles. Although the decisions of the National Security Council are not legally binding, the governments of Turkey found themselves in a *de facto* situation obliging them to act in line with the suggestions of the Council on several past occasions. The submission of a list of "recommendations" on safeguarding secularism by the National Security Council to Mr. Erbakan, the pro-Islamist Prime Minister of Turkey (Welfare Party) on March 3, 1997 raised concerns in many circles, which regarded this list of recommendations as a disguised ultimatum by the military to the Government. Criticisms voiced by both domestic and foreign circles increased when Prime Minister Erbakan resigned from the government on June 18, 1997, presumably as a result of the negative attitude of the army more than other factors.

Although, the Accession Partnership sets no such an objective, the EU seems to prefer abolition of the National Security Council to put a certain end on the military's influence on Turkish political life⁹⁶. This idea is also backed up by a number of NGOs observing Turkey⁹⁷. Yet, the possibility of abolition of the NSC even in the long run has not been pronounced by the Turkish leaders. Arguably, this results from the importance given to national security concerning the country's geopolitical situation in a politically unstable region.

It is noteworthy that the military has taken a positive attitude towards accession of Turkey to the EU since the beginning. Moreover, the military has occasionally stressed its commitment to protect democratic

95 Emphasis added.

96 "The existence of this body shows that, despite a basic democratic structure, the Turkish constitution allows the Army to play a civil role and to intervene in every area of political life." Regular Report 1998.

97 Aslan Gündüz, "The Land of Many Crossroads: Human Rights and Turkey's Future in Europe", *Orbis*, (Winter 2001), pp 15 – 30.

and secular state. “*Therein lies another irony of the Turkish human rights imbroglio: the military elite is the most pro-Western force in the country*”⁹⁸. During the discussions on modification of the National Security Council’s composition, the Chief of the General Staff, General Huseyin Kivrikoglu said, “*If they (the EU) want 100 civilians as members of the National Security Council, so be it.*”⁹⁹ It is also significant that in the last National Security Council meeting on June 1, 2002, the military representatives took a positive attitude towards the issues such as the lifting of the emergency state and absolute abolition of death penalty, which are of crucial importance for the EU membership¹⁰⁰.

The 2001 Regular Report on Turkey’s progress towards accession evaluated the issue of military in Turkey taking into consideration the 2001 amendments. The Report stated, “*The extent to which the constitutional amendment will enhance de facto civilian control over the military will need to be monitored.*” Under the title “General Evaluation”, the Report noted, “*The basic features of a democratic system exist in Turkey, but a number of fundamental issues, such as civilian control over the military, remain to be effectively addressed*”¹⁰¹.

In this context, it is likely that Turkey will have to revise the role of the military, albeit by seeking balance between the need to guarantee her national security and stability and the EU demands.

Judiciary and Right of Fair Trial

The main EU concerns relating to Turkish judiciary converge on the state security courts, independence of judiciary and inefficiencies arising from lengthy trials and excessive workload on the courts.

The state security courts first appeared in the context of Turkish judiciary with a law adopted in July 1970. This law was annulled by the Constitutional Court on the grounds that it conflicted with the 1961 Constitution, in June 1975. However, following the 1980 military inter-

98 Aslan Gündüz, (2001), pp 15 – 30.

99 Bertil Duner and Edward Deverell, “Country Cousin: Turkey, the European Union and Human Rights”, *Turkish Studies*, Vol. 2, No. 1, (Spring 2001), pp. 1 – 24.

100 Turkish Daily News, June 2, 2002, available at http://www.turkishdailynews.com/old_editions.

101 Emphasis added.

vention, the state security courts were re-established, this time within the text of the 1982 Constitution. According to Article 143 of the Constitution, the state security courts shall *“deal with offences against the indivisible integrity of the State with its territory and nation, the free democratic order, or against the Republic whose characteristics are defined in the Constitution, and offences directly involving the internal and external security of the State”*.

The state security courts initially became an issue of concern in European and Turkish legal circles due to their composition. According to the related legislation the courts had three members, one of whom was appointed from the military judiciary. The 1998 Regular Report addressed the issue of state security courts as follows:

“There are reasons to believe that by their very nature these courts do not offer defendants a fair trial. The key problem areas include over-reliance on obtaining confession rather than on traditional investigative methods; the relative status of the prosecutor (who sits next to the judges) and the defense lawyer (who sits below and whose points are not entered into the trial record verbatim but based on a summary of them by the judge); and the extreme slowness of trials and the fact that many defendants are held in custody throughout the duration of their trial without a clear justification having to be presented by the judge. There are also doubts about the impartiality of judges: one in three SSC judges are military judges who, as the European Commission on Human Rights recently pointed out, are serving military personnel and therefore subject to military discipline. This is the only example in Europe in which civilians can be tried at least in part by military judges.”

The highly criticized semi-civilian composition of the State Security Courts was restructured by the constitutional amendment in 1999. On June 18, 1999, Article 143 of the Constitution was amended by removing military membership of the Courts. The amendment was of particular significance on the ground that it was underpinned by a European Court of Human Rights (ECHR) judgment¹⁰². In its decision the ECHR stated that the State Security Court trial was in breach of Article 6/1 of the European Convention on Human Rights establishing the right of fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal.

102 Case *Incal v. Turkey* App. No: 22678/93

The Incal decision was based on the following aspects raising concerns of the independence and impartiality of the military judges:

“Firstly, they are servicemen who still belong to the army, which in turn takes its orders from the executive. Secondly, they remain subject to military discipline and assessment reports are compiled on them by the army for that purpose. Decisions pertaining to their appointment are to a great extent taken by the administrative authorities and the army. Lastly, their term of office as National Security Court judges is only four years and can be renewed.”¹⁰³

Restructuring of the State Security Courts as purely civilian bodies has constituted a significant step towards improvement. However, there have remained problems to be addressed, related to other aspects of these Courts mentioned by the 1998 Regular Report.

In the Accession Partnership bringing the State Security Courts in line with the international standards was placed among short-term priorities. In its NPAA, the Turkish Government introduced its plan “*to review the constitutional provisions on the State Security Courts and the Act on the Establishment and Procedures of the State Security Courts*”.

As the 2001 Regular Report pointed out, no changes regarding the problems arising from the State Security Courts took till the end of 2001. On December 6, 2001, the Turkish Parliament adopted a law amending the Law on the Establishment and Procedures of the State Security Courts so as to narrow the sphere of the crimes falling within the jurisdiction of these Courts. With another law adopted by the Parliament on February 6, 2002, pre-trial detention period regarding collective crimes has been limited to 4 days and in case of an emergency state to 7 days.

In 1992, a modernization package was introduced, amending a number of provisions of the Turkish Code of Criminal Procedure. These amendments led to significant improvements such as strict limitation and enumeration of the conditions that have to occur for detention and arrest, establishment of the right to information of the charge and shortening of the pre-trial detention period. Unfortunately, the State Security Courts were excluded from this package. Although the recent amendments introduced improvements to a certain extent, this situation constitutes a legal

103 Case Incal v. Turkey, para. 68.

anomaly due to the fact that a number of provisions, amended for their inability of reflecting the modern approach, have remained applicable regarding the criminal procedure of the State Security Courts. The current procedure raises several human rights problems such as limited access to a lawyer. Thus it is inevitable for Turkey to revise the issue of the State Security Courts, also taking into consideration the possibility to abolish these bodies eventually.

Another issue, which is questionable, is the independence of the Turkish judiciary. Article 138 of the Constitution establishes the basic principle of independence of the courts:

“Judges shall be independent in the discharge of their duties; they shall give judgment in accordance with the Constitution, law, and their personal conviction conforming with the law.

No organ, authority, office or individual may give orders or instructions to courts or judges relating to the exercise of judicial power, send them circulars, or make recommendations or suggestions.

No questions shall be asked, debates held, or statements made in the Legislative Assembly relating to the exercise of judicial power concerning a case under trial.

Legislative and executive organs and the administration shall comply with court decisions; these organs and the administration shall neither alter them in any respect, nor delay their execution.”

Concerns related to independence of the courts mainly arise from the structure and functioning of the Supreme Council of Judges and Prosecutors. In accordance with Article 159/3 of the Constitution, the Supreme Council shall *“deal with the admission of judges and public prosecutors of courts of justice and of administrative courts into the profession, appointments, transfers to other posts, the delegation of temporary powers, promotion, and promotion to the first category, the allocation of posts, decisions concerning those whose continuation in the profession is found to be unsuitable, the imposition of disciplinary penalties and removal from office. It shall take final decisions on proposals by the Ministry of Justice concerning the abolition of a court or an office of judge or public prosecutor, or changes in the jurisdiction of a court. It shall also exercise the other functions given to it by the Constitution and laws”*. One of the problems is that due to Article 159/2, the Supreme Council includes

the Minister of Justice and his undersecretary, the former as the president. This situation raises questions regarding the independence of the courts as pointed out in the 2001 Regular Report. Another problem is related to the inspections and investigations carried prior to the decisions listed under Article 159/3. These inspections are being carried out by civil servants working under the Ministry of Justice. Arguably, this shadows the independence of the judges, by facilitating influence by the Executive on them.

According to the NPAA, review of provisions in the context of the independence of the Judiciary, and restructuring of the Supreme Council for Judges and Public Prosecutors were to take place in the short-term. However, these issues are still waiting to be addressed.

Finally, the Turkish judiciary suffers serious problems of lengthy trials and excessive workload on the courts. Turkey was held responsible in breach of Article 6/1 of the European Convention of Human Rights, establishing reasonableness of the length of proceedings. With the recent constitutional amendments and adoption of two laws amending the Turkish Criminal Code, the sphere of the crimes, notably of those relating to expression, assembly and speech has been narrowed. This may lead a decline in the backlog of cases. However, the effective solution of the problem should be realized by enacting a new Criminal Code and the Code of Criminal Procedure.

Death Penalty

The abolition of the death penalty is an issue of crucial importance for Turkey's EU membership. It is a must for the accession negotiations to open.

Prior to the 2001 amendments, the capital punishment was permitted according to Article 38 of the Constitution as well as according to a number of articles of the Turkish Criminal Code and Anti-Terrorism Law. However, since 1984 Turkey has been applying the de facto moratorium on execution of the death penalty.

The Accession Partnership set both short-term and medium-term priorities related to death penalty as follow: in the short-term maintaining the de facto moratorium, in the long-term abolishing the death penalty and ratifying Protocol 6 of the European Convention of Human Rights. The

Turkish Government in the NPAA presented its plan regarding this issue as: “*The abolition of the death penalty in Turkish criminal law, its form and its scope, will be considered by the Turkish Grand National Assembly in the medium term.*” Although this statement lacked a detailed approach and a time-table, death penalty was included within the framework of the 2001 constitutional amendments. The amended Article 38/7 of the Constitution now reads, “*the death penalty shall not be imposed excluding the cases in time of war, imminent threat of war and terrorist crimes*”. The exceptions envisaged for *time of war* and *imminent threat of war* are compatible with Article 2 of Protocol 6 while the exception of *terrorist crimes* is not.

The expression *terrorist crimes*, in reality, is the reflection of the need to balance between the society’s sensitivity for relating to the PKK, in particular the PKK leader Öcalan case and the requirement for the EU membership. In addition, it is the outcome of the need to reach a consensus on the issue between the coalition partners forming the Turkish Government, one of which is the nationalist MHP (National Action Party).

The European Parliament addressed the issue of death penalty by passing a Resolution after the State Security Court sentenced Öcalan to death. In its Resolution dated July 22, 1999, the European Parliament stated:

“The European Parliament,

...

A. whereas the Court in Ankara has condemned Mr Öcalan to death,

B. whereas an appeal has been lodged by Mr Öcalan’s defence lawyers, and whereas, if this fails, the Turkish Grand National Assembly would have to enact a law for the sentence to be carried out,

C. whereas Turkey has observed a *de facto* moratorium on capital punishment since 1984, and whereas Turkish Government Ministers have stated in recent months that Turkey should abolish the death penalty,

...

1. Condemns Mr Öcalan’s sentence and reiterates its firm opposition to the use of the death penalty;

2. Calls on the Turkish authorities not to carry out the death sentence;
3. Expects the Supreme Court of Appeal to reverse the verdict against Mr Öcalan as a violation of Turkey's international legal commitments under the European Convention on Human Rights;
4. Urges the Turkish Grand National Assembly to transform the current *de facto* moratorium on executions into a formal abolition of the death penalty in Turkey. ¹⁰⁴

Having received the European Court of Human Rights' request to put off the execution of Öcalan in November 1999, the Turkish Government agreed to suspend the execution of the death penalty for a temporary period, in January 2000¹⁰⁵.

The current debate in Turkey on death penalty issue has focused on the removal of the expression "*terrorist crimes*" of Article 38/7. In addition, the draft of the new Criminal Code completed by the Ministry of Justice is now before the Turkish Parliament. There seems a consensus between majority of Turkish society on abolition of death penalty including terrorist crimes, although this abolition will prevent the execution of Öcalan, for the sake of the EU membership. In political circles, the two partners of the coalition, namely the Democratic Left Party (DSP) and the Motherland Party (ANAP) appear to be in favour of such an amendment. Also the True Path Party (DYP), the main opposition party seems to back up the idea. However, recently the Nationalist Action Party (MHP) has demonstrated a diverging attitude from its initial support for meeting the Political Criteria for accession to the EU. As a result of the lack of consensus in the Turkish Parliament, the issue of death penalty has remained ambiguous.

Torture

Article 17 of the Turkish Constitution states, "*No one shall be subjected to torture or ill-treatment; no one shall be subjected to penalties or*

104 Resolution on the death sentence on Mr Öcalan and the future of the Kurdish question in Turkey, October 22, 1999.

105 Regular Report, (2000).

treatment incompatible with human dignity". According to the Turkish Criminal Code torture is prohibited and a punishable offence. Moreover, Turkey has ratified a number of international agreements on prevention of torture such as UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and the European Convention for the Prevention of Torture.

Although Turkey has the fundamental legislation prohibiting torture, there are several torture cases throughout the country. The 1998 Regular Report identified this problem and the reasons of it as follows:

"Persistent cases of torture, disappearances and extra-judicial executions are regularly recorded despite repeated official statements of the government's commitment to ending such practices. In many cases torture is suffered by persons during periods of detention incommunicado in police stations before they are brought to court. Many of the cases recorded are so precisely documented that there is no doubt about the responsibility of the police authorities. These cases put into question the effective control and supervision of the security forces. Appropriate standards of discipline are lacking for these officials. Criminal prosecution of civil servants for alleged offences emerging from their duties is generally subject to permission from the administrative authorities. When they take place, prosecutions and convictions of law enforcement officers (including police and gendarmerie) for torture and ill treatment have so far led to rather light sentences by European standards. Thus, systematic judicial prosecution of law enforcement officers for misdemeanours is not ensured."

In October 1998, Regulation on Apprehension, Police Custody and Interrogation came into force, with the aim of identifying "the rights of the persons apprehended, under custody or under detention" and "powers and responsibilities of the personnel as to the interrogation procedures"¹⁰⁶. In June 1999, the Prime Ministry issued a circular on the effective implementation of the abovementioned Regulation. In August 1999, Articles 243 and 245 of the Turkish Criminal Code were amended so as to define torture in broader terms and increase the punishment for those who commit this crime. Nevertheless, no clear definition has been given

106 Regulation on Apprehension, Police Custody and Interrogation, OG (01.10.1998) No. 23480, Art. 1

for the actions constituting torture. In December 1999, the Law on the Prosecution of Civil Servants and other Public Employees was adopted, aiming at facilitating investigation and prosecution of civil servants. The adoption of this Law has led to no significant improvement since it has not terminated the immunity of civil servants. Moreover the Law has replaced the institutions, which were authorized to lift civil servants' immunity, with individuals. As a result, as the 2000 Regular Report pointed out, the situation regarding torture in Turkey remained largely unchanged.

The Accession Partnership referred to torture problem by placing the issue among short-term priorities. In response, the Turkish Government, in its NPAA presented a detailed plan including enactments of the new Turkish Penal Code and Turkish Code of Penal Procedure.

Within the framework of the 2001 amendments, Article 19/5 of the Constitution was amended by limiting the pre-trial detention period for collective crimes to four days. Moreover, immediate notification of the arrest or detention of the person to his next of kin has been established as an obligation. In February 2002, the Law on the Establishment and Procedures of the State Security Courts was brought in line with the constitutional amendments.

The Draft Turkish Criminal Code before the Turkish Parliament distinguishes between *simple*, *qualified* and *severe torture* and leaves the definition to the interpretation of the court. The Draft Code considers torture as a crime that not only civil servant or other public personnel but everyone can commit and envisages increased punishments. According to the Code, in the case that torture is committed by public personnel, the act is considered as *qualified torture* and subject to 5-10 years of heavy imprisonment¹⁰⁷. According to Amnesty International Report on torture in Turkey dated October 2001, the lack of definition of torture in the Draft Penal Code is a problem:

“...the Convention against Torture, to which Turkey is a state party, defines torture by three elements: severity of the harm, intention and state responsibility....AI recommends that the amendment of the TPC should at a minimum incorporate the definition in the Convention against Torture

¹⁰⁷ Statement by the Minister of Justice, Hikmet Sami Turk, Hürriyet Newspaper, July 6, 2001.

and its established interpretation.”¹⁰⁸

The torture problem in Turkey mainly stems from other factors rather than law. One of these factors is the lack of judicial officers directly controlled by public prosecutors¹⁰⁹. The public prosecutors rely on the police who are answerable to the Ministry of Internal Affairs and therefore the public prosecutors do not have actual control on. Another factor is the inadequate education of the police on human rights. In this context, a well-organised education programme on human rights for the police can improve “*the absence of a culture of human rights on lower levels of the administration*”¹¹⁰, more likely in the long-run.

The Minority Rights Pillar of the Political Criteria and the Turkish Citizens with Kurdish Ethnicity

Minority rights pillar of the Political Criteria, which, according to the EU, in Turkey’s case is the synonym of the Kurdish issue, perhaps is the most debated condition in the country for the EU membership. The disagreement between the EU and Turkey on this issue arises from a number of factors.

Firstly, while the EU considers the Turkish citizens with Kurdish ethnicity as an ethnic minority, Turkey does not recognize any minorities except those identified in the Lausanne Treaty on the basis of religion. Article 66 of the Constitution reads, “*Everyone bound to the Turkish state through the bond of citizenship is a Turk.*” According to the EU opinion, this approach leads to violation of cultural and linguistic rights of the Turkish citizens with Kurdish ethnicity.

Secondly, while the EU is in favour of a political solution, Turkey, especially after having to handle armed PKK (Kurdistan Workers’ Party) separatism which led to the loss of some 30,000 lives between 1984 and 1999 is highly sceptic about granting any degree of autonomy to any ethnic group. Arguably due to the strong feeling of insecurity arising from both historical

108 Amnesty International, “TURKEY: An end to torture and impunity is overdue!”, (2001), AI Index: EUR 44/072/2001, p. 6, available at: <http://web.amnesty.org/library/index/engeur440722001>

109 Amnesty International, (2001), p.7.

110 Amnesty International, (2001), p. 7.

and geopolitical reasons, Turkey is strongly attached to the principle of the State's indivisible entity. Prior to the capture of Öcalan, the calls¹¹¹ made by the EU to Turkish governments for settling the conflict through negotiations with the PKK leaders were refused. Moreover, these calls raised suspicions in Turkey by triggering the so-called "Sevres Syndrome".

It is worth to mention that there are 60 different ethnic groups living in Turkey. Thus, establishing special treatment in favour of one ethnic group may well lead the other groups' demands to be treated in the same way. This may cause the dissolution of Turkish society¹¹².

In this context, Turkey tries to solve the problem within the sphere of cultural and linguistic rights. With the 2001 constitutional amendments, linguistic restrictions were removed from the texts of Articles 26 and 28 of the Constitution which establish freedom of expression and freedom of press. This has availed the usage of Kurdish language in television and radio broadcasting. Nevertheless, these amendments should be reflected to the relevant legislation. There is an ongoing debate in political circles regarding the removal of the bans on the usage of any language other than Turkish for educational and broadcasting purposes. Due to the lack of consensus, this issue is still waiting to be addressed.

With regards to the social and economic rights, An East and Southeast Action Plan is being implemented by the State Planning Organization which includes measures related to public administration, economy, health and education.

Freedoms of Expression and Peaceful Assembly

The restricted freedom of expression in Turkey has been one of the most criticized issues by the EU. The 1998 Regular Report stated:

"Despite some improvements in recent years, freedom of expression is not fully assured in Turkey. An excessively narrow interpretation of the Constitution and other legal provisions (Articles 7 and 8 of the Anti-Terror Law, Articles 158, 159, 311 and 312 of the Criminal Code) concerning the unity of the state, territorial integrity, secularism and respect for formal institutions of the state is regularly used to charge and sentence elected

111 see for example, the EP Resolution on human rights and the situation in Turkey, June 6 1996, para. 3.

112 Bertil Duner and Edward Deverell, (Spring 2001), pp. 1 – 24.

politicians, journalists, writers, trade unionists or NGO workers for statements, public speeches, published articles or books that would be acceptable in EU Member States.”

The Accession Partnership set the goal of strengthening the freedom of expression to be realized within the short-term. The NPAA envisaged a review of legislation including the relevant provisions of the Constitution, the Turkish Penal Code and Anti-terrorism Act. This review was stated to be *“realized on the basis of the fundamental principles of the Turkish Constitution, particularly those concerning the secular and democratic character of the Republic, national unity and the unitary state model.”*

In October 2001 Article 26 was amended so as to avail thought to be expressed in any language. Moreover, on February 6, 2002 a law amending the Turkish Penal Code and Anti-terrorist Act was adopted. With this law, the scope of Article 312 of the Penal Code, catching almost every expression of thought opposing the policy of the State has been defined on more precise terms. In addition, the scope of Article 7 of the Anti-terrorist Act has been narrowed.

With regards to freedom of association, with the amendment of Article 33 of the Constitution, forming associations has been facilitated. This amendment was translated to the Code of Associations by a law adopted on March 3, 2002.

V. Conclusion

This paper attempted to examine the impact of the EU on the human rights situation in Turkey.

For this purpose, first the implementation of the human rights conditionality by the EU towards third countries and the birth of the Political Criteria were examined. In this context, the human rights enforcement and scrutiny tools of the EU within the pre-accession strategy were briefly mentioned.

Secondly, the EU – Turkey relations beginning from Turkey’s application for associate membership of the EU in 1959 till the Helsinki Summit, were reviewed with the focus on the role of the human rights. The reasons underpinning periodic human rights policy shifts in the EU were attempted to be addressed.

Finally, the current human rights situation in Turkey was analysed in the light of the Accession Partnership, the National Programme of Adoption of the Acquis and the Regular Reports.

VI. Postscript

Since the time by which this paper was completed important developments relating to the issues mentioned in this study have taken place.

First, the legislative package¹¹³ enacted in August 2002 brought important amendments to several laws. Abolition of death penalty excluding the cases in time of war and imminent threat of war is considered to be the most significant of all these amendments¹¹⁴. Other amendments concerned broadcasting and education in languages other than Turkish¹¹⁵, freedom of association¹¹⁶, pre-trial detention¹¹⁷ and enforcement of European Court of Human Rights judgments¹¹⁸. The Regular Report of 2002 referred to this package as being “*particularly far reaching*” and stated that Turkey had made a considerable progress towards meeting the Copenhagen Political Criteria¹¹⁹.

Second, following the elections in Turkey, held on November 3, 2002, the DSP – ANAP – MHP coalition government was replaced by the AKP (Justice and Development Party) single – party government. After coming into office, the new government endeavoured into speeding up the process of fulfilling the Political Criteria, presumably with the aim of confirming its stated commitment to the goal of the EU membership. In this context, four legislative packages were adopted in January¹²⁰, February¹²¹, July¹²² and August¹²³ 2003. The Regular Report of 2003 took notice of

113 Act No. 4771, available at: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4771.html>

114 Act No. 4771, art. 1

115 Act No. 4771, art.s 8, 11

116 Act No. 4771, art. 3

117 Act No. 4771, art. 11

118 Act No. 4771, art.s 6, 7

119 2002 Regular Report on Turkey’s Progress towards Accession, p. 46, available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/docs.htm>

120 Act No. 4778, available at: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4778.html>

121 Act No. 4793, available at: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4793.html>

122 Act No. 4928, available at: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4928.html>

123 Act No. 4963, available at: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4963.html>

these reform packages and stated that; *“Overall, in the past 12 months Turkey has made further impressive legislative efforts which constitute significant progress towards achieving compliance with the Copenhagen political criteria”*¹²⁴. However, the Report went on to state that; *“Turkey should address the outstanding issues highlighted in this report, with particular attention to the strengthening of the independence and the functioning of the judiciary, the overall framework for the exercise of fundamental freedoms (association, expression and religion), further alignment of civil-military relations with European practice, the situation in the Southeast and cultural rights. Turkey should ensure full and effective implementation of reforms to ensure that Turkish citizens can enjoy human rights and fundamental freedoms in line with European standards”*¹²⁵.

Finally, in line with the Commission proposal to revise the Accession Partnership with Turkey, the Council adopted a **decision on the principles, priorities, intermediate objectives and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey**¹²⁶ on May 19, 2003. The 2003 Accession Partnership sets out revised priorities regarding the fulfilment of the Political Criteria. A number of these priorities are as follows ; implementing the measures to fight against torture and ill – treatment by enforcement officials, guaranteeing in law and in practice the full enjoyment of human rights and fundamental freedoms by all individuals without discrimination, pursuing and implementing reforms concerning freedom of expression including freedom of the press, freedom of association and peaceful assembly, adapting and implementing provisions concerning the exercise of freedom of thought, conscience and religion by all individuals and religious communities, aligning civilian control of the military with practice in EU Member States, strengthening the independence and efficiency of the judiciary.

In accordance with the revised priorities envisaged for Turkey in the 2003 Accession Partnership, Turkey renewed its National Programme for the Adoption of the Acquis by a decision adopted by the Turkish Council of Ministers¹²⁷.

124 2003 Regular Report on Turkey’s Progress Towards Accession, p. 45, available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/docs.htm>

125 Regular Report, (2003), p. 45.

126 Council Decision on the principles, priorities, intermediate objectives and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey, OJ 2003 L145/40

127 Decision of the Council of Ministers Dated 23 June 2003, No. 2003/5930, OG (24.07.2003) No. 25178 bis., also available at: <http://www.abgs.gov.tr/NPAA/up.htm>

BIBLIOGRAPHY

Books and Articles

- Aliefendioğlu, Yılmaz. "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi* Cilt 19 (2002), available at <http://www.anayasa.gov.tr/anyarg19/aliefendioglu.pdf>.
- Amnesty International, "TURKEY: An end to torture and impunity is overdue!", (2001), AI Index: EUR 44/072/2001, available at: <http://web.amnesty.org/library/index/engneur440722001>
- Avcı, Gamze. "Putting the Turkish EU Candidacy into Context", 7 EFA Rev (2002) pp. 91 – 110
- Balkır, Canan. "The Customs Union and Beyond", in Libby Rittenberg (ed), *The Political Economy of Turkey in the Post-Soviet Era: Going West and Looking East?*, Westport, Conn., Greenwood Press 1998, pp. 52-77.
- Bourguignon, Roswitha. "The History of the Association Agreement between Turkey and the European Community" in Ahmet Evin, Geoffrey Denton (eds.), *Turkey and the European Community*, Opladen, Leske+Budrich 1990, p. 51-63
- Brandtner, Barbara and Allan Rosas. "Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice", 9 EJIL, (1998), p. 468, also available at the EJIL website at <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No3/index.html>.
- Craig, Paul and Grainne de Burca. *EU Law: Text, Cases and Materials* 2nd ed., Oxford University Press 1998.
- Duner, Bertil and Edward Deverell. "Country Cousin: Turkey, the European Union and Human Rights", *Turkish Studies*, Vol. 2, No. 1, (Spring 2001), pp. 1 – 24.
- Eralp, Atila. "Turkey and European Union in the Aftermath of the Cold War", in Libby Rittenberg (ed), *The Political Economy of Turkey in the Post-Soviet Era: Going West and Looking East?*, Westport, Conn., Greenwood Press 1998, pp. 37-50
- Eralp, Atila. "Turkey and the European Community: Prospects for a New Relationship", in Atila Eralp, Muharrem Tunay and Birol Yesilada (eds.), *The Political and Socioeconomic Transformation of Turkey*, (Westport-Connecticut-London, Praeger, 1993), pp. 193-213
- Gündüz, Aslan. "The Land of Many Crossroads: Human Rights and Turkey's Future in Europe", *Orbis*, (Winter 2001), pp 15 – 30.
- İlkin, Selim. "A History of Turkey's Association with the European Community", in Ahmet Evin, Geoffrey Denton (eds.), *Turkey and the European Community*, Opladen, Leske+Budrich 1990, pp. 35 – 49.
- Karlık, S. Rıdvan. *Avrupa Birliği ve Türkiye*, İstanbul, Beta 2002.
- Müftüler-Bac, Meltem. *Turkey's Relations with a Changing Europe*, Manchester-New York, Manchester University Press 1997, p. 58.
- Napoli, Daniela. "The European Union's Foreign Policy and Human Rights", in Nanette A. Neuwahl and Allan Rosas (eds.), *The Hague, Nijhoff*, 1998, pp. 297 – 312.

- Neuwahl, Nanette A. "The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?", in Nanette A. Neuwahl and Allan Rosas (eds.), *The Hague*, Nijhoff, 1998, pp. 1 – 22.
- Neuwahl, Nanette A. "The EU – Turkey Customs Union: A Balance, but No Equilibrium", 4 EFA Rev., (1999), p. 37
- Nowak, Manfred. "Human Rights 'Conditionality' in Relation to the Entry to, and Full Participation in, the EU", in Philip Alston (ed.) with the assistance of Mara Bustelo and James Heenan, *The EU and Human Rights*, Oxford University Press 1999, pp. 687 – 698.
- Smith, Karen. "The Use of Political Conditionality in the EU's Relations with Third Countries: How Effective?", 3 EFA Rev., (1998), pp. 253 – 274.
- Ünal, Seref. "Turkish Legal System and the Protection of Human Rights", SAM Papers No 3/99 (1999), available at: <http://www.mfa.gov.tr/grupa/ac/aca/acad/hmrghts.htm>
- Uğur, Mehmet. *Avrupa Birliği ve Türkiye: Bir Dayanak/İnandırıcılık İkilemi*, Everest 2000
- Van Westering, Jolanda. "Conditionality and EU Membership: The Cases of Turkey and Cyprus", 5EFA Rev., (2000), pp. 95 – 118
- Williams, Andrew. "Enlargement of the EU and Human Rights Conditionality: A Policy of Distinction", 25 ELRev., 2000, pp. 601 – 617

Documents and Newspapers

- Commission Opinion on Turkey's Request for Accession to the Community - 20 December 1989, available at the web page of Turkish Ministry of Foreign Affairs: <http://www.mfa.gov.tr>.
- Commission Opinions on the applications of ten CEECs, COM (1997) 2001 – 2010 final Council Regulation (EC) No 390/2001 of 26 February 2001 on assistance to Turkey in the framework of the pre-accession strategy, and in particular on the establishment of an Accession Partnership, OJ L58/1.
- Council Decision of 8 March 2001 on the principles, priorities, intermediate objectives and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey, (2001/235/EC)
- Council Decision on the principles, priorities, intermediate objectives and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey, OJ 2003 L145/40
- European Commission, Agenda 2000, EC Bull Supp. 5/1997
- European Court of Justice Opinion 2/94, Accession by the Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2 CMLR, (1996), p. 265.
- European Parliament Resolution on the trial of members of the Turkish Grand National Assembly – September 29, 1994, available at: <http://www.europarl.eu.int>
- European Parliament Resolution on the trial of Turkish Members of Kurdish origin of the Turkish Grand National Assembly, Doc. B4-0515, 0526, 0530, 0534, 0540, 0548, 0553, 0555 and 0567/94, December 15, 1994, available at <http://www.europarl.eu.int>

- European Parliament Resolutions of December 13, 1995, see the web page of European Parliament, available at <http://www.euoparl.eu.int>
- European Parliament Resolution on human rights and the situation in Turkey, June 6, 1996, available at: <http://www.euoparl.eu.int>
- European Parliament Resolution on the political situation in Turkey – September 19, 1996, available at: <http://www.euoparl.eu.int>
- European Parliament Resolution on the Commission reports on developments in relations with Turkey since the entry into force of the Customs Union, September 17, 1998, A4-0251/1998, available at: <http://www.euoparl.eu.int>
- European Parliament Resolution on the death sentence on Mr Öcalan and the future of the Kurdish question in Turkey, October 22, 1999, available at: <http://www.euoparl.eu.int>
- European Parliament Resolution on the 2000 Regular Report from the Commission on Turkey's progress towards accession, October 25, 2001, available at: <http://www.euoparl.eu.int>
- Hürriyet Newspaper, July 6, 2001, available at: <http://www.hurriyet.com.tr>
- Milliyet Newspaper, December 15, 1997, available at <http://www.milliyet.com.tr/1997/12/15/index.html>
- National Programme for the Adoption of the Acquis, (2001), available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/index.htm>.
- National Programme for the Adoption of the Acquis, OG (24.07.2003) No. 25178 bis., also available at: <http://www.abgs.gov.tr/NPAA/up.htm>
- Presidency Conclusions, Strasbourg European Council, June 1989 EC Bull 12/1989.
- Presidency Conclusions, Copenhagen European Council, June 1993, EC Bulletin 6/1993
- Presidency Conclusions, Essen European Council, December 1994, Annex IV, <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>
- Presidency Conclusions, Madrid European Council, December 1995, available at: <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>
- Presidency Conclusions, Luxembourg European Council, December 1997, available at: <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>
- Presidency Conclusions, Cardiff European Council, June 1998, available at: <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>
- Presidency Conclusions, Vienna European Council, December 1998, available at: <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>
- Presidency Conclusions, Helsinki European Council, December 1999, available at: <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>
- Proposal for a Council Regulation on assistance to Turkey in the framework of the pre-accession strategy, and in particular on the establishment of an Accession Partnership, (July 28, 2000), COM/2000/502/Final.
- Proposal for a Council Decision on the principles, priorities, intermediate objectives and

conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey (November 8, 2000), COM/2000/714/Final.

Report on the Commission reports on developments in relations with Turkey since the entry into force of the Customs Union, (June 25, 1998), by Edward McMillan-Scott, DOC_EN/RR/356/356875 PE 222.635/fin.

Regular Report from the Commission on Turkey's Progress Towards Accession, (1998), available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/docs.htm>

Regular Report from the Commission on Turkey's Progress Towards Accession, (1999), available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/docs.htm>

Regular Report from the Commission on Turkey's Progress Towards Accession, (2000), available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/docs.htm>

Regular Report from the Commission on Turkey's Progress Towards Accession, (2001), available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/docs.htm>

Regular Report on Turkey's Progress towards Accession, (2002), available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/docs.htm>

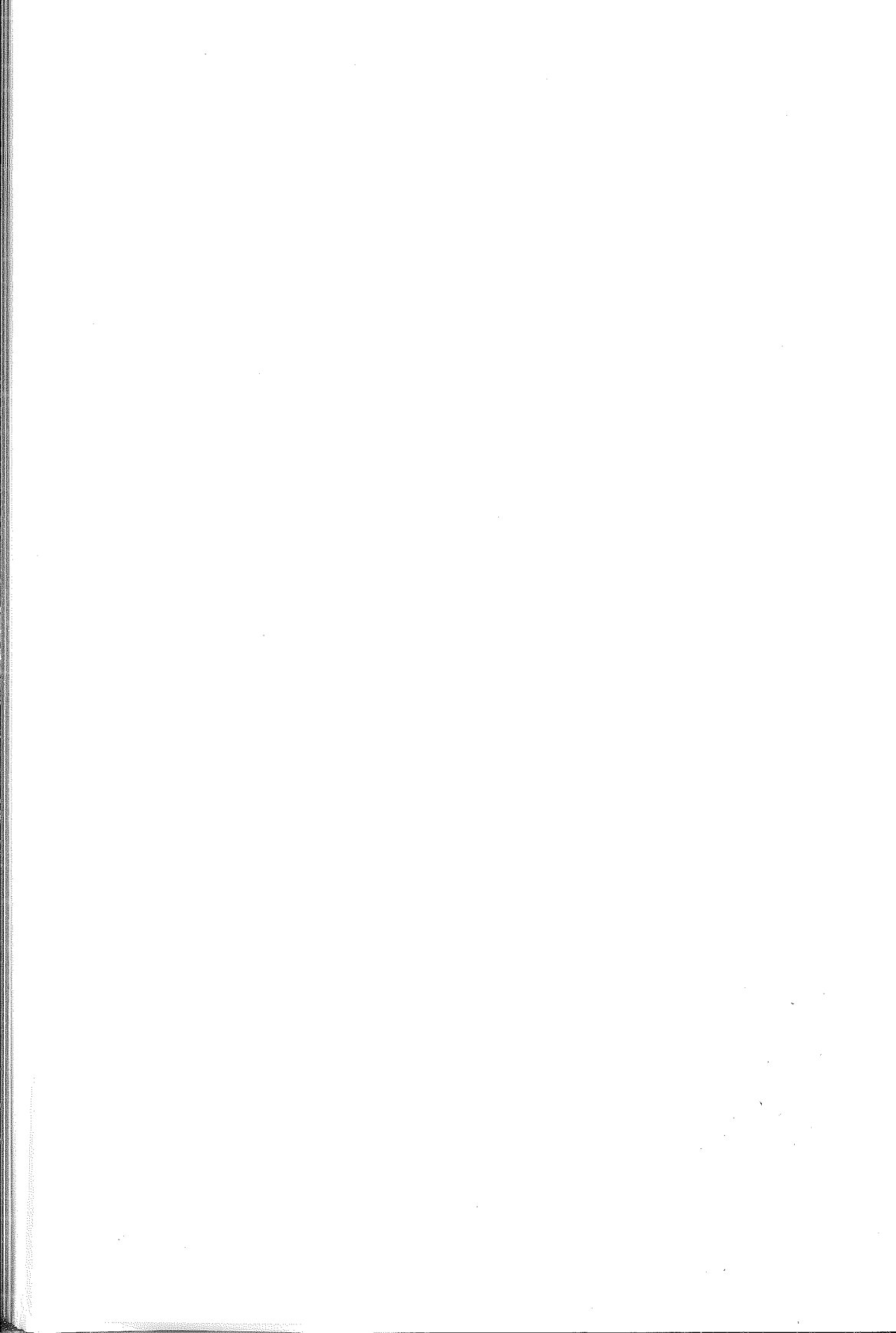
Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession, (2003), available at: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/docs.htm>

Turkish Daily News, June 2, 2002, available at:
http://www.turkishdailynews.com/old_editions

Turkish Daily News, December 15, 1997, available at
http://www.turkishdailynews.com/old_editions

Turkish Daily News, July 27, 1996, available at:
http://www.turkishdailynews.com/old_editions

ÖZEL HUKUK



**ACİZ HÂLİ - BORCA BATIKLIK KAVRAMLARININ FARKI
VE BU YÖNDEN YENİ MK METNİNİN DÜŞTÜĞÜ BİR
YANLIŞLIK**

(MK m. 605 f. II, 618)

**Prof. Dr. Bilge Umar
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

I. Borca batıklık kavramı

Borca batıklık, kişinin malvarlığındaki aktif değerler toplamının, pasif değerler toplamını karşılayamaması durumudur. Kişi, böyle bir duruma düşmüş bulunduğu halde, henüz bir tek ödemesinden bile geri kalmamış, hatta eli altındaki nakit mevcuduna göre veya eşinden dostundan borç alabilmekte olması sayesinde, vadesi gelen eski borçlarını ödeyebilecek dahi olabilir.

Borca batıklık durumunun gerçekleşmesine, hukukumuz, çeşitli sonuçlar bağlamıştır⁽¹⁾. Bu gibi sonuçları öngören kurallar arasında, önce, İİK m. 279 anılmalıdır.

1 İflâs etmiş olmak, bu sonuçlar arasında değildir. Hukukumuzda iflâs etme durumu ancak mahkeme kararıyla gerçekleşir ve bu kararın verilmesi için de borçlunun borca batık durumda bulunması, ne gerekir, ne de yeter. İflâs yoluyla tâkip konusu

İİK m. 279'a göre, borca batık bir borçlunun yaptığı, o maddede belirtilmiş davranışlar, alacaklıların yahut iflâs idaresinin İİK m. 277'deki iptal dâvasına hak verir. Ne var ki yasamızın kökeni olan İsviçre yasasında bu maddenin karşılığı olan m. 287, Almanca metninde, açıkça borca batıklık (Überschuldung; bunun Fransızca hukuk sözlüğündeki doğru karşılığı l'insuffisance d'actif deyimidir) durumundan söz ettiği halde Fransızca metin, "borç ödeyemez durumdaki (aciz halindeki) borçlu" diye Türkçeye çevrilebilecek olan débiteur insolvable deyimini kullandığı ve bizim metnimiz de hukuk devrimimiz sırasında İsviçre yasasının (Medenî Kanun konusunda dahi yapıldığı üzere) Fransızca metninden çevrildiği için, bizim m. 279, "borcunu ödemeyen bir borçlu"dan söz etmektedir. Öğreti, maddemizdeki deyişin yanlış ve yersiz seçildiğinde oybirliği göstermekte ise de, o deyişin nasıl anlaşılması gerektiğinde görüş birliği yoktur. Ben, yasa koyucunun bu konuda İsviçre yasasında var olana göre değişik içerikte kural benimsemek istediği yolunda en küçük işaret bulunmadığından, bizdeki metnin de aynen İsviçre yasasındaki, özellikle yasanın kasdını en açık biçimde ifade eden Almanca metinde olduğu gibi anlaşılması gerektiği kanısındayım ve bu kanımı, iptal dâvasına ilişkin Doktora tezimden ⁽²⁾ bu yana, değiştirmek için neden görmedim. Burhan Gürdoğan, herhalde İsviçre yasası Fransızca metnindeki débiteur insolvable sözcüğünün Almanca metinde yer alan, borca batık borçlu anlamındaki deyişi kastedtiğini (benim gibi) düşündüğü için, maddenin kaynak yasada olduğu üzere anlaşılması gerektiğini açıkça söylemiş ve bu vesileyle, dipnotunda bana, Kemal Arar'a (İcra ve İflâs Hükümleri, c. II, İflâs, Ankara 1945, s. 227), Sabri Şakir Ansay'a (Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. bsl., Ankara 1960, s. 328 not 428), Baki Kuru'nun teksir edilmiş yapıtına (İflâs Hukuku Notları, Ankara 1961/62, s. 112) yollama yapmıştı ⁽³⁾. Talih Uyar da aynı görüşü savundu; yâni, açıkça, bana da yollama yaparak, "Kaynak yasanın Almanca metni, 'daha fiilin yapıldığı anda borca batık

edilmiş borcunu ödememeyi sürdüren ve mahkemenin depo kararı denen ara kararına dahi uymayan borçlu, malvarlığındaki aktiflerin pasiflere oranı ne olursa olsun iflâs hükmüyle karşılaşır. Buna karşılık, iflâs yoluyla icra kovuşturmasının bir aşaması olarak yürüyen iflâs dâvasında (mahkemeden, boçlu hakkında iflâs hükmü verilmesinin istendiği dâvada), depo emri denen ara kararının verilmesi öncesinde veya verildikten sonra onun süresi içinde borcunu ödeyebilmiş borçlu hakkında, borca batık da olsa, iflâs hükmü verilemez.

- 2 Umar, Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Dâvası, Doktora tezi, İstanbul Hukuk Fakültesi yayını, İstanbul 1963, s. 70-71.
- 3 Burhan Gürdoğan, İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s. 228.

olan' borçludan bahseder ki, doğrusu da budur. Yâni bu maddede, borca batık olan... Borçlunun...tasarrufları iptal dâvasına konu olmaktadır" dedi; hemen arkasından da, "Nitekim kaynak yasanın Fransızca metni, bizimkinden daha açık olarak, aciz hâlindeki borçludan bahsetmektedir" eklenmesini getirerek, kaynak yasanın Fransızca metnindeki deyişi, Almanca metnindeki deyişle bir tuttuğunu belirtti (4).

Böyle iken, Baki Kuru hocamızın bir ifadesi, öyle görünüyor ki, "ortalığın karışmasına" yol açtı. Gerçekten, sayın hocamız, İflâs Hukuku kitabında, bir yandan bizim maddedeki deyişi dahi kaynak yasada Almanca metinde açıkça söylendiği üzere borca batık borçluyu kasteder anlamda yorumlarken ve bu yorumunu kuşkuya hiç yer bırakmayan bir ifadeyle dile getirirken, "İsviçre İİK (m. 287), tasarrufun borçlunun borca batık olduğu (pasifinin aktifinden fazla olduğu) devrede yapılmış olması şartını da aramaktadır. Bu şart her nedense bizim kanunumuza alınmamıştır, fakat bunu maddede mefruz saymalıdır (Ansay, s. 328; Gürdoğan, s. 228; Umar, s. 70) . Esasen, 279. maddemizin son fıkrasındaki, 'Borçlunun hal ve vaziyeti' deyimini, borçlunun borca batık olması şartı ile izah edilebilir" dedi (5) . İşte burada yer verilen, "Bu şart her nedense bizim kanunumuza alınmamıştır" ifadesi (oysa ortada, şartın alınmaması değil, uygulanma şartını ifade eden deyimini Fransızca metnindeki karşılığının az çok kaypak olması yüzünden bizim metnimizin de yetersiz bir deyimle yer vermesi durumu vardır), daha sonra iptal dâvası konusunda Doçentlik tezi hazırlayan Kâmil Yıldırım'a, "Bu açıklama, bize, m. 279'a aciz hâliyle sınırlı bir anlam verilmek istendiği izlenimini vermektedir" dedirtti ve Yıldırım, bu sözünden hemen sonra, bir adım daha ileriye giderek, "Kanaatimize göre, m. 279'u iptal hukukuna ait diğer iki maddeden ayıran husus, borçlunun aciz hâli (aktifinin yetersizliği) değildir" hükmünü ifade etti (6) . Gereğesi şöyledir: "Çünkü bu unsur bir ölçüde m. 278 ve m. 280 için de geçerlidir". Bu gereğeyi anlayamadım. İptal dâvasının diğer iki türünde de tıpatıp aynı yahut kısmen aynı uygulanma unsurun aranacak olup olmadığının, m. 279'daki uygulanma unsurunu belirlemek bakımından önemi nedir ? Ya-sa, şu çeşit dâvayı açabilmek için a olgusunun gerçekleşmesi gerekir diye bir kural getirmişse, aynı olguyu bir başka dava çeşidi için de arayamaz mı? Arayabileceğini değerli meslekdaşım Yıldırım'ın kendisi de söylüyor,

4 Talih Uyar, İptal Dâvaları, 2. bsl., Ankara 1991, s. 93.

5 Baki Kuru, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, s. 382 dn. 17.

6 M. Kâmil Yıldırım, İcra ve İflâs Hukukunda İptal Dâvaları, İstanbul 1995, s. 202.

“çünkü bu unsur bir ölçüde m. 278 ve m. 280 için de geçerlidir” sözü onundur (demek, m. 278’de olsun m. 280’de olsun aynı uygulanma unsuruna yer verilmiştir).

Borca batıklık durumuna hukuksal sonuç bağlayan diğer hukuk kurallarımız arasında MK m. 206 bent 1 (eski MK m. 175 bent 3 ve 176 bent 1, aciz durumunu arıyordu), MK 530 (eski MK’da m. 477), MK m. 605 f. II/eski MK m. 545 (yeni metinde yanlış ifade kullanılmıştır ve şimdiki inceleme yazımızın ana konularından biri budur), MK m. 617/eski MK m. 557, MK m. 618/eski MK m. 558 (yeni metinde yine yanlış terim kullanılmıştır), TTK m. 324 f. II c. 3 (burada cümle 1’deki aciz hâli ile cümle 3’deki borca batıklık hâlinin birbirinden ayrı tutulduğuna özellikle dikkat edelim!), 446 f. II, 546 (burada dahi aciz hâli ile borca batıklık hâli birbirinden ayrı tutulmaktadır), İİK m. 179 başlıca örnekledri.

II. Aciz hâli (borç ödemededen aciz) kavramı

Aciz hâli, borçlunun, ödeme araçlarından yoksunluğu nedeniyle, derhal ödenmesi gereken para borçlarını ödemek konusundaki süreli iktidarsızlığıdır⁽⁷⁾. Bu kavram, İsviçre hukuk sözlüğünde, Almanca Zahlungsunfaehigkeit ve Fransızca insolvabilité terimleriyle anlatılır.

Almanca Überschuldung ve Zahlungsunfaehigkeit terimleri, Alman hukuk sözlüğünde de, İsviçrede olduğu gibi, söylediğimiz anlamlarda, yâni -sırası ile- borca batıklık ve aciz hâli anlamlarında kullanılır.

Buna karşılık, Fransada, sözü edilen kavramları anlatacak terim tüümüyle yerleşmiş olmadığı gibi; İsviçre’nin Fransızca hukuk sözlüğü de, borca batıklık karşılığında l’insuffisance d’actif ve âciz hâli karşılığında l’insolvabilité terimlerini kabul edinceye kadar hayli duraksama geçirmiştir. Böylece, İsviçre’de bugün “aciz hâlinde” karşılığı kullanılan insolvabile sözcüğü, SchKG/LP (İsviçre’nin federal İİK) m. 287 Fransızca metninde, “borca batık” yerine kullanılmıştır ve bu ifade, İİK m. 279’a, işaret ettiğimiz üzere, yanlış olarak, “borcunu ödemeyen bir borçlu” diye geçmiştir. Çünkü, Fransa’nın hukuk sözlüğünde, l’insolvabilité terimi genel olarak, İsviçre’nin bugünkü hukuk sözlüğünde olduğunun tersine, “borca ba-

7 Böhle/Stamschraeder, Konkursordnung, Kısa şerh, 8. bsl., § 102 No. 2; P. Carry, La révision de la Loi sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite (Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins, 1932, Heft 2, s. 373a-542a), s. 452a.

tıklık” anlamında kullanılmaktadır (8).

Aciz hâline ya da özel olarak, bunun görünüş biçimlerinden biri olan, borçluya karşı girişilmiş icra kovuşturmasının sonuçsuz kalması yâni tâkip konusu alacağın tahsil edilememesi hâline, kanun birçok hukuksal sonuç bağlamıştır. Bu sonuçları öngören yasa kuralları arasında şunlar sayılabilir:

MK m. 87 bent 4 (eski MK m. 70; derneğin borç ödemede acze düşmüş olması), MK m. 210 f. I/eski MK m. 177, MK m. 393/eski MK m. 343, MK m. 468 f. I/eski MK m. 410, MK m. 483 f. I/eski MK m. 427 cümle 2, MK m. 513/eski MK m. 460, MK m. 562/eski MK m. 504, MK m. 640 f. V/eski MK m. 583 f. II, MK m. 648/eski MK m. 588, MK m. 952/eski MK 866; BK m. 82, 169 f. II, 171 f. I cümle 2, 245 f. II, 310 f. I ve II, 346, 486 f. I, TTK 132 f. III, 179 f. I, 180, 191, 256, 261, 267, 324 f. II, 476, 546, 625 f. II bent 2 (burada ödemelerin tâtili ile, icra takibinin sonuçsuz kalmasından ibaret aciz hâli görünüşü arasında ayırım yapıldığına dikkat edelim), 626 f. V (aynı durum vardır), 718 (aynı durum vardır), 740 f. I cümle 2 (aynı durum vardır), 1148 f. III, 1272, 1302, 1457; İİK m. 105, 143, 277 bent 1, 278, 279 f. I, 331 f. I, 332 f. I, 338 f. II.

Bunlardan başka, -aşağıda inceliyeceğimiz- “ödemelerin durdurulması”na bağlanan hukuksal sonuçlar, aciz hâlinin gerçekleşmesi üzerine de, evleviyetle, ortaya çıkar. Halbuki, borca batık olma durumuna bağlanan hukuksal sonuçlar, sırf acze düşmüşlük hâlinin gerçekleşmesiyle ortaya çıkmaz; çünkü aciz hâlindeki kişi henüz borca batık olmayabilir. Bunun tersi de doğrudur, yani sırf borca batık duruma düşme (örneğin kişinin malvarlığı aktifinde en önemli bölümü oluşturan hisse senetlerinin birdenbire değer yitirmesiyle malvarlığı aktifinin azaltılması ve hesap yapılırken, aktifler toplamının pasifler toplamından aşağıda kaldığının görülmesi) aciz hâline bağlanan hukuksal sonuçları kendi başına doğurmaz, çünkü borçlu - özellikle, vadesi gelmiş borçlarını karşılayacak kadar ödeme yapabilecek durumda olan yahut kredi bulabilen borçlu- vadesi gelen borçları ödeyememiş duruma düşmemiş, dolayısıyla aciz hâline düşmemiş olabilir.

III. Ödemelerin durdurulması (tâtili) kavramı

Ödemelerin durdurulması (Almanca karşılığı: Zahlungseinstellung;

8 Carry, s. 451a dn. 133.

Fransızca karşılığı: cessation yahut suspension des paiements), aciz hâlinin bir emâresinden ibarettir (bkz. Alman İflâs Kanunu, § 102 f. II), ama onun tek emâresi değildir. Yasanın (İİK m. 177 bent 2 vb.) kastedtiği anlamda “ödemelerin durdurulması”, borçlunun eseri olmalı ve süreli bir iktidarsızlığa delâlet etmelidir⁽⁹⁾.

Ödemelerin durdurulması, bir tâkipsiz iflâs nedenidir (İİK m. 177 bent 2) . Sözü edilen olgunun diğer hukuksal sonuçlarına örnek olarak bkz. TTK m. 625 bent 2, 626 f. V, 718, 740.

IV. Yeni MK metninde bu konudaki yanlışlıklar

1. MK m. 605 f. II'nin eleştirisi

Yeni MK m. 605 f. II kuralının eski yasadaki karşılığı olan m. 545 cümle 2, mirasın reddedilmiş sayılması fiksiyonunun⁽¹⁰⁾ yâni ortada bir mahkeme hükmü bulunmadığı, bulunması gerekmediği halde “hükmen red” diye anılması âdet olmuş durumun ortaya çıkması için “terekenin borca müstağrak olduğu şâyi veya sâbit olursa” diyordu. Yeni metin ise “mi-

9 C. Jaeger, *Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite*, édition française par Petitmermet/Bovay, cilt III, Lausanne (1923 ?), m. 190 No. 11. Yazarın kaydettiği üzere, çekişmesiz bir borç dahi söz konusu olsa, bir borcun ödenmemesini kendi başına “ödemelerin tâtili” saymak zorunlu değildir.

10 Fiksiyon, kesin karineden farklıdır. Gerçek anlamda kesin karine, belli bir hukuk kuralının uygulanabilmesi için o kuralın kendisi gereğince varlığı aranacak bir a olgusunun kanıtı konusunda kolaylık sağlayan ve bir b olgusu kanıtlanırsa bunu a olgusunun kanıtlanması anlamında sayan; üstelik, b olgusu kanıtlanınca artık a olgusunun gerçekleşmemiş bulunduğu kanıtlanmasına olanak tanımayan bir isbat usulü kuralıdır (dolayısıyla, yargılama hukukunun bir kuralıdır) . Fiksiyon ise, bir maddî hukuk kuralının uygulanabilmesi için yine o kuralın kendisi gereğince varlığı aranacak a olayı ile bir b olayını eş değerde sayan diğer bir maddî hukuk kuralıdır. Dolayısıyla, kuraldan yararlanmak isteyen kişi, dilerse a olgusunu dilerse b olgusunu isbat eder ve aslında a olgusunun var olmadığını isbata bir engel bulunmadığı halde, böyle bir isbat işe yaramaz, çünkü hukuksal sonucun doğması açısından b olgusu a olgusuyla eşit değerde sayılmıştır. İİK m. 278 bent 1-3'de çok tipik fiksiyon örnekleri vardır; tâkip borçlusunun o bentlerde gösterilen işlemleri, maddenin uygulanması ve iptal dâvasının kabulü bakımından, bağışlama hükmünde tutulmuştur. MK m. 605'deki olgular gerçekleşmişse terekenin reddedilmiş sayılması da bir fiksiyondur. Çünkü terekenin reddi aslında mirasçının irade beyanıyla yapılan bir hukukî işlemin sonucu iken, o işlem yapılmadan, söylediğimiz olgulara o işlemle aynı hukuksal sonucu bağlamaktadır.

rasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tesbit edilmiş ise” demekle, bu lâfza itibar ettiğimiz takdirde, kuralı iki yönden değiştirmiştir:

a. Borca batıklık değil, borç ödemekten aciz aranacaktır ve yetecektir (gördüğümüz üzere, ikisi farklı kavramlardır);

b. İsviçre hukukunun tersine, borç ödemekten aciz (âcizlik) durumunun bile “şâyi” daha doğrusu mâruf (notoire) olması aranmayacaktır, öyle olup olmadığı önemli değildir, yeni metnimizin lâfzına göre borç ödemekten aczin (aciz belgesiyle resmen belirlenmiş değilse) *açıkça belli* olması aranacaktır. Bu, eskisine göre bir yönden daraltıcı, bir yönden genişletici bir ifadedir. Daraltıcıdır, çünkü aciz durumu herkesin ağzında (şâyi) olsa bile, borç ödemekten aczin gerçekten de var olduğunun hem de bunun *açıkça belli* olduğunun söylenmesini haklı kılacak olgular bulunmuyorsa, bir şüyu, söylentinin yaygın olması, “miras reddedilmiş hükmündedir” demeye olanak vermeyecektir. Ama yeni ifade, bir yönden de genişleticidir: Ortada yaygın söylenti yok hatta hiçbir söylenti yok iken, borçlunun, ödenmemekle kendisini çok ağır koşullarla (örneğin çok yüksek temerrüt faiziyle) karşı karşıya bırakacak bir borcunu, hele hele önceden uyarılmış iken, vâdesinde ödeyememesi ve ertesi gün de intihar etmesi durumunda, borç ödemekten aczin açıkça belli olduğu ortadadır ve yeni metne göre, miras reddedilmiş hükmündedir.

Aslında bütün bu görünüş yanıltıcıdır ve kanunun lâfzında kullanılan “ödemeden aciz” deyimine rağmen bu deyim, eskisi anlamında yâni “borca müstağrak” (borca batık; aktifi pasifini karşılayamayacak halde) diye anlaşılmalıdır, yasanın ruhu bunu gerektirir⁽¹¹⁾. Gerçekten, aktif değerleri, pasifler toplamından kat kat fazla olan bir kimse dahi, geçici nakit sıkıntısı nedeniyle, borç ödemekten aciz hâline düşebilir; bu husus açıkça belli olabilir, pek yaygın biçimde söyleniyor (şâyi, mâruf) da olabilir. Bu kişi o hale düştüğünün ertesi günü ölüverirse onun terekesini “hükmen reddedilmiş” saymak mirasçılarının pek şiddetle hakkını ve çıkarını çiğ-

11 Anlaşıyor ki, yeni yasanın tasarısı hazırlanırken, eski yasada düşülmüş bulunan çeviri yanlışları giderilmek istenmiş ama yine kaynak yasanın Fransızca metnine bakılmış ve İsviçre MK m. 566’da l’insolvabilité deyiminin anlamındaki (yukarıda anlattığım) belirsizlik nedeniyle bunu aciz hâli diye çevirip Türkçe metinde “düzeltme yapmak” istenmiştir. Yoksa, İsviçre yasası dahi, örneğin m. 597’de, l’insolvabilité terimini borca batıklık anlamında kullanır ve o maddenin bizdeki karşılığında da (MK 636/eski MK m. 576) bununla kasdedilenin borca batıklık olduğu, “mevcudu borçlarını ödemeye yetmeyen tereke” deyişiyle, belirtilmiştir.

ner. Çünkü yapılacak icra takibinde veya terekenin bizzat mirasçılarca (yahut resmen) tasfiyesinde borçlar rahatça ödenecek, mirasçılara belki de pek yüklü bir aktif bakiyesi kalacaktır. Demek ki, aranacak olgu, terekenin borca batıklığı olgusudur; borç ödemekten aczi değil. Bu olgu ya açıkça belli olmalıdır, ya da resmen saptanmış olmalıdır. Resmen saptanmışlığın en çok rastlanacak yöntemi, mirasbırakana karşı yapılmış icra kovuşturmasında aciz belgesinin çıkmış olmasıdır. Dikkat edilsin, bu belge, adına rağmen, sâdece borç ödemekten acze düşmüş olmayı saptamıyor; yapılan icra kovuşturmasında, borçlunun takip konusu edilmiş alacakları karşılayacak değerde aktifinin bulunmadığını yahut bulunanların satılmasıyla elde edilen bedelin o alacağı/alacakları karşılayamadığını, demek ki borca batıklık (pasifin aktifi aşması) durumunun varlığını belgeliyor⁽¹²⁾.

2. MK m. 618'in eleştirisi

Borca batıklık ve borç ödemekten aciz kavramlarının karıştırılması, yeni m. 618'de de görülüyor. Eski metin (m. 558), tıpkı şimdiki m. 617/eski m. 557 gibi, doğru olarak "mevcudu borcuna yetmeyen" diyordu; yeni metin (m. 618) ise, "ödemeden âciz bir mirasbırakanım" deyişini kullanmaktadır. Bu deyimün sakıncası özellikle şu yöndendir:

Yasa, borca batık terekeyi reddetmiş mirasçyı, pek sınırlı bir ölçüde de olsa, tereke alacaklılarına karşı sorumlu tutmak istiyor. Oysa, reddedilen tereke borca batık değil idiye yâni mirasbırakanın nakit sıkıntısı gibi bir nedenle borç ödeyemez duruma, ödeme âcizliğine (acize) düşmüş olmasına rağmen tereke aktifleri pasifin üzerinde idiye (ve mirasçı, örneğin, duygusal nedenlerle ben o mirası istemem diyerek redde bulunmuşsa), terekenin kendisinden alacak tahsili olanağına sahip alacaklılar karşısında, red beyanında bulunmuş mirasçyı, maddede gösterilen sınırlı kapsamda da olsa, sorumlu tutmanın hiç gereği, mantığı, adaleti olamaz. Demek ki burada da metni, lâfza rağmen, MK m. 1 gereğince, yasanın özü/ruhu doğrultusunda anlayacağız yâni "ödemeden aciz" sözlerini, "borca batık" (aktif pasifine yetmeyen) diye anlayacağız.

12 Doğrusu, aciz belgesi bu yönden kesin bir kanıt değildir. Çünkü: a. Borçlunun, haczedilmez sayılmış, ama kendisinin borç ödemek için değerlendirebileceği (yüksekçe emekli aylığı gibi) gelirleri, diğer malvarlığı aktifleri varken icra tâkibinde bunlara el atılamaması nedeniyle aciz belgesi çıkarılmış olabilir; b. Borçlu, hapsi göze alarak, mal beyanında bulunmamış yahut mallarını eksik bildirmiş, alacaklı da borçlunun haczedilebilir malvarlığı parçalarını öğrenememiş olabilir.

ALACAKLI TESELSÜLÜ VE BUNA İLİŞKİN BAZI DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. KAVRAM

Bir borç ilişkisinde borçlunun karşısında birden fazla alacaklı mevcut olup da, bunlardan herbiri alacağın tamamını isteyebiliyorsa ve borçlu dahî bu alacaklılardan birine ifada bulunmakla bütün alacaklılara karşı da borçtan kurtuluyorsa, alacaklılar arasında teselsülden veya müteselsil alacaklılardan bahsedilir¹. Teselsülün bu türüne, “aktif teselsül” dahi denilmektedir²⁻³. Bu hukukî görünüm, “müteselsil alacak”, “alacaklı teselsülü” veya “müteselsil alacaklılık” gibi terimlerle de anlatılabilir.

1 Bkz., von Tuhr (C. Edege), Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, Cilt 1-2, Ankara 1983, s.814; E. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s.499; Guhl/Merz/Kummer, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1980, s.27.

2-3 Bkz., E. Özsunay, Borçlar Hukuku Dersleri, I, İstanbul 1976, s.155. Ayrıca H. Becker, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Bern 1941, Art. 150, N.1.

Alacaklılar arasındaki teselsül kurumu, BK.148 hükmü ile düzenlenmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, borçlunun karşısında birden fazla alacaklının bulunduğu her durumdan, mutlaka alacaklı teselsülünün varlığı sonucu çıkarılamaz. Şâyet, alacaklılardan herbiri, borcun ancak bir kısmının ifasını talep edebiliyorsa, teselsülden değil, fakat kısmî alacaklılıktan bahsedilir⁴. Öte yandan, borcun ifası ancak alacaklıların tamamı tarafından istenebiliyorsa ve borçlu da alacaklıların hepsine birlikte ifade bulunmak zorunda ise, gene alacaklı teselsülü yoktur. Bu halde, elbirliği halinde alacaklılık veya kollektif alacaklılık söz konusudur⁵. Meselâ, BK.534 gereğince adî şirket alacakları, MK.640 uyarınca terekedeki alacaklar bu konuda verilebilecek örneklerdendir⁶. Eğer, borçlunun edimi bölünemez nitelikte ise, birden fazla alacaklıdan herbiri ifayı isteyebildiği halde, ortada alacaklı teselsülü gene yoktur. Zira, bu durumda, borçlunun alacaklılardan birine ifade bulunması yeterli olmayıp, onun, alacaklıların hepsine birden ifade bulunma zorunluluğu mevcuttur (BK.69/c.2) ⁷.

Alacaklılar arasındaki teselsülün hukukî niteliği de, burada kısaca ele alınmalıdır. Bu konunun ayrıntılarına girmeden hemen söyleyebiliriz ki, müteselsil alacaklılık ilişkisinde alacaklı sayısı kadar borcun mevcut olduğu genellikle kabul edilmektedir⁸⁻⁹. Esasen, bu husus üzerinde, müteselsil borç ilişkisinde olduğu kadar durulmamaktadır. Bu görünümü, konunun sadece teorik önem taşımaya bağlamak da uygun olmaz. Zira, müteselsil borç bakımından da, konunun bugün pratik öneme sahip olmadığı görülmektedir. Ama, buna rağmen, müteselsil borcun hukukî niteliği daha geniş biçimde ele alınmaktadır. Öyle sanıyoruz ki, söz konusu görünüm, müteselsil alacakların, müteselsil borçlara nisbetle, pratik hayatta daha az önem taşımaya ile izah edilebilir. Gerçekten, bir yandan alacağın temliki, diğer yandan da vekâlet kurumları sâyesinde, müteselsil alacaklı-

4 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İkinci bası, İstanbul 1998, s.837

5 Bkz., Bucher, s.501; Oğuzman/Öz, s.837

6 Bu hususta ve diğer örnekler için bkz., Oğuzman/Öz, s.837.

7 Bkz., von Tuhr (Edege), s.820-821; Oğuzman/Öz, s.837. Belirtelim ki, bu durumda alacaklılar arasında teselsül bulunduğu görüşünde olanlar da vardır (bu görüşte, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s.327).

8-9 Bkz., meselâ von Tuhr (Edege), s.815; Bucher, s.500; Oğuzman/Öz, s.838; F. N. Feyzioğlu, Boçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1977, s.342.

lık kurumundan beklenen faydalar, önemli ölçüde sağlanabilmektedir¹⁰.

Müteselsil alacaklıların farklı hükümlere tâbi tutulabilmeleri, müteselsil alacak ilişkisinde alacaklı sayısı kadar borç (veya alacak) bulunması ile açıklanmaktadır. Meselâ, alacaklılardan biri, borçluyu ibra veya alacağını temlik edebilir, borçluya ödeme süresi tanıyabilir ya da mevcut vadeyi uzatabilir. Ancak, önemle belirtilmelidir ki, bu ve benzeri işlemler, yalnız işlemin tarafı olan alacaklıyı etkiler¹¹. Çünkü, burada da, müteselsil borç ilişkisinde olduğu gibi, “diğerlerinin durumunu ağırlaştırılmama” kuralı yürür¹². Bu bakımdan, BK.144 hükmünden kıyasen yararlanma mümkündür¹³.

Müteselsil alacaklılık ilişkisinde birden fazla alacak olduğu, bir alacaklının alacağının diğerinden farklı hükümlere tâbi olmasında da görülür. Meselâ, alacaklılar bakımından muacceliyet tarihi farklı olabilir ya da bir alacaklının alacağı şarta bağlanmış olduğu halde diğerininki şarta bağlanmamış bulunabilir¹⁴.

Şunu da belirtelim ki, müteselsil alacaklar, ilişkinin özelliği gereği, birbirinden tamamen bağımsız da sayılamazlar. Bunların bir birlik içinde buldukları, yekdiğeri ile irtibatlı oldukları şüphesizdir¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷. Gerçekten, borçlunun alacaklılardan birine ifada bulunması halinde borcun alacaklıların hepsi için sona ermesi (BK.148/II), başka türlü izah edilemez. Şu halde, müteselsil alacak ilişkisi de, müteselsil borç ilişkisi gibi, çeşidi kendine özgü (sui generis, nev’i şahsına münhasır) bir ilişkidir.

II. DOĞUMU

Alacaklılar arasında teselsül dahî ya hukukî işlemde, ya da kanundan doğmaktadır (BK.148/I) . Aynı durumun, müteselsil borcun doğumu bakımından da söz konusu olduğunu biliyoruz. Şimdi, bu iki kaynağı ayrı ayrı ele alalım.

10 Bkz., Feyzioğlu, s.338

11 Bkz., Bucher, s.500; Feyzioğlu, s.342

12 Bkz., Bucher, s.500 ve orada dpn.74.

13 Ayrıca bkz., Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 5. Auflage, Zürich 1991, s.313, N.3777.

14 Bkz., Oğuzman/Öz, s.838.

15-16-17 Bkz., Bucher, s.500.

1) Hukukî İşlem Yolu İle

Burada ilkönce anılması gerekli yol, borçlu ile alacaklıların müteselsil alacaklılık yönünde sözleşme yapmalarıdır. Bu sözleşmede, borçlu ile alacaklılar, şu husus üzerinde anlaşmış olmalıdırlar: Alacaklılardan herbiri, borçludan, borcun tamamının ifasını tek başına isteyebilecek ve böyle bir ifa gerçekleşince, borç diğer alacaklılar bakımından da sona erecektir.

Bazıları ise, borçlu ile alacaklılar arasında yapılacak sözleşmede, alacaklılardan herbirinin borçludan borcun ifasını tek başına isteyebileceğinin hükme bağlanmasını, alacaklı teselsülü için yeterli görmüşlerdir¹⁸. Bu düşünce tarzının kurumun mahiyetine uymadığı görüşündeyiz. Kanuna göre, borçlunun müteselsil alacaklılardan birine ifada bulunması onu diğer alacaklılar karşısında da borçtan kurtaracağına göre (BK.148/II), bu nokta müteselsil alacaklılık bakımından bir unsurdur. Başka bir deyişle, borçlu karşısında birden fazla alacaklının bulunduğu ve bu alacaklılardan herbirinin borcun tamamının ifasını borçludan isteyebilecekleri durumlarda, borcun alacaklılardan birine ifası, borcu, bütün alacaklılar için de ortadan kaldırıyor, alacaklı teselsülü vardır. Bu son hâl mevcut değilse, alacaklı teselsülünden söz etmeye BK.148/II karşısında imkân yoktur. Bunun içindir ki, BK.69'da ifadesini bulan taksimi kabil olmayan borcun alacaklıları arasında teselsülün bulunmadığına, yukarıda işaret olunmuştur¹⁹⁻²⁰⁻²¹.

Alacaklılar arasında teselsülün varlığı için mutlaka "teselsül" kelimesinin kullanılmış olması gerekmez. Tıpkı müteselsil borçlulukta olduğu gibi, burada da yorum yolu ile teselsülün varlığı sonucuna gidilebilir. Ancak, müteselsil alacaklılık yönünde sözleşmede temel mevcut değilse, yani hareket noktası sözleşmenin içeriğinde yoksa, artık kısmî alacaklılığın varlığı kabul edilmek gerekecektir. Bu husustaki ispat yükü, teselsülün varlığını iddia edenin üzerindedir. Acaba, kısmî alacaklılığın varlığı sonucuna gidilirse ve alacak paylarının miktarı da şüpheli ise, nasıl bir çözüme varılmalıdır? Kanaatimizce, burada da, müteselsil borçluluğun varlığının kabul edilemediği durumlarda, yani kısmî borçlulukta, şüphe halinde herbir borçlunun hangi oranda borçlu olduğu sonucuna varılacaksa, aynı düşünce bu bakımdan da geçerli olmalıdır. O halde, kısmî alacak hakkı sa-

18 Bkz., Keller/Schöbi, Das schweizerische Schuldrecht, Basel und Frankfurt am Main 1984, s.32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop., s.327.

19-20-21 Bkz., yukarıda (7) no.lu dipnotunda gösterilen yerler.

hipleri, şüphe halinde, alacak miktarı bakımından eşit durumda bulunacaklardır.

Belirtmeliyiz ki, alacaklı teselsülünün doğumu için, buna ilişkin hükümün başlı başına bir sözleşmenin konusunu teşkil etmesi ile bunun herhangi bir işlemin hükümlerinden biri olması arasında fark yoktur. Açığı ki, birinci halde, borcu (alacağı) doğuran kaynağa atıf yapılacaktır.

Hukukî işlemle alacaklı teselsülünün doğumuna, pratik hayatta, meselâ, bir bankada açtırılan müşterek hesaplar, verilmesi gereken örneklerden biridir²². Bu durumda, banka ile hesap açtıranlar arasında müteselsil alacaklılığa ilişkin olarak yapılan sözleşme, alacaklı teselsülünü doğuracaktır.

Mevcut alacağa sonradan katılarak müteselsil alacaklı olmak da mümkündür. Ancak, bunun için, ilişkiye yeni giren alacaklının, borçludan başka, mevcut alacaklı (ilk alacaklı) ile de bu yolda anlaşmış olması gerekir. Zira, müteselsil alacaklı haline gelmek, önceki alacaklının durumunu, açıktır ki, olumsuz yönde etkileyecektir²³.

Acaba, alacaklı teselsülünün doğumu için mutlaka alacaklılar ile borçlu arasında buna dair bir sözleşme mi yapılmalıdır? Bir diğer deyişle, tek taraflı hukukî işlemler de bu teselsülün kaynağını teşkil edebilecek midir? Bu sorunun cevabı olumludur. Meselâ, bir vasiyetnamede, birden fazla vasiyet alacaklısı, vasiyet edilen miktarı talep bakımından müteselsil alacaklı kılınabilir²⁴. Kanundaki ifade tarzı, bu sonuca varmaya elverişlidir. Gerçekten, BK.148/I hükmünde, alacaklı teselsülünün doğumu için alacaklılar ile borçlu arasında mutlaka bir “akit, sözleşme” yapılması aranmış değildir. Esasen, bu konuda sadece “sözleşme”yi aramanın izahı da yoktur.

2) Kanun Hükümü İle

Bazı hallerde, müteselsil alacaklılığın kanundan doğduğu da görülmektedir. Meselâ, mükellefiyetli bağışlamada (BK.240), şâyet mükellefiyet kamu yararına konulmuşsa (BK.241/II), mükellefiyetin yerine getirilmesini hem ilgili kamu makamı (BK.241/II), hem de bağışlayan kişinin

22 Bkz., Bucher, s.499, dpn.71; Keller/Schöbi, s.32.

23 Bkz., von Tuhr (Edege), s.815, dpn.2.

24 Oğuzman/Öz, s.839.

mirasçıları isteyebileceklerdir²⁵. Her ne kadar BK.241/II hükmü kamu yararına konulmuş mükellefiyetin icrasının “bağışlayanın vefatından sonra ait olduğu mercie intikal” edeceğini söylemek suretiyle mirasçıları bu bakımdan safdışı etmiş gibi bir görüntü veriyorsa da (gerçekten bu hüküm bir önceki hüküm olan BK.241/I ile birlikte ele aldığımızda anılan görüntü ortaya çıkıyor), bu görüntüye kapılmak, miras hukukundaki külli halefiyet prensibi (MK.599) ile bağdaşmaz. Nitekim, verilen örnekte, mükellefiyetin icrasının hem ilgili kamu makamı hem de bağışlayanın mirasçıları tarafından istenebileceği, konuya salt bağışlama ilişkisi açısından bakan yazarlarca da kabul edilmektedir²⁶. Başka bir deyişle, vardığımız bu sonuç bakımından tereddüte yer yoktur.

Ne var ki, konuya daha yakından bakınca, burada, tam anlamıyla (kâmil mânâda) alacaklı teselsülünden bahsetmenin yerine, alacaklı teselsülüne benzer bir durumun varlığını söylemenin daha doğru olduğunu görüyoruz. Kamu yararına konulmuş olan mükellefiyetin icrası bağışlayan ve onun ölümünden sonra mirasçı tarafından istense de, bu istem, ilgili kamu mercii yararına yönelecektir. Başka bir deyişle, bağışlayan veya onun mirasçısına yapılacak ifa, mükellefiyetli bağışlamayı kabul eden kimseyi mükellefiyetin icrası bakımından kurtaramayacaktır. Kamu yararına konulan mükellefiyetin niteliğinden çıkan sonuç da budur. Gerçekten, bu tür bir mükellefiyetin başka şekilde (başka kişi yararına) icrası esasen mümkün değildir. Oysa, alacaklı teselsülünde, borçlunun ifayı alacaklılardan birine yapması, gördüğümüz üzere, borçluyu diğer alacaklılar karşısında da borçtan kurtarmaktadır (BK.148/II).

Alacaklı teselsülünün kanundan doğmasına örnek olarak gösterilecek başka haller de vardır. Alt kira ilişkisinde kiraya verenin de kiracı (alt kiraya veren) gibi, kiralanan şeyin sözleşmeye uygun kullanılmasını alt kiracıdan isteme hakkının bulunması (BK.259/III) bu husustaki örneklerdendir²⁷. Keza, vekil tarafından başkasının vekil kılınması (tevkil edilmesi) durumunda da, vekilin (yani alt vekil kılının, alt müvekkilin) sahip olduğu hakları ilk vekil kılan (ilk müvekkil) alt vekile karşı kullanabilece-

25 von Tuhr (Edege), s.815; Bucher, s.499, dpn.72.

26 Meselâ bkz., N. Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s.112; K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1974, s.229; C. Yavuz, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt, İstanbul 1994, s.215.

27 von Tuhr (Edege), s.815; Bucher, s.499, dpn.72; Guhl/Merz/Kummer, s.27.

ğinden (BK.391/III), burada da kanundan doğan alacaklı teselsülünün mevcut olduğu söylenmiştir²⁸. Aslında, bu son örnekteki durum da mükeltefiyetli bağışlamada olduğu gibidir. Yani, burada dahî, tam anlamıyla alacaklı teselsülü mevcut olmayıp, alacaklı teselsülüne benzeyen bir hal vardır. Gerçekten, alt vekil eğer vekâleti ifada gereği gibi özen göstermeyecek müvekkile zarar verirse, vekilin (alt müvekkilin) ona karşı yönelen talebi, tazminatın müvekkile (kendisine değil) verilmesine dair olacak, müvekkilin talebi ise bizzat kendisine tazminat verilmesine yönelecektir²⁹.

Tam başkası yararına sözleşmede ise (BK.111/II), durum biraz daha değişiktir³⁰.

III. HÜKÜMLERİ

Daha önce de temas edildiği üzere, müteselsil alacaklılardan her biri, tek başına alacağın tamamını isteyebilir. Keza, işaret olunduğu üzere, borçlu da müteselsil alacaklılardan birine ifada bulunmakla bütün alacaklılara karşı borçtan kurtulur (BK.148/II). Borçlunun bu hususta bir seçim hakkının varlığından bahsetmek de gerekir (BK.148/III)³¹. Söz konusu seçme imkânı, borçlunun bir alacaklıdan karşı alacağının bulunması durumunda, borçluya apaçık bir avantaj sağlamaktadır. Öyle ki, borçlu, anılan seçme imkânı sâyesinde, borcunu takasla söndürebilecek, böylelikle konuya ilişkin işini kolayca halletmiş olacaktır³².

Borçlunun bu seçim hakkının kayıtsız ve şartsız olması da uygun görülmemiştir. Kanun, bu hususta şöyle bir düzenleme getirmiştir: “Alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye müracaatından haberdar edilmedikçe borçlu onlardan dilediğine tediye muhayerdir” (BK.148/III) . Görüldüğü üzere, alacaklılardan biri, alacağını tahsil etmek için borçluya karşı dava açmışsa veya icra takibine başlamışsa, borçlu, artık diğer alacaklılara ifada bulunamayacaktır. Bu ihtimalde, ifa, sadece dava veya takip yoluna başvuran alacaklıya yapılmalıdır.

28 Bucher, s.499, dpn.72; Guhl/Merz/Kummer, s.27.

29 von Tuhr (Edege), s.819.

30 Aynı şeyin iadesini isteyen iki kişiden birinin şahsi hakka, diğerinin de aynı hakka dayanması hali için bkz., von Tuhr (Edege), s.819.

31 Ayrıca bkz., Keller/Schöbi, s.32.

32 Keza bkz., Keller/Schöbi, s.32.

Şâyet, borçlu, bir alacaklının dava veya takip yoluna başvurmuş olmasına rağmen diğer alacaklıya (veya alacaklılara) ifada bulunursa, bu ifa onu borcundan kurtarmaya yetmeyecektir. Bazı yazarlar, bu durumdaki borçlunun, BK.62 hükmünün kıyasen uygulanmasından yararlanabileceğini ve dolayısıyla hataen ifada bulunduğunu ispat ederek edimi geri isteyebileceğini söylemektedirler³³. Fikrimizce de, bu görüş desteklenmek gerekir. Zira borçlunun, aynı borç için birden fazla ifada bulunma zorunda bırakılması âdil değildir. Özellikle, borçlunun dava veya icra takibinin haksızlığına inandığı hallerde bu durum daha da belirgindir. Anılan görüş sayesinde, borçlu, alacaklılardan birinin dava veya icra takibi yoluna başvurmuş olması dolayısıyla artık talep hakkı engellenen alacaklıya verdiğini geri isteyebilecek, böylece anılan adaletsiz sonuç giderilmiş olacaktır. Esasen, kanunun bu şekilde bir düzenleme getirmiş oluşu, pratik kaygıların sonucudur. Gerçekten, BK.148/III hükmü sebebiyle, borçluya karşı dava açan veya icra takibinde bulunan alacaklı, bu hareketiyle diğerlerinin dava veya takip imkânını şimdilik ortadan kaldırmış olmakta³⁴ ve dolayısıyla aynı borç için birden fazla dava veya takibin mevcudiyeti, yani karışıklık, önlenmiş bulunmaktadır.

Acaba, dava veya icra takibi şekline bürünmemiş talepler de, borçlunun “dilediğine ifada bulunma” imkânını onun elinden alır mı? Belirtelim ki, gerek İsviçre hukukunda, gerekse Türk hukukunda bu soruya olumlu cevap verenler olmuştur. İsviçre hukuku açısından, OR.135/II hükmünde sayılan işlemlerin, yani icra takibi ve dava yanında, mahkeme veya hakem önünde defî dermeyanı, alacağın iflâs masasına yazdırılması gibi zamanaşımını kesen sebeplerin borçlunun seçme imkânını engelleyeceği savunulmuştur³⁵. Hukukumuz açısından da benzer bir görüşün ileri sürüldüğünü, alacaklının hakeme başvurusunun, alacağını iflâs masasına yazdırmasının veya davada savunma olarak bu alacağını öne sürmesinin de diğer alacaklıların talep haklarını engelleyeceğinin kabul edildiğini görüyoruz³⁶. Kanaatimizce, BK.148/III hükmündeki açıklık karşısında hukukumuz bakımından bu görüşü savunmak kolay değildir. Buna karşılık,

33 Bu görüşte Oğuzman/Öz, s.839.

34 Bkz., von Tuhr (Edege), s.818. Ayrıca krş. BGB.428/II.

35 Bkz., Keller/Schöbi, s.32.

36 Bkz., Oğuzman/Öz, s.843.

OR.150/III böyle bir genişletmeye müsait gözükmüyor³⁷.

Kanun, borçlunun ifa bakımından seçme imkânını sınırlarken dava açıldığının veya icra takibine başvurulduğunun borçluya bildirilmiş olup olmamasına da önem vermiştir (BK.148/III) . Bu bildirim kim tarafından ve nasıl yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. Şüphesiz, bunun en uygun yolu, dava dilekçesinin veya ödeme emrinin borçluya tebliğidir. Diğer yollarla haber vermek, ancak somut olayda MK.2 hükmü gerekli kılıyorsa bir etki doğurabilecektir. Keza, borçlunun kendisine karşı dava açıldığını veya icra takibi yapıldığını başkasından öğrenmesi için de aynı sonuca varılmalıdır.

Şâyet bir alacaklının açtığı dava reddolunmuşsa ve red kararı da kesinlik arz ediyorsa (HUMK.427) veya kesinleşmişse borçlunun diğer alacaklılara ifada bulunma hakkı, engel ortadan kalktığı için, yeniden kendini gösterecektir³⁸. İcra takibinin şu veya bu sebeple ortadan kalkmış olması için de aynı sonuç geçerlidir. Buna karşılık, borçlunun aczi halinde (İİK.143; İİK.105), onun, sadece takip yapmış olan alacaklıya ifada bulunma mecburiyeti devam etmelidir. Kanaatimizce, âdil olan çözüm budur.

Her türlü tereddütü ortadan kaldırmak için yeniden işaret edelim ki, buradaki davadan maksat eda davasıdır. Yoksa, bir alacaklının açtığı tespit davası BK.148/III hükmünün uygulanma alanına girmeyecektir³⁹.

Bunun gibi, şüpheleri ortadan kaldırmak bakımından şu hususa da değinilmelidir: Borçlu, müteselsil alacaklılardan birine şâyet kısmî ifada bulunmuşsa –ki, bunun için gerekli şartlar oluşmuş bulunmalıdır-, borçtan, diğer alacaklılara karşı da ancak ifada bulunduğu kısım bakımından kurtulacaktır. Geriye kalan kısım için gene alacaklı teselsülü devam edecektir⁴⁰.

Öte yandan, borçlunun borcu taksim ederek müteselsil alacaklılardan herbirine borcun bir kısmını ödemek suretiyle tamamen kurtulması da

37) Belirtelim ki, İsviçre Hukukunda da, alacaklının yukarıda gösterilen nitelikte olmayan ve “özel” diyebileceğimiz talebinin anılan etkiyi gösteremeyeceği kabul edilmektedir. Buna göre, alacaklının bir ihtarname göndermek suretiyle alacağını talep etmesi, borçlunun ancak o alacaklıya ifada bulunma zorunluluğunu doğurmayacaktır (bkz., Bucher, s.500, dpn.75).

38) Ayrıca bkz., von Tuhr (Edege), s.818.

39) Ayrıca Becker, Art. 150, N.10.

40) Ayrıca Oğuzman/Öz, s.841.

mümkündür. Meselâ, A, B ve C'ye 50.000.000 TL. ödemekle borçlu olan kimse, eğer bu kişiler müteselsil alacaklı iseler, A'ya 10.000.000 TL., B'ye 25.000.000 TL. ve C'ye de 15.000.000 TL. ödeyerek her üç alacaklıya karşı borcun tamamından kurtulabilecektir. Açıktır ki, yukarıda işaret olunduğu üzere, kısmî ifa için gerekli şartlar oluşmuş bulunmalıdır⁴¹. Şu halde, alacaklılar kısmî ifa talebini kabul etmezlerse (BK.68), bu sonuç doğmaz. Keza, örneğimizdeki gibi, borç bölünebilir olmalıdır. Aksi takdirde, söz konusu sonuç gene kendini gösteremeyecektir.

Müteselsil alacaklılardan herbirinin alacak üzerinde bağımsız olarak tasarruf edebileceği, ifa şartlarını değiştirebileceği, bu hususlarda istediği düzenlemeyi yapabileceği, ancak bu işlemlerin sadece kendisini etkileyebileceği yeri gelmişken tekrar anılmalıdır. Bu konularda daha önce yeterli açıklamalar yapılmıştır⁴².

Borçluyu, ifa ve takas dışında kalan bazı haller de, alacaklıların tamamı bakımından borçtan kurtarabilecektir. Meselâ, alacaklılardan biri mütemerrit olursa, borçlu BK.91 hükmünden istifade ile borç konusunu tevdi edebilir ve bu tevdi borçluyu diğer alacaklılara karşı da borçtan kurtarır⁴³. Gerçi, bu sonuç, alacaklı teselsülünde de, tıpkı borçlu teselsülünde olduğu gibi, bir alacaklının diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesine⁴⁴ aykırı gibi gözükmektedir. Nitekim, anılan sonucu kabul etmeyenlerin de varlığına şahid oluyoruz⁴⁵. Ne var ki, BK.91 hükmünde ifadesini bulan tevdi ifa yerine geçtiğine göre⁴⁶, alacaklı temerrüdüne ilişkin bu prensibin müteselsil alacaklılıkta değişikliğe uğramayacağı açıktır. Eğer, alacaklı, temerrüde düşmeyip de borçlunun sunduğu ifayı kabul etseydi nasıl ki bu ifa ile borçlu alacaklıların hepsi karşısında borcundan kurtulacak idiyse, ifaya eş sayılan tevdi de aynı sonucu doğuracaktır. Buna karşılık, meselâ alacaklılardan biri borcun nakli suretiyle borçluyu borçtan kurtarma işlemi yapsa (BK.174), diğer müteselsil alacaklının yeni borçluyu kabul zorunluluğu yoktur⁴⁷. Keza, borcun yenilenmesi (tecdit) dahî böy-

41 Bu konuda bkz., Oğuzman/Öz, s.842.

42 Bkz., yukarıda (10) no.lu dipnotu ile ilgili metnin devamı.

43 Oğuzman/Öz, s.812.

44 Bkz., Bucher, s.500 ve orada dpn.74; ayrıca yukarıda (10) no.lu dipnotu ile ilgili metnin devamı.

45 Bkz., von Tuhr (Edege), s.816.

46 Serozan, Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998, s.111, N.8.

47 von Tuhr (Edege), s.817.

ledir⁴⁸. İfa yerine edim anlaşması bakımından da, eğer borçlunun ifa yerine edimi daha az değerli ise, diğer alacaklının asıl edimin ifasını borçludan isteme hakkının bulunduğu söylenmiştir⁴⁹.

Kanaatimizce, kanundan hareket etmek en doğrusudur. Kanun, “müteselsil alacaklılardan birine vaki tediye ile borçlu bütün alacaklılara karşı berî olur” dediğine göre, borçlunun diğer müteselsil alacaklılar karşısında da borçtan kurtulabilmesi için bir alacaklıya ifada bulunması veya ifaya denk düşen işlemler yapması gerekir (kanundaki “tediye” sözü “ifa” olarak anlaşılmalıdır). Bu sebeple, “ifa yerine edim”in borçluyu diğer alacaklılara karşı da borçtan kurtaracağı söylenmek gerekir. Buna karşılık, “ifa uğruna edim”de hüküm başkadır. Bu son halde, borçlu kendisine ifa uğruna edimde bulunduğu alacaklının alacağına kavuştuğu oranda diğer müteselsil alacaklılara karşı da borçtan kurtulmuş olacaktır. Gerçekten, ifa uğruna edimde, borçlunun, edimin muhatabı olan alacaklı karşısındaki konuya ilişkin hukukî durumu da bundan farklı değildir.

Bize kalırsa, kabul edilmesi gerekli prensip yukarıda belirttiğimiz gibi olmakla birlikte, istisnaen borçlunun ifası veya buna denk işlemi gerçekleşmeden de borç müteselsil alacaklıların hepsi bakımından sona erebilir. Meselâ, borç borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelirse (BK.117), borçlu alacaklıların hepsi bakımından borçtan kurtulur⁵⁰.

Bazı yazarlar, teselsülün karşılıklı edimleri ihtiva eden bir sözleşmeden doğması durumunda alacaklılardan birinin karşı edimi imkânsızlaşmışsa, borçlunun, diğer alacaklılara karşı da borçtan kurtulacağını kabul etmektedirler. Bunun gibi, aynı yazarlar, karşı edimin borçlusu olan alacaklının borçlu temerrüdüne düşmesi halinde karşı alacağın sahibi borçlunun sözleşmeden dönmesi ihtimalinde de (BK. 106), belirtilen sonucun doğacağı görüşünü savunmaktadırlar⁵¹. Görüldüğü üzere, bu hallerde de, ifa veya ifaya denk düşen bir işlem olmadan, borçlu, alacaklıların hepsi bakımından borçtan kurtulmuş olmaktadır.

Bunun gibi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde

48 von Tuhr (Edege), s.817.

49 von Tuhr (Edege), s.817.

50 Bkz., Oğuzman/Öz, s.842. Eğer, imkânsızlıkta borçlu kusurlu ise, kanaatimizce, her bir alacaklının tazminat talebi bakımından da teselsülün varlığı kabul edilmelidir (ayrıca bkz., von Tuhr, Edege, s.816).

51 Bkz., Oğuzman/Öz, s.842.

(BK.116), diğer alacaklıların alacağı da son bulacaktır⁵².

Acaba, borcun kaynağı olarak gözüken işlem şu veya bu sebeple hükümsüz ise, borçlu, bunu müteselsil alacaklıların hepsine karşı ileri sürülecek midir? Hemen ifade edelim ki, bir kere, edime ilişkin hükümsüzlük halinde bu durum bütün alacaklıları etkileyecek ve dolayısıyla onlara karşı ileri sürülebilecektir. Meselâ, işlemin kanuna, ahlâka, kişilik haklarına aykırı olması veya şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz bulunması hâli böyledir⁵³. Öte yandan, borçlunun şahsına ilişkin geçersizlik için de durum budur. Meselâ, borçlu işlem kurulurken ehliyetsiz ise veya onun irade beyanı sakatlanmış bulunuyorsa bu sebepler alacaklıların hepsine karşı ileri sürülebilecektir⁵⁴. Buna karşılık, geçersizlik sebepleri sadece bir veya birkaç alacaklının şahsına ilişkin olursa, bu durum yalnız söz konusu alacaklıyı veya alacaklıları etkiler ve dolayısıyla diğer alacaklılara bunun borçlu tarafından ileri sürülmesi söz konusu olamaz. Diğer bir deyişle, borçlunun onlara karşı ifa yükümü devam eder⁵⁵. Meselâ, işlem yapılırken alacaklılardan biri ehliyetsiz ise, durum böyledir. Bazıları, BK.20/II hükmünün burada kıyasen uygulanabileceği görüşünü savunmuşlardır. Bu görüşe göre, eğer şahsında hükümsüzlük sebebi bulunan müteselsil alacaklı mevcut olmasaydı tarafların ilgili işlemi yapmayacak oldukları söylenebiliyorsa, borçlu işlemin bütün alacaklılar bakımından hükümsüz olduğunu öne sürebilecektir⁵⁶.

Burada üzerinde durulması gerekli bir mesele de şudur: Acaba, müteselsil alacaklılardan biri lehine kesilen zamanaşımı, diğerleri lehine de kesilmiş olur mu? Diğer bir deyişle, burada BK.134/I hükmü kıyasen uygulanabilir mi? Belirtelim ki, böyle bir uygulama kabul edilmemektedir⁵⁷⁻⁵⁸. Bizce de, BK.134/I hükmünün alacaklı teselsülünde kıyasen uygulanmasına gerek yoktur. Esasen, bu hükmün lüzûmu da tartışma konusu olmuştur. Maamafih, alacaklılardan biri lehine kesilen zamanaşımının diğerleri lehine de kesilmiş olacağını kabul edenler vardır⁵⁹. Keza, müteselsil

52 Bkz., von Tuhr (Edege), s.817.

53 Bkz., Oğuzman/Öz, s.843-844.

54 Bkz., Oğuzman/Öz, s.843-844.

55 Bkz., Oğuzman/Öz, s.844.

56 Bkz., Oğuzman/Öz, s.844.

57-58 Bkz., von Tuhr (Edege), s.816-817; Keller/Schöbi, s.33.

59 Bu görüşte Bucher, s.500.

alacaklılardan biri borçluya temerrüt ihtarında bulunmuşsa (BK.101), borçlu sadece ihtarda bulunan alacaklıya karşı temerrüt haline girer⁶⁰⁻⁶¹.

Zamanaşımının durması bakımından ise, BK.134'e benzer bir hüküm dahî yoktur. Bu hususta diğer alacaklılara sirayetden bahsetmeye yer olmadığını düşünmekteyiz.

Müteselsil alacaklılardan birinin açtığı dava sonucunda verilen hüküm, lehe de olsa aleyhe de olsa, yalnız davanın tarafları bakımından hüküm ifade edecektir (HUMK.237) ⁶².

Burada şunu da ifade etmek gerekir ki, bir alacaklı lehine tesis edilen teminat, sadece o alacaklı için hüküm doğurur. Şu halde, rehin veya kefalete yalnız bu teminat kendi lehine kurulmuş olan alacaklı başvurabilir. Açık ki, teminat alacaklıların hepsi lehine kurulmuş ise, hüküm başkadır⁶³⁻⁶⁴.

Nihayet, müteselsil alacaklılar arasındaki rüçü ilişkisine de temas etmek gerekiyor. Hemen söyleyelim ki, kanun bu hususta bir düzenleme getirmemiştir. Demek ki, buradaki durum müteselsil borçluluk gibi değildir. Şüphesiz, iç ilişki bakımından alacaklılar bir düzenleme getirmiş olabilirler. Bu takdirde, söz konusu düzen tarzına göre amel olunur⁶⁵. Acaba, iç ilişkiden bir sonuç çıkarılamıyorsa nasıl düşünülecektir? Bu ihtimalde, diğer alacaklıların kendisine ifade bulunulan alacaklıya karşı bir talep hakkına sahip olmayacakları söylenmelidir⁶⁶. Alman hukukunda ise, aksine düzenleme yoksa, bu konuda eşitlik esasına göre rüçü ilişkisi geçerlidir (bkz. BGB.430).

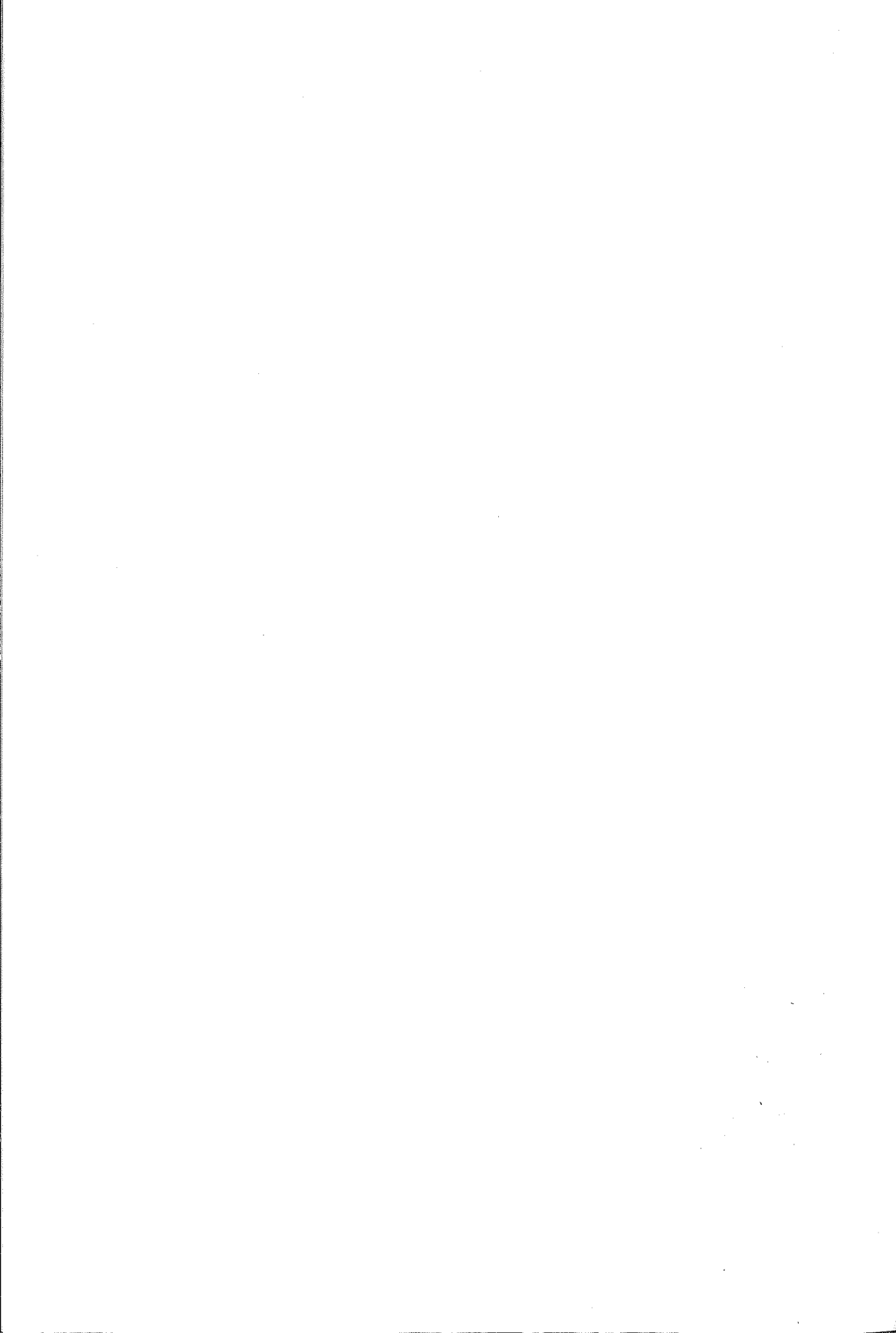
60-61 von Tuhr (Edege), s.816. Aksi fikirde Bucher, s.500.

62 Ayrıca bkz., von Tuhr (Edege), s.818. Konu, müteselsil borçlar bakımından tartışılmıştır.

63-64 Ayrıca bkz., Oğuzman/Öz, s.840.

65 Ayrıca bkz., von Tuhr (Edege), s.818; Keller/Schöbi, s.34.

66 Bkz., von Tuhr (Edege), s.818; Keller/Schöbi, s.34; Oğuzman/Öz, s.841.



BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİ NELER GETİRİYOR?

Prof. Dr. A. Can Tuncay
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1) Genel Olarak: Günümüzde gelişmiş olsun gelişmekte olsun hemen hemen tüm ülkelerde bir sosyal güvenlik krizi yaşanmaktadır. Nedenleri gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde bazı farklılıklar göstermekle birlikte esas itibariyle nüfusun yaşlanması, aktif – pasif dengesinin pasif lehine bozulması, ekonomik konjonktürün olumsuz seyretmesi (işsizlik, enflasyon, üretim maliyetlerinin yükselmesi vs.) işgücü piyasasındaki değişiklikler, sağlık hizmetlerinin pahalılaşması, kişisel ihtiyaçların artması ve burada saymadığımız daha başka nedenler sosyal güvenlik sistemlerini ekonomik krize sürüklemiştir. Böylece sosyal güvenlik sisteminin gelirleri, sistemin giderlerini (emeklilik, maluliyet aylığı ödeme, sağlık hizmetleri verme vs.) karşılayamaz hale gelmiştir. Bunun sonucunda sistemin yaşamını devam ettirebilmesi için devlet bütçesinden sübvansiyon yapılmasından, emeklilik ödemelerinin ve sosyal sigorta yardımlarının azaltılmasına, emeklilik yaşının yükseltilmesinden, alınan prim oranlarının artırılmasına kadar çeşitli önlemlere başvurulduğu gözlenmektedir. Herşeye rağmen yaşanan olumsuzluklar kişilere sağlanan sosyal güvenlik hizmet-

lerinin gerek kalitesinde, gerek kantitesinde düşüölere yol açmaktadır. Bu olumsuzluklar nedeniyle artık devlet tarafından kurulup onun güvence, denetim ve gözetiminde işleyen ve çalışanların zorunlu katılımına dayalı, dünyada (pay as you go) olarak anılan dağıtım esaslı, tek ayaklı (basamaklı) sosyal güvenlik rejimleri yanında çalışanların gönüllü katılımıyla işleyen ve çalışanlara esas itibariyle ek nitelikte emeklilik yardımı sağlayan fon esasına dayalı ikinci bir rejime ihtiyaç duyulmaktadır. Buna bireysel ya da özel emeklilik rejimi denmektedir. Dünya Bankası, IMF ve OECD tarafından da desteklenen bu sistemin en önemli özelliği, kişilere ek nitelikte bir emeklilik geliri sağlamak yanında onları tasarrufa yöneltmek, bireysel tasarruflarla oluşan özel emeklilik fonları yoluyla sermaye piyasasını güçlendirmek, ülkenin GSMH ve istihdam olanaklarını arttırmaktır.¹ Bugün esas itibariyle batılı endüstrileşmiş ülkelerin tercihi budur. Bu ülkelerdeki bireysel tasarruflara dayalı emeklilik rejimi sosyal güvenlik rejimleri içinde aynı zamanda üçüncü ayağı oluşturmaktadır. Dünya'da birinci ayak genelde kişilere onları yoksulluktan koruyacak asgari bir gelir sağlamayı hedefleyen programlardan (örneğin katılmasız sosyal yardım hizmetleri), ikinci ayak ise kişilere kamusal sosyal güvenlik kuruluşlarına zorunlu katkılarıyla orantılı bir gelir sağlayan programlardan (örneğin sosyal sigortalardan yaşlılık aylığı alma) oluşur.

Bireysel emeklilik ya da bireysel fona dayalı emeklilik sisteminde, devletin önderliğinde kurulup onun denetiminde fakat özel sektör tarafından işletilen ve ilgililerin isteklerine bağlı, onların bireysel katkılarıyla oluşan ve sigorta tekniği ile işleyen bir fondan bireylerin sosyal güvenlik ihtiyaçlarının karşılanması söz konusudur.² ABD'de uzun zamandır uygulanan, Japonya'da hararetle tavsiye edilen ve Avrupa Birliğine dahil ülkelerde giderek yaygınlaşan bireysel tasarrufa dayalı tamamlayıcı ek nitelikte emeklilik sistemi bazı ülkelerde ise (Şili gibi) sosyal güvenlik sisteminin esasını teşkil eder.³ Avrupa'da doğumların azalması, yaşlı nüfusun artması, buna bağlı olarak aktif pasif dengesinin bozulması (Almanya'da bire 2.8 e kadar düşmüştür), sosyal güvenlik harcamalarının GSMH içinde

- 1 Bak. C. Ergenekon, Emekliliğin Finansmanı Global Özel Emeklilik Fonu İşliğinde Ülkemiz İçin Öneriler - İstanbul 2001, s. 89 vd.; A. Güzel/A. R. Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 8. bası, İstanbul 2002, 557.
- 2 A. Can Tuncay, Bireysel Emeklilik Rejimi Üzerine, Çimento İşveren, Mart 2000, 3.
- 3 Bak. C. Ergenekon, Özel Emeklilik Fonları - Şili Örneğinden Alınacak Dersler (İMKB), İstanbul 1998, 81 vd.

önemli bir orana yükselmiş olması (İtalya'da % 14) karşısında dağıtım esasına dayalı kamusal sosyal güvenlik sistemini tamamlayıcı nitelikte özel emeklilik programlarına kurtarıcı gözüyle bakılmasına neden olmuştur. Bu bağlamda İsveç'te 2001, Almanya'da 2002 yılı başından itibaren bu alanda yasal düzenlemeler yapılmış, 2002 sonu itibariyle İtalya'da uygulamaya geçilmesi beklenmektedir.⁴

Bireysel Emeklilik Kanunu ve Temel Esasları: Ülkemizde emekli aylıklarının tüm sosyal güvenlik kuruluşlarında ötedenberi düşük olması, geçim şartlarının zorluğu, genç yaşta emeklilik uygulamaları, insanları emekli olduktan sonra da çalışma yaşamına devama zorlayan başlıca etkenlerdir. Her ne kadar 25.8.1999 da kabul edilen 4447 sayılı Kanun genç yaşta emekli olma uygulamasına büyük ölçüde son vermiş ve primlerde artış sağlamış görünüyorsa da emekli aylıklarında fazla bir artış sağlanabilmiş değildir. İşte bir yandan kamu sosyal güvenlik sistemine ek olarak bireylere emeklilik dönemlerinde ek gelir sağlamak, öte yandan sisteme katılanlarca ödenen primleri kurulacak olan özel emeklilik şirketleri aracılığı ile sermaye piyasasına ve yatırım alanlarına aktarmak, böylece kalkınmaya katkıda bulunmak amacıyla 28.3.2001 tarihinde 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu kabul edilmiş bulunmaktadır. (R. G. 7.4.2001, No. 4632) . 7.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren bu kanunun amacı şöyle açıklanmıştır (md. 1).

“Bu Kanunun amacı, kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek gelir sağlayarak refah düzeylerinin yükseltilmesi, ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratarak istihdamın artırılması ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunmasını teminen, gönüllü katılıma dayalı ve belirlenmiş katkı esasına göre oluşturulan bireysel emeklilik sisteminin düzenlenmesi ve denetlenmesidir.

Bu Kanunun kapsamı, emeklilik şirketlerinin kuruluş, çalışma, yönetim ve denetimine, kişilerin sisteme katılma, ayrılma ve emeklilik koşullarına, emeklilik yatırım fonlarının kuruluşuna, katkıların bu fonlarda toplanmasına ve değerlendirilmesine, aracılık hizmetlerine, kamuya açıklanacak bilgilerin kapsamına ve bireysel emeklilikle ilgili diğer hususlara ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.”

4 Bak. The Economist, Pensions, Feb. 16, 2000, 4 vd.; The Economist, August 3, 2002, 23.

Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde sermaye piyasası ve sigortacılık mevzuatının ilgili hükümleri ile genel hükümler uygulanır.

Kısaca tanımlamak gerekirse, bireysel emeklilik bireylere çalışıp çalışmadıklarına bakılmaksızın yaşlılıklarında veya çalışma hayatlarının sonunda bir ek gelir sağlamaya yönelik, gönüllü katılıma dayalı bireysel katkılardan oluşan ve ayrı hesaplarda takip edilen fonların kamunun gözetim ve denetimi altında çalışan özel şirketlerce sermaye piyasasında değerlendirilmesi sonucunda herkese kendi birikimleri oranında gelir sağlamak üzere kurulan ve kamu emeklilik programlarına ek nitelikte bir sistemdir.⁵

Getirilen özel emeklilik sisteminin temel esaslarını aşağıdaki başlıklar altında toplamak mümkündür.⁶

Ek nitelikte emeklilik programı: Bireysel tasarrufa dayalı özel emeklilik sistemi özel sandıklar gibi bağımsız ya da kamu sosyal güvenlik sistemine alternatif bir sosyal güvenlik sistemi olmayıp her hangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olarak çalışanlar için **ek nitelikte bir emeklilik olanağı** sağlar. Hatta herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna hiç tabi olmayanlar ya da ayrılmış olanlar dahi isterlerse sisteme katılabilirler. Yasada buna engel bir hüküm bulunmamaktadır. Özel emeklilik sistemi kamu sosyal güvenlik kurumlarınca sağlanan asgari gelir düzeyi (1. ayak) ve kamu ve özel sektör inisiyatifi ile kurulan gönüllü ya da zorunlu sosyal güvenlik kurumları tarafından sağlanan, kazanca oranlı aylık bağlama (2. ayak) yanında gönüllü katılıma dayanan ek nitelikteki emeklilik sistemini (3. ayak) oluşturmaktadır.⁷

Kurumsal yapının en üst kademesinde bireysel emeklilik sistemi ile ilgili politikaları belirlemek ve hayata geçirilmesini sağlamak amacıyla gerekli önlemleri önermek üzere Bireysel Emeklilik Danışma Kurulu kurulmuştur. Kurul, Hazine Müsteşarlığının başkanlığında, Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından görevlendirilecek en az genel müdür düzeyinde birer temsilciden oluşur (md.3).

5 A. H. Elverdi, Bireysel Emeklilik, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi İçindeki Yeri ve Geleceği Semineri, 28-31.3.2002 Afyon, Kutay Sosyal Siyaset Seminerleri, İstanbul 2002, 69 vd.

6 Bak. Y. Alper, Sosyal Güvenlikte Yeni Bir Adım: Bireysel Emeklilik, Çimento İşveren, Mart 2002, 12 vd.; C. Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 10. bası, İstanbul 2002, 323 vd.; Güzel/Okur, 558 vd.

7 Y. Alper, Bireysel Emeklilik, 13-14; T. Tekgöz, Bireysel Emeklilik Semineri, 53.

Gönüllü katılım: Sistem gönüllü katılım esasına dayanmakta olup giriş zorunluluğu yoktur. Sisteme katılma, katılmak isteyen kişi ile emeklilik şirketi arasında imzalanacak bir “emeklilik sözleşmesi” ile gerçekleşir. Sisteme medeni hakları kullanma ehliyetini haiz kişiler katılabilir (md. 4) . Emeklilik sözleşmesi sisteme katılma, sistemden ayrılma, emekli olma, katkı paylarının ödenmesi, katılımcılara yapılacak ödemeler ve tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir sözleşmedir. Sözleşmede yer alacak konular, ilke ve usuller Hazine Müsteşarlığınca belirlenecektir. İşyerlerinde, tüzel kişiliği haiz bir meslek kuruluşunda, dernek veya sair kuruluşlarda kural olarak en az 10 kişiyi kapsayacak şekilde “grup emeklilik sözleşmeleri” de akdedilebilir. Bu sözleşmeler işveren, meslek kuruluşu, dernek veya sair kuruluş ile emeklilik şirketi arasında bağtlanır.⁸ Belirtilim ki, bir katılımcının aynı anda birden fazla şirketle ya da bir şirketle birden fazla emeklilik sözleşmesi akdetmesine bir engel yoktur.

Sisteme işveren katkısının öngörülmemiş olması bir eksikliktir. Ancak 4632 sK. Da buna engel bir hükme yer verilmediği gibi 193 sayılı Gelir Vergisi K.nun 40. md. De 4697 sK.la yapılan değişikliklerle vergi matrahından indirilecek giderler arasına “işverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları” eklenmek suretiyle işverenlerin işçileri adına sisteme prim yoluyla katılmalarına olanak sağlanmıştır.⁹ Bireysel emeklilik sistemine işveren katkısı tamamen onun isteğine bağlı bir konudur. Bu katkı hizmet akitlerine konulacak bir hükümle sağlanabileceği gibi toplu iş sözleşmeleri yoluyla da sağlanabilir. Başkası yararına sözleşme niteliğindeki bu anlaşma için esasen Borçlar Kanunumuzda özel hüküm bulunmaktadır.¹⁰ İşverenlere, 193 sayılı GVK md. 63 te yapılan değişikliklerle, işçileri için ödediği katkı paylarının belli bir oranını vergi matrahından düşebilme olanağı getirilmiştir. Ancak bu oran aylık ücretin % 10 unu ve yıllık olarak da aylık asgari ücretin 12 katını geçemez (4697 sayılı K. md. 4) . Vergi dışı kalacak bu miktar katılımcı işçinin ödediği katkı payları için de geçerlidir.

4632 sayılı Kanununun 11. maddesinde bireysel emeklilik araçlarından söz edilmiştir. Yasanın 11 ve 26. maddesine dayanılarak çıkarılarn Bireysel Emeklilik Araçları Hakkında Yönetmeliğe göre “araçlar” bir söz-

8 Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik, md. 16, 17.

9 Bak. md. 40/9. Ayrıca bak. D. Cansızlar, Bireysel Emeklilik Sistemi ve Sermaye Piyasaları, İşveren, Aralık 2001, s.13.

10 Bak. md. 111, 112.

leşmeye dayanılarak daimi surette şirketlerin emeklilik sözleşmelerine aracılık eden veya bunları şirket adına yapan kişilerdir. Bu kişiler bireysel emeklilik sistemine katılmak isteyenlere şirket seçimi, sunulan emeklilik planlarının tanıtımı, bilgilendirilmesi, pazarlaması, satışı gibi hizmetler sunarlar (Yön. md. 4) . Bu kişilerin Müsteşarlık nezdinde tutlan sicile kaydolmaları zorunludur (Yön. md. 14) . Yönetmelikte araçlarda aranacak koşullar, nitelikler, sınav bunların hak ve yükümlülükleri ile çalışma esasları hakkında hükümler yer almaktadır.

Katkı payları: Sistem katılımcının şirketle imzalamış olduğu emeklilik sözleşmesinde belirtilen esaslar dairesinde bireysel emeklilik hesabına ödeyeceği **katkı payları ile finanse edilecektir**. Diğer bir ifade ile Sistem, bireyler tarafından emeklilik şirketine ödenecek katkı paylarından oluşturulacak fonların sermaye piyasasındaki yatırım araçlarında değerlendirilmesiyle yürüyecektir. Kişi sisteme ne kadar yüksek katkı payı öderse ileride alacağı emeklilik aylığı miktarı da o derece yüksek olacaktır. Şirket sisteme ilk kez katılan katılımcıdan katkı payı (prim) ndan ayrı olarak giriş aidatı da talep edebilir. Giriş aidatlarının en çok bir yıl içinde taksitler halinde ödenmesi de mümkündür. Ayrıca şirket katkı payı fon geliri veya fon varlıkları üzerinden fon işletim gideri veya yönetim gideri de kesebilir (md. 7) . Giriş aidatı kesilmesi zorunlu olmadığı gibi bunun kesilip kesilmemesini ve miktarını şirketler arasındaki rekabet belirleyecektir.¹¹ Giriş aidatı sisteme ilk kez girenden alınacağı için bunu bir kez ödeyen şirket değiştirmede yeniden ödemek zorunda değildir. Katkı payının miktarı ve ödeme tarihleri de emeklilik sözleşmesinde belirlenecektir. Bu hususlarda ne 4632 sayılı Kanunda ne de Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelikte hüküm vardır. Şu kadar ki, şirket, katkı paylarını şirkete aktardıktan itibaren 2 işgünü içinde yatırıma yönlendirmek zorundadır. Aksi halde katılımcının gireceği fonun son aylık getirisinin iki katı tutarında bir gecikme cezasını katılımcının hesabına eklemek zorunda kalır (md. 5/son).

Katkı payının miktarı katılımcı ile şirket arasında imzalanacak sözleşmede belirleneceği ve emeklilik aylığı katkı paylarının yöneldiği fonların getirisine bağlı olduğu için sistemin belirlenmiş gelir esaslı (defined benefit) değil, belirlenmiş katkı payı esaslı (defined contribution) emeklilik programına¹² dayandığı anlaşılmaktadır. Esasen 4632 sayılı Kanunun

11 Alper, Bireysel Emeklilik, s. 20.

12 Elverdi, 72; Bu konularda bak. Ergenekon, Özel Emeklilik Fonları, 5 vd.

amacını belirten 1. maddesinde açıkça, bireysel emeklilik sisteminin belirlenmiş katkı esasına dayandığı belirtilmiştir. Emeklilik döneminde sağlanacak gelir düzeyinin başlangıçta belirli olması esasına dayanan belirli gelir esaslı programlar aynı işyerinde uzun süreli çalışmayı teşvik edici niteliktedir. Bu sistemde çalışanlar emeklilikte ellerine geçecek gelir düzeyini önceden kestirebilirler. Bu sistemde fonlardaki değer kaybının riski özel fon şirketleri üzerindedir. Buna karşılık belirlenmiş katkı payı esaslı emeklilik programları biriken tasarrufların bir şirketten diğerine aktarılma kolaylığı, yatırım araçlarında yüksek getiri elde etme imkanı sağlaması ve kişilere kendi emekliliklerini kendilerinin yönlendirmesine imkan tanıdığı için ve de sağlanan vergi kolaylıkları bu program türünün dünyada son yıllarda daha fazla tercih edilmesine neden olmaktadır.¹³ Bununla birlikte sisteme dahil olanlar fonların borsada değer yitirme riskini de önceden kabul etmiş sayılırlar. Çünkü belirlenmiş katkı payı esasında ödenen primler sermaye piyasasında değerlendirilirler ve emekli aylıklarının miktarı, fonların sermaye piyasasındaki getirisine göre belirlenir.¹⁴ 1980 lerden sonra başta ABD olmak üzere İngiltere, Kanada, İsviçre, Hollanda ve İrlanda'da uygulanan sistem budur. Bu sisteme son yıllarda İsveç, Almanya ve İtalya da dahil olmuşlardır.¹⁵

Emeklilik yatırım fonu: Emeklilik yatırım fonu, şirket tarafından emeklilik sözleşmesi çerçevesinde alınan ve katılımcılar adına bireysel emeklilik hesaplarında izlenen katkıların, riskin dağıtılması ve inançlı mülkiyet esaslarına göre işletilmesi amacıyla kurulan malvarlıktır. Fonun tüzel kişiliği yoktur. Fon, Sermaye Piyasası Kurulunun izniyle kurulur (md. 15) ve kanunda yer alan amaç dışında kullanılamaz, fon mal varlığı rehnedilemez, teminat gösterilemez, 3. kişilerce haczedilemez, iflas masasına dahil edilemez. Para, yerli veya yabancı menkul kıymetler, altın, hazine bonosu, tahvil, yabancı para vs. gibi değerler fonların içeriğini oluşturacaktır. Bununla beraber fondaki devlet iç borçlanma senetlerinin asgari oranı % 30, yabancı yatırımların azami oranı da % 15 olarak belirlenmiştir. Bu sınırlamalar bir anlamda katılımcının ekonomik dalgalanmalarda fazla zarar görmemelerini sağlar. Ancak sistem hiç bir şekilde bireyle-re yatırım geliri garantisi vermemektedir. Kurulacak fonun başlangıç tuta-

13 The Economist, Pensions, Feb. 16, 2002, s. 13; Ergenekon, Emekliliğin Finansmanı, s. 103 vd.).

14 Güzel/Okur, 555.

15 The Economist Pensions, Feb. 16, 2002, 13.

rı şirketin ödenmiş sermayesinin 1/20 sinden az olamaz (md. 16/f) . Bir şirket, farklı portföy yapılarına sahip ve SPK tarafından belirlenen türlerden olmak koşuluyla **en az 3 fon oluşturmak zorundadır** (md. 17) . Şirket faaliyet ruhsatının alındığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde fon kurmak için SP Kuruluna başvuruda bulunmaz ise veya başvurunun reddi halinde verilmiş olan kuruluş izni ve faaliyet ruhsatı kendiliğinden geçersiz hale gelir.¹⁶ Fon portföyü portföy yöneticileri tarafından SP Kanununa göre yönetilir (md. 18) . Emeklilik fonlarının oluşturulması, fon varlıkları ve fonlardaki işlemler, portföy yönetimi, katkı paylarının değerlendirilmesi, birikimlerin bir başka emeklilik şirketine aktarılması gibi işlemler SP Kurulunun denetimine tabidir. Yatırım fonu bir de iç tüzük hazırlayacaktır. Bu iç tüzük, katılımcı ile şirket, saklayıcı ve portföy yöneticisi arasında fon portföyünün inançlı mülkiyet esaslarına göre saklama kuruluşunca saklanmasını ve vekalet akdi hükümlerine göre yönetimini konu alan ve genel işlem şartlarını içeren katılmalı (iltihaki) bir sözleşmedir (md. 15/3) . Fon portföyündeki varlıklar emeklilik şirketinin ekonomik ya da mali sıkıntıya düşmesi halinde katılımcılar etkilenmesinler diye bir “saklayıcı” (yeddiemin) nezdinde saklanır.

Emeklilik şirketleri arasında geçişe izin verilmiştir: Katılımcı, bireysel emeklilik hesabındaki birikimlerinin bir başka emeklilik şirketine aktarılmasını isteyebilir. Şukadar ki, bu talepte bulunabilmek için en az bir yıl beklemek gerekir. Bir yıl bekleme koşulu her geçiş için aranır (Sistem Hakkında Yön. md. 22) . Şirket talebi 7 işgünü içinde yerine getirmez ise ihtara dahi gerek olmaksızın mütemerrit duruma düşer. Bu durumda uygulanacak aylık temerrüt faizi katılımcının gireceği fonun son aylık getirisinin iki katından aşağı olamaz (md.5).

Şirketler arasında geçiş olanağının tanınması Şili'deki sisteme benzemekte olup bu sistem, şirketler arasında rekabet ortamı yaratacak, bu da hizmet kalitesini yükseltecektir.

Özel emeklilik yaşı 56 olarak belirlenmiştir: Katılımcı sisteme giriş tarihinden itibaren en az 10 yıl sistemde kalmak koşulu ile 56 yaşını tamamladıktan sonra emekli olmaya hak kazanır (md. 6) . Görülüyor ki sistemin özendirici görünmesini sağlamak amacıyla özel emeklilik yaşı kamusal emeklilik yaşından (58-60) az da olsa düşük tutulmuş ve kadın-erkek ayrımı yapılmamıştır.

16 Emeklilik Şirketleri Kuruluş ve Çalışma Esasları Hak. Yön. md. 10.

Belirtelim ki, emekli olmak için sistemde 10 yıl kalma koşulunun kesintisiz olması zorunlu değildir. Ödemelere ara verilmesi mümkündür.¹⁷ Zira katılımcının işsiz kaldığı, harcama potansiyelinin düştüğü ve katkı payını ödemekte zorlandığı zamanlar olabilir. Ancak emeklilik gelirinden tam anlamıyla yararlanabilmek için 10 yılın tamamlanması şart olduğundan ara vermeler yüzünden 56 yaş sınırı geçilebilir.

4632 sayılı Kanunda sisteme katılmanın asgari yaş sınırı gösterilmemiş fakat emeklilik için en az 10 yıl bekleme şartı öngörülmüş olduğundan katılmanın en uygun yaşı 46 yaş olabileceği daha erken bir yaş da olabilir. Ancak 46 yaşın üstünde sisteme girenlerde emekliliğe hak kazanma kuşkusuz 56 yaşın üzerindeki bir yaş olacaktır. Bu katılımcının tercih sorunudur.

Emeklilik aylığı: Emekliliğe hak kazanan katılımcı isterse kendisine (ömür boyu) aylık bağlanmasını, isterse birikimlerinin kendisine kısmen ya da tamamen toplu halde ödenmesini talep edebilir. Emeklilik aylığı, biriken emeklilik hesabındaki katkılar ile bunların getirilerinin toplamıdır. Emeklilik aylığı, yıllık gelir sigortası sözleşmesine göre aylık, üçer aylık, altı aylık ya da yıllık olarak ödenebilir. Katılımcıya istediği zaman herhangi bir kesinti yapılmadan birikimlerini ve o tarihe kadarki getirilerini toptan alarak sistemden ayrılma hakkı tanınmıştır. Bu takdirde birikimleri, getirileri ile birlikte en geç 7 gün içinde kendisine ödenir. Aksi halde şirket bir ihtara gerek kalmaksızın kendiliğinden mütemerrit hale düşer. Ancak 10 yıl dolmadan sistemden ayrılma halinde sistemde kalan sürenin uzunluğu ile orantılı olarak bir takım vergi avantajları kaybolacaktır.

Emeklilik sözleşmesi devam ederken katılımcı ölürse lehdar tayin edilen kişi, eğer katılımcı sürekli iş göremez duruma düşerse kendisi, birikimlerinin ödenmesini talep edebilirler. Bu ödeme katılımcının imzaladığı emeklilik sözleşmesine göre gelir ya da toptan ödeme şeklinde olabilir.

Emeklilik veya yıllık gelir sigortası sözleşmesi hükümlerine göre hak sahiplerine ödenmesi gereken tutar ödemeyi gerektiren tarihten itibaren 10 yıl içinde ilgililerce aranmamış ise, takibeden yılbaşından itibaren 6 ay içinde Hazine Müsteşarlığının Merkez Bankasındaki hesabına aktarılır. Burada da iki yıl içinde aranmaz ise Hazineye gelir kaydedilir (md. 6/5).

Emeklilik şirketine ait koşullar: 4632 sayılı yasa, özel emeklilik şir-

17 Sistem Hakkında Yön. md. 18.

ketine ait kuruluş ile faaliyet koşullarını şöyle belirlemiştir (md. 8).

Kurulacak şirket Müsteşarlıktan kuruluş izni almak,

Faaliyet konuları bu kanunda belirtilen faaliyetlerle sınırlı olmak üzere,

Anonim şirket şeklinde kurulmak zorundadır. Ayrıca,

Ticari ünvanlarında "emeklilik" sözcüğünün bulunması,

Sermayelerinin en az 20 trilyon ve ödenmiş sermayelerinin en az 10 trilyon lira olması,

Pay senetlerinin nama yazılı olması zorunlu olup, faaliyete geçmeleri de Müsteşarlıktan faaliyet ruhsatı almaları koşuluna bağlanmıştır (md. 9) . Ekleyelim ki, 4632 sK. hükümlerine göre faaliyet ruhsatı almış olan bir şirketin buna ek olarak 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu hükümlerine göre hayat ve ferdi kaza sigortaları branşlarında da ruhsat almalarına izin verilmiştir (md. 8) . Ayrıca faaliyet ruhsatı alabilmek için şirketin iki yıl içinde en az 100 bin katılımcıya hizmet verecek biçimde plan yapmış olması da aranacaktır (md. 9/1).

Söz konusu yasanın 8. maddesi 5 fıkrasında kurucularda aranacak şartlar ile bunlara ilişkin yasal engellere yer verilmiştir.

Faaliyet ruhsatı almış şirketler 3 ay içinde Sigorta Murakabe Kanununun 36. md. uyarınca kurulmuş olan Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketler Birliğine üyelik başvurusu yapmak zorundadır (Kuruluş ve Çalışma Yön. md. 33).

4632 sK. halen hayat sigortası branşında faaliyet gösteren ve yeni poliçe akdetme yetkisine sahip şirketlerin de emeklilik alanında faaliyet göstermelerine olanak sağlamıştır. Bunun için bu şirketlerin yasanın yürürlük tarihinden (7.10.2001) itibaren beş yıl içerisinde başvurmaları ve yasanın 8. maddesinde öngörülen şartları yerine getirmeleri zorunludur (geç. md. 1) . Faaliyet ruhsatı için de 9. maddedeki şartları yerine getirmeleri zorunludur. Faaliyet ruhsatı da Hazine Müsteşarlığından alınır.

Emeklilik şirketinin, işlem ve faaliyetleri, fonların, portföy yöneticileri ile portföydeki varlıkları saklayan kuruluşların faaliyetleri en az bir kez Hazine Müsteşarlığı ile Sermaye Piyasası Kurulu tarafından denetlenir (İç denetim) . Gerekli görülen hallerde denetim her zaman mümkündür. Ayrıca şirketlerin bağımsız denetim kuruluşları tarafından en az yılda bir kez

mali yönden denetlenmeleri de zorunludur (Dış denetim) (md. 20, 21) . Denetime ilişkin esaslar Emeklilik Şirketleri Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte (RG. 28.2.2002, Nr. 24681) gösterilmiştir.¹⁸

Hertürlü ana sözleşme değişiklikleri Müsteşarlığın uygun görüşüne, şirket sermayesinin % 10 veya daha fazlasına sahip tüzel kişilere ait hisse devirleri, şirket birleşmeleri ise Müsteşarlığın bağlı olduğu Bakanlığın iznine bağlı tutulmuştur (md. 13).

Vergi avantajları: Sisteme katılmayı teşvik için 193 sayılı Gelir Vergisi K. ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi K. Da vergi kolaylıkları ve muafiyetleri sağlayan değişiklikler yapılmıştır.¹⁹ Örneğin bireysel emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden ölüm, sakatlık veya tasfiye gibi nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 25 i, diğer sigorta şirketlerinden bu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 10 u gelir vergisinden ayrı tutulmuş olup (4697 sK. md. 1), çalışanlar adına emeklilik şirketlerine ödenen işveren katkıları, çalışanın kendisi veya aile fertleri için emeklilik şirketlerine yaptığı prim ödemeleri vergi matrahından indirilir. İndirim konusu yapılacak miktar o ay elde edilen ücret kazancının % 10 unu ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz (4697 sK. md. 4) . Ayrıca emeklilik yatırım fonlarının kazançları 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununa göre vergiden muaf tutulmuş ve GVK na göre tevkifata tabi tutulmayacağı öngörülmüştür (5422 sK. md. 8/1) . Buna mukabil sistemden erken ayrılmayı caydırmak amacıyla da 10 yıl sisteme prim veya katkı payı ödemeden ayrılanlara emeklilik şirketinden yapılan ödemeler gelir vergisine tabi tutulacaktır (GVK md. 75/15) . Sistemde kalmayı özendirmek için geç ayrılanlara daha az, erken ayrılanlara daha çok vergi yükü getirilmiştir.²⁰

Nihayet, 4632 sK. da hüküm bulunmayan hallerde sermaye piyasası ve sigortacılık mevzuatının ilgili hükümleri ile genel hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür (md. 1/son) . Ayrıca kanundaki eksikliklerin çıkarılacak yönetmeliklerle giderilmesi planlanmıştır.

Bu çerçeve içinde ilk olarak Bireysel Emeklilik Danışma Kurulunun Çalışma, Esas ve Usulleri Hak. Yönetmelik (RG. 31.10.2001, Nr. 24569) sonra da Emeklilik Şirketleri Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, Bireysel Emeklilik Sistemi Hak. Yönetmelik, Bireysel Emekli-

18 Ayrıca bak. Güzel/Okur, 560-561.

19 Bak. 28.6.2001 tarih ve 4697 sayılı K.: RG. 10.7.2001, No. 24458.

20 Fazla bilgi için: Elverdi, 78-79.

lik Aracıları Hak. Yönetmelik ve Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hak. Yönetmelik aynı anda çıkarılmış bulunmaktadır (RG. 28.2.2002, Nr. 24681).

Sistemin Eleştirisi: Bireysel emeklilik sisteminin gönüllülük esasına göre düzenlenmiş olması sistemin başarı kazanmasını engelleyecek bir unsurdur. Zira ülkemiz şartlarında parasal katkıların kişilerin arzularına bırakılması, pek olumlu sonuçlar vermemektedir. Özel sigorta deneyimi Türkiye’de gönüllü katılımın sınırlı olacağını göstergesidir. Ayrıca, birinci ayak sosyal güvenlik kurumlarında işçi ve işveren primlerinde herhangi bir indirimle gidilmemiş olması, düşük ve orta gelirli kesimlerin sisteme katılmasını önleyecek ve bireysel emeklilik sistemi sınırlı sayıdaki üst gelir grubuna hitap eden bir emeklilik programından öteye gidemeyecektir.²¹ Ülkenin ekonomik durumu, genelde çalışanların gelir düzeyinin ve eğitim düzeyinin düşüklüğü de bu sonuca hizmet edecektir. Getirilen sistemde şirketlerin reklama dönük harcamalarını dizginleyemeyip bunu katılımcıya yüklemek istemeleri halinde katılımcıların sistemden uzaklaşmaları sonucu doğacaktır. Ayrıca bu sistemde katılımcılar borsanın tüm risklerine katlanmak zorunda kalacaklardır.²²

Hernekadar bireysel emeklilikten beklenen ikinci yarar emeklilik fonlarında oluşan portföyün sermaye piyasasına aktarılması, dolayısıyla ekonomiyi canlandırması ise de, yasanın düzenleniş tarzından gizli amacının kamu finansman açıklarının kapatılması olduğu sezilmektedir.²³ Bu bağlamda şirket kuruluşları için en az 20 trilyonluk sermaye şartı getirilmesi ülke şartları açısından ağır bir yük olup nedeni katılmanın çıkarlarını korumak dahi olsa, şirket kuruluşundan tutun da portföy, oluşturmaya kadar pek çok alanda bürokratik koşullar getirilmesi bu sektöre olan ilgiyi azaltacak, belki de kartelleşmeye yol açacaktır.²⁴ 4697 sayılı kanunla getirilen vergi avantajlarının nispeten düşük ve emeklilik yaş sınırını da 56 gibi oldukça yüksek tutulmuş olması sistemin cazibesini azaltacaktır.

21 Alper, Bireysel Emeklilik, 31; K. Arıcı, Sosyal Güvenlik Sistemimiz İçin Yeni Bir Tecrübe. Özel Emeklilik Fonları, İşveren, Aralık 2001.

22 Güzel/Okur, 557.

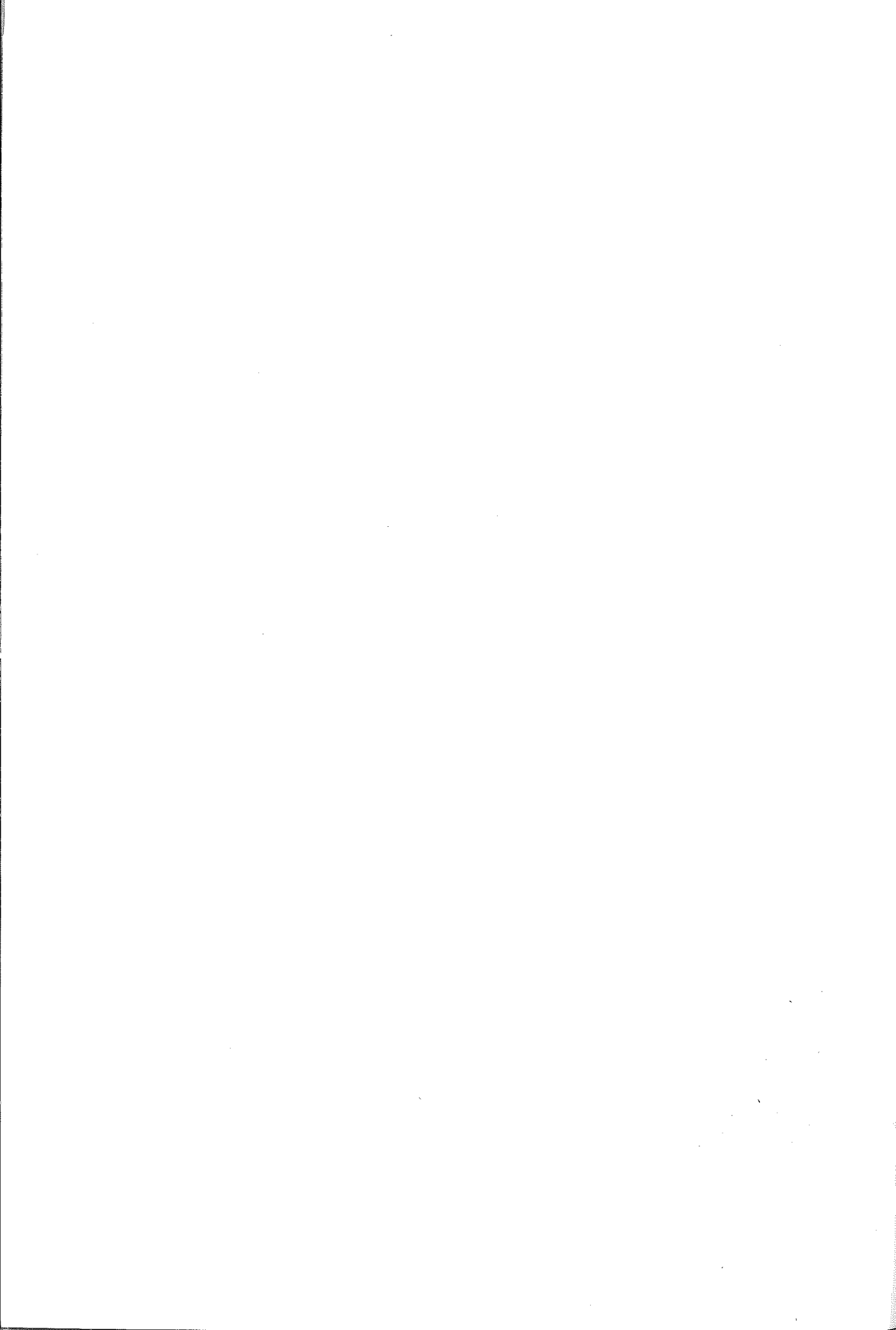
23 M. Şen / T. Memiş, Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununa Eleştirel Bir Yaklaşım, Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi D., C. V, sayı 1-4, Erzincan 2001, 489.

24 M. Şen / T. Memiş, 491-492.

4632 sayılı K.nun önemli pek çok konuyu yönetmeliklere havale etmiş olması da ayrı bir eleştiri konusudur. Herşeyden önemlisi bu sistemde güven ortamının yaratılması sistemin başarılı olması açısından çok önemlidir.²⁵ Bu alanda kurulan şirketlere kamu oyunda güvenin yüksekliği ve şirketlerin şeffaflık ilkesine özen göstermeleri sistemin geleceğini belirleyici bir rol oynayacaktır. Almanya'da 2002 yılının başına kadarki müthiş reklam kampanyasına rağmen 35 milyon sigortalının bugüne kadar sadece 2 milyonunun özel emekliliğe kayıt yaptırdığı bildirilmektedir.²⁶

25 Alper, Bireysel Emeklilik, 32; M. Şen / T. Memiş, 496, 502.

26 The Economist, August 3, 2002, 23.



TRAFFIC LIABILITY (A COMPARATIVE ANALYSIS)

Prof. Dr. Erhan Adal, MCL (Columbia)
Vice Dean, Yeditepe University, Faculty of Law

In view of the present legal systems, the problem of traffic liability appears to be solved according to three different bases. Some legal systems have accepted the principle of **liability based on fault**; others, the principle of **presumption of fault** and a third group has applied principles of **strict (absolute) liability**.

The first group is composed of **Anglo-American** ⁽¹⁾ law; the second, **Italian** and – till the **Demares case** ⁽²⁾ - **French** law and in the latter, **German** and **Swiss** laws.

1 The term **Anglo-American** law refers to "**Customary law**" in contrast to **Continental law** meaning "**Codified Law**". **Common law** in capital denotes the source of Anglo-American law; whereas **common law** in general is used to indicate a common element (jus commune, droit commun, gemeines Recht) i. E. where codified law is based on **Roman Law**. Countries within the Continental legal system are also called "**Civil law countries**", e.g. Spain, France, Italy, Germany, Switzerland, and since 1926 Turkey.

2 **Youngs, R.** at 234 note 86; Civ 21 July 1982, 449.

In this brief analysis a part of liability based on fault will be discussed; the remaining two groups together with findings related with the Turkish law will be the subject of further studies ⁽³⁾.

I. Liability based on fault

A) English law

1. The 1930 **Road Traffic Act** (which was amended in 1972 and 1988), basically depends upon the concept of **negligence** ⁽⁴⁾. The act provides that, the driver of a motor vehicle will be held liable for damages given by motor vehicles; however the injured person, as a rule, has to prove the negligence of the driver. It is sufficient to prove that the driver has **neglected an important duty** ⁽⁵⁾ on the highway. English law, developed in an empirical manner by decisions that in some particular circumstances there was a duty and that in others there was none, by identifying categories of duties. The first attempt to rationalise these cases appeared in **Heaven v Pender**, by Brett MR, who established this formula:

“ whenever one person is by circumstances placed in such a position with regard to another that everyone of ordinary sense who did think would at once recognise that if he did not use ordinary care and skill in his own conduct with regard to those circumstances he would cause danger or injury to the person or property of the other, a duty arises to use ordinary care and skill to avoid such danger”.

In 1932 Lord Atkin in the case **Donoghue ve Stevenson** ⁽⁶⁾ stated his famous “ **neighbour principle**”:

“The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour, and the lawyer’s question, (Who is my neighbour?) receives a restricted reply. You must take reasonable care to avo-

3 For further information consult **Adal**, at 278 et seq.

4 **Negligence** in one sense is the synonym of **fault**; i. E. legal delinquency which results whenever a man fails to exhibit, the care which he ought to exhibit. The other **negligentia** which means carelessness, inattention; the omission of proper care or forethought.

5 **Street / Brazier / Murphy**, at 231 et seq.

6 **Street et al.** op. cit. supra at 173 note 11; (1932 AC 562, HL at 580).

id acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

2. In some particular instances, the burden of proof has been modified in favour of injured persons. The courts have extended the standard of care expected of the defendant to such a degree that it is hardly distinguishable from strict liability. Thus, in *Daly v Liverpool Corporation*⁽⁷⁾ a pedestrian who had been knocked down by a bus succeeded in a claim based on negligence. Stable J specifically stated in his judgment that in deciding whether a 67-year-old woman was guilty of contributory negligence in crossing a road, one had to consider a woman of her age, not a hypothetical pedestrian⁽⁸⁾. The learned judge continued "there was no culpable negligence on the part of the driver, but a motor car has today become a **deadly weapon**, and the standard of care and skill required by the law in a driver is very high indeed⁽⁹⁾. It is a standard which is impossible to harmonize with the discharge of the duties of drivers of public vehicles⁽¹⁰⁾.

3. As for the acts of an independent third party there is no liability⁽¹¹⁾. Road users have a duty of care towards other road users; if they do not conform to a **reasonable standard of care**, they breach that duty and they are liable for all harm foreseeably resulting⁽¹²⁾.

After the decision of *Daly v Liverpool Corporation*, in *Nettleship*

7 (1939) 2 All ER 142, *Youngs*, op. cit. supra at 250 note 190.

8 "A person who suffers from some disability or infirmity and who causes an injury to another will be assumed to be negligent, not because of want of care at the time of the accident, but because, being aware of his disability he allowed himself to be in the situation." Quotations taken from *Street*, et al. op. cit. supra at 238.

9 *Zimmermann*, R, at 1140.

10 *von Bar Christian*, at 561 note 371; *Zimmermann*, op. cit. supra at 1140 (4).

11 *Street* et al. op. cit. at 287.

12 Cases *Vaughan v Menlove* (1837) Bing NC 468 at 475; *Heaven v Pender* (1883) 11 QBD 503 at 507; *King v Phillips* (1953) 1 QB 429 at 441; *Street* et al, op. cit. supra at 237.

v **Weston**, a learner driver was held liable to compensate a friend who was teaching her to drive, because of her failure to conform to the standard of an experienced driver⁽¹³⁾.

In **Henderson ve Henry E Jenkins & Sons**, the owners of a lorry were held to be negligent, even though a layman could not have discovered the fault⁽¹⁴⁾.

4. Another instance applied in favour of the injured person is the application of **res ipsa loquitur**⁽¹⁵⁾. The effect of **res ipsa loquitur** is to afford **prima facie evidence**⁽¹⁶⁾ of negligence.

The concept of **res ipsa loquitur** was formulated in the case **Scott v London and St Katherine's Docks Co**⁽¹⁷⁾ by the following lines:

“ There must be a reasonable evidence of negligence. But where the thing is shown to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendants, that the accident arose from want of care⁽¹⁸⁾ “.

Elements required for the application of the rule are, as follows:

the doctrine is dependent on the absence of explanation; i. E. if the court finds on the evidence shown how and why the event took place, then

13 **von Bar Christian**, op. cit. supra at 405 note 476; 529 note 158.

14 (1969) 3 All ER 756, **Youngs**, op. cit. supra at 250 note 192; the sudden failure of brakes on a lorry owing to a corroded pipe in the hydraulic braking system was held to impute negligence to the owners; **Street**, et al. op. cit. supra at 259 note 17.

15 The thing speaks for itself.

16 **Prima facie**: At first sight; on the first appearance, a fact presumed to be true unless disproved by some evidence to the contrary. **Prima facie evidence**: Evidence which if uncontradicted is sufficient to sustain a judgment in favour of the issue which it supports, but which may be contradicted by other evidence.

17 (1865) 3 H&C 596, Ex Ch. **Street**, et al. op. cit. supra at 258 note 13.

18 comp. the case **Lloyde v West Midlands Gas Board** where Megaw LJ said “I doubt whether it is right to describe **res ipsa loquitur** as a ‘doctrine’.” I think that it is no more than an exotic, although convenient phrase to describe what is in essence no more than a common-sense approach, not limited by technical rules, to the assessment of the effect of evidence in certain circumstances, **Street**, et al, at 258 (C).

there is no room for inference ⁽¹⁹⁾.

the harm must be of such a nature that if proper care had been taken it would not ordinarily happen; the courts have applied the doctrine to things falling from buildings and to accidents resulting from defective machines, apparatus or vehicles ⁽²⁰⁾. It applies to motor cars mounting the pavement ⁽²¹⁾.

The definition of Erle CJ referred to accidents happening **in the ordinary course of things** in the case *Mahon v Osborne*, raised the issue whether this means that it must be a **matter of common experience**, and therefore the experience of the expert is irrelevant ⁽²²⁾.

the means causing the accident must be within the exclusive control of the defendant; if the defendant is not in control, *res ipsa loquitur* does not apply. In *Turner v Mansfield Corpn* ⁽²³⁾.

“ The plaintiff driver of the defendant’s dust cart was injured when its back raised itself up as the plaintiff drove it under a bridge. It was held that since the plaintiff was in control it was for him to explain the accident and since he could furnish no evidence from which negligence could be inferred, he failed” ⁽²⁴⁾.

5. After the law Reform (Contributory Negligence) Act of 1945 **contributory negligence** ⁽²⁵⁾ does not afford a complete defence but simply reduces the extent which the plaintiff has been contributorily

19 In *Barkway v South Wales Transport Co Ltd*, where the tyre of an omnibus burst and the omnibus mounted the pavement and fell down an embankment, *res ipsa loquitur* did not apply because the court had evidence of the circumstances of the accident and so was satisfied that the system of tyre inspection in the garage of the defendant was a negligent one. Yet the word “explanation” must be qualified by the adjective “exact”; *Street, et al.* at 259, note 18.

20 *Street, et al. op. cit. supra* at 259, (2) note 1.

21 *Street, et al. op. cit. supra* at 259 (2) note 2.

22 (1939) 2 KB 14; *Street, et al. op. cit. supra* at 259 note 5.

23 *Street, et al.* at 260 (3) (a) note 10.

24 comp. with *Street, et al. op. cit. supra* at 260 (3), (a) notes 11 and 12.

25 **Contributory negligence**: The act or omission amounting to want of ordinary care on the part of the complaining party, which, concurring with defendant’s negligence, is **proximate** cause of injury. In most of the states in American law, the concept of **comparative negligence** has replaced the doctrine of contributory negligence.

negligent ⁽²⁶⁾.

In order to establish contributory negligence, the defendant is under the burden of proving the following facts:

a) the injury of which the plaintiff complains resulted from **the particular risk** to which the plaintiff exposed himself by virtue of his own negligence ⁽²⁷⁾.

b) the negligence of the plaintiff contributed to his injury ⁽²⁸⁾

c) there was negligence on the part of the plaintiff ⁽²⁹⁾.

6. As negligence was accepted as a criteria for road traffic accidents liability ⁽³⁰⁾ later developments in favour of a stricter liability were forced to rely primarily on breach of statutory duty ⁽³¹⁾, a duty of care in negligence ⁽³²⁾ so impossibly stringent in trespass ⁽³³⁾ that it could only be avoided in circumstances in which an absolute liability system would also classify it as an inevitable accident ⁽³⁴⁾.

-
- 26 **Butterfield ve Forrester case** (1809) 11 East 60 where Lord Ellenborough declared "One person being in fault will not dispense with another's using ordinary care for himself. Two things must concur to support this action, an obstruction in the road by the fault of the defendant, and no want of ordinary care to avoid it on the part of the plaintiff"; **Street, et al, op. cit. supra** at 280.
- 27 **Jones v Livox Quarries Ltd**, (1952) 2 QB 608, CA, **Street, et al, op. cit. supra** at 282 note 5.
- 28 **Stapley v Gypsum Mines Ltd** (1953) AC 663 at 677, **Street, et al, op. cit. supra** at 283 note 14.
- 29 **Jones v Boyce**, (1816) 1 Stark 493, **Street, et al. op. cit. supra** at 287 note 7.
- 30 This has been the application since **Holmes v. Mather** (1875), LR 10 Exch. 261; Diplock J in **Fowler v Lanning** (1959) 1 All ER 290, 297, **von Bar Christian**, op. cit. supra at 405 note 474, **Letang v Cooper** (1964) 2 All ER 929, **Street, et al. op. cit. supra** at 25, 31, 77.
- 31 case **White v Broadbent and British Road Services** (1958) cited in **von Bar Christian**, op. cit. supra at 405 note 475 acting in compliance with rules of the Road Traffic Act is not proof of sufficient care.
- 32 **Nettleship v Weston** case supra note 13 where a driving pupil was judged according to the standards of an experienced driver, even in respect of her teacher's injuries; comp. supra note 14 **Henderson v Henry E Jenkins & Sons** case.
- 33 Quotation from **von Bar Christian**, op. cit. supra at 405.
- 34 **Ng Chun Pui v Lee Chuen Tat** (1988) RTR 298, PC, **Street, et al. op. cit. supra** at 241 note 10.

The solution in England has been classified as unsatisfactory. Lord Denning has stated that:

“..... In the present state of motor traffic, I am persuaded that any civilised system of law should require, as a matter of principle, that the person who uses this dangerous instrument on the roads, dealing death and destruction all around, should be liable to make compensation to anyone who is killed or injured in consequence of the use of it. **There should be liability without proof of fault** ⁽³⁵⁾ “.

35 **Zweigert / Kötz**, at 667; also at 679 the Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (1978) where it has been stressed that in Britain that of every £ 100 paid in premiums by motorists only £ 55 goes to victims; the rest is eaten up in court and lawyers' fees, the administration costs of insurers, and the sums paid to their agents.

BIBLIOGRAPHY

ADAL, ERHAN Fundamentals of Turkish Private Law, 6. Ed. Istanbul, 2002.

von **BAR CHRISTIAN** The Common European Law of Torts, Vol. One&Two, New York, 1998&2000.

STREET/BRAZIER/MURPHY Street on Torts, 10 Ed. London 1999.

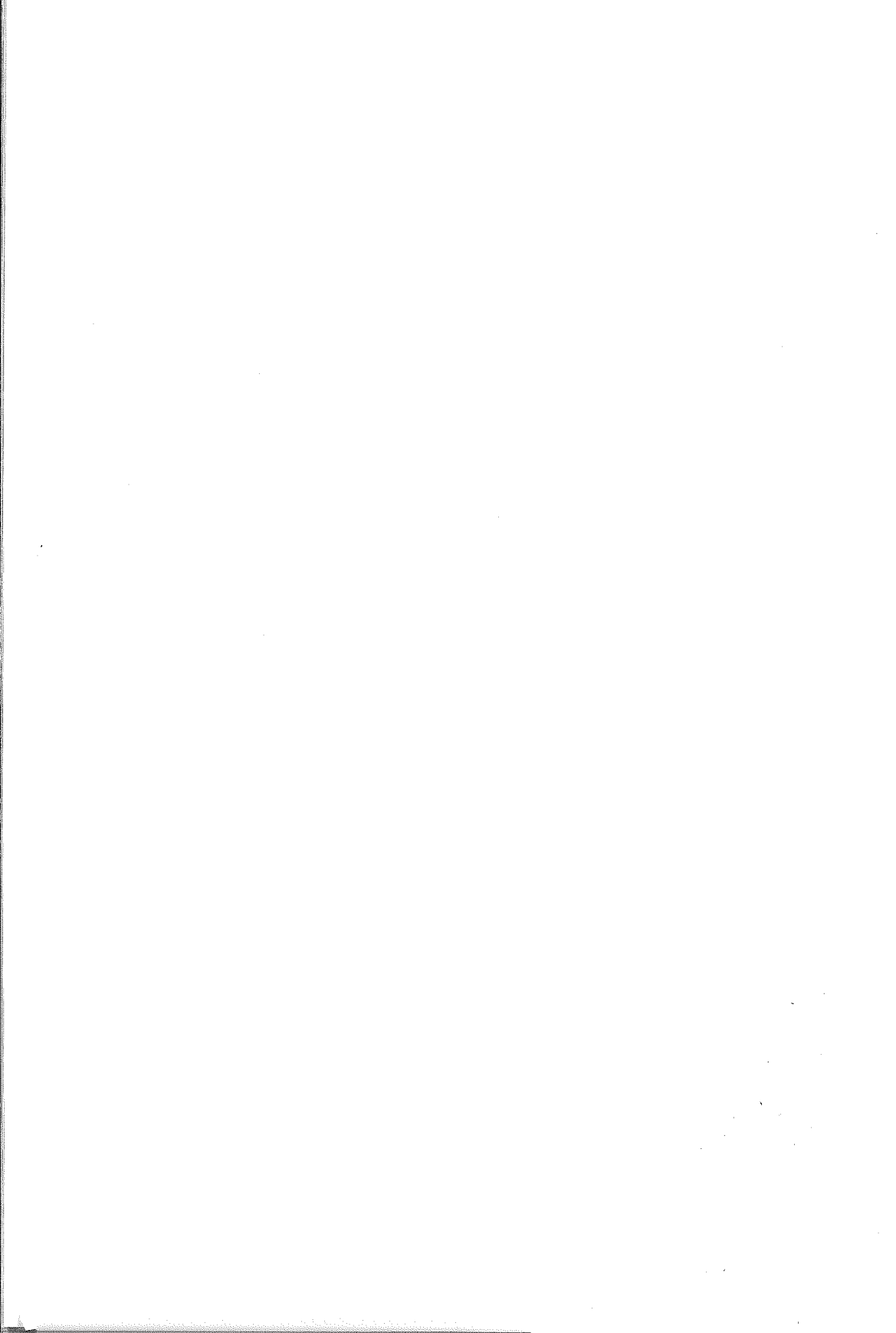
YOUNGS, RAYMOND English, French and German Comparative Law London, 1998.

ZIMMERMANN, REINHARD The Law of Obligations Cambridge, 1995.

ZWEIGERT, K/KÖTZ, H. Introduction to Comparative Law 3. Ed. New York, 1998.

ABBREVIATIONS

AC	Law Reports, Appeal Cases.
All ER	All England Law Reports
Bing. N. C.	Bingham's New Cases
CA	Court of Appeal
Civ.	Cour de cassation, civil chamber
comp.	compare
CJ	Chief Justice
East	East's English King's Bench Reports
Ed.	Edition
e.g.	<i>exempli gratia</i> : for example
et al.	<i>et alii</i> : and others
et seq.	<i>Et sequentia</i> : and following
Exch.	English Exchequer Reports
H&C	Hurlstone&Coltman, England
HL	House of Lords
i. E.	<i>id est</i> : that is
J	Judge
KB	Law Reports, King's Bench Division
LJ	Lord Justice (Court of Appeal Judge).
LR	Law Reports
note	foot note
op. cit.	<i>op. citato</i> : in the same work cited
PC	Privy Council
QB (D)	Law Reports, Queen's Bench Division
RTR	Royal Term Reports, King's Bench Division
Stark	Stark's English Reports
supra	cited previously
v	versus



AVUKATLIK KANUNU'NUN 2. MADDESİNE GÖRE AVUKATIN BİLGİ VE BELGE İSTEME YETKİSİ

Doç. Dr. Ali Cem Budak
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Genel Olarak

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin üçüncü fıkrasına göre:

“Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.”

Avukatlık Kanunu'na 4667 sayılı Kanun değişikliği¹ ile giren bu ka-

1 RG 10 Mayıs 2001, sayı 24398.

nun hükmü, madde metninde sayılan kurumları, kendisine bu yolda taahhütte bulunmadıkları hiçbir kişiye ve yetkisini kanundan almayan hiçbir kamu makamına açıklamak zorunda olmadıkları bilgi ve belgeleri, avukatlara sunmak şeklinde bir kamu hukuku yükümlülüğü altına sokmaktadır.²

Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan 4667 sayılı Kanun'un gerekçesi ve hazırlık çalışmaları³ anılan m. 2 III hükmünün amacı hakkında açıklık içermemektedir.

Karşılaştırmalı hukukta Anglo-sakson hukuk ailesine dahil olan devletlerin hukukunda avukatlara delil toplamak konusunda geniş yetkiler tanınmaktadır; şöyle ki: Anglo-sakson usul hukukunda yargılama, layihalar teatisi (*pleadings*), muhakeme öncesi delil toplama aşaması (*pretrial discovery* veya sadece *discovery*) ve muhakeme (*trial*) aşaması adı verilen iki safhaya ayrılmaktadır. *Discovery* aşamasında taraf vekillerinin her biri karşı taraftan (hatta – Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda- üçüncü kişilerden) dava ile ilgili delillerin sağlanmasını talep edebilmektedir. Taraf vekillerine tanınan bu yetki geniş kapsamlıdır. Avukatlar, karşı taraftan veya üçüncü kişilerden, dava için delil değeri taşıyabilecek her türlü belgenin ve taşınır malların verilmesini, sözlü olarak yöneltilen sorulara zabıt katibinin huzurunda ve yeminli olarak cevap verilmesini (*depositions*), yazılı soru listelerinin cevaplanmasını (*written interrogatories*), taşınmazlara girilip “keşif” yapılmasına izin verilmesini talep edebilmektedirler.⁴

Avukatlık Kanunu m. 2 III'teki geniş yetkilerin Angla-sakson hukuku örnek alınarak düzenlenmiş olduğu düşünülmektedir. Ancak, Avukatlık Kanunu m. 2 III, avukatlara “davaya konu olmuş veya olmamış dosyaları, bilgi ve belgeleri inceleme hakkı” verirken⁵, Anglo-sakson hukukunun avukatlara tanıdığı geniş yetkiler, ancak belirli bir dava ile ilgili olarak ve

2 Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının talepte bulunan kişilere bilgi verme yükümlülüğü ve sınırları genel olarak 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkındaki Kanun'da düzenlenmiştir (RG 24 Ekim 2003, sayı 25269).

3 24.2.1998 tarihli Mesut Yılmaz Hükümeti Tasarısı (1/422); 1.9.1997 tarihli Mesut Yılmaz Hükümeti Tasarısı (1/411); 24.4.2000 tarihli Adalet Komisyonu Raporu: T. B.M.M. Tutanakları, Dönem: 21 Yasama Yılı: 2 (S. Sayısı 413).

4 Ayrıntılı bilgi için ezcümle bkz. Haimo Schack, *Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht*, 3. Bası (Müniç: Beck, 2003), s. 44 – 56; John O'Hare / Kevin Browne / Robert N. Hill, *Civil Litigation*, 9. Bası (Londra: Sweet & Maxwell, 2000), s. 531 – 564.

5 Semih Güner, *Avukatlık Hukuku* (Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2002), s. 164.

yargılamanın başındaki layihalar teatisi aşaması ile belirlenen dava konusu ile sınırlı şekilde kullanılabilir. Başka bir ifade ile, Anglo-sakson usul hukukunda avukatın kamu kuruluşları ve özel kişilerden belirli (derdest) bir dava ile ilişki kurmaksızın bilgi ve belge toplama konusunda genel bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, Avukatlık Kanunu m. 2 III hükmünün avukatlara Anglo-sakson hukukunda dahi bulunmayan geniş yetkiler tanımaya yönelik olduğu görülmektedir.

Kara Avrupası ispat hukuku ile Anglo-sakson ispat hukuku arasındaki önemli farklılıklar dolayısıyla,⁶ Anglo-sakson usul hukukundaki ayrıntılı *discovery* hükümleri Avukatlık Kanunu'nun m. 2 III'ün yorumunda doğrudan yararlanılabilecek bir karşılaştırmalı hukuk kaynağı sayılamaz. Bu yeni kanun hükmünün yorumunda öncelikle kendi hukukumuzun esasları ve ilgili mevzuat hükümleri dikkate alınmalıdır.

II. Avukatın Bilgi Ve Belge İsteme Yetkisinin Sınırları

Öncelikle idari makamların yetkilerinin sınırları kanunla belirlendiği gibi,⁷ kamu hizmeti gördükleri kabul edilmekle birlikte idari teşkilat içinde yer almayan,⁸ fakat üçüncü kişileri kamu hukukuna ilişkin bir yükümlülük altına sokacak "bilgi ve belge isteme" yetkileri ile donatılmış olan avukatlar da, bu yetkilerini ancak kanunda belirtilen sınırlar içinde kullanabilirler. Bu bakımdan, kanımca, avukatların "bilgi ve belge isteme" ve "örnek çıkarma" yetkilerinin sınırları aşağıdaki gibi belirlenebilir:

-
- 6 Örneğin bilirkişilik kurumu ve kesin hükmün kesin delil oluşturması konularında bkz. Ali Cem Budak, "Anglo-Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik", *İstanbul Barosu Dergisi* Cilt 65, sayı 10-12 (1991), s. 1 - 15; Ali Cem Budak, "Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems with Special Reference to Turkish and English Law", *Civil Justice Quarterly* Vol. 11, no.3 (1992), s. 261 - 282.
- 7 Ezcümle bkz. A. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 1, (Ankara: Turhan 1998), s. 32 -33; Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında – İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Ankara: Seçkin, 2000), s. 74.
- 8 Avukatlık Kanunu'nun, avukatlık mesleğini kamu hizmeti sayan 1. maddesi hakkındaki tartışmalar için bkz. Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2. Bası, İstanbul 1996, s. 16 -19; Meral Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Mesleği – Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Bası (İzmir: Barış Yayınları, 1999, s. 7 - 19.

A. Avukatların “bilgi ve belge isteme” ve “örnek çıkarma” yetkileri yorum yoluyla genişletilemez.

Avukatlık Kanunu m. 2 III'ün ilk cümlesinde, sayılan kurumların “avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorunda” buldukları şeklinde genel ve belirsiz bir ifade yer almakla birlikte; aynı fıkranın ikinci cümlesi, avukatların tanınan yetkinin içeriğini, ilgili kurumlardan bilgi ve belge istemek ve (vekâletname ibrazı şartıyla) örnek çıkartmak şeklinde açıklamaktadır. Kanımca, bu hükmün avukatlara tanıdığı yetkiler, ikinci cümlede sayılan “bilgi ve belge istemek” ve “örnek çıkartmak” yetkilerinden ibarettir. Bu yetkiler, yorum yoluyla genişletilemez. Avukatlar, bu kanun hükmüne dayanarak, örneğin, ilgili kurumun işyerinde arama yapmak, fotoğraf çekmek veya görüşme yaptıkları kişilerin seslerini kayda almak yetkisine sahip değildir.

Avukatlara bilgi ve belge sunmak yükümlülüğü yalnızca kanunda sınırlı olarak sayılan kurumlar için geçerlidir. Örneğin, (kamu iktisadi teşebbüsü niteliğindeki anonim şirketler, bankalar ve sigorta şirketleri dışındaki) ticaret şirketleri, dernekler, sendikalar ve siyasi partiler, Avukatlık Kanunu m. 2 III'te sayılmadıkları için, avukatlara bilgi ve belge sunmak yükümlülüğü altında değildirler. Kanunkoyucunun, bilgi ve belge sunma yükümlülüğü altındaki kurumları seçerken nasıl bir ölçüt kullandığı (örneğin vakıfları anarken, dernekleri; bankaları anarken özel finans kurumları ve finansal kiralama şirketlerini niçin dışarıda bıraktığı) anlaşılamamaktadır. Gerçek kişilerin de, bilgi ve belge sunmak yükümlülüğü yoktur.

Avukatlık Kanunu m. 2 III'te anılan “örnek alma” hakkı, alınan belge örneklerinin (örneğin fotokopilerin) aslına uygunluklarını onaylamak ve bu örnekleri yargı mercileri veya diğer adalet dairelerinde takip ettiği işlerde kullanmak yetkisini içermemektedir. Çünkü, avukat, bu yetkileri, yalnızca aslı kendi elinde bulunan belgeler için kullanabilir (Avukatlık Kanunu m, 56 II).⁹

B. Belirli bir konuda, bilgi ve belge elde edilmesi özel kanun hükümleri ile düzenlenmiş ise, avukatların bilgi ve belge isteme yetkisine ilişkin genel hüküm uygulanmaz.

Avukatlık Kanunu m. 2 III'ün ikinci cümlesinde kullanılan “özel hü-

9 Sungurtekin Özkan, *age*, s. 275 – 276.

kümler saklı kalmak kaydıyla” ifadesinden anlaşılacağı üzere, bu yeni kanun hükmü, bilgi ve belge toplanmasına ilişkin mevcut kanun hükümlerini yürürlükten kaldırmak amacını taşımamaktadır. Bu nedenle, avukatların mesleki faaliyetini ve özellikle yargılama hukukunu ilgilendiren belirli bir konuda, bilgi ve belge elde edilmesi özel kanun hükümleri ile düzenlenmiş ise, Avukatlık Kanunu'nun avukatların bilgi ve belge isteme yetkisine ilişkin genel hükmü uygulanmaz; örneğin:

1. İcra ve İflas Kanunu, takip borçlusunun mal beyanında bulunma yükümlülüğüne ilişkin özel hükümler içermektedir (İİK m. 32, m. 60 III, m. 74 – 77, m. 147 II, m. 168 VI) . Borçlu, Avukatlık Kanunu m. 2 III'te sayılan kurumlardan olsa bile, mal beyanında bulunmaya ancak İİK'ndaki özel kanun hükümleri çerçevesinde zorlanabilir. Söz gelimi ilamsız icra takibinde, alacaklının avukatı, borçlunun takibe itiraz etmiş ve itirazın henüz bertaraf edilmemiş olduğu aşamada, borçluya veya borçlunun bankasına başvurarak, borçlunun haczi kabil bütün mallarının kendisine bildirmesini isteyemez.

2. Ceza yargılamasında, hazırlık soruşturmasına ilişkin yetkiler, savcı, sulh hakimi ve kolluk güçlerine ait olup, müvekkilleri adına şahsi dava açmaya, şikâyet veya ihbarda bulunmaya ya da ceza yargılamasına müdahil avukatı olarak katılmaya hazırlanan avukatlar tarafından kullanılamayacağı için; avukatlar, Avukatlık Kanunu m. 2 III'te sayılan kurumlara başvurarak, suç şüphesi uyandıran olaylarla ilgili bilgi ve belge verilmesini isteyemez; bu kurumlarda çalışan, şüpheli gördükleri kişilerin ifadesini alamazlar.

3. Kanımca, kamu yetkisini kullanarak soruşturma yapma yetkisinin özel bir kanun hükmü ile belirli bir idari makama veya bir bağımsız idari otoriteye verildiği hallerde, bu yetki avukatlar tarafından kullanılamaz. Örneğin vergi alanında inceleme yapmak yetkisi Vergi Usul Kanunu'nda “hesap uzmanları, hesap uzman yardımcıları, ilin en büyük mal memuru, vergi denetmenleri, vergi denetmen yardımcıları veya vergi dairesi müdürleri”ne verilmiştir.¹⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, rekabet hukuku ihlalleri ile ilgili şüpheleri araştırma ve bu amaçla ilgililerden bilgi ve belge isteme yetkisini Rekabet Kurulu'na vermiştir (m. 14 – 15) .¹¹

10 VUK m. 134 vd.

11 Bkz. Ali Cem Budak, “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I* (Kayseri: Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu ortak yayını, 2003), s. 45 – 63.

Bankalar Kanunu, bankaların denetimi kapsamında, bankaların faaliyetleri ile ilgili bilgi ve belgeleri ilgililerden isteme yetkisini Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Bankalar Yeminli Murakıplarına vermiştir.¹² Sayılan bu idari makam ve bağımsız idari otoritelerin özel kanun hükümlerine dayanan bilgi ve belge isteme yetkileri, kamuya yararlı olmak düşüncesiyle ihbar veya şikâyetle bulunmak isteyen yada ilgili kişiler veya kuruluşların fiilleri sebebiyle zarar gördükleri iddiasıyla kanuni yollara başvurmaya hazırlanan kişilerin avukatları tarafından kullanılamaz.

4. Yargılama usulü kanunlarımızın tanıklıkla ilgili hükümlerine göre, kamu görevlilerinin meslek sırrı türündeki bilgilerine, ancak, mahkemenin bu konudaki ara kararı üzerine ve kamu görevlilerinin bağlı oldukları resmi makamın onayı ile başvurulabilir (HUMK m. 249; CMUK m. 49; Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 51) . Bu nedenle avukatın, Avukatlık Kanunu m. 2 III'e göre, kamu görevlilerinden talep ettiği bilginin “meslek sırrı” sayılabilecek türden olmaması gerekir.

III. Avukatların “bilgi ve belge isteme” ve “örnek çıkarma” yetkilerinin kullanılması

Kanun, avukatların bilgi ve belge isteme ve örnek çıkarma yetkilerini ne şekilde kullanacakları hakkında hiçbir ayrıntı içermemekte; bu konuda yönetmelik çıkartılmasını da öngörmemektedir. Buna rağmen, bilgi ve belge isteme ve örnek çıkarma yetkilerinin, hiçbir şekle bağlı olmadan kullanılması doğru olmayacağı için, Türkiye Barolar Birliği'nin bu konuda bir yönetmelik hazırlaması gereklidir (bkz. Avukatlık Kanunu 4667 sayılı Kanunla değişik m. 182).

Bu yönetmelik henüz hazırlanmamış olsa bile, avukatlar, mesleki yetkilerini “adalet ve hakkaniyete uygun” şekilde icra etmek yükümlülüğünde oldukları için (Avukatlık Kanunu m. 2 I), bilgi ve belge isterken bazı kurallara uymaları gerekeceği doğaldır. Konunun önemini vurgulamak için aşırı bir örnek vermek gerekirse, her halde, avukatlar, kanunda sayılan resmi ya da özel kurumlardan dilediklerini, ansızın ziyaret edip, hiçbir

12 Bkz. Bankalar Kanunu m. 3, bent 9; m. 5, bent 3 – 4; m. 13, bent 1 (a); m. 15, bent 8; m. 18, bent 2; m. 22, bent 4.

açıklama yapmadan, söz gelimi, “geçmiş yıla ilişkin tütün mamülü satışlarının miktarlarını içeren coğrafi bölgelere göre tasnif edilmiş bir listenin hazırlanmasını” veya “ekli listede yer alan kişilerin geçtiğimiz yıl içindeki bütün hesap hareketlerinin bildirilmesini” isteyemeyeceklerdir. Kanımca, Avukatlık Kanunu m. 2 III’te kullanılan sınırsız ifadeye rağmen, avukatlara tanınan yetkilerin mesela Vergi Usul Kanunu’nda hesap uzmanlarına tanınan yetkilerden¹³ daha kapsamlı olduğu kabul edilemez.

Avukatlar, bilgi ve belge isteme ve örnek çıkarma yetkilerini kullanırken, özellikle aşağıdaki hususları yerine getirmelidirler:

1. Bilgi ve belge isteme ve örnek çıkarma yetkilerini kullanacak olan avukat, ilgili kuruma avukatlık kimliğini ve (örnek çıkartmak istiyorsa) vekâletnamesini ibraz etmelidir.

2. Bilgi ve belge sunulması talebi, ilgili kuruma, yazılı olarak bildirilmelidir. Bu yazılı talepte, bilgi ve belgelerin, hangi uyumsuzluk veya hangi hukuki mesele ile ilgili olarak talep edildiği (yapılmış bir idari başvuru veya derdest bir dava varsa, tarih, evrak kayıt yada dosya numarası gibi ayrıntılar da belirtilmek suretiyle) açıklanmalıdır.

3. Bilgi ve belge isteme yetkisi çalışma saatleri içinde kullanılmalıdır.

4. Talep edilen bilgi ve belgeler (derdest bir dava veya takiple ilgili olmasa bile), avukatın ele aldığı hukuki mesele veya uyumsuzluk ile ilgili olmalıdır. Bilgi ve belge talep etme yetkisi, avukatın görevi ile ilgili olmayan hususları kapsayacak şekilde kullanılırsa, yalnızca bilgi ve belgeyi talep eden avukat değil, avukatın talebini itiraz etmeden yerine getiren kişi de hukuka aykırı davranmış olur. Böyle bir durumda, ele aldığı hukuki mesele veya uyumsuzlukla ilgili olmayan bilgi ve belgeyi talep eden avukat, Avukatlık Kanunu m. 34 ve m. 136 uyarınca disiplin sorumluluğuna tâbi olduğu gibi; talep edilen bilgi ve belgeyi sunan ilgilinin eylemi, her somut olayın özelliklerine göre, meslek ve sanat icrası sırasında öğrenilen sırları açıklama suçu (TCK m. 198) veya memuriyet dolayısıyla öğrenilen sırları açıklama suçu (TCK m. 229) teşkil edebilir.

5. Avukatın bilgisine sunulan veya örnek aldığı belgelerin listesi hazırlanmalı; sözlü olarak alınan bilgiler için tutanak düzenlenmelidir (Avukatlık Kanunu m. 53) . Avukat ve ilgili kurumun yetkilileri tarafından imzalanan bu liste veya tutanağın bir nüshası ilgili kurumda bırakılmalıdır.

13 VUK m. 136 vd.

IV. Avukatların “bilgi ve belge isteme” ve “örnek çıkarma” yetkilerinin özel kanun hükümleri ile sınırlanmış olması

Avukatlık Kanunu m. 2 III, ilgili kurumların bilgi ve belge sunma yükümlülüğünün, “kanunlarındaki özel hükümler” ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Bu hükümde “(kurumların) kanunlarındaki özel hükümler”den bahsedilmiş olmasına rağmen, kanımca, Avukatlık Kanunu m. 2 III’ün “bilgi ve belge toplama” konusunda genel bir hüküm olduğunu ve bu genel hükmün, (sadece ilgili kurum için çıkartılmış özel kanun hükümleri ile değil) diğer bütün kanunlarda yer alan özel hükümlerle sınırlanmış olduğunu kabul etmek kanunun amacına uygundur.

Avukatların bilgi ve belge toplama yetkilerini sınırlayan, “ilgili kurumlara özgü” özel kanun hükümlerine örnek olarak bankaların sır saklama yükümlülüğüne ilişkin Bankalar Kanunu m. 22, bent 7 ve noterlerin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin Noterlik Kanunu m. 54 - 55 gösterilebilir.¹⁴

Bu “ilgili kuruma özgü” özel kanun hükümleri yanında, sır saklama yükümlülüğü hakkında başka (“ilgili kuruma özgü” olmayan) özel hükümler de bulunabilir. Kanımca, bu özel hükümler de, Avukatlık Kanunu m. 2 III’teki bilgi ve belge toplama yetkisini sınırlar. Örneğin, Avukatlık Kanunu m. 36 uyarınca avukatlar, kendilerine tevdi edilen veya avukatlık

14 4667 sayılı Kanunla yapılan Avukatlık Kanunu m. 2 III hükmü değişikliği hakkında TBMM Genel Kurul tutanaklarında şu görüşme yer almaktadır:

“Kamer Genç (Tunceli) – (...) Ayrıca, bu kanun tasarısının 2 nci maddesiyle, avukatların özel bankalardan, özel sigorta şirketlerinden, her türlü kamu kurum ve kuruluşlarından istedikleri belgeleri inceleme yetkisini getiriyorsunuz. Burada, mesela, bir bankadaki herhangi bir vatandaşın hesabının özetini bir avukat gidip alabilir mi veyahut bir tapu kaydını gidip de -efendim, ben bununla vekâletini alacağım- alabilir mi veyahut da defter kaydını, bilançosunu; mesela, vergi dairesinden alabilir mi? Bu konuda bir açıklama yapmanızı istiyorum. (...)

Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk (Trabzon) – (...) Her türlü belgeyi inceleme yetkisi, bu tasarıda, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla tanınmıştır. Nitekim, tasarının çerçeve 2 nci maddesiyle önerilen 2 nci madde değişikliğinde “kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar -yani, avukatın istemi üzerine kendilerine belge verecek olan kurumlar- avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır” denilmektedir. Görüldüğü gibi, burada, ilgili kanunlardaki özel hükümler saklı tutulmuştur. Örneğin, bankalar bakımından, banka sırrını saklı tutan hükümler vardır; bunlara dokunulmamaktadır. O hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu bilgi ve belgeleri inceleme yetkisi tanınmaktadır.” (T. B. M. M. Tutanak Dergisi, 94 üncü Birleşim, 1 Mayıs 2001.)

görevi dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vuramazlar. Bu nedenle, Avukatlık Kanunu m. 2 III'te sayılan kurumlardan birine giden bir avukat, orada çalışan bir kurum avukatının uhdesinde olan dosyaları inceleyemez ve o dosyalardan örnek alamaz.

Bazı kanun hükümleri, gizliliği olan bilgilerin açıklanması konusunda “özel kanun hükümlerini” saklı tutmaktadır. Örneğin, Adli Sicil Kanunu'nun m. 6'ya göre: “Adli sicil bilgilerini, kamu kurum ve kuruluşları ile adli sicil kaydının ilgilisi talep edebilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.” Kanımca, bu türlü düzenlemelerde, “özel kanun hükümleri” ile kastedilen, gizliliği olan bilgiye mahsus özel kanun hükümleridir Avukatlık Kanunu m. 2 III'te yer alan “genel” bilgi ve belge toplama yetkisi, bu nitelikte (adli sicil kaydı ile ilgili) bir özel hüküm değildir. Dolayısıyla, örneğimizde, avukatlık, müvekkilleri dışındaki kişilerden sabıka kayıtlarını, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nden talep edemeyecekleri kanısındayım.

V. Avukatların bilgi ve belge toplama taleplerinin yerine getirilmemesinin yaptırımını

Kanun, avukatların bilgi ve belge toplama taleplerinin yerine getirilmemesinin yaptırımını belirtmemektedir. Kanımca, bilgi ve belge toplama taleplerini yerine getirmeyen kişi memur sıfatını taşıyorsa, bu fiili görevi ihmal suçu oluşturur (TCK m. 230) . Buna karşılık, avukat, kamu hizmeti gördüğü kabul edilse ve kamu hukukuna ilişkin bazı yetkilerle donatılmış olsa bile, adli veya idari teşkilat içinde yer alan bir “yetkili makam” sayılamayacağı için,¹⁵ avukatın bilgi ve belge toplama talebini yerine getirmemek, yetkili mercilerin emirlerine itaatsizlik suçu (TCK m. 526) teşkil etmez.

Memur sıfatını taşımayan kişilerin, avukatların bilgi ve belge toplama taleplerini yerine getirmemeleri halinde uygulanabilecek bir ceza hükmü yoktur. Bu durum, çok genel bir şekilde ifade edildiği için, ilk bakışta etkili gibi görünen Avukatlık Kanunu m. 2 III hükmünün uygulamadaki etkisini büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Avukatların bilgi ve belge

15 TCK'nun 526. maddesi anlamında “yetkili makam” kavramı için bkz. Halil Yılmaz, *Türk Hukuk Uygulamasında Yetkili Mercilerin Kararlarına Uymama* (Ankara: Seçkin, 1999), s. 93 – 98. Buna karşılık, Cumhuriyet Savcıları, mahkemeler ve icra dairelerinin kararlarına uymamak, yetkili mercilerin emirlerine itaatsizlik suçu oluşturur; *age*, s. 116 –118.

toplama taleplerini rızasıyla yerine getirmeyen, memurlar dışındaki kişilere karşı, ancak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun, senetlerin ibrazı mecburiyeti (m. 322 – 324, 326 – 336) ve delillerin tespiti (m. 368 – 374) gibi klasik hükümlerinden yararlanılabilecektir.

VI. Müzekkerelerin duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilmesi

Tahkikat ve yargılama için gerekli olan (söz gelimi, tapu sicili veya nüfus müdürlüğünden getirilmesi gereken) belgeleri toplamak konusunda, yerel mahkemelerin uygulamaları arasında farklılıklar vardır. Bazı mahkemeler, dava için gerekli belgelerin toplanmasına, duruşma gününü beklemeden, dava açıldıktan sonra düzenledikleri tensip kararı ile başlamakta ve ilgili yerlere müzekkereler yazarak, bu müzekkerelerin davacı avukatı tarafından elden takibine (örneğin, nüfus müdürlüğüne gidilerek, nüfus kaydının elden alınmasına) imkân vermektedirler. Böylece, ilk duruşma günü geldiğinde, dava için gerekli belgeler toplanmış olabilmektedir. Bazı mahkemeler ise, dava için gerekli belgelerin getirilmesi hakkındaki müzekkereleri, ancak ilk duruşmada verdikleri bir ara kararından sonra hazırlayıp ilgili mercilere göndermektedirler.

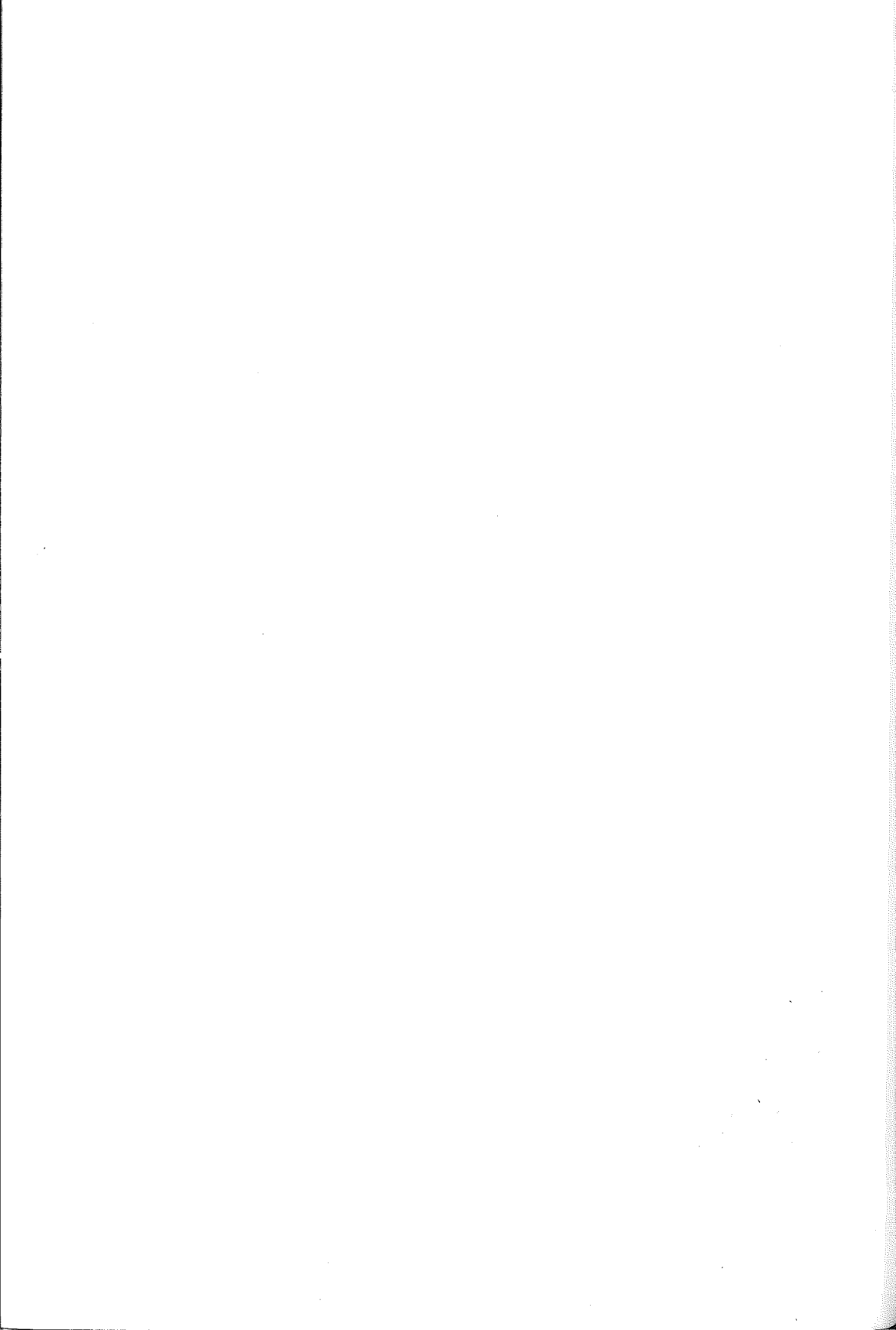
Avukatların bilgi ve belge toplama yetkilerini düzenleyen Avukatlık Kanunu m. 2 III hükmünün sonunda karşımıza çıkan “derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir” cümlesi, bu yerel mahkeme uygulamalarından ilkinin yaygınlaştırmak amacını taşımaktadır. Bu cümle aynı fıkranın, avukatların dava ile ilgili belgeleri “yargı organları, emniyet makamları ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarından”, (mahkeme tarafından hazırlanacak müzekkerelere gerek olmadan) talep edebileceğini ifade eden ilk cümlesinin ancak sınırlı bir uygulama alanı bulabileceği dikkate alınarak kanuna eklenmiş olmalıdır.

Sonuç

Avukatlık Kanunu m. 2 III hükmünde 4667 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, avukatlara “bilgi ve belge isteme” konusunda sınırları belirsiz, çok genel ve geniş yetkiler tanıyacak şekilde kaleme alınmıştır. Bu genel kanun hükmünün gerek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Vergi Usul Kanunu, İcra ve İflas Kanunu gibi temel kanunlarda, gerekse yukarıda

anılan Bankalar Kanunu ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun gibi daha özel alanları düzenleyen kanunlardaki özel hükümler dikkate alınarak yorumlanması doğru olur.

Avukatlık Kanunu m. 2 III hükmünün işlerlik kazanabilmesi için, bilgi ve belge isteme ve örnek çıkarma yetkilerinin hangi şekil ve kurallara bağlı olarak kullanılacağına Türkiye Barolar Birliği tarafından Avukatlık Kanunu m. 182'e göre çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesi de gereklidir.



**HUKUKÎ VE TİCARÎ KONULARDA DELİLLERİN ELDE
EDİLMESİNDE ÜYE DEVLETLERİN MAHKEMELERİ
ARASINDA İŞBİRLİĞİNE İLİŞKİN
AVRUPA BİRLİĞİ KONSEY TÜZÜĞÜ**

Doç. Dr. Nuray EKŞİ
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

I. Tüzüğün Hazırlık Çalışmaları

Avrupa Birliğinde, milletlerarası usul hukuku alanında yapılan temel düzenlemelerden birini "Hukukî ve Ticarî Konularda Delillerin Elde Edilmesinde Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında İşbirliğine İlişkin Tüzük" oluşturmaktadır. Tüzük, Almanya'nın önemli katkılarıyla hazırlanmıştır. 15-16 Ekim 1999'da Tampere'de yapılan toplantıda Avrupa Birliği Konseyi, milletlerarası usul hukuku ve özellikle delillerin elde edilmesiyle ilgili yeni yasal çalışmaların hazırlanması gerekliliği üzerinde durmuştur. Üye devletler arasında delillerin elde edilmesiyle ilgili bağlayıcı ortak bir düzenlemenin olmaması; 18.3.1970 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil İkamesi Hakkındaki La Haye Konvansi-

yonuna sadece 11 üye devletin taraf olması ve Almanya'nın da girişimiyle Konsey, delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğini öngören bir tüzük taslağı hazırlamıştır. Bu taslak Topluluk Resmî Gazetesinde yayımlanarak yorumlara açılmıştır¹.

Avrupa Topluluğu Andlaşmasının 61(c) ve 67(1). maddelerine istinaden Parlamento ile Ekonomik ve Sosyal Komitenin görüşleri alınarak Konsey tarafından 28 Mayıs 2001 tarihinde tamamlanan Hukukî ve Ticarî Konularda Delillerin Elde Edilmesinde Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında İşbirliğine İlişkin Konsey Tüzüğü ekleriyle beraber AT Resmî Gazetesinde yayımlanmıştır².

II. Genel Olarak Tüzük Hükümlerinin Değerlendirilmesi

1. Tüzüğün Sistematiği

Tüzük, bir başlangıç, III kısım altında toplam 24 madde ve A'dan J'ye kadar uzanan on ekten oluşmaktadır. Tüzük 1 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir (md. 24). Bununla beraber Tüzüğün bazı hükümleri 1 Ocak 2004'ten sonra uygulanmaya başlayacaktır. Tüzüğün 19, 21 ve 22. maddeleri 1 Temmuz 2001 tarihinden itibaren, diğer hükümleri ise 1 Ocak 2004 tarihinden itibaren uygulama alanı bulacaktır³. Böylece, bazı hükümlerin üye devletlere yüklediği yükümlülüklerin bu süreç içinde yerine getirilmesi için gerekli zaman verilmiş ve daha sonra uygulanacak Tüzük hükümleriyle ilgili hazırlıkların tamamlanmasına fırsat tanınmıştır.

- 1 (Preparatory Acts Council) Initiative of the Federal Republic of Germany with a View to Adopting a Council Regulation on Cooperation Between the Courts of the Member States in the Taking Evidence in Civil and Commercial Matters: OJ C 314 3.11.2000, s. 1-20.
- 2 Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking Evidence in Civil and Commercial Matters: OJ L 174 27.6.2001, s. 1-24.
- 3 Fakat Danimarka açısından Tüzük uygulanmayacaktır (Tüzük md. 1/3). Çünkü Danimarka Avrupa Birliği Andlaşması (Maastricht Andlaşması) ile Amsterdam Andlaşmasına ekli Protokolün (Protokolün metni için bkz. Nigel FOSTER, Protocol on the Position of Denmark, Blackstone's EC Legislation, 2000-2001, 11 th ed., London 2000, s. 143-145) 1 ve 2. maddeleri ile Avrupa Topluluğu Andlaşmasında belirtildiği gibi Tüzüğü kabul etmeyecektir. Bu nedenle, Tüzükle bağlı olmadığı gibi hükümlerine de tabi değildir.

2. Tüzüğün Uygulama Alanı

Tüzüğün uygulama alanına ticarî ve hukukî konulardaki delillerin elde edilmesi girmektedir. Diğer bir üye devletten delil talebinin yapılabilmesi için açılan veya görülmekte olan bir davanın olması gerekir. Açılan veya görülen bir davada kullanılması düşünülmeyen bir delilin elde edilmesi talebinde bulunmak mümkün değildir (md. 1/2).

3. Tüzük Hükümlerine Göre Delil Temini Taleplerinin İletilmesi ve Yerine Getirilmesi

Her üye devlet delil temininin ifası için yetkili mahkemelerinin bir listesini oluşturacaktır. Delil istemi doğrudan mahkemeler arasında yapılacaktır. Böylece Tüzüğün sisteminde merkezî makamlara başvurulmaksızın üye devletlerin mahkemeleri arasında doğrudan işbirliği sistemi kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, talep eden mahkeme (requesting court) bir aracıya ihtiyacı olmadan delilin bulunduğu diğer üye devlet mahkemesinden dava ile ilgili delilin temin edilerek gönderilmesini isteyebilecektir.

Tüzükte, merkezî makamların oluşturulmasından söz edilmiş olmakla beraber, bunların görevleri üye ülkelerin mahkemeleri arasında aracılık etmek değildir. Tüzüğün 3. maddesine göre, her üye devlet

-mahkemelere bilgi sunmak,

-yapılan taleplerle ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar için çözümler aramakla

yükümlü birer merkezî makam belirleyecektir. 1970 La Haye Konvansiyonunun tersine, Tüzükte sözü edilen merkezî makam, gerekli olan hallerde bilgi sunmak ve eğer sorun ortaya çıkarsa bunu gidermenin yollarını aramakla görevlendirilmiştir. O halde AB Tüzüğünde, mahkemenin talebini önce kendi ülkesindeki merkezî makama yapması, daha sonra bu talebin, delilin bulunduğu diğer ülkedeki merkezî makama iletilmesi sistemi terk edilmiştir. Adeta, ulusal istinabeye benzer bir müessese oluşturulmuştur.

Talep eden mahkeme, talepte bulunurken Tüzüğün ekinde yer alan A formunu dolduracaktır (md. 4/1). Talep ve talebin ekinde yer alan belgeler her türlü onay vb. işlemten muafır (md. 4/3). Talebin, prensip olarak, talepte bulunulan ülkenin dilinde yapılması gerekir (md. 5). Talebin alınmasından itibaren 7 gün içinde, bunu alan mahkeme, talebin kendisine ulaştığını form B'yi kullanarak karşı tarafa bildirecektir (md. 7).

Eğer talep, Tüzükte belirtilen şartları taşımadığı için yerine getirilemiyorsa, talebi alan mahkeme gecikmeksizin, fakat en geç 30 gün içinde form C'yi kullanarak talep eden mahkemeye durumu bildirecektir (md. 8/1).

Talep eden mahkeme, önemli zorluklar yaratmaması ve talep edilen ülkenin hukukuna uygun olması şartlarıyla özel bir usul çerçevesinde delilin elde edilmesini isteyebilir. Bu özel usulun yerine getirilmesi az önce belirtilen sebeplerle mümkün olmazsa, durum form E ile talep eden üye devlet mahkemesine bildirilir (md. 10/3).

Eğer talep eden mahkemenin bulunduğu üye devlet hukukuna göre davanın tarafları veya bunların temsilcileri delillerin elde edilmesinde hazır bulunmak hakkına sahipseler, talep edilen mahkemeye bu konuda da bilgi verilecektir. Talep edilen mahkemenin hukuku açısından bir engel yoksa veya önemli bir zorluk oluşturmuyorsa, talep edilen mahkeme tarafları veya bunların temsilcilerini form F'yi doldurarak delil elde edilmesine nerede, ne zaman ve nasıl katılacakları konularında bilgilendirecektir (md. 11).

Tüzük, talep eden mahkeme üyelerinin hazır bulunması ve katılımı ile delil teminini de ayrıca düzenlemiştir. 12. maddeye göre, talep eden mahkemenin hukuku öngörüyorsa, mahkeme üyelerinin veya tayin edilen bir başka kişinin -örneğin bilirkişinin (expert)- delil elde edilmesine katılımı talep edilen mahkemeye bildirilecektir.

Kendisinden talepte bulunulan mahkeme, gecikmeksizin, fakat en geç 90 gün içinde talebi yerine getirir. Talebin yerine getirilmesinde mahkeme kendi hukukunu uygular (md.10/1-2). Talep edilen mahkeme eğer 90 gün içinde talebi yerine getiremeyecekse form G ile talepte bulunan üye devlet mahkemesine durumu bildirerek, talebi muhtemelen ne zaman yerine getireceği konusunda açıklama yapacaktır (md. 15). Talep edilen mahkeme, elde ettiği delilleri form H ile talepte bulunan mahkemeye gönderecektir. (md. 16).

Prensip olarak delil temini herhangi bir masraf veya harcın ödenmesine bağlı değildir (md. 18/1). Bununla beraber eğer kendisinden talepte bulunulan mahkeme gerekli görürse talebi yapan mahkeme bilirkişilere ve tercümanlara ödenecek ücretleri, videokonferans veya telekonferans gibi iletişim teknolojilerinin veya özel delil elde etme yönteminin kullanılmasından kaynaklanan masrafların ödenmesini temin etmekle yükümlüdür. Bu masraf ve ücretlerin davanın taraflarına teşmili, talebi yapan ülkenin hukukuna göre belirlenir (md. 18).

Delil talebi, Tüzükte belirtilen sebeplerden birine istinaden reddedilebilir. Bu konuda Tüzük muhtelif sebepler öngörmüştür. Bu sebepler şunlardır:

-talep edilen devletin hukukuna göre kişinin ifade vermeyi reddetme hakkı varsa veya ifade vermesi yasaklanmışsa,

-talep eden devletin hukukuna göre kişinin ifade vermeyi reddetme hakkı varsa veya bu hukuka göre ifade vermesi yasaklanmışsa, ve bu hak talepte belirtilmiş veya talep edilen mahkemenin inisiyatifi ile talep edilen mahkemece teyit edilmişse,

-delil talebinin Tüzüğün uygulama alanına girmemesi,

-talep edilen mahkemenin hukukuna göre talenin yerine getirilmesinin adlî işlemler arasında yer almaması,

-eksik taleplerin 30 gün içinde tamamlanmaması,

-masraf yatırılması gerekli olan hallerde masrafların talep edilen mahkeme tarafından istenilmesinden itibaren 60 gün içinde yatırılmaması (md. 14).

Tüzüğün getirdiği en önemli yenilik bir üye devlet mahkemesinin diğer bir üye devlette doğrudan delil elde etmesine olanak vermesidir. “Talep eden mahkemenin doğrudan delil elde etmesi” başlığı altında 17. maddede bu konu özel olarak düzenlenmiştir. Talep eden mahkeme, delilin bulunduğu üye devletin belirlediği merkezî makama doğrudan delil elde etmek istediğini form I ile iletacaktır. Ancak doğrudan delil temini cebri icranın kullanılmasına ihtiyaç olmayan hallerde başvurulabilecek bir yöntemdir. Ancak delil temininin ihtiyarî olarak yerine getirilmesi mümkün olan hallerde bir üye devlet mahkemesi diğer bir üye devlette doğrudan bu işlemi yapabilir. Aksi halde yapamaz. Doğrudan delil temini, talep eden mahkemede görevli olan bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi bu işle görevlendirilmiş -örneğin bir bilirkişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Talebin alınmasından itibaren 30 gün içinde, talebi alan merkezî makam, talebin kabul edilip edilmediğinden ve hangi şartlarda yerine getireceğinden J formunu kullanarak talepte bulunan mahkemeyi haberdar eder. Doğrudan delil temini, işlemin yapılacağı ülkenin hukukuna göre yerine getirilir (md.17/6). Merkezî makam bazı şartların varlığı halinde doğrudan delil temini talebini reddedebilir:

- (a) Talep, Tüzüğün kapsamına girmiyorsa,
- (b) Talep, 4. maddede belirtilen gerekli bütün şartları içermiyorsa, veya
- (c) Doğrudan delil temini talebi, talep edilen devletin temel hukuk prensiplerine aykırı ise,
- o zaman talep reddedilecektir (md. 17/5).

III. Tüzüğün Türkçeye Tercüme Edilmesindeki Amaç

Yukarıda hazırlık çalışmaları ve genel olarak hükümleri hakkında bilgi verilen Tüzüğün tercümesinde İngilizce metni esas alınmış olmakla beraber, tereddüt edilen hususlarda Almanca metinden de yararlanılmıştır. Tercüme yapılırken asla sadık kalınmaya çalışılmıştır. Çalışmanın amacı, Avrupa Birliği hukukunda devletler özel hukuku alanında en son gelişmeleri yansıtmak ve Türk hukukunda yapılacak çalışmalara ışık tutacak olan bu Tüzüğün Türkçe tercümesini özellikle uygulamacıların bilgisine sunmaktır. Yabancı ülkelerde delil teminine, diğer bir ifadeyle milletlerarası istinabeyle ilişkin bir çok andlaşmaya taraf olmasına rağmen, Türkiye'nin, istinabe taleplerinin usulüne uygun, hızlı ve etkin bir şekilde yapılması; söz konusu andlaşma hükümlerinin uygulanması konusunda başarılı olduğu söylenemez. Bu başarısızlığın temelinde Türk mahkemelerinin yabancı mahkemelerden delil temini konusunda gösterdikleri çekimserlik yatmaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu andlaşmalara nazaran daha yakın bir işbirliğini öngören Tüzük hükümlerinin bilinmesi, sadece Türkiye'nin Avrupa Birliğine tam üye olması halinde mevzuatın uyumu bakımından değil konuyla ilgili olarak yapılacak yeni andlaşma veya çalışmalar açısından da büyük önem taşımaktadır. Tüzük, yeni yürürlüğe girdiği için henüz doktrin ve mahkeme kararlarında tartışılmamıştır. Bu husus da dikkate alınarak çalışmamız, Tüzük hakkındaki genel değerlendirmeye ilişkin giriş kısmından sonra Tüzüğün tercümesi ile sınırlandırılmıştır.

Hukukî ve Ticarî Konularda Delillerin Elde Edilmesinde Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında İşbirliğine İlişkin 28 Mayıs 2001 Tarihli Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (EC) No 1206/2001

AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ,

Avrupa Topluluğunu kuran Andlaşmayı, ve özellikle onun 61(c) ve 67(1). maddelerini dikkate alarak,

Federal Almanya Cumhuriyetinin girişimlerini dikkate alarak⁴,

Avrupa Parlamentosunun görüşünü dikkate alarak⁵,

Ekonomik ve Sosyal Komitenin görüşünü dikkate alarak⁶,

Aşağıdaki esaslara dayanarak bu Tüzük kabul edilmiştir.

- (1) Avrupa Birliği, kişilerin serbest dolaşımının temin edildiği özgürlük, güvenlik ve adalet alanı olarak Avrupa Birliğinin korunması ve gelişmesi amacını ilke edinmiştir. Bu alanın aşamalı bir şekilde kurulması için Topluluk, diğerlerinin yanı sıra, iç pazarın iyi işlenmesi açısından gerekli olan özel hukuk konularında iş birliğine ilişkin tedbirleri kabul edecektir.
- (2) İç pazarın iyi işlenmesi amacıyla, delillerin elde edilmesinde mahkemeler arasındaki işbirliği ıslah edilmeli, özellikle kolaylaştırılmalı ve hızlandırılmalıdır.
- (3) 15 ve 16 Ekim 1999'da Tampere'deki toplantısında, Avrupa Birliği Konseyi, sınır ötesi olaylarda, özellikle delillerin elde edilmesinde yeni yasal çalışmaların yapılması çağrısında bulunmuştu.
- (4) Bu alan, Andlaşmanın 65. maddesinin kapsamına girmektedir.
- (5) Teklif edilen çalışmanın amaçları, diğer bir ifadeyle, ticarî ve hukukî konularda delillerin elde edilmesinde mahkemeler arasındaki işbirliğinin ıslahı, üye devletler tarafından yeterli ölçüde başa-

4 OJ C 314 3.11.2000, s. 2.

5 Görüş 14 Mart 2001 tarihinde verilmiştir (henüz Topluluk Resmî Gazetesinde yayımlanmamıştır).

6 Görüş, 28 Şubat 2001 tarihinde verilmiştir (henüz Topluluk Resmî Gazetesinde yayımlanmamıştır).

rılamamıştır ve böylece Topluluk seviyesinde başarılması daha iyi olacaktır. Topluluk, Andlaşmanın 5. maddesinde belirtilen ta-
lîlik ilkesi uygun olan tedbirleri kabul edebilecektir. Bu maddede
belirtilen nisbîlik prensibine uygun olarak, Tüzük, bu amaçları
gerçekleştirmek için gerekli olanlardan daha ileri gitmeyecektir.

- (6) Bu güne kadar, delillerin elde edilmesi hakkında bütün üye dev-
letler arasında bağlayıcı olan bir düzenleme mevcut değildir. Hu-
kukî ve ticarî konularda yabancı ülkelerden delil elde edilmesi
hakkındaki 18 Mart 1970 tarihli La Haye Konvansiyonu, Avru-
pa Birliğinin sadece onbir üyesi tarafından uygulanmaktadır.
- (7) Bir üye devletin mahkemesinde görülen hukukî veya ticarî ko-
nuyla ilgili hüküm için çok defa diğer bir üye devletten delil te-
mini elzem olduğundan, Topluluğun faaliyeti, ticarî ve hukukî
konularda adlî ve gayriadlî belgelerin üye devletlerde tebliği
hakkındaki 29 Mayıs 2000 tarihli (EC) No 1348/2000 Konsey
Tüzüğü⁷ uygulama alanına giren adlî ve gayriadlî belgele-
rin gönderilmesi alanı ile sınırlandırılmamıştır. Bu sebeple, delil-
lerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasındaki
işbirliğinin islahı çalışmalarına devam etmek gerekliydi.
- (8) Ticarî ve hukukî konularda yargılama usullerinin yeterliliği,
delillerin elde edilmesine ilişkin taleplerin iletilmesi ve yerine
getirilmesinin üye devletlerin mahkemeleri arasında doğrudan
ve mümkün olan en hızlı şekilde yapılmasını gerektirmektedir.
- (9) Delillerin elde edilmesi taleplerinin gönderilmesindeki hız,
belgelerin alınmasında güvenilirlik ve okunabilirlik konu-
sunda belirli şartlara uyulması kaydıyla bütün uygun vasıtala-
rın kullanılmasını temin eder. Tam belirlilik ve hukukî kesin-
liği sağlamak için, delil temini talebi, talebin yapıldığı üye
devletin dilinde veya bu devlet tarafından kabul edilen diğer
bir dilde doldurulan bir form ile gönderilmelidir. Aynı sebep-
lerle, formlar mümkün olduğunca ilgili mahkemeler arasında
daha sonraki iletişimlerde de kullanılmalıdır.
- (10) Delil temini talebi, hızlı bir şekilde yerine getirilmelidir. Tale-
bin alınmasından itibaren 90 gün içinde, yerine getirilmesi
mümkün değilse, talebin yapıldığı mahkeme, hızlı bir şekilde

7 OJ L 160 30.6.2000, s. 37.

talebin yerine getirilmesini engelleyen sebepleri açıklayarak talepte bulunan mahkemeyi haberdar eder.

- (11) Bu Tüzüğün etkinliğini sağlamak için delil temini talebinin yerine getirilmesinin reddedilmesi imkânı oldukça istisnâî durumlarla sınırlandırılmıştır.
- (12) Talep eden mahkeme, talebi kendi devletinin hukukuna göre yerine getirir.
- (13) Taraflar ve, eğer varsa, temsilcileri prosedürü sanki talep eden mahkemenin bulunduğu üye devlette delil temin ediliyormuş gibi takip edebilmek için, talep eden mahkemenin hukuku öngörüyorsa, delil temini sırasında hazır bulunabilmelidirler. Onlar, aynı zamanda, delil temininde daha aktif rol almak için talepte bulunma hakkına sahip olmalıdırlar. Bununla beraber, hangi şartlar altında katılacakları talepte bulunulan mahkemenin hukukuna göre belirlenmelidir.
- (14) Talep eden mahkemenin temsilcileri, eğer talep eden devletin hukukuna uygunsa, delillerin daha iyi değerlendirilmesi imkânına sahip olmak için, delil elde edilmesi sırasında hazır bulunabilmelidirler. Onlar, aynı zamanda, delillerin temininde daha aktif role sahip olmak için talep edilen mahkemenin kendi hukukuna göre koyduğu şartlar altında katılmayı talep etme hakkına sahip olmalıdırlar.
- (15) Delillerin elde edilmesini kolaylaştırmak için, üye devletlerden birinde mahkemenin kendi hukukuna göre diğer üye devletten, bu devletin kabul etmesi halinde ve talepte bulunulan üye devletin merkezî makamının veya yetkili makamının belirlediği şartlara göre doğrudan delil temin etmesi mümkün olmalıdır.
- (16) 10. maddeye göre talebin yerine getirilmesi, masraf veya harç ödenmesini talep etme sonucunu doğurmaz. Bununla beraber, eğer talepte bulunulan mahkeme ödeme yapılmasını isterse, tercümanlara ve bilirkişilere ödenecek ücretlerin yanı sıra 10(3) ve 10(4). maddenin uygulanmasından kaynaklanan masraflara bu mahkeme katlanmayacaktır. Böyle bir durumda, talepte bulunan mahkeme, gecikmeksizin tevdiin yapılmasını temin etmek için gerekli önlemleri alır. Bilirkişinin görüşüne ihtiyaç olan hallerde, talebin yapıldığı mahkeme, talebi yerine

getirmeden önce, talepte bulunan mahkemeden masraflara yönelik yeterli miktarda depozito veya önödeme isteyebilir.

- (17) Bu Tüzük, üye devletler arasında yapılan konvansiyonlarda bulunan ve Tüzüğün uygulama alanına giren hükümlerden önce gelir. Üye devletler, delillerin elde edilmesinde işbirliğini daha kolaylaştıracak düzenlemeler veya anlaşmalar kabul etmekte serbesttirler.
- (18) Bu Tüzüğe göre gönderilen bilgiler korumadan yararlanırlar. Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin kişisel verilerin işlenmesi (processing of personel data) ve bu verilerin serbest dolaşımı konusunda kişilerin korunması hakkındaki 24 Ekim 1995 tarihli Yönergesi⁸ ve Avrupa Parlamentosunun 97/66/EC Yönergesi ile Konseyin kişisel verilerin işlenmesi ve telekomünikasyon sektöründe mahremiyetin korunmasına ilişkin 15 Aralık 1997 tarihli Yönergesi⁹ uygulanacağından bu Tüzükte verilerin korunmasına ilişkin özel hükümler konulmasına ihtiyaç yoktur.
- (19) Bu Tüzüğün uygulanması için gerekli tedbirlerin, Komisyona verilen uygulama yetkisinin yerine getirilmesine ilişkin usulleri öngören 28 Haziran 1999 tarihli¹⁰ 1999/468/EC Konsey Kararına göre kabul edilmesi gerekir.
- (20) Bu Tüzüğün düzgün bir şekilde yürütülebilmesi için, Komisyon, uygulanmasını gözden geçirecek ve gerekli görülen değişiklikleri önerecektir.
- (21) Birleşik Krallık ve İrlanda, Avrupa Birliği Andlaşmasına ve Avrupa Topluluğu Kurucu Andlaşmasına ekli Birleşik Krallığın ve İrlanda'nın Durumu Hakkındaki Protokolün 3. maddesine göre bu Tüzüğün kabul edilmesi ve uygulanmasına katılma istemlerini sunmuşlardır.
- (22) Avrupa Birliği Andlaşmasına ve Avrupa Topluluğunun Kurucu Andlaşmasına ekli Danimarka'nın Durumu Hakkındaki Protokolün 1 ve 2. maddelerine göre Danimarka bu Tüzüğün kabulüne katılmayacaktır ve böylece bununla bağlı olmayacağı gibi uygulanmasına da tabi olmayacaktır.

8 OJ L 281 23.11.1995, s. 31.

9 OJ L 24 30.1.1998, s. 1.

10 OJ L 184 17.7.1999, s. 23.

I. KISIM

GENEL HÜKÜMLER

Uygulama Alanı

Madde 1

1. Bu Tüzük, hukukî ve ticarî konularda bir üye devlet mahkemesinin bu devletin hukuk kurallarına uygun olarak
 - (a) diğer bir üye devletin salâhiyetli¹¹ mahkemesinden delil temini; veya
 - (b) diğer bir üye devlette doğrudan delil temini talep etmesi halinde uygulanır.
2. Açılan veya açılacak olan bir dava sırasında kullanılması düşünülmeyen delilin elde edilmesiyle ilgili bir talep yapılamaz.
3. Bu Tüzükteki “üye devlet” kavramı Danimarka hariç üye devletler anlamındadır.

Mahkemeler Arasında Doğrudan Gönderme

Madde 2

1. 1(1)(a) maddeye göre yapılan talepler, (bundan sonra “talepler” olarak anılacaktır) davanın görüldüğü veya görüleceği mahkeme tarafından (bundan sonra “talepte bulunan mahkeme” olarak anılacaktır) delil teminin ifası için doğrudan diğer üye devletin salâhiyetli mahkemesine (bundan sonra “talepte bulunulan mahkeme” olarak anılacaktır) gönderilecektir.
2. Her üye devlet, bu Tüzüğe göre, delil temininin ifası için salâhiyetli mahkemelerinin bir listesini oluşturacaktır. Bu liste aynı zamanda mahkemelerin yer itibarıyla ve, gerekli olduğu durumlarda, özel yetkilerini de gösterir.

11 Burada salâhiyet kavramı, görev ve yetkiyi içerecek şekilde geniş kullanılmıştır (çevirenin notu).

Merkezî Makam

Madde 3

1. Her üye devlet,
 - (a) mahkemelere bilgi sunmakla,
 - (b) bir talebe bağlı olarak herhangi bir sorun ortaya çıkması halinde çözümler aramakla,
 - (c) talepte bulunan mahkemenin istemiyle, istisnaî hallerde, talebi salâhiyetli mahkemeye göndermekleyükümlü bir merkezî makam atayacaktır.
2. Bir kaç hukuk sisteminin uygulandığı federal bir devlet veya bağımsız ülkesel kesimlerden oluşan bir devlet, birden fazla merkezî makam atamada serbesttir.
3. Her üye devlet, aynı zamanda, 1. paragrafta belirtilen merkezî makamı veya 17. maddeye göre yapılan taleplerle ilgili kararları almakla yükümlü bir veya bir kaç yetkili makamı belirleyecektir.

II. KISIM

TALEPLERİN GÖNDERİLMESİ VE YERİNE GETİRİLMESİ

I. Bölüm

Talebin Gönderilmesi

Talebin Şekli ve İçeriği

Madde 4

1. Talep, ekte yer alan form A veya duruma göre form I kullanılarak yapılır. Talep aşağıdaki bilgileri kapsar:
 - (a) talepte bulunan ve, gerekli olan hallerde, talepte bulunulan mahkeme;
 - (b) davanın taraflarının ve, eğer varsa, temsilcilerinin adları ve adresleri;

- (c) davanın niteliği ve konusu ile maddî vakıaların kısa özeti;
 - (d) elde edilecek delilin tanımı;
 - (e) bir kişinin dinlenmesi talep edilen hallerde;
 - dinlenecek kişinin/kişilerin adı/adları ve adresi/adresleri;
 - dinlenecek kişiye/kişilere sorulacak sorular veya bu kişilerin dinlenecekleri maddî olayların açıklaması,
 - gerekli olan hallerde, talep eden mahkemenin ait olduğu üye devletin hukukuna göre şahitlikten kaçınma hakkı bulunduğu belirtilmesi,
 - dinlemenin, yemin veya yemin yerine geçen bir söz ile yerine getirilmesine ve özel bir usul kullanılmasına ilişkin herhangi bir şart,
 - duruma göre, talepte bulunan mahkemenin gerekli gördüğü diğer herhangi bir bilgi.
 - (f) talebin, delil temininin diğer herhangi bir usulüne ilişkin olması halinde, incelenecek belgeler ve diğer nesnelere,
 - (g) gerekli olan hallerde, madde 10(3) ve (4) ile 11 ve 12. maddelere göre yapılan talepler ve bunların uygulanması için gerekli bilgiler.
2. Talep ve talebin ekindeki bütün belgeler, onaydan ve buna benzer formalitelerden muaftır.
 3. Talep eden mahkemenin, talebin yerine getirilmesi için gerekli gördüğü ekli belgelere, talebin yapıldığı dildeki tercümelere de eklenir.

Dil

Madde 5

Bu Tüzüğe göre yapılacak talep ve bildirimler, talepte bulunulan üye devletin resmî dilinde veya, bu devlette birden fazla resmî dil varsa bunlardan birinde veya delil temini talebinin yerine getirileceği yerin resmî dillerinden birinde veya talepte bulunulan üye devletin kabul edeceğini bildirdiği diğer bir dilde olacaktır. Her üye devlet, formların doldurulması için, kendisinin dışında, kendisince kabul edilen veya kabul edilebilir olan Avrupa Topluluğu kurumlarının resmî dil veya dillerini gösterecektir.

Taleplerin ve Diğer Bildirimlerin Gönderilmesi

Madde 6

Bu Tüzüğe göre yapılacak talepler ve bildirimler, talepte bulunulan devletin kabul edeceğini bildirdiği mümkün olan en hızlı yolla gönderilecektir. Alınan belgenin, gönderilen belgenin içeriğini tam yansıtması ve içindeki bütün bilginin okunaklı olması şartıyla, gönderme uygun bir yöntemle yerine getirilebilir.

2. Bölüm

Talebin Alınması

Talebin Alınması

Madde 7

1. Talebin alınmasından itibaren 7 gün içinde, talepte bulunulan selahiyetli mahkeme talepte bulunan mahkemeye ekte yer alan form B'yi kullanarak alındı bildirimini yollar. Talep, 5 ve 6. maddelerde belirtilen şartlara uygun değilse, talepte bulunulan mahkeme alındı bildirimine bunu açıklayan bir not ekler.
2. 5. maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve ekte yer alan form A'yı kullanarak yapılan talebin yerine getirilmesi, gönderildiği mahkemenin yetkisine girmiyorsa, bu son mahkeme, talebi, kendi devletin yetkili mahkemesine iletir ve ekte yer alan form A'yı kullanarak talepte bulunan mahkemeyi haberdar eder.

Eksik Talep

Madde 8

1. Eğer talep 4. maddede belirtilen gerekli bilgileri içermediği için yerine getirilemiyorsa talepte bulunulan mahkeme, gecikmeksizin ve en geç talebin alınmasından itibaren 30 gün içinde ekte yer alan form C'yi kullanarak talepte bulunan mahkemeyi haberdar eder ve ondan mümkün olduğunca kesin ve tam bir şekilde belirtilmesi ge-

rekli eksik bilgilerin gönderilmesini ister.

2. Eğer 18(3). maddede öngörülen depozito veya önödeme yatırılmadığı için talep yerine getirilemiyorsa, talepte bulunulan mahkeme, gecikmeksizin, fakat talebin alınmasından itibaren 30 gün içinde ekte yer alan C formunu kullanarak talepte bulunan mahkemeyi bundan haberdar eder ve talepte bulunan mahkemeye masraf veya ücretin nasıl yatırılacağı hakkında bilgi verir. Talepte bulunulan mahkeme, gecikmeksizin fakat masraf veya ücretin alınmasından itibaren 10 gün içinde form D'yi kullanarak masraf veya ücretin alındığını bildirir.

Talebin Tamamlanması

Madde 9

1. Eğer talepte bulunulan mahkeme, 7(1). maddeye göre alındı bildiriminde talebin 5 ve 6. maddelerde yer alan şartlara uymadığını açıklamışsa veya talepte bulunan mahkemeye 4. maddede yer alan gerekli bilgileri içermediği için talebin yerine getirilemeyeceğini 8. maddeye göre bildirmişse, 10. maddedeki süre sınırlaması, usulüne uygun olarak tamamlanan talebin alınmasından itibaren işlemeye başlar.
2. Talepte bulunulan mahkemenin 18(3). maddeye göre depozito veya önödeme istemesi halinde, süre sınırlaması depozitonun veya önödemenin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar.

3. Bölüm

Talepte Bulunulan Mahkeme Tarafından Delil Temini

Talebin Yerine Getirilmesine İlişkin Genel Hükümler

Madde 10

1. Talepte bulunulan mahkeme gecikmeksizin ve en geç talebin alınmasından itibaren, 90 gün içinde talebi yerine getirir.

2. Talepte bulunulan mahkeme, talebi ait olduğu üye devletin hukukuna göre yerine getirir.
3. Talep eden mahkeme, ekte yer alan A formunu kullanarak ait olduğu üye devletin hukukunda öngörülen özel usule uygun olarak talebin yerine getirilmesini isteyebilir. Talepte bulunulan mahkeme bu isteme uyar, meğer ki bu usül, talepte bulunulan mahkemenin bulunduğu üye devletin hukukuna aykırı olsun veya istemin yerine getirilmesinde önemli zorluklar bulunsun. Eğer talepte bulunulan mahkeme bu sebeplerden biri nedeniyle isteme uymazsa ekte yer alan form E'yi kullanarak talepte bulunan mahkemeyi haberdar eder.
4. Talep eden mahkeme, talepte bulunduğu mahkemeden delilin temininde özellikle videokonferans ve telekonferans gibi iletişim teknolojisinin kullanılmasını isteyebilir.

Talepte bulunulan mahkeme bu isteme uyar, meğer ki, bu istem talebin yapıldığı mahkemenin bulunduğu devletin hukukuna aykırı olsun veya uygulanmasında önemli zorluklar bulunsun.

Eğer talepte bulunulan mahkeme bu sebeplerden birine istinaden isteme uymazsa, talep eden mahkemeyi ekte yer alan E formunu kullanarak bilgilendirecektir.

Yukarıda belirtilen teknik yöntem, talep eden veya talepte bulunulan mahkemede erişilemezse bu yöntem mahkemelerin karşılıklı anlaşmaları ile mevcut hale getirilebilir.

Tarafların Hazır Bulunması veya Katılımı ile Yerine Getirme

Madde 11

1. Talep eden mahkemenin ait olduğu üye devletin hukuku öngörüyorsa tarafların ve, eğer varsa, temsilcilerinin talepte bulunulan mahkemenin delil temini sırasında hazır bulunma hakları vardır.
2. Talep eden mahkeme, talebinde, tarafların ve, eğer varsa, temsilcilerinin hazır bulunacağını ve gerekli olan hallerde bunların katılımının istendiğini ekte yer alan form A'yı kullanarak talepte bulunulan mahkemeye bildirecektir. Bu bilgi diğer herhangi bir uygun zamanda da verilebilir.
3. Eğer tarafların ve, eğer varsa temsilcilerinin delil teminine katılımı

istenmişse, talepte bulunulan mahkeme 10. maddeye göre katılım şartlarını belirler.

4. Talebin yapıldığı mahkeme taraflara ve, eğer varsa, temsilcilerine ekteki F formunu kullanarak, işlemin ne zaman ve nerede yapılacağını ve duruma göre hangi şartlar altında katılacaklarını bildirir.
5. 1-4. paragraflar, talepte bulunulan mahkemenin, taraflardan ve, eğer varsa, temsilcilerinden delilin elde edilmesi sırasında hazır bulunmalarını veya katılmalarını isteme imkânını, eğer mahkemenin ait olduğu üye devletin hukuku bu imkânı öngörmüşse, ortadan kaldırmaz.

Talepte Bulunan Mahkeme Temsilcilerinin Hazır Bulunması ve Katılımı ile Delil Temini

Madde 12

1. Talep eden mahkemenin bulunduğu devletin hukukuna uygunsa, talep eden mahkemenin temsilcileri, talep edilen mahkemece delil temini esnasında hazır bulunma hakkına sahiptirler.
2. Bu madde anlamında, 'temsilci' kavramı, talep eden mahkemenin kendi hukukuna göre belirlediği adlî personeli de kapsar. Talep eden mahkeme, aynı zamanda, kendi hukukuna göre bilirkişide olduğu gibi başka bir kişiyi de görevlendirebilir.
3. Talep eden mahkeme, talebinde, temsilcinin hazır olacağını ve duruma göre katılımlarının istenildiğini, talep eden mahkemeye ekte yer alan form A'yı kullanarak bildirir. Bu bilgi aynı zamanda başka uygun bir zamanda da verilebilir.
4. Talep eden mahkemenin temsilcilerinin delil teminine katılmaları talep edilmişse, talep edilen mahkeme 10 .maddeye göre hangi şartlar altında katılımın olacağını belirler.
5. Talebin yapıldığı mahkeme, ekte yer alan form F'yi kullanarak talepte bulunan mahkemeyi işlemin yapılacağı zamandan, yerden ve gerekli olan hallerde hangi şartlar altında temsilcilerin katılabileceğinden haberdar eder.

Zorlayıcı Tedbirler

Madde 13

Bir talebin yerine getirilmesi sırasında, gerekli olan hallerde, talepte bulunulan mahkeme olayla ilgili makul ve talebin yapıldığı mahkemenin bulunduğu üye devletin hukukunun, taraflardan birinin veya kendi ulusal yetkili makamlarının aynı amaçla yaptıkları talebin ifasında öngördüğü kapsamda, zorlayıcı tedbirleri uygulayabilir.

Talebin Yerine Getirilmesinin Reddi

Madde 14

1. Bir kişinin dinlenmesi için yapılan talep, söz konusu şahsın
 - (a) talepte bulunulan üye devletin hukukuna göre; veya
 - (b) talep eden devletin hukukuna göre, ve böyle bir hak talepte belirtilmişse veya eğer ihtiyaç varsa talepte bulunulan mahkemenin istemi üzerine talepte bulunan mahkemece teyit edilmişse delil vermeyi reddetmesi veya delil vermesinin yasaklanması hallerinde yerine getirilmez.
2. 1. paragrafta yer alan sebeplere ek olarak, talebin yerine getirilmesi, ancak
 - (a) talep, 1. maddede belirtilen şekilde bu Tüzüğün uygulama alanına girmezse; veya
 - (b) talep edilen mahkemenin bulunduğu üye devletin hukukuna göre talebin yerine getirilmesi, adli işlevler içinde yer almazsa; veya
 - (c) talebin yapıldığı mahkeme 30 gün içinde 8. maddeye göre talebin tamamlanmasını istemesine rağmen, talep eden mahkemenin bu isteme uymaması; veya
 - (d) 18(3). maddeye göre depozito veya önödeme istemlerinin, talepte bulunulan mahkemece istenmesinden sonra 60 gün içinde depozito veya önödemenin yatırılmamasıhallerinde reddedilebilir.

3. Yerine getirme, talebin yapıldığı mahkemenin ait olduğu ülke hukukuna göre bu üye devlet mahkemesinin davanın konusu üzerinde münhasır yetkisi olması veya bu üye devlet hukukunun konuyla ilgili dava hakkını kabul etmemesi sebebiyle reddedilemez.
4. Eğer yerine getirme 2. paragrafta sayılan sebeplerden birine istinaden reddedilirse, talepte bulunulan mahkeme, ekte yer alan H formunu kullanarak talebin alınmasından itibaren 60 gün içinde talepte bulunan mahkemeyi haberdar edecektir.

Gecikmenin Bildirilmesi

Madde 15

Eğer talepte bulunulan mahkeme, aldığı andan itibaren 90 gün içinde talebi yerine getirecek durumda değilse, ekte yer alan G formunu kullanarak talepte bulunan mahkemeye durumu bildirecektir. Bunu yaparken, gecikme sebepleri ile talepte bulunulan mahkemenin talebin icrası için ihtiyacı olan tahmini zaman bildirilmelidir.

Talebin İcrasından Sonraki Prosedür

Madde 16

Talebin yapıldığı mahkeme, talebin icrasına ilişkin belgeleri gecikmeksizin talepte bulunan mahkemeye gönderecek ve gerekli olan hallerde talepte bulunan mahkemeden gelen belgeleri iade edecektir. Belgelere, ekte yer alan H formu kullanılarak talebin yerine getirildiğine ilişkin bir teyit eklenecektir.

4. Bölüm

Talep Eden Mahkemece Delilin Doğrudan Elde Edilmesi

Madde 17

1. Bir mahkemenin, diğer bir üye devlette doğrudan delil teminini istemesi halinde, ekte yer alan I formunu kullanarak talebi 3(3). madde-

de belirtilen merkezî makama veya yetkili makama sunacaktır.

2. Doğrudan delil temini, yalnızca zorlayıcı tedbirlere ihtiyaç olmaksızın ihtiyarî olarak yerine getirilebilmesi halinde vuku bulabilir.

Doğrudan delil temininin, bir şahsın dinlenmesini tazamun etmesi halinde talepte bulunan mahkeme, söz konusu şahsı, ifade vermenin ihtiyarî olduğundan haberdar edecektir.

3. Delil temini adlî personel veya bilirkişide olduğu gibi görevlendirilen herhangi bir kişi tarafından talep eden mahkemenin ait olduğu üye devletin hukukuna göre yerine getirilir.

4. Talebin alınmasından itibaren 30 gün içinde talebin yapıldığı üye devletin merkezî veya yetkili makamı, talepte bulunan mahkemeye form J'yi kullanarak talebin kabul edildiğine ve eğer gerekliyse, hangi şartlar altında bu talebin yerine getirileceğine ilişkin bilgi verir.

Merkezî makam veya yetkili makam, özellikle, bu maddenin ve belirtilen şartların düzgün bir şekilde uygulanmasını temin etmek için delil elde edilmesine katılmak üzere kendi devletinin bir mahkemesini belirleyebilir.

Merkezî makam veya yetkili makam videokonferans ve telekonferans gibi iletişim teknolojilerinin kullanılmasını teşvik edebilir.

5. Merkezî makam veya yetkili makam doğrudan delil elde edilmesini ancak

- (a) talebin, 1. maddede öngörülen şekilde bu Tüzüğün kapsamına girmemesi,

- (b) talebin, 4. maddede yer alan gerekli bütün bilgileri içermemesi; veya

- (c) doğrudan delil temini isteminin kendi devletinin hukukununun temel prensiplerine aykırı olması

hallerinde reddedebilir.

6. 4. paragrafta belirtilen şartlara hâlel gelmeksizin, talep eden mahkeme, kendi devletinin hukukuna göre talebi yerine getirir.

5. Bölüm

Masraflar

Madde 18

1. 10. maddeye göre talebin icrası herhangi bir masraf veya harç isteme sonucunu doğurmaz.
2. Bununla birlikte, eğer talepte bulunulan mahkeme isterse, talep eden mahkeme, gecikmeksizin

-tercümanlara ve bilirkişilere ödenecek ücretlerin, ve

-10(3) ve (4). maddenin uygulanmasından doğan masrafların

ödenmesini temin eder.

Bu ücret ve masraflara tarafların katılma yükü, talepte bulunan mahkemenin hukuku tarafından idare edilir.

3. Bilirkişi görüşünün gerekli olduğu hallerde, talepte bulunulan mahkeme, talebi yerine getirmeden önce, talepte bulunan mahkemeden yeterli depozitonun veya önödemenin talep edilen mahkemeye gönderilmesini isteyebilir. Diğer bütün durumlarda, depozito veya önödeme, talebin icrası için bir şart oluşturmaz.

Depozito veya önödeme, eğer talep eden mahkemenin bulunduğu üye devlet hukuku bunu öngörüyorsa, taraflarca yapılır.

III. KISIM

NIHAİ HÜKÜMLER

Uygulama Kuralları

Madde 19

1. Komisyon, üye devletlerce verilen bilgileri içeren ve 21. maddeye göre yürürlükte olan anlaşmalar veya düzenlemeleri kapsayan ve düzenli olarak güncelleştirilen, aynı zamanda elektronik ortamda da mevcut olan, bir kitapçık hazırlar.

2. Ekte yer alan standart formlarda teknik değişikliklerin yapılması veya bunların güncelleştirilmesi 20(2). maddede öngörülen danışma usulü çerçevesinde gerçekleştirilir.

Komite

Madde 20

1. Komisyon bir Komiteden yardım alır.
2. Bu paragrafa yollama yapılan hallerde 1999/468/EC Kararının 3 ve 7. maddeleri uygulanır.
4. Komite, kendi çalışma usulüne ilişkin kurallarını saptar.

Üye Devletler Arasında Mevcut veya

İlerde Yapılacak Düzenlemeler veya Anlaşmalarla Olan İlişki

Madde 21

1. Bu Tüzük, uygulandığı konularla ilgili olarak, iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalarda yer alan hükümlerden veya üye devletlerin yapmış olduğu düzenlemelerden ve özellikle 1 Mart 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Kovansiyonu ile 18 Mart 1970 tarihli Ticarî ve Hukukî Konularda Yabancı Ülkelerden Delil Elde Edilmesine İlişkin La Haye Kovansiyonundan, bunlara taraf üye devletler arasındaki ilişkilerde, önceliklidir.
2. Bu Tüzük, bu Tüzükle uyum içinde olmaları şartıyla, üye devletlerin iki veya daha fazlası arasında delillerin temininin daha iyi işlemesi için mevcut anlaşmaları muhafaza etmelerini veya yeni anlaşmalar yapmalarını engellemez.
3. Üye devletler
 - (a) 1 Temmuz 2003'e kadar 2. paragrafta belirtilen ve üye devletler arasında muhafaza edilen anlaşma ve düzenlemelerin bir örneğini;
 - (b) 2. paragrafta belirtilen ve üye devletler arasında yapılan anlaşmaların veya düzenlemelerin yanı sıra kabul edilmesi düşünül-

len anlaşma veya düzenlemelerin bir örneğini; ve

- (c) bu düzenlemelere veya anlaşmalara ilişkin değişiklikleri ve çekilmeleri

Komisyonu göndereceklerdir.

Bildirimler

Madde 22

1 Temmuz 2003 tarihine kadar her üye devlet aşağıdaki hususları Komisyona bildirecektir:

- (a) mahkemelerin yer itibarıyla ve gerekli olan hallerde özel yetkilerini gösteren 2(2). maddeye göre hazırlanan listeyi;
- (b) yer itibarıyla yetkilerini belirtecek şekilde 3. maddeye göre hazırlanan merkezî makam veya yetkili makamların adları ve adreslerini;
- (c) taleplerin kabulünde 2(2). maddede öngörülen listede yer alan mahkemelerin kullanacağı teknik vasıtaları;
- (d) 5. maddede belirtilen şekilde talepler için kabul edilen dilleri.

Üye devletler, bu bilgilerdeki sonraki herhangi bir değişikliği Komisyona bildireceklerdir.

Gözden Geçirme

Madde 23

1 Ocak 2007'den sonra olmamak üzere ve her beş yılda bir, Komisyon, Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Ekonomik ve Sosyal Komiteye bu Tüzüğün uygulanması hakkında 3(1)(c), 3(3), 17 ve 18. maddelerin tatbi-katlarına özel dikkat sarfederek bir rapor sunar.

Yürürlüğe Girme

Madde 24

1. Bu Tüzük, 1 Temmuz 2001'de yürürlüğe girer.

2. Bu Tüzük, 1 Temmuz 2001'den itibaren uygulanacak olan 19, 21 ve 22. maddeler dışında, 1 Ocak 2004 tarihinden itibaren uygulanır.

Bu Tüzük tamamıyla bağlayıcıdır ve Avrupa Topluluğunu kuran Andlaşmaya göre bütün üye devletlerde doğrudan uygulanır.

28 Mayıs 2001'de Brüksel'de yapılmıştır.

EKLER

FORM A

Delil elde edilmesi talebi hukukî ve ticarî konularda delil elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 29 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 4. maddesi (OJ L 174 27.6.2001, s. 1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan mahkemenin kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin:
 - 3.1. Adı:
 - 3.2. Adresi:
 - 3.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 3.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 3.2.3. Ülkesi:
 - 3.3. Tel.
 - 3.4. Faks
 - 3.5. E-mail:
4. Talepte bulunulan mahkemenin:
 - 4.1. Adı:
 - 4.2. Adresi:
 - 4.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 4.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 4.2.3. Ülkesi:
 - 4.3. Tel.
 - 4.4. Faks
 - 4.5. E-mail:

5. Davacının/iddia sahibinin:

5.1. Adı:

5.2. Adresi:

5.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:

5.2.2. Yeri ve posta kodu:

5.2.3. Ülkesi:

5.3. Tel.

5.4. Faks

5.5. E-mail:

6. Davacının/iddia sahibinin temsilcilerinin:

6.1. Adı:

6.2. Adresi:

6.2.1. Sokak ve numarası/Posta kutusu:

6.2.2. Yeri ve posta kodu:

6.2.3. Ülkesi:

6.3. Tel.

6.4. Faks

6.5. E-mail

7. Davalı /karşı taraf:

7.1. Adı:

7.2. Adresi:

7.2.1. Sokak ve numarası/Posta kutusu:

7.2.2. Yeri ve posta kodu:

7.2.3. Ülkesi:

7.3. Tel.

7.4. Faks

7.5. E-mail:

8. Davalının/karşı tarafın temsilcilerinin:
 - 8.1. Adı:
 - 8.2. Adresi:
 - 8.2.1. Sokak ve numarası/Posta kutusu:
 - 8.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 8.2.3. Ülkesi:
 - 8.3. Tel.
 - 8.4. Faks
 - 8.5. E-mail:
9. Tarafların hazır bulunması veya katılımı:
 - 9.1. Taraflar ve, eğer varsa, temsilcileri, delil temini sırasında hazır bulunacaklardır:
 - 9.2. Tarafların ve, eğer varsa, temsilcilerinin katılımı talep edilmektedir:
10. Talep eden mahkemenin temsilcilerinin hazır bulunması ve katılımı:
 - 10.1. Temsilciler delil temini sırasında hazır bulunacaklardır:
 - 10.2. Temsilcilerin katılımı talep edilmektedir:
 - 10.2.1. Adı:
 - 10.2.2. Unvanı:
 - 10.2.3. İşlevi:
 - 10.2.4. Görevi:
11. Davanın niteliği ve konusu ile maddî vakıaların kısa açıklaması (ekte, gerekli olan hallerde):
12. Delil temininin ifası:
 - 12.1. Delil temininin ifasının tanımı (ekte, gerekli olan hallerde):
 - 12.2. Tanıkların dinlenmesi:
 - 12.2.1. Adı ve Soyadı:
 - 12.2.2. Adresi:

12.2.3. Tel.

12.2.4. Faks

12.2.5. E-mail:

12.2.6. Tanıklara sorulacak sorular veya sorgulanacakları maddî olaylar hakkında açıklamalar (ekte, gerekli olan hallerde)

12.2.7. Talep eden mahkemenin bulunduğu üye devletin hukukuna göre tanıklığı reddetme hakkı (ekte, gerekli olan hallerde):

12.2.8. Lütfen tanıkları:

12.2.8.1. yemin ettirerek:

12.2.8.2. yemin yerine geçen sözle: dinleyiniz.

12.2.9. Talep eden mahkemenin gerekli gördüğü diğer bilgiler (ekte, gerekli olan hallerde):

12.3. Diğer delil temini:

12.3.1. İncelenecek belgeler ve talep edilmiş delilin tanımı (ekte, gerekli olan hallerde):

12.3.2. İncelenecek nesnelere ve talep edilmiş delilin tanımı (ekte, gerekli olan hallerde):

13. Lütfen talebi

13.1. Talep eden mahkemenin bulunduğu üye devletin hukukunda öngörülen özel usule uygun olarak (md.10/3) ve/veya ekte tanımlanan iletişim teknolojisini kullanarak (md. 10/4):

13.2. Uygulanması için aşağıdaki bilgilerden yararlanarak yerine getiriniz.

Düzenlendiği yer:

Tarih:

Talebin iletildiğinin bildirilmesi hukukî ve ticarî konularda delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 28 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 7(2) maddesi (OJ L174 27.6.2001, s. 1)

14. Talep, yukarıda 4. başlık altında belirtilen mahkemenin yetkisine girmemektedir ve aşağıdaki mahkemeye iletilmiştir

14.1. Yetkili mahkemenin adı:

14.2. Adresi:

14.2.1. Sokak ve numarası/posta kodu:

14.2.2. Yeri ve posta kodu:

14.2.3. Ülkesi:

14.3. Tel.

14.4. Faks

14.5. E-mail:

Düzenlendiği yer:

Tarih:

FORM B

Delil elde edilmesi talenin alınmışının bildirilmesi hukukî ve ticarî konularda delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 28 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 7(1) maddesi (OJ L174 27.6.2001, s. 1)

1. Talep eden mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan mahkemenin kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin adı:
4. Talepte bulunulan mahkemenin:
 - 4.1. Adı:
 - 4.2. Adresi:
 - 4.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 4.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 4.2.3. Ülkesi:
 - 4.3. Tel.
 - 4.4. Faks
 - 4.5. E-mail:
5. Talep, 4. başlık altında belirtilen mahkeme tarafından ...(alındığı tarih) tarihinde alınmıştır.
6. Talep, işlem görmeyecektir, çünkü:
 - 6.1. Formu doldurmak için kullanılan dil kabul edilebilir değildir (md. 5):
 - 6.1.1. Lütfen aşağıdaki dillerden birini kullanınız:
 - 6.2. Belge okunaklı değildir (md. 6)

Düzenlendiği yer:

Tarih:

FORM C

Delil temini için ek bilgi talebi hukukî ve ticarî konularda delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 28 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 8 maddesi (OJ L174 27.6.2001, s. 1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan mahkemenin kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin adı:
4. Talepte bulunulan mahkemenin adı:
5. Talep, aşağıdaki ek bilgiler olmaksızın yerine getirilemeyecektir:
6. Talep, 18(3). maddeye göre depozito veya önödeme yatırılmadan önce yerine getirilemez.

Depozito veya önödeme aşağıdaki şekilde yapılmalıdır:

Düzenlendiği yer:

Tarih:

FORM D

Depozito veya önödemenin alındığının bildirilmesi hukukî ve ticarî konularda delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 28 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 8(2) maddesi (OJ L174 27.6.2001, s.1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan mahkemenin kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin adı:
4. Talepte bulunulan mahkemenin adı:
5. Depozito veya önödeme, 4. başlık altında gösterilen mahkeme tarafından...(alındığı tarih) tarihinde alınmıştır.

Düzenlendiği yer:

Tarih:

FORM E

Özel usulün ve/veya iletişim teknolojilerinin kullanılması telebiyle ilgili bildirim hukukî ve ticarî konularda delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 28 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 10(3) ve (4). maddesi (OJ L174 27.6.2001, s.1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan mahkemenin kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin adı:
4. Talepte bulunulan mahkemenin adı:
5. Talebin, (form A) 13.1. başlığında belirtilen özel usule göre yerine getirilmesine uyulamayacaktır çünkü:
 - 5.1. istenilen usul, talepte bulunulan mahkemeninin ait olduğu üye devletin hukukuna ters düşmektedir:
 - 5.2. istenilen usulün icrası uygulamada önemli zorluklar yaratacağından mümkün değildir:
6. Talebin, (form A) 13.1. başlığında belirtilen iletişim teknolojilerinin kullanılarak yerine getirilmesine uyulamayacaktır çünkü:
 - 6.1. İletişim teknolojilerinin kullanılması talepte bulunulan mahkemenin ait olduğu üye devletin hukukuna ters düşmektedir:
 - 6.2. İletişim teknolojilerinin kullanılması önemli zorluklar yaratacağından mümkün değildir:

Düzenlendiği yer:

Tarih:

FORM F

Delilin elde edileceği yerin, zamanın ve katılma şartlarının bildirimini hukukî ve ticarî konularda delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 28 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 11(4) ve 12(5). maddeleri (OJ L174 27.6.2001, s. 1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan mahkemenin kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin
 - 3.1. Adı:
 - 3.2. Adresi:
 - 3.2.1. Sokak ve Numarası/posta kutusu:
 - 3.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 3.2.3. Ülkesi:
 - 3.3. Tel.
 - 3.4. Faks
 - 3.5. E-mail:
4. Talepte bulunulan mahkemenin:
 - 4.1. Adı:
 - 4.2. Adresi:
 - 4.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 4.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 4.2.3. Ülkesi:
 - 4.3. Tel.
 - 4.4. Faks
 - 4.5. E-mail:
5. Delil elde edilmesinin zamanı ve tarihi:
6. Eğer 4. başlıkta belirtilenden farklı ise, delilin elde edildiği yer:

7. Gerekli olan hallerde, tarafların ve, eğer varsa, temsilcilerinin hangi şartlar altında katılabilecekleri:
8. Gerekli olan hallerde, talepte bulunan mahkemenin temsilcilerinin hangi şartlar altında katılabilecekleri:

Düzenlendiği yer:

Tarih:

FORM G

Gecikmenin bildirim hukukî ve ticarî konularda delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 28 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 15. maddesi (OJ L174 27.6.2001, s. 1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan mahkemenin kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin adı:
4. Talepte bulunulan mahkemenin adı:
5. Talep, alınmasından itibaren aşağıdaki sebeplerle 90 gün içinde yerine getirilemeyecektir:
6. Talebin,...(tahmin edilen tarih gösterilecektir)..tarihine kadar yerine getirileceği tahmin edilmektedir

Düzenlendiği yer:

Tarih:

FORM H

Talebin sonuçları hakkında bilgi hukukî ve ticarî konularda delillerin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 28 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 14 ve 16. maddeleri (OJ L174 27.6.2001, s. 1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan mahkemenin kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin adı:
4. Talepte bulunulan mahkemenin adı:
5. Talep yerine getirilmiştir.

Talebin yerine getirilmesiyle ilgili belgeler eklenmiştir:

6. Talebin yerine getirilmesi reddedilmiştir çünkü:
 - 6.1. İfadesi alınacak şahıs
 - 6.1.1. talepte bulunulan mahkemenin ait olduğu üye devletin hukukuna göre:
 - 6.1.2. talepte bulunan mahkemenin ait olduğu üye devletin hukukuna göre:
delil vermeyi reddetme hakkını ileri sürmüştür veya delil vermesinin yasak olduğunu iddia etmiştir:
 - 6.2. Talep, bu Tüzüğü'nün uygulama alanına girmemektedir:
 - 6.3. Talebin icrası, talepte bulunulan mahkemenin ait olduğu üye devletin hukukuna göre adli işlevler içerisine girmemektedir:
 - 6.4. Talep eden mahkeme, talepte bulunulan mahkemenin...(istem tarihi)..tarihinde istenilen ek bilgilere ilişkin istemine uymamıştır:
 - 6.5. 18(3) maddeye göre depozito veya önödeme yapılmamıştır:

Düzenlendiği yer:

Tarih:

FORM I

Doğrudan delil elde edilmesi talebi hukukî ve ticarî konularda delil elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 29 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 17. maddesi (OJ L 174 27.6.2001, s. 1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Talepte bulunulan merkezî makamın/yetkili makamın kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin:
 - 3.1. Adı:
 - 3.2. Adresi:
 - 3.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 3.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 3.2.3. Ülkesi:
 - 3.3. Tel.
 - 3.4. Faks
 - 3.5. E-mail:
4. Talepte bulunulan ülkenin merkezî makamının/yetkili makamının:
 - 4.1. Adı:
 - 4.2. Adresi:
 - 4.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 4.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 4.2.3. Ülkesi:
 - 4.3. Tel.
 - 4.4. Faks
 - 4.5. E-mail:
5. Davacının/müracaatta bulunanın :
 - 5.1. Adı:
 - 5.2. Adresi:
 - 5.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:

- 5.2.2. Yeri ve posta kodu:
- 5.2.3. Ülkesi:
- 5.3. Tel.
- 5.4. Faks
- 5.5. E-mail:
6. Davacının/müracaatta bulunanın temsilcilerinin:
 - 6.1. Adı:
 - 6.2. Adresi:
 - 6.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 6.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 6.2.3. Ülkesi:
 - 6.3. Tel.
 - 6.4. Faks
 - 6.5. E-mail
7. Davalı /karşı taraf:
 - 7.1. Adı:
 - 7.2. Adresi:
 - 7.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 7.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 7.2.3. Ülkesi:
 - 7.3. Tel.
 - 7.4. Faks
 - 7.5. E-mail:
8. Davalının/karşı tarafın temsilcilerinin:
 - 8.1. Adı:
 - 8.2. Adresi:
 - 8.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 8.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 8.2.3. Ülkesi:
 - 8.3. Tel.

- 8.4. Faks
- 8.5. E-mail:
9. Delil temini aşağıdaki şahıs tarafından yerine getirilmiştir:
 - 9.1. Adı:
 - 9.2. Ünvanı:
 - 9.3. İşlevi:
 - 9.4. Görevi:
10. Davanın niteliği ve konusu ile maddî vakıaların kısa bir özeti (ekte, gerekli olan hallerde):
11. Delil temininin yerine getirilmesinde:
 - 11.1. Delil teminin yerine getirmesine ilişkin tanımlar (ekte, gerekli olan hallerde):
 - 11.2. Tanıkların sorgulanması:
 - 11.2.1. Adı ve Soyadı:
 - 11.2.2. Adresi:
 - 11.2.3. Tel.
 - 11.2.4. Faks
 - 11.2.5. E-mail
 - 11.2.6. Tanıklara sorulan sorular veya sorgulandıkları maddî vakıaların açıklanması (ekte, gerekli olan hallerde):
 - 11.2.7. Talep eden mahkemenin bulunduğu ülkenin hukukuna göre tanıklıktan kaçınma hakkı (ekte, gerekli olan hallerde):
 - 11.3. Diğer delil temini (ekte, gerekli olan hallerde):
12. Talep eden mahkeme aşağıdaki iletişim teknolojilerinin kullanımı ile doğrudan delil teminini talep etmektedir (ekte, gerekli olan hallerde):

Düzenlendiği yer:

Tarih:

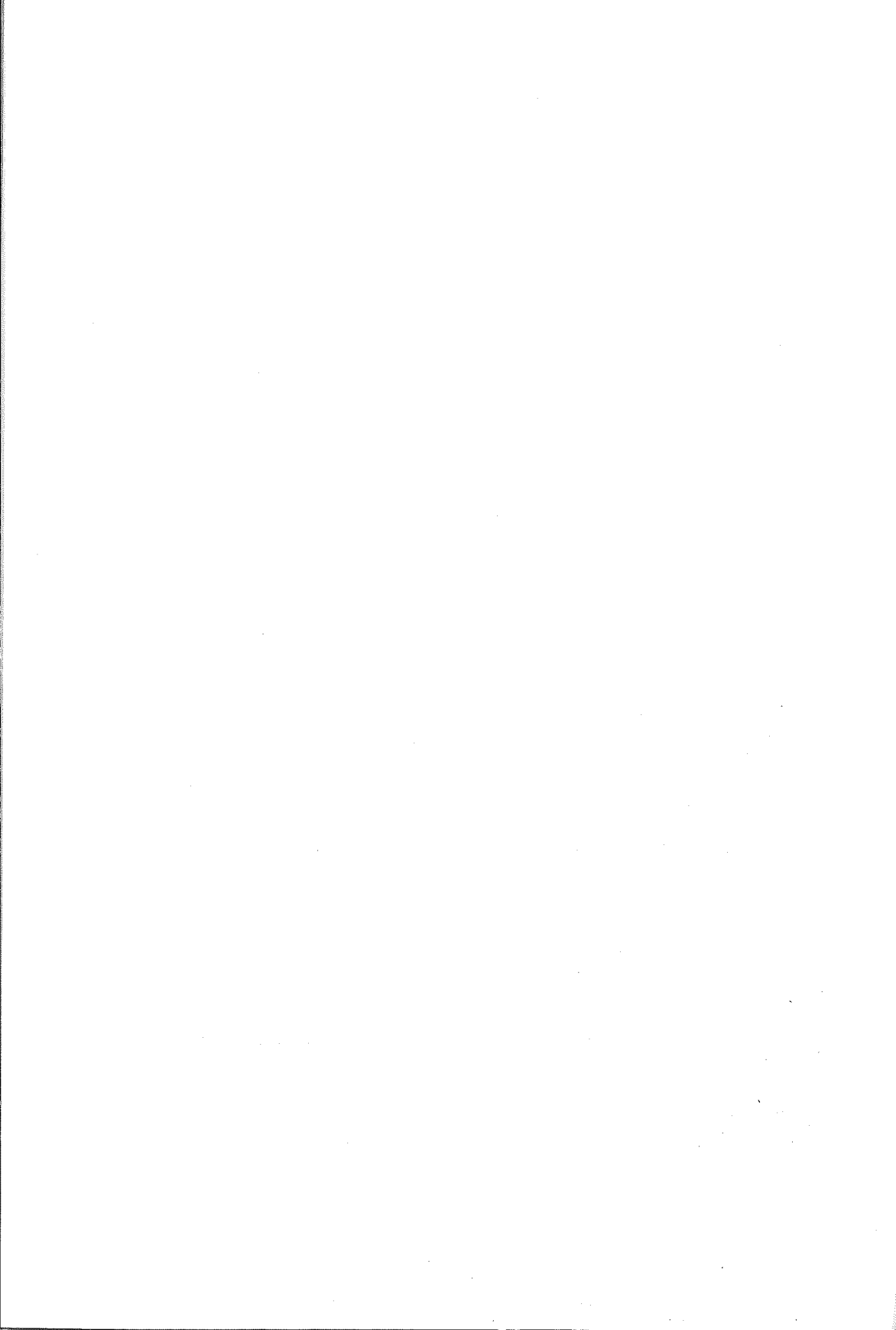
FORM J

Merkezî makamdan/yetkili makamdan bilgi alınması hukukî ve ticarî konularda delil elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliğine ilişkin 29 Mayıs 2001 tarihli (EC) No 1206/2001 Konsey Tüzüğü'nün 17. maddesi (OJ L 174 27.6.2001, s. 1)

1. Talepte bulunan mahkemenin kayıt numarası:
2. Merkezî makamın/yetkili makamın kayıt numarası:
3. Talepte bulunan mahkemenin adı:
4. Merkezî makamın/yetkili makamın:
 - 4.1. Adı:
 - 4.2. Adresi:
 - 4.2.1. Sokak ve numarası/posta kutusu:
 - 4.2.2. Yeri ve posta kodu:
 - 4.2.3. Ülkesi:
 - 4.3. Tel.
 - 4.4. Fax
 - 4.5. E-mail:
5. Merkezî makamdam/yetkili makamdan istenen bilgi:
 - 5.1. Talep doğrultusunda doğrudan delil teminin kabul edilmesi:
 - 5.2. Talep doğrultusunda doğrudan delil teminin aşağıdaki şartlar altında kabul edilmesi (ekte, gerekli olan hallerde):
 - 5.3. Talep doğrultusunda doğrudan delil temini aşağıdaki sebeplerle reddedilmiştir:
 - 5.3.1. Talep, bu Tüzüğü'nün uygulama alanına girmemektedir:
 - 5.3.2. Talep, 4. maddede belirtilen gerekli bütün bilgileri kapsamamaktadır:
 - 5.3.3. Doğrudan delil temini istemi, merkezî makamın/yetkili Makamın bulunduğu üye devletin hukukunun temel prensiplerine aykırıdır:

Düzenlendiği yer:

Tarih:



İÇTİHAT KRONİĞİ



**ANAYASA MAHKEMESİNİN, HUMK m. 87'DEKİ,
"MÜDDEABİHİN ISLAH YOLUYLA ARTTIRILAMAMASI"
KURALINI İPTAL EDEN 20.7.1999 GÜNLÜ KARARI
(RG 4.11.2000, No. 24220) ÜZERİNE**

Prof. Dr. Bilge Umar
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. İptal kararına yol açan gelişmeler

Vezirköprü Kadastro Mahkemesine, Orman İdaresi vekilleri başvuru-
rarak, kadastro çalışmaları sırasında, şimdi dâva ettikleri kişinin mâlik
gösterilmesiyle sonuçlanmış kadastro tesbitine itiraz etmişler; 4900 m²
yüzölçümündeki arazinin 2100 m²'lik bölümünün orman niteliğinde oldu-
ğunu iddia ederek, o bölüm bakımından, dâvalıyı mâlik sayan kadastro
tesbitinin iptalini istemişlerdir. Bu dâvada yapılan keşif sırasında yürütü-
len bilirkişi incelemesinde, bilirkişinin verdiği rapora göre, çekişmeli ye-
rin 2250 m²'lik bölümünün orman niteliğinde olduğu anlaşılmıştır.

Bu durum üzerine dâvacı Orman İdaresi vekili, mahkemeye ıslah di-
lekçesi vererek, bir yandan dâva dilekçesinde (eksik bilgi nedeniyle) 2100
m² diye bildirdikleri, iptal istemine konu miktarı 2250 m² olarak değiştir-

diğini açıklamış; bir yandan da, yürürlükte olup bu dâvada uygulanması gerekli HUMK m. 87 son tümce kuralına göre böyle bir ıslah yapmasının yasaklandığını, oysa o kuralın Anayasa'daki m. 13, 36 ve 141'e aykırı düş-tüğünü, hak arama özgürlüğünü daralttığını ve dâvaların hızla, âdil olarak sonuçlandırılmasına engel olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı ciddi görerek, Anayasaya aykırılık iddiasının karara bağlanması için dos-yayı Anayasa Mahkemesine göndermek yolunda ara kararı vermiştir.

II. İptali istenen yasa kuralının tarihsel gelişmesi

Bu gelişme, Anayasa Mahkemesi kararında şöyle özetleniyor:

Ülkemizde ilk defa yürürlüğe konan usul kanunu, hicrî 1296 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'dur. Bu kanun, Fransa Usul Kanu-nu'ndan iktibas edilmiştir. 1927 yılına kadar çeşitli değişikliklerle yürür-lükte kalmıştır. Kanunun ilk yürürlüğe girdiği metinde, iptale konu hüküm bulunmamaktaydı. Ancak, 26 Mart 1327 [1911-Umar]'de yapılan değişik-likle kanunumuza girmiştir. 1926 yılında yapılan hukuk reformları ile ye-ni Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu kabul edilince, "Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu" yetersiz hâle gelmişti. Bu yüzden yeni bir usul kanu-nunun yapılması ihtiyacı duyuldu. Yeni Usul Kanunu; Neuchâtel Usul Ka-nunu, Fransa Usul Kanunu ve Almanya Usul Kanunları ve ülkemizin ihti-yaçları ile eski kanun hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştı. Bu şekil-de hazırlanan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1927'de yürürlüğe girdi.

İptale konu hüküm, ilga edilen Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Ka-nunu'nun 13. maddesinde bulunmaktaydı. Yeni usul kanunumuza da ay-nen muhafaza edilerek alındı. Mehz Fransa, Almanya ve Neuchâtel usul kanunlarında ise benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

1086 sayılı HUMK bu şekilde 1927 yılında yürürlüğe girmiş olup, zaman içinde kökten değiştirme çalışmaları olmuştur. Son olarak Adalet Bakanlığınca 1993 yılında hazırlanan tasarının 80'inci maddesinde, iptale konu hükmün tam zıttı anlamında, "Dâvacı ıslah yoluyla dava olunan şe-yin miktarını da arttırabilir" hükmü kabul edilmişti. Ancak, siyasî istikrar-sızlıklar sebebiyle bu tasarı kanunlaşmamıştır.

III. Anayasa Mahkemesine başvuran yerel mahkemenin, ıslahla istem miktarını arttırma yasağı kuralını iptal için gösterdiği gerekçeler

Yerel mahkeme, başvurusunda, önce kuralın getirdiği çözümün sakıncaları üzerinde duruyor; sonra da kuralın Anayasadaki bazı kurallara uygun düşüp düşmediğini irdeleyerek, uygun değil aykırı düşüğü sonucuna varıyor.

Kuralın getirdiği çözümün sakıncası belirtilirken, şöyle deniyor:

... Kişilerin ...haklarını tam olarak belirlemeleri ve asla hata yapmalarını gerekmektedir. Eğer gerçek haklarından daha az talepte bulunmuşlarsa, [dâva sırasında-Umar] belirlenen gerçek haklarına göre taleplerini arttıramamaktadırlar. Bu durumda mahkeme, talep edilen kısım hakkında karar vermekte, dâvacılar da geri kalan hakları için ikinci bir dâva açmak zorunda kalmaktadırlar.

Oysa, çoğunlukla dâvacı, daha dâvanın başlangıcında gerçekte haklı olduğu miktarı tam olarak bilememektedir. Dâvanın başlangıç safhasında, ne dâvacı, ne dâvalı, ne de mahkeme gerçek hak miktarını tam olarak bilemezler. Çok defa dâvacının hakkının ne kadar olduğu, uzun süren yargılama safahatı sonunda bilirkişi raporları, tanık beyanları ve ibraz edilen diğer yazılı delillerle belirlenebilmektedir.

Bu sebeple, her zaman gerçek haktan daha az miktar hakkında dâva açılması mümkündür. Bu durumda, delillerin toplandığı mahkemede dâvanın ıslah edilmesine ve mahkemenin gerçek hakka karar vermesine engel olarak, dâvacıyı aynı konuda ikinci bir dâva daha açmaya zorlamak hem boş yere emek, masraf ve zaman harcanmasına sebep olmakta hem de mahkemelerin iş yükünü arttırmaktadır.

Özellikle, kadastro dâvalarını bir aylık askı süresi içinde açmak zorunluluğu bulunmaktadır. Bir köyden kadastro geçtiğinde binlerce taşınmazın kadastrosu yapılmaktadır. Bir aylık dâva açma süresi içinde binlerce taşınmazın yeterli bir dikkatle incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, dâvacı Orman İdaresi'nin binlerce taşınmazı incelerken hata yapması normaldir. Normal olmayan ise, ıslah yolu ile hatadan dönme imkânının tanınmamış olmasıdır. İslah yolu ile talebin arttırılması mümkün olsa başkaca araştırma yapmadan hakkın tamamı konusunda karar vermek mümkün olacaktır. Bu şekilde elde edilen sonuç kuşkusuz daha âdil olacaktır.

Mahkememizde, Orman İdaresi'nin açtığı 14 ayrı dâvada daha aynı şekilde miktarda hata yapıldığından ıslah talebinde bulunulmuştur. Bu dâvalarda da bekletici mesele yapılmış olup yüksek Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karar beklenmektedir.

Yerel Mahkeme, iptalini istediği kuralın Anayasaya aykırı düştüğü kanısına varmasının nedenlerini de şöyle açıklıyor:

Anayasa'ya aykırılık sebepleri:

1. Anayasamızın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin meşru yollardan dâvacı ve dâvalı olma, iddia ve savunmada bulunma hakkı olduğu belirtilmiştir. 13. maddede de, temel hak ve hürriyetlere dokunulamıyacağı belirtilmiştir.

Bu hükümler uyarınca devletin hak arama hürriyetini daraltan bütün sınırlamaları kaldırması, adaletin tam olarak gerçekleşmesini sağlaması gerekmektedir.

HUMK m. 87/son cümle hükmü ile meşru yollardan hak arama hürriyeti sınırlandırılmaktadır. Aynı dâvada ıslah hakkı tanınmadığından, tarafların aynı konuda ikinci defa dava açmaları; yeniden emek, masraf ve zaman harcamaları gerekmektedir.

Delillerin toplandığı mahkemede, ıslah yolu ile, belirlenen hakkın tamamı konusunda karar verilmesini sağlamak, kuşkusuz daha âdil olacaktır. ...

2. Anayasanın 141. maddesinde, yargılamanın en az giderle ve mümkün olan süratle bitirilmesinin gerektiği belirtilmiştir.

Dâvacıya talep ettiği miktardan fazla olan hakkı için ıslah imkânı vermeyerek [onu-Umar] ikinci bir dâva açmaya zorlamak, mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere arttırmakta ve boş yere ikinci defa emek, zaman ve para harcanmasına sebep olmaktadır.

Bu nedenle, HUMK m. 87/son cümle hükmünün. Anayasanın 141 inci maddesine de aykırı olduğu düşünülmektedir.

IV. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeleri

Yüksek Mahkeme önce, her kararında yaptığı gibi, elindeki dâva ile

İlgili yasa kurallarını aktarıyor ve böylece, iptali istenen tümceyi de içeren HUMK m. 87 metnini; sonra da, yerel mahkemenin iptal istemli başvurusunda (buna "itiraz başvurusu" deniyor, çünkü Anayasa m. 152 gerekçesinde, yerel mahkemenin başvurusundan "itiraz yoluyla dâva açmak" diye söz edilmiştir) dayandığı Anayasa kuralları olan m. 2, 13, 36, 141'in metinlerini veriyor. Sonra, "Esasın incelenmesi" başlığı altında, aynen şöyle diyor:

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünülür:

A. Anayasa'nın 141. maddesi yönünden inceleme

Mahkeme, itiraz konusu kuralın dâvacıyı ikinci bir dâva açmaya zorlayarak mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere arttırdığını, bu nedenle de Anayasa'nın 141. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 141. maddesinin usul ekonomisini düzenleyen son fıkrasında, dâvaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmektedir.

Taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi "ıslah" olarak tanımlanmaktadır. HUMK'nun 84. maddesine göre ıslah, tahkikata tâbi olan dâvalarda tahkikat bitinceye kadar ve tâbi olmayanlarda muhakemenin sonuna kadar yapılabilir.

İtiraz konusu kuralla müddeabihin ıslah suretiyle arttırılmasına olanak tanınmaması, dâvaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, [kural-Umar] Anayasa'nın 141. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

B. Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddeleri yönünden inceleme

... Kişilerin devlete güven duymaları, ...temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleşebilir. Bu nedenle, hukuk devleti temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onların korunup güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan

devlettir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edebilmeleri için her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar.

Dâva açıldıktan sonra dâvacının müddeabihi ıslah yoluyla arttırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Ayrıca, Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde dâvacı veya da dâvalı olarak sav ve savunma hakkına sahip bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılamanın engellenmesi, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu kural, dâvacıyı ikinci kez dâva açmaya zorlaması nedeniyle, hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, daha sonra, Anayasa'daki m. 13 metnini tekrarlıyor ve şöyle diyor:

İtiraz konusu kural, dâvacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından, Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez.

Yüksek Mahkemenin 11 üyesinden, Başkan Ahmet Necdet Sezer'in de içlerinde bulunduğu 6 üye, bu gerekçelerle, iptal kararından yana oy kullanmışlar ve diğer 5 üye karşısında çoğunluk olduğundan iptal kararı "kıl payıyla" çıkabilmiştir. Azınlıkta kalan 5 üyenin ortak karşıoy yazısında gerekçe bölümü şöyledir:

Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında, "Dâvaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" denilmektedir. Bu kural, açılmış dâvaların sağlıklı bir biçimde ve kısa sürede sonuçlandırılması amacına yöneliktir. Tarafların dâva açarken usul kuralları uyarınca gereken özeni göstermemelerinden kaynaklanan gereksiz harcama ve zaman kaybı bu kural içinde değerlendirilemez.

Usul kuralları, birçok konuda sınırlayıcı, uyulmaması durumunda da hakkın kaybolmasına yol açan düzenlemeler içermektedir. Ancak kamu

düzeninin sağlanması için gerekli olan bu düzenlemelerin, hak arama özgürlüğünü ve hukuk devleti ilkesini zedelediği düşünülemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'ya aykırı olmadığından istemin reddi gerekeceği kanısıyla, çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

V. Değerlendirmemiz

Türk Yargılama Usulü Hukuku öğretisinde HUMK m. 87'deki son tümce ile getirilen yasak konusuna en ayrıntılı olarak, değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Ejder Yılmaz, "Medenî Yargılama Hukukunda İslah" başlıklı Doçentlik tezinde (Ankara 1982; s. 170-175) değinmiş ve bu yasağı eleştirmiştir. Diğer yandan, onun da haklı olarak belirttiği üzere, yasağın sakıncası aslında Anayasa Mahkemesine başvuran yerel mahkemenin ve hatta Anayasa Mahkemesinin düşündüğünden daha kapsamlıdır yâni yasak, dâvacıyı ikinci kez dâva açmaya zorlamakla kalmıyor; hukuk öğretisinde, ayrıca Yargıtayımızın birçok kararında benimsenen bir görüşe bakılırsa, öyle bir ikinci dâva (başta "fazlaya ilişkin hakkımı saklı tutuyorum" açıklaması yapılmadıkça) zâten zımnî feragatta bulunmuş olmak dolayısıyla açılmıyacağından, dava dilekçesinin ıslah edilip orada müddeabihin de bu ıslahla arttırılmasına cevaz verilmeyince, dâvacının fazlaya ilişkin hakkı bu yasak yüzünden yok olup gidecektir.

Ancak, ben, Yargıtayın pek çok kararını etkilemiş olan zımnî feragat görüşünün yandaşlarından değilim. Çünkü insanların, edinilmiş bir haktan feragat etmeyi aklına bile getirmemesi, asıldır. Bir dâvacının, dava ile talep ettiğinin üzerinde kalan miktarda hakkı varsa, sırf onu saklı tutarak dava açtığını dava dilekçesinde açık açık belirtmedi diye onu fazla kısımdan feragatta bulunmuş saymak mantıksız ve haksızdır. Bu kişinin fazla kısım için yeniden dâva açmasında hukukî yarar bulunmadığı, tersine hasmını ve adalet örgütünü gereksiz yere bir kez daha uğraştırmasının uygun bir çözüm olamayacağı, yasa koyucunun bunu istemiş olamayacağı doğrudur; ama bütün bunlar, eğer o kişi hakkının fazlalık kısmını biliyor iken veya orta yetenekte, orta akıl düzeyinde sâde bir vatandaşın göstermesi istenebilecek özeni göstermekle öğrenebilecek idiyse doğrudur. Hatta, daha fazlasını söylemeliyiz: Sırf kişinin yeterli özeni göstermemesinden dolayı hakkının fazla kısmını öğrenmeyerek, hakkından azını dâva etmiş olması sebebine o kişinin o fazla kısım üzerindeki hakkının düştüğünü söylemek,

maddî hukuk açısından, hangi kurala sığar? Bu kişinin, dâvalıyı ve mahkemeleri ikinci bir dâvada gereksiz yere uğraştırmasını birtakım yaptırımlara bağlamamız, örneğin ikinci dâvada ondan daha ağır harç alınması ve hatta ikinci dâvayı kazansa bile onun harçlarının dâvalıya yüklenmemesi, dâvacı üzerinde bırakılması gibi yaptırımların ona uygulanması, yerinde olabilir; ama, onu "Hakkından vazgeçti" saymak, kimsenin ilke olarak hiçbir hakkından vazgeçmek istemeyeceği gerçeğine göz yummakla kalmayıp pek fazla ağır sonuç yaratan, pek haksız bir varsayım değil midir? Değerli (eski) kürsü arkadaşım Prof. Üstündağ'ın, Doçentlik tezinde (İddia ve Müdafaanın Genişletilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 182) haklı olarak söylediği üzere, "Mahfuziyet kaydının ileri sürülmemesinden, muhtemel mütebaki kısımdan artık feragat edildiği mânasının çıkarılması da câiz değildir. Zira feragat neticesine varabilmek için, muteber bir feragat beyanının veya iradesinin [bu doğrultudaki iradeyi açıklayan bir davranışın-Umar] tesbit edilmesi gerekir".

Şimdi, asıl konumuza dönecek olursak; iptal edilen HUMK m. 87 son tümce kuralının, yargılama usulü yasalarında bulunmaması gereken sakıncalı bir kural olduğu yolunda Üstündağ ve Yılmaz'ın görüşlerine tümüyle katılıyorum; dolayısıyla, aynı görüşü benimseyen ve bu kuralı, Anayasadaki hak arama özgürlüğünü, halkımızın deyişiyle "nahakkere" (=nâ hak yere) kısıtlıyor sayarak onu iptal eden Anayasa Mahkememizin kararını da çok doğru buluyorum.

**PAYLI MÜLKİYET KONUSU BİR TAŞINMAZIN
PAYDAŞLARINDAN BİRİSİ, TMK m.693/III'E GÖRE
TEK BAŞINA KOMŞU TAŞINMAZ MALİKİNDEN ZORUNLU
GEÇİT TALEBİNDE (TMK m.747) BULUNABİLİR Mİ?**

**- YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN
7.05.2002 TARİHLİ VE E.2002/3187, K.3559 SAYILI
KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME -**

Yard. Doç. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GENEL OLARAK

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Eşya Hukuku kitabının eski Medeni Kanununa göre "sistematik ve temel" değişikliklere uğramış ana kurumları olarak, yasal önalım hakkıyla birlikte paylı (müşterek) mülkiyet ön plana çıkmaktadır. Yeni Türk Medeni Kanununun paylı mülkiyete ilişkin hükümleri (TMK m.688-700) incelendiğinde orijini itibariyle büyük ölçüde İsviçre Medeni Kanununun 19 Aralık 1963 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1965 tarihinde yürürlüğe giren, fakat yürürlük sürecinde de kısmi değişikliklere uğrayan paylı mülkiyete ilişkin hükümlerine (İMK m.646-651) dayandığı anlaşılmaktadır.

İnceleme konumuzu oluşturacak olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.05.2002 tarihli ve E.2002/3187, K.3559 sayılı kararı¹, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda paylı mülkiyete ilişkin -kanımızca esaslı bir değişikliğe uğramayan- TMK m.693/III (eMK m.625/I) hükmünün, TMK m. 747'ye dayalı zorunlu geçit talebine ilişkin uygulaması niteliğinde bir karar olarak karşımıza çıkmakta ve sonuçta, paylı mülkiyet konusu bir taşınmazda, paydaşlardan birisinin tek başına, diğer paydaşları temsilen komşu taşınmazın zorunlu geçit talebinde bulunup bulunamayacağı soruna yargısal bir cevap sunmaktadır. Kararda varılan çözümün isabetli olup olmadığı, ilerideki sayfalarda tartışılacaktır.

II. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 7.05.2002 TARİHLİ VE E.2002/3187, K.3559 SAYILI KARARI

“Özet: 4721 sayılı Medeni Kanunun 693/3. maddesi ile 747. maddenin gerekçesine göre, paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz lehine paydaşlardan her biri tek başına geçit hakkı tesisi için dava açabilir.

Dava; geçit hakkı kurulması isteğine ilişkindir. 939 parsel sayılı taşınmazın müşterek paydaşları olan davacılar, taşınmaz lehine, davalılara ait 938 parsel sayılı taşınmaz üzerinden geçit hakkı kurulmasını istemişlerdir.

Mahkeme, davanın kabulüne karar vermiş, hükmü; kendi adına asaleten tereke mümessili sıfatıyla da diğer davalıları temsilen davalı Abdurrahman Kılıç temyiz etmiştir.

Lehine geçit hakkı kurulan 939 parsel sayılı taşınmazın müşterek paydaşlarından davacı İhsan Yücel yargılama sırasında davadan feragat etmiş, davaya diğer paydaş Ahmet Özseven devam etmiştir.

1.1.2002 tarihinde yürürlükten kalkmış olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 671. maddesinin uygulanması döneminde arzi irtifak olması nedeniyle geçit davalarında leh ve aleyhinde geçit kurulacak taşınmazın maliklerinin tamamının davada yer alması öngörülmekte iken, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 693/3 maddesiyle “paydaşların her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir.” hükmünün getirilmiş

1 Bkz. SURLU, Mehmet Handan/ÖZTÜRK, Gülay: Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı, Ankara 2003, s.137-138.

olması, aynı yasanın zorunlu geçiti düzenleyen 747. maddesinin gerekçesinin son fıkrasında "Maddenin 1'inci fıkrasında kullanılan (malik) deyi mi paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini artıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir." denilmiş bulunması nedenleriyle, bu hükümler de lehe olduğundan paylı mülkiyet sahibi davacı Ahmet Özseven'in tek başına davaya devam edebileceğinin kabulü gerekmiş, bu sebeplerle eldeki davada paydaşlardan birinin feragatine rağmen davaya devam edilerek işin esasına girilmesinde bir usulsüzlük görülmemiştir.

Ne var ki; leh ve aleyhine geçit kurulacak taşınmazlar tarla niteliği ile tapuda kayıtlıdır. Taşınmazların bu özelliği itibarıyla nihayet bir aracın geçeceği genişlikte (emsallere göre 2.5-3 metre) geçit hakkının kurulmasına karar vermek gerekirken, nedeni de gösterilmeden 4 metre genişlikte geçit hakkı kurulması doğru görülmemiştir.

Öte yandan tayin edilen geçit bedelinin ne zaman ve ne şekilde ödeneceği de hüküm yerinde gösterilmemiştir. Bu haliyle hükümde taraflara tahmil ve bahsedilen haklar infazda kuşku uyandırmayacak derecede açık ve kesin değildir. Bu belirsizlik aleyhine geçit kurulan taşınmaz maliklerinin zarar görmesine yol açabilecek türden olup, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388 ve 389. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Tayin edilen geçit bedelinin mahkeme vizesine veya gösterilecek tevdi mahalline depo edilmesi sağlandıktan sonra kararın kesinleşmesiyle aleyhine geçit kurulan davalının bu parayı alabileceklerini açıklayacak biçimde hüküm kurulmalıdır. Bu yönler gözetilmeden yukarıda yazılı nedenlerle kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin yatırılan temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, 7.5.2002 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III. KARARA KONU OLAY VE KARARDA BENİMSENEN SONUÇ

Yukarıda sunulan karardan anlaşıldığı üzere, 939 no'lu parselin paylı malikleri Ahmet Özseven ve İhsan Yücel, 938 no'lu parsel malikleri bakımından tereke temsilcisi Abdurrahman Kılıç'a karşı, davalının tarla niteliğindeki taşınmazı üzerinden yine tarla niteliğindeki kendi taşınmazları lehine araç geçirmeye ilişkin bir yasal geçit hakkının tanınması için dava

açmışlar; fakat İhsan Yücel yargılama sırasında davadan feragat etmiştir

İlk derece mahkemesi, paydaşlardan birinin davadan feragatiyle diğer paydaşın davacılık sıfatının (aktif husumetinin) ortadan kalkmadığı düşüncesiyle davaya davacı Ahmet Özseven ve davalı Abdullah Kılıç arasında devam etmiş ve ilk derece mahkemesi dört metre genişlikte bir geçit hakkının kurulmasına, geçit bedelinin ödeme şekli ve zamanını açıklığa kavuşturmaksızın, karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararı, temyiz süreci içerisinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş; Kurul, ilk derece mahkemesinin hükmünü, dava konusu olayda bir aracın geçmesi talebi bakımından emsallerine göre 2.5-3 metre genişlikte geçit hakkı kurulurken, 4 metre genişlikte geçit hakkı tanıdığı ve tayin olunan bedeli mahkeme veznesine veya gösterilecek tevdi mahalline depo edilmesini sağlayacak ve karar kesinleştikten sonra davalının bu parayı alabileceğini belirtecek biçimde kurulmadığı için "bozulmasına" hükmetmiştir. Ancak ilginç olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, davayı açan iki paydaş davacılarından birisinin davanın görülmesi sırasındaki feragatine rağmen, davaya paydaşlardan birisinin katılımıyla devamında, temelde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 693/III hükmüne dayalı olarak, bir usulsüzlük görmemesidir. Hukuk Genel Kurulu kararının gerekçesi şu şekildedir: "1.1.2002 tarihinde yürürlükten kalkmış olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 671. maddesinin uygulanması döneminde arzi irtifak olması nedeniyle geçit davalarında leh ve aleyhinde geçit kurulacak taşınmazın maliklerinin tamamının davada yer alması öngörülmekte iken, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 693/3 maddesiyle "paydaşların her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir." hükmünün getirilmiş olması, aynı yasanın zorunlu geçiti düzenleyen 747. maddesinin gerekçesinin son fıkrasında "Maddenin 1'inci fıkrasında kullanılan (malik) deyimini paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini artıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir." denilmiş bulunması nedenleriyle, bu hükümler de lehe olduğundan paylı mülkiyet sahibi davacı Ahmet Özseven'in tek başına davaya devam edebileceğinin kabulü gerekmiş, bu sebeplerle eldeki davada paydaşlardan birinin feragatine rağmen davaya devam edilerek işin esasına girilmesinde bir usulsüzlük görülmemiştir."

IV. KARARIN ELEŞTİRİSİ

1. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde vermiş olduğu bu kararı, eski Medeni Kanun döneminde benimsemiş olduğu, paylı mülkiyet konusu taşınmaz için geçit talebinde bulunulduğunda paydaşların tamamının davada zorunlu dava arkadaşı olarak yer almaları gerektiği yönündeki istikrarlı görüşünden bir dönüş teşkil etmektedir². Yargıtay'ın o dönemde vurguladığı üzere, bir paydaşın açtığı zorunlu geçit talebine ilişkin davaya diğer paydaşların muvafakat etmesi dahi yeterli olmayıp, bizzat paydaşların tamamının davaya davacı sıfatıyla dahil olmaları zorunludur³. Yargıtay'ın bu içtihat değişikliğindeki temel hareket noktası, yeni Türk Medeni Kanununun getirdiği hükümlerin paylı mülkiyette tek bir paydaşa, "diğer paydaşların rızasını aramaksızın" tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma yetkisi verdiği yönündeki kabulü ve TMK m.747'nin madde gerekçesinde yer alan bir kısım açıklamalardır.

Peki bu kabul ne kadar doğrudur?

Bize göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun inceleme konusu karara ilişkin davada davacı paydaşlardan birisinin feragati sonrası açılan davanın davacı sıfatı (aktif husumet) yokluğu sebebiyle reddedilmeyip, devamı sonucuna mutlak olarak varması, isabetli değildir. Bu noktada girişeceğimiz tartışmalar ise, bir kısım hukuksal kurumlara ilişkin temel hatırlatmaları zorunlu kılmaktadır.

2. Zorunlu geçit hakkı TMK m.747'de mülkiyet hakkının "zorunluluk haklarına dayalı yasal sınırlamalarından birisi" olarak yer almaktadır⁴.

- 2 YHGK, 20.9.1995 T., E.14-525/K.765, SURLU/ÖZTÜRK, s.133-134: "Bu tür davalar gerek lehine gerekse de aleyhine geçit hakkı kurulacak bulunan taşınmazların tüm maliklerinin davaya dahil edilmesi suretiyle yürütülebilir."; YHGK, 23.11.1994, E.14-579/K.721, SURLU/ÖZTÜRK, s.135-136; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku, 1. Cilt, İstanbul 2002, s.1223; YHGK, 16.6.1976 T., E.1975/14-220, K.2253, SURLU/ÖZTÜRK, s.136. Daire kararları için bkz. SURLU/ÖZTÜRK, s. 138 vd. Hatta Yargıtay 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğünün ilk aylarında verdiği kararlarda da eski Kanun zamanındaki içtihadını devam ettirmekteydi. bkz. Y.14. HD, 5.2.2002 T., E.2001/8888, K.724, SURLU/ÖZTÜRK, s. 138. Yargıtay'ın görüşünün gelişim seyri için bkz. KARAHASAN, s. 1222 vd.
- 3 YHGK, 16.6.1976 T., E.1975/14-220, K.2253, SURLU/ÖZTÜRK, s.136.
- 4 Zorunluluk hakları diyebileceğimiz haklar, TMK'nda çeşitli yerlerde düzenlenmiştir. Bunlar, zorunlu mecra hakkı (TMK m.744-746), zorunlu geçit hakkı (TTMK

TMK m.747'e göre, "Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir (f.1) . Bu hak, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar göreceklere karşı kullanılır (f.2) . Zorunlu geçit iki tarafın menfaati gözetilerek belirlenir (f.3)."

Birinci aşamada, "yasal irtifak" olarak kurulması gereken, bu nedenle de tapu da yapılacak yazılı tescil talebine dayalı bir tescilin gerekli olduğu zorunlu geçit hakkının temel yasal olgusu (tatbeştandı), bir taşınmaz malikinin genel yola çıkmak için yeterli bir yolunun bulunmamasıdır. Eğer bir taşınmazdan amaca uygun yararlanma bir genel yola çıkışı zorunlu kılıyorsa, ancak böyle bir çıkış yok veya olsa bile taşınmazın şu andaki ihtiyaçlarını karşılamıyorsa; yeterli bir yol mevcut değil demektir. Bu noktada geçit ihtiyacındaki taşınmazın hali hazırdaki ekonomik ihtiyaçları göz önüne almır⁵. Bu yasal olgunun (genel yola yeterli yol ihtiyacının) gerçekleşmesiyle birlikte taşınmaz maliki, tam bir bedel karşılığında bir eşyaya bağlı irtifak hakkı niteliğindeki⁶ geçit hakkının lehine tesis etme-

747), zaruret hali (TMK m.753) ve zorunlu su hakkı (TMK m.761) olarak karşımıza çıkar. Bu zorunluluk hakları, bir hakkın "kurulmasını" gerektirdiği ölçüde, "geniş anlamda bir tasarruf yetkisi sınırlaması" sayılabilir. Ancak "hak kurulduktan sonra" artık bir "yararlanma sınırlaması" söz konusudur. bkz. SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2003, N.979-980, s.201. Zorunluluk hakları için genel bir değerlendirme için bkz. SIMONIUS, Pascal/SUTTER, Thomas: Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel 1995, §13, N.74-76, s.447-448.

5 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.982, s.202; REY, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Bern 2000, N.1168 vd., s. 283-284; BGE 117 II 35; 110 II 19; 105 II 181. Ayr.ol. bkz. REY, Heinz: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT ZGB (Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Thomas GEISER, Basel 1996 (Komm.), Art. 694 N.6, s.1246. Geçit ihtiyacının tespitinde, malikin tahsis amacı da, taşınmazın niteliği, ihtiyaçları ve bulunduğu yerin objektif özellikleri kadar önem taşır. Taşınmazın tahsis amacının malik tarafından değiştirilmesi halinde geçit ihtiyacının tespiti için bkz. BGE 117 II 323.

6 LIVER, Peter: Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Das Eigentum, Basel und Stuttgart 1988, s.266; ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. B., Ankara 2002, N.1865, s.373. Eşyaya bağlı irtifak benzeri: BAUMGARTNER, Walter: Das Notwegrecht und das Notburnnenrecht nach dem schweizerischen ZGB, 19.. s.53; ŞAHİNİZ, C. Salih: Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s.60.

sini sağlamak üzere o anda mevcut komşu taşınmaz malikinden kendisiyle tapuda resmi şekilde bir irtifak sözleşmesi yapmasını istemek yönünde yasa kaynaklı bir "talep hakkını"⁷ kendiliğinden kazanır. Bu anlamda maddenin öngördüğü tatbeşand gerçekleşinceye kadar olan dönemde, komşu taşınmaz bakımından "ileride doğacak geçit taleplerine katlanma yönünde" bir "eşyaya bağlı beklenen borç" durumu söz konusudur⁸: Komşu taşınmazın her maliki "kendi döneminde doğacak olan geçit hakkı tesisi talebi üzerine", bu geçit hakkını kurmak için bir irtifak sözleşmesi akdetmekle yükümlüdür.⁹ Görüldüğü üzere, kanunun öngördüğü tatbeşand

- 7 bkz. ÖZSUNAY, Ergun: Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968, s.165 dn.50. Yenilik doğuran hak olarak: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2002, s.428; EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s.61, 125; ŞAHİNİZ, C. Salih: Gayrimenkul Mülkiyetinin -Komşuluk Hukukuna İlişkin- Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları; Zaruri (Zorunlu) İrtifaklar (Les Servitudes Necessaires), Prof. Dr. Nur. ÇELİK'e Armağan, C. I, İstanbul 2001 (Zaruri İrtifaklar), s.655; ERTAŞ, N.1856, s.372. Ayrıca bkz. ŞAHİNİZ, Zaruri İrtifaklar, s.655 vd. Talebe, aynı hak olarak irtifak hakkının doğumunu bağlayan isabetsiz görüş için bkz. AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), Birinci Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. B., Ankara 1972 (I); İkinci Kitap, Mülkiyet, Ankara 1971, s. 229.
- 8 Bir taşınmazın maliki olmak; mülkiyet hakkının özellikle dolaylı yasal kısıtlamaları çerçevesinde, yol, su veya mecra ihtiyacı içerisindeki komşu taşınmaz malikleri lehine gerekli irtifak haklarını kurmaya yönelik irtifak sözleşmelerini akdetme borcu altına girme potansiyelini de beraberinde getirir. Burada "beklenen hak" kavramına karşılık gelecek şekilde bir "beklenen borç" durumundan bahsedilebilir. Ancak doğaldır ki, burada bekleme durumu beklenen haklara nazaran zayıftır ve "beklenen borç" niteliğinin pratik olarak da bir faydası yoktur. Zira burada beklenen borç durumu "eşyaya bağlı" olduğu için, beklenen borç üzerinde borcun doğmadığı dönemde dahi taşınmazın mülkiyetinden bağımsız olarak serbestçe tasarruf edilebileceğinden bahsetmek olanaksızdır.
- 9 Öğretide bir kısım yazarlar, zorunlu geçit talebini, bir "eşyaya bağlı talep (veya yenilik doğuran hak)" olarak görmekte, geçit ihtiyacındaki taşınmazın devri ile birlikte, bağlı zorunlu geçit isteme hakkının da yeni malike "geçeceğini" ileri sürmektedir. Bkz. OĞUZMAN, Kemal: Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 110 ve 122-123; ŞAHİNİZ, Zaruri İrtifaklar, s.654. Biz bu görüşe katılmıyoruz, zira zaruri geçit hakkının tatbeşandı olan genel yola yeterli geçit ihtiyacı, ancak taşınmazın niteliği dışında, her bir malikinin taşınmazı tahsis amacına ve ihtiyaçlarına göre belirlenebilir niteliktedir. Bu nedenle, bir taşınmaz maliki, lehine zorunlu geçit hakkı talebi doğmuş iken, geçit ihtiyacındaki taşınmazını üçüncü bir kişiye devrederse, zorunlu geçit talebi devirle birlikte yeni malike devrolunmaz. Bilakis, yeni malik bakımından da ancak TMK m.747'nin hukuki olgularının kendi kişiliğinde gerçekleşmesiyle birlikte yeni bir zorunlu geçit talebi doğar. Bu nedenle ileri sürüldüğünün aksine, zorunlu geçit talebi ihtiyaç içindeki taşınmazın mülkiyetin devri ile yeni malike intikal etmez.

gerçekleştikten sonra komşu taşınmazın o andaki maliki ile geçit ihtiyacı duyulan taşınmazın o andaki maliki arasında bir borç ilişkisi niteliğindeki “geçit irtifakı ilişkisi” meydana gelmez. Bilakis komşu taşınmaz maliki için, içeriğini kurulmak istenen irtifak ve bunun karşılığı olan tam bedel üzerinde uyuşarak tapuda resmi şekilde bir irtifak sözleşmesi akdetme olan bir borç kendiliğinden doğar¹⁰. Artık burada bir “yasal ön sözleşmenin” varlığından bahsedebiliriz¹¹. Bu yasal ön sözleşme kurulduktan sonraki dönemde (ikinci aşamada), komşu taşınmaz malikinin taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, komşu taşınmazın yeni maliki, “yasal sözleşme devri”¹² nedeniyle söz konusu ön sözleşmenin tarafı haline gelecektir¹³.

- 10 REY, Art.694 N.21, s.1250. Taraflar tam bedel üzerinde uyuşurlarsa irtifak sözleşmesini akdederler ve komşu taşınmaz malikinin tescil talebine dayalı olarak yapılacak kurucu nitelikteki tescil ile irtifak hakkı doğar. bkz. REY, N.1173, s.284; REY, Komm., Art.394 N.22, s.1250; SIMONIUS/SUTTER, §13 N.86, s.451.
- 11 CARONI-RUDOLF, burada komşu taşınmaz malikinin irtifak sözleşmesinin yapılmasına katılma yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bkz. CARONI- RUDOLF, Karin: Der Notweg, Bern 1969, s.84, 101.
- 12 Burada devir konusu hukuksal ilişki, taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelmediği için, “yasal borç ilişkisi devri” de kullanabiliriz.
- 13 Türk-İsviçre hukukunda burada sunulan iki aşamalı hukuksal sonuçlar, taraflar için doğan yasal talep hakkı ve bunu yerine getirme yükümlülüğü (yasal yüküm) çerçevesinde -daha çok “tek aşamalı” olarak- salt “eşyaya bağlı borç” kavramıyla açıklanmaktadır. bkz. MEIER-HAYOZ, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizersichen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 3. Teilband Grundeigentum II, Artikel 680-701 ZGB, Bern 1975, Art. 694 N.8, s.374; LIVER, s.266; REY, Komm., Art. 694 N.3, s.1245, N.21, s. 1250; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.985, s.202; ÖZSUNAY, s. 182; ULUSAN, İlhan: Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s.129-130; AKMAN, Galip Sermet: Taşkın İnşaat, İstanbul 1982, s.169; GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. B., Ankara 1978, s.609, 720. Ancak karşı CARONI-RUDOLF, s.83-84.

Eşyaya bağlı borç, borçlusun bir eşya üzerindeki hak sahipliği (çoğunlukla mülkiyet hakkı) veya belirli hallerde zilyetliğe bağlı olarak belirlendiği bir “borç ilişkisi”dir”. Eşyaya bağlı borçların konusu her zaman için olumlu bir edimdir. Olumlu edimler, hiç bir zaman “doğrudan” aynı hakların konusunu oluşturmaz; istisnaen, irtifak haklarında olumlu bir edim olarak yapma borçları, irtifaka yan edim olarak bağlanabilirler (TMK m.779/II) . Bu anlamda eşyaya bağlı borçta, aynı hak sahipliği ile olumlu edim yükümü arasında kurulan bağ çerçevesinde, ifa talebi eşya üzerindeki o andaki aynı hak sahibine (veya zilyede) karşı yöneltilir (Ayr.ol. Bkz.

GÜMÜŞ, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s.103-104. Ancak biz bu incelememizle, söz konusu eserde sunduğumuz eşyaya bağlı borç kavramına ilişkin (s.113-114) bir kısım açıklamaları biraz daha rafine ederek, son haline kavuşturuyoruz.) . Biz, eşyaya bağlı borcu bu genel tanım çerçevesinde üç farklı boyutta algılıyoruz: En dar anlamda eşyaya bağlı borç; dar anlamda eşyaya bağlı borç ve geniş anlamda eşyaya bağlı borç.

En dar anlamıyla eşyaya bağlı borçta, eşyaya bağlı borç kurumunu oluşturduğu sözleşmeler (borç ilişkileri) zincirine göre, eşya üzerindeki mülkiyet hakkının devri ile birlikte, eski malik ile alacaklı arasında var olan borç ilişkisi (ve eski malikin muaccel borçları) “bâki kalmamak üzere” “ileri etkili” sona ermekte; ve “aynı anda” yerine -yasal veya sözleşmesel eşyaya bağlı borç kaynağı var olduğu sürece, bu kaynağa dayalı olarak- yeni bir borç ilişkisi, “sona eren borç ilişkisi ile aynı içerikte”, yeni malik ile alacaklı arasında meydana gelmektedir (muadil işlem) . Dolayısıyla her taşınmaz maliki, sadece kendi mülkiyeti devresinde, kendisine özgü bir şekilde yenilenen (reconduction) borç ilişkisi kapsamında doğan, aynı içerikli ama farklı borçlardan veya borç ilişkilerinden –birbiri ardına- şahsen kendisi sorumlu kalmaktadır. Bu sonucu biz, şerh edilmiş önalım hakkı bakımından, şerhin önalım hakkı kullanılıncaya kadar olan etkisinde açıkça görmekteyiz. (bkz. GÜMÜŞ, s.104 ve s.110 vd.) Aynı etki, irtifak hakkı ile yüklü taşınmaz malikinın yan edim olarak yüklediği olumlu edim yükümleri için de söz konusudur (TMK m.779/II).

Dar anlamıyla eşyaya bağlı borçta ise, aynı hakkın devri ile birlikte eski malik ile alacaklı arasında var olan borç ilişkisi varlığını korur. Burada bir borç ilişkisinin sona erme üzerine “aynı anda”, “sona eren borç ilişkisi ile aynı içerikte” bir borç ilişkisi yeni malik ile alacaklı arasında meydana gelmesinden bahsedilemez. Bilakis her malik kendi mülkiyeti döneminde yasa hükmünün belirlediği nitelikteki ve içerikleri birbirinden bağımsız (yani içeriklerini önceki malik zamanında doğan borç ilişkisinden almayan) borç ilişkilerinden doğan borçlardan şahsen sorumludur. Artık borç ilişkileri arasındaki aynı içerikli bir zamansal devamlılıktan değil, borç ilişkilerinin eş zamanlı varoluşlarından veya zamansal bağımsızlıklarından-kopukluklarından bahsedilebilir. Bu tip eşyaya bağlı borç etkisini, örneğin TMK m.694’de yer alan, paylı mülkiyette paydaşların paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer giderlerden doğan yükümlülüklere katılma borcu için kabul etmekteyiz.

Söz konusu iki teknik anlamda eşyaya bağlı borç etkisinin ötesinde geniş anlamda eşyaya bağlı borç kavramı, bir eşyanın eski malikin tarafı olduğu tek bir borç ilişkisinin, eşyanın mülkiyetinin devri ile birlikte yeni malike intikalini ifade eden “yasal sözleşme devri”ni de kapsar.

Komşu taşınmaz maliki için TMK m.747’ nin aradığı yasal olgunun gerçekleşmesine bağlı olarak doğan irtifak sözleşmesi yapma borcu bakımından doğan (ikinci aşamadaki) yasal etki, “yasal sözleşme devrine” dayalı olarak açıklanabilir. Buna göre, komşu taşınmaz malikinın, kendi taşınmazına yönelik zorunlu geçit talebinin doğmasından sonra taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde; yeni malik, malik sıfatını iktisap ettiği andan itibaren irtifak sözleşmesi akdedilmesine yönelik yasal ön sözleşmeyi aynı şartlarda, yasa gereği devralır. Burada biz yasal talep hakkını

Taraflar arasında uyuşma sağlanamazsa yasal talep, dava yolu ile ileri sürülebilir. Bu durumda ödenecek tam bedeli tespit edip ve tespit edilen bu bedelin depo edilmesini sağladıktan sonra, hakimin vereceği kararın, teorik bağlamda taraflar arasındaki ilişkinin yasal ön sözleşmesel niteliği gereği, karşı tarafın irtifak sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir irade beyanı yerine geçen bir karar niteliği taşıması (veya en ileri aşamada irtifak sözleşmesini kuran karar niteliğinde olması!) ve bu nedenle hakimin vereceği kararın, irtifak sözleşmesinin kurulması dışında ayrıca geçit hakkının kurulması bakımından yenilik doğurucu bir nitelik taşıması gerekir¹⁴. Ancak, bir ön sözleşmeye dayanarak, alacaklının hem asıl sözleşmenin kurulmasını, hem de asıl sözleşmeden doğan borcun ifasını aynı dava ile talep edebilmesini mümkün gören bir hakim öğreti ve uygulamanın olduğu hukuk sisteminde¹⁵, buradaki karara da, geçit irtifakının hakimin vereceği kararın kesinleşmesiyle birlikte bir tescil talebi ve izleyen tescile gerek kalmaksızın (açıklayıcı tescil) kendiliğinden tapu dışı gerçekleşmesi yönündeki yenilik doğurucu etkiyi tanımak zor olmasa gerekir¹⁶. İsviçre-Türk öğretisindeki hakim görüş de, geçit irtifakının kararın kesinleşmesiyle tapu dışı iktisabına ilişkin söz konusu yenilik doğurucu (kurucu) etkiyi, zorunlu geçit hakkı tesisini amaçlayan yargısal kararlar bakımından

yenilik doğuran hak olarak kabul etmediğimiz için bir (en dar anlamıyla) eşyaya bağlı borç ilişkisinin kurulmasından da bahsetmek olanaksızdır. Çünkü, yeni malik için taşınmazı iktisap ettiği andan çok önce, yasal tatbeşandın gerçekleştiği anda, irtifak sözleşmesi yapma borcu zaten doğmuş bulunmaktadır.

- 14 Aynı yönde: SCHMID/HÜRLİMANN- KAUP, N.989, s.203.
- 15 Bkz. KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 3. B., (forma halinde), İstanbul, §11 N.22 vd., s.102 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. B., İstanbul 2003, s.283.
- 16 İsviçre Federal Mahkemesi 1992 yılında verdiği kararında (BGE 118 II 32), asıl sözleşme, ön sözleşmede öngörülen şartlarla, yine aynı taraflar arasında kurulacak ise, artık asıl sözleşme-ön sözleşme ayırımını yapmaya gerek olmadığını kabul etmektedir. Federal Mahkeme'nin verdiği bu sonucu zorunlu geçit hakkı için mevcut olan yasal ön sözleşme ilişkisi için uygulayabilmek olanaksızdır. Zira, TMK m.747'nin öngördüğü yasal olguların gerçekleşmesiyle bir yasal ön sözleşme ilişkisinin kurulduğu zaman, "asıl sözleşmenin ön sözleşmede öngörülen şartlarda kurulabileceğini" söyleyebilmek; tarafların kurulacak asıl sözleşmedeki uygun bedeli belirleme yükümlülüğü, diğer bir deyişle ödenecek uygun bedelin belirsizliği nedeniyle, asıl sözleşmenin ön sözleşme ile aynı şartları taşıması" koşulunun eksikliğine bağlı olarak mümkün olmaz. Zaten Federal Mahkeme, zorunlu geçit talebine ilişkin mahkeme kararının niteliği sorusunu, kararlarında hep cevapsız bırakmıştır.

da kabul etmektedir¹⁷.

Görüldüğü üzere zorunlu geçit hakkının tesisinde en belirgin unsurlarından birisi de kurulacak geçit irtifakı karşılığında, - taraflar arasında aksine anlaşma yoksa kural olarak bir defa da sermaye olarak- komşu taşınmaz malikine ödenecek bir borç olarak "tam bedel"dir¹⁸. Bu bedel özünde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanması sonucu yapılan bir ödemedir¹⁹. Bu bedel, zorunlu geçit talebi için bir "varlık şartı" değildir. Tam bedel edimi, dava yoluna başvurulmamışsa, ilke olarak tescil talebi anında, bunun sonucunda irtifakın tescilinden önce ifa edilir²⁰. Be-

17 MEIER-HAYOZ, Art.694 N.67, s.391 (İMK m.665/I-TMK m.716/I'in kıyasen uygulamasıyla); REY, N.1173, s. 284 Aynı şekilde: REY, Komm., Art.694 N.23, s.1250-1251. Ancak Yazar'ın belirttiği üzere (REY, Komm., Art.694 N. 19-20, s. 1250), talep şartları gerçekleşmesine rağmen komşunun irtifak sözleşmesinin kurulmasından kaçınması halinde, talep sahibi, yenilik doğurucu nitelikte bir dava veya edim (ifa) davası açabilir; hatta, bu iki davanın açılmasının olanaksız olduğu hallerde tespit davası da açabilir. Ancak edim davası sadece irtifak sözleşmesini kurmakla kalmaz, aynı zamanda, davalının doğan yükümlülüğü kapsamında bulunması gerekli olan tescil talebini de sağlar; SIMONIUS/SUTTER, §13 N.88, s.452; OĞUZMAN/SELİÇİ, s.431; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.610; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku, İkinci Cilt, Mülkiyet, 2. B., Konya 2000, s.263; ŞAHİNİZ, Zaruri İrtifaklar, s.686. Yargıtay, zorunlu geçit hakkının tespitine ilişkin tespit davasının açılabilirliğini kabul etmemektedir. bkz. Y.14. HD., E.1993/71, K.1993/7709, T.14.10.1993, YKD, C.20, S.9, Eylül 1994, s.1462-1463.

Mahkeme kararını kurucu nitelikte bulmayan ve sadece bir "edim hükmü" olarak gören görüşler için bkz. HAAB (HAAB, Robert/SIMONIUS, August/ SCHERRER, Werner/ZOBL, Dieter): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art.641 bis 729, Zürich 1977, Art.694-695-696, N.21, s.494; ZÜRCHER, Richard: Die Wegrechte des Schweizerischen Privatrechts, Aarau 1947, s.112; BERTAN, Suad: Aynî Haklar, Medenî Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hükümler), C. I, M. K. 618 -702, Ankara 1976, s. 865. LIVER' e göre ise (s.273) tescil, bedel ediminin ödenmesine bağlı yapılabileceği için, karar şarta bağlı bir karardır. Şarta bağlılık ise, yenilik doğuran hükümden çok edim hükmü ile uyuma içindedir. TMK m.745/II-İMK m.692/II'nin kıyasen zorunlu geçitte de uygulanabileceği yönünde bkz. SIMONIUS/SUTTER, §13 N.76, s. 448.

18 LIVER, s.272; BAUMGARTNER, s. 39-40. Karş BGB § 917/II.

19 ULUSAN, s.127 vd.; AKMAN, s.173.

20 REY, Komm, Art. 694 N.24, s.1251; LIVER, s.272; MEIER-HAYOZ, Art.694 N.82, s.396. Yazarın da vurguladığı gibi, artık burada aynı anda ifa kuralının bir istisnası ile karşı karşıyayızdır. Bkz. BGE 110 II 320. Aynı anda ifa kuralı: SIMONIUS/SUTTER, §13 N.92, s.453. Türk Hukuk uygulamasında, hakimin bedel ödenmesine

del, komşu taşınmaz maliki irad şeklinde ödeme talebinde bulunmadıkça, yalnızca sermaye olarak bir seferde ödenir²¹. Bu bedelin tespitinde esas olarak kamulaştırma hukukundaki değer tespitine ilişkin benzer ilkeler göz önüne alınır. Bu ise kural olarak, komşu taşınmazın zorunlu geçit irtifakı ile yüklü değeri ile yüksüz değeri arasındaki farktan (fark teorisi) ibarettir²². Ancak, aranan “tam bedel” zorunluluğu, somut şartlara göre, komşu taşınmaz malikinin geçit nedeniyle uğrayacağı tüm kayıpların giderimini gerektirir²³.

3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararının da temel dayanaklarından olan hüküm, TMK m.693/III hükmüdür. Söz konusu hüküm her hâlikarda, I.fıkra ile bağlantılı olarak değerlendirilmek zorundadır. Ancak TMK m.693/III hükmünün anlamlandırılabilmesi, eski Medeni Kanunumuz ve İsviçre Medeni Kanununun konuya ilişkin hükümlerinin incelenmesini gerektirir.

eMK m.625/I'e göre, “Hissedarlardan her biri, müşterek menfaatler için diğer hissedarları temsil edebilir ve diğer hissedarların hakları ile kabili tevfiğ olduğunda müşterek şeyden istifade eder ve onu kullanır.” Bu hükmün dayanağı olan ve 1963 yılı değişikliklerinde aynen korunan İMK m.648/I hükmüne göre, “Her paydaş eşyayı temsile, kullanmaya ve eşya-

karar verebilmesi için zorunlu geçit talebini içerir dava dilekçesinin, geçit hakkının tanınması talebinin yanında, aynı zamanda bedel tutarının tespiti yönünde bir talebi de içermesine, ayrıca gerek yoktur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin farklı uygulaması için bkz. BGE 101 I 304; 104 II 302; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988 (II/1), 102. s.104 dn.30.

- 21 REY, Komm, Art. 694 N.25, s.1251; LIVER, s.272; MEIER-HAYOZ, Art.694 N.79, s.395.
- 22 BAUMGARTNER, s.37-38; ZÜRCHER, s.110; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.987, s.202-203; REY, Komm, Art. 694 N.26, s.1251. bkz. BGE 120 II 423-424. Geleceğe yönelik spekülasyon kazanç kayıpları karşılığı ödeme yapılamaz (SIMONIUS/SUTTER, §13 N.91, s.453) . Ayrıca bkz. TEKİNAY, s.102.
- 23 Eğer yüklenecek taşınmaz üzerinde sınırlı ayni haklar ve şerhedilmiş kişisel haklar mevcutsa, bunların zorunlu geçit nedeniyle uğrayacağı zararlar da tazmin edilmek zorundadır (REY, Komm, Art. 694 N.27, s.1251; MEIER-HAYOZ, Art.694 N.83, s.396; TEKİNAY, s.106. Aksi fikirde: OĞUZMAN/SELİÇİ, s.431) . Bu nedenle söz konusu hak sahiplerinin de davada davalı taraf olarak yer alması zorunludur (Y.14. HD.6.3.1986 T., E.1985/4672, K.1476, s.170) . Ödenen bu tam bedel nedeniyle ki, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanması niteliğindeki bir yasal irtifak olan zorunlu geçit irtifakı, sıra olarak yüklü taşınmaz üzerindeki tüm ayni haklar ve şerhedilmiş haklardan önce gelir.

dan yararlanmaya, diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde yetkilidir". Görüldüğü üzere, İsviçre hükmü, "diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde" kaydını, sadece, eşyayı kullanma ve eşyadan yararlanmayı değil, eşyayı korumayı da kapsayacak şekilde kullanmaktaydı. Oysa eMK m.625/I hükmü, bu kayıtlamayı temsil harici, sadece kullanma ve yararlanma için kabul etmiş görünmekteydi. Bu görünüş ise, eMK m.625'in İMK'nın Fransızca metninden çevrilmesinden kaynaklanmaktaydı. Eski Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, ÖZSUNAY ve TEKİNAY eMK m.625'deki "diğer hissedarların hakları ile kabili tevkif oldukça" kaydının koruma, kullanma ve yararlanma yetkilerinin üçünü de kapsayacak şekilde mehaza uygun yorumlanması gereğini isabetle vurgulamaktaydı²⁴. İsviçre Medeni Kanununun 1963 yılı değişikliklerinde, söz konusu hüküm, getirdiği esas itibariyle aynen korunmuştur: İMK m.648/I'e göre, "Her paydaş, eşyayı temsile, kullanmaya; eşyadan yararlanmaya, diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde yetkilidir." Söz konusu hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 693. maddesine alınırken ikiye bölünmüştür. TMK m.693/I'e göre, "Paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir." Fıkra III'e göre ise, "Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir". Görüldüğü üzere, madde "şeklen ve kanımızca sadece görünüşte olmak üzere", eMK m.625 hükmünün lafzını destekler bir biçimde, "diğer paydaşların hakları ile bağdaşma" kaydını sadece, bireysel yararlanma ve kullanmaya özgülemiş, eşyaya ilişkin temsile dayalı bireysel "koruma" yönünden korumanın "bölünemeyen ortak menfaatlere ilişkin olması" şartı dışında, görünüşte başka bir şart aramamıştır.

Bu durumda cevaplanması gereken soru şudur: Acaba, bir paydaşın tek başına paylı mülkiyet konusu eşyaya ilişkin bölünemez ortak menfaatleri koruyucu davaları açabilmesi için, bu koruma fiilinin "diğer paydaşların hakları ile bağdaşması" şartına bağlanmasına artık gerek var mıdır? Cevabımız olumludur. Bize göre, bir paydaşın tek başına paylı mülkiyet konusu eşyaya ilişkin bölünemez ortak menfaatleri koruyucu davaları açabilmesi için, "diğer paydaşların hakları ile bağdaşması" şartına, yeni TMK m.693 hükmü kapsamında da hâlâ gerek vardır:

Her şeyden önce, TMK m.693'ün gerekçesi, paylı mülkiyette koru-

24 ÖZSUNAY, s. 79 dn.22; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 587-588.

manın kullanma ve yararlanmadan bağımsız bir fıkrada düzenlenmesinin sadece TMK m.621/III hükmünün açıklanmasına dayandığını açıkça vurgulamaktadır: “Maddenin üçüncü fıkrası uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla, paydaşlardan her birinin, bölünemeyen ortak menfaatlerinin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabileceği hükmünü öngörmektedir. Böylece, paydaşlardan her birinin müşterek menfaatler için, diğer paydaşları temsil edebileceği hususunda yürürlükteki kanunun 625 inci maddesinde de yer alan hüküm, öğretilerdeki açıklamalar ve Yargıtay içtihatlarına uygun olarak açıklığa kavuşturulmuştur.” Bu nedenle bize göre, TMK m.693/I ve III hükümleri arasındaki şekli ayırım, eMK m.625/I'in anlam ve şartlarını değiştirmemiş, sadece TMK m.693/III'ün lafzında ortak menfaatlerin “bölünemez” niteliğine dikkati çekerek, “var olanı” daha anlaşılabilir kılmıştır.

TMK m.693/III, paydaşlardan her birinin diğerinin katılımı olmaksızın eşyanın “korumasını” diğer ortakları “temsilen” sağlayabileceğini öngörmektedir. Buradaki “temsil” terimi, -kural olarak- teknik anlamda bir “temsil” olarak düşünülemez. Bu çerçevede bu hüküm, paydaşa, diğer paydaşlara ilişkin bir yasal temsil yetkisi vermemektedir²⁵.

Ancak TMK m.693/III, paydaşları eşya üzerindeki ortak-bütüncül menfaatlerin korunması bakımından tek başına yetkili kılmıştır. Madde bu yeni lafzıyla “paydaşların ortak menfaatlerinin bölünmezliğini” esas almışsa da, bu ifadeyi “eşyanın bütününe ilişkin menfaatlerde tek başına ta-

25 HAAB, Art.648 N.2, s.146 ve MEIER-HAYOZ, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizersichen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981 (Syst. Teil), Art.648 N.4, s.561: “bir çeşit ileri sürme hakkı, bireysel dava hakkı”; BRUNNER, Christoph/WICHTERMANN, Jürg: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT ZGB (Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Thomas GEISER, Basel 1996, Art.648 N.6, s.960; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.742, s.152-153. Yazar'ında belirttiği üzere, mülkiyet hakkından doğan taleplerin dava veya dışı yollarla (paydaş tarafından tek başına) ileri sürülebilme yetkisi söz konusudur. Türk hukukunda: GÜRSOY, Kemal Tahir: Müşterek Mülkiyete İlişkin Türk Medenî Kanunu Hükümlerinin Yetersizliği ve Bu Hususta İsviçre Medenî Kanununda Yapılan Değişiklikler, Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 275-276; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.418. Buna karşılık, SURLU/ÖZTÜRK'ün burada bir yasal temsil yetkisinin varlığını kabul eden görüşü isabetsizdir. bkz. SURLU/ÖZTÜRK, s. 118.

lep yetkisi” olarak okumak daha doğru olsa gerek. Bu bütüncül menfaat, üçüncü kişiye yönelik taleplerin dayandığı menfaatin “bölünemez nitelikte” olduğu hallerde özellikle mevcuttur²⁶. Bu kapsamda mülkiyet hakkı veya zilyetliğe dayalı eşyayı korumaya yönelik davalarda, tespit davası niteliğindeki tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında veya sınır tespiti davalarında bu bütüncül menfaat açık olarak karşımıza çıkar²⁷. Buna karşılık TMK m.688/III'ün de bize gösterdiği üzere, salt kendi payına dayalı, bölünebilir talepler bakımından da her bir paydaş bir temsil durumu söz konusu olmaksızın tek başına talepte bulunmaya yetkilidir.

Ancak dava konusu olayda da temel sorun, zorunlu geçit hakkı tesisine yönelik talebin, ortak olmayan bir menfaatin korunmasına yönelik olup olmaması da değildir. Olayda bölünemeyen bir ortak menfaatin mevcut olduğunu Yargıtay da kabul etmekte, ve söz konusu ortak menfaate dayalı olarak her bir paydaşa tek başına dava açma hakkını tanımaktadır. Aslında Yargıtay burada, TMK m.693/III hükmünün uygulanması için gerekli olan “diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde temsil” şartını açıkça gözden kaçırmış olmaktadır. Aynı gözden kaçırma İsviçre Hukukunda MEIER-HAYOZ da da mevcuttur. Yazar'a göre²⁸, “bir taşınmaz paylı mülkiyet konusu ise, zorunlu geçit hakkının bölünmezliliği nedeniyle, her paydaş talepte bulunmaya yetkilidir. Paydaş, seçimine göre, geçit hakkının tesisini taşınmaz üzerindeki mevcut paylı mülkiyet payı için ya da bütün paydaşlar için bağlayıcı olacak şekilde tüm taşınmaz için talep edebilir. Buna karşılık ortak tasarruf ilkesi sebebiyle, elbirliği mülkiyetinde ilke olarak sadece ortaklar birlikte zorunlu geçit talebinde bulunabilir”. İsviçre Hukukunda CARONI-RUDOLF da, MEIER-HAYOZ'un görüşleri-

- 26 BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.7, s.960-961; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.743, s.152: “İMK m.648/I'e dayalı temsil yetkisi, sadece üçüncü kişilere yönelik eşyanın bütününe ilişkin olan bölünemez edimlerde söz konusudur”.
- 27 Tek başına hareket eden paydaş, ortak bir menfaat için hareket ediyorsa, ispat yükünü salt kendi payı için değil, tüm paydaşlar için taşır; yani paydaş, sadece kendisinin malik olduğunu değil, diğer paydaşların da malik olduğunu ispatlamak zorundadır. Ancak verilecek hüküm sadece davacı paydaş için kesin hüküm teşkil eder, diğer paydaşlar için kesin hüküm oluşturmaz. bkz. BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.8, s.961; HAAB, Art.648 N.2, s.146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.591.
- 28 MEIER-HAYOZ, Art. 694 N.23, s.378. MEIER-HAYOZ'a atfla, aynı yönde: REY, Komm., Art.694 N.13, s.1249. MEIER-HAYOZ'dan önce: HAAB, Art.694-696, N.9, s.488. Türk Hukukunda aynı yönde: KARAHASAN, s.1222; BERTAN, m.671 N.8, s.861.

ne atıfla aynı sonuca varmakta ve İMK m.648/I'in sadece yaralanan taşınmazı yarar sağlayan iradi irtifakların ötesinde taşınmazın olağan kullanım ve ekonomik değerlendirmesinin zorunlu kıldığı yasal irtifaklara da uygulanacağını belirterek, zorunlu geçit irtifakı karşılığı "uygun bedel" ödemesinde bulunan paydaşın, İMK m.649 (TMK m.694/II) uyarınca diğer paydaşlara rücu edebileceğini vurgulamaktadır²⁹.

Türk Hukukunda SURLU/ÖZTÜRK de, TMK m.693/III'ün, ileride inceleyeceğimiz TMK 747'nin "talihsiz" gerekçesi ile destekli yorumuyla ve sonuçta Yargıtay'ın kararında dayandığı gerekçeler ile aynı sonuca varmaktadır³⁰. Yine Türk öğretisinde KILIÇOĞLU'nun inceleme konusu karara atıfta bulunarak yaptığı açıklamalar, Yazarın kararda varılan sonucu desteklediğini göstermektedir³¹.

Görüldüğü üzere, gerek Yargıtay, gerekse de MEIER-HAYOZ ve izleyenlerinin, "diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde ortak menfaatleri tek başına temsil" şartını, "ortak menfaatleri tek başına temsil şeklinde" okuyarak, zorunlu geçit hakkının tesisi için ödenmesi gereken "tam bedelin", bir paydaşın bireysel olarak tüm ortakları temsilen zorunlu geçit talebini diğer paydaşların menfaatiyle çatışır kıldığını atlamışlardır³². Bu gerekçeye dayalı olarak paydaşların birlikte zorunlu geçit talebinde bulunma zorunluluğu, İsviçre öğretisinde BAUMGARTNER ve ZÜRCHER, tarafından da kabul edilmektedir³³. BAUMGART-

29 CARONI-RUDOLF, s.90-91. Taşkın yapı için aynı gerekçelerle: AKMAN, s.194-195.

30 SURLU/ÖZTÜRK, s.118.

31 KILIÇOĞLU, Ahmet: Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s.308-309.

32 Yine biz, MEIER-HAYOZ'un bir paydaşın kendi payına ilişkin olarak geçit hakkı tesisini olanaklı gören kabulüne de katılmıyoruz. Zira, zorunlu geçit talebi üzerine kurulacak olan geçit irtifakı, paydaşlardan birinin payını değil, bütün taşınmazı yükümler. Bu nedenle paydaşlar arasında, taşınmazın kullanımına ilişkin bir anlaşma mevcut olsa bile, bir paydaş, kendi kullandığı taşınmaz kısmı için TMK m.747'ye dayanarak ne komşu taşınmaz malikinden ne de, diğer paydaşlardan genel yol çıkış talebinde bulunamaz. Aynı yönde: SIMONIUS/SUTTER, §14 dn.90, s.479.

33 Alman Hukukunda aynı gerekçeler için bkz. BAUR, Jürgen F: SOERGEL, Hs., Th./SIEBERT, W., Bürgerliches Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht (§ § 854-1296), Stuttgart Berlin Köln 1989, §917 N.7, s.349: "Birden fazla yetkili BGB §1011'e rağmen, tek bir paydaş taşınmazı zorunlu geçit iradi yükümü ile yükleyemeyeceği için sadece ortak talepte bulunabilir"; BEUTLER' e göre de (BEUTLER, Wolfgang, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz

NER'a göre³⁴, "geçit ihtiyacındaki taşınmaz paylı mülkiyet konusu ise, bir paydaş, tek başına talebi ileri sürmeye yetkili değildir. Gerçi ZGB (İMK) 648/I'e göre her paydaş eşyayı temsile yani eşyanın bütününe ilişkin ortak menfaatleri korumaya sadece diğer paydaşların haklarıyla bağdaştığı ölçüde yetkilidir. Bir paydaş, böyle bir talebi tek başına ileri süremez, böyle bir talebin ileri sürülmesiyle diğer paydaşlar için yükümlülükler ve yükler doğuramaz. Zorunlu geçit hakkı tesisi talebi bir karşı edime bağlı ise, bütün paylı mülkiyet payları yüklenir."

Paylı mülkiyette paydaşların tek başına zorunlu geçit talebinde bulunamamalarının kabulü yönündeki görüşü destekleyen yukarıdaki ana gerekçenin dışında diğer gerekçe ise şu şekilde sunulabilir: TMK m.947 uyarınca kurulacak geçit irtifakı karşılığı tam bedel ödeme yükümlülüğü, bir karşı edim olarak bütün payları borç altına sokmaktadır. Paydaşların TMK m.694 uyarınca, paylı mülkiyetten doğan veya paylı eşyayı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılandığından, zorunlu geçit talebi bakımından da tüm paydaşların bir arada hareket etmesi zorunludur³⁵.

Buna karşılık Türk öğretisinde ÖZSUNAY, BAUMGARTNER ve ZÜRCHER tarafından sunulan görüşleri tatmin edici bulurken şu gerekçeye dayanmaktadır: "Zira geçide muhtaç gayrimenkul yararına zarurî bir geçit bağının istenmesi, MK 625/II (ZGB Art. 648/II-TMK m.692/I) anlamında, gayrimenkulün devri, gayrimenkulde bir aynî hak tesisi veya gayrimenkulün yararlanma şeklinin değiştirilmesi niteliğinde önemli bir muamele teşkil eder. Bu gibi muamelelerde, nasıl bütün müşterek maliklerin uyuşması aranmışsa, zarurî geçit hakkı bakımından da aynı çözümün

und Nebengesetzen, Drittes Buch, Sachenrecht, § § 854-872; 907-924, Berlin 1982, §917 N.18, s.68), birden fazla paydaş §1011'e rağmen zorunlu geçit tesisini sadece birlikte talep edebilir. Aksi takdirde, her paydaşın tek başına yetkili kılınması, paydaşın yetkiye dayalı tek taraflı talebiyle bütün paydaşlara isabet eden bir zorunlu geçit iradı yükümlünün doğumuna yol açardı ki, bir paydaşın tek başına böyle bir yetkisi yoktur.

Farklı gerekçelerle aynı görüşte: SIMONIUS/SUTTER, §14 dn.90, s.479; ÖZSUNAY, s.80;

34 BAUMGARTNER, s.30. Aynı yönde ZÜRCHER, s. 107.

35 BU gerekçe özellikle Alman Hukukunda zorunlu geçit davasını paydaşların tamamı tarafından açılması gerektiği görüşü savunulurken, bir kısım öğreti tarafından savunulmaktadır. Alman Hukukundaki görüşler için ayrıca bkz. ÖZSUNAY, s. 76-77

menfaatler durumuna uygun düştüğü söylenebilir³⁶. Bu ifadedeki “önemli muamele” deyimini, her halde “olağanüstü yönetim işleri” olarak anlaşılmalıdır. Zorunlu geçit talebini, olağanüstü yönetim işi sayarak paydaşların oybirliğine dayalı kararına bağlayan bu kabul, ilerideki açıklamalarımıza açısından önem taşımakta olup, burada sade bir önvurgu ile yetiniyoruz.

Öte yandan bu noktada bize ışık tutabilecek bir karar, taşkın inşaat hükümlerinin (İMK m.674/III-TMK m.725/II) uygulanması aşamasında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilmiştir. TMK m.725’e göre, “Bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur (f.1) . Böyle bir irtifak hakkı yoksa, zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir (f.2).” İşte Federal Mahkemeye göre de³⁷, “Paylı mülkiyet payı sahibi paydaş, taşkın yapı üzerinde bir aynı hak tesisini, sadece taşınmaz yararına talep edebilir, paydaş kendi payı yararına talepte bulunamaz. Ancak paydaş üzerinde paylı mülkiyet bulunan taşınmaz yararına aynı hak tesisini sadece aynı hak ivazsız ise ve diğer paydaşlara hiç bir yükümlülük yüklemeyecekse talep edebilir. Tarafların oybirliğiyle getirecekleri farklı düzenlemeler istisnadır.” Taşkın inşaata dayalı “uygun bir bedel karşılığı” aynı hak tesisi talepleri bakımından kabul edilen bu sonucun, aynı hukuksal konstrüksiyona dayalı “tam bir bedel” karşılığı zorunlu geçit irtifakı tesisi bakımından evleviyetle de aranabileceği yönündeki bir görüş de, kolayca göz ardı edilemese gerek.

Her ne kadar tek başına hareket eden paydaş, ortak bir menfaat için hareket ediyorsa, ispat yükünü salt kendi payı için değil, tüm paydaşlar için taşır. Bunun sonucunda paydaş, sadece kendisinin malik olduğunu değil, diğer paydaşların da malik olduğunu ispatlamak zorunda olsa da, aley-

36 ÖZSUNAY, s.80. Aynı gerekçe ile: ŞAHİNİZ, Zaruri İrtifaklar, s.664. Zorunlu su hakkı için: YAZMAN, İrfan: Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tâbi Olduğu Rejim, Ankara 1970, s.152-153. Zorunlu mecra hakkı için: ÖZAKMAN, H. Cumhuriyet: Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s.189; ŞAHİNİZ, s. 63-64.

37 BGE 108 II 35. Karar metni Fransızca olup, bu bilgiler Almanca özetten aktarılmıştır. Aynı karar için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.878 dn.23.

he verilecek hüküm sadece davacı paydaş için kesin hüküm teşkil eder; diğer paydaşlar için kesin hüküm oluşturmaz³⁸. Bu sonucun zorunlu geçit irtifakı tesisini sağlamaya yönelik verilen mahkeme ilamı bakımından kabulünün ise uygun olamayacağı da açıktır.

Gelinen bu noktadan itibaren, paylı mülkiyette paydaşların birlikte zorunlu geçit talebinde bulunmaları zorunluluğunun kabulünün önündeki en talihsiz engeli, Yargıtay'ın da kararına temel olarak aldığı TMK m.747 hükmünün "gerekçesi" oluşturmaktadır. Söz konusu gerekçeye göre, "Maddenin birinci fıkrasında kullanılan "malik" deyimini paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini artıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir." Görüldüğü üzere, gerekçeye göre, TMK m.747/I hükmündeki malik, paylı mülkiyette her paydaşa tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma hakkını tanımaktadır. Ancak bu "talihsiz" gerekçe, bizim için bağlayıcı olmasa gerekir. Her şeyden önce, bir kanun hükmünün gerekçesi, ilgili olduğu kanun hükmünün bir parçası olmayıp, sadece kanun hükmüne ilişkin hazırlık çalışmalarının (yasa materyallerin) bir unsuru olarak, kanun hükmünün yorumlanmasında bir tarihsel bir öğe olarak önem taşır. Ancak bugünün hukuk anlayışında, bir yorum ögesi olarak tarihsel öğeler, sadece "zorunlu bir yardımcı vasıta" olarak, hukuk normunun yorumunda önem taşıyan araçlardır³⁹. Bugün için İsviçre hukuk öğretisi ve uygulama-

38 bkz. BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.8, s.961; HAAB, Art.648 N.2, s.146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.591; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s.418; SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s.273.

39 MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966, Art.1 N. 215, s. 137; HAUSHEER, Heinz/JAUN, Manuel: Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1998, N.2.123, s.36; SCHMID, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, N.148, s.35; BGE 100 II 57: "Bu demek değildir ki, yasa materyalleri metodik olarak önem taşımaz; daha çok, açıklıktan yoksun ve anlaşılmayan hükümlerde normun anlamını belirlemede ve yanlış yorumlardan kaçınmak için değer taşıyan bir yardımcı vasıttır." Aynı yönde: BGE 116 II 527; 115 II 99; 113 IA 290. "Yasanın objektif anlamının tespitinde bir emare" olarak: RIEMER, 4, N.56, s.42. Ayrıca bkz. DÜRR, David: BAUMANN, Max/DÜRR, David/LIEBER, Viktor/MARTI, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Artikel 1-7 ZGB, Zürich 1998, Art.1 N. 155 vd., s. 292 vd.

sı, kanunun yürürlüğe girer girmez Kanun Koyucunun iradesinden bağımsız bir varlığa sahip olması⁴⁰ ve buna bağlı olarak teleolojik (amaçsal) ve realistik/sosyolojik öğelerin kanunların yorumunda kazandığı önem dolaşısıyla, tarihsel öğelere iki şartın bir araya gelmesi halinde değer vermektedir. Buna göre bir yandan yasa materyalleri, anlamı açık olmayan bir kanun hükmüne açık bir cevap vermeli, öte yandan yasa materyalleri yazılı ifade biçimini, bizzat kanun metninde bulmalıdır.⁴¹ . Bu anlamda TMK m.693/III'ün, f. I ile bağlantılı açık lafzı karşısında, açık olmayan bir yasa metniyle karşı karşıya olduğumuz söylenemeyeceği gibi; TMK m.747'nin gerekçesi, yasa metninde hiçbir dayanak bulamamış, bilakis TMK m.693/III hükmü ile olumsuzlanmıştır. Bu görünüm içerisinde TMK m.747 hükmünün gerekçesinin, dava konusu olaya ilişkin Yargıtay kararının gerekçelendirmesinde kullanılmamalıydı⁴². Öte yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun madde gerekçelerin komisyon üyelerine bölüştürülerek yazdırıldığı gerçeği de düşünülürse, TMK m.747 gerekçesinin sadece bir komisyon üyesinin "kişisel görüşü" olarak da değerlendirilmesi olanaklıdır. Bu noktada RIEMER'in şu açıklamaları ilgiye değer: "Her şeyden önce, materyallerin sıklıkla uyumsuz veya çelişkili oluşuna işaret etmelidir. Bu durum sık olarak birden fazla kişinin (ve bilhassa farklı menfaatlerin temsilcisi olanlarının) için içinde bulunmasından kaynaklanır. Materyaller, başkaca sık olarak iştirakçi kişilerin hatalarını taşır. Bu nedenle materyallerin değerlendirme ve dikkate alınmasında seçici-eleştirel davranılmalıdır"⁴³. Sonuç olarak biz, TMK 647'nin "Maddenin birinci fıkrasında kullanılan "malik" deyimini paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini artıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir." şeklindeki gerekçesinin Yargıtay'ca inceleme konusu kararda temel gerekçe-

40 BGE 124 V 189; 126 V 107.

41 BGE 122 III 474; 123 V 301; 124 II 200; 124 V 189.

42 OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, 10. Bası, İstanbul 2003, s.52: "...kanunun hazırlık çalışmaları sorunun çözümüne her zaman ışık tutmayabilir veya hazırlık çalışmalarından çıkarılan sonuç, âdil gözükmebilir. Kanun hükmünün zamanın ihtiyaçlarına ve korunması gereken menfaatlere en uygun şekilde yorumlanması gerekir."

43 RIEMER, Hans Michael: Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art.1-10 ZGB), Eine Einführung, Bern 1987, §4, N.50, s.43.

lerden birisi olarak sunulmasının doğru olmadığını düşünüyoruz.

4. Yukarıdaki açıklamaların bu noktada bizim için ortaya koyduğu “katı-mutlak ara sonuç” şöyledir: Paylı mülkiyet konusu bir taşınmazın paydaşları, paylı mülkiyet konusu taşınmaz lehine komşu taşınmazdan TMK m.747’ye dayalı olarak zorunlu geçit talebinde kural olarak hep birlikte bulunabilirler. Ancak, yüklü taşınmaz maliki kurulacak geçit irtifakı karşılığı kendisine ödenmesi gereken tam bedelden “tamamen” vazgeçmişse⁴⁴, veya geçit irtifakı tesisi diğer paydaşlara hiç bir yükümlülük yüklemeyecekse⁴⁵, paydaşlardan her bir tek başına zorunlu geçit hakkının kurulması yönünde tek başına, diğer paydaşları temsilen (TMK m.693/III) talepte bulunabilir⁴⁶.

Ancak, bir taşınmazı genel yola çıkaracak bir geçidin söz konusu taşınmazın tahsis edildiği amaç kapsamında kullanılabilirliğini ve değerini artırıcı bir nitelikte olduğu hallerde, paydaşlardan birisinin olumsuz oyu nedeniyle paylı mülkiyet konusu taşınmazın genel yola çıkışının sağlanamamasının, adalet duygularını rencide edici “katı” bir hukuksal sonuç olduğu açıktır. İşte bu noktada bize göre, zorunlu geçit hakkı talebinin “olağanüstü yönetim işi niteliği” ön plana çıkar. Türk öğretisinde ÖZSUNAY ve ŞAHİNİZ’in zorunlu geçit talebini eMK m.625/MK m.692/I anlamında, taşınmazın devri, taşınmazda bir aynî hak tesisi veya taşınmazın yararlanma şeklinin değiştirilmesi niteliğinde bir işlem oluşturduğu yönündeki görüşleri yukarıda vurgulamıştı⁴⁷. Bu görüşlere, İsviçre Hukukunda HA-AB, Türk Hukukunda ise ARPACI’nın paylı mülkiyet konusu eşyanın iyi-

44 Söz konusu vazgeçme, niteliği itibariyle bir ibra sözleşmesiyle gerçekleşir. Yararlanan taşınmaz malikinin tam bedel ödeme borcundan ibrası niteliği itibariyle taşınmaz mülkiyeti kısıtlamasının hafifletilmesi niteliği taşımasına rağmen, anlaşmanın geçerliliği bir şekilde bağlı değildir. Burada resmi şekli öngören TMK m.731/II hükmü uygulama bulmaz. Zira söz konusu hüküm, sadece “doğrudan yararlanma kısıtlamalarında” uygulama bulur. Zorunlu geçit hakkı ise, niteliği itibariyle bir “dolaylı yararlanma kısıtlaması”dır. bkz. GÜMÜŞ, s.128 vd.

Genel olarak zorunlu geçit hakkından vazgeçmenin de şekilsiz ibra sözleşmesi ile gerçekleşeceği yönünde bkz. MEIER-HAYOZ, Art.694 N. 12, s. 375.

45 Örneğin dava açan paydaş, diğer paydaşların payına düşen miktar da dahil olmak üzere tam bedelin tamamını kendisi ödemeyi yüklenbilir.

46 Paydaşların oybirliğine dayalı paydaşlardan birinin dahi tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabileceği yönündeki anlaşmaları, TMK m.695/II’ye göre, resmi şekilde yapıp, tapu kütüğüne şerh edildikleri takdirde, sonraki paydaşları da bağlar. bkz. GÜMÜŞ, s.153 vd.

47 bkz. dn.36.

leştirilmesi sonucunu doğuran işleri, “bir tahsis amacı değişikliği” anlamında bir olağanüstü yönetim işi olarak gören kabullerini de ekleyebiliriz⁴⁸.

Zorunlu geçit talebinde bulunmayı bir olağanüstü yönetim işi olarak kabul etmenin temel sonuçları ise şunlar olacaktır:

a. Paydaşlar, olağanüstü yönetim işi niteliği nedeniyle, kural olarak oybirliği ile paylı taşınmaz için komşu taşınmazdan zorunlu geçit talebinde bulunabilirler (TMK m.692/I).

b. Ancak paydaşlar kendi aralarında yine oybirliği ile alacakları karar ile, maliki olunan taşınmaza ilişkin paylı mülkiyet ortaklığına dahil paydaşların tek başına veya farklı bir çoğunlukla zorunlu geçit talebinde bulunabilmeleri hususunda anlaşabilirler (TMK m.689/I)⁴⁹. Söz konusu içerikteki anlaşmalar, imzalarının noterlikçe onaylanması şeklinde akdedilecek bir sözleşmeye dayalı olarak paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir (TMK m.689/II ve TMK m. 695/II).

c. Kurabilecekleri bu iradi yönetim düzeninin dışında, paydaşlar emredici nitelikteki yasal/yargısal yönetim düzeni çerçevesinde,

i. Zorunlu geçit talebi, “zorunlu yönetim işi” niteliği taşıdığı ölçüde, zorunlu geçit talebinde bulunulması (zorunlu yönetim eylemlerinin icrası) yönünde mahrum edilemeyecekleri ve feragat edemeyecekleri mahkemeye yönelik yasal bir talep hakkına sahiptir⁵⁰. Bir yönetim işinin zorunlu ol-

48 ARPACI, Abdülkadir: Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990, s.141; HAAB, Art.646 N.10, s.145.

49 Anlaşmada paydaşlar, tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma hakkını soyut paydaşlık sıfatına bağlamakla yetinecekleri gibi, sadece ismen belirli paydaşlara dahi bu hakkı tanıyabilirler. Ancak zorunlu geçit hakkı talebinin -biraz sonra göreceğimiz üzere- zorunlu ve ivedi iş niteliği taşıdığı haller de, tek başına talep hakkı belirli paydaşlara tanınsa bile, tüm paydaşlar tek başına TMK m.689/I kapsamında tanınan yasal olanakları tek başına kullanabilirler.

50 bkz.MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, Art.647, N.54, s.524, N.65, s.527; LIVER, s.104; REY, N.679 s.173. Ayrıca bkz. ARPACI, s. 146 vd. Mahkemeye yönelik katılma talebinin paydaşlar için bir eşyaya bağlı borç doğurduğu yönünde bkz. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, Art.647, N.64, s.527.

Zorunlu yönetim işinin olağan, önemli veya olağanüstü yönetim işi olmasına göre gerekli olan çoğunluk için görülmesi için sağlanamazsa, paydaşlardan her biri, hakimden somut olaya ilişkin bir yönetim düzeni belirlemesini talep edebilir. REY, N.679, s.173. Görüldüğü üzere, TMK m.689/II anlamında zorunlu iş-ivedi iş ayırımı,

ması için, o işin paylı taşınmazın değerinin ve kullanılabilirliğinin korunması için gerekli olmalıdır (TMK m.689/II, b.1) . Ancak öğretiyeye göre, bu yasal belirlemenin ötesinde işin zorunlu sayılabilmesi için eylemin (işin), sadece paylı taşınmazın “değerinin ve kullanılabilirliğinin” korunması değil, aynı zamanda eşyanın “yaralanabilirliğinin” korunması için de gerekli olmalıdır⁵¹. Zorunlu geçit talebinin bu bağlamda zorunlu iş sayılması ise kanımızca nadiren gerçekleşebilecek bir durumdur.

ii. Zorunlu geçit talebi, TMK m.689/II b.2 anlamında “ivedi bir iş niteliği taşırsa”, -ki zorunlu geçit talebinin bu bağlamda ivedi iş sayılması, işin ivedi niteliği ile bağdaşmazlığı nedeniyle gerçekleşmesi neredeyse olanaksız bir durumdur-, paydaş zorunlu işteki gibi öncelikli olarak mahkemeye başvurup talepte bulunmak için izin almaksızın, tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabilecektir.

d. Ancak, zorunlu geçit talebinde bulunma talebi, somut olayda bir zorunlu veya ivedi iş olarak nitelendirilmese bile, paydaşlardan biri veya birkaçı haklı bir sebep olmaksızın paylı taşınmaz yararına zorunlu geçit talebinde bulunulmasına itiraz ediyorlarsa, paydaşlardan her biri yeni Türk Medeni Kanununun m.691/III'ün yargısal başvuru olanağının, olağanüstü yönetim işleri için de kıyasen uygulanması veya buna gerek kalmaksızın doğrudan paydaşlar arası ortaklık ilişkisinden doğan sadakat yükümü çerçevesinde, hakimden kendisine tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma yönünde izin vermesini talep edebilir⁵².

e. Son olarak, bir paydaşın “yetkili” olarak tek başına dava açması halinde, gerçek vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulama bulacaktır⁵³.

Yukarıda sunulan görünüm içerisinde bir paylı mülkiyet ilişkisi içe-

yasanın öngördüğü diğer ayırım olan olağan, önemli, olağanüstü yönetim işi ayırımından farklıdır.

51 MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, Art.647 N.57, s.525; REY, N.678, s.172. Zorunlu işler, İsviçre Hukukunda zorunlu yapısal önlemler (İMK m.647c) ve diğer zorunlu yönetim eylemleri (İMK m.647/II, b.1) olarak iki başlık altında ele alınmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Yasa Koyucusu, TM m.647c hükmünü yeni Kanuna almamıştır. Dolayısıyla zorunlu yönetimi işleri Türk Hukukunda TMK m.689/II, b.1-2 de sayılan hallerle sınırlıdır. Ancak söz konusu zorunlu yönetim işlerininin yapılarına ilişkin zorunlu işleri de kapsayacağından kuşku duymamak gerekir.

52 bkz. GÜMÜŞ, s.163-164.

53 MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, Art.648 N.4, s.562.

risinde paydaşlardan birisinin tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabilme olanağı sadece paydaşlar arasında oybirliği ile yapılan anlaşma ile tek başına geçit talebi bulunabilme olanağı tanınmış paydaşlar için veya zorunlu geçit talebinin bir ivedi iş teşkil ettiği hallerde kabul olunmalıdır. Bu istisnai haller dışında paydaşlardan birisinin tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabilmesi, yukarıda bentler halinde sunulan hukuksal çerçevede, hakimden bu konuda izin almasına bağlıdır. Eğer, gerekli izin alınmaksızın paydaşlardan birisi komşu taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinden zorunlu geçit talebinde bulunmuşsa (HUMK m. 13/II son cümle), söz konusu mahkeme paydaşın tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabilmesine izin vermesi yönünden de HUMK m.13/II c.1'e göre yetkiliyse (paylı mülkiyet konusu taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi), ayrıca bir dava açılmasına gerek olmaksızın, davacı sıfatını taşımayan diğer paydaşların da icazetini sağlayarak⁵⁴ paydaşlardan birisinin tek başına zorunlu geçit talebinde bulunup bulunamayacağı sorununu çözüme bağlamalı⁵⁵; gerekli icazet sağlanırsa veya icazet verilirse bile bu engellenmenin (icazet vermemenin) haklı bir sebebe dayanmadığı anlaşılıyorsa TMK m.747'ye dayalı zorunlu geçit irtifakı tesisine yönelik davaya devam etmelidir. Buna karşılık yetkili mahkemeler farklı ise, kendisinden zorunlu geçit talebinde bulunulan komşu taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin hakimi, paydaşın tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma yetkisine ilişkin sorunu bekletici mesele yapmalı, bu konuda yetkili yaralanan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin vereceği tek başına dava açmaya yönelik izin kararının kesinleşmesinden sonra, TMK m.747'ye dayalı olarak açılmış davayı görmeye devam etmelidir.

Federal Mahkeme'nin yukarı da sunulan kararının aksine, tarafımızca yapılandırılan sistemin uygulamasında zorunlu geçit irtifakının ivazlı veya ivazsız olarak tesis edilebilirliği, sadece komşu taşınmazdan zorunlu geçit talebinde bulunulmasına karşı çıkan paydaşların haklı bir nedene dayalı olarak itiraz edip etmediklerinin tespitinde önem taşıyacaktır. Yasal

54 Artık burada diğer paydaşların davaya taraf sıfatıyla katılmaları zorunlu değildir; sonradan alınacak icazetlerinin dosya içeriğine dahil olması yeterlidir. Ancak diğer paydaşların da açılmış davaya davacı taraf sıfatıyla katılmaları da engellenemez.

55 Özellikle davacı sıfatı olmayan paydaşların, zorunlu geçit karşılığı ödenecek olan tam bedeli ödeme güçlüğü içerisinde olduğu hallerde icazet vermemelerinin haklı bir sebebe dayanmayacağı açıktır. Ancak diğer paydaşların tamamı veya bir kısmı ödeme güçlüğü içindeki paydaşın payına düşecek tam bedel payını ödeme borcunu yüklenirlerse, hakim zorunlu geçit irtifakı tesisine yönelik davayı reddetmemelidir.

geçit irtifakının taraflararası tam bedel borcuna ilişkin ibra sözleşmesine bağlı olarak uygun bedel ödenmeksizin kurulabildiği hallerin çoğunda, paydaşın geçit talebinde bulunmaya yönelik oybirliği gerektiren karara katılmaması halinde haklı bir nedene dayanmayan engelleme sebebiyle zorunlu geçit irtifakının tanınmasının talep edildiği mahkemenin doğrudan esasa ilişkin incelemeye girişebileceği açıktır.

Zorunlu geçit talebine dayalı davalar bakımından önemli olan husus, tüm paydaşların davayı hep birlikte açmalarının zorunlu olmamasıdır. Açılan davada davacı sıfatını haiz olmayan paydaşların sonradan davacı paydaşın davasına vereceği (paylı taşınmazın yönetime ilişkin zımni bir anlaşma olarak) icazet ile davacı paydaş dahi tek başına davaya devam edebilir. Ancak TMK m.693/III'ün getirdiği sistemin bir istisnası olarak, davaya katılmayan paydaşların icazeti sonrasında yürütülen davada davacı paydaş aleyhine verilecek kesin hüküm, diğer paydaşlar için de bağlayıcı olacaktır. Bu kabulün temelinde yatan düşünce ise şudur: TMK m.693/III, paydaşlardan her birine diğerini katılımı olmaksızın eşyanın korumasını "diğer ortakları temsilen" sağlayabileceğini öngörmekte, ancak buradaki "temsil" terimi, teknik anlamda bir "temsil yetkisi" olarak görülmemektedir.⁵⁶ Paydaşın tek başına bölünemez ortak bir menfaat için hareket ettiği hallerde, aleyhe verilecek hükmün sadece davacı paydaş için kesin hüküm teşkil edip, diğer paydaşlar için kesin hüküm oluşturmamasının⁵⁷ sebebi de TMK m.693/III'e göre tek başına dava açan paydaşın gerçek anlamda bir temsil yetkisine sahip olmamasıdır⁵⁸. Ancak TMK m.693/III'ün bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması için öngördüğü teknik olmayan anlamıyla "temsil" olanağı, eşyaya ilişkin ortak/bütüncül menfaatlere yönelik fiil ve taleplerin aynı zamanda önemli veya olağanüstü bir yönetim işi oluşturduğu hallerde, artık "teknik anlamıyla temsile benzer" bir hukuksal olanak olarak ortaya çıkar⁵⁹. Bilindiği üzere, paydaşlar arasındaki iç ilişkinin tes-

56 HAAB, Art.648 N.2, s.146; BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.6, s.960; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.742, s.152-153; GÜRSOY, s. 275-276; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s.418.

57 bkz. BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.8, s.961; HAAB, Art.648 N.2, s.146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.591 GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.418.; SİRMEN, s.273.

58 HAAB, Art.648, N.2, s.146.

59 Buradan çıkan sonuç, TMK m.693/III'ün kapsamına sadece eşyanın (veya buna bağlı bütüncül menfaatlerin) "korunmasına" yönelik taleplerin girmediğidir. Bu anlamda bütüncül menfaatin eşyanın "korunması" yerine (veya yanında) eşyadan

pitinde paydaşlar arası anlaşma ve yasal yönetim düzeni belirleyicidir. Mevcut iç ilişki kapsamında paydaşlarca alınan karar sonrası, dış ilişki de söz konusu yönetim işinin görülmesi için temsil yetkisinin verilmesi zorunludur ve bu teknik anlamdaki temsil yetkisi hal ve şartlardan çıkarılabilir⁶⁰. Bu temsil yetkisine dayalı yönetim işlemi ise, sonuçları itibariyle tüm paydaşları bağlar. İşte zorunlu geçit talebi, paydaşlar arasındaki bölünemez menfaate ilişkin bir talep hakkı olmakla birlikte; TMK m.693/III'ün aradığı "diğer paydaşların menfaatiyle bağdaşma" şartı, paydaşların kural olarak oybirliği ile alacakları veya mahkemece hükmedilecek yönetime ilişkin kararlar gerçekleşmiş olacaktır. Ancak alınan karar her paydaşın veya belirli bir paydaşın dava açması yönünde olunca, artık ortada teknik anlamda temsil benzeri bir durum söz konusu olacağından, zorunlu geçit talebine ilişkin dava sonucunda davacı lehine ve aleyhine verilecek kararlar, davacı sıfatı taşımayan diğer paydaşlar için de bağlayıcı olacaktır.

Dava konusu olaya baktığımızda, 939 no'lu parselin paylı malikleri Ahmet Özseven ve İhsan Yücel, 938 no'lu parsel malikleri bakımından terake temsilcisi Abdurrahman Kılıç'a karşı, davalının tarla niteliğindeki taşınmazı üzerinde yine tarla niteliğindeki kendi taşınmazları lehine araç geçirmeye ilişkin bir yasal geçit hakkının tanınması için dava açmışlar, fakat İhsan Yücel'in yargılama sırasında davadan feragat etmiştir. Bu nedenle İhsan Yücel'in Ahmet Özseven ile birlikte dava açması, aslında olağanüstü yönetim işi olarak zorunlu geçit talebi için gerekli olan oybirliği şartının gerçekleşmesi anlamına gelir. Dolayısıyla İhsan Yücel'in dava açıldıktan sonraki feragati Ahmet Yücel'in davaya sonradan tek başına devam edebilmesi bakımından bir engel oluşturmayacak ve alınan karar, İhsan Yücel için de bağlayıcı olacaktır.

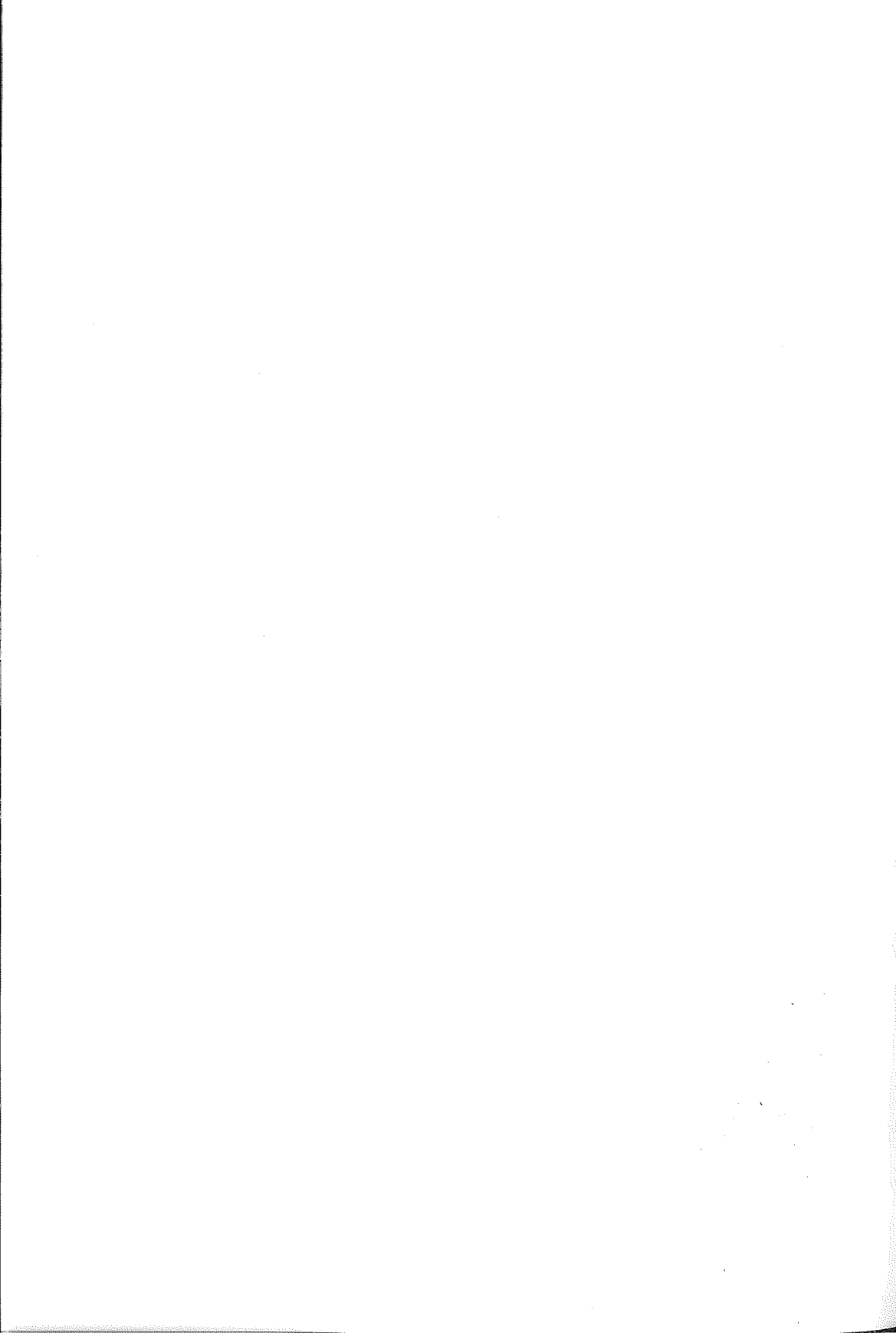
V. SONUÇ:

Sonuç olarak YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 7.05.2002 TARİHLİ VE E.2002/3187, K.3559 SAYILI KARARI, sonucu itibariyle doğru, fakat söz konusu sonuca varılmasında izlediği gerekçeler bakımından yanlış, diğer bir deyişle temel hukuksal dayanakları noktasında hukuka uygun olmayan bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır.

"yararlanmaya" yönelik olması da her zaman için olanaklıdır. Bu nedenle biz, temsil olanağını sadece ortak menfaatlerin "korunması" ile sınırlı tutan TMK m.693/III lafzını yeterli görmüyoruz.

60 HAAB, Art.648, N.2, s.146.

MEVZUAT KRONIĞI



**1.1.2000'DEN BAŞLAYARAK 17.7.2003'E KADAR GEÇEN
DÖNEMDE YÜRÜRLÜĞE KONAN YENİ MEVZUAT İÇİNDE
MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU VE İCRA-İFLÂS
HUKUKUNU İLGİLENDİREN DEĞİŞİKLİKLER**

Prof. Dr. Bilge Umar
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*** Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar konusunda tahkim yasası: 21.1.2000 günlü, 4501 sayılı yasa (RG 22.1.2000, No. 23941)**

Tahkim konusu, HUMK'da (m. 516-536) düzenlenir ve burada m. 518, "Yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez" der. İfade, HUMK yürürlüğe konduğu sırada batı hukuku kavramlarının ve bu kavramlara özgü terminolojinin Türkiyede pek az bilinmesi dolayısıyla, bozuktur. "İki tarafın yalnızca kendi iradeleriyle üzerinde tasarruf edebilecekleri hukuksal ilişkilerin dışında kalan konular için tahkim sözleşmesi yapılamaz" demek isteniyor. Örneğin, boşanma konusunun hakemlerce hükme bağlanması için eşler, hakeme başvuramazlar. Bunun zorunlu sonucu, kamu kurum ve kuruluşlarının kendi yürüttükleri kamu hizmeti ile ilgili etkinliklerinden, davranışlarından doğacak uyuşmazlıklarda da, uyuşmazlık taraflarının yâni kamu kurumu veya kuruluşu ile onun kar-

şısındaki gerçek kişinin yahut (ister kamu hukuku ister özel hukuk tüzel kişisi olsun) tüzel kişinin, uyuşmazlığı kendi akıllarına estiği gibi bir uzlaşmaya bağlayıvermek yetkisi olmadığından, böyle işlemlerde de tahkim yoluna gidilemez; meğer ki özel bir yasa kuralının verdiği olanaktan yararlanılsın yahut öyle bir özel kuralın getirdiği bir zorunluluk (zorunlu tahkim) söz konusu olsun.

Yeni yasa, m. 1'de, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilmesine (ama, m. 3 gereğince, ortada "yabancılık unsuru" taşıyan bir iş varsa gidilebilmesine) olanak veriyor ve bu konularda tahkim sözleşmesi yapılmasının yöntemini düzenliyor. Yasa, hakem kurulunun Türk vatandaşlarından oluşmasını yahut Türk hukukuna göre hüküm vermesini dahi aramamıştır.

Bu yasanın çıkarılmasına Türkiye kamuoyunda şiddetli tepki gösterilmiş, iktidar sahipleri buna aldırış etmemiştir. Hangi tutum haklı idi konusunda söylenmesi gereken şu olsa gerek: Eğer komünizmin çökmesi sonrasında kapitalist düzenin kendi egemenliğini tüm dünyaya yayması ve pekiştirmesi sürecine yâni adına pek mâsum bir sözcükle globalleşme denen sürece yandaş iseniz, bu bakış açısına göre, söz konusu yasanın Türkiyede çıkarılması yerindedir. Tersine, kapitalizme karşı iseniz ya da "Yalnız emekçilere, yoksullara karşı değil ulusal burjuvaziye de karşı bir süreç içinde uluslararası dev kapitalistler takımının Türkiyeyi dahi pençesine alma etkinliğine dur demeli" düşüncesindeyseniz, "memleket satılmaktadır" diye bağırانları haklı bulmanız tutarlıdır.

Bu yasa daha çıkmadan, idarî sözleşmelerden doğan davalarda görevli yargı mercii olarak Danıştayı gösteren 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu m. 2 bent 1/c değiştirilmiş ve oradaki kuralın başına "tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç" deyişi eklenmişti (18.12.1999 günlü, 4492 sayılı yasa ile). O çeşit uyuşmazlıklarda tahkim yolu böylece açılmış oldu; 4501 sayılı yasaya da konunun ayrıntılarını düzenlemek kaldı.

*** 21.2.2001 günlü, 4630 sayılı yasanın 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na getirdiği değişiklikler**

FSEK m. 76 eski metninde f. I, "Bu kanunun tanzim ettiği hükukî münasebetlerden doğan dâvalarda, dâva olunan şeyin miktarına ve kanunda gösterilen cezanın derecesine bakılmaksızın görevli merci asliye mah-

kemesidir” diyordu. Yeni m. 76 f. II ise şöyledir: “Bu kanunun düzenlediği hukukî ilişkilerden doğan dâvalarda, dâva konusunun miktarına ve kanunda gösterilen cezanın derecesine bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargı faaliyetlerine başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na belirlenir”.

*** 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı yasa ile, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na önemli değişiklikler getirildi**

Bu arada:

Yasadaki yeni m. 12, iki değişiklik getirmektedir. Öğretmenlerin ve hukuk Doçenti, Profesörü olmayan Doçent ve Profesörlerin avukatlık etmesine şimdiye dek engel yok iken artık engel konmuştur. Bir de, yüksek öğretimde görevli Profesör ve Doçentlerin, yükseköğretim kurumları ve kuruluşları aleyhine dâva ve iş tâkib etmesi yasaklanmıştır.

Yasadaki m. 26’da yapılan değişiklikle, avukat stajyerinin yapabileceği işler, eskisine göre daraltılıyor.

Yasadaki m. 43 f. II’ye eklenen bir cümleyle, “milletvekilleri, milletvekilliği süresince avukatlık yapamazlar” kuralı getiriliyor.

Yasada m. 44’ün eski metninde bulunan “ortak avukat bürosu” kavramı, yeni metinde çok daha ayrıntılı olarak ve yeni bir düzenlemeyle işleniyor. O arada, yabancı “avukatlık ortaklıkları”nın Türkiyede çalışması da düzenlenmekte.

Yasadaki m. 164’ün yeni içeriğine göre, karşı tarafa yüklenen ve avukata ait olan vekâlet ücreti konusunda avukatın alacak hakkı hacedilmez sayılıyor. Hatta, eski metinde o vekalet ücreti’nin avukata ait olacağı belirtilirken “Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça” denmiş olmasına karşılık, yeni metinde bu kayıt yoktur. Ancak, yasadaki bu değişikliğe bakıp da, “Yasa, o paranın avukata ait olmasını kayıtsız şartsız istiyor, öyleyse bunun aksine sözleşme yapılamaz” demenin doğru olacağını sanmıyorum. Avukatı, iş sahibinden hiç ücret istememekte serbest bırakan (bkz. Avukatlık Kanunu m. 168 f. V) bir yasa, dava kazanılırsa karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin mutlaka avukata ait ol-

masını ve bunun aksine sözleşme yapamamasını istemiş, buyurmuş olamaz.

Yasadaki m. 167'nin yeni içeriğine göre, avukatla yapılan vekalet sözleşmesinden ve vekâlet ücreti sözleşmesinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlıklar, zorunlu tahkim yoluyla çözülecektir. Konunun ayrıntıları aynı maddede belirtilmiştir.

*** 12.5.2001 günlü, 4672 sayılı yasa ile, 4899 sayılı Bankalar Kanunu'na önemli değişiklikler getirildi**

Bunların içinde Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku'nu ilgilendirenler özellikle şunlardır:

Yasaya eklenen m. 14 bent 5 alt-bent c ile, mahkemelerin görev ve yetkisi konusunu, ayrıca iflâs dâvalarını ilgilendiren bir kural yürürlüğe kondu. Buna göre, "Bankalar ile Fon [Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu; m. 15] ve bankaların iflâs idareleri tarafından açılacak hukuk dâvalarına asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılır. O yerde birden fazla asliye ticaret mahkemesi bulunması hâlinde, bu dâvalar 1 numaralı asliye ticaret mahkemesinde görülür./Bankalar ile Fon ve bankaların iflâs idareleri tarafından muamele merkezi veya ikametgâhı İstanbul ili sınırları içinde olan kişiler aleyhine açılacak hukuk dâvaları ile borçlular hakkında açılacak iflâs dâvalarına İstanbul 1 numaralı asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılır. İflâs dâvası açılması hâlinde, bu mahkeme, hakkında iflâsı istenen borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine borçlu aleyhine iflâs dâvası açıldığını bildirir".

Yasaya eklenen m. 14 bent 7 f. III ile (eski f. II şimdi f. IV oldu), dâvada bir tarafın yerine başkasının kaim olması (HUMK m. 186) konusuna ilişkin özel bir kural getirildi. Buna göre, "Hisseleri kısmen veya tamamen Fona ait olan bir bankanın hisselerinin üçüncü kişilere devir veya intikali hâlinde banka tarafından, bankanın eski ortakları, yöneticileri ve denetçileri hakkında açılmış olan dâva ve tâkiplere Fon tarafından kanunî halef sıfatıyla kaldığı yerden devam olunur."

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun "kaynakları ile her türlü alacaklarının tahsilinde" 6183 sayılı Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanması zaten eski metnin de (m. 15 bent 3) gereği idi. 2001 değişikliğiyle o bentte "kaynakları ile her türlü alacaklarının"

deyişi sonrasına eklenen yeni ibarelerle, Fon'un bu ayrıcalığının uygulanma alanı genişletildi. Hatta Fon'a, daha önce (kendisinin devraldığı banka tarafından) borçluya karşı İİK kurallarına göre başlatılmış icra tâkiplerini 6183 sayılı kanuna göre yürütülen bir tâkibe çevirmek yetkisi tanındı.

*** Milletlerarası Tahkim Kanunu: 21.6.2001 günlü, 4686 sayılı yasa (RG 5.7.2001, No. 24453)**

Bu yasa, “yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda” tahkim konusunu düzenlemektedir (m. 2 kuralı ışığında m. 1); 4501 sayılı yasayı da açıkça saklı tutmaktadır (m. 2 f. II).

Yasa, aslında kendisinin konusu olmayan genel bir konu bakımından yâni “Hukuk belli bir sözleşmenin geçerliliği için, onun yazılı olarak yapılmasını aramışsa, bu gereklilik hangi durumlarda yerine getirilmiş sayılabilir?” konusu bakımından da önemli kural getirmektedir. Çünkü, milletlerarası tahkim anlaşmasının yazılı biçimde yapılmasının bir geçerlilik koşulu olduğu kuralını (m. 4 f. II cümle 1) getirdikten sonra, hangi hallerde bu gerekliliğin yerine gelmiş sayılacağını belirtiyor ve Türk hukukunda bir yasa kuralı için ilk kez olmak üzere, “anlaşmanın elektronik ortama geçirilmiş olması”nın (örneğin sizin İnternet ortamındaki e-mail adresinize benim anlaşma metni önerimi bir bilgisayarla göndermem ve sizin de kabul yanıtınızı bir bilgisayarla benim e-mail adresime göndermiş bulunmanızın) bu bakımdan yeteceğini açıkça söylüyor.

Yasanın getirdiği önemli bir yenilik, bu yasaya göre seçilen hakemin ya da oluşturulan hakem kurulunun, mahkeme gibi, ihtiyatî tedbire ve o arada ihtiyatî hacze karar verebilmesidir (m. 6 f. II cümle 1 ve 2; ancak, cümle 3'deki türden ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî kaciz kararı veremez). Oysa, HUMK m. 516-536'daki düzenlemede hakemin ya da hakemlerin böyle bir yetkisi yoktur.

*** 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı yasa olan yeni MK da, medenî yargılama hukuku ve icra-ıflâs hukuku konusunda birçok yenilik getirmektedir.**

Bu yenilikler, Türkiye Hukuk Fakültelerinin Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku öğretim üyelerinin 9-10 Kasım 2002'de Eskişehir'de, Anadolu Üniversitesinde yapılan kollokyum'unda incelendi ve tartışıldı.

Başlıcalarını belirtelim:

İsbat yükü ile ilgili maddede açıklayıcı değişiklik

MK m. 6, eski ifade bozukluğunu giderecek yolda yeniden yazılmıştır. Ancak, öteden beri yürürlükte olan ilke değiştirilmiş değildir.

Kişilik haklarına karşı saldırı nedeniyle açılacak dâvalarda yetkili mahkeme

MK m. 25 f. V, bu mahkemenin, dâvacının veya dâvalının yerleşim yeri mahkemesi” olduğunu belirtmiştir. Yeni MK, başka birçok konuda da yetkili mahkemeyi belirten kurallar getiriyor (örneğin, gaiplik kararı verilmesinde yetkili mahkeme, m. 32 f. II; kişisel durum sicilinin yâni alıştığı-mız deyimle nüfus sicilinin tutulmasından doğan zararların tazmini için devlete karşı açılacak dâvalarda ve devletin kusurlu memura rücu dâvasında yetkili mahkeme, m. 38).

Eşler arasında birbirine karşı icra kovuşturması yapma yasağı kaldırıldı

Eski MK m. 165, eşler arasında birbirine karşı icra kovuşturması yapılmasını yasaklıyor, m. 166-168 de bu ilkenin istisnalarını gösteriyordu. Bu düzenleme, kalkmıştır.

Boşanma dâvası sırasında eşlerden birinin ölümü hâlinde ölenin mirasçılarının dâvacı sıfatını üstlenip dâvayı “mirasçılıktan yoksun bırakma” davası olarak sürdürebilmesi kabul edildi

Boşanma dâvası sırasında eşlerden birinin (dâvalının ya da dâvacının) ölümü hâlinde evlilik ölümle son bulmuş olacağından, son bulmuş bir evlenmeye ilişkin boşanma hükmü verilemeyeceği, ayrıca boşanma istemenin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve dâvacının hüküm kesinleşinceye kadar davadan feragat etmesinin beklenebileceği, bu nedenler yüzünden ölenin mirasçısının boşanma dâvasını sürdürmesine olanak *tanımamanın* doğru olduğu düşünülüyordu ve hukukumuzda bu olanağı sağlayacak bir kural yoktu. Ancak, dâvalı eşin, diğerince mirastan yoksun bırakılmasını haklı kılacak ölçüde ağır kusurlu halleri var iken, dâvacı, nasıl olsa onu boşayacağı düşüncesiyle ve hüküm alamadan ölüp gidiyerme-yi de aklına getirmediği için mirastan yoksun kılma işlemini (birkaç satırlık bir “el yazısıyla vasiyetname” düzenlemekle dahi yapabilecek iken), yapmamış olabilir. Bu durumda beklenmedik bir ölüm üzerine ağır kusur-

lu dâvalının boşanma gerçekleşmeksizin dul kalıp mirasçı olması, eleştiriliyordu.

O eleştirilerin etkisiyle, yeni MK m. 181 f. I, boşanma davası süredirken eşlerden biri ölürse onun mirasçılarında herhangi birinin dâvada dâvacı sıfatını üstlenebileceği ve “davalının kusurunun ispatlanması” halinde (dikkat edilsin, ağır kusur veya ölenin mirastan yoksun bırakma işlemini haklı gösterecek ölçüde ağır bir kusur denmiyor, herhangi bir ölçüde kusur yeterli sayılıyor) dâvalının mirastan yoksun kalacağını (yâni bu doğrultuda hüküm verileceğini) söylüyor.

Bu çözümün kabul edilmesininin doğru mu yanlış mı olduğu tartışmasını Medenî Hukuk bilimi erbabına bırakalım. Keza, davaya mirastan yoksun bıraktırma dâvası olarak devam yetkisinin sâdece dâvacının ölümü hâlinde onun mirasçılara tanınması, buna karşılık dâvalının dâva sırasında ölmesi hâlinde onun mirasçılarının aynı dâvayı dâvacıya karşı mirastan yoksun bıraktırma dâvası olarak devam ettirememesi çözümünün haksızlığına sadece işaretle yetinelim ve konuyu, örnekler vererek, derinlemesine incelemek yoluna gitmeyelim. MK m. 181 f. I'in Yargılama Usulü Hukuku'nu ilgilendiren yönü üzerinde duralım.

Boşanma dâvasının, bu gelişmeler üzerine bir “tesbit” davasına dönüşeceğini düşünenler varsa da, burada tesbit dâvası deyimini kullanmak, HUMK m. 8'deki kira bedelinin “tesbiti dâvası” deyişindeki kadar doğrudur; aslında bu da o da hukuksal durumda bir yeniliğin ancak ve ancak mahkeme kararıyla doğmasını sağlayan davalardır (hatırlansın ki Yargıtay bu yüzden, mahkeme kararıyla “tesbit” edilen kira miktarına, hüküm kesinleşinceye kadar, asla faiz yürütmüyor; bu doğrultuda son karar, YKD 2001 No. 2 s. 193'de yayınlanan, 6. HD'nin 19.12.2000 günlü kararıdır. Gerçekten, kira bedelinin o miktarda olarak oluşması ancak “kira tesbiti” hükmünün kesinleşmesiyledir; ortada en açık biçimde inşâ dâva vardır).

Diğer yandan, diyelim beş mirasçı varken ve bunlardan dördü sağ kalan eşe karşı, onun birtakım kusurlu davranışları bulunmuş da olsa, mirasbırakanlarının boşanma dâvası açmasını haklı bulmazken, şimdi de onun ölümünde yasanın kendilerine verdiği yetkiyi kullanmıyor iken, bir tanesinin tek başına dâvalı eşi mirastan “külliye ıskat” edebilmesi, ötekilerin bu yoksun bırakmadan sanki zorla yararlandırılması; bu tek kişinin ve yalnız onun, miras bırakanın varsayılan iradesine uygun yolda davranmakta olduğunun ve eski boşanma dâvasını mirastan yoksun bırakma dâvası içeriğiyle tek başına yürütebileceğinin kabulü, yalnız miras hukuku-

nun değil, yargılama usulü hukukunun kurallarına da uymuyor.

Herhalde, bütün bu yönlerden kuralın tartışılması ve daha uygun bir içeriğe kavuşturulması doğru olacaktır.

Soybağına (nesebe) ilişkin dâvalarda yeni yargılama usulü kuralları

MK m. 284, soybağına (nesebe) ilişkin davalarda uygulanacak yargılama usulü konusunda özel kurallar getirmiştir. Bu dâvalarda yargıcın maddî olguları kendiliğinden araştıracağı vurgulanmıştır.

Karineler çatışmasında çözüm

MK m. 290, belli bir faraziye de karineler çatışmasının (başlıkta ne-dense çakışma denmiş) nasıl çözüme bağlanacağını göstermiştir.

Babalığa ilişkin dâvalarda yeni yargılama usulü kuralları

Babalığı tanımanın iptali dâvaları için ve babalık dâvaları için yeni usul kuralları getirilmiştir: m. 297 f. II (tanımanın iptali dâvasının anayı ve çocuğu birlikte hasım göstererek açılması), m. 301 f. III (babalık dâvasının belli bazı ilgililere ihbar edilmesi gereği), m. 302 f. II (eski MK m. 301'deki, şimdi de m. 302 f. I'de yer alan) karinenin genişletilmesi bu aradadır.

Aile yurdu kurmak açısından taşınmaz üzerindeki haczin etkisi

Yeni MK m. 389 f. II'ye göre, bir taşınmazda haczin varlığı, o taşınmazın aile yurdu yapılmasına kesinlikle engeldir. Oysa, eski m. 339'da, taşınmazı aile yurdu hâline getirmek için, borcun ödendiğini isbat şart idi. Şimdi ise borç ödenmese bile alacaklı haczi kaldırırsa ve itirazda bulunmuyorsa, taşınmaz mal aile yurdu hâline getirilebilecektir.

Yasada "Aile Hukuku" başlıklı İkinci Kitap'ta "Vesayet" başlıklı Üçüncü Kısım'm "Vesayet Düzeni" başlıklı Birinci Bölüm'üne, eski yasada bulunmayan "Altıncı Ayırım: Koruma amacıyla özgürlüğün sınırlanması" maddeleri ekleniyor.

Burada da yargılama usulü kuralları var. Örneğin m. 433, yer yönünden yetki ile; m. 436, 437 yargılama usulüyle ilgili. Sözü geçen maddelerden 436'da bent 6, bilirkişi raporu olarak resmî sağlık kurulu raporu arıyor.

Vesayet altındaki kişinin parasının yatırılacağı banka

Yeni m. 441, vesayet altındaki kimselerin ve onların olası mirasçılarının çıkarı doğrultusunda bir değişiklik getiriyor; bu vesileyle, Sulh Hukuk Mahkemelerine yeni bir görev de yüklüyor. Vasî, vesayet altındaki kişinin parasını artık (eski MK m. 385 gereğince yapmak zorunda bulunduğu tersine) hükümetçe belirlenen bankaya değil, vesayet makamının (Sulh H. M.'nin) belirlediği millî bankaya yatıracak. Oysa eskiden, devlet kendisine ait ve büyük bir pişkinlikle çok düşük faiz veren bir bankaya para yatırılmasını zorunlu kılıyordu ve kendisine iletilen haklı yakınlara kulak tıkıyordu.

MK m. 494'deki yanlış ifade

Eski m. 438'in yerine geçen şimdiki m. 494, haciz ve iflâsta sıraya ilişkindir; yeni madde, "Vesayet altındaki kişinin vasî veya devlete karşı alacakları imtiyazlı olacaktır" diyor. Eski metin, devlete karşı alacağı saymıyordu. Ancak, yeni metnin ifadesinde bir yanlışlık vardır; yasanın kasdettiği, vesayet işlerinin kötü yürütülmesi yüzünden devlete karşı tazminat isteminin (MK m. 468) alacağıdır; devlete karşı her alacak değil.

Bazı maddelerde itiraz yerine defî denmesinin süregitmesi

Örneğin MK m. 559 f. II'de (eski m. 501 f. II) ve MK m. 571 f. II'de (eski m. 513 f. II) durum böyledir.

Yeni MK m. 593 f. II

Dâva ve icra tâkibinde kanunî temsilci sıfatı konusunu ilgilendiren bu kurala göre, terekeyi resmen yönetme görevlisi, dâva ve icra tâkipleri için (dahi) mirasçıların kanunî temsilcisidir. Eski metinde, bu kişinin görevlerini belirten şimdiki m. 593 benzeri bir madde yoktu.

Yeni-MK m. 605 f. II ve m. 618'deki, borca batıklık kavramıyla aciz hâli kavramının karıştırılması

Bu konuya dergimizin şimdiki sayısında bir makalede değinilmektedir.

MK m. 610 f.III: Dava açmanın ya da icra kovuşturması başlatmanın hukuksal sonuçları

Burada yer alan, mirasçının, terekeye dahil alacak için zamanaşımı ya da hak düşüren süre dolmasın diye dava açması, icra kovuşturması yapması, onun (mirasçının) süresi içinde red beyanında bulunmak hakkını ortadan kaldırmaz yolundaki fıkra yenidir, eski m. 550'de yoktu.

MK m. 647 f.III (eski m. 587 f.III) deki karine

Yeni maddedeki, "Aksini ifade ettiği tasarruftan anlaşılmadıkça" deyişi, eski metinde bulunan "Vasiyetnamede veya miras mukavelesinde hilâfi şart kılınmadıkça" deyişinden daha doğru ve İsviçre yasasındaki metne (m. 608) daha uygundur.

MK m. 713 f. III (eski m. 639 f. III): Olağanüstü zamanaşımı nedeniyle taşınmaz mülkiyeti edinmiş bulunmanın tescilli dâvasında dâvalı (lar)

Olağanüstü zamanaşımıyla, malikinin kim olduğu tapu kaydından anlaşılamayan, yahut maliki 20 yıl önce ölmüş yahut hakkında gaiplik kararı verilmiş kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazı 20 yıl süre ile (iyiniyetli olması aranmaksızın!) zilyedliğinde bulundurduğunu ve mülkiyet hakkı kazandığını öne sürerek mahkemeden tescil hükmü isteyen kişi, dâvasını, eski metne göre "hazine ile ilgili âmme hükmî şahsiyeti aleyhine" açmalıydı. Dâvanın, tapuda kayıtlı olmayan bir taşınmazla ilgili olması durumu ile, tersine tapuda kayıtlı ama mâlikinin kimliği anlaşılamayan yahut 20 yıl önce ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş bir kimse olması faraziyeleri arasında davalı olarak gösterilecek kişi yönünden ayırım yapılmıyordu.

Yeni metin ise, bu ayırımı yapmaktadır; birinci durumda yâni arazinin tapusuz olması dolayısıyla üzerinde daha önce özel hukuk mülkiyeti bulunmaması durumunda, Hazine ve ilgili diğer kamu tüzel kişileri; ama

arazi tapuda kayıtlı idiye, *tapuda malik görünen kimsenin mirasçılarına karşı dâva açılacaktır* (bunların kimliği ve/veya adresi saptanamazsa, tebligat hukukunun genel kurallarına göre, ilân yoluyla tebligat yapılabilir; f. IV'deki ilân, bu işi görür).

MK m. 713 f. VI'da yeni bir kural: Dâva tarafı olmayan kişi lehine hüküm verilmesi!

Bu yeni kurala göre, az önce sözü edilen tescil talebi üzerine yapılan ilân sonrasında mahkemeye itiraz beyanında bulunanlar ile, dâvalı gösterilmiş mirasçılar, Hazine, ilgili kamu tüzel kişileri, bunlardan herbiri, "mâlik sıfatıyla tescil benim üzerime yapılsın, hüküm böyle verilsin" isteminde bulunabilecektir.

Bu düzenlemede en ilginç ayrıntı, dâvalı veya aslî/fer'i müdahil olmayan itirazcıların, kendi adlarına ve lehlerine hüküm verilmesini isteyebilmeleridir. Ancak, davada hiç değilse müdahil sıfatı olmayan kişinin dâva içinde kendi lehine isbat işlemi yapması ve delillerin tartışmasına katılması bizim yargılama hukukumuzda (kadaastro tesbiti sürecinde açılan dâvalar dışında) öngörülmediğinden, o kişinin itiraz ve kendi lehine hüküm isteme dilekçesini bir aslî müdahale dilekçesi sayarak buna göre işleme tâbi tutmak doğru olur. Yasa, itirazcının harç ödemesini gerekli saymadığından, bu kişilerden harç alınmayacaktır. Prof. Dr. Kuru hocamızın Eskişehir 9-10 Kasım 2002 kollokyumunda ifade ettiği fikir ise tersinedir; kendileri istem'in hüküm altına alınmasının harç ödenmedikçe mümkün olmayacağını düşünüyorlar. Oysa burada da kadaastro dâvalarındaki durumla paralel uygulama yapmak gereği ortadadır. O dâvalarda ise, Kuru hocamızın ders kitabında 14. basımda s. 902'de anlatıldığı üzere, "Taşınmaz malın ölü bir kimseye ait olduğu anlaşılır ve bu kimsenin mirasçıları tesbit edilemezse, ölü olduğu yazılmak suretiyle o şahsın adına tescil kararı verilir (Kadaastro K., m. 300 f. II)". Oysa ölüden harç yatırmasının istenemeyeceği pek açıktır; demek ki yasa, harç ödenmese dahi gerçek hak sahibinin tesbitini ve onun lehine tescil yapılmasını buyuruyor. Bir itirazcının sırf itirazcı olmakla kalmayıp, Kadaastro Müdürünün düzenlediği askı cedveli'nin askıya (ilân edilmeye) çıkarılmasından sonra 30 gün içinde o cedveldeki tesbite göre tescil yapılmaması ve kendisi lehine tescil yapılması için dâva açması (Kadaastro K., m. 11 f.I) durumunda dâvacının harç ödemesi gerekeceği ortadadır. Ama sırf itirazla yetinip sonucu (kendi lehine tescili) elde etmek olanağı da bulunabilmektedir. Yine Kuru hocamızın an-

latımıyla, “Kadastro komisyonu, kendisine gelen itirazları Kadastro Kanunu’nun 10. maddesine göre karara bağlar. Ancak, bu maddede öngörüldüğü şekilde, bu konuda Komisyon bir sonuca varamazsa veya kanunlarda konu mahkemenin takdirine bırakılmışsa, kadastro komisyonu konuyu kadastro mahkemesine devreder ... Kadastro Mahkemesi bu konuları inceleyip karara bağlamak zorundadır”. Görülüyor ki itirazcının iş mahkemeye intikal edince harç ödemesi zorunluluğu öngörülmemiştir; o kişi harç ödeme ödemesi mahkeme, eğer onun haklı olduğu dosyadan veya re’sen yapılacak incelemeden anlaşılırsa, onun lehine tescil kararını verecektir.

MK m. 733 f. I: Cebri icra satışlarında payı kazanana karşı şüfa hakkının kullanılamiyacağı ilkesi yasallaştırılıyor

Yeni metin, bir taşınmaz mal payının cebri icra satışında başkasına geçmesi hâlinde, taşınmazın eski paydaşlarının yasal şüfa hakkını yeni paydaşa karşı kullanamayacakları (eski deyimle, “cebrî müzayedelerde şüf’a hakkının cereyan etmeyeceği”) yolunda 4.5.1940 günlü İctBK ile benimsenen ilkeyi yasaya taşımaktadır.

MK m. 773: eski MK m. 697’deki, yurt dışına kaçırılan taşınır eski eserlere (korunması gerekli kültür varlıklarına) ilişkin olarak devletimizin açtığı istihkak dâvasında dâvacı TC aleyhine sıfat yokluğu itirazının öne sürülmesine dayanak edinilmiş ifade ve içerik kaldırılıyor

Bilimsel değeri olan buluntulara ilişkin eski MK m. 697, kaynak İsviçre yasasındaki metni yansıtıyordu. Oysa, korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının (keza taşınmaz kültür varlıklarının) hukukunu bizde ayrı ve özel bir yasa (şimdi, 1983 tarihli, 2683 sayılı yasa) düzenlemektedir. Türkiye, kültür varlıkları konusunda korumacılığı ve devletçiliği en ileri ölçüde uygulayan (bence de doğrusu budur) bir ülkedir ve bu tutumu 1906’dan beri değişmeksizin süregider. İsviçrede tutum böyle değildir ve her ne kadar eski metinde MK m. 697, bulunan “antikalar hazinenin (İsviçrede, Kantonun) mülkü olur” demişse de İsviçre hukuk öğretisinde, “kamu mülkiyeti malın bulunmasıyla ipso iure ve mutlaka gerçekleşecek değildir; Kantonun, nesneyi mülk edinmek hakkı vardır, bu hakkın kullanılmasıyla nesne Kantonun malı olur” görüşünü savunanlar bulunmaktadır.

Konu Türkiye için büyük önem taşıyor. Çünkü devletimizin kaçak ka-

zırlarla çıkarılıp yurt dışına götürülmüş ve orada satılmış taşınır kültür varlıklarından ünlü “Elmalı definesi” alıcısına karşı ABD’de açtığı dâvalı vekilleri, akla gelecek gelmeyecek pek çok diğer savunmanın yanı sıra, TC’nin o istihkak dâvasını açacak “malın mâliki” sıfatına sahip olmadığı; MK kuralına göre, bulunan antikaları ancak “mülk edinme” hakkının bulunduğu ama TC daha bu malın varlığından haberdar bile olmadan malın yurt dışına çıkarılması nedeniyle malda mülkiyetini kuramadığı; dolayısıyla, mâlik olmayan dâvacı TC’nin ancak mâliklere özgü istihkak dâvasını açmasının abes olduğu, işin özüne hiç girmeden sıfat yokluğu yüzünden dâvanın hemen reddi gerektiği savunmasını öncelikle ileri sürmüş idiler.

Bu savunma için bir dayanak daha gösteriyorlardı ki o da şudur: 2683 sayılı yasada m. 25 f. IV’de ifade yönünden çok büyük gaf yapılarak, taşınır kültür varlığının bulunup yasal zorunluluk gereği müzeye getirilmesinden sonra, müze yetkililerinin yapacağı inceleme sonunda müzeye alınmasına gerek görülmeyenlerin getirene bırakılabileceği ve bu takdirde nesnenin mülkiyetinin o anda ona geçeceği söylenmek istenirken, “müzelere alınması gerekli görülmeyenler, *sahiplerine* bir belge ile iade olurlar” denmiştir. Yâni, ilkçağ sikkesi, heykel başı gibi nesneyi bulup müzeye getiren kişiden, onun “sahibi” diye söz edilmiştir! Bu inanılmaz cehalet ve sorumsuzluk benim Eski Eserler Hukuku kitabımda eleştirilmişti (s. 216). Karşı taraf vekilleri, bunu da görüp üstüne atladılar ve “Türk hukukuna göre, bulunan taşınır kültür varlıklarında devletin daha bulunma anında ipso iure mülkiyet hakkının bulunmadığı işte burada da görülüyor” dediler. Dâvaya bakan Boston Asliye Hukuk Mahkemesi bu ön sorun üzerinde inceleme yapmak gereksinmesini duydu. Hukukumuzun, 1906’dan beri, bu gibi nesnelere üzerinde bulunma ânında ipso iure devlet mülkiyetini kabul etmenin bile ötesine gittiğini ve 1906’dan beri, bu gibi nesnelere daha bulunmadan, varlığı öğrenilmeden önce dahi devlet malı sayıldığını ABD mahkemesine anlatmak, orada TC vekillerinin çağırıldığı Türk eski eserler hukuku bilirkişileri olarak gidip günler boyunca ifade veren iki hukukçunun (ben ve İÜ HF İdare Hukuku kürsüsünden, dolayısıyla kamu malları rejiminin uzmanı, Prof. Dr. Sait Güran) başarısı olmuş, sıfat itirazı ara kararıyla reddedilip dâvanın esasına geçilmiştir.

Herhalde bu deneyimin etkisiyle, şimdi, eski MK m. 697 kuralı yeni metinde yer almıyor ve yeni metin, “...eski eserlerin bulunması hâlinde özel kanun hükümleri uygulanır” diyerek sözü kesiyor, konuyu düzenleyen tek yasa olarak ortada 2683 sayılı yasayı bırakıyor.

MK m. 851 f. II (eski MK m. 766a, f. I): Alacağın dövizle ödenmesini sağlayacak yolda (yasanın deyişiyile, “yabancı para üzerinden”) taşınmaz rehni kurulması

Eski ve yeni metinler arasındaki fark, diğer deyişle getirilen değişiklik, aslında rehin hukukuna ilişkin bulunmakla birlikte, zorunlu olarak, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tâkibin hukukunu, dolayısıyla icra-ıflâs hukukunu da ilgilendirmektedir.

Eski metin, “Yabancı para üzerinden gayrimenkul rehni tesisi, vâdesi 5 yıl veya daha fazla olan *dış kaynaklı krediler için* mümkündür” diyor-du. Yeni metin ise, “Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir” demektedir. Dolayısıyla, artık Türk bankaları ile yabancı bankalar arasında bu yönden ayırım yoktur; ayrıca, yalnız yabancı para üzerinden verilen kredileri güvence altına almak için değil, gerçekte Türk Lirası ile kredi verdikleri halde borçlunun sorumluluğunu döviz değeri ölçüsüne tâbi tutmuş iseler, döviz üzerinden taşınmaz rehni alabileceklerdir.

Ancak, dikkat etmeli ki, icra dairesi, rehni paraya çevirdiğinde, ihale alıcısından bedeli döviz olarak ödemesini isteyecek değildir. Keza, bedeli TL olarak tahsil edip sonra döviz bürosundan veya bankadan döviz alacak, takip alacaklısına alacağını döviz olarak ödeyecek değildir. Bedel açık arttırmada TL olarak önerilip TL olarak icra dairesine ödenecek; daire bu ödemenin kendisine yapıldığı ve dolayısıyla icra tâkibinin son bulunduğu gündeki döviz kuru üzerinden alacaklının döviz alacağını TL'na çevirerek işte bu miktarı tâkip alacaklısına ödeyecektir ve icra harçları, giderleri türünden eklentiler dahi kesildikten sonra artan TL para miktarını, malı satılan tâkip borçlusuna verecektir.

MK m. 989 (eski MK m. 902): Taşınır mal zilyedinin geri alma dâvasında sıfat konusuna ilişkin bir ifade münasebetsizliği

Medenî Hukuk uygulamasının en önemli dâvalarından birini, zilyedin kendi iradesi dışında elinden çıkan taşınır malı mahkeme zoruyla geri almak için açabileceği “taşınır dâvası”nı (eski metinde: istihkak dâvası; doğrusu: istirdat dâvası) düzenleyen bu maddede, dâvacı sıfatı ile ilgili ifade, yâni bu dâvayı açmak konusunda kimin sıfat sahibi olduğunu açıklayan ifade, özensiz ve yanlış seçilmiştir. Buradaki dâva, mâlikin istihkak

dâvası (MK 683 f.II, eski MK m. 618) değildir. *Mâlik olduğunu kanıtla-
ması gerekmeyen ve hatta mâlik olması gerekmeyen bir zilyedin*, rızası ol-
maksızın elinden çıkmış taşınır malı elinde bulundurana karşı açtığı geri
alma dâvasıdır. Kaynak İsviçre yasasına uygun olan eski metin, bu konu-
da herhangi bir duraksamaya yer bırakmıyordu. Yeni metin ise, “*Taşınırı
çalınan, kaybolan...zilyet*” diye söze başlamakla, sanki taşınır malın mâli-
ki olan zilyed'den söz ediyormuş izlenimini doğurmaktadır. Böyle olunca,
üstelik eski metin hem m. 618'de hem de m. 902'de istihkak dâvası deyi-
mini kullandığı için, sanki m. 989 (eski m. 902)'deki dâva, m. 683 (eski
m. 618)'deki dâva ile aynı dâva imiş ve m. 989 o dâvaya ilişkin ayrıntıla-
rı düzenliyormuş zannına düşülebilecektir.

**MK m. 1007 (eski MK m. 917): Tapu sicilinin yanlışlıklarından
dolayı devlete karşı açılacak tazminat dâvasında yargı kolu ve yer yö-
nünden yetki**

Eski metin, tapu sicilinin tutulmasında yapılan yanlışlar dolayısıyla
zarara uğrayanların bu zararından devletin sorumlu olduğunu ve devletin
de kusurlu memurlara rücu edebileceğini bildirmekle birlikte, devlete kar-
şı açılacak dâvanın hangi yargı kolunda görüleceğini söylemiyordu. An-
cak, sırf devletin sorumluluğunu bildiren kuralın MK içinde yer almış bu-
lunmasına bakılarak, Türk hukukundaki adlî yargı-idare yargısı arasında
yargı kolu ayırımının temel ilkelerine pek ters düşer biçimde, bu dâvalara
adlî yargıda bakılacağı, öteden beri uygulamada kabul edilmiş idi. Yeni
metin, bu uygulamayı düzeltecek yerde tam tersine onu yasallaştırmakta-
dır, hatta dâvanın hangi yerin hukuk mahkemesinde görüleceğini de belirt-
mektedir.

*** 25.6.2002 günlü, 4765 sa.y., 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na
değişiklik getirdi.**

Değişiklik yasasının, kendi yürürlüğe girişinden önce ve
10.5.2002'den başlayarak geçerli olmak üzere AvK'na eklediği Geçici m.
20 şöyledir:

10.5.2001 tarihinden önce ilköğretim veya orta öğretimde öğret-
menlik göreviyle avukatlık mesleğini birlikte yapanlar ve aynı durumda
olup avukatlık stajını yapmakta olanlar hakkında 11 inci madde hükmü

[ikinci işi yapma yasağı-Umar] uygulanmaz.

Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinin (d) bendi hükmü, 10.5.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında uygulanmaz; bunlar sınava tâbi tutulamaz.

*** 3.8.2002 günlü, 4771 sayılı yasa, HUMK'na iki ekleme yaptı (m. 445a ve m. 448'e eklenen f. III). Yasadaki m. 13 gereğince, yayınlanma tarihinden (RG 9 Ağustos 2002) bir yıl sonra yürürlüğe girecek olan yeni kurallar şöyledir:**

Madde 445a. Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında [Umar'ın notu: ifade münasebetsizdir; "...verildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptandığında" denecekti], ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi halde, dosyanın dâvaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir.

Madde 448 f. III: 445a maddesi hükümleri saklıdır.

Yargılamanın yenilenmesi konusunda HUMK m. 445a ile getirilen kuralın aynı, CMUK'na da m. 327a olarak konmuştur.

*** 1475 sayılı İş Kanunu'na, 9.8.2002 günlü ve 4773 sa.y. ile getirilen değişiklikler arasında metne eklenen ve yargılama usulüne ilişkin olan m. 13c**

Değiştirici yasadaki m. 13 uyarınca, 15.3.2003'den başlayarak ge-

çerli olacak bu yeni kural şöyledir:

Hizmet akdi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dâva açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir.

Dâva seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

*** Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 14.11.2002 günlü, 520 sayılı kararı (RG 23.11.2002, No. 24 945)**

Büyükşehir belediyesi sınırları içinde iş uyumsuzlıklarına hangi yer (ilçe) iş veya asliye hukuk mahkemelerinde bakılacağını düzenlemektedir.

*** Avukatlık Asgari Ücret Târifesi (TBB kararı ile yürürlüğe konan yeni târife)**

RG 28.11.2002, No. 24950'da yayımlandı, 4.12.2002'de yürürlüğe girdi, RG 30.12.2002 No. 24979'da yayınlanan değişikliği oldu.

*** Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi kuruluş ve görevleri hakkında kanunun iki maddesinin yeniden düzenlenmesine dair kanun. No. 4781, kabul tarihi 2.1.2003**

RG 8.1.2003 No. 24987'de yayınlanmıştır.

*** Aile Mahkemeleri'nin kuruluş, görev ve yargılama usullerine dair kanun. No. 4787, kabul tarihi 9.1.2003**

RG 18.1.2003, No. 24997'de yayınlanmıştır.

*** Hâkimler ve savcılar kanununda değişiklik yapılmasına dair kanun. No. 4790, Kabul tarihi 15.1.2003**

RG 26.1.2003, No. 25005'de yayınlanmıştır. Bunda m. 1, Anayasa Mahkemesinin 14.12.1995 günlü, 19/64 sayılı kararı ile iptal edilen m. 9 f. II'yi (kimlerin adaylığa atanabileceği hakkındadır) yeniden düzenliyor; m. 2, Anayasa Mahkemesinin aynı kararlar iptal ettiği m. 39'u (Üniversite öğretim üyelerinin ve avukatların hâkimliğe, savcılığa atanması) yeniden düzenliyor; m. 3, aynı kararlar iptal edilen m. 40 f. II'yi (kıdemin hesaplanmasına ilişkindir) yeniden düzenliyor; m. 4, HSK m. 1 kuralını yeniden düzenliyor.

*** Çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin (4793 sayılı) kanun**

RG 4.2.2003, No. 25014'de yayınlanan bu yasada şu değiştirmeler de yer almaktadır:

HUMK m. 445/A kaldırılıyor, aynı kural m. 445'e bent 11 olarak ekleniyor: "11. Hükmün, insan haklarını ve ana hürriyetleri korumaya dair sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması".

HUMK m. 447'ye f. III ekleniyor: "445 inci maddenin birinci fıkrasının 11 inci bendinde yazılı sebepten dolayı iadei muhakeme müddeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır".

HUMK m. 448 son fıkra kaldırılıyor (kaldırılan m. 445/A'yı saklı tutuyordu).

*** Anayasa Mahkemesi kararı, 21.11.2002, E. 2001/415 K. 2002/166**

RG 28.2.2003, No. 25034'de yayınlanmıştır. İİK m. 331 f. I, IV, VI; m. 337 f. I, m. 338 f. I, m. 340, m. 352a kurallarının Anayasaya aykırı olmadığı yolundadır.

*** Milletlerarası Tahkim Ücreti Tarifesi**

Adalet Bakanlığı tarafından, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca çıkarılmış; RG 15.3.2003, No. 25049'da yayınlanmıştır.

*** Tebligat Kanunu'nda değişiklik yapan 4829 sa.k.**

RG 27.3.2003, No. 25061'de yayınlanmıştır. Tebligat Kanunu m. 16 ve 17'nin yeni içeriğine göre, muhatapla aynı konutta oturan kişiye, aile efradından veya hizmetçilerden olmasa bile tebliğ yapılabilir. Keza m. 20 değişmiştir; son cümledeki değişikliğe göre, ihbarnamenin kapıya yapıştırılma tarihi değil bunun 15 gün sonrası tebliğ tarihi sayılacaktır. Muhatap yerine kendisine tebliğ yapılacak kişinin 15 yaşında görünmesi artık yetmeyecek, görünüşe nazaran 18 yaşından küçük olmaması aranacaktır (m. 22'deki değişiklikle). Yasaya m. 25a ekleniyor: muhatap Türk vatandaşı ise, yabancı ülkedeki tebligat, oradaki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslugu aracılığıyla da yapılabilir. Yasada m. 34'e eklenen bir fıkraya göre, verilen süre içinde dâva dilekçesinin tebliğ gideri ödenmezse, HUMK m. 409 uygulanacak (işlemden kaldırma); diğer tebliğ gideri ödememe hallerinde tebliğ talebinden vazgeçildiği kabul edilecek.

*** TC ile Ukrayna arasında hukukî konularda adli yardımlaşma ve işbirliği anlaşmasının onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun**

Kanun No. 4920, kabul tarihi 9.7.2003; RG 12.7.2003, No. 25166'da yayınlanmıştır.

*** İflâs İdaresi ücreti, yazı ve tebliğ masrafı tarifesi hakkında tebliğ**

Adalet Bakanlığınca çıkarılmış, RG 15.7.2003, No. 25169'da yayınlanmıştır.

*** Karayolu Taşıma Kanunu**

No. 4925, kabul tarihi 10.7.2003; RG 19.7.2003, No. 25173. Bu yasada m. 25, sigorta sözleşmesinden doğan dâvalarda ve icra tâkiplerinde

yer yönünden yetki konusunu düzenlemektedir.

*** Yargıtay Kanunu m. 31'deki değişiklik**

4929 sa.k. (kabul tarihi: 17.7.2003; RG 22.7.2003, No. 25176) bu değişikliği getirmiştir (madde, başkanların seçimi hakkındadır).

*** İİK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**

Kanun No. 4949, kabul tarihi 17.7.2003 (RG 30.7.2003, No. 25184). Bununla İİK'nda çok sayıda ve bir kısmı pek önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin değerlendirilmesiyle ilgili birçok makale Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin 2003 Kasım/Aralık sayısı olan Özel Sayı'sında yayınlanmıştır ve benim aynı türde bir değerlendirme-eleştiri yazım da bir sonraki sayıda (2004 Ocak/Şubat) yer almıştır.

ESER İNCELEMELERİ



**BAKTIR / TAYLAN / TUTUCU / BİNGÖL / BOZKURT'UN
“TÜRK TİCARET KANUNU VE İLGİLİ MEVZUAT” BAŞLIKLİ
ESERİNİN İNCELENMESİ**

Prof. Dr. Hasan NERAD

Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku
Anabilim Dalı Başkanı

I. DEĞERLENDİRİLEN KİTAP

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı mensupları Doç. Dr. Selma Çetiner Baktır, Yrd. Doç. Dr. Esin Çamlıbel Taylan, Araş. Gör. Aslı Tutucu, Araş. Gör. Fatma İtır Bingöl, Araş. Gör. Armağan Ebru Bozkurt, *Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* başlıklı bir çalışma yaptılar. Metin, *Dokuz Eylül Yayınları* arasında çıktı¹. 1024 sayfa tutan bu kitapta 20 kanun ve 5 kanun hükmünde kararname metni yer alıyor.

Beyaz kağıt üzerine uygun puntalı harflerle yapılmış olan baskı rahat okumayı sağlıyor. *İçindekiler* tablosu yararlanma kolaylığı getiriyor.

1 İzmir 2002, fiyatı belirtilmemiş.

II. DEĞERLENDİRME

A. KAPSAM

1. Kanunlar

Ticaret Hukukunu ilgilendiren bazı önemli kanunlar kitabın kapsamı dışında tutulmuştur. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu², 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun³ ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun⁴ gibi kanun metinlerinin de eklenmesi uygun olurdu.

2. Diğer Mevzuat

Kanunlar dışında kalan diğer mevzuata kitapta yer verilmemiştir. Yazarlar, Önsöz'de; yayımlanacak ikinci ciltte tüzük, yönetmelik ve tebliğlerin ve üçüncü ciltte uluslararası ticaret hukukuna ilişkin sözleşmelerin bulunacağını belirtmişlerdir. Sözü edilen ciltlerin de kısa zamanda yayımlanmasını diliyorum.

B. KULLANILABİLİRLİK

Kitap, bazen son metinleri alma konusunda yeterli özenin gösterilmediğini düşündürmektedir. Örneğin, kitabın yayınından çok önce, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa⁵ 4487 sayılı Kanun⁶ ile eklenen m.10A kitapta bulunmamaktadır.

Kanunların, özellikle uygulamacılar için önemli olan Resmi Gazete ile yayımlandığı gün ve Resmi Gazete sayısının gösterilmemiş olması eksiklidir.

2 RG. 16.3.1982, 17635.

3 RG. 14.6.1946, 6333.

4 RG. 25.2.1930, 1433.

5 RG. 30.7.1981, 17416.

6 RG. 18.12.1999, 23910.

III. SONUÇ

Hocam Prof. Dr. Reha Poroy Kanun yayımlamak genellikle ilmi bir faaliyet sayılmaz görüşündedir⁷. Kanun hükümlerini arasındaki ilişkiyi göstermeyen, maddelerin me hazlarına atıf yapmayan, gereğinde 865 sayılı eski Ticaret Kanunu⁸ ve Fransız, Alman ve İtalyan kanunları ile ilişki kurmayan bir çalışma için bu düşünce *a fortiori* doğru olsa gerektir.

Öte yandan; bazılarında yukarıda değindiğim eksikler karşısında Kitabın kullanılabilirliği sınırlı kalabilecektir⁹.

7 Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin; *Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat*, 10. bası, İstanbul 2000, s. IX.

8 RG. 28.6.1926, 406.

9 Yasa Yayınları'nca yayınlanan *Türk Ticaret Yasası* (Ankara, 1989) da eksik ve yanlış metinler içermektedir. Tekinalp/Çamoğlu (*op. Cit.*) ve Lebib Yalkın Yayınları'nın değışir yapraklı Ticaret Hukuku mevzuatı hem güvenilirlik hem güncellik bakımından en uygun seçim olabilir.



**KURU/ARSLAN/YILMAZ'IN
"MEDENÎ USUL HUKUKU" DERS KİTABININ
14. (GENİŞLETİLMİŞ) BASIMI ÜZERİNE**

Prof. Dr. Bilge Umar
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Genel Tanıtma

Prof. Dr.Bâki Kuru hocamızın ilk basımı 1975'de yayınlanan Medenî Usul Hukuku ders kitabının 1983'deki 4. yeni basımından sonra, hocamız tam o sıralarda başında bulunduğu kürsüden ve öğretim üyeliği görevinden ayrıldığı için eski kürsüsünde "hayr-ül halef"leri olan değerli meslekdaşlarımız Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz'ın katkılarıyla, aynı kitap, bir ders kitabı olmasının gerektirdiği ölçüde yenilenip güncelleştirilerek, üç yazar adıyla, yeni baskılar yaptı. Bu ortak yapıt niteliğiyle 14. basımı, 2002'de çıktı. Kitabın Önsöz'ü Temmuz 2002 tarihlidir.

İyi cins kâğıda yapılan son baskı da özenlidir ve bilgisayarda 12 punto Times New Roman fontu kullanılarak dizildiği için (ders kitaplarında genellikle 10 puntoluk daha küçük karakterler kullanılır ve kâğıt az gitsin diye satır aralıkları da dar tutulur) okuyucuya, belki lüks denecek ka-

dar, okuma rahatlığı sağlıyor: 1989 basımı 614 sayfa iken 2002 basımı 976 sayfadır.

Bu yeni basım, 2001'de yapılan bir önceki basımda Kuru hocamızın hiçbir kitabında görülmemiş kadar çok olan dizgi, yazım yanlışlarından arınmayı başarmıştır.

Gerçekten de, bir önceki basımda, her ne kadar önsözde dizgi-baskı düzeltmelerinde emeği geçen araştırma görevlisi genç öğretim üyesi adaylarına teşekkür ihmal edilmemiş ise de, hemen bu "13. basım" ifadesinden başlayarak, pek çok vesileyle onların "notunu kırmak" gerekiyordu:

- a. Gerek dış kapakta gerek iç kapakta kitabın 13. baskısından söz edilirken, yazarların önsözünde "müşterek olarak yapılan onikinci" baskıdan söz edildiğine dikkat etmemiş ve gerekli düzeltmeyi yapmamışlardır.
- b. Kitapta birçok yerde dizgi operatörünün gereksiz ve yanlış olarak "şapka" konmuş î kullanıp "şeklî" yazdığını atlamış, düzeltmemişlerdir (örneğin s. 199: "Yetki sözleşmesinin şeklî"; s. 398 ortasında başlık: "Tahkikatın yapılış biçimi (şeklî)"; s. 480 sonunda, şekl-i mahsusa yerine "şeklî mahsusa"; s. 428'de ortada "delil sözleşmesinin şeklî" ve onun hemen altındaki başlıkta yine "Delil sözleşmesinin şeklî", s. 643 sonunda "bu çözüm şeklî,..."
- c. Kitapta s. 107 satır 4'deki 26, 36 olacaktır.
- ç. Kitapta s. 133 satır 4'deki, kalın harflerle yazılmış "dörtmilyon" sayısı "dörtüzmilyon" olacaktır.
- d. Kitapta s. 135 satır 24'teki " taraflarına" sözcüğü, " taraftarlarına" olacaktır.
- e. Kitapta s. 327 dn. 75'deki yollama, s. 326'ya değil s. 324'e olacaktır.
- f. Kitapta s. 337 dn. 82'deki yollama HUMK m. 4 f. I'e değil, m. 3 f. I'e olacaktır.
- g. Kitapta s. 367 sonunda anlamı etkileyen bir dizgi atlaması olmuştur ve "Dâva dilekçesinde mülkiyet tapuya dayandırılmış iken, sonradan, o yere yirmi yıldan fazla bir zamandan beri zil-

- yed olma vakıasına dayandırılmıştır” denecek yerde, altı çizili bölüm, atlanmıştır.
- ğ. Kitapta s. 378 satır 6’da HUMK m. 402’ye yapılan yollama, eski baskılardan kalma olup bu baskıda çıkarılması gerekirken gözden kaçırılmış ve yerinde bırakılmış. Bilindiği gibi o maddenin de içinde bulunduğu m. 398-408, 1985 yılında 3156 sayılı yasa ile ilga edilmiş idi.
- h. Kitapta s. 397 sonunda iki kez HUMK m. 182 f.II’ye yollama yapılmıştır. O madde zaten tek fıkralıdır. Yollama m. 181 f. II’ye yapılacaktı.
1. Kitapta s. 518 satır 5’de yollama yapılan madde, HUMK m. 248 değil m. 284 olacaktır.
- i. Kitapta s. 593’de, eski baskılarda olduğu üzere, HUMK m. 187 bent 3’e yollama var; oysa o bent, 1981 yılında 2494 sayılı yasa ile kaldırılmıştır.
- j. Kitapta s. 627 son satırında de’nin ayrı yazılması yanlıştır.
- k. Kitapta s. 681’de HUMK m. 440 f.III bent 2’ye yapılan yollama, bent 3’e olmalıydı.
- l. Kitapta s. 699’da HUMK m. 410 f. III bent 2’ye yapılan yollama eski baskılardan kalmadır ve m. 410-412, 1985 yılında çıkan 3156 sayılı yasa ile ilga edilmiştir. Şimdi konuyu HUMK m. 82 düzenleyecektir.
- m. Kitapta, s. 723 sonunda, s. 428’e yollama yapılıyor; s. 539 yazılacaktı.
- n. Kitapta s. 730, metnin sonunda “edilebileceğini” denmiş; “edebileceğini” olacaktır.
- o. Kitapta s. 732’de HUMK m. 327 f.III’e yollama var; m. 427 f. III olacaktır.
- ö. Kitapta s. 733 satır 4 başındaki 45 000 000 sayısı 55 000 000 olacaktır.

Bir önceki basımda kendini gösterebilmiş çokça sayıda dizgi yanlısına rağmen, sözünü ettiğimiz ders kitabı her basımı itibariyle her yönden

üstad işidir. Yine de, kuşkusuz, yaptığı binlerce açıklama ve görüş ayrılıkları bulunan pek çok konuda savunduğu görüşlerin istisnasız tümü yönünden diğer bir usul hukukçusunun (benim ya da başkasının) kitapta her söylenene katılacak olması beklenemez; bazı konularda değişik görüşlerin savunulabilmesi doğaldır. Ayrıca üç beş yerde dalgınlığa düşülmüş yâni pek iyi bilinen bir kuralın tersinin her nasılsa söylenebilmiş olması yahut yasalarda yapılan bir değişikliğin atlanmış olması da her hukuk kitabında görülebilecek şeydir.

Ben bu değerli kitabı, önümüzdeki 2002'den beri YTÜ Hukuk Fakültesinde Medenî Usul Hukuku öğretimi için esas almış bulunuyorum, ders kitabı olarak onu kullanmaktayım. Yalnız, orada değinilen konuların kimi için öğrencilere şu ya da bu ölçüde daha geniş bilgi verilmesini doğru görüyor isem; ya da, orada söylenene göre değişik bir görüşü savunuyor isem, kitabın ilgili bölümüne ek yerine geçmek üzere, öğrencilerimize not tutturmaktayım.

II. Benim notlarım

Şimdi, değerli yazarların bundan sonraki baskılarda göz önünde tutacakları ve kendi takdirlerine göre eğer uygun görürlerse az çok esinlenecekleri umuduyla, büyük ustam Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'nun sevdiği ve kullandığı deyimle, remarque'larımı arz edeyim.

1. Kitaptaki "Yargısal faaliyet (yargı)" tanımlaması, s. 56

Verilen tanımlama şöyledir:

Maddî anlamda yargı, objektif hukukun (maddî hukuk kurallarının), bağımsız hâkimler (mahkemeler) tarafından belli bir olaya uygulanmasıdır; meselâ bir dâvanın görülmesi ve karara bağlanması gibi.

- Bence tanımlama, değerli hocamız Kuru'nun görüşü aksine yargı işlevi saymadığım "nizasız kaza" denen etkinlikleri (bu konuya birazdan döneceğiz, tartışmasını yapacağız) dışarıda bırakacak bir eklenti getirmekle, öyle yapılmalıdır:

Yargı, kesin hüküm etkisine sahip olacak bir karar verilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine, objektif hukukun (maddî hukuk kurallarının), bağımsız hâkimler (mahkemeler) tarafından

belli bir olaya uygulanması sürecinin yürütülmesidir.

- b. Dikkat edilirse, başta "Maddî anlamda" eklentisine yer vermedim. Çünkü gayrimaddî yahut şeklî anlamda yargı diye bir kavram yoktur, özenle aradığım halde kitapta da böyle bir şeyden söz edildiğini görmedim. Buna karşılık, tanımlamayı "...uygulanmasıdır" diye bitirmedim, "uygulanması sürecinin yürütülmesidir" dedim. Çünkü, başlayan dâva süreci içinde, konuya ilişkin maddî hukuk normunun uygulanmasına sıra gelemeyecek, dâva bir usul hukuku kuralı yüzünden (örneğin, görevsizlik kararı ile) reddedilmiş de olsa, mahkemenin işlem yürütmesi ve red hükmü vermesi elbette ki yargı işlevidir.
- c. Tanımlamadan hemen sonra eklenen, "meselâ bir dâvanın görülmesi ve karara bağlanması gibi" ifadesine de katılamadım; nizasız kaza denilen etkinlikleri yargı işlevi saymadığıma göre, böyle bir "meselâ" olamaz. Yargı işlevi *ancak* bir dâva içinde yerine getirilir.

Burada özellikle vurgulamak isterim ki, yargı, Anayasa hukukuna göre devletin üç temel işlevinden biridir (diğerleri yasama ve yürütme); dolayısıyla medenî yargı örgütü dışındaki bütün yargı kollarının yargı işlevini de kapsar. Diğer söyleyişle, yargı kavramını tanımlarken, her çeşit yargıyı kapsayacak bir tanımlama verilmelidir. Oysa, idare mahkemelerinin, ceza mahkemelerinin dahi, bir davaya bakıyor olmaksızın yürütmek ve elbette ki objektif hukuku uygulayarak, objektif hukukun kurallarına göre yürütmek zorunda buldukları görevleri vardır. Örneğin, Danıştayın görevlerinden biri, belli makamların birtakım sorunlar karşısında "Şöyle yapılması hukuka uygun olur mu?" sorularını yanıtlamak üzere "istişarî mütalâa" vermektir (2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 23 bent e; m. 42 bent e, f). Bu, mahkemelerin bir fetva makamı olmadığı ilkesinin çok önemli istisnasıdır. Şimdi düşünelim: Danıştay, bu işlevini yerine getirirken, soruya yol açmış olaya hukuku uygulayıp, hukukun gereği olarak şöyle yapılması gerekir demiyor mu? Buna bakıp da Danıştayın "istişarî mütalâa" vermesini dahi yargı işlevi mi sayacağız?

Nizasız kaza denen işleri yargı saymadığım için, kitapta s. 60'daki "Medenî yargı da ikiye ayrılır: a. Çekişmeli yargı (nizalı kaza); b. Çekişmesiz yargı (nizasız kaza)." ifadesine katılamıyorum.

2. Kuru Hocamızın "Nizasız Kaza" kitabında da savunduğu, nizasız kaza işlevinin dahi yargı sayılması gerektiği görüşü

Aynı görüş, ders kitabının bu basımında s. 68-71'de özetlenerek tekrarlanıyor. Bu görüşe, şu nedenlerle katılamıyorum:

Kuru hocamız, mahkemelerce yürütülen, "nizasız kaza" diye anılması âdet olmuş işlerin bazı Yargıtay kararlarında, mahkemelerce yürütülen idarî işlevler diye anılmasını eleştiriyor ve bunun doğru olmadığını, mahkemelerin o tür etkinliğinin de "yargı" olduğunu söylüyor (ders kitabında s. 69 sonu-70 başı). Oysa o Yargıtay kararlarındaki nitelendirme, kanımca çok doğrudur. Mahkemelerde yürütülen "nizasız kaza" işlerinin tümü, tıpkı yargıçlara bırakılan, seçimle ilgili birtakım işlerle uğraşmak görevi gibi, yargıçların yansız davranma ilkesi içinde kişilikleri yoğurulmuş insanlar olması yüzünden "bu işlerin yapılmasını yargıçlara bırakalım" denmesiyle onların üstüne yıkılmış düpedüz idarî işler ve işlemlerdir. Bunlar, içerikleri yönünden yargı işinin tümüyle dışında kalan ve aslında pek âlâ birtakım idare görevlilerine bırakılabilecek olan işler, işlemlerdir.

Düşününüz: vasî görevine atanmış bir kimsenin, kısıtlı kişi adına dâva açmasına izin vermek (MK eski metinde m. 405 bent 8, yeni metinde m. 462 bent 8) belli bir olayda objektif hukukun gereğinin ne olduğunu belirleyip ona göre bir çözüm buyurmak mıdır? Bu içerikte bir işleme nasıl olur da yargı işlevi deriz?

Bir kimse, "Ben musevî idim, müslümanlığı seçerek din değiştirdim; ama anam babam adı Moiz koymuşlar, bu musevî adını taşımak istemiyorum, müslüman adı almak istiyorum, Halit adını seçtim, adımın böylece değişmesinin nüfus kütüğüne yazımlanması için mahkemeden karar almam gerekiyormuş, o hükmün verilmesini dilerim" diye dâva açıyor. Ad değiştirmek için yasanın aradığı koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek ve gerçekleşmişse "Tescil edile" iznini vermek, ilin Nüfus Müdürü'ne bırakılmaz mıydı? Böyle bir gözden geçirme ve yasal koşulların gerçekleştiğini görünce tescil izni verme işleminin neresi yargı'dır?

Bir diğer örnek: Mirasçılık belgesi istemini incelemek üzere Sulh Hukuk Mahkemesi, nüfus kaydı sureti getirir. Orada, ölüm il mühaberinin (defin belgesinin) ibrazı üzerine düşülen, miras bırakanın öldüğü kaydı vardır ve evli idiyse eşi, mirasçı olabilecek hısımları varsa bu kişiler, nüfus kaydında görünmektedir. Mahkeme bunlara bakarak, nüfus kaydına göre şu kişinin şu günde öldüğü, mirasçılarının da şunlar olduğu anlaşıl-

mıştır dedikten sonra, MK kurallarına göre mirasçılardan her birinin tereke bölüşülmesinde ne kadar pay almaya hakkı bulunduğunu da belirterek, ilâm görünüşünde, bir açıklama belgesi düzenler. Bu işi dahi Nüfus Müdürünün veya onun görevlendireceği, kendi memurlarından birinin yapmasına ne engel vardır ve yapılan işin neresi yargı'dır?

Son bir örneği daha ele almakla yetinelim. Tâcir, tutulması zorunlu ticarî defterlerinden birini (örneğin, işyeri yandığı için) yitirmiştir. Bu durumda, alması gerekli olan "Defterini yitirmiştir" belgesinin verilmesi, Ticaret Mahkemesinin işidir (TTK m. 68 f. IV). O belgeyi verme koşullarının gerçekleştiğine ilişkin kanıtları isteyip inceledikten sonra belgeyi vermek, örneğin yerel karakolun dahi yapabileceği bir iş değil midir? Bunu nasıl yargı işlevi sayarız?

3. Sübjektif hakkın yokluğu durumunda, eldeki iş, nizasız kaza (çekişmesiz yargı) işidir görüşü

Nizasız kaza, çekişmesiz yargı diye bir kaza/yargı türünü, yukarıdaki nedenlerle, kabul edemediğim gibi; sübjektif hakkın yokluğu durumunda eldeki iş "nizasız kaza/çekişmesiz yargı" denen işlerdendir görüşüne de katılamıyorum.

Dâva temelinde bir sübjektif hak bulunmadığı halde açılacak dâvaların, dolayısıyla böyle bir dâvayı görmek üzere yargı işlevinin yerine getirilmesi durumlarının sayısı, hiç de az değildir. En tipik örnek, mülkiyet hakkı sahibi olması veya mülkiyet iddiasında bulunması asla gerekmeyen bir zilyedin, sırf zilyed olduğu için açabildiği, zilyedliği koruyucu geri alma dâvası (menkul dâvası, şimdiki MK m. 982; eski MK m. 895'deki yeddin iadesi/şeyin istirdadı dâvası) ve keza zilyedliğine yapılan saldırının, ihlâlin önlenmesi/giderilmesi dâvasıdır (MK yeni metinde m. 983, eski metinde m. 896).

Değerli hocamızın hak'tan bahsetmek istediği yerlerde hep sübjektif hak terimini kullanması da bana doğru görünmüyor. Bilindiği gibi, Fransızcada hak ve hukuk kavramlarını anlatacak ayrı sözcükler olmayıp droit sözcüğü her iki anlamda kullanıldığından, Fransız hukukçuları, birinci kavramı kastedtiklerini vurgulamak için droit subjectif, ikincisini kastedtikleri yerlerde ise droit objectif terimlerini kullanmaktadırlar (keza her iki kavramın Recht sözcüğüyle ifade edildiği Almanca bakımından benzer durum söz konusudur). İki kavram için ayrı karşılıklara sahip Türkçemizde bu karşılıklara eklentiler takmaya gerek yoktur.

4. Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan dolayı devlete karşı açılacak tazminat dâvasında yargı kolu

Yeni MK (m. 1007 f. III), Anayasa m. 129 f. V kuralına uymayan açık bir özel kuralı yakın zamanda yürürlüğe koyduğu için, de lege lata, yargı kolu konusunda duraksamaya yer yoktur (oysa eski metin zamanında, uygulamanın "bu dâvalar hukuk mahkemesinde görülür" çözümünü kabul etmesine rağmen Kuru hocamız o çözümün yasa gereği olmadığını, dâvanın idarî yargıda açılması gerektiğini savunmakta idi; 13. basımda s. 65). Kitabın yeni basımı (s. 65) MK 1007 f.III'deki bu kuralın Anayasa m. 129 f. V hükmü ile çelişmekte olduğunu, Anayasaya aykırı olduğunu söylüyor. Oysa, görevli yargı kolu konusunda yasakoyucumuzun idarî yargı-adli yargı arasındaki ayırımın temel ilkelerine ve Anayasa m. 129 f. V'e ters düşecek içerikle yürürlüğe koyduğu kurallar hayli çoktur (elimizdeki ders kitabında da bunların başlıcaları listeleniyor, s. 62-64. Aslında, idareye karşı idarî işlev ve işlemlerden dolayı açılacak dâvaların tümünü idarî yargıya bırakmak doğru olur ve bizdeki MK m. 1007, İİK m. 5 gibi kurallar genellikle 1920'li yıllar İsviçresinde o dâvaların dahi hep hukuk mahkemelerinde görülmekte ve üstelik haksız fiil kuralları çerçevesinde karara bağlanmakta olması nedeniyle İsviçre'den bize geçebilmiş ilkel kuralların kalıntılarıdır. Ancak, Anayasa m. 129 f. V'in, çiğnenmemesi gereken bir Anayasa Hukuku ilkesi getirdiğini yâni yasakoyucunun oradakine uymayan bir özel kural getirmesinin yasaklanmak istendiğini sanmıyorum. Bu düşüncem, Kuru hocamızın başka bir yapıtında hiç eleştirmeden aktardığı (HMU c. 1, 5. bsl., s. 11 ve orada dn. 36; keza, şimdiki ders kitabında s. 62'de, tarih ve sayı vermeden aynen aktardığı ve dolayısıyla kendisinin de katıldığı) Danıştay kararının açıkça benimsediği görüşe uymaktadır; karar, özetle, "Anayasa idarî dâvaları çözümlenmek yetkisini idarî yargıya bırakmış olmasına rağmen yasa koyucu o tür bir uyuşmazlığın çözülmesini adli yargının görevi içinde sayarak bu yolda kural getirebilir" içeriğindedir.

5. Kamulaştırma bedelinin arttırılması dâvasındaki sistem değişikliği

Bu değişiklik, yeni basımda pek kısaca "kamulaştırma bedelinin tespiti de asliye hukuk mahkemesince yapılır (Kamulaştırma K., m. 10)" değişikliğiyle anlatılmıştır. Konunun önemi dolayısıyla, biraz daha ayrıntılı bilgi verilmeliydi. Gerçekten, RG 5.5.2001, No. 24393'de yayınlanan 24.4.2001 günlü, 4650 sayılı "Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapıl-

ması Hakkında Kanun" ile şimdiki içeriğini alan Kamulaştırma Kanunu m.10 gereğince, artık, kamulaştırmayı yapacak idarenin kendisi, kamulaştırılacak taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde dava açarak, kamulaştırma bedelinin tesbit edilmesini ve bu bedelin ödenmesi karşılığında taşınmazın idare adına tesciline hükmolunmasını isteyecektir. Dolayısıyla, yeni sistemde ne idarenin bedel takdir etmesi ne de buna itiraz ederek mahkemeye gitmek mümkündür.

6. Yargı, kişiler lehine yeni hakların doğmasına hizmet etmez, "mahkemenin hükmü ile, davacının iddia ettiği hakkının mevcut olup olmadığı tesbit edilir" görüşü (s. 75)

Önce, istisnasız her dâvada dâva temeli, dâvacının bir sübjektif hakkının varlığı iddiasını içermek gerekmiş gibi ifade kullanılmasını doğru bulmuyorum. Bu bir dalgınlık ürünü olmalıdır. Örneğin az önce sözünü ettiğimiz zilyedlik dâvalarında dâvacı, mal ile ilgili hiçbir hakkının varlığını iddia etmek ihtiyacında değildir; hasmı ile arasındaki herhangi bir sözleşmeden doğmuş şu veya bu hakkının varlığını da iddia etmek ihtiyacında değildir.

Daha önemlisi, bu ifade, inşâî davalar kategorisini gözden kaçırmış, unutmuştur. Değerli hocamız Kuru elbette bilir ki yenilik doğuran hakların bir bölümü ancak dâva yolu ile kullanılır ve hukukî durumdaki yenilik (bu, dâvacı lehine bir hakkın doğması da olabilir) ancak mahkeme hükmünün eseri olur.

Ayrıca, bir edimin yapılmasını istemek içeriğinde hakkı olan kimse- nin, borçlu taraf o edimi yerine getirmeyince açabileceği eda dâvası; eğer istenen edim, alacaklı lehine bir hakkın yaratılması idiyse, o hakkı hükümle yaratacak bir inşâî dâva işlevinde olur. Bunun en tipik örneği şudur: Bir taşınmaza mâlik olmak hakkını satış vaadi gibi bir nedenle kazanmış kim- senin, eğer borçlu mâlik yükümlülüğünü yerine getirmiyor, mülkiyeti ona devretmiyorsa açacağı dava aslında bir eda davasıdır. Ama hukukumuz, bu davada, yükümlü davalının tapuda işlem yapıp mülkiyeti devretmeğe mahkûm edilmesinden ibaret bir hükmün verilmesi yolunu seçmemiştir (öyle yapsaydı, hüküm, İİK m. 30'daki "bir şeyin yapılmasına ilişkin ilâm- ların icrası" yöntemiyle icra edilecekti). Tersine, mahkemenin tescil hük- mü vereceğini buyurmuştur (MK, eski metinde m. 642, yeni metinde m. 716) ve böyle bir hüküm çıkıp kesinleştiğinde dâvacının hüküm nedeniyle

taşınmaza mâlik olması durumunun, daha tescilden evvel dahi gerçekleşmiş bulunacağını belirtmiştir (MK eski metinde m. 633, yeni metinde m. 705 f.II). Görülüyor ki, yargı, hukukun olanak verdiği durumlarda ve hukukun belirlediği süreçler içinde, yeni haklar yaratabilmektedir.

7. Dâva konusu paradan başka şey ise onun değeri üzerinde tarafların açık veya zımnî anlaşması (harç ve görev bakımından) yargıcı bağlar mı sorunu, s. 135-136

Yasada m. 2 f. II'deki "iki taraf kıymetinde uzlaşmazlarsa" deyişine bakıp, açık veya zımnî anlaşma hâkimin re'sen değer araştırması ve tesbiti yapmasını engeller demenin, görev konusunda sözleşme yapılmasına olanak tanımayan yasamız sisteminde bir istisna (Kuru hocamıza göre, bir çelişki) yarattığı doğrudur. Kitapta bu konuda söylenenlerin tümüne katılıyorum. Ne var ki, yasadaki deyiş de yerli yerinde duruyor. Bu deyişi yok saymak; yasa-yı uygulamamak, onu tağyir etmek olur. İster istemez, yasa koyucunun burada bir istisnaya, tutarlı olmayarak, yer verdiğini kabul zorundayız. Gerçekten, yasanın ıslah müessesesiyle dava dilekçesinin kökten değiştirilmesine bile olanak tanımışken, m. 87 son cümlede, istem'in ıslah ile değiştirilip artırılmasını yasaklaması tutarlı istisna mıydı? Değildi ama Anayasa Mahkemesinin oradaki kuralı iptal etmesine kadar ister istemez bu istisna uygulandı.

8. Görevli mahkemenin, birden çok istem varsa bunların değerleri toplamına göre belirleneceği ilkesini açıklamak üzere verilen örneğin genişletilmesi gereği (s. 138)

Kitapta, dâvacının dâvalıya karşı *ayrı hukukî sebeplerden dolayı* var olan iki ayrı alacağı için iki dâva açmaktansa bunları tek dâva ile isteyebileceği (ancak, mahkeme, işlerin daha kolaylıkla yürümesi için gerekli ise, re'sen dahi ayırma kararı verebilir, HUMK m. 46), bunun "objektif dâva birleşmesi" olduğu ve bu halde, görev konusunun, istemlerin değerleri toplamına göre belirleneceği açıklanmıştır. Buna bir ek yapmak doğru olur: dâvacının *aynı hukukî sebep dolayısıyla* dâvacıya karşı iki istem birden (örneğin, haksız yere elde tutulmakta olan malın iadesi ve elde tutma dönemi boyunca dâvacıya verilmiş, verilmekte olan zarar için tazminat ödenmesi istemleri) öne sürmesi mümkün olup da davacı bu istemlerin her ikisini birden aynı dâvada öne sürmüşse, görev konusunu belirlemek için yine istemlerin değerleri toplamına bakılacaktır.

9. Kısmî dava niçin açılır ?

Kitapta, kısmî dâva kavramından ilk kez HUMK m. 4 dolayısıyla (görevli mahkeme konusu dolayısıyla) s. 139'da söz edilmekte, kavramın açıklanması ise s. 341-343'de yapılmaktadır. Orada kavram açıklandıktan sonra, kısmî dâva açmanın niçin câiz olduğu anlatılıyor ve böyle dâvaların açılmasında korunmaya değer hukukî yarar (dâva şartı) bulunabileceği belirtiliyor. Ancak burada biraz daha somut bilgi verilmesi ve niçin bir dâvacının hakkının tümünü isteyebilecek iken sâdece kısmî dâva ile yetinmeyi yeğlemiş olabileceği konusunda öğrencinin aklında belirecek soru işaretinin giderilmesi doğru olur. Sebep, çoğu kez, sondaj yapmaktır ve bu amaçla açılan kısmî dâvalara avukatlar sondaj dâvası demektedirler.

Öğrencilere şu örneği anlatmanın çeşitli yönlerden ilginç ve aydınlatıcı olacağına inanıyorum:

Bir yapı kooperatifine, satış zamanındaki imar hukukuna ve yerel belediyenin belirlediği (şu kadar arazide şu kadar dairesi olan şu kadar apartman yapılabilir" ilkesine göre, 400 dairenin yapılabilmesi üç büyük arsa satılmış idi. Satış bedeli, aradaki anlaşmaya göre, aynî olarak, daire vermekle ödenecekti; yâni kooperatif, orada, "mümkün olan sayıda" (o günkü duruma göre 400 tane) daire yaptıktan sonra, yapılanların dörtte birini satıcılara, arsa alım bedeli yerine kaim olmak üzere verecekti. Geri kalanlar kooperatif ortaklarına dağıtılacaktı. Kooperatif, buna göre, kendilerine daire düşebilecek kadar sayıda ortak aldı yâni ortak sayısını 300'e çıkardı. 400 daireyi yaptı, dörtte birini satıcılara verdi, teslim etti. Kalan 300 daireden hangisinin hangi ortağa verileceği konusunu, yasal gerekliliğe uyarak, noter huzurunda kur'a çektirerek belirledi. Sonra, her bir dairenin özel durumuna göre yâni kaçınca katta olduğuna, önünün deniz manzaralı mı yoksa manzaradan yoksun mu olduğuna vb. ölçütlere bakılarak, bilirkşi eliyle, "Şunun değeri 4 ise bununki 5'tir, ötekininki 3'tür" içeriğinde değer oranları belirlemesi yaptırdı, her bir daireyi alacak ortağa buna göre ayrı oranlarda inşaat ve gider maliyetine katkı payı ödetti. Tam bu aşamadayken yâni ortaklar lehine kat mülkiyetine göre tapu kaydı tesisi işlemi yapılacak iken, yerel belediye bir karar aldı, vaktiyle (inşaat yapılırken) geçerli olan, "Şu kadar yere şu kadar daireyi içeren şu kadar apartman yapılabilir" ilkesini, bundan böyle yapılacak inşaatlarda o kadar yere daha çok dairenin yapılmasına olanak verecek yolda değiştirdi.

Eski satıcılar, bu gelişme üzerine, Kooperatifin kapısına dayandılar. "Sizin, eski duruma göre burada inşaat yapılamıyacak diye bahçe, park

olarak boş bıraktığınız alanlara dahi apartman dikmeniz, 60 daire yapmanız olanağı artık vardır. Bunu yapın, yine dörtte bir daireyi yâni 15 daireyi bize verin. Ama yapmak istemiyorsanız siz bilirsiniz, bize 15 daire hakkımızı (!) nakit olarak ödeyin” dediler. Kooperatif yöneticileri, bu tutum karşısında hayrete düşerek, “Biz sizinle alış veriş ilişkisini tasfiye ettik. Yapılan alım satımın bedelini, sonraki gelişmeler etkileyemez. Beş yıl sonra bir karar daha çıksa, buralarda gökdelen yapılmasına izin verilse, bir daha mı kapımıza gelip haydi gökdelen yapın bize de şu kadar daire verin diyeceksiniz ? Zaten istesek de yeni inşaat yapamayız; bizim işimiz bitti, her ortağımız için daire yapıldı, daireler için kur’a çekildi, müktesep haklar doğdu. Hiçbir ortağın evi önündeki boşluğa yeni inşaat yapamayız yâni bizde böyle bir yetki yok” dediler.

Mirasçılar, çok büyük bir kazanım peşinde oldukları için, elbette ki, mahçubiyete düşüp köşelerine çekilmediler. Ama, böyle bir olayda, “Bizim 15 daire daha almaya ve verilmezse bedelini tazmin ettirmeye hakkımız var” iddiasını mahkemeye kabul ettirmelerinin hiç de beklenir şey olmadığını kendileri de pek iyi biliyorlardı. Oysa, kooperatifi boş yerlerde yeni daireler yapmaya ve kendilerine de böylece 15 daire vermeğe mahkûm ettirme dâvası veya 15 daire bedelini kendilerine ödetme dâvası açmaya kalkıştıkları takdirde, dâva harcının peşin ödenecek bölümü çok yüksek bir rakama vardıktan başka; böyle abes bir dâvanın reddi hâlinde kooperatif avukatı için ödenecek vekâlet ücreti bakımından da durum böyle idi.

İşte böyle, kazanma olasılığı çok zayıf bir dâvayı açacak yerde sondaj dâvası ile şans denenmesi durumunda, yâni “15 daire bedelinin bize tazmin edilmesi hususundaki hakkımızda bakiyeden feragati tazammun etmemek kaydı ile şimdilik 2 daire bedelinin bize ödenmesine hüküm verilmesini dileriz” diye dava açılırsa, bu sondaj davasında, iddia edilen alacağın bütünü istendiği bir dâvaya göre çok daha az peşin harç ödenir ve dâvanın kaybı hâlinde karşı taraf lehine çok daha düşük miktarda Avukatlık ücretine mahkûm edilmek göze alınmış olur. Üstelik, elde edilecek kesin hüküm, bakiye için dâva açmak gerekirse, yeni dâvaya bakacak hâkimi, dâvacıların 15 daire istemeye hakları bulunduğu konusunda bağlayacaktır yâni alacağın geri kalanı için ikinci dâva açılırsa dâvalı bu dâvayı kaybetmeğe mahkûm durumda bulunacaktır, o dâvada sadece, “15 dairenin değeri nedir ve dâvacıların daha ne kadar tazminat istemeğe hakları vardır ?” konusu tartışılıp bilirkişi incelemesiyle belirlenecektir (ayrıca,

gecikme dolayısıyla faiz istemişlerse, ki besbelli isteyeceklerdir, isteyebilecekleri faiz belirlenip hüküm altına alınacaktır).

10. Kira sözleşmesinin bâtil olduğunun tesbiti dâvalarında görev

Kitapta (s. 144 sonu) bu dâvalarda görevli mahkemenin "kiralanan şeyin değerine göre" belirleneceği yazılmış. Oysa, burada yine bir dalgınlık var: Kuru hocamızın HMU kitabında c. I (5. bsl.) s. 1040-1041'de de yazmış bulunduğu üzere, bu konuda görev, dönemlik (yıllık) kiranın miktarına göre belirlenir. Söz konusu ilke, Harçlar Kanunu m. 17'deki ilkeye de paralel düşüyor: "Gayrimenkulün tahliyesi dâvalarında, yazılı mukavele olsun veya olmasın, *bir yıllık kira bedeli üzerinden* karar ve ilâm harcı alınır".

11. Boşanma dâvasında yetkili mahkemeler konusundaki son kuralın (MK m. 168), onunla uyuşmayan HUMK m. 9 f.III'deki kuralı zımmen ilga ettiği

Kitapta s. 167'de ve s. 168 ortasında bu husus gözden kaçırılmış ve her iki kural aynı içerikte imişler, HUMK m. 9 f. III'deki kural hâlâ yürürlükte imiş gibi açıklama verilmiş. Ayrıca, karı-koca'mn kural olarak aynı yerde oturduğu; ikametgahlarının (yeni MK terminolojisi ile, yerleşim yeri'nin) aynı olduğu söylenmiş ve "Böylece, eşlerden birinin açtığı boşanma (ve ayrılık) dâvası aynı zamanda dâvalının ikametgâhındaki mahkemede açılmış olmaktadır" (yâni HUMK m. 9'daki genel ilkeye uyulmuş olmaktadır) denmiş. Pek öyle değil. Çünkü boşanma davası açılması sırasında, *örneklerin ezici çoğunluğunda, eşler ayrı yaşamağa başlamıştır* ve içlerinden biri eski konutta yaşasa bile diğeri oraya dönmek üzere başka bir yere yerleşmiştir, güçlü olasılıkla bu yeni konutunun bulunduğu yerde sürekli olarak yerleşmek amacındadır (orasını ikametgâh edinmiştir). Artık kadının ayrı ikametgâh edinmesi koca iznine, hâkim iznine bağlı olmadığından; erkeğin ise zaten eskiden de böyle ayak bağları olmadığından, ortaya, eşlerin ayrı ayrı ikametgâh edinmesi durumu çıkmış olmaktadır. Bu durumda, dâvacının kendi ikametgâhında dava açması, ancak diğeri eşin eskiden edindiği veya şimdi edindiği ikametgâh da tesadüfen aynı yerde ise, dâvalının ikametgâhında dâva açmak olur.

12. Boşanma davasını eskiden HUMK m. 9 f. III'e göre iki yerden, şimdi MK m. 168 gereğince üç yerden birinde açmak yetkisi bulunan dâvacı bunlardan başka yerde dava açarsa yetkili mahkemeyi göstermek hakkının artık dâvalıda bulunduğu görüşü

Kitapta s. 168 ortasında bu görüş ifade ediliyor. Bunun hiçbir dayanağını göremiyorum; kanımca dâvalı yetkisizlik itirazında bulunurken yetkili mahkemeyi açıklama babında, kendisi bir seçim yapamaz ve dâvacıyı bağlayamaz. "Yetkili mahkeme olabilecekler MK m. 168'e göre benim ikametgahım mahkemesi olarak a, davacının ikametgahı mahkemesi olarak b, son defa 6 ay süreyle birlikte oturduğumuz yerin mahkemesi olarak c ilçesinin mahkemeleri iken bu dava sizin ilçeniz olan e'de açılmıştır, yetkisiz mahkemede açılmıştır" demesi gerekir.

13. Yetkisizlik kararı üzerine dosyanın gönderildiği yeni mahkemenin, o dâvadaki yetki konusu kamu düzenine ilişkin değil idiyse, yetkisizlik kararıyla bağlı olmasının ve kendini yetkisiz saysa bile yeni bir yetkisizlik kararı verememesinin gerekçesi

Bu gerekçe, gerek s. 204'de gerek s. 212'de konuya değinilirken, belirtilmemiş; oysa dikkatli ve kafasını çalıştıran öğrenci elbette gerekçeyi merak edecektir. Onu Kuru hocamız HMU kitabında c. I (5. bsl.) s. 393'de yazmış idi: Yargıç, bu dâvadaki yetki konusu kamu düzenine ilişkin değil idiyse, ilk itiraz öne sürülmedikçe, kendi yetkisizliğini göz önünde tutup yetkisizlik kararı veremez; oysa ilk yetkisizlik kararından sonra HUMK m. 193 uyarınca dosyanın gönderildiği mahkemede *dâvalının ilk itiraz öne sürmesi olanağı yoktur*, o ilk itirazını ilk mahkemede yapmış ve kabul etmiştir.

14. Bir dizgi yanlışı

Kitapta s. 238'de, bir önceki yâni 13. baskıda da tıpatıp aynı yerde (s. 238 satır 3) görülen bir dizgi yanlışı yine gözden kaçmış. Orada parantez içinde (görev itirazını reddeden) deniyor; (görev itirazının reddine karşı çıkan) denmesi gerekirdi.

15. Hasta tanığın evinde ifade alan, nâip hâkim midir ?

Kitapta s. 250'de herhalde dalgınlık ürünü olan bir ifade var: "Hasta veya sakat olan bir tanığı dinlemek (m. 255) için toplu mahkemenin bütün başkan ve üyeleri tanığın bulunduğu yere gitmez; sâdece üyelere biri nâip tâyin edilerek gönderilir. Böylece toplu mahkeme, zaman ve emekten tasarruf eder". Oysa, yollama yapılan m. 255'in pek açık olarak söylediği üzere, "Şahitler *tahkikat hâkimi tarafından* istima olunur. Hasta veya malûl olmasından dolayı mahkemeye gelmiyen şahidi hâkim ikametgâhında dinler". Dolayısıyla, şahidi dinlemek toplu mahkemede hakimler kurulunun işi değildir ki o kurulun içlerinden birini bu iş için nâip tâyin etmesi söz konusu olabilsin. HUMK m. 181 f. I gereğince, tahkikat için nâip olarak yâni tahkikat hâkimi olarak görevlendirilen hâkim, tahkikat işlerini yapar ve o arada tanıkları da o dinler; hem hasta olmayanını hem de hasta olanını.

16. "Dâva" kavramının tanımlanması (s. 263)

Bu tanımlama konusunda da, değerli Kuru hocamdan, izniyle, farklı düşünüyorum. 9-10 Kasım 2002 Eskişehir Anadolu Üniversitesinde yapılan kollokyumda, "Sizde Fransız mürekkebi yalamış eski hocalarımızda görülen ve Alman öğretilerinde asla görülmeyen bazı görüşlere rastlanabiliyor" derken kastedtiğim görüşlerden biri buydu (diğerleri, ikrarın bölünmezliğinde ısrarcılık ve dâva teorisinde "dava hakkı"nın unsurları öğretisindeki anlatım). Sanırım, Prof. Dr. Üstündağ'ın, Kuru hocamıza, "Sizde Postacıoğlu'nun izlerini görüyorum" derken kastedtiği izler arasında bu da vardır.

Kuru hocamıza göre "Dâva, bir başkası (dâvalı) tarafından sübjektif hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (dâvacının) mahkemeden hukukî koruma (hima-ye) istemesidir".

Dâva'yı mahkemeye başvuruya eşitlemekle Kuru hocamız, Fransız öğretisini ve Postacıoğlu'nu izlemiş olmaktadır. Bkz. Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. bsl., s. 179: "Fertlerin bir hakkın inkârı veya ihlâlî hâlinde kaza kuvvetine müracaatla hakkın himâyesini istemek hususunda hâiz olduğu imkâna dâva hakkı denilmektedir. Bir ferdin bu himayeyi kaza kuvvetinden muayyen bir hasma karşı bilfiil talep etmesi dâvadır". Benim gibi, onun kürsüsünde yetişmiş olan değerli meslekdaşım Üs-

tündağ da, Alman Usul Hukuku mürekkebinin o kadar bol miktarda yalamış olmasına ve Postacıoğlu hocamızın "etkisinde kalmamaya" o kadar özen göstermiş bulunmasına rağmen, onu izliyor: "Dâva, en önemli bir usul muamelesidir. Dâva, taraf usul muamelesidir" (Medenî Yargılama Hukuku, c.I 2. bsl., s. 220). Belgesay (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler, 3. bsl., İstanbul 1948, s. 129 vd.: Dâva teorisi), dâva kavramını tanımlamaz. Ergun Önen (Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979, İkinci Bölüm: Dâva, s. 543 sonu) dâva ile dâva hakkı'nı eşitler: "Hak asıl şeydir; dâva (dâva hakkı) ise asıl hakkın gerçekleşmesine hizmet eden yardımcı bir unsurdur". Necip Bilge/Mesut Önen, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bsl., Ankara 1978, s. 384, Üstündağ gibi, Fransız öğretisinin ve Postacıoğlu'nun tanımlamasını veriyorlar: "Dâva ise, belli bir kişiye karşı talep hakkının yargı mercii önünde bilfiil kullanılmasıdır". Sabri Şakir Ansay'ın (Hukuk Yargılama Usulleri, 7. bsl., Ankara 1960, s. 200) verdiği tanımlama dahi öyledir: "Dâvanın tarifi: Dâva, bir mahkemeden verilecek hükümlerle hukukî himayenin temini dileğidir".

Bunların tümü, Roma hukukundaki *actio* kavramının etkisiyle verilmiş tanımlamalardır. Roma Hukukunda, herkes vatandaş haklarına sahip olmadıktan başka, İS 4. yüzyıla kadar, vatandaş olanların dahi mahkemelere başvurup dâva açmak içeriğinde genel bir yetkisi yoktu:

"Bugün özel hukuk alanındaki yargılama usulümüz, kamu hukukuna giren ve devletçe üstlenilmiş bir görevdir. Roma'nın klâsik devrinde hukuk yargılamaları usulü böyle bir durumdan, daha, çok uzaktı" (Koschaker/Ayiter, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, DEÜ Hukuk Fakültesi yayını, İzmir 1993, s. 17). "Bu usul [extraordinario cognitio usulü-Umar] gittikçe daha fazla genişledi. ...4. yüzyılda ... Bu suretle, olağanüstü bir nitelik taşıyan hukuk yargılama usulü olağan usul oldu. Onda bugünkü hukuk yargılamaları usulünün bütün yeni fikirleri mevcuttur: Devletin yargıçları vasıtasıyla hüküm verilmesi, gıyabî hüküm, doğrudan doğruya infaz [aynen icra demek istiyor-Umar], kanun yollarına başvurma usulü" (Koschaker/Ayiter, a.g.e., s. 18).

Klâsik dönemde, Anayasa hukukunun sağladığı genel bir "mahkemeye başvurma, dâva açma hakkı" bulunmayan vatandaş, ancak praetor tarafından, kendi olayı için ona bir *actio* (dâva hakkı) tanınmış ise, bunu kullanarak yargıca başvurabiliyordu:

"Romalıların, usul hukukunu harekete geçiren ve hakların himayesini temel alan *actio*'ları vardı. *Actio*'ya, Türkçe karşılığı olarak, kısaca

dâva, veya, daha doğru olarak, dâva hakkı demektediriz. Kelime olarak *actio*, *agere*'den yâni bir faaliyette bulunacak şekilde hareket etmekten gelir [Fransızcada *agir-Umar*]. ...

Romalılar *actio*'yu şu meşhur cümle ile tarif etmekte idiler: *Actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur* = *Actio*, borçlu olunan şeyi, hâkim önünde talep etmek hakkından başka birşey değildir" (Ziya Umur, *Roma Hukuku, Umumî Mefhumlar-Hakların Hima-yesi*, İstanbul 1970, s. 186).

Oysa, konuya çağdaş hukuk yönünden bakacak olursak, herşeyden önce:

- a. Dâva, bir başvuru değil, başvuru üzerine başlayan ve devletçe, Anayasamıza göre "Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce" yargı işlevinin yürütüldüğü bir *işlemler dizisidir*. HUMK dahi, dâva sözcüğünü böyle anladığını, örneğin, m. 53'de "dâvaya müdahale", m. 56'da "dâvayı bulunduğu noktadan itibaren tâkip edebilir", m. 66'da "Dâvanın her hâlinde", m. 75 f. III'te "dâvanın her safhasında", m. 187'de "dâvanın bidayetinde", m. 213 f. I'de "dâvanın her aşamasında" demekle ve daha nice madde-sinde bu gibi deyişler kullanmakla, açıkça göstermiştir.
- b. Dâvacının dâva temelinde bir sübjektif hak bulunmak gerekmez. Örneğin, daha önce sözünü ettiğimiz, sırf zilyedliğe dayanan dâvalarda, dâvacının zilyedliğinin bir hakka dayanıyor olması gerekmez. Zilyedliğinin haklı bir nedene dayandığını kanıtlaması dahi gerekmez (bu nedenle, hırsız dahi, Roma hukukundan beri, zilyedlik dâvalarını açabilir: *Koschaker/Ayiter*, a.g.e., s.121 satır 5-6). Keza, menfi tesbit dâvalarında, dâvacı herhangi bir hakkının varlığı iddiasında değildir. Ama bu dâvalar da hiç kuşkusuz dâva'dır.

Kanımca, dâva tanımlamasını şöyle yapmak doğrudur:

Dâva, mahkemenin yargı işlevini yerine getirirken, yargılama usulü hukuku çerçevesinde yürüttüğü işlemler dizisidir.

Nizasız kaza/çekişmesiz yargı denen etkinlikleri yargı işlevi saymadığımı daha önce belirtmişim; böyle olunca, yargı işlevinin daima bir dâva içinde yerine getirildiği ve her yargı işlevinin bir dâvayı görme biçimin-

de kendini gösterdiği görüşünde bulunduğum kendiliğinden anlaşılır.

Kuru hocamızın, dâva hakkı'ndan (aynı yerde, s. 263) söz ederken, "Bu dâva hakkı, asıl (sübjektif) haktan ayrı bir hak değildir [Demek, Fransız öğretisinin ve Postacıoğlu hocam gibi oradan esinlenenlerin kabul ettiği üzere, onun bir parçasıdır-Umar]. Bu nedenle dâva hakkı, yalnız başına devredilemez veya haciz edilemez; ancak asıl hak ile birlikte devredilebilir veya haczedilebilir" demesini, böylece dâva hakkını "asıl hakla birlikte haczedilebilen" bir özel hukuk hakkı saymasını doğrusu pek yadırgıyorum.

Dâva hakkı asla hacze konu olamaz ve o özel hukukun tanıdığı bir hak değil Anayasal yetkidir; herhangi bir özel hukuk hakkının içinde bir parça olarak o hakka ve istisnasız bütün özel hukuk haklarında ayrı ayrı onların her birine özgü, her birinin parçası niteliğinde birer dava hakkını çağdaş hukuk tanımaz.

Şimdi biraz da, hak ile yetki arasındaki ayırma değinmemiz gerekecek. Hak, hak sahibinin belli bir çıkarına hizmet etmek üzere o kişinin dilerse kullanması için hukuk tarafından tanınmış ve korunmuş bir yetkiler demetidir. Verdiğimiz bu tanımlama, Velidedeoğlu hocamızın (Türk Medenî Hukuku, Umumî Esaslar, 6. bsl., İstanbul 1959, s. 204) "Hukuk kaideleri şahıslara birtakım salahiyetler tanımış ve bunları müeyyidelenmiştir. İşte şahıslara hukuk tarafından tanınmış olan bu salahiyetlere hak denir" dedikten sonra hak kavramının içeriği konusuna eğilerek ve bu konudaki görüşleri özetleyerek, sonuçta (a.g.e., s. 206) von Tuhr ve Andreas B. Schwarz'ın görüşleri doğrultusunda verdiği "Haklar, hukukan himaye edilmiş ve bu himayeden istifade hak sahibinin iradesine bırakılmış olam menfaatlerdir" tanımlamasından esinleniyor.

Hak kavramı incelenirken öğretilerde en çok anılan örnek; usus, abusus, fructus (kullanma, tüketme, ürününü alma) yetkilerini içeren mülkiyet hakkıdır.

Yetki ise, hukukun kişiye tanıdığı, belli fiilî ya da hukuksal sonuçlar yaratabilme konusundaki erk'tir (irade gücüdür). Bu, özel hukukta, ya yetki sahibinin bir hakkına hizmet edebilmesi için tanınır (mâlikin ürün toplama yetkisi gibi) ve o zaman kullanımı hak sahibinin isteğine tâbidir; ya da, özel hukuk ilişkileri içinde bir görevin yerine getirilme aracı olarak tanınır (vekillik görevini üstlenen kişiye müvekkilin verdiği temsil yetkisi gibi); o zaman onu kullanıp kullanmamak yetki sahibinin isteğine bağlı

değildir, görevin (yükümlülüğün) yerine getirilmesi için gerektiğinde o yetkiyi kullanmak zorundadır.

Kamu hukukunun tanıdığı haklara, yetkilere gelince. Kamu hukukunda vatandaşa ve (vatandaş gerçek kişi durumundaki) tüzel kişilere tanınan haklar, daima, muhatabı devlet olan haklardır, devletin üstlendiği bir işlevin yerine getirilmesi istemini öne sürmek yetkisini ve aynı amaca hizmet edecek (denetleme, şikâyet etme, dilekçe verme gibi) başka yetkileri de içerirler. Örneğin vatandaşın Anayasada tanınmış olan seçme ve seçilme hakkı, ona, hepsi de bu hakka hizmet edecek birçok yetkiler vermektedir. Kamu hukukunun tanıdığı yetkilerin ikinci türü, tıpkı özel hukukta olduğu gibi, bir görev veya yükümlülüğün (ama bu kez, kamu hukukuna ilişkin bir görev veya yükümlülüğün) yerine getirilmesinin aracı olmak üzere tanınmış olanlardır: İcra Müdürüne tanınmış olan, malı haczetme ve ona fiilen el koyma, onu alıp götürme yetkileri gibi.

Roma hukukunu işleyen hukukçu üstatlar, özel hukukun, o arada en çok da Borçlar Hukukunun öğretisinde hayli ileri gitmişlerdi ama o zamanın kamu hukuku ile bugünün kamu hukuku arasında çok büyük fark olduğundan, onların kamu hukuku kurumları ve kavramları üzerine geliştirdiği öğretisi, bizim çağımızın hukukçuları için işe yarar veya hatta bir anlam taşır olmaktan pek uzaktır. Böyle iken, hukuk biliminin ve öğretisinin şimdi ulaştığı gelişmeden henüz çok geride bulunduğu 1600'lü, 1700'lü yıllarda, Avrupa hukuk bilginleri, her konuda, Roma hukukundaki öğretinin geniş ölçüde etkisi altında idiler. Bu etki, Yargılama Usulü hukukçuları arasında, dâva'nın ve dâva hakkı'nın öğretisi bakımından da kendini göstermişti. Şöyle ki:

Az önce değindiğimiz üzere, Roma hukukunda, insanların genel bir "dava hakkı" yâni hangi hakka hizmet için olursa olsun kullanabilecekleri genel bir "dava açma yetkisi" yoktu. İki kişi arasında bir hukuksal ilişkinin ve bu ilişki gereğince de karşılıklı yükümlülüklerin doğduğunu hukukun kabul ettiği hallerde dahi, yükümlülüğün alacaklısı olan kişi, ancak kendisinin durumundakilere praetor tarafından bir actio (yargıç huzurunda eyleme geçme yâni dâva açma yetkisi) tanınmış ise, o dâva hakkına dayanarak dâva açabiliyordu. Dolayısıyla, asıl hakka dayanarak dava açabilmek için, hakkın yanı sıra, bir de actio yetkisine (yâni o hakka özgü "dâva hakkı"na!) ihtiyaç bulunuyordu; bu yönden, actio yetkisi, hakkın tamamlayıcısı idi. İşte bu durumun etkisinde kalan, 1600'lü, 1700'lü yılların Fransız Yargılama Usulü Hukuku bilginleri, özel hukuk hakkının ta-

mamlayıcısı, onun bir parçası olan bir "dava hakkı" kavramını kabul ettiler, işlediler. Bu "dava hakkı"nı, açılacak dâvanın dinlenme şartı sayacak kadar da ileri gittiler. Sözüünü ettiğimiz öğretici, Fransız hukuk öğretisinde ve oradan esinlenmiş Türk hukukçularında (örneğin, değerli hocam, İstanbul Hukuk Fakültesinde yetiştiğim kürsünün başkanı Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'nda) hâlâ egemendir.

Dahımızın en kıdemli öğretim üyesi Prof. Belgesay, bu konuda şaşılacak kadar ileri görüşlülük göstermişti. "Dâva hakkı"nın kamu hukukundan doğan genel bir hak olduğunu, bir sübjektif hakkın parçası yahut tamamlayıcısı olmadığını, ortada hak yokken dahi dâva hakkının geçerli olarak kullanılabileceğini, bu takdirde mahkemenin dâvayı "dâva hakkı yoktur" diye değil, iddia olunan maddî hukuk hakkı yoktur diye reddedeceğini hep görmüş, söylemişti (yukarıda anılan yapıtında s. 131)

Kıdemde ikinci öğretim üyesi, Prof. Sabri Şâkir Ansay, Almanca bildiği ve yargılama usulü hukuku dalında Alman öğretisi yapıtlarından yararlanabildiği için, "dâva hakkı maddî hakkın ayrılmaz bir lâzımıdır" (yâni: maddî hukukun sağladığı her hak, onun ayrılmaz parçası olan bir "dâva hakkı" ile donatılmıştır; yahut, tersinden bakışla, "dâva hakkı" ancak maddî hukukun tanıdığı bir hakkın parçası olarak, ona hizmet için kullanılabilir) görüşünü açıkça reddetmiştir (a.g.e., s. 200): "Bir hakkı müdafaa etmek için mahkemede hareket salahiyeti yeni ve ayrı bir haktır; hakların kendileri, dâvalar denen diğer haklarla garanti edilmiştir". Ama, yazarıımız, Fransız öğretisinin etkisinden tümüyle beri kalmış da değildir; aktardığımız sözlerinden hemen önce "*Hak, dâvanın esaslı unsurlarından biri ise de onunla bir değildir*" diyor.

Postacıoğlu hocamız, Fransız öğretisini aynen benimser ve "dâva hakkının unsurları (şartları) arasında birinci sıraya hakkı koyar (a.g.e., s. 186): "Dâva hakkının mevcut olabilmesi için, bir hakkın tanınmadığı veya ihlâl edildiği iddiası bulunmak lâzımdır. Yâni dâva hakkı, bir hakkın mevcudiyetini tazammun eder. Klâsik görüş budur. Bu noktai nazar son zamanlarda modern müelliflerin tenkidine uğramış ve dâva hakkının haktan müstakil olarak mevcut olduğu ileri sürülmüştür. ... Fakat, nokta-i nazarıımıza göre, bu yeni telâkki mes'eleye vuzuh getirmiyor ve halen mahkemelerin kabul ettiği birçok hal tarzlarını izah edemiyor".

Necip Bilge/Mesut Önen (a.g.e., s. 403) Fransız öğretisinin ve Postacıoğlu'nun görüşünü açıkça reddetmişlerdir: "Özellikle Fransa'da rağbet görmekte olan klâsik nazariyeye göre, yargılama şartları; hak, menfaat, si-

fat ve ehliyet olmak üzere dördtür. Fakat Alman doktrinindeki gelişmelerden de mülhem olmak suretiyle, bu tasnife haklı tenkitler yöneltilmiştir. ...Gerçekten, dava şartlarından birisinin hak olduğu görüşü doğru olamaz. Zira, taraflardan hangisinin haklı olduğu, ancak dâva sonunda belli olacaktır”.

Alman hukuk öğretisi, hayli zaman önceden, kendini bu bağlantılardan kurtarmıştır. Baki Kuru hocamız da, akademik meslekte yetişme döneminde, Fransız “mektebi”nden çok daha fazla Alman “mektebi”nden yararlanmış olmakla, şimdiki konuda bu background’ına uygun anlatım vermesini beklerdim; ama, ikrarın bölünmezliği konusunda olduğu gibi burada da sayın hocamı fazlaca Fransız etkisinde buluyorum; onun, dâva’yı mahkemelerce yürütülen bir süreç olarak değil de kişinin mahkemeye başvurusu diye gösteren tanımını, bir de üstelik, bu başvurunun, sübjektif hakkın ihlâli durumunda yapılmış olması gerektiği yolunda ifadeye yer vermesini doğru sayamıyorum.

17. Kuru hocamızın kitabındaki dâvalı tanımlaması

Bu tanımlama (s. 263) şöyledir: “Dâva, davacının sübjektif hakkını ihlâl eden veya tehlikeye sokan veya dâvacıdan haksız bir talepte bulunan kimseye karşı açılır; bu kimseye dâvalı denir”. Tanımlama, dâva temeli içinde mutlaka bir hak olacağı yolunda yanlış bir başlangıç noktasından hareket ettiği için, elbette, kendisi de yanlış olmaktadır. Eşler arasında şiddetli geçimsizlik nedenine dayanan boşanma dâvasını ele alalım; geçinemeyen eşlerden her biri dâvacı olabilir ve diğeri dâva edebilir; oysa sırf geçinememe (imtizaçsızlık) vakasında hiçbir hak ihlâli yoktur. Tedavisi olamayacak akıl hastalığına uğramış eşe karşı açılan boşanma dâvasında (MK, eski metinde m. 133, yeni metinde m. 165) dâvalı dâvacının hiçbir hakkını çiğnememiştir, çiğnememektedir. Terekenin bölüşülmesinde anlaşılamayan mirasçılardan birinin açtığı taksim dâvasında, dâvacının önerdiği biçimde bölüşmeye razı olmayan diğer mirasçıların bir hak ihlâlinde bulunduğunu söyleyemeyiz. Bu tür örneklerin daha yüzlercesi verilebilir.

Bence kitapta şu anlatım bulunmalıydı: “Bir dâva, kimin aleyhine sonuç doğuracak bir hüküm isteniyorsa ona karşı açılır ve dâva açıldıktan sonra bu kimseye, dâva ilişkisi bakımından, dâvalı denir”.

18. Tüzel kişiyi temsil yetkisi bulunmayan bir kişi tarafından tüzel kişi adına dâva açılmış olması (s. 283)

Değerli Kuru hocamız bu durumda, mahkemenin hemen davayı reddedemeyeceğini ve tüzel kişinin yetkili organı yahut temsilcisi tarafından bu dâvaya icazet verilebilmesi için uygun bir süre tanınması gerektiğini söylüyor. Oysa, kendilerinin HMU c. I (5. bsf.) s. 750 dn. 719'da andığı içtihatlar hep aksi doğrultudadır. Savunulan çözüm için HUMK m. 61'e (ikinci cümleye) kıyas yoluyla dayanılmasının doğru olacağını sanmıyorum. Çünkü orada, kişinin vekil ettiği biri vardır ve duruşmaya o gelmiştir; hatta dâva dilekçesini de bu kişi değil, müvekkilin kendisi imzalamıştır (dikkat edilirse madde, vekâlet deruhde etmesi imkânsız kişinin açtığı dâvadan söz etmiyor; sâdece, duruşmada avukat olmayan birinin vekil sıfatıyla boy göstermesi faraziyesinden söz ediyor). Yâni ortada geçerli bir dâva vardır, üstelik gelen kişi aslında gerçekten vekildir ama "dâvaya vekâlet deruhde etmesi kanunen imkânsız"dır, çünkü Baroya kayıtlı ve kaydı halen süregiden bir avukat değildir. Böyle bir durumda müvekkilin duruşmaya girebilecek bir avukat-vekil göndermeye dâvet olunması mantığa, adalet duygusuna, usul ekonomisine uygun düşer. Ama tüzel kişi adına, onun organı yahut temsilcisi olmayan birinin dâva açmış bulunması faraziyesinde, ortada tüzel kişinin dâvası yoktur ve açılmamış bir dâvaya icazet verilemez.

19. Sıfat (s. 283-287)

Bu konuda da değerli Kuru hocamızı, kal ü belâdan kalma Fransız öğretisinin pek fazla etkisinde sayıyorum.

Kuru hocamız, sıfat'ın bir dava şartı olmadığını haklı olarak belirtiyor (s. 285) ve onun maddî hukukla bağlantısını vurguluyor, "Sıfat, dâva konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir" (s. 284) diyor ama, her dâva mutlaka bir sübjektif hakka dayanmış gibi ifade kullanmasını ve hele hele dâva konusu sübjektif hak dedikten sonra parantez açıp "dava hakkı" demekle, dava temeli hakkı "dâva hakkı"na eşitlemesini pek çok yadırgadığımı söylememe müsaade buyurulsun.

Gerek her dâvanın bir hakka dayanması gerekmediğine, gerek "dava hakkı"nın gerçek niteliğine biraz önce değinmiştik; burada tekrar yapmak gerekmez.

Sıfat, dâvaya yol açmış ilişki içinde şimdiki dâvacı ile dâvalının, şimdi dâvacı ile dâvalı olabilmesine mümkün ve doğru kılan konumlarıdır: (alacağın tesbiti veya ödetilmesi dâvasında) alacaklı-borçlu olmak; (kira bedelinin tesbiti dâvasında) kiralayan-kiracı olmak; (mâlikin istihkak dâvasında) mâlik-gaasıp olmak; (boşanma dâvasında) karı-koca olmak; (haksız fiilden dolayı tazminat dâvasında) mağdur-fâil olmak gibi.

Sıfat, ilke olarak dava temeli hukuksal ilişkinin bir parçası, bir yönüdür. Haksız fiilden dolayı tazminat dâvasında, fâilin dâvalı kişi olmadığı anlaşılırsa, dâva esastan reddolunur ve o kişinin fâil olmadığını belirten bir kesin hüküm çıkmış olur. Dâva asla, "sıfat dava şartıdır, fâil olmayan kişinin bu dâvada sıfatı yoktur, öyleyse dâva şartı eksiktir, dâvanın mesmu olmadığından reddine" içeriğinde usulî bir red kararıyla sonuçlandırılmaz. Ama bu her zaman böyle olmayabilir. Kocasını Almanya'ya çalışmaya gitmiş kadının önüne gelenle zina ettiğini öğrenen câhil kaynananın bir arzuhalciye (üstelik kendini davacı göstererek) yazdırdığı dâva dilekçesini, hâkimin kaleme havale sırasında başı kalabalık olduğu için inceleyemeden havale şerhiyle imzalayıvermiş, harcın ödenmiş ve dilekçenin esas defterine kaydedilmiş yâni kısacası dâvanın açılmış bulunması durumunda, yargıç elbette ki daha ilk duruşmada, esasa hiç girmeden dâvanın reddi kararını verecektir ve elbette ki "Boşanma dâvasını ancak eşler birbirine karşı açabilir, dâvacı ve dâvalı sıfatı münhasıran eşlerde olabilir, kaynananın gelene karşı boşanma dâvası açabilecek sıfatı yoktur" diyecektir. Bu hüküm usulî bir red hükmüdür, esas yönünden hiçbir inceleme yapmamıştır ve hiçbir şeyi kesin hükme bağlamamıştır. Keza, alacağın ödetilmesi dâvasında, alacaklının dâva etmek istediği borçlusu Ali Öztürk yerine, dâvacı Avukatı yöre insanları hakkında bilgi eksikliği nedeniyle aynı Ali Öztürk'ün amcaoğlu bir adaşına karşı dâva açmış, tebligat yaptırmışsa, bu durum anlaşılır anlaşılmaz dâvanın sıfat yanlışlığı dolayısıyla reddi gerekir ve o kişinin borçlu olmadığı yolunda bir kesin hüküm de çıkmış olmaz, çünkü zaten o kişiye karşı *bir iddia ve bir talep olmadığı* sâbit olmuştur, dâva bu yüzden reddedilmiştir, dolayısıyla "*iddia ve talebin haksızlığı tesbit edilmiş*" değildir.

Görülüyor ki sıfat, aslında, dâva temelinin bir parçasıdır, ama bazan onun eksikliği bir dâva şartının eksikliği gibi sonuç doğurmaktadır. Böyle olunca, Kuru hocamızın "sıfat, bir defî değildir" açıklamasına elbette katılmakla birlikte, hemen sonraki, "dâvada taraf olarak gözüken kişiler arasında hakkın doğumuna engel olan bir itirazdır" demesini (s. 286) aceleye gelmiş sayıyorum.

Anımsanmalı ki; dâvalıya karşı öne sürülen istemi haklı kılan hukuk kuralının bütün uygulanabilirlik unsurları (bunu, kuralın kendisi belirtir) gerçekleşmiş bulunduğu halde o istemi (örneğin, tazminat) öne sürülemez kılan bir diğer hukuk normunun (hak engelleyici norm ya da hak düşüren norm) devreye girebilmesine, uygulanabilmesine olanak veren vakıa unsurları (bunları da o diğer normun kendisi belirtir; örneğin, meşru müdafaa durumu) bir itiraz temeli oluşturur. Her itiraz, bir "Evet, ama..." savunmasıdır. Oysa, yanlış kişinin dâvacı olması yahut dâvalı gösterilmesi durumunda, dâvadaki dâvalıya karşı istem öne sürmeye hak verebilecek bir kuralın uygulanma unsurları gerçekleşmiş değildir. Örneğin, kadının haksız fiiliyle ortaya çıkan zarar dolayısıyla kocadan tazminat istenebileceğini sanan biri kocayı dâva etse, kocaya karşı istemin (dâvanın) temeli oluşmamıştır. Yoksa, bu temel gerçekleştiği halde bir karşı-norm yüzünden kocanın sorumlu tutulabilmesi engelleniyor değildir. Koca, "Ben fail değilim sen git fâili dâva et" derken bir itiraz öne sürmüyor, inkâr nitelikli bir savunmada bulunuyor.

Sevgili Kuru hocamıza göre, sıfat yokluğunun bir itiraz konusu sayılmasının sonucu şu olur ki, yargıç bu konuda kendiliğinden araştırma yapamaz, ancak dosyadan veya taraf açıklamalarından anlaşıldığı takdirde sıfat yokluğunu göz önünde tutar. Oysa sıfat dava şartı olsa idi yargıcın sıfat konusunu mutlaka re'sen araştırması gerekecekti (s. 286).

Kanımca bu sonuç, zorunlu değildir. Yâni, sıfat konusunda yapılan yanlışlık dosyadan, taraf beyanlarından anlaşılamiyor ise yargıcın bu konuda re'sen araştırma yapmayacak olmasını (kanımca, istediği takdirde yapmasına hiçbir engel yoktur) açıklamak için, "Sıfat yokluğu bir itiraz konusudur" gerekçesine sarılmamız hiç gerekmez. Dâvaya ehliyet'in dâva şartlarından olduğu hiç kuşku götürmez; ama yargıç asla her dâvacıdan, akıl yeteneklerinin yerinde olduğu konusunda belge getirmesini istemez; bu yetenek yerinde mi değil mi araştırmasına re'sen ve mutlaka girmesi gerekmez. Çünkü, eskilerin deyimiyle "zâhirî hâl" in gösterdiği durumu kanıtlanmış hükmünde tutmak, câizdir.

20. Kira tesbiti dâvası denen dâvanın gerçekte inşâî dâva olduğu

Kuru hocamız buna değinmiyor, tam tersine o dâvaları tesbit dâvasının örneği diye anıyor (s. 326). Oysa bu dâva, kiralayanın kira bedeli alacağı miktarını değiştiren bir hüküm (dolayısıyla, yeni bir hukuksal duru-

mu yaratan bir hüküm, inşaî hüküm) elde etmek üzere açılır (böyle: Mesut Önen, İnşâî Dâva, Ankara 1981, s. 109-113, özellikle s. 111 ortası; keza orada s. 109 dn. 52'de anılan Aybay, Tunçomağ, Sivrihisarlı, Alangoya; "inşâî dâva değil tesbit dâvası" görüşünde, Kuru'nun yanı sıra Postacıoğlu, Üstündağ). Eğer bir tesbit dâvası karşısında bulunsa idik, tesbit hükmü hangi dönemin kira bedeli hakkında idiyse, o dönem başından beri hükmdeki miktarın ödenmesi gerektiğini, dolayısıyla zamanı belli bir ödeme yükümlülüğü varken o tarihi geçirmekle kiracının kendiliğinden temerrüt durumuna düştüğünü ve ödemediği kısım (eski kirayı geçen kısım) için o tarihten başlayarak faiz ödeyeceğini kabul etmeliydik; oysa Yargıtayımız, bu sonucu asla kabul etmiyor ve fark için faiz yürümesini, ancak farka hükmeden kararın kesinleşmesiyle başlatıyor (son bir örnek olarak YKD 2001 No. 2 s. 193'deki 19.12.2000 günlü 6. HD kararı).

21. Islahla müddeabihin arttırılması yasağı, HUMK m. 87 son cümle

Bu kural Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir; iptal kararının tanıtılması yine elinizdeki dergide bir başka yazıda yapılmaktadır. Kuru hocamız olsun, kürsüsündeki hayr ül halefleri Prof. Dr. Arslan ve Prof. Dr. Yılmaz meslekdaşlarımız olsun, yasalardaki değişiklikleri ve mahkeme içtihatlarını taramakta çok titizdirler; böyle iken, Anayasa Mahkemesinin 20.7.1999 tarihli olup 4.11.2000'de RG'de yayınlanmış bulunan iptal kararının, ders kitabının 2001'de yapılmış olan 13. basımında ilgili yerde (s. 365, 369 ve s. 667) yer almaması ve kural iptal edilmemiş gibi bilgi verilmesi nasıl olabildiği, anlayamadım. Herhalde kitap, basımında uzun süre bekledi. Ortak kitabın son (2002'de yapılmış, 14.) basımında gerekli düzeltmeler yapılmıştır (s. 367, 371, 669).

22. Kefilin tartışma defî

Kitapta (s. 378) yine Fransız öğretisine ve ondan esinlenen eski öğretilere uygun olarak, defî'lere örnek olmak üzere "kefilin tartışma defî" (BK 486) gösteriliyor. Oysa, yeni öğreti, adî kefillikte alacaklının kefile başvurabilmesi, ondan istemde bulunabilmesi için öncelikle asıl borçluya başvurmuş ve ona karşı girişilen kovuşturmanın semeresiz kalmış olması gereği yasa tarafından arandığına göre, bu gerekliliğin kefile karşı açılacak dâvada dâva temelinin bir parçası olduğunu, onun gerçekleştiği konu-

sunda yargıcın kendiliğinden isbat bekleyeceğini, dolayısıyla bu eksikliğin göz önünde tutulmasının (Roma hukukunda olduğunun tersine) ancak bu içerikte bir defa öne sürülürse mümkün olabilmesi diye bir durum bulunmadığını çoktan tesbit etmiştir (S. Giovanoli, Berner Kommentar zur Bürgschaftsrecht, Bern 1942, OR 495 açıklamasında No. 9). Benim de bu konuyu işleyen, "Une exception de la discussion n'existe pas en droit Turco-Suisse" (=İsviçre-Türk hukukunda kefilin defa hakkı diye bir hak yoktur) başlıklı bir makalem Schweizerische Juristen-Zeitung'da yayınlanmıştı (Yıl 1974 No. 4, s. 81-84).

23. Dâva temeli sözleşmenin yasal geçerlilik koşulu olarak belli bir şekil öngörülmüşken buna uyulmaksızın yapılmış bulunduğu olgusuna dayanan savunmanın niteliği

Kitapta (s. 379 satır 3-5) savunulan görüşe bakılırsa bu, hakkın (dâvacının dayandığı, sözleşme sayesinde doğmuş hakkın) doğumunu engelleyen bir olayın öne sürülmesidir ve dolayısıyla bir itiraz temelidir. Oysa burada, sözleşme vardır diyebilmek için varlığı gerekli bir olgunun yokluğu, dolayısıyla dâvacının dâva temelini bir eksikliği karşısındayız. Diğer deyişle, yasanın istediği bütün kurucu olgular varken onlarla aynı sırada yahut daha önce ortaya çıkmakla onların hukuksal sonuç doğurmasını engelleyen bir olgu (tarafardan birinde fiil ehliyetinin yokluğu gibi) karşısında değiliz. Yasanın aradığı kurucu olgulardan birinin yokluğu söz konusudur. Yargıç, dâva temelini bütün öğelerinin varlığı için kendiliğinden isbat bekleyeceği, isteyeceği ve dolayısıyla kendiliğinden gördüğü eksikliği göz önünde tutacağı, "Dava temeli eksiktir, istem hüküm altına alınmaz" diyebilmek için o konuda savunma öne sürülmesini beklemeyeceği cihetle, örneğin kefillik sözleşmesinin, yasal geçerlilik koşulu olan yazılı biçime uyulmaksızın yapıldığını ve dolayısıyla yasa gözünde ortada bir kefillik sözleşmesi bulunmadığını da kendiliğinden göz önüne alır. Söylenen olgu (yazılı biçime uyulmaması) bu nedenle bir itiraz temeli değildir, dâvalının bunu öne sürmesi dâva temelini yokluğuna işaret etmekten yâni inkâr türünde savunma yapmaktan ibarettir. Halbuki bu bir itiraz konusu olsaydı, yargıcın o olguyu göz önünde tutarak dâvayı sonuçlandırması (reddetmesi) için ya olgunun dâvalı tarafından öne sürülmesi ya da hiç olmazsa usulüne göre dosyaya girmiş yazılardan yargıcın bunu anlıyor olması gerekirdi. Örneğin, dava dilekçesine ek olarak hiçbir belge sunulmamış iken dâvalının verdiği cevap lâyihasında bu kişi, (konunun hukuk gö-

zündeki önemini bilmediği için) kefillik sözleşmesinin yazıyla mı sözleşme yapıldığına değinmeksizin, "Evet ben Rüstem'in borcuna kefil oldum, o da ödeyemedi, doğrudur, ama benim şimdi bunu hemen ödeyecek gücüm yok, ben de o yüzden ödeyemiyorum, mahkeme bildiği gibi yapsın, adalete sığınırım" içeriğinde bir yanıt vermişse, yargıcın acaba bir itiraz temeli var mı diye araştırma yapmağa kalkması, böyle bir savunma olanağını hatırlatabilecek hallerde bulunması yasak olduğundan (HUMK m. 75), hâkim, -sözleşme yazıya bağlanmış mıydı diye sorgu sual edemeyecek idi.

Sözleşme için geçerlilik koşulu olarak aranan biçime uyulmuş bulunmasının o sözleşmeye dayanan dâvada dâva temelinden bir parça olduğu, benim Doçentlik tezimde (İsbat Yükü, İstanbul 1968, s. 63-65) ve bunun Prof. Dr. Ejder Yılmaz tarafından hazırlanan genişletilmiş, güncelleştirilmiş yeni basımında (İstanbul 1980, s. 100-102) vurgulanmış idi. Dolayısıyla, ders kitabının yazarlarından olan değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Yılmaz'ın burada hiç değilse bir dipnotunda, itiraz görüşüne itiraz etmesini beklerdik.

24. Dâva içindeki ikrarın hukuksal niteliği

Kitapta (s. 435) yine (ikrar, delillerin kraliçesidir diyen) kal ü belâdan kalma Fransız öğretisine ve bu öğretilen etkilenmiş eski "müellif"lerin nitelemesine uygun olarak, ikrar kesin deliller arasında sayılıyor. Oysa ikrar, *isbat gerekliliğini HUMK m. 238 gereğince ortadan kaldıran bir taraf usul işlemidir*. Böyle olunca, ikrar edilen olgu isbat edilmiş gibi bir durum ortaya çıkar; işte bu yüzden mahkeme içi ikrar pratik bakımdan bir kesin delil işlevini görür. Mahkeme dışı yazılı ya da sözlü ikrar ise, elbette ki usul işlemi değildir; ikrar edilen olgunun gerçekliğini gösteren bir delildir, ancak bu işlevde olabilmesi önce kendisinin kanıtlanmasına bağlıdır. Mahkeme dışı *yazılı* ikrarın yapıldığı o yazıda görülür ve söz konusu yazı, en azından yazılı delil başlangıcı niteliğindedir. Buna karşılık mahkeme dışında yazılı ya da sözlü bir ikrarın yapıldığının ikrar sahibinden çıkmış olmayan yazılı kanıtla yahut sözlü kanıtla isbatına girişilmesi durumunda, ortada ne senet ne de yazılı delil başlangıcı vardır; senetle kanıtlanmanın arandığı hallerde bu tür kanıt sunmak işe yaramaz.

Mahkeme içi ikrarın kanıt değil, taraf usul işlemi olduğu benim Doçentlik tezimde ve bunun değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Ejder Yılmaz tarafından hazırlanan genişletilmiş, güncelleştirilmiş yeni basımında vurgu-

lanmış idi. Burada da ders kitabının yazarlarından olan Yılmaz'ın hiç de-ğilse bir dipnotunda "ikrar delildir" nitelemesine karşı çıkması veya bu ni-telemenin tartışma götürdüğünü belirtmesi beklenirdi.

Kitaptaki, ikrarla ilgili diğer bazı açıklamalara da katılamıyorum:

İkrar, "bir tarafın, diğer tarafın *ileri sürdüğü* bir vakıanın doğru ol-duğunu bildirmesi" diye tanımlanıyor. Oysa, "ileri sürdüğü" yerine, "da-yanağı olabilecek" demek gerekir. Çünkü, örneğin dâvacının dâva dilek-çesinde dayandığı hukukî sebebi yazmış ama onun yaşamda somut biçim-de gerçekleşmesi anlamına gelen olguları belirtmemiş olmasına rağmen, dâvalı cevap yazısında somut olaylara girmiş ve gerçekleşenleri anlatıp kabullenmiş ise, ortada ikrar vardır. Dâvalı hiç cevap yazısı göndermedi-ği, duruşmalara da gelmediği halde, dâvalı onun için itiraz niteliğinde sa-vunma dayanağı olabilecek somut olayları kendiliğinden dâva dilekçesinde yahut duruşmada anlatmış ise, yine ortada ikrar vardır.

İkrar, bunu yapanın tek taraflı açık bir *irade beyanı* ile olur deniyor (s. 437). Burada en açık biçimde, Fransız öğretisinin Türkiye temsilcisi değerli hocamız Prof. Dr. Postacıoğlu'nun iz ve etkisini görüyoruz; onun yapıtından bir bölüm aktaralım:

İkrar basit olmayıp, onun, mukir aleyhine tazammun ettiği hukukî neticeleri bertaraf edecek mâhiyette vasıflarla veya vakıalarla birlikte [ör-neğin, "Bu parayı borç olarak gerçekten aldım" dedikten sonra, "Ama bor-cumu ödedim" eklentisiyle-Umar] beyan edilmesi hâlinde, ne dereceye kadar ihticaca sâlih olacağı bir meseledir. Bu tarzda bir ikrar, *hasmî had-dizâtında isbat külfetinden vâreste tutmak iradesini tazammun etmemekte-dir* [vurguyu ben koydum-Umar]. Bineanaleyh, ikrarı mukirin iradesine uygun olarak tefsir etmek ve böyle bir ikrar muvacehesinde isbat külfeti-ne yer değiştirmemek lâzımdır (Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Ders-leri, 6. bsl., İÜ HF yayını, İstanbul 1975, s. 555).

Özel hukuktaki hukuksal işlemlerin tersine, yargılama hukukunda-ki usulî işlemler yalnız beyanla yapılır, *iç iradenin hangi hukuksal sonuç doğrultusunda olduğunu açıkça veya zımnen gösterecek bir irade beyanı* ile yapılmaz. Gerek yargıç bir "mahkemenin usul işlemi"ni yaparken, ge-rekse taraflardan herhangi biri bir "taraf usul işlemi"ni yaparken, bu işle-min yapılmış sayılmasına yargılama usulü hukuku gözünde yetecek sözlü ya da yazılı beyan yeter; iç iradesinin hukuksal sonuç açısından hangi doğrultuda bulunduğu, örneğin yapılan işlemle doğacak hukuksal sonuç-

ları bilip bilmediği, biliyorsa isteyip istemediği hiç önem taşımaz; o sonuçlar mutlaka doğar.

Diğer yandan, özel hukukta, beyanın hangi içerikte olduğu konusunda karşı tarafın özel bilgisinin varlığı, beyanın lâfzî olarak değil bu bilgi ışığında yorumlanmasını ve hukuksal sonuç doğurmasını gerektirir. Örneğin geri kalmış bir yurt yöresinde eski alışkanlıkla kilodan herkes okka diye söz ediyorsa, 1000 okka zeytinyağının şu bedel üzerinden alım satımına ilişkin mutabakat, 1000 kilo zeytinyağının alım satımı sözleşmesini doğurur. Oysa, usul hukuku işlemlerini doğuran beyanlar bakımından böyle haller söz konusu değildir.

İşte bu nedenlerle, "ikrar bunu yapanın *irade beyanı ile olur*" denmesini doğru bulamıyorum. İkrar, bunu yapanın açıklamasıdır, irade beyanı değil. Gerçekten, HUMK m. 238'e göre, dâva temelinin yahut savunma temelinin bir parçası niteliğindeki belli bir olgunun varlığı hakkında yapılan açıklama, "Olgunun varlığı taraflar arasında tartışmasızdır" denmesini haklı kılıyorsa, söz konusu olgunun gerçekleştiğinin kanıtlanması artık gerekmez; yasa kuralı böyledir. Görülüyor ki, olgunun varlığı hakkında *açıklama* yapılması yetiyor, şu ya da bu doğrultuda bir *iradenin beyanı* asla aranmıyor.

Bu söylenenler dahi, gerek benim İHFM'de (1964 sayı 1-2, s. 244-263) yayınlanmış "Muhtevası ve hukukî mahiyeti bakımından ikrar kavramı" adlı makalemde, gerek Doçentlik tezimde, gerek bunun Prof. Dr. Ejder Yılmaz eliyle yapılan genişletilmiş, güncelleştirilmiş yeni basımında (s. 193 başı) vurgulanmış idi. Dolayısıyla, yine ders kitabında ilgili yerde değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Yılmaz'dan bir dipnotu beklerdik.

25. Sulh müzakeresi sırasında yapılan ikrar

Kitapta s. 440 satır 10-11'de, bu ikrarın geçerli olmayacağını söyleyen HUMK m. 236 f. III'e yollama var. Gerçekten, hukukumuz boşanma dâvalarında bir ön aşama olarak sulh girişiminin ve müzakeresinin yapılmasını ararken, HUMK m. 497 f.II bu sonuca yol açıyordu. Ama bu konudaki kurallar 1963 yılında kaldırılmıştır, m. 497 f. II de kalkmıştır. Boşanma dâvası dışında kalan dâvalarda da, yargıcın veya taraflardan birinin önerisi üzerine dâva içinde bir "sulh müzakeresi" yapılabilir ama, bu sırada gerçekleşen ikrarın usulen tutanağa geçirilmesini, imzalatılmasını engelleyecek yahut bu duruma rağmen geçerli olmamasını gerektirecek hiç-

bir yasa kuralı bilmiyorum. Böylece, kitapta s. 440 satır 10-11'e hiç yer verilmemek gerekir.

26. Bağlantılı bileşik ikrarın bölünemeyeceği görüşü

Kitapta, Fransız hukukunda, oradaki çok sakıncalı bir yasa kuralı gereğince ister istemez benimsenen çözümün saçmalıklarını hiç değilse biraz hafifletmek için o kuralın uygulanmasını böylece sınırlamak isteyen öğretiyeye ve sözü geçen öğretiden esinlenmiş, Fransız "mektebinden" hocalarımızın görüşüne uygun yolda, üstelik Yargıtayımızın (haklı olarak) kabul etmemesine rağmen, bu görüş savunuluyor (s. 443). Buna katılmaya niçin olanak göremediğimi önce Schweizerische Juristen-Zeitung'da (1966, No. 10, s.149-155) yayınlanan "La divisibilité de l'aveu" (=İkrarın bölünebilirliği) başlıklı makalemde, sonra Doçentlik tezim İsbat Yüku kitabında, uzun uzadıya anlatmıştım. Aynı açıklamalar, elbette, İsbat Yüku'nün 1980'de Prof. Dr. Ejder Yılmaz eliyle yapılan genişletilmiş, güncelleştirilmiş yeni basımında da yer aldı.

27. Senet üzerine

Kitapta s. 445'de senedin tanımlaması veriliyor: "Senet, bir kimse-nin vücuda getirdiği (veya getirttiği) ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir". Bu tanımlama, yazılı delil başlangıcına da uyar. Yalnız senedi kapsayacak bir tanımlama vermek için, tanımlamayı şöyle yapmak doğru olur: "Senet, bir kimsenin vücuda getirdiği (veya getirttiği) ve *belli bir olayın isbatı bakımından duraksamasız olarak* kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir".

Tıpatıp aynı yazılı belge, belli bir olay iddiasının isbatı bakımından senet; diğer belli bir olay iddiasının isbatı bakımından yazılı delil başlangıcı, daha da başka bir olay iddiasının isbatı bakımından hiç işe yaramaz olabilir. Bunun da senet kavramı işlenirken vurgulanmasında yarar vardır.

28. İhtiyatî tedbir kavramı, s. 703

Değerli hocamız Kuru, ihtiyatî tedbirin yalnızca mal davalarında uygulanacak olmadığını elbette ki bilir; böyle iken, ihtiyatî tedbir kavramını tanımlarken "dâvacının dâvayı kazanması hâlinde *dava konusu mala ka-*

vuşmasını daha dâva sırasında (hatta dâvadan önce) emniyet (güvence) altına almaya yarayan tedbirlere ihtiyatî tedbirler denir" diye bir tanımlama vermiş olmasını, bunu yazarken aklının bir yerlere takılmış durumda olmasına bağlıyorum. Doğru bir tanımlamanın şöyle olması gerektiğini kendilerinin de kabul edeceği inancındayım: "Medenî Usul Hukuku'ndaki ihtiyatî tedbirler, ortaya çıkacak gelişmeler nedeniyle dâvacının dâvayı kazanmasının tamamen ya da kısmen yararsız hâle gelmesini yahut dâvacının haksız bir zarara uğramasını engellemek amacını güden önlemlerdir".

29. Dâvaya bakan mahkemeden başka bir mahkemenin yaptır- dığı delil tesbiti

Kitapta, böyle bir delil tesbiti için, mutlak ifadeyle "...geçersizdir (hükme esas tutulamaz)" deniyor. Kuru hocamızın HMU kitabında (c. III, 4. bsl., s. 3146-3147) konu daha ayrıntılı olarak ve Yargıtay kararlarına yer verilerek incelenmiştir.

Orada 4 Yargıtay kararı anılıyor. Birincisi (1963 tarihli bir HGK kararı), dâva Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte iken Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi eliyle yapılan delil tesbiti için, Kuru hocamız gibi, "usulsüz olduğundan, hükme esas tutulamaz" demektedir.

İkinci karar (HGK'nun daha eski, 1953 tarihli bir kararı) daha esnek; dâvaya bakan mahkemenin, diğer bir mahkemede yaptırılmış delil tesbitini nazara almamasında "kanuna aykırı cihet bulunmadığını" söylemekle, dâvaya bakan yargıcın bu konuda takdir hakkı bulunduğunu ifade eder gibidir (ve bence, doğru çözüm budur).

Üçüncü karar (icra-ıflâs işlerine bakan 12. HD'nin 1979 tarihli bir kararı), aslında delil tesbiti'ne ilişkin değildir. Olayda, alacaklı bonoya dayanan adı icra tâkibi yapmış, borçlu senetteki imzasını inkâr ederek tâkiye itirazda bulunmuştur. İcra Tetkik Mercii imzaya ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırılması yolunda ara kararı vermişken, Mercii önündeki dâvalı tâkip borçlusu, bir Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla (sözde delil tesbiti olarak) Adlî Tıp Meclisi Fizik Şubesi Müdürü'ne bilirkişi incelemesi yaptırmış ve ondan aldığı "imza sahtedir" raporunu Mercii'e sunmuş; Mercii kendisi inceleme yapmaktan vazgeçmiş, bu raporu kabul edip ona dayanarak itirazın kaldırılması dâvasını reddetmiştir. Karar temyiz edildiğinde, 12. HD, HUMK m. 370 gereğince delil tesbiti yaptırmada yetkinin ve görevin dâvaya bakan mahkemede olduğuna işaret ederek, "başka mahkeme-

ce yapılan tetkikat sonunda verilen rapora istinaden karar verilmesi isabet-sizdir" gerekçesiyle, kararı bozmuştur. Bu da dâvaya bakan yargıca takdir yetkisi tanımayan bir Yargıtay kararı gibi görünüyor, ancak dikkat etmeli ki olayda gördüğümüz pek tırmalayıcı özellik, delil tesbiti HUMK m. 369 gereğince yalnız ve yalnız "şimdiden zabıt ve tesbit olunmazsa ileride za-yi olacağı veya ikamesinde çok müşkülât çıkacağı melhuz olan deliller" in tesbiti için gidilebilecek bir yol iken ve olayda asla böyle bir durum söz konusu olmayıp sadece imza incelemesi yaptırmak söz konusu iken, üste-lik davaya bakan mahkeme bunu yaptırmak üzere iken, başka mahkeme-nin atadığı bir bilirkişiden alınmış raporun getirilip dâvaya bakan yargıcın önüne konmuş olmasıdır. Burada delil tesbiti yoktur, çünkü Türkiyede bi-lirkişi gereği kadar hatta belki gereğinden çok sayıda vardır; başka mah-kemeye başvurup alelacele bilirkişi tâyin ettirmenin gereği yoktur; yapı-lan işlem delil tesbiti değildir, bilirkişi incelemesinin haricen yaptırılması-dır. Böyle bir münasebetsizliğe itibar etmek konusunda dâvaya bakan mahkemeye takdir hakkı tanınması düşünülemez.

Kuru hocamızın HMU kitabında andığı dördüncü karar (12. HD'nin 1975 tarihli bir kararı) ise yine özel ögeler içeren bir olaylar dizisiyle ilgi-lidir ve bu kez, Kuru hocamızın katılmadığı esnek çözümü benimsemiştir. Olayda tâkip alacaklısı, itirazın kaldırılması istemiyle merci'e girmişti. Bu sırada dâvalı tâkip borçlusunu, mahkemeye başvurup delil tesbiti istedi ve oradan aldığı kararla bilirkişi incelemesi yapıldı (ne hakkında, belirtil-miyor; herhalde yine tâkip dayanağı senedin altındaki imzanın sahteliği hakkında). Tâkip borçlusunu, böylece aldığı bilirkişi raporunu Tetkik Mer-cii'ne sundu. Ne karar çıktı, kim temyiz etti, belirtilmiyor. Ama, Yargıtay Dairesi şöyle demiş: Tâkip borçlusunun mahkemeye başvurup menfi tes-bit dâvası açmak hakkı bulunduğuna göre, borçlu o davayı açmadan önce mahkemeden delil tesbiti isteyebilir. Öyleyse ne mahkemenin bu delil tes-biti istemini kabul etmesinde yasaya aykırılık vardır ne de inceleme so-nunda çıkan bilirkişi raporunun kanıt olarak Merci'e ibraz edilmesinde. Kuru hocamız, HMU kitabında, bu kararı yanlış buluyor ve alınan bilirki-şi raporu ancak ileride mahkemede açılacak dâvada ibraz edilebilir, Mer-ci önündeki itirazın kaldırılması dâvasında delil tesbiti yaptırmak yalnız-ca Merci'in işidir, başka yerden alınma delil tesbiti kararıyla sağlanan bi-lirkişi raporları Merci'de değer taşımaz diyor. Ben de bir başka gerekçe ile bu sonuca katılıyorum: Türkiyede yeterince bilirkişi vardır ve birdenbire azaltırması beklenemez. Dolayısıyla, yok olması tehlikesi karşısında bu-lunmadığımız bir belgedeki imza sahte midir değil midir konusunda; ya-

hut da, örneğin yerli yerinde duran bir tarlada, tapuda belirtilen sınırlara göre yüzölçümü hesaplandığında bu yüzölçümü tapu kütüğünde gösterilen miktarda mı çıkacak yoksa fazla çıkıp da tapudaki miktar kaydının buna göre ve mâlik lehine arttırılması mı gerekecek gibi konularda delil tesbiti prosedürü içinde zamansız bilirkişi incelemesi yaptırmak yasaya (HUMK m. 369) aykırıdır, bu bilirkişi incelemesinin bilirkişiyi kahvehanede görüp ondan ricada bulunmakla yaptırılan bilirkişi incelemesinden hiçbir farkı yoktur ve işte bu nedenle o bilirkişi raporuna hiçbir prosedürde (ileride açılacak dâvada, daha önce bilirkişi incelemesini yaptırmış mahkemede bile!) itibar edilmesi hukuka uygun düşemez; böyle bir bilirkişi raporunu hükme esas tutmak yasayı çiğnemek olur.

Ama şimdi biz, asıl konumuza dönelim. Gerçekten delil tesbitinin yapılabileceği bir durumda bu tesbitin dâva içinde ibraz edilip incelenmesine sıra gelmeden veya tam sıra gelmişken durumun (kanunda da istendiği üzere) haklı gösterdiği bir aceleyle delil tesbiti yapılması istenmiş ama bu istem dâvaya bakan mahkemeye değil başka mahkemeye iletilmişse ve gerçekten delil tesbiti yapılmışsa (böyle diyorum, çünkü -yok olma veya değişme tehlikesi altında bulunan bir nesnenin bilirkişi tarafından incelenmesi durumları dışında- bilirkişi raporu alınmasını hiçbir halde yasadaki anlamda delil tesbiti saymıyorum), böylece tesbit edilen delile dayanarak, dâvaya bakan mahkeme, hüküm verebilecek midir? Gördük ki, Kuru hocamız, dâvaya bakan mahkemenin o dâvayla ilgili delil tesbiti yaptırmak yetki ve görevi münhasırdır (hasren tanınmıştır) diyor ve bu gerekçeyle, kural çiğnenerek başka mahkemenin delil tesbiti kararı üzerine yapılan delil tesbitinin, dâvaya bakan mahkemece hükme esas tutulamayacağı savunuyor. Yargıtay kararları ise, yine gördük ki, bu konuda istikrar bulmuş değildir.

Bence, bütün sınırlayıcı kurallar dar yorumlanmalıdır ilkesi uyarınca, delil takdirinde yargııcı kısıtlayacak kurallar, varlıklarının tartışılmaz olduğu durumlarda, olabildiğince dar yorumlanmalı; sınırlayıcı bir kuralın var olup olmadığının kuşkulu bulunduğu durumlarda ise kuralın var olmadığının kabulü esas tutulmalıdır. İncelediğimiz konu bakımından da durum böyledir. Bir yandan HUMK m. 240, yargıcın delil takdirinde (yâni, a. Neyin kanıt sayılabiliş sayılamıyacağıının takdirinde; b. Delilin isbat gücünün, hükme dayanak olabilip olamayacağıının takdirinde) serbest olduğunu söylüyor; bir yandan da HUMK m. 370, delil tesbiti işini yaptırmak konusunda dâva açıldıktan sonra inhisarî yetkili olarak dâvaya bakan mah-

kemeyi tanıyor. İkinci kuralın çiğnenmesine yol açmanın, bazı sakıncalar yaratabileceğini yâni delil tesbitini bir "tanıdık yargıç" eliyle yönlendirmek hevesine yol açabileceğini kabul ederim. Ama, yetkisiz yargıcın yaptırdığı delil tesbitiyle elde edilip dâvaya bakan mahkemenin önüne getirilen delili mutlaka usulünce getirilmiş delil diye dosyaya koyup değerlendirmek gerekir demeyip, bunu usulünce getirilmiş delil sayıp saymamak konusunda, dâvaya bakan yargıca takdir hakkı tanınırsa, sakınca asgarîye iner. Oysa, bunu dahi kabul etmeyip o delile değer verilmesini kesin biçimde yasaklanmış sayarsak, kamu vicdanını da, hükmü verecek (dâvaya bakan) yargıcın vicdanını da pek yaralayacak haller ortaya çıkabilir.

Bir örnek vereyim. A'nın İzmir'de görülmekte olan dâvasında tek kanıtı, Ş'nin tanıklığı olacaktır; dâva henüz "lâyihalar teatisi" aşamasındadır. A, telefonla gelen bir haberdan, Ş'nin bir trafik kazası geçirdiğini ve Akhisar Devlet Hastahanesi'nde yattığını öğrenir. Hemen oraya gider; Ş'nin çok ağır yaralı olduğunu, henüz bilinci yerinde olmakla ve konuşabilmekle birlikte, kurtuluş umudunun bulunmadığını, belki saatlerinin sayılı olduğunu öğrenir. İzmir'e dönüp dâvaya bakan mahkemeden delil tesbiti kararını ve Akhisar Mahkemesine hitab eden, niyabet yoluyla tanık ifadesi alma kararını çıkartması, Akhisar'a dönüp işleme koydurması için gerekli zaman içinde Ş belki ölmüş olacaktır. Hemen Akhisar Mahkemesine başvurur, durumu açıklar ve Akhisar yargıcı, kuşkusuz HUMK m. 370 kuralını bildiği halde, vicdanının sesini dinler, delil tesbiti istemini kabullenip hemen tutanak kâtiibiyle birlikte hastahanenin âcil servis bölümüne gider, son saatlerini yaşayan Ş'nin ifadesini alıp tutanağa geçirir. Tutanak sureti A'ya verilir. Ertesi gün Ş ölür; A cenazenin kaldırılması sonrasında İzmir'e döner ve tutanağı, asıl dâva dosyasına konmak üzere, mahkemeye verir. Şimdi soralım: hangi yargıç, böyle bir olayda, "delil tesbitinin tek yetkili ve görevlisi bendim, bu delil tesbitine ve tutanağa itibar etmem" der? Unutmayalım ki ortada bir delil tesbiti yokken, yargıç yokken, A hastahane de Ş'yi hekimler ve hastabakıcılar önünde konuşturup onlara imzalatıldığı bir tutanak düzenletmiş olsaydı, bu tutanak hiç kuşkusuz HUMK m. 240 çerçevesinde değerlendirilebilecek bir takdirî delil niteliğinde idi. Şimdi, yargıcın düzenlediği, ifade verenin, yargıcın ve tutanak kâtibinin imzaladığı belgeyi bu nitelikte saymayıp "reddi vâciptir" demek, vicdana sığacak çözüm değildir kanısındayım.

30. Usulî kazanılmış hakkın istisnaları

Konu kitapta s. 757-758'de (HMU c. IV, 4. bsl., s. 3426-3442'de yapıldığının tersine) pek kısa anlatılmış; büyük kitapta a, b, ç'deki istisnaların (c yok) 1, 2, 3 diye pek özetlenmiş biçimde anlatılmasıyla yetinilmiş ve büyük kitapta c, d, e, f, g, h, j, k, m, n, o, ö, p, r, s, t'dekilere değinilmemiş. Gerçi ders kitabında, "...usulî müktesep hak müessesesinin ... bazı istisnaları vardır. Bu istisnalara bazı misaller:" denmesi ihmal edilmiş ama, "...pek çok istisnası vardır. HMU kitabında ayrıntılı olarak incelenen bu istisnalara örnek olarak yalnız üçünü belirtelim" denseydi daha yerinde olacaktı.

31. Yargıtayın, mahkeme kararını değiştirerek ve düzelterek onaması

Büyük kitapta (c. IV, 4. bsl., s. 3399'da metnin sonu) belli birtakım durumlar için "Yargıtay özel dairesinin, düzelterek onama yoluna gitmeyip, kararı bozmak suretiyle mahallî mahkemeye direnme yolunu açık tutması gerekir" denmiştir ki bu kısacık ifade, Yargıtayın "mahkeme kararını değiştirerek ve düzelterek onuyorum" diye verdiği kararlar sözde bir onama kararı olduğu ve mahkeme bu yüzden eski kararında direnemediği için, zaman zaman, çok ağır durumlara yol açılabildiğini yeterince vurgulamıyor. Ders kitabında ilgili yerde ise (s. 762-763) sakıncaya o kadar cık işaret dahi bulunmuyor. Diğer yandan, hakkında "düzelterek onama" kararı verilen hüküm, Sulh Hukuk Mahkemesi hükmü idiyse, Yargıtay dairesinin kararına karşı karar düzeltme yoluna da gidilemeyeceğinden (HUMK m. 440 f. III bent 2), özel dairesinin kararında yanlış çözüm verilmesi olasılığının "vehamet" derecesi daha da artmaktadır. Yargıtayın bu yetkiyi kullanmasını daha özenle hazırlanmış yeni kurallarla düzenlemek yerinde olacaktır.

32. Ceza Mahkemesinden çıkmış mahkûmiyet kararının, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı saptamak bakımından, hukuk mahkemesindeki tazminat dâvasında bağlayıcı olup olmayacağı

Konu, BK m. 53'de düzenlenmemiştir. Ders kitabındaki (s. 811) açıklamaya göre, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı, "kusur [? "fiil" denecekti-Umar] ile zarar arasında uygun illiyet bağıının mevcut olup ol-

madığı hususunda da kesin delil teşkil etmez. Çünkü, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararında kusur ve zarar unsuru kesin biçimde [=hukuk mahkemesini bağlar yolda; bkz. BK m. 53-Umar] tesbit edilmiş değildir". Büyük kitapta (HMU c. IV, 4. bsl., s. 3596) söylenen de aynen budur ve bundan ibarettir. Burada bir yanlışlık var sanıyorum:

Aranacak olan, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının var olup olmadığıdır. Çünkü "Fâil, fiilin tahmin etmediği ve tahmin edemediği neticelerinden dahi mes'uldür" (von Tuhr, Edege çevirisi c. I s. 85); "Bir kimseyi tazminat ile ödevli tutabilmek için, zarar gören kimsenin aleyhindeki hukuk durumunun diğer kimsenin *davranışının* (hareket tarzının) sonucu (neticesi) olması gerekir" (Oser/Schönenberger, BK Şerhi, Seçkin'in Türkçe çevirisinde m. 41 not 76, s. 381); "Sorumluluğun dördüncü şartı, *hukuka aykırı fiil* ile zarar arasında bir illiyet (sebebiyet) bağının bulunmasıdır (Tekinay, Borçlar Hukuku, 4. bsl., s. 459). Uygun illiyet bağı yoksa, fâile isnad edilen fiil bakımından fâil kusurlu mudur değil midir konusunu incelemenin hiç gereği yoktur ve zaten fiilde kusurluluk, ancak fiil sonucunda ortaya bir zarar çıkmışsa var olabilir; bir kimsenin, zarara yol açmamış fiilini kusurlu fiil saymanın hukuk bakımından anlamı hiç yoktur.

Böyle olunca, ceza mahkemesi kararı kusurun varlığını saptamak bakımından hukuk mahkemesindeki tazminat dâvasında bağlayıcı olmuyor diye, bu sebeple, onun (ceza mahkemesi kararının) fâilin fiili ile zarar arasında yaptığı uygun illiyet bağı saptamasının dahi hukuk mahkemesinde bağlayıcı olmayacağını söylemek, dayanaksız kalır. Diğer söyleyişle, tazminat dâvasında aranacak olan, kusur ile zarar arasında bir illiyet bağı olsaydı; ceza mahkemesi kararı kusur konusunda bağlayıcı olmayınca elbette, kusur ile zarar arasında uygun illiyet bağını saptamak bakımından da bağlayıcı olamaz diyecektik. Ama aranacak olan, fâilin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağıdır ve ceza mahkemesinin kararı, hem failin fiilinin yapıldığını tesbit bakımından hem de onun fâil tarafından yapıldığını tesbit bakımından hukuk mahkemesinde kesin delil oluşturur; bunu Kuru hocamız da aynen kabul eder (büyük kitapta c. IV, 4. bsl., s. 3593. Orada andığı, 1981 tarihli HGK kararı dahi hiç duraksamasız bu doğrultudadır, üstelik orada "Ceza mahkemesinin maddî *sebebiyet ilgisini tesbit eden* kesinleşmiş hükmünün hukuk hâkimini bağlamasına BK m. 53 de engel değildir" deniyor).

Diğer yandan, fiilin varlığını ve onun, hukuk mahkemesi önündeki tazminat dâvasında dâvalı durumunda bulunan kişinin fiili olduğunu saptayan ceza mahkemesi kararı ile bağlı olan hukuk mahkemesi, şimdi fâilin

tazminat sorumluluğuna, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı yönünden kulp takabilsin de, "Ben bu konuda ceza mahkemesi kararıyla bağlı değilim, konuyu kendim inceledim, aradaki bağı yok veya gevşek gördüm, tazminat dâvasının reddine" diye karar verebilsin; bu, olmayacak bir çelişkidir. Devletin mahkemeleri fiil ile zararlı sonuç arasında illiyeti, fâ ile ceza verecek, onu hapse koyacak kadar "var" saysın da onu tazminat ödemeye mahkûm etmeye yetmeyecek kadar "yok/yetersiz" saysın; yasa koyucu hukuk mahkemesi hâkimine böyle bir hüküm verme olanağını tanımak istemiş olabilir mi ?

33. Yargılamanın iadesinde ceza mahkemesi kararının "kesin delil teşkil etmesi"

Ders kitabında s. 813'de ve büyük kitapta c. IV, 4. bsl., s. 364'de bu deyiş var. O bölümde konu, "Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine etkisi" olduğu için böyle bir ifade kullanılırılmış sanırım. Oysa Kuru hocamız da bilir ki, HUMK m. 445'deki (şimdiki metnini 1981 yılında 2494 sayılı yasanın getirdiği değişiklikle alan) son fıkra, HUMK m. 445 bent 4, 5, 6'daki sebeplerle yargılamanın iadesi *dâvası* açıldıkta (karş. HUMK m. 449: "iade-i muhakeme *dâvası*") yeniden yargılama isteminin haklı olduğunu kanıtlamak için *delil* olarak ceza mahkemesinden çıkmış, sahteciliği vb.'ni tesbit eden mahkûmiyet hükmünün sunulmasını arıyor değildir. Tersine, sözünü ettiğimiz fıkraya göre, HUMK m. 445'in o bentlerine dayanarak yargılamanın iadesinin *istenebilmesi*, "bu sebeplerin kesinleşmiş bir *ceza mahkûmiyet kararı ile belirlenmiş olması şartına* bağlıdır". Yâni burada, tıpkı İİK m. 277'deki iptal dâvasını açabilmek için tâkip alacaklısının bir aciz belgesi elde etmiş ve bunu ibraz ediyor olması gereği gibi, özel bir *dâva şartı* öngörülmüştür: *Ceza mahkemesi kararı ibraz edilmeksizin iade-i muhakeme dâvası açılmaz. Ceza ilâmı, delil olarak sunulmamaktadır, dolayısıyla kesin delil teşkil etmesinden söz etmek de doğru değildir.*

III. Sonuç

Kuru hocamızın ve değerli meslekdaşlarımızın ortak yapıtının bu son basımıyla ilgili gözlem ve düşüncelerimden başlıcalarını aktardım. Bunlar, ders kitabı olarak gerçekten pek yüksek düzeyi, üstün nitelikleri bulunan yapıtın daha sonraki basımında göz önünde tutulurlarsa, Medenî Usul Hukuku öğretisine böylece katkıda bulunmuş olmak, beni mutlu edecektir.



**YEDİTEPE
ÜNİVERSİTESİ**

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Tel: Halkla İlişkiler (0216) 578 0 578 - 578 02 24/25

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: tanitim@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr